

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



بطلان الصفقات العمومية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق

تخصص قانون عام

إشراف الأستاذ الدكتور: بوسماحة الشيخ

إعداد الطالبة: سفير حاجة كحلة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ عليان بوزيان
مشرفا ومقررا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ بوسماحة الشيخ
عضوا مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	الأستاذ قوسم حاج غوثي
عضوا مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر أ	الأستاذ بن عيسى أحمد
عضوا مناقشا	جامعة معسكر	أستاذ محاضر أ	الأستاذ مسعودي رشيد
عضوا مناقشا	جامعة عين تموشنت	أستاذ محاضر أ	الأستاذ نور الدين عبد السلام

السنة الجامعية: 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قالوا سبحانك لا علم إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم﴾¹

إهداء

ليس أحب إلى قلبي لإهداء هذه الرسالة إلى الذي وقف دائما إلى جانبي، بكل صبر وتضحية، وأبا إلا أن أحقق أمنيتي، بتحصيل العلم، إنه زوجي.

كما أهدي ثمرة هذا الجهد والبحث المتواضع لوالدي الكريمين.

وإلى أبنائي الأحباء: شريفة، محمد، مصطفى.

شكر وتقدير

قال الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله ﴿قال رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لي في ذريتي إني تبت إليك وإني من المسلمين﴾¹.

بداية أشكر الله تعالى كل الشكر وأحمده سبحانه وتعالى الذي من علي بإنجاز وإتمام هذه الرسالة، حمدا يليق بجلاله وعظمته.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم أن قال ﴿لا يشكر الله من لا يشكر الناس﴾. من هذا المنطلق يشرفني أن أتقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور بوسماحة الشيخ لما بذله من جهد كبير وشاق في تشجيعي وتوجيهي ومساعدتي من أجل إتمام هذه الرسالة.

والشكر موصول إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، لموافقتهم على تشريفي بمناقشة هذه الرسالة، والحكم عليها والمساهمة في إثرائها، وتعريفي بأخطائي ومواطن الزلل التي وقعت فيها، فلهم جزيل الشكر وجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما أشكر كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذه الرسالة أو الوصول إلى المراجع والمصادر المتصلة بها.

فان كتب لهذا العمل العلمي النجاح فذلك فضل من الله، وأن كتب له القصور فذلك شأن أي عمل

إنساني ينتابه النقص

¹ سورة الأحقاف الآية 15.

قائمة المختصرات

المختصرات بالعربية

ق:	قضايا
غ:	الغرفة
س:	السنة
ص:	الصفحة
ع:	العدد
د.س.ن:	دون سنة النشر
ج.ر.ج.ج.ع:	جريدة رسمية جمهورية جزائرية عدد
م:	مجلد
ط:	طبعة
ج:	جزء
د.د.ن:	دون دار النشر

Abréviations en Français

éd:	édition
L.G.D.J:	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Fr:	France
V:	volume
P:	page
N°:	numéro
Op.cit..	Ouvrage précité
RISA:	Revue internationale de sciences administratives.
RFFP:	Revue française de finances publiques.
Jorf:	Journal officiel de la république française
RTDC:	Revue trimestrielle de droit civil
Fasc:	fascicule
JCA:	juris- classeur administratif

مقدمة

تجمع التشريعات الوطنية والاتفاقيات الإقليمية والدولية أن المنهج الحقيقي لكسب رهان التنمية الاقتصادية والاجتماعية أصبح الحكامة الرشيدة التي يجب أن تنتهجها الدولة بلا شك في توجهاتها وسياساتها العمومية، وهذا الأمر يقتضي التسلح بقدر كاف من الكفاءة والمسؤولية والشفافية والمساواة والمنافسة في الحياة الاقتصادية، وحسن إنفاق المال العام لا سيما في تلبية الحاجات العامة، وما يتطلب ذلك من خدمة الصالح العام في سبيل النهوض بمكانة الدولة اقتصاديا واجتماعيا¹. ومن تطبيقات ذلك، أن المشرع الوطني حرص على تجسيد هذه المبادئ في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا المرسوم التنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويضات المرفق العام.

ولا بد أن نشير في هذا الإطار، أن مبادئ الشفافية والمساواة والمنافسة أكد عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته²، بل أصبحت تدخل في صميم اختصاص القضاء الجزائي بمقتضى نص المادة 55 التي نصت على أنه " كل عقد أو صفقة أو براءة اختراع أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"³، وبالتالي فإن العلة في إدراج هذه المبادئ في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن طبيعة هذه المبادئ هي من النظام العام.

على هذا الأساس القانوني يجب أن يخضع إبرام عقد الصفقة العمومية وجوبا لمبدأ المنافسة والمساواة والشفافية، ولمجموعة من الإجراءات الشكلية المحددة تشريعا لمشروعية عقد الصفقة العمومية وسلامته، مما يبرز لنا بجلاء دور الرقابة التي أحاط بها المشرع عملية صحة إبرام عقد الصفقة العمومية.

لذلك خلقت التشريعات القانونية نظامين للرقابة، نظام الرقابة الإدارية ونظام الرقابة القضائية، هذا يدل دلالة واضحة أن الصفقة العمومية لها أهمية ثلاثية لا يمكن تجاهلها أو التغافل

¹ المادة العاشرة قانون رقم 01/06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 موافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته. ج.ر.ج.ع. ج.ع. 14 مؤرخة في 8 صفر عام 1427 موافق 8 مارس سنة 2006.

² المادة التاسعة قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

³ قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

عنها، فالأهمية النظرية تكمن في كونها تطرح للنقاش القانوني مفهوم العقد، فالعقد من جهة يعتبر مصدرا من مصادر الالتزام في القانون، ومن جهة ثانية فهو لا يخرج عن كونه عقد يرتب التزامات متقابلة، من منطلق فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، ولكن المقتضيات القانونية التي قام عليها القانون الإداري جعلت العقد الإداري يقوم على قواعد قانونية غير مألوفة في القانون الخاص¹.

وثانيا الأهمية التقنية للصفقة العمومية، حيث تبقى ماثلة في كونها تحتفظ للعقد بهويته الذاتية، لأن الغاية من إبرام الصفقة العمومية مواصلة العقد ذاته من لحظة إبرامه إلى غاية تنفيذه، وعلى مستوى الأهمية العملية، تظهر في كونها عقد من العقود التي تعتمد عليها الإدارة العامة لإشباع حاجيات الجمهور، مما يجعل من صحتها واستقرارها وعدم بطلانها مطلبا اقتصاديا واجتماعيا.

ومن نافلة القول أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الوقت الراهن أصبحت من أركان النظام القانوني لأي دولة قانونية تسعى إلى ترسيخ مفاهيم الحقوق والحريات ولاسيما أن الواقع العملي أكد ويؤكد أن الإدارة غير معصومة من الخطأ، وأن السبيل الناجع لضمان عدم انحراف الإدارة في تصرفاتها هو إخضاع أعمالها كافة للرقابة القضائية.

التغيرات التي مست قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تبريرها نجده في قول الفقيه جورج فديل " أن تطور أي مادة قانونية يسري وفق منهجية معروفة ذلك أنه في لحظة معينة، تقتضي الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية خلق فرع قانوني جديد أو فصله عن فرعه الأصلي أو تعديله"². وعلى كل، فإن إعادة النظر في أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من فترة إلى أخرى تصب كلها في سياق إصلاح الثغرات التي تلاحظ على النصوص السابقة وحرص المشرع الدائم على ضمان المزيد من المساواة، والشفافية والمنافسة في إبرام الصفقات العمومية حماية للمال العام، ومن ناحية ثانية هذه التعديلات جاءت استجابة للتحديات الاقتصادية والاجتماعية والحاجة الملحة إلى الاستثمارات التي تأتي أن تطبق عليها قوانين خلقت لعصر آخر.

¹ حيث كان لفكرة المرفق العام الدور الكبير في طرح مفهوم جديد للمركز العقدي في العقود الإدارية.

² شكيري محمد، القانون الضريبي المغربي، دراسة تحليلية نقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ع 49، 2003، ص، 52.

لقد مس التطور، للأسباب أعلاه، النظام القانوني الذي يحكم قواعد اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد في عقود الصفقات العمومية، ويتميز قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بمميزات جديدة عديدة، نكتفي هنا بسرد البعض منها دون شرحها أو التعليق عليها، وهي كالآتي:

_ تبني المشرع الوطني إجراء طلب العروض وتخليه عن إجراء المناقصة،

_ تمكين الإدارة من اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، بدلا من تخصيص الصفقة العمومية للعارض الذي يقدم أفضل عرض، من خلال معايير وأحكام إجرائية مستمدة من قواعد عامة مجردة،

_ إعادة النظر في المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة التي تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية،

_ ضمان حقوق المقاولات الصغرى المشاركة في عقود الصفقات العمومية،

_ فصل قسم الطعون عن قسم التسوية الودية للنزاعات¹.

أهمية الشكالية في الصفقات العمومية تطلب من المشرع الوطني تغييره من التشريعات القانونية تكريس مبدأ الاحترافية في مجال الصفقات العمومية، من منطلق أن الموظف العمومي الذي يباشر عملية إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية لا يمكنه أن يقوم بهذا الواجب وفق ما تقتضيه نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلا إذا كان يتمتع بقراءة قانونية عميقة وخلفية قوية لأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فبفضل دراسة أحكام هذا القانون دراسة نظرية وعملية يستطيع الموظف العمومي أن يعرف كيف يجسد هذه المبادئ على أرض الواقع، لأن الصفقات العمومية تستهدف تحقيق إنعاش اقتصادي واجتماعي، هذه الأهداف تتطلب من الموظف العمومي بالضرورة أن يكون عنده إلمام جامع ومانع بأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

¹ ومع ذلك مازال محل لمجموعة من الانتقادات الموضوعية والشكالية.

تجسيديا لعمل التسيير الذي هو جعل القوة البشرية منتجة¹، نصت المادة 211 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " يجب أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويننا مؤهلا في هذا المجال"، كما نصت المادة 212 منه، على أنه "يستفيد الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم".

رغم تأكيد المشرع على تكريس مبدأ الاحترافية في عقود الصفقات العمومية إلا أن الواقع أبان عن ضعف الكفاءة اللازمة والملكة القانونية الضرورية للموظفين الذين توكل إليهم مهمة إبرام الصفقات العمومية، الأمر الذي تترتب عنه ضرب مقتضيات الشفافية والمساواة والمنافسة عرض الحائط وألحق ويلحق أضرار جسيمة بحقوق المتعاملين الاقتصاديين.

غني عن البيان، أن المشرع اقتصر في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على تنظيم جزاء الفسخ في المواد من 149 إلى 152، فبطلان الصفقة العمومية باعتباره مؤسسة قانونية قائمة بذاتها لم ينظمها المشرع الوطني إطلاقا كغيره من التشريعات المقارنة، ومن ثم تجاهلتها دراسات الفقه الجزائري والبحوث الجامعية وانعدمت بشأنها أحكام القضاء الإداري الجزائري.

وعلى كل يمكن القول، أن تحديد نظام بطلان الصفقات العمومية، إنما يمر وجوبا عبر تحديد مظاهر مقتضيات المادة الخامسة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومختلف الإجراءات الشكلية التي اقتضاها المشرع لسلامة وصحة الصفقة العمومية، والتساؤل من جهة ثانية عن خصوصية العقد الإداري الذي يتضمن شروط غير مألوفة وتمتزع فيه الشروط اللائحية والعقدية في ذات الوقت، وطبيعة محلها. وعلى كل، فإن المشرع الوطني وإن كان قد غلب الشروط اللائحية والنظامية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه لم يتخل عن فكرة العقد ودور الإرادة فيه.

¹ عيسى مزوار، إصلاح قانون الصفقات العمومية الجزائري، الآفاق والحدود، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي، معسكر، الجزائر، 2006/2007، ص، 162. عزيز إدريس، دور العنصر البشري في التنمية الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 1996/1997، ص، 6.

إن نظام بطلان الصفقات العمومية لم ينبع من خصوصية معينة، أكثر مما ينبع من نقل يكاد يكون مشابها لنظرية بطلان العقود الخاصة مع مراعاة خصوصية القانون الإداري ومقتضيات القانون العام، لأن سلامة وصحة العقود مناطها فكرة النظام العام وحماية حقوق وحرية الأفراد. لذلك من غير المقبول أن يتجاهل المشرع الوطني نظام بطلان الصفقات العمومية، خاصة فيما يتعلق بحصر حالات البطلان حتى لا يترتب على ذلك اختلاف وجهات النظر بصدد هدف التشريع منها، سواء على المستوى القضائي أو الفقهي.

لذلك إن سعي التشريعات القانونية على تنظيم صحة عقود الصفقات العمومية وسلامتها، لا يتوقف على حماية حقوق المتعامل الاقتصادي المتعاقد، وإنما إلى نجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام، فحماية المال العام هي أولى من أي اعتبار آخر، ومن ثم فإن حرص المشرع على مشروعية عقد الصفقة العمومية لا يمكن أن يكون مأمونا إلا إذا قيد الإدارة بإجراءات شكلية آمرة عند التعاقد.

هذا الأمر أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها، جاء فيه " أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يشتد فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند التعاقد ويرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين: الأول تحقيق أكبر ووفر مالي للخزينة العامة وهذا يستلزم بدهاء التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني مراعاة المصلحة الإدارية وذلك يتطلب تبعا تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها"¹.

وتجدر الإشارة إلى أن طريقة و كيفية اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها، كانت من أهم النقاط التي درسها المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية²، وانقسمت بشأنها الدول إلى فريقين. دول لم تضع قوانينها إجراءات محددة للتعاقد، كل ما في الأمر أن إبرام عقود الصفقات العمومية توكل بصورة إجبارية إلى موظفين عموميين مختصين بإبرام الصفقات العمومية، فالموظفون أحرار في اختيار المتعامل

¹ حكم محكمة القضاء الإداري، مصر، في 14/04/1957، القضية رقم 7027، س 8 ق. نقلا عن:

برهان رزق، عقد الأشغال العامة، وزارة الإعلام السورية على الطباعة، سوريا، 2016، ص، 95.

² عقد في مدريد بإسبانيا سنة 1956.

المتعاقد شريطة احترام الإجراءات الإدارية المقررة في هذا الصدد، وهم في ذلك خاضعين إلى رقابة رؤسائهم ورقابة ديوان المحاسبة في الأمور المالية.

أما الفريق الثاني تخضع فيه إبرام عقود الصفقات العمومية إلى نظام قانوني صارم يحدد مسبقا إجراءات التعاقد.

صحيح أن نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم تشر صراحة إلى جزاء البطلان، إلا أن الإجراءات الشكلية المكثفة الآمرة الخاصة باختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد تجعلنا نستجلي حقيقة قانونية غاية في الأهمية، والدقة، وهي أن تغييب المشرع جزاء البطلان لا يعني إطلاقا التخلي عن هذا الجزاء وعدم الحكم به، وكل قول بخلاف ذلك، يؤدي إلى العبث القانوني الذي يتنافى وفكر دولة القانون.

دوافع البحث وأهميته.

دفعتني أسباب متعددة لاختيار هذا الموضوع.

1. الأهمية القانونية التي يكتسبها نظام البطلان في نطاق العقود، خاصة العقود الإدارية، لأن الأحكام التي تحكم هذا العقد ذات منشأ قضائي وفقهي، تأخر دخولها لغة التشريعات القانونية.

2. كما أن ترك المشرع مؤسسة بطلان عقد الصفقة العمومية دون تنظيم قانوني خاص جعلنا لفهم مقتضياتها القانونية وأحكامها الاستثناس بالدراسات القانونية المتعلقة بتدرج نظرية البطلان في القرارات الإدارية، ودراسة التطور التاريخي لفكرة البطلان في القانون الخاص وقراءة نظرية العقد في القانون الخاص حتى وإن كانت في الكثير من الأحيان لا تتلاءم مع طبيعة عقد الصفقة العمومية ومحلله وسببه، لأن عقد الصفقة العمومية يحقق المصلحة العامة، وبذلك فإنه يسهم في المحافظة على المال العام وتحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية، وعلاوة على ذلك يحقق هذا العقد مصلحة المرافق العامة باعتباره وسيلة لإشباع حاجياتها، وبالمقابل ينطوي هذا العقد على الكثير من المخاطر، وتتمثل خطورته فإن هذا العقد يعد سبب من أسباب الفساد الإداري والمالي.

أكثر من ذلك، تكمن صعوبة الموضوع في كون أن تنظيم الصفقة العمومية من الناحية التشريعية تشترك فيه مجموعة من القوانين، منها قانون البلدية، وقانون الولاية، وقانون العمل، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فضلا عن القانون الدستوري، والقانون المدني، وقانون المالية، وبناء عليه، فإن دراسة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بمعزل عن هذه القوانين لا يفضي إلى الخروج بدراسة متكاملة.

3. انعدام مراجع فقهية متخصصة في بطلان الصفقات العمومية، مما يجعل الطالب يعتمد بدرجة كبيرة على دراسة وفهم جميع العقود الإدارية، وعلى تتبع مختلف الآراء الفقهية والأحكام القضائية من التشريع والقضاء المقارن. لأن جميع الأبحاث التي خاضت في دراسة عقود الصفقات العمومية كانت تخص فقط طرق إبرام الصفقات العمومية.

من تلك الإشارات السابقة، يمكن القول صراحة أن هذه الدراسة هي مجرد محاولة بسيطة لطرق باب موضوع بطلان الصفقات العمومية، والذي ما زال في حاجة ماسة إلى الإنكباب عليه بالدراسة والتحليل، خاصة في نطاق التشريع الوطني.

ولعل أهمية مشروعية عقد الصفقة العمومية، ليس خفي، فقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جاء بإجراءات شكلية يجب أن تحترم من قبل المصلحة المتعاقدة. حيث نص على ضرورة مراقبة صحة وسلامة عقود الصفقات العمومية من قبل الهيئات المؤهلة قانونا. فأساس هذه الإجراءات والمحددات التشريعية والرقابية تنبع بالأولوية من الأهمية الكبرى التي يوليها المشرع للصفقات العمومية ومنها حماية المال العام، لذلك نلاحظ النقاشات القانونية التي أثارها وما زال يثيرها هذا القانون، في أوساط الفقه والقضاء حول فعالية أحكامه من عدمها، لضمان نجاعة الطلبات العمومية.

ويبدو أن المشرع الوطني، ومن خلال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يسير هو الآخر في نفس المنحى، مما يكشف أن مشروعية عقد الصفقة العمومية، لم يقتصر تنظيمها على مستوى التشريعات الوطنية، بل أخذت بعدا دوليا، يسعى إلى توحيد مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

لذلك ظهرت القيود الشكلية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بشكل كبير، ومن ثم غياب أو تجاهل هذه الإجراءات سيمارس تأثيرا فيما بعد على صحتها وسلامتها وسيعطل تنفيذها.

وعموما فإنه بالإطلاع على مضمون نص المادة 55 قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نلاحظ أن الحكم القانوني أعطى للقاضي الجزائي صلاحية التصريح ببطان الصفقة العمومية، فالمشروع الوطني بأخذه بهذا الحكم يكون قد استجاب للظروف الاقتصادية المختلفة والضاغطة "الفضائح المالية في عقود الصفقات العمومية"، وهو ما قاده للتشدد مع هذه الأخيرة.

من القواعد الجوهرية في السياسة التشريعية الجنائية أن اختصاص القضاء الجزائي يختلف عن اختصاص القضاء الإداري، حيث أن لكل نوع من هاته المنازعات قواعد شكلية وأخرى موضوعية فضلا عن احترام قواعد الاختصاص الإقليمي وكذا النوعي، لذلك ستركز هذه الدراسة على دور القضاء الإداري في تقرير بطلان الصفقة العمومية، لأننا نعتقد أن الانكباب على معالجة اختصاص القضاء الجزائي في التصريح بطلان الصفقة العمومية يجبرنا على دراسة الجرائم الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وفقا للعبارة الواردة في نص المادة 55 قانون الوقاية من الفساد ومكافحته "متحصل عليه من ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون" وهي جرائم كثيرة مثلت ذروة التجريم والعقاب في مجال الصفقات العمومية مما تقتضي دراسة خاصة بها من منطلق الاستقلالية التي يتميز بها القانون الجنائي عن القانون الإداري.

المنهج المتبع في الدراسة.

لدراسة موضوع بطلان الصفقات العمومية ورصد أحكامه القانونية، الذي يشكل إلى حدود اليوم، أحد المواضيع المعقدة في القانون العام، استلزم علينا الاعتماد على المنهج التحليلي والوصفي والمنهج المقارن، لذلك قامت هذه الدراسة بالدرجة الأولى على تحليل ودراسة أحكام إبرام الصفقات العمومية مع مقارنتها في نفس الوقت بالنصوص المقابلة لها في التشريعات المقارنة والمتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، خاصة القانون المغربي والسوري والمصري والتونسي والفرنسي من جهة، ومن جهة أخرى اجتهادات القضاء الإداري.

فهذه المقارنة تساعد من جهة على فهم مقاصد نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومعانيها وتحديد كنهها ومدلولها، فهي تتيح لنا تفصي نواحي الشبه ومواطن الاختلاف بين وجهة نظر المشرع الوطني ووجهة نظر غيره من المشرعين. أما المنهج الوصفي تظهر مظاهره في تحديد علاقة الإجراءات الشكلية الناظمة للولوج للطلبات العمومية ومشروعية عقد الصفقة العمومية وصحته.

الإشكالية

إن إبرام عقود الصفقات العمومية تخضع وجوبا إلى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، باعتبارها عقود مسماة، من لحظة الإعلان عنها إلى غاية تنفيذها. تأسيسا على كل ما سبق، نعتقد أن الإشكالية الرئيسية، الذي ينبغي لهذه الدراسة أن تحاول الإجابة عنها، تسير نحو حل إشكالية حق المصلحة المتعاقدة في إبرام عقد الصفقة العمومية لإشباع حاجياتها المرفقية، دون أن تخالف أو تصطدم مع المبادئ العامة التي تحكم نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، ودون تجاهل أو الخروج عن الإطار القانوني الصارم الذي يحكمها حتى لا يطعن فيها بعدم صحتها.

تشير هذه الإشكالية الرئيسية العديد من التساؤلات الفرعية يتعين الإجابة عنها:

_ ما هي الإجراءات التشريعية المقررة لصحة عقد الصفقة العمومية؟

_ ما هي حالات بطلان الصفقة العمومية؟

_ ما هو مجال اختصاص قضاء الإلغاء في عقد الصفقة العمومية؟

_ ما هي الجهة القضائية المختصة بالتصريح ببطلان الصفقة العمومية؟

_ ما هي آثار الحكم ببطلان الصفقة العمومية؟

_ ما هو نظام المسؤولية المثار في حالة تطبيق صفقة عمومية باطلة؟

هذه الإشكالية كشفت لنا عن ملاحظة جوهرية، تتبلور حول العلاقة الوثيقة القائمة بين نظرية العقد في القانون الخاص، ونظرية العقد الإداري، لذا فدراسة العقد الإداري بمعزل عن النظرية العامة، يعتبر تصور تقليدي، ومن ثم، فالعلاقة المتداخلة بينهما أصبح من غير المقبول إغفالها.

نعتقد أن دراسة بطلان الصفقات العمومية كمؤسسة قانونية قائمة بذاتها، لا بد أن تمر عبر دراسة مبدأ المنافسة والشفافية والمساواة، واستجلاء الإجراءات الشكلية المقررة لصحة الصفقة العمومية. على هذا الأساس قسمنا هذه الرسالة إلى بابين:

الباب الأول: القيود التشريعية الخاصة بصحة الصفقة العمومية.

الباب الثاني: دور القاضي الإداري في تقرير بطلان الصفقة العمومية.

الباب الأول

القيود التشريعية الخاصة بصحة الصفقة

العمومية

تجمع التشريعات القانونية على أن الصفقة العمومية عقد يبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي المتعاقد، وإذا كان دور تحقيق المصلحة العامة منوط أساسا بالدولة من خلال مؤسساتها الإدارية، إلا أن اعتبارات المصلحة العامة اقتضت النص على مقتضيات قانونية آمرة تحكم عملية إبرام وتنفيذ عقد الصفقة العمومية.

فالتعويل على الصفقة العمومية كآلية من آليات تلبية الحاجات العامة ودعامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية، جعلت الدول تعمل على سن قانون يضبط الاشتراء العمومي، وإذا كانت الصفقة العمومية لا تشير أي إشكال نظري وذلك بالنظر إلى طبيعتها العقدية بنص المادة الثانية قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه على النقيض من ذلك، فالصفقة العمومية باعتبارها عقد إداري لا زالت تشكل صعوبات نظرية وعملية، وذلك بالنظر إلى خصوصية العقد الإداري وامتيازات السلطة العامة التي تعكس عدم المساواة بين طرفيه¹، خاصة وأن الإدارة تملك تجاه المتعامل المتعاقد سلطات لا حصر لها من تاريخ إبرام العقد إلى غاية تنفيذه².

من جهة أخرى، ومما لاشك فيه، أن الصالح العام حاضر في جميع عقود الصفقات العمومية، لأن وراء إبرام الصفقة العمومية هناك دائما حماية المال العام ومقتضيات التنمية المستدامة³، ومن السذاجة اعتبارها فقط مجرد عقود تهدف تحقيق حاجات معينة فقط، لأن المصلحة العامة كمفهوم في عقد الصفقة العمومية هي من المفاهيم الأكثر تعقيدا ولا يمكن إدراك كنهها وتقدير أبعادها بكيفية

¹ عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية، دراسة نظرية وتطبيقية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، المغرب، 1985/1984، ص، 11.

² عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية، منشورات عكاظ، الرباط، المغرب، د.س.ن، ص، 8.

³ تعرف المادة 12/3 قانون رقم 10/03 يتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة، التنمية المستدامة على أنها "مفهوم يعني التوفيق بين تنمية اجتماعية واقتصادية قابلة للاستمرار وحماية البيئة، أي إدراج البعد البيئي في إطار تنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية".

قانون رقم 10/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. ج.ر.ج.ع 43 مؤرخة في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو 2003.

صحيحة وسليمة، إلا إذا وجهنا فكرنا إلى ما هو أبعد وأعمق في ظروف إقرارها وإبرامها وفي محلها، وفي غاياتها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية¹.

إن الواقع العملي كشف للدول عن معطي أساسي ومهم، مفاده أن ترك الصفقة العمومية بدون ضوابط أو قيود، زيادة على التأثير الذي يمكن أن يمارسه بعض المتعاملين الاقتصاديين يجعل الركون إلى مصلحتهم الخاصة والشخصية فيه تأثير كبير وسلبى على الصالح العام، لذلك اتجهت التشريعات القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية على وضع مبادئ ومرتكزات عامة تحكم إبرام الصفقة العمومية وسلامتها، مفادها أن الصفقة العمومية تخضع وجوباً لمبدأ المنافسة والشفافية والمساواة وتكافؤ الفرص، كما خاضت التشريعات القانونية في تحديد الضوابط القانونية والقيود التشريعية الآمرة التي تحكم اختيار المتعامل المتعاقد حماية للمال العام والمصلحة العامة، في المقابل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تبنى كذلك آليات قانونية تنطلق من فكرة احترام حقوق المتعامل المتعاقد.

إذا كان من المؤكد، أن الصفقة العمومية عقد إداري تتمتع فيه الإدارة بسلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن هذا لا يعني إطلاقاً فقدان المرتكزات الضرورية والأساسية الخاصة بفكرة العقد، من وجود تراضي ومحل وسبب، وشكلية إذا تطلبها القانون، غير أن الصالح العام يقتضى من المشرع أن لا يترك اختيار المتعامل المتعاقد لمحض الصدفة، وإنما يجب أن تناط الصفقة العمومية إلى متعامل متعاقد قادر مؤهل مالياً وفنياً على تنفيذ الصفقة العمومية، لذلك أضحت مسألة التأهيل والمزايا الاقتصادية تحتل أهمية قصوى في إبرام عقد الصفقة العمومية².

إن الناظر إلى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، يجد أن معظم أحكامه جاءت على صيغة الوجوب مما يعطي لهذه الأحكام إن صح القول قداسة، لأن أعمال المصلحة الخاصة يؤدي لا محالة إلى التهديد والمساس بقديسياتها الهادفة إلى تحقيق أبعاد الصالح العام ومحاربة الفساد الإداري

¹ محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص، 15.

² القباني بكر، القانون الإداري الكويتي، مطبوعات الجامعة الكويتية، الكويت، 1975، ص، 26. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1977، ص، 24.

والمالي¹، وهذا المعطى القومي هو الذي يحول بينه وبين إدخال المرونة على جميع قواعد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلا في الحالات التي تستدعي تدخل القواعد القانونية المرنة².

وغني عن البيان، إذا كان المشرع مكن الإدارة أن تلجأ إلى إبرام عقود الصفقات العمومية بغية تلبية حاجاتها، فإن هذه العقود يجب أن تكون سليمة من الناحية القانونية، أي أن تخضع لمبدأ المشروعية ومن ثم يجب على الإدارة احترامه والالتزام بحدوده، لأن عقود الصفقات العمومية ليست كالعقود الأخرى، إذ لا يكفي فيها مجرد التراضي، بل لابد من التعبير عنها وفقا للضوابط القانونية التي يحددها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ومن ثم تقوم الضوابط القانونية والشكليات المحددة في قانون الصفقات العمومية على إقرار نزاهة وصحة الصفقة العمومية كلما أوجب قانون الصفقات العمومية التقيد ببعض الأشكال الإجرائية. لذلك لا تعد القواعد التي تحكم إبرام الصفقة العمومية مجرد قواعد مصلحة داخلية للإدارة إن شاءت تمسكت بها وإن شاءت تركتها جانبا، ولكنها هي قواعد وضعت أساسا لنجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام، وبذلك فإن هذه القواعد تعد بمثابة أحكام قانون التعاقد يترتب على مخالفتها بطلان القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة قبل إبرامها وبطلان عقد الصفقة أيضا.

هكذا نجد المشرع الوطني وضع ضوابط وإجراءات قانونية تحكم طريقة تلبية الطلبات العمومية في إطار الصفقة العمومية طبقا لحكم المادة 1/13 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشرة مليون دينار 12.000.000 " أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار 6.000.000 دج "

¹ يعرف البنك الدولي الفساد على أنه " إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص، فالفساد يحدث عندما يقوم موظف بقبول أو طلب أو ابتزاز رشوة لسهيل عقد أو إجراء طرح لمنافسة عامة، كما يتم عندما يقوم وكلاء أو وسطاء لشركات أو أعمال خاصة بتقديم رشايو الاستفادة من سياسات أو إجراءات للتغلب على منافسين، وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين، كما يمكن للفساد أن يحدث عن طريق استعمال الوظيفة العامة دون اللجوء إلى الرشوة وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة مباشرة".

² قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص، 5.

للدراستات أو الخدمات، لا تقتضي وجوب إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب"¹.

نستخلص من هذه المادة، أن المشرع جسد المعيار المالي في وجوب اعتماد إجراءات الصفقة العمومية، وذلك كلما فاق المبلغ التقديري للطلب العمومي الأداءات التالية:

__ اثني عشرة مليون دينار بالنسبة للأشغال واللوازم،

__ ستة ملايين بالنسبة للدراستات أو الخدمات.

يلاحظ أن المشرع الوطني عدل من حجم الصفقة العمومية، ذلك أن تقرر الزيادة في المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة سواء في مجال صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراستات أو الخدمات، هذه الزيادة فرضتها ظروف اقتصادية أساسها تدهور قيمة الدينار الجزائري، وارتفاع الأسعار في السوق الدولية، إذ كانت المادة 6 المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، تنص على أنه " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 دج أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 دج لخدمات الدراستات أو الخدمات، لا يقتضي وجوب إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم".

يستخلص مما سبق ذكره، أن هناك طلبات عمومية تبرم خارج إطار إجراءات إبرام الصفقة العمومية نظرا لعدم تجاوزها المبلغ التقديري الموجب لذلك، ويتم تسوية هذه الطلبات عن طريق استشارة إذا كانت في حدود المبلغ التقديري المحدد قانونا، المبلغ التقديري هو اثني عشر مليون دينار أو يقل عنه للأشغال واللوازم، وستة ملايين دينار للدراستات أو الخدمات، إذ نصت المادة 2/14 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه " وتنظم المصلحة المتعاقدة إجراء الاستشارة حسب

¹ يوجب المشرع على كل مصلحة متعاقدة إعداد إجراءات داخلية لإبرام الطلبات التي يقل مبلغها عن حدود إبرام الصفقات العمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا النص بموجب مقرر أو قرار، حسب الحالة.

وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، منشور رقم 003 المؤرخ في 2015/11/22، يتعلق بتنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة أحكام المادة 5 من هذا المرسوم".

كما يتم تلبية الطلبات العمومية بواسطة سندات طلب دون الخضوع كذلك لإجراءات الصفقة العمومية، إذا كان مجموع مبالغها في حدود ما نصت عليه المادة 1/21 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " لا تكون محل استشارة وجوبا، الطلبات التي لا تقل مجموع مبالغها، حسب طبيعتها، أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات، خلال نفس السنة المالية، عن مليون دينار (1.000.000 دج) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) فيما يخص الدراسات أو الخدمات. وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية، على حدة".

وعليه ارتأينا حصر هذا الباب لدراسة المرتكزات الأساسية الخاصة بعملية الولوج إلى الطلبات العمومية في إطار الصفقة العمومية، لنصل فيما بعد إلى أركان عقد الصفقة العمومية، وذلك وفق التفصيل الآتي:

الفصل الأول: مقتضيات النجاعة التعاقدية.

الفصل الثاني: المظهر العقدي للصفقة العمومية.

الفصل الأول: مقتضيات النجاعة التعاقدية

تعد الصفقات العمومية أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، لأنها شريان التنمية وعماد الاقتصاد الوطني¹. ولعل استهلاك الصفقات العمومية لحجم كبير من الأموال العمومية، جعل من مسألة تنظيمها وتأطيرها بقواعد قانونية آمرة أمر ضروري، خاصة بعد أن تنبته الدول إلى ضرورة سن وتحيين تشريعات الصفقات العمومية والقوانين ذات الصلة بها ضد مظاهر التلاعب بالأموال العمومية كلما اقتضى الأمر ذلك²، ذلك أن المتعامل الاقتصادي يسعى ويجتهد دائما في استمالة دائرة النفوذ والسلطة ضمن مخططاته الذاتية للفوز بالصفقة العمومية ضاربا عرض الحائط مقتضيات فلسفة المصلحة العامة التي يقوم عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

وبطبيعة الحال، وبحكم ظهور وتفتق قنوات الفساد والغش في الصفقات العمومية خاصة في السنوات الأخيرة، وتحت دوافع تحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي تدخلت التشريعات القانونية بسياج حمائي قانوني قوي قادر على صيانتها وحمايتها من أي عبث يريد النيل منها، خاصة أن عملية إبرام الصفقات العمومية تعد القناة الأولى التي تلتقي فيها المصالح الخاصة⁴.

فلهذا الاعتبار وبالبحاح وما تزال، مسألة تقنين عملية إبرام الصفقات العمومية ومحاربة كافة الممارسات الضارة بالتنافس النزيه للولوج إلى الطلبات العمومية وما نتج عنها من المشاكل التي تدخل في خانة المحاباة واستغلال النفوذ بما يحمل من مخاطر تهدد مضامين المصلحة العامة تؤرق اهتمامات الدول⁵.

وعليه كان لزاما على المشرع الوطني بذل كل الجهود في سبيل إقرار أحكام وقواعد قانونية فعالة تتماشى والديناميكية الاقتصادية والاجتماعية التي تسعى إلى تحقيقها الصفقات العمومية، خاصة أن

¹ الكاهنة زواوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسطينة، الجزائر، ع 12، 2017، ص، 26.

² بن سليمان فايزة، حوكمة الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2016/2015، ص، 2.

³ Frédéric (A), L'essentiel du droit des marchés publics, éd Gualino, paris, 2011, p,15.

⁴ موريس صادق، قانون المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، باب الخلق، مصر، 1999، ص، 11.

⁵ هناء العملي، العروسي الإدريسي الحسني، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط، المغرب، 2010، ص، 3.

تأطير نظام الصفقات العمومية في الجزائر ببعده الاجتماعي والاقتصادي والبيئي حديث النشأة نسبياً. وفعلاً ترجم هذا العمل الحثيث في إطار تنظيمي خاص بالصفقات العمومية الذي جاء ضمن تطويق المصلحة الذاتية وتغليب المصلحة العامة.

وإذا كانت النظرية العامة للالتزامات تعد حجر الزاوية في صرح علم القانون، والأساس القويم لبنيانه، الذي تقوم به وتستند عليه الأفكار الرئيسية في فروع القانون الخاص، وتحمل نظرية العقد في هذا الصرح¹، مكاناً بارزاً تدور حولها، وتنهض عليها العلاقات القانونية للأشخاص الطبيعية والمعنوية، إلا أن خصوصية الصفقات العمومية ألزمت التشريعات القانونية على تضييق مضامين نظرية العقد في نطاق إبرام الصفقات العمومية من خلال إقرار مبادئ أساسية وجوهرية تخص ضمان الشفافية والمساواة في التنافس بين المتعاملين الاقتصاديين للفوز بالصفقة وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة²، لأن الأمر يخص أموال عمومية، ولهذا أوجب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الالتزام بهذه المبادئ³.

بيان ذلك، أن الشفافية والمساواة والعلانية، تجد تفسيرها في حقيقة قانونية، مفادها أن اللجنة الولائية والقطاعية والقضاء يحق لهم ممارسة سلطة واسعة في رقابة صحة وسلامة الصفقة العمومية⁴، مما يدفع إلى القول بأن احترام هذه المبادئ لم يعد يشكل ظاهرة هامشية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وما يجب التنبيه إليه، بهذا الخصوص، هو أن صيغة المادة الخامسة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكتسب قيمتها القانونية من عبارة "يجب أن تراعى في الصفقات العمومية"، وهذه القيمة هي التي تفسر إبرام صفقة عمومية مخالفة لإجراءات التنافس النزيه يرتب بطلانها. وثم نجد

¹ تتأسس نظرية العقد على مبدأ سلطان الإرادة "العقد شريعة المتعاقدين".

² Villard (M) et Bachelot (Y) et Romero (J-M), Droit et pratique des marchés publics de travaux, passation, exécution, financement, éd economica, paris, 1981, p, 9.

³ لحسين شيخ آث ملوياً، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2013، ص، 550.

⁴ إذ تنص المادة 180 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " تتمثل صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات فيما يأتي:

_ مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية،

_ مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبيها،

_ المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية"

أن القضاء المقارن يجعل من مخالفة هذه المبادئ اعتبار عقد الصفقة العمومية باطل بطلان مطلق، بيد أن البطلان المطلق أسس في هذه الحالة على فكرة النظام العام¹.

بناء لما سبق ذكره، سنحاول في هذا الفصل أن نتعرض إلى هذه المبادئ وفق التقسيم الآتي:

المبحث الأول: المنافسة الحقيقية شرط لصحة الصفقة العمومية

المبحث الثاني: الشفافية مقتضى قانوني لازم لصحة الصفقة العمومية

¹ Bruxelles, 18 novembre 2011, M.C.P, 2011, p.141; Bruxelles, 23 novembre 2011, T.B.P, 2012, p.564 ; Bruxelles, 25 décembre 2013, J.T, 2014, p.96.

المبحث الأول: المنافسة الحقيقية شرط لصحة الصفقة العمومية

إن مقتضيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية ومتطلبات الرفاهية دفعت بالتشريعات القانونية بمختلف توجهاتها إلى إحداث تغييرات جوهرية وأساسية في الأحكام المنظمة لعملية الولوج إلى الطلبات العمومية التي لا مقابل لها في العقود الإدارية، لذلك اقتضت خصوصية الصفقات العمومية إخضاع عملية إبرامها إلى منافسة حقيقية بهدف إشباع الحاجيات العامة تحقيقا للمصلحة العامة¹.

المنافسة الحقيقية، تهدف أساسا إلى تأطير سياسة الإنفاق العام حماية للمال العام، هذا المقتضى التنموي اقتضى من التشريعات القانونية النص على مبادئ ومضامين وإجراءات شكلية عديدة ومتنوعة تحكم سياسة الولوج للطلبات العمومية في اتجاه المحافظة على مناخ المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين تفاديا للمغالاة في تحديد سعر تنفيذ الصفقات العمومية الذي يجب أن يبقى دائما في إطار ما تقره السياسة المالية للدولة وتوجهاتها في ضبط كلفة الإنفاق، ومن جهة أخرى دون ترجيح كفة أحد المتعاملين الاقتصاديين عن الآخر².

وبهذا تمثل المنافسة الحقيقية آلية جوهرية كفيلة بالضغط على المتعهدين بخفض الثمن وعدم المبالغة في تحقيق الأرباح، لذا كان من اللازم على التشريعات القانونية أن تتدخل بقواعد قانونية موضوعية وأخرى إجرائية لتقدير ما يجب أو ما يستحب أن يكون عليه المستوى الأمثل للسعر³.

كما سبق القول، المنافسة الحقيقية تتطلب مجموعة من المبادئ والإجراءات القانونية، هذه المبادئ أشارت إليها المادة الخامسة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"⁴.

¹ Aoudia (KH) et Lalle (M) et Laouer (R), Gestion actuelle des marchés publics, ISGP, Alger, 2003, p. 2.

² توفيق بوعشية، مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1995، ص، 316.

³ هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر،

2012، ص، 319.

⁴ هذه المبادئ أكدت عليها سياسة التشريعات الأوروبية الصادرة بخصوص إبرام الصفقات العمومية.

Directive 89/440/CCE du conseil du 18 juillet 1989. Et directive 92/50/ CEE du conseil du 18 juin 1992. Et Directive 93/36/CEE du conseil du 14 juin 1993 et directive 93/37 CEE du conseil du 14 juin 1993 portant respectivement coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

كما قضت المادة 9 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية".

أما المادة 11 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نصت على أنه " كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولأحكام هذا المرسوم، مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموال عمومية بأي شكل كان، ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة"¹.

وبدوره نص المشرع المغربي على هذه المبادئ في المادة الأولى من المرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية، بقولها على أنه "يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ التالية:

_ حرية الولوج إلى الطلبية العمومية،

_ المساواة في التعامل مع المتنافسين،

_ ضمان حقوق المتنافسين،

_ الشفافية في اختيارات صاحب المشروع.

ويخضع كذلك إبرام الصفقات العمومية لقواعد الحكامة الجيدة.

¹ هذه المبادئ جسدها المشرع في صيغ إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام، إذ نصت المادة 3 مرسوم تنفيذي رقم 199/18، يتعلق بتفويض المرفق العام، على أنه "دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية".
مرسوم تنفيذي رقم 199/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام.
ج.ر.ج.ع 48 مؤرخة في 23 ذو القعدة عام 1439 الموافق 5 غشت سنة 2018.

يأخذ إبرام الصفقات العمومية بعين الاعتبار احترام البيئة وأهداف التنمية المستدامة.

من شأن هذه المبادئ أن تمكن من تأمين الفعالية في الطلبية العمومية وحسن استعمال المال العام. وتتطلب تعريفاً قليلاً لحاجات الإدارة واحترام واجبات الإشهار واللجوء إلى المنافسة واختيار العرض الأفضل اقتصادياً

ويتم تفعيل هذه المبادئ والواجبات وفقاً للقواعد المحددة في هذا المرسوم¹.

من جهته نص المشرع المصري على تلك المبادئ بموجب المادة الثانية من القانون رقم 98/89 يتعلق بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، إذ نصت على أنه " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة، وكلاهما إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية وتصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار"².

المرتكزات الأساسية الخاصة بالنجاعة التعاقدية، أشار إليها المشرع التونسي بمقتضى المادة 1/6 و 2 أمر عدد 1039، يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، بنصها على أنه "تخضع الصفقات العمومية إلى المبادئ التالية:

_ المنافسة،

_ حرية المشاركة في الطلب العمومي،

_ شفافية الإجراءات ونزاهتها.

كما تخضع الصفقات العمومية إلى قواعد الحوكمة الرشيدة وتأخذ بعين الاعتبار مقتضيات التنمية المستدامة.

¹. مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 الموافق 20 مارس 2013 يتعلق بالصفقات العمومية. ج.ر. رقم 6140 مؤرخة في 23 جمادى الأولى 1434 الموافق 04 أبريل 2013.

² قانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998. ج.ر. ع 19 مكرر الموافق 8 مايو 1998.

يتم تجسيد هذه المبادئ والقواعد بإتباع إجراءات واضحة تضمن نجاعة الطلب العمومي وحسن التصرف في الأموال العمومية. وتطبق هذه القواعد وفقا للقواعد المحددة بهذا الأمر¹.

في هذا السياق كله، أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري على احترام مبادئ الولوج إلى الطلبات العمومية، من خلال نصها على أنه " أن مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة هي التي تحكم المناقصات جميعها وتحيطها بسياس من الضمانات يمنع العبث في إجراءاتها والتلاعب في نتائجها، فإذا حجت هذه المبادئ عن مناقصة من المناقصات التي تطرحها الجهات الإدارية فلا يمكن الاطمئنان إلى إجراءاتها والثقة في نتائجها بعد أن غابت عنها المبادئ التي تحكمها والضمانات التي تكفل صحتها وسلامتها"².

في مصطلح المنافسة الحقيقية أنه يتضمن مجموعة من المبادئ والمرتكزات التي تتكامل فيما بينها، هذه المبادئ هي:

__ مبدأ المنافسة،

__ مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص،

مبدأ الشفافية³.

بناء على ذلك، تشير التشريعات القانونية إلى ضرورة إمداد المتعامل الاقتصادي بجميع المعلومات الخاصة بكل صفقة تعتمز الإدارة التعاقد بشأنها، كما أن هذه المبادئ تتطلب من المصلحة المتعاقدة صفة الحياد، لذلك تكتسي دراسة هذه المبادئ أهمية بالغة من عدة زوايا لأنها تطبق على كل الصفقات العمومية دون استثناء، وسميت أساسية لأنها الأهم في مجال الشراء العمومي⁴. ومن ثم إذا

¹ أمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 22 الموافق 18 مارس 2014.

² مجموعة المبادئ القانونية، الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 500، مجلس الدولة المصري، مصر، المؤرخ في 19/06/1993، ص، 271. والفتوى رقم 80 المؤرخة في 31/01/2002، ص، 109.

³ عادل غزي، دليل الشراء خارج إطار الصفقات العمومية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص، 31.

⁴ كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012/2013، ص،

كانت التشريعات القانونية قد كرس مبادئ الولوج إلى الطلبات العمومية، فإن هذا التكريس يقتضي تفعيله على مستوى الواقع، أي من خلال ملامسته في إجراءات تدعم دور هذه المبادئ في خدمة التنمية¹.

تجسيد منافسة حقيقية في عقد الصفقة العمومية، يؤدي إلى بعث فكرة مهمة وراء مقاربة وظيفية للإدارة، مؤداها أنه خلافا للظاهر، أن "وظيفة الاشتراء العمومي لا تقتصر على عمليات الاقتناء المباشر للحاجيات المطلوبة بل تشمل كل العمليات المرتبطة به من تخطيط وبرمجة ورسم للسياسات ودراسة الخيارات المتاحة واتخاذ القرارات وتحديد مصادر الشراء وعمليات إصدار الطلبات وتنفيذها والاستلام والمتابعة والحصول على الضمانات والتنسيق مع المصالح والإدارات المعنية والمستفيدة من الشراء"².

وفي نفس السياق أيضا، أن تلبية الطلبات العمومية خارج إطار الصفقة العمومية يجب أن تراعى بشأنها أحكام المادة 5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومن ثم فهي طلبات عمومية تخضع للمنافسة ولكن بشروط خاصة التي تؤدي إلى انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إذ نصت المادة 1/14 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين، كتابيا، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية".

المطلب الأول: الإدارة متعاقد جدي

كما سبقت الإشارة، أن المشرع الوطني ما كان ليقف مكتوف الأيدي، إذ تدخل في أكثر من نص قانوني عبر تطلبه ضرورة احترام مبدأ المنافسة ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لصحة الصفقات العمومية، وذلك منعا للتعسفات التي يمكن أن تصدر عن الإدارة، ومن ثم جعل الصفقة العمومية عقدا

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2015، ص، 76.

² عادل غزي، مرجع سابق، ص، 5.

نزيتها ومعبرا عن أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود إدارة جديّة ومتعامل اقتصادي نزيه ورقابة فعّالة، ولا يتحقق ذلك إلا بمنافسة وحيادية في ذات الوقت¹.

وإذا نظرنا إلى علاقة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بالمنافسة الحقيقية، فإننا نلاحظ أن مفهوم مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص يكاد يندمج مع مفهوم المنافسة الحقيقية، حيث أن المنافسة الحقيقية تقتضي توظيف جميع المبادئ العامة الخاصة بالولوج إلى الطلبات العمومية حماية للمصلحة العامة وضمان سير وانتظام نشاط المرفق العام².

بل أكثر من ذلك، يمكن الجزم إن المساواة كمبدأ، وكمبدأ يجب أن يسود بين جميع المتعاملين الاقتصاديين، يتموقع في محل سابق عن مبدأ المنافسة، ما دام أنه يظهر في الوهلة الأولى الخاصة بمرحلة تحضير إبرام الصفقة العمومية، فمن الشروط الضرورية لصحة الصفقة العمومية أن تكون حيادية تضمن تمتع جميع المتعاملين الاقتصاديين بحقهم في المشاركة في تنفيذ الصفقة العمومية على قدم المساواة وفقا لمعايير موضوعية وتكافؤ الفرص.

الفرع الأول: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص

باستعراض أحكام الدستور الجزائري، يتبين لنا أن المشرع لم يهمل مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في مقتضياته القانونية، ولذلك يعتبر مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص من المبادئ الجوهرية والحساسة التي فرضت نفسها على الضمير المحلي والإقليمي والعالمي، وقد نال هذا المبدأ أهمية عظيمة فلا يمكن مهما كانت الأسباب والظروف تعطيل هذا المبدأ أو إلغائه أو التعدي عليه، وله حصانة ذاتية لأنه حق دستوري، ونتيجة لذلك، لا يسقط هذا المبدأ حتى ولو أراد الفرد التنازل عنه، لأن مبدأ المساواة أساسه الحرية وعدم التفاضل بين الأفراد³.

¹ Terneyre (PH), La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, éd economica, paris, 1989, p,25.

² عادل غزي، مرجع نفسه، ص، 31. بسام الكراي، مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقة العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، صفاقس، تونس، 2007، ص، 13.

³ علي قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة في الأصول النظرية وآليات الممارسة مع التطبيق على الوضع في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2005/2004، ص، 35. سينم صالح محمد، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الإنسان، مجلة الحقوق، جامعة تكريت، العراق، س 7، م 2، ع 28، 2015، ص، 312. صالح

وقد جاء الدستور الجزائري بنص صريح يقرر مبدأ المساواة، ويفرضه فرضاً، إذ نصت المادة 32 أمر رقم 01/16، يتضمن التعديل الدستوري¹، على أنه " كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي، أو اجتماعي". كما نصت المادة 34 منه، على أنه " تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية".

إن حق المساواة الذي قرره الدستور، ونادى بتطبيقه، فأساسه البارز أن الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والمواثيق الدولية تحترم الإنسان وتكرمه من حيث هو إنسان². إذ يجب أن يشعر الجميع بالمساواة أمام القانون بدون تمييز بسبب المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط آخر، وقد نصت الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية والمواثيق الدولية على هذا المبدأ صراحة والذي يشكل قاعدة قانونية آمرة من قواعد حقوق الإنسان³.

يقول الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله " يا أيها الناس، إنا خلقناكم من ذكر وأنثى، وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم"⁴.

وقد ورد هذا المبدأ في ميثاق الأمم المتحدة، إذ نصت المادة 3/1 على أنه " تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء"، كما قضت المادة 2/13 منه على أنه " إنماء التعاون الدولي في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية والصحية، والإعانة على تحقيق

أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ع 6، 2015، ص، 229.

¹ قانون رقم 01/16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري. ج.ر.ج.ع 14 مؤرخة في 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 07 مارس 2016.

² بهاء الدين إبراهيم، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص، 38.

³ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص، 63.

⁴ سورة الحجرات الآية 13.

حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بينهم في الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء". كما أشارت المادة 3/76 إلى هذا المبدأ الأساسي بنصها على أنه "التشجيع على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء، والتشجيع على إدراك ما بين شعوب العالم من تقييد بعضهم بالبعض"¹.

أولاً: المساواة مرتكز ضروري لسلامة الصنفقة العمومية

يجب على القانون أن يكفل الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، لأن مقتضيات التمييز بين دولة القانون والدولة الشرعية، يتعلق أساساً بسمو دولة القانون على الدولة بضمان الحقوق والحريات العامة في مواجهة سلطاتها². والتي تتجسد صوراً في المساواة أمام القانون، والمساواة أمام القضاء، والمساواة في الحقوق السياسية، والمساواة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة، والمساواة في التكاليف والأعباء العامة³.

ومن المجالات التي أكد فيها مجلس الدولة الفرنسي أن "يسود فيها مبدأ المساواة باعتباره مبدأ من المبادئ المترتبة عن وجود المرفق العام، هي"⁴:

مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة،

المساواة أمام الضرائب،

المساواة في الانتفاع من الخدمة،

المساواة بين المرشحين في الصفقات،

المساواة بين الموظفين المنتمين لنفس القطاع،

¹ وقع ميثاق الأمم المتحدة في 26 يونيو 1945.

² أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، دار المجد للطباعة، القاهرة، مصر، 1977، ص، 7. عبد الواحد محمد الغار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص، 12.

³ شهاب أحمد عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة تكريت، العراق، ص، 3، م، 3، ع، 2، 2019، ص، 84. محمد منير حساني، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، الجزائر، ع، 15، 2016، ص، 189.

⁴ إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص، 96.

المساواة بين النساء والرجال¹.

من المبادئ المستقر عليها للولوج إلى الطلبات العمومية مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، كأساس ومرتكز ضروري لنزاهة إبرام الصفقة العمومية وصحتها، وهذا بطبيعة الحال لا يمكن إخفاء أو تجاهل الجهود الدولية في تعزيز وتكريس مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في الصفقات العمومية، إذ جاء في ديباجة قانون الأونستيرال النموذجي للاشتراء العمومي فقرة ب، ود، وه، على أنه " من المستصوب تنظيم الاشتراء العمومي من أجل تعزيز الأهداف التالية:

_ تعزيز وتشجيع مشاركة الموردين والمقاولين في إجراءات الاشتراء بصرف النظر عن جنسيتهم بما يعزز التجارة الدولية.

_ توفير المعاملة المنصفة والمتساوية والعادلة لجميع الموردين والمقاولين.

_ تعزيز النزاهة والإنصاف في عمليات الاشتراء وثقة الجمهور بها".

وإذا كانت الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها تخضع لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، إذ فرضه قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق المصلحة العامة عن طريق التزام جانب الحيادية في معاملة المترشحين من خلال إخضاعهم لنفس المعايير الضابطة للتنافس العادل²، أي أن تعامل المصلحة المتعاقدة جميع المتعهدين الذين يكونون في مركز قانوني واحد على قدم المساواة³ سواء تعلق الأمر بالشروط الموضوعية المطلوبة للولوج إلى الطلبات العمومية أو بمواعيد تقديم العروض أو إجراءات الانتقاء، دون تمييز بينهم.

¹ كرس مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المساواة في عديد من قراراته، لأن جوهر الصفقة العمومية هو سعي الإدارة المتعاقدة على تحقيق المصلحة المالية التي تستدعي توسيع قاعدة التنافس بين المتعاملين الاقتصاديين كلما استدعت طبيعة الصفقة العمومية ذلك. وبناء عليه، تكون المصلحة المالية والإدارية هي أساس وجود المنافسة الحقيقية.

عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1994/1993، ص، 189.

² محمد شريط، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2017/2016، ص، 38.

³ خلاف صليحة، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2013/2012، ص، 13.

وفي هذا الإطار ذهب القضاء المصري إلى النص على أنه "بمقتضى المساواة الطبيعية بين المواطنين كفل القانون عدم التمييز بين أصحاب المراكز المتماثلة في الحقوق"¹.

والمساواة يجب أن تطل جميع المتعاملين الاقتصاديين، وتزداد ضرورة مساواة المتعاملين الاقتصاديين عندما نعلم أن عددهم كبير جدا في الوقت الحالي، لذا عملت التشريعات القانونية على تقوية الآليات القانونية التي تؤدي إلى استقلالية المصلحة المتعاقدة إزاء المتعامل الاقتصادي في مرحلة إبرام الصفقة العمومية.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري أكد على ضرورة احترام مبدأ المساواة، وإلا ترتب في حق عقد الصفقة العمومية البطلان².

أ: ملامسة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في الصفقة العمومية

ووعيا من التشريعات القانونية بالمخاطر التي تنجم عن مخالفة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في تنفيذ الصفقات العمومية، أصبحت تنص على إجراءات قانونية قصد حماية هذا المبدأ الذي يجب أن يسود بين جميع المتعاملين الاقتصاديين في إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية ضد تعسف الإدارة.

مع الملاحظة أن هذه الإجراءات مهما بلغت قيمتها تبقى قاصرة ومحدودة، إذ أظهر الواقع أن المصلحة المتعاقدة تلجأ في الكثير من الأحيان على اعتماد آليات قانونية مشروعة لإقصاء مجموعة من المتعهدين، كاعتمادها شهادة تصنيف وتأهيل مهنيين ذات درجات عالية، على هذا الأساس ذهب أحد الفقهاء إلى القول " أن المساواة في عقد الصفقة العمومية تقتضي عدم وضع شروط في ظاهرها العموم وفي حقيقتها أنها تخص شخص معين أو شركة بعينها"³.

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، الطعن رقم 1290 س 39، الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء 35، من 1985 إلى 1993.

² حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1968/12/18. نقلا عن:

خلدون عائشة، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2016/2015، ص، 45.

³ حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 49.

في المقابل، إن مقتضيات المصلحة العامة وضرورات التطور الاقتصادي سرعان ما قادت التشريعات القانونية إلى تليين مبدأ المساواة، ومن أجل التوفيق بين متطلبات التطور الاقتصادي والاجتماعي ومبدأ المساواة وتكافؤ الفرص قامت التشريعات القانونية بالنص على أحكام قانونية آمرة يستلزم الأخذ بها خدمة للمصلحة العامة.

1: استقلالية المصلحة المتعاقدة

كما سبق القول، أن مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص يعتبر من بين أهم المبادئ التي تساعد على اجتذاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين، نظرا لجو الأمان والاطمئنان الذي يخلقه مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المرشحين، ومن ثم إذا كانت الصفة العمومية تركز على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، هذا الأخير يقتضي مما يقتضي استقلالية المصلحة المتعاقدة في تحديد الشروط الفنية والتقنية الخاصة بتنفيذ الصفة العمومية.

إن تطلب مساواة مطلقة بين المتنافسين كان سيؤدي إلى صعوبة، إن لم نقل استحالة تنفيذ الصفة العمومية، خاصة تلك الصفقات التي تحتاج إلى قدرات مالية وفنية وتقنية عالية، هذا الأساس المنطقي جعل التشريعات القانونية تنص على ضرورة إعداد طلبات العروض وفق معايير موضوعية تبقى على المساواة بين المرشحين.

باعتبار أن الصفة العمومية عقد إداري يخضع لمجموعة من القواعد الاستثنائية غير المألوفة يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة بشكل ثابت ومستمر، وهذا ما يفسر إعطاءها المرونة اللازمة لتنفيذها، وهو ما يجعل فكرة المساواة المطلقة لا تجد لها تأييدا من التشريعات القانونية والفقهاء والقضاء، وإنما تبرم وتنفذ الصفة العمومية وفق معايير موضوعية غير تمييزية¹. في هذا الشأن نص المشرع مثلا في المادة 2/44 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفة. وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع".

¹ Laguerre(A), La concurrence dans les marchés publics, éd berger-levrault, paris, 1991, p, 56.

وعليه، التنافس النزيه أوجب أن تمتع الإدارة بسلطة مستقلة في إعداد دفاتر التعليمات الخاصة دون تدخل المتعامل الاقتصادي، هذه الاستقلالية تعد في حد ذاتها ضمانا حقيقية وفعلية لتحقيق المساواة بين المتنافسين¹.

ثانيا: التدخل التشريعي المطرد تجسيدا لمبدأ المساواة

تكفل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في تنظيم مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص من لحظة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، وإعداد دفتر الشروط الإدارية وفتح الأظرفة، واختيار المتعامل المتعاقد، ومن هنا نص المشرع على مجموعة من المقتضيات القانونية التي يجب على الإدارة أن تلتزم بها، لأن مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص يعتبر أمرا ضروريا لنزاهة الصفقة العمومية وصحتها، ذلك أن التمييز والتفاضل بغية الاستئثار بمنافع شخصية على حساب المصلحة العامة ومصلحة باقي المتنافسين من شأنه أن يؤدي إلى اتساع رقعة الفساد.

تعتبر المساواة بين المتنافسين مستلزم من مستلزمات المنافسة الحقيقية، لذلك فإن تجاهل المساواة بين المتنافسين يعتبر إخلالاً بمبدأ المنافسة الحقيقية، على هذا الأساس نصت المادة 4/27 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد".

المعايير الموضوعية الضابطة بتحديد الحاجات، أشار إليها المشرع التونسي بحكم المادة 10 أمر عدد 1393 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، بنصها على أنه "يجب أن تستجيب الطلبات موضوع الصفقة إلى طبيعة الحاجات المراد تسديدها ومداهها فحسب. وتضبط الخاصيات الفنية لهذه الحاجات

¹ أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص، 41. على الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976، ص، 15.

قبل الدعوة إلى المنافسة أو التفاوض على نحو يضمن جودة الطلبات موضوع الصفقة والنهوض بالمنتوج الوطني والتنمية المستدامة"¹.

يقع على عاتق الإدارة إعداد دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية، لذلك يجب عليها وهي بصدد تحديدها للشروط المؤهلة للولوج إليها أن تكون الشروط متناسبة مع طبيعة الصفقة، خاصة عند اعتمادها طريقة طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وفقا لنص المادة 2/44 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السالفة الذكر.

أ: مساواة المتنافسين في مرحلة تقديم العروض

لقد عمل المشرع على ضمان احترام مبدأ المساواة في مرحلة تقديم العروض، عبر إرسائه لمجموعة من الأحكام القانونية بصدد إجراءات إبرام الصفقة العمومية، لأن التزام الإدارة باحترام مبدأ المساواة فيه تفعيل لمبدأ المشروعية التي تقوم عليه الصفقة العمومية²، إذ خص المشرع الإدارة باستقلالية مطلقة في تحديد كيفية إبرام الصفقة، فمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص يقتضي عدم تدخل المتعامل الاقتصادي في اختيار صيغة الإبرام، إذ نصت المادة 59 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات.

ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقا لأحكام هذا المرسوم". بل يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلق اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة³.

بناء على الطابع الأصيل لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، نجد أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أشار إليه صراحة في حكم المادة 54 قانون الصفقات العمومية وتفويضات

¹ نظم المشرع المغربي هذه النقطة القانونية المهمة بموجب المادة 5/5 و6 مرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية، بنصها على أنه " يجب ألا تشير المواصفات التقنية إلى أية علامة تجارية أو إحالات على مصنف مواد أو تسمية أو براءة أو مفهوم أو نوع أو مصدر أو منتج معين، إلا في حالة عدم وجود أية وسيلة أخرى كافية الدقة والوضوح لوصف مميزات الأعمال المطلوبة وبشرط أن تكون التسمية المستعملة مقرونة بعبارة أو ما يعادلها...

يجب ألا ينتج عن تحديد المواصفات التقنية وضع عراقيل أمام حرية المنافسة".

² عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ج 2، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص، 205.

³ المادة 60 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المرفق العام، إذ نصت على أنه " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية.

يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفة ومتناسبة مع مداها"

كما نصت المادة 79 منه على أنه " يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية مهما يكن إجراء الإبرام المختار، متلائماً مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته". أما المادة 94 منه نصت على أنه " لا يمكن صاحب صفة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة. وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين".

هذا إن دل على شيء فإنه يدل على أهمية مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص الذي يفيد أن جميع المتعاملين الاقتصاديين متساوون فيما بينهم ويعاملون على قدم المساواة عندما يكونون في ظروف قانونية متماثلة، وهو بهذا يشكل ضماناً أساسية وهامة للحد من المعاملة التعسفية التي يمكن أن يتعرض لها من قبل الإدارة، ويمكن اعتبار مبدأ المساواة بمثابة حد لسلطة الإدارة التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

فالمساواة وتكافؤ الفرص يظهر كالمبدأ العام قبل مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية الذي يرتكز على أساسه تأطير وتنظيم إجراءات الصفة العمومية، ومن ثم أصبحت التشريعات القانونية تعتبره مبدأً أساسياً وجوهرياً في عقود الصفقات العمومية إلى درجة أن ذهب جانب من الفقه القانوني إلى عدم الحاجة إلى التنصيص عليه في قانون الصفقات العمومية لأنه مبدأ أساسي وبديهي في ذات الوقت¹.

أهمية مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في عقد الصفة العمومية جعل التشريعات القانونية تنص على استمرارية هذا المبدأ وبقائه قائماً حتى في مرحلة الرقابة على العروض، إذ نصت التشريعات القانونية

¹ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص، 95. نبيل العاتي، استقلالية المشتري العمومي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2008/2009، ص، 21.

على وضع حدود قانونية آمرة تراعي مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتعهدين، حتى يكون الفائز بالصفقة جاء وفق اختيار عادل ودون تمييز¹.

إذا كانت أبعاد المصلحة العامة اقتضت أن تحترم الإدارة الشكليات والمبادئ التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن المقتضيات القانونية التي منحها القانون للمتعامل الاقتصادي من أجل مراقبة إجراءات منح الصفقة العمومية عن طريق تحويل جميع المتعهدين ممارسة حق الطعن هو في حقيقة الأمر تجسيدا لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص الذي يمنع الانحياز لمرشح معين²، إذ نصت المادة 2/82 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة، السماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تبلغ، في إعلان المنح المؤقت للصفقة، عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقنا ورقم تعريفه الجبائي، عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة".

الفرع الثاني: تليين مبدأ المساواة

إذا كان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أشار صراحة إلى مبدأ المساواة، فإن مضمون وتطبيقات هذا المبدأ عرفت تطورات هامة نظرا لمقتضيات التنمية الاجتماعية والاقتصادية ليتحول من مفهوم مطلق إلى مفهوم نسبي خاضع لاستثناءات، لأن مقتضيات التنمية وسياسة التشغيل فرضت على التشريعات القانونية إقرار قواعد تفضيلية.

مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لا يهدف فقط إلى حماية المتعاملين الاقتصاديين وإنما يهدف أيضا إلى حماية المصلحة العامة، خاصة إذا كان سبب إبرام الصفقة العمومية هو وجوب تحقيق أبعاد

¹ المادة 67 ومايليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الاقتصاد الجيد، مخبر الاقتصاد الرقمي في الجزائر، جامعة الخميس مليانة، الجزائر، م 1، ع 18، 2018، ص، 52. خليف عبد الكريم، آليات الرقابة الداخلية للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ضوء المرسوم التشريعي 247/15، مجلة أبعاد اقتصادية، كلية العلوم والاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بومرداس، الجزائر، م 7، ع 1، 2017، ص، 361.

المصلحة العامة، لأن للصفقات العمومية دور استراتيجي في التنمية الوطنية ووسيلة من وسائل إنعاش الاقتصاد الوطني¹، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى ضرب مقومات الاستثمار الوطني.

الملاحظ أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يعزز ويشجع مشاركة المتعاملين الاقتصاديين بغض النظر عن جنسيتهم، إذ نصت المادة 38 منه على أنه " يمكن المصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/أو المؤسسات الأجنبية، طبقاً لأحكام هذا المرسوم"، كما قضت المادة 1/42 منه، على أنه " يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً و/أو دولياً، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية".

إن اعتبارات المصلحة الوطنية اقتضت في حالات معينة التمييز بين المتعامل الاقتصادي الوطني والمتعامل الاقتصادي الأجنبي، لذلك التسليم بسمو المصلحة الوطنية في بعض الحالات لا يعني المساس بمبدأ المساواة. ومن ثم إن الأخذ بفكرة المصلحة العامة يعني أن الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني يجب أخذها بعين الاعتبار في الحدود التي يهدف فيها إلى تحقيق أبعاد المصلحة العامة، إذ نصت المادة 1/85 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن هذه الأخيرة أن تصدر دعوة للمنافسة وطنية، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم".

وانسجاماً مع الطرح السابق، عمل المشرع على تفضيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، إذ نصت المادة 2/85 و3 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " وعندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية و/أو دولية، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم، فإنه يجب عليها، حسب الحالة، أن:

تأخذ بعين الاعتبار، عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ولاسيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للسماح لها بالمشاركة في

¹ عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2010، ص، 102.

إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز"، كما قضت المادة 8/87 منه على أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تشترط على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المنشأة حديثا التي لا يمكن أن تقدم على الأقل، حصيلة السنة الأولى من وجودها، إلا وثيقة من البنك أو من الهيئة المالية المعنية تبرر وضعيتها المالية. كما لا تشترط عليها المصلحة المتعاقدة المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية، بل تأخذ بعين الاعتبار تلك المثبتة بالشهادات".

أولا: اشتراط حد أدنى من التعاقد مع المؤسسات المصغرة

يجب أن تعمل الصفقة العمومية على تحقيق التنمية الاجتماعية، لأن هدفها الأساسي بالأساس يتمثل في إنعاش الحياة الاقتصادية، وهو ما يعني أنه يجب على المشرع أن يضمن قانون الصفقات العمومية أحكام قانونية تضمن مصالح المؤسسات المصغرة على البقاء والاستمرار¹، هذا المقتضى التنموي هو الذي يفسر حكم المادة 1/87 و2 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة إلا في الحالات الاستثنائية المبررة قانونا كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم.

يجب على المصلحة المتعاقدة تبرير الاستثناء المذكور في الفقرة السابقة، حسب الحالة، في التقرير التقديمي لمشروع الصفقة أو الاستشارة.

يمكن أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه في حدود عشرين في المائة على الأكثر من الطلب العام، حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط محصص، بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 من هذا المرسوم.

¹ تعرف المؤسسات الصغيرة وفق نص المادة 9 على أنها " مؤسسة تشغل ما بين عشرة 10 إلى تسعة وأربعين 49 شخصا، ورقم أعمالها السنوي لا يتجاوز أربعمائة 400 مليون دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز مائتي 200 مليون دينار جزائري".
قانون رقم 02/17 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 موافق 10 يناير سنة 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. ج.ر.ج.ع 2 مؤرخة في 12 ربيع الثاني عام 1438 موافق 11 يناير سنة 2017.

لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن تتجاوز المبالغ السنوية القصوى مع احتساب الرسوم الممنوحة لكل مؤسسة مصغرة في هذا الإطار، المبالغ الآتية:

_ اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج لخدمات الأشغال هندسة مدنية وطرق،

_ سبعة ملايين دينار 7.000.000 دج لخدمات الأشغال البناء التقنية وأشغال البناء

الثانوية،

_ مليوني دينار 2.000.000 دج لخدمات الدراسات،

_ أربعة ملايين دينار 4.000.000 دج للخدمات،

_ سبعة ملايين دينار 7.000.000 دج لخدمات اللوازم".

في الاتجاه ذاته جرمت التشريعات القانونية كافة الأفعال التي تضعف أو تعدم مبدأ المساواة، خاصة أن الحوكمة الرشيدة تتأسس عليه بغرض تفادي نتائج وعواقب اللامساواة في الحصول على المعلومات واتقاء ظواهر التمييز في عقد الصفقة العمومية¹، ومن ثم أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته هي سند قانوني فعال للمنافسة الحقيقية من خلال محاربتها للامتيازات غير المبررة، إذ نصت المادة 26 قانون رقم 01/06 يتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج:

_ كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا

مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

_ كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي

أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات

¹ هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة الاختلاس تكسب الموظف العام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2010، ص، 41. يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 1997/1996، ص، 33. تونسي سعاد، جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2014/2013، ص، 2.

أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين".

وبناء على ما سبق ذكره، أن الفقه يرى في إبعاد بعض المتعاملين الاقتصاديين ترجيحاً للمصالح الخاصة لبعض المتعاملين الاقتصاديين على مصلحة المتعامل الاقتصادي الذي تم إبعاده، وعلى مقتضيات المصلحة العامة، يؤدي إلى جعل الصفقة العمومية باطلة ويجب إلغائها إعمالاً لمبدأ المساواة الذي يعتبر دستور عقد الصفقة العمومية من جهة، وعدم إطلاق يد الإدارة من جهة أخرى، لأن المصدر الأساسي للبطلان هو مخالفة القواعد التشريعية الواجبة الإلتباع¹.

تجدر الإشارة في الأخير، أنه لما كان عقد الصفقة العمومية يرتبط بتحقيق المصلحة المالية والإدارية، فمن حق المصلحة المتعاقدة أن تضع الشروط المؤهلة للصفقة العمومية وسلطتها في هذه الحالة سلطة تقديرية حولها لها المشرع، وهي سلطة مشروعة طالما لم يكن القصد من تحرير هذه الشروط استبعاد مجموعة كبيرة من المتعاملين الاقتصاديين وإعدام التنافس، وكان الغرض منها فقط ضمان حسن تنفيذ الصفقة².

المطلب الثاني: مبدأ المنافسة في الصفقة العمومية

لقد شكلت المنافسة كمبدأ اقتصادي وقانوني، أحد المواضيع التي حظيت باهتمام بالغ في مجال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا قانون المنافسة، وارتبط ذلك الاهتمام بالتحويلات الهامة والتنوعية التي طالت المنظومة الاقتصادية الوطنية، خاصة بعد التعديل الذي طرأ على أحكام القانون الدستوري لعام 1996، عندما تبنى مباشرة فكرة الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد

¹ محمد يوسف علام، أحوال البطلان في منازعات العقود الإدارية، دراسة تطبيقية تحليلية مقارنة في البلدان العربية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2018، ص، 62. هاني عبد الرحمان غانم، أساليب التعاقد الإداري، دراسة مقارنة، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، مصر، 2007، ص، 88.

² نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، الأردن، م 25، ع 2، 1998، ص، 356.

السوق¹، إذ نصت المادة 37 منه، على أنه "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتتمارس في إطار القانون"²، مؤكدا على هذا التوجه بحكم المادة 43 قانون رقم 01/16 يتضمن التعديل الدستوري، بنصها على أنه "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة".

واعتبارا لذلك، فإن كل من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون المنافسة، قد شكلا تغييرا واضحا في العلاقات التعاقدية المبرمة مع الإدارات العمومية، ومن ثم كانت مقتضيات المصلحة العامة سببا رئيسيا في إجبار المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي الالتزام بقواعد وأحكام المنافسة لضمان النجاعة التعاقدية.³

فضلا عن ذلك، فقد أصبح يترتب عن مخالفة أحكام المنافسة، ضرورة التصريح ببطلان الصنفرة العمومية وإلغائها، وعليه، فالتطورات النوعية لمبدأ المنافسة وما تترتب عنه من آثار تشريعية، أصبح في ظل التوجهات الجديدة، يتجه نحو الحد من ظاهرة المحسوبية والفساد، والممارسات المناهضة للمنافسة الشريفة، ولغياب البيئة التنافسية تداعيات سلبية يتردد صداها على المستوى المحلي والإقليمي والدولي.⁴

¹ تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص، 121.

² المرسوم الرئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996. ج.ج.ج. ع 76 مؤرخة في 27 رجب عام 1417 الموافق 08 ديسمبر 1996. معدل.

³ رقرقي محمد زكريا، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2014/2013، ص، 9. بن شعلال محفوظ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ضمانات للشفافية أم حواجز تقييمية، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، ع 9، 2015، ص، 55.

⁴ مجموعة البنك الدولي، أحدث المستجدات الاقتصادية المتعلقة بالشرق الأوسط وشمال إفريقيا، الارتقاء إلى آفاق أعلى، تشجيع المنافسة العادلة في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، أكتوبر/ تشرين الأول 2019، ص، 2.

ولما كان من المرامي الأساسية لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو العمل على احترام المبادئ العامة التي نصت عليها المادة 5 منه التي تعد معطى أساسي لصحتها، فمعلوم أن تحقيق هذه الغاية تستلزم التنصيص على مجموعة من الإجراءات القانونية، منها ما يرمي بالأساس إلى حماية المصلحة العامة، ومنها ما يهدف إلى حماية مصلحة المتعامل الاقتصادي.

الفرع الأول: المنافسة قيمة اقتصادية قانونية في الصفقة العمومية

لا ينكر أحد الآثار السلبية المترتبة عن عدم إعمال وتطبيق مبدأ المنافسة على أبعاد المصلحة العامة، ويضاف إلى النصوص القانونية المشتركة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي كان لها آثار على إبرام عقد الصفقات العمومية، هذه النصوص القانونية المشتركة التي نصت على مبدأ المنافسة في أكثر من نص قانوني، على سبيل المثال لا الحصر، حكم المادة 1/74 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " إذا تنازل حائر صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية، بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وأحكام المادة 99 من هذا المرسوم".

كما نصت المادة 94 منه على أنه " لا يمكن صاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة. وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقي على المساواة بين المرشحين".

أولاً: المنافسة مردودية اقتصادية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

لا شك أن التنافس يعد المبدأ الأساسي في عقد الصفقة العمومية، لذلك نجد أن المشرع الوطني، أفرد حكماً خاصاً في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يجسد هذا المبدأ، من

خلال نصه على أنه " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو إجراء التراضي"¹.

تعزيزا لمبدأ المنافسة ونجاعة الطلبات العمومية، تدخل المشرع لإلزام الإدارة على اختيار إجراء طلب العروض كقاعدة عامة في تلبية الطلبات العمومية، وإذا لم تتقيد المصلحة المتعاقدة بالأصل العام في إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، فإن الصفقة العمومية تبطل، ويلاحظ أن علة التدخل القانوني لفرض شكل إجراء طلب العروض كأصل عام، هي خصوصية وطبيعة مبدأ المنافسة الذي يحكم الشراء العمومي، وقد يترتب عن مخالفة مقتضياته خطر كبير على النظام العام الاقتصادي، وهذا ما دفع بالفقه إلى اعتبار الصفقة العمومية نظاما قانونيا وليس عقدا تتحكم في مقتضياته القانونية إرادة الأطراف المتعاقدة².

مبدأ المنافسة يقتضي منح جميع المتعاملين الاقتصاديين حق المشاركة في تلبية الطلبات العمومية وتقديم عروضهم للتعاقد مع الإدارة وفق الشروط التي تعلن عنها في إجراء كفاءات إبرام الصفقات العمومية، من جهة ثانية أن مبدأ المنافسة لا يعطي للإدارة الحق في إبعاد أو حرمان أحد المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في تلبية الطلبات العمومية إلا في حالة وجود المانع القانوني، أو عدم توفر القدرة المالية والفنية التي يقتضيها تنفيذ عقد الصفقة العمومية، على أساس حق الجميع في الانتفاع من خدمة المرافق العمومية مع تطبيق الاستثناءات المحددة قانونا³.

مما سبق ذكره، أن المصلحة العامة اقتضت أن تجعل من مبدأ المنافسة شرطا ضروريا لتحقيق مردودية اقتصادية مباشرة بالنسبة للإدارة بما أنها تمكن من حسن توظيف المال العام وتلبية حاجيات المرفق العام بأقل الأثمان⁴، بحيث أن النجاعة التعاقدية وتلبية الحاجات لا يشكل فقط شرطا لتطبيق مبدأ المنافسة، بل أيضا لتحقيق مردودية اقتصادية⁵. إذ جاء عن محكمة القضاء الإداري في حكم صادر عنها

¹ المادة 39 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² ختال هاجر، المناقصة كأسلوب من أساليب التعاقد في الصفقة العمومية، مداخلة، الملتقى الدولي: الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2013.

³ محمود حلمي، مرجع سابق، ص، 88. صعب ناجي عبود. لينا محمد صعب، أساليب التعاقد في عقود المناقصات العامة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، م 19، ع d2، 2017، ص، 14.

⁴ عادل غزي، مرجع سابق، ص، 33.

⁵ محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص، 289.

في 1960/07/24 إن "كان من الأسس التي يقوم عليها تعاقد الإدارة عن طريق المناقصات أن يخضع لهذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرافق المالية، التي تتمثل في إرساء على أصحاب العطاء على الأقل، إلا أنه يخضع في ذات الوقت لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرافق الفنية التي تتمثل في اختيار العطاء الأفضل الذي يكفل حسن سير المرفق وانتظامه، ذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه الاحتياجات المرفق العام".

أ: إجراء طلب العروض مبدأ عام

إن تقرير هذا الحكم القانوني، القاضي بإلزام المصلحة المتعاقدة على تبني إجراء طلب العروض في إبرام الصفقة العمومية كأصل عام، لكونه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء¹. وعليه ومهما يكن الأمر فإن مبدأ طلب العروض كقاعدة عامة نشأ من صميم حرية الممارسة التجارية والصناعية، وكل خرق له هو مخالفة صريحة لمبدأ من مبادئ الحريات العامة، المشفوعة بسند دستوري.

ومن ثم نجد، أن المادة 40 مرسوم رئاسي رقم 247/15، لم تخرج عن القاعدة العامة التي قررتها سابقاً المادة 25 مرسوم رئاسي رقم 236/10² التي كانت تنص على أنه "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"³.

ومن جهته عرف الفقه طلب العروض، على أنه "عبارة عن أسلوب أو وسيلة لفتح المجال أمام أكبر عدد من المتنافسين بهدف تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات لصالح الدولة. وذلك

¹ المادة 40 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 07 أكتوبر سنة 2016، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 26 مارس 2011، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 16 يونيو سنة 2011، ومعدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 يناير سنة 2012، ومعدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير سنة 2013.

علما أن المرسوم الرئاسي رقم 236/10 ألغي بموجب المادة 215 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ تنص المادة 26 مرسوم رئاسي رقم 236/10 على أنه "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

بشرط احترام مجموعة من الإجراءات القانونية والتنظيمية¹. كما عرفه آخرون على أنه هو " طريقة تستهدف نظام التعاقد بأكثر عدد ممكن من المنافسة دون أن تكون الإدارة ملزمة باختيار متعاقد بعينه"، أو هو " إخضاع التعاقد لأكثر قدر ممكن من المنافسة بإتباع إجراءات المناقصة دون أن تكون الإدارة ملزمة باختيار متعاقد بعينه"².

فطلب العروض يشبه في مقتضياته إجراء المناقصة، الفارق بينهما أن إجراء المناقصة يعتمد على معيار الثمن كأساس لتخصيص الصفقة، إذ نصت المادة 26 مرسوم رئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى، على أنه " المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض". في حين أن طلب العروض يستند إلى أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، زيادة إلى معايير موضوعية أخرى تتعلق بالقدرات والمؤهلات التقنية والمالية والمهنية للمتعاقد³. لذلك ظهرت الحاجة للمشرع إلى التدخل لوضع معيار " أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية" للفوز بالصفقة العمومية، لأن معيار " أفضل عرض" أصبح في الوقت الراهن لا يتلاءم مع طبيعة عقد الصفقة العمومية ومحلها، ويضاف إلى ذلك تعارض هذا المعيار مع ما يحققه عقد الصفقة العمومية من مصالح عامة سواء للمنتفعين في نطاقه أم للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، لأن نجاعة الطلبات العمومية تقتضي تنفيذ الصفقة العمومية بجودة عالية وبآجال معقولة وبثمن غير مبالغ فيه.

وأشكال طلب العروض، نصت عليها المادة 42 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، بقولها على أنه "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

__ طلب العروض المفتوح،

__ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،

¹ مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، الأشغال- التوريدات- الخدمات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص، 67.

² عبد العالي سمير، مرجع سابق، ص، 14.

³ حماد حميدي، طرق إبرام الصفقات، رسالة دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، المغرب، 1982/1981، ص، 116.

_ طلب العروض المحدود،

_ المسابقة".

أما في المرسوم الرئاسي رقم 236/10، أشار المشرع إلى أشكال المناقصة بمقتضى حكم المادة 28، بنصها على أنه "يمكن أن تكون المناقصة وطنية و/أو دولية، ويمكن أن تتم حسب أحد الأشكال الآتية:

المناقصة المفتوحة،

المناقصة المحدودة،

الاستشارة الانتقائية،

المزايدة،

المسابقة"¹.

_ طلب العروض المفتوح:

عرف المشرع طلب العروض المفتوح بموجب المادة 43 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه إجراء يمكن من خلاله أي مرشح مؤهل أن يقدم تعهداً، كما يعرف على أنه "يعد طلب العروض مفتوحاً عندما يتمكن كل مرشح من الحصول على ملف الاستشارة ومن تقديم ترشيحه"²، كما يعرف على أنه "الإجراء القائم على مبدأ العلانية بحيث يكون مفتوحاً لكافة الأشخاص الراغبين في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة التي تلجأ للمنافسة العامة وتعطي الحق لكل متعهد التقدم بملف ترشيحه دون قيد"³. نخلص من هذه التعاريف، أن إجراء طلب العروض المفتوح أساسه القانوني الدعوة العامة

¹ المقارنة بين النصين، تظهر أن المشرع الوطني استغنى عن إجراء المزايدة.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص، 187.

³ مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص، 722.

لجميع المتعاملين الاقتصاديين للحصول على دفتر الشروط الخاصة بهدف تقديم ترشيحه، هذا الإجراء يضمن منافسة أكبر في تنفيذ الصفقات العمومية¹.

ولمحاولة تحقيق الغاية التي قصدها المشرع من إقرار طلب العروض مفتوحا، أن يخصه المشرع الوطني بإجراءات خاصة، لأن طلب العروض المفتوح غير المقيد باشتراط قدرات دنيا الهدف منه فتح المشاركة دون تمييز ولأكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين لتنفيذ الصفقة العمومية، وهو المقصود من عبارة "المفتوح"، بمعنى أن الهدف هنا ليس على المشاركة بل على نتائج المشاركة.

في هذا الخصوص، نجد أن البعض من التشريعات القانونية راعت الغاية المقصودة، من ذلك، المادة 57 من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم 2006/975، التي نصت على إجراءات ضابطة لطلب العروض المفتوح وهي كالتالي:

__ يجب على الإدارة نشر دعوة عامة للمنافسة،

__ يجب أن يعطى للمتعهدين مهلة قانونية معقولة لتقديم عروضهم لا تقل عن 52 يوما من تاريخ إعلان الدعوة العامة للمنافسة،

__ في حالة توافر ظروف طارئة يمكن للإدارة أن تعمل على تخفيض هذه المهلة إلى 22 يوما.

كما نجد أن المادة 6/19 مرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية المغربي، نصت على أنه " عندما لا يتم لسبب من الأسباب تسليم ملفات طلب العروض لمتنافس أو ممثله الذي تقدم إلى المكان المعين في الإعلان عن طلب العروض يسلمه صاحب المشروع في نفس اليوم شهادة تبين سبب عدم تسليمه الملف، وتبين كذلك اليوم المحدد لسحبه لتمكين المتنافس من إعداد ملفه. ويحتفظ بنسخة من هذه الشهادة في ملف الصفقة... "

¹ ومن ثم، يبدو من الناحية القانونية، شمول إجراء طلب العروض المفتوح لجميع المتعهدين الذين لهم الرغبة في الولوج إلى تلبية الطلبات العمومية على أن تتوفر فيهم الشروط المؤهلة للمشاركة في تنفيذ الصفقة العمومية.

إذا تبين صحة الشكاية، تأمر السلطة المذكورة صاحب المشروع بتسليم ملف طلب العروض فوراً إلى المشتكي وتأجيل تاريخ فتح الأظرفة لمدة تمكن المشتكي من التوفر على المدة القانونية المطلوبة...".

_ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

الاعتبارات التقنية والمهنية والمالية الكبيرة التي تتطلبها بعض الصفقات العمومية من أجل تنفيذها تنفيذاً حسناً، هي التي كانت السبب الرئيسي في إقرار هذا النمط من التعاقد¹، وعليه إذا كانت المناقصة المفتوحة تقوم على أساس استدعاء أكبر عدد ممكن من المتنافسين لتقديم عروضهم، دون اشتراط مواصفات خاصة لاختيار الأفضل من ناحية الثمن حماية للمال العام، شريطة توفر فيهم شروط المشاركة المعلن عنها². هذا الأساس أكد عليه القضاء الإداري، إذ قضى "ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل إنشاء مرفق عام متوسطة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة في العقود المدنية كإجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات تأخيرية فإنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود الإدارية من تحقيق مصالح كبرى تعلو على مصالح الأفراد الخاصة"³.

ومن ثم المناقصة المفتوحة تهدف إلى جلب أكبر عدد من المتنافسين للخوض في تنفيذ الصفقة العمومية، على أن تتوافر الشروط المعلن عنها من قبل الإدارة، لذلك فالمناقصة المفتوحة هي

¹ بدأت مرحلة سيطرة فكرة المناقصة المقيدة بصورة نهائية بموجب المادة 91 تقنين عقود الشراء العام الفرنسي، بنصها على أنه "تكون المناقصة مقيدة عندما لا يقبل فيها لإيداع العروض إلا المرشحون المقبولون من جانب الشخص المسؤول عن العقد قبل مجلس المناقصة". عاطف سعدي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005/2004، ص، 210. خلدون عائشة، مرجع سابق، ص، 234.

² من بين التعاريف الخاصة بمصطلح المناقصة، على أنها " إجراء يتميز بحماية المصالح المالية للإدارة بحيث يجيز لها أن تبرم العقد مع الشخص الذي يتقدم بالشروط السعرية الأكثر ملائمة، وذلك على أساس قيامه بشكل جوهري على نظام المنافسة والعلانية مع موازنة الإسناد التلقائي للمناقصة بالسلطة التقديرية الممنوحة للسلطة الإدارية المختصة باعتماد العقد".

عصام البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، 2008، ص، 494.

³ حكم محكمة التمييز، العراق، قضية رقم 645 س 1965. نقلاً عن:

هيو عمر الصالحي، النظام القانوني للمناقصات العامة في العراق، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، العراق، 2009/2008، ص، 8.

إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً¹، فهي بذلك تضمن مبدأ المساواة بين المتنافسين من جهة، وتجسد من جهة ثانية مبدأ المنافسة، وثالثاً تعتبر ضماناً أساسية لحماية المال العام².

أما المناقصة المحدودة هي "إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، يجب أن تكون الشروط الدنيا المطلوبة، في مجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع، بحيث تسمح للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بالمشاركة في المناقصات، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الانجاز"³.

إن عملية إبرام الصفقة العمومية عن طريق طلب العروض تستدعي من الإدارة أن تختار شكل من أشكال طلب العروض، من هذه الأشكال طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، إذ عرفته المادة 44 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".

ما يمكن قوله على هذه المادة، أن الاشتراك في هذا النوع من طلب العروض هو قاصر فقط على المرشحين الذين تتوفر فيهم شروط خاصة، لأن اللجوء إلى طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا تبرره طبيعة الصفقة العمومية التي تتطلب قدراً معيناً من الخبرة الفنية والقدرة المالية، شريطة أن لا تقوم الإدارة بدعوة مرشحين بعينهم للاشتراك في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

¹ المادة 29 مرسوم رئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى.

² عدراء ياسر عبيد، السلطة التقديرية للإدارة في إبرام المناقصات العامة، مذكرة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق،

2011/2010، ص، 19.

³ المادة 30 مرسوم رئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى.

وهذا يعني أن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يخص صفقات عمومية لا يمكن أن ينفذها جميع المتعاملين الاقتصاديين. ولذا سيكون الترشح والمنافسة في تنفيذ الصفقة العمومية على المتعامل الاقتصادي القادر والتمكن من تنفيذ الصفقة¹.

مع الإشارة في هذا الخصوص، أن المشرع أعطى للإدارة السلطة التقديرية في اختيار شكل طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

_ شكلية طلب العروض المحدود²:

نشير بداية أن المشرع أخضع طلب العروض المحدود إلى إجراءات قانونية ملزمة، تحت طائلة بطلان هذا الإجراء، وهو إجراء يخص الصفقات المهمة والضخمة³، إذ نصت المادة 45 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المصلحة، على أنه "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم.

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة.

ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية، إما على مرحلتين طبقاً لأحكام المادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة.

¹ عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية بالجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة قسطنطين، الجزائر، 2009/2008، ص، 94.

² في هذا النوع من الإجراء المنافسة تجرى بين عدد محدود من المتعهدين الذين تم انتقاؤهم بصورة أولية.

Bennadji (C), Marchés publics et corruption en Algérie, revue d'étude et de critique social, Alger, N°25, 2008, p, 144.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص، 512.

1/ على مرحلة واحدة:

_ عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

2/ على مرحلتين:

_ استثناء، عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفة دراسات.

كما يمكن المصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري. وفي هذه الحالة، يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث سنوات،

ويجب أن يتم النص على كفاءات الانتقاء الأولي والاستشارة في إطار العروض المحدود في دفتر الشروط.

تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة".

الشكلية المرتبطة بإجراء المسابقة:

عرف المشرع المسابقة بمقتضى نص المادة 47 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة.

وتمنح الصفقة، بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة، لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة، أو معالجة المعلومات:

ولا تبرم صفقة الإشراف على إنجاز أشغال وجوبا عن طريق المسابقة إذا:

— لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم¹.

— يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي تحتوي على مهام تصميم".

وتكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، على أن تكون مسابقة الإشراف على الإنجاز محدودة وجوبا².

المسابقة كشكل من أشكال طلب العروض وفقا لنص المادة 42، يفتح باب المنافسة أمام جميع رجال الفن سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية، إن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام خص المسابقة بإجراءات شكلية دقيقة، هذه الإجراءات حظيت باهتمام المشرع الوطني، لما تحققه هذه الإجراءات الشكلية من الشفافية والنزاهة، حماية للمال العام، ومن خلالها حماية المصلحة العامة. وذلك من خلال النقطتين التاليتين:

أولا: محتويات دفتر الشروط، الذي يجب أن يشتمل على برنامج³ ونظام المسابقة، بالإضافة إلى ذلك، يجب أن ينص على كفاءات الانتقاء الأولى، عند الاقتضاء، وتنظيم المسابقة¹.

¹ تنص المادة 1/13 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار 6.000.000 دج للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

² المادة 1/48 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ البرنامج تعدده المصلحة المتعاقدة تظهر فيه الحاجات التي يتعين أن يستجيب لها العمل.

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، 191.

يجب أن يحدد دفتر الشروط المتعلقة بمسابقة تخص مشروع إنجاز أشغال، الغلاف المالي للأشغال².

ثانياً: كيفية تقييم الأظرفة، إذ يجب في إطار المسابقة المحدودة، أن يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط. وبعد فتحها وتقييمها في جلسة علنية، لا يدعى إلى تقديم أظرفة العرض التقني والخدمات والعرض المالي إلا المرشحون الذين جرى انتقاؤهم الأولي.

— يتم تقييم خدمات المسابقة من قبل لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين³.

— يتعين على المصلحة المتعاقدة ضمان إغفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم، ويجب ضمان إغفال هذه الأظرفة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم⁴.

الخلاصة التي نتوصل إليها أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صريح في تحديده للشكليات الواجب إتباعها في نظام المسابقة كطريقة من طرق إبرام الصفقة العمومية ولا يجب الاجتهاد بشأنها، هذا يعني أن خرق هذه الإجراءات الشكلية الملزمة يترتب عليه بطلان إجراء المسابقة ووجوب إلغائه.

مع الإشارة، أنه يجب على الإدارة أن تتقيد بالمنح الذي أقرته لجنة التحكيم، إذ نصت المادة 48 فقرة أخيرة على " أنه يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقاً لاقتراحات لجنة التحكيم، حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالمالية، بالنسبة لمشاريع إنجاز المباني، أما بالنسبة للمشاريع الأخرى، فتحدد نسب وكيفيات دفع المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير والوزير المكلف بالمالية".

¹ المادة 3/48 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² المادة 4/48 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ المادة 8/48 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁴ المادة 11/48 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثانيا: صفقة لا يمكن إخضاعها للمنافسة

لتلبية الحاجات العامة، نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على إجراء يمكن للإدارة الاستعانة به دون خضوعها إلى مبدأ المنافسة، يتم أعمال هذا الإجراء تبعا لخصوصيات التي نص عليها المشرع، بعدما أبان الواقع أنه في حالات معينة أن مبدأ المنافسة، قد لا يتلاءم مع السياسات العامة وتوجهات الدولة وحالات الاستعجال، فموجبه تتحرر الإدارة من الإجراءات الشكلية التي تضبط إجراء طلب العروض بجميع أشكاله¹، وبناء على ذلك، أخذ قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بإجراء التراضي²، وهكذا، فإنه يعمل بهذا الإجراء، وفقا لحكم المادة 1/41 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

ومن هنا نخلص، إلى أن هذا النوع من الإجراءات الخاصة بتلبية الطلبات العمومية، هو إجراء استثنائي لا يمكن القياس عليه أو التوسع في تفسيره⁴، لهذا السبب خص المشرع هذا الإجراء الاستثنائي بتأطير قانوني محكم بهدف توجيهه نحو تحقيق المصلحة العامة، إذ قيده بشروط شكلية معينة، وهكذا تطلب المشرع لصحة نظام إجراء التراضي احترام جملة من الإجراءات الشكلية الموضوعية منها والإجرائية، وإذا لم تحترم هذه الإجراءات فلا يمكن الاعتداد بصحة هذا الإجراء ويمكن المطالبة بطلانه.

تطبيقا لنص المادة 2/41 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إن إجراء التراضي

نوعان.

¹ ناصر لباد، القانون الإداري، ج الثاني، النشاط الإداري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص، 465. عادل غزي، مرجع سابق، ص، 39.

² أسماه المشرع المصري بالاتفاق المباشر، ونظم أحكامه في الفصل السادس من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 بعدما أشارت إليه المادة 7 قانون رقم 89 لسنة 1998.

³ تنص على أنه "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

⁴ ضريفي نادية، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، مداخلة، اليوم الدراسي، تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016، ص، 16.

أ: مظاهر جوهر إجراء التراضي البسيط:

نصت عليه المادة 49 قانون الصفقات العمومية وتفويضات العام، بنصها تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:

1_ عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية¹، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات ثقافية وفنية . وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية .

2- في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان²، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها³،

3_ في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن

الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،

4_ عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلي هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار

¹ "ويتوافر الشكل الاحتكاري عندما يكون المشروع في وضع يسمح له بالتحكم المطلق في السوق، وإذا كان هذا الوضع من النادر تحققه، وقد ينشأ الشكل الاحتكاري بحكم القانون بأن ينشئ القانون لأحد المشروعات مركزا احتكاريا على سوق معين، كالشركات التي تعمل في مجال المرافق العامة بعد حصولها على امتياز من الدولة".

ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في وضع تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، مطابع الشرطة، مصر، د س ن، ص، 231.

² من الحالات التي طبقت بشأنها الفقرة الثانية زلزال الجزائر وبومرادس.

³ يلاحظ أن الفقرة الثانية منعت لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التراضي البسيط إلا إذا توافرت أربعة شروط.

10.000.000.000 دج، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفة يقل عن المبلغ السابق السالف الذكر،

5_ عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج الوطني و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفة يقل عن المبلغ السالف الذكر،

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

مع الإشارة، أن المشرع في نطاق إجراء التراضي البسيط ألزم الإدارة بموجب المادة 51 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بمجموعة من التدابير هي:

- تحديد حاجاتها استنادا إلى تقدير عقلائي وصادق وفق الشروط المحددة في 27 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،
- التأكد من القدرات المالية للمتعاقل الاقتصادي، وفقا لأحكام المادة 54 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،
- أن تختار المصلحة المتعاقدة المتعاقل الاقتصادي الذي يقدم عرضا له مزايا اقتصادية وفقا لأحكام المادة 72 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،
- تنظم مفاوضات بين الطرفين وفقا لأحكام المادة 6/52 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،
- تؤسس مفاوضات الخاصة بالعرض المالي على أساس أسعار مرجعية.

ما يمكن قوله، أن مظاهر الجانب الإجرائي ومظاهر جوهر التراضي البسيط، يفرض على المصلحة المتعاقدة الخضوع لهذه الإجراءات القانونية بناء على نصوص قانونية آمرة، مما ينطوي على

انعدام واضح لدور المصلحة المتعاقدة في وضع أو تحديد حالات التراضي البسيط، مما يمكن القول معه، إن مختلف التحديدات التي فرضتها المادة 49 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تجد أساسها في مقتضيات النظام العام.

ب: شكلية التراضي بعد الاستشارة:

هذا النوع من الإجراء أخذ به المشرع بموجب حكم المادة 51 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتحقق صحته وسلامته في الحالات الآتية:

- الإعلان عن عدم جدوي طلب العروض للمرة الثانية .
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض. وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.
- صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية للدولة.
- الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
- العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية¹ أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

مع الإشارة، في هذا النوع من الاستشارات، تلتزم المصلحة المتعاقدة بالإجراءات الشكلية المحددة بمقتضى المادة 52 قانون الصفقات العمومية وتفويضات، أي يجب أن تتطابق الاستشارة، مع مقتضيات المادة 52 تحت طائلة البطلان، ونقتصر هنا، على ما نصت عليه المادة 52، التي تنص على وجوب:

¹ مرسوم رئاسي رقم 427/11 مؤرخ في 16 محرم عام 1433 الموافق 11 ديسمبر سنة 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفية تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011. ج.ر.ج.ع. 68 مؤرخة في 19 محرم عام 1433 الموافق 14 ديسمبر سنة 2011.

ـ إذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض،

ـ إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض بنود دفتر الشروط التي تخص شروط المنافسة، يجب عليها عرضه للدراسة أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة، وإطلاق طلب عروض جديد،

ـ تحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة والأشغال المذكورة في المادة 2/51 و3 بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئات العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة،

ـ يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها فقط في المادة 2/51 و3 و4 و5، برسالة استشارة على أساس دفتر الشروط يخضع قبل الشروع في الإجراء لتأشير لجنة الصفقات المختصة،

ـ يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر وفق الشروط المحددة في المادة 65 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. وفي حالة الخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا، يعرض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

وفي الأخير إذا عدنا إلى نص المادة 31 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتبين لنا حتى لا نطلق الكلام على عواهنه، أن المشرع منع لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تلبية حاجاتها عن طريق التخصيص إلا إذا كان لذلك مبرر¹، لأنه إذا تبين أن التخصيص كان القصد منه تحقيق مبتغى

¹ يعرف المشرع المغربي الحصة وفقا لنص المادة 3/9 مرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية، على أنها:

فيما يتعلق بالتوريدات: مادة أو مجموعة من المواد أو أشياء أو سلع لها نفس الطبيعة وتكتسي صبغة متجانسة أو متشابهة أو متكاملة.

فيما يتعلق بالأشغال والخدمات: جزء من العمل المراد إنجازه أو حرفة أو مجموعة من الأعمال تندرج ضمن مجموعة متجانسة إلى حد ما وتتوفر على مواصفات تقنية متشابهة أو متكاملة.

شخصي والإفلات من الرقابة كان الإجراء باطل¹، هذا ما يستشف من محتوى المادة 3/31 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ نصت على أنه " إن التحصيل من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تعليل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة، في ظل احترام أحكام المادة 27 أعلاه"².

الفرع الثاني: تمديد قانون المنافسة على الصفقة العمومية

في فترة معينة، كان هناك جانب من الفقه يشكك في علاقة قانون المنافسة بقانون الصفقات العمومية إلى أن حسم المشرع هذا التمديد بصورة صريحة، وتبريره في ذلك، أن مقتضى المنافسة في قانون رقم 03/03 المعدل والمتمم، هو نهج اقتضته التشريعات القانونية للنهوض باقتصاد السوق وكإجراءات متشعبة بأحكام الضبط على أساس قواعد ومعايير محددة قانونا، فهي تختلف اختلافا جوهريا عن مبدأ المنافسة الخاص بضمان النزاهة التنافسية بين مقدمي العروض في قانون الصفقات العمومية. من جهة ثانية أن قانون المنافسة قانون ضبطي وشبه قمعي يهدف إلى تصحيح وضعيات من شأن استمرارها أن يخل بالمساواة بين الأعوان الاقتصاديين داخل السوق ما يجعله يركز على السلوكيات المحظورة ويحاول ردعها في حالة ارتكابها من طرف المتعاملين الاقتصاديين³.

في حين كان هناك جانب ثان من الفقه، يرى أنه ليس هناك ما يمنع هذا التمديد، لأن كلا القانونين هدفهما الأسمى حماية المصلحة العامة التي تدخل ضمن الآليات الكفيلة لحماية المال العام.

تأسيسا على أحكام قانون المنافسة، الذي نص على منع جميع الممارسات المقيدة للمنافسة قصد زيادة الفعالية الاقتصادية⁴، مكرسا في ذلك جهاز إداري يهدف إلى ضبط المنافسة والسوق، إذ

¹ Sabri (M), Le droit des marchés publics en Algérie, réalité et perspectives, IDARA, Alger, V, 18, N°1, 2008, p, 20.

² من الحالات التي تبرر التحصيل تشجيع مشاركة المؤسسات المصغرة وفق ما أقرته المادة 87 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ Barkani (E), droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple, revue concurrence, n°01, 2007, p60.

⁴ على خلاف قانون ممارسة الأنشطة التجارية الذي يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين تطبيقا لنص المادة الأولى.

قانون رقم 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 موافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ع. 41 مؤرخة في 9 جمادى الأولى عام 1425 موافق 27 يونيو سنة 2004. المعدل والمتمم.

تنص المادة 1/23 أمر رقم 03/03 المعدل والمتمم على أنه " تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة".

عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 وكانت محررة على النحو الآتي وفقا لأمر رقم 03/03 "تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص مجلس المنافسة، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي".

أولا: تجانس قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون المنافسة

التصور التقليدي الذي كان يقتصر على دراسة صحة الصفقات العمومية فقط في مجال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يعد له اليوم من مبرر، الأمر الذي يستلزم تجاوزه، لأنه يمثل توجهها إقصائيا، لا ينسجم مع تجانس قواعد المنظومة القانونية، ومن ثم فالعلاقة المتداخلة بين قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقانون المنافسة، تشكل ظاهرة قانونية ذات بعد عام، أصبح من غير المقبول إغفالها أو تجاهلها¹.

مما يعني أن المنافسة لم يعد ينظر إليها كمبدأ في ذاته، بل وسيلة لتحقيق غاية أسمى هي حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب، أو الاختلاس، أو الرشوة، أو التجارة غير المشروعة، أو التعسف، أو الاستحواذ، أو المصادرة غير المشروعة تطبيقا لنص المادة 7/9 قانون رقم 01/16 يتضمن التعديل الدستوري. وهكذا فقد فرض مبدأ المنافسة نفسه كآلية حماية، يضاف إلى جملة المبادئ القانونية الهادفة إلى استخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا².

ولا شك، أن تداخل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقانون المنافسة ظهر واضحا من خلال نصين، هما حكم المادة الثانية أمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، ونص المادة 4/72 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

¹ ساسان رشيد، خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة، مداخلة، الملتقى الوطني: قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، الجزائر، 2015، ص، 02.

² محمد الشريف كنو، حماية المنافسات في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، ع 2، 2010، ص، 73.

نصت المادة الأولى على أنه " بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

_ نشاطات الإنتاج، بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة، ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري، وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها،

_ الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه، يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"¹.

عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 غشت 2010 وكانت محررة على النحو الآتي بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008، بنصها على أنه " تطبق أحكام هذا الأمر على:

_ نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد وتلك التي يقوم بها الأشخاص المعنويون العموميون والجمعيات والاتحاديات المهنية، أيا كان قانونها الأساسي وشكلها وموضوعها،

_ الصفقات العمومية، ابتداء من الإعلان للصفقة عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي.

غير أنه، يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية"².

¹ قانون رقم 05/10 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010. يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة. ج.ر.ج.ع.ج.ع 46 المؤرخ في 8 رمضان عام 1431 الموافق 18 غشت 2010.

² قانون رقم 12/08 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو 2008. يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة. ج.ر.ج.ع.ج.ع 26 مؤرخة في 28 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 02 يوليو سنة 2008.

عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 وكانت محررة على النحو الآتي، المادة 2 أمر رقم 103/03¹، بنصها على " أنه يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام"².

أما المادة الثانية "نص المادة 4/72 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، نصت على أنه "تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط".

مع الإشارة، أن المقاربة الوظيفية بين قانون المنافسة والصفقات العمومية، وجدت مجال تطبيقها كذلك في المرسوم الرئاسي رقم 159/05 يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي³، بمقتضى المادتين 1/41 و1/46 منه، إذ نصت الأولى على أنه " يتعارض ما يلي مع السير الحسن لهذا الاتفاق طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر:

أ: كل الاتفاقات بين المؤسسات وكل القرارات لتجمع مؤسسات والممارسات المتفق عليها بين المؤسسات، التي يكون هدفها أو من أثرها منع المنافسة أو تحديدها أو تعطيلها،

ب: الاستغلال المفرط، من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مسيطرة على:

_ كافة إقليم المجموعة أو في جزء هام منه،

¹ أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 موافق 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة. ج. ر.ج.ع. ع 43 مؤرخة في 20 جمادى الأولى عام 1424 موافق 20 يوليو سنة 2003.

² ميروك حسين، القانون التجاري الجزائري، النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة، دار هوم، الجزائر، 2013، ص، 699.

³ المرسوم الرئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 موافق 27 أبريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به. ج. ر.ج.ع. ع 31 مؤرخة في 21 ربيع الأول عام 1426 موافق 30 أبريل سنة 2005.

ـ كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه". أما المادة الثانية نصت على أنه "يسعى الطرفان من أجل التحرير المتبادل والتدريجي للصفقات العمومية".

ثانيا: مظاهر توظيف مبدأ المنافسة

الغرض من بحث مظاهر توظيف مبدأ المنافسة هو رصد مظاهر هذا المبدأ في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، باعتباره أحد المبادئ الجوهرية والأساسية التي كانت وراء تعديل قانون الصفقات العمومية، مما يكشف أن مبدأ المنافسة لم يقتصر تنظيمه على مستوى التشريعات الوطنية، بل أخذ بعدا دوليا، إذ نصت ديباجة/ أو ب وج قانون الأونسيتال النموذجي للاشتراء العمومي، على أنه " من المستصوب تنظيم الاشتراء من أجل تعزيز الأهداف التالية:

أ: زيادة الميزة الاقتصادية والكفاءة إلى أقصى حد في عمليات الاشتراء،

ب: تعزيز وتشجيع مشاركة الموردين والمقاولين في إجراءات الاشتراء، بصرف النظر عن جنسيتهم، بما يعزز التجارة الدولية،

ج: تعزيز التنافس فيما بين الموردين والمقاولين على توريد الشيء موضوع الاشتراء".

أ: مجالات تدخل قانون المنافسة في عقد الصفقة العمومية

حرية الاستثمار والتجارة المشفوعة دستوريا، تفرض ممارسة مسؤولة ومعقولة، لأن الحرية الاقتصادية لا تعني أن هذه الأخيرة ليست بحاجة للقانون وقواعده، لذلك كان من اللازم تأطير حرية الاستثمار والتجارة بقواعد قانونية من شأنها المحافظة على النظام العام الاقتصادي، لأن الواقع العملي أبان أنه كلما عدت الأحكام القانونية الكفيلة بضمان سيادة مناخ المنافسة، يفضي التطور للسوق نحو خلق اتفاقات واتفاقيات تعرقل حرية المنافسة أو تحد منها أو تخل بها¹.

مقتضيات المصلحة العامة بينت ضرورة العمل بالأحكام القانونية التي نص عليها قانون المنافسة باعتبارها قيمة اقتصادية قانونية موجهة للعلاقات الاقتصادية في اتجاه النجاعة الاقتصادية

¹ جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012/2011، ص، 41.

والمردودية¹، لأن قانون المنافسة ليس عبارة عن مجموعة من الآليات الملزمة الهادفة إلى تأطير السلوكيات في السوق فقط، بل أداة تحمل وظيفة التغيير الاجتماعي².

قراءة قواعد قانون المنافسة، تظهر أن المنافسة تقوم على مكونات أساسية، الأول يخص حرية دخول المقاولات دون عراقيل تأسيسا على مبدأ تكافؤ الفرص، أما المكون الثاني يتعلق بحرية نشاط المقاولات وفق ما هو محدد في نص المادة الثانية أمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.

وفق نص المادة الثانية أمر رقم 03/03 يتعلق بقانون المنافسة، فإن المنافسة لا تقتصر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها الاستيراد، بل تشمل الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي، على أن الممارسات غير المشروعة والمخلّة بسياسة المنافسة في الصفقات العمومية والتي تكون محل نظر من طرف مجلس المنافسة، هي تلك الممارسات الصادرة عن المؤسسات، فقانون المنافسة يخرج من نطاقه ممارسات الإدارة.

في هذا الإطار، ذهب الفقهاء برقال ولينكة إلى القول أن مجلس المنافسة ينعقد له الاختصاص إذا تعلق الأمر بتصرفات مخلّة بسياسة المنافسة الصادرة عن المؤسسات العارضة سواء كانوا أشخاص عامة أو أشخاص خاصة قبل إبرام عقد الصفقة العمومية، أما الممارسات المخلّة بقانون المشتريات العامة الصادرة عن الإدارة تكون من اختصاص القضاء الإداري.

بمعنى " إذا كانت الممارسات المخلّة بحرية المنافسة من اختصاص القضاء الإداري الذي يفصل فيها وفق أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا أن المشرع استثنى من مجال تطبيق أحكام قانون المنافسة على تصرفات الشخص العام التي تتم في إطار ممارسة أداء مهام وصلاحيات السلطة العامة ومن ضمنها صلاحيات الشخص العام في تنظيم وإبرام الصفقات العمومية"³.

¹ حسن محمد بودي، حرية المنافسة التجارية وضرورة حمايتها من الممارسات الاحتكارية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص، 25.

² محمد المرغدي، المنافسة أبعادها الاقتصادية والقانونية، ج الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2015، ص، 242.

³ صياد ميلود، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر تعديل 2008، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015/2014، ص، 6.

1: عرقلة المنافسة أو الحد منها

يعمد قانون المنافسة إلى منع الممارسات والاتفاقيات والاتفاقات الصادرة من طرف المؤسسات الاقتصادية التي تهدف إلى عرقلة المنافسة أو الحد منها، بهذا الخصوص، نصت المادة 6 أمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنه " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة، والاتفاقيات، والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

_ الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،

_ تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،

_ اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،

_ عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها،

_ تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة.

_ إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم لخدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

_ السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

كما تنص المادة 7 أمر رقم 03/03 على أنه "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على

السوق أو احتكار لها أو جزء منها قصد:

_ الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،

_ تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،

_ اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،

_ عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها،

- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة.
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".
- واعتبارا لذلك، " رأى الفقه أن التشريعات القانونية قسمت الاتفاقات المخلة بالمنافسة حسب أهدافها إلى أربعة أصناف هي:
- تقاسم الأسواق والصفقات العمومية ومصادر التمويل عبر صيغ من التفاهات المحبوكة التي تجعل المقابلة تفوز بالصفقة وتمهد لها المقاولات الأخرى وتساعدتها بتقديم عروض تمكنها من ذلك،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج والمنافذ والاستثمارات وأحيانا التقدم التقني من خلال اتفاق يسعى لإبطاء أو إرجاء ترويج منتج جديد ريثما يتم التخلص من مخزون المنتج القديم،
- تقليص الولوج للسوق أو الحد من حرية المنافسة بالنسبة لمقاولات أخرى،
- العمل على عرقلة تكون الأسعار بواسطة لعبة السوق عبر ممارسات مبيتة ترفع أو تخفض الأسعار من قبيل نشر تعريفات للأثمان تركيها مجموعة مهنية في اتجاه توحيد الأسعار المتعامل بها"¹.
- لذا نجد، أن الاتفاقات التي تهدف إلى تقاسم الصفقات تعتبر محرمة وتدخل تحت طائلة العقوبة من طرف مجلس المنافسة والمصلحة المتعاقدة إذا تبين لها ذلك²، يستشف ذلك من حكم المادة 4/72 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " تقترح على المصلحة المتعاقدة³، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط".

¹ محمد المرغدي، مرجع سابق، ص، 329.

² زيدان عبد النور، الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، م 5، ع 1، 2018، ص، 200.

³ أي لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض.

ومن ثم فعملية تحريم اقتراح الممارسات اللاتنافسية التي تمس بعقد الصفة العمومية حددها الفقه في الحالات الآتية:

الاتفاقات الممنوعة قبل تقديم العروض:

أول ملاحظة يمكن إيرادها في هذا الإطار، أن المشرع لم يعطي تعريفا للاتفاقات الاقتصادية المقيدة للمنافسة، وقد أورد لها الفقه تعريفات بأنها "كل اتفاق أو توطأ يهدف إلى تحديد المنافسة في السوق، ويعتبر الحظر القانوني عليها الشكل الأكثر قدامة لمواجهة هذه الممارسات المقيدة للمنافسة بصفة عامة وهذا ما يقتضي بالدرجة الأولى وجود منافسة واستقلالية المتعاملين المتنافسين في السوق"¹. وهناك من يعرفها على أنها "عقد أو اتفاق صريح أو ضمني قائم بين مؤسستين أو أكثر يتابع سلوك معين وبشكل محدد في السوق، للحد من المنافسة أو تقيدها"².

انبثقت الحاجة القانونية إلى مراقبة الاتفاقات الحاصلة بين المتعاملين الاقتصاديين، لأن الاتفاقات الاقتصادية في حالات معينة تتجه نحو الحد من المنافسة وتقيدها داخل السوق بسبب تفاهم وتواطؤ هذه المؤسسات³، لذلك خصت التشريعات القانونية مجلس المنافسة بتتبع سير الأسواق، إذ نصت المادة 37 أمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنه "يمكن مجلس المنافسة القيام بكل الأعمال المفيدة التي تندرج ضمن اختصاصه، لاسيما كل تحقيق أو دراسة أو خبرة.

يقوم مجلس المنافسة، في حالة ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تكشف عن ممارسات مقيدة للمنافسة بمباشرة كل الأعمال الضرورية لوضع حد لها بقوة القانون.

¹ الحاسي مريم، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018، ص، 18.

² Larguier (j), droit pénale des affaires, éd Armand colin, paris, 1992, p417.

³ معين فتدي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص، 133. تواتي محند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2007/2006، ص، 17.

إذا أثبتت التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، بأن تطبيق هذه النصوص يترتب عليه قيود على المنافسة، فإن مجلس المنافسة يتخذ كل إجراء مناسب لوضع حد لهذه القيود".

في هذا الإطار حاولت التشريعات القانونية أن تنص على أنواع معينة من الاتفاقات والعقود والممارسات التي يكون من شأنها الإخلال بحرية المنافسة وتقييدها، وأبانت التحقيقات حجم الأضرار الاقتصادية والاجتماعية الذي تتسبب فيه هذه الاتفاقات¹، ومنها التلاعب في أسعار البيع أو الشراء للمنتجات، اقتسام مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو السلع أو المواسم أو الفترات الزمنية، التنسيق فيما بينها فيما يخص بالتقدم أو الامتناع عن الدخول في المناقصات والمزايدات والممارسات، تقييد عمليات التصنيع أو التوزيع أو التسويق².

وفعلا تمكنت التحقيقات من لعب دور أساسي كآلية قانونية تعمل على الكشف ومحاربة الاتفاقات الاقتصادية والممارسات المخلة بقواعد وأحكام المنافسة والتي تفتشت خاصة في مجال المناقصات وطلبات العروض، والذي يكون عن طريق:

_ تبادل المترشحين المعلومات الخاصة بموضوع الصفقة العمومية قبل تقديم العروض ودون اشتراط اقتراعه باتفاق، يعد في حد ذاته سلوكا منحرفا يخل ويضر بقواعد المنافسة، من هذا المنطلق يظهر التشديد على حماية قواعد المنافسة في عقد الصفقة العمومية كشرط ضروري وأساسي لحماية المال العام والنظام العام الاقتصادي³. فالمعلومات المحرمة في الصفقة العمومية هي تلك المعلومات التي يكون الهدف منها تقاسم الطلب العمومي بين المؤسسات المتواطئة، دون أن يتوقف الأمر على حصول هذه الأطراف على الصفقة أو على جزء منها لجزر ممارستهم⁴.

مع الإشارة، أنه حتى يمكن اعتبار تبادل المعلومات بين المترشحين سلوكا منافيا ومضرا لقواعد المنافسة، يشترط فيه أن يكون نافيا للجهالة التي يجب أن تتوفر لدى كل مترشح لضمان النزاهة

¹ Malaurie-Vignal (M), droit de la concurrence, éd Armand colin, paris, 2003, p, 155

² . ياسر سيد الحديدي، مرجع سابق، ص، 212.

³ Brault "D", Politique et pratique du droit de la concurrence en France, L.G.D.J, paris, 2004, P, 804.

⁴ Guezou "O" , Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics, Thèse, Paris x Nanterre 1998 , p,135.

والشفافية في إبرام الصفقة العمومية، لأن الجهل بمضمون المعلومات الخاصة بالصفقة العمومية يعد السبيل الوحيد للمنافسة¹.

كما اعتبر الفقه الفرنسي أن الممارسات والاتفاقات المخلة بأحكام المنافسة تجد أساسها كذلك في عقود المناولة التي تستدعي بالضرورة تبادل المعلومات قبل تقديم العروض، وإن كانت عقود المناولة تستمد شرعيتها من قانون الصفقات العمومية إلا أنه يشترط لصحتها إعلام المصلحة المتعاقدة مسبقاً، فتجاهل شرط الإعلام يعتبر في حد ذاته إخلال بقواعد المنافسة من منطلق الإخلال بواجب الإعلام يحمل المصلحة المتعاقدة على الغلط في حقيقة المنافسة بين المتنافسين².

تضر المنافسة وتخدم في عقد الصفقة العمومية كذلك، عن طريق تقديم عروض المبدأ³، وتظهر هذه الصورة في العروض غير الحقيقية التي يتقدم بها المتعهد وهو قاصد عدم حصوله على الصفقة العمومية، فكلما تواطت المؤسسات بقصد مغالطة المصلحة المتعاقدة وحملها على الاعتقاد أن العرض الفائز بالصفقة هو العرض الأحسن من الناحية الاقتصادية، اعتبر تقديم مبدأ العروض غير مشروع ويخل بأحكام المنافسة⁴.

وقد تترتب مخالفة أحكام المنافسة في الصفقة العمومية من خلال اتفاق تقاسم الصفقات العمومية باستعمال وسائل التضليل⁵، من ذلك استعمال عروض التغطية التي اعتبرها القضاء الفرنسي ومجلس المنافسة الفرنسي محرمة وممنوعة وتؤدي إلى بطلان الصفقة لأنها تخل بأحكام المنافسة. وعلى العموم، يبدو القصد من عدم شرعية عروض التغطية في تحريم الاتفاقات الحاصلة بين المؤسسات الهادفة إلى تقاسم الصفقات بواسطة تقديم عروض مرتفعة جداً ليفوز المتعهد الذي تم الاتفاق عليه.

عروض التغطية حرّمها مجلس المنافسة التونسي، بنصه على أنه "الاتفاق الحاصل بين المدعى عليهم والمتمثل في تقديم عروض تغطية للمشاركة في الصفقة العمومية يرمي في حقيقة الأمر إعاقه السير

¹ Zouaimia (R) , Le droit de la concurrence, Belkeise, Alger, 2011 , p, 79.

² CONS.CON. Fr 12 Déc 1989 Equipement électrique, déc n° 89-D-42, BOCCRF Janv 1990, p,3.

³ Catherine(B) et Federic (L), Le contentieux des marchés publics, éd technique, paris, 2004, p, 225.

⁴ Catherine(B) et Federic (L), op.cit, p, 227.

⁵ بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسطنطينة، الجزائر،

العادي لقواعد المنافسة، نظرا إلى كونه يؤدي إلى إيهام الإدارة صاحبة العرض العمومي بوجود منافسة حقيقية بين المدعي عليهم، والحال أنهم تواطؤوا على تقديم عروض مفتعلة لتمكين أحدهم من الفوز بالمنافسة وفقا للثمن الذي حدده"¹.

مع الإشارة في هذا الشأن، أن الاتفاقات الحاصلة وفق نص قانوني تخرج من دائرة الممارسات المحظورة، تطبيقا في ذلك لحكم المادة 9 الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، بنصها على أنه "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا به.

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أن تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من المنافسة".

كيفية الحصول على التصريح بعدم التدخل، نصت عليه المادة الثانية من مرسوم تنفيذي رقم 175/05 يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، بنصها على أنه "التصريح بعدم التدخل المذكور في المادة الأولى أعلاه، تصريح يسلمه مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية، يلاحظ المجلس بموجبه عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمذكور أعلاه"².

— تقديم عروض في إطار تجمع:

إذا كان القانون أجاز صراحة للمتعهد أن يترشح لإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية بمفرده أو في تجمع، إذ تنص المادة 1/57 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " كل متعهد أو

¹ مجلس المنافسة قضية ع 2145 بتاريخ 2003/12/25. التقرير السنوي السابع لمجلس المنافسة لسنة 2003، ص، 131.

² مرسوم تنفيذي رقم 175/05 مؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 12 مايو سنة 2005، يحدد كليات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق. ج.ر.ج.ع 35 مؤرخة في 9 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 18 مايو سنة 2005.

مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى"، كما تقضي المادة 1/81 و2 منه على أنه "يمكن المرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة.

يمكن المرشحين والمتعهدين، في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، أن يتقدموا في شكل تجمع مؤقت لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة. غير أنه، إذا اقتضت طبيعة الصفقة العمومية ذلك، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلزم المرشحين والمتعهدين في دفتر الشروط، أن يتأسسوا في تجمعات مؤقتة لمؤسسات متضامنة".

نفهم من سياق هذه المواد، أن الاتفاقات التي تجمع المؤسسات المنطوية تحت آلية التجمع كقاعدة عامة جائزة ومشروعة وغير خاضعة للحظر القانوني في تنفيذ عقد الصفقة العمومية باعتباره آلية من آليات التعاون المحددة قانونا.

في جانب ثان، تعتبر تلك الاتفاقات محرمة وغير مشروعة وباطلة إذا كان الغرض منها تقليص وتيرة المنافسة ومغالطة المشتري العمومي، أي تكون ممنوعة إذا جاءت مخالفة للأحكام الواردة في قانون المنافسة¹.

يذهب التوجه السابق، إلى تكييف اتفاقات التجمع بعدم المشروعية إذا جاءت مخالفة لتوتيرة المنافسة، تتجسد حالات عدم المشروعية إذا قامت كل مؤسسة اقتصادية بتقديم عرض خاص بها ومستقل بناء على معلومات تبادلتها في إطار التجمع²، في هذه الحالة تكون خاضعة للرقابة، على أساس أنه إذا كان الأصل العام جواز تنفيذ الصفقات العمومية عن طريق التجمع، فإن ذلك يعني، أن المؤسسات الخاضعة للتجمع مخول لها قانونا تبادل المعلومات الخاصة بالصفقة العمومية لتقديم عرض مشترك³. فإنه في المقابل يصبح تبادل المعلومات يشوبه عدم المشروعية إذا كان الهدف منه تقديم عروض مستقلة، لأن ذلك فيه غش ومغالطة للمشتري العمومي⁴.

¹ Cons. Conc, 11 Juillet 2001, déc n° 2001-d-41, Boccrf 24 sept 2001, p, 855.

² Laurence Nicolas (V), Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, presse universitaire de France, 2013, p,169.

³ Cons. Conc. Fr, 21 AVR. 1398 D2C. N°98 –D-27, Boccrf 30 JUIN 1998, p,369.

⁴ Cons. Conc. Fr, 8 déc 1992 boccrf 18 déc 1992, p,379.

وعليه، يتضح أنه ليس هناك مانع قانوني يمنع المؤسسات المنتمية إلى التجمع اللجوء في حالات وأوضاع معينة إلى تقديم عروض مستقلة بخصوص صفقة عمومية شريطة أن تكون العروض متنافسة ومتميزة ودون وجود توطأ بينهم، غير أنها تقع في المحذور إذا ثبت أن تبادل المعلومات كان في مرحلة سابقة لتقديم عروض مستقلة، أو كان سابقا لاتفاق المؤسسات على تكوين تجمع في مرحلة لاحقة لتنفيذ الصفقة¹.

إذا كان التجمع جائز قانونا وفقا للأحكام القانونية²، فإن هذا لا يمنع المؤسسات المكونة له من ارتكاب ممارسات مضرة ومخلّة بقواعد المنافسة، ويكون ذلك إذا تقدمت المؤسسات بعروض الهدف منها تقسيم وتوزيع الصفقات العمومية أو الحد من حرية الأطراف في التجمع في تحديد الثمن في الصفقة³.

__ استغلال وضعية هيمنة:

كما سبقت الإشارة أن المادة 4/72 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نصت على أنه " تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط".

عرف المشرع الوطني وضعية الهيمنة في نص المادة 3/ج أمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنها " هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلي حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها".

مع الإشارة، أن الاتفاقات الاقتصادية المقيدة للمنافسة في الصفقات العمومية تفرض وجود تطابق في الإيرادات بين عدة مؤسسات بغية الفوز بالصفقة العمومية إما لصالح عارض واحد أو من خلال

¹ Malaurie Vignal (M), op.cit, p, 205.

² مرسوم تنفيذي رقم 219/05 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 22 يونيو سنة 2005 يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع. ج.ر.ج.ع. ع 43 مؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 22 يونيو سنة 2005.

³ Linditch "F", Le Droit Des Marchés Publics, éd Dalloz, paris, 2002, p,14.

تقاسم الصفقة العمومية بين جميع العارضين¹، على خلاف وضعية الهيمنة التي لا تشكل اتفاقات اقتصادية لأنها تنتج عن تصرف مؤسسة وحيدة وبصورة مستقلة².

غني عن البيان، أن الوضع المهيمن لا يعتبر ممنوعا ومحرمًا في حد ذاته، تطبيقًا لأحكام قانون المنافسة والمرسوم التنفيذي رقم 175/05 يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، على أساس أن المؤسسة التي وصلت إلى هذه المكانة تكون قد اكتسبت موقعها بفضل سياستها الاستثمارية الناجحة، لذا تطلب منها القانون فقط عدم التعسف في استغلال وضعية الهيمنة³.

على هذا الأساس نصت المادة 7 أمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم السالفة الذكر، على جملة من حالات تعسف ناتج عن وضعية هيمنة، هذه الحالات صنفها الفقه في ثلاثة أنواع كبرى هي "الاستغلال في تحديد الأسعار، والاستغلال في انتزاع ميزة غير مستحقة من طرف المقابلة المسيطرة، والاستغلال الرامي إلى اقتلاع منافس من السوق وتغييب منتجاته منها"⁴.

المبدأ العام، أن الأسعار حرة، وهو مبدأ قانوني قضت به المادة 4 أمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، بنصها على أنها "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة.

تتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما وكذا على أساس قواعد الإنصاف والشفافية، لاسيما تلك المتعلقة بما يأتي:

__ تركيبة الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها،

__ هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات،

¹ -Guy (C), Marie _Chantal (L), droit français de la concurrence, L.G.D.J paris, 1994,p37.

² André (D), Georges (D), Droit de la concurrence, L.G.D.J, PARIS, 2014, p,253.

³ حسين الماحي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص، 14. لينا حسن ذكي، قانون المنافسة ومنع الاحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص، 49. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06/95 والأمر 03/03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2004/2003، ص، 68.

⁴ محمد المرغدي، مرجع سابق، ص، 344.

_ شفافية الممارسات التجارية".

غير أن مبدأ حرية الأسعار يخضع بالضرورة لمقتضيات قانون المنافسة الذي يقضي على أنه "ليست كل منافسة بواسطة الأسعار منافسة مشروعة ولا يمكن اعتبارها كذلك وبصورة مطلقة، خاصة إذا كانت المنافسة صادرة من قبل مؤسسة توجد في وضعية هيمنة"¹.

مخالفة قانون المنافسة ارتكازا على استغلال وضعية الهيمنة الاقتصادية تظهر ملامحه في عقد الصفقة العمومية إذا اتخذت شكل تقديم أسعار منخفضة جدا للفوز بعقد الصفقة العمومية.

في هذا الشأن، هناك قرار صادر عن مجلس المنافسة التونسي ينص على أنه "مما ثبت لديه من تواتر عمل المؤسسة المدعى عليها شركة البكوش وشركاؤه على إعادة البيع بالخسارة من خلال تقديم أسعار شديدة الانخفاض تقل عن ثمن الكلفة بنسب كبيرة تصل أحيانا إلى إحدى عشرة مرة، وذلك بغاية ضمان فوزها بالصفقة، قبل أن تعتمد لاحقا إلى التلكؤ واستعمال وسائل الضغط والمساومة للحصول على مراجعة الأسعار مستغلة في ذلك عامل الوقت وتؤكد حاجة المشتري العموميين لتلك المواد"².

إن المشرع الوطني حسم مسألة عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها³، بعدم مشروعيتها لأن فيها إزالة العارضين من الولوج للطلبات العمومية. وقد أظهر الواقع العملي في عقد الصفقة العمومية كيف يمارس بعض المتعهدين إستراتيجية الأسعار المنخفضة بهدف إزاحة بعض العارضين أو وضع العراقيل أمام دخول متعهدين جدد، ثم المطالبة بمراجعة الأسعار بعد الفوز بالصفقة واستهلاك مدة معينة من آجال الانجاز خاصة عندما يكون السعر قابلا للمراجعة⁴.

مع الإشارة أن إستراتيجية الأسعار المنخفضة في عقد الصفقة العمومية لا يمكن تصورها فقط في استغلال وضعية الهيمنة، بل هذه الإستراتيجية أصبحت تمارس من قبل مؤسسات عادية بغية الفوز

¹ محمد المرغدي، مرجع سابق، ص، 344.

² التقرير السنوي الثامن لمجلس المنافسة لسنة 2005، ص، 49.

³ نص المادة 72/4 و5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁴ المادة 97 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

بالصفقة العمومية، والذي يعرض هذه الأخيرة في الكثير من الأحيان إلى عدم إتمامها، لذلك أضحت الإدارات العمومية تعمل على إبعاد المتعهد الذي يتقدم بأسعار منخفضة حفاظا على نزاهة الصفقة العمومية¹.

هذه المسألة الجوهرية وضحتها وأطرها مجلس المنافسة التونسي في قرار صادر عنه، بنصه على أنه "وقد كان الباعث على ذلك رغبة الشركة المذكورة في إزاحة منافسيها من الصفقة وضمّان الفوز بها وبعد ذلك تعتمد إلى المساومة والمماطلة للحصول من الإدارة على مراجعة الأسعار، مستغلة عامل الوقت وتؤكد حاجة المشتري العمومي لضمّان استمرار المرفق"².

الهدف من حظر هذه الممارسات هو المحافظة على المال العام وحماية المصلحة المتعاقدة من مخاطر التنفيذ غير المطابق أو عدم تنفيذ موضوع الصفقة العمومية بصورة مطلقة أو التأخير في إنجازها، على أن مسألة الأسعار المنخفضة هي مسألة تقديرية تدخل ضمن صلاحيات المصلحة المتعاقدة والحكم عن الطابع غير العادي للعرض يدخل ضمن اختصاص القاضي الإداري³.

نزاهة الصفقات العمومية تقتضي كذلك التركيز على التفاعل بين السلوك المنافي للمنافسة وظاهرة الفساد، من خلال تضخيم الأسعار، لذلك استلزم مراقبة عرض الشركات المتضاف للصفقات العمومية، عن طريق أسعار مرتفعة بشكل تعسفي⁴.

¹ أصبح يطلق عليه مكسر الأسعار.

² التقرير السنوي الثامن لسنة 2005، ص، 45.

³ نرجس دبابحة، الصفقات العمومية المحجوزة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2012/2013، ص، 228.

⁴ هذه القضية الحساسة عالجهها المنتدى العالمي الثالث عشر حول المنافسة بتاريخ 27 و28 فيفري 2014 بباريس، إذ خلص المتدخلين على أن "الفساد ظاهرة تؤثر على الحياة الاقتصادية ولا يمكن أن يكون لها سوى آثار سلبية على النمو. إنها ضريبة لا مبرر لها على الإنتاجية وكذلك تبعية للمصلحة العامة للأغراض الشخصية. وهو يتألف من التلاعب بالمحيط لتحقيق مكاسب شخصية.

يجب أن تكون المنافسة ومكافحة الفساد أساس حل العمالة والتنمية وخاصة بالنسبة للبلدان النامية. في الواقع، يتم التحقق من أن التواطؤ في هذه البلدان يتم تنظيمه وحمايته من قبل الموظفين العموميين لتضخيم أسعار الصفقات العمومية ثم دفع الرواتب لهؤلاء الموظفين".

تقرير نشاطات مجلس المنافسة الجزائري، 2018، ص، 19.

المبحث الثاني : الشفافية مقتضى قانوني لازم لصحة الصفقة العمومية

تعاظمت أهمية إجراءات الولوج في الطلبات العمومية بتأطير قانوني أمر يهدف إلى تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية، وهي من هذه الناحية عبارة عن تنظيم للأموال العمومية نتيجة ازدياد حجم الصفقات العمومية التي تبرمها مختلف الإدارات العمومية لتلبية حاجات الأفراد¹. ففي ظل نظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار تطبيقا لنص المادة 43 من الدستور، أصبحت الدولة تعهد إلى المتعامل الاقتصادي بتنفيذ الصفقات العمومية الأمر الذي تطلب من التشريعات القانونية البحث عن القواعد التي تحكم سياسة تنفيذ الصفقات العمومية.

إذا كانت الصفقة العمومية عقد، فإن هذا العقد يحكمه مبدأ شفافية الإجراءات، ولا يمكن تصور هذا المفهوم بمعزل عن سياقه العام والمتمثل في منظومة قواعد الحوكمة الرشيدة والأحكام القانونية التي جاء بها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لارتباط الحوكمة الرشيدة بمقتضيات التنمية المستدامة، وبقدر نضج منظومة الحوكمة الرشيدة يتحدد المدلول القانوني لمفهوم الشفافية².

وترجع أسباب زيادة اهتمام فقهاء القانون الإداري بمفهوم الشفافية في الإشتراء العمومي إلى زيادة حجم الإنفاق العمومي في تنفيذ الصفقات العمومية، ومن ثم فإن إقرار مبدأ الشفافية في العقود الإدارية لا يقتصر مفهومه على تواجد إدارة كفاء، بقدر ما يهتم بمدى تطبيق الإدارة آليات الشفافية التي تحد من سلطات الإداريين وتحارب ظاهرة استغلال النفوذ، لذلك أضحى مفهوم الشفافية من المفاهيم الضرورية التي يجب على الإدارة العمومية اعتمادها في عقودها الإدارية لارتباطها بمضامين التنمية الإدارية الناجحة³.

¹ عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 256.

² محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة، دار القلم، الرباط، المغرب، 2010، ص،

13.

³ عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص، 58.

المطلب الأول: شفافية الإجراءات وسيلة في عقد الصفقة العمومية

شفافية الإجراءات وسيلة وليست غاية في حد ذاتها¹، ينصرف موضوعها إلى احترام مجموعة من الآليات القانونية التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لذا محاربة الفساد الإداري والمالي اقتضى من التشريعات القانونية اعتماد مبدأ الشفافية ومبدأ تكافؤ الفرص وتحقيق حاجات المواطنين والمساءلة كمقومات أساسية لمفهوم الحوكمة الرشيدة².

اعتبرت الأمم المتحدة الشفافية ركيزة أساسية في الصفقات العمومية، تطبيقاً لحكم المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 128/04 يتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بنصها على " أنه تقوم كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم اشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية في اتخاذ القرارات، وتتسم ضمن جملة أمور، بفاعليتها في منع الفساد، وتتناول هذه النظم، التي يجوز أن تراعى في تطبيقها قيم جدية مناسبة، أموراً، منها:

أ: توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات وعقود الاشتراء، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات، والمعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود، توزيعاً عاماً، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتاً كافياً لإعداد عروضهم وتقديمها،

ب: القيام مسبقاً بإقرار ونشر شروط المشاركة، بما في ذلك معايير الاختيار وإرساء العقود والمناقصة،

ج: استخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقاً لاتخاذ القرارات المتعلقة بالمشتريات العمومية، تيسيراً للتحقق لاحقاً من صحة تطبيق القواعد والإجراءات،

د: اتخاذ تدابير، عند الاقتضاء، لتنظيم الأمور المتعلقة بالعاملين المسؤولين عن المشتريات، مثل الإعلان عن أي مصلحة في مشتريات عمومية معينة، وإجراءات الفرز والاحتياجات التدريبية.

¹ ماجد شهاب رمضان، التزام أطراف الرابطة العقدية بالشفافية في مجال العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2015/2016، ص، 06.

² صلاح محمد الغزالي، الحكم الصالح الطريق إلى التنمية، منشورات جمعية الشفافية الكويتية، الكويت، 2007، ص، 41.

2: تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية، وتشمل هذه التدابير ما يلي:

أ: إجراءات لاعتماد الميزانية الوطنية،

ب: الإبلاغ عن الإيرادات والنفقات في حينها،

ج: نظاما يتضمن معايير للمحاسبة ومراجعة الحسابات وما يتصل بذلك من رقابة،

د: نظاما فعالة وكفؤة لتدبير المخاطر والمراقبة الداخلية،

هـ: اتخاذ تدابير تصحيحية، عند الاقتضاء، في حال عدم الامتثال للاشتراطات المقررة في هذه

الفقرة.

3: تتخذ كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير مدنية وإدارية، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، للمحافظة على سلامة دفاتر المحاسبة أو السجلات أو البيانات المالية أو المستندات الأخرى ذات الصلة بالنفقات والإيرادات العمومية ولمنع تزوير تلك المستندات¹.

الفرع الأول: الشفافية التزام قانوني في عقد الصفقة العمومية

أثبت هذا المبدأ أهميته وفرض نفسه في العقود المدنية والتجارية، ولم يكتف ذلك، بل فرض نفسه في العقود الإدارية وبالأخص في عقود الاشتراء العمومي الوطنية والدولية، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، والذي يمثل آلية حيوية لحماية المال العام. لذا كان ولا بد من تعريف الشفافية. وأهمية الشفافية في عقد الصفقة العمومية تظهر في جرائم الفساد التي تعد خير معبر عن هذه الحقيقة، والتي لا يمكن إنكارها، خصوصا في الآونة الأخيرة.

ضرورة الشفافية في تسيير الأموال العمومية، أكدت عليها كذلك حكم المادة 10 قانون رقم 01/06 يتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بقولها على أنه "تتخذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية

¹ مرسوم رئاسي رقم 128/04 مؤرخ في 29 صفر عام 1425 الموافق 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003. ج.ر.ج.ع.ج.ع 26 مؤرخة في 5 ربيع الأول عام 1425 الموافق 25 أبريل سنة 2004.

والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ولا سيما على مستوى القواعد المتعلقة بإعداد ميزانية الدولة وتنفيذها".

مبادئ ومقومات الحكامة الرشيدة، جعل المجتمع الدولي ينص ويلزم الدول على اعتماد مضامين الشفافية في عقود الصفقات العمومية، إذ نصت ديباجة قانون الأونستيرال النموذجي للإشتراء العمومي فقرة "و"، على أنه "حيث إن من المستصوب تنظيم الإشراف العمومي من أجل تعزيز الأهداف التالية:

ـ تحقيق الشفافية في الإجراءات المتعلقة بالإشتراء"¹.

لكن كانت الحاجة إلى حماية المال العام أمراً لا غنى عنه، فإن القوانين يجب عليها أن تستجيب وتتلاءم أحكامها باستمرار مع هذا المقتضى القانوني²، غير أن الأمر يعتبره القصور في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويظهر ذلك من خلال عدم تحديد مصطلح الشفافية ومظاهره بصورة مباشرة.

أولاً: تعريف الشفافية

لم نجد نص في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يعرف الشفافية، غير أن هذا النقص التشريعي لم يكن مانعاً من إيراد تعريف لها من قبل الفقه، إذ تعرف اصطلاحاً بأنها "حق كل فرد من العاملين أو المتعاملين من المواطنين في الوصول إلى البيانات والإطلاع على المعلومات وآليات صنع السياسات واتخاذ القرارات ذات العلاقة ومعرفة آليات اتخاذ القرار المؤسسي"، أما إجرائياً تعرف على أنها عبارة "عن تقاسم المعلومات وعلنية صنع السياسات والأنظمة والتشريعات وتحديد الإجراءات والتعليمات الحكومية بما يتفق مع قواعد قانونية مكتوبة ومنشورة يحدد فيها المعلومات التي يجب توفيرها، والمواعيد التي يجب نشرها فيها بشكل مفصل ودقيق، والمسؤولية القانونية في حال عدم نشرها،

¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 95/66 المؤرخ في 9 كانون الأول/ ديسمبر 2011 القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للإشتراء العمومي.

² هذه الآلية أكد عليها كذلك قانون الأونستيرال النموذجي لإشتراء السلع والإنشاءات والخدمات لعام 1994.

على أن تكون هذه المعلومات كافية لفهم عمل القطاعات الحكومية ومراقبة أداؤها، بحيث تكون في متناول المواطن ومن له على حد سواء"¹.

عموما، يمكن القول أن الشفافية هي "إتاحة كافة المعلومات سواء أكانت ايجابية أم سلبية بوقت مناسب ومتوازن لا لبس فيه لغرض تعزيز التفكير المنطقي لدى الجمهور ومساءلة الجهات والمتطلبات عن أفعالها"².

ويمكن في ضوء ما تقدم، القول، أن الشفافية في عقد الصفة العمومية، بأنها حق المتعامل الاقتصادي بالإطلاع على المعلومات الخاصة بالصفة العمومية والإحاطة بجميع إجراءاتها بطريقة عادلة في الوقت المناسب ودون تأخير ودون المساس بسرية العروض. هذا يعني أنه ينبغي في عقد الصفة العمومية، أن تضمن الشفافية السليمة الصحيحة في الوقت المناسب جميع المعلومات المتعلقة بالصفة العمومية، بما في ذلك التاريخ، المواصفات التقنية والفنية³، مضامين المنح المؤقت بما يمكن الباقية من تقديم طعونهم، وهي بذلك تتعارض مع مفهوم السر الإداري الذي يقوم على حفظ البيانات والمعلومات التي تهم النشاط الإداري⁴.

الفرع الثاني: أهمية الشفافية في الصفة العمومية

إن المصلحة العامة أساس وجود مبدأ الشفافية في عقد الصفة العمومية⁵، لذلك يعتبر وجود نظام إطلاع قوي يشجع على الشفافية الحقيقية الفعالة، أحد الملامح الضرورية لنجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام ومحاربة الفساد، كما أنه أداة قوية للتأثير على سلوك المتعامل الاقتصادي والمحافظة

¹ بوارى دليلة، المشاركة صورة لتجديد العلاقة بين الإدارة والمواطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2020/2019، ص، 246.

² عصام أحمد البهجي، الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص، 15.

³ سعيد علي الراشدي، الإدارة بالشفافية، دار كنوز للمعرفة، عمان، الأردن، 2008، ص، 15. شريف الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، ع 3، 2013، ص، 92. بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/2009، ص، 35.

⁴ عبد الكريم حاضرة، دور الشفافية في مكافحة الفساد، الصفقات العمومية نموذجا، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، ع 2، 2016، ص، 94.

⁵ Jean (w), Droit administratif, éd Dalloz, paris, 2008, p, 429.

على الثقة¹. وعلى العكس فإن ضعف الإفصاح والممارسات غير الشفافة يمكن أن يسهم في السلوك غير الأخلاقي وفي ضياع نزاهة الصفقة العمومية وتنفيذها بتكلفة ضخمة².

على اعتبار الشفافية آلية جوهرية لحماية المال العام ومحاربة الفساد المالي والإداري³، ودعامة من دعائم الإدارة الجيدة، جعلت التشريعات القانونية ومنظمة الأمم المتحدة بجميع فروعها المتخصصة تفكر باستمرار في وضع الآليات القانونية لمواجهة ظاهرة الرشوة واستغلال النفوذ في عقود الاشتراء العمومي⁴، واستهدت في ذلك إلى مجموعة من التوجهات هي:

_ ترسيخ قيم الحوكمة الرشيدة في القطاع العمومي،

_ تعزيز إجراءات الشفافية والنزاهة في الصفقات العمومية ومختلف النفقات العمومية،

_ إعادة النظر في قانون العقوبات،

_ النهوض بالإعلام وتعزيز التعاون والشراكة لمكافحة ظاهرة الفساد المالي،

_ إطلاق بوابة إلكترونية للصفقات العمومية،

_ إطلاق بوابة إلكترونية للمعلومات حول الوقاية من الفساد⁵.

¹ خلاف صليحة، مرجع سابق، ص، 25.

² إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004/2003، ص، 102. عمار بوضياف، الرقابة على إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ع خاص، 2007، ص، 92.

³ " تزدهر الرشوة من الصمت والغموض، وتزدهر من خلال غياب تجنيد أو تهميش المواطنين والمواطنات، فإن دور وسائل الإعلام حيوي لتوسيع فضاءات الشفافية والنزاهة".

بلحمير محمود، دور وسائل الإعلام في مكافحة الفساد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، ص، 101.

⁴ خلاف وليد، دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2010/2009، ص، 28.

⁵ مولاي الحسن العلوي، الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، الخصوصيات، الحصيلة، الإكراهات والآفاق، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف، الرباط، المغرب، ع 4، 2012، ص، 68.

على الصعيد الوطني، ترجمت هذه التوجهات في إصدار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد باعتبارها سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع لدى رئيس الجمهورية تطبيقاً لنص المادة الثانية مرسوم رئاسي رقم 413/06 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها¹.

لممارسة مهام الرقابة من أجل الوقاية من الفساد ومكافحته، خاصة ما تعلق منه بتكريس مبادئ الشفافية والنزاهة وبالتحديد ما تعلق منها بالصفقات العمومية، نجد واستناداً لنص المادة 21 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته للهيئة صلاحية توجيه طلب للإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام والخاص ومن كل شخص طبيعي أو معنوي، الإطلاع على الوثائق والمعلومات التي تراها مفيدة في تحرياتها للكشف عن جرائم الفساد².

لارتقاء بدورها في مكافحة الفساد وحماية المال العام، خصها المشرع بموجب المادة 12 مرسوم رئاسي 413/06 بما يأتي:

- _ اقتراح برنامج عمل للوقاية من الفساد،
- _ تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد إلى كل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة،
- _ اقتراح تدابير، لاسيما ذات طابع تشريعي وتنظيمي، للوقاية من الفساد،
- _ مساعدة القطاعات المعنية، العمومية والخاصة، في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة،
- _ إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد،
- _ جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن عوامل الفساد والوقاية منه،

¹ مرسوم رئاسي رقم 413/06 مؤرخ في أول ذي القعدة عام 1427 الموافق 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها. ج.ر.ج.ع. 74 مؤرخة في أول ذو القعدة عام 1427 الموافق 22 نوفمبر سنة 2006.

² سوماتي الشريفة، المتابعة الجزائرية في جرائم الفساد في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2011/2010، ص، 13.

_ البحث في التشريع والتنظيمات والإجراءات والممارسات الإدارية عن العوامل التي تشجع على ممارسات الفساد قصد إزالتها،

التقييم الدوري للأدوات القانونية والتدابير الإدارية في مجال الوقاية من الفساد، قصد تحديد مدى فعاليتها،

البحث على كل نشاط بحث وتقييم للأعمال المباشرة في مجال الوقاية من الفساد". بل مكنها المشرع بموجب المادة 21 قانون رقم 01/06 أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص أو من كل شخص طبيعي أو معنوي آخر أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد".

في الوجه المقابل أصدر المشرع قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013 يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، إذ نصت المادة 3 منه على أنه "تضمن البوابة نشر المعلومات والوثائق الآتية:

_ النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية،

_ الاستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية،

_ قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية،

_ قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصين من المشاركة في الصفقات العمومية،

_ البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة وقوائم الصفقات المبرمة أثناء السنة المالية

السابقة وكذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة منها،

تقارير المصالح المتعاقدة بتنفيذ الصفقات العمومية،

_ قائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف والكفاءة،

الأرقام الاستدلالية للأسعار،

ـ كل وثيقة أو معلومة لها علاقة بموضوع البوابة¹.

ولا بد من التأكيد في نهاية هذه النقطة المتعلقة بالتوجهات الوطنية، أن المشرع أنشأ سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق بمقتضى المادة 213 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي تتولى الصلاحيات التالية:

ـ إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه. وتصدر بهذه الصفة رأياً موجهاً للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين،

ـ إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام،

المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

ـ إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنوياً،

ـ تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة،

ـ تشكيل مكان للتشاور، في إطار مرصد الطلب العمومي،

ـ التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتنفيذه بناء على طلب من كل سلطة مختصة،

ـ البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب،

ـ تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية،

¹ قرار مؤرخ في 13 محرم عام 1435 الموافق 17 نوفمبر سنة 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية. ج.ر.ج.ع 21 مؤرخة في 9 جمادى الثانية عام 1435 الموافق 9 أبريل سنة 2014.

_ إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المطلب الثاني: مظاهر الشفافية في الصفقة العمومية

حتى يمكن معرفة المعلومات التي ينبغي الإفصاح عنها في عقد الصفقة العمومية تجسيدا لمبدأ الشفافية وعدم انتهاك مبدأ المعاملة المتساوية للمتنافسين¹، يتعين علينا دراسة أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بكل دقة.

يتخذ مبدأ الشفافية في عقد الصفقة العمومية أربعة مظاهر أساسية، يتعلق الأول بدرجة ونوع المعلومات التي يجب الإفصاح عنها، والثاني يخص إجراءات الإشهار "الإعلام"، والثالث اعتماد جلسات علنية لفتح الأظرفة، والرابع قبول الطعون بعد إعلان نتائج المنح المؤقت، ولذلك تتمثل حالات ومظاهر الشفافية في عقد الصفقة العمومية على النحو الآتي:

- التزام الإدارة بإعلام المتعهد لقواعد المنافسة وشروطها التي يجب أن تدرج في وثائق الطلب العمومي ويطلع عليها المشاركون قبل تقديم عروضهم،
- توفر إجراءات وأجال كافية ومناسبة للإشهار،
- اعتماد جلسات علنية لفتح العروض التقنية والمالية بحضور المتعدون،
- إشهار نتائج المنافسة وتمكين المشاركين من معرفة سبب عدم قبول عروضهم،
- قبول الطعون².

المظاهر السالفة الذكر، نصت عليها المادة 9 قانون رقم 01/06 يتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، على أنه " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

¹ عبد الكريم حيزرة، مرجع سابق، ص، 94.

² بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص35.

_ علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،

_ الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،

_ معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،

_ ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

إجراءات الشفافية تعد من مستلزمات أداء النشاط الإداري وإحدى الآليات القانونية لإضفاء المشروعية على عمل الإدارة وتحقيق الإنصاف والموضوعية والنزاهة عند التعامل مع المتعامل الاقتصادي وفقا للإجراءات المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتشكل في ذات الوقت إحدى أهم الضمانات القانونية التي تحمي المتعامل الاقتصادي من تعسف وتحيز الإدارة¹.

الفرع الأول: الالتزام بإعلام المتعهد في عقد الصفقة العمومية

تبوأ الإعلام مكانة هامة في العقود باعتباره أداة فعالة وأساسية تكون وراء تحقيق الشفافية، والنزاهة في العلاقات التعاقدية²، بغية أن يكون الطرف الآخر على علم ببعض المعلومات التي لا يمكن معرفتها أو الوصول إليها من طريق آخر³.

هذا الالتزام أخذه المشرع بعين الاعتبار في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مرحلة إنشاء الصفقة العمومية، لكون هذه المرحلة تعد من أهم مراحل عقد الصفقة العمومية، وبذلك تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بإعلام المتعهدين بكافة المعلومات الخاصة بالصفقة المراد إبرامها⁴.

¹ بوراي دليلة، مرجع سابق، ص، 59.

² Michel (D.J), L'obligation de renseignement des contrats, R.T.D.civ 1945, p, 1.

³ الصديق حيدة، تخليق الإدارة العمومية المغربية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، المغرب، 2004/2003، ص، 16.

⁴ عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، الجزائر، ع 18، 2017، ص، 227.

بيد أن إعلام المتعهد في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لن يتأتى في حقيقته إلا بورق مكتوب كأصل عام، إلا أن ما يعاب على المشرع عدم استعماله لمصطلح الإعلام، وإنما لمجموعة من المصطلحات بدل مصطلح الإعلام، مثل "يجب أن يتضمن إلزاميا البيانات" أو "الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية".

اهتمام التشريعات القانونية والاتفاقيات الدولية بالوسائل الحديثة في التعاقد، هو وضع دفع المشرع الجزائري إلى تبني هذا المقتضى القانوني في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن المادة 203 وما بعدها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، وأحال في المادة 204 منه على مضمون الالتزام بالإعلام².

تنظيم المشرع لهذا المقتضى القانوني كان بهدف إعلام المتعهد بجميع الشروط والقدرات المطلوبة في الصفقة حتى يكون على بينة من أمره³، لذلك أوجب المشرع أن يتضمن إعلان طلب العروض إلزاميا البيانات التي نصت عليها المادة 62 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك على النحو الآتي:

_ تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،

_ كيفية طلب العروض،

_ شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

_ موضوع العملية،

¹ محمد بودالي، موسى بوشنب، رقمه الإدارة العمومية كأسلوب لتحسين الخدمة العمومية في الجزائر، الإدارة الجبائية نموذجاً، مجلة الدراسات الجبائية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البليدة، الجزائر، ع 8، 2016، ص، 254.

² يراجع تقرير اللجنة الإلكترونية التي تم إنشاؤها من طرف الوزارة الأولى، بعنوان "الجزائر الإلكترونية 2013"، 2008، ص 20:

متوفر بموقع بوابة الوزير الأول: w.w.w.premier_ministre.gov.dz

وللتنويه تسعى الجزائر جاهدة نحو تحقيق الفعالية في تقليص المدة الزمنية المتطلبة لإبرام الصفقات العمومية، والشفافية المتمثلة في رفع كل الحواجز التي من شأنها الحيلولة دون الإطلاع على الوثائق والوقائع المتعلقة بكل أطوار المنافسة، عدا ما أستثنى منها بموجب القانون .

³ عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، تشريعاً وفقها واجتهاداً، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص،

19 . غنية عباس، الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسطنطين، الجزائر، م أ، ع 49،

2018، ص، 25.

_ قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة¹،

_ مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،

_ مدة صلاحية العروض

_ إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،

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

_ ثمن الوثائق، عند الاقتضاء.

تجسيدا لأهمية الإعلام في الصفقة العمومية، أوجب المشرع بمقتضى نص المادة 26 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن توضح دفاتر الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة العمومية. تطبيقا لذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 وفقا لأحكام المادة 63 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تأكيدا على ضرورة هذا الالتزام في جميع طرق إبرام الصفقة العمومية، فرض المشرع على الإدارة المتعاقدة تزويد المتنافسين بالمعلومات الدقيقة عن الصفقة العمومية في أكثر من نص قانوني، من ذلك ما نصت عليه المادة 64 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لا سيما:

¹ إذ نصت المادة 63 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه. ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعينين لذلك. ويجب أن يسحب دفتر الشروط في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، من طرف الوكيل أو من طرف ممثله المعين لذلك، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع. ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها".

_ الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات والخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، إن اقتضى الأمر ذلك،

_ الشروط ذات الطابع الاقتصادية والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة،

_ المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين،

_ اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصاحبها،

_ كفاءات التسديد وعملة العرض، إذا اقتضى الأمر،

_ كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة،

_ الأجل الممنوح لتحضير للعروض،

_ أجال صلاحية العروض أو الأسعار،

_ تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه،

_ العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات"¹.

وعليه من خلال فرض هذا الالتزام في كل صفقة عمومية أيا كان شكلها، نلمس أن المشرع كان واضحاً فيما يتعلق بمبدأ العلانية، والدليل هو تفصيله لما يجب أن يتضمنه دفتر الشروط وطلب الإعلان عن الصفقة، حيث قد يفتح المجال أمام أكبر عدد ممكن من المتنافسين وإعطاءهم فرصة

¹ الالتزام بالإعلام رتبته المشرع حتى في حالة الفسخ من جانب واحد للصفقة من طرف المصلحة المتعاقدة، إذ نصت المادة 3 من القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1423 الموافق 2011/03/28، يحدد البيانات التي يتضمنها الإصدار وآجال نشره، على أنه "يجب أن يتضمن الإصدار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد، البيانات الآتية: تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها، تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه، التعيين الدقيق للصفقة ومراجعتها، توضيح إن كان أول أو ثاني إصدار، عند الاقتضاء، موضوع الإصدار، الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإصدار، العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ".

المشاركة متى توافرت لديهم الشروط. من قبيل ذلك، حكم المادة 2/48 و3 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "يجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج ونظام المسابقة، وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن ينص دفتر الشروط على كيفية الانتقاء الأولي، عند الاقتضاء، وتنظيم المسابقة.

يجب أن يحدد دفتر الشروط المتعلق بمسابقة تخص مشروع إنجاز أشغال، الغلاف المالي التقديري للأشغال".

وهكذا نلاحظ، أن المشرع في تحديده للبيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها إعلان طلب العروض لم يترك أي مجال للسلطة التقديرية للإدارة، لأن هذه البيانات تظهر التعامل الواضح والصحيح والشفاف في إبرام الصفقة العمومية، ومن ثم تعد هذه البيانات بمثابة الوسيلة الحقيقية لإعلام المتعامل الاقتصادي بالإرادة النزيهة للمصلحة المتعاقدة، على اعتبار أنها تعد عنواناً لحقيقة إرادة الإدارة، لذلك فإن المشرع الوطني، استلزم احترام هذه الشكلية، وإلا ترتب عليها البطلان، لأن في ذلك خرقاً صريحاً وواضحاً لمبدأ الشفافية.

أولاً: شكلية أجل تحضير ملف الترشيح

تحقيق الشفافية التي هي أهم مبادئ الحكامة الرشيدة، بغية إتاحة المجال أمام المتعهدين للحصول على المعلومات الضرورية كما ينص عليه نظام الحكامة، يستدعي في المقابل إعطاء آجال معقولة لتحضير العروض¹، مما حدا بالمشرع الوطني إلى تنظيم هذه المسألة الجوهرية، إذ بينت المادة 66 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضوابط الأجل، بنصها على أنه " يحدد أجل تحضير العروض تبعاً لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمَر طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض، إذ اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة، تخبر المتعهدين بذلك بكل الوسائل.

¹Alfonso(J), La nation de marchés publics, revue du conseil d'état, imp de la direction de l'information légale et administratives, cons d'état français, paris ,France, n°03, 2003, p, 59.

تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، ويُدْرَج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط، قبل تسليمه للمتعهدين.

ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع وتاريخ العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض. وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي.

في حالة الإجراءات المحدودة، يحدد أجل تحضير الترشيحات وتاريخ وآخر ساعة لإيداع الترشيحات، حسب الشروط المنصوص عليها في هذه المادة".

تجدر الإشارة، أن المشرع الوطني لم يلزم الإدارة بأجل معين على غرار بعض التشريعات القانونية، وإنما أعطى للمصلحة المتعاقدة وفقاً لأحكام المادة 1/66 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السلطة التقديرية في تحديد مدة تقديم العروض، والتي يجب أن تكون في جميع الأحوال معقولة وفق ما تقتضيه خصوصية مقتضيات موضوع الصفقة العمومية والتي تمكن المتعهد من دراسة التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة للصفقة العمومية، ومن تحضير عرضه الذي يشتمل وجوباً على عرض تقني وآخر مالي في المناقصة، وتفتح المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين¹، إذ تنص المادة 67 فقرة أولى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يجب أن تشتمل العروض على ملف الترشيح وعرض تقني وعرض مالي".

زيادة على ذلك، يجب أن تراعى المدة، الوقت الذي يستلزمه المتعهد لتحضير وتقديم الضمان المطلوب من قبل المشرع والمصاحب لطلب العرض "كفالة تعهد"، إذ نصت المادة 125 فقرة أولى

¹ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 598.

قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يجب على المتعهدين، فيما يخص الصفقات العمومية للأشغال واللوازم التي تتجاوز مبالغها الحدود المنصوص عليها في المظتين الأولى والثانية على التوالي من المادة 184 من هذا المرسوم، تقديم كفالة تعهد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض، ويجب النص على هذا المطلب في دفتر الشروط للدعوة للمنافسة. وتعد الكفالة بالرجوع لمبلغ العرض".

غير أن منح السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد المدة الواجبة لتقديم العروض لم يمنع المشرع من إدراج بعض الحثيات الأساسية التي يجب أن يشير إليها إعلان طلب العروض استناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، ويُدْرَج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط، قبل تسليمه للمتعهدين. ويعتبر هذا الالتزام أسلوب شهر فعال ومتميز بالنظر لاستمراره طول مرحلة إعلان طلب العروض، غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة وفي حالة الضرورة أن تعمل على تمديد الآجال شريطة إخبار المتعهدين بكافة الوسائل¹.

وإذا كان هناك جانب من الفقه يعيب على المشرع فكرة السلطة التقديرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في تحديدها لمدة تقديم العروض من منطلق ما يمثله مبدأ العلانية من خصوصية وأهمية في إبرام عقود الصفقات العمومية وأي إخلال به يعتبر من شأنه مساس بمبدأ المشروعية الذي يرتب بطلان الصفقة².

وعليه نعتبر أن منح المشرع السلطة التقديرية للإدارة في تحديد الأجل هو اعتراف ضمني بعدم نجاعة وسائل الإعلان المقررة أساساً لتعميم شكلية تحضير ملف الترشح لدى كل من تعنيه المشاركة في إبرام الصفقة العمومية، نظراً للصيغة الفضفاضة للنص، خاصة أن الواقع أثبت في جميع الأحوال اتفاق

¹ مريان حورية، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013/2012، ص، 31.

² عاطف سعدي، مرجع سابق، 2005، ص، 204. عصام أحمد البهجي، الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص، 23.

المصالح المتعاقدة على تحديد أجل قصيرة دون مراعاة خصوصية كل صفقة، لذلك عدم إخضاع مسألة الأجل لضوابط وقتية محددة تشريعا سيؤدي ذلك لا محالة إلى بقاء هذا المجال للممارسات التعسفية.

ثانيا: الالتزام بسرية العروض

إذا كان لا أحد اليوم يناقش، في أهمية إشهار إعلان طلب العروض باعتباره دعامة من دعائم الحوكمة الرشيدة، وهي الشكلية التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على وجوب الالتزام بها وتطبيقها، تحت طائلة البطلان، إلا أنه لا يجب أن تتحول شكلية الإشهار، إلى أسلوب للتدخل في عروض الترشح. فالمرشح من حقه الحفاظ على أسرار، خاصة عرضه المالي الذي يعتبر معيار الفوز بالصفقة إذا مثل أحسن عرض من الناحية الاقتصادية¹.

وبذلك، خص المشرع هذه المسألة الضرورية بضوابط قانونية، فإذا كان الإعلام والإشهار ضروريا لحماية المصلحة العامة والخاصة في ذات الوقت، فإنه لا يمكن أن يكون حقا مطلقا وبدون قيود يخضع لها، فلا بد من مراعاة مصلحة ضرورية أخرى في عقد الصفقة العمومية، تتمثل في مصلحة المترشح، في الولوج للطلبات العمومية في هدوء وكتمان وعدم الإفشاء بأسراره الخاصة بممارسة نشاطه التجاري، والحيلولة دون انزلاق الإعلام والإشهار عن فلسفته الحقيقية².

التزام سرية العروض تقتضي أن يظل محتوى العروض مجهولا للإدارة وبقية المتعاهدين إلى غاية فتحها، لذلك، قرر المشرع أن العروض التقنية والمالية الخاصة بملف الترشح لا يمكن فتحها إلا في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة، في تاريخ وساعة فتح الأطراف المنصوص عليها في المادة 66 من هذا المرسوم.

أما في الحالة التي يلزم فيها المشرع أن يكون تقييم العروض على مرحلتين، فإنه يجب عدم فتح العروض المالية إلا بعد الانتهاء من تقييم العروض التقنية، من ذلك حكم المادة 3/70 و4 و5 و6 قانون

¹ يتضمن العرض المالي: رسالة تعهد، جدول الأسعار بالوحدة، تفصيل كمي وتقديري، تحليل السعر الإجمالي والجزافي.

² شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد الإداري، مرجع سابق، ص، 98. سيد أحمد لكصاصي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص، 801. غنية عباس، مرجع سابق، ص، 22.

الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "في حالة الإجراءات المحدودة، تفتح ملفات الترشيحات بصفة منفصلة.

وفي حالة إجراء طلب العروض المحدود، يتم فتح الأطراف المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض التقنية النهائية والعروض المالية على مرحلتين.

ولا يتم فتح أطراف العروض المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم، كما هو منصوص عليه في المادة 48 من هذا المرسوم.

ويتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها، الأطراف المتعلقة بالعروض المالية إلى غاية فتحها".

ثالثاً: اعتماد جلسة علنية لفتح الأظرفة

إن الغاية من وراء إقرار مبدأ العلانية في الصفقات العمومية ضمان احترام مبادئ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية¹، ولبلوغ هذا الهدف أقر المشرع مجموعة من التدابير القانونية الواجب احترامها والتقييد بها، لذلك كان من الأهمية بمكان، أن يلزم المشرع المصلحة المتعاقدة على أن يتم فتح الأظرفة في جلسة علنية تتاح فيها الفرصة أمام كافة المتعهدين لحضورها، إذ نصت المادة 70 فقرة أولى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة، في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليهما في المادة 66 من هذا المرسوم²، وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المرشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح

¹ عاطف سعدي، مرجع سابق، ص، 204.

² تنص المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يحدد أجل تحضير العروض تبعاً لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها. يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة، تخبر المتعهدين بذلك بكل الوسائل.

تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية. ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط، قبل تسليمه للمتعهدين.

ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

الأطرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين".

يجب على لجنة فتح الأطرفة وتقييم العروض أن تقوم بمباشرة أعمالها على مرأى من المتعهدين، والتقيد بجميع الإجراءات الشكلية التي قررها المشرع لصحة تقييم العروض لكي لا تكون أعمالها مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية تجنباً لكل تلاعب أو تعسف، وإلا كان مصير عقد الصفقة العمومية البطلان، كما يسهل مقتضيات العملية الرقابية إدارية كانت أو قضائية¹.

مبدأ علنية الجلسات لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما يجب التقيد بحالات الاستثناء التي نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ نصت المادة 4/70 منه، على أنه "وفي حالة إجراء المسابقة، يتم فتح الأطرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث مراحل. ولا يتم فتح أطرفة الخدمات في جلسة علنية".

رابعاً: حق الطعن

أعطى المشرع الحق لكل متعهد لم يفز بالصفقة العمومية، أن يطعن في إعلان المنح المؤقت لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، تطبيقاً لنص المادة 1/82 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعناً لدى الجهة المختصة".

نص المشرع على هذه المقتضيات المتعلقة بإعلان طلب العروض بغية حمل المصلحة المتعاقدة على القيام بإجراءات الإشهار، لأهميتها باعتبارها تمس مصالح المتنافسين، ومبادئ الولوج

يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض تاريخ وساعة فتح أطرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمتد إلى غاية يوم العمل الموالي.

في حالة الإجراءات المحدودة، يحدد أجل تحضير الترشيحات وتاريخ وآخر ساعة لإيداع الترشيحات وتاريخ وساعة فتح أطرفة ملفات الترشيحات حسب الشروط المنصوص عليها في هذه المادة".

¹ مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص، 261. سيد أحمد لكصاصي، مرجع سابق، ص، 801.

للطلبات العمومية، وإذا كان المشرع لم يشر للجزاء المترتب على مخالفة الإجراءات التي فرضها بخصوص إبرام الصفقات العمومية، فإنه يمكن القول أن انعدام الإجراءات التي ذكرها المشرع في خانة إبرام الصفقات العمومية يترتب عليها منطقيًا البطلان، لأن الهدف من هذه الإجراءات إعلام المتعهدين بموضوع الصفقة، وبما أن هذا الإعلام لم يتم فيعتبر كأن شيئًا لم يكن لأنها مقتضيات شكلية آمرة متعلقة بآليات إبرام الصفقات العمومية¹.

الفرع الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة بالإشهار

يعنى بذلك، الإجراء القانوني الذي يتم من خلاله إعلام المتعامل الاقتصادي بالمعلومات الضرورية الخاصة بمضمون الصفقة العمومية، وهو الإعلام الذي يعتبره المشرع شرطًا أساسيًا وجوهريًا للولوج إلى الطلبات العمومية، لذلك أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة التقييد بالأشكال الإجرائية الخاصة بالإعلان عن كل شكل من أشكال الصفقات العمومية ضمانًا لعلم الكافة بها تحقيقًا للشفافية ليتقدم بالعطاء كل متعامل اقتصادي له من المؤهلات المالية والفنية التي تمكنه من تنفيذ مضمون الصفقة العمومية بما يحقق المصلحة العامة².

وفي المنظور المعاصر لمفهوم الشكلية، أضحت الشكلية لها معنى واسع وتسلسل هرمي بداية من شكلية الكتابة إلى إجراءات قواعد الإشهار³.

وتظهر ضرورة نشر إعلان الصفقة العمومية في سياق تبني التشريعات نظام التحرير الاقتصادي القائم على تشجيع مبدأ الحرية الاقتصادية وتفعيل ودعم منطوق المنافسة وفق آليات تحقق أهداف

¹ سعيد علي الراشدي، الإدارة بالشفافية، دار كنوز للمعرفة، عمان، الأردن، 2008، ص، 15. فايزة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2013/2012، ص، 19. عالية جواد علي، أثر اعتماد الشفافية في تحجيم الفساد الإداري، مجلة الإدارة والاقتصاد، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، العراق، ع 98، 2015، ص، 75. حليلة برونك، الرقابة القضائية على احترام مبادئ الصفقات العمومية في الجزائر قاضيان لعقد واحد، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، الجزائر، ع 43، 2016، ص، 199.

² سيد أحمد لكصاسي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، جامعة أم البواقي، الجزائر، ع 7، 2017، ص، 800.

³ Beteille –Raquin, (G), Quelques notions sur le formalisme ancien et moderne, sirey, paris, 1965, p,75.

السياسة الاقتصادية والاجتماعية، تأسيسا على ذلك انخرطت التشريعات القانونية في إعادة النظر في الإطار التشريعي المنظم للنشاط الاقتصادي، لجعله يواكب ويتلاءم مع التحولات الاقتصادية العالمية¹.

إن الشكلية تعتبر حافزا على الثقة لأنها تحقق الأمن الاجتماعي وتشجع الإقبال على الاستثمار، وتعد في ذات الوقت ضمانا للأمان والاطمئنان، باعتبارها تحمي حقوق المتعاملين الاقتصاديين، وتشكل المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي والاجتماعي²، كما أنها لازمة لإبرام الصفقات العمومية وتجنب النزاعات القضائية³.

حظيت شكلية إشهار إعلان الصفقة المستمدة من طبيعة الصفقة العمومية باهتمام المشرع لما تحققه هذه الأخيرة من حماية المصلحة العامة، ومن خلالها حماية المال العام من مخاطر الفساد الإداري⁴. وفي هذا السياق حددت المادة 1/65 و2 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام شكلية إشهار طلب العروض بصورة مفصلة، بنصها على أنه " يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة علي الأقل. كما ينشر إجباريا، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل، في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين علي المستوي الوطني.

يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية"⁵.

¹ Helene (S), Le formalisme dans le droit des sociétés commerciale, thé Toulouse, 1998, p,9.

² Cyrille (E), Passer un marché public (principes, procédures, contentieux, éd encyclopédie delmas, 2001, p, 26.

³ MESTRE (J), L'Approche par le juge du formalisme légale, R.T.D.C, 1998, p,329.

⁴ زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012/2013، ص، 17.

⁵ تنص المادة 2/52 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فأنها يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض"

علما أن المشرع أحدث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، أكد فيها هذا الالتزام القانوني بموجب المادة 3 منه، بنصها على أنه "ينشر في النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ما يأتي:

_ كل الإعلانات القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي لاسيما المناقصات والمزايدات والإنذارات وقرارات الفسخ.

_ الأرقام الاستدلالية المتخذة أساسا في مراجعة أسعار الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي،

_ وعند الاقتضاء كل المعلومات أو الاقتصادي أو التقني التي تتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي".

مع الإشارة، إن النشر في الرسمية الخاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، لا يعفيه من اللجوء الإجباري للإشهار عن طريق الصحافة تطبيقا لنص المادة 4 مرسوم رقم 16/84 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

لم يقف المشرع عند شكلية إشهار إعلان الصفقة، بل اشترطه كذلك في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى فسخ الصفقة، إذ نصت المادة 149 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

يحدد الوزير المكلف بالمالية، بموجب قرار، البيانات الواجب إدراجها في الإعدار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلانات قانونية".

مسألة نشر الإعذار نصت عليها كذلك المادة 5 قرار مؤرخ في 28 مارس سنة 2011 يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره، بنصها على أنه "يجب أن ينشر الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني.

ويحرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

يجب أن يرسل طلب نشر الإعذار في نفس الوقت الذي تم فيه تبليغه للمتعامل العمومي.

يسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة".

وعليه نستطيع القول، إن وسائل إشهار طلب العروض لازالت في رأينا لا تحقق النجاعة المرجوة في مثل هذه العقود الهامة، فلا يعقل أن تبقى هذه الوسائل محصورة في وسيلتين، سيما بعد أن ظهر ضعفها في تعميم هذا الإشهار متى ظهر أن المتعامل الاقتصادي يسكن في منطقة نائية، تغيب فيه الإدارات والمرافق العامة والحال أن العلم بالصفقة العمومية ينبغي أن يكون محمولا لا مطلوبوا إن صح التعبير، ويلاحظ أن المادة 65 السالفة الذكر، لم تشترط أن يقع الإعلان في جريدة معينة بذاتها، بل اكتفت بذكر الجريدة من غير تخصيص، كما أنها لم تشترط فيها شروط معينة، وبسبب ذلك اتسم إشهار الصفقة العمومية في الكثير من الأحيان بالسرية.

أولا: نطاق الإشهار المحلي

يكون من المفيد الإشارة، أن نجد أن قواعد نظام إشهار الصفقات العمومية أتت متباينة وليست من طبيعة واحدة، وإنما رضخت لفكرة استثنائية قضت بها المادة 65 فقرة ثالثة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أنه "يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعية تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار 100.000.000 دج أو يقل عنها وخمسين مليون دينار 50.000.000 أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و

إصاق طلب العروض بالمقررات المعنية:

- للولاية،
- لكافة بلديات الولاية،
- لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية،
- للمديرية التقنية المعنية في الولاية".

أجاز المشرع للولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها¹ الأخذ بنظام الإشهار المحلي الذي مناطه التقدير الإداري المالي لموضوع طلب العروض، الذي لا يجوز أن يتحدد في التقدير الإداري في أكثر من مائة مليون دينار 100.000.000 دج أو يقل عنها وخمسين مليون دينار 50.000.000 أو يقل عنها، فإذا زاد التقدير الإداري عن المبلغ المشار إليه في الفقرة الثالثة من المادة 65 فإنه يجب إخضاعه بقوة القانون إلى أحكام الإشهار المحدد بموجب المادة 65 فقرة أولى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وإلا ترتب عن مخالفة هذه الأحكام البطلان².

ولعل هذا الحكم يأتي في باب تخفيف العبء على النشرة الرسمية الخاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، والتي لم تعد قادرة على استيعاب طلبات إشهار الصفقات العمومية وضمنان مواعيد معقولة لنشرها³، لذلك حاول المشرع ترميم أخطار هذا التأخر بهذا الاستثناء، ومن جهة ثانية إذا كان هذا الاستثناء في صالح الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، فهو كذلك في صالح المتعامل الاقتصادي المحلي الذي يحتم عليها الاهتمام به وتشجيعه على المساهمة في التنمية المحلية.

¹ تنص المادة 153 قانون البلدية على أنه "يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها". كما تنص المادة 146 قانون الولاية على أنه " يمكن المجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية".

² مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015/2014، ص، 145.

³ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2011، ص 205.

ويتحقق هذا النشر، وفق المادة 65 فقرة ثالثة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عن طريق إعلان طلب عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها في يوميتين محليتين، وإلصاق إعلان طلب العروض، أي أن هذا الإعلان يتم عبر هاتين الوسيلتين، وآية هذا التلازم تدل عليها صياغة المادة 65 حين استعملت حرف "الواو"، مما يفيد أن الإعلان يتم لزوما بهاتين الوسيلتين معا، ولا يمكن الإدعاء بالقيام بالإعلان القانوني، إذا اختصر في وسيلة واحدة فقط.

ثانيا: إشهار التعديلات

يجب على المصلحة المتعاقدة، إشهار التعديلات التي تطرأ على بنود دفاتر الشروط من خلال إطلاق طلب عروض جديد، والحكمة من إشهار أي تغيير، هي تحقيق حماية المتعهدين، وتمكينهم من تكوين فكرة واضحة عن مضمون الصفقة العمومية، إذ نصت المادة 3/52 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "وإذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس شروط المنافسة، فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة وإطلاق طلب عروض جديد".

يجمع الفقه على هيمنة الشكلية على عقد الصفقة العمومية، حيث أن التشريعات القانونية لا تسمح بأن يتم تحت سلطانها إبرام أي صفقة عمومية إلا بعد احترام شكليات الإشهار المحددة تحديدا دقيقا، وإلا لما كان للصفقة العمومية أي معنى أو بالأحرى لما كان لها أي وجود قانوني¹، لأن المشرع الوطني لم يستلزم فقط كتابة إعلان طلب العروض، بل تطلب أيضا، شهر هذا الإعلان المكتوب بإجراءات معينة بغية إعلام المتعامل الاقتصادي بشروط الصفقة العمومية وتمكينه من المشاركة والولوج إلى الطلبات العمومية.

¹ محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري طبقا لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 2003، ص، 32. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص، 146.

وبذلك تتحقق حماية كافية للمتعامل الاقتصادي، الذي قصد المشرع حماية مصالحه الاقتصادية بتقرير قواعد وإجراءات الشهر، ففكرة عدم صحة الصفقة العمومية وبطلانها تكفي لتفسير مركز الصفقة العمومية.

الفصل الثاني: المظهر العقدي للصفة العمومية

إن الصفة العمومية بمفهومها القانوني، حاول المشرع أن يعطي لها تكييفاً قانونياً سليماً بغية تحديد الإطار القانوني الذي يحكمها، وبهذا الخصوص أورد لها المشرع تعريفاً في جميع النصوص القانونية المنظمة للصفة العمومية، إذ عرفتها المادة الأولى الأمر رقم 90/67 على أنها¹ " الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

كما عرفتها المادة 4 مرسوم تنفيذي رقم 145/82²، على أنها " صفقات المتعامل العمومي، عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء الموارد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

أما المرسوم التنفيذي رقم 434/91³، عرف الصفة العمومية بمقتضى المادة الثالثة، على أنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفقاً للشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء الموارد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

كما عرفت الصفة العمومية بمقتضى المادة 3 مرسوم رئاسي رقم 250/02⁴، على أنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم هذا التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها

¹ يعد هذا الأمر أول خطوة تشريعية في تنظيم عقد الصفة العمومية.

الكاهنة الزواوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسطنطينة، الجزائر، ع 12، 2017، ص، 29. غانس الحبيب عبد الرحمان، تحديث مفهوم الصفة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، استجابة لتحديات الدولة الراهنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، ع 2، 2016، ص، 41.

² المرسوم التنفيذي رقم 145/82 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل 1982. ج.ر.ج. ع 15 المؤرخة في 19 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 13 أبريل 1982.

³ المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر.ج. ع 57 المؤرخة في 06 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 13 نوفمبر 1991.

المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 98/87 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1418 الموافق 07 مارس 1998. ج.ر.ج. ع 13 المؤرخة في 12 ذو القعدة عام 1418 الموافق 11 مارس 1998.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج. ع 52 المؤرخة في 17 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 28 يوليو 2002 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03/301

في المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة"، أما المرسوم الرئاسي رقم 10/236¹، عرفها بموجب المادة 4، على أنها "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

أما المرسوم الرئاسي رقم 15/247، عرف الصفقة العمومية بمقتضى المادة الثانية، على أنها " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع المتعاملين الاقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وإذا كانت صياغة ومضامين هذه المواد جاءت مختلفة المعنى تبعاً للفترة التي صدرت فيها القوانين المنظمة للصفقة العمومية، يتضح أن الصفقة العمومية لم تخرج عن قالب العقدي، فمما لا شك فيه أن الصفقة العمومية عقد، طالما أن كلا من المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي يتعهدان بالتزامات متقابلة، ذلك أن المتعامل الاقتصادي يلتزم بتنفيذ موضوع الصفقة العمومية، وبالمقابل تلتزم المصلحة المتعاقدة بدفع الأجر. ولا يعيب على فكرة العقد، خضوع الصفقة العمومية لمجموعة من الإجراءات والقواعد الشكلية، اقتضتها ضرورات الحفاظ على المصلحة العامة وحماية المال العام، ومن ثم لا يترتب عن امتيازات السلطة العامة اندثار الإرادة العقدية في عقود الصفقات العمومية².

المؤرخ في 14 رجب عام 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003 ج.ر.ج.ع. 55 المؤرخة في 17 رجب عام 1424 الموافق 14 سبتمبر 2003 وبالمرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 شوال عام 1429 الموافق 26 أكتوبر 2008. ج.ر.ج.ع. 62 المؤرخة في 11 ذو القعدة عام 1429 الموافق 09 نوفمبر 2008.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ح. ر.ج.ع. 58 المؤرخة في 28 شوال عام 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010.

المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1432 الموافق 01 مارس 2011. ج.ر.ج.ع. 14 المؤرخة في أول ربيع الثاني عام 1432 الموافق 06 مارس 2011، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 14 رجب عام 1432 الموافق 16 يونيو 2011. ج.ر.ج.ع. 34 المؤرخة في 17 رجب عام 1432 الموافق 19 يونيو 2011، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير 2012. ج.ر.ع. 04 المؤرخة في 02 ربيع الأول عام 1433 الموافق 26 يناير 2012، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير 2013. ج.ر.ج.ع. 02 المؤرخة في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير 2013.

² عمر حلمي فهمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص، 79.

فاتصاف الصفقة العمومية بالصفة العقدية، لم يكن قاصرا على المشرع الوطني فقط، إذ عرفها المشرع التونسي بمقتضى الفصلين، الفصل 9/2 والفصل 1/3 أمر عدد 1039 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، حيث نص الأول على أنه "الصفقة العمومية عقد كتابي بمقابل يلتزم بمقتضاه صاحب الصفقة، عمومي أو خاص، إزاء المشتري العمومي بإنجاز أشغال أو التوريد بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات". أما الثاني نص على أنه "الصفقات العمومية عقود كتابية تبرم من قبل المشتريين العموميين بمقابل يلتزم بمقتضاها صاحب الصفقة بإنجاز أشغال أو التوريد بمواد أو إسداء خدمات أو إعداد دراسات".

كما كان المشرع المغربي واضحا في تحديد الطبيعة القانونية للصفقة العمومية، إذ نصت المادة 13/4 مرسوم رقم 2. 12. 349 يتعلق بالصفقات العمومية، على أنه "الصفقات عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من جهة، وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولا أو موردا أو خدماتيا، وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات وفق التعاريف الواردة بعده". التكييف القانوني للصفقة العمومية، قرره المشرع الفرنسي بموجب المادة الأولى¹.

وضوح فكرة العقد في النصوص القانونية وضوح الشمس في عز النهار، ذهب بمجلس الدولة الجزائري إلى تأكيدها، إذ جاء في قرار صادر عنه أن "الصفقة العمومية عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."². علما أن القاضي حصر مفهوم الصفقة العمومية في العقد الرابط فقط بين الدولة والخواص، متجاهلا الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

¹ "Les marches publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis l'article 02 et operateur économiques publics ou privées. Pour répondre à leur besoins en matière de Tavaux de fournitures ou des services."

Article n° 01decret n 2006/975du01/08/2006 portant Code du marchés public complété et modifié par le décret n" 2011/493du05/05/2011

² قرار مجلس الدولة، الجزائر، الصادر في 2002/12/17، ملف رقم 6215، فهرس 873. نقلا عن: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص، 39.

غير أن فكرة العقد تعرضت لانتقادات فقهية، والتبرير في ذلك، أن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة وهو حق يتعلق بالنظام العام لا يمكن للإدارة بأي حال من الأحوال التنازل عنه¹، أما الضعف الثاني الذي ينال فكرة العقد، أن عقد الصفقة العمومية يتضمن نوعين من الشروط، شروط تعاقدية محصورة فقط في الجانب المالي الذي يجب أن يتلقاه المتعامل المتعاقد نتيجة تنفيذه للخدمات المطلوبة منه، والتي يمنع فيها على الإدارة المساس به حتى ولو كانت تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وشروط تنظيمية أو لائحية يستقل المشرع بوضع إطارها القانوني بعيد كل البعد عن الإرادة التعاقدية، لأن العقود الإدارية لا تحكمها الإرادة والمصالح الخاصة بل الصالح العام².

المبحث الأول: الإرادة العقدية في الصفقة العمومية

مقتضيات سير وانتظام المرافق العامة ألزمت التشريعات القانونية على تضمين عقد الصفقة العمومية، مضامين قانونية استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، غايتها الجوهرية تحقيق أبعاد المصلحة العامة، فخص المشرع قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقيود تشريعية آمرة يعمل بها من تاريخ تحديد الحاجيات إلى غاية تنفيذ الصفقة العمومية، هذه القيود التشريعية تجعل المصلحة المتعاقدة تعمل وفق ضوابط تخطيط وبرمجة مسبقة تستهدف تحقيق الصالح العام، غير أن هذا لا ينفي الطابع التعاقدية التي يتصف بها عقد الصفقة العمومية³.

إن اختلاف طبيعة العقد المدني عن العقد الإداري، لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يمس أو يخل بالأركان الأساسية للإرادة التعاقدية المتعارف عليها قانوناً، لأنه على أساس هذه الأركان يتقرر وجود العقد ومصيره⁴، بل هناك من ذهب إلى القول بأنه ليس هناك أية فوارق موضوعية بين العقود المدنية والعقود الإدارية، لأن العقود جميعها تتمتع من حيث تكوينها وآثارها بنفس الخصائص⁵، غير أن كل ما في

¹ توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص، 38.

² محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص، 86. لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2007/2006، ص، 20.

³ محمود علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، مكتب صبره للتأليف والترجمة، د.د.ن، القاهرة، مصر، 2007، ص، 46. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1963، ص، 76.

⁴ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص، 39.

⁵ NOGUELLOU (R), Notion du marché public, JCA, 2002, FASC 628, p, 1.

الأمر أن هناك عقود إدارية تختص بها المحاكم الإدارية وأخرى مدنية تنظر فيها المحاكم العادية والمعيار الفاصل في ذلك هو صفة الشخص المتعاقد¹.

ومن ثم فإن دراسة هذه الأركان الجوهرية في عقد الصفقة العمومية أصبحت ذات أهمية كبيرة سواء من حيث مضمونها الأصلي الذي اقتصت بتبينه قواعد القانون المدني أو من حيث خصوصيتها المستمدة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ذلك أن عقد الصفقة العمومية تؤطره مقتضيات خاصة، سواء في سببه ومحله والقالب القانوني الذي يجب أن تفرغ فيه إرادة الأطراف المتعاقدة².

نجد أن مضامين المصلحة العامة تظهر حقيقتها القانونية في تفسيرنا لأركان الإرادة التعاقدية الخاصة بإبرام الصفقة العمومية، وهذا ما شكل جوهر عقد الصفقة العمومية، وساعد على تضمين عقدها مقتضيات قانونية آمرة تحكم ركن التراضي والسبب والمحل لا تقبل مخالفتها، لأجل ذلك يمكن القول أن للصفقة العمومية هوية خاصة بها.

المطلب الأول: إنشاء الصفقة العمومية

إن المصلحة العامة التي تحكم إرادة الأطراف المتعاقدة في عقد الصفقة العمومية لا تلتقي حتما بمضامين مفهوم المصلحة الخاصة في العقد المدني، لأن المصلحة العامة في الصفقة العمومية كمفهوم في العقود الإدارية هو أكثر تعقيدا ولا يمكن تقديرها بكيفية سليمة ولا التعرف عليها بطريقة كاملة، إلا إذا وجهنا نظرنا إلى ما هو أبعد وأعمق في ظروف إبرام عقد الصفقة العمومية وفي غرضها³.

لهذا لا يمكن إهمال خصوصية فكرة العقد في عقود الصفقات العمومية وما يترتب على مخالفتها من أحكام قانونية هامة، لأن تشييد نظام قانوني خاص بعقد الصفقة العمومية يقوم على أساس المصلحة العامة التي يرمي المرفق العام إلى تحقيقها، وتتحقق المنفعة العامة بإشباع حاجيات عامة تعجز

¹ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 433.

² عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية بالجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009/2008، ص، 16.

³ جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص، 309.

المبادرة الخاصة عن تحقيقها¹. هذا الأساس يؤدي بنا إلى القول أن حقوق المتعامل المتعاقد في عقد الصفقة العمومية تتمثل في الرضائية وما تحمله من القوة الملزمة للعقد فالمتعامل يستمد حقوقه من نصوص العقد على خلاف الإدارة تستمد حقوقها وسلطاتها من فكرة المصلحة العامة.

إن التعبير عن الإرادة هو الأصل في نشوء عقد الصفقة العمومية، وبالتالي لا يمكن إجبار أي متعامل اقتصادي على الولوج في الطلبات العمومية، بيد أن التعبير عن الإرادة في عقود الصفقات العمومية لا يستجيب كلية للمبادئ القانونية المؤطرة لفكرة التعبير عن الإرادة في العقد المدني إلا مرحلياً، ثم يبدأ يتغير ليضعف الطابع التعاقدية، على أساس إذا كان العقد كقاعدة عامة في نطاق القانون الخاص ينشأ بتلاقي القبول الصادر من أحد العاقدين وبالإيجاب الصادر من المتعاقد الآخر، فإن الأمر لا يبدو بهذا الوضوح والسهولة في عقود الصفقات العمومية، من منطلق أن عقد الصفقة العمومية هو عقد إداري يقوم على فكرة عدم المساواة بين طرفي العقد، حيث خص المشرع المصلحة المتعاقدة بسلطات غير مألوفة في القانون الخاص من جهة، ومن جهة أخرى هو عقد مركب يمر إنشائه بفترات متلاحقة.

وعليه فإنشاء عقد الصفقة العمومية يصدر مبدئياً عن التقاء الإرادات²، لأن دور الإرادة في عقد الصفقة العمومية لا يمكن تهميشه، غير أن ما هنالك أنها مرتبطة بنصوص قانونية آمرة. ومن ثم فإن الأحكام القانونية العامة لا تطبق إلا استثناءً، وإذا حصل ثمة تعارض بينها وبين أحكام قانون الصفقات العمومية، فإن نصوص هذا الأخير هي التي يجب أن تطبق³. في هذا المعنى جاء تعريف الفقيه *Jéze* للعقد الإداري بقوله " أنه ليس إلا اتفاق إرادتين في سبيل توليد مراكز قانونية شخصية"⁴، أم الفقيه ثروت بدوي عرفه بأنه "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، تموت له قوة ملزمة بالنسبة لطرفيه"⁵.

¹ إبراهيم كومغار، مرجع سابق، ص، 25.

² برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2012، ص، 82.

³ شريق يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص، 658.

⁴ *Jéze (G), Les principes généraux de droit administratif, B.I.D.P, paris, 1939, p, 1.*

⁵ ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، م 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966، ص، 121.

الفرع الأول: الصفقة العمومية عملية تعاقدية

من الأسس القانونية التي بنيت عليها نظرية العقد، أن العقد لا يتم إلا بارتباط الإيجاب بالقبول¹، لأن العقد لا يقوم إلا بصور إيجاب من الموجب، يقابله في الجهة الأخرى قبول مطابق للإيجاب². لذا ذهب أحد الفقهاء إلى القول " إن العقد وبشكل أساسي يتطلب بالضرورة التقاء أو تزامن التعبير عن إرادتين عبر التصريح بالإيجاب من جهة والقبول بهذا الإيجاب من جهة أخرى"³.

إذا كانت الإرادة مناط العقد، فإن الإرادة تتطلب تراض الأطراف من كل وجه لدرجة تطابق إراداتهم على إحداث أثر قانوني هو في الغالب إنشاء للالتزام⁴، فيكون الرضا هو التعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدة بالموافقة على العقد⁵، هذا الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية العقد، أصله المشرع في نص المادة 59 وما يليها قانون مدني، بنصها على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص التنظيمية"، باعتباره نتيجة من النتائج التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة⁶.

إن خصوصية نظام الصفقات العمومية جعل من مسألة استظهار الإرادتين محل عناية خاصة عند التشريعات القانونية، رغم أن عقود الصفقات العمومية كما سبقت الإشارة إلى ذلك تتعدى من مضامين القواعد العامة التي تحكم فكرة العقد، لذا نحاول في هذه النقطة القانونية من البحث إبراز خصوصية إيجاب المتعهد وقبول الإدارة في عقود الصفقات العمومية، لأن الهدف من هذه العملية هي إتمام التعاقد بكل يسر وأمان للأطراف⁷. في هذا الصدد قالت المحكمة الإدارية العليا أن " الإدارة لا تستوي مع

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني "العقد والإرادة المنفردة"، ج الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص، 45.

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، 2019، ص، 31.

³ يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والقانون المقارن، مجلة الشريعة والقانون، ع 16، 2002، ص، 100.

⁴ أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص، 67.

⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، م الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص، 132.

⁶ محمد يحيى عبد الرحمان المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص، 233.

⁷ ظافر مدحي فيصل، العقود الإدارية الالكترونية وأحكامها القانونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، س 8، م 4، ع 29، 2016، ص، 233.

الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة إدارية كانت أم مدنية، وذلك لأنها تلتزم بهذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح"¹. كما جاء عنها " إن للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيوداً منها ما يتعلق بشكل العقد وموضوعه والنصوص التي تتضمنه ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد جهة الإدارة التعاقد معه كما أنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون... وعليها كذلك أن تسلك سبلاً معينة في التعاقد وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد ومن العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص"².

الرضائية تلزم المصلحة المتعاقدة باحترام التزاماتها التعاقدية وإلا خضعت للجزاء المقررة قانوناً في حالة ثبوت مخالفتها للشروط التعاقدية، لذلك يقع على عاتق الإدارة جملة من الالتزامات أساسها مقتضيات الرضائية، هذه الالتزامات في عمومها هي:

ـ وجوب المصلحة المتعاقدة العمل على الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية بمجرد إبرامها، ولا يجوز لها أن تسعى إلى الفسخ لمجرد التحلل مما يفرضه عليها العقد من التزامات وإلا نهضت أحكام المسؤولية العقدية في حقها، في هذا المعنى جاء حكم المحكمة الإدارية المصرية أنه "والعقد الإداري كغيره من العقود الملزمة لطرفيها يولد التزامات عقدية على كل منهما ولا شك أن أخص التزامات الإدارة فيه ليس فقط أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل بتسليمه الموقع المحدد للتنفيذ بل أيضاً أن تضمن له المضي فيه حتى يتم انجازه... فإذا أخلت الإدارة المتعاقدة بهذا الالتزام كانت مرتكبة لخطأ عقدي تلتزم معه بتعويض المتعاقد معها عما يكون قد لحق به من أضرار نتيجة لخطئها..."³.

ـ التزامها باحترام كافة الشروط الواردة في العقد وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية⁴، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه " طبقاً لما تقضي به المادة 148 من القانون المدني،

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 1975/04/05، الطعن رقم 320، س 17 ق. نقلاً عن:

مهندس مختار نوح، مرجع سابق، ص، 220.

² سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 2، 1965، ص، 52.

³ حكم المحكمة الإدارية، مصر، في 2007/01/16، ملف رقم 4054-4771، س 41 ق. نقلاً عن:

خالد عبد الفتاح محمد، المشكلان العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، د.د.ن، 2009، ص، 569.

⁴ نص المادة 1/107 قانون مدني على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص"، كما جاء في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أنه "طالما كان الأصل في العقود الإدارية أن العقد شريعة المتعاقدين، شأنها شأن العقود المدنية، فيجب تنفيذها بما اشتملت عليه، من حيث أن حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة إنما يحددها العقد المبرم بينهما ولا رجوع إلى لائحة المناقصات والمزايدات إلا فيما سكت عنه العقد بالتنظيم، وإذا تناول العقد تنظيم مسألة ما على نحو مخالف لما جاء بهذه اللائحة كان نص العقد هو الواجب التطبيق احتراماً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين"¹.

_ التزام المصلحة المتعاقدة بتنفيذ عقد الصفقة العمومية بأكمله².

أولاً: الإعلان عن التعاقد في الصفقة العمومية

وللحديث عن الإعلان عن التعاقد في عقد الصفقة العمومية توجب المادة 1/27 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من الإدارة أولاً تحديد حاجاتها الواجب تلبيتها مسبقاً بشكل دقيق قبل الشروع في أي إجراء من إجراءات إبرام الصفقة العمومية، تطبيقاً لحكم المادة 1/27 و4 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقاً، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية.

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد". كما قضت المادة 1/50 منه على أنه "يجب على المصلحة المتعاقدة، في إطار إجراء التراخي البسيط، أن:

_ تحدد حاجاتها، في ظل احترام أحكام المادة 27 أعلاه، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

¹ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 115.

² محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص، 237.

للتوضيح أكثر نقول، أنه في عقود الصفقات العمومية، إن أول تعبير من تعابير الإرادة لإبرام عقد الصفقة العمومية، هو العرض الذي يجب أن يكون صادرا من الإدارة (إعلان عن إجراء طلب العروض)، ويسمى إعلان بالتعاقد وليس إيجابا¹، ويكون موجهها إلى متعهد يعرض عليه إبرام عقد الصفقة العمومية وفق إجراءات قانونية محددة، فإذا تقدم المتعهد بعرضه سمي إيجابا "إيجاب المرشح للتعاقد"².

أ: شروط صحة الإعلان عن التعاقد

بالإطلاع على قانون الصفقات العمومية في هذا المجال، نجد أن المشرع يوجب على الإدارة أن تعلن عن رغبتها ونيتها في التعاقد وفق إجراء طلب العروض دون تحديد لهوية المتعهد كأصل عام بإبداء الرغبة في التعاقد لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات. تطبيقا لنص المادة 39 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

هذا النمط من الإجراء الذي خصه المشرع في نص المادة 39 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما هو إلا إعلان واضح وصريح من قبل الإدارة، فإن وافق المتعهد على شروط إعلان طلب العروض ووضع ملف ترشحه، فإنه يكون في موضع الموجب الذي ينتظر قبول الإدارة لعرضه. ويشترط في الإعلان عن التعاقد أن يكون محددا وقاطعا ويكون كذلك إذا تضمن العناصر الأساسية للتعاقد، ذلك ما نصت عليه أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على سبيل المثال لا الحصر حكم المادة 1/64 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لا سيما ما يأتي..."، كما قضت المادة 62 فقرة أولى منه، على أنه "يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية...".

مع الإشارة أن الإعلان عن التعاقد يمكن أن يكون موجهها إلى شخص معين في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتحقق هذه الحالة في إجراء التراضي مثلا، إذ نصت المادة 41 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد

¹ مهندس مختار نوح، مرجع سابق، ص، 736.

² لا شك أن الفقه والقضاء يعتبران أن الإعلان عن التعاقد هو مجرد عمل مادي غير ملزم، لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص، 21.

واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعد استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

كما يمكن أن يوجه الإعلان عن التعاقد في عقود الصفقات العمومية إلى أشخاص محددة، هذه الحالة نجد مقتضياتها في حكم المادة 1/45 و2 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة منهم".

في المقابل هناك الإعلان عن التعاقد الموجه إلى كافة المتعهدين دون تخصيص، وهي الحالة المقررة بنص المادة 1/40 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها على أنه "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".

يلاحظ على هذه المقتضيات القانونية أن الأصل في عقود الصفقات العمومية أن يكون الإعلان عن التعاقد بشأنها موجهًا لكافة المتعهدين تطبيقًا لنص المادة 39 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي قضت على أنه "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

أما الحالة الثالثة التي يعتمدها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن يكون الإعلان عن التعاقد موجهًا إلى مجموعة معينة من المتعهدين دون غيرهم، إذ نصت المادة 45 فقرة أولى منه، على أنه "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد".

ثانيا: صحة إيجاب المرشح للتعاقد

إن الإيجاب في عقود الصفقة العمومية كأصل عام لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وملائما لأحكام المادة 2/67 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ نصت على أنه "يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه، وتتضمن عبارة ملف الترشيح، أو عرض تقني أو عرض مالي، حسب الحالة، وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض طلب العروض رقم... _موضوع طلب العروض".

وغني عن البيان، أنه يجب أن يصدر الإيجاب في وقت يكون فيه الإعلان عن التعاقد ما زال قائما، على هذا الأساس ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة أن تحدد أجل لتقديم العروض، وأن يكون هذا الإيجاب مطابقا للإعلان عن التعاقد من كل وجه. وعليه انتهاء المهلة المحددة صراحة للعرض يجعل من هذا الأخير عديم الأثر ويلزم الإدارة أن تعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض في حالة عدم استلام أي عرض. إذ نصت المادة 2/40 منه على أنه "ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة أو لمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات". كما قضت المادة 8/52 منه على أنه "عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة للتراضي بعد الاستشارة ولا تستلم أي عرض أو أنه لا يمكن، بعد تقييم العروض المستلمة، اختيار أي عرض، تعلن عدم جدوى الإجراء".

ثالثا: القبول في الصفقة العمومية

علما أن فترة الإعلان عن التعاقد تنتهي بالإيجاب الذي يتصل به القبول، وعند ذاك تنشأ الرابطة العقدية، لأن العقد في معناه القانوني كما سبق هو تلاقي الإيجاب بالقبول، هذا المعنى لا يمكن أن تحيد عنه فكرة العقد الإداري، لأن هذا الأخير يسير في أركانه وشروط صحته مع مثيله في القانون المدني، فلا يمكن مطلقا أن يكون هناك عقد إداري إلا إذا تلاقي الإيجاب بالقبول، لأن الرابطة العقدية في عقد الصفقة العمومية لا تقوم لها قائمة إلا إذا التقى إيجاب المتعهد بقبول الإدارة¹، إذ جاء في حكم

¹ عزيزة الشريف، دراسات في العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص، 17.

المحكمة الاتحادية العليا قولها أنه " من المقرر أن العقد الإداري هو ما يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام مع أي طرف آخر تتوافق إرادتهما بإيجاب¹ وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على فكرة التراضي بين طرفيه بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره"².

وعودة إلى قانون الصفقات العمومية وبالأخص حكم المادتين 1/40 و 80 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ نصت المادة الأولى على أنه "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء"، أما المادة الثانية، فنصت على أنه "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض. ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط.

غير أنه، يمكن المصلحة المتعاقدة، للسماح بمقارنة العروض، أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم. ولكن لا يمكن، بأي حال من الأحوال، أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة.

كما يمكن المصلحة المتعاقدة، بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة العمومية، أن تضبط الصفقة وتحسن عرضه، غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال، هذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة".

¹ الإيجاب هو التعبير البات والنهائي عن الإرادة التي تصدر من أحد المتعاقدين إلى الطرف الآخر، سواء كان هذا الطرف معينا أو غير معين، مظهرا إرادته الجازمة في الارتباط بعقد معين بالشروط المحددة بالإيجاب، بحيث إذا لحق إيجابه قبول مطابق له انعقد العقد. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص، 27.

هذا وقد عرفه الفقيه عبد المنعم فرج الصده، على أنه هو التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.

عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص، 349 .

² حكم المحكمة الاتحادية العليا، الإمارات العربية المتحدة، الطعن رقم 319 س 11 إداري. نقلا عن: علي صالح الحربي، مرجع سابق، ص، 47.

بل أكثر من ذلك أن التوضيحات التي تطلبها الإدارة بشأن العروض التقنية في حالة اختيار إجراء طلب العروض المحدود الذي يجرى على مرحلتين لا يعتبر تعديلاً للعروض، إذ قضت المادة 46/1 و2 و3 و4 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "في حالة طلب العروض المحدود على مرحلتين تتم دعوة المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي طبقاً لأحكام المادة 45 أعلاه، في مرحلة أولى، برسالة استشارة، إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي.

ويمكن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، أن تطلب كتابياً، بواسطة المصلحة المتعاقدة، من المرشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.

ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين، عند الضرورة، من طرف المصلحة المتعاقدة، بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة، عند الاقتضاء، إلى خبراء يتم تعيينهم خصيصاً لهذا الغرض، ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين.

يجب أن لا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات والتفصيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية.

تكون الأجوبة المكتوبة للمرشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات ومحتوى محاضر الاجتماعات جزءاً لا يتجزأ من عروضهم".

غير أنه في حالات استثنائية أعطت التشريعات القانونية أهمية قانونية للمفاوضات لتكون الأطراف المتعاقدة على بينة من أفضل الأشكال القانونية والصيغ المقبولة التي تحقق مصلحة الطرفين وتؤدي إلى إبرام العقد¹، هذه المفاوضات تظهر ضرورتها وأهميتها في قانون الصفقات العمومية وتفويضات العام في صفقات تخص جوانب فنية أو جمالية، إذ نصت المادة 1/47 و2 على أنه "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة.

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص، 17.

وتمنح الصفقة، بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية".

وتظهر أهمية المفاوضات كذلك في إجراء التراضي البسيط الذي يتم الأخذ به فقط في الحالات التي نصت عليها المادة 49 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويخص التفاوض في هذا الإجراء العرض المالي وفق أسعار مرجعية تطبيقاً لنص المادة 4/50 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتجري المفاوضات من قبل لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة.

أما المادة 73 منه نصت على أنه "عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية".

مع الإشارة، أن المشرع أجاز لحائز الصفقة العمومية أن يقدم تنازلاً عن تنفيذ الصفقة العمومية إلى المصلحة المتعاقدة شريطة أن يكون هذا التنازل سابق لتبليغه بالصفقة أو رفض استلام الإشعار بتبليغ الصفقة، على أن تواصل المصلحة المتعاقدة تقييم العروض الباقية بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة¹.

أ: أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية مقتضى قانوني لالتقاء الإرادتين

إن الصفقة العمومية تعتبر إحدى الوسائل القانونية التي تستعين بها الإدارة لتنفيذ حاجاتها المرفقية، ونظراً لما تحتاجه هذه الحاجات من مبالغ مالية لتبليتها وتنفيذها، أوجب المشرع ضوابط قانونية آمرة لالتقاء إرادة الإدارة مع إرادة المتعامل المتعاقد للوصول إلى أفضل النتائج بأقل النفقات، خاصة أن الصفقات العمومية مثلت مجالاً واسعاً لسوء استخدام الأموال العمومية².

قراءة أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أبانت أن المشرع قيد الإدارة في تسييرها للأموال العمومية الخاصة بتلبية الطلبات العمومية بمعيار أحسن عرض من الناحية الاقتصادية

¹ المادة 74 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص، 88.

بغية الحفاظ على الأموال العمومية من تفشي ظاهرة الفساد الإداري والمالي، لذلك من خصائص المال العام أن يستعمل في تحقيق المنفعة العامة، أي أن يتم تخصيصه لخدمة المرفق العام¹. على هذا الأساس أنطأ المشرع مهمة تقييم العروض بإجراءات قانونية صارمة توخيا للمصلحة العامة².

المصلحة العامة تقتضي تقييم العروض من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وبهذه الصفة تتولي مهمة إقصاء الترشيحات والعروض المخالفة لدفتر الشروط، ذلك ما يستخلص من حكم المادة 2/72 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنصوص عليها في المادة 71 أعلاه.

وبهذه الصفة، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية:

__ إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقاً لأحكام هذا المرسوم".

على إن الإقصاء في هذه الحالة هو تدبير من التدابير الموضوعية الذي يمس العرض ويمنعه من مواصلة السير في إجراءات الصفقة العمومية وليس المتعهد في حد ذاته، ذلك ما يستخلص من نص المادة 4/72 و 5 منه، بنصها على أنه "تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط".

جعل المشرع معيار أحسن عرض من الناحية الاقتصادية هو المسألة الجوهرية لالتقاء إرادة الإدارة مع إرادة المتعامل الاقتصادي لتحقيق هدف المصلحة العامة¹، وذلك بتحقيق الشروط الآتية:

¹ ساجر ناصر حمد، إدريس حسن محمد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت العراق، م 5، س 5، ع 18، 2018، ص، 253.

² تنص المادة 1/160 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم.

- معيار أقل ثمن، تطبيقاً لنص المادة 7/72 و 8 و 9 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "تقوم طبقاً لدفتر الشروط، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، المتمثل في العرض:

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

2/ الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية. وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر،

3/ الذي تحصل على أعلى نقطة استناداً إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائماً أساساً على الجانب التقني للخدمات".

مع التأكيد أن العرض الأقل ثمناً لا يقصد به كما يتصور لدى المتعهدين، بأن أقل سعر يعني أقل جودة في تنفيذ الصفقة العمومية، وإنما أقل سعر هو معيار قائم على أقل نفقة مع الجودة التي حددتها الإدارة في الخصائص والمواصفات الفنية والتقنية المحددة في دفتر الشروط والتصاميم وجميع الوثائق الخاصة بتنفيذ الصفقة العمومية².

- تنفيذ الصفقة العمومية في آجال مناسبة ومعقولة تتوافق مع متطلبات المرفق العام،
- الكمية اللازمة والمناسبة خاصة في صفقة اقتناء اللوازم³.

¹ "عظفا على إرسالكم المشار إليه في المرجع أعلاه، يشرفني أن أخبركم أنه طبقاً لأحكام المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، طبقاً لدفتر الشروط المعد وفقاً لأحكام هذا المرسوم المذكور أعلاه، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية. في الحالة موضوع إرسالكم، لم تتمكن المصلحة المتعاقدة اختيار أي عرض بعدما تبين لها في عملية التقييم، تساوي بين العروض المالية والتقنية بين متعهدين اثنين وفي هذا الشأن، يمكن إعادة الإجراء".

وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، تعليمة وزارية رقم 331، الصادرة بتاريخ 25 مارس 2019.

² عادل غزي، مرجع سابق، ص، 8.

³ عادل غزي، مرجع سابق، ص، 8.

عند تحقق الشروط المحددة قانوناً أي انتهاء عملية تقييم العروض وفقاً لمبادئ العلانية والمنافسة والشفافية، في ظل تنافس شريف أسفر عن اختيار أفضلها، تكمل العملية التعاقدية بتتويج صاحب أحسن عرض من الناحية الاقتصادية بالمنح المؤقت للصفقة، أي إرساء الصفقة العمومية بصورة مؤقتة على أحد المتنافسين إلى غاية انتهاء آجال الطعون¹، وبذلك يصبح المتعهد الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية في خانة المتعاقد المؤقت.

واعتباراً لذلك، أن احترام إجراءات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية بما صاحبها من شفافية وحيادية ومنافسة حقيقية، هو الطريق الوحيد الآمن لصحة وسلامة الصفقة العمومية ووسيلة غايتها الوصول إلى اتفاق يحمل بين طياته مقومات الرضاوية².

الفرع الثاني: صحة التراضي

على اعتبار الصفقة العمومية عقد وفق نص المادة الثانية قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من جهة، ومن جهة أخرى هو عقد إداري، فإن هذا العقد لا يقوم قانوناً إلا إذا توافرت فيه الأركان العامة اللازمة توفرها في العقود. لأن العقد الإداري هو عقد بالمعنى القانوني الدقيق شأنه شأن العقد المدني، حيث عرف العقد الإداري في مقام آخر على أنه "توافق إرادتين على إنشاء التزام ولا يعد كل توافق عقداً، على أنه يجب أن يتم بين الإرادتين من خلال الأشكال والإجراءات المقررة في القانون الإداري"³.

هذه الأركان العامة هي التراضي والأهلية والمحل والسبب وخلو الإرادة من العيوب المنصوص عليها قانوناً. فالصفقة العمومية وفق هذا المفهوم عقد رضائي وتوجد بمجرد تراضي الأطراف المتعاقدة على إنشائها ما لم يشترط المشرع شكلية معينة. وفي هذه الحالة لا تنشأ الصفقة العمومية إلا إذا أفرغت في الشكل المطلوب قانوناً حماية لمقتضيات المصلحة العامة والمال العام من عبث وغش المصلحة

¹ خرشي النوي، مرجع سابق، ص، 213.

² Guibal.(M), Mémento des marchés publics, éd le moniteur, paris, 1998, p, 92.

³ نستخلص من هذا التعريف أن ليس كل توافق إرادتين عقد إذ يجب احترام الشروط والأركان والشكلية المطلوبة من قبل المشرع. مطبع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليميني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص، 14.

المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي. هذه الأركان العامة يشترط المشرع وجودها لقيام وصحة العقود على اختلاف أنواعها مدنية أو إدارية¹.

تصدى لذلك، فقد قرر جانب من الفقه، أن ربط سلامة الصفقة العمومية بوجود التراضي وصحته، ويجزم أن العقد الإداري لا يخرج عن هذه الفكرة، بل أن مبدأ التراضي وصحته في العقد الإداري متطابق تماما مع ركن التراضي وشروط سلامته في العقود المدنية²، والخصوصية بينهما تكمن في طريقة التعبير عنه لا غير، ذلك ما يستشف من قرار المحكمة الإدارية العليا، بإقرارها " أن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر اللازمة لتكوينه"³، لتستطرد في حكم آخر أن " الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة وذلك لأنها تلتزم بهذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها الشارع في القوانين واللوائح"⁴.

على هذا الأساس فإن المصلحة المتعاقدة في عقد الصفقة العمومية يجب أن تكون شخصا معنويا عاما يدخل ضمن خانة الأشخاص المعنوية العامة المحددة بموجب المادة 6 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بوصفها سلطة عامة، وأن يتصل العقد بمرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، على هذا نصت المادة 6 على أنه "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

_ الدولة،

_ الجماعات الإقليمية،

¹ "على أساس أن العقد الإداري كأصل عام يستمد قوته القانونية كذلك من الإرادة الحرة لطرفيه دون الحاجة إلى الاستناد على سلطة القانون"

بهاء الدين مسعود خويوة، دور الإرادة في مجال العقود الإدارية، قراءة منهجية فلسفية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإدارية والاقتصادية، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، م 2، ع 8، 2017، ص، 267. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 52.

² لأن الصفقة العمومية لا يمكنها أن تنشأ إلا بتوافق الإرادتين.

³ المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 1995/01/08، الطعن رقم 1383، س 35 ق. نقلا عن:

مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 220.

⁴ مهند مختار نوح، مرجع نفسه، ص، 220.

_ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

ولذلك إذا كان عقد الصفقة العمومية هو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول، فإن هذا الاتفاق لا ينشأ التزامات متقابلة إلا إذا كان في الشكل المطلوب قانوناً واحترام فيه جميع الإجراءات المحددة قانوناً، وهي الإجراءات المتعلقة بمبادئ الأخلاق والنزاهة في اختيار المقاوله صاحبة المشروع التي حددت في المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص والشفافية¹.

وعليه إن توافر الرضا في حق الإدارة يجب أن يكون صادراً من جهة مختصة تطبيقاً لحكم المادة 6 السالفة الذكر. على هذا الأساس نكون أمام صفقة عمومية عندما نكون أمام اتفاق تعهد بواسطته الإدارة لأحد المتعهدين الخواص تنفيذ الصفقة العمومية تحقيقاً للمصلحة العامة. على أساس أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق وضعت قواعده وأحكامه القانونية لتطبق فقط على عقود الصفقات العمومية دون غيرها. هذا المفهوم يجعلنا نخرج من تطبيق قانون الصفقات العمومية مثلاً عقد المقاوله المتعلق بالأعمال العقارية الخاصة الذي نصت عليه المادة 549 قانون مدني مثلاً.

وغني عن البيان، أن فكرة الشخصية المعنوية نشأت في أحضان القانون العام إلا أنه لا يمكن نكران فائدتها في القانون الخاص، لذلك استقر الاعتراف بها في مجال القانون العام والقانون الخاص، ومن ثم تم الاعتراف للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية بالشخصية المعنوية لما لها من تمثيل للشعب والأمة².

على هذا الأساس نصت المادة 49 قانون مدني، على أنه "الأشخاص الاعتبارية هي:

¹ HERVET(J), Corruption et marchés publics, connivences et compérage sur la base du fond publics, RFFP, 2000, p, 45.

² محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص، 164. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، ج الأول، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2009، 261.

الدولة، الولاية، البلدية¹،

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

الشركات المدنية والتجارية،

الجمعيات والمؤسسات،

الوقف،

كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية". وفي هذا النطاق رتبت المادة 50 قانون مدني، نتائج قانونية ناشئة عن الاعتراف بالشخصية القانونية، وهي ذمة مالية، وأهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون، وموطن، ونائب يعبر عن إرادتها وحق التقاضي.

ويجدر التنبيه، أن أهلية الشخص المعنوي تخول له القيام بأعمال قانونية تنتج آثارها في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقرها القانون، فإذا خالفت تلك الحدود كان عملها مشوب بعيب المشروعية²، لذلك نجد أن البلدية باعتبارها شخصا معنويا عاما يتمتع باستقلال مالي³، أعطى المشرع لرئيسها تحت رقابة المجلس الشعبي البلدي القيام بمجموعة من المهام باسمها ولحسابها، من هذه المهام إبرام الصفقات العمومية تطبيقا لأحكام المادة 3/82 و4 قانون البلدية. مع وجوب إرسال محضر المداولة إلى الوالي، إذ نصت المادة 194 قانون البلدية، على أنه "يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي.

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

¹ علما أن الدائرة تستمد شخصيتها القانونية من الولاية، أما الوزارة تستمدها من الدولة.

لصلح نوال، النظام القانوني للدائرة في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م 1، ع 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017، ص، 102.

² عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص، 153.

³ المادة الأولى قانون رقم 10/11 مؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية. ج.ر.ج.ع. 37 المؤرخة في أول شعبان عام 1432 الموافق 3 يوليو سنة 2011.

خضوع الصفقات المبرمة من قبل البلدية لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أكدت عليه كذلك، المادة 189 قانون البلدية، بنصها على أنه " يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية".

إن الولاية باعتبارها وحدة إدارية لا مركزية من وحدات الدولة، وهي في ذات الوقت شخصا معنويا يتمتع بالاستقلال المالي وفقا لأحكام المادة الأولى قانون الولاية¹، يمثلها الوالي في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية وفقا لنص المادة 105 قانون الولاية، فإن المشرع وفقا لأحكام المادة 135 قانون الولاية نص على أنه "تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول به والمطبقة على الصفقات العمومية".

قراءة أحكام قانون الولاية، نجد أن المادة 136 منه تنص على أنه "عندما تجرى مناقصة عمومية لحساب الولاية، فإن الموظف الذي يجربها يساعده ثلاثة منتخبيين من تشكيلات سياسية مختلفة يعينهم المجلس الشعبي الولائي".

ويحضر المناقصة المحاسب المعين أو ممثله بصفة استشارية.

ويتم إعداد محضر لهذه المناقصة"، "وعندما تبرم سلطة مكلفة بتسيير مؤسسة عمومية ولائية ذات طابع إداري، مناقصة عمومية فإن يجب أن يحضرها ثلاثة منتخبيين من تشكيلات سياسية مختلفة بأصوات تداولية وكذا المحاسب أو ممثله بصفة استشارية.

ويتم إعداد محضر لهذه المناقصة"².

¹ تنص المادة الأولى قانون الولاية على أنه " الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة...".

قانون رقم 07/12 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق بالولاية. ج.ر.ج.ع مؤرخة في 7 ربيع الثاني عام 1433 الموافق 29 فبراير سنة 2012.

² المادة 137 قانون رقم 07/12، يتعلق بالولاية.

إذا كان القانون منح البلدية والولاية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بأهلية التصرف بغية إبرام الصفقات العمومية لتلبية حاجاتها، فإن المتعهد سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا تحكمه شروط قانونية تجعله مؤهلا للخوض في إبرام الصفقات العمومية مع المصلحة المتعاقدة.

أولا: أهلية المتعهد

بداية إن المهندس المعماري يرتبط مع المصلحة المتعاقدة بصفقة دراسات، وعليه لا يجوز لأي كان أن ينتفع بصفة المهندس المعماري المعتمد أو يمارس هذه المهنة إذا لم يكن مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين تطبيقا لنص المادة 15 مرسوم تشريعي رقم 07/94 يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.

أما المادة 17 منه تنص على أنه "يسجل الأشخاص الذين يتمتعون بحقوقهم المدنية بناء على طلبهم في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، والذين يلتزمون بممارسة مهنتهم في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام قانون الالتزامات المهنية، وأن يستوفوا الشروط الآتية:

أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الجزائرية، حائزين شهادة مهندس معماري معترف بها من الدولة وأن يكونوا قد قاموا بأداء فترة تدريب.

ويحدد شكل أداء التدريب ومضمونه ومدته وكيفية عن طريق التنظيم.

أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الأجنبية، حائزين شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، وفي هذه الحالة يكون التسجيل مؤقتا ويمكن إلغاؤه، وتحدد الشروط الخاصة بالتسجيل والإلغاء عن طريق التنظيم".

وعليه يعتبر التسجيل بمثابة اعتماد، ويجب عليهم كذلك من أجل ممارسة المهنة مهما تكن طريقتها أن يصرحوا بذلك لدى المجلس الوطني لنقابة المهندسين المعماريين ويسلم لهم مستخرج من التسجيل في الجدول¹.

أما فيما يتعلق بالمقاول، نجد أن المشرع التجاري في نص المادة الثانية فقرة 5 اعتبر مقاولات البناء أو الحفر أو لتمهيد أعمال تجارية، ولكي تعد تجارية يجب أن يقوم بها تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ذات الحكم القانوني يقال على مقاولات التوريد أو الخدمات، فهذه الأنشطة تعتبر تجارية في جانب المورد ومقدم الخدمات تطبيقا لنص المادة الثانية فقرة 6 قانون تجاري².

مع الإشارة، أن الشركات التجارية لا تنهض لها أهلية التصرف إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري تطبيقا لنص المادة 549 قانون تجاري، بنصها على أنه "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...".

الأهلية القانونية المطلوبة في الشخص الطبيعي الذي تؤهله لممارسة النشاط التجاري هو 19 سنة كاملة تطبيقا لنص المادة 40 قانون مدني وهي الأهلية التي يجب أن يخضع لها التاجر الأجنبي كذلك إعمالا لمبدأ إقليمية القوانين³. زيادة على إتمام إجراءات القيد في السجل التجاري تطبيقا لنص المادة 19 قانون تجاري⁴.

¹ المادة 2/19 مرسوم تشريعي رقم 07/94 مؤرخ في 7 ذي الحجة عام 1414 الموافق 18 مايو سنة 1994 يتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري. المعدل، ج.ر.ج.ع. 32 مؤرخة في 14 ذي الحجة عام 1414 الموافق 25 مايو سنة 1994.

² الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. ج.ر.ج.ع. 101 مؤرخة في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975.

³ بقدار كمال، تساؤلات قانونية في القانون التجاري وفق برنامج نظام ل.م.د، ج 1، مؤسسة حسين راس الجبل للنشر والتوزيع، قسطنطينة، الجزائر، 2017، ص، 140.

⁴ إضافة إلى المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 111/15 المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري. ج.ر.ج.ع. 24 الموافق 13 ماي 2015. والمادة 1/4 قانون رقم 08/04 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت 2004 المتعلقة بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم.

ونظرا لخطورة أعمال مقاوله البناء والأشغال العمومية فرض المشرع على المؤسسات التي تمارس هذا النشاط أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين¹، إذ نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 139/14 الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، بنصها على أنه "دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، يهدف هذا المرسوم إلى إلزام المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية، أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين لإبرام صفقات مع الدولة والولايات والبلديات والإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية"². وبغض النظر عن المتابعات الجزائية تؤهل اللجنة الوطنية أو اللجان الولائية للتأهيل والتصنيف المهنيين لاتخاذ العقوبات الإدارية المخالفة للأحكام المنظمة لها³.

غني عن البيان، أن المادة 39 قانون 14/83 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، نصت على أنه "يجب على الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين يطمحون في الحصول على صفقات مع الدولة والمجموعات المحلية والهيئات العمومية وكذا المؤسسات الواقعة تحت مراقبة الدولة، في مجال التموينات أو الأشغال أن يكونوا قد أوفوا بالتزاماتهم في مجال الضمان الاجتماعي

¹ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 9 رجب عام 1437 الموافق 17 أبريل سنة 2016، يحدد كفاءات تسليم شهادات التأهيل والتصنيف المهنيين للمؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية. ج.ر.ج.ع 36 مؤرخة في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو 2016.

² مرسوم تنفيذي رقم 139/14 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1435 الموافق 20 أبريل سنة 2014، يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين. ج.ر.ج.ع 26 مؤرخة في 7 رجب عام 1435 الموافق 7 مايو 2014.

³ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 8 شعبان عام 1437 الموافق 15 مايو 2016، يحدد حالات الإنذار والسحب المؤقت أو النهائي لشهادة التأهيل والتصنيف المهنيين. ج.ر.ج.ع 36 مؤرخة في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016.

وخاصة منها تلك المتعلقة بدفع اشتراكاتهم"¹. لذلك من الوثائق الإلزامية التي تفرض على المتعامل المتعاقد أن تكون موجودة في ملفه التقني هي:

_ شهادة أداء المستحقات للصندوق الوطني للعطل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية لقطاعات البناء والأشغال العمومية والري،

_ شهادة أداء المستحقات للصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء،

_ شهادة أداء المستحقات للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء².

على أن الأمر لا يقف عند هذا الحد، بل مقتضيات المصلحة العامة تفرض على المصلحة المتعاقدة مهمة التحري والتقصي والتوثيق من صحة الوثائق المطلوبة في ملف الترشيح.

في هذا السياق، يمكن القول أن الإدارة تعتبر كاملة أهلية فيما تبرمه من عقود إلا في حالة وجود مانع قانوني، مع الأخذ بعين الاعتبار القيود التي تفرضها الرقابة الإدارية على هذه الأهلية³، من منطلق أن الصفقات العمومية لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة.

مع الإشارة، أن أحكام الأهلية تعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالف أحكامها ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بذلك، تطبيقاً لأحكام المادة 45 قانون مدني، بنصها على أنه " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها. "

لذا نجد أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات أخرج من تطبيق أحكامه وفق نص المادة 7 العقود التي تبرم من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، وتلك التي تبرم مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 247/15 عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة، سواء تعلق

¹ قانون رقم 14/83 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 يوليو 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. ج.ر.ج.ع. ج.ع. 28 مؤرخة في 24 رمضان عام 1403 الموافق ل 3 يوليو 1983، المعدل والمتمم.

² المادة 14 مرسوم تنفيذي رقم 289/15 مؤرخ في 2 صفر 1437 الموافق 14 نوفمبر سنة 2015، يتعلق بالضمان الاجتماعي للأشخاص غير الأجراء الذين يمارسون نشاطاً لحسابهم. ج.ر.ج.ع. ج.ع. 61 مؤرخة في 6 صفر عام 1437 الموافق 8 نوفمبر 2015.

³ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 97.

الأمر بالإشراف المنتدب على المشاريع، أو المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات، أو التي تبرم مع بنك الجزائر، والمبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوباً، والمتعلقة بالصلح والتحكيم، والمبرمة مع المحامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل، والمبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة. هذا يدل على فكرة تقييد أهلية الإدارة التي تبقى رهن إرادة المشرع¹.

إذا كان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يتعرض لموضوع أهلية المتعامل الاقتصادي، الذي يجب عليه قانوناً أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية التي تمكنه من إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها، فالسبب في ذلك، أن شرط الأهلية يعد من القواعد العامة التي لا غنى عنها.

بل يجب على المصلحة المتعاقدة في ذات الوقت أن تطبق الأحكام القانونية الخاصة بحرمان بعض المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية²، لأن فلسفة المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مرتكزة أساساً، على محاولة الحفاظ على أبعاد المصلحة العامة، وهو ما قاده إلى التشدد في اختيار المتعامل المتعاقد³.

في هذا الشأن تطالعنا المادة 75 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بنصها على أنه "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

— الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و74 أعلاه،

— الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،

¹ المادة 08 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² Philippe (F), Maurice-André (F), Claude (D), Les Marchés publics Européens et belges -L'irrésistible européenisation du la commande publics-éd Larcier, bruxelles, Belgique, 2005, p, 17.

³ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012/2013، ص، 66.

— الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،

— الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،

— الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،

— الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،

— الذين قاموا بتصريح كاذب،

— المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،

— المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من ذات المرسوم،

— المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،

— الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،

— الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم".

ولا يخفى أن مظاهر المصلحة العامة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أخذت بعدا محددًا في القرار المؤرخ في 19/12/2015، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية¹، إذ نصت المادة الثالثة على أنه "يتخذ الإقصاء المؤقت التلقائي من طرف كل المصالح المتعاقدة، ضد المتعاملين الاقتصاديين:

¹ قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. ج.ر.ج.ع. 17 مؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1437 الموافق 16 مارس 2016.

__ الذين هم في حالة التسوية القضائية أو الصلح، إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطاتهم،

__ الذين هم محل إجراء التسوية القضائية أو الصلح، إلا إذا أثبتوا أنهم مرخصون من قبل العدالة لمواصلة نشاطاتهم،

__ الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،

__ الذين لم يستوفوا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،

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

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

أحكام المادتين 19 و 23 من القانون رقم 10/81 المؤرخ في 11 يوليو سنة 1981 والمتعلق بشروط تشغيل الأجانب، المعدل،

أحكام المواد 17¹ و 13 و 15² و 16³ و 24 من القانون رقم 14/83 المؤرخ في 2 يوليو سنة 1983 والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، المعدل والمتمم¹،

¹ تنص على أنه "يترتب على عدم التصريح بالنشاط من طرف المكلف، دفع غرامة قدرها خمسة آلاف دينار 5.000 دج تضاف إليها نسبة 20 % عن كل شهر من التأخير.

توقع هيئة الضمان الاجتماعي هذه الغرامة وتحصلها".

² تنص على أنه "عند عدم التصريح بالأجور من طرف صاحب العمل في الآجال المحددة، يمكن هيئة الضمان الاجتماعي أن تحدد، صفة مؤقتة، ميل تلك الاشتراكات على أساس مبلغ الاشتراكات المدفوعة عن الشهر أو الثلاثة أشهر أو السنة السابقة، على أساس جزافي يتم حسابه بالنظر إلى كل عنصر من عناصر التقدير".

وتضاف إلى مبلغ الاشتراكات المحدد بصفة مؤقتة، زيادة قدرها 5 % وتصبح هذه الزيادة مكتسبة بصفة نهائية لهيئة الضمان الاجتماعي.

³ تنص على أنه "يترتب على عدم تقديم التصريح بالأجور وفقا للآجال والشروط المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون، دفع غرامة قدرها 15 % من مبلغ الاشتراكات المستحقة، تضاف إليها زيادة قدرها 5 % عن كل شهر تأخير.

توقع هيئة الضمان الاجتماعي الغرامة والزيادة فيها وتحصلها". كما تنص المادة 16 مكرر على أنه "تتعرض الهيئة المستخدمة التي يلاحظ عنها أنها أغفلت ذكر عامل أجبر في التصريح بالأجور، أو قامت عمدا بارتكاب مغالطات في مبلغ الأجور المصرح بها، إلى غرامة قدرها ألف دينار 1000 دج عن كل عامل و/أو مغالطة.

أحكام المواد 37² و 38³ و 39⁴ من القانون رقم 07/88 المؤرخ في 26 يناير سنة 1988 والمتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل،

أحكام المواد 140 و 144 و 149 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم،

أحكام المادتين 24⁵ و 25⁶ من القانون رقم 19/04 المؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق 25 ديسمبر سنة 2004 والمتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل".

مع الإشارة، أن الإقصاء المؤقت التلقائي بعنوان صفقات المصلحة المتعاقدة، يخص المتعاملين الاقتصاديين:

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

توقع هيئة الضمان الاجتماعي هذه الغرامة وتحصلها".

¹ قانون رقم 17/04 مؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق 10 نوفمبر سنة 2004 يعدل ويتمم القانون رقم 14/83 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. ج.ر.ج.ع 72 المؤرخة في 30 رمضان عام 1425 الموافق 13 نوفمبر سنة 2004، ص، 6.

² تنص المادة 37 على أنه "يعاقب كل مخالف لأحكام المواد 8 و 10 و 34 بغرامة من 1000 دج إلى 2000 دج.

في حالة العود يعاقب المخالف بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 4000 دج إلى 6000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

يمكن تطبيق الغرامة بقدر عدد المرات التي يتعرض فيها العمال للخطر، بسبب انعدام إجراءات الوقاية الصحية والأمن المقررة".

³ تنص على أنه "يعاقب كل مخالف لأحكام المواد 3 و 5 و 6 و 7 و 11 و 13 و 14 و 17 و 23 و 24 و 25 و 26 و 28 أعلاه بغرامة من 500 دج إلى 1500 دج.

في حالة العود، يعاقب المخالف بالحبس لمدة ثلاثة أشهر على الأكثر وبغرامة من 2000 دج إلى 4000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

⁴ تنص على أنه "يعاقب كل مخالف لأحكام المادتين 21 و 22 أعلاه بغرامة من 500 دج إلى 1500 دج.

في حالة العود تكتن الغرامة من 2000 إلى 4000 دج".

⁵ تنص المادة 24 منه على أنه "يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 18 من هذا القانون والمتعلقة بتبليغ العروض، بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج عن كل منصب شاغر لم يتم التبليغ عنه.

في حالة العود، تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

⁶ تنص المادة 25 تنص على أنه "يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 19 من هذا القانون المتعلقة بالمعلومات الواجب إرسالها إلى الوكالة المؤهلة بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج عن كل توظيف تم أو احتياج من اليد العاملة لم يرسل إلى الوكالة المكلفة بالمرفق العمومي للتنصيب.

في حالة العود، تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

_ الذين قاموا بتصريح كاذب،

_ الذين كانوا محل أول قرار فسخ لصفقاتهم تحت مسؤوليتهم، إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى الفسخ قد زالت¹. ينبغي هنا تسجيل ملاحظة في غاية الأهمية، أن المشرع قدر العقوبة المسلطة على المتعامل الاقتصادي، إذ نصت المادة الخامسة منه على أنه "يتخذ الإقصاء المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة:

_ ستة أشهر، في الحالات المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه،

_ سنة واحدة، في حالة التسجيل في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها،

_ سنتين في حالة الإدانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،

_ ثلاث سنوات في حالي الإدانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية وبسبب التصريح الكاذب، وفي حالة التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية".

ويطبق الإقصاء النهائي التلقائي على المتعاملين الاقتصاديين الآتي ذكرهم إلا إذا تم رد الاعتبار لهم:

_ الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط،

_ الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط،

_ المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم

في مجال الجباية والجمارك والتجارة،

¹ المادة 4 قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

_ الأجنب الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247¹.

على أنه يلاحظ أن القرار المؤرخ في 19/12/2015، يحدد كفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، نص في مادته 6، على أنه "يلغ مقرر التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تمسك هذه القائمة.

تبلغ قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية إلى جميع المصالح المتعاقدة أو تنشر في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية".

ويترتب على الاختلاف الجوهرى ما بين نظام الأهلية ونظام المنع من المشاركة في الصفقات العمومية، عن اختلاف الهدف الذي يرمى كل واحد منهما إلى تحقيقه، اختلاف في الجزاء القانونى الواجب تطبيقه في حالة عدم احترام النظام القانونى الذي يطبق على كلا منهما. بمعنى تعتبر قواعد الأهلية قواعد حماية، ترعى مصلحة المتعامل الاقتصادى، ويترتب عن الإخلال بها البطلان أو الإبطال حسب الأحوال، أما قواعد المنع في عقد الصفقة العمومية تقرر لحماية المصلحة العامة من جهة، ومن جهة أخرى جاءت لتجسد مبدأ المساواة في عقد الصفقة العمومية لكي يكون له انعكاسا ايجابيا على دور المصلحة المتعاقدة في تقديم الخدمات للمواطنين²، ويترتب على عدم احترامه بطلان عقد الصفقة العمومية زيادة على خضوعه للعقوبات الجنائية عند وجودها³.

لذا، فإذا كان هذا التوجه القانونى، لا ينكر الأهمية التي يوليها المشرع الوطنى لصحة ونزاهة إبرام عقد الصفقة العمومية، يضاف أيضا إلى النصوص القانونية السابق الإشارة إليها، نص المادة 5 من الأمر رقم 03/10، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، بنصها على أنه "الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص مسؤول عن المخالفات

¹ المادة 7 قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

² بلاوى ياسين بلاوى، الجزاءات الضاغطة في العقد الإدارى، دار الكنب القانونية، القاهرة، مصر، 2011، ص، 57.

³ راجع أحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث قانون تجارى المعدل والمتمم، والمادة 383 و384 قانون العقوبات المعدل والمتمم.

المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من هذا الأمر والمرتبكة لحسابه من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشرعيين...

وفضلا عن ذلك يمكن الجهة القضائية أن تصدر ولمدة لا تتجاوز خمس سنوات، إحدى العقوبات الآتية أو جميعها:

المنع من عقد صفقة عمومية¹.

ثانيا: مدى تطبيق أحكام عيوب الإرادة على عقد الصفقة العمومية

على اعتبار الصفقة العمومية عقد، فإنها تخضع كغيرها من العقود إلى القواعد العامة الخاصة بصحة العقود، إذ لا يكفي وجود الرضا، بل يجب أن يكون التراضي سليما وخاليا من عيوب الإرادة². هذا الحكم القانوني سار عليه القضاء الإداري، الذي أخذ صراحة بنظرية عيوب الإرادة في مجال العقود الإدارية، لأن قاعدة استقرار المعاملات القانونية ومبدأ حسن النية والثقة المشروعة في مجال الإرادة التعاقدية يستلزم أن تكون الإرادة خالية من العيوب بما لا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الإداري³.

في هذا المعنى يقول الفقيه برهان رزيق أنه " وحقيقة الأمر أن ما يميز العقود الإدارية كثرة القيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة لجهة اختيار المتعاقد، إضافة إلى لجوء الإدارة إلى كراسة الشروط التي تحرر مقدما، حيث لا يملك المتعاقد مناقشتها، زد على ذلك، فسلطات الإدارة خطيرة في مواجهة المتعاقد معها، والتي لا نظير لها في القانون الخاص، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي الذي صاغ

¹ الأمر رقم 03/10 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 22/96 مؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج. ج.ر.ج.ع 50 مؤرخة في 22 رمضان عام 1431 الموافق 2010/09/01.

² برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق، ص، 83.

³ محمد سامر دغمش، نظرية البطلان في العقود الإدارية، تعريف البطلان وبيان أنواعه، أسباب البطلان، تقرير البطلان، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، مصر، 2018، ص، 197. عائشة السنوسي محمد الدرويش، البطلان في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011/2012، ص، 93.

الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري قد طبق الأحكام المدنية بحذافيرها تقريبا لجهة أركان الرابطة التعاقدية أي فيما يخص عيوب الرضا"¹.

وعيوب الإرادة محددة بالغلط وفق حكم المادة 81 قانون مدني، بنصها على أنه "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب بإبطاله"، والتدليس وفق حكم المادة 86 قانون مدني، بنصها على "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"، والإكراه وفق حكم المادة 88 قانون مدني، بنصها على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه". والغبن وفق حكم المادة 1/90 قانون مدني، بنصها على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

من الأحكام القضائية التي اعتد فيها القضاء الإداري بنظرية عيوب الإرادة، قضية تخص عيب الإكراه، الذي تعتبره التشريعات القانونية عيبا من عيوب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال، لأنه ضغط غير مشروع يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد خلافا لإرادته باستعمال وسائل غير مشروعة لتحقيق غاية مشروعة، إذ جاء على لسان المحكمة الإدارية العليا المصرية، في حكم صادر عنها بتاريخ 1984/1/21، " بأنه لا وجه لما يدعيه الطاعن من أنه وقع تحت سلطان الرهبة والخوف من بطش

¹ برهان رزيق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002، ص، 35.

المسؤولين بمجلس المدينة إن لم يذعن للتعاقد، ذلك أنه لم يقيم دليل على أن أحدا من المسؤولين بمجلس المدينة قد لوح للطاعن بأية وسائل لإكراهه على التعاقد بالأسعار المشار إليها. والمادة 127 من القانون المدني تشترط لجواز إبطال العقد يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق، وتكون هذه الرهبة قائمة على أساس. ثم أردفت الفقرة الثانية من هذه المادة تقرر أن الرهبة تكون قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أن غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال"¹.

كما أثير عيب الغلط في صفقة عقد التوريد من قبل المحكمة الإدارية العليا، إذ جاء عنها " أن المتعاقد إذا ما توهم على غير الواقع من الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد أن التوريد كان محدد له مدة أن يتم خلال أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ التعاقد وليس شهورا ذات عدد، واستبيان من الظروف والملابسات إن المتعاقد كان سيمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط الذي شاب إرادته، فإنه يكون على حق في طلب إبطال العقد للغلط الجوهرى إذا ما اتصل بعلم المتعاقد الآخر. ويترتب على بطلان العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك، كان الحكم بتعويض عما يعيب أحد المتعاقدين من ضرر من جراء البطلان"².

كما قضت في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 1974/06/29، أن "العقد الإداري شأنه في ذلك شأن عقود القانون الخاص يقوم أساسا على وجود إرادتين متطابقتين بحيث إذا لم يوجد هذا التراضي إن تخلفت شروط صحته كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال، ولما كان تحديد ميعاد التوريد في العقود الإدارية يعد ولا شك من العناصر الضرورية للتعاقد التي تقتضيها النزاهة في التعامل، ذلك على أساس هذا الميعاد تتحدد إمكانية صاحب الشأن في توريد الأشياء المطلوب توريدها في الميعاد المضروب لذلك بالشروط والمواصفات المطروحة وتتاح له بذلك فرصة تقدير احتمالات النقد بإيجابية في العطاء المطروح أو الامتناع عنه وتحديد سعر التوريد الذي يراه مناسبا ويبيدي ما يكون لديه من شروط وتحفظات في هذا الشأن، وترتبا على ذلك فإن المتعاقد إذا ما توهم على غير الواقع من الظروف والملابسات التي أحاطت بالتعاقد أن التوريد كان محدد له أن يتم خلال أيام أو أسابيع قليلة من تاريخ

¹ محمد يوسف غلام، مرجع سابق، ص، 288. محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص، 198.

² محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص، 183.

التعاقد وليس شهورا ذات عدد واستبيان من الظروف والملايسات التي أحاطت بالتعاقد أن المتعاقد كان سيمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، فإنه يكون على حق في طلب إبطال هذا العقد للغلط الجوهري إذا ما اتصل هذا الغلط بالتعاقد الآخر¹.

مع الإشارة، أن الفقيه زكي محمد النجار، يرى أن مبدأ استقرار المعاملات والثقة المشروعة وقاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تقتضي من القاضي الإداري تعطيل أحكام عيب الغلط في قيمة الشيء، فإذا وقع غلط جوهري في القيمة محل الالتزام، بأن كان هو الدافع إلى التعاقد، فإنه يجب الحكم بخفض الالتزام إلى المقابل دون إبطال العقد². كما أن القضاء الإداري استبعد تطبيق نظرية عيوب الإرادة في مجال العقود الإدارية إذا كانت مؤسسة على فكرة الغلط المادي، من منطلق أن هذا النوع من الغلط لا يؤثر على سلامة الإرادة، وإنما يجب تصحيحه فقط³.

كما ذهب جانب من الفقه، إلى القول، أن القاضي الإداري إذا كان له الحق في استلهم القواعد العامة الخاصة بصحة التراضي والتي رتب عليها المشرع أحكام الإبطال، فإنه في المقابل يجب عدم تطبيقها بصورة مطلقة وتلقائية في عقد الصفقة العمومية⁴، بل يتعين عليه أن يأخذ بعين الاعتبار أبعاد المصلحة العامة التي توجب استقرار العقود التي تبرمها الإدارة، خاصة أن هذه العقود تقوم على خدمة المنفعة العامة وليس على تحقيق الربح. وثم لا يجوز للإدارة أن تطالب بإبطال العقد بحجة الغلط في القانون⁵، لأن الإجراءات القانونية التي يمر بها العقد الإداري هي إجراءات مركبة كفيفة بعدم وقوع الإدارة في غلط في القانون، وإن حصل أن وقعت الإدارة في ذلك، فعليها تتحمل تبعات تقصيرها، هذا يعني أن طلب إبطال العقد لغلط في القانون قاصر فقط على المتعامل المتعاقد⁶.

¹ محمد سامر دغمش، مرجع نفسه، ص، 184.

² زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1981/1980، ص، 159.

³ زكي محمد النجار، مرجع نفسه، ص، 161.

⁴ محمد شريط، مرجع سابق، ص، 47.

⁵ تنص المادة 83 قانون مدني، على أنه "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

⁶ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص، 62.

وأخيرا بشأن الغلط، فإن الغلط في عقد الصفقة العمومية لا يكون سببا في إبطالها إلا إذا كان جوهريا، أي الغلط الذي يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلا للإبطال، هو الذي يكون دافعا إلى التعاقد ولا يتعارض مع الأسس العامة الحاكمة للصفقة العمومية¹.

المطلب الثاني: محل الصفقة العمومية وسببها شرطا في ثبوت ذاتيتها

لقد طرحت مسألة تحديد محل عقد الصفقة العمومية بشدة على التشريعات القانونية، ويعزى هذا الجدل القانوني الذي التصق بعقد الصفقة العمومية، إلى عدم وجود تحديد مانع وجامع لطبيعة الأشغال التي يمكن أن تمثل محلا لعقد الصفقة العمومية.

يجدر التنبيه، أن محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما إعطاء شيء، وإما عمل وإما امتناع عن عمل يلتزم به². وهو يتميز عن محل العقد الذي يعتبر العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء إبرام العقد، والتي تقتضي آثارها إنشاء التزامات على عاتق الطرفين³، ومن ثم فإن هذه الالتزامات تهدف في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد⁴. على هذا الأساس نجد أن محل عقد الصفقة العمومية يكون في أمرين، الأول يخص العمل الذي يجب على المتعامل المتعاقد تأديته، والثاني يتعلق بالأجر الذي يجب على المصلحة المتعاقدة دفعه إلى المتعامل المتعاقد.

كما أن مشروعية السبب يمثل ضمانا جوهرية لصحة العقود، خاصة إذا تعلق الأمر بعقود الصفقات العمومية، لذلك يسمح للقضاء بمراقبة مشروعية سبب الصفقة العمومية لأن المشروعية تعد شرطا أساسيا في العقد يترتب عن عدم صحته بطلان الصفقة العمومية.

¹ عائشة السنوسي محمد الدرويش، مرجع سابق، ص، 93.

² محمد شريط، مرجع سابق، ص، 47.

³ أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص، 53.

⁴ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص، 317.

الفرع الأول: محل الصفقة العمومية

نشأت فكرة العقد أساسا في أحضان القانون المدني بصدد علاقات قائمة بين الأفراد فيما بينهم، حيث عمل الفقهاء على إظهار ماهية العقد والأركان اللازمة لانعقاده، من أهلية، شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام، وسبب مشروع للالتزام.

هذه الشروط تجد مجال تطبيقها كذلك في عقود الصفقات العمومية، وذلك على الرغم من اختلاف النظام القانوني الذي يحكم العقد المدني عن الأحكام القانونية التي تؤطر عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، ويعزى هذا الاختلاف إلى تضمين عقد الصفقة العمومية شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، باعتبارها عقدا إداريا يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة مرتبطة بفكرة المرفق العام¹. هذا ما يتوجب علينا إبرازه في هذه النقطة القانونية من البحث.

أولا: العمل الذي يجب على المتعاقد تأديته

الظاهر أن التكييف القانوني السهل الذي يليق بمحل العمل الذي يجب على المتعاقد تأديته، هو مضمون حكم المادة 1/29 و2 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه " تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

إنجاز الأشغال،

إقتناء اللوازم،

إنجاز الدراسات،

تقديم الخدمات.

¹ أحمد عثمان، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص، 345. سمير عبد السيد تناغوا، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، الإسكندرية، مصر، 1999، ص، 69.

عندما تشمل الصفقة العمومية عدة عمليات من تلك المذكورة أعلاه، تبرم المصلحة المتعاقدة صفقة إجمالية طبقاً لأحكام المادة 35 أدناه¹.

يلاحظ على هذا النص القانوني أن المشرع تدخل في تحديد مضمون عقد الصفقة العمومية، بنصوص قانونية آمرة يحتم على المصلحة المتعاقدة مراعاتها واحترامها، ففي هذه الحالة نجد أن التنظيم القانوني للصفقة العمومية الذي جاءت به المادة 29 السالفة الذكر ضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للمصلحة المتعاقدة من حرية إلا في حدود إبرام العمليات المذكورة سابقاً.

حصر المشرع أنواع الطلبات العمومية تبعاً لموضوعها إلى صفقة أشغال عمومية، و صفقة تقديم خدمات، و صفقة اقتناء اللوازم، و صفقة انجاز دراسات. هذا التصنيف هدفه تخصيص إجراءات خاصة لكل صنف من هذه الأصناف².

ثانياً: محل الصفقة العمومية أربع مراتب

لقد عالج المشرع مسألة مصير تزواج محل الصفقة العمومية، بمقتضى نصوص قانونية آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، حالات التزواج عالجتها المادة 29 / 5 و 6 و 7 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وجاءت كالتالي:

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

__ تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات.

¹ تنص المادة 1/35 قانون صفقات عمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يمكن المصلحة المتعاقدة، بصفة استثنائية، أن تلجأ إلى إجراء دراسة وإنجاز عندما تقتضي أسباب ذات طابع تقني ضرورة إشراك المفاوض في دراسات التصميم الخاصة بالمنشأة".

² "Il est entendu que l'objet du contrat, au sens du code civil, et plus particulièrement de son ancien article 1126, est «une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou ne pas faire». Ainsi la notion d'objet va voir une fonction qualificative de l'obligation qui va naître du contrat. En revanche, en marché public, la notion d'objet permet la qualification du contrat lui-même. Ainsi l'article 5 de l'ordonnance «marchés publics» n° 2015-899 du 23 juillet 2015 classe les marchés publics en trois catégories(travaux, fournitures et travaux) en fonction de leur objet principal".
Moniteurjuris.fr/contratspublics/.

_ إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفة العمومية ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفة العمومية تكون صفة لوازم.

_ إذا كان موضوع الصفة العمومية خدمات ولوازم وكانت قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات، فإن الصفة العمومية تكون صفة لوازم.

وحسن ما فعل المشرع بإقراره لهذه الحلول القانونية حتى لا تثار إشكالية تكييف عقد الصفة العمومية، كما في الحالة التي يلتزم فيها المتعاقد القيام بإنجاز أشغال، وفي نفس الوقت تقديم خدمات، فالعقد هنا يكون عقدا مختلطا، لهذا نص المشرع على تكييف واحد.

ثالثا: شروط محل الصفة العمومية

تلعب الصفة العمومية دورا مهما في تحقيق مقتضيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لأنها تمثل إحدى الوسائل الضرورية في إنجاز المشاريع، ولتحقيق الأهداف المنوطة بها، فكان لابد من أن يخضع محلها لضوابط المحل التي نصت عليها المواد 92 و 93 و 94 قانون مدني، باعتبارها عقود تندرج ضمن فكرة الالتزام بعمل.

حيث تنص المادة 92 فقرة أولى منه على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، وتنص المادة 93 منه على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، أما المادة 94 منه نصت على أنه "إذا لم يكن محل الالتزام معين بذاته، وجب أن يكون معين بنوعه، ومقداره وإلا كان باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معين بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن تبيان ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط". كما قضت المادة 95 منه على أنه "إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاة أي تأثير".

وعليه يمكن القول، أن المحل باعتباره ركنا من أركان العملية التعاقدية الإدارية، نكتفي بالإشارة هنا إلى حكم المحكمة الإدارية العليا، إذ جاء عنها "يشترط في العقد أيا كان إداريا أو مدنيا، أن يكون له محل وأن يكون المحل مشروعا وقابلا للتعامل فيه، ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا كان محظورا أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام..."¹. يشترط فيه لكي يكون صحيحا الشروط الآتية:

__ يجب أن يكون محل التزام الصفة العمومية معينا أو على الأقل قابلا للتعين حتى يرد عليه التنفيذ، سواء كان المحل عملا أو امتناع عن عمل، فإذا كنا مثلا في نطاق صفة الأشغال العمومية التي يتعهد فيها المقاول بتنفيذ أعمال عقارية، وجب تعيين البناء تعيينا دقيقا، أو على الأقل ذكر المواصفات التي تجعل البناء قابلا للتعين.

في هذا الشأن نجد أن قانون الصفقات العمومية يلزم الإدارة على تعيين محتويات ومضامين الصفة العمومية تعيينا دقيقا نافيا للجهالة، هذا المقتضى القانوني يتولى مهمته دفتر الشروط الإدارية الخاصة تطبيقا لنص المادة 26 قانون الصفقات العمومية، وعقد الصفة في حد ذاته والتصاميم.

من قبيل المواد التي تشير إلى هذا الالتزام القانوني، نص المادة 64 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تقضي على أنه يحتوي "ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لا سيما ما يأتي:

__ الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، إن اقتضى الأمر ذلك،

__ الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة،

__ المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين،

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 21/12/1966، الطعن رقم 1303 س 8 ق. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في خمسة عشر س، من س 1955 إلى س 1970، ص،

_ اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصاحبها،

_ كفيات التسديد وعملة العرض، إذا اقتضى الأمر...".

زيادة على ذلك توجب المادة 95 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أن الصفقة العمومية يجب أن تتضمن بصورة إلزامية بيانات خاصة بكل صفقة عمومية. أما المادة 4/34 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تنص على أنه "ويجب أن تبين صفقة الطلبات كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا والقصى للأشغال و/أو اللوازم و/أو الخدمات و/أو الدراسات التي هي موضوع الصفقة".

كما يجب تعيين السعر وطريقة دفعه وجميع المسائل المتعلقة به، من ذلك ما نصت عليه المادة 1/97 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها على أنه "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، وعندما يكون السعر قابلا للمراجعة، يجب على أن تحدد الصفقة صيغة أو صيغ مراجعته، وكذلك كفيات تطبيق هذه الصيغة أو الصيغ الخاصة بالمراجعة، ضمن الشروط المحددة في المواد 101 إلى المادة 105 أدناه". كما نصت المادة 118 منه على أنه "يكون الدفع على الحساب شهريا، غير أنه يمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات. ويتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط، حسب الحالة". أما المادة 5/34 منه قضت على أنه تحدد صفقة الطلبات إما السعر، وإما آلياته وإما كفيات تحديده المطبق على عمليات التسليم المتعاقبة.

لتعيين أتعاب الاستشارة الفنية في ميدان البناء باعتبارها صفقة دراسات، نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 224/16 يحدد كفيات دفع أتعاب الاستشارة الفنية في ميدان البناء، على أنه "يكون مبلغ أتعاب الاستشارة الفنية مبلغا شاملا يحتوي على جزأين يحددان كما يأتي:

أ: أجر ثابت يدعى "مهمة دراسات"، ويغطي الاداءات الآتية:

_ دراسات أولية أو تشخيص أو رسم مبدئي،

_ دراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصلة،

_ دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول، تأشيرتها،

_ مساعدة صاحب المشروع في إبرام تنفيذ صفقة الأشغال.

ب: جزء متغير، يدعى "مهمة المتابعة"، ويغطي الاداءات الآتية:

_ مساعدة صاحب المشروع في إدارة تنفيذ صفقة الأشغال وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة

واستلام الأشغال"¹.

على هذا الأساس إذا جاء عقد الصفقة خاليا من ركن التعيين ومن تلك البيانات التي تمكن

من التعيين، كان محل التزام الصفقة غير معين ووقع العقد باطلا.

_ يشترط المشرع لصحة الالتزام أن يكون محل التزام الصفقة العمومية ممكنا، لأن القاعدة

القانونية تنص في هذا الشأن لا التزام بمستحيل، والاستحالة المقصودة هنا الاستحالة المطلقة بأن

يكون العمل مستحيلا في ذاته²، وليس مستحيلا بالنسبة للمتعاقل المتعاقل.

وتجدر الإشارة أن الاستحالة المطلقة التي تحول دون قيام الالتزام، ومن ثم تجعل عقد

الصفقة العمومية باطلا بطلانا مطلقا هي الاستحالة القائمة وقت الانعقاد، أما الاستحالة اللاحقة

للانعقاد، فإن هذه الاستحالة لا تمنع من قيام الالتزام، وإنما يتحول الأمر إلى استحالة التنفيذ، وهذه

تؤدي إلى انقضاء الالتزام إذا لم يكن للمتعاقل المتعاقل يد فيها، فيفسخ عقد الصفقة العمومية من

تلقاء نفسه، وإذا كان للمتعاقل المتعاقل يد في هذه الاستحالة فإن الالتزام لا ينقضي ويجب التعويض

على المتعاقل المتعاقل.

أما الاستحالة النسبية، وهي التي تقوم بالنسبة إلى المتعاقل المتعاقل وقد لا تقوم بالنسبة

إلى غيره، فلا تمنع الالتزام من القيام به، ومن ثم ينعقد عقد الصفقة، كما في حالة التزام المتعاقل

¹ مرسوم تنفيذي رقم 224/16 مؤرخ في 19 ذي القعدة عام 1437 الموافق 22 غشت سنة 2016، يحدد كيفيات دفع أتعاب

الاستشارة الفنية في ميدان البناء. ج.ر.ج.ع. 51 مؤرخة في 28 ذي القعدة عام 1437 الموافق 31 غشت سنة 2016.

² أي استحالة موضوعية ترجع إلى الالتزام في ذاته.

أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004، ص، 385.

المتعاقد بالقيام بعمل البناء ليس بمقدوره القيام به، ويمكن لغيره القيام به، ويستوي في هذه الحالة أن تكون الاستحالة قائمة وقت الانعقاد أو لاحقة للانعقاد¹.

على هذا الأساس حرص المشرع على إسناد الصفقة العمومية وفق معايير موضوعية تطبيقاً لنص المادة 1/40 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. كما نصت المادة 2/50 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة، في إطار إجراء التراخي البسيط، أن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي. أما المادة 53 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نصت على أنه "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة".

- أن يكون المحل موجوداً، فإذا تبين أن الشيء الذي كان محل الالتزام هلك قبل التعاقد وقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، وتتصور هذه الحالة في صفقة اقتناء اللوازم، كما يمكن تصورها في صفقة الأشغال العمومية خاصة إذا كان موضوعها يتعلق بعملية ترميم، ثم تبين أنه هلك قبل العقد. وعليه لا يصح التعاقد على معدوم.

_ إذا كان محل التزام الصفقة إعطاء شيء صفقة اقتناء لوازم مثلاً، وجب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه. وإذا كان المحل عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون هذا العمل أو الامتناع مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة². غير أنه من المستحيل تصور أن تتعاقد الإدارة في صفقة عمومية على محل مستحيل تحقيقه أو محل غير مشروع.

ويكون محل عقد الصفقة العمومية غير مشروع إذا كانت العملية القانونية المقصودة من العقد يحرّمها القانون لمخالفتها للنظام والآداب العامة، ذلك أن المشرع حرم على المصلحة المتعاقدة إسناد صفقة عمومية لموظفيها السابقين، إذ نصت المادة 92 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "لا يمكن المصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع سنوات، أن تمنح صفقة

¹ المادة 149 وما يليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة النهضة، مصر، 1984، ص، 422. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص94.

عمومية، بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

ومهما يكن فإنه يجب القول، أن فكرة النظام العام في قانون الصفقات العمومية تأخذ حيزا كبيرا في التطبيق، من منطلق أن قواعد القانون الإداري لا سيما في مجال العقود الإدارية تتعلق بالنظام العام. لذلك نجد أن المشرع في حالات معينة يمنع الإدارة من التعاقد بخصوص محل معين، في هذه الحالة يعتبر محل التعاقد غير مشروع لا يجوز التعامل بشأنه، من ذلك ما نصت عليه المادة 7/85 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أنه "ومهما يكن من الإجراء المختار، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتوج المستورد إلا إذا كان المنتوج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة. وبالإضافة إلى ذلك، لا تسمح المصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها".

الفرع الثاني: مقتضيات السبب في الصفة العمومية

بداية يمكن القول، أن الأساسيات القانونية التي تحكم وتؤطر العقود المدنية لا يمكن تجاهلها أو إعمالها كلية على العقود الإدارية، لأن هذه الأخيرة مشدودة بمقتضيات المرفق العام، ذلك أن أحكام القانون المدني جاءت خصيصا لتحكم روابط القانون الخاص وهي تختلف عن روابط القانون العام، لذلك يتمتع القضاء الإداري بسلطة تقديرية واسعة في الأخذ بقواعد القانون المدني التي يجدها تتلاءم مع مضامين القانون العام، كما له أن يعمل على استبعادها أو تحويلها بما تقتضي فكرة انتظام وسير المرافق العامة¹.

كانت نظرية السبب من أهم المفاهيم الفقهية والقضائية إثارة للجدل رغم التسليم بوجود السبب، ويكمن الخلاف أساسا حول عدم التفرقة بين سبب الالتزام وسبب العقد²، والتسميتين محل

¹ محمد يوسف علام، مرجع سابق، ص، 175 . عائشة السنوسي محمد الدرويش، مرجع سابق، ص، 106.

² إن الخلاف الفقهي تعدى هذه المسألة ليصل الخلاف حول تعداد أركان العقد، فمن الفقهاء من يرى أن للعقد ركنان فقط هما الرضا والمحل سمي هذا الفريق من الفقهاء "اللاسيبيين"، وهناك اتجاه ثان يضيف عليهما ركن السبب. عبد القادر العرغاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة فضالة، الرباط، المغرب، 1995.

نظر، فالنسبة لكلمة سبب الالتزام، فإنها تعني الغرض المباشر المجرد الذي يقصده الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، أما كلمة سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد. ويذهب هذا الجانب لتدعيم رأيه، أن سبب العقد يختلف من متعاقد إلى آخر حتى في نطاق النوع الواحد من العقود¹.

ومهما ما يكن من خلاف فقهي وقضائي حول وضع السبب باعتباره من المفاهيم الصعبة والغامضة لكونه مفهوماً مشبعاً بما هو نفسي، فإن الفقه والقضاء متفقان على أن السبب يعد في جميع المواضع عنصر من عناصر الإرادة².

وقبل التعرض لمضامين السبب في نطاق الصفقات العمومية، نرى من الضرورة العلمية التعرض لشرح مفهوم السبب وفق النظرية التقليدية والنظرية الحديثة، على اعتبار أنه لا يقدم كمفهوم متجانس بين الفقه والقضاء.

أولاً: السبب أساس الالتزام والعقد

كانت قواعد القانون المدني الفرنسي لها الفضل في صياغة نظرية السبب، إذ اكتفت هذه المواد بتحديد الشروط الواجب توافرها لصحة العقود فقط بموجب المادة 1108، من هذه الشروط ضرورة توافر سبب مشروع في الالتزام. أما المادة 1131 منه، نصت على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يقيم على سبب صحيح أو كان قائماً على سبب موهوم أو على سبب غير مشروع. ويكون السبب غير مشروع إذا حرمه القانون أو كان مخالفاً للآداب العامة أو للنظام العام³، دون أن يخوض المشرع الفرنسي في تعريف السبب.

على هذا الأساس القانوني ظهرت نظريتان لتحديد معنى السبب⁴.

¹ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص، 349.

² عبد المنعم فرج الصده، مرجع نفسه، ص، 348. ابراهيم الدسوقي أبو اللياء، العقد والإرادة المنفردة، المصادر الإرادية للالتزام، جامعة الكويت، ج الأول، 1995، ص، 50.

³ المادة 1132 قانون مدني فرنسي المعدل والمتمم.

⁴ خالد عبد حسين الحديشي، نظرية تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص، 28.

النظرية التقليدية: يعتبر المشرع الفرنسي هو من أسس لهذه النظرية¹، بمقتضى نص المادة 1131 قانون مدني فرنسي، ومن دعائم هذه النظرية، أنها تميز بين ثلاثة أنواع من السبب، أولها السبب المنشئ²، وثانيا السبب القسدي المباشر والمتمثل في الغاية المباشرة التي قصدها الملتزم من وراء التزامه³. وثالثا السبب غير المباشر الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد⁴.

على هذا الأساس اشترطت هذه النظرية وجوب توافر ثلاثة شروط في السبب يترتب على تخلفها بطلان العقد، هذه الشروط هي أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا.

النظرية الحديثة: أنصار هذه النظرية القضاء الفرنسي الذي يعتد بمقتضيات السبب أو الغاية البعيدة التي يقصدها المتعاقد من اتجاه إرادته إلى إبرام العقد، وهي تختلف من متعاقد إلى آخر في نطاق النوع الواحد من العقود.

يترتب على اختلاف مفاهيم النظريتين النتائج القانونية التالية:

- أن سبب الالتزام يعتبر عنصر انعقاد ونفاذ، فإن تخلف السبب عند الانعقاد كان الجزاء البطلان، وإن تخلف السبب بعد إبرام العقد ترتب في حقه الفسخ أو الانفساخ أو الدفع بعدم التنفيذ. أما سبب العقد يشترط قيامه فقط عند الانعقاد بحكم وظيفته الاجتماعية⁵،
- يقتضي أن يكون سبب الالتزام موجودا ومشروعا في ذات الوقت، أما سبب العقد يحكمه شرط واحد وهو شرط المشروعية⁶،

¹ عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، د. س. ن، ص، 202.

² وهو المصدر الذي أوجد الالتزام، وهي التصرف القانوني "العقد والإرادة المنفردة"، والواقعة القانونية "العمل غير المشروع وشبه العقود والقانون".

محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991، ص، 4.

³ أي سبب الالتزام لا سبب العقد.

⁴ زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص، 124.

⁵ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص، 367.

⁶ خالد عبد حسين الحديشي، مرجع سابق، ص، 30. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص، 34.

- باعتبار سبب الالتزام قيذا على الإرادة التي تتعلق بتكوين الالتزام، أصبح سبب العقد قيذا اجتماعيا على الإرادة¹، فأضحى عنصرا خلقيا يحول دون استعمال وسيلة مشروعة لتحقيق أغراض غير مشروعة².

من شأن حل هذه المفارقة والابتعاد عن الخلاف الفقهي الذي قام حول ماهية السبب، نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 97 قانون مدني على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا". كما قضت المادة 98 منه على أنه "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

يتضح من هذين النصين، أن المشرع الوطني لم يميز بين سبب الالتزام وسبب العقد، وإنما اكتفى فقط بتحديد الشرط الذي يتطلبه في السبب وهو شرط المشروعية، أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة³. هذا يعني أنه يجب إعمال السببين معا بهدف تتبع الباعث الذي دفع الأطراف المتعاقدة إلى الانعقاد⁴، بوصفه ذا وظيفة أساسية هي تبرير وجود العقد. ففاعلية الرابطة العقدية وهويتها تقدران بسببها.

ثانيا: متطلبات سير وانتظام المرافق العامة سبب الصفقة العمومية

كما سبق الإشارة سلفاً، أن السبب يعتبر ركنا لا يقوم الالتزام أو العقد إلا به، ومن ثم كان من غير الممكن تجاهل أو تغافل هذه القاعدة الجوهرية في تنظيم أحكام العقود الإدارية التي تتطلب بدورها سببا لوجودها وانعقادها، حتى وإن كانت الإدارة في مجال إبرامها للعقود الإدارية يخولها القانون والقضاء الإداري صلاحية تضمين هذه العقود شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص مستعينة بامتيازات

¹ لأنه سبب ذاتي ونفسي وخارج عن العقد ويتغير من شخص إلى آخر حتى في النوع الواحد من العقود.

² عبد المنعم فرج الصده، مرجع نفسه، ص، 367.

³ خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص، 81.

⁴ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص، 372.

السلطة العامة¹، من منطلق توافر قرينة سلامة العقد الإداري، لأن أساس كل تعامل إداري هو المشروعية، لذا يجب على الإدارة وهي تبرم عقود إدارية أن يكون هدفها تحقيق المصلحة العامة.

تعد المصلحة العامة الشرط الجوهرية الذي تستند عليه المرافق العامة في إبرامها للعقود الإدارية بقصد إشباع الحاجات العامة، على ضوء هذه الحاجات، عرف البعض من الفقه المرفق العام على أنه "مرفق فني يقدم للجمهور نشاطا عاما بصورة منتظمة ويتضمن إشباع حاجات عامة بشرط ألا يكون إشباع هذه الحاجات مخالفا لحسن السلوك"². من ناحية أخرى، باعتبار مفهوم المصلحة العامة مفهوم مرن وقابل للتطور ومختلف من دولة إلى أخرى وفق الفلسفة الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بكل دولة، حاولت التشريعات القانونية أن تحدد نطاق المصلحة العامة، لذلك اهتمت هذه التشريعات القانونية إلى مجموعة من النظريات القانونية لتحديد هذا النطاق، من هذه النظريات نظرية السبب الدافع³.

من أهم عناصر المصلحة العامة حماية المجتمع وكيانه، واستهداف تقدم المجتمع ورفيه، وضمان أداء المرافق العامة لوظائفها الأساسية⁴، وعلى هذا إذا كانت المصلحة المتعاقدة أبرمت الصفقة العمومية وهي تهدف من الإبرام إنشاء مرفق عام أو تسيير وضمان استمرار المرفق العام، في هذه الحالة تكون قد حققت المصلحة العامة، وكانت هذه الأخيرة هي الدافع والسبب الرئيسي في إبرام الصفقة العمومية⁵.

¹ محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص، 1.

² نجم الأحمد، المفهوم القانوني للمنفعة العامة في نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، م 29، ع 2، 2013، ص، 13.

³ إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1999، ص، 449.

⁴ براهيم سيها، فكرة المنفعة العامة في نزاع الملكية العامة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 55، 2013، ص، 350.

⁵ على هذا الأساس كانت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 145/82 تنص على أنه "يحدد هذا المرسوم على الخصوص اختصاصات المتعامل العمومي وصلاحياته في مجال الصفقات، ويسن الإجراءات المتصلة بها والمتلائمة مع متطلبات التنمية، وشروط سير الاقتصاد الوطني".

مرسوم تنفيذي رقم 145/82 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل 11982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي. ج.ج.ج.ع 15 مؤرخة 19 جمادى الثانية 1402 الموافق 13 أبريل 1982.

على هذا الأساس، أضحى السبب ركنا أساسيا وجوهريا في إبرام العقود الإدارية، شأنه في ذلك شأن القرارات الإدارية¹، وعليه فإنه يجب على السلطة القضائية المختصة أن تمارس رقابتها على الأعمال القانونية الصادرة من قبل الإدارة من حيث السبب، سواء تعلق الأمر بالعقود الإدارية أو بالقرارات الإدارية حماية لمقتضيات المصلحة العامة والنظام العام.

ذلك لأن في هذا القصد تتمثل أسباب قيام الدولة وشرعية وجودها، لذلك يجب قانونا أن تحقق عقود الصفقات العمومية مقتضيات المصلحة العامة والخاصة بمتطلبات سير وانتظام المرافق العامة، ويرجع ذلك إلى أسس عدة هي:

- يتضح أن أركان العقد الإداري لا تختلف عن أركان العقد المدني، وهي الرضا والمحل والسبب، إلا أن الاختلاف يكمن بينهما، أن الإدارة في إبرامها للعقود الإدارية تسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، لذا فالعقود الإدارية ليست غاية في ذاتها بل وسيلة لتحقيق غاية، وهي المصلحة العامة من خلال إنشاء أو تنظيم أو تسيير المرافق العامة².

- أن الأموال التي تصرف على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية هي أموال عمومية خصصت أساسا لتلبية الحاجيات العامة، النتيجة التي تترتب على ذلك، أن هذه الأموال لا يمكن أن تصرف إلا في سبيل تحقيق المصلحة العامة³. المصلحة العامة اقتضت إخضاعها لنظام قانوني متميز عن النظام القانوني الذي تخضع له الأموال الخاصة⁴.

- مقتضيات المصلحة العامة أفرزت ظهور قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري، إذ أن مقتضيات سير المرافق العامة كانت المبرر في تضمين القانون الإداري جملة من المضامين القانونية التي تبرر الأساليب الخاصة في تسيير المرافق العامة وتعدد الطرق التي تختارها الإدارة في التعاقد تبعا لنوعية

¹ عوايدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر، 1988، ص، 89.

² رشا عبد الرزاق جاسم، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الرابع، ع 13، 2011، ص، 2.

³ مليكة الصروخ، نظرية المرافق العامة، دراسة مقارنة، دار السلام، المغرب، 1987، ص، 11.

⁴ علي أحمد أللهبي، استعمال الأموال العامة المخصصة للاستعمال المباشر، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الثالث، ع 11، 2010، ص، 1.

العقد الإداري¹. ومن ثم استهداف المصلحة العامة يلزم الإدارة مراعاة القيود والالتزامات القانونية المفروضة عليها².

- أساس فكرة العقد الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، لأن العقد الإداري يكون بين أطراف غير متكافئة³، ففي حالة التعارض بينهم، يجعل الإدارة تستمد من سلطتها العامة لتحقيق المصلحة العامة سلطات استثنائية⁴. ففي هذا الشأن أكد الفقه على أن "العقود الإدارية تتغير عن العقود المدنية بطابع خاص أساسه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد وأن الأصل فيها ألا تتكافأ مصالح الطرفين المتعاقدين حيث تعلق المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد معها"⁵.

- أن فكرة المرافق العامة وضرورة استجابتها للحاجيات العامة جعلها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بفقه القانون الإداري، مما أدى بالبعض من الفقه اعتبار القانون الإداري هو قانون المرافق العامة⁶. لذلك جاءت قواعد القانون الإداري مقيدة لحرية الإدارة في التعاقد⁷، على النقيض على ما هو مقرر في القانون الخاص وما يسوده من صفة حرية التعاقد في حدود النظام العام والآداب العامة⁸.

والمتتبع لأحكام القضاء الإداري الفرنسي، يجد أن أول حكم أخذ بركن السبب في العقود الإدارية، هو الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29/06/1947 بخصوص قضية (

¹ عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العمومية الكبرى، منشورات عكاظ، المغرب، 2001، ص، 160. اقبال نعمت درويش، رنا لطيف جاسم، القواعد العامة في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، م الثالث، ع الرابع، 2019، ص، 165.

² علي أحمد حسن الهبيي، نكول من أحييت عليه المناقصة عن إتمام إجراءات التعاقد، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الرابع، ع 24، 2014، ص، 1.

³ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996، ص، 596.

⁴ ماهر فيصل صالح، معايير الوصف الإداري للعقد، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الخامس، ع 20، 2013، ص، 1.

⁵ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص، 97.

⁶ إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص، 3.

⁷ من هذه القيود مبدأ العلانية والمنافسة والمساواة، وضرورة توافر الاعتماد المالي إلخ.

عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر، 2011، ص، 61.

⁸ قيدر عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، العراق، م العاشر، ع 37، 2008، ص، 159.

MICHAUX)، والتي تتعلق وقائعها أن أحد المقاتلين الفرنسيين تطوع بموجب عقد أبرمه بهدف قتال الألمان، ثم تبين له بعد ذلك أنه جند في وحدة غير مقاتلة، هذا التصرف ألزمه على رفع دعوى قضائية طالبا فيها إلغاء عقد التطوع وحجته في ذلك فقدان ركن السبب، غير أن المجلس رفضه طلبه تأسيسا على أن إلحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لا حق لإبرام العقد وبالتالي لا يفقد العقد سببه الذي قام عليه¹.

نفس المسعى أخذت به محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 2 يونيو 1957، إذ نصت على أنه " ومن حيث التزام عامل المطحن بإنتاج عدد معين من أقات الدقيق من كل أردب من القمح الذي تقوم بتسليمه إليه سلطات التموين ثم مساءلته عن عدم إنتاج هذا المقدار يجب أن يقوم على سبب قانوني. وهذا السبب إما بنص في التشريع أو بنص في لائحة صادرة من جانب المطحن يمثل هذه المعدلات المقررة عند إبرامه العقد مع جهة الإدارة التي تهيمن على مرفق التموين في البلاد. وإما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه إلى ضرورة الإنتاج على مقتضاه فإذا خلوا تماما من مثل هذا النص، فقد يسترشد القاضي بما هو من مستلزمات العقد وفقا للعرض الجاري في التعامل بحسب طبيعة كل التزام"².

المبحث الثاني: شكلية الكتابة في الصفقة العمومية

غني عن البيان، أن العقود الرضائية لا تستلزم لانعقادها ضرورة توفر شكل خاص، وبصفة خاصة لا يشترط فيها قانونا أن تكون مفروغة في محرر مكتوب. غير أنه في حالات معينة يشترط المشرع شكلية معينة شعورا منه بأن ذلك الشكل هو من متطلبات التعاقد³، والنتيجة التي تترتب على ذلك، أن التراضي

¹ برهان زريق، مرجع سابق، ص، 117.

² برهان زريق، مرجع نفسه، ص، 118.

³ علي حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، القاهرة، 1976، ص، 36.
 عمر السيد أحمد عبد الله، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص، 10.

إذا لم يفرغ في الشكل الذي قرره المشرع لم يكن للعقد وجود قانوني¹. على هذا الأساس تقسم العقود إلى عقود رضائية وأخرى شكلية.

وعليه فإن الرضائية هي الأصل العام في العقود تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، غير أن التطور الذي أخذت تعرفه الحياة الاقتصادية والاجتماعية جعل من تكاثر القيود على مبدأ الرضائية مسألة ضرورية لصيقة بأبعاد المصلحة العامة، ومن هذه القيود الكتابة في بعض العقود².

وعلى ذلك يظهر لنا التمييز بين الكتابة اللازمة للانعقاد والكتابة التي يشترطها المشرع فقط لإثبات العقد، لأنه في الحالة الثانية فإن الكتابة لا تعتبر ركناً في العقد³، إذ أن العقد ينعقد فقط بالتراضي ودون حاجة إلى كتابة ويكون صحيحاً ومستوفياً لأركانه إذا انعقد بأية صورة كانت، إلا أن القانون يشترط الكتابة لإثباته في حالة إنكاره من قبل الخصم⁴.

تجدر الإشارة أن الصفقات العمومية تدخل في نطاق العقود الإدارية، ونظراً لأهمية العقد واعتباره مظهراً من مظاهر امتيازات الإدارة، حيث تتمتع بواسطته بقواعد غير مألوفة في القانون الخاص⁵، وبما أن الأمر يتعلق بصرف أموال عامة للدولة أو لأحد الأشخاص العامة التابعين لها لتنفيذ السياسات العامة من مخططات تنموية وبرامج استثمارية⁶، كان لابد أن تصرف هذه الأموال في محلها وبصفة شرعية،

¹ همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص، 25.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص، 54. عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، ص، 59.

³ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص، 60.

⁴ مما يقتضي إثباته بالإقرار أو اليمين.

عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص، 57.

⁵ خالد خليل ظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط الأولى، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1997، ص، 239. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2013/2012، ص، 152.

⁶ محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج الأول، مرجع سابق، ص، 112. حمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2014/2013، ص، 04. تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2018/2017، ص، 20. عليوات ياقوته، مرجع سابق، ص، 84.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف، ضمن المشرع قانون الصفقات العمومية مقتضيات قانونية آمرة¹، من ذلك كتابة عقد الصفقة².

على هذا الأساس جاءت الأحكام القانونية الضابطة للصفقات العمومية متميزة عن النظام القانوني الذي يُوَظَر العقود المدنية من جهة والعقود الإدارية من جهة ثانية، والسبب الرئيسي في ذلك، أن عقود الصفقات العمومية تعتبر الأداة الأساسية والرئيسية للإدارة لكي تقوم بتلبية حاجياتها التي ترتبط بمقتضيات المصلحة العامة³. لذا كان من الضروري التعرف على القيمة القانونية لمسألة الشكلية في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: القيمة القانونية لشكلية الكتابة في الصفقة العمومية

يتميز عقد الصفقة العمومية بصفة خاصة، بكثرة الأحكام التنظيمية والإجرائية المفروضة على المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي في إبرامها وتنفيذها، هذه القيود مناطها المصلحة العامة، لذلك ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة الكتابة المقررة في قانون الصفقات العمومية من منطلق أن صحة العقود الإدارية لا ترتبط بأية شكلية محددة⁴.

يعد شكل العقد الإداري من المسائل التي طرحت بشدة، على الساحة القانونية التي اهتمت بموضوع العقود الإدارية على اختلاف أنواعها، وأوجد بشأنها مبدئين: مبدأ حرية الشكل ومبدأ لزوم الشكل.

¹ عزايي عبدالرحمان، خصوصيات المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية، حالة العقد الإداري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع الأول، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2012، ص، 389.

² عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم، الرباط، المغرب، 2010، ص، 128.

³ محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص، 508. حفيظ مخلول، حدود إصلاح نظام الصفقات العمومية وفقا لمرسوم 20 مارس 2013، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2017، ص، 17. RICHER (L), Droit administratifs, éd lextenso, paris, 2012, p, 74.

⁴ محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج الأول، مرجع سابق، ص، 110.

الفرع الأول: العقد الإداري حر من الشكلية في غياب النص القانوني

أجمع الفقه القانوني، على أن العقود الإدارية كأصل عام متحررة من الشكليات، فإذا لم يشترط المشرع بموجب نص قانوني صريح على إجراء شكلي معين، فإنه يكفي لانعقادها توافق إرادة الأطراف لقيام الرابطة العقدية بينهما، على أساس أن مبدأ الشكلية ما هو إلا استثناء، وإذا اشترط القانون شكلا معيناً فإنه يهدف إلى تنبيه الأطراف المتعاقدة إلى خطورة ذلك التصرف¹.

الشكل حر في غياب النص القانوني اعتمده محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في أول مايو سنة 1926 بخصوص قضية "templier"².

هذا الحكم سارت عليه محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها على أنه "كما أن من العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص.

على أن مسألة شكل العقد الإداري كميّار يميزه عن العقود المدنية، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأي فيه واستقر في الفقه والقضاء الفرنسي على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوباً هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصاً بطبيعته، وأنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هي أصلاً من عقود القانون الخاص، إلا أن العقد الإداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب، وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير المألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد إبرامه، وتسري عليه هذه القواعد، وهي التي تسبغ عليه أساساً ومع توافر باقي الأركان، صفة العقد الإداري اعتباراً بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتماً أن تكون شروط رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفاً ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره"³.

¹ سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص، 257.

² سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 372.

³ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 373.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 18/05/1968 بأنه "ومن حيث المبدأ فإن العقد غير المكتوب، ولئن كان غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة، إلا أنه لا زال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية، فقد تركن إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التي انصب عليها"¹.

وعليه إذا غاب النص القانوني الصريح والخاص، الذي يحدد عبئا شكليا، فإن المبدأ الذي ينبغي إعماله في نطاق العقود الإدارية، هو مبدأ حرية الشكل، إلا إذا نص المشرع على شكل معين.

الفرع الثاني: وجود النص القانوني المقرر للشكلية في الصفقة العمومية

إن الإشكالات الجوهرية التي يمكن أن تثار في هذه النقطة القانونية من البحث هو ذلك المتعلق بما إذا كان عقد الصفقة العمومية عقدا شكليا تعتبر الكتابة فيه ركن انعقاد يترتب عن تخلفها بطلان العقد أم أنه عقد رضائي يكفي لقيامه توافق إرادة المتعامل المتعاقد وإرادة المصلحة المتعاقدة فقط². وثانيا في الحالات التي لم يشترط بشأنها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام شكلا معيناً، فيتعين التساؤل عما إذا كان واجب قانوناً أعمال نص المادة الثانية قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بفعل طبيعته الخاصة عليها.

وغني عن البيان، إذا كانت العقود الإدارية لا يحكمها كأصل عام ركن الشكلية، إذ يكفي لانعقادها مجرد توافر إرادة أطراف العقد لإنشاء العلاقة التعاقدية بينهما، لكن هذه القاعدة العامة لا تطبق على إطلاقها وإنما يجب التقيد بالشكل إذا كان القانون فرض ذلك الالتزام لصحة العقد الإداري³.

إن المتتبع للتشريعات القانونية الخاصة بتنظيم الصفقات العمومية نجدها استقرت على مبدأ واحد يجعل الكتابة ركنا شكليا لا تنعقد الصفقة العمومية بدونها تحت طائلة بطلان العقد، وذلك عملا بالحكم الصريح للمادة الثانية قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع نفسه، ص، 354.

² محمد أيت حسو، الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، المغرب، 2012، ع 4، ص، 177. خروشي النوي، مرجع سابق، ص، 121.

³ André (D- L), Franck (M), Pierre (D), Traité des contrats administratifs, T1, L.G.D.J, Paris 1983, p, 244.

"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة العامة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"¹. ولا يقدح في ذلك كون نص المادة الثانية قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا تشكل من القاعدة العامة إلا استثناء تؤكد وجودها بنص قانوني صريح، ولا يعني تقييد عقد الصفقة العمومية بشكل معين هو تناقض مع المبدأ العام، وإنما هو مجرد اختزال العلاقة القائمة بين القواعد العامة في الشكل والقواعد الخاصة في مجرد تطابق القاعدة والاستثناء على تحقيق الأهداف التي يبتغيها المشرع من العقود.

هذا الاستثناء أخذت به العديد من التشريعات القانونية، من ذلك حكم المادة 1/13 من المرسوم المغربي المتعلق بالصفقات العمومية بنصها على أنه "الصفقات عقود مكتوبة تتضمن دفاتر تحملات تحدد شروط إبرامها وتنفيذها، وتتألف دفاتر التحملات من دفاتر الشروط الإدارية العامة ودفاتر الشروط المشتركة ودفاتر الشروط الخاصة".

كما نجد أن المشرع التونسي، أشار إلى شكلية عقد الصفقة بموجب الفصل الثالث من الأمر عدد 1039 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، بنصه على أنه "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرم من قبل المشتريين العموميين بمقابل قصد إنجاز طلبات عمومية". كما أقر المشرع المصري بهذا الاستثناء في حكم المادة 1/32 من القرار رقم 1367 لسنة 1998، بنصها على أنه "يجب أن يحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذه خمسين ألفا جنيه أما فيما يقل عن ذلك فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد"².

زيادة على ذلك، باستقراء قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع الوطني لم يكتف بتحديد شكل الصفقات العمومية وإنما نص على وجوب تضمين عقود الصفقات

¹ وهو الحكم نفسه الذي أقرته المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والملغى بنصها على أنه "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة".

² قرار رقم 1367 لسنة 1998 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزيدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، نشر في الوقائع المصرية، ع 201، في 06 سبتمبر 1998.

العمومية مجموعة من البيانات الإلزامية مما يفيد قطعاً بأنها عقود شكلية، إذ نصت المادة 95 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم.

ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة،
- هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الصفقة وصدقتهم،
- موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفًا دقيقًا،
- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة،
- شروط التسديد،
- أجل تنفيذ الصفقة،
- بنك محل الوفاء،
- شروط فسخ الصفقة،
- تاريخ وتوقيع الصفقة ومكانه،

ويجب أن تحتوي الصفقة العمومية، فضلاً عن ذلك، على البيانات التكميلية الآتية:

- كيفية إبرام الصفقة،
- الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات العمومية التي تشكل جزءاً لا يتجزأ منها،
- شروط عمل المناولين واعتمادهم، إن وجدوا،
- بند التحيين ومراجعة الأسعار،
- بند الرهن الحيازي، إن كان مطلوباً،
- نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها،
- كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة،

- شروط دخول الصفة حيز التنفيذ،
- النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم، وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم،
- شروط استلام الصفة،
- القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات،
- بنود السرية والكتمان،
- بند التأمينات،
- بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل،
- البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة،
- البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية وبالإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين".

من جهة أخرى، نجد أن الصفقات العمومية تستلزم مما تستلزم أن تحتوي في مجموعها على دفاتر الشروط والتي تعد جزءا من عقد الصفة العمومية بعد إبرامها وهي في أصلها وثائق مكتوبة¹، بمعنى أن الشروط الخاصة والعامّة تشكل كلا لا يتجزأ من عقد الصفة الذي يربط الطرفين ويكون لها جميعا القوة الملزمة²، إذ تنص المادة 26 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص، ما يأتي:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي،

¹ مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، مرجع سابق، ص، 15. عبدلي سهام، دعوي القضاء الكامل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2009/2008، ص، 186.

² وحسن ما فعل المشرع السوري عندما عرف عقد الصفة بموجب الباب الأول/ 7 من القانون رقم 51 لعام 2004/11/42 المتعلق بنظام العقود، بنصها على أنه "هو مجموعة الأحكام التي يرتبط بها كل من المتعهد والجهة العامة بما في ذلك دفتر الشروط العامة ودفتر الشروط الخاصة والمواصفات وسائر الجداول والمصورات والوثائق المتعلقة بالعقد".

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني،

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية".

زيادة على ذلك، أن عقد الصفقة لا يتم إلا بالتوقيع، وهو ما يفترض بداية أن يكون عقد الصفقة مكتوباً، فكتابة عقد الصفقة، في القانون الجزائري، ليست فقط وسيلة لإثبات العقد فقط بل هي فوق ذلك، ركن من أركانه، أي متطلب من متطلبات الانعقاد¹.

على أن هناك رأي ثان اعتبر الكتابة المشروطة في قانون الصفقات العمومية وسيلة إثبات فقط، مرتباً حكماً لا يتماشى مع المبادئ القانونية الخاصة بمسائل الإثبات، مفاده أنه في غياب عنصر الكتابة في الصفقة العمومية فإنها تعتبر غير موجودة ولا يمكن إثبات وجودها القانوني عن طريق الإقرار أو اليمين².

أولاً: العلة من اشتراط الكتابة في الصفقة العمومية

تجدر الملاحظة، أن الشكلية اللازمة لانعقاد الصفقة العمومية مصدرها القانون، ومن ثم تعتبر شكلية قانونية ملزمة، وتعود العلة من تطلب ضرورة ركن الكتابة في الصفقات العمومية إلى عدة اعتبارات هي كالاتي:

الاعتبار الأول: أن المشرع عندما اشترط الشكلية في الصفقات العمومية، كان قصده من ذلك، أن الشكلية لا تقتصر فقط على الإجراءات والأشكال الواجب إتباعها عند إبرام الصفقة العمومية، وإنما تتعداها إلى الإجراءات والأشكال الواجب إتباعها في تنفيذها³، إذ نصت المادة الأولى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام

¹ محمد الصالح فيش، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 1987/1986، ص، 194.

² خرشي النوي، مرجع سابق، ص، 121.

³ محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، 2007، ص، 23.

وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم".

الاعتبار الثاني: أن اشتراط الشكلية في الصفقات العمومية هدفها تنبيه الأطراف المتعاقدة إلى أهمية وخطورة هذا العقد على أبعاد التنمية الاجتماعية والاقتصادية،

الاعتبار الثالث: الأهمية القصوى التي توليها الدولة إلى قانون الصفقات العمومية بهدف تزويد الإدارة بما تحتاج إليه من وسائل لتحقيق الأهداف الموكولة لها. هذا ما اقتضى تقييد الإرادة بمقتضيات شكلية حماية للمال العام،

الاعتبار الرابع: أن الكتابة والبيانات الإلزامية المشترطة في الصفقات العمومية تحقق نزاهة الصفقات العمومية¹،

الاعتبار الخامس: عقد الصفقة العمومية عقد شديد التعقيد ومتميز في ذات الوقت.

المطلب الثاني: النتائج القانونية المترتبة على تخلف ركن الكتابة في الصفقة العمومية

ويرتّب على الشكل الكتابي للعقود الإدارية في الحالة التي يشترط المشرع فيها صراحة الشكل الكتابي النتائج الآتية:

- أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ، ولا يمكن إنكار مضمونه إلا عن طريق

الطعن بالتزوير²، إذ جاء عن القضاء الإداري حكمه "أن العقد الإداري المكتوب يعتبر ثابت

التاريخ ولا يمكن إنكار ما جيء به إلا عن طريق الطعن بالتزوير، ويرتّب على مخالفة الشكل

الكتابي للعقود الإدارية البطالان"³،

¹ عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2018/2017، ص، 44.

² سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص، 359. عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص، 214.

³ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 136.

- يترتب على مخالفة الشكل الكتابي المقرر من قبل المشرع في عقد الصفقة العمومية بطلان ذلك العقد¹،
- أن تخلف الكتابة في الصفقة العمومية يجعل الرابطة التعاقدية معدومة ويجعلها والعدم سواء، وبالتالي لا يرد عليها الإثبات، إذ الإثبات لا يرد إلا على تصرف قانوني موجود قانوناً²،
- لا يمكن مساءلة الإدارة المتعاقدة على أساس المسؤولية العقدية،
- لا يمكن إثبات العلاقة التعاقدية بخصوص صفقة عمومية إلا عن طريق عقد مكتوب يبين التزامات الأطراف المتعاقدة³،
- أن الكتابة المقصودة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هي الكتابة العادية غير المحررة من قبل الموظف العمومي وموقعة من قبل المتعامل المتعاقد والهيئة المختصة⁴، لأن الإدارة عندما تصدر قراراتها الإدارية فإنها تتميز بالطابع التنفيذي نظراً للامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها، فلا تكون بحاجة إلى سلطة أخرى⁵. وعليه فإن الشكلية التي اشترطها المشرع في عقد الصفقة العمومية هي شكلية رسمية، ذلك أن الصفقة العمومية لا تكون صحيحة ونافاذة ما لم تستوف شكلية التصديق من الجهة المختصة،
- أن الشكلية الرسمية التي تختص بها الصفقة العمومية تعتبر من النظام العام، ومن ثم لا يجوز للإدارة الاتفاق على مخالفتها أحكامها مع المتعاقد معها كونها قاعدة قانونية أمره⁶.
- تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق وفقاً لأحكام المادة 323 مكر 1 قانون مدني، بنصها على أنه "يعتبر الإثبات

¹ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص، 378.

² برهان رزق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق، ص، 78. زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص، 230.

³ محمد أيت حسو، مرجع سابق، ص، 146.

⁴ إذ نصت المادة 1/4 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري على أنه "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة".

⁵ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص، 59. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص، 325.

⁶ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 409.

بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالأثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

بناء على ذلك، ما دام هناك نص قانوني صريح في قانون الصفقات العمومية يفرض إفراغ الصفقة العمومية في عقد مكتوب، فإن النتيجة المترتبة على هذا النص أن الصفقة العمومية هي عقود شكلية تكون الكتابة فيها شرط لانعقاد وليس فقط شرط للأثبات¹، ومن ثم فإن تخلف شرط الكتابة يؤدي إلى بطلان الصفقة لأن فيه مخالفة صريحة للشكل الذي تطلبه القانون، لذلك يجب أن يحرق عقد الصفقة كتابة²، وهو ما سارت عليه محكمة النقض المغربية بقولها على أنه "بأن الأمر يتعلق بمعاملة مع الإدارة التي أوجب القانون إبرام عقودها وفق الشكليات المحددة في قانون الصفقات العمومية، وليس بها ما يسمح بالأخذ بشهادة الشهود لإثبات التعاقد"³.

على هذا الأساس يجعل المشرع الوطني الكتابة ركنا شكليا لقيام عقد الصفقة العمومية، فإن تخلفت الكتابة كان عقد الصفقة العمومية باطلا. في هذا السياق أكد القضاء الإداري الجزائري على هذا المقوم الأساسي في عقود الصفقات العمومية، بنصه على أنه " من المقرر قانونا وفقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 434/91 فإن الصفقات العمومية تعتبر عقود مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر، بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتعلق بالنظام العام"⁴.

الفرع الأول: صياغة عقد المناولة

تنص المادة 564 قانون مدني على أنه "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.

¹ رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2017/2016، ص، 180. عبدلي سهام مرجع سابق، ص، 187.

² هشام الوازيكي، ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة، وزارة العدل، ع 5، 2017، ص، 127.

³ قرار محكمة النقض، الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 21 يونيو 2006 تحت عدد 510.

⁴ قرار مؤرخ في 14/05/2001 تحت رقم 001519.

ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المفاوض الفرعي تجاه رب العمل".

يستخلص من هذا النص القانوني أن صحة العقد من الباطن تقوم بمجرد توافق الإرادتين، إذ لا يشترط المشرع في مجال عقود الصفقات العقارية الخاصة شكلية معينة لانعقاده، وعليه ينعقد العقد وفقاً لنص المادة 59 قانون مدني بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين.

أما فيما يخص عقد المناولة في نطاق الأشغال العمومية، فإن المادة 3/143 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اشترطت الكتابة، إذ نصت على أنه "تسلم وجوباً نسخة من عقد المناولة للمصلحة المتعاقدة من طرف المتعامل المتعاقد".

ويجب أن يحتوي هذا العقد على البيانات الآتية:

اسم ولقب وجنسية الشخص الذي يلزم مؤسسة المناولة،

اسم ومقر مؤسسة المناولة، عند الاقتضاء،

موضوع ومبلغ الخدمات محل المناولة،

الأجل والجدول الزمني لإنجاز الخدمات محل مناولة وكيفية تطبيق العقوبات المالية، عند

الاقتضاء،

طبيعة الأسعار وكيفية الدفع وتعيين الأسعار ومراجعتها، عند الاقتضاء،

كيفية استلام الخدمات،

تقديم الكفالات والمسؤوليات والتأمينات،

تسوية النزاعات".

هذه النصوص وغيرها تدل دلالة قاطعة أن عقد المناولة أخضعه المشرع لإجراءات شكلية

أمر، يترتب على عدم احترامها بطلان عقد المناولة حتى ولو أقره الطرفان، لأن هذه الإجراءات

الشكلية تعد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

على هذا الأساس قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه "من المسلم به في العقود الإدارية أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإن حدث التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها يكون باطلا ولا يمكن أن يحتج به في مواجهتها وذلك فضلا عن أنه يعتبر من جانب المتعاقد قد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد"¹.

والملاحظ أن المشرع لم يبين طبيعة الشكل الكتابي الذي يجب أن يفرغ فيه عقد المناولة، فيما إذا كانت كتابة رسمية أو كتابة عرفية.

في هذا المجال نقول أن نصوص قانون الصفقات العمومية تقر أن عقد المناولة هو عقد شكلي، وهذا يعني لا يكفي لانعقاده توافق الإيجاب مع القبول، بل لا بد أن تضاف له الشكلية التي حددها القانون، بحيث يعد ركنا فيه لا تقوم للعقد قائمة بدونه، هذا العقد يمكن أن يكون في كتابة رسمية أو في كتابة عرفية، على أساس أن العقد الشكلي هو العقد الذي يمكن تصوره سواء في كتابة رسمية أو كتابة عرفية، وإن كان هناك اتجاه ثان لا يقر بالكتابة العرفية وإلا فقدت الشكلية وظفتها الحمائية².

الفرع الثاني: غياب الشكل في بعض أشكال إبرام الصفقة العمومية

اختلف الفقه، في الحالات التي أعفاها المشرع من الإجراءات الشكلية التي يتطلبها إجراء طلب العروض، بحجج قانونية متباعدة المعنى متقاربة المعنى، تعتمد في مجموعها إلى النفاذ إلى وظيفة الشكل المبحوث عنه في كل إجراء من إجراءات إبرام الصفقة العمومية.

ذهب اتجاه من الفقه، على اعتبار أن هناك حالات استثناها المشرع من شرط الكتابة، وعليه لا تعتبر الكتابة شرط من شروط الصحة ولا يترتب على تخلفها بطلان الصفقة³. مثل الحالة التي نصت عليها المادة 1/12 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها على أنه "في حالة الاستعجال

¹ حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص، 162.

² Moumni (S), Droit des obligations en droit comparé français et marocain, éd elbadii, 2000, p, 33.

³ عائشة السنوسي محمد الدرويش، مرجع سابق، ص، 109.

الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقة العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية. ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه".

والحالة المقررة بموجب المادة 1/20 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تنص على أنه "يجب أن تكون الطلبات المبرمة طبقا للإجراءات المكيفة محل سندات طلب أو في حالة الضرورة، عقود تحدد حقوق الأطراف وواجباتهم".

أما الاتجاه الثاني والذي نميل إليه، وهو أن الشكل الذي اشترطه المشرع بموجب المادة الثانية قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا يمكن تقبله في حالات معينة، ورفضه في حالات أخرى، وهذا النظر لا يحتاج إلى حجة تبرره، وإنما يكفي القول، بأن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وهو يشترط الكتابة باختلاف أنواعها، يكون مدفوعا بتحقيق غاية في عقد الصفقة العمومية، هذه الغاية لا تتغير في جميع الأحوال، ذلك أن المادة 4/12 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تنص على أنه "ومهما يكن من أمر، فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلافا لأحكام المادة 3 أعلاه، خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أدناه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية".

وعليه في هذه الحالات تعتبر الكتابة شرط لانعقادها ويترتب على تخلفها البطلان سواء كانت في شكل عقد مكتوب أو في شكل سندات طلب¹. لأن الكتابة في الصفقة العمومية ليس لها شكل

¹ وهو الحكم الذي استقر عليه القضاء المغربي في أحد قراراته إذ قرر على أنه "إبرام الصفقة العمومية يجب أن يتم وفق شكل سند طلب أو عقد مكتوب".

معين، وإنما هي شكليات قانونية آمرة مختلفة تستلزمها ضرورات معينة، مما يفيد أن المشرع إذا كان قد أعفى المصلحة المتعاقدة من التقيد بإجراءات طلب العروض هذا لا يعني إهماله لشرط الكتابة¹.

قرار محكمة النقض، الغرفة الإدارية، ع 409 بتاريخ 25 مايو 2006 ملف 1254/4/25. مجلة المحاكم الإدارية، القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة، وزارة العدل، ع 5، 2017، ص 128.

¹ محمد أيت حسو، مرجع سابق، ص 146. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار للعلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017، ص 241.

الباب الثاني

دور القاضي الإداري في تقرير بطلان الصفقة

العمومية

لا جدال أن تلبية الحاجيات العامة استلزم من التشريعات القانونية السماح للإدارة بإبرام صفقة عمومية واحدة أو أكثر من أجل تلبية حاجات معينة خاصة بالتسيير أو الاستثمار¹. على أن عقد الصفقة العمومية لا يعتبر الوسيلة الوحيدة في ذلك، لأن المصلحة العامة اقتضت تنوع الأساليب الخاصة بتسيير المرافق العامة، إذ قد تظهر في شكل الامتياز الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام²، أو شكل الإيجار الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له تسيير وصيانة المرفق العام، مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له لحسابه مع تحمل كل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة³، أو شكل الوكالة المحفزة الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته⁴، أو شكل التسيير الذي تعهد السلطة المفوضة من خلاله للمفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته، بدون أي خطر يتحمله المفوض له⁵.

خدمة المصلحة وتحقيق مقتضيات التنمية الاجتماعية والاقتصادية وخدمة الجمهور، استلزم من التشريعات القانونية، أن يجعل الإدارة في مركز غير مقيد متسلحة بسلطات وامتيازات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

إن إشباع الحاجيات العامة وضعت رهن إشارتها في السنوات الأخيرة موارد مالية ضخمة، لذلك أضحى نجاحا الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام تمثل معطى تنموي أساسي ومهم سواء على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والمالي والسياسي، هذه الاعتبارات دفعت المشرع الوطني إلى إعادة النظر في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته بحثا منه عن رقابة إدارية وقضائية فعالة من أجل تمكينها من مراقبة صحة وسلامة عقود الصفقات العمومية وتحقيق الفعالية والنجاحة في تنفيذها⁶.

¹ المادة 28 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² المادة 1/53 مرسوم تنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام.

³ المادة 1/54 مرسوم تنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام.

⁴ المادة 1/55 مرسوم تنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام.

⁵ المادة 1/56 مرسوم تنفيذي رقم 199/18 يتعلق بتفويض المرفق العام.

⁶ تيراي محمد أمين، الحماية الإجرائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2019/2018، ص، 12.

تطرح مكانة رقابة القاضي الإداري على أعمال وتصرفات الإدارة ليس من باب الترف الفقهي والقضائي والتشريعي إنما لما يترتب عن ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية، وأمثلة لذلك بمسألتين أساسيتين، الأولى تتعلق بمكانة الرقابة القضائية في حماية مبدأ المشروعية باعتبارها رقابة قانونية يتكلف بها القاضي الإداري دون غيره، والثانية تتعلق بانفصال الرقابة القضائية عن الرقابة الإدارية، تلك الرقابة التي كرستها التشريعات القانونية ضمن قوانينها الإجرائية بغية أن تنتهي بصدر حكم يتمتع بحجية الشيء المقضي به¹.

ولا شك أن الرقابة القضائية، كما تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر "هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما أنها تكفل رد هذه السلطات إلى حدود هذه المشروعية، إن هي تجاوزت الحدود"².

هذا وقد ذهبت جميع القوانين الإجرائية إلى التأكيد على إن تدخل القاضي الإداري لا يمكن أن يتحقق تلقائياً في المنازعات الحاصلة في أعمال الإدارة، بل أن تدخله يبقى رهين رغبة صاحب المصلحة في رفع دعوى قضائية، هذه الدعوى هي التي تمكن القضاء من بسط رقابته على تصرفات الإدارة.

تختلف ممارسة الرقابة القضائية باختلاف النظام القضائي المنتهج في الدولة³، وتعد الجزائر من الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج، أي أن المشرع الوطني أسس لنظام قضائي إداري مستقل عن النظام القضائي العادي⁴، إن تجسيد قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي بالجزائر كان بمناسبة إنشاء مجلس الدولة كهيئة قضائية مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية تقوم إلى جانب المحكمة العليا

¹ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص، 206.

² مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2012، ص، 5.

³ نظام القضاء الموحد، ونظام القضاء المزدوج.

عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص، 21.

⁴ عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار النشر ENCICLOPEDIA، الجزائر، د س ن، ص، 11.

كهيئة قضائية عادية¹، واعتناق المشرع لهيكل النظام القضائي المزدوج جعله يعمل على إصدار مجموعة من النصوص القانونية تطبيقاً له².

ومن العوامل التي زكت التوجه القضائي الإداري المستقل، رغبة المشرع الوطني في إيجاد قضاء متخصص يفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها³، خاصة أن القضاء الإداري يتميز في طبيعته ودوره عن القضاء المدني⁴، إذ ليس يخفى عن أحد أن من خصائص القضاء الإداري انتهاجه منهج الإبداع، وإيجاد الحلول القانونية لمستجدات المنازعات القضائية. إذ جاء عن المحكمة الإدارية العليا، قولها "إن القضاء الإداري يتميز عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب، وبهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات حسن سيرها، وإيجاد مراكز التوازن بين ذلك وبين المصالح الفردية، فابتدع نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن وسبق بها القانون الخاص سواء أكان ذلك في علاقة الحكومة بالموظف، أم في المرافق العامة وضرورة استدامتها وحسن سيرها"⁵. خاصية الإبداع تأت له من خلال إلمامه بأعمال الإدارة والموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وواضح أن ما ذكره أحد الفقهاء يعبر حقيقة عن ذلك، إذ جاء في قوله "أما في الحقوق العامة، فعلى العكس، إذا قام نزاع بين الصالح العام والصالح الخاص، فينبغي ترجيح كفة الصالح العام، وهذا لا يعني أن تضحي المصلحة الخاصة عفواً أو اعتباطاً،... إن هذا التوفيق بين

¹ المادة 152 الدستور الجزائري لسنة 1996.

² القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو عام 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. ج.ر.ج.ع 37 المؤرخة في 6 صفر عام 1419 الموافق 1 يونيو سنة 1998. القانون رقم 02/98 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو 1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية. ج.ر.ج.ع 37 المؤرخة في 6 صفر عام 1419 الموافق 1 يونيو سنة 1998.

القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 8 صفر عام 1419 الموافق 3 يونيو سنة 1998، يتعلق باختصاصات محكمة النزاع وتنظيمها وعملها. ج.ر.ج.ع 39 مؤرخة في 12 صفر عام 1419 موافق 7 يونيو سنة 1998. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 موافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر.ج.ع 21 مؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 موافق 23 أبريل سنة 2008.

³ محمد الصغير بعلي، النظام القضائي الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص، 40.

⁴ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص، 60.

⁵ مجموعة المبادئ القانونية، المحكمة الإدارية العليا، مصر، س الأولى، ع 3، ص، 708. نقلاً عن:

عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، منشورات جامعة حلب، سوريا، د س ن، ص، 27.

المصلحة العامة والمصلحة الخاصة هو الغرض الأساسي للحقوق العامة. وقواعد سير المرافق العامة هي حلول التوفيق التي أبدعها فقهاء الحقوق العامة¹.

والملاحظ أنه إذا كان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أعطى للإدارة سلطة إبرام الصفقة العمومية، هذه السلطة وما يتبعها من امتيازات توجب على الشخص صاحب المصلحة أن يتجه إلى مباشرة إجراءات التقاضي ورفع دعوى على المصلحة المتعاقدة إذا رأى هناك خرق للمقتضيات والإجراءات الشكلية المحددة تشريعاً لصحة الصفقة العمومية، ومعلوم أن القاضي المختص بمراقبة سلامة وصحة الصفقة العمومية واتفاقها مع المقتضيات القانونية العامة التي نصت عليها المادة الخامسة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو القاضي الإداري والذي عليه العمل على التأكد من مدى التزام المصلحة المتعاقدة باحترام الإجراءات الشكلية الخاصة بإبرام الصفقة العمومية، لما لهذه الحماية من أهمية في حماية المال العام وتحقيق المصلحة العامة²، خاصة أن الواقع سجل ذبوع وانتشار ظاهرة التلاعب والغش الذي أضحى يرافق إبرام عقود الصفقات العمومية، وكان من الطبيعي أن لا تتجاهل التشريعات القانونية هذه الظاهرة³، على هذا الأساس أعطى المشرع والقانون المقارن للقاضي الإداري سلطة الرقابة على سلامة وصحة الصفقة العمومية⁴. والنتيجة المترتبة على ذلك أن الإدارة نجدتها دائماً في مركز المدعى عليه.

ولا بد أن نشير في هذا الإطار، الكل متفق أن القضاء الإداري في عقود الصفقات العمومية يملك بصورة عامة نوعين من الولاية على المنازعات التي يختص بها، الأولى تخص قضاء الإلغاء، والثانية تتعلق بالقضاء الكامل⁵، لذلك يجب إبراز نوع الدعوى المتصلة ببطلان الصفقة العمومية. دون أن ننسى

¹ عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص، 77.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص، 550. محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص، 266.

³ محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2013/2014، ص، 13.

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2008، ص، 187. عبد العزيز شرابي، فريد خلاطو، الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية مساهمة من أجل تجاوز العقبات العالقة، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ع 34، 2014، ص، 117.

⁵ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص، 106.

في هذا الصدد أن الدعاوى الإدارية أنواع، دعوى الإلغاء، دعوى التفسير، دعوى القضاء الكامل، دعوى فحص المشروعية. إذ نصت المادة 801 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

ومن جهة أخرى، الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية جعلت التشريعات القانونية تبحث عن رقابة قضائية حديثة لعقود الصفقات العمومية، فقد كان من الطبيعي جدا التنصيص على القضاء الاستعجالي قبل التعاقد بغية إصدار أحكام وقتية ومستعجلة، وعليه النص على القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في عقود الصفقات العمومية له ما يبرره، خاصة أنه يعالج الإجراءات التي يمكن للقاضي الاستعجالي اتخاذها بخصوص عقود الصفقات العمومية في حالة مخالفتها لالتزامات الإشهار والمنافسة، لأن المصلحة المتعاقدة كما سبق القول تستند على مبادئ المادة الخامسة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في إبرام عقودها ولا يمكنها التنصل من هذه المبادئ لأنها مشفوعة بسند دستوري، وبذلك فإن مخالفة الإدارة لهذه الأسس في إبرام صفقاتها العمومية يجعل منها عقود غير مشروعة. لذلك يكون من اللازم الإطلاع على إجراءات وشروط رفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد وسلطة القاضي في إصدار أوامر للإدارة من أجل حماية الحقوق¹.

¹ نص المادة 946 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

مع الإشارة أن القضاء الاستعجالي الإداري يختلف عن القضاء الاستعجالي العادي، لأن مصلحة الخصوم أمام القضاء الاستعجالي الإداري غير متكافئة، إذ مصلحة الإدارة هي مصلحة عامة تعلق على مصلحة المتعامل الاقتصادي التي هي مصلحة خاصة¹.

وعموما، فإن رقابة القاضي الإداري على عقد الصفقة العمومية تعد رقابة قضائية منفردة بذاتها، كما سبق الذكر أعلاه، يختص برقابة القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، وهو قاضي الإلغاء، وتظهر هذه الرقابة أيضا قبل إبرام العقد من خلال النص على القضاء الاستعجالي الإداري، إلى جانب اختصاص القضاء الكامل.

وعلى هذا الأساس ستكون الدراسة وفق التقسيم التالي:

الفصل الأول: مظاهر بطلان عقد الصفقة العمومية

الفصل الثاني: قواعد العدالة أساس قانوني لمعالجة آثار بطلان الصفقة العمومية

¹ لعروسي الإدريسي الحسني، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط، المغرب، 2010، ص، 134.

الفصل الأول: مظاهر بطلان عقد الصفقة العمومية

كما سبق القول، أن عقد الصفقة العمومية يعد من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة العمومية في الوقت الراهن، باعتباره الآلية القانونية الخاصة لتلبية حاجياتها، والمصلحة المتعاقدة وهي بصدد تلبية حاجياتها فهي تستخدم في ذلك أموال عمومية خالصة، ولذلك أصبحت الصفقات العمومية تمثل مجالاً خصباً لمظاهر الفساد الإداري والمالي، بل لم تسلم الإدارة العمومية من انحراف الموظف العمومي بسلطته لمصلحته الخاصة، وأمام هذه الظواهر السلبية التي أثرت بشكل أساسي على الحركة الإنمائية للدولة، ورغبة من التشريعات القانونية في ضمان نزاهة الصفقات العمومية وتفادي الإضرار بحقوق المتعاملين الاقتصاديين، ومحاربة مختلف أوجه الفساد الإداري والمالي، دفعت بهم على ضبط عملية إبرام الصفقة بسياج من القواعد والأحكام القانونية الآمرة التي يجب التقيد بها والالتزام بها بغية ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام¹.

ولا شك أن المشرع الوطني كما سبق الإشارة إلى ذلك قد سار على هذا المنحى، حيث خص الصفقة العمومية من وقت تحديد الحاجيات إلى غاية الإبرام بمجموعة من المبادئ والإجراءات الشكلية الكفيلة بتحقيق أبعاد المصلحة العامة، لأن غاية هذه الإجراءات الشكلية ضمان الشافية والمساواة والمنافسة، ضمن حسن تطبيق قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

لا يمكن لشخص، أن يناع في كثافة القواعد الإجرائية التي تضمنها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في هذا السياق يبدو أن هاجس المشرع كان يتمثل في ضمان تحقيق أبعاد المصلحة العامة من خلال مبادئ الشافية والمنافسة والمساواة كما سبق القول، على هذا الأساس، فإن هذه الإجراءات والقواعد الشكلية يجب تستمد أهميتها القانونية من الجزاء الذي يترتب عن عدم احترامها وعدم التقيد بمقتضياتها، لأنه لا يمكن لهذه القواعد الإجرائية والمبادئ الأساسية التي نصت عليها المادة 5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن تؤدي الدور والوظيفة المحدد لها من قبل السلطة العامة، دون جزاء قانوني كفيل بإعطاء النص القانوني الموجب للصفقة العمومية قوته الإلزامية.

¹ مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص، 31.

قراءة الأحكام القانونية الواردة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فقط، تجعلنا نقر بحقيقة قانونية مفادها أن المشرع لم يذكر كلمة البطلان، لذلك أثارت مسألة بطلان الصفقة العمومية جدلاً واسعاً في أوساط الباحثين في قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام، حول وجود جزاء البطلان من عدمه. سلم الاتجاه الأول بإنكاره لفكرة بطلان الصفقة العمومية، في حين وقف اتجاه ثانٍ من الفقه عند مسألة قانونية مهمة، مفادها أن المشرع عند إقراره للمقتضيات الشكلية التي تضبط عملية إبرام الصفقة العمومية، هدفه أولاً وجوب احترام هذه الضوابط الشكلية باعتبارها شروط صحة ونزاهة الصفقة العمومية، فإذا اختلفت تلك الضوابط والقيود القانونية فإن ذلك يبرر التصريح ببطلانها وعدم مشروعيتها. من ناحية ثانية أن المشرع عند تحديده للجزاء في حالة خرق وعدم التقيد بالشكليات والإجراءات القانونية المحددة والتي تندرج تحت غطاء المنافسة والشفافية والمساواة، لم يقف عند مستوى واحد من الجزاء، وإنما جعله على مستويين، المستوى الأول يخص بطلان الصفقة العمومية من منطلق أن جزاء البطلان هو مسألة بدئية لا تحتاج إلى نص قانوني، لأن القاضي الإداري يتحدد دوره أساساً في احترام مبدأ المشروعية¹، والمستوى الثاني أن المشرع أقر بشأنها عقوبات جنائية.

ما يركي هذا الطرح القانوني، نص المادة 55 قانون رقم 01/06 التي ذكرت صراحة كلمة البطلان، بنصها على أنه "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية المختصة التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

لا شك أن تطبيق أحكام المادة 5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق التي تؤكد على ضرورة احترام مبدأ العلانية والمساواة والمنافسة عند إبرام الإدارة الصفقات العمومية، هذه المبادئ أضحت تشكل عند فقهاء القانون الإداري ركن المشروعية في عقود الصفقات العمومية²، ومن ثم فإن الإخلال بها وتجاوزها هو المدخل الرئيسي والضروري لرقابة المشروعية التي يتولاها القاضي الإداري ويبسطها على عقود الصفقات العمومية بحيث إذا تم المساس بمظاهرها كان تصرف الإدارة غير مشروع

¹ عبد القادر باينة، مرجع سابق، ص، 34.

² إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص، 146

يستوجب الطعن بإلغاء وإبطال تصرفها، لأن القول بخلاف ذلك سيجعل القانون الإداري، غير قادر على استيعاب نظرية البطلان في العقود.

ومن ثم، نجد أن الاتجاه الذي أنكر نظرية بطلان الصفقات العمومية بحجة أن عبارة البطلان لم ترد في نصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فقد تبنى التفسير الضيق، في حين كان يجب الأخذ بالتفسير الواسع للنصوص، لتتماشى هذه الأخيرة والمنطق القانوني، لأن تشريعات الصفقات العمومية تربط صحة وسلامة عقد الصفقة العمومية على احترام الإجراءات الشكلية التي قررتها لاختيار المتعامل المتعاقد، واعتبارا لذلك، لم تعد الإدارة حرة في اختيار المتعامل المتعاقد.

إذا كانت الصفقة العمومية كما سبق القول، تخضع لمجموعة من الإجراءات الشكلية، إلا أن ذلك لا يغير من طبيعتها العقدية، حيث تقوم على أساس توافر إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة، وعلى ذلك يجب أن يتوافر في عقد الصفقة العمومية ما يتوافر في العقد المدني هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية إذا كان من المسلم به فقها وتشريعا وقضاء، أن نظرية البطلان في العقود الإدارية أخذت أساسها من نظرية البطلان في القانون الخاص، إلا أنها تبقى دائما وعلى الدوام متأثرة بخصوصية العقد الإداري الذي تغلب فيه المصلحة العامة على المصلحة الفردية.

هذا التأثير يفرض علينا دراسة مضامين نظرية البطلان في القانون الخاص، غير أن دراستنا لمدى التأثير يأخذ بعدا شموليا من خلال محاولة تكييفها، وبيان تأثيرها على العقود الإدارية.

المبحث الأول : توظيف نظرية البطلان في العقود الإدارية

ارتباط المرافق العامة بالظواهر الاقتصادية والاجتماعية، جعل القضاء الإداري يبحث ويفكر باستمرار عن ضمانات قانونية جديرة بالرقابة عن النشاط الإداري من منطلق أن تلتزم الإدارة في تصرفاتها التعاقدية بمبدأ المشروعية، واعتبارا لحماية مقتضيات وأبعاد المصلحة العامة، لجأ القضاء الإداري إلى توظيف نظرية البطلان المقررة في القانون الخاص على العقود الإدارية بما يتلاءم وطبيعة وخصوصية هذه العقود، وهو ما يعني أنها لم يعد ينظر إليها كوسيلة لتلبية حاجيات المرفق العام بل وسيلة لتحقيق غاية كبرى هي تحقيق المصلحة العامة¹.

هذه الفكرة عبر عنها الفقيه طعيمة الجرف في جملة رائعة، مفادها " أن القانون المدني لا يمثل أهم فروع القانون الخاص فحسب، ولكنه يعتبر كذلك المرجع الأساسي الذي تعتمد عليه بقية فروع القانون الوضعي في معظم نظرياتها وأحكامها ومبادئها، بما في ذلك القانون الإداري. بحيث لم يكن القضاء الإداري يملك أن يبعد تطبيقه إلا عندما تكون نصوصه قد تعطلت بنصوص خاصة. فإنه لا يزال ثابتا كذلك أن الفقه والقضاء الإداريين قد استعانا كثيرا بالأصول المقررة في القانون المدني، بل وقد استعار كثيرا من هذه الأصول بعد أن طورها وعدلوا فيها بما يلاءم البيئة الجديدة التي انتقلت إليها"².

من خلال ما تم ذكره، فإن موضوع توظيف نظرية البطلان المقررة في القانون الخاص على العقود الإدارية يقتضي منا تأصيل نظرية البطلان في سياقها الأصلي التي ظهرت فيه أولا، ثم كيف وظفت في نطاق عقود الصفقات العمومية.

المطلب الأول: واقع نظرية البطلان

يعتبر عقد الصفقة العمومية من العقود الإدارية المهمة التي وقفت عندها التشريعات القانونية لتأطيرها وتفصيل أحكامها القانونية، خاصة أنها عقد يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول، ومن ثم ألزم نفسه

¹ أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص، 41.

² طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978، ص، 78.

بتنفيذه بما يتفق مع مبدأ حسن النية الواجب توافره في التصرفات القانونية¹، هذا يعني إن تمييز العقد المدني عن العقد الإداري لا يشكل أية صعوبة قانونية في تحديد الحالات التي ينحل فيها العقد، لأن العقد الإداري رغم خصوصيته الذاتية تأثر إلى حد ما بنظرية بطلان العقود المدنية.

لذلك يمكن القول، أن العقد الإداري يتفق مع العقد المدني من حيث الأركان والآثار، وبالتالي فإن خصوصية العقد الإداري ليس لها أي تأثير على مضمون العقد وجوهره.

ونشير في هذا المجال إلى استبعادنا لتناول التطورات التاريخية في هذا البحث، وذلك لقلّة الاستفادة منها، خاصة في وقت أصبح فيه قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق يعج بالقواعد القانونية الآمرة، بحيث لم تعد المصلحة المتعاقدة حرة بشكل مطلق في إبرام عقود الصفقات العمومية، وخلاصة القول أن القواعد المرتبطة بالنظام العام أصبحت واضحة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، زيادة على اعتماد الشكلية، في تأطير العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، كتحديد البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها إجراء طلب العروض².

وفي هذا الإطار، كان لابد من التعرّيج على نظرية البطلان في القانون الخاص، ويزداد الاهتمام بتوضيح معالمها، لما عمل القضاء الإداري على تكريس هذه النظرية في مجال العقود الإدارية.

الفرع الأول: أساس نظرية البطلان

تعتبر نظرية البطلان من النظريات التي وجد أساسها القانوني في القانون الروماني عامة³، وبمقتضى ذلك، فإن صحة التصرفات في القانون الروماني كانت تستند بالدرجة الأولى على احترام شكل معين، لأن الإرادة المجردة في ذاتها لم تكن كافية لكي تنتج أي أثر قانوني إلا إذا عبر عنها في الشكل المعين، ومن ثم فلا قيمة قانونية للإرادة إذا لم تصب في قالب مرسوم، أي أن الشكلية هي التي تجعل

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1989، ص، 314.

² برهان زريق، مرجع سابق، ص، 4.

³ هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكنب القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص، 20. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص، 46.

العقد صحيحا سواء كانت هناك إرادة أو لم تكن، وسواء كانت هذه الإرادة صحيحة أو غير صحيحة لأن القانون الروماني في مرحلته الأولى لم يكن يعرف مبدأ سلطان الإرادة¹.

وانطلاقا من ذلك التاريخ، استقر القانون الروماني القديم على القاعدة " إن الدعوى لا تنشأ بمجرد الاتفاق"، وإذا كان الأمر كذلك، فهذا يعني أن القانون الروماني، لا يعرف مطلقا أن للعقد أركان وإنما يكتفي بالشكلية لكي يكون العقد قائما وصحيحا، لأن في نظره أن الإرادة في ذاتها عاجزة عن إحداث أي أثر²، والخلاصة أن القانون الروماني في تلك الحقبة لم يستقر على أحكام نظرية البطلان³.

لكن مشاكل الأجانب، جعلت الرومان يهتدوا إلى جانب القانون المدني الروماني الذي يضبط العلاقات القائمة بين الرومانيين الأصليين، إلى قانون ثان يخص الأجانب سمي بقانون الشعوب⁴ الذي كان له الفضل الكبير في ترسيخ مبدأ الرضائية.

وبطريق النظرة التجريدية وبعد تحرره من الشكليات، أصبح القانون المدني الروماني يأخذ بنظرية البطلان، والأدهى من ذلك، أن القاعدة الشكلية التي تقضي بصحة التصرف تغيرت وأصبحت كالاتي " أن الرضا هو الركن الأساسي الأول في العقد، فإن تخلف كان العقد باطلا حتى ولو أفرغ في الشكل الرسمي الذي حدده القانون. وعلى العكس من ذلك فإن نشأ العقد عن إرادة صحيحة وسليمة إلا أنه بطل شكلا فإن مثل هذا البطلان لا يعدم العقد بأكمله، وإنما ينتج بعض الآثار في حدود معينة باعتباره تعهدا اتفاقيا"⁵. تنامي المعاملات التجارية، وهي غاية من الغايات التي جعلت نظرية البطلان تتجسد شيئا فشيئا،

¹ فكان الشكل في القانون الروماني هو جوهر التصرف القانوني، ومن ثم فإن الجزء القانوني الوحيد الذي يترتب عن مخالفة الشكل هو البطلان المطلق.

صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص، 448.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص، 48.

³ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، المغرب، 1987، ص، 34.

⁴ أو قانون الأجانب.

⁵ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، مرجع سابق، ص، 38.

إلا أن صار مبدأ، هناك بطلان مطلق يثار عند مخالفة القانون، والأخلاق الحميدة وحسن الآداب، وبطلان نسبي ينهض من توافر عيوب الإرادة¹.

ولقد كان طبيعياً أن يتأثر القانون الفرنسي بهذه النظرة القانونية، خصوصاً تلك الفكرة التي تقسم البطلان إلى نوعين، وهو الموقف الذي اعتمده الفقيهين دوما وبوهيه، في قولهم هناك "نوعان من البطلان، الأول وهو مقرر للمصالح العام، وذلك عندما يخالف التصرف حسن الآداب، أو أن يكون ممنوعاً لاعتبارات سياسية، ثم البطلان النسبي الذي ينظر فيه إلى المصلحة الخاصة للمتعاقد"².

ومما يجب ملاحظته، بهذا الشأن، أن البطلان المطلق أصبح لكل ذي مصلحة الحق في أن يتمسك به باعتباره يمس المصالح العامة ولا تطبق بخصوصه أحكام التقادم ولا ينتج أثر قانوني سواء في مواجهة الأطراف المتعاقدة أو الغير، وعبروا عن ذلك بعبارة كأن لم يكن، وعكس ذلك تماماً، البطلان النسبي الذي كان يحمي المصالح الخصوصية³.

إن عقدة التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي تعدتها إلى ظهور فكرة الانعدام كنوع من أنواع البطلان التي يمكن أن تثار في نطاق القانون الخاص، وتكمن مضمون فكرة الانعدام، التي يقال عادة إنها ترتبط باسم الفقيه الألماني زخاري عند شرحه لأحكام القانون المدني الفرنسي⁴، في كونه حاول أن يجد تاصيلًا قانونيًا وفقهياً لفكرة الانعدام لما يكون هذا الأخير مرتبطاً بالحالات التي لم ينص القانون بشأنها على حكم بالبطلان وفي ذات الوقت لا يمكن ترك العقد قائماً.

ويستند الفقيه زخاري، في تبرير رأيه، إلى نص المادة 18 وما يليها قانون مدني فرنسي التي حددت تحديداً حصرياً حالات بطلان الزواج، ومن ثم، صرح القضاء أنه لا بطلان في عقد الزواج إلا بنص، هذا الفقيه لم يستسغ هذا الرأي، إذ قال إن المشرع عندما نص على حالات البطلان لم يكن

¹ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1971/1970، ص، 06.

² برهان رزق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق، ص، 19. رمز طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دار نصر، مصر، 2016، ص، 26.

³ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والمقارن، مرجع نفسه، ص، 54.

⁴ رمز طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 27.

قصده إقرار صحة الزواج في حالة اتحاد الجنسين معا، فلا يقبل قانونا ترك الزواج قائما في هذه الحالة. على هذا الأساس نادى هذا الفقيه بفكرة الانعدام كمرتبة ثالثة من مراتب البطلان، مقيما تفرقة بين شروط وجود التصرف وشروط صحته، وفي رأيه أن الانعدام لا يحتاج إلى نص قانوني يقرره¹.

مع الإشارة، أنه لم يمس القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم الإجماع الحاصل والمستقر عليه فقها حول التقسيم الثنائي لنظرية البطلان، إلى غاية صدور قانون نابليون الذي أقر بنوع ثالث من الجزاء المدني وهو الانعدام²، وهكذا أضحت نظرية البطلان في القانون تتجاذبها نظريتان، النظرية التقليدية، وتقسم البطلان إلى انعدام³، والبطلان المطلق⁴، والبطلان النسبي⁵. وفي الجانب الآخر النظرية الحديثة التي استبعدت جزاء الانعدام واعتبرت أن البطلان المطلق هو الأصل والبطلان النسبي استثناء، وحجتها في ذلك أنه لا يمكن الفصل بين البطلان المطلق والانعدام خاصة فيما تعلق بالنتائج القانونية التي تترتب عنهما مما يفقد هذا التقسيم الثلاثي ضرورته القانونية والعملية⁶.

ومن المعلوم وفق أنصار النظرية الحديثة أن معيار التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي راجع أساسا إلى معيار الغاية من القاعدة القانونية والمصالح التي تحميها هذه الأخيرة، فنكون أمام بطلان مطلق إذا كان القصد منها حماية المصلحة العامة، ونكون أمام بطلان نسبي إذا كانت المصلحة المراد حمايتها هي المصلحة الخاصة⁷.

¹ رمز طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 28.

² إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، حل العقود، ج السابع، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د.س.ن، ص15.

³ وهو جزاء يترتب في حالة تخلف ركن من أركان التصرف القانوني.

عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1975، ص، 54.

⁴ ويثور في حالة صدور تصرف قانوني مخالفا للشروط التي يقرها المشرع لصحة أركان التصرف.

⁵ وتتجلى أهمية التقسيم الثلاثي عند الفقيه السنهوري، أن لكل لعقد أركان لا يقوم بدونها، وأن لكل ركن من هذه الأركان شروط يتعين توافرها حتى لا يختل، ومن هذه الأركان ركن الرضا الذي يجب أن يصدر عن ذي أهلية كاملة غير مشوب بعيب من العيوب الخاصة حتى يكون صحيحا.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص، 603.

⁶ محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص30.

⁷ زكي محمد محمد النجار، مرجع سابق، ص، 50.

وعلاوة على ما سبق، وعلى ضوء الانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية والنظرية الحديثة، ظهرت في المقابل نظرية تعدد البطلان التي ترى " أن القانون عين شروطا يجب توافرها في العقد حتى ينتج آثاره القانونية، وأن كل شرط من هذه الشروط مطلوب للوفاء بغرض معين، فإن اختل أحدهما كان العقد باطلا بما يتناسب مع هذا الشرط، وبذلك تتعدد أوجه البطلان وتتنوع مراتبه للأغراض أو الغايات التي توخاها القانون، هذا يعني أنه لا يوجد انعدام أو بطلان مطلق أو بطلان نسبي، بل بطلان غير متناهي العدد". في الجانب الآخر، جاءت نظرية وحدة البطلان التي دعت إلى جعل البطلان درجة واحدة أو مرتبة واحدة¹.

أولا: امتداد نظرية البطلان إلى القانون الإداري

من المسائل القانونية التي أثارت العديد من الجدالات الفقهية، والردود القضائية، في القانون الإداري نظرية بطلان تصرفات الإدارة، وقد ارتبط ذلك، بالتحويلات الهامة والنوعية التي طالت فكرة المرفق العام تحديدا. فبالإطلاع على تطور فكرة البطلان في القانون الإداري، نلاحظ أنها أول ما أثبتت أثبتت في نطاق القرارات الإدارية.

أ: مبررات انعدام القرارات الإدارية

وأشير بداية في هذا الصدد، إلى أن فقهاء القانون الخاص استهجنوا في الأخير فكرة الانعدام واستقروا على تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي.

ففي شأن الانعدام، توصل الفقيه لافيرير، إلى إبراز معالم فكرة الانعدام في القانون الإداري في تقريره المقدم إلى محكمة التنازع، باعتباره مفوضا للحكومة في قضية laumonier-carriol سنة 1877، وتخص هذه القضية رغبة الحكومة الفرنسية في احتكار صناعة أعواد الثقاب، لتحقيق ذلك، كان لابد لها أن تنزع ملكية المصانع المتخصصة في هذه الصناعة من أصحابها مقابل تعويض مالي عادل، هذا الحل رفضه وزير المالية لأنه يكلف الخزينة الفرنسية مبالغ مالية ضخمة، مما أدى به إلى أمر المحافظين

¹ "خير من التقسيم الثنائي، الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها، هي البطلان المطلق... فالعقد الباطل بطلانا نسبيا لا يعدو في مآله أن يكون عقدا صحيحا، إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم، أو عقدا باطلا بطلانا مطلقا إذا تقرر بطلانه... ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان، يندمج فيه البطلان النسبي كما اندمج فيه الانعدام". عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص، 637.

بإغلاق بعض المصانع بحجة عدم حيازتها لرخصة إدارية تسمح لها بممارسة صناعة أعواد الثقاب. فطعن الملاك في هذا القرار، وحثهم في ذلك أن الإدارة لجأت في سبيل تحقيق مصلحتها المالية استعمال سلطتها البوليسية.

عند مناقشة الفقيه لافريير لهذا النزاع أمام محكمة التنازع أوضح أن الاعتداء على الحقوق الفردية بهذه الطريقة التعسفية يجرّد القرار الإداري من كل صفة إدارية، ويكون تنفيذه مكوناً لاعتداء مادي¹.

وتبعاً لما سبق، يشكل الانعدام جزاء قانونياً عند هذا الفقيه، في الحالات الآتية:

— حالة صدور قرار إداري من شخص لا يملك أصلاً سلطة إصدار القرارات الإدارية،

— حالة الاعتداء على اختصاصات وسلطات إدارية أخرى،

— إذا كانت الغاية من إصدار القرار الإداري تبتعد عن مدلول المرفق العام.

هذه الأحوال لا يمكن وصفها بالبطلان، وإنما بالانعدام.

لم يقف الأمر عند الاعتراف بفكرة الانعدام في القرارات الإدارية، بل تطور هذا الاعتراف إلى خلاف فقهي وقضائي حول تحديد المعيار الذي يمكن الاستناد عليه للتفرقة بين القرارات المعدومة والقرارات الباطلة.

ب: المعايير الفقهية

اختلف فقهاء القانون الإداري اختلافاً جوهرياً في تحديد معيار التمييز بين القرار المعدوم

والقرار الباطل، غير أنه في جميع الأحوال لا يخلو معيار التمييز من الصور الآتية²:

— معيار اغتصاب السلطة¹،

¹ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 47.

² رمزي طه الشاعر، مرجع نفسه، ص، 199.

_ معيار الوظيفة الإدارية،

_ معيار الظاهر،

_ معيار تخلف الأركان².

ويمكن القول، أن هذه الاتجاهات على دقتها ووجاهتها، لم تدرك، وجه الحقيقة في تحديدها لحالات الانعدام تحديدا جامعا مانعا، هذا الاختلاف وعقدة الإشكال بين فكرة الانعدام والقرار الباطل كان له وقع كذلك على قرارات القضاء الإداري، حيث كان في فترة معينة يرى أن المعيار الوحيد الذي يمكن الاستناد عليه للتمييز بين القرار المعدوم والقرار الباطل هو معيار اغتصاب السلطة فقط، ومن ثم يعد القرار معدوما إذا لحقه عيبا جسيما فقط، ويكون باطلا إذا كان المخالفة يسيرة³. وفي قرارات قضائية أخرى نجده لم يحصر حالة انعدام القرار الإداري في الخطأ الجسيم فقط بل سحبها على كافة حالات مخالفة القواعد القانونية سواء كان الخطأ في المخالفة جسيما أو يسيرا⁴.

ثانيا: أثر الانعدام وأثر البطلان

يبدو أنه تجب التفرقة بين آثار الانعدام، وآثار البطلان، إذ أن وظيفة الانعدام تظهر في وظيفتين، وظيفة تكمن في كونه يعتبر القرار لا يتمتع بقربنة الصحة منذ صدوره، على خلاف القرار الباطل الذي يتمتع بهذه الصحة إلى غاية صدور حكم قضائي بإلغائه، ووظيفة تظهر في كونه مصدرا للاعتداء

¹ يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن القرار الإداري يكون معدوما في حالة عدم الاختصاص الجسيم، مع اختلافهم في تحديد حالات عدم الاختصاص الجسيم.

مباركي إبراهيم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2017/2016، ص، 338. صالح علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2002، ص، 134.

² قياسا على فكرة العقد، رأى أنصار هذا الاتجاه أن القرار الإداري يقوم على أركان يترتب على تخلفها انعدام القرار، هذه الأركان هي الإرادة، والمحل، والسبب. ويكون القرار باطلا إذا تخلفت شروط صحة القرار الإداري، وهي تنحصر في الشكل والاختصاص، وعدم التعسف في استعمال السلطة، وعدم مخالفة القانون.

رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 229. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص، 252. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص، 498.

³ رمزي طه الشاعر، مرجع نفسه، ص، 107. محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص، 43.

⁴ رمزي طه الشاعر، مرجع نفسه، ص، 190.

المادي على خلاف القرار الباطل الذي لا يترتب عليه الاعتداء المادي حتى بعد صدور حكم ببطلانه من قبل القضاء.¹

الفرع الثاني: قراءة في أحكام نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري

جدير بالذكر أن الاختلاف الذي ثار بشأن تقسيم البطلان إلى مراتب في القانون الخاص لم يسلم منه فقهاء القانون الإداري، وإن كان الاتجاه الحديث يسير نحو تقسيم بطلان العقود الإدارية إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي، حيث كانت الغاية من ذلك، التمييز بين مراتب البطلان على النحو المعمول به في القانون المدني، على اعتبار أن العقد الإداري عقد بمعنى الكلمة².

وتجدر الإشارة في هذا الشأن، أن الفقيه دوجي يرى أن القواعد القانونية تنبع جميعها من فكرة التضامن الاجتماعي، وأن فكرة التعاقد في جميع العقود تتحقق بنشوء التزامات متقابلة، غير أن طبيعة المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها كل عقد هي التي اقتضت إيجاد أحكام خاصة بالعقد الإداري. لأن العقد الإداري له اتصال مباشر بأداء الخدمات العامة وإشباع الحاجات المختلفة للجمهور، لذلك حرصت التشريعات القانونية على النص صراحة على وجوب احترام مقتضيات خاصة إلى جانب تمتع الإدارة بسلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ورغم هذه المقتضيات الخاصة بقي العقد الإداري محافظا على طبيعته العقدية التي تستلزم أن تثور بشأنه أحكام البطلان مثل ما هو معمول في العقد الخاص³.

نص المشرع على أحكام البطلان في القسم الثاني مكرر من الباب الأول قانون مدني للتدليل على وجود فكرة عدم صحة التصرفات، ومن هنا تبتدئ أهمية صحة التصرف كحلقة مؤثرة ضمن حلقات مسلسل إنتاج العقد لآثاره القانونية، كما نستطيع القول أن المشرع استعمل لفظ الإبطال للدلالة على معنى البطلان النسبي⁴.

ومن هنا نرى، أن أسباب البطلان في القانون الوطني تتحدد وفق الترتيب الآتي:

¹ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 309.

² محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص، 38. عائشة السنوسي محمد الدرويش، مرجع سابق، ص، 89.

³ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 05.

⁴ هذا يعني أن المشرع لم يأخذ بالانعدام.

_ انعدام الأهلية باعتبارها عنصرا أساسيا في الرضا، يوجد بوجودها الالتزام، وينعدم بانعدامها، حاصل ما تم ذكره، يمكن القول، أن الأهلية شرط من شروط صحة الرضا، فإن انعدمت انعدم الرضا وأضحى العقد باطلا، وإن كانت الأهلية موجودة ولكن اعترافا النقص، كان الرضا معيبا وفتح الباب على تطبيق أحكام الإبطال،

_ تخلف المحل وعدم مشروعيته، فمقتضى هذا السبب أساسه القانوني نص المادة 92 قانون مدني وما يليها، فهذه المواد تشترط أن يكون المحل موجودا ومعينا ومشروعا،

_ عدم وجود السبب وعدم مشروعيته وفقا لأحكام المادتين 97 و98 قانون مدني،

_ تخلف الشكلية في العقود، ولتحديد مضامين الشكلية، يتعين الرجوع دائما إلى النص الذي يشير إلى الشكلية لمعرفة مداها،

_ إذا كان هناك مقتضى قانوني يقرر البطلان.

المطلب الثاني: تمييز البطلان عن الجزاءات المشابهة له

سبق القول أن عقد الصفقة العمومية كبقية العقود الأخرى يستمد قوته من الإرادة الحرة لطرفيه، بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يترتب من التزامات تعاقدية، مادامت الرابطة العقدية قائمة. على هذا الأساس عرف العقد الإداري بأنه اتفاق بين إرادتين في سبيل توليد مراكز قانونية¹. بل هناك من فقهاء القانون الإداري من أنكر كلية صفة الإذعان عن عقد الصفقة العمومية، من منطلق أن الشروط غير المألوفة المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم تفرض على المتعامل المتعاقد فرضا، وإنما كانت نتيجة دراسة المتعامل المتعاقد لشروط التعاقد المحددة في دفتر الشروط بصورة متأنية ثم قبولها، وبقبوله هذه الشروط يكون المتعامل المتعاقد قد قبل شروط العقد كقانون يحكم بينه وبين الإدارة².

¹ أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بغداد، العراق، 2013، ص، 38.

² عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام التعاقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، د.س.ن، ص، 47.

على هذا الأساس، أن العقد إذا انعقد صحيحاً فإنه يلزم طرفيه، ويجب على المتعاقدين أن يفيا بالالتزامات التي يرتبها، كما لو كان القانون هو الذي يفرض هذه الالتزامات عليهما، لذلك أوجدت التشريعات القانونية أنظمة قانونية تهدف إلى حماية القوة الملزمة للعقد.

الفرع الأول: تمييز البطلان عن فسخ الصفقة العمومية

بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتضح أن المشرع ألقى على عاتق المصلحة المتعاقدة واجب ضمان حسن الأداء والتنفيذ الدقيق لشروط العقد من لحظة إبرام الصفقة العمومية إلى غاية استلامها، إذ نصت المادة 1/148 و 2 و 3 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "عند انتهاء الخدمات، موضوع الصفقة يجب على المتعامل المتعاقد إعلام المصلحة المتعاقدة كتابياً بتاريخ انتهائها.

ويتم عندئذ، القيام بالعمليات القبلية للاستلام التي يحدد أجلها في دفتر الشروط والصفقة. وتدون نتائج هذه العملية في محضر. وبناء على هذا المحضر، تقرر المصلحة المتعاقدة إما استلام الصفقة وإما عدم استلامها.

وإذا قررت المصلحة المتعاقدة عدم استلام الصفقة، فعليها إصدار قرار عدم الاستلام وتبليغه للمتعامل المتعاقد".

ضمان حسن الأداء والتنفيذ الملقى على عاتق الإدارة في العقود الإدارية، ألزم التشريعات القانونية منح المصلحة المتعاقدة سلطات وامتيازات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، تمكنها من مباشرة سلطتها في التوجيه والإشراف. من مظاهر هذه السلطة، حق الإدارة في إدخال تغييرات على عقد الصفقة العمومية سواء بالتعديل أو الفسخ¹، دون أن يكون للمتعامل المتعاقد الحق في الدفع بمبدأ العقد

¹ سلطة المصلحة المتعاقدة في تعديل عقد الصفقة العمومية، يجب أن يكون منصبا فقط على الشروط اللاتحوية الخاصة بتسيير المرفق العام دون الشروط التعاقدية والخاصة بالمقابل المالي، إذ قررت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3511 لسنة 47 قضائية بتاريخ 2005/12/20 أنه "حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تنحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة فالشروط المتعلقة بتحديد المقابل النقدي في العقد شروط تعاقدية وتنحدد باتفاق الطرفين ولا يملك أي طرف التحلل منها أو تعديلها بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر".

شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين¹، لأن المسؤولية الملقاة على عاتق الإدارة في عقود الصفقات العمومية هي مسؤولية كبيرة مرتبطة بتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة العمومية نيابة عنها لا يعفيها على الإطلاق من مسؤوليتها، بل تبقى دائماً هي المسؤولة عن جميع الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمنتفع من هذه المشاريع. لأن التهاون في هذه المسألة يجعل عقود الصفقات العمومية عرضة للفساد المالي².

المسؤولية الملقاة على عاتق الإدارة في عقود الصفقات العمومية، اقتضت تضمين قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أحكام قانونية تمنح المصلحة المتعاقد سلطة فسخ العقد من جانب واحد وبدون خطأ من المتعامل المتعاقد كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، تطبيقاً لنص المادة 150 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³. ومن ثم إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن عقد الصفقة العمومية أصبح غير ضروري أو لم يعد يتماشى مع احتياجات المرفق العام، فيجب عليها بناء على مسؤوليتها في تحقيق المصلحة العامة أن تستخدم سلطتها التقديرية في موازنة مدى فاعلية الاستمرار في تنفيذ العقد من عدمه⁴. ومن ثم فإن احتياجات المرفق العام وضمان سيره بانتظام واطراد هي الباعث الأساسي الذي يدفع المصلحة المتعاقدة سواء إلى التعاقد، أو تعديله، أو فسخه⁵.

مسؤولية الإدارة عن إدارة المرفق العام، أكدت عليها أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، إذ جاء في حيثيات الحكم الأول، على إن " الإدارة إذا كانت لا تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق العام. وتعهد بهذه المهمة إلى الأفراد، فهي مع ذلك تظل المسؤولة عن إدارة المرفق العام والكفيلة بحسن سيره سيرا منتظماً، وتقضي وظيفتها هذه أن تشرف على النشاط الفردي

¹ المادة 106 قانون مدني.

² سعيد علي غافل، زينب محمد هادي، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، م الأول، ع 41، 2019، ص، 118.

³ تنص على أنه "يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

⁴ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 261.

⁵ هلال فرج إبراهيم الساحلي، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون خطأ المتعاقد، دراسة مقارنة في القانون المصري والليبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017/2018، ص، 3.

حين يساهم في تسيير المرفق العام"¹. كما قضت في حكم ثاني لها بتاريخ 1957/04/20، " أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجد المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. إذ أن مصالح الطرفين في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة وسيلة الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقود ولها حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين"².

مع الإشارة، أن المشرع أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على تضمين عقد الصفقة العمومية شروط الفسخ المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لأن المتعامل المتعاقد دوره في عقد الصفقة العمومية محصور في تنفيذ الالتزامات المحددة من قبل الإدارة، وفي حالة تخلفه عن تنفيذ التزاماته تتمتع الإدارة بصلاحيات استثنائية في فسخ الصفقة العمومية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. في هذا الشأن، تنص المادة 1/149 و 2 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعداراً ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

استناداً إلى هذا النص القانوني يمكن إقامة عدة معايير للترقية بين الفسخ وبين بطلان الصفقة العمومية، خصوصاً منها سببه القانوني، المتمثل في عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، ويكون عدم التنفيذ في غالب الأحوال، راجعاً إلى المتعامل المتعاقد أو إلى سبب أجنبي، أما سبب البطلان فإنه لا

¹ حكم محكمة القضاء الإداري، في 18/04/1952، المجموعة س 6 ص 812. نقلاً عن:

علي يوسف الشكري، محمد سالم عبد الكاظم، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، م الأول، ع 25، 2015، ص، 17.

² أحمد محمود جمعة، مرجع سابق، ص، 414.

يعود إلى عدم التنفيذ، بل مقتضياته تهم بالدرجة الأولى، خرق الأركان الجوهرية لقيام عقد الصفقة العمومية، منها عدم مشروعية المحل أو انعدامه، أو غياب السبب أو عدم مشروعيته، أو عدم احترام الإجراءات القانونية الآمرة التي يوجبها المشرع عند إبرام عقد الصفقة العمومية، أي مشروعية العقد¹.

هذه الصورة من الفسخ، رست عليها التشريعات القانونية، من ذلك حكم المادة 1/84 قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، بنصها على أنه "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط من شروطه، ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة"².

نستنتج مما تقدم، أن نظام الفسخ في قانون الصفقات وتفويضات المرفق العام يرد على عقد صحيح من جميع جوانبه القانونية ومنتجا لآثاره القانونية، كل ما في الأمر تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، لأن التزام المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة يجب أن ينتهي عادة بتنفيذ الأعمال المنصوص عليها عقديا، في حين أن البطلان يرد على عقد لم يتكون منذ إبرامه تكويننا سليما وفق ما تقتضيه النصوص القانونية، وعليه نلاحظ أن مجال تطبيق البطلان أوسع بكثير من مجال تطبيق الفسخ³. زيادة على ذلك، أن قوام بطلان العقد هو انعدام العقد بأثر رجعي⁴.

ولا يفوتنا الإشارة، أن الفسخ في قانون الصفقات العمومية نوعان، فسخ إنفرادي، وفسخ تعاقدى تطبيقا لنص المادة 151 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁵.

¹ محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الرقازيق، مصر، 1993/1992، ص، 327.

² كما قضت المادة 84 من اللائحة التنظيمية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، على أنه "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءات التالية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة: فسخ العقد...".

³ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص، 223.

⁴ محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985، ص، 187.

⁵ تنص على أنه "زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التعاقدى للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

كما يجب أن ننبه إلى نقطة قانونية في غاية الأهمية، تتمحور حول رفض القضاء الإداري قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار الفسخ، لأن هذا الأخير يعد من قبيل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود، إذ جاء عن المحكمة الإدارية العليا قولها "إن القرار الصادر بفسخ العقد لا يعتبر من القرارات الإدارية المنفصلة التي يجوز مخاطمتها بدعوى الإلغاء، وأساس ذلك أن فسخ العقد لا يعدو أن يكون إجراء تتخذه الإدارة كمتعاقد وليس كسلطة عامة..."¹.

الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الدفع بعد التنفيذ

يقوم العقد المدني على فكرة المساواة بين طرفيه، هذا الأساس أدى بالتشريعات القانونية إلى البحث عن وسيلة وآلية قانونية تحقق مبدأ المساواة بين المتعاقدين، فكانت هذه الوسيلة هي الدفع بعدم التنفيذ، باعتبارها السبيل الوحيد الذي يمكن أن يجسد مبدأ المساواة بين المتعاقدين².

والدفع بعدم التنفيذ يعرفه أحد الفقهاء، على أنه " هو حق كل متعاقد في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر في نفس العقد بتنفيذ ما عليه من التزام. والأساس الذي يقوم عليه هذا الحق هو نفس الأساس الذي يقوم عليه الحق في الفسخ، وهو الارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين. وإذا كان هذا الارتباط يبرر لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، فإنه يبرر له ومن باب أولى الحق في وقف تنفيذ التزامه إلى أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه"³.

الدفع بعدم التنفيذ نصت عليه المادة 123 قانون مدني جزائري، بنصها على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 1994/03/22، الطعن رقم 1654-36. نقلا عن:

حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص، 125.

² بلعور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص، 148.

³ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص، 198.

لذلك وفي سبيل ضمان حسن أداء المرافق العامة لنشاطها وتلبية حاجياتها، ودعمًا لحماية المصلحة العامة، جعل القضاء الإداري والتشريعات القانونية تخضع عقودها الإدارية لقواعد ومبادئ تختلف عن قواعد القانون الخاص، حتى يجعلها في منأى عن كل تصرف صادر من المتعامل المتعاقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة¹.

لذلك وضمنًا لاستمرار سير المرافق العامة وانتظامها وللحيلولة دون توقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته وتعطيل المرافق العامة، أفرز نظام قانوني يحكم عقد الصفقة العمومية وهو "وجوب استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ عقد الصفقة العمومية حتى لو أدى ذلك إلى حرمان المتعاقد من حقوق تعتبر أساسية في مجال عقود القانون الخاص ومنها عدم جواز تمسك المتعاقد في مواجهة الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ"². لذلك أن إخلال المتعاقد بالتزاماته لا يقف أثره على مجرد إخلال بالتزام تعاقده، وإنما فيه أيضا مساس مباشر بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد.

ويترتب عن ذلك، أن المتعاقد في عقد الصفقة العمومية لا يمكنه قانونًا استعمال وسيلة الدفع بعدم التنفيذ حماية له وتهديدًا للمصلحة المتعاقدة، بحجة أن المصلحة المتعاقدة لم تنفذ التزاماتها، لأنه لا يستطيع أن يتخذ موقفًا سلبيًا بالنسبة إلى عقد الصفقة العمومية، وهذا الموقف السلبي لا شك فيه ضرر مباشر بالمصلحة العامة، لذلك يتعين على المتعامل المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية حيال المرفق العام وإن امتنعت المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ التزاماتها³.

إذا كان الأصل العام في عقد الصفقة العمومية، أنه لا يجوز للمتعامل المتعاقد التمسك بوسيلة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة، بل أكثر من ذلك، يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعامل المتعاقد في الآجال المقررة فرض عقوبات مالية⁴، إلا أن مبدأ حسن النية في

¹ زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص، 38.

² مريم محمد أحمد، الدفع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، مجلة كركوك، العراق، 2011، ص، 486.

³ مريم محمد أحمد، مرجع سابق، ص، 486.

⁴ تنص المادة 1/147 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

تنفيذ العقود الذي يهدف إلى تحقيق العدالة، واستقرار التعاملات، وتخفيف المخاطر الاقتصادية التي يمكن أن تصيب أحد أطراف العلاقة العقدية¹، جعل القضاء الإداري يخرج عن تطبيق قاعدة عدم جواز اتخاذ المتعامل المتعاقد موقفا سلبيا عند تنفيذه لعقد الصفقة العمومية. ومن ثم "إذا أخلت الإدارة بالتزاماتها الجوهرية في العقد يتعذر معها استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد، كما هو الشأن في حالة تأخر المصلحة المتعاقدة في صرف مستحقات المتعاقد لمدة تتجاوز القدر المعقول، ففي هذه الحالة لا تستطيع الإدارة إلزام المتعاقد معها بالتنفيذ وتوقيع غرامة التأخير عليه إن لم يسلم الأعمال في المدة المحددة في العقد، خاصة إذا كان التوقف عن صرف المستحقات قد أثر تأثيرا كبيرا في المركز المالي للمتعامل المتعاقد وفي ظل افتراض ملاءة الإدارة"².

ومن هنا يتضح أن البطلان يختلف عن الدفع بعدم التنفيذ، حيث أن الدفع بعدم التنفيذ هو وقف تنفيذ العقد الصحيح، أما البطلان يبنى على تجاهل الإجراءات الشكلية المحددة تشريعا لاختيار المتعامل المتعاقد زيادة على تخلف أركان العقد المقررة في العقود العامة، أو إذا كان ركن الرضا معيبا وفسادا، وأن تخلف ركن من أركان العقد، في حكم الواقع وحكم القانون، يحول دون انعقاده أو وجوده، لأن العقد إما أن يكون صحيحا، وإما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا، أو بطلانا نسبيا³.

الفرع الثالث: تمييز البطلان عن إلغاء الإجراء أو المنح المؤقت

تنص المادة 73 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية".

¹ DENIS (M), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, éd, juris-classeur, paris, 1999, p, 613.

² حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 2009/06/09، الطعن رقم 11488، س 51 ق، نقلا عن:

مريم محمد أحمد، مرجع نفسه، ص، 488.

³ أنور طلبية، مرجع سابق، ص، 210.

يقصد بإلغاء المناقصة العامة "إقدام الجهة الإدارية التي أعلنت عنها على الإفصاح عن رغبتها بصرف النظر عنها والكف عن مباشرة إجراءاتها، وذلك عبر قرار إداري يصدر بإرادتها المنفردة"¹.

بذلك يذهب الفقه إلى القول، على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة تبقى دائما هي المسئولة عن إدارة المرفق العام الكفيلة بحسن سيره، تقتضي وظيفتها هذه، إلغاء المناقصة العامة أو طلب العروض إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ودون أن تتحمل المصلحة المتعاقدة في هذا الشأن أية تبعات قانونية عن هذا الإلغاء ما دامت غير متعسفة في ذلك². إذ جاء على لسان أحد الفقهاء أنه "من المتفق أن سلطة إلغاء العقد الإداري تكمن في مقتضيات سير المرافق العامة، وهي تستند في ذلك إلى سلطتها العامة، وتحقيقا لغايات هذه السلطة فهي متمتعة في ذلك بسيادة، ولذلك فإن عقود الصفقات العمومية تنشئ مركزا لائحيا يتصل بالمرفق العام، فإن حق الدولة في إلغاء العقد بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل، والواقع أن الدولة إذ تقوم بهذا الإلغاء إنما تتدخل كما سبق القول بصفقتها ممثلة للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام، من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة"³.

ذهب اتجاه أول من الفقه، في تبريره لسلطة الإدارة في الإلغاء، أن هذه السلطة تستمد أساسها القانوني في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، فهي سلطات توجد بذاتها سواء ورد نص قانوني بشأنها أو لم يرد، لأنها سلطات تركز على تحقيق مقتضيات الصالح العام، وهناك اتجاه ثان ذهب في تأسيسه القانوني لسلطة الإدارة في الإلغاء إلى وجود نصوص قانونية صريحة تقر بذلك⁴.

كما نلاحظ أن المادة 2/40 أعطت للمصلحة المتعاقدة الحق في أن تعلن عدم جدوى إجراء

طلب العروض في إحدى الحالات الآتية⁵:

_ إذا لم يتم استلام أي عرض،

¹ علي أحمد حسن اللهيبي، مرجع سابق، ص، 10.

² علي أحمد حسن اللهيبي، مرجع نفسه، ص، 10.

³ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص، 281.

⁴ إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة القداح، الكويت، 1989، ص، 119. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975، ص، 156.

⁵ وفقا لأحكام المادة 6/71 يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقترح إعلان عدم جدوى الإجراء.

_ عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة¹،

_ عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات².

أما المشرع المغربي، نص على حالات طلب العروض عديم الجدوى بمقتضى المادة 42 مرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية، إذ تصرح لجنة طلب العروض بهذا الإجراء في الحالات الآتية:

(أ) لم يتم تقديم أي عرض أو إبداعه،

(ب) لم يتم قبول أي متنافس على إثر فحص الملفين الإداري والتقني والملف الإضافي، عند

الاقتضاء،

(ج) لم يتم قبول أي متنافس على إثر فحص العرض التقني أو العينات أو النماذج المصغرة أو

الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى،

_ لم يتم قبول أي متنافس على إثر فحص عرضه المالي،

(هـ) لم يعتبر أي من العروض مقبولاً بالنظر لمقتضيات هذا المرسوم والمقاييس المحددة في

نظام الاستشارة³.

أما المادة 15 قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، نصت

على أنه "تلغى المناقصة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما يجوز إلغاؤها في أي من الحالات الآتية:

(أ) إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد، أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد.

¹ أي عدم مطابقة المقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

² مع الإشارة، أنه لا يبرر إعلان عدم جدوى طلب العروض اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، إلا في حالة إعادة طرح نفس طلب العروض للمرة الثانية وتم إعلانه عديم الجدوى كذلك، تطبيقاً لنص المادة 1/51 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ لا يبرر إعلان عدم جدوى طلب العروض للسبب الوارد في أ أعلاه، اللجوء إلى المسطرة التفاوضية، إلا في حالة إعادة طرح نفس طلب العروض للمرة الثانية وتم إعلانه عديم الجدوى كذلك.

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات.

(ج) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية".

أما المشرع التونسي، خص هذه الحالات بمقتضى المادة 69 أمر عدد 1039 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، بنصها على أنه "في حالة تواطؤ بين المشاركين أو البعض منهم، يجب على المشتري العمومي، بعد أخذ رأي لجنة مراقبة الصفقات العمومية، أن يعلن طلب العروض غير مثمر ويعيد الدعوة إلى المنافسة، كما يعلم المشتري العمومي الوزير المكلف بالتجارة بحالات التواطؤ البين وفي هذه الحالة يمكن للوزير المكلف بالتجارة رفع دعوى لدى مجلس المنافسة ضد أصحاب هذه العروض طبقاً للتشريع الجاري به العمل.

كما يتعين إعلان طلب عروض غير مثمر في صورة عدم تسجيل مشاركة في المنافسة أو في صورة عدم مقبولية العروض الواردة من الناحية الفنية والمالية.

كما يمكن للمشتري العمومي إلغاء طلب العروض لأسباب فنية ومالية أو لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وفي هذه الحالة يتعين إعلام جميع المشاركين".

من خلال هذا كله نخلص، أن التصريح ببطلان عقد الصفقة العمومية مؤداه منع تصرف قانوني من إنتاج آثاره القانونية، وقد سبق أن رأينا أن للصفقة العمومية شروط صحة يجب أن تتوفر فيها وإجراءات شكلية خاصة بكيفية اختيار المتعامل المتعاقد يجب الالتزام بها، فإذا اختلت تلك الشروط فإن ذلك يبرر طلب بطلانها فيصبح عقد الصفقة العمومية كأن لم يكن، ولا ينتج أي أثر لا في الماضي ولا في المستقبل، ولكن إلغاء الصفقة مرده الأسباب المحدد تشريعاً بنص المادة 40 ولا يمكن للإدارة التنازل عنه وهو ينتج بقوة القانون دون حاجة إلى وجوب تصريح القضاء به، لأن الإلغاء هو نظام قانوني خاص بمرفق عام يجب تفعيله متى اقتضت المصلحة العامة ذلك.

المبحث الثاني: صور بطلان عقد الصفقة العمومية

إذا كان عقد الصفقة العمومية يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المجسدة أساساً في توفير احتياجات المرافق العامة وضمان سيرها بصورة طبيعية ومنتظمة، فمن غير المعقول إبرامها بصورة مخالفة

للمقتضيات القانونية الضابطة لها، وهكذا، للقاضي الإداري سلطات واسعة في الرقابة على أعمال الإدارة، وتشمل الرقابة القضائية كل ما يثار بشأن عقد الصفقة العمومية، سواء تعلق الأمر بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، ومن ثم للقاضي الإداري سلطات واسعة تشمل بطلان العقد أو التعويض عن الأضرار أو الفسخ أو إبطال تصرفات الإدارة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية¹.

الثابت أن الأركان اللازمة لصحة العقد الإداري، كما هو الحال في عقود القانون الخاص، هي الرضا، والمحل، والسبب، ولكن هذه الشروط عامة تنطبق على كافة العقود، لا نرى موجبا يدفعنا إلى إعمالها بشأن عقد الصفقة العمومية إلا في حدود ما يتوجب علينا إبرازه من الخصوصيات التي تميز عقد الصفقة العمومية.

المطلب الأول: خرق الشكلية المحددة لمشروعية الصفقة العمومية

لقد فطنت التشريعات القانونية، لمشكل التلاعب الذي يمكن أن يحصل أثناء إبرام وتنفيذ عقود الصفقات العمومية، فنصت على مجموعة من القواعد والإجراءات الشكلية التي يجب أن تلتزم بها الأطراف المتعاقدة، لأنها إجراءات تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية المصلحة العامة وبدرجة ثانية حماية المتعامل الاقتصادي، الذي يسهل الإضرار بمصالحه، لذلك هذه الإجراءات، ما هي إلا وسيلة من وسائل ضمان صدق ونزاهة الصفقة العمومية وإلا كانت الصفقة باطلة بطلانا مطلقا.

الفرع الأول: البطلان بمقتضى قاعدة قانونية آمرة

تعرف الصياغة القانونية بأنها "مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تشده السياسة القانونية"، كما تعرف بأنها "عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل"².

القارئ لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتبين له أن المشرع استعمل أساليب مختلفة في صياغة النصوص القانونية المنظمة للصفقة العمومية، ومن الأساليب التي اعتمد عليها المشرع

¹ صالح علي شفيق، مرجع سابق، ص، 25.

² مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987، ص، 64.

في هذا القانون الصياغة الآمرة، والقاعدة القانونية الآمرة تعتمد في أساسها الأول على الألفاظ، ويعتبر المعيار اللفظي معيارا جامدا، يحاول المشرع عن طريقها الوصول إلى أهداف توخاها وقصدها¹.

في نطاق القاعدة القانونية الآمرة، نجد أن هذه الأخيرة تنص على أحكام قانونية آمرة ملزمة للكافة ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق على ما يخالفها يعد باطلا بطلانا مطلقا².

سبق القول أن النص القانوني هو القالب الذي تصاغ فيه القاعدة القانونية، وأسلوب معيار القاعدة القانونية الآمرة التي خص بها المشرع قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يظهر من خلال الألفاظ الواردة في هذا القانون، من ذلك لفظ "يجب"، إذ نص المشرع مثلا في المادة 8/52 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 65 من هذا المرسوم"، ولفظ "يتعين"، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 6/70 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "ويتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها، الأطراف المتعلقة بالعروض المالية إلى غاية فتحها"، ولفظ "لا يمكن"، ومثال ذلك، ما نص عليه حكم المادة 77 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "لا يمكن متعهدا أو مرشحا، وحده أو في إطار تجمع، أن يقدم أكثر من عرض واحد في كل إجراء لإبرام صفقة عمومية، ولا يمكن نفس الشخص أن يمثل أكثر من متعهد أو مرشح في نفس الصفقة العمومية"، ولفظ "لا يجوز"، إذ نصت المادة 6/46 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "ولا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض مرشح من المرشحين".

كذلك من الألفاظ التي تدل دلالة قاطعة على أننا بصدد قاعدة قانونية آمرة، استعمال لفظ "لا يسمح"، إذ نصت المادة 80 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض. ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط". ما يزكي هذا الطرح القانوني الوارد في المادة 80، التعليم الوزاري الصادر

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، 1999، ص، 114.

² هناء العلمي. كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص، 91.

عن قسم الصفقات العمومية وزارة المالية، بقولها على أنه "يقصد بمفهوم أحكام المادة 80 الفقرة الأولى، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الحالات التي يسمح فيها للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض هي التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة والمساابقة"¹.

وعد أسلوب معيار القاعدة القانونية الآمرة الذي تبنته التشريعات القانونية في القوانين المنظمة لعقود الصفقات العمومية من أهم الأساليب القانونية الهادفة إلى تجاوز كل نقص محتمل يمكن أن يقع فيه المشرع، حتى يوفر سببا عاما وشاملا للبطلان يلجأ إليه القاضي لتدراك ذلك النقص².

مضمون قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يظهر فقط في شكل القاعدة القانونية الآمرة، وإنما أخذ شكل القاعدة القانونية المكملة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها، صيغة الجواز تظهر من الألفاظ الآتية لفظ "يمكن"، من ذلك ما نصت عليه المادة 3/87 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على "أنه يمكن أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه، في حدود عشرين في المائة 20% على الأكثر من الطلب العام، حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط محصص، بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 من هذا المرسوم". ولفظ "يجوز"، إذ نصت المادة 57 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى، حسب الشروط المذكورة في هذه المادة".

أما الصياغة الثالثة التي استقر عليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، استعمال صيغة المضارع، من ذلك حكم المادة 59 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، بنصها على أنه "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات.

¹ وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، تعليمة رقم 558 المؤرخة في 28 جوان 2016.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، 50.

ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقاً لأحكام هذا المرسوم".

طرح إشكال قانوني حول الجزاء الذي يمكن أن يترتب عن مخالفة القاعدة القانونية التي استعمل فيها المشرع صيغة الأمر، فذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كان المشرع ترك للإدارة صلاحية اختيار كيفية إبرام الصفقة العمومية، إلا أن اختيار المصلحة المتعاقدة منوط دائماً بتحقيق المصلحة العامة، فإذا زاغت عن هذه المصلحة لتحقيق مصلحة فردية يتعين على القاضي الحكم ببطلانها، لأن قواعد القانون العام في أصلها أنها متعلقة بالنظام العام¹.

هذا الرأي تبناه الأستاذ محمد باهي، بقوله "وبذلك لا نخطئ الصواب إذا قلنا بأن المقتضيات التي جاء بها المرسوم المنظم للصفقات العمومية، هي قواعد آمرة، باستثناء القواعد التي أراد لها المشرع صراحة أن تكون مكملة، ويترتب عن مخالفتها بطلان الصفقة العمومية"².

على هذا الأساس يكاد يجمع الفقه والقضاء الإداري، على ضرورة اعتماد معيار واسع لتحديد بمقتضاه الصياغة الآمرة في قانون الصفقات العمومية، ليكون شاملاً ليس فقط الأحكام التي تعد من النظام العام، أو تلك التي يمنع القانون مخالفتها، ولكن يشمل كذلك كل مخالفة تهدد المصلحة العامة يحميها النص القانوني الذي تم خرقه³.

لكن تجدر الإشارة أن هناك حالات يختلف بشأنها القضاء الإداري، من هذه الحالات بطلان شرط قصور طلب العروض على الوطني دون غيره من الأجانب، إذ رأى فيه المساس بالمرتكزات الأساسية

¹ جيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2008، ص، 59. عبد اللطيف قطيش، مرجع سابق، ص، 47. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، في القانون الوضعي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص، 39.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، 52. مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص، 159.

³ Boiteau (C), Les conventions de délégation de service public, transparence et service public local, éd le moniteur, paris, 2007, p, 226.

الخاصة بالنجاعة التعاقدية غير هناك من يعترف بمشروعية الشرط ويكون كذلك إذا كان الهدف منه تشجيع المؤسسات الوطنية¹.

الفرع الثاني: عدم شهر الصفقة العمومية

لأهمية مبدأ العلانية في الصفقة العمومية وضمان نزاهة تعاملات الإدارة، تطلب ذلك من المشرع تنظيم أحكام إشهار الصفقة العمومية بقواعد قانونية واضحة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لذلك يتطلب هذا القانون القيام بثلاثة إجراءات أساسية هي:

_ تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل،

_ النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي،

_ النشر في جريدين يوميتين وطنيتين.

والعلة من الإشهار أن يكون المتعامل الاقتصادي على علم بمقتضيات الصفقة العمومية، لأن الإشهار والتنظيم الدقيق له في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يعد إطاراً تنظيمياً لتحقيق الشفافية ونزاهة الصفقة العمومية، وهو ما يخلص إلى وجوب تنظيمه في المرحلة السابقة على إبرام الصفقة العمومية، لأنه لا يفترض في المتعامل الاقتصادي علمه بالصفقة العمومية إلا من يوم إشهارها وفق الشكل المفروض قانوناً²، وبمفهوم المخالفة، فإن عدم احترام إجراءات الإشهار من قبل الإدارة يعد إخلالاً بمبدأ العلانية الذي اعتبرته المادة 5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من المبادئ الجوهرية والأساسية التي تحكم عملية إبرام الصفقة العمومية من جهة، وتضمن صحة الصفقة العمومية من جهة ثانية³.

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي صادر في 19/08/1941 قضية smith المجموعة.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص، 114.

³ رشا محمد جعفر الهاشمي. جواد كاظم جبار الحساني، الالتزام بالمبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، م 10، ع 2، 2019، ص، 79.

نرى من جهة أخرى بناء على ما ذكر، أن بطلان وإلغاء الصفقة العمومية هو جزء يترتب على عدم احترام إجراء الإشهار من ناحية وعدم التقيد بشكلياته القانونية من ناحية ثانية، لأن القواعد والإجراءات التي تحكم مبدأ العلانية هي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وفي هذا الإطار حكم القضاء الإداري ببطلان الصفقة العمومية بسبب عدم احترام الإدارة الضوابط القانونية المنظمة لإجراءات إشهار الصفقة العمومية، والشاهد عندنا في ذلك، الأحكام القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، منها الحكم الصادر بتاريخ 1931/3/26 في قضية HELBING، حيث حكم صراحة ببطلان المزاد بسبب عدم التزام الإدارة بالإعلان عنه وفق الأسلوب الذي نص عليه القانون، وهي اللصق على لوحات الإعلانات المخصصة لذلك¹، كما صدر عنه حكم بتاريخ 1932/7/10، يخص قضية BIGOT قضى فيها ببطلان المناقصة بسبب تقاعس الإدارة المتعاقدة عن تسليم أحد المتنافسين الشروط الكاملة للمناقصة².

تعد قضية GANTRON المثارة بتاريخ 1939/8/20، نموذجا للحالة التي دار بشأنها النقاش من أجل الحكم ببطلان الصفقة من عدمها، بسبب تجاهل الإدارة المتعاقدة للبيانات الإلزامية التي يجب تضمينها في الإعلان، ومن ثم كان مجلس الدولة الفرنسي لا يرتب البطلان في حالة تخلف بعض البيانات التي اعتبرها بيانات غير مؤثرة على الشفافية والمنافسة، وقرر في ذلك إغفال الإدارة المتعاقدة تضمين الإعلان السلطة المختصة بإجراء المزاد أمرا غير موجب للبطلان³.

تعتبر مسألة التفرقة بين البيانات الجوهرية وغير الجوهرية التي يجب أن يتضمنها الإعلان، مسألة قانونية مهمة وقف عندها القضاء الفرنسي في أحكام عديدة، سنقف على إحدى أشهر القضايا المعروضة على القضاء الإداري الفرنسي، وهي القضية التي تغالفت أو تجاهلت فيها المصلحة المتعاقدة عن تحديد موضوع الصفقة العمومية مخالفة في ذلك نص المادتين 314 و 314 مكرر قانون الصفقات العمومية الفرنسي⁴.

ويندرج في نفس إطار حماية مقتضيات الشفافية ونزاهة الصفقات العمومية، حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 2009/1/30، بحيث وصفه بعض المعلقين بكونه قرارا جديدا يعترف بأن

¹ رشا محمد جعفر الهاشمي. جواد كاظم جبار الحساني، مرجع نفسه، ص، 79.

² رشا محمد جعفر الهاشمي. جواد كاظم جبار الحساني، مرجع نفسه، ص، 79.

³ رشا محمد جعفر الهاشمي. جواد كاظم جبار الحساني، مرجع سابق، ص، 79.

⁴ CE, 29 décembre 1997 département de paris "l'avis d'appel à la concurrence pour un contrat de maîtrise d'œuvre doit, en application des articles 314 et 314 bis du cmp, indiquer l'objet du marché et le contenu de la mission. L'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel à candidature ne peut être regardée comme ayant satisfait aux obligations de publicité et le marché qui a été conclu doit être annulé".

موضوع الصفقة العمومية، وتحديد المصلحة المتعاقدة، وكيفية الاتصال بها، والمعايير الموضوعية التي تحسم من خلالها أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية بمثابة معلومات جوهرية وأساسية يترتب على إغفالها بطلان الصفقة العمومية.

تجدر الإشارة في هذا الشأن، أن مجلس الدولة الفرنسي كان في وقت سابق، قد حدد هذه المعايير الموضوعية في حكم صادر عنه بتاريخ 2005/10/7، ملزماً الإدارة فيه، أن تضع في اعتبارها ثلاثة معايير جوهرية، هي، نوعية الصفقة العمومية المراد تنفيذها، قيمة العقد، المجال التنافسي الذي يعني هل طلب العروض وطنياً و/ أو دولياً، وثالثاً تحديد المعايير الموضوعية التي سوف تعتمد عليها الإدارة لاختيار أحسن عرض، لأن تجاهل هذه المعايير من شأنها أن تضيي الغموض على مجمل الصفقة العمومية¹.

أهمية الإشهار ومخالفة مقتضياته بدت واضحة في الأحكام القضائية الإدارية المصرية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم 195 لسنة 1968 بأن "عدم قيام الإدارة بالنشر عن المناقصة يؤدي إلى الإخلال بمبدأ تكافؤ الفرص، ومن ثم يترتب على إغفال هذا الإجراء وعدم تحقق الغاية منه وقوع عيب شكلي في إجراءات المناقصة يؤثر على قرار الترسية ويؤدي إلى بطلانه"².

بناء على ما تقدم، يتبين أن المادة 1/65 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، قد أوردت الخطوات الإشهارية الخاصة بإعلان طلب العروض على سبيل التحديد الأمر، ولا يمكن القياس عليه بحالة إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات الموضوعية تحت وصايتها والتي يساوي مبلغها تبعاً لتقدير إداري، على التوالي مائة مليون دينار أو يقل عنها وخمسين ديناراً أو يقل عنها.

أما فيما يتعلق بالبيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة 62 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فنرى أن إغفال المصلحة المتعاقدة لرقم تعريفها الجبائي، ومكان إيداع العروض، لا تمثل عيوباً تلحق بعملية إبرام الصفقة العمومية، على خلاف شروط التأهيل، ومدة صلاحية العروض، ومدة تحضير العروض، وتسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها، وكيفية طلب العروض، والإلزامية كفالة التعهد، فإنها تعتبر بيانات تعيب عملية إبرام الصفقة العمومية ويترتب على إغفالها بطلان الصفقة.

¹ رشا محمد جعفر الهاشمي. جواد كاظم جبار الحساني، مرجع نفسه، ص، 81.

² عصام أحمد البهجي، دور الشفافية في تحقيق العدالة والنزاهة، مكتبة الوفاء القانوني، الإسكندرية، مصر، 2016، ص، 78.

مع الإشارة، هناك قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 يونيو 2005، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ¹، إذ تنص المادة الثانية على أنه "يخص الإعفاء المذكور في المادة الأولى أعلاه:

_ الصفقات التي تبرم بين وزارة العمل والضمان الاجتماعي ومؤسسات الفنادق المتعلقة بمختلف الخدمات، لا سيما تلك المرتبطة بإيجار المكاتب وقاعات المحاضرات والتكفل بالوقود بمناسبة الزيارات الرسمية أو المؤتمرات والملتقيات في مجال الإقامة والإطعام وكل الخدمات الأخرى المرتبطة بهذا النوع من تقديم الخدمات،

_ الصفقات التي تبرم بين وزارة العمل والضمان الاجتماعي وشركات الطيران الجوي للنقل المتعلقة بنفقات النقل،

_ الصفقات المتعلقة بصيانة وتنظيف مقر وزارة العمل والضمان الاجتماعي وملحقاته،

_ الصفقات المتعلقة بالدراسات والاستشارات لقطاع العمل والضمان الاجتماعي،

_ الصفقات المبرمة بين وزارة العمل والضمان الاجتماعي والمتعاملين المتعاقدين الذين يقومون بنشاط توزيع الكهرباء والماء والغاز ووسائل المواصلات السلكية واللاسلكية"².

¹ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 5 يونيو 2005، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. ج.ر.ج.ع. ع 73 مؤرخة في 7 شوال عام 1426 الموافق 9 نوفمبر سنة 2005.

² وزارة الشباب والرياضة: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 ذي القعدة عام 1428 الموافق 15 نوفمبر 2007، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. ج.ر.ج.ع. ع 77 مؤرخة في 29 ذو القعدة عام 1428 الموافق 9 ديسمبر سنة 2007. وزارة الفلاحة والتنمية الريفية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 12 جمادى الثانية عام 1430 الموافق 6 يونيو 2009، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة السكن والعمران: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 صفر عام 1432 الموافق أول فبراير 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، المتمم.

وزارة التكوين والتعليم المهنيين: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 7 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة الموارد المائية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 22 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 5 يونيو 31 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة الطاقة والمناجم: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 23 شعبان عام 1432 الموافق 25 يوليو 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة المجاهدين: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 شوال عام 1432 الموافق 4 سبتمبر 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

مع الإشارة، أن اتفاقية تنظيم الصفقات العمومية في مجال التجهيز والأشغال العمومية بين دول اتحاد المغرب، نصت في فصلها السادس، على أنه "تلتزم دول الاتحاد بالإشهار عنها على النحو الآتي:

_ تنشر الإعلانات المتعلقة بالعروض، في جرائد دول الاتحاد،

_ تبعث الإعلانات 30 يوما قبل تاريخ نشرها، إلى جريدتين على الأقل، في كل دولة من دول

الاتحاد،

_ ويبين الإعلان عن المدة الممنوحة للمشاركين لتقديم عروضهم، وذلك بتحديد التاريخ

الأقصى لاستلام العروض من طرف صاحب المشروع،

_ ولهذا الغرض تحدد كل دولة لائحة الجرائد المرخص بها بنشر هذا النوع من الإعلانات،

_ ويجب أن تنص الرسالة المرفقة للإعلان، على أن يتم نشر الإعلان خلال 45 يوما على

الأقل، قبل التاريخ المحدد للتوصل بالعروض، يمكن توجيه نفس الإعلان، وفي نفس الظروف بالنسبة

للصحافة، إلى السفارات المغربية بالدولة المعنية بالصفقة، وإلى كل هيئة مغربية مشتركة، تهتم بالنشر، أو

الإشهار، أو الصفقات، أو المقاولات، أو مكاتب الدراسات، كلما تم تأسيسها، على أن هذا الإجراء لا

يعد إلزاميا.

وزارة الداخلية والجماعات المحلية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 شوال عام 1432 الموافق 13 سبتمبر 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة الصيد البحري والموارد الصيدية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 29 محرم عام 1434 الموافق 13 ديسمبر 2012، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة الثقافة: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 صفر عام 1434 الموافق 3 يناير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة التربية الوطنية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1434 الموافق 7 فبراير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة الأشغال العمومية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1434 الموافق 28 فبراير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

وزارة السياحة والصناعة التقليدية: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 رمضان عام 1434 الموافق 14 يوليو 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ.

_ وإذا طرأت تغييرات في ملف المنافسة، قبل التاريخ الأقصى المحدد لتقديم العروض، يعلن عن فحوى هذه التغييرات بنفس الترتيبات الزمنية، ونفس الوسائل، التي استعملت لنشر المعلومات المتعلقة بملف المنافسة الأصلي.

_ أما بالنسبة للصفقات التي تقل تقديرها عن المبالغ المشار إليها في الجدول السابق، فيبقى الخيار لصاحب المشروع في نهج الترتيبات السابق ذكرها، أو باستعمال المقتضيات المعمول بها في دولته في هذا المضمار¹.

طبيعة الصفقة	بالدينار الليبي	بالدينار التونسي	بالدينار الجزائري	بالدرهم المغربي	بالأوقية الموريتانية
الأشغال	2	4	80	40	40
التوريدات	0.5	1.0	20	10	10
الدراسات	0.1	0.2	4	2	2

التقديرات بالمليون

المطلب الثاني: خرق الأركان الجوهرية للعقد

إن مقتضيات بطلان العقود بصفة عامة، تخص بالدرجة الأولى، خرق الأركان الجوهرية لقيام عقد الصفقة العمومية، وهو ما يعني أن عقود الصفقات العمومية تكون باطلة في تخلف المحل أو السبب أو عدم مشروعيتها، لأن العقد الإداري شأنه شأن العقود المدنية يجب أن يكون صحيحا، حتى ولو كان أحد طرفيها يتمتع بامتيازات السلطة العامة.

لذلك وعلى ضوء ما تقدم، إذا كانت الإدارة وهي تمارس نشاطها لإشباع الحاجات العامة تتمتع بقدر من الحرية في تصرفاتها القانونية، غير أن هذا لا يعني أنها بسلطة تقديرية مطلقة، إذ يجب أن يكون عقد الصفقة العمومية صحيحا وسليما.

¹ اتفاقية تنظيم الصفقات العمومية في مجال التجهيز والأشغال العمومية بين دول اتحاد المغرب العربي، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، الجمهورية التونسية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، المملكة المغربية، بتاريخ 11، 1992/11، لم تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ.

الفرع الأول: خرق ركن السبب في عقد الصفقة العمومية

فالسبب الذي شكل مزيجاً بين العناصر الفنية والعناصر الاجتماعية يعد أساساً للقوة الملزمة للعقد الإداري، ليس فقط كعنصر من عناصر الإرادة، وإنما أيضاً كأداة لسيير وانتظام المرافق العامة بغية إشباع الحاجيات العامة. فهذا العقد باطل، لا حينما يكون غير موجود فحسب، وإنما أيضاً عندما يكون غير مشروع. وواضح أن تقدير المصلحة العامة منوط بضوابط موضوعية بشأن مجموع العقد الإداري لا فقط بشأن التزام الأطراف المتعاقدة، ومن ثم، ينبغي تفضيل سبب العقد على سبب الالتزام في الصفقات العمومية بهدف الوقوف على التلاعب الحاصل بشأنها.

وصفوة القول، أن أهمية السبب في الصفقات العمومية تظهر في القيمة القانونية للسبب، والتي هي:

— يحتل ركن السبب مكاناً هاماً في العقود الإدارية، ذلك أن ركن السبب يعد من المقتضيات الأساسية التي يجب توافرها في عقود الصفقات العمومية، ومقتضى هذا أن تقترب الإرادة بسببها وإلا كان التصرف باطلاً،

— يعتبر العقد الإداري إحدى الآليات القانونية الأساسية التي تعول عليها الإدارة في سير المرافق العامة وانتظامها، لذلك يجب أن تكون الغاية التي تتوخاها الإدارة من وراء إبرامها لعقود الصفقات العمومية هو تحقيق المصلحة العامة لحساب خدمة المرفق العام أو تسييره أو تنظيمه، على هذا الأساس جاء على لسان قرار محكمة التمييز العراقية أنه "إن العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف أنه عقد إداري لأن الإدارة قصدت به تسيير مرفق عام من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة وبشروط خاصة"¹.

— تقتضي مضامين المصلحة العامة أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً، على هذا الأساس يجب على القاضي الإداري أن يقضي ببطلان الصفقة العمومية في حالة انعدام السبب وغير صحيح أو كان

¹ حلمي مجيد الحميدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، م الخامس، ع 1، 1986، ص، 284.

السبب غير مشروع، أي يترتب البطلان المطلق على العقد إذا كان غير مشروع أو معدوم¹، ذلك ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي إذ قضى ببطلان عقد إداري من منطلق أنه قائم على غير سبب².

وفي هذا السياق، نشير إلى مقتضيات قضية "ROUSSY"، التي تتلخص وقائعها في أنه تم إبرام عقد سري بين عمدة إحدى البلديات ومقاول، هدفه استبعاد المنافسين من الدخول في المناقصة المتعلقة بإنشاء قناة مائية، وكان العرض المقدم من السيد روسي كافياً لاعتباره أفضل العطاءات.

مع العلم أن السيد روسي لم يقيم بتنفيذ الأشغال، وحرر بشأنها محضر استلام نهائي، وبعد انتهاء فترة ولاية العمدة اكتشف العمدة الجديد هذه التلاعبات والتجاوزات الحاصلة في فترة الولاية السابقة، فطلب من السيد روسي إعادة المبالغ التي دفعت له دون وجه حق، لكن هذا الأخير امتنع وتمسك بالعقد المبرم بينه وبين العمدة السابق. تصدى القضاء للجواب على هذا الإشكال، فأسس القاضي حكمه في بطلان العقد على فكرة الباعث الذي هدف إليه المتعاقدين وليس على عيب التدليس، بمعنى أن بطلان الصفقة العمومية كان أساسها القانوني عدم مشروعية سببها، والذي تمثل في هذه القضية في حصول السيد روسي على مبالغ مالية مرتفعة على خلاف لو أجريت المناقصة وفق الإجراءات المحددة قانوناً³.

كما أن الحياة العملية أظهرت في الكثير من الحالات اتجاه الإدارة إلى إبرام عقود الصفقات العمومية وكان السبب فيها غير مشروع، من ذلك الحالة "التي يدعي فيها مورد مثلاً أنه قام وطلب من الإدارة على توريد أثاث فتيبين بعد البحث أن ذلك الأثاث قد وجه إلى السكن الخاص بأحد الموظفين أو أنه قام بناء على طلبها على إصلاح سيارة أو تزويدها بالوقود مثلاً فتيبين أن تلك السيارة هي في ملك أحد

¹ زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص، 140.

² تتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه "بمقتضى مرسوم 1939 بشأن تأمين أخطار الحرب والذي يلزم بموجبه شركات التأمين بتغطية أخطار الحرب للسفن التي تفوق حمولتها 500 طن على الأقل باستثناء الذين سبق لهم إبرام عقود تأمين وكانت شركة الرسائل البحرية في فبراير 1939 قد أبرمت عقداً مع الحاكم العام للهند الصينية تضمن فيه بعض شروط الآثار المترتبة على عقد التأمين والمتعلقة بتغطية أخطار الحرب ولم يتضمن العقد أي أعباء تلتزم بها الدولة في مقابل هذا التأمين من جانب الشركة الذي دفع بمجلس الدولة أن يعتبر التزام الشركة منذ لحظة إبرام العقد قائم على غير سبب".

محمد سامر دغمش، مرجع سابق، ص، 158.

³ عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، 1983، ص، 552.

الموظفين ففي هذه الحالات يتضح أن السبب غير مشروع إن لم نقل معدوم مما يعدم الرابطة العقدية من أساسها ويحول دون ترتيب أثرها"¹،

ـ العبرة في تقرير وجود السبب ومشروعيته في عقد الصفقة العمومية هو وقت الإعلان عنها، وإن كان هناك جانب ثان من الفقه يعتد بتاريخ إعداد التقدير الإداري المحدد لحاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، ومن ثم إذا زالت الضرورة التي اقتضها إبرام الصفقة العمومية، هذا العقد يعد باطلا لعدم وجود السبب، على اعتبار أن المقتضيات المبررة لإبرامه زالت ولم تبقى قائمة إلى غاية تنفيذها، لأن عدم قدرة الإدارة على التوقع أو توقعها غير السليم لا يسلبها حقها في مواجهة الظروف المستجدة التي تواجه المرفق العام،

ـ تتمتع العقود الإدارية بقريئة مفترضة، أن لكل عقد إداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، لأنه يفترض في الإدارة وهي بصدد إبرام صفقة عمومية أنها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، وللقضاء كامل السلطات في تقدير فكرة مشروعية السبب².

ـ عدم مشروعية السبب تنهض في عقود الصفقات العمومية أحكام البطلان سواء تحققت عدم المشروعية في جانب الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معا، أو في جانب أحد الطرفين، تأسيسا على شرط مشروعية السبب والانحراف بالسلطة³. لأن القضاء والفقه الإداري أخذ بكلتا النظريتين في مجال العقود الإدارية⁴، من فكرة أن الانحراف بالسلطة تأخذ فقط بباعث الإدارة غير المشروع ولا تمتد إلى الباعث غير المشروع للمتعاقد مع الإدارة. لأن فكرة الانحراف تتعلق أساسا بالغاية من التشريع، مما يستلزم على المشرع أن يستهدف في تشريعاته تحقيق المصلحة العامة، وإلا كنا أمام عيب الانحراف، على هذا الأساس يعد الانحراف من أخطر العيوب التي يمكن أن تصيب عقد الصفقة العمومية، فالصفقة قد يكون ظاهرها الصحة وباطنها البطلان.

¹ محمد أيت حسو، مرجع سابق، ص، 146.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982، ص، 282.

³ سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1966، ص، 403. محمد يوسف علام، مرجع سابق، ص، 180. عامر حسين، التعسف في استعمال الحق وإلغاء القيود، مطبعة مصر، 1960، ص، 56.

⁴ زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص، 140.

— يترتب على بطلان العقد الإداري إعادة الأطراف المتعاقدة إلى المرحلة التي كان عليها قبل إبرام العقد، باعتباره كأن لم يكن، غير أنه يمكن أن يولد لأحد الأطراف المتعاقدة الحق في التعويض سواء على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية أو قواعد الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال¹.

— إذا كان للإدارة الحق في تقدير مدى توافر المصلحة العامة في حالة عزمها على إبرام الصفقة العمومية، فإن للقضاء كذلك له دور أساسي وجوهري في الرقابة على مشروعية الإبرام من خلال بحثه على مقتضيات المصلحة العامة².

نوه في الأخير، أن غياب السبب قبل إبرام الصفقة العمومية يعرض هذه الأخيرة إلى بطلانها، لكن إذا انتفى السبب بعد إبرام الصفقة العمومية لمبررات تخدم المصلحة العامة فإنه يكون سببا لفسخها وليس لبطلانها.

الفرع الثاني: خرق ركن الاختصاص في عقد الصفقة العمومية

إن الإدارة في مجال الاختصاص سواء كان اختصاصا شخصيا أو موضوعيا لا تتمتع بأية سلطة تقديرية³، لذلك حدد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجهات الإدارية المختصة بإبرام عقد الصفقة العمومية تطبيقا لنص المادة 4 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وعلى ذلك فإن الإدارة ملزمة بقوة القانون على احترام قواعد الاختصاص عند إبرامها للعقود الإدارية، وإلا كان عقدها باطلا بطلانا مطلقا لأنه عقد صادر من جهة غير مختصة قانونا⁴، ولا يمكن تصحيحه بالمصادقة عليه⁵.

¹ محمد يوسف علام، مرجع سابق، ص، 173.

² محمود خلف الجبوري، مرجع السابق، ص123. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص، 221.

³ كتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص، 15.

⁴ هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص، 74.

⁵ لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج الأول، دار هوم، الجزائر، 2002، ص، 161.

والحقيقة القانونية أنه لا توجد أي علاقة بين ركن الاختصاص وفكرة السلطة التقديرية¹، ذلك أن قواعد الاختصاص نظمها المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقواعد قانونية آمرة دون أن يترك للإدارة أي سلطة تقديرية في ذلك.

الفقه والقضاء الإداريين متفقان على أن الاختصاص يعتبر من النظام العام، وبالتالي لا يجوز بأي حال من الأحوال مخالفته أو التنازل عنه أو الاتفاق على ما يخالفه². كما لا يجوز تصحيحه أو إجازته بقرار لاحق صادر من الجهة المختصة³.

تؤكد التعاريف الفقهية أن الاختصاص هو "صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة في إبرام تصرف قانوني تعبيراً عن إرادة الإدارة، وتتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقاً للمبادئ القانونية العامة"⁴. ومن ثم إن إقدام جهة إدارية غير مختصة بإبرام عقد إداري يشكل خطأ جسيماً يستوجب بطلان العقد معين⁵.

وبإمعان النظر البحثي في اختصاص المصلحة المتعاقدة وحقيقته من الجانب القانوني يتبين لنا، أن المادة 4 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كانت صريحة في تحديد الحكم القانوني، من خلال عبارة لا تصح، مما يعرض الصفقة للبطلان، وتكون كذلك إذا تم توقيعها من قبل موظف غير مختص⁶، أو إذا منحت التأشيرة من قبل هيئة غير مختصة¹. إذ تنص المادة 178 قانون الصفقات

¹ عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الكتب القانونية، بنغازي، ليبيا، 2013، ص، 29.

² على هذا الأساس يجب على القاضي الإداري أن يبحث تلقائياً في صحة ركن الاختصاص.

³ هذا ما أكدته المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 14/3/1974، حيث جاء في الحكم أن "القرار الباطل لا يجوز كقاعدة عامة تصحيحه بأثر رجعي، وإن جاز أن يكون مبرراً لصدور قرار جديد على الوجه الصحيح، والقرار المصحح لا ينتج أثره إلا من يوم صدوره...". نقلاً عن:

عمر محمد السيوي، مرجع سابق، ص، 238.

⁴ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 271.

⁵ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص، 161.

⁶ تنص المادة الثانية مرسوم تنفيذي رقم 268/97 يحدد الإجراءات المتعلقة بالالتزام بالصفقات العمومية وتنفيذها، ويضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤولياتهم، على أنه "يعتبر أمراً بالصرف، حسب مفهوم هذا المرسوم، الموظف المعين قانوناً، في منصب مسؤول تسيير الوسائل المالية والبشرية والمادية الذي تفوض له السلطة وفقاً للمواد 26 و28 و29 من القانون رقم 21/90 المؤرخ في غشت سنة 1990 والمتعلق بالمحاسبة العمومية، ويكون معتمداً قانوناً طبقاً للتنظيم الجاري به العمل".

العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر منح التأشير أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوماً، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملاً لدى كتابة هذه اللجنة. ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا المرسوم".

كما تنص المادة 189 منه على أنه "تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر منح أو رفض التأشير في أجل أقصاه خمسة وأربعون (45) يوماً، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملاً لدى كتابة هذه اللجنة. ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا المرسوم".

مع الإشارة، أن اللجنة القطاعية تفصل في كل مشروع:

_ دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار
1.000.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة
139 من هذا المرسوم.

_ دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون
دينار 300.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة
139 من هذا المرسوم.

_ دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون
دينار 200.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة
139 من هذا المرسوم.

_ دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون
دينار 100.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة
139 من هذا المرسوم.

مرسوم تنفيذي رقم 268/97 مؤرخ في 16 ربيع الأول عام 1418 الموافق 21 يوليو سنة 1997، يحدد الإجراءات المتعلقة بالالتزام
بالصفقات العمومية وتنفيذها، ويضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤولياتهم. ج.ج.ع. 48 مؤرخة في 18 ربيع الأول عام 1418
موافق 23 يوليو سنة 1997.

¹ محمد ماهر أبو العين، مرجع سابق، ص، 363.

_ دفتر شروط أو صفقة أشغال ولوازم للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

_ دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ستة ملايين دينار 6.000.000 دج، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

_ صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى المبالغ المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك.

_ ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة أعلاه، أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.

أولاً: الموافقة المسبقة

في حالات محددة يشترط المشرع على المصلحة المتعاقدة قبل إبرام الصفقة العمومية ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من الجهة التي يحددها المشرع، وذلك للأهمية الخاصة التي يوليها المشرع لهذا النوع من الصفقات، ويكون جزاء مخالفة هذا القيد القانوني هو بطلان عقد الصفقة بطلاناً مطلقاً، ذلك ما يظهر من حكم المادة 4/49 و5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعاً استعجالياً، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،

عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

في حدود القدر الذي زدنا به مادة البحث التي بين أيدينا، لا يسعنا سوى القول، أن المشرع قد استلزم صراحة الموافقة المسبقة قبل إبرام الصفقة العمومية شريطة توافر الشروط التي نصت عليها المادة 4/49 و5 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا يعني من الناحية القانونية، أن أي مخالفة في عدم الحصول على الموافقة المسبقة قبل إبرام الصفقة يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا كونه يتعلق بالنظام العام الذي لا يجوز مخالفته. وتعبير آخر، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة قبل إبرام الصفقة العمومية أن تطلب الموافقة المسبقة، لأن الموافقة المسبقة تعتبر شرط لازم لصحة العقد¹.

وعلاوة على ذلك، هناك جانب من الفقه، اعتبر العقد الذي تبرمه الإدارة دون حصولها على الإذن القانوني المسبق يجعل العقد باطل بطلانا مطلق ولا يمكن تصحيحه حتى في حالة صدور إذن لاحق²، على خلاف ما ذهب إليه البعض الآخر من الفقه الذي رأى أن العقد يبقى موقوفا على صدور الإذن، وهو رأي لا نميل إليه، لأن عناية المشرع واهتمامه بالنص على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة في هذا النوع من الصفقات هو ضمانا لصحة وسلامة العقد، وأفضل وسيلة لحماية المصلحة العامة، وعلى ذلك، فإن انعدام الموافقة المسبقة تؤدي إلى بطلان العقد³.

¹ مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص، 115.

² ذكرى عباس علي، محمد حميد علي، الإذن بالتعاقد في إطار اللامركزية الإقليمية والمرفقية، مجلة الحقوق، جامعة تكريت، العراق، م 6، ع 4، 2018، ص، 238.

³ هذا الرأي أكدته مجلس الدولة المصري بتاريخ 2000/1/19، إذ جاء فيه "إذا ما تم الترخيص بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر من رؤساء الهيئات أو المصالح ومن لهم سلطاتهم كان حده الأقصى خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية... وسلطة الاستثناء من هذه الحدود القصوى معقودة لرئيس مجلس الوزراء شريطة أن تكون هناك حالة ضرورة قصوى ملجئه إلا الإذن بالتجاوز...".

ذكرى عباس علي، محمد حميد علي، مرجع نفسه، ص، 236.

بل أكثر من ذلك ذهب الفقه إلى القول "أن الفرد الذي تعاقدت معه الإدارة في وقت لم تكن معه قد حصلت على الإذن بالتعاقد بشكل صحيح فلا يسوغ له أن يحتج بأنه حسن النية وأن حسن النية يجعل العقد نافذاً، ذلك أن الإدارة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعتبر مرتبطة معه. لكن هذا لا يعني أن صاحب المصلحة لا يستطيع أن يتمسك في أي حق تجاه الإدارة بلى إن بإمكانه أن يطالب بتعويض سواء على أساس شبه الجرم المستند إلى خطأ الإدارة، أو على أساس شبه العقد المستند إلى الإثراء بلا سبب الذي استفادت الإدارة من تنفيذ العقد غير ذلك المأذون به"¹.

علما أن القضاء الإداري يتجه اتجاها صريحا وواضحا في أحكامه إلى القول أن عدم وجود الاعتماد المالي ليس من شأنه أن يرتب بطلان عقد الصفقة، إذ تبقى هذه الأخيرة سليمة وصحيحة من الوجهة القانونية، والعلة في ذلك أن المتعاقد ليس مفروضا عليه أن يكون عالما بوجود الاعتماد المالي، زيادة على ذلك أن أعمال القانون المالي على ضوء التزامات الإدارة من شأن أن يضعف الثقة بها ويجعل الفرد يمتنع ويخاف من التعاقد معها.

للإشارة في الأخير فقط إن الاعتبار الشخصي في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق يفيد إعطاء الأهمية لشخص المتعامل المتعاقد لقدراته المالية والتقنية والمهنية²، وبالتالي لم يعد الاعتبار الشخصي فقط ذلك المعطى القانوني الذي تتأسس عليه المصلحة المتعاقدة لتأهيل المتعهد للفوز بالصفقة العمومية، بل صار يعني التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية³.

إن حضور الاعتبار الشخصي على مستوى المتعامل المتعاقد، يجسد تطبع عقد الصفقة العمومية بطابع شخصي، لأن اختيار المتعامل المتعاقد لا يأتي عن طريق انتقاء عشوائي، وذلك على اعتبار، أن القدرات المالية والكفاءة المهنية والتقنية يكون لها دور هام في ضمان التنفيذ الجيد للصفقات العمومية، وتجاهلها من شأنه أن يؤدي إلى الفشل في تنفيذها⁴. ومن هنا، نجد أن قانون الصفقات

¹ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 126.

² تنص المادة 53 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، على أنه "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا للمؤسسة قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة".

عبد العليم مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص، 154.

⁴ Rumbure (D), Le paiement du sous-traitant, l'action directe contre le maitre de l'ouvrage, L.G.D.J, paris, 1990, p,76.

العمومية وتفويضات المرفق باعتباره محكوم بأبعاد المصلحة العامة يضع شخص المتعامل المتعاقد في مركز قانوني رئيسي وليس ثانوي¹.

وهذه الحقيقة القانونية هي التي تفسر إدراج قسم المناولة في قانون الصفقات العمومية، مما يدفع إلى القول بأن تنظيم عقد المناولة لم يعد يشكل مسألة ثانوية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²، لأن التنفيذ الشخصي للصفقة العمومية إذا لم يكن عنصرا جوهريا في قانون الصفقات العمومية، فهو يتنافى بذلك مع الأحكام القانونية والمقتضيات الشكلية التي وضعها المشرع لضمان نجاعة الطلبات العمومية³. وبناء عليه أن وجود عقد مناولة دون موافقة الإدارة يعتبر باطلا، بيد أن بطلانها محصور في العلاقة بين المتعامل المتعاقد الأصلي والمناول، أي كل ما في الأمر عقد المناولة لا ينتج أي أثر قانوني في مواجهة المصلحة المتعاقدة والأمور تسير كما لو كان غير موجود، أكثر من ذلك، فإن المصلحة المتعاقدة لها حق فسخ العقد⁴.

ومن هنا نجد أن مبدأ المتعامل المتعاقد هو المسؤول عن تنفيذ الصفقة العمومية، يحقق حماية مزدوجة، إذ يسمح من ناحية تجنب دخول مناولين غير مرغوب فيهم من المصلحة المتعاقدة، لذا اشترط

¹ تنص المادة 141 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة".

² تنص المادة 140 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم. ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة 40 من المبلغ الإجمالي للصفقة. ولا يمكن أن صفقات اللوازم العادية محل مناولة. ويقصد باللوازم العادية اللوازم الموجودة في السوق والتي هي غير مصنعة استنادا إلى مواصفات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة".

³ هذا الحكم القانوني أشار إليه المشرع التونسي بموجب الفصل 88 أمر عدد 1039 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، بنصه على "أنه يجب على صاحب الصفقة أن يتولى بنفسه تنفيذ الصفقة ولا يمكن أن يساهم في شركة أو أن يكلف غيره بتنفيذها، إلا أنه يمكن له بالنسبة لصفقات الأشغال والخدمات أن يكلف غيره تنفيذ بعض أجزاء منها بعد الحصول على ترخيص كتابي مسبق من قبل المشتري العمومي...".

⁴ حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص، 356. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسطنطينة، الجزائر، المجلد ب، ع 41، 2014، ص، 448.

المشرع بمقتضى المادة 2/143 موافقة المصلحة المتعاقدة¹، ومن ناحية ثانية يمنع عمليا أي تغيير في أطراف العلاقة العقدية.

هذه المسألة القانونية المهمة، أشار إليها كذلك المشرع في دفتر الشروط الإدارية العامة، بموجب المادة 1/11 و2 و3، بنصها على أنه "لا يجوز للمقاول التنازل عن جزء أو كل مقاولته لمقاولين فرعيين أو تقديم مساهمة منها لشركة أو جماعة بدون إذن صريح من الإدارة.

_ في كل الأحوال يبقى المقاول مسؤولا شخصا سواء كان تجاه الإدارة أو العمال أو حتي الغير.

_ إذا قام المقاول دون إذن بالتعاقد مع مقاول فرعي أو قام بالمشاركة على الصفقة مع شركة أو جماعة يجوز عند ذلك ودون إنذار سابق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 35 الواردة فيما بعد"².

يجد هذا الموقف القانوني الذي كان يمنع تنفيذ عقد الصفقة العمومية من غير المتعامل المتعاقد، سنده القوي في القرارات القضائية الصادرة عن الجهات المختصة، قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1963/12/28، أنه "من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة كما هو الحاصل في هذه المنازعة فإن التنازل يعتبر باطلا ولا يحتج به في مواجهة الإدارة فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين"³.

¹ إذ نص على أنه "ينبغي أن يحظى اختيار المناول وشروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد، وجوبا، بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا، مع مراعاة أحكام المادة 75 من هذا المرسوم، وذلك بعد التأكد من قدراته المهنية والتقنية والمالية..."

² القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق 21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل. ج.ر.ج.ع.ج.ع 6 مؤرخة في 17 رمضان عام 1384 الموافق 19 يناير سنة 1965.

³ المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1109 لسنة الثامنة ق، جلسة 1963/12/28، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، س 9، البند رقم 29، ص، 324. نقلا عن:

حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص، 33.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "العقد بين الجمعية التعاونية للإنشاء والتعمير والهيئة العامة للصرف على قيام الجمعية ببعض الأعمال - نص العقد على ألا يجوز للمقاول أن يتنازل أو يقاوم من الباطن كلا أو جزءا من العقد بدون الحصول على قبول كتابي من الهيئة مقدما ويجب أن يكون مصدقا على التوقيعات الواردة في التنازل من مكتب التوثيق المختص- التزامات الجمعية قبل الهيئة التزامات شخصية لا يجوز أن تحل غيرها فيها أو تتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الهيئة إذا تنازلت الجمعية لمقاول دون موافقة الهيئة فلا يحتج بهذا التنازل على الهيئة ولا تنشأ بينها وبين المقاول من الباطن أي علاقة عقدية وإنما تبقى الجمعية مسؤولة وحدها قبل الهيئة ولا يغير من ذلك إخطار الجمعية للهيئة بأنها فوضت أحد المقاولين في القيام بتنفيذ العملية وأن له حق التعامل مع الهيئة في كل ما يتعلق بها نيابة عن الجمعية أساس ذلك، هذا التفويض يعتبر توكيلا للمقاول من الباطن المطالبة بأي حقوق شخصية قبل الهيئة...التزام الجمعية بتنفيذ ما يعهد إليها به من عمليات بنفسها أي عن طريق أعضائها المقاولين وفي هذه الحالة يقوم الأعضاء بالعمل باسم الجمعية ولحسابها ولا يكون لهم علاقة تعاقدية مع الهيئة"¹.

وقضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1956/6/27، بأنه " لا يجوز له أن يحل غيره فيها وأن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري، بدون موافقة الإدارة، فالتنازل يعتبر باطلا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، وخصوصا فسخه أو إلغاؤه على اعتبار أن الخطأ المذكور خطأ جسيما، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن، فليس للمتعاقد أن يعهد تنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر"².

كما قضت في حكم صادر عنها بتاريخ 1960/6/30، أن "إقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الإدارية، ثم تخليه عن التزامه وحقوقه لأحد المحرومين من دخول مناقصات الوزارة، يعد من قبيل

¹ الطعن رقم 1094 لسنة 29 ق، جلسة 1985/6/25، المبدأ رقم 198، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة 30، ع 2، 1985. نقلا عن:

حسن عبد الله حسن، مرجع نفسه، ص، 34.

² برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق، ص، 131.

الغش والتلاعب في نطاق العقد الإداري، مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير إنذار، ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات"¹.

الملاحظ أن قبول أو رفض عقد المناولة يخضع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، مع الإشارة أن المشرع في هذا القانون لم يلزم الإدارة على تعليل قرار رفضها، ولم يشترط أن يكون مكتوبا، على غرار بعض التشريعات القانونية، إذ نجد أن المادة 5/158 مرسوم رقم 2.12.349 يتعلق بالصفقات العمومية المغربي، نصت على أنه "يمكن لصاحب المشروع أن يمارس حق الرفض برسالة معللة، خلال أجل خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ الإشعار بالتوصل، خصوصا عندما لا يستوفي المتعاقدون من الباطن الشروط المقررة في المادة 24 أعلاه". .

هذه المسألة القانونية أثارت جدلا فقهيا، ذهب الاتجاه الأول إلى وجوب تعليل الرفض، تأسس هذا الاتجاه على الجدلية بين تعليل الرفض وتعليل القرارات الإدارية، بناء على تعليل رفض قبول التعاقد من الباطن لا يخرج عن مفهوم وجوب تعليل القرارات الإدارية²، وإلا كان مشوبا بعدم المشروعية، "فالأصل أن السلطة الإدارية لا تملك حرية مطلقة في إصدار القرارات الإدارية إنما تقيدها بسبب يبرر القرار الذي تصدره، وهي مقيدة هنا بنص خاص"³.

أما الاتجاه الثاني وتبناه مجلس الدولة الفرنسي، حيث استهجن فكرة تعليل قرار رفض منح قبول التعاقد من الباطن، لأن ذلك يدخل في نطاق ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها التقديرية، وهو ثابت لها ولو لم ينص عليه القانون، بل يظل موجودا طالما وجدت المصلحة العامة⁴. وهو الرأي الذي

¹ برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع نفسه، ص، 131.

² "لأن الأساس القانوني الضابط لمشروعية القرار الإداري هو أنه يجب أن يستهدف تحقيق المصلحة العامة، لذلك منح القانون الإدارة سلطات وامتيازات استثنائية بهدف مساعدتها على تحقيق المصلحة العامة، فإذا ابتعدت الإدارة عن تحقيق المصلحة العامة، يكون القرار مشوب بعيب إساءة السلطة وبالتالي يمكن الطعن به أمام القضاء الإداري".

صلاح الدين فوزي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص، 121.

³ حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 20/2/2002 ع 97 م.م.إ.م.ت ع 46 سبتمبر - أكتوبر 2002، ص، 201. نقلا عن:

آمنة سميع، مرجع سابق، ص، 98.

⁴ Jérôme (m), la nouvelle réglementation des marchés publics, éd le moniteur, 2002, p, 378.

يجب أن يعتمد في القانون الجزائري، لأن رفض أو قبول المناولة يدخل ضمن امتياز الإدارة، والامتياز الحقيقي هو الإقرار للإدارة بجواز رفض عقد المناولة أو قبوله.

الفصل الثاني: قواعد العدالة أساس قانوني لمعالجة آثار بطلان الصفقة العمومية

لم تتعرض التشريعات القانونية من قريب أو بعيد للآثار القانونية التي تترتب على بطلان العقود الإدارية بصورة عامة، وعلى الصفقة العمومية بصورة خاصة، لذلك ذهب الفقه والقضاء الإداريين إلى تبني واعتماد الأحكام القانونية الواردة في نطاق القانون الخاص فيما يخص آثار بطلان العقود باعتبارها المصدر العام لنظرية البطلان شريطة عدم تعارض هذه القواعد مع أسس وضوابط القانون الإداري، خاصة أن قواعد القانون الإداري تستهدف أساساً تحقيق المصلحة العامة¹.

إن تطبيق القواعد والأحكام العامة على روابط القانون العام لا يعني كما يقول الفقه الإداري عن "وجود نقص أو ثغرة في القانون الإداري، ويجعل على القاضي سدها بقاعدة من قواعد القانون الخاص، وإنما تفسيره على أن ذلك تطبيق للقاعدة القانونية من نطاقها الطبيعي، بمعنى أنه توجد صورة قانونية عامة مقررة في كافة التشريعات الحديثة، هذه الصور بصرف النظر عن النظام القانوني الذي تنتمي إليه، تطبق على الحالات التي تتلاءم معها سواء أكانت تنطوي تحت لواء القانون الخاص أم القانون العام"².

والاعتبارات القانونية والمنطقية والعملية التي دفعت الفقه والقضاء الإداريين إلى تبني القواعد الواردة في القانون الخاص، أن الصفقة العمومية بصورة عامة هي عقد بكل ما تعني هذه الكلمة من معنى بنص القانون، وعليه فإنها سمتها البارزة هي أنها عقد مؤقت بطبيعته، وهي بذلك كغيرها من العقود المؤقتة، وثانياً ليس من العدل أن يترك العقد الباطل يرتب آثاره³، لأن القواعد العامة تقضي أن العقود متى استوفت أركانها، واستكملت شروط صحتها التي ينص عليها القانون، توفر لها ما يسمى بالقوة الملزمة. هذا يعني من الناحية القانونية أنه إذا اختل عنصر من عناصر تكوينه وشروط صحته، تبرز إلى الوجود القانوني حينئذ نظرية البطلان، في الاتجاه الذي يتعلق بآثار البطلان.

ومن هنا إذا حاولنا إظهار هذه الآثار، فإن تلك الآثار لا تعدو تلك المبينة في نطاق القواعد العامة في القسم الثاني مكرر من الباب الأول قانون مدني التي تعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.

¹ محمد يوسف علام، مرجع سابق، ص، 186.

² برهان رزيق، التقادم في القانون الإداري، وزارة الإعلام السورية، سوريا، 2016، ص، 13.

³ جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص، 275.

وعليه نخلص أن نظام البطلان هو جزء يفرضه ويقرره القانون على العقود، وغني عن البيان أن العقد إما أن يكون صحيحا وينتج فيها العقد جميع الآثار القانونية الخاصة به، وإما أن يكون باطلا، والعقد الباطل في حكم الواقع وحكم القانون، يحول دون انعقاده أو وجوده¹.

وتظهر إشكالية تطبيق القواعد العامة ومدى ملاءمتها للعقود الإدارية بشكل واضح بالنسبة لعقد الصفقة العمومية، بالنظر إلى طبيعته المركبة والمعقدة من جهة، ومن جهة أخرى تكمن الغاية النهائية من إبرام الصفقة العمومية أساسا في كفاءة سير المرافق العامة وأداء الأعمال والخدمات وسرعة إنجازها تحقيقا للمصلحة العامة².

ونظرا لانشغال التشريعات القانونية دائما بصحة وسلامة الصفقة العمومية فقد أوجدت كما سبق القول القضاء الاستعجالي قبل التعاقد الذي أناط له المشرع مهمة رقابة إبرام الصفقة العمومية، بوصفها هيئة قضائية لها صلاحية إصدار أوامر ضد الإدارة المخلة بأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وانطلاقا من هذه الأهمية كرس المشرع اختصاص القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد أعطى له من الصلاحيات أريد لها من المصدقية والفعالية الشيء الكثير لإقرار صحة الصفقة العمومية، لذلك كان ولا بد أن نشير إليه وإلى مقتضياته قبل التعرّيج على آثار البطلان. لأن القضاء الاستعجالي قبل التعاقد أضحي يلعب دورا هاما وحيويا في مادة الصفقات العمومية، ويشكل نصيب الأسد من القضايا المعروضة على القضاء، حيث يشكل بالفعل وسيلة قانونية فعالة لحماية الحقوق.

المبحث الأول: القضاء الإداري الموضوعي أساس قانوني علاجي لمؤسسة البطلان في عقد الصفقة العمومية

من المعلوم إذا كان تنفيذ الصفقة العمومية وتحقيق حاجيات الإدارة هي الغاية المرجوة من إبرام العقد، فإن الطريق إلى تحقيق هذا الهدف يجب أن يتمشى والمبادئ التي نصت عليها المادة 5 قانون

¹ أنور طلبية، مرجع سابق، ص، 210.

² سعاد الشراوي، مرجع سابق، ص، 341.

الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لأن عدم احترام الإجراءات الشكلية المحددة تشريعا قد تؤثر لا محالة في صحة وسلامة عقد الصفقة العمومية.

لذلك ذهب الفقيه جنين في تعريفه لإبرام الصفقة العمومية بالقول أنه "على خلاف العقود الخاصة التي تقوم على حرية التعاقد فإن العقود الإدارية تخضع لقيود معينة يجب العمل بمقتضاها فيما يتعلق بشكل العقد وموضوعه والشروط التي ينبغي أن يتضمنها، وعلى وجه الخصوص لا تملك الإدارة عند إقدامها على إبرام عقود إدارية حرية مماثلة لتلك التي يتمتع بها الأفراد في اختيار الشخص الذي يمكن التعاقد معه فإذا يعترف للإدارة بحرية اختيار المتعاقد معها في حالات معينة فإن حرمتها تكون من حيث المبدأ محدودة. العقد"¹.

إرساء مبدأ المنافسة والشفافية والمساواة في عقود الصفقات العمومية سيساهم بلا شك في عملية التنمية ومنع الفساد، لذلك نصت الاتفاقيات الدولية على هذه المبادئ وأكدت على تطبيقها واحترامها في عقود الاشتراء العمومي، أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمقتضى المادة 1/9 التي تنص على أنه "تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم اشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير موضوعية في اتخاذ القرارات، وتتسم، ضمن جملة أمور، بفاعليتها في منع الفساد، وتتناول هذه النظم، التي يجوز أن تراعى في تطبيقها قيم جديدة مناسبة، أمورا منها:

توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات وعقود الاشتراء بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات، والمعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود، توزيعا عاما، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتا كافيا لإعداد عروضهم وتقديمها...".

ومن هنا يمكن القول أن هذه المبادئ تلعب دورا أساسيا وجوهريا في الدفع بعجلة التنمية على جميع المستويات وتجاهلها وتطبيقها تطبيق غير سليم سيعوق هذه الأخيرة.

¹ محمد رضا جنين، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص، 339.

ومن هنا يظهر جليا أن المشرع الوطني قد التزم بما تقتضيه الاتفاقيات الدولية في عقود الاشتراء العمومي معززا ذلك بالتصديق عليها بموجب الأمر الرئاسي رقم 128/04. وإذا كان المشرع ألقى على عاتق الإدارة الالتزام بمضامين قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ففي الجهة المقابلة أرسى رقابة قضائية إدارية يتم اللجوء إليها للطعن في عدم مشروعية العقد المبرم.

وباستقراء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أنه أمر طبيعي وبديهي أن يتخذ المشرع خطوة الرقابة القضائية الإدارية، وذلك بالنظر إلى أهمية عقود الصفقات العمومية، هذه الرقابة القضائية الإدارية متخذة من قبل جميع التشريعات القانونية المقارنة، وذلك حفاظا على المصلحة العامة ومنه حماية المال العام من خلال مبدأ أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وتحقيق النجاعة التعاقدية، " لأن النجاعة في مجال الصفقات العمومية لها مضامين متعددة ولعل أهمها توفير الطلبات العمومية في الآجال المتفق عليها وبال جودة التي تقتضيها المعايير الوطنية والدولية أو المفترضة، مع حماية المال العام وإنفاقه فيما يلزم أخذه في الاعتبار متطلبات ترشيده"¹.

ومما لا لبس فيه أن موضوع الرقابة القضائية على صحة وسلامة عقود الصفقات العمومية يثير الكثير من التساؤلات القانونية التي سنحاول الإجابة عليها في هذه الدراسة.

ولا بأس من الإشارة في هذا الخصوص كما سبق الذكر، أن مختلف المنازعات التي يمكن أن تثار بشأن عقد الصفقة العمومية لتحديد طبيعة الدعوى المقدمة أمام القضاء الإداري، يمكن ردها بصفة عامة، إلى دعويين، دعوى الإلغاء، ويستشف من هذا أن القضاء الإداري أصبح لا يتسامح مع أية مصلحة متعاقدة تعتبر قراراتها المنفصلة عن الصفقة العمومية محصنة، ودعوى القضاء الكامل².

إن دراسة الجهة المختصة بتصريح ببطلان الصفقة العمومية تقتضي تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول يخص لدراسة دعوى الإلغاء والمطلب الثاني لدعوى القضاء الكامل.

¹ ياسمين غانم، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، تونس، 2016/2017، ص، 19.

² إذ يختص هذا القضاء بمنازعات بطلان عقد الصفقة العمومية.
عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، دار جسر، الجزائر، 2013، ص، 329.

المطلب الأول: مناصب قضاء الإلغاء في الصفقة العمومية

استنادا إلى حكم المادة 161 قانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، بنصها على أنه "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"، نلاحظ تأكيد المؤسس الدستوري على إقرار دور فعال للقضاء الإداري في مراقبة جميع القرارات الإدارية الصادرة من الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء.

فالملاحظ إذن أن القانون الدستوري قد جسد حقيقة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الهدف منها إنعاش نظام الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة وتدعيمها بالوسائل الضرورية سواء ما تعلق منها بالجانب البشري أو المادي، لذلك فقد أريد للقضاء الإداري بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يلعب دورا أكثر من الدور الذي كان يلعبه في السابق، ومن هذا المنطلق تغير موقف المشرع واتجه إلى إيجاد المحاكم الإدارية تتولى كدرجة أولى مراقبة قرارات السلطات الإدارية حماية لحقوق المواطنين ومراكزهم وحررياتهم.

هذه الرؤية القانونية عبرت عنها المحكمة الإدارية العليا السورية في مقولة رائعة هي "إن المبادئ القانونية العامة تستبعد أن يضع المشرع شرطا وأوضاعا خاصة لتحقيق هدف ما ثم يضيف حصانة على القرارات التي تجاوزت الشروط والأوضاع التي رسمها أو تنحرف عنها ثم تنطوي على انتقاص من حقوق الأفراد وتجاهل للمبادئ الدستورية التي تحميها"¹.

لا يشير تعريف دعوى الإلغاء بين الفقه والقضاء أي إشكال قانوني، وعموما يقصد بدعوى الإلغاء أنها "دعوى قضائية يرفعها صاحب الشأن إلى القضاء الإداري طالبا فيها إلغاء قرار إداري مخالفا للقانون"². وتعرف أيضا أنها "الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون"³، كما عرفت بأنها "دعوى قضائية ترفع أمام الجهات القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقا لإجراءات خاصة ومحددة قانونا"⁴، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه

¹ عبد الله طلبية، مرجع سابق، ص، 27.

² عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص، 287.

³ سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985، ص، 151.

⁴ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار الجسور، الجزائر، 2009، ص، 48.

الفقيه عوابدي عمار، إذ قرر أنها " الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ذوو الصفة والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة"¹.

كما يذهب الفقيه عمار بوضياف إلى تعريفها على أنها " دعوى قضائية ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقاً لإجراءات خاصة ومحددة قانوناً"².

وينطلق الإجماع في هذه التعاريف من الطبيعة القضائية لدعوى الإلغاء باعتبارها وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، لأن مبدأ المشروعية يشكل قيدا جوهريا وأساسيا على تصرفات وأعمال الإدارة، ومن هنا ذهبت جميع التشريعات القانونية إلى تعبيد الطريق لتدخل القاضي الإداري بإلغاء القرار إذا استقر على عدم شرعيته، غير أن الفرق بينها واضح في التعريف الذي جاء به الفقيه عوابدي عمار، حيث امتد تعريفه إلى تبيان خصائص دعوى الإلغاء³.

مؤدى ما ذكر أن دعوى الإلغاء تحلق بجناحين الأول قرار إداري صادر عن سلطة إدارية والثاني قرار إداري غير مشروع طبقاً لإجراءات خاصة ومحددة قانوناً، وعليه لا يجوز أن توجه دعوى الإلغاء ضد عقد الصفقة العمومية، لأن العقد ليس قراراً صادراً عن الإدارة بإرادتها المنفردة بل هو تصرف ثنائي صادر عن توافق إرادتين "إرادة المصلحة المتعاقدة وإرادة المتعامل الاقتصادي المتعاقد"، توافق الإرادتين كان هو مناط تعريف العقد الإداري كما سبق القول.

هذا المقتضى القانوني يؤدي بنا إلى نتيجة أخرى مفادها أنه لا يمكن في دعوى الإلغاء الاستناد مطلقاً على مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كأحد الأسباب الجوهرية التي تعطي للقاضي الإداري إلغاء القرار الإداري، لأن دعوى الإلغاء خصصت كجزء على خرق مبدأ المشروعية في حين أن الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية، يؤدي الإخلال بها إثارة اختصاص القضاء الكامل⁴.

¹ عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 314.

² عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، مرجع نفسه، ص، 48.

³ أنها دعوى قضائية، ودعوى موضوعية أو عينية موجهة ضد القرار المطعون فيه، لا ضد أشخاصه، ودعوى من النظام العام يجوز تحريكها ضد أي قرار إداري غير مشروع إلا إذا وجد نص خاص.

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، مرجع سابق، ص، 360.

من هنا تبتدى أهمية دعوى الإلغاء في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لأن المنحى الذي يجب أن يسير عليه النقاش القانوني في دعوى الإلغاء بما يخدم موضوع الدراسة، هو ما تعلق بالقرارات الإدارية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في المرحلة التحضيرية والتمهيدية لإبرام الصفقة العمومية، وهذه المرحلة هي الموصلة إلى انعقاد الصفقة العمومية باعتبار أن هذه الأخيرة تتكون من عمليات قانونية مركبة¹.

خضوع القرارات الصادرة عن الإدارة في مرحلة التعبير عن إرادتها لرقابة القاضي الإداري يعتبر ضماناً فعلية وفعالة للمتعامل الاقتصادي ضد تعسف الإدارة وعدم احترامها والتزامها بتطبيق الأحكام القانونية الخاصة باختيار المتعامل المتعاقد.

الفرع الأول: قرارات إدارية داخل العملية العقدية

نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على وجوب اتخاذ الإدارة مجموعة من القرارات الإدارية أثناء مرحلة وتحضير الصفقة العمومية، لكن وبالمقابل يظهر أن القول باستحالة تحقيق رقابة قضائية على مشروعية هذه القرارات إلى غاية انتهاء العملية العقدية كلية من شأنه أن يربط آثار سلبية خاصة ما تعلق منها بحقوق الغير، لذلك استلهم القضاء الإداري نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في نطاق العقد الإداري.

إن التعرف على القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية في نطاق عقد الصفقة، أي قبل إنعادها، فإنه من الناحية القانونية هي أمر إلزامي، فلا يمكن للإدارة أن تتخلص من اتخاذ هذه القرارات، بل يتعين عليها ضرورة اتخاذها وفق أطر إجرائية محددة تشريعاً.

أولاً: ضرورة التمييز في مقام التكييف بين الصفقة كعقد والقرارات المنفصلة عنها

بناء على ما هو معروف فقها وقضاء أن العقد الإداري لا يختلف في جوهره العام عن العقود الأخرى، إذ له ذات الخصائص والآثار القانونية، وإذا كان الاختصاص المتعلق به للمحاكم الإدارية فإن ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته مثله مثل العقود التجارية على سبيل المثال²، ومن ثم إذا الكل يجمع أن

¹ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1995، ص، 125.

² ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1986/1987، ص، 182.

الصفقة العمومية عقد إداري شأنها في ذلك شأن العقود الإدارية الأخرى، غير أن الإجراءات القانونية المحددة تشريعا لصحة إبرامها تجعلنا نقول أن تكييفها تكييفًا خاصًا عن العقود الإدارية الأخرى هو النظرة القانونية الصائبة والمنصفة والمنطقية في ضوء الشروط والمبادئ التي حددها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لإنشاء الصفقة العمومية وإبرامها.

وترتيبًا على ذلك فإن الصفقة العمومية قبل نشوءها وإبرامها بصورة نهائية، فإن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أوجب على الإدارة في مرحلة الانعقاد والإبرام أن تتخذ مجموعة من القرارات الإدارية تفترضها العملية العقدية لصحتها أو لإلغائها، لذلك تدخل هذه القرارات ضمن خانة القرارات المركبة، إذ جاء على قول المحكمة الإدارية المصرية، أن "المشرع يفرض في بعض الحالات على الإدارة، وقبل اتخاذ قرار معين، القيام بإجراءات تمهيدية ومن ثم يجب على الإدارة الالتزام بسلوك هذه الإجراءات باعتبارها من الضمانات الأساسية لحماية حقوق الأفراد، ومؤدى ذلك أنه إذا صدر القرار دون استيفاء الإجراءات المقررة كان مآله البطلان"¹.

كما ورد عن القضاء الإداري المصري قوله "أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبًا ما يتم في شكل عملية مركبة متشابكة، وقد يكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد وتكون مكتملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده..."².

نسجل في هذا الصدد، ملاحظة أساسية، ألا وهي، أن عقد الصفقة العمومية هو توافق إرادتين على إنشاء التزام، غير أن خصوصيته تكمن في طريقة التعبير وظهور إرادة الإدارة إلى حيز الوجود القانوني، وقد أكدت تشريعات الصفقات العمومية، أن إرادة الإدارة لا يمكن أن تتجسد قانونًا إلا وفق عملية قانونية مركبة، يمر فيها إبرام عقد الصفقة العمومية بمراحل متلاحقة، لذلك نجد فقهاء القانون

¹ حكم المحكمة الإدارية في 18 جانفي 1996، الدعوى رقم 4480 لسنة 40 ق.

² إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص 159

الإداري يرون أن "هذه الإجراءات المركبة والمعقدة التي يستلزمها إبرام العقد الإداري، هي التي تؤدي بالطبع إلى التعبير عن إرادة الأطراف"¹.

ومن ثم فإن الغاية من إيراد هذه الأوضاع القانونية التمهيدية هو التأكيد أولاً على وجود مراحل خاصة بإبرام الصفقة العمومية وثانياً الوجود المستقل للقرارات الإدارية عن العقد، ويجدر التأكيد على أن الصياغة التشريعية لنصوص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "نص المادة 73 مثلاً" تساهم في تأييد هذا الانفصال.

لذلك يجب التمييز بين عقد الصفقة العمومية وبين القرارات الإدارية التي يجب أن يتوقف عليها انعقاد الصفقة العمومية، إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها، لأنها إجراءات تحضيرية وتمهيدية².

من هذه القرارات:

- قرار الإعلان عن طلب العروض،
- قرار الإعلان عن المنح المؤقت،
- قرار إعلان عن عدم جدوى إجراء طلب العروض³،
- قرار إعلان إلغاء الإجراء⁴،
- قرار إعلان إلغاء المنح المؤقت⁵،
- قرار إعلان عدم جدوى المسابقة⁶،
- قرار منح التأشيرة⁷.

¹ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 219.

² ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 234.

³ المادة 2/40 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁴ نص المادة 73 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁵ نص المادة 73 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁶ المادة 6/48 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁷ المادة 189 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وعملها أناط القضاء الإداري لنفسه الاختصاص في دعوى إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، إذ جاء على لسان محكمة القضاء الإداري " أن ما استندت إليه جهة الإدارة من أنها لم تتعاقد مع المدعى بسبب وجود عجز كبير في عدد المهندسين لديها، مما يتعذر معه الإشراف على التنفيذ، ذلك لأنه فضلا عن أن هذا السبب كان معلوما لديها مقدما عند طرحها المناقصة، فإنه ليس مبررا يبيح لها مخالفة حكم القانون ولا ذنب للمدعى في وجود هذا العجز، بل أن هذا الاعتبار قائم أيضا في حالة إسناد العملية إلى غيره حتى لو كان شركة من شركات القطاع العام، أما بالنسبة لما أشارت إليه في مذكرتها في أنها تعتبر أنها قامت بإلغاء المناقصة، فإن هذا السبب على غير أساس أيضا لأنه ليس في الأوراق ما يفيد أنه قد توافرت في المناقصة التي أجريت إحدى الحالات التي تجيز إلغائها".

وارتباطا بالموضوع تجدر الإشارة إلى أن هناك حكم آخر صادر عن المحكمة الإدارية المصرية بتاريخ 1975/04/05 تقر فيه " أن قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة إنما هو في طبيعته كما سلف البيان قرار إداري نهائي، إذ تجتمع له مقومات القرار الإداري من حيث كونه صادرا من جهة إدارية مختصة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني تحقيقا للمصلحة العامة، وليس أبلغ في الدلالة على صدق هذا النظر من أن جهة التعاقد إنما تلتزم حال انصراف إرادتها إلى إبرام العقد بالتعاقد مع المناقص أو المزايد الذي عينته لجنة البت وليس لها أن تستبدل غيره".

هذا وقد ذهب القضاء الإداري إلى قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد خرق القرارات الخاصة باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، يستفاد ذلك من حكم المحكمة الاتحادية العليا، التي قررت " أن لجنة البت أوصت بترسية المناقصة على مؤسسة الطاعن... غير أن رئيس الدائرة أصدر قرارا باستبعاد الطاعنة وترسية المناقصة على المتناقص الثالث دون الرجوع إلى لجنة البت لإبداء الرأي وتوضيح أسباب الاستبعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بإطلاقه سلطة الإدارة في اختيار المتناقص الذي تريده دون التقييد بأحكام القانون وشروط المناقصة مما يخل بمبدأ المساواة والعدالة بين المتناقصين وهي اعتبارات عليا متعلقة بالنظام العام"¹.

¹ حكم المحكمة الاتحادية العليا، الإمارات العربية المتحدة، الطعن رقم 94 لسنة 2004. نقلا عن:

أما فيما يخص القرار الصادر بالتوقيع على العقد ذهب القضاء الإداري المصري بهذا الخصوص إلى إمكانية الطعن فيه، لذلك يمكن للمتعاقل الاقتصادي الذي أرسيت عليه الصفقة ورفضت الإدارة توقيع العقد معه أن يطعن بالإلغاء¹.

هكذا امتدت الرقابة على القرار الصادر بإبرام العقد، وصادفنا في هذا المجال على حكم محكمة القضاء الإداري المصري يؤكد هذه الإشارة القانونية، إذ جاء عنها إن "القرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قرارا إداريا، وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة، من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يكون الطعن بالقرار الصادر بإبرام العقد جائزا قانونا، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة"².

أ: الطبيعة القانونية لإعلان المنح المؤقت

من المعلوم أن المشرع في المادة 178 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يكون قد عمد إلى التفرقة بين عملية الاختيار وعملية إبرام العقد، لأن المتعهد لا يعتبر في منزلة المتعاقد إلا إذا كانت الرقابة الخارجية قد توجت بمقرر منح التأشيرة، إذ تنص هذه المادة على أنه "تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر منح التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة. ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا القانون"، كما نص في المادة 189 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر منح أو رفض التأشيرة خلال أجل أقصاه خمسة وأربعون (45) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة. ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا القانون".

سي صالح علي الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018/2017، ص، 56.

¹ مع العلم أن دعوى الإلغاء لا تنفيد مطلقا إلغاء العقد.

² حكم محكمة القضاء الإداري، مصر، في 01/02/1963، القضية رقم 14/329 ق. نقلا عن:

مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 241.

إذن فالطبيعة القانونية لإعلان المنح المؤقت للصفقة، لا تجعل المتعهد الذي قدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية في مركز المتعاقد النهائي وإنما لا يعدو أن يكون اختياره مؤقتاً، لأن القول بذلك من شأنه أن يعطل حق لجنة الرقابة الخارجية في رفض منح التأشيرة وثانياً يسلب حق الإدارة في العدول عن الصفقة العمومية الممنوح لها قانوناً.

فالطبيعة القانونية لإعلان المنح المؤقت للصفقة تشكل الجوهر المميز لفكرة المتعامل الاقتصادي المتعاقد، لأن اعتبار قرار المنح قبولاً يتم معه التعاقد من شأنه أن ينسف البناء القانوني لفكرة العملية التعاقدية من أساسها، بل سيفضي إلى تناقض أعمق وهو أن رجوع اللجنة عن منح التأشيرة أو ممارسة حق العدول سيكيف على أنه فسخ للعقد وهي مسألة تتعارض كلية مع نصوص القانون¹، حيث لا يمكن الحديث في هذه الحالة إلا عن قرارات إدارية يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري².

ومن هنا تبدو أهمية تحديد الطبيعة القانونية للقرارات التي تتخذ في مرحلة انعقاد الصفقة لإظهار قوتها وحجيتها القانونية ونطاق الرقابة القضائية عليها، مع الإشارة أن بعض التشريعات القانونية كانت واضحة في نصوصها القانونية من مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعملية التعاقد، من ذلك حكم المادة 64 قانون 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات العامة الكويتي، بنصها على أنه "لا يترتب على إرساء المناقصة وإبلاغ المناقص الفائز بها أي حق له قبل الدولة في حالة العدول عن التعاقد بقرار مسبب من مجلس الجهاز من تلقاء ذاته بعد أخذ رأي الجهة صاحبة الشأن أو بناء على مذكرة مسببة من هذه الجهة ويصدر القرار في الحالتين بأغلبية ثلثي أعضائه، وفقاً لأحكام هذا القانون ولا يعتبر المناقص الفائز متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد"³.

وبقي أن نشير أن قرار المنح المؤقت يعد من أهم القرارات الصادرة عن الإدارة في موضوع عقود الصفقات العمومية، لذلك يقبل بشأنه الطعن بالإلغاء إذا جاءت مقتضياته مخالفة لأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

¹ محمد عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص، 187.

² من هذه القرارات قرار المنح المؤقت.

³ ج.ر.ع 1299، س 62، مؤرخة في 26 شوال عام 1437 الموافق 31 يوليو سنة 2016.

ثانيا: موقف القضاء الإداري من طبيعة الإجراءات التمهيدية

إن الجواب على هذا السؤال مر، من الوجهة القضائية، بقرارات قضائية إيجابية في هذا المجال معتبرا الصفقة العمومية عملية عقدية مركبة تشترط فيها التشريعات القانونية شكليات معينة وتتخذ بشأن كل مرحلة من مراحلها قرارات معينة بذاتها، وانطلاقا من هذا فإن الأعمال التحضيرية أو الإجراءات التمهيدية التي تسبق إبرام العقد الإداري واتخذت الإدارة بخصوصها قرارات، فإن الأثر العملي والواقعي والقانوني المترتب عنها لا يدع مجالاً للشك في أنها قرارات إدارية مستجمعة لجميع مقومات القرار الإداري يجوز الطعن فيها بالإلغاء من صاحب المصلحة، ومن ثم فإن إصابة هذه القرارات بعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري يجعلها محلا للطعن بالإلغاء¹.

ومن ثم تظهر غاية التمييز بين المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية لتكون في الأخير عقدا وهذه الأهمية تزداد قوة في تحديد اختصاص قضاء الإلغاء، في هذا الإطار جاء حكم المحكمة الاتحادية العليا واضحا في تحديده لهذه المراحل، بقولها " من الأصول المقررة في شأن إبرام العقود الإدارية أن المناقصة طريق تسلكه الإدارة لتختار بمقتضاه أفضل من يتقدمون للتعاقد معها، بتغليب مصلحة المرفق العام المالية مقرونة بالمصلحة الفنية التي تبدو في اختيار المناقص الأفضل كفاءة وحسن سمعة، ولهذا الطريق مراحل ثلاثة، الأولى طرح المناقصة من الإدارة وتقدم الأفراد والشركات بالعطاءات، والثانية فحص وإرساء المناقصة، وثالثها إبرام العقد"².

كما جاء في حكمها " أن الأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات وإرساء المناقصة، ولئن كانت جميعا إجراءات سابقة على التعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد"³.

¹ حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص، 101. رشا عبد الرزاق جاسم، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة القضاء والقانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الرابع، ع 13، 2011، ص، 2.

² حكم المحكمة الاتحادية العليا، الإمارات العربية المتحدة، الطعن رقم 93 لسنة 5 ق. نقلا عن:

سي صالح علي الحربي، مرجع سابق، ص، 43.

³ حكم المحكمة الاتحادية العليا، الإمارات العربية المتحدة، الطعن رقم 422 لسنة 2000. نقلا عن:

سي صالح علي الحربي، مرجع نفسه، ص، 44.

ويلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي جنح في هذا الشأن إلى تبني نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في العقود الإدارية، لأنه رأى من الواضح الذي لا شك فيه أن عدم اعتماد هذه النظرية فيه نقص لمبدأ حماية المشروعية وضرب للمصلحة العامة، لأن ما هي الفائدة القانونية، إذا خالفت المصلحة المتعاقدة الإجراءات الشكلية الخاصة بإبرام الصفقة العمومية، خاصة إذا اعتبرنا عقد الصفقة العمومية عقد غير قابل للتجزئة، الأمر الذي يجعل الطعن بالإلغاء غير مقبول لصالح الغير صاحب المصلحة وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، وفي نفس الوقت لا يحق لهم استعمال الدعوى الناشئة عن العقد لأنها مقصورة في أطرافها فقط¹.

ورغبة من القضاء الإداري المصري في إنصاف القضاء الفرنسي بخصوص إقراره وتبنيه نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال، لا بأس من الإشارة إلى حكم محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الشأن، إذ جاء فيه " هذه الفكرة ابتدعها مجلس الدولة في فرنسا ومصر، ولا يقتصر تطبيقها على العقود بل تطبق في كل عملية مركبة، مثال ذلك، الطعن بالإلغاء في أي قرار إداري يتعلق بالعملية الانتخابية، القرارات التي تصدرها الدولة تنفيذا للمعاهدات تخضع لرقابة القضاء رغم أن هذه المعاهدات تعتبر من أعمال السيادة، يعتبر من الأعمال المنفصلة القرارات المتعلقة بتوزيع تعويض جزافي دفعته إحدى الحكومات الأجنبية على رعايا الدول المضرورة، تطبق هذه النظرية كذلك في إجراءات نزاع الملكية وبعض صور التعيين، تنطبق كذلك على قرار مجلس إدارة هيئة الآثار في الموافقة على عرض الآثار المصرية على سبع مدن يابانية، هذا القرار منفصل عن العقد ويجوز الطعن فيه استقلالا"².

هذه النظرية صورها القضاء الإداري في حكم صادر عنه بقوله "متى توافرت في المنازعة الإدارية حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أم صحته أم تنفيذه أم انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء، إلا أن هذا المبدأ يحد من إطلاقه قيدان، أولهما يتعلق باقتصار آثار العقود على عاقدتها، فغير المتعاقد لا يجوز له إلا أن يطعن بالإلغاء لأنه أجنبي ليس للعقد في مواجهته أية قوة في الالتزام. والقيد الثاني يتعلق بالقرارات المستقلة عن العقد، إذ يجب التفريق بين العقد أو عبارة أدق الرباط التعاقدية وبين القرارات الإدارية التي يقوم عليها

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص، 25.

² حكم محكمة القضاء الإداري في 03 ديسمبر 1994، الدعوى رقم 1640 لسنة 40 ق.

انعقاده أو التي ترافق انعقاده، إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً في المواعيد وبالشروط العامة المقررة بالنسبة إلى الطعن بالإلغاء"¹.

أ: العقوبات القانونية

من المناسب الإشارة هنا إلى أن القضاء الإداري رغم العقوبات القانونية التي واجهته وما زالت تواجهه فإنه لا يدخر جهداً في سبيل فرض رقابته على القرارات الصادرة من الإدارة، لكون ذلك يشكل ضماناً مهماً لمبدأ المشروعية، باعتبار أن كل قرار إداري مخالف للمشروعية يستلزم إلغاؤه، مما يشكل وقاية لأحكام القانون.

والمتمتع للرقابة القضائية الإدارية يلمس فارقاً ذا أهمية في تطورها، مما يقتضي توضيح الرؤية بشأن هذا التطور القضائي الإداري، لارتباطه بأهم الحقوق التي تهتم بها الدساتير، ألا وهو حق صاحب المصلحة في مقاضاة الإدارة إذا كانت قراراتها مخالفة للقانون²، وإعطاء فكرة واضحة عن أهمية الإشكالات التي اعترضت الرقابة القضائية على القرارات التي تدخل في تكوين العقود الإدارية، يتعين الحديث عن الدعوى الموازية وفكرة الحقوق المكتسبة.

1: الدعوى الموازية: كان القضاء الفرنسي في مرحله الأولى يرفض تطبيق أحكام دعوى الإلغاء بحجة اصطدام هذه الدعوى بدعوى القضاء الكامل³، ففي هذه الحالة، وتطبيقاً لروح وفلسفة القضاء الإداري، لا يستجيب القاضي الإداري إلى إلغاء القرارات الإدارية الداخلة في العمليات الإدارية المركبة⁴، طالما هناك دعوى أخرى يمكن رفعها ضد العملية العقدية برمتها أمام قاضي العقد، لأن دعوى الإلغاء في هذه الحالة كانت تعد دعوى احتياطية⁵.

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص، 26.

² المادة 161 قانون رقم 01/16 يتضمن التعديل الدستوري.

³ AUBY (J.M) et DRAG (R), Traité de contentieux administratif, paris, 1975, p, 434.

⁴ محمود محمد حافظ، نظرية القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975، ص، 74.

⁵ CHAPUS (R), Droit du contentieux administratif, éd Montchrestien, paris, 2008, p, 260.

لذلك كان القضاء الإداري يؤمن بأن دعوى الإلغاء لا يمكن قبولها مادام أن الطاعن له الحق في سلوك دعوى قضائية أصلية تحقق نفس نتائج دعوى الإلغاء¹، لأن الغاية من دعوى الإلغاء هو إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، وهي نفس الغاية التي سيصل إليها الطاعن لو قام برفع الدعوى أمام قاضي العقد، إذ يكون بالإمكان قانونا الطعن في القرار الذي ساهم في تكوين الرابطة التعاقدية أمام قاضي العقد الذي سيسحب بالضرورة آثار عدم مشروعية هذا القرار على الوجود القانوني للعقد ذاته².

هذه الفكرة القانونية أخذ بها المشرع الوطني في نص المادة 276 قانون الإجراءات المدنية الملغى، بنصها على أنه "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة أيضا إذا كان الطاعنون يملكون للدفاع عن مصالحهم طريق الطعن العادي أمام أية جهة قضائية أخرى"³. وشرح الأستاذ سنقوقة هذا الحكم القانوني على أنه "لا يسوغ للطاعن أن يلجأ إلى الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، إذا كان لديه، أو أمامه جهة قضائية أخرى تمكنه من الحصول على حقوقه عن طريق الطعن العادي في القرار محل الطعن أو التظلم"⁴.

2: الحقوق المكتسبة: معلوم أن العملية الإدارية المركبة إذا انتهت رتبت لأطرافها المتعاقدة حقوق مكتسبة ومراكز قانونية مستقرة، ومن ثم ليس هناك حاجة قانونية تستدعي الطعن بإلغاء القرارات الداخلة في تكوين هذه العملية الإدارية المركبة التي أصبحت تشكل عملا موحدًا⁵. ومن ثم، أن من الواضح مما سبق أن قبول دعوى الإلغاء في القرارات السابقة عن إبرام العقد المركب فيه مساس صريح بهذه الحقوق⁶.

¹Hubert (C), Actes rattachables et actes détachables en droit administrative français, imp box frères, paris, 1967,p,153.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 231.

³ أمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى). ج.ر.ج.ع. 47 المؤرخة في 19 صفر عام 1386 الموافق 9 يونيو سنة 1966.

⁴ سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نصا وتعليقا، شرحا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص، 215.

⁵ لأن العملية القانونية تعد وحدة قانونية غير قابلة للتجزئة، ومن ثم إذا أبرم العقد المركب لا يجوز الطعن في القرارات التي ساهمت في تكوينه، لأن هذه العملية القانونية المركبة ترتب عليها حقوق مكتسبة لأطرافها.

حشيش عبد الحميد كمال، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص، 57.

⁶ ساري جورج شفيق، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص، 7.

ذلك أن المبدأ الذي يحكم فكرة العقود أنها لا تنتهي إلا باتفاق أطرافه، إذ أكد قضاء المحكمة الاتحادية العليا طعن إداري في حكم صادر عنها سنة 2012 " أن العقد بصفة عامة يخضع لمبدأ سلطان إرادة المتعاقدين سواء في انعقاده أو إنهائه"، كما قضت في حكم ثان صادر سنة 2015 " أن العقد قانون المتعاقدين، ويلزم المتعاقدين بما اشتمل عليه من التزامات متى وقع صحيحا، فلا يجوز لأي من طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما معا أو لأسباب يقررها القانون"¹. لذلك كان القضاء الفرنسي يرى في تطبيق دعوى الإلغاء على القرارات السابقة لتكوين العملية العقدية من شأنه أن يفضي إلى نتائج خطيرة من الأفضل تحاشيها "إلغاء العقد بأثر رجعي"، ولذلك يكون من الملح جدا إدراك مخاطر تطبيق دعوى الإلغاء على استقرار المراكز القانونية وضمان الحقوق².

وحقيقة الأمر أن العقد الإداري كما أشار إليه الفقه والقضاء الإداري من حيث كونه تصرف إداري هو تصرف من جانبين، في حين أن القرارات الإدارية هي تصرفات منفردة تتجسد فيها مظاهر سلطان الإرادة، ولقد كان من شأن هذا التمييز أثر على اختصاص القضاء الإداري في حد ذاته، ما يؤدي إلى القول أن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى عقد إداري³.

يرى الأستاذ مهند مختار نوح أن " السبب الحقيقي الذي دفع مجلس الدولة إلى تبني هذه النظرية في القرن التاسع عشر يتجسد في جملة من الظروف الخاصة بهذا المجلس، حيث أن تقسيم القضاء الإداري إلى قضاء إلغاء وقضاء كامل سنة 1864 وصدور حكم بلانكو الشهير الذي أرسى معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاص، قد أدى إلى إحداث حيرة وبلبلة فيما يتعلق بالتصرفات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، وتلك التي لا تدخل فيه، ما دفع القضاء الإداري إلى تبني المنهج التركيبي في سبيل إيجاد كتل قضائية اختصاصية وذلك بالاعتماد على مفهوم العملية فإذا كانت العملية مما يدخل أساسا في اختصاص جهة قضائية معينة فإن كل القرارات التي تدخل أو تساهم في بنية هذه العملية القانونية تختص بها جهة القضاء التي تختص بالعملية ككل، ولكن مع بداية القرن العشرين أفل نجم نظرية

¹ سي صالح علي الحربي، مرجع سابق، ص، 11.

² ميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة دراسة مقارنة في القانون المغربي، الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، 2005/2004، ص، 29.

³ أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص، 23.

الدعوى الموازية، مما أدى إلى توسيع مجال دعوى تجاوز السلطة حتى أصبحت هي الدعوى الأصل، وأصبح مجلس الدولة الفرنسي ييسر رقابته على القرارات الإدارية التنفيذية أيا كان موقعها ولو كانت جزءا من عملية قانونية إدارية، متبينا منهجا جديدا هو المنهج التحليلي بدلا من المنهج التركيبي"¹.

ب: المرجع القضائي

إذا ثبت هذا الذي أشرنا إليه سابقا أن القضاء الإداري كان يرفض في فترة معينة تفعيل دعوى الإلغاء في مجال العقد المركب، وجب التنبيه أن هذا المبدأ تراجع عنه تحت دوافع قانونية ومنطقية كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وعليه أرسى القضاء الإداري الفرنسي أحكام وقواعد نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال باعتبارها المرجع القضائي الوحيد للطعن في القرارات الإدارية المتعلقة بالعمليات الإدارية المركبة سنة 1903²، نظرية مهمة تقوم على عدم اعتبار العقد المركب غير قابل للتجزئة وإحالة قراراته إلى القضاء الإداري للبت في عدم مشروعيتها.

والحقيقة، إن هذا التوجه القضائي الإيجابي يمنح قاضي الإلغاء كامل الصلاحية للنظر في هذه القرارات، وبالرجوع إلى قرارات القضاء الإداري في هذا الشأن نجد لها حافلة بهذا النوع من التوجه القضائي الإيجابي.

تقول محكمة القضاء الإداري أنه " ومن حيث أنه مما يجب التنبيه إليه أن من العمليات التي تباشرها الإدارة عما قد يكون مركبا له جانبان، أحدهما تعاقدية بحث تختص به المحكمة المدنية، والآخر إداري يجب أن تسيّر فيه الإدارة على مقتضى النظام الإداري المقرر لذلك، فتصدر بهذا الخصوص قرارات إدارية من جانب واحد تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده فتختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء هذه القرارات دون أن يكون لإلغائها مسار بذات العقد الذي يظل قائما بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به.

ومن حيث أنه لا يقدر فيما تقدم، أن الطعن بالإلغاء في مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، ذلك لأن مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون

¹ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 233.

² HUBERT (C), op.cit, p, 11.

محلا لظعن بالإلغاء أم لا، فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار من العملية المركبة فإن طلب إغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الإداري، على أن وجه المصلحة في الظعن ظاهر إذا لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الظعن في العقد مدنيا لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا في العقد يمكنهم الظعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الظعن وقد يؤدي إلغاء القرار إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم"¹.

وقضت محكمة القضاء الإداري أيضا في حكم صادر عنها بتاريخ 18/01/1956 أن " المحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الظعن فيها بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إذا كان لهذا التعويض محل، أما العقد ذاته فإن المنازعة بشأنه تدخل في اختصاص هذه المحكمة بسبب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الإداري"².

وقررت أيضا محكمة القضاء الإداري أن " قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري، ويجوز الظعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متكبها الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا، كما يجوز الظعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو عدم صحة هذه الأسباب، على أنه يجب أن يستند الظعن إلى أدلة مستمدة من أوراق الدعوى"³.

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في 25 نوفمبر 1947، الدعوى رقم 143 سة 1 ق، مجموعة السنة الثانية، ص، 104. نقلا عن:

محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الظعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع 49، 2011، ص، 225.

² سي صالح علي الحربي، مرجع سابق، ص، 17.

³ حكم محكمة القضاء الإداري في 21 أبريل 1957، الدعوى رقم 2946 س 7 ق، مجموعة السنة الحادية عشر، ص، 269. نقلا: محمد سمير محمد جمعة، مرجع سابق، ص، 225. أحمد عبد الله سيد أحمد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2008/2007، ص، 8.

صدر عن المحكمة الإدارية العليا حكم بتاريخ 5 أبريل 1973 جاء فيه " أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء مثل القرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية من العملية حتى إبرام العقد"¹.

وبتاريخ 14/4/1979 قضت المحكمة الإدارية العليا أنه " ينبغي في ضوء هذا التنظيم لعملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية، النوع الأول وهو القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد، وهذه تسمى القرارات المنفصلة المستقلة، ومن هذا القبيل القرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسالها على شخص معين، فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتنطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات النهائية. والنوع الثاني وينتظم القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذًا لعقد من العقود الإدارية واستنادًا إلى نص من نصوصه كالقرار الصادر بسحب العمل ممن تعاقد معها والقرار الصادر بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتباره المحكمة ذات الولاية العامة الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بالتطبيق للبند الحادي عشر من المادة العاشرة من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة والذي يقضي باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، وغني عن البيان أن اختصاص القضاء الإداري بالنسبة إلى هذا النوع الثاني من القرارات هو اختصاص مطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها، إذ ليست هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل في شيء من هذه المنازعات، وهذا التنظيم القضائي يجعل القضاء الإداري مختصًا بالفصل في الطلبات المستعجلة التي تنطوي على نتائج يتعذر تداركها أو طلبات يخشى عليها من فوات الوقت أو اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير أو إجراءات وقتية أو تحفظية حماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه، والقضاء الإداري إذ يفصل في هذه الطلبات إنما يفصل فيها سواء أكانت مطروحة عليه بصفة أصلية أم

¹ محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص، 26.

باعتبارها فرعا من المنازعة الأصلية المعروضة عليه، وذلك على اعتبار أن القضاء الإداري وحده دون غيره قاضي العقد"¹.

كما قضى القضاء الإداري بهذا الخصوص أنه " ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد أو تهئ لمولده، ذلك أنه ويقطع النظر عن كون العقد مدنيا أو إداريا فإن هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة وله خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحا عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقا لمصلحة عامة يتغيها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كان أو إداريا وتنفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا"².

واسترسالا في تثبيت هذا التوجه القضائي أكدت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر عنها، أن " التعاقد بالطريق المباشر يعتبر قرارات إدارية من حيث كونه إذنا بالتعاقد والقرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قرارا إداريا وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله من العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرا جائزا قانونا، لأن إبرام العقد والمرحلة السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة، أما القرارات اللاحقة لإبرام العقد، فإنها تكون مستندة إلى السلطة العقدية ويراعى في هذه القرارات أنها جميعا تصدر أثناء العقد وهذه وحدها هي التي تدخل في منطقة النزاع العقدي ولا يرد عليها طلب الإلغاء"³.

أما القضاء الإماراتي صدر عنه حكم في 1999/11/28، إذ جاء فيه " أن الأعمال التمهيديّة من وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاصلة بين

¹ مجموعة أحكام العليا، حكم المحكمة الإدارية العليا صادر في 1979/4/14، ص، 178. نقلا عن

مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص، 32.

² حكم محكمة القضاء الإداري صادر في 1975/04/05، طعن رقم 456 س 17 ق.

³ مصطفى شهاب أحمد الخزرجي، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر،

2016/2015، ص، 10.

العطاءات فإرساء المناقصة، ولئن كانت جميعها إجراءات سابقة على التعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد، إلا أنه يتعين على جهة الإدارة أن تلتزم فيها الأحكام والقواعد المقررة في القانون، ذلك أنها لا تعتبر مجرد قواعد تنظيمية داخلية تخضع في تطبيقها لمشيئتها، وإنما هي قواعد وضعها المشرع لصالح الإدارة والأفراد على السواء، وهدف بها كفالة حياد عمليات المناقصة واحترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعاً، ومن ثم فإن الخروج على هذه القواعد أو الإخلال بالمبادئ الأساسية التي تحكم إجراءات المناقصة يعتبر عملاً غير مشروع يترتب مسؤولية الإدارة¹.

أما على مستوى القضاء المغربي بشأن القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، فقد جاء في قرار له " وحيث إن الإدارة تدفع أولاً بعدم قبول دعوى الإلغاء لكون الطالب عرض نفس النزاع على المحكمة الإقليمية بالرباط قصد إبطال عقد الكراء الجديد وأن الفقرة الأخيرة من الفصل 14 من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى تنص على عدم قبول طلب الإلغاء الموجه ضد مقرر إداري إذا كان في استطاعة من يعنيه الأمر المطالبة بحقوقه عن طريق القضاء الكامل.

لكن حيث إن المدعي يملك حق قيام دعوى الشطط في استعمال السلطة ضد قرار متصل بالعقد من ناحية الإذن بالتعاقد ولكنه منفصل عنه كعمل إداري صادر من جانب الإدارة وحدها مما يجعل الدفع الأول غير مرتكز على أساس².

ويلاحظ على هذه الأحكام القضائية ثمة تشابه بينها ويتمثل في حق الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العملية العقدية، إذ أن الغير يسوغ له رفع دعوى الإلغاء ويثبت ذلك في عقد إداري نهائي طبقاً للقواعد الإجرائية المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم 83 س 20 ق. نقلاً عن:

سي صالح علي الحربي، مرجع سابق، ص، 18.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص، 15.

الفرع الثاني: علاقة القرارات الإدارية المنفصلة بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

العام

ولعل الصياغة القانونية لمواد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وعدم تصريحها بالقيمة القانونية للإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة العمومية تجعل رجل القانون في بداية الأمر يعتقد أنها لا ترقى إلى مصاف القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري في حدود اختصاصه ووفق الشكل المتطلب قانوناً. غير أن غمامة اللبس سرعان ما تنقشع بمجرد الاستئناس برؤية القضاء الإداري لهذه العلاقة الذي يعد في جميع الأحوال المحرك الرئيسي للقاعدة القانونية من جهة، ومن جهة أخرى عند إنطاق هذه الأحكام والجمع بينها وبين أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بداية تعرف القرارات الإدارية القابلة للانفصال على أنها "هي طائفة القرارات الإدارية التي لا تصدر قائمة بذاتها ومستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر ومرتبطة"¹. كما عرفت على أنها "القرار الذي يسهم في تكوين العقد ويستهدف إتمامه إلا أنه ينفصل عن العقد وينفرد عنه في طبيعته فيجوز الطعن عليه استقلالاً"².

كما تعرف على أنها "القرارات الإدارية التي تصدر من جانب واحد، الداخلة في العقد، ولكن يمكن فصلها عنه والنظر إليها على استقلال، ويجوز على هذا الأساس الطعن فيها بدعوى الإلغاء المباشر"³.

وتعرف بأنها "كل ما يمكن فصله عن العقد بدءاً من القرارات التي تؤدي إلى إبرام العقد أو التي تصل عند الاقتضاء إلى قبول الإبرام وهي تعتبر قرارات منفصلة عن العقد إزاء الأطراف وإزاء الغير"⁴.

¹ عوايدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص، 122.

² محمد أحمد إبراهيم المسلماني، مرجع سابق، ص، 27.

³ سي صالح علي الحربي، مرجع سابق، ص، 21.

⁴ علي سعيد حسين، العقود الإدارية، أداة تمويل المشروع العام، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص، 372.

أولاً: القفزة التشريعية

يشير تطبيق نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في علاقتها مع قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام آثار قانونية بالغة الأهمية، خاصة بعدما تخلى المشرع الوطني صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن مضمون حكم المادة 276 قانون الإجراءات المدنية المشار إليها سابقاً، وهي تشكل بذلك قفزة إجرائية خاصة في منازعات الصفقات العمومية، تظهر هذه القفزة التشريعية في:

ـ نجد أن قضاء الإلغاء اختصاصه في نطاق قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام محصور فقط في مجال القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفة العمومية، وهي القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بما لها من سلطة آمرة¹. ومن ثم إذا كان الأساس القانوني في اتخاذ المصلحة المتعاقدة لتلك القرارات يقوم على فكرة ما تكفله لها القوانين والأنظمة من حق استعمال تلك السلطة، فإن المنازعة في هذا القرار تخرج عن نطاق المنازعات الحقوقية مما يعطي الحق لقاضي الإلغاء بالمحكمة الإدارية الاختصاص للنظر فيها من منطلق أن الأعمال المتخذة بهذه الصفة هي قرارات إدارية بحتة منفصلة عن الصفة العمومية ونصوصها².

ما يركي هذا الطرح الطعن الإداري الذي أقره المشرع في حكم المادة 1/82 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ أجازت الطعن في هذه القرارات أمام لجنة الصفقات المختصة، بنصها على أنه "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفة أو إغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة".

نلاحظ أن الطعن الإداري المنصوص عليه في المادة 1/82 ليس من النظام العام تبعاً للعبارة الواردة في نص المادة " يمكن المتعهد الذي يحتج... أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة"، لذلك سجل الفقه الجزائري الحل الذي اختاره المشرع الوطني بارتياح لأنه يتماشى مع أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خاصة نص المادة 1/803 منه، بنصها على أنه "يجوز للشخص المعني

¹ LAMARQUE (J), Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats de droit privé, A.J.D.A, 1961, p, 123.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 11.

بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه"، كما تقضي المادة 907 من ذات القانون على أنه "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد من 829 إلى 832 أعلاه". وبهذا نرى أن دعوى الإلغاء تكون مقبولة أمام القضاء الإداري دون وجوب المرور أولاً بالطعن الإداري ضد القرارات التحضيرية والتمهيدية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة¹.

كان المشرع قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية لا يقبل الدعوى إلا إذا سبقها تظلم إداري باعتباره قاعدة جوهرية تتعلق بالنظام العام²، إذ كانت المادة 275 قانون إجراءات مدنية تنص على أنه "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار، فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه". كما نصت المادة 169 مكرر/1 قانون إجراءات مدنية على أنه "لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري".

الملاحظة الثانية التي يمكن إيرادها في هذا الشأن، أن الدعوى المرفوعة أمام القاضي الإداري لا توقف تنفيذ القرار الإداري النهائي المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك³. هذا الأصل العام أكد عليه مجلس الدولة في قرار صادر عنه بتاريخ 2005/19/15، إذ جاء فيه أن "القرارات الإدارية نافذة بمجرد صدورها ما لم يضع القضاء حداً لتنفيذها وأن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية لا يوقف

¹ بذلك أصبحت دعوى الإلغاء مقبولة دون اشتراط وجود تظلم إداري مسبق سواء تعلق الأمر بالقرار الإداري المركزي أو اللامركزي، إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على إجبارية التظلم الإداري المسبق.

فريجة حسين، شرح المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص، 185.

² خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص، 138. لحسن

بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، 217.

³ المادة 1/833 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

تنفيذها"¹. هذا التوجه القانوني العام زكاه معظم فقهاء القانون الإداري ورجال القضاء، لأنه يعكس مبادئ القانون العام التي تقوم على تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة².

مع الإشارة يكفي أن نرجع إلى نفس المادة لمعرفة الإطار والشروط العامة الخاصة بتقديم الطعن الإداري الاختياري قبل التوجه إلى قاضي الإلغاء، إذ تنص على أنه " ويرفع الطعن في أجل عشرة أيام، ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشر 15 يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة 10 أيام المذكورة أعلاه. ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء ثلاثين 30 يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة، لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغ قرارها...".

وتبعاً لذلك، نجد أن المشرع الوطني يقيم تفرقة بين عملية تحضير وإبرام عقد الصفقة العمومية وتنفيذها، لأن الصفقة العمومية أثناء التنفيذ أخضعها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلى قاعدة إجبارية التوجه إلى السلطة الإدارية المختصة إذا ثارت نزاعات بشأنها أمام القضاء الكامل، وهذه الإجبارية الإدارية نصت عليها 153 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

¹ قرار مجلس الدولة، غ الرابعة، صادر في 2005/11/15، ملف رقم 019341. مجلة مجلس الدولة، ع 7، الجزائر، 2005، ص، 133.

² كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2018/2017، ص، 150.

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

_ إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،

_ التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،

_ الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا، قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف، حسب الشروط المذكورة أعلاه، للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب أن لا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة".

_ لا شك أن القرارات التي تتخذها الإدارة استناداً على نصوص العقد لا تعتبر من قبيل

القرارات الإدارية المنفصلة، لذلك يجب التمييز بين القرارات المتصلة بالعقد والقرارات القابلة للانفصال عن العملية التعاقدية، إذ جاء عن القضاء الإداري المصري قوله " أن من المقرر أن القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة استناداً إلى نصوص العقد لا تعد قرارات إدارية بمعناها المستقر عليه حينما تكون

تعبيراً عن الإرادة المنفردة للجهة الإدارية بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وإنما تعد إجراء من إجراءات العقد حيث استندت إليه وأعملت ما تضمنته نصوصه"¹.

كما جاء على لسان القضاء المغربي، أن "وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطلوب إيقاف تنفيذه، يتضح أنه يقضي فقط بفسخ الصفقة المبرمة بين الطرفين عدد 2006/11، وبمصادرة الضمانة المؤقتة المقدمة من طرف المدعي لفائدة الدولة، دون أن يتضمن أي مقتضى بشأن منع المدعي من المشاركة في الصفقات المعلن عنها من طرف المندوبية السامية للمياه والغابات مدة خمس سنوات كما جاء ذلك في المقال.

وحيث إن الاستجابة لطلبات إيقاف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية كما تنص على ذلك المادة 24 من القانون رقم 90/41 المحدث بموجبه محاكم إدارية رهين بتوافر ظروف استثنائية تبرر الخروج على قاعدة الأثر الفوري للقرارات الإدارية وقابليتها للتنفيذ فور اتخاذها باعتبارها القاعدة الأصل، وهي الظروف التي استقر الفقه والقضاء على تجسيدها في عنصر الجدوية والاستعجال، أي قيام مؤشرات تجعل القرار بحسب الظاهر غير مشروع ويرجح إلغاؤه، وأن يترتب عن تنفيذه حصول أضرار يستحيل أو يصعب تداركها مستقبلاً في حالة الاستجابة لطلب الإلغاء.

وحيث إنه بعد دراسة المحكمة لكافة معطيات القضية واطلاعها على أوراق الملف، يتضح أن عنصر الجدوية يبقى منتفي في النازلة بالنظر إلى طبيعة القرار المطلوب إيقاف تنفيذه كقرار متصل بتنفيذ الصفقة المبرمة بين الطرفين، ولا تخرج المنازعة فيه عن إطار هذه الأخيرة التي يظل القضاء الشامل هو المجال الطبيعي لجميع المنازعات المثارة بشأنها، الأمر الذي يكون معه الطلب غير مستجمع للشروط المبررة للاستجابة له، ويتعين التصريح برفضه دون حاجة لمناقشة عنصر الاستعجال"².

__ تبعا لأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نص المشرع صراحة على مبدأ الإعلان عن القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة تحضير وإبرام الصفقة

¹ حكم محكمة القضاء الإداري صادر في 2008/04/15، طعن رقم 13837 لسنة 50 ق.

² حكم المحكمة الإدارية، الرباط، صادر في 2007/06/29، ملف رقم 07/186، قضية علال بن الميلودي ضد الدولة المغربية. نقلاً عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 16.

العمومية، واتخذ الإعلان بشأنها طريقتين هما النشر والتبليغ. إذ فرض المشرع على المصلحة المتعاقدة تبليغ قراراتها إلى المعنيين بالأمر لتتصف بالشرعية، وهذا ما قرره المادة 5/82 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام، ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة أعلاه، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا. وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد، توضح في إعلان المنافسة أو في رسالة الاستشارة، حسب الحالة، إذا كان الأمر يتعلق بإطلاق للإجراء، بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة 10 أيام، ابتداء من تاريخ استلام إعلام المرشحين أو المتعهدين".

وعكس ذلك، فرض المشرع وسيلة النشر في المنح المؤقت للصفقة، وبالتالي لا يمكن أن يحتج به ضد الغير إن لم ينشر، والنشر قد يتم في الصحافة الوطنية¹ أو في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في بوابة الصفقات العمومية².

ومن ثم يلاحظ أن النشر والتبليغ يعتبران وسيلتين أساسيتين في أحد أركان القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في تحضير وإبرام الصفقة العمومية، وهو التعبير عن الإرادة وفق الشكل الذي يحدده قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذه كلها تعتبر ضمانات قررها المشرع في هذا القانون³.

أ: أن يكون الطعن موجه إلى قرار إداري صادر من الإدارة

¹ إذ نصت المادة 2/65 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "يُدْرَج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك، ممكنا، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية".

² المادة 3/82 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ عبد القادر باينة، الوسائل القانونية للنشاط الإداري، القرارات الإدارية والعقود الإدارية، منشورات زاوية، الرباط، المغرب، د س ن، ص،

لقد قبل القضاء الإداري مشروعية الطعن في القرارات الإدارية الصادرة بمناسبة إبرام عقود الصفقات العمومية، بواسطة دعوى الإلغاء، ولا شك أن خرق القانون من قبل الإدارة، يثبت ثمة انحراف بالسلطة، ولذلك كان يجب أن تخضع تلك القرارات للطعن القضائي للبت في صحة مشروعيتها ولا يمكن رفض الطعن القضائي بحجة أن تلك القرارات تدخل في إطار مفهوم السلطة الإدارية، على هذا الأساس يملك القاضي الإداري حق إلغاء القرارات الإدارية المتخذة بخصوص إبرام الصفقة العمومية، إذا ثبت لديه عدم المشروعية.

وللإشارة، فقد أكد القضاء الإداري في أحكامه على عدم إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال إذا جاءت موافقة للأحكام القانونية، إذ جاء على لسان محكمة القضاء الإداري المصري " أن إذا رأت لجنة البت أن أعلى العطاءات سعرا في المزايدة يقل عن أسعار السوق مما يستوجب إلغاء المزايدة واعتمدت توصياتها من السلطة المختصة ولم يثبت ثمة انحراف بالسلطة فإن القرار الصادر بالإلغاء يكون صحيحا، أساس ذلك أن المشرع استهدف من إلغاء المزايدة في مثل هذه الحالات تحقيق مصلحة الخزنة العامة فيما يعود عليها من الفرق بين قيمة أعلى عطاء والقيمة السوقية"¹.

غني عن البيان أن من شروط دعوى الإلغاء أن يكون الطعن موجه إلى قرار إداري لا غير، لأنه عمل قانوني منفرد، لذلك يعرف على أنه "إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"². ويعرف على أنه " هو كل إفصاح من جانب الإدارة العامة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا في المجال الإداري ويقصد منه إحداث أثر قانوني ويتخذ صفة تنفيذية"³.

من جهة أخرى قضت المحكمة الاتحادية العليا أن "من المقرر في الفقه والقضاء الإداري أن الخطابات أو الكتب أو المراسلات في خصوص وضعية معينة لا تنشئ أو ترتب بذاتها مراكز قانونية

¹ حكم محكمة القضاء الإداري صادر في 1986/11/29، طعن رقم 1505 لسنة 29 ق. نقلا عن:

عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، مصر، 2007، ص، 21.

² حكم محكمة الإدارية العليا في 27 جانفي 1979، مجموعة أحكام المحكمة السنة الحادية عشر، ص، 886.

³ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 234.

للأشخاص المعنيين بها، ولا تنهض إلى مرتبة القرارات الإدارية لافتقادها ركنا جوهريا من أركان القرار الإدارية الإيجابية أو السلبية وهو ركن المحل الذي يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين لصاحب الشأن في القرار الإداري".

وتطبيقا لذلك، إذا صدر قرار إداري من المصلحة المتعاقدة مخالفا لأحكام القانون ومنتهكا مبدأ المشروعية، فإنه يجوز للغير رفع دعوى الإلغاء ضده، لأن القرار الإداري يشكل قاعدة قانونية عامة¹، على خلاف العقد، كما أن المراكز المتولدة عنه ما هي إلا مراكز مؤقتة، وبناء على هذا إذا انطوى القرار الإداري المنفصل عن مخالفة للشروط التعاقدية فلا يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، لأن العقد هو اتفاق إرادتين، إرادة المصلحة المتعاقدة وإرادة المتعامل الاقتصادي المتعاقد².

1: عيوب المشروعية

إذا كان الثابت قانونا أن دعوى الإلغاء تكون غير مقبولة من قبل المحكمة الإدارية إذا كانت مؤسسة على مخالفة الإدارة لأحد التزاماتها التعاقدية، هذا الأساس القانوني جرى القضاء الإداري المصري على تطبيقه، إذ جاء عن محكمة القضاء الإداري قولها " أنه إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نص القانون فقط وبالتطبيق إلى أحكامه، كان القرار الصادر بالإلغاء قرارا إداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري بدعوى الإلغاء ويدخل في نطاقها، ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الإدارية، أما إذا كان إلغاء العقد مستندا إلى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له، فإن المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الإداري على أساس استدعاء الولاية الكاملة لهذا القضاء"³. فإنه على العكس من ذلك، تعتبر القرارات الإدارية الصادرة في المراحل التحضيرية والتمهيدية تصرفات قانونية لا توجد ولا تنعقد إلا إذا توفرت أركانها القانونية، وهي ركن السبب، ركن الاختصاص، ركن الشكليات والإجراءات، ركن المحل، ركن الهدف أو الغاية، وتسلم هذه الأركان جميعها من عيوب عدم السلامة والشرعية، وهي عيب عدم انعدام السبب، عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل والإجراءات، عيب مخالفة القانون، وعيب الانحراف

¹ POUYAUD (D), La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, 1991, p, 34.

² OLIVIER (R.P), L'expérience marocaine de l'unité de juridiction et séparation des contentieux, L.G.D.J, paris, 1964, p, 28.

³ حكم محكمة القضاء الإداري في 27 يناير 1957، الدعوى رقم 167 لسنة الحادية عشر ق. نقلا عن:

حسن محمد قدرى، العقود الإدارية، الآفاق المشرقة، عمان، الأردن، 2014، ص، 272.

في استعمال السلطة¹، لذلك يراقب القاضي الإداري مشروعية القرار الإداري القابل للانفصال عن الصفقة العمومية².

تطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا إن "الإدارة لا تسأل عن القرارات التي تصدر منها إلا في حالة وقوع خطأ من جانبها، بأن تكون هذه القرارات غير مشروعة أي مشوبة بعيب أو أكثر من العيوب المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون رقم 9 لسنة 1949 الخاص بمجلس الدولة وفي المادة الثامنة من القانون رقم 165 لسنة 1955 في شأن تنظيم الدولة، وهذه العيوب هي عدم الاختصاص ووجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة، بشرط أن يتحقق الضرر الناجم عنها، وأن تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا برأت من هذه العيوب كانت سليمة مشروعة مطابقة للقانون، فلا تسأل الإدارة عن نتائجها مهما بلغت جسامة الضرر المترتب عليها لانتفاء ركن الخطأ"³.

ـ تفحص القاضي الإداري عيب عدم الاختصاص:

تعد مقتضيات الاختصاص من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها ويجب الدفع بعدم الاختصاص في جميع مراحل الدعوى وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها النزاع أن تشير من تلقاء نفسها متى ثبت لها ذلك. وصنفت حالات عيب عدم الاختصاص في اغتصاب السلطة، وعدم الاختصاص المكاني، وعدم الاختصاص الزماني، وعدم الاختصاص المادي⁴.

وبهذا المعنى قرر القاضي الإداري المصري أنه "يشترط في القرارات الإدارية أن تكون صادرة من جهة إدارية مختصة، فإذا تعدت الجهة الإدارية السلطة المخولة لها واتخذت إجراءات لا تدخل في

¹ عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص، 88.

² الميلود بوطريكي، مرجع سابق، ص، 26. طالب بن دياب إكرام، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2016/2017، ص، 11.

³ حكم المحكمة الإدارية العليا في 29 جوان 1957، الطعن رقم 1755 س الثانية ق. نقلا عن:

أحمد رزق رياض، إساءة استعمال السلطة في القرار الإداري، مبادئ القضاء الإداري 1947-2007، دون دار النشر، الإسكندرية، 2009، ص، 6.

⁴ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص، 210.

اختصاصها أصلاً بمقتضى القوانين واللوائح المتعلقة بها، خرج عملها من دائرة المشروعية، وأصبح عملاً باطلاً ليس له أية صفة قانونية ولا أثر له، ودخل في عداد أعمال الاعتداء المادي واغتصاب السلطة"¹.

تبنى القضاء الإداري عيب عدم الاختصاص لإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد الصفقة العمومية، كما لو صدر قرار المنح المؤقت من جهة غير مختصة. ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية المصرية في حكم صادر عنها بتاريخ 1996/11/26 من أنه "يقتصر دور لجنة البت على تعيين أفضل المتناقصين أو المزايدين طبقاً للإجراءات التي رسمها القانون... يعتبر ذلك إجراءً تمهيدياً في عملية التعاقد التي تتميز بأنها عملية مركبة... يأتي بعد ذلك دور السلطة المختصة بإبرام العقد... إذا رأت إبرامه فإنه تكون ملزمة بمن اختارته لجنة البت... اختصاص جهة الإدارة في هذا الشأن هو اختصاص مقيد يقابله من ناحية أخرى سلطة تقديرية تتمثل في عدم التعاقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة...". كما جاء عنها إن لجنة البت سواء في المناقصة أو المزايدة إنما تختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات لتعيين أفضل المتناقصين أو المزايدين وفقاً لما رسمه القانون وذلك حتى يتسنى للسلطة الإدارية المنوط بها إبرام العقد مباشرة اختصاصها في هذا الشأن"².

ومن ذلك أيضاً ما قرره القضاء الإداري من أن إبرام العقد مع متعهد لم يقع اختياره من قبل لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض يعتبر قراراً معدوماً لاغتصاب السلطة، إذ جاء عنه أن المشرع قد أخضع المناقصات العامة لمبادئ أساسية هي العلانية والمساواة وحرية المنافسة وآلية إرساء المناقصة، وألزم جهة الإدارة بأن تفصح عن الأسباب التي دعتها إلى عدم الأخذ بأي عطاء، واستهدف من ذلك تقييد حرية جهة الإدارة في اختيار المتعاقد فأوجب عليها أن تتبع طريقاً مرسوماً لكي تصل إلى تعيين أفضل المتناقصين وفقاً للقانون... فقد ثبت... أن لجنة البت أوصت بترسية المناقصة على مؤسسة الطاعن... غير أن رئيس الدائرة أصدر قراراً باستبعاد الطاعنة وترسيت المناقصة على المتناقص الثالث... دون الرجوع إلى لجنة البت لإبداء الرأي والتوضيح أسباب الاستبعاد".

__ بطلان القرار الإداري المنفصل لعيب الشكل:

¹ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 142.

² حكم المحكمة الإدارية، مصر، في 3 ديسمبر 1994، القضية رقم 1640 س 40 ق. نقلاً عن: شحادة موسى مصطفى، القانون الإداري، دراسة مقارنة، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص، 298.

"الشكل يقصد به المظهر أو الشكل الخارجي للقرار أو طريقة تعبير الإدارة عن إرادتها الملزمة في القرار الصادر. في حين أن الإجراءات تعني الخطوات التي يجب أن يتبعها القرار الإداري في مرحلة تحضيره وإعداده قبل صدوره إلى العالم الخارجي. فالقرار يجب أن يكون صحيحا من مظهره الخارجي وأيضا في إجراءاته"¹.

وإذا كان عيب الشكل لا يثير كثيرا من الإشكالات بخصوص تصدي القاضي الإداري لهذا العيب كأصل عام، غير أن الإشكال ثار حقيقة في الحالات التي يمتنع فيها المشرع عن إقرار جزاء قانوني صريح بشأن مخالفة الإدارة للإجراءات الشكلية المحددة تشريعا.

وعليه فالمتبع لهذا القضاء يلحظ بجلاء أن الجزاء الذي أصدره القاضي الإداري بسبب عيب الشكل أخذ صورتين أساسيتين، بطلان القرار الإداري في حالة مخالفة الإدارة لإجراءات شكلية جوهرية، والصورة الثانية عدم الاستجابة لدعوى الحكم بإلغاء القرار الإداري طالما كانت الشكليات التي عابت القرار الإداري مقررة لمصلحة الإدارة، أو كانت الشكليات التي مست القرار الإداري غير جوهرية، وثالثا وكان طبيعيا أن يتوسع القضاء الإداري في تخفيف الجزاء وهو ما سار عليه فعلا، حتى وصل به الأمر في الأخير إلى حد القول استحالة إتمام الشكليات نتيجة قوة قاهرة أو فعل الغير أو الضرورة². إذ قررت محكمة القضاء الإداري في حكم صادر عنها بتاريخ 4 يونيو 1970 "إن القضاء جرى على التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية، معتبرا أن الشكليات المقررة لصالح الإدارة شكليات غير جوهرية لا يترتب على عدم إتباعها جزاء الإلغاء"³.

كما جاء عن القضاء الإداري "إن قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفا في ذاتها أو طقوسا لا مندوحة من إدراجها تحت جزاء البطلان الحتمي، وإنما هي إجراءات تقتضيها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، ويجب أن يفرق بين الشكليات الجوهرية التي تنال من

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، طبيعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، وظائف الإدارة العامة، الموظفون العموميون، أعمال الإدارة العامة، امتيازات الإدارة العامة، أموال الإدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص، 538.

² عليوه مصطفى فتح الباب، الوسيط في القانون الإداري، الكتاب الثاني، القرارات الإدارية، مكتبة الخليج، 2006، ص، 116. محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 32.

³ رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص، 68.

تلك المصلحة ويقدم إغفالها في سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات الثانوية، وعليه لا يبطل القرار الإداري لعيب شكلي إلا إذا كان الإجراء في ذاته يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها ومن ثم بطلان القرار بحسب مقصود الشارع منه، أما إذا كان الإغفال متداركا من سبيل آخر دون مساس بمضمون القرار الإداري وسلامته موضوعيا وضمانات ذوي الشأن واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه فإن الإجراء الذي جرى إغفاله لا يستوي إجراء جوهريا يستتبع البطلان"¹.

ونخلص من هذا إلى القول بأن من الشكليات الجوهرية التي تنال من صحة توصيات واقتراحات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض ويقدم إغفالها في سلامة قرار منح المؤقت، حالة إذا قامت اللجنة بفتح العروض المالية في المرحلة الأولى مخالفة نص المادة 5/70 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

__ عيب مخالفة القانون:

أساس هذا العيب أنه لا يمكن للإدارة على الإطلاق أن تصدر قرارا مخالفا للقانون³، لهذا فكل عيب في محل القرار الإداري يعرف بعيب مخالفة القانون⁴، إذ يراد به "الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري في الحال ومباشرة، إذ يؤدي إلى إحداث أثر تغيير في الهيكل، والتنظيم القانوني السائد عن طريق إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل، أو إلغاء مركز قانوني قائم"⁵.

وحالات مخالفة القانون، تتصور في تجاهل الإدارة لأحكام القانون وعدم إعارته أي اهتمام، أو بسبب الخطأ في تفسير القاعدة القانونية⁶، أو الخطأ في تطبيق القانون على الوقائع¹.

¹ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 28 مايو 1988، الطعن رقم 1380 لسنة 30 ق، الجزء الثاني، ص، 1563.

² نص على أنه "لا يتم فتح أطراف العروض المالية للمساومة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم، كما هو منصوص عليه في المادة 48 من هذا المرسوم".

³ C.E.5-5-1996, Association-Alternative, Req, N°127915.

⁴ عبد القادر باينة، مرجع سابق، ص، 63.

⁵ عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 222.

⁶ إذ جاء عن مجلس الدولة قوله أن "وبما أن العقد الإداري المستظهر به من المستأنف عليه تم تحريره من طرف رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية خليل، ولكن هذا الأمر مخول للوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضرين دون سواهما، وبناء على ذلك، فالعقد الإداري المتمسك به من المستأنف عليه غير نظامي، ولا يمكن أن يترتب أي حق مهما يكون نوعه تجاه العارضة..."

— عيب سبب القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية:

لم يشر تعريف سبب القرار الإداري جدلاً كبيراً في الفقه والقضاء، وعليه عيب السبب يعني بلغة بسيطة وسهلة عدم مشروعية السبب الذي بني عليه القرار الإداري، إما لعدم وجود الحالة القانونية أو الواقعية الباعثة على اتخاذ القرار، أو لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار الإداري². وعليه يتمتع قاضي الإلغاء بسلطة مراقبة عيب سبب القرار الإداري المنفصل عن الصفقة العمومية، ومن ثم فالقرار الإداري الذي يفقد ركن السبب ينحدر إلى درجة البطلان، ويتصور بطلانه في الأوجه التالية:

- الغلط في القانون "مجموع القواعد القانونية التي شكلت سنداً قانونياً للقرار الإداري"،
- الغلط في الوقائع "فحص الوقائع المادية التي استندت عليها الإدارة"،
- مراقبة التكييف القانوني للوقائع³.

وفي هذا الإطار تتمتع القرارات الإدارية بقريضة مفترضة مفادها أن لكل قرار إداري سبب مشروع وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، غير أن القضاء الإداري الفرنسي لاحظ أن أصل المشكلة في تطبيق هذا المبدأ يأتي في حالة عدم ذكر الإدارة للأسباب، وعليه تدخل مجلس الدولة الفرنسي للتخفيف من تطبيقات هذا المبدأ، وكان ذلك بخصوص قضية **BAREL**، حيث رأى القاضي أن رفض الإدارة عن إظهار أسباب قرارها يعني ذلك التسليم بصحة ما ادعاه المدعي⁴.

هذا الموقف سار عليه القضاء الإداري المصري، إذ جاء في أحد أحكامه بأن "عبء الإثبات الواقع على عاتق المدعي ينتقل إلى الإدارة في حالة تقديمه لدليل أو أدلة معينة تؤيد دعواه، فذهبت إلى

قرار مجلس الدولة، الجزائر، في 2002/4/8، القرار رقم 003808، مجلة مجلس الدولة، ع 2، 2002، ص 206.

¹ بوجادي عمر، مرجع سابق، ص 135.

² محمد خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 450. فهد الدغيث، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 263.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، دار هوم، الجزائر، 2009، ص 54.

⁴ حكم صادر في 28 مايو 1954. نقلاً عن:

سمير صادق، المبادئ العامة في القضاء الإداري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985، ص 71.

أن القرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي استند عليها، يفترض فيه أنه صدر وفقا للقانون وأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذه القرينة التي تصحب كل قرار إداري لم تذكر أسبابه، تبقى قائمة إلى أن يثبت المدعي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير مشروعة ولا تمت بصلة إلى المصلحة العامة. وللمحكمة كامل السلطان في تقدير الدليل الذي يقدمه المدعي في هذا الصدد، ولها إذا رأت وجها لذلك أن تطلب بيان المبررات التي بني عليها المطعون فيه، وهذا عن طريق اعتبار الدليل الذي قدمه المدعي كافيا على الأقل لرحضة قرينة المشروعية التي يتمتع بها القرار الإداري، فينتقل عبء الإثبات من المدعي إلى عاتق الحكومة"¹.

ومن الأحكام التي تؤكد اتجاه القضاء الإداري إلى إلغاء قرارات إدارية منفصلة بسبب عيب السبب، حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء سنة 2006، إذ جاء عنها " وحيث إنه وبعد الإطلاع على وثائق الملف تبين للمحكمة بأن قرار لجنة فتح الأظرفة المتعلقة بمنح امتياز النقل الحضري لمدينة الجديدة والقاضي برفض عرض الطاعنة بعد قبول ملفها ارتكز على كون الملف المذكور لم يتضمن الوثيقة المثبتة بأنها في وضعية سليمة مع الجماعة التي لها امتياز مستبعدا بذلك شهادة والي الرباط وشهادة القابض البلدي لمدينة الرباط المدلى بها بإقرار اللجنة نفسها وحسب الثابت من محاضرها. وحيث وخلافا للتأويل الذي أعطته لجنة فتح الأظرفة لشهادة والي مدينة الرباط بخصوص منح الامتياز. فإن مقتضيات المادة 133 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي قد أفردت نظاما خاصا للجماعة الحضرية للرباط، وسحبت من رئيس مجلسها الجماعي الاختصاصات الواردة في المادتين 13 و47 في البنود من 1 إلى 4 ومن ضمنها إبرام صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات، وأسندتها صراحة إلى الوالي عامل عمالة الرباط. وحيث بذلك تكون الشهادة المتعلقة بالامتياز والصادرة عن والي الرباط، صادرة عن جهة مختصة ولها حجيتها الرسمية، وكذلك الشأن بالنسبة لشهادة القابض البلدي للرباط والتي أثبتت بشكل يقيني كون الطاعنة في وضعية جبائية سليمة اتجاه السلطة مانحة الامتياز. وحيث تبعا لذلك يكون القرار موضوع الطعن غير مؤسس على أسباب قانونية سليمة وصحيحة، ومما

¹ فهد الدغشير، مرجع سابق، ص، 267.

يجعله مشوبا بعيب السبب. وحيث وبغض النظر عن باقي الوسائل المثارة في عريضة الطعن، فإنه يتعين الحكم بإلغاء القرار"¹.

_ عيب إساءة استعمال السلطة:

يعتبر القضاء الإداري عيب إساءة استعمال السلطة " من العيوب القصدية وقوامه أن يكون لدى الإدارة عند إصدارها قرارها قصد إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، ولا وجه للتحدي في مقام إثبات هذا العيب بوقائع جدد بعد صدور القرار المطعون فيه"². كما اعتبر أن سوء استعمال السلطة "نوع من استعمال الحق والموظف يسيء استعمال سلطته كلما استعمل نصوص القانون ونفذها بقصد الخروج على أغراض القانون وأهدافه فهو استعمال القانون بقصد الخروج على القانون وبهذه المثابة تكون إساءة استعمال السلطة ضربا من تعمد مخالفة القانون مع التظاهر باحترامه فهي لا تخرج عن كونها مخالفة متعمدة لأهداف القانون بل وللقانون ذاته لتعذر التفرقة بين نصوص القانون وأهدافه ولهذا لا يكون سكوت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون مجلس الدولة عن ذكر سوء استعمال السلطة مانعا من نظر المحكمة هذا العيب على أساس أنه ضرب من مخالفة القانون"³.

وواضح من هذا أن القضاء الإداري راقب مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية من ناحية سوء استعمال السلطة، إذ جاء عنه أنه "إذا تضمنت شروط المناقصة شرطا بأن وزارة الأوقاف ليست ملزمة بقبول أقل العطاءات قيمة أو أي عطاء آخر منها، ولها أن تجزئ العمل موضوع العطاء وتعطيه لأكثر من مقاول واحد أو تلغي المناقصة كليا أو جزئيا دون أن تكون ملزمة بإبداء الأسباب، ولا يعتبر العطاء نافذا على الوزارة إلا بعد قبوله والتصديق عليه منها بحسب ما تقتضيه لائحة إجراءاتها وإعلان الراسي عليه المناقصة بقبول عطائه - إذا تضمنت شروط المناقصة ذلك فإن هذا الشرط صحيح ولا مأخذ عليه ولا تثريب على الوزارة في إعماله، مادام تصرفها في ذلك يخلو من شائبة

¹ حكم المحكمة الإدارية، الدار البيضاء، صادر في 2006/10/18، ملف رقم 2006/130. نقلا عن

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، مرجع سابق، ص، 40.

² حكم المحكمة الإدارية العليا في 1960/02/14، الطعن رقم 2119 س التاسعة ق. نقلا عن:

أحمد رزق رياض، مرجع سابق، ص، 9.

³ أحمد رزق رياض، مرجع نفسه، ص، 16.

سوء استعمال السلطة بأن تستهدف به تحقيق الصالح العام فلا تصدر به عن رغبة غير مشروعة في محاباة أحد مقدمي العطاءات على الآخر أو في ترجيح اعتبارات لا تتصل بالصالح العام. فإذا كان الثابت أن عدم إرساء المناقصة على عطاء المدعي وإلغائها إنما كان راجعا إلى ما تبين من التحقيقات من وجود شوائب في هذا العطاء وسواه، الأمر الذي جعل الموضوع محل شك وارتباب يفقد المناقصة برمتها أهم مقومات بقائها وعوامل الثقة بها، فإن استعمال الوزارة سلطتها في إلغاء المناقصة لهذا السبب وعلى النحو وفي هذه الظروف والملابسات إنما هو تطبيق لأحكام اللائحة ولشروط المناقصة، وليس فيه ما يدل على إساءة استعمال السلطة، ومن ثم طلب التعويض على غير أساس سليم من القانون ويتعين رفضه"¹.

الثابت قانونا كما سبقت الإشارة، أن التشريعات القانونية أجازت لغير المتعاقد الطعن بدعوى الإلغاء في جميع القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في المرحلة التحضيرية وأثناء إبرام الصفقة العمومية، متى كانت تلك القرارات معيبة في شكلها أو صادرة عن جهة غير مختصة أو مخالفة للقانون وغير مسببة أو يشوبها الانحراف في استعمال السلطة، إذ قضى القضاء المغربي في دعوى من هذا بأن "حيث إن الطعن يرمي إلى الحكم بإلغاء القرار الصادر عن رئيس الجماعة الحضرية للجديدة بتاريخ 2006/02/09 والمتعلق برفض لجنة فتح الأظرفة لعرض الطاعنة "شركة كرامة باص" وإقصائها من طلب العروض لمنح امتياز النقل الحضري لمدينة الجديدة، والحكم تبعا لذلك بإلغاء قرار لجنة فتح الأظرفة والعروض المذكورة المنعقدة بتاريخ 2006/01/19 مه ما يترتب عن ذلك قانونا. وحيث إن القرار المطعون فيه هو من صنف القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية، وهي قرارات تستهدف التمهيد لإبرام العقد الإداري أو السماح بإبرامه أو الحيلولة دون ذلك، وبالتالي يجوز لغير المتعاقد الطعن فيها بدعوى الإلغاء. وحيث قدم الطعن مستوفيا لكافة الشروط الشكلية المتطلبية قانونا فهو مقبول شكلا"².

¹ حكم المحكمة الإدارية العليا في 13/12/1954، الطعن رقم 325 س السابعة ق. نقلا عن:

أحمد رزق رياض، مرجع سابق، ص، 21.

² حكم المحكمة الإدارية، الدار البيضاء، في 18 أكتوبر 2006، الملف رقم 2006/130، قضية شركة كرامة باص ضد رئيس الجماعة الحضرية لمدينة الجديدة. نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج الثاني، مرجع سابق، ص، 15.

إذا كان حق الغير في رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال لا تثير جدلا فقهيًا وقضائيًا، فإن هناك مسألة قانونية أخرى ذات أهمية، تتعلق بالمتعامل الاقتصادي المتعاقد، هل يسمح له برفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة خاصة إذا تبين له أن القرارات التي ساهمت في تكوين العملية القانونية المركبة غير مشروعة.

ف رأي أول، وهو الرأي الذي تغاضى عنه القضاء الفرنسي، يرى أن المتعامل المتعاقد لا يمكنه أن يرفع دعوى الإلغاء، التي تبت في مشروعية أو عدم مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة، الأمر الذي سيجعل الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل من باب العبث طالما أن طلب المتعاقد سيواجه بالدفع القانوني المبني على امتلاك هذا الأخير طريق القضاء الكامل الذي يفصل في جميع المنازعات الخاصة بعقد الصفقة العمومية، وثانياً أن حصول المتعامل المتعاقد على حكم بالإلغاء يوجب عليه العودة من جديد إلى قاضي العقد ليرتب له النتيجة على الحكم بالإلغاء.

ورأي آخر، يرى أن الطعن في الدعاوى الخاصة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة جائز للمتعامل المتعاقد بشرط وجود المصلحة في الدعوى¹.

هذا وقد عرضت على القضاء الإداري مسألة قانونية في غاية الأهمية تخص أثر الطعن بالإلغاء على العقد، تصدياً لهذا الإشكال القانوني، ذهب القضاء والفقهاء على إقرار قاعدة قانونية مفادها أن العقد يبقى قائماً رغم صدور حكم بإلغاء القرار المنفصل، إلا في حالة إذا تمسك أطراف العلاقة التعاقدية بأساس هذا الإلغاء ورفع دعوى قضائية بإبطال العقد استناداً على حكم الإلغاء.

هذه الإشارة القانونية نجدها واضحة البيان في الحكم الآتي: " إذا صح أن إلغاء القرار الإداري الصادر بإرساء المناقصة لا يؤدي إلى إهدار العلاقة التعاقدية التي نشأت عنه إلا أن هذا لا ينفي وجود المصلحة في طلب إلغاء هذا القرار، إذ من المحتمل أن يؤدي الحكم الذي يصدر بالإلغاء إلى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيساً على عدم الإبقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بإلغائه. على أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار بإرساء المناقصة ثم يظل الإجراء المترتب عليه وهو إبرام العقد قائماً، على أن لطالب الإلغاء مصلحة مؤكدة في أنه بناء على حكم الإلغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة

¹ André "D.L", Franck "M", Pierre "D", op.cit, p, 103.

الإدارة". "فالمحكمة لا تذهب إلى أن إلغاء القرار المنفصل يؤدي مباشرة إلى شل آثار العقد، ولكنها تكتفي بالقول بأن تنفيذ العقد سيكون أمرا متعارضا مع المنطق، وهي من ناحية أخرى تلفت نظر الإدارة إلى أن إصرارها على قيام العقد يمكن أن يرتب تعويضا للغير".

وتوضيحا لهذه المسألة، يقول الفقيه مهند مختار نوح أن "هذا الإلغاء معرض لأن يبقى بلا أثر، لأنه لأجل سحب نتائج الإلغاء على الوجود القانوني للعقد لا بد من دخول محكمة قاضي العقد، وهذا الأخير لا يمكن أن يطرق أبوابه إلا المتعاقدون عملا بقاعدة نسبية آثار العقود، وهذا يعني أن الغير عن العقد ذا المصلحة في إلغاء القرار المنفصل، ومن ثم في إبطال العقد، سيتوقف مصيره على انتظار النوايا الحسنة للمتعاقدين، فإذا لم يعط الأطراف أي أثر لحكم الإلغاء الصادر عن امتناعهم عن إثارة دعوى البطلان أمام قاضي العقد، فإن هذا العقد يبقى مستمرا، لأن مشروعيته لم تطرح أمام القاضي الوحيد المختص بتقرير بطلانه"¹.

ثانيا: الدعوى ضد إلغاء قرارات إدارية منفصلة عن عقد الصفقة العمومية

من المعلوم أن القضاء الإداري يعتبر القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية باطلة إذا كانت غير مشروعة لتجاوز السلطة، في حالة إذا أثرت بشأنها دعوى إلغاءها من قبل الغير، لأن الطعن بالإلغاء يكون منصبا فقط القرارات الإدارية دون العقود الإدارية، ففي كل القضايا التي عرضت عليه والسابق الإشارة إليها، جرى قاضي الإلغاء على اعتبار القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية باطلة لتجاوز السلطة إذا ثبت لديه ذلك، ولم ير فيها مصدرا لعدم اختصاصه.

أولا: شروط قبولها

يلزم قانونا لقبول دعوى الإلغاء توفر الشروط العامة لقبول الدعوى التي نصت عليها المادة 13 قانون إجراءات مدنية وإدارية²، وهي الصفة والمصلحة، وهذه الشروط تعتبر من النظام العام، ولذلك يحق لأطراف المنازعة إثارتها في أية مرحلة من مراحل الدعوى، وللمحكمة إثارة انعدامها تلقائيا تحت طائلة

¹ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص، 260.

² إذ تنص على أنه " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه".

عدم قبول الدعوى. لذلك تقرر فقها وقضاء وتشريعا أنه " لا دعوى بدون مصلحة وأن المصلحة مناط الدعوى، وأن تحقق المصلحة وقت رفع الدعوى"، ومن ثم لا يمكن تصور الدعوى من غير أن يهدف رافعها إلى تحقيق مصلحة شخصية ومباشرة وحالة أو محتملة¹.

ويعتبر هنا وجود المصلحة عنصرا لازما لقبول الدعوى، وهنا نثير الانتباه من جديد، إلى أن استمرار المصلحة من وقت رفع الدعوى إلى حين الحكم فيها، فهناك رأيان بشأنها، يذهب الرأي الأول إلى أن توافر المصلحة عند رفع دعوى الإلغاء كاف لقبولها، لأن هذه الدعوى هي وسيلة عامة للدفاع عن قرينة السلامة بالنسبة للقرارات الإدارية، ويذهب الاتجاه الثاني الذي يعمل به القضاء الجزائري إلى القول، ولا يعني أن المصلحة هي مناط الدعوى في المجال القانوني، بأنه يتعين توافرها وقت رفع الدعوى بل يجب استمرار وجودها حتى الفصل في الدعوى².

نستنتج من ذلك أن القضاء الإداري ملزم بالبت في دعوى إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال إذا كانت مرفوعة من قبل كل متعهد له مصلحة، لأن هذه النظرية جاءت لمجابهة الوضع غير الطبيعي، إذ استتجد القضاء الإداري بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة لحماية حقوق الغير، ورتب على هذه النظرية، جواز قبول دعوى غير المتعاقد لإلغاء القرارات الإدارية التي تدخل في نطاق عملية قانونية مركبة، وبذلك يكون القضاء الإداري قد أهل نفسه للفصل في هذه القرارات كأساس لحماية حقوق الغير الذي لا يمكنه قانونا التوجه إلى القضاء الكامل المختص بمراقبة صحة العقود، لأن هذا الأخير يشترط لقبول الطعن أمامه أن يكون صاحبه من الأطراف المتعاقدة.

وأثار القضاء الإداري شروط قبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية في قضايا كثيرة، منها على سبيل المثال لا الحصر، إذ أجاب على توافر هذه الشروط من عدمها بقوله " فيما يخص الوسيلة المتخذة من كون المحكمة لم ترد على الدفع المتعلق بانتفاء صفة الطاعن السيد... حيث يعيب... على محكمة الدرجة الأولى كونها لم تجب على ما أثاره بخصوص انتفاء صفة الطاعن المذكور لأنه لم يشارك في طلب العروض المفتوح موضوع الطعن ولم يقدم أي ملف في هذا

¹ عمر زودة، مرجع سابق، ص، 64.

² عمر زودة، مرجع سابق، ص، 64.

الصدد. لكن حيث إن الصفة والمصلحة في دعوى الإلغاء هما شرطان متلازمان إذ أنه إذا قامت مصلحة المعني بالأمر كان ذا صفة في الطعن في القرار الإداري ومعلوم أن المصلحة هنا تفسر بمفهومها الواسع بالنظر إلى طبيعة دعوى الإلغاء وخصائصها وكونها دعوى عينية وليست شخصية ترتب أثارها في مواجهة الكافة. وحيث لما كان من الثابت أن الطاعن يعيب القرار المطعون فيه بكونه تضمن مقتضيات من شأنها إقصاءه من المشاركة في طلب العروض المفتوح المتعلق بكراء السوق، فإن مصلحته تعتبر قائمة وهو ما يعطيه الصفة في مخاصمة القرار المذكور عن طريق دعوى الإلغاء خلافا لما ورد بالوسيلة"¹.

وارتباطا بفكرة المصلحة، فإن القضاء الإداري يتجه إلى إعطاء حق الطعن في قرار المنح المؤقت على المتعهدين الذين شاركوا في العروض فعلا دون الذين استبعدوا، ذلك ما يظهر من خلال حكم قضائي صادر عن القضاء المغربي، إذ جاء فيه "لكن حيث إنه بتقديم الطاعنة لطلب سحب ترشيحها من المباراة المطعون في نتيجتها في نفس اليوم الذي تمت فيه المباراة تكون قد فقدت مصلحتها في الطعن في نتيجة المباراة، وأن ما تدعيه بواسطة نائبها بكون طلب السحب كان بعد إظهار النتائج لا يوجد بالملف ما يشته، ومن جهة أخرى فإنها لم تشر إلى ذلك في صلب الطلب، إذ بالرجوع إلى هذا الطلب المؤشر عليه لدى الجماعة الحضرية بوجدة بتاريخ 2005/05/24 يتضح بجلاء أن موضوعه هو: سحب الترشيح لصفقة نقل اللحوم بوجدة، وأن صلبه هو، التأكيد على هذا السحب بدون تحديد أي هدف من هذا السحب أو تسجيل أي تحفظ بشأنه.

وحيث إنه أمام هذا المعطى، وبغض النظر عما إذا كانت اللجنة المكلفة بدراسة العروض قد اعتبرت هذا السحب في إقصاء الطاعنة أم استنادا إلى معطيات أخرى فإنه يبقى منتجا لآثاره في غياب ما يثبت التراجع عنه قبل إعلان النتائج، وبالتالي تكون الطاعنة المذكورة، وكما جاء في الدفع أعلاه قد فقدت مصلحتها للطعن في نتيجة المباراة مما يستوجب معه والحالة هذه الحكم بعدم قبول الطلب"².

¹ قرار محكمة الاستئناف الإدارية، مراكش، في 26 نوفمبر 2008، ع 528، الملف رقم 1.2008/5/90. نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 50.

² حكم المحكمة الإدارية، وجدة، في 12 فيفري 2006، الملف رقم 9. نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 51.

كما سجل مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه بصورة واضحة في حكمه الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1999 والخاص بطعن مقدم من قبل نقابة البريد والمواصلات، إذ "اعتضت على إبرام عقد يمس بمصلحة العاملين في قطاع البريد والمواصلات، وهؤلاء الأغيار يتحدد الإطار العام لمصلحتهم في رفع دعوى الإلغاء ضد القرار القابل للانفصال من خلال الاشتراك في الإجراء المطروح، وعلى أساس ذلك فإنه لا تقبل الدعوى بسبب انعدام المصلحة من المتعهدين الذين لم يشاركوا في الإجراء حتى ولو دفعوا بمصلحتهم المحتملة فيما لو كان العقد، كذلك الأمر بالنسبة للمتعهدين الذين استبعدوا بشكل مشروع، أما الذين استبعدوا دون وجه حق فإن لهم مصلحة ومن ثم صفة في إثارة الدعوى، وكذلك لا تقبل الدعوى ضد القرار القابل للانفصال من جانب المتعاقدين من الباطن لأن هؤلاء لا علاقة لهم بإجراءات العقد الأصلي المبرم من متعاقديهم الأصليين"¹.

كما يمكن الجزم باطمئنان بأن أهلية التقاضي للشخص المعنوي العام هي المتمتع بالاستقلال المالي والإداري، كما يجب أن يتمتع بالشخصية المعنوية التي تؤهله لكي يقيم مختلف الدعاوى باسمه وتقام عليه. هذا الأساس أكده القضاء الجزائري في مناسبات عدة، من ذلك ما قرره في حكمه الصادر سنة 1988، إذ جاء فيه "من المقرر قانوناً أن الوالي وحده يتمتع بأهلية التقاضي، باعتباره ممثلاً للدولة وممثلاً للولاية، ومن ثم فإن رئيس الدائرة لا يتوفر على الشخصية المعنوية ولا على الاستقلال المالي، ولا يتمتع بأهلية التقاضي وأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تطبيقاً سيئاً للقانون"². كما جاء في حكمه "أن مدير كلية الطب غير مؤهل لتمثيل الإدارة الجامعية أمام القضاء لأن الكلية ليست لها شخصية معنوية إنما يمثل الجامعة رئيسها بصفتها مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية"³.

¹ طه بن محمد بن سلمان، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري في نطاق العقد الإداري، القاهرة، 2010، ص، 188. أبو بكر الصديق، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص، 19. معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ليبيا، 2014، ص، 172.

² القرار القضائي رقم 58826، صادر في 1988/1/30، المجلة القضائية، 1990، ع 3، ص، 210. نقلا عن:

سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج الأول، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص، 280.

³ القرار القضائي رقم 021929، صادر في 2006/02/22، مجلة مجلس الدولة 2006، ع 08، ص، 206. نقلا عن:

سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج الثالث، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص، 1453.

علما أن مجلس الدولة الفرنسي أعطى للمتنافسين الذين استبعدوا من المشاركة حق الطعن في قرار الاستبعاد¹.

ثانيا: الأجل القانوني

يحق للمعني بالأمر الطعن في هذه القرارات بواسطة عريضة توجه إلى كتابة المحكمة الإدارية يبين فيها وقائع النزاع والأسباب المستند إليها قصد مراجعة القرار المطعون فيه ويجب أن يتم الطعن في قرار الإدارة خلال الأجل القانوني المحدد في حكم المادة 829 قانون إجراءات مدنية وإدارية، بنصها على أنه " يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة 4 أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي". والطعن في القرارات الإدارية القابلة للانفصال يتخذ فيه طالب الإلغاء صفة المدعي والإدارة صفة المدعى عليه، ولا يمكن اعتبار هذا الوصف من قبيل الإجراءات الشكلية بل تعتبر إجراءات جوهرية.

وبالنسبة لأجل الاستئناف في الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية عند الاقتضاء أمام مجلس الدولة فهو محدد في حكم المادة 950 قانون إجراءات مدنية وإدارية، بنصها على أنه "يحدد أجل الاستئناف بشهرين (2)، ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر (15) يوما بالنسبة للأوامر الاستعجالية ما لم توجد نصوص خاصة.

تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم إلى المعني، وتسري من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا.

تسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ".

ونعود إلى بدء فنقول، إذا كان تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة، واستثناء من هذا المبدأ، نص المشرع في المادة 827 قانون إجراءات مدنية وإدارية على إعفاء الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام

¹ C.E du 30 mars 1906, Ballande ; C.E du 29 octobre 1914, le clianche ; C.E du 21 janvier 1966, O.P.H.L.M de la ville Mans ; C.E du 27 juillet 1967, O.P.H.L.M de la ville Mans ; C.E du 21 mars 1980, Caillette ; C.E du 22 juin 1906, Cie française de navigation ; C.E du 12 mars 1920 Cie française pour la fabrication des compteurs ; C.E du 29 mai 1936, Société de l'ouest africain.

سواء كانت مدعى أو مدعى عليها، وأوضح في الفقرة الثانية من نص المادة 827 بأن الذي يوقع في هذه الحالة على عرائضها ومذكراتها هو الممثل القانوني لها.

مع الإشارة في هذا الشأن أن دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية حتى تكون مقبولة أمام القضاء الإداري يجب أن توجه ضد قرارات إدارية منفصلة نهائية قابلة للتنفيذ، لأن المعيار النهائي في دعوى الإلغاء هو دائما قابلية القرار الإداري للتنفيذ¹، وعليه نلاحظ أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عهد إلى المصلحة المتعاقدة بسلطة إصدار قرار المنح المؤقت مثلا دون حاجة إلى اعتماد أو تصديق من لجنة الصفقات، ومن ثم لا يعتبر الاعتماد أو التصديق في هذه الحالة ركن من أركان القرار الإداري، ومن ثم يصبح قرار المنح المؤقت قرارا إداريا نهائيا يقبل الطعن بالإلغاء.

كما يتعين القول من جهة ثانية أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حدد آجال معينة للتظلم الإداري ضد قرار المنح المؤقت بموجب المادة 82 وما يليها، لذلك لا تعتبر هذه القرارات نهائية إلا بعد انتهاء الأجل المحدد أو صدور قرار من لجنة الصفقات المختصة بشأن هذا الطعن²، في مثل هذه الحالة تكون دعوى الإلغاء غير مقبولة ضد هذا القرار الإداري المنفصل إذا رفعت قبل الميعاد المحدد تشريعا أو صدور قرار صريح من الإدارة بالرد على هذا التظلم. وأوضح القضاء الإداري في أكثر من مناسبة أن القانون إذا نظم طريقا للطعن في القرار الإداري أمام هيئة إدارية أخرى فإنه هذا يعني أن قرار هذه الأخيرة هو الذي يعتبر نهائيا من الوجهة القانونية، هذا يعني أن القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية والصادرة عن المصلحة المتعاقدة لا تصير نهائية إلا بعد فوات ميعاد الطعن فيها³.

وواضح من هذه الإشارات السابقة أنه إذا وجهت دعوى إلغاء قرار المنح المؤقت بعد فوات ميعاد الطعن ضد لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، هذه الدعوى سوف تواجه من قبل القضاء بعدم القبول لانعدام الصفة، ذلك يجب توجيهها ضد المصلحة المتعاقدة. لأن لجنة فتح الأطراف وتقييم

¹ عمر محمد السيوي، مرجع سابق، ص، 135.

² تنص المادة 8/82 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشر يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن".

³ عمر محمد السيوي، مرجع سابق، ص، 185.

العروض تقتصر مهمتها على إعطاء اقتراحات وفق التشريع الوطني. هذا النقاش القضائي أثير أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وكان جوابها كالتالي "لكن حيث إنه من جهة، فمقال الطعن بالإلغاء موجه ضد رئيس الجماعة الحضرية لمدينة الجديدة بصفته رئيس الجماعة المذكورة وبصفته رئيس لجنة طلب العروض، مما يكون معه السبب المثار مخالفا للواقع"¹.

من هذا كله نخلص بأن "القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية هي قرارات تستهدف التمهيد لإبرام العقد الإداري أو السماح بإبرامه أو الحيلولة دون ذلك، وبالتالي يجوز لغير المتعاقد الطعن فيها بدعوى الإلغاء. وحيث قدم الطعن مستوفيا لكافة الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فهو مقبول شكلا".

المطلب الثاني: الطعن ببطلان عقد الصفقة العمومية

خلصنا في المبحث الأول أن دعوى الإلغاء مجالها محصور في إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية، لأن قضاء الإلغاء هو صاحب الاختصاص الأصيل للرقابة على مشروعية القرارات الإدارية عن طريق دعوى الإلغاء²، فإذا إبرام العقد فقدت تلك القرارات الإدارية المنفصلة استقلاليتها بحيث تصبح ضمن عقد الصفقة العمومية الذي ساهمت في تكوينه، على هذا الأساس لا يجوز الطعن في الصفقة العمومية عن طريق دعوى الإلغاء لأنها عقد إداري مسمى.

مادام أن دعوى الإلغاء شرعت لأجل إلغاء قرار إداري نهائي فيه تجاوز لمبدأ المشروعية، وهو تعبير عن الإرادة المنفردة للإدارة، في حين أن الصفقة العمومية عقد بنص القانون، أي تعبير عن توافق إرادتين³، لذلك ثار في هذا الصدد نقاش هام وموسع في أوساط الفقه والقضاء حول مجال اختصاص القضاء الشامل للبت في عقود الصفقات العمومية وحدود هذا الاختصاص ومداه.

¹ قرار محكمة الاستئناف الإدارية، الرباط، في 06 جوان 2007، الملف رقم 2005/6/67، ع 367. نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، ج الثاني، مرجع سابق، ص، 52.

² محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2010، ص، 16.

³ عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص، 167.

الفرع الأول: المجال الطبيعي للطعن في عقد الصفقة

نظرا لما تتمتع به عقود الصفقات العمومية من أهمية تنموية اقتصادية واجتماعية، إذ أساسها الأول في ذلك تغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعامل الاقتصادي المتعاقد كما سبقت الإشارة إلى ذلك، هذا ما جعل المشرع الوطني كغيره من التشريعات القانونية يعمل على تنظيمها بقانون خاص. بحيث يصبح قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يشكل قوة ملزمة للقاضي الإداري يتعين عليه تطبيق أحكامه والالتزام به كلما تعلق النزاع بعقد الصفقة العمومية. لأن هذا القانون اهتم بمسألة جوهرية تخص طريقة اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة، سيما وأن مواد هذا القانون قد خصصت معظمها لهذه المسألة الجوهرية، فوفقا لمنطق هذه النصوص يتبين أن الإدارة ملزمة باحترام الإجراءات الشكلية الخاصة باختيار المتعامل المتعاقد عند لجوئها لإبرام الصفقات العمومية. والتي من شأنها أن تقوي من فعالية ونجاعة الطلبات العمومية.

بل أن النجاعة التعاقدية فرضت على التشريعات القانونية تبني مبدأ النزاهة صراحة باعتبارها مدخل من مداخل الحوكمة الرشيدة وآلية من آليات محاربة الفساد في مجال الصفقات العمومية¹، لذلك حثت عليها القوانين المنظمة لعقود الصفقات العمومية²، لأنها تساهم بشكل فعال في تحقيق نجاعة الطلبات العمومية وحسن التصرف في المال العام³، لأن " النزاهة هي مجموعة من المبادئ والسلوكيات التي تعكس التقيد بمقتضيات القانون ومقاصده وتجنب تضارب المصالح والامتناع عن أي عمل من شأنه المساس بثقة العموم في صحة وسلامة الأداء أو السلوك ومطابقتها للضوابط التي تحكمه"⁴.

أما المشرع التونسي نجده عرف النزاهة بموجب الباب الأول فقرة 5 أمر على أنها "يعمل العون العمومي على أن يكون نزيها في عمله متقيدا بمقتضيات القانون ومقاصده متحليا بالاستقامة وكل ما

¹ HERVET(j), op.cit, p, 74.

² القرار المؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكتاب ورسالة العهد والتصريح بالمناول. ج.ر.ج.ج.ع 17 مؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1437 الموافق 16 مارس سنة 2016.

³ WERLIN (H), Nouvelles considération sur la corruption, nouvelles définitions, RISA, V, 60, N°4, 1994, p, 645.

⁴ ياسمين غانم، مرجع سابق، ص، 52.

من شأنه المساس بثقة العموم في صحة وسلامة الأداء أو السلوك ومتجنباً استغلال وظيفته لأغراض خاصة¹.

أولاً: قضاء العقود الإدارية

قدما أن كل صفقة عمومية تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرامها يشترط سلامتها وصحتها، ومما يجدر التنويه به أن الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري أو الفرنسي جرت على القول أن الأصل العام "هي عدم جواز الطعن في مشروعية العقد الإداري سواء من المتعاقد نفسه أو من الغير، إلا أنه يكون لطرفي العقد الطعن بإبطال العقد أمام القضاء الكامل"².

أرسى القضاء الإداري مبدأ قانوني هام مفاده " أن اختصاص محكمة القضاء الإداري يمتد ليشمل كل ما يتعلق بعملية التعاقد وجميع العقود الإدارية وهو اختصاص شامل ومطلق لأصل المنازعات وما يتفرع عنها"³. وعليه إذا قمنا بتحليل هذا المبدأ نجده يرتبط باختصاص القضاء الكامل، ذلك ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية، بقولها "ومن حيث إنه على مقتضى ما تقدم فإنه متى توافرت هذه المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه، انقضائه تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل"⁴.

كما جاء عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر عنها سنة 1999، جاء فيه " أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري ولجميع ما يتفرع عنه"⁵. وعليه تتخذ دعوى القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية الداخلة في نطاق اختصاص القضاء الإداري صور، هي:

¹ أمر ع 4030 مؤرخ في 3 أكتوبر سنة 2014 يتعلق بالمصادقة على سلوك وأخلاقيات العون العمومي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 90 مؤرخة في 7 نوفمبر سنة 2017.

² شريف أحمد بلعوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، مركز الدراسات العربية، مصر، 2016، ص، 340.

³ حكم محكمة القضاء الإداري، مصر، في 18 نوفمبر 1956، الدعوى رقم 1180، س 10 ق. نقلا عن:

مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، مرجع سابق، ص، 342.

⁴ حكم محكمة القضاء الإداري، مصر، في 24 مارس 1960، س 14 ق. نقلا عن:

برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 89.

⁵ حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، في 29 جانفي 1999، طعن رقم 83، س 3 ق. نقلا عن:

1/ دعوى بطلان العقد الإداري: قد تهدف الدعوى إلى بطلان العقد بسبب المساس بمشروعية العقد، ففي هذه الحالة ليس للمتعاقد الذي ينبغي التوصل إلى إلغاء العقد الإداري إلا سبيل القضاء الكامل.

2/ المطالبة بالتعويض، وهي القضاء الأصيل في منازعات عقود الصفقات العمومية، ومن أهم القرارات القضائية الوطنية في هذا الشأن قرار مجلس الدولة، إذ جاء فيه حيث أنه يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة في الملف بأنه وفي تاريخ 2001/06/04 أعلنت البلدية المستأنفة عن مناقصة وطنية مفتوحة قصد انجاز مدرسة معمارية لمجمع مدرسي ومسكن وظيفي على مستوى قوطالي تجزئة 440 مسكن بالعلمة. ومهلة إيداع الملفات حددت بمهلة 15 يوما ابتداء من أول نشر في الجريدة. والمستأنف عليه وبصفته مهندسا معماريا لديه مكتب دراسات، قام بإيداع عرض مرفق بكافة الوثائق الخاصة بذلك، وعدد مكاتب الدراسات التي شاركت في المناقصة قد بلغت اثنا عشر مكتبا.

وأنه بتاريخ 2001/06/26 اجتمعت لجنة التقييم وقامت برفض 10 من 12 عرض المقدمة محتفظة بكل من عرض المستأنف وعرض السيد ص.ط.

وأن اللجنة قد أجلت تاريخ اختيار من سيتم قبوله من المترشحين إلى يوم 2001/07/03، وأثناء انتظار المستأنف والسيد ص.ط للقرار النهائي للجنة التقييم تفاجأ الإثنين بالإعلان في الجريدة الصادرة بتاريخ 2001/11/30 عن مناقصة مفتوحة تدعو المقاولين الراغبين في انجاز المشروع التقرب من مكتب الدراسات التابع للسيد ع.ف الذي رفضت لجنة التقييم عرضه في اجتماعها المؤرخ في 2001/06/26.

وأن المستأنف والسيد ص.ط قدما شكوى ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي للعلمة لتذكيره بأحكام قانون الصفقات العمومية. وبما أن المستأنف لم يتلق أي رد بالإيجاب قام برفع دعوى أمام قضاء الدرجة الأولى، ملتصقا تعويضا عما لحقه من ضرر مادي ومعنوي خاصة ما فاتته من مكسب.

إذ ابتداء من تاريخ 2001/06/26، أي التاريخ الذي قبلت فيه لجنة التقييم عرضه إلى غاية 2001/10/30 والمستأنف لم يشارك في صفقات أخرى أملا في الحصول على انجاز صفقة هذا المشروع.

وأن لجنة تقييم العروض وعملا بأحكام المادة 110 من المرسوم رقم 91/434 المؤرخ في 1991/11/09 المذكور آنفا تقوم بتحليل العروض وبدائل العروض إن اقتضى الأمر من أجل إبراز المقترحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية. ومنه لا يمكنها اختيار سوى ما بين المترشحين الذين قبلا من طرف لجنة تقييم العروض.

إنه وباتخاذ البلدية قرار منح الصفقة للسيد ع.ف، الذي رفضت لجنة تقييم العروض عرضه إضافة إلى 9 مترشحين آخرين، فالبلدية المستأنفة لم تأخذ بعين الاعتبار أحكام المرسوم رقم 91/434 المؤرخ في 1991/11/09.

كما قامت بارتكاب مخالفة لقانون الصفقات العمومية وألحقت ضررا أكيدا بالمستأنف¹.

3/ دعوى إبطال التصرفات الإدارية المخالفة للعقد: وعليه إذا خالفت الإدارة التزاماتها التعاقدية كان القضاء الكامل هو المختص للفصل في المنازعة، وتحفظ الدعوى بهذه الطبيعة القانونية حتى ولو كان موضوعها يخص إلغاء قرارات إدارية أصدرتها الإدارة بصفتها متعاقدة. على أساس أن قضاء الإلغاء إنما يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية في حين أن العقود لا تولد إلا التزامات شخصية يؤدي الإخلال بها إلى إثارة القضاء الكامل.

إن الفقه الإداري يتجه إلى القول في هذا الصدد أن " المتعاقد مع الإدارة وهو أحد طرفي العقد إذا لجأ إلى مجلس الدولة فإنما يلجأ دفاعا عن مركز ذاتي نشأ من العقد فهو لا يستمد حقه من القانون مباشرة، والمركز الذي يدافع عنه يختلف مضمونه من حالة إلى أخرى، لأن العقود بطبيعتها تختلف من حالة إلى أخرى. فهو إذا ناقش قرارات الإدارة فإنما يناقشها كمتعاقدا صاحب مركز ذاتي ولذلك فلا يسمح له كقاعدة عامة بالالتجاء إلى دعوى الإلغاء فحتى لو أصدرت الإدارة قرارا صريحا انتهكت به

¹ مجلس الدولة، الجزائر، مؤرخ في 2004/06/15، قرار رقم 014637، مجلة مجلس الدولة، ع 5، 2004، ص، 132.

نصوص العقد كلها فإن السبيل الوحيد الذي يفتح أمامه هو اللجوء إلى قاضي العقد عن طريق دعوى القضاء الكامل".

وفي ضوء ذلك، يمكن القول أن العقد على خلاف القرار الإداري:

- لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشكل قاعدة قانونية،
- أن العقد ينشئ لكي يولد مراكز قانونية ذات طبيعة وقتية تزول بمجرد القيام بالالتزام،
- أن شروط العقد هي بنود موجهة إلى أشخاص محددة بالذات¹.

يقصد بدعوى القضاء الكامل أنها "الدعوى المقامة من قبل من يعتبرون أنفسهم متضررين من جراء عقود إدارية أدت إلى الإخلال بحقوقهم أو إلى عدم إظهارها"². ويعرفها الفقيه برهان رزيق بأنها "هي تلك الدعوى التي تهدف إلى تقرير حق ذاتي، أو إلى إثبات وجود مركز قانوني من شأنه أن يؤدي إلى تقرير هذا الحق الذاتي، فهي تحمي مراكز قانونية، إما شخصية كطلبات التعويض عن القرارات الإدارية المعنية ومنازعات العقود، وإما موضوعية كطعون الموظفين الخاصة بالمرتبات والمكافآت والطعون المتعلقة بمنازعات الضرائب والرسوم"³.

وعليه يعتبر الاختصاص للنظر في النزاعات المترتبة عن العقود الإدارية سواء تعلق الأمر بتكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه يرجع إلى اختصاص القضاء الكامل⁴.

يتضح من استعراض أحكام القضاء وآراء الفقه أن دعوى الإلغاء تستهدف بالأساس إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، بينما مناط دعوى القضاء الكامل أنها تستهدف مجموعة من الأعمال الإدارية، التي أضرت بحقوق الغير⁵، لذلك قضاء الكامل هو قضاء شخصي، بينما قضاء الإلغاء قضاء

¹ دون أن ننسى منازعات الفسخ.

² ويقال لها دعوى التعويض أو الدعوى الإدارية العادية.

³ برهان رزيق، نظرية دعوى القضاء الكامل في القانون الإداري، وزارة الإعلام السوري، 2017، ص، 30.

⁴ هدى يونس يحي السامرائي، مركز الإدارة في القضاء الكامل ودعوى الإلغاء، مجلة جامعة تكريت للحقوق، س 1، م 1، ع 4، ج 2، 2017، ص، 264.

⁵ محمد الصغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، مرجع سابق، ص، 51.

مادي، كما أن الحكم الصادر في دعوى الإلغاء له حجية قانونية مطلقة يسري في مواجهة جميع الأفراد، على خلاف الحكم الصادر بمناسبة رفع دعوى القضاء الكامل له حجية نسبية قاصرة على طرفيه المدعي والمدعى عليه¹.

ومن هنا مادام قضاء الإلغاء قضاء مادي فإن صلاحية القاضي تقتصر فيه على الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه أو تصديقه، عكس ذلك، يتمتع القاضي في نطاق القضاء الإداري الكامل بسلطات واسعة في التحقيق والحكم.

أ: مبرر عدم صحة الصفقة العمومية مدخل لاختصاص القضاء الشامل

لقد سبقت الإشارة أن المصالح المتعاقدة وهي بصدد إبرامها لعقود الصفقات العمومية بقصد تحقيق الصالح العام، يجب أن تحترم أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لذلك فهي تخضع في كل صفقاتها العمومية لمبدأ العلانية، لذلك أوجب المشرع احترام أوضاعه القانونية وإلا ترتب عن مخالفته بطلان عقد الصفقة، كما فرض المشرع على المصلحة المتعاقدة تفعيل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين على أساس مبدأ حرية المنافسة، فإذا تبين هناك تحيز وتفضيل من قبل الإدارة لأحد المتنافسين دون سند قانوني كانت إجراءات التعاقد باطلة.

ولقد رأينا أن عقد الصفقة العمومية كغيره من العقود الإدارية يقوم كما هو الحال في مجال العقود الخاصة على أركان ثلاث الرضا والمحل والسبب، لذا فإن دعوى إبطال عقد الصفقة العمومية لعيب في تكوينه تبدأ على غرار العقود الخاصة بالبحث أساسا في شروط صحته وسلامته من كل عيب، فإذا ظهر أن أحد هذه الأركان قد شابها أي عيب من العيوب المنصوص عليها قانونا ستكون النتيجة القانونية هو بطلان العقد، وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا في مصر أحكام القانون المدني في شأن وجود الرضا في العقد الإداري، حيث قررت " أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي

¹ برهان رزيق، نظرية دعوى القضاء الكامل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص، 15.

تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله، وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم"¹.

لهذا، ورغبة من المشرع في حماية المال العام، كان لا بد أن يرتب جزاء عن مخالفة أحكام قانون الصفقات العمومية والأحكام العامة بصحة العقود، ولقد جرى فقه القانون الإداري وقضاؤه على أن هذا الجزاء قد يتخذ صورة بطلان عقد الصفقة العمومية، ويختلف نوع البطلان الذي يشوب عقد الصفقة العمومية، بين البطلان المطلق والبطلان النسبي². ولا شك أن عدم صحة الصفقة العمومية مدخل لاختصاص القضاء الشامل، وعليه نخلص أن القضاء الكامل هو القضاء الإداري المختص وحده دون غيره بالمنازعات الناشئة عن عقد الصفقة العمومية سواء ما تعلق بتفسيرها، وبطلانها، وتنفيذها وجميع الإشكالات المتعلقة بها³.

لعل من أبرز الأحكام الوطنية في الأخذ بعدم صحة الصفقة العمومية كمدخل لاختصاص القضاء الكامل، قرار المحكمة العليا، إذ ذهبت في قولها إلى إن "الطلبات الرامية إلى إبطال عقد هي من اختصاص الجهة القضائية ذات الاختصاص الشامل... لأنه غير موجه ضد أي قرار إداري وإنما ضد عقد... وأن الطعون بالبطلان في القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعيتها وتفسيرها هي التي من اختصاص قضاء الإلغاء"⁴.

ثانيا: طلب بطلان الصفقة أمام المحاكم الإدارية

درج القضاء الإداري على الفصل في النزاعات المعروضة عليه والتي تستهدف بطلان عقود الصفقات العمومية لمخالفتها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لذلك يجب على القاضي الإداري أن يتأكد من احترام الضوابط والقيود التشريعية الخاصة بإبرام عقود الصفقة العمومية يراعى في ذلك مبدأ المساواة، والشفافية، والمنافسة، وتستحضر من جهة أخرى اعتبارات المصلحة العامة عن طريق

¹ مفتاح خليفة، مرجع سابق، ص، 349.

² DARCY (G) et PAILLES (M), Contentieux administratif, LGDJ, paris,1989, p, 79.

³ كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2011/2012، ص، 96.

⁴ علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2005/2004، ص، 129. كلوفي عز الدين، مرجع نفسه، ص، 98.

سد جميع المنافذ التي قد يحاول البعض استغلالها للاستفادة من أسعار تفوق التقدير الإداري، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتجاهل إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية حتى يكتسب العقد طبيعته القانونية وينتج آثاره القانونية.

وحول مراقبة القضاء الإداري للإبرام القانوني للصفقة العمومية والدفع ببطلانها، نورد حكم المحكمة الإدارية بفاس، التي اعتبرت بأن "عدم توفر عقد الصفقة على أحد الشروط الجوهرية يجعله باطلا، وغير منتج لأي أثر قانوني ناتج عن العقد وينأى بالتالي بمثل هذا العقد عن مجال العقود الإدارية ويجرده من الضمانات التي يخولها القانون للمتعاقدين"¹. كما قضت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بأن "حقا حيث إن الصفقات العمومية يجب أن تبرم وفقا للطرق والمساطر المحددة بموجب المرسوم رقم 2.98.482 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 1998 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها كما أن المادة 9 من نفس المرسوم تنص على أن الصفقات عقود مكتوبة تعد دفاتر التحملات من العناصر المكونة لها"².

وغني عن البيان أن المادة 800 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحدد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، إذ نصت على أنه "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف، في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". وعليه فإن الصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية فإنها تدخل في نطاق الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية.

طرح تساؤل جوهري حول الجهة المختصة في موضوع سندات الطلب، إذ ذهب بعض الفقه إلى القول "بما أن سندات الطلب قد تم استثنائها من ميدان تطبيق مرسوم الصفقات العمومية وهو ما جعله يعتبر أن الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 1995/9/28 الذي قضى بعدم اختصاص هذه المحكمة في موضوع النزاع المثار بشأن سندات الطلب قد توصل إلى النتيجة السليمة وذلك حين عللت المحكمة حكمها بما يلي (وحيث أن سندات الطلب موضوع النزاع لا يستشف منها

¹ هشام الوازيكي، مرجع سابق، ص، 128.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 266.

وجود شروط استثنائية غير مألوفة، مما يجعلها خاضعة لأحكام القانون الخاص، وبالتالي يكون الدفع المثار بعدم الاختصاص، له ما يبرره ويتعين الاستجابة له). " غير أننا نعتقد بأن توجهها من هذا القبيل يفتقر للتأسيس القانوني السليم، خاصة من زاوية الطبيعة القانونية لسندات الطلب، وهو الاتجاه الثاني الذي يسر عليه القضاء الإداري، معتبرا سندات الطلب عقود إدارية بقوة القانون¹.

إن رصد معالم التوجه التشريعي بشأن مسألة الاختصاص، نلاحظ أن المشرع أسند هذا الاختصاص صراحة في دعاوى الصفقات العمومية إلى المحاكم الإدارية، وتنصب المنازعة في هذه الحالة سواء على ما تعلق بصحة وسلامة الصفقة العمومية أو ما يخص بتصفية العلاقات والحقوق الناشئة عن عقد الصفقة العمومية، لذلك يرى الفقه والقضاء أن المشرع حول الاختصاص لهذه المحاكم للنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية والعقدية المتعلقة بعقود الصفقات العمومية، لذلك يعتبر اختصاص المحاكم الإدارية بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل ومطلق يتناول كل نزاع يترتب على العقد بدءاً من تكوينه إلى آخر مرحلة منه².

وبذلك تكون الولاية في نظر منازعات عقود الصفقات العمومية للمحاكم الإدارية بحسب الهدف منها، ومن ثم يجوز للأطراف المتعاقدة رفع دعوى بطلان الصفقة العمومية باعتبارهم أصحاب مصلحة.

هذا التوجه القضائي سارت عليه المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم صادر عنها 1971، جاء فيه "أن اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها"³.

¹ هناء العلمي، العروسي الإداري الحسني، كوثر أمين، مرجع سابق، ص، 78.

² إسماعيل إبراهيم البدوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، أسس تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص، 132.

³ عبد الله طلبية، مرجع سابق، ص، 169.

أ: عدم إمكانية المصلحة المتعاقدة إقرار بطلان عقد الصفقة العمومية

إذا كانت عقود الصفقات العمومية تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة فرضتها أسس وأحكام العقود الإدارية، والجزاءات التي يجوز للمصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل الاقتصادي المتعاقد متعددة¹، فإن منح قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المصلحة المتعاقدة حق توقيع جزاء فسخ الصفقة العمومية دون حاجة اللجوء إلى القضاء تطبيقاً لنص المادة 149 وما يليها، فإن هذا لا يعني أن يأخذ النص على إطلاقه، المصلحة المتعاقدة لا يمكنها أن تقر ببطلان عقد الصفقة العمومية، وعليه إن منازعات بطلان الصفقات العمومية تصدر دائماً من القاضي الإداري ولا يمكن للإدارة المتعاقدة التصريح ببطلانها، لأن القول بذلك فيه مخالفة صريحة لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن عقد الاختصاص للقاضي الإداري بالبت فيما يرجع لصحة الصفقة العمومية من عدمها يثبت بوضوح أنه لا يبت فيه بصفته قاضياً للاستعجال.

وعليه يجب على الإدارة كما يجب على المتعامل الاقتصادي المتعاقد اللجوء إلى القاضي الإداري بهدف الحصول على حكم يقر ببطلان عقد الصفقة العمومية.

ب: الطعن المقام من قبل الغير

كان القضاء الإداري الفرنسي في فترة زمنية معينة يرفض دعوى بطلان عقد الصفقة العمومية المرفوعة من قبل الغير، لأنها كانت دعوى يستأثر بها أطراف العقد دون غيرهم، وبصدور القرار الشهير عن مجلس الدولة الفرنسي في القضية رقم 358994 بتاريخ 2014/04/04 ظهرت مشروعية الطعن المقام من قبل الغير، ومن نتيجة ذلك أن حق الغير في الطعن في عقود الصفقات العمومية فقد الجدل الفقهي والقضائي الذي كان يتميز به قديماً بالاعتراف به من عدمه.

تتلخص وقائع القضية في أن مقاطعة tarn-et-garrone إحدى مقاطعات الجنوب بفرنسا قد أعلنت من خلال الطرح العام للمنافسة عن طريق مناقصة عامة مفتوحة بخصوص عملية الشراء على سبيل التجزئة في إطار عقد أوامر الشراء تحت الطلب، وذلك بقصد استئجار طويل المدة لعدد من

¹ عبد المجيد فياض، مرجع سابق، ص، 18.

السيارات لتكون في خدمة المجلس العام للمقاطعة. وأن اللجنة الدائمة بالمجلس العام للمقاطعة المذكورة قد أصدر قراره في تاريخ 20 نوفمبر 2006، بمقتضاه أعطى الحق لرئيس المجلس المحلي للمقاطعة في التوقيع على العقد مع شركة sortal. ثم أقام السيد François bonhomme بصفته المستشار العام لمقاطعة tarn-et-garrone في تاريخ 18 نوفمبر 2007 طعنا أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Toulouse مستهدفا إلغاء القرار المشار إليه، فأجابه تلك المحكمة إلى طلبه في تاريخ 20 يوليو 2010 حيث قضت بإلغاء القرار المطعون فيه ودعوة أطراف التعاقد إلى الاختصاص أمام قاضي العقد ما لم يكن هناك حل ودي بفسخ العقد. ولم ترض الجهة الإدارية المطعون ضدها بذلك الحكم فطعنت على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة bordeaux، التي أصدرت حكمها في 28 فبراير 2012 برفض طلب إلغاء الحكم المطعون فيه. ثم ما لبثت الجهة الإدارية قليلا إلا وقدمت طعنها المائل إلى سكرتارية القسم القضائي بمجلس الدولة بتشكيكة تحت مسمى الجمعية العامة ببعض المنازعات مستهدفة إلغاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Bordeaux وقد أقامت الجهة الإدارية المذكورة الطعن المائل على سند مشروعية قرار الإدارة سالف الذكر.

وذهبت المحكمة إلى أن الطعن في واقعة ينصب على عدم جواز الطعن على العقد ممن هم خارج العملية التعاقدية، وكذا على مدى انطباق قواعد القانون والمتعلقة بالعلانية والمنافسة وتكافؤ الفرص بين المترشحين المتقدمين بعطاءاتهم وذلك في العملية التعاقدية المرفوع بشأنها الطعن، وسلطة القاضي إزاء ذلك في مجموعه.

الحكم:

مجلس الدولة

في القضية رقم 358994

قضاء مجلس الدولة الفرنسي بالجمعية الخاصة ببعض المنازعات

بعد الإطلاع على

تقرير السيد Nuttens مستشار مساعد،

تقرير السيد مفوض الدولة Bertrand dacosta

تم فتح باب المرافعة للسادة المحامين السيد fousard Delvolve

الصادر بالجلسة العلنية المعقدة في يوم الجمعة الموافق 2014/4/4

الجمهورية الفرنسية

باسم الشعب الفرنسي

وبعد الإطلاع على صحيفة الطعن والمذكرة الشارحة التكميلية المقدمتين على التوالي في تاريخ

30 أبريل 2011 وتاريخ 11 يوليو 2011 من قبل رئيس المجلس المحلي لمقاطعة Tarn-et-

garrone باعتباره الممثل القانوني لها إلى سكرتارية القسم القضائي لمجلس الدولة بمقاطعة Tarn-

et-garrone طلبت المقاطعة من خلاله الحكم بالآتي:

1: إلغاء الحكم رقم الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية في مدينة Bordeaux في تاريخ

28 فبراير 2012، والذي من خلاله حكمت المحكمة برفض الطعن المقام من المقاطعة بغية إلغاء

الحكم رقم 0700239 الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Toulouse في تاريخ 20 يوليو

2010، والذي قضت فيه، بشأن الطلب المقدم من السيد François bonhomme بإلغاء القرار

الصادر في 20 نوفمبر 2006 الصادر من اللجنة الدائمة للمجلس العام لمقاطعة Tarn-et-

garrone، والذي بمقتضاه تم تحويل رئيس المجلس العام سلطة التوقيع مع شركة SORTAL على

عقد شراء على سبيل التجزئة الذي يستهدف استئجار طويل المدة لعدد من السيارات لخدمة المجلس

المذكور، مع طلب المقاطعة في الحصول على الحق في فسخ العقد.

2: البت في موضوع الدعوى وإجابة الطاعن لطلب استئنافه السالف ذكره.

3: إلزام الطاعن السيد M.A تعويضا مبلغا وقدره 5000 يورو وفقا لحكم المادة -761 L

1 من قانون القضاء الإداري، وكذلك إلزامه بمصروفات المساهمة في المساعدة القانونية.

وبعد الإطلاع على المستندات الأخرى المودعة بالملف:

وكذلك على لائحة مجلس الدولة رقم 2005/1563 المقررة بموجب اجتماع اللجنة في تاريخ 7 سبتمبر 2005،

وعلى قانون المناقصات والمزايدات العامة،

وعلى قانون العدالة الإدارية،

وبعد الإطلاع على محضر الجلسة العامة، والتي تم خلالها الاستماع إلى:

تقرير السيد **Jean-dominique nuttens** مستشار مساعد،

تقرير السيد مفوض الدولة **Bertrand dacosta**

مرافعة السيد **Me foussard** المحاضر عن مقاطعة **Tarn-et-garrone**

مرافعة السيد **Delvolvé** الوكيل القانوني الحاضر عن الطاعن السيد **François**

Bonhomme

1/ وبالنظر إلى ما تم تقديمه من مستندات إلى قاضي الموضوع، وكان الثابت أن مقاطعة **Tarn-et-garrone** قد طرحت للمناقصة العامة المفتوحة في تاريخ 26 يونيو 2006 عن عملية الشراء على سبيل التجزئة في إطار عقد أوامر الشراء تحت الطلب، وذلك بقصد استئجار طويل المدة لسيارات لتكون في خدمة المجلس العام للمقاطعة، وأنه بواسطة القرار الصادر في تاريخ 20 نوفمبر 2006، رخصت اللجنة الدائمة بالمجلس العام للمقاطعة لرئيس المجلس المحلي للمقاطعة في التوقيع على العقد مع شركة **Sortal**، التي اختيرت فيما بعد من قبل لجنة البت في العطاءات باعتبارها المرشح الأفضل للتعاقد معها، وأنه في تاريخ 18 نوفمبر 2007، أقام السيد **François bonhomme** بصفته المستشار العام لمقاطعة **Tarn-et-garrone** طعنا أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة **Toulouse** مستهدفا إلغاء القرار الصادر في 20 نوفمبر 2006، ثم أقام المجلس العام للمقاطعة طعنه أمام مجلس الدولة مستهدفا إلغاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة **Bordeaux** الصادر بتاريخ 28 فبراير 2012، والصادر برفض طلب إلغاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف

الإدارية بمدينة Toulouse في تاريخ 20 يوليو 2010 والقاضي بإلغاء القرار المطعون فيه ودعوة أطراف التعاقد إلى الاختصاص أمام قاضي العقد ما لم يكن هناك حل ودي بفسخ التعاقد.

وكذلك وبعد الاطلاع على الدعاوى الخاصة بالمنازعة في صحة العقد المطعون فيها من قبل الغير:

2/ ومن حيث أنه وعن الدعاوى التي تقام من قبل الأطراف في عقد إداري أو تلك المرفوعة أمام قاضي الإلغاء في مواجهة الشروط اللاتحجية للعقد أو تلك المقامة أمام قاضي الأمور المستعجلة الخاصة بالعقد تأسيسا على المادة L 551-13 وما تلاها من قانون العدالة الإدارية، فإن كل شخص من غير المتعاقدين إذا ما أضر في مصالحه الخاصة بشكل مباشر وواضح من خلال إجراءات وشروط إبرام عقد إداري، يكون له الحق في إقامة دعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد مخاصما فيها مشروعية العقد أو أحد شروطه اللاتحجية القابلة للتجزئة عن العملية التعاقدية، وهذه الدعوى تقام أمام قاضي العقد من قبل أعضاء الهيئة الإدارية للسلطة المحلية أو من مجموعة السلطات المحلية ذوي الشأن، وكذلك من قبل رئيس الوحدة المحلية المقاطعة المسئول عن ممارسة الرقابة على المشروعية. وأن هؤلاء يملكون الحق في إقامة دعواهم بطلب تأسيسا على المادة L521-1 من قانون العدالة الإدارية- وقف تنفيذ العقد. وإن هذه الدعوى يجب نظرها، بما يشمل ذلك بحث ما إذا كان العقد المطعون فيه متعلق بالأشغال العامة، وكذلك بحث انتهاء إجراءات الإعلان الخاصة به في مدة بلغت الشهرين المقررة- لاسيما أن إجراء أخذ الرأي المقرر في مرحلة إنهاء إجراءات العقد وكذلك في مرحلة إجراءات البت بشأنه إنما قررت احتراماً للأسرار التي يحميها القانون. وأنه جدير بالذكر أن مشروعية عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة، وعملية اتخاذ القرار المرخص بإنهاء إجراءات التعاقد أو بإجراء التوقيع عليه، لا يمكن الطعن عليها إلا بمناسبة طريق الطعن السالف إيضاحه، بينما فيما يخص الرقابة على المشروعية يكون لرئيس الوحدة المحلية بالمقاطعة الحق في المنازعة في مشروعية هذه الأعمال أمام قاضي الإلغاء حتى إنهاء إجراءات العقد- في التاريخ الذي تعتبر فيه الدعوى- بعد إقامتها وقبل الحكم فيها- غير ذات موضوع.

3/ ومن حيث أن كلا من رئيس الوحدة المحلية بالمقاطعة وأعضاء الهيئة الإدارية للسلطة المحلية أو مجموعة السلطات المحلية المعنية يملكون- بدافع مجموعة المصالح المسئولة عنها-

استخدام كل وسيلة من شأنها دعم طريق الطعن سالف الإشارة، وأنه بالنسبة للغير لا يملكون أن يحتجوا إلا تجاه العيوب التي أضرت بصفة مباشرة بمصالحهم المستفيدين منها، أو تلك التي تبلغ حدا من الجسامه يوجب على القاضي أن يصححها من تلقاء نفسه.

4/ ومن حيث أنه، في الحالة الخاصة بالطعن من غير المتعاقدين وبالشروط سالفه الذكر، وبشأن دفع داحضة لمشروعية العقد أو لأحد شروطه، فإنه يكون لقاضي العقد، بعد أن يتأكد أولا من أن المستأنف شخصا غير رئيس الوحدة المحلية المقاطعة أو عضو بالهيئة الإدارية للسلطة المحلية أو مجموعة الوحدات المحلية المعنية، ويتأكد ثانيا أنه لا يتبغي سوى مصلحة من الممكن تهديدها بشكل كاف بصورة مباشرة ومحددة، ويتأكد ثالثا أن المخالفات محل الطعن تدخل في تلك الحالات التي يستطيع أن يتدخل فيها- حينما يتعلق الأمر بوجود بعض العيوب الهامة التي تنال من مشروعية العقد، تقرير امكانية الاستمرار في تنفيذ العقد، أو بدعوة أطراف التعاقد لاتخاذ تدابير من أجل تسوية وضع العقد في المدة التي يحددها، فيما عدا حالي فسخ أو إلغاء العقد. وكذلك يرجع إليه في التأكد من أن تلك المخالفات لا يمكن إجراء تصحيحها ولا تسمح بالاستمرار في تنفيذ العقد. وكذا يملك القاضي وحده النطق - إذا إقتضى الأمر مع تقرير أثر لاحق وبعد التأكد من أن قراره لن يحمل تهديد مبالغ فيه للمصلحة العامة- سواء بفسخ العقد أو بالإنهاء الكلي أو الجزئي للرابطة التعاقدية إذا ما كان العقد يتضمن محتوى غير مشروع أو ينطوي على عيب من عيوب الإرادة أو أي عيب آخر ذو جسامه خاصة يتعين على القاضي أن يصححها من تلقاء نفسه. وأنه يملك أخيرا، إذا ما أقيم أمامه طعنا شمل دعوة الطرفين لاتخاذ تدابير بهدف تسوية الوضع القائم، إجابة الطلبات الختامية التي تستهدف تعويض الضرر المتسبب للحقوق المضرورة.

5/ ومن حيث إنه يعود للقاضي في الأصل مكنة تطبيق القواعد المحددة أعلاه والتي لا تحمل تقييدا بغير مقتضى في الحق الأساسي المقرر دستوريا ألا وهو الحق في التقاضي، وحيث أنه، ونظرا لضرورة سلامة النظام القانوني بعدم الإفراط في تهديد العلاقات التعاقدية السارية وتوفير الاستقرار لها، فإن الطعن المبين أعلاه لا يجوز إقامته من قبل الغير الذين لا طائل لهم منه، وكذا بعد توافر الشروط والأوضاع السابق تحديدها أعلاه على العقود التي وقعت قبل صدور القرار المائل، وإن الطعن ضد العقد

المائل، في غير حالة الطعن من رئيس الوحدة المحلية، لم يكن متاحا قبل صدور القرار المائل إلا بصدد المتنافسين المستبعدين، فإنه بذلك لا يترتب أثرا يؤدي إلى عدم جواز نظر طعون الإلغاء المقامة من غير المذكورين تجاه القرارات القابلة للانفصال عن العقود الموقعة حتى صدور القرار المائل، الأمر الذي يترتب عليه أن يكون هذا النزاع قد وافق الغرض المتوخى منه. ويصير مقبول شكلا.

وفيما يخص الطعن المقام من مقاطعة Tarn-et-garrone

6/ ومن حيث إنه عن طلب إلغاء القرار الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 2006 والذي بمقتضاه رخصت اللجنة الدائمة التابعة للمجلس العام بالمقاطعة، لرئيس الجمعية المحلية - المقاطعة - في التوقيع على عقد مع شركة Sortal، وإذ أن محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Bordeaux قد سطرت حكمها على أن إهمال الجهة الإدارية في مراعاة التعليمات المطلوبة عند الطرح العام للمنافسة والخاصة بصحة إجراءات المسابقة، وأنه وحيث أن المقاطعة قد خالفت مسبقا قواعد العلانية والمنافسة الواجب عليها مراعاتها والملتزمة بها طبقا لما جاء بلائحة اللجنة الدائمة في تاريخ 7 سبتمبر 2005 المنشئة للنماذج الأساسية لعلانية الطرح في إطار من الإجراءات المقررة لإبرام عقود الشراء العامة طبقا للأمر التوجيهي رقم CE 2004/17 و CE 2004/18 الصادرين من البرلمان ومن المجلس، تلك القواعد التي تفرض عليها التزاما بالألا تكون - وهو عكس ما ثبت لدينا - موجهة إلى إحداث تغيير على مضمون القرار المطعون فيه أو إلى الانتقاص من أية ضمانات مقررة للأشخاص المعنية فيما يتعلق بإجراءات الطعن القضائي. فمن ثم محكمة الاستئناف الإدارية تكون قد ارتكبت خطأ في القانون، ومن ثم فإنه، ودون البحث في أوجه الطعن الأخرى، تكون مقاطعة Tarn-et-garrone قد أسست طعنها بطلب إلغاء الحكم المطعون فيه على نحو صحيح.

7/ ومن حيث إن ظروف وملابسات الطعن المائل يستدعي بحثه موضوعا وذلك بتطبيق المادة L 821-1 من قانون القضاء الإداري.

8/ ومن حيث إنه عن إدعاء الطاعن السيد bonhomme بأن الطرح العام على عملية التعاقد المعلنة من مقاطعة Tarn-et-garrone لم يشمل بندا تحت مسمى إجراءات الطعن ضاربة بعرض الحائط أحكام اللائحة المنظمة للجنة الداخلية الصادرة بتاريخ 7 سبتمبر 2005، وحيث أن المستندات

قد جاءت حاوية مما يفيد أن تلك المخالفة، في ضوء ظروف الوقائع الماثلة كانت من شأنها التأثير على مضمون القرار المطعون فيه أو ترتيب حرمان أيا من المتنافسين المستبعدين من ضمانات إجرائية هامة. ومن جهة أخرى فإن الشركة المسند إليها العملية قد كانت المرشح الأوحده. وأنه حيث قضت محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Toulouse بإلغاء القرار الصادر من مقاطعة Tarn-et-garrone في 20 نوفمبر 2006، وإذ أسست حكمها على مخالفة تلك المقاطعة قواعد العلانية والمنافسة المقررة بقولها إنها لم تراعيها في بند إجراءات الطعن في كراسة الطرح العام للمنافسة. الأمر الذي يكون معه حكم المحكمة سالف الإشارة قد أخطأ في تطبيق القانون.

9/ غير أنه يعود على مجلس الدولة محجوز له أو مقرر له بواسطة الأثر الناقل للطعن (الأثر الذي يحدثه استئناف الحكم أو الاعتراض بإسناد النظر في النزاع جميعه إلى محكمة الدرجة الثانية)، بحث أوجه الاعتراضات الأخرى المثارة من قبل الطاعن السيد/ bonhomme أمام المحكمة الإدارية بمدينة Toulouse.

10/ ومن حيث إنه، عن أولاً، وقد كان الثابت من المستندات، وعلى غير ما ادعاه الطاعن السيد/Bonhomme، أن أعضاء اللجنة الدائمة قد كانوا أنفسهم مصدرين التقرير المبين للخصائص الأساسية للعقد محل الدعوى.

11/ ومن حيث إنه، عن ثانياً، وبالاستناد إلى نص المادة 71 من قانون عقود الشراء العام والساري حالياً (أنه ولأسباب اقتصادية أو تقنية أو مالية، وحينما يكون مدى أو نمط الاحتياجات المطلوب إشباعها لا يمكن عرضها بصورة كلية في السوق، فإنه يصير من حق الشخص العام أن يبرم عقد شراء علي سبيل التجزئة في إطار عقد أوامر الشراء تحت الطلب)؛ حيث أكد الطاعن السيد/ Bonhomme أن مقاطعة Tarn-et-Garonne قد خالفت أحكام المادة المشار إليها بتقريرها التعاقد بطريق التجزئة من أجل تأجير سيارات المرفق، في حين أنه كان الثابت من واقع المستندات، ومع الأخذ في الاعتبار حداثة المجلس المحلي وكذا حداثة مسار نقل الاختصاصات الجديدة للمقاطعات، أن مقاطعة Tarn-et-Garonne لم تك بأي حال قادرة على عرض احتياجاتها بصورة كلية في السوق .

12/ ومن حيث، إنه وأخيراً، وبناء على أحكام الفقرة الثانية من المادة 57 من قانون المناقصات والمزايدات الساري حالا (لا يجوز أن تقل مدة استقبال العطاءات عن 52 يوماً احتساباً من تاريخ إعلان الطرح العام للمنافسة، وأنه إذا ما أكد الطاعن أن مقاطعة Tarn-et-Garonne قد سبق لها أن خالفت أحكام تلك المادة في تحديدها لمدة استقبال العطاءات على أن تنتهي في غضون الساعة الخامسة مساءً من اليوم الثاني والخمسون احتساباً من تاريخ الطرح العام للمنافسة . ولما كان يثبت من المستندات انه قد تم منح أحد المرشحين من التقدم بعطاءه بسبب نقص المدة المزعوم بضع سويغات عن مدة 52 يوماً المقررة لاستقبال العطاءات. وحيث لم يقدم الطاعن ما يفيد ذلك. الأمر الذي يكون معه الخطأ المنسوب إلى جهة الإدارة لم يكن ليؤثر. في ضوء الظروف المحيطة بالعقد محل الدعوى، على صحة القرار المطعون فيه من جهة أو أن يحول بين أحد المتقدمين وبين تمتعه بإحدى الضمانات من جهة أخرى.

13/ ومن حيث إنه وبالبناء على ما تقدم - ودون الحاجة إلى البت في مسألة عدم جواز المعارضة طلب الطاعن السيد/ Bonhomme من قبل مقاطعة Tarn-et-Garonne - يكون دفع المقاطعة المذكورة، الخاص بمخالفة حكم المحكمة الإدارية الإستئنافية بمدينة Toulouse المطعون فيه والصادر بتاريخ 10 2001 والقاضي بإلغاء القرار المؤرخ في 20 نوفمبر 2006 الذي بمقتضاه رخصت اللجنة الدائمة للمجلس المحلي رئيس الجمعية المحلية للمقاطعة في التوقيع على العقد، قد صادف صحيح حكم القانون .

14/ ومن حيث أن أحكام المادة 1-761 L من قانون العدالة الإدارية تعد عقبة في تقرير مسؤولية مقاطعة Tarn-et-Garonne، والتي لا تعد طرفاً خاسراً في الطعن المقام، بتحميلها المبالغ المطالب بها من قبل الطاعن أمام المحكمة الإدارية الإستئنافية تحت مسمى بند التكاليف المترتبة عليه والتي لا تشملها المصروفات، وأنه لا يكون هناك محل، في ضوء ظروف الطعن المطروح، لاستجابة وتلبية الطلبات الختامية المقدمة من مقاطعة Tarn-et-Garonne تحت مسمى النصوص ذاتها وكذا بناء على المادة 1-761 L من القانون القضاء الإداري.

ولهذه الأسباب، حكمت المحكمة:

أولاً: إلغاء كلا من الحكم الصادر من المحكمة الإدارية الإستئنافية بمدينة Bordeaux في تاريخ 28 فبراير 2012، والحكم الصادر من المحكمة الإدارية بمدينة Toulouse في تاريخ 20 يوليو 2010.

ثانياً: رفض طلب الطاعن السيد/ Bonhomme الخاص بتطبيق أحكام المادة 1-1761 من قانون القضاء الإداري، والسابق تقديمه إلى كلا من المحكمة الإدارية الإستئنافية بمدينة Bordeaux، ومن قبلها محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Toulouse.

ثالثاً: رفض ما تبقى من طلبات ختامية في مذكرة الطعن المقدمة من مقاطعة Tarn-et-Garonne.

رابعاً: يخطر الطاعنان والمطعون عليه بالحكم المائل¹.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

إذا كان الأصل العام في الدعاوى الإدارية أن الاختصاص الإقليمي يتحدد طبقاً لمقتضيات نص المادتين 37 و38 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطبيقاً لنص المادة 803 قانون إجراءات مدنية وإدارية²، إذ تنص المادة 37 على أنه " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أما المادة 38 فتتضمن على أنه "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم"³.

¹ محمد صلاح، حكم مجلس الدولة الفرنسي في شأن الطعن الخارج عن العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية، مجلة المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مصر، ع الأول، سبتمبر 2017، ص، 65.

² إذ نصت على أنه "يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و38 من هذا القانون".

³ في السابق كان الاختصاص المحلي وفقاً لنص المادة الثامنة تحكمه ثلاثة معايير هي:

__ موطن المدعى عليه،

__ فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها محل إقامته،

هذا ويجدر الذكر، بأن الموطن عرفه المشرع المدني بموجب المادتين 36 و37، إذ نصت المادة الأولى فقرة أولى على أنه "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن"، أما المادة 37 نصت على أنه يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة". أما المادة 50 فتعتبر موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها.

أولاً: الاستثناءات الواردة على قاعدة موطن المدعى عليه

أوجد المشرع استثناءات على الأصل العام بمقتضى نص المادة 804 قانون إجراءات مدنية وإدارية، بنصها على أنه "خلافًا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبًا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

- 1- في مادة الضرائب أو الرسوم، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة أو الرسم.
- 2 - في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.
- 3 - في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.
- 4 - في المنازعات المتعلقة بالموظفين أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين في المؤسسات العمومية الإدارية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين.
- 5 - في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات.

— وإن لم يكن له محل إقامة فيكون الاختصاص للجهة القضائية الواقع بدائرتها آخر موطن له.

6 - في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به.

7 - في مادة تعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو فعل تقصيري، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفعل الضار.

8 - في مادة إشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، أمام المحكمة التي صدر عنها الحكم موضوع الإشكال".

ثانيا: عقود الصفقات العمومية

تقتضي دراسة الاستثناءات المتعلقة بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية، البحث أولا في الطبيعة القانونية لعقود الصفقات العمومية ثم تحديد المحكمة الإدارية المختصة للنظر في منازعات هذه العقود.

أ: الصفقة العمومية عقد إداري

لا جدال كما سبق القول أن الإدارة وهي بصدد مباشرة أعمالها تمارس نوعين من الأعمال، أعمال مادية لا تهدف من ورائها إحداث أثر قانوني، وأعمال قانونية ترتب آثار قانونية سواء في مواجهة الإدارة أو في مواجهة الغير، والأعمال القانونية تكون على نوعين، القرارات الإدارية والعقود الإدارية كما سبقت الإشارة إلى ذلك¹.

يجمع الفقه والقضاء والتشريع المقارن على أن العقد الإداري، هو " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"².

¹ اقبال نعمت درويش، رنا إلتيف جاسم، مرجع سابق، ص، 195.

² منير محمد الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، 1979، ص، 13. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 74.

وتدفعنا هذه الصياغة السليمة في تعريف العقد الإداري إلى الاقتصار على تحديد معايير الوصف الإداري للصفقة العمومية، ومن ثم تأخذ الصفقة العمومية الوصف الإداري لأن أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام، ولا يعد معيار أحد أطرافها شخص عام معيارا فقهيا أو قضائيا¹، وإنما هو معيار تشريعي قرره صراحة المادة 6 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومن ثم تكيف الصفقة العمومية بأنها اتفاق يكون أحد طرفيه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، والطرف الآخر شخص من أشخاص القانون الخاص².

ويستدعي هذا التحديد التنصيص أنه لا تخضع للأحكام التي تطبق على الصفقات العمومية، العقود الآتية:

_ العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها،

_ المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تزاوّل نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة،

_ المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع،

_ المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات،

_ المبرمة مع بنك الجزائر،

_ المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقات الدولية، عندما يكون ذلك مطلوبا،

_ المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم،

¹ بن ناجي شريف، تطور نظام الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1991/1990، ص 242.

² حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص، 04. محمد الباهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، 28.

_ المبرمة مع محاسبين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل،

_ المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة¹.

ويلاحظ أن العقد يكون إداريا إذا كان الشخص المعنوي العام طرفا فيه، اكتنفه تكييف قانوني آخر شد إليه الفقه والقضاء، إذ ثار جدال قانوني حول الفترة التي يعتد بها قانونا بوجود الشخص المعنوي العام، وتبين من الدراسات الفقهية والقضائية، أن الرأي الراجح يأخذ بالتكييف القانوني الذي يعتد بوقت إبرام العقد، بمعنى أن الصفة الإدارية للإدارة تكون موجودة وقت إبرام العقد، فإذا تغيرت هذه الصفة فالأساس هو لحظة إبرام العقد وتوقيعه².

وقد ثار التساؤل مرة ثانية حول قدر وكفاية وجود الشخص المعنوي العام، التي تجعل من هذا العقد عقدا إداريا، من منطلق أن هذا التقدير ليس إلا شرط مفترض وليس بمعيار، لهذا اهتدى الفقه والقضاء الإداري إلى معيار ثان يكون أساسا للتعرف على الصفة الإدارية للعقد، طالما أن وجود الشخص المعنوي العام غير كاف في حد ذاته، ولا يمكن لنا إلا أن نسجل في هذه الحالة وضع معيار اتصال العقد الإداري بالمرفق العام³، على اعتبار أن العقد الإداري يعد من بين الوسائل التي تعتمد عليها المرافق العامة لتلبية حاجيات عامة ذات منفعة عامة⁴.

مع الإشارة في هذا الخصوص، تكاد فكرة المرفق العام تشكل صراعا فكريا اشتعلت نيرانها بين تيارات فقهية مختلفة، فالبعض يستند على المعيار المادي في تعريفه للمرفق العام، والبعض الآخر

¹ المادة 7 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص، 71. فهد مبارك الهاجري، العقود الإدارية عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص، 49.

³ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2010، ص، 271.

⁴ إبراهيم كومغار، مرجع سابق، ص، 103. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص، 28. زين ميلوى، القانون الإداري، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2013، ص، 58.

استند على المعيار العضوي¹. ومهما اختلفت التعريفات الفقهية إلا أن الاتجاه الحديث يميل إلى النشاط المؤدى بغض النظر عن الجهة التي تؤديه².

1: اتصال العقد الإداري بالمرفق العام حقيقة قانونية

اتصال العقد الإداري بالمرفق العام أضحي حقيقة قانونية، ويظهر ذلك من خلال اشتراك ومساهمة الأفراد في تنفيذ أهداف المرفق العام، مع بقاء الإدارة صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم وإدارة المرافق العامة. وسارت التشريعات القانونية متأثرة بالقانون الفرنسي نهجا وجوهرا وشكلا، فقيام المتعاقد بالاشتراك مع الإدارة في إدارة وتسيير المرفق العام يكسب العقد الصفة الإدارية، ومثل تلك العقود عقود الأشغال العامة، إذ لا شك يعتبر عقد إداري.

علاوة على ذلك، أن اشتراك متعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام عن طريق توريد مواد وآلات ضرورية لسير المرفق العام بانتظام واطراد أو تقديم خدمات، فتبرم الإدارة من عقود التوريد وعقود الخدمات ما يلزمها، لا مرأى في أن هذه العقود تعد عقود إدارية. والقضاء الإداري يبحث دائما على مظاهر اتصال العقد بنشاط المرفق العام ليكيف العقد على أنه إداري، فإذا وجد انفصام بينهما عد العقد عقد مدني.

2: إتباع وسائل القانون العام في تنفيذ الصفقة العمومية

يوجد على العكس من ذلك، تيار آخر، حاول أن يتحرر من جملة الانتقادات التي وجهت إلى معيار اتصال العقد الإداري بالمرفق العام، إذ ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير "قضية Terrire" الذي وقف عند حدود أن العقد لا يمكنه أن يأخذ الوصف الإداري إلا إذا تضمن وسائل القانون العام الخاصة بتسيير المرافق العامة³. هذا المعيار أخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية، إذ عرفت العقد الإداري "بالعقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره تظهر النية فيه الأخذ بأسلوب القانون العام من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون

¹ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص، 186.

² إبراهيم كومغار، مرجع سابق، ص، 24.

³ مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1999، ص، 17.

العام"¹، كما قضت في حكم آخر، على أنه "ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة"².

واعتبارا لذلك، "لم يعد ينظر إلى العقد أنه عقد إداري إذا خلا من المضامين غير المألوفة في القانون الخاص ومن حيث قوام الدفع المبدئي من النيابة هو عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري ولائيا بنظر النزاع المطروح عليها لأن العقد الذي يدور حوله النزاع، وإن كان متعلقا بمرفق عام وأحد طرفيه شخصا معنويا عاما، إلا أنه لا يعتبر مع ذلك من العقود التي عناها المشرع بنص المادة 4 من القانون رقم 71/88 بشأن القضاء الإداري، وهي عقود التوريد الإدارية، لأنه لم يشتمل على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم فإن النزاع بشأنه لا يكون من اختصاص القضاء الإداري ولائيا، فالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطه أن يكون هذا العقد وفقا لمقصود المشرع إداريا بمعنى أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، ومتعلق بمرفق عام، ومحتويا على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة، أو متضمنا لما يفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، فإن فقد إحدى الخصائص الثلاث التي تتميز بها العقود الإدارية فإنه لا يكون عقد توريد إداري ويخرج النزاع بشأنه عن اختصاص القضاء الإداري"³.

يعرف الشرط الاستثنائي غير المألوف في القانون الخاص بأنه "ذلك الشرط الذي يتجاوز مبدأ الحرية التعاقدية ليمنح أحد الطرفين حقوقا أو يحمله التزامات لا يتصور أن توجد في عقود القانون الخاص، إما لاصطدامها بفكرة النظام العام بحسب مفهومها في نطاق العلاقات الخاصة فتكون بالتالي

¹ حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص، 04.

² جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص، 34. لؤي كريم، الأسس القانونية اللازمة لشرعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ع 53، 2011، ص، 12.

³ حكم المحكمة العليا، ليبيا، في 13/11/1983، طعن إداري رقم 27/16 ق. نقلا عن:

مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص، 66.

غير مشروعة في نطاق هذه العلاقات، أو لأنها وإن لم تكن في ذاتها محرمة إلا أنها نادرا ما توجد في عقود الأفراد الخاصة لأنها تفيد النفع العام وليس النفع الخاص"¹.

عقود الصفقات العمومية تتبع وسائل القانون العام في تنفيذها، لذلك أعطى قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للمصلحة المتعاقدة الحق في إنهاء عقد الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة قبل الانتهاء من تنفيذه، وحتى بدون خطأ صادر من جانب المتعامل المتعاقد متى استلزمت أبعاد المصلحة العامة ذلك، لأن سلطتها في عقد الصفقة العمومية إنما ينهض ويقوم على ضرورات تحقيق المصلحة العامة، فإذا انتفت هذه الأخيرة أو تلاشت اقتضى إنهاء العقد، ذلك ما أشارت إليه المادة 150 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بنصها على أنه "يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد".

الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، يعطي للمصلحة المتعاقدة الحق في فرض عقوبات مالية على المتعامل المتعاقد بسبب عدم احترام آجال التنفيذ أو تنفيذها خلافا للمواصفات الفنية والتقنية كسلطة مستقلة عن نصوص العقد تتمتع بامتيازات السلطة العامة²، هذا ما نصت عليه المادة 147 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق، بقولها على أنه "يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.

تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة.

¹ اقبال نعمت درويش، مرجع سابق، ص، 200.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكما، مرجع سابق، ص، 32.

يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة. ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة.

وفي كلتا الحالتين، يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التأخر، تحرير شهادة إدارية".

ما يمكن تسجيله هنا، بروز فوارق جوهرية بين العقد المدني والعقد الإداري "عقد الصفقة العمومية مثلاً"، أن عقد الصفقة العمومية يمر بأكثر من عملية قانونية، كل عملية من هذه العمليات مكرسة مسبقاً في قوالب قانونية محددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تحيد هذه القوالب القانونية والشكليات عن المفاهيم المألوفة في القانون الخاص، حياداً فرضته ضرورات المصلحة العامة، سواء تعلق الأمر بمرحلة تحديد الحاجيات، أو مرحلة الإعلان عن التعاقد، أو مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية.

واستطراداً على ذلك، إذا كان الأصل العام في العقود المدنية، أن الفرد له الحق في إبرام أي عقد من العقود المدنية في حدود عدم مخالفة محله لأحكام النظام العام والآداب العامة، فإن المصلحة المتعاقدة على الرغم من تمتعها بامتيازات السلطة العامة، فإنه هناك قيود قانونية تحد من حريتها، فيكون الغالب على هذه القيود أنها ترمم عقود الصفقات العمومية لتحقيق الهدف الذي وجد من أجله الشخص العام، فلا يتصور في إطار هذه العقود إلا محاولة تحقيق هدف شمولي أكبر هو حماية المصلحة العامة.

ب: المحكمة المختصة إقليميا

سبق القول أن محل الصفقة العمومية لا يمكنه أن يخرج عن التحديد التشريعي المقرر بموجب المادة 29 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ونجد أن توضيح الاختصاص الإقليمي لعقود الصفقات العمومية يقتضي منا تعريفها.

1: صفقة الأشغال العمومية¹:

نصت المادة 29 فقرة 3 و4 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه " تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع. وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نيتها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها"².

أما المادة 549 قانون مدني عرفت عقد المقاولة على أنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، كما اقتضت المادة 550 قانون مدني على القول أنه "يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا".

انطلاقا من هذا كله، نجد أن المشرع الوطني لم يعرف هذا العقد وإنما اقتصر على تحديد طبيعة الأعمال التي تشكل محلا لصفقة الأشغال العمومية.

¹ يسميها البعض بعقد المقاولة.

عبد القادر العرعري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2009، ص، 25.

² أما عقد امتياز الأشغال العامة هو "عقد يعهد به للمتعاقد بناء واستغلال وليس إدارة أو تحقيق نفع عام".

Directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. JOUE.NL134/114,304.2004.

أما الفقه القانوني تولى مهمة تعريف صفقة الأشغال العمومية، إذ عرفها الفقيه ديفو على أنها "العقد الذي يلتزم المقاول من خلاله بتنفيذ أشغال عمومية لحساب شخص عام مقابل أداء ثمن"¹، ويعرفها الفقيه لوبادر بأنها "العقد الذي يعهد بموجبه الشخص العام إلى مقاول بتنفيذ أشغال عمومية مقابل أداء ثمن"².

وعرفه البعض الآخر على أنه "عقد مقابلة بين شخص معنوي عام وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الطرف الثاني بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمنفعة عامة مقابل ثمن متفق عليه في العقد ووفقا للشروط الواردة به"³. كما عرفها قسم آخر على أنها "عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسؤوليته وبإشرافها مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد والعنصران الأساسيان في عقد المقابلة هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه، دون أن يكون له حق استغلاله وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول"⁴.

وبهذه المثابة وبدوره عرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه "عقد مقاول بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"⁵.

ومن جهته عرفه قسم الرأي في مجلس الدولة المصري في فتواه رقم 369 بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه مقاول الحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسؤوليته وبإشرافها مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد، فالعنصران الأساسيان في عقد المقابلة هما قيام المقاول بإنشاء العمل المتفق عليه دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي للمقاول"⁶. كما عرف على

¹ Jean (D), Le Droit des travaux publics, t 1, éd moniteur, paris, p, 122.

² André (D.L), Frank (M), Pierre (D), op.cit, p, 255.

³ عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص، 116. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص، 624.

⁴ حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص، 11.

⁵ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 8.

⁶ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع نفسه، ص، 8.

أنه "عقد يوكل به شخص عام إلى شخص خاص مهمة القيام بأعمال ترد على عقار، مقابل ثمن يحدد في العقد قسمته الأساسية أن الأشغال المطلوب القيام بها بموجب العقد ترد على عقار مبني أو غير مبني. ويقصد بالأشغال بالمعنى الواسع لهذا التعبير، فهي تشمل أعمال الإنشاء والترميم والصيانة والتعديل والهدم وغيرها وبالمقابل لا اعتبر أشغال عامة الأعمال التي ترد على منقول أيا كان حجمه أو قيمته ولو كان مملوكا للدولة ومخصصا للمنفعة العامة"¹.

من تحليل هذه التعاريف مجتمعة، نجد أن الجامع بينهما، أن صفقة الأشغال العمومية هي الأشغال العقارية المنجزة بهدف تحقيق مصلحة عامة²، وهي تقوم على ثلاثة عناصر أساسية، أولها إنجاز الأشغال العمومية بقصد تحقيق منفعة عامة، وثانيا أن تنصب صفقة الأشغال العمومية على عقار، وثالثا أن يكون إنجاز الأشغال لصالح شخص معنوي عام³.

__ محل صفقة الأشغال العمومية عمل:

لا يخلو الأمر، في المحل الأساسي لصفقة الأشغال العمومية هو العمل، الذي يتعلق بإنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية تطبيقا لنص المادة 29 فقرة ثالثة قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السالفة الذكر.

يلاحظ بداية أن المشرع الوطني لم يعطي تعريفا للبناء باعتباره محور صفقة الأشغال العمومية سواء في نطاق أحكام القانون المدني أو قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، غير أن المادة الثالثة من القانون رقم 04/11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁴، عرفت البناء على أنه

¹ عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1980، ص، 223.

² Gustane (P), Droit Administratif, fonction publique, expropriation, réquisition, travaux publics, éd Dalloz, paris, p, 111.

³ محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص، 153.

⁴ قانون رقم 04/11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. ج.ر.ج.ع. 14 المؤرخة أول ربيع الثاني عام 1432 الموافق 6 مارس سنة 2011.

"كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"¹.

أما الفقه عرف البناء على أنه "كل مجموعة من المواد أيا كان نوعها خشبا أو جيرا أو جيسا أو حديدا أو كل هذا معا أو شيئا غير هذا شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار"²، وعرفه آخرون على أنه "كل مبنى أو عمل فني كيفما كان تم تشييده عن طرق تجميع مواد مندمجة بالأرض"³. أما الفقيه عبد الناصر توفيق العطار عرفه على أنه "كل شيء متماسك من صنع الإنسان، واتصل بالأرض اتصال قرار"⁴.

والواضح أن المباني على تنوعها، يشترط في البناء أن يكون مستقرا ثابتا في مكانه، ومتصلا بالأرض اتصال قرار، فلا يمكن نقله دون هدمه أو تلفه⁵.

كما نلاحظ بهذا الخصوص، أن المادة 29 فقرة 4 حددت صراحة على أن صفة الأشغال لا تقتصر على أعمال البناء الجديدة فقط، بل هي تشمل كذلك أعمال التجديد والصيانة التي تمس الأجزاء الرئيسية من العقار وملحقاته، وأعمال التدعيم⁶ والتوسيع وأعمال الترميم والإصلاحات⁷ وأعمال التهيئة⁸

¹ كما عرفت المادة 3 من القانون رقم 23 من قرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 عرفت المباني على أنها "كل أشغال الأساسيات والهياكل الفوقية والأسوار والأسقف".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص، 1072.

³ آمنة سميع، المقالة من الباطن، دراسة للمركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، مطبعة صناعة الكتاب، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ص، 22.

⁴ عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، د.س.ن، ص، 9.

⁵ شيخ نسيم، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2015/2016، ص، 200.

⁶ يعرف التدعيم بموجب المادة 3 قانون 04/11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه كل عملية تتمثل في إعادة الاستقرار لبنانية ما من أجل تكييفها مع المتطلبات التنظيمية الجديدة.

⁷ الإصلاح هو استعادة أو إصلاح أجزاء من البناية وتعلق بالأشغال الثانوية، تطبيقا لنص المادة 3 قانون رقم 04/11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

⁸ تعرف التهيئة كل عملية إنجاز و/أو تهيئة شبكات التهيئة بما فيها الفضاءات المشتركة الخارجية. وفقا لحكم المادة 3 قانون رقم 04/11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

وأعمال هدم منشأة أو جزء منها¹، هذا يعني أن صفة الأشغال لا تقتصر على أعمال الإنشاءات الجديدة كما سبق القول².

كما تجدر الملاحظة، أن الأعمال العقارية لا تقتصر على أشغال البناء وإنما تتعداها إلى أشغال المنشآت الثابتة، إذ عرفت المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988، بنصها على أنها "تلك التجهيزات المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنشآت، والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل".

غير أن هذا التعريف لا يمنعنا من إبداء ملاحظة في هذا الشأن، أن المنشآت الثابتة يتم تمييزها عن البناء من خلال وظيفتها³، فإذا كان البناء وظيفته الأساسية تنحصر في الإيواء أو في استغلاله من قبل الإنسان لممارسة الأنشطة المختلفة فيه، فإن المنشآت الثابتة وظيفتها تقوم على تسهيل حركة الانتقال من مكان إلى آخر، أو توفر سبل الراحة، أو تيسر عليه سبيل معاشه، كالمطارات والجسور والطرق والأنفاق والسدود وشبكات الصرف الصحي⁴، انطلاقا من التعاريف الفقهية له، من ذلك قولهم على أنه "كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابتا في حيزه في الأرض، متصلا بها اتصال قرار، عن طريق الربط بين مجموعة من المواد أيا كان نوعها، ربطا غير قابل للفك بحيث ييسر على الإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه"⁵. كما يدخل في مجال صفة الأشغال العمومية أعمال الدهان والزخرفة إلخ⁶.

¹ هذا ما نجده كذلك في مجال الأشغال العقارية الخاصة التي اشترط المشرع بموجبها رخصة، إذ نصت المادة 52 قانون التهيئة والتعمير على أنه "تتطلب رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها ولتمديد البنايات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه أو الواجهات المفضية على الساحة العمومية، ولانجاز جدار صلب للتدعيم أو التسييح".

قانون رقم 29/90 مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر.ج.ع 52 مؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 02 ديسمبر سنة 1990، معدل ومتمم.

² محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها من رب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص، 93. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1962، ص، 126.

³ Liet-veaux, Le Droit de la construction, éd ceise, 1984, p, 25.

⁴ آمنة سميع، مرجع سابق، ص، 24.

⁵ عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص، 68. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص، 54.

⁶ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص، 126.

وعليه نرى أن صفقة الأشغال العمومية يتأكد قانونا أن موضوعها يتعلق بإنجاز أعمال عقارية التي تندرج ضمن فكرة الالتزام بعمل والامتناع عن عمل، إذ أن الإدارة أعطتها قانون الصفقات العمومية سلطة تحديد مواصفات العمل المطلوب تنفيذه، ورقابة تنفيذ الأشغال إلخ¹.

لسنا في حاجة أن نذكر من جديد بأن الأشغال العمومية تعتبر في نظر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صفقة عمومية كما هو الشأن في جميع التشريعات القانونية. وهكذا، فعقد الأشغال العامة، هو عقد إداري، ذلك ما هو واضح من أحكام القضاء الإداري، إذ جاء عنه أنه "إذا كان ينبغي حسب الاجتهاد القضائي أن تتوفر في العقود الإدارية ثلاثة شروط لإخضاعها للقانون العام وبدونها تعتبر من العقود المدنية، فإن عقد الأشغال العامة باعتباره اتفاقا بين المتقاول والإدارة للقيام بتنفيذ أشغال البناء وترميم وصيانة البنايات والبنية العقارية لفائدة أحد الأشخاص العامة لغرض تحقيق المصلحة العامة إنما يعتبر من العقود الإدارية بتحديد من القانون"².

وبهذه المناسبة، نشير الاهتمام إلى أنه يتعين أن نلاحظ جيدا أن هناك فارق بين عقد الأشغال العامة وعقد امتياز الأشغال العامة الذي هو "عقد يعهد بمقتضاه فرد أو شركة ببناء أو صيانة مشروع عام، ولكن المقابل هنا ليس ثمنا كما هو الحال في عقد الأشغال العامة إنما يتمثل المقابل في منح الملتزم سلطة استغلال المشروع العام لمصلحته خلال مدة زمنية مناسبة تكفل له تغطية نفقاته في صورة رسوم تفرض على المنتفعين به"³.

ويجدر التنبيه هنا أنه طبقا للمادة 804 فقرة ثانية قانون إجراءات مدنية وإدارية أوضحت المحكمة الإدارية المختصة في النزاعات التي تنور بمناسبة مادة الأشغال العمومية هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال. وكما هو ملاحظ، أن مكان تنفيذ الأشغال هو المناط الوحيد الذي اعتمد عليه المشرع الوطني في منح الاختصاص للمحكمة الإدارية إقليميا في منازعات الأشغال العمومية.

¹ محمد عبد الرحيم عنتر، عقد المقاول، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص، 54.

² هناء العلمي، العروسي الإداري، كوثر أمين، مرجع سابق، ص، 86.

³ إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص، 31.

ولو رجعنا إلى التشريعات المقارنة نجدها كذلك أخضعت منازعات الأشغال العمومية إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال وهذا استنادا إلى نصوص قانونية أدرجتها في تشريعاتها¹، وبالإضافة لذلك، يتعين علينا أن نعرف بأن معيار مكان تنفيذ الأشغال يثير في حد ذاته مجموعة من المشاكل والصعوبات في حالة الامتداد الإقليمي في تنفيذ صفقة الأشغال العمومية.

2: صفقة اقتناء اللوازم "صفقة التوريد"

تسعى الإدارة لتلبية الحاجات العامة في إطار احترام مبدأ تحقيق المصلحة العامة إبرام صفقة اقتناء لوازم، التي قيلت بشأنها أنها عبارة " عن كل عقد يرمي إلى اقتناء منتوجات أو معدات أو تملكها بقرض إيجاري أو إيجارها أو إيجارها بنية البيع مع وجود خيار الشراء أو بدونه يبرم بين صاحب المشروع ومورد"².

كما عرفه البعض على أنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام والتي يحتاج إليها مرفق عام مقابل ثمن يحدد في العقد"³.

وبشكل أكثر دقة، فإن المادة 29 فقرة 6 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نصت على أن صفقة اقتناء اللوازم تهدف إلى "اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد، مهما كان شكلها، موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق بالإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات". كما نصت المادة 9/29 منه على أنه "يمكن أن تشمل الصفقة العمومية اللوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان، وتوضح كفاءات تطبيق أحكام هذه الفقرة عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

¹ ينص الفصل 7/28 قانون المسطرة المدنية المغربي، على أنه "تقام الدعاوى خلافا لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية:

في دعاوى الأشغال العمومية، أمام محكمة المكان الذي نفذت فيه الأشغال".

² مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، مرجع سابق، ص، 49.

³ عزيزة الشريف، مرجع سابق، ص، 121.

هذا النص القانوني يظهر صراحة أنه إذا كانت وظيفة الشراء التي تصنف ضمن أعمال التصرف تحتل مكانة بارزة في عمل أية إدارة باعتبارها المسؤولة عن تلبية الحاجيات الضرورية، غير أنها ليست الوسيلة الوحيدة التي تعتمد عليها الإدارة لتلبية تلك الحاجيات بل لها الحق أن تخوض طريق الإيجار¹، ومن جهة أخرى عقد التوريد يتعلق بمنقولات، سواء كانت بضائع أو مواد تموينية، فهو لا يرد على عقار أو عقار بالتخصيص وإلا عد أشغال عامة².

3: صفقة خدمات

نصت المادة 13/29 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه "تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات. وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات".

فمفهوم الخدمات مصطلح مجهول في القانون المدني وكثير الاستعمال في القانون الاقتصادي، وهو يشمل خدمات مادية التصليح، التنظيف، وخدمات ذات طبيعة فكرية أو ذهنية، كالاتشارات القانونية³، وخدمات أخرى لها طابع مالي كالتأمينات⁴. على هذا الأساس نفس الشيء يقال على صفقة الخدمات والتوريدات التي يجب أن تكون منجزة لأجل المنفعة العامة⁵.

¹ عادل غزي، مرجع سابق، ص، 6.

² عزيزة الشريف، مرجع نفسه، ص، 121.

³ يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجاً، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2013، ص، 40. مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، ص، 50.

⁴ أمر رقم 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم.

⁵ نص المادة 2 قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول غشت سنة 2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، على أنه "تحدد قائمة صفقات الخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، كما يأتي:
_ طبع وإنجاز وثائق وسجلات الحالة المدنية.

تحدد قائمة مطبوعات وسجلات الحالات المدنية المعنية في ملحق هذا القرار".

قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول رمضان عام 1432 الموافق أول غشت سنة 2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة. ج.ر.ج.ع 47 مؤرخة في 21 رمضان عام 1432 الموافق 21 غشت سنة 2011.

4: صفقة دراسات

بينت المادة 11/29 و12 مضمين صفقة الدراسات، التي تشمل مهمات المراقبة التقنية أو الجيو تقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع. وتحتوي الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز في إطار إنجاز منشأة تنفيذ المهام الآتية:

- دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي،
- دراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصلة،
- دراسات المشروع،
- دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول، تأشيرتها،
- مساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة وتنفيذ صفقة الأشغال، وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة واستلام الأشغال¹.

يجدر التنبيه، أن المشرع أوجب على المصلحة المتعاقدة فيما يتعلق بخدمات دراسات، إبرام عقد مهما كان مبلغ الطلب، بحيث لا تكون محل سندات طلب تطبيقا لنص المادة 2/20 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تجدر الإشارة أن الجملة الواردة في نص المادة 804 قانون إجراءات مدنية وإدارية "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية"، يلاحظ أن المحكمة المختصة في مثل هذه المنازعات محددة بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيما به.

ومن ثم، يتجلى أن عناية المشرع في هذه الفقرة، اتجهت إلى بيان المحكمة التي يجب أن يتوجه إليها المدعى، وذلك من زاويتين، الأولى إذا انعدم شرط الإقامة في مكان التنفيذ لكلا الأطراف

¹ في هذا الشأن تنص المادة الثانية من مرسوم تشريعي رقم 07/94 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، على أنه "الهندسة المعمارية هي التعبير عن مجموعة من المعارف والمهارات المجتمعة في فن البناء كما هي انبعاث لثقافة ما وترجمة لها. وتعد نوعية البناء وإدماجها في المحيط واحترام المناظر الطبيعية وحماية التراث والمحيط المبني ذات منفعة عامة".
المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 7 ذي الحجة عام 1414 الموافق 18 مايو 1994 والمتعلق بشروط الإنتاج وممارسة مهنة المهندس المعماري، المعدل. ج.ر.ج.ع 32 مؤرخة في 14 ذي الحجة عام 1414 الموافق 25 مايو 1994.

المتنازعة، ينعقد الاختصاص وجوباً للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق، ومن هذه الناحية، يكون المشرع الوطني، في هذه الفقرة قد جعل الاختصاص معياراً واحداً، هو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق. الزاوية الثانية أجازت الفقرة السادسة للمدعى أن يستفيد من الحلول التي يتيحها له المشرع، سواء برفع دعواه أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف مقيماً به. ذلك أن هذه الفقرة تخول الاختصاص على أي محكمة يختارها المدعى، ومن هذه الوجهة، نتوصل إلى أن المشرع الوطني، من خلال الفقرة السادسة، حاول واستطاع فعلاً، أن يشق لنفسه اتجاهها وسطاً بين الأنظمة القانونية التي تعتمد بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق، وبين التيار القانوني الذي يأخذ بمكان التنفيذ.

نؤيد المشرع في توجهه الذي سنه في المادة 804 قانون إجراءات مدنية وإدارية، بخصوص تحديد المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً للنظر في عقود الصفقات العمومية، خاصة أن معيار مكان الإبرام أو مكان التنفيذ كان موضع عناية من الفقه الذي يعتبرهما من القواعد العامة في مجال تحديد الاختصاص من جهة، ولأنه اختصاص متصل بالصفة من جهة ثانية.

مع الإشارة أن المشرع نص صراحة على طبيعة الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بمقتضى أحكام المادة 1/807 قانون إجراءات مدنية وإدارية التي تنص على أنه "الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام".

بقراءة متأنية لهذه المادة نجد أن المشرع عد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج القانونية الآتية:

ـ على من يتمسك بعدم الاختصاص الإقليمي أن يثبته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، تطبيقاً لنص المادة 2/807 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

ـ للمحكمة الإدارية أن تشير عدم الاختصاص الإقليمي تلقائياً وفقاً لأحكام المادة 3/807 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

ـ لا يجوز التمسك بعدم الاختصاص الإقليمي إلا من قبل الخصم.

— يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة تطبيقا لنص المادة 45 قانون إجراءات مدنية وإدارية بنصها على أنه "يعتبر لاغيا كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار".

المبحث الثاني : آثار الحكم بالبطلان

نقول إن مسألة تحديد آثار الحكم ببطلان الصفقة العمومية تعد من أهم المسائل القانونية التي خاض فيها الفقه والقضاء الإداري مطولا، وذلك بالنظر إلى رجحان كفة الصالح العام على مصلحة الأفراد في نطاق العقد الإداري، كون هذا الأخير لا يمثل في الحقيقة إلا إحدى الوسائل التي تلجأ إليه الإدارة لضمان سير المرفق العام. وأدى اهتمام التشريعات القانونية على وجوب احترام أحكام إبرام الصفقات العمومية من لدن الإدارة بفقهاء القانون العام والقاضي الإداري إلى البحث عن مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة.

وغني عن البيان أن القضاء والفقه يختلف في تحديد الأثر الذي يترتب عن اختلال أو تغييب بعض الإجراءات التي تمهد لانعقاد الصفقة العمومية، إذ يذهب البعض إلى أنه: ليس من شأن مخالفة القواعد المالية أن يجعل الصفقة العمومية باطلة، بل يبقى العقد سليما، غير أنه يلاحظ في جميع الأحوال، أن العمل القضائي الإداري استقر ولجأ إلى تطبيق آثار البطلان المقررة في القواعد العامة بما يتلاءم مع طبيعة القانون العام، لأن العقد الإداري لا يخرج في بنائه وطبيعته وأركانه عن سياق فكرة العقد¹، ولقد صدرت كثير من الأحكام القضائية في مادة بطلان الصفقات العمومية تؤكد ذلك، لأن البطلان سواء في القانون العام أو القانون الخاص لم يشرع لحماية حقوق الأفراد والغير فقط، وإنما لحماية العقود وضمان ثباتها واستقرارها وسلامتها وحماية النظام العام².

في هذا الشأن يذهب الفقيه الطماوي إلى القول " إذا كانت العقود الإدارية بمعناها الفني الدقيق، تتميز عن عقود القانون الخاص التي يبرمها الأفراد أو الإدارة من عدة نواح جوهرية، فإن موضوع شروط السلامة الذاتية للعقود الإدارية، لا يكاد يختلف عن مثيله في القانون الخاص. فالقاضي الإداري

¹ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 13.

² أحمد عثمان عياد، مظاهر سلطة السلطة العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981، ص، 32.

يلجأ إلى ذات القواعد المطبقة في القانون الخاص، والتي تحكم هذا الموضوع، ولا يخرج عنها إلا بالقدر الذي تستلزمه طبيعة الحياة الإدارية، وأوضاع التنظيمات الإدارية"¹.

سلامة عقود الصفقات العمومية ألزمت التشريعات القانونية على جعل القضاء الاستعجالي قبل التعاقد يحتل الصدارة في الرقابة القضائية على صحة الصفقة، حيث نجد المشرع يراهن فيه على مراقبة الشكليات التي قررها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لصحة الصفقة العمومية، لأن رقابة القضاء الكامل قد تستغرق وقتا طويلا، بالنظر لأهمية المصلحة محل الإدعاء، وهي رقابة بعدية، الأمر الذي قد تتضرر معه المصالح، إذا ما صدرت الأحكام القضائية في الموضوع بعد ذلك.

المطلب الأول: حماية مصالح مشروعة في الصفقة العمومية

أوضحت العقود الإدارية تعدد من الموضوعات البالغة الأهمية في مجال القانون الإداري، ولا سيما ما يخص عقود الصفقات العمومية، ولأجل ذلك نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على وجوب احترام المصلحة المتعاقدة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، لأن الإدارة ليست حرة في اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها. وترجع أهمية تنظيم عقود الصفقات العمومية إلى مبررات لا حصرها، أولها حماية المال العام من خلال مبدأ أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية واستبعاد انحراف الموظفين في اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد، إذ يجب أن يستجيب الاختيار لمعايير موضوعية وغير تمييزية، ومحاربة جميع الاتفاقات غير المشروعة بين المتعهدين². لهذا يجب على القاضي أن يتأكد من الشكليات القانونية التي تستوجبها المشرع لصحة الصفقة، لأن الصفقة العمومية لا تعتبر صحيحة إلا بعد احترام الشروط والإجراءات الشكلية والموضوعية المطلوبة قانونا لإبرام الصفقات.

على هذا الأساس سن المشرع قواعد الدعوى الاستعجالية في مادة إبرام عقود الصفقات العمومية تطبيقا لنص المادة 946 قانون إجراءات مدنية وإدارية، إذ خول للقاضي بموجبها الفصل في الطلبات القضائية المعروضة عليه بصورة مؤقتة خوفا منه أن تتضرر مصالح وحقوق المتعامل الاقتصادي

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص، 385.

² هناء العلمي، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط،

إذا ما تم انتظار الفصل في موضوع الدعوى¹، لذلك تكون الدعوى الاستعجالية لها مفعول إيجابي على المتعامل الاقتصادي الذي يرغب في الحصول على حماية سريعة لحقوقه.

الفرع الأول: الاستعجال ما قبل التعاقدية ضمانات وقائية ضد بطلان الصفقة العمومية

لقد أصبحت الجزائر في مصاف الدول التي عملت على إقرار دعوى استعجالية في مادة إبرام عقود الصفقات العمومية، وهذه الدعوى جاءت لتعزز من دور الرقابة القضائية في حماية المال العام وضمان نجاعة الطلبات العمومية، وتأسيسا على ذلك مكن المشرع الوطني القاضي الاستعجالي من إصدار أوامر للإدارة.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، نجد بأن التشريع الفرنسي كان سابقا في تنظيم مؤسسة قاضي الاستعجالي في مادة إبرام عقود الصفقات، بحيث أن المشرع الفرنسي سبق له أن نظم مؤسسة قاضي الاستعجالي بمقتضى التوجيه الأوروبي رقم 665/85 الخاص بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين دول الأعضاء بشأن إيجاد دعوى قضائية تمثل إحدى الضمانات القانونية الهامة لحماية مبدأ العلانية والرفع من مستوى المنافسة². ولم يغب عن بال المشرع الفرنسي هذا التوجيه في القانون رقم 10/92³. ولا يقتصر الأمر في نظر المشرع الفرنسي على الأوامر الاستعجالية التي تصدر عن قاضي الاستعجال قبل إبرام عقد الصفقة العمومية، بل قام بإصدار الأمر رقم 515/2009 يخص الاستعجال التعاقدية⁴، إذ يمكن للقاضي أن يحكم بإبطال العقد في حالة عدم احترام إجراءات الإشهار المحددة تشريعا⁵. الثابت أن مجلس الدولة الفرنسي جسد الاستعجال التعاقدية في حكم صادر عنه بتاريخ 16 جويلية 2007.

في غياب التعريف التشريعي للاستعجال، نشير بأن الفقه قد أشار إلى المفهوم العام للاستعجال على اعتبار أن إجراءات الاستعجال إجراءات سريعة وفعالة في جميع القضايا مهما كان نوعها، بدليل أن

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، مرجع سابق، ص، 550.

² Directive 89/665/CEE du conseil , du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives a l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, joue n° L 395 du 30/12/1989.

³ Loi n°92/10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux JORF, n°5 du 7 janvier 1992.

⁴ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n° 0107 du 8 mai 2009.

⁵ كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017/2018، ص، 38.

التشريعات القانونية نصت على القضاء الاستعجالي الإداري، لذلك يعرف على أنه " القضاء الذي يتحرك كلما تعلق الأمر بمواد إدارية، حيث تدخل في نطاقه جميع التدابير الممكنة الفعالية ما عدا الإنذار ومعينة الاستعجال لذلك فهذه التدابير مؤقتة تكتسي طابع التحفظ ولا تمس بأصل الحق"¹. كما يعرف على أنه " الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت، فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين قصد المحافظة على الأوضاع القائمة، أو احترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين"².

غير أن خصوصية الاستعجال قبل التعاقد في الصفقة العمومية جعل الفقه يورد لها تعريفا خاصا، إذ عرفه على أنه " إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروبي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام العقد وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية"³. كما عرف على أنه " إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"⁴.

ولتحديد الإطار القانوني لهذه الأوامر غير المألوفة يجب التمييز في إطار الدعوى الاستعجالية بين القضاء الاستعجالي المتعلق بولاية القضاء الكامل، وبين طلب إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد الصفقة العمومية والذي يندرج ضمن ولاية قضاء الإلغاء، إذ تنص المادة 919 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه " عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

¹ محمد براهمي، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص، 8.

² عبد التواب عبد الباسط، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995، ص، 16.

³ تيراي محمد الأمين، مرجع سابق، ص، 192. محمد علي حسون، حنان نواصرية، دعوى استعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة رسالة الحقوق، س 10، ع 1، 2018، ص، 251.

⁴ بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، س 3، م 5، ع 1، 2012، ص، 31.

عندما يقضي بوقف التنفيذ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال، ينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب".

أولاً: أساس القضاء الاستعجالي قبل التعاقد

إن أساس صلاحية قاضي الاستعجال في مادة إبرام عقود الصفقات العمومية تبقى رهينة بتحقق شروطه المقررة بنص المادة 946 قانون إجراءات مدنية وإدارية، إذ تنص على أنه " وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

وهكذا يجب عدم الخلط بين اختصاص قاضي الاستعجال المشروط بتوفر شرط الاستعجال الذي ينحصر دوره في البت في التدابير المؤقتة المتسمة بعنصر الاستعجال مع عدم مساسها بأصل الحق¹، والمادة 946 التي يتعين البت فيها بشكل استعجالي في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، فالفرق بينهما واضح ولا يمكن تجاهله. وعليه نلاحظ أن المادة 946 لا تشترط لاختصاص القضاء المستعجل توافر شرط الاستعجال، ومن ثم فإن اختصاص القاضي الاستعجالي كان بناء على نص قانوني صريح.

بالرجوع إلى نص المادة 946 قانون إجراءات مدنية وإدارية يتبين أن المشرع حدد شروطاً لانعقاد اختصاص القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، وتسمى شروطاً بنص القانون، وهي:

- الإخلال بالتزامات الإشهار،
- الإخلال بحرية المنافسة بين المتنافسين، ولقد سبق القول في الباب الأول أن المشرع يبحث عن مشاركة واسعة للمتعاملين الاقتصاديين، لذلك فحرية المنافسة "هي حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء أكان عاماً أم خاصاً..."².

¹ تنص المادة 918 قانون إجراءات مدنية وإدارية، على أنه " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال".

² إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص، 110.

هذه يعني أن الإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، بل يتعين عليها سلوك شكل محدد من أشكال إبرام الصفقات العمومية «طلب العروض بأنواعه المختلفة واستثناء إجراء التراضي»، وتلجأ الإدارة إلى كل نوع من هذه الأنواع في الحالات التي يفرضها المشرع، كما أن الإدارة ليست حرة مطلقة في أن تختار طلب العروض الذي تريده، أو تختار سلوك طريق إجراء التراضي خارج الحالات التي حددها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وعليه إذا كان قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يفرض على الإدارة سلوك طريق من طرق إبرام الصفقات العمومية فإن الخطأ في اختيار شكل دون الآخر من أشكال إبرام الصفقات العمومية قد يؤدي إلى نهوض اختصاص القاضي الاستعجالي.

يتصدى القاضي الاستعجالي لحالة استبعاد أو حرمان المتنافس من المشاركة في تنفيذ الصفة العمومية، إذا كان القرار صدر بشكل تعسفي سواء تعلق الأمر بعدم قيام الأسباب القانونية المبررة للاستبعاد أو لعدم صحة هذه الأسباب.

احتواء إجراء طلب العروض على شروط تمييزية، الهدف منها تفضيل متعامل اقتصادي عن متعامل اقتصادي آخر، ويتحقق ذلك بوضع شروط معقدة وصعبة¹.

مخالفة شروط اختيار المتعامل المتعاقد، والذي يقوم على معيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

ثانياً: إصدار أوامر قضائية

بداية يمكن القول أن نص المادة 946 يستبعد تطبيقها من نطاق العقود المحددة في نص المادة 7 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي تخص كما سبقت الإشارة إلى ذلك:

العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها،

¹ CE, 03-11-1995, Sté district de l'agglomération nancéienne, R.F.D.A, 1995, p, 1077.

تيراوي محمد الأمين، مرجع سابق، ص، 199.

العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطء الأخيرة من المادة 6 أعلاه،
عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة،

العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع،

العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات،

العقود المبرمة مع بنك الجزائر،

العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية أو بموجب الاتفاقيات الدولية
عندما يكون ذلك مطلوبا،

العقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم،

العقود المبرمة مع محاسبين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل،

العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام هذا الباب، وتتصرف لحساب المصالح
المتعاقدة. وعليه فناطق تطبيق الدعوى الاستعجالية قبل إبرام عقد الصفقة العمومية محدد أساسا في عقود
الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات تطبيقا لنص المادة 29 قانون الصفقات العمومية وتفويضات
المرفق العام مع مراعاة شرط المعيار المالي¹.

مع الإشارة أن المادة 2/946 قانون إجراءات مدنية وإدارية أعطت الحق لكل متعامل
اقتصادي صاحب مصلحة في إبرام العقد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا²، مع تمتيع ممثل الدولة على
مستوى الولاية بهذا الحق فيما يخص الصفقات التي تبرمها الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية
المحلية³ برفع دعوى استعجالية إذا كان هناك إخلال بقواعد وأحكام المنافسة والشفافية والمساواة.
الشيء الذي يفيد أن المتعامل الاقتصادي القادر ماليا وتقنيا ومهنيا على إبرام الصفقة العمومية له الحق

¹ المادة 13 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² المادة 37 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

³ نصت على أنه "يتم هذا الإخطار من قبل كل له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على
مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية".

في رفع هذه الدعوى¹، وهو الاتجاه الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي². وهكذا يظهر من هذه الفقرة الثانية أن المناول يستثنى من رفع هذه الدعوى.

كان القاضي الإداري يتمتع عن توجيه أوامر للإدارة تطبيقاً للمبدأ الإجرائي "القاضي يحكم ولا يدير"³، إذ كرس مجلس الدولة هذا التوجه القضائي، إذ جاء عنه "باعتبار أنه ثمة استقرار في أحكام الفقه القضائي الإداري مقتضاه أنه لا يمكن للقاضي الإداري في الحالات المماثلة أن يأمر أو يوجه أمراً إلى الإدارة من أجل القيام بعمل أو الامتناع عنه تطبيقاً لقاعدة الفصل بين السلطات المكرسة دستورياً..."⁴. كما جاء عنه "من المستقر عليه قضاء على مستوى مجلس الدولة أنه لا يمكن للقاضي الإداري إصدار أوامر للإدارة لتنفيذ أية عملية تدخل في صلاحيتها الخاصة نظراً لعدم وجود نص قانوني يسمح له بذلك"⁵.

من القواعد الأساسية الحديثة التي جاء بها التشريع الفرنسي⁶ وتبناها قانون الإجراءات المدنية والإدارية إمكانية القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة تطبيقاً لنص المواد 978 و 979 منه. إذ تنص المادة 978 على أنه "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذية معينة، تأمر الجهات القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الوقت الحكم القضائي، بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء". أما المادة 979 تنص على أنه "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير

¹ المادة 53 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

² CE, 16/12/1996, N° 158234, conseil régional de l'ordre des architectes de la Martinique, rec, p, 493.

³ "لا يجوز للقاضي وهو بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه توجيه أمر إلى جهة الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الكامل".

مهندس مختار نوح، مرجع سابق، ص، 871.

⁴ مجلس الدولة، غ الرابعة، الجزائر، في 14 جانفي 2002، قرار رقم 003812، غير منشور. نقلاً عن:

مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقاً للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2012/2013، ص، 63.

⁵ مجلس الدولة، غ الأولى، الجزائر، في 25/05/2002، قرار رقم 005309، نقلاً عن:

مقيمي ريمة، مرجع سابق، ص، 63.

⁶ Loi n° 95/125 du 8 février 1995 relative a l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale, et administrative, JORF, n° 34 du 9 février 1995.

تنفيذية معينة لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهات القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد".

فيما يتعلق بمؤسسة القضاء الاستعجالي في مادة عقود الصفقات العمومية، يمكن لكل متعامل اقتصادي متضرر حق اللجوء إلى القاضي الاستعجالي من أجل:

- منح المشرع القاضي الاستعجالي صلاحية توجيه أمر للمصلحة المتعاقدة قصد الامتثال وتصحيح الإجراءات المخلة بالالتزامات والإشهار والمنافسة المقررة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

- منح القاضي الاستعجالي صلاحية توجيه أوامر قضائية للمصلحة المتعاقدة بوقف إبرام العقد، ذلك ما هو واضح من العبارة الواردة في نص المادة 978 "ويمكن لها... أن تأمر بتأجيل العقد إلى نهاية الإجراءات..."، وحيث يجب التوضيح بأن المحكمة الإدارية وبمجرد إخطارها لها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد الإداري لغاية الفصل في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد دون أن تتجاوز مدة عشرين 20 يوماً¹،

- إعطاء القاضي الإداري الاستعجالي صلاحية الحكم بالغرامة التهديدية بهدف ضمان تنفيذ الحكم الصادر عنه، ويكون ذلك ابتداء من فترة انقضاء الأجل المحدد من قبل القاضي الإداري الاستعجالي. وعليه لا يجوز الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال وتوقيع الغرامة التهديدية في آن واحد².

وهكذا، نلاحظ إن المشرع الوطني وسع من صلاحيات القاضي الاستعجالي قبل التعاقد بهدف وضع حد لكل مخالفة خاصة بقواعد المنافسة والإشهار.

الفرع الثاني: الأثر الرجعي لبطلان الصفقة

لا يخفى على الدارس القانوني أن المشرع الوطني كغيره من التشريعات القانونية رتب حكماً قانونياً صارماً على بطلان العقود، قضت به المادة 1/103 قانون مدني، بنصها على أنه "يعاد المتعاقدان

¹ كتناوي عبد الله، مرجع سابق، ص، 254.

² كتناوي عبد الله، مرجع نفسه، ص، 274.

إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

وعليه لا يقتصر تطبيق أحكام هذه المادة على العقود المدنية فقط وإنما تطال أيضا العقود الإدارية، ويعني ذلك أنه إذا حكم القاضي الإداري ببطلان الصفقة العمومية لم يكن لهذه الأخيرة أي أثر، بمعنى أن الصفقة الباطلة لا تترتب عليها أية آثار قانونية، لأن الصفقة الباطلة عدم والعدم لا ينتج أي أثر¹.

مبدئيا يترتب على الأثر الرجعي للبطلان، اعتبار الصفقة العمومية كأن لم تكن، فتعود الأطراف المتعاقدة إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، ومن ثم يلتزم كل واحد من الأطراف المتعاقدة بأن يرد للطرف الآخر ما جناه بمقتضى الصفقة الباطلة، ونظرا لانعدام العقد الباطل، فلا يمكن قانونا للطرف المضروب في حالة تنفيذ الصفقة العمومية الاستناد عليها في الرجوع على الإدارة وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، لأن ذلك يتطلب وجود عقد صحيح، أما الصفقة الباطلة فهي معدومة. والأثر الرجعي للبطلان يدمر ماضي العقد وحاضره ومستقبله².

أولا: البطلان وصف قانوني

اللافت للانتباه أن هناك الكثير من القواعد الموجودة في القانون الإداري تجد مصدرها في القانون المدني، فالقاضي الإداري اعتمد في أحكامه القضائية اعتمادا كبيرا على نصوص القانون المدني، خاصة ما تعلق منها بأحكام نظرية البطلان على العقود، بل أكد على عدم خروجه على هذه القواعد وإن قام بتحويلها، هذا التحويل جاء استجابة لمقتضيات القانون الإداري. والبطلان باعتباره وصف قانوني يلحق عقد الصفقة العمومية المخالفة لأحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وفقا للقاعدة القانونية التي تقر بأن البطلان وصف قانوني يلحق التصرف القانوني المخالف لأحكام القانون ويفضي إلى انعدامه ويصبح عاجزا عن ترتيب أي أثر قانوني.

على هذا الأساس إذا كان بطلان الصفقة العمومية ناتجا عن تخلف الأركان العامة للعقود، ويضاف إليها ركن الشكلية، وسمة الشكلية في الصفقة العمومية ركن لازم لانعقادها، بمعنى أنه يجب

¹ THIBAULT (L), Les effets de la nullité des contrats administratifs, thèse paris, 1955, p. 191.

² BRACONNIER (S), Précis du droit des marchés publics, éd, le moniteur, paris, 2007, p. 527.

لانعقادها سلوك الشكليات التي حددها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وأن تفرغ في الشكل الكتابي وفق ما هو محدد تشريعاً. فإن هذه الصفقة لا يمكن تنفيذها كما لا يمكن لأطرافها الاستفادة من التزاماتهم التعاقدية في حالة تنفيذها¹.

أ: البطلان من النظام العام

تمسك القاضي الإداري لحل هذه الإشكالية بتطبيق القواعد العامة، دون أن ينتهج طريق المرونة في ذلك، ويعمل به في نطاق الصفقات العمومية الباطلة ولو دون نص في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقاعدة البطلان المطلق من النظام العام، ترتب النتائج القانونية التالية:

- يجوز للقاضي الإداري أن يحكم ببطلان الصفقة العمومية من تلقاء نفسه،
- يمكن إثارة بطلان الصفقة العمومية من قبل المتعاقد في كل حين، وحتى في حالة بداية تنفيذ الصفقة العمومية²،
- عبء إثبات بطلان الصفقة العمومية يقع على عاتق من يتمسك به،
- إذا رفع أحد الأطراف المتعاقدة دعوى بطلان الصفقة العمومية التزم القاضي بالقضاء به حتى لو تنازل المدعي عن طلباته أو تخلف عن الحضور سعياً إلى شطب دعواه تحايلاً لعدم تصدي المحكمة لهذا البطلان الذي يمس النظام العام،
- ليس في القانون ما يمنع من التمسك ببطلان الصفقة في صورة دفع موضوعي دون حاجة إلى رفع دعوى مستقلة بطلب الحكم بهذا البطلان.
- يجوز التمسك بالبطلان في أية مرحلة عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام الاستئناف.

ثانياً: ذاتية نظرية البطلان

يظهر أن التشريعات القانونية والفقهاء والقضاء كانوا واضحين في تبيان أحكام التمسك بالبطلان المطلق للعقد، وقد أحسنوا صنعا في ذلك، وبديهي أن العقد الباطل كما سبق القول معدوم

¹ محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 160. مصطفى شهاب أحمد الخزرجي، مرجع سابق، ص، 56.

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع نفسه، ص، 157.

لا وجود له من الوجهة القانونية، ولكل المتعاقدين التصرف على هدي ذلك دون حاجة لرفع دعوى لتقرير هذا البطلان. ولا يمكن أن ينقلب العقد الباطل إلى عقد صحيح بل يظل على سيرته الأولى باطلاً.

على خلاف العقد الباطل بطلانا نسبيا، إذ حددت المادة 101 قانون مدني مدة سقوط الحق في إبطال العقد، إذ تنص على أنه "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد".

تقوم نظرية البطلان على عنصرين رئيسيين أحدهما أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر، والعنصر الثاني أن الأثر الرجعي لا يقتصر أثره على المتعاقدين فقط بل يمتد إلى الغير.

أ: تعطل أحكام التقادم

على هذا الأساس تعطل أحكام التقادم إذا كان سبب بطلان الصفقة العمومية مبنيا أساسا على عدم مشروعية السبب مثلا، لأن الصفقة العمومية كعقد إداري لا ينتج أثره إلا بتوافر مجموعة من الضوابط، بعضها ضوابط عامة، والبعض الآخر ضوابط خاصة نصت عليها أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبمعنى آخر، يطبق القضاء الإداري القواعد العامة، التي تقضي أن البطلان المطلق لا يصحح بالإجازة، ولا بالتقادم. لأن الإجازة في القانون لا ترد إلا بشأن عقد له وجود قانوني، والعقد الباطل هو منعدم وغير موجود منذ إبرامه. إذ جاء في هذا الصدد أنه " لا يملك إبرام العقد الإداري إلا الشخص الذي نص عليه القانون ويصدق ذلك على التفويض بإبرام العقد الذي لا يجوز ممارسته إلا في حدود القانون، وكل مخالفة لذلك تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لأن ذلك من متعلقات النظام العام، والبطلان المطلق لا يصحح بالتقادم أو الإقرار من السلطة المختصة"¹.

¹ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 131.

على خلاف العقد الباطل، إذ نصت المادة 100 قانون مدني جزائري بشأنه أنه "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"، والسبب في ذلك أن العقد القابل للإبطال هو عقد قائم قانونا، ولكن وجوده مهدد بالزوال إذا ما تمسك بالبطلان صاحب المصلحة فيه، بحيث إذا أجازته، أصبح صحيحا منذ إبرامه.

مع الإشارة، إذا كانت دعوى البطلان تتقدم وفقا لحكم المادة 2/102 قانون مدني، تنص على أنه " وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد". ومن جانب آخر، إذا كانت دعوى البطلان تتقدم فإن الدفع بالبطلان لا يلحقه التقادم، لأن الدفع بالبطلان لا يهدد استقرار المعاملات مهما مر عليها من الزمن، لذلك كان الدفع بالبطلان دفعا مؤبدا وخالدا، إلا أنه يتعطل إذا تم تنفيذ العقد¹. وتطبيقا لذلك فإن الدفع أبدي والدفع عكس الدعوى لا يهدد وضع مستقرا مهما طال عليه الزمن.

ب: أثر البطلان بالنسبة للغير

تقضي القواعد العامة أنه إذا أبطل العقد أو كان باطلا اعتبر كأن لم يكن وزالت الآثار المترتبة عليه، ويسري ذلك بأثر رجعي ليس في علاقة الأطراف المتعاقدة فحسب بل في مواجهة الغير أيضا ما دام أنه تعاقد في إطار العقد الباطل استنادا في ذلك على القاعدة التي تقضي بأن ما بني على باطل فهو باطل². إلا أن مقتضيات حسن النية اقتضت من المشرع المدني إقرار حماية الغير.

السؤال الوارد في هذا المجال هو، هل بالإمكان تطبيق هذا الاستثناء في مجال العقود الإدارية بصورة عامة، والصفقة العمومية بصورة خاصة، في الواقع يذهب الفقه الإداري إلى القول ليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا الاستثناء، بشرط مراعاة أحكامه المشار إليه في القواعد العامة، لأن التطبيق الصارم

¹ عائشة السنوسي محمد الدرويش، مرجع سابق، ص، 147.

² أكرم محمود حسين، هند فالح محمود، أثر البطلان بالنسبة للغير، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 18، ع 64، ص 20، 2018، ص، 243.

لقاعدة الأثر الرجعي يتعارض في بعض الأحيان مع مقتضيات العدالة، ويكون من شأنه تحقيق نتائج تتعارض وغايات التشريع¹.

ويخصوص المشرع نجده حسم المسألة بموجب المادة 55 قانون رقم 01/06 يتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بنصها على أنه "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية". من محتوى هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الوطني أخذ بنظرية حماية الغير في عقود الصفقات العمومية الباطلة، ومن أهم الأسس التي تقوم عليها قاعدة حماية الغير أن يكون هذا الأخير حسن النية.

المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية الناشئة عن صفقة باطلة

طبيعة المسؤولية الناشئة عن صفقة عمومية باطلة شغلت الفقه والقضاء الإداري واستوقفتها كثيرا للاجتهاد فيها، وسرعان ما تبين أن القضاء الإداري لم يستهجن القواعد العامة المؤطرة لقواعد المسؤولية في العقود الخاصة، خاصة كما سبق القول أن الصفقة العمومية هي عقد، وفي هذا الإطار تشترط المسؤولية لعقدية لكي تثار قواعدها عقدا أبرم صحيحا، في هذا الإطار أطلت على القضاء الإداري نظرية الإثراء بلا سبب وقواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق وجود صفقة عمومية غير صحيحة، فكان التحمس لهما والدعوة إلى تطبيقهما لتوفير ضمانه قانونية كافية للمتضرر، لذلك لم يتخلف القاضي الإداري عن إقرار قاعدة المسؤولية عن عقود الصفقات العمومية الباطلة.

الفرع الأول: نظرية الإثراء بلا سبب أساس قانوني لإعادة التوازن في الصفقة الباطلة

قد يبدو في الوهلة الأولى أن البحث في إعادة التوازن بين طرفي العقد في الحالة التي تكون فيها الصفقة العمومية باطلة، ويكون المتعامل الاقتصادي المتعاقد قام بتنفيذ الصفقة، ليس له أي أساس قانوني، غير أن الإشكال أخذ منحى آخر وجد طريقه في غياب تنظيم تشريعي وأمام الإبداع القضائي الإداري، الذي حاول إيجاد سند قانوني لتعويض المتعاقد المتضرر عما من قام به من أعمال نافعة لصالح الإدارة، وبالفعل عرضت هذه المسألة على القضاء الإداري الفرنسي من منطلق محاولة إيجاد حماية

¹ محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص، 87.

قانونية عادلة ومنصفة للطرف المتضرر، وعالجها هذا الأخير بالرجوع إلى القواعد العامة مراعيًا في ذلك خصوصية أحكام وضوابط القانون الإداري، إذ طبق نظرية الإثراء بلا سبب بغية تمكين المتعامل الاقتصادي المتعاقد من استرجاع الأموال التي أنفقها في تنفيذ الصفقة معتقداً أنه ملزمًا معها¹.

من المؤكد أن قواعد العدالة تقتضي أن كل من أثري على حساب الغير دون سبب قانوني يلزم قانونًا برد ما أثري به في حدود ما لحق الغير من خسارة. لأن الغاية الأساسية والجوهرية للقانون هي السعي دائمًا إلى تحقيق العدالة، والتعويض عن الإثراء بلا سبب يعتبر من المبادئ التي تعبر عن الإنصاف والعدالة الاقتصادية والاجتماعية، بل أن نظرية الإثراء بلا سبب هي أكثر النظريات تماشيًا مع قواعد العدالة².

هذا الأساس القانوني أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها بتاريخ 12 مايو 1914، جاء فيه "من حيث أن دعوى الإثراء بلا سبب المؤسسة على مبدأ العدالة الذي يحظر الإثراء على حساب الغير يجب أن تقبل كل الحالات التي تثير فيها الذمة المالية لشخص دون سبب مشروع على حساب الذمة المالية لشخص آخر الذي ليس له للحصول على ما يستحقه أي دعوى ناشئة عن عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة"³.

في هذا الشأن يذهب الفقيه برهان رزيق إلى القول " أن نظرية الإثراء بلا سبب لا تصلح أساسًا إلا للأعمال النافعة للإدارة حيث التعويض محدود بما أثرته الإدارة على حساب المتعاقد، هذه النظرية نجدها في أصل أكثر فرضيات المطالبات الخارجة عن العقد والتي استفادت منها الإدارة وخصوصًا في ظروف لا يكون العقد قد أبرم أو أن لا يكون قابلاً للإبرام نهائيًا أو يكون مشوبًا بالبطلان أو نفذ بالطريقة غير تلك التي اتفق عليها..."⁴.

¹ محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 458.

² المصطفى خطابي، القانون الإداري والعلوم الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1993، ص، 205.

³ عبد السلام التونسي، شروط الإثراء بلا سبب في قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، المغرب، 2013/2012، ص، 60.

⁴ برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص، 279.

أولاً: الإثراء بلا سبب واقعة قانونية

انطلاقاً من النظريات التي حاولت إعطاء تأصيل قانوني صحيح لنظرية الإثراء بلا سبب، نجد أن فكرة العدل هي التي أخذت فكرة الإجماع من قبل الفقه، وهكذا أضحت فكرة العدل تشكل الأساس القانوني السليم المعول عليه فقها وتشريعاً وقضاء لتأصيل نظرية الإثراء بلا سبب، ومن ثم فهو اجس واعتبارات العدل هي التي دفعت التشريعات القانونية على إقرارها وتنظيمها تشريعياً، لأن العدل هو أساس القانون.

في هذا المضمار يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري " والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هي قاعدة أصلية لا تنفرع عن غيرها، فهي مصدر مستقل من مصادر الالتزام. وليست ملحقة بالفضالة، ولا بالعمل غير المشروع، ولا بتحمل التبعة. وهي تتصل اتصالاً مباشراً بقواعد العدالة، المصدر الأول لكل القواعد القانونية. أليس العدل يقضي بأن من أثري على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من افتقر، فلماذا نذهب في البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا والقانون الروماني ذاته، وهو الذي أخذنا عنه القاعدة. بجعل أساسها العدالة.

الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا في حالتين، إذا اتفق الشخصان على ذلك، أو كان القانون هو الذي قضى بانتقال المال، فإذا انتقل المال في غير هاتين الحالتين وجب إعادته إلى صاحبه، وهذه هي قاعدة الإثراء بلا سبب.

وقد اقتضت هذه القاعدة على وضوحها، وقتاً طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتي، لأنها قاعدة بنيت رأساً على العدالة والبداهة، فلم تصقلها الصنعة القانونية. والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة، فحولته من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تلزمها الناس في التعامل. ولذلك وجب أن نسير في طريق الصياغة إلى مدى أبعد، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى"¹.

كما يقول الفقيه أرسطو في هذا الشأن " إذا تسبب فعل أو تصرف في إحداث ضرر مادي أو معنوي لشخص من الأشخاص، فإن العدل التبادلي يقتضي من ذلك الذي سبب هذا الضرر، أو اغتتم

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزامات، مرجع سابق، ص، 1120.

منه، أن يرد إلى الطرف الآخر، مقابل هذا الضرر، حتى يكون لكل منهما بعد حدوثه، ما كان لهما قبل ذلك"¹.

على هذا الأساس نخلص أن الإثراء بلا سبب يعد من الوجهة القانونية واقعة قانونية تستند على انتقال قيمة مالية من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر دون لهذا الانتقال سببا يقتضيه القانون أو اتفاق قائم بينهما.

أ: قراءة في نظرية الإثراء بلا سبب

وجدير بالتذكير هنا أن الإثراء بلا سبب واقعة قانونية مفادها أن يثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع، أو أن يفتقر شخص لمصلحة شخص آخر دون مبرر مشروع². ولقد استقر الفقه إلى القول إن الواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المثري هي واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب، وهي بهذا التكييف واقعة قانونية لا عمل قانوني، ومن ثم كان هناك فرق بين الإثراء عن العقد³.

بالرجوع إلى أحكام المادة 141 قانون مدني جزائري نجد أنها تقرر " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء". وانطلاقا من محتوى هذه المادة، يتجلى أن هذه النظرية تقوم على ثلاثة أركان.

أولا: إثراء المدين: لقد استقر الفقه والقضاء والتشريع على أن إثراء ذمة المدين يعد شرط أولي من شروط نهوض الالتزام بتخلفه لا يقوم هذا الأخير⁴. وفي هذا السياق يجب أن يتحقق فعلا إثراء

¹ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان، للالتزام، الحكم، القرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص، 302.

² سمير عبد السيد تناغو، مرجع نفسه، ص، 302.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزامات، مرجع نفسه، ص، 1122.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، مرجع نفسه، ص، 307.

المدين أيا كان نوع الإثراء، فإذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام، والإثراء هو إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين، والقاعدة العامة في هذا الشأن أن الإثراء يكون ماديا، ولكن هذا لا يمنع من وجود إثراء معنوي¹.

والإثراء في أصله إما أن يكون إيجابيا ويظهر ذلك في الحالة التي تؤدي إلى زيادة الجانب الإيجابي لذمة الشخص الذي أثرى، وإما أن يكون سلبيا إذا ترتب على عمل المفتقر إنقاص الجانب السلبي لذمة الشخص الذي أثرى². بل يرى الفقيه السنهوري أن الإثراء الإيجابي لا يقتصر محله عن طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين، بل قد يتحقق عن طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره³.

ثانيا: افتقار الدائن: افتقار المدعي يعتبر الركن الثاني الذي تقوم عليه نظرية الإثراء بلا سبب، وهو "الوجه المقابل لإثراء المدعى عليه، وقد يكون سلبيا أو ايجابيا أو ماديا أو معنويا ومباشرا أو غير مباشر"⁴. هذا يعني من الناحية القانونية أن يكون افتقار الدائن هو الذي أدى فعلا إلى إثراء المدعى عليه، وبدون وقوع الافتقار لا يمكن قانونا أن ينشأ التزام بالرد على من أفاد من عمل الغير (لا يكون هناك التزام بأي شيء)⁵.

ومن ثم إذا لم ينتج أي افتقار في جانب المدعي، فلا يمكن له أن يؤسس دعواه وفقا لقاعدة الإثراء بلا سبب، فيجب إذن أن يحصل افتقار حتى يتمكن الاستناد على قاعدة الإثراء بلا سبب، والافتقار الذي يتحقق قد يكون افتقار إيجابي وقد يكون افتقار سلبي⁶.

وبالإضافة إلى افتقار المدين وإثراء الدائن فإنه يلزم قانونا توافر رابطة سببية بين الإثراء والافتقار، أي أن يكون الإثراء الذي حصل عليه المدين ناشئا أو متولدا عن الافتقار الذي أصاب الدائن، وقد قال الفقهاء في هذا المجال بأن يكون الافتقار هو السبب المباشر للإثراء، ويعد موضوع العلاقة

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992، ص، 253.

² محمد صبري السعدي، مرجع نفسه، ص، 254.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزامات، مرجع سابق، ص، 1124.

⁴ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص، 219.

⁵ سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص، 308.

⁶ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص، 445.

السببية بين الافتقار والإثراء من المواضيع القانونية المعقدة، وعليه لا يكفي قانوناً أن يكون إثراء في جانب، وافتقار في جانب آخر، وإنما يجب أن تكون العلاقة السببية بينهما قائمة.

وقد أكدت محكمة النقض السورية هذا الطرح في قرارها المدني رقم 533 المؤرخ في 1962/10/30 الذي جاء فيه "أن دعوى الإثراء بلا سبب تقوم على ثلاثة أركان هي الإثراء من جانب المدين وخسارة لاحقة للجانب الدائن وانعدام السبب القانوني لهذا الإثراء.

إذا توافر الإثراء للجانب الأول ولم يتم شرط لحوق الخسارة إلى الجانب الثاني، فلا مجال لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب مشروع والحكم بالتعويض".

ثالثاً: انعدام السبب القانوني لإثراء المدين: لا يكفي أن يكون هناك إثراء في جانب المدعي عليه، وافتقار في جانب المدعي، بل يتعين انعدام السبب القانوني. لذلك يذهب الفقيه محمد لبيب شنب إلى القول "ومعنى ذلك ألا يوجد سبب قانوني يجيز للمشري الاحتفاظ بالإثراء الذي تحقق له دون أن يلتزم برد أو تعويض. والسبب القانوني قد يكون واقعة تقرر للمشري الحق في الاحتفاظ بالكسب... وقد تكون الواقعة التي تعتبر سبباً قانونياً للإثراء عبارة عن عقد"¹.

هذا الشرط يفرض على الطرف المفتقر إثبات ذلك عند رفعه لدعواه لأن القاعدة العامة تتجه نحو وجود سبب لكل إثراء، وهكذا إذا تبين أن الإثراء كان بناء على سبب قانوني فيكون مشروعاً لا يمكن معه للمفتقر أن يطالب باسترجاع ما دفعه من مال أو ما فاته من كسب أثر على ذمته المالية سلباً.

ب: أحكام الإثراء بلا سبب

إذا تحققت شروط الإثراء بلا سبب المشار إليها سلفاً، فإن المشرع كغيره من التشريعات القانونية المقارنة أقر التزام المدعي عليه بتعويض المدعي بهدف إعادة التوازن بين ذمة المشري وذمة المفتقر، ذلك ما يستفاد من العبارة الواردة في نص المادة 141 قانون مدني جزائري "...يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".

¹ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص، 445.

وقد نصت المادة 142 على المدة التي تسقط فيها دعوى الإثراء بلا سبب، إذ قضت أنه " تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء عشر 10 سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة في التعويض وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر 15 سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق". بمعنى أن دعوى الإثراء بلا سبب في القانون الجزائري تنقادم بأقصر الأجلين عشر سنوات من يوم علم المدعي بحقه في التعويض أو خمسة عشر سنة من يوم تحقق واقعي الإثراء والافتقار¹، ومن ثم تسقط الدعوى في حالة عدم مطالبة الدائن بحقه.

وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات وفي ذلك تنص المادة 314 قانون مدني على أن " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها".

1: كيف يقدر التعويض

استناد على نص المادة 141 قانون مدني يقدر التعويض بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء، بمعنى أن يلتزم المشري بأن يدفع للطرف المتضرر أقل القيمتين، فإذا كانت قيمة الإثراء تزيد عن قيمة الافتقار مثلا، فإن التعويض يجب أن يكون مؤسسا على قيمة الافتقار، وفي الحالة العكسية يلتزم المشري بتعويض المفتقر بقيمة الإثراء إذا كانت هذه الأخيرة أقل من قيمة الافتقار. في هذا الصدد يقول الفقيه خليل أحمد حسن قداد أنه "لا يجوز أن يزيد التعويض عن قيمة الخسارة التي لحقت بالمفتقر، حتى ولو كان الإثراء الذي حققه المدين أكثر بكثير من الخسارة التي لحقت بالمفتقر، لأننا لو قلنا بعكس ذلك، فهذا يعني، أن المفتقر يثرى على حساب الشخص المشري، وكذلك لا يجوز أن يزيد التعويض عن إثراء المشري حتى ولو كانت الخسارة التي لحقت بالمفتقر تزيد على هذا الإثراء"².

مع الإشارة في هذا الشأن، أن تقدير الافتقار وتقدير الإثراء يجب أن يكون وقت رفع الدعوى.

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص، 223.

² خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص، 207.

ثانيا: نظرة القضاء الإداري في إعمال نظرية الإثراء بلا سبب

احتلت نظرية الإثراء بلا سبب حيزا أكبر في منازعات الصفقات العمومية الباطلة التي عرضت على القضاء الإداري، فارتباط الصفقة العمومية بإجراءات محددة وأشكال معينة قانونا، جعل هذا النوع من العقود يتميز بطبيعة خاصة فرضت أن يكون له نظاما قانونيا متميزا، وعدم احترام المقتضيات القانونية المحددة في قانون الصفقات العمومية جعلت القاضي الإداري يحكم ببطلانه بناء على طلب أحد طرفيه، وببطلان الصفقة العمومية جعل القاضي الإداري يستند على أحكام نظرية الإثراء بلا سبب لتعويض المتعامل المتعاقد¹.

أ: المطالبة باسترجاع الأعمال التي قام بتنفيذها

يرى بعض الفقه أنه يتعين الاستناد على نظرية الإثراء بلا سبب لتعويض المتعامل المتعاقد، لأن ذلك سيعيد التوازن بين الذميتين²، تبعا لذلك قضت المحكمة الإدارية " أنه وكذلك الحالات التي يقر فيها ببطلان العقد لتخلف بعض شروطه، إلا أنه متى بدأ تنفيذ العقد بصرف مبالغ مالية أو بالأمر بالشروع في الأشغال بالنظر إلى حالة الاستعجال كما في النازلة المعروضة فإنه يمكن تطبيق المسؤولية غير العقدية استنادا إلى قواعد الإثراء بلا سبب شريطة أن تكون الأعمال التي قام بها الطرف المتعاقد قد عادت على الإدارة بمنفعة وهو ما تثبته هنا مراسلات الطرفين وخاصة كتاب المدعى عليه المؤرخ في 1998/06/05 ثم لا حقا الخبرة المنجزة بناء على أمر المحكمة"³.

كما جاء في حكم القضاء الإداري أنه " وحيث إن المحكمة تعتبر كون الإدارة قد استفادت فعلا من المواد موضوع الاتفاق المباشر وإن كان ذلك في غياب أية سمسة قانونية، وبالتالي فمديونيتها

¹ مصطفى شهاب أحمد الخزرجي، مرجع سابق، ص، 121.

² PIERRE (B), Le contentieux indemnitaire de la nullité du contrat administratif, l'harmattan, paris, 2009, p, 84.

³ حكم المحكمة الإدارية، الدار البيضاء، المغرب، في 28/01/2004، الملف رقم 241-2001، نقلا عن: محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص، 443.

ثابتة في هذا الشق تقيدا بقواعد الإثراء بلا سبب، حسب ما استقر عليه العمل القضائي الإداري، الأمر الذي يستوجب إضافة مبلغ 4788821 المدقق من طرف الخبير إلى المديونية أعلاه¹.

وفي حكم آخر صادر عن القضاء الإداري جاء فيه " لكن حيث إنه بالإطلاع على عناصر المنازعة ومعطياتها وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات، يتبين أن المستأنف عليها سبق لها أن أبرمت مع الجماعة الحضرية لطنجة صفقة عمومية تحت عدد CU9/95 تتعلق بأشغال تجهيز الشارعين رقم 37 و 10 بالإنارة العمومية تمت المصادقة عليها من قبل القابض الجماعي لطنجة بتاريخ 1995/12/12، وأن هذه الأشغال تم تنفيذها بكيفية فعلية وواقعية ما دام أن الإدارة تقر بذلك على مستوى مراسلاتها المؤرخة في 2004/10/26 و 2011/09/08 حيث تفيد ثانيهما في أن الظرف الاستعجالية والاستثنائية التي أحاطت بتنفيذ الصفقة كانت السبب في عدم المصادقة عليها من طرف السلطة الوصية.

وحيث إن عدم منازعة المستأنفة في صحة توصلها بالأشغال موضوع الصفقة أعلاه وفي حقيقة إنجاز المستأنف عليها وفق المواصفات المتطلبة فإنه إعمالا لنظرية الإثراء بلا سبب لا يمكن للجماعة أن تنذرع بعدم مصادقة السلطة الوصية على الصفقة المذكورة لتحلل من مسؤوليتها المتمثلة في أداء مقابل الأشغال التي استفادت منها، مما يظل معه ما أثارته في هذا الشأن غير مؤسس ويبقى الحكم المستأنف فيها انتهى إليه مؤسسا وواجب التأييد².

كما جاء في حكم آخر على أنه " لكن حيث إنه وخلافا لما تمسك به طالب النقض، فإن القرار المطلوب نقضه قد أكد اعتمادا على الوثائق التي عرضت ونوقشت أمام قضاة الموضوع، أنها تتضمن الأمر ببد الأشغال، وهو ما يجعل مناقشة وجود العقد من عدمه مسألة متجاوزة وأن الوثائق تؤكد أن وزارة الصحة لا تنازع في إنجاز الأشغال وأنها حصرت مبلغها في 618000 درهما، وأن تعليق عملية

¹ إذا قام المرشح المتعاقد بتنفيذ بنود الصفقة رغم عدم تلاقي الإيجاب والقبول، فإن قواعد الإثراء بلا سبب هي التي تطبق في هذا الشأن. حكم المحكمة الإدارية، الدار البيضاء، المغرب، في 2005/12/21، الملف رقم 03-670، نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 453.

² قرار محكمة الاستئناف الإدارية، الرباط، المغرب، في 2013/03/18، الملف رقم 03-26-2013، نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 456.

الأداء على عدم توفر عقد الصفقة على تأشيرة المراقب المالي هو خطأ تتحمل الإدارة وزره ولا يمكن تحميل المطلوبين آثاره، ما دام أن الإدارة استفادت من الخدمة، مما يجعل بالوسيلتين على غير أساس¹.

ب: الشروط القضائية

لم يعارض القضاء الإداري ولم يكتفي في ذات الوقت بإعمال نظرية الإثراء بلا سبب المقررة في القواعد العامة، بل عمل على تحويلها بما يتفق وأحكام القانون الإداري، لذلك أوجب توافر شروط قانونية للحكم بالتعويض للمتعاقل المتعاقد على الأعمال التي قام بتنفيذها رغم بطلان الصفقة، ويتبين من قراءة الأحكام القضائية، أنه يمكن إجمال هذه الشروط القضائية التي تعكس في حقيقة الحال نظرة القضاء الإداري في إعمال نظرية الإثراء بلا سبب في عقود الصفقات العمومية الباطلة، في:

_ يجب أن تكون الأعمال التي أنجزها المتعاقل المتعاقد كانت بناء على طلب صريح صادر من المصلحة المتعاقدة، ومن ثم ذهب القضاء الإداري في تأصيل هذا الشرط، معتبرا أن الشرط الأول الذي يجب توافره لتقوم المسؤولية في جانب الإدارة، أن تكون هذه الأخيرة قد أبدت رضاها الصريح أو الضمني عن الأعمال التي قام بها، وهكذا، إذا كانت الإدارة قد منعت المتعاقل المتعاقد من القيام بها، بديهي أن لا يكون مجال للحديث عن التعويض من منطلق أن المفتقر يجب أن يتحمل نتائج خطئه².

_ وهكذا واعتمادا على القواعد العامة فإن القضاء الإداري اشترط للحكم بالتعويض أن تكون الأعمال التي قام بتنفيذها المتعاقل المتعاقد وأدت إلى افتقاره نافعة للإدارة منفعة حقيقية³، وفي هذه الحالة يجب على المتعاقل المتعاقد أن يثبت ذلك. وعلى ذلك فإن الاكتفاء بأنه قام بتنفيذ الأعمال لا يكفي في حد ذاته للحكم بالتعويض، أي يتعين على المفتقر الحقيقي، أن يقيم الدليل على نفعية تلك الأعمال، لأن الإدارة ملزمة فقط بدفع مبلغ الأعمال التي عادت عليها بالمنفعة الحقيقية⁴.

¹ قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، المغرب، في 2012/04/12، الملف رقم 413-4-2010، نقلا عن:

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع نفسه، ص، 456.

² Pierre (B), Le contentieux indemnitaire de la nullité du contrat administratif, éd L'HARMATTAN, paris, 2009, p, 108.

³ Pierre (B), op.cit, p, 116.

⁴ Chapus (R), Droit administratif général, éd Montchrestien, t,1, paris, 1996, p,835.

الفرع الثاني: المساءلة وفقا للأساس التقصيري

لا شك في أن بطلان الصفقة العمومية قد يلحق أضرارا بالمتعامل الاقتصادي، تستوجب العدالة والإنصاف التعويض عنها، إلا أن التشريعات القانونية لم تكلف نفسها عناء وضع نظرية كاملة لهذه المسؤولية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. لذا اكتفى القاضي الإداري بإقرار المبادئ العامة الخاصة بالمسؤولية التقصيرية عندما ينعدم الأساس العقدي. لأن المنطق القانوني يقضي أنه في غياب علاقة تعاقدية صحيحة بين الإدارة والمتعامل الاقتصادي فإن قيام المسؤولية يوجب البحث عنها خارج الإطار العقدي.

وعلى ذلك، وتطبيقا لهذا المبدأ لا يمكن أن يؤسس المتعامل الاقتصادي دعواه على أساس الدعوى العقدية، لأنه ببساطة لا يعتبر طرفا متعاقدًا ومن ثم فالسبيل الوحيد الذي يمكن أن يتجه إليه هو إثارة أحكام المسؤولية التقصيرية إذا تعرض لضرر، من هنا استقر القضاء الإداري بخصوص مسؤولية المتعامل الاقتصادي اتجاه الإدارة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.

وعليه إذا كان عقد الصفقة العمومية باطلا وصدر الحكم بإبطاله فإن الإدعاء بالنتائج الضارة الناتجة عن هذا الوضع يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لو أن الإجراء الذي كان سببا للبطلان أو مصدرًا له يتصف بالخطأ التقصيري¹.

مع الإشارة في هذا الصدد، أن "الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالالتزام قانوني، أما في المسؤولية العقدية فالخطأ يتمثل في إخلال بالتزام عقدي، والالتزام العقدي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاما بتحقيق غاية، وإما التزاما ببذل عناية، أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الاختلال به في المسؤولية التقصيرية فهو دائما التزام ببذل عناية"².

¹ BRACONNIER (S), op.cit, p, 207.

² ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص، 32.

أولاً: أساس مسؤولية الإدارة تقصيرياً

يقصد بالمسؤولية التقصيرية على العموم بأنها الالتزام بتعويض الضرر الذي أصاب الغير¹، لذلك يكتسي تحديد أساس المسؤولية التقصيرية أهمية كبيرة من حيث التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في نطاق عقد الصفقة العمومية، ومن المجمع عليه فقها وقضاء أن نطاق المسؤولية التقصيرية يثار في حالة قيام المتعامل الاقتصادي بالشروع في تنفيذ صفقة عمومية معتقداً أن أصبح في رتبة المتعامل المتعاقد رغم أن إجراءات التعاقد لم تكتمل، أو في حالة صفقة عمومية غير صحيحة وباطلة، وعلاوة على ذلك، أضاف القضاء الإداري حالة ثالثة تتعلق بالمتنافس الذي يتم إقصاؤه وحرمانه من فرصة حقيقية للفوز بالصفقة². وعليه انعدام العقد بين المتعامل الاقتصادي والإدارة أو وجود عقد غير صحيح وباطل لا يمنع المتعامل الاقتصادي من الحق في دعوى تقصيرية مباشرة ضد الإدارة.

والمسؤولية تكون تقصيرية إذا كان عقد الصفقات العمومية باطلاً، وكان البطلان مطلقاً، فإن إبطاله يستتبع بالضرورة مسؤولية تقصيرية على الطرف الذي كان بخطئه قد جر التصرف إلى هذا الوضع. أما في حالة البطلان النسبي فإن العقد كما هو مقرر قانوناً يبقى قائماً ما لم يتوجه أحد طرفيه إلى إبطاله، فإن أبطل ونشأ الضرر عن إبطاله فإن أحكام المسؤولية التقصيرية تنهض في حق الطرف الذي تسبب في بطلانه.

لقد سبق التوضيح بأن القضاء الإداري أقر أحكام المسؤولية التقصيرية لتعويض الطرف المتضرر، غير أن الملاحظة التي يمكن إيرادها في هذا الشأن، أن الحالات التي تنهض قواعد هذه المسؤولية لم يشر إليها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. بيد أن القضاء تدخل وصور هذه الحالات فجاءت على النمط الذي اختطه المشرع عند إقراره للإجراءات الشكلية الواجب إتباعها في كيفية اختيار المتعامل المتعاقد، هذه الحالات قررها البعض في:

¹ تنص المادة 124 قانون مدني على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

² محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 368.

_ الحالة الأولى تخص فرضية الخطأ في اختيار المتعامل المتعاقد، سواء تعلق الأمر بالخطأ في اختيار الشكل المحدد تشريعاً من الأشكال المخصصة لإبرام الصفقة العمومية أو في مخالفة معيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية،

_ الحالة الثانية تتعلق بفرضية الإقصاء غير المشروع للمتنافس،

_ الحالة الثالثة تظهر في حالة إذا قامت الإدارة بإلغاء الصفقة خارج الحالات المحددة قانوناً¹،

_ الحالة الرابعة تخص امتناع الإدارة أو المماطلة عن عرض الصفقة على اللجنة المختصة للحصول على المصادقة النهائية.

_ الحالة الخامسة تنبع من صدور أمر من الإدارة إلى المتعامل المتعاقد بالشروع بتنفيذ بنود الصفقة قبل المصادقة عليها من الهيئات المختصة، غير أنه في هذه الحالة يرجح الفقه إثارة دعوى الإثراء بلا سبب أو الجمع بينهما، وإن كانت الأحكام القضائية تسير دائماً إلى تطبيق مبدأ أولوية المسؤولية شبه العقدية في القانون الإداري. هذا من الناحية القانونية يؤدي بنا إلى القول أنه لا يمكن الاستناد على قواعد المسؤولية العقدية في حالة شروع المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية رغم عدم الحصول على التأشيرة، لأن مقتضيات قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام واضحة في هذا الشأن، لأن الصفقة لا تكون صحيحة ونهائية إلا بعد الحصول على التأشيرة، لأن من صلاحيات الرقابة التي تمارسها اللجان المختصة رفض منح التأشيرة إذا ثبت لديها كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما².

هذا وتجدر الإشارة، أن المشرع أجبر الإدارة المتعاقدة على طلب التأشيرة من الهيئات المختصة، إذ تنص المادة 196 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجبارياً التأشيرة. وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات

¹ محمد باهي، مازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 384.

² إذ نصت المادة 3/195 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما تعانها اللجنة، تكون سبباً لرفض التأشيرة، إذا كان ذلك مبرراً بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم".

العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف، إلا في حالة معارضة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية.

وفي حالة معارضة عدم المطابقة لأحكام تشريعية تتعلق بالصفقات العمومية، فإنه يجب على المراقب المالي والمحاسب المكلف، فقط أن يلعبا كدوراً، لجنة الصفقات العمومية المختصة. ويمكن هذه الأخيرة، بعد إخطارها من المراقب المالي أو المحاسب، سحب تأشيرتها، مهما يكن من أمر، قبل تبليغ الصفقة للمتعهد المختار.

وإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرتها، فإنها يجب أن تعلم بذلك لجنة الصفقات العمومية المختصة...".

وبذلك يكون القاضي الإداري قد طبق قواعد المسؤولية التقصيرية على عقود الصفقات العمومية الباطلة التي تقضي بوجوب تعويض المضرور، والتبرير في ذلك أن وجود نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية يجب أن لا يفهم منه على الإطلاق استبعاد تطبيق بعض قواعد القانون المدني التي تملئها مقتضيات العدالة التي لا تختلف فيها روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص¹. لأن تحويل المضرور الحق في الرجوع على الإدارة بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية يترتب عليه بالطبع حماية له.

وهكذا بسبب تبني قواعد المسؤولية التقصيرية يستلزم وجود خطأ وضرر لأن إذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية، أي انتفت مصلحة المدعي في ممارسة دعوى المسؤولية، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

على الرغم من إقرار المسؤولية التقصيرية في عقود الصفقات العمومية الباطلة، فإن القضاء الفرنسي اشترط من المضرور وجوب إثارة قواعد هذه المسؤولية صراحة في دعواه وإلا قبلت بالرفض، وهكذا تبرز أهمية هذا التوجيه القضائي في تطبيقه لأحكام المسؤولية التقصيرية، إذ جاء عن مجلس الدولة الفرنسي أنه "وحيث إن شركة صوجيا الجنوب لم تتقدم في أي مرحلة من مراحل الدعوى، بأي طلب باسترجاع النفقات ذات الفائدة بالنسبة لصاحب المشروع والتي التزمت بها، أو بطلب التعويض عن الضرر

¹ محمد عبد الواحد الجميلي، مرجع سابق، ص، 37.

المرتب عن بطلان الصفقة العمومية والناتج عن خطأ الإدارة، وأن كل ما يمكن أن يترتب على مستتجات المدعية المستندة حصراً على احترام الالتزامات التعاقدية هو أن تكون جديرة بالرفض¹.

ثانياً: الجمع بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية شبه التعاقدية

يجب التوضيح في هذا الشأن أنه لا يجوز قانوناً للمدعي الجمع بين نظام المسؤولية شبه التعاقدية ونظام المسؤولية التقصيرية بهدف الحصول على تعويضين عن الضرر ذاته، إذ العبرة هي في إصلاح الضرر فتكون دعوى المسؤولية سبيلاً إلى إصلاحه وحسب وليس إلى إثراء المتضرر.

وفيصل التفرقة بين تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب ونظام المسؤولية التقصيرية يتعلق بمدى عدم إمكانية إعمال نظرية الإثراء بلا سبب، تطبيقاً لذلك في حالة بطلان الصفقة العمومية، فيتعين التفرقة بين فرضيتين، فرضية يكون فيها المدعي أثار تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية ونظرية الإثراء بلا سبب معاً، أو الحالة التي لا يثير فيها المدعي في طلباته نظام المسؤولية، فالأولى بالقاضي الإداري أن يتجه إلى إعمال نظرية الإثراء بلا سبب، والحجة المستند إليها هنا، هي مبدأ أولوية المسؤولية شبه التعاقدية في القانون الإداري².

أما في الفرضية الثانية، وهي الحالة التي يثير فيها المدعي تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية فإن القاضي الإداري يتجه فيها إلى تطبيق قواعد هذه المسؤولية استناداً على مبدأ احتياطية دعوى الإثراء بلا سبب.

وعلى كل يمكن القول، أن جميع الأسس القانونية التي استند عليها القضاء الإداري لتعويض المتعامل الاقتصادي، أنها انتهت إلى نتيجة واحدة، ألا وهي، أن أفضل فكرة تصلح لتبرير تعويض المتعامل الاقتصادي حسن النية الذي نفذ صفقة عمومية باطلة، هي فكرة العدالة، فالعدالة تأتي من جهة أن يحتفظ الشخص بالإثراء الذي حصل عليه بلا سبب مشروع، وتوجب رده إلى صاحب الحق فيه، مع

¹ قرار مجلس الدولة، فرنسا في 24 نوفمبر 2008، قرار رقم 291607. نقلاً عن

محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص، 368.

² Dominique (P), La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, 1991, p, 489. Philippe (T), La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, paris, 1989, p, 39.

ضرورة توافر الشروط القانونية، ومن جهة ثانية أن العدالة تقتضي التسليم للأفراد بحقوق وحریات لا يجوز المساس بها، وإلا كنا أمام حالة من حالات ألا عدالة¹.

وفي حالات أخرى رفض القضاء الإداري التوسل بنظام المسؤوليتين معا في حالة مخالفة شروط صحة إبرام الصفقة العمومية، لأن أحكام قانون الصفقات العمومية متصلة بالنظام العام، وتبعاً لذلك تقرر رفض طلب تعويض المدعي، إذ جاء عنه "وحيث يستفاد من وثائق القضية أن رئيس جماعة أمزميز كلف مكتب الدراسات المدعي بتاريخ 2002/05/08 بموجب الكتاب عدد 186/ج الدراسة المتعلقة بتبليط طرق وأزقة مركز أمزميز بتتبع مع المهندس الطبوغرافي، وأن المدعي أنجز الدراسة المطلوبة وبعث بها إلى الجماعة التي توصلت بها بتاريخ 2003/04/08 بواسطة السيد... حيث الوثيقة بمذكرة المدعي بتاريخ 2008/06/06.

وحيث إنه في نازلة الحال تختزل العلاقة التعاقدية الرابطة بين الطرفين في كتاب السيد رئيس المجلس القروي لأمزميز الموجه لمكتب الدراسات المدعي بغية تكليفه بإنجاز أشغال عامة، والحال أن هذا التكليف كان ينبغي قانوناً أن يتم بعد تحديد محتوى الأعمال والمواصفات المطلوبة استجابة لطبيعة ومدى الحاجيات المراد تلبيتها من طرف نائل الصفقة، ثم استيفاء شروط الإشهار والدعوة إلى المنافسة وتلقي عروض وملفات المتنافسين، وأخيراً فحص هذه الملفات وتقييمها من طرف لجنة مختصة للإعلان عن المتنافس الذي حظي بمهمة إنجاز أشغال الصفقة.

وحيث إن قيام المدعي بإنجاز الأشغال العامة التي طلبت منه خارج الإطار القانوني الواجب وضعها فيه لا يخوله الحق في استخلاص مقابل هذه الأعمال من ميزانية الجماعة، وذلك بالنظر لكون النفقات المرصودة لها هذه الميزانية نفقات مبرمجة سلفاً ومخصصة للالتزامات وتعاقدات أبرمتها الجماعة في نطاق القانون لا خارجة عنه. وحيث إنه تبعاً لذلك يتعين التصريح برفض الطلب وإبقاء مصاريف الدعوى على رافعها".

¹ BONET (G), L'enrichissement sans cause: droit privé et droit public, Litec, Paris, 1989, p. 21.

خاتمة

والواقع أن أهمية مشروعية العقود سواء في نطاق روابط القانون الخاص أو القانون العام غير خافية على رجال القانون، فالمشروعية في عقد الصفقة العمومية كما هو معلوم امتحان لمدى فعالية تطبيق الإدارة للإجراءات الشكلية المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الخاصة بكيفية اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد، إذ تجاهل وتغافل هذه الإجراءات يبقي عقد الصفقة العمومية مهدد بالبطلان، ومن ثم أضحت تشكل تلك الإجراءات أساس صحة وسلامة عقود الصفقات العمومية، وينتج عن التصريح ببطلان الصفقة العمومية هدم هذه الأخيرة بأثر رجعي، فتصبح كأن لم تكن، وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة للبطلان، ومهما كان نوع البطلان الذي صرح به القضاء الإداري بطلانا مطلقاً أم بطلان نسبي فإن له أثراً مطلقاً في مواجهة الكافة.

لذلك فليس طالب التصريح بالبطلان الذي صدر الحكم لفائدته وحده الذي يمكنه أن يحتج بذلك، بل كل ذي مصلحة، وهذه قاعدة قانونية بديهية تقتضيها طبيعة العقود التي يشترط القانون لصحتها شروط، فإن اختلفت فلا يمكنها أن تكون مستقيمة من الوجهة القانونية، ليس بالنسبة للبعض فقط بل بالنسبة للجميع.

لقد حدد المشرع، في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الإجراءات الشكلية التي يتعين سلوكها من قبل الإدارة لاختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد، لكنه مع كثرة النصوص القانونية لم يضع المشرع أحكام خاصة ببطلان الصفقة العمومية، على خلاف نظام الفسخ، مما أدى ذلك إلى جدل فقهي وقضائي، فذهب البعض إلى الاعتقاد بأن المشرع، عند عدم نصه على البطلان، فإن ذلك لا يعتبر منه تخليه عن فكرة البطلان، وإنما كان القصد أن الصفقة العمومية عقد كبقية العقود الأخرى تخضع لأحكام البطلان وجوباً. لأن التفسير هذا يخدم سلامة وصحة العقود، فلو فرضنا، مثلاً، أن سبب الصفقة العمومية غير مشروع، هل يكون من الوجهة القانونية أن يقال إن هذا العقد صار صحيحاً بحجة أن العقد أبرم، ولقد مر بنا سلفاً القول بأن الإجراءات الشكلية الخاصة بإبرام الصفقة العمومية تعتبر قواعد قانونية أمرية، يترتب على مخالفتها عدم صحة الصفقة. ومن ثم فإن جزاء البطلان هدفه إلزام الإدارة على احترام الإجراءات والمقتضيات القانونية المحددة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

التي تبين وتظهر كيفية إبرام الصفقة العمومية، ومقتضى هذا الجزاء، وهو إفراغ كل صفقة عمومية من قوتها القانونية، حتى لا تكون لها أية حجية قانونية فيما الأطراف المتعاقدة والغير.

وأشرنا في صلب هذه الرسالة، أن من أهداف قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجاعة الطلبات العمومية وحماية المال العام، ولن يتحقق ذلك إلا إذا أبرمت الصفقة العمومية في الإطار القانوني المحدد لها، لذلك حاولت التشريعات القانونية إيجاد آليات الرقابة، في هذا الإطار منح القانون صلاحية مراقبة صحة وسلامة الصفقة العمومية إلى هيئات رقابة داخلية وأخرى خارجية.

ونظرا لآثار الغش السلبية في نطاق الصفقات العمومية، إن على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، لم تكن التشريعات القانونية بالرقابة الإدارية وإنما دعمتها برقابة قضائية بهدف التصدي لهذه الآفة عن طريق رفع دعوى قضائية. وفي الجزائر دعم المشرع هذه الرقابة بالنص على القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي، ومهمته تنحصر في مراقبة صحة الصفقة العمومية قبل إبرام العقد.

وعلى الرغم من سن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق ومحاولة تحديثه وتعديله كل مرة ليساير ما تعرفه ظاهرة الغش في عقود الصفقات العمومية، والنص على حزمة من الإجراءات الشكلية الخاصة بكيفية اختيار المتعامل المتعاقد، وبالرغم من إنشاء لجان مراقبة داخلية وخارجية، وبالرغم من صدور الأحكام القضائية الجزائية خاصة في هذا الإطار، فهل كان لكل ما سبق فاعلية للتصدي لهذه الظاهرة؟. الجواب بالنفي، والدليل على ذلك ظاهرة الفساد والأموال العمومية المنهوبة التي كشفت عنها التحقيقات في الآونة الأخيرة، مما يدعونا إلى القول إن العبرة ليست بسن القوانين فحسب، بل بترسيخ مبدأ المنافسة والمساواة في ذهن المتعامل الاقتصادي.

دراستنا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جعلتنا نقدم اقتراحات وتوصيات ربما تكون نواة في حماية المال العام ونجاعة الطلبات العمومية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

أولاً: بالنظر إلى المكانة المهمة التي يحظى بها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في حماية المال العام ومحاربة ظاهرة الفساد وضبط عقود الصفقات العمومية وصحتها وسلامتها،

نتمنى أن يكون لدينا قضاء مختص في النظر في النزاعات المتعلقة بعقود الصفقات العمومية، خاصة على مستوى القضاء الإداري لتطوير العمل القضائي في هذا المجال اقتداء بالقضاء الفرنسي والمصري في ذلك.

ثانيا: تفعيل أحكام المادتين 211 و212 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أي التكثيف من الدورات التكوينية لفائدة الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام عقود الصفقات العمومية من أجل إطلاعهم على مضمون الإجراءات الشكلية الواجب إتباعها في كيفية اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد.

ثالثا: عدم تغييب مصطلح البطلان في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتحديد حالاته، إذ يجب النص عليه صراحة مثل ما فعل المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لأنه إذا كانت الأسباب العامة الخاصة ببطلان العقود لا تطرح أي صعوبة أو إشكال بالنسبة للقضاء، خلافا لما عليه الأمر بالنسبة لحالات البطلان التي تقتضيها أحكام قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي لم يرد أي نص قانوني بشأنها، مما جعل القضاء الإداري يختلف في التعامل مع هذه الإشكالية. خاصة أن بطلان عقد الصفقة العمومية وعدم صحتها أصبح يشكل حقيقة قانونية وظاهرة واقعية في السنوات الأخيرة في المجتمع الجزائري.

رابعا: لو ألقينا نظرة على ما تضمنته القوانين المقارنة، لوجدنا أنها نصت على آليات قانونية خاصة بطلب العروض المفتوح، وذلك من أجل إيجاد سبل سريعة لحل بعض الإشكالات الخاصة به، حماية لحقوق المتعامل الاقتصادي وتدعيما لمبدأ المساواة والمنافسة في إبرام عقود الصفقات العمومية.

خامسا: قد أثير نقاش فقهي حول الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي تقام أمامها الدعاوى، ظهر ذلك واضحا في المراجع الجزائرية المفسرة لأحكام هذا الاختصاص، لذلك ننادي من المشرع استعمال المصطلحات الواردة في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لأنه الرأي الذي يبدو في رأينا الأفضل، من وجهة تصورنا، لأنه يبعدنا عن هذا النقاش الفقهي والقضائي خاصة الفقرة السادسة المادة 804 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

سادسا: يجب تنظيم نظام الإشهار في عقود الصفقات العمومية خاصة في نطاق أجله، وفق تحديد نظام قانوني دقيق لا يترك أي مجال للسلطة التقديرية للإدارة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية تحديد الجرائد التي يتم عبرها إشهار إجراء طلب العروض بجميع أنواعه، لأن هناك عدد كبير من الجرائد لا يمكن للمتعامل الاقتصادي قراءتها، ومما لا شك فيه، أن الممارسة العملية أظهرت أن عدم تحديد الجرائد، كان سبب من الأسباب المباشرة لضياع حقوق المتنافسين في المشاركة في إبرام الصفقات العمومية. لهذا يكون من الأفضل إعادة تنظيم أسلوب الإشهار حتى يحقق عنصر العلانية الهدف الذي يبتغيه المشرع.

سابعا: لا حاجة للتأكيد، مرة أخرى، على الأهمية القصوى التي للمنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص في عقود الصفقات العمومية، ومما لا شك فيه أن الاعتماد على النصوص القانونية وحدها لمحاربة ظاهرة الغش والانحراف، هو ضرب من الوهم، وإنما يجب ترسيخ هذه المبادئ كقواعد عمل وسلوك.

قائمة المراجع

والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

أ: القوانين

1. قانون رقم 14/83 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 يوليو 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. ج.ر.ج.ج.ع 28 مؤرخة في 24 رمضان عام 1403 الموافق ل 3 يوليو 1983، المعدل والمتمم.
2. قانون رقم 29/90 مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 موافق أول ديسمبر سنة 1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر.ج.ج.ع 52 مؤرخة في 15 جمادى الأولى عام 1411 موافق 02 ديسمبر سنة 1990، معدل ومتمم.
3. القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو عام 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. ج.ر.ج.ج.ع 37 المؤرخة في 6 صفر عام 1419 الموافق 1 يونيو سنة 1998.
4. قانون رقم 02/98 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو 1998 والمتعلق بالمحاكم الإدارية. ج.ر.ج.ج.ع 37 المؤرخة في 6 صفر عام 1419 الموافق 1 يونيو سنة 1998.
5. القانون العضوي رقم 03/98 المؤرخ في 8 صفر عام 1419 الموافق 3 يونيو سنة 1998، يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها. ج.ر.ج.ج.ع 39 مؤرخة في 12 صفر عام 1419 موافق 7 يونيو سنة 1998.
6. قانون رقم 10/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 موافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. ج.ر.ج.ج.ع 43 مؤرخة في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو 2003.
7. قانون رقم 02/04 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 موافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج.ع 41 مؤرخة في 9 جمادى الأولى عام 1425 موافق 27 يونيو عام 2004. المعدل والمتمم.
8. قانون رقم 17/04 مؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق 10 نوفمبر سنة 2004 يعدل ويتمم القانون رقم 14/83 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي. ج.ر.ج.ج.ع 72 المؤرخة في 30 رمضان عام 1425 الموافق 13 نوفمبر سنة 2004.

9. قانون رقم 01/06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بقانون
الوقاية من الفساد ومكافحته. ج.ر.ج.ج.ع 14 مؤرخة في 8 صفر عام 1427 الموافق 8 مارس سنة
2006.
10. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون
الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر.ج.ج.ع 21 مؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل
سنة 2008.
11. قانون رقم 12/08 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو 2008. يعدل
ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003
والمتعلق بالمنافسة. ج.ر.ج.ج.ع 26 المؤرخة في 28 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 02 يوليو سنة
2008.
12. قانون رقم 05/10 مؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010. يعدل ويتمم
الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق
بالمنافسة. ج.ر.ج.ج.ع 46 المؤرخ في 8 رمضان عام 1431 الموافق 18 غشت 2010.
13. قانون رقم 04/11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، يحدد
القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. ج.ر.ج.ج.ع 14 المؤرخة أول ربيع الثاني عام 1432 الموافق
6 مارس سنة 2011.
14. قانون رقم 07/12 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق 21 فبراير سنة 2012، يتعلق
بالولاية. ج.ر.ج.ج.ع مؤرخة في 7 ربيع الثاني عام 1433 الموافق 29 فبراير سنة 2012.
15. قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس 2016 يتضمن
التعديل الدستوري. ج.ر.ج.ج.ع 14 مؤرخة في 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 07
مارس 2016.
16. قانون رقم 02/17 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017، يتضمن
القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. ج.ر.ج.ج.ع 2 مؤرخة في 12 ربيع الثاني عام
1438 الموافق 11 يناير سنة 2017.

ب: الأوامر

1. الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى). ج.ر.ج.ج.ع 47 المؤرخة في 19 صفر عام 1386 الموافق 9 يونيو سنة 1966.
2. الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1359 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. ج.ر.ج.ج.ع 101 المؤرخة في 16 ذو الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر 1975.
3. أمر رقم 07/95 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم. ج.ر.ج.ج.ع 13 مؤرخة في 7 شوال عام 1415 الموافق 8 مارس سنة 1995.
4. أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة. ج.ر.ج.ج.ع 43 مؤرخة في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو سنة 2003.
5. الأمر رقم 03/10 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 22/96 مؤرخ في 23 صفر عام 1417 الموافق 9 يوليو سنة 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج. ج.ر.ج.ج.ع 50 مؤرخة في 22 رمضان عام 1431 الموافق 2010/09/01.

ج: مراسيم تنظيمية

1: مراسيم رئاسية

1. المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996. ج.ر.ج.ج.ع 76 مؤرخة في 27 رجب عام 1417 الموافق 08 ديسمبر سنة 1996. معدل.
2. المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.ع 52 المؤرخة في 28 يوليو 2002 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301 /03 المؤرخ في سبتمبر 2003. ج.ر.ج.ج.ع 55 المؤرخة في 14 سبتمبر 2003 وبالمرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008. ج.ر.ج.ج.ع 62 المؤرخة في 02 نوفمبر 2008.
3. المرسوم الرئاسي رقم 128/04 مؤرخ في 29 صفر عام 1425 الموافق 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة

للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003. ج.ج.ج.ع 26 مؤرخة في 5 ربيع الأول عام 1425 موافق 25 أبريل سنة 2004.

4. المرسوم الرئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1426 الموافق 27 أبريل سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به. ج.ج.ج.ع 31 مؤرخة في 21 ربيع الأول عام 1426 موافق 30 أبريل سنة 2005.

5. المرسوم الرئاسي رقم 413/06 مؤرخ في أول ذي القعدة عام 1427 الموافق 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها. ج.ج.ج.ع 74 مؤرخة في أول ذو القعدة عام 1427 موافق 22 نوفمبر سنة 2006.

6. المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ج.ج.ع 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

7. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 98/11 المؤرخ في 26 مارس 2011. ج.ج.ج.ع 14 المؤرخة في 06 مارس 2011، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 222/11 المؤرخ في 16 يونيو 2011. ج.ج.ج.ع 34 المؤرخة في 19 يونيو 2011، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 يناير 2012. ج.ج.ج.ع 04 المؤرخة في 26 يناير 2012، ومعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013. ج.ج.ج.ع 02 المؤرخة في 13 يناير 2013.

8. المرسوم الرئاسي رقم 427/11 مؤرخ في 16 محرم عام 1433 الموافق 11 ديسمبر سنة 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلقة بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع في الجزائر بتاريخ 12 يوليو سنة 2011. ج.ج.ج.ع 68 مؤرخة في 19 محرم عام 1433 موافق 14 ديسمبر سنة 2011.

2: مراسيم تنفيذية وتشريعية

1. مرسوم تنفيذي رقم 145/82 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 موافق 10 أبريل 11982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي. ج.ج.ج.ع 15 مؤرخة 19 جمادى الثانية 1402 موافق 13 أبريل 1982.

2. مرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ج.ج.ع 57 المؤرخة في 13 نوفمبر 1991.

2. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 5 يونيو 2005، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. ج.ر.ج.ع 73 مؤرخة في 7 شوال عام 1426 الموافق 9 نوفمبر سنة 2005.
3. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 ذي القعدة عام 1428 الموافق 15 نوفمبر 2007، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. ج.ر.ج.ع 77 مؤرخة في 29 ذو القعدة عام 1428 الموافق 9 ديسمبر سنة 2007. وزارة الشباب والرياضة.
4. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 12 جمادى الثانية عام 1430 الموافق 6 يونيو 2009، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الفلاحة والتنمية الريفية.
5. قرار وزاري مشترك مؤرخ في أول رمضان عام 1432 الموافق أول غشت سنة 2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة. ج.ر.ج.ع 47 مؤرخة في 21 رمضان عام 1432 الموافق 21 غشت سنة 2011.
6. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 27 صفر عام 1432 الموافق أول فبراير 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ، المتمم. وزارة السكن والعمران.
7. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 7 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة التكوين والتعليم المهنيين.
8. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 22 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الموارد المائية.
9. القرار المؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس 2011، يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وآجال نشره.
10. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 5 يونيو 31 مارس 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
11. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 23 شعبان عام 1432 الموافق 25 يوليو 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الطاقة والمناجم.
12. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 شوال عام 1432 الموافق 4 سبتمبر 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة المجاهدين.
13. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 شوال عام 1432 الموافق 13 سبتمبر 2011، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الداخلية والجماعات المحلية.

14. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 29 محرم عام 1434 الموافق 13 ديسمبر 2012، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الصيد البحري والموارد الصيدية.
15. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 صفر عام 1434 الموافق 3 يناير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الثقافة.
16. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1434 الموافق 7 فبراير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة التربية الوطنية.
17. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1434 الموافق 28 فبراير 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة الأشغال العمومية.
18. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 5 رمضان عام 1434 الموافق 14 يوليو 2013، يحدد قائمة صفقات الدراسات والخدمات المعفاة من تقديم كفالة حسن التنفيذ. وزارة السياحة والصناعة التقليدية.
19. قرار مؤرخ في 13 محرم عام 1435 الموافق 17 نوفمبر سنة 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية. ج.ر.ج.ج.ع 21 مؤرخة في 9 جمادى الثانية عام 1435 الموافق 9 أبريل سنة 2014.
20. قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالاكتساب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول. ج.ر.ج.ج.ع 17 مؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1437 الموافق 16 مارس سنة 2016.
21. قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفية الإقضاء من المشاركة في الصفقات العمومية. ج.ر.ج.ج.ع 17 مؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1437 الموافق 16 مارس 2016.
22. قرار مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1437 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية. ج.ر.ج.ج.ع 17 مؤرخة في 7 جمادى الثانية عام 1437 الموافق 16 مارس سنة 2016.
23. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 9 رجب عام 1437 الموافق 17 أبريل سنة 2016، يحدد كيفية تسليم شهادات التأهيل والتصنيف المهنيين للمؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية. ج.ر.ج.ج.ع 36 مؤرخة في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو 2016.

24. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 8 شعبان عام 1437 الموافق 15 مايو 2016، يحدد حالات الإنذار والسحب المؤقت أو النهائي لشهادة التأهيل والتصنيف المهنيين. ج.ر.ج.ج.ع 36 مؤرخة في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016.

المنشورات

1. منشور رقم 003 المؤرخ في 2015/11/22، يتعلق بتنفيذ أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

سابعاً: القوانين الأجنبية

2. مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 8 جمادى الأولى 1434 الموافق 20 مارس 2013 يتعلق بالصفقات العمومية. ج.ر. المغربية رقم 6140 مؤرخة في 23 جمادى الأولى عام 1434 الموافق 04 أبريل سنة 2013.

3. قانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزيدات ولائحته التنفيذية بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998، ج.ر. المصرية ع 19 مكرر الموافق 8 مايو 1998.

4. قرار رقم 1367 لسنة 1998 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزيدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، نشر في الوقائع المصرية، ع 201، في 06 سبتمبر 1998.

5. أمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 22 الموافق 18 مارس 2014.

6. أمر ع 4030 مؤرخ في 3 أكتوبر سنة 2014 يتعلق بالمصادقة على سلوك وأخلاقيات العون العمومي. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 90 مؤرخة في 7 نوفمبر سنة 2017.

7. قانون 49 لسنة 2016 بشأن المناقصات العامة الكويتي، ج.ر.ع 1299، س 62 مؤرخة في 26 شوال عام 1437 الموافق 31 يوليو سنة 2016.

ثانياً: المراجع باللغة العربية

أ: الكتب العامة

1. أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.

2. أحمد عثمان عباد، مظاهر سلطة السلطة العامة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981.

3. القباني بكر، القانون الإداري الكويتي، مطبوعات الجامعة الكويتية، الكويت، 1975.
4. أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، دار المجد للطباعة، القاهرة، مصر، 1977.
5. أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، المغرب، 1987.
6. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة القداح، الكويت، 1989.
7. المصطفى خطابي، القانون الإداري والعلوم الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1993.
8. إبراهيم الدسوقي أبو الليث، العقد والإرادة المنفردة، المصادر الإرادية للالتزام، جامعة الكويت، ج الأول، 1995.
9. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1995.
10. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1999.
11. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
12. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
13. أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004.
14. آمنة سميع، المقابلة من الباطن، دراسة للمركز القانوني للمقاول العقاري من الباطن، مطبعة صناعة الكتاب، الدار البيضاء، المغرب، 2008.
15. إبراهيم كومغار، المرافق العامة الكبرى على نهج التحديث، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.
16. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2009.
17. أحمد رزق رياض، إساءة استعمال السلطة في القرار الإداري، مبادئ القضاء الإداري 1947-2007، دون دار النشر، الإسكندرية، مصر، 2009.

18. أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، بغداد، العراق، 2013.
19. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن.
20. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، حل العقود، ج السابع، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د.س.ن.
21. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
22. بلعبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
23. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني "العقد والإرادة المنفردة"، ج الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
24. برهان رزيق، عقد الإيجار الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002.
25. بهاء الدين إبراهيم، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
26. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2011.
27. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هوم، الجزائر، 2019.
28. برهان رزيق، التقادم في القانون الإداري، وزارة الإعلام السورية، سوريا، 2016.
29. بقدار كمال، تساؤلات قانونية في القانون التجاري وفق برنامج نظام ل.م.د، ج 1، مؤسسة حسين راس الجبل للنشر والتوزيع، قسطينة، الجزائر، 2017.
30. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.
31. توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التونسي، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1995.

32. تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
33. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1963.
34. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، م 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966.
35. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
36. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية، المكتب العربي، الإسكندرية، مصر، 2006.
37. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.
38. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
39. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية الدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
40. حسين الماحي، تنظيم المنافسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
41. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
42. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2007.
43. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
44. حسن محمد قدري، العقود الإدارية، الآفاق المشرقة، عمان، الأردن، 2014.
45. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
46. حسن محمد محمد بودي، حرية المنافسة التجارية وضرورة حمايتها من الممارسات الاحتكارية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
47. حفيظ مخلول، حدود إصلاح نظام الصفقات العمومية وفقا لمرسوم 20 مارس 2013، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2017.
48. خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.

49. خالد خليل ظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط الأولى، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1997.
50. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
51. خالد عبد الفتاح محمد، المشكلان العملية في قانون المناقصات والمزايدات الجديد وأحكام العقود الإدارية، د.د.ن، 2009.
52. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2011.
53. خالد عبد حسين الحديشي، نظرية تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
54. رمز طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دار نصر، مصر، 2016.
55. زين ميلوى، القانون الإداري، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2013.
56. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014.
57. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
58. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 2، 1965.
59. -----، نظرية التعسف في استعمال السلطة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1966.
60. سمير صادق، المبادئ العامة في القضاء الإداري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985.
61. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، م الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
62. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1995.

63. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، الإسكندرية، مصر، 1999.
64. سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نسا وتعليقا، شرحا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.
65. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
66. سعيد علي الراشدي، الإدارة بالشفافية، دار كنوز للمعرفة، عمان، الأردن، 2008.
67. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان، للالتزام، الحكم، القرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
68. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
69. -----، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
70. شريق يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011. شحادة موسى مصطفى، القانون الإداري، دراسة مقارنة، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
71. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976.
- صالح الدين فوزي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
72. صالح محمد الغزالي، الحكم الصالح الطريق إلى التنمية، منشورات جمعية الشفافية الكويتية، الكويت، 2007.
73. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978.
74. عامر حسين، التعسف في استعمال الحق وإلغاء القيود، مطبعة مصر، 1960.
75. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974.
76. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975.
77. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976.

78. علي حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، القاهرة، 1976.
79. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1980.
80. عزيزة الشريف، دراسات في العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981.
81. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مصر، 1983.
82. عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
83. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة النهضة، مصر، 1984.
84. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها، الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
85. عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، المؤسسة الجزائرية للطباعة، الجزائر، 1988.
86. -----، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.
87. عبد الواحد محمد الغار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
88. عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
89. عمر حلمي فهمي، معيار تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.
90. عمر السيد أحمد عبد الله، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
91. عبد التواب عبد الباسط، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1995.

92. عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد في مبادئها القانونية ومظاهرها التطبيقية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة فضالة، الرباط، المغرب، 1995.
93. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
94. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
95. عبد الله حداد، الوجيز في قانون المرافق العمومية الكبرى، منشورات عكاظ، المغرب، 2001.
96. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه، القضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
97. عبد العليم مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
98. عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء 2، النشاط الإداري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
99. عليوه مصطفى فتح الباب، الوسيط في القانون الإداري، الكتاب الثاني، القرارات الإدارية، مكتبة الخليج، 2006.
100. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
101. عصام البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، 2008.
102. عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2009.
103. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار الجسور، الجزائر، 2009.
104. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.
105. عبد العالي سمير، الصفقات العمومية والتنمية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2010.

106. عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
107. عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم، الرباط، المغرب، 2010.
108. عادل غزي، دليل الشراء خارج إطار الصفقات العمومية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011.
109. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، دار جسور، الجزائر، 2013.
110. عمر محمد السيوي، الوجيز في القضاء الإداري، دار الكتب القانونية، بنغازي، ليبيا، 2013.
111. عصام أحمد البهجي، الشفافية وأثرها في مكافحة الفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
112. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2015.
113. علي سعيد حسين، العقود الإدارية، أداة تمويل المشروع العام، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.
114. عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية، منشورات عكاظ، الرباط، المغرب، د.س.ن.
115. عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
116. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار النشر
- ENCYCLOPEDIA**
117. عبد القادر باينة، الوسائل القانونية للنشاط الإداري، القرارات الإدارية والعقود الإدارية، منشورات زواية، الرباط، المغرب، د.س.ن.
118. عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، د.س.ن.
119. فريجة حسين، شرح المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.

120. فهد مبارك الهاجري، العقود الإدارية عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
121. لينا حسن ذكي، قانون المنافسة ومنع الاحتكار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
122. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2002.
123. لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومه، الجزائر، 2009.
124. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2013.
125. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1962. محمود محمد حافظ، نظرية القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975.
126. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.
127. محمد عبد الرحيم عنتر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.
128. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 1977.
129. منير محمد الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، 1979.
130. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
131. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسلمها من رب العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.
132. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
133. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985.
134. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، في القانون الوضعي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

135. محمد يحيى عبد الرحمان المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.
136. مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1987.
137. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
138. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1989.
139. محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991.
140. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1992.
141. محمد عبد الواحد الجميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
142. مليكة الصروخ، نظرية المرافق العامة، دراسة مقارنة، دار السلام، المغرب، 1987.
143. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره في اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
144. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.
145. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 1999.
146. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، 1999.
147. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
148. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

149. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 2003.
150. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
151. مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003.
152. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
153. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
154. مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
155. مصطفى كامل محمد علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
156. محمود علي صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، مكتب صبره للتأليف والترجمة، د.د.ن، القاهرة، مصر، 2007.
157. محمد عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.
158. محمد براهيم، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
159. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2008.
160. محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.
161. مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، الأشغال - التوريدات - الخدمات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.
162. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009.
163. ماهر صالح علاوي، الوسيط في القانون الإداري، دار ابن الأثير، الموصل، العراق، 2009.
164. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

165. محمد براو، الشفافية والمساءلة والرقابة العليا على المال العام في سياق الحكامة الرشيدة، دار القلم، الرباط، المغرب، 2010.
166. محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
167. مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2012.
168. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، طبعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، وظائف الإدارة العامة، الموظفون العموميون، أعمال الإدارة العامة، امتيازات الإدارة العامة، أموال الإدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
169. مبروك حسين، القانون التجاري الجزائري، النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة، دار هوم، الجزائر، 2013.
170. محمد محمد عبد اللطيف، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
171. معين فتدي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
172. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار للعلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.
173. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
174. ناصر لباد، القانون الإداري، ج الثاني، النشاط الإداري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
175. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، 2010.
176. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
177. هاني عبد الرحمان غانم، أساليب التعاقد الإداري، دراسة مقارنة، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2007.
178. هاني عبد الرحمن غانم، أساليب التعاقد الإداري، دراسة مقارنة، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2007.

179. هاتف كاظم جاسم، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
180. هنان مليكة، جرائم الفساد الرشوة الاختلاس تكسب الموظف العام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، 2010.
181. هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2015.
182. ياسر سيد الحديدي، عقد الفرنشايز التجاري في وضع تشريعات المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دراسة مقارنة، مطابع الشرطة، مصر، د س ن.
183. يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات، عقد التأمين نموذجاً، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2013.

ب: الكتب المتخصصة

1. إسماعيل إبراهيم البدوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، أسس تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
2. أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
3. أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
4. برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2002.
5. برهان رزيق، عقد الأشغال العامة، وزارة الإعلام السورية على الطباعة، سوريا، 2016.
6. -----، نظرية دعوى القضاء الكامل في القانون الإداري، وزارة الإعلام السوري، 2017.
7. حشيش عبد الحميد كمال، القرارات الإدارية القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976.
8. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
9. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985.

10. ساري جورج شفيق، القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
11. صالح علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، مركز البحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2006.
12. طه بن محمد بن سلمان، الطعن بالإلغاء على القرار الإداري في نطاق العقد الإداري، القاهرة، 2010.
13. عبد الغني بسيوني عبد الله، ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982.
14. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، مصر، 2007.
15. عصام أحمد البهجي، دور الشفافية في تحقيق العدالة والنزاهة، مكتبة الوفاء القانوني، الإسكندرية، مصر، 2016.
16. عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، منشورات جامعة حلب، سوريا، د.س.ن.
17. فهد الدغيش، رقابة القضاء على قرارات الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
18. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
19. لعروسي الإدريسي الحسني، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط، المغرب، 2010.
20. محمد خليل، القضاء الإداري اللبناني ورقابته على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
21. مورييس صادق، قانون المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، باب الخلق، مصر، 1999.
22. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
23. -----، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

24. مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
25. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
26. مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2012.
27. محمد يوسف علام، أحوال البطلان في منازعات العقود الإدارية، دراسة تطبيقية تحليلية مقارنة في البلدان العربية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2018.
28. محمد سامر دغمش، نظرية البطلان في العقود الإدارية، تعريف البطلان وبيان أنواعه، أسباب البطلان، تقرير البطلان، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، مصر، 2018.
29. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن.
30. معاليقي فاروق محمد، نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ليبيا، 2014.
31. محمد أحمد إبراهيم المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات المركبة بين القانون الفرنسي والمصري وأحكام الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
32. محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015.
33. -----، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015.
34. هناء العملي، العروسي الإدريسي الحسني، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط، المغرب، 2010.
35. هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2012.
36. ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014.

ثالثا: البحوث الجامعية

أ: رسائل دكتوراه

1. حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، الجزائر، 11971.
2. زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 11981.
3. عبد الله حداد، صفقات الأشغال العمومية، دراسة نظرية وتطبيقية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، المغرب، 11985.
4. ثورية لعينوني، معيار العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، مصر، 11987.
5. بن ناجي شريف، تطور نظام الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، الجزائر، 11991.
6. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 11993.
7. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 11994.
8. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 22004.
9. الصديق حيدة، تخليق الإدارة العمومية المغربية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، المغرب، 22004.
10. علي قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة في الأصول النظرية وآليات الممارسة مع التطبيق على الوضع في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 22005.
11. عاطف سعدي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 22005.
12. الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة دراسة مقارنة في القانون المغربي، الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، 22005.

13. أحمد عبد الله سيد أحمد، نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال في القانون الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2008.
14. عليوات ياقوته، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية بالجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009.
15. جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012.
16. كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013.
17. نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2013.
18. مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2013. عبد السلام التونجي، شروط الإثراء بلا سبب في قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، الرباط، المغرب، 2013.
19. مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015.
20. خلدون عائشة، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2016.
21. ماجد شهاب رمضان، التزام أطراف الرابطة العقدية بالشفافية في مجال العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016.
22. شيخ نسيم، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2016.
23. محمد شريط، عقود الصفقات العامة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائرية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2017.
24. بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2017.

25. مباركي إبراهيم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2017.
26. رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2017.
27. هلال فرج إبراهيم الساحلي، إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة دون خطأ المتعاقد، دراسة مقارنة في القانون المصري والليبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018.
28. تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2018.
29. كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2018.
30. كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2018.
31. الحاسي مريم، حظر الاتفاقات غير المشروعة في قانون المنافسة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2019.
32. تيراوي محمد أمين، الحماية الإجرائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2019.
33. بوازي دليلا، المشاركة صورة لتجديد العلاقة بين الإدارة والمواطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2020.
34. عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام التعاقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، د.س.ن.

ب: مذكرات ماجستير

1. حماد حميدي، طرق إبرام الصفقات، رسالة دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، المغرب، 1982.
2. محمد الصالح فيش، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 1987.
3. عزيز إدريس، دور العنصر البشري في التنمية الإدارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 1997.

4. يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 11997.
5. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر 06 والأمر 03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 22004.
6. علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 22005.
7. عيسى مزوار، إصلاح قانون الصفقات العمومية الجزائري، الآفاق والحدود، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي، معسكر، الجزائر، 22007.
8. تواتي محند الشريف، قمع الاتفاقات في قانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 22007.
9. لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 22007.
10. نبيل العاتي، استقلالية المشتري العمومي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 22009.
11. هيو عمر الصالحي، النظام القانوني للمناقصات العامة في العراق، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، العراق، 22009.
12. عبدلي سهام، دعوي القضاء الكامل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، الجزائر، 22009.
13. بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 22010.
14. خلاف وليد، دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 22010.
15. سوماتي الشريفة، المتابعة الجزائية في جرائم الفساد في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 22011.
16. عذراء ياسر عبيد، السلطة التقديرية للإدارة في إبرام المناقصات العامة، مذكرة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، 22011.

17. عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقل المتعاقل في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، الجزائر، 2011.
18. كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011.
19. عائشة السنوسي محمد الدرويش، البطلان في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2012.
20. كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2012.
21. خلاف صليحة، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2013.
22. نرجس دبابعة، الصفقات العمومية المحجوزة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013.
23. مريان حورية، الآجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013.
24. فايزة عمايدية، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم السياسية والقانونية، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2013.
25. زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.
26. خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2013.
27. تونسي سعاد، جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2014.
28. رقراقي محمد زكريا، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2014.
29. حمد خرفان، اختيار المتعاقل المتعاقل في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2014.

30. محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2014.
31. صياد ميلود، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر تعديل 2008، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015.
32. بن سليمان فايزة، حوكمة الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، 2016.
33. مصطفى شهاب أحمد الخزرجي، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016.
34. طالب بن دياب إكرام، القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2017.
35. ياسمين غانم، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوسة، تونس، 2017.
36. عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2018.
37. سي صالح علي الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.

رابعاً: المقالات

1. حلمي مجيد الحميدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، م الخامس، ع 1، 1986.
2. نواف كنعان، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة وتطبيقية في الأردن، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، الأردن، م 25، ع 2، 1998.
3. يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والقانون المقارن، مجلة الشريعة والقانون، ع 16، 2002.
4. شكيري محمد، القانون الضريبي المغربي، دراسة تحليلية نقدية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ع 49، 2003.
5. بسام الكراي، مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقة العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، صفاقس، تونس، 2007.

6. عمار بوضياف، الرقابة على إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، ع خاص، 2007.
7. بلحمير محمود، دور وسائل الإعلام في مكافحة الفساد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.
8. محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، المغرب، 2007.
9. قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، العراق، م العاشر، ع 37، 2008.
10. جيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في صفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2008.
11. محمد الشريف كتو، حماية المنافسات في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، ع 2، 2010.
12. رشا عبد الرزاق جاسم، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الرابع، ع 13، 2011.
13. رشا عبد الرزاق جاسم، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة القضاء والقانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الرابع، ع 13، 2011.
14. محمد سمير محمد جمعة، مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي والمصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع 49، 2011.
15. لؤي كريم، الأسس القانونية اللازمة لشرعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالي للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ع 53، 2011.
16. مريم محمد أحمد، الدفع الموضوعية في دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، مجلة كركوك، العراق، 2011.
17. بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع لجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، الجزائر، س 3، م 5، ع 1، 2012.

18. مولاى الحسن العلوى، الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، الخصوصيات، الحصيلة، الإكراهات والآفاق، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف، الرباط، المغرب، ع 4، 2012.
19. عزاوى عبد الرحمان، خصوصيات المصطلحات القانونية فى القانون الإدارى وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية، حالة العقد الإدارى، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع الأول، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2012.
20. محمد أيت حسو، الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإدارى، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، المغرب، ع 4، 2012.
21. شريفى الشريف، مبدأ الشفافية فى العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعى لتمنراست، الجزائر، ع 3، 2013.
22. نجم الأحمد، المفهوم القانونى للمنفعة العامة فى نطاق الاستملاك، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، م 29، ع 2، 2013.
23. براهيمى سهام، فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية العامة، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 55، 2013.
24. ماهر فيصل صالح، معايير الوصف الإدارى للعقد، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الخامس، ع 20، 2013.
25. على أحمد حسن اللهيبي، نكول من أحيلى عليه المناقصة عن إتمام إجراءات التعاقد، مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، م الرابع، ع 24، 2014.
26. على بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصى والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسطينة، الجزائر، المجلد ب، ع 41، 2014.
27. عبد العزيز شرابى، فريد خلاطو، الوقاية من الفساد فى الصفقات العمومية مساهمة من أجل تجاوز العقبات العالقة، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ع 34، 2014.
28. سينم صالح محمد، دور القضاء الإدارى فى حماية حقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، العراق، س 7، م 2، ع 28، 2015.
29. صالح أحمد الفرجانى، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته فى القانون الليبى، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ع 6، 2015.
30. بن شعلال محفوظ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ضمانات للشفافية أم حواجز تقييدية، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعى تمنراست، الجزائر، ع 9، 2015.

31. محمد المرغدي، المنافسة أبعادها الاقتصادية والقانونية، الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2015.
32. عالية جواد علي، أثر اعتماد الشفافية في تحجيم الفساد الإداري، مجلة الإدارة والاقتصاد، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، العراق، ع 98، 2015.
33. علي يوسف الشكري، محمد سالم عبد الكاظم، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، م الأول، ع 25، 2015.
34. حليلة بروك، الرقابة القضائية على احترام مبادئ الصفقات العمومية في الجزائر قاضيان لعقد واحد، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، الجزائر، ع 43، 2016.
35. محمد منير حساني، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، الجزائر، ع 15، 2016.
36. عبد الكريم حيضرة، دور الشفافية في مكافحة الفساد، الصفقات العمومية نموذجاً، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، ع 2، 2016.
37. محمد بودالي، موسى بوشنب، رقمه الإدارة العمومية كأسلوب لتحسين الخدمة العمومية في الجزائر، الإدارة الجبائية نموذجاً، مجلة الدراسات الجبائية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البليدة، الجزائر، ع 8، 2016.
38. غانس الحبيب عبد الرحمان، تحديث مفهوم الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247، استجابة لتحديات الدولة الراهنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، ع 2، 2016.
39. ظافر مدحي فيصل، العقود الإدارية الالكترونية وأحكامها القانونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، س 8، م 4، ع 29، 2016.
40. الكاهنة زواوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسطينة، الجزائر، ع 12، 2017.
41. خليفي عبد الكريم، آليات الرقابة الداخلية للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ضوء المرسوم التشريعي 247، مجلة أبعاد اقتصادية، كلية العلوم والاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بومرداس، الجزائر، م 7، ع 1، 2017.
42. صعب ناجي عبود. لينا محمد صعب، أساليب التعاقد في عقود المناقصات العامة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، م 19، ع d2، 2017.

43. عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، الجزائر، ع 18، 2017.
44. سيد أحمد لكصاسي، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، جامعة أم البواقي، الجزائر، ع 7، 2017.
45. بهاء الدين مسعود خوييرة، دور الإرادة في مجال العقود الإدارية، قراءة منهجية فلسفية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإدارية والاقتصادية، جامعة القدس المفتوحة، فلسطين، م 2، ع 8، 2017.
46. لصلح نوال، النظام القانوني للدائرة في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، م 1، ع 7، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017.
47. هدى يونس يحي السامرائي، مركز الإدارة في القضاء الكامل ودعوى الإلغاء، مجلة جامعة تكريت للحقوق، س 1، م 1، ع 4، ج 2، 2017.
48. محمد أيت حسو، الإشكاليات القانونية التي تطرحها الصفقات العمومية المبرمة خارج الضوابط القانونية على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري، مجلة المحاكم الإدارية، القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة، وزارة العدل، ع 5، 2017.
49. هشام الوازيكي، ضمان المراكز المتعارضة في منازعات الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، القاضي الإداري بين حماية الحقوق والحريات وتحقيق المصلحة العامة، وزارة العدل، ع 5، 2017.
50. محمد صلاح، حكم مجلس الدولة الفرنسي في شأن الطعن الخارج عن العلاقة التعاقدية في العقود الإدارية، مجلة المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، مصر، ع الأول، سبتمبر 2017.
51. محمد علي حسون، حنان نواصرية، دعوى استعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة رسالة الحقوق، س 10، ع 1، 2018.
52. ذكرى عباس علي، محمد حميد علي، الإذن بالتعاقد في إطار اللامركزية الإقليمية والمرفقية، مجلة الحقوق، جامعة تكريت، العراق، م 6، ع 4، 2018.
53. محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الاقتصاد الجيد، مخبر الاقتصاد الرقمي في الجزائر، جامعة الخميس مليانة، الجزائر، م 1، ع 18، 2018.
54. زيدان عبد النور، الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، م 5، ع 1، 2018.

55. غنية عباس، الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسطينة، الجزائر، م أ، ع 49، 2018.
56. ساجر ناصر حمد، إدريس حسن محمد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، العراق، م 5، ع 18، 2018.
57. أكرم محمود حسين، هند فالج محمود، أثر البطالان بالنسبة للغير، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 18، ع 64، س 20، 2018.
58. شهاب أحمد عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة تكريت، العراق، س 3، م 3، ع 2، 2019.
59. اقبال نعمت درويش، رنا إلتيف جاسم، القواعد العامة في العقد الإداري، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، م الثالث، ع الرابع، 2019.
60. سعيد علي غافل، زينب محمد هادي، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإداري، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، م الأول، ع 41، 2019.
61. رشا محمد جعفر الهاشمي. جواد كاظم جبار الحساني، الالتزام بالمبادئ الحاكمة لإبرام العقود الحكومية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، م 10، ع 2، 2019.

خامسا: الملتقيات

1. ختال هاجر، المناقصة كأسلوب من أساليب التعاقد في الصفقة العمومية، مداخلة، الملتقى الدولي: الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2013.
2. ساسان رشيد، خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة، مداخلة، الملتقى الوطني: قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، الجزائر، 2015.
3. ضريفي نادية، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، مداخلة، اليوم الدراسي، تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016.

1_ Les ouvrages:**Ouvrages généraux**

1. LAMARQUE (J), Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats de droit privé, A.J.D.A, 1961.
2. OLIVIER (R.P), L'expérience marocaine de l'unité de juridiction et séparation des contentieux, L.G.D.J, paris, 1964.
3. BETEILLE-RAQUIN (G), Quelques notions sur le formalisme ancien et moderne, sirey, paris, 1965.
4. AUBY (J.M) et DRAG (R), Traité de contentieux administratif, paris, 1975.
5. LIET-VEAUX, Le Droit de la construction, éd ceise, 1984.
6. TERNEYRE (PH), La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, éd economica, paris, 1989.
7. PHILIPPE (T), La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, paris, 1989.
8. RUMBURE (D), Le paiement du sous-traitant, l'action directe contre le maitre de l'ouvrage, L.G.D.J, paris, 1990.
9. LAGUERRE (A), La concurrence dans les marchés publics, éd berger-levrault, paris, 1991.
10. LARGUIER (j), droit pénale des affaires, éd Armand colin, paris, 1992.
11. GUY (C), MARIE _CHANTAL (L), droit français de la concurrence, LGDJ paris, 1994.
12. CHAPUS (R), Droit administratif général, éd Montchrestien, t,1, paris, 1996.
13. DENIS (M), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, éd, juris-classeur, paris, 1999.
14. MOUMMI (S), Droit des obligations en droit comparé français et marocain, éd elbadii, 2000.
15. JÉRÔME (M), la nouvelle réglementation des marchés publics, éd, le moniteur, 2002.

16. MALAURIE-VIGNAL (M), droit de la concurrence, éd Armand colin, paris, 2003.
17. AOUDIA (KH) et LALLEM (M) et LAOUER (R), Gestion actuelle des marchés publics, ISGP, Alger, 2003.
18. BRAULT "D", Politique et pratique du droit de la concurrence en France, L.G.D.J, paris, 2004.
19. BOITEAU (C), Les conventions de délégation de service public, transparence et service public local, éd le moniteur, paris, 2007.
20. ANDRÉ (D), GEORGES (D), Droit de la concurrence, L.G.D.J, PARIS, 2014.
21. JEAN (W), Droit administratif, éd Dalloz, paris, 2008.
22. CHAPUS (R), Droit du contentieux administratif, éd Montchrestien, paris, 2008.
23. ZOUAIMIA (R) , Le droit de la concurrence, Belkeise, Alger, 2011.
24. RICHER (L), Droit administratifs, éd lextenso, paris, 2012.
25. LAURENCE NICOLAS (V), Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire, presse universitaire de France, 2013.
26. DARCY (G) et PAILLES (M), Contentieux administratif, LGDJ, paris.
27. GUSTANE (P), Droit Administratif, fonction publique, expropriation, réquisition, travaux publics, éd Dalloz, paris.

Ouvrages spécialisés

1. HUBERT (C), Actes rattachables et actes détachables en droit administrative français, imp box frères, paris, 1967.
2. ANDRÉ (D- L), FRANCK (M), PIERRE (D), Traité des contrats administratifs, T1, L.G.D.J, Paris 1983.
3. BONET (G), L'enrichissement sans cause: droit privé et droit public, litec, paris, 1989.
4. POUYAUD (D), La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, 1991.
5. DOMINIQUE (P), La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, 1991.

6. GUIBAL.(M), Mémento des marchés publics, éd le moniteur, paris, 1998.
7. CYRILLE (E), Passer un marché public (principes, procédures, contentieux, éd encyclopédie delmas, 2001.
8. LINDITCH "F", Le Droit Des Marchés Publics, éd Dalloz, paris, 2002.
9. CATHERINE (B) et FEDERIC (L), Le contentieux des marchés publics, éd technique, paris, 2004.
10. PHILIPPE (F), MAURICE-ANDRÉ (F), CLAUDE (D), Les Marchés publics Européens et belges –L’irrésistible européenisation du la commande publics, éd Larcier, bruxelles, Belgique, 2005.
11. BRACONNIER (S), Précis du droit des marchés publics, éd, le moniteur, paris, 2007.
12. PIERRE (B), Le contentieux indemnitaire de la nullité du contrat administratif, l’harmattan, paris, 2009.
13. FRÉDERIC (A), L’essentiel du droit des marchés publics, éd Gualino, paris, 2011.
14. JEAN (D), Le Droit des travaux publics, t 1, éd moniteur, paris.

2_ Les thèses:

1. THIBAUT (L), Les effets de la nullité des contrats administratifs, thèse paris, 1955.
2. HELENE (S), Le formalisme dans le droit des sociétés commerciale, thé Toulouse, 1998.
3. GUEZOU "O", Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics, Thèse, Paris x Nanterre 1998.

3_ Les revue

1. Jéze (G), Les principes généraux de droit administratif, B.I.D.P, paris, 1939.
2. MICHEL (D.J), L’obligation de renseignement des contrats, R.T.D.civ 1945.
3. WERLIN (H), Nouvelles considération sur la corruption, nouvelles définitions, RISA, V, 60, N°4, 1994.

4. MESTREF (J), L'Approche par le juge du formalisme légale, R.T.D.C, 1998.
5. HERVET(J), Corruption et marchés publics, connivences et compérages sur la base du fond publics, RFFP, 2000.
6. ALFONSO(J), La nation de marchés publics, revue du conseil d'état, imp de la direction de l'information légale et administratives, cons d'état français, paris ,France, n°03, 2003.
7. BARKANI (E), droit de la concurrence et commande publique: état des lieux d'un vieux couple, revue concurrence,n°1,2007.
8. BENNADJI (C), Marchés publics et corruption en Algérie, revue d'étude et de critique social, Alger, N°25, 2008.
9. SABRI (M), Le droit des marchés publics en Algérie, réalité et perspectives, IDARA, Alger, V, 18, N°1, 2008.

4_ Les lois

1. Loi N°10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, JORF N°5 du 7 janvier 1992.
2. Ordonnance N°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF N° 0107 du 8 mai 2009.
3. Loi N° 125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale, et administrative, JORF, N° 34 du 9 février 1995.

الفهرس

إهداء.....	ب
شكر وتقدير.....	
قائمة المختصرات.....	
مقدمة.....	أ

الباب الأول

القيود التشريعية الخاصة بصحة الصفقة العمومية

الفصل الأول: مقتضيات النجاعة التعاقدية.....	17
المبحث الأول: المنافسة الحقيقية شرط لصحة الصفقة العمومية.....	20
المطلب الأول: الإدارة متعاقد جدي.....	24
الفرع الأول: مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.....	25
أولاً: المساواة مرتكز ضروري لسلامة الصفقة العمومية.....	27
أ: ملامسة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في الصفقة العمومية.....	29
1: استقلالية المصلحة المتعاقدة.....	30
ثانياً: التدخل التشريعي المطرد تجسيدا لمبدأ المساواة.....	31
أ: مساواة المتنافسين في مرحلة تقديم العروض.....	32
الفرع الثاني: تلبين مبدأ المساواة.....	34
أولاً: اشتراط حد أدنى من التعاقد مع المؤسسات المصغرة.....	36
المطلب الثاني: مبدأ المنافسة في الصفقة العمومية.....	38
الفرع الأول: المنافسة قيمة اقتصادية قانونية في الصفقة العمومية.....	40
أولاً: المنافسة مردودية اقتصادية في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.....	40
أ: إجراء طلب العروض مبدأ عام.....	42
طلب العروض المفتوح:.....	44
طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:.....	46
شكلية طلب العروض المحدود:.....	48
الشكلية المرتبطة بإجراء المسابقة:.....	49

- 52.....ثانيا: صفقة لا يمكن إخضاعها للمنافسة
- 53.....أ: مظاهر جوهر إجراء التراضي البسيط:
- 55.....ب: شكلية التراضي بعد الاستشارة:
- 57.....الفرع الثاني: تمديد قانون المنافسة على الصفقة العمومية
- 58.....أولا: تجانس قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون المنافسة
- 61.....ثانيا: مظاهر توظيف مبدأ المنافسة
- 61.....أ: مجالات تدخل قانون المنافسة في عقد الصفقة العمومية
- 63.....1: عرقلة المنافسة أو الحد منها
- 65.....الاتفاقات الممنوعة قبل تقديم العروض:
- 68.....تقديم عروض في إطار تجمع:
- 70.....استغلال وضعية هيمنة:
- 74.....المبحث الثاني : الشفافية مقتضى قانوني لازم لصحة الصفقة العمومية
- 75.....المطلب الأول: شفافية الإجراءات وسيلة في عقد الصفقة العمومية
- 76.....الفرع الأول: الشفافية التزام قانوني في عقد الصفقة العمومية
- 77.....أولا: تعريف الشفافية
- 78.....الفرع الثاني: أهمية الشفافية في الصفقة العمومية
- 83.....المطلب الثاني: مظاهر الشفافية في الصفقة العمومية
- 84.....الفرع الأول: الالتزام بإعلام المتعهد في عقد الصفقة العمومية
- 88.....أولا: شكلية أجل تحضير ملف الترشح
- 91.....ثانيا: الالتزام بسرية العروض
- 92.....ثالثا: اعتماد جلسة علنية لفتح الأظرفة
- 93.....رابعا: حق الطعن
- 94.....الفرع الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة بالإشهار
- 97.....أولا: نطاق الإشهار المحلي
- 99.....ثانيا: إشهار التعديلات

101.....	الفصل الثاني: المظهر العقدي للصفقة العمومية
104.....	المبحث الأول: الإرادة العقدية في الصفقة العمومية
105.....	المطلب الأول: إنشاء الصفقة العمومية
107.....	الفرع الأول: الصفقة العمومية عملية تعاقدية
109.....	أولاً: الإعلان عن التعاقد في الصفقة العمومية
110.....	أ: شروط صحة الإعلان عن التعاقد
112.....	ثانياً: صحة إيجاب المرشح للتعاقد
112.....	ثالثاً: القبول في الصفقة العمومية
115.....	أ: أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية مقتضى قانوني لالتقاء الإرادتين
118.....	الفرع الثاني: صحة التراضي
123.....	أولاً: أهلية المتعهد
133.....	ثانياً: مدى تطبيق أحكام عيوب الإرادة على عقد الصفقة العمومية
137.....	المطلب الثاني: محل الصفقة العمومية وسببها شرطاً في ثبوت ذاتيتها
138.....	الفرع الأول: محل الصفقة العمومية
138.....	أولاً: العمل الذي يجب على المتعاقد تأديته
139.....	ثانياً: محل الصفقة العمومية أربع مراتب
140.....	ثالثاً: شروط محل الصفقة العمومية
145.....	الفرع الثاني: مقتضيات السبب في الصفقة العمومية
146.....	أولاً: السبب أساس الالتزام والعقد
148.....	ثانياً: متطلبات سير وانتظام المرافق العامة سبب الصفقة العمومية
152.....	المبحث الثاني: شكلية الكتابة في الصفقة العمومية
154.....	المطلب الأول: القيمة القانونية لشكلية الكتابة في الصفقة العمومية
155.....	الفرع الأول: العقد الإداري حر من الشكلية في غياب النص القانوني
156.....	الفرع الثاني: وجود النص القانوني المقرر للشكلية في الصفقة العمومية
160.....	أولاً: العلة من اشتراط الكتابة في الصفقة العمومية

- المطلب الثاني: النتائج القانونية المترتبة على تخلف ركن الكتابة في الصفقة العمومية..161
- الفرع الأول: صياغة عقد المناولة.....163
- الفرع الثاني: غياب الشكل في بعض أشكال إبرام الصفقة العمومية.....165
- الباب الثاني**
- دور القاضي الإداري في تقرير بطلان الصفقة العمومية**
- الفصل الأول: مظاهر بطلان عقد الصفقة العمومية.....175
- المبحث الأول : توظيف نظرية البطلان في العقود الإدارية.....178
- المطلب الأول: واقع نظرية البطلان.....178
- الفرع الأول: أساس نظرية البطلان.....179
- أولاً: امتداد نظرية البطلان إلى القانون الإداري.....183
- أ: مبررات انعدام القرارات الإدارية.....183
- ب: المعايير الفقهية.....184
- ثانياً: أثر الانعدام وأثر البطلان.....185
- الفرع الثاني: قراءة في أحكام نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري.....186
- المطلب الثاني: تمييز البطلان عن الجزاءات المشابهة له.....187
- الفرع الأول: تمييز البطلان عن فسخ الصفقة العمومية.....188
- الفرع الثاني: تمييز البطلان عن الدفع بعد التنفيذ.....192
- الفرع الثالث: تمييز البطلان عن إلغاء الإجراء أو المنح المؤقت.....194
- المبحث الثاني: صور بطلان عقد الصفقة العمومية.....197
- المطلب الأول: خرق الشكلية المحددة لمشروعية الصفقة العمومية.....198
- الفرع الأول: البطلان بمقتضى قاعدة قانونية أمره.....198
- الفرع الثاني: عدم شهر الصفقة العمومية.....202
- المطلب الثاني: خرق الأركان الجوهرية للعقد.....207
- الفرع الأول: خرق ركن السبب في عقد الصفقة العمومية.....208
- الفرع الثاني: خرق ركن الاختصاص في عقد الصفقة العمومية.....211
- أولاً: الموافقة المسبقة.....214

- 222..... الفصل الثاني: قواعد العدالة أساس قانوني لمعالجة آثار بطلان الصفقة العمومية
- المبحث الأول: القضاء الإداري الموضوعي أساس قانوني علاجي لمؤسسة البطلان في عقد الصفقة العمومية..... 223.....
- المطلب الأول: مناط قضاء الإلغاء في الصفقة العمومية..... 226.....
- الفرع الأول: قرارات إدارية داخل العملية العقدية..... 228.....
- أولاً: ضرورة التمييز في مقام التكييف بين الصفقة كعقد والقرارات المنفصلة عنها..... 228.....
- ثانياً: موقف القضاء الإداري من طبيعة الإجراءات التمهيدية..... 234.....
- الفرع الثاني: علاقة القرارات الإدارية المنفصلة بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام..... 244.....
- أولاً: القفزة التشريعية..... 245.....
- ثانياً: الدعوى ضد إلغاء قرارات إدارية منفصلة عن عقد الصفقة العمومية..... 262.....
- أولاً: شروط قبولها..... 262.....
- ثانياً: الأجل القانوني..... 266.....
- المطلب الثاني: الطعن ببطلان عقد الصفقة العمومية..... 268.....
- الفرع الأول: المجال الطبيعي للطعن في عقد الصفقة..... 269.....
- أولاً: قضاء العقود الإدارية..... 270.....
- ثانياً: طلب بطلان الصفقة أمام المحاكم الإدارية..... 275.....
- رابعاً: يخطر الطاعنان والمطعون عليه بالحكم المائل..... 287.....
- الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي..... 287.....
- أولاً: الاستثناءات الواردة على قاعدة موطن المدعى عليه..... 288.....
- ثانياً: عقود الصفقات العمومية..... 289.....
- المبحث الثاني : آثار الحكم بالبطلان..... 306.....
- المطلب الأول: حماية مصالح مشروعة في الصفقة العمومية..... 307.....
- الفرع الأول: الاستعجال ما قبل التعاقد ضماناً وقائية ضد بطلان الصفقة العمومية... 308.....
- أولاً: أساس القضاء الاستعجالي قبل التعاقد..... 310.....

311.....	ثانيا: إصدار أوامر قضائية
314.....	الفرع الثاني: الأثر الرجعي لبطلان الصفقة
315.....	أولا: البطلان وصف قانوني
316.....	ثانيا: ذاتية نظرية البطلان
317.....	أ: تعطل أحكام التقادم
319.....	المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية الناشئة عن صفقة باطلة
319.....	الفرع الأول: نظرية الإثراء بلا سبب أساس قانوني لإعادة التوازن في الصفقة الباطلة
321.....	أولا: الإثراء بلا سبب واقعة قانونية
326.....	ثانيا: نظرة القضاء الإداري في أعمال نظرية الإثراء بلا سبب
329.....	الفرع الثاني: المساءلة وفقا للأساس التقصيري
330.....	أولا: أساس مسؤولية الإدارة تقصيريا
333.....	ثانيا: الجمع بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية شبه التعاقدية
335.....	خاتمة
340.....	قائمة المراجع والمصادر
379.....	الفهرس

من العقود المكتوبة التي أعطاهها المشرع أهمية قصوى عقد الصفقة العمومية المنظم بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 247/15، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، من منطلق أن هذا العقد يبرم وفق إجراءات شكلية خاصة و يخضع إلى رقابة إدارية وأخرى قضائية، لذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تراعي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات بهدف حماية المال العام. زيادة على ذلك أن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 أوجب ضرورة المصادقة عليها من قبل السلطة المختصة لكي يصبح العقد قابلاً للتنفيذ. علماً أنه لا يمكن للصفقة العمومية أن تنتج آثارها القانونية إلا إذا كانت صحيحة و نهائية. و يقوم عقد الصفقة العمومية كغيره من العقود الأخرى على ركن الرضا و المحل و السبب إضافة إلى ركن الشكلية، و يترتب على عدم استيفاء عقد الصفقة للشروط القانونية المطلوبة بطلان الصفقة.

إذا ما ثار نزاع متعلق ببطلان الصفقة العمومية، فإن الاختصاص للبت في هذه المنازعة ينعقد للمحاكم الإدارية باعتبار أن الصفقة العمومية تعتبر عقد إداري.

الكلمات المفتاحية: العقد، القضاء الإداري، البطلان، العقد الإداري، الرقابة، المصلحة المتعاقدة.

Le marché public fait partie des contrats écrits auxquels le législateur a accordé beaucoup d'importance. Il est régi par le décret présidentiel n° 15/247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, partant du principe selon lequel les marchés publics sont des contrats écrits au sens de la législation qui s'effectuent suivant des procédures de forme spécifiques et font l'objet de contrôles administratif et judiciaire. Le service contractant doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures pour préserver les fonds publics. Aussi, le décret présidentiel n° 15/247 stipule que les marchés publics ne sont valables et définitifs qu'après leur approbation par l'autorité compétente.

Les marchés publics ne peuvent produire d'incidences juridiques que s'ils sont valables et définitifs. Les marchés publics obéissent, à l'instar des autres contrats, aux conditions formelles de consentement, domiciliation et motivation. Le non respect des conditions légales requises pour les marchés publics ; entraîne l'annulation du marché. Les litiges nés à l'occasion de la nullité d'un marché public sont du ressort des tribunaux administratifs étant donné que lesdits contrats revêtent un caractère administratif.

Mots clefs : Contrat- Justice administrative- Nullité- Contrat administratif- Contrôle- Service contractant

The public procurement is one of the written contracts to which the legislator has attached great importance. It is regulated by Presidential Decree No. 15/247 related to public procurement and public service purchase. , public procurements are written contracts which are carried out according to formal and specific procedures. They and are subject to administrative and judicial controls. The contracting department must respect the principles of freedom of access to public procurement, equal treatment of candidates, and transparency of procedures to preserve public funds. This is why, Presidential Decree No. 15/247 stipulates that public procurements can only be valid and final if the authorities approve them. Public procurements can only have legal implications if they are valid and final. Public procurements, like other contracts, obey the formal conditions of consent, domiciliation and motivation. Non-compliance with the required conditions for public procurements causes the cancellation of the contract.

Disputes arising from the nullity of a public procurements fall within the jurisdiction of the administrative courts since the said contracts have an administrative nature.

Keywords : Contract - Administrative justice - Nullity - Administrative contract - Control - Contracting department.