القرارات الادارية المنفصلة عن الصفقة العمومية في التشريع الجزائري (قرار المنح المؤقت نموذجا)

Administrative decisions separate from the general deal in Algerian legislation (temporary grant decision as a model)

تاريخ الارسال: 2020/09/18	تاريخ القبول: 2021/04/25	تاريخ النشر: 2021/07/15

*ط.د. إيمان بعلي
جامعة صفاقص - تونس
batia24000@gmail.com

ملخص:

إن القرارات الإدارية الصادرة من المصلحة المتعاقدة خاصة ،تعتبر المحرك لتنشيط إجراءات الصفقات العمومية والتي تمثل الشق النشط في الإدارة العامة، ومن هذه القرارات الإدارية نجد القرارات الإدارية المنفصلة التي تبدأ وتنشأ مرتبطة بالأساس بالعملية الأساسية (الصفقة العمومية)، وتنتهي بإنفصالية.

حيث نجد من أنواع هذه القرارات الإدارية المنفصلة قرارا المنح المؤقت الذي أتاح المشرع الطعن فيه بالإلغاء، في حالة حدوث أي خلل عند إصداره كحق منوط لكل من له مصلحة .

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية، قرار المصلحة المتعاقدة، القرار الإداري المنفصل، قرار المنح المؤقت، الطعن.

Abstract :

The administrative decisions issued by the contracting authority, in particular, are the engine for activating public procurement procedures that represent the active part of public administration, and from these administrative decisions we find separate administrative decisions that start and arise related mainly to the basic process (the public deal), and end separately with where we find these types of these Separate administrative decisions .

المؤلف المراسل: بعلي إيمان

The temporary grant decisions, which the legislator has allowed to challenge the annulment, in the event of any defect upon its issuance as a right granted to all who have an interest.

***Keywords** : administrative decisions, contracting, separate administrative decisions, public deal.*

مقدمة:

إن الادارة عند قيامها بنشاطاتها تعتمد في ذلك على مجموعة من التصرفات القانونية ينتج عنها حقوق وإلتزامات، منها التي تصدر من جانبين وهي ما يعرف بالعقود الإدارية وتلك التصرفات الصادرة من جانب واحد أي القرارات الإدارية، ومن هنا فالقرارات الإدارية هي من أهم الأعمال التي تدخل ضمن النشاط المفروض على الإدارة، وذلك من أجل تحقيق الأهداف المرجوة باعتبارها وسيلة عملية وعلمية[1].

فنظرية القرارات الإدارية المنفصلة هي من إبتداع القضاء الإداري الفرنسي (مجلس الدولة)، وذلك من أجل فرض رقابة على التصرفات التي تقوم بها الإدارة، حيث يمكن القول عنها بأنها رقابة لاحقة تكون قبل إنتهاء العملية ،حيث يرى الجانب الفقهي بأن العملية العقدية لا يمكنها أن تتخلى عن القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة والتي تهدف بالأساس إلى إستكمال وسيرورة الصفقة العمومية وذلك نحو التكوين والإنعقاد، والتي في الجانب الآخر نجدها قد تعتريها أحد عيوب المشروعية[2]، ففي حالة تضرر الأطراف من هذه القرارات الإدارية المنفصلة يحق لهم اللجوء إلى القضاء المختص، حيث كان في السابق غير مقبول إطلاقا الطعن في القرارات المتعلقة بتكوين الصفقة العمومية والسابقة على إنعقادها ،وذلك يرجع لكون أنه كان يؤخذ بنظرية الأعمال المركبة (نظرية الإندماج)معتبرا العملية التعاقدية كلا لا يتجزء[3].

ومن أهم القرارات الادارية المنفصلة نجد قرار المنح المؤقت الذي يعتبر إخطار للمتعهدين والجمهور بإختيار الإدارة المؤقت والغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تقييم فيما تعلق بالعرض المالي والعرض التقني.

ونظرا للأهمية الكبرى المنسوبة لهذه القرار الإدارية المنفصلة في كونها تعمل على تكوين الصفقات العمومية ولما ترتبه من أثار قانونية، فعلى أساسها يتم إنشاء حقوق وإلتزامات لكلا الطرفين، فالهدف الأساسي المرجو من هذه الدراسة هو البحث والتدقيق من أجل التأكد في قدرة أو عدم قدرة هذه القرارات الإدارية المنفصلة في بسط فعاليتها من خلال الإجراءات المتبعة في الصفقات العمومية بداية من مرحلة الإعلان إلى غاية الوصول إلى مرحلة المصادقة عليها ورسوها وأخذ قرار المنح المؤقت كنموذج.

ودراسة هذا الموضوع تجعلنا نستخدم المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك من خلال إعطاء الوصف الكامل للقرارات الإدارية المنفصلة والتي تخص الصفقات العمومية وكجزئية قرار المنح المؤقت، أما بالنسبة للمنهج التحليلي فنعتمد عليه في تشريح الإجراءات من منظور المشرع في إتخاذه ودراسته لهذه الظاهرة الإدارية.

وعليه نسعى من خلال الدراسة التي نقوم بها، على البحث في الإطار العام للقرارات الإدارية المنفصلة وكذلك التطرق إلى ماهي المعايير القائمة من أجل التمييز بين القرارات الإدارية والقرارات الإدارية المنفصلة؟

إضافة إلى هذا هل يعتبر قرار المنح المؤقت من القرارات الإدارية المنفصلة الفعالة في إبرام الصفقات العمومية ؟وما الذي يثبت ذلك؟ أيضا ما إذا كان الإختصاص القضائي من المعايير الفاصلة بين القرارات الإدارية المرتبطة بالعملية وتلك التي تنفصل عنها؟

وبهذا نقسم موضوعنا إلى مبحثين إثنين:

المبحث الأول: نظرية القرار الإداري المنفصل

المبحث الثاني: المنح المؤقت كقرار إداري منفصل

المبحث الأول: نظرية القرار الاداري المنفصل

إن هذه النظرية القائمة على وجود قرارات إدارية منفصلة، ظهرة ولأول مرة على يد القضاء الإداري الفرنسي[4]، ويرجع سبب وضع هذه النظرية إلى كون أن العملية العقدية هي عقد مركب، فمن جهة هو عقد إداري تكون فيه إرادة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها متوفرة، ومن جهة أخرى تواجد مجموعة من القرارات التي تتجسد من خلال مراحل الصفقات العمومية بدايتا بالمرحلة التمهيدية إلى غاية مرحلة الإنهاء[5].

فقبل القرن العشرين كانت نظرية الإدماج هي السائدة والتي عرفت بإسم "الكل غير القابل للتجزئة"[6]، ومفاد هذه النظرية أن القرارات الإدارية تعمل على تكوين العقد (الصفقة العمومية)وتحتفظ بذلك بذاتيتها إلى غاية إبرام العقد، فإن تم الإبرام تفقد هذه القرارات إستقلاليتها وتنصهر في العقد فتصبح تصرفا كليا غير قابل للتجزئة أو كلا لا يتجزأ[7]. tout indivisible

ومن هنا يتفصل هذا المبحث في مطلبين إثنين، المطلب الأول معنون بالإطار المفاهيمي للقرار الإداري المنفصل، والمطلب الثاني يأتي فيه مدى فعالية القرارات الإدارية المنفصلة على مصداقية وسير الصفقة العمومية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للقرار الإداري المنفصل

إن العقود التي تقوم بإبرامها الإدارة العامة سواء كانت خاصة أو عامة ،تكون محتوية على قرارات تمهيدية من أجل إبرام هذا العقد أو قرارات تنفيذية له تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة والتي كانت في السابق مندمجة، وذلك بعد ظهور المنهج التحليلي، وللخوض في الإطار المفاهيمي للقرارات الإدارية المنفصلة، يتطلب منا الأمر التطرق إلى ماهية القرار الإداري المنفصل في الفرع الأول والفرع الثاني نتناول من خلاله أنواع القرار الإداري المنفصل.

الفرع الأول: ماهية القرار الإداري المنفصل

إن الإنفصال القائم بين هذه القرارات الإدارية والنشاط الذي تقوم به الإدارة المتعاقدة، أدى بكل من له مصلحة وكان متضررا بقرار إداري ما بإعتباره صادر من طرف الإدارة على إنفراد متربعة في ذلك على إمتيازات السلطة العامة، أي مركزها يتسم بالقوة، مكنة الطعن من خلال رفع دعوى الإلغاء ،حيث يجوز الطعن فيه بإستقلالية.

وللتوغل في معرفة الماهية المنسوبة إلى القرار الإداري المنفصل، نتطرق في البداية إلى منظور الفقه في هذا النوع من القرارات ثم بعد ذلك يتم الحديث عن المعايير التي تعمل على تحديد القرار الإداري المنفصل.

أولا : تعريف القرار الإداري المنفصل

إنه ومن خلال البحث في مجموعة من التعاريف الفقهية التي تخص موضوع القرار الإداري المنفصل في المادة الإدارية، نجد الفقيه الفرنسي "رايمون أودون" الذي عرفه كما يلي:

« Les décisions ou activités détachables sont celles qui ont, par rapport a la décisions principalement attaquée, une autonomie suffisante pour devoir faire l'objet d'un débat particulier tel que ne peut alors s'engager que devant la juridiction normalement compétente pour commaitre de cette activité » [8].

فمن خلال هذا التعريف للقرارات الإدارية المنفصلة نجده قد إعتمد على المعيار القضائي في تحديد نوع القرار الإداري متناسيا بذلك جميع المعايير القائمة على تحديد هذا النوع من القرارات الإدارية، وكأن العملية المركبة ليست قائمة سواء على جانب النزاع والقضاء.

كذلك عرفه الدكتور إبراهيم محمد علي على أنه :"يعتبر من طائفة القرارات الإدارية، يصدر من طرف الإدارة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة بهدف التمهيد لإبرام العقد أو العكس" [9].

كما ورد له تعريف آخر يراء بأنه :"هو عبارة عن تصرف قانوني يصدر من جانب الإدارة العامة لوحدها، وذلك في إطار عملية مركبة، على أن يكون قائما بذاته وصالح لترتيب أثر قانوني، دون أن يخل بباقي المكونات الأخرى للعملية أي في كيانها وكذا عدم تعطيلها. " [10]

من خلال هذين التعريفين نجد الأستاذ إبراهيم محمد علي والأستاذ شفيق جورجي ساري صاحب التعريف الفقهي الثاني، قد عملا على وضع الإطار العام للقرارات الإدارية المنفصلة والتي تعتبر من طائفة القرارات الإدارية، إضافة إلى أن هذا النوع من القرارات

يلعب دورا كبيرا في مصير العقد الإداري (الصفقة العمومية)، والنقطة الأساسية كونه صادر من طرف الإدارة المتعاقدة وذلك بإرادتها المنفردة على أن يرتب هذا القرار آثار سواء بالإيجاب أو السلب دون المساس بالهيكل العام للصفقة العمومية وإلا تعد مساس بالمشروعية القانونية.

أما بالنسبة إلى البحوث الجزائرية، فنجد الأستاذ عمار عوابدي والذي قام بتعريفه على أنه :" هو ذلك القرار الذي لا يصدر بذاته مستقلا عن عمل قانوني آخر، بل يصدر مرتبطا ومتماشيا مع أعمال إدارية، إما أن يأتي سابقا أو معاصرا أو لاحقا للعمل الإداري آخر قانوني مرتبط به "[11].

كذلك يمكن تعريف القرار الإداري المنفصل، على أنه هو ذلك العمل الإداري، حتى وإن كان مرتبطا مباشرة بالعقود الإدارية، إلا أنه عمل إنفرادي قابل للرقابة عليه عن طريق دعوة تجاوز السلطة إذا ما توفر على عناصر القرار الإداري " [12].

وعليه يؤخذ على هذه التعاريف، بأنها حددت القرار الإداري المنفصل وفقا لما يلي:

- أنه يوضع في خانت القرار الإداري الذي يخضع للقضاء الإداري حتى ولو كان مرتبطا بالعملية الأساسية المركبة.

- القرار الإداري المنفصل، يتواجد بسبب العمليات المركبة التي يفرضها القانون أي في البداية يكون مرتبطا بها.

- يتواجد في أية مرحلة من مراحل إبرام الصفقات العمومية.

ثانيا: معايير تحديد القرار الإداري المنفصل

يمكن القول ومن خلال ما تتعرض إليه الصفقات العمومية من قرارات إدارية، حول تحديد ما إذا كانت هذه القرارات الإدارية من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة أم القرارات الإدارية الغير المنفصلة "مرتبطة"، هذا ما يؤدي بنا إلى الحديث عن المعايير التي تفصل في تحديد وكيان هذه القرارات الإدارية.

وفي هذا السياق نجد تضارب بين مجموعة من المعايير، أولها تكريس المعيار الموضوعي وثانيا المعيار الذاتي كنقطة تفصل في تحديد نوعية هذه القرارات الإدارية، وثالثا المعيار الغائي إضافة إلى رؤية بعض الفقهاء إلى أن الإنفصال يكمن من خلال جانب قضائي.

وعليه سوف نتناول المعايير التي تعمل على تحديد القرار الإداري المنفصل وفقا لما يلي:

1-المعيار الموضوعي:

إن المعيار الموضوعي مبني أولا على أساس العناصر المكونة للقرار الإداري الخمسة (الإختصاص والمحل والسبب والغاية والشكل والإجراءات)، ومداها في تكوين العملية الإدارية وذلك من خلال أن القرار الصادر عن السلطة المكلفة بالعملية، يعتبر قرار إداري مرتبط ،أما تلك التي يتم صدورها من طرف سلطة أخرى أو من نفس السلطة ولكن بطريقة أخرى تعتبر قرار إداري منفصل وهذا حسب ما جاء في إقتراح مفوض الحكومة الفرنسيةKahn. M الذي إستنتج بأن التمييز بين قرارات التنفيذ الصادرة عن الإدارة التعاقدية، والقرارات التي تصدر بصفة أخرى، وتندمج في العقد بعد المصادقة عليه، فهي لا تكون مؤثرة فيه مثل ما هو عليه وفقا لتدابير الشرطة، فهنا بعض التدابير تتخذ بمقتضى سلطات خارجة عن العقد [13].

كذلك توجد نقطة أخرى ،وهي إنعكاسات هذا القرار الإداري سواء بالإيجاب أو السلب، بمعنى أنه إذا كان طابع القرار الإداري سلبيا (قرار الهدم) فهو قرار إداري منفصلا أكثر منه إذا كان ذو طابع إيجابي (قرار البناء)[14]،فالقرار الإيجابي يكسب حقوقا لصاحبه من الصعب فصلها عن العقد.

كذلك نجد أن هذا المعيار يقوم على فكرة جوهرية في كون أن القرار الإداري يلعب دورا في تكوين العملية الإدارية المركبة ،بمعنى أنه في حالة ما إذا كان هذا القرار الإداري مجرد آلية مساعدة فقط فهو قرار إداري منفصل يقبل الطعن فيه بالإلغاء ،على عكس ما إذا كان فعالا في هذه العملية فيصبح جزءا لا يتجزأ منها ،كذلك إذا كان هذا القرار الإداري يصدر بصفة عامة أي يخدم المصلحة العامة مرتبا بذلك أثر قانوني فهو قرار إداري منفصل.

إلا أن هذا الإتجاه واجه مجموعة من الإنتقادات خاصة في ما تعلق في نقطة الطابع الإيجابي أو الطابع السلبي الذي يخلفه، فيرى البعض بأن هذه النقطة لا يعتمد عليها في تحديد ما إذا كان القرار الإداري قرارا إداري منفصل وهذا يرجع لإعتبار أن القرار السلبي لا يعتبر قرار إداري منفصل.

2-المعيار الذاتي:

وهو ما يعرف بالمعيار الشخصي ،أي متعلق بشخصية رافع دعوى الإلغاء ومحتوى هذا المعيار يتمثل في المنظور القضائي أي أنه عندما لا يتاح للطاعن غير الطعن برفع دعوى الإلغاء فهو قرار إداري منفصل ،أي أنها تكون الأصلح له من القضاء الكامل[15].

وعليه وفي هذا السياق ،هناك محاولات فقهية عديدة عملة على إبراز المعيار الذاتي لنظرية الإنفصال ،حيث يرى العديد منهم أنه بمجرد أن يكون الطاعن أجنبي له مصلحة تستبعد الدعوى الموازية ولا يصبح لها أية مفعول ،فالأستاذ Delaubadere في رأيه قبول الطعن يكون من جانب الغير دون المتعاقد ،أي الغير هو الذي له الحق في ممارسة دعوى الإلغاء.

كما يرى أصحاب هذا الإتجاه ،بأن القرارات الإدارية هي تلك التي تكون في مرحلة الإبرام وكذا مرحلة التنفيذ وذلك وفقا لتعليق الفقيه Debbach على الإجتهاد القضائي المتعلق بقضية. S.A de livraison industriel commercial[16]

إلا أن هذا المعيار واجه إنتقاد يعتمد على فكرة أنه لو كان القرار المتعلق بتنفيذ العقد نجده ينفصل قبل النظر في صفة الطاعن، بمعنى أن صفة الطاعن لا تثير فكرة اللاإنفصالية أي أنها تذهب إلى الجانب الموضوعي قبل الإتجاه نحو صفة الطاعن، كما نجد أن هذا المعيار ضالما في حق أطراف العقد الإداري في ممارسة حقهم أمام قضاء الإلغاء.

3-المعيار الغائي:

من مدافعي هذا المعيار الأستاذ Charles Hubert ،والذي يرى بأن كل قرار مرتبط بتحقيق العملية ولاكن لا يكون هدفه تحقيق العملية يعتبر منفصلا، فالهدف هنا يجب أن يكون قريب ومباشر، أي تحقيق مهمة متميزة عن مهمة العملية الأصلية فهو يعتبر مستقلا ومنفصلا، ما عدا تللك المتعلقة بالوصاية والرقابة وذلك في مجال الوصاية الإدارية.

بمعنى أن القرارات الإدارية التي تكون مرتبطة ومتصلة بالعملية المركبة تحتوي أهدافها على أبعاد طويلة المدى ،وتتماشى كافة مراحل وإجراءات الصفقات العمومية فهي قرارات إدارية مرتبطة بعيدة كل البعد عن القرارات الإدارية المنفصلة.

إذ يعتبر هذا المعيار الأقرب في تحديد نوع القرار الإداري المنفصل، وهذا يرجع لكون أن القرارات التي تعمل على تحقيق أهداف غير مباشرة لا تعتبر من القرارات الإدارية المكونة للعملية المركبة المرجو منها تحقيق هدف معين ،فتكون هذه القرارات بطبيعتها قصيرة المدى مقارنتها بالعقد أي بمعنى هدف القرار الإداري المنفصل يكون جزء من هدف العقد.

4-معيار مشروعية القرار الإداري المنفصل:

في بداية الأمر الشرعية الخاصة بالقرار الإداري في حد ذاته تظهر من خلال مراقبة القاضي الإداري وبالخصوص الشرعية المتعلقة بالعملية المركبة، لأنه يحدث إندماج من الصعب فصله، ومن هنا لتحديد ما إذا كان القرار الإداري قرارا إداريا منفصلا، فعلى قاضي الإلغاء التطرق وتحديد عناصر الشرعية المتعلقة بالقرار في حد ذاته، حيث نجد أنه هناك شرعية مرتبطة مباشرة بالقرار الإداري وشرعية أخرى لها علاقة بالعملية المركبة[17].

فبالنسبة للشرعية المرتبطة بالقرار الإداري، فهي تلك المتعلقة بالبحث في عيوب القرار الإداري الخاصة بالصحة الخارجية من الإختصاص والإجراءات وكذا العناصر المتعلقة بالصحة الداخلية (السبب والهدف) [18]، بالإشارة إلى عدم قدرة قاضي الإلغاء للتطاول على شرعية قرارات الرقابة، فهذا القرار يمكن أن يكون موضوعا متميزا للطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة، أما في ما يخص شرعية العملية المتميزة عن القرار الإداري مفادها التمييز والتفرقة بين القواعد المنظمة للعملية والقواعد المنظمة للقرار الإداري .

الفرع الثاني: أنواع القرار الإداري المنفصل

إنه ووفقا للمراحل التي تمر بها الصفقة العمومية ،نجد قرارات إدارية منفصلة في مرحلة الإبرام متمثلة في القرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية وقرارات تؤدي إلى إبرام الصفقة العمومية أو تؤدي إلى عدم إبرامها ،وقرارات إدارية منفصلة في المرحلة التنفيذية.

وعليه سوف نتناول هذا الفرع في أولا القرارات الإدارية المنفصلة المكونة لمرحلة الإبرام، وثانيا القرارات الإدارية المنفصلة في المرحلة التنفيذية.

أولا: القرارات الإدارية المنفصلة المكونة لمرحلة الإبرام

إن الإجراءات التي تمر بها مراحل إبرام الصفقة العمومية، تكون بقرار من السلطة الإدارية المختصة ثم بعد ذلك يتم فصلها لكي تكون قابلة للطعن فيها بالإلغاء، فهنا في مرحلة الإبرام نجد شقين إثنين، القرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية للصفقة العمومية والشق الثاني القرارات الفاصلة في مصير الصفقة العمومية (الإبرام أو عدم الإبرام).

1-القرارات الصادرة في المرحلة التمهيدية:

إن القرارات الممهدة لإبرام الصفقة العمومية تكمن في القرار الذي يتضمن فحواه الإستبعاد من المشاركة في المنافسة الخاصة بالصفقة العمومية، كذلك نجد قرار الإعلان بالإضافة إلى قرار المنح المؤقت الذي سوف نتطرق إليه لاحقا بنوع من التفصيل في دراستنا هذه.

فقرار الإستبعاد من المشاركة في الصفقة العمومية يقصد به إخراج أو عدم قابلية تقديم العروض نتيجة رؤية الإدارة المتعاقدة بأن مجموعة من الأشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية لا تتوفر فيها الشروط اللازمة التي تقوم عليها الصفقة العمومية بناءا على قوائم، حيث يمس هذا النوع من القرارات الإدارية المنفصلة موضوع العطاءات.

ومن خلال أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،نجده نص على نوعين من قرارات الإستبعاد متميز كل واحد عن الآخر، فالأول قرار رفض العرض المقدم فهذا النوع من القرار يمس العرض المقدم لعدم إستيفاءه للشروط المطلوبة، من حالات الإستبعاد شرط الآجال والشروط المتعلقة بشكل ومضمون التعهدات [19].

كما نصت المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على رفض العروض التي لا تتوافق ومتطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية أو النجاعة المفروض الوصول إليها والمنصوص عليها في دفتر الشروط وفقا لحالة الإستشارة الإنتقائية ،كذلك إذا كان العرض المالي للمتعامل المختار منخفضا بطريقة مفرطة وفقا لما ورد في المادة 72 كسبب من أسباب حالة رفض العرض بناءا على إقتراح لجنة تقييم العروض وفقا لما يلي :".....إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة

المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة .وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الإقتصادية .وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل. "

أما في ما يخص قرار إستبعاد متنافس فهو من أبرز القرارات الإدارية المنفصلة الذي يعمل على الإقصاء من المشاركة في كافة الصفقات العمومية المعلنة عنها، كذلك وفي حالة قرار الإقصاء الذي نصت عليه المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث يتم تطبيقها بناءا على قرار وزاري يصدر من الوزير المكلف بالمالية.[20]

ولتجنب الأخطاء التي يمكن أن تنجر عن تسرع وتعسف الإدارة المختصة في إصدار القرار ،عمل المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على وضع مجموعة من الإجراءات لصدور الإقصاء، كضمان للمتعامل الإقتصادي بدرجة أولى.

وفي هذا السياق التسجيل في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، يكون من إلتزامات المصلحة المتعاقدة وذلك من أجل توفير الجو الملائم للمنافسة، ويكون هذا بموجب قرار إداري منفصل قائما بذاته وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 89من المرسوم الرئاسي السالف الذكر ،إلا أنه ونظرا لخطورة إتخاذ القرار المتعلق بالتسجيل ،تم ووفقا لقرار وزاري بإتباع إجراءات محددة.

وأخيرا وليس آخرا فبالنسبة لقرار الإعلان فهو وسيلة للتعبير عن الرغبة في التعاقد من طرف الإدارة المتعاقدة، وذلك لتحقيق مشروع معين وفقا لشروط، وتكون بذلك ملزمة من خلاله بإحترام مبادئ الطلب العمومي (المنافسة والمساواة والعلنية)، فعلى الإدارة المتعاقدة السهر على تطبيق شكل معين يخص الإعلان وذلك وفقا لما تم النص عليه من المواد 61 الى 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تم التطرق من خلالها إلى طرق الإعلان المتبعة واللغة المنتهجة في صياغته والبيانات التي يجب أن يحتويها، إضافة إلى الشروط الشكلية للإعلان عن الصفقة العمومية، نجد كذلك الشروط الموضوعية للإعلان وهي المتمثلة في إحترام المبادئ الأساسية للصفقة العمومية.

2- القرارات الفاصلة في مصير الصفقة العمومية(الإبرام أو عدم الإبرام)

تعتبر هذه القرارات تمثيل لإفصاح الإدارة عن رغباتها، كسلطة عامة من أجل إحداث أثر قانوني، وعليه فإذا ارتأت الإدارة المتعاقدة حسب سلطتها التقديرية بأن العطاءات المقدمة ليست ملزمة بإبرام العقد[21]، فهذا النوع من القرارات يقبل الإنفصال عن العقد بالرغم من إرتباطها الوثيق به، حيث أنه يكون لمن له المصلحة حتى ولو كان من الغير من أجل حمايته الحق في الطعن بالإلغاء[22].

وعليه نجد القرار المتضمن إبرام الصفقة العمومية والذي يقوم على النتائج الإيجابية المتوصل إليها، يؤدي إلى إنشاء العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل بتوفر الرضا لكلاهما[23]، وبالرغم من أن هذا القرار لا يؤدي إلى إبرامه إلا أنه يخضع لقاضي الإلغاء مستقلا عن العقد[24]، حيث عمل مجلس الدولة الفرنسي، في قبوله للطعن بالإلغاء الفصل بين القرار الصادر المتعلق بالغلق والعقد ذاته. [25]

وعليه ولقبول دعوى الإلغاء، ووفقا لأحكام نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي ورد فيها بأنه يرجع الإختصاص بالإبرام إلى السلطة المختصة، أي يرجع للممثل القانوني للمصلحة المتعاقدة وفي كافة الحالات وفقا لما نص عليه القانون، كذلك نجد نقطة تفويض الإختصاص للموافقة على إبرام الصفقة العمومية، والمقصود به التفويض في جانب من الإختصاص لصاحب الإختصاص في مسألة معينة إلى شخص آخر، أي أنه هنا عمل على تضييق المجال في التفويض بالإختصاص.

كذلك وبالرجوع إلى نص المادة الرابعة من نفس المرسوم السالف الذكر نجدها قد أشارت إلى التفويض في الإختصاص في مرحلة التحضير والتنفيذ، ولم يخص بذلك مرحلة الإبرام التي أوكلها لصاحب الإختصاص فقط.

أيضا وفي هذا السياق نجد قرار رفض إبرام الصفقة العمومية والذي يقوم على حالتين، الحالة الأولى مفادها إقرار للإدارة المتعاقدة برفض التعاقد مع الشخص الذي رست عليه الصفقة العمومية نظرا للمصلحة العامة، وفقا لما نصت عليه المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي ورد فيها ما يلي :"عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة ، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية ،إعلان إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة

العمومية. و لا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و/أو المنح المؤقت للصفقة العمومية ."أما الحالة الثانية إذا لم يتم تقديم إلا عطاءا وحيد بعد إستبعاد بقية العطاءات أو تقديم عطاء وحيد فقط، هنا تتراجع المصلحة المتعاقدة عن الأسلوب العادي وتلجاء حسب الحالة إلى أسلوب التراضي[26].

ثانيا: القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة التنفيذية

إن هذا النوع من القرارات يعتبر مكونا للصفقة العمومية حيث أنه هناك جانب يرى، بأنها قرارات غير منفصلة عن الصفقة العمومية أي أنها غير قابلة للإلغاء، كذلك يرى جانب آخر بأنها قرارات منفصلة تخضع لقضاء الإلغاء، أي أن الإنفصالية هنا هي التي تحدد الجهة القضائية المختصة، وعليه وعند إبرام الإدارة المتعاقدة للعقد، يصدر من طرفها مجموعة من التصرفات التي تهدف إلى التعديل الراجع لسلطتها الإمتيازية، حيث هنا المتعاقد معها لا يحق له الذهاب إلى طريق القضاء بدعوى الإلغاء وإنما يذهب إلى القضاء المتعلق بالعقد (القاضي الإداري).

فالقضاء الفرنسي قام بالتفرقة بين القرارات التي تصدرها الإدارة بإعتبارها متعاقدة والقرارات الصادرة من طرفها بإعتبارها سلطة عامة، وفي هذا السياق يرى مفوض الحكومة الفرنسيةTradieu في قضيةCIED DU NORD ET AUTRES بتاريخ 1907/12/06بأن الأوامر الصادرة عن الدولة بناء على شروط التعاقد فهي تخضع لقاضي العقد ،أما تلك المتخذة بناءا على لوائح فهي تخضع لدعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: مدى فعالية القرارات الإدارية المنفصلة على مصداقية وسير الصفقة العمومية

تكمن جوهرية القرارات الإدارية المنفصلة في سير الصفقة العمومية، إذا كان هذا القرار الإداري المنفصل مرتبطا إرتباطا وثيقا بالعملية المركبة خاصة في بدايته، بحيث يصبح لصيق بصفة لا يمكن تجزئته وبالتالي عدم قبول الطعن فيه بالإلغاء، أما إذا كان هذا القرار الإداري المنفصل يعتبر عنصر جوهري في الصفقة العمومية وبالتالي الطعن فيه لا يؤثر في العملية المركبة[27]، إضافة إلى هذا فالفعالية تكمن في مشروعية القرارات الإدارية المنفصلة والتي تخدم الصفقة العمومية بكافة مراحلها.

ومن خلال هذا المطلب سوف نتناول تفعيل القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقة العمومية المبرمة من خلال مرحلة الإبرام في الفرع الأول والفرع الثاني نجد فيه فعالية القرارات الإدارية المنفصلة المنفذة للصفقة العمومية المبرمة.

الفرع الأول: تفعيل القرارات الإدارية المنفصلة
في الصفقة العمومية المبرمة في مرحلة الإبرام

القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة الإبرام، الطعن فيها يكون حتى ولوكان من الغير وذلك بغيت حمايته بالدرجة الأولى، بشرط أن لا يقصد من وراء هذا الإلغاء خرق الإدارة المتعاقدة بنود العقد بل لشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح.

حيث نجد في صورة رقابة الوصاية قرار المصادقة على الصفقة العمومية، وفي هذا السياق يجب أن يتم التأكد من أن الصفقة العمومية المبرمة من البرامج والأوليات المسطرة للقطاع نظرا لأهميته، كما نصت المادة 149 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية على ما يلي: "يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولات المجلس الشعبي البلدي .....يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما[28]"، ويقصد بالمناقصة هنا طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وأحسن مثال في هذه المرحلة نجد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية، فهذا القرار يعمل على ضمان فعالية الطلبات العامة وذلك من خلال إيصال المعلومة المتعلقة برغبة المصالح المتعاقدة في التعاقد، حيث يعمل على إستبعاد الإدارة عن أجواء الشك وعدم الطمأنينة وأداءها النزيه عند إبرام الصفقة العمومية، حيث تتحقق الوقاية من جرائم المال العام، بالموازاة مع ضمان منافسة واسعة[29].

الفرع الثاني : فعالية القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة التنفيذ

إن القرار الإداري المنفصل يكون فعالا في مرحلة التنفيذ، من خلال قرار التعديل الإنفرادي الذي يكون غير مشروع مع توفر المصلحة للطاعن ذو علاقة مباشرة بالعقد، وأحسن مثال نعطيه لو أن الإدارة أصدرت القرار بصفتها الطرف الآخر في العقد هنا في هذه الحالة المتعاقد يسلك طريق القضاء الكامل، على عكس ولو سلكته وهي بصفتها سلطة الضبط.

على أن يقوم قرار التعديل على أساس ظروف أستجدت بعد عملية الإبرام وذلك بطريقة منفردة، حيث يجب أن يكون التعديل قائما على القواعد العامة للمشروعية الإدارية، وإلا يعد هذا التعديل باطلا، ويقوم هذا التعديل على فكرة فعل الأمير الذي يلحق ضررا بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد.

المبحث الثاني: المنح المؤقت كقرار إداري منفصل

إن المنح المؤقت بالنسبة للصفقة العمومية، تم تأكيده والنص عليه في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 [30] بعد النص عليه ولأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وذلك من خلال المادة 43، فيقوم هذا الإجراء على توفر الشروط المطلوبة في صاحب أفضل عرض، حيث تم النص على هذا القرار في المادة 65 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على :"..... 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 بإختيار حائز الصفقة العمومية."

فقرار المنح المؤقت يعتبر آلية من أجل تحقيق مبدأ الشفافية وذلك من خلال إختيار المتعامل الإقتصادي القادر على تنفيذ بنود الصفقة العمومية وفقا لمتطلبات دفتر الشروط.

وللتفصيل في قرار المنح المؤقت بإعتباره نوع من أنواع القرارات الإدارية المنفصلة، سوف نتطرق في المطلب الأول إلى عموميات حول قرار المنح المؤقت، وفي المطلب الثاني سوف نتعرض من خلاله إلى خصوصية قرار المنح المؤقت في أسلوب التراضي.

المطلب الأول : عموميات حول قرار المنح المؤقت

إن إصدار هذا النوع من القرارات من طرف الإدارة المتعاقدة يقوم على معايير معينة نص عليه التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، حيث يتم نشر هذا القرار وفقا للشروط التي نصت على إجراء الإعلان.

إلا أن هذا النوع من القرار ات الإدارية المنفصلة تعرض إلى إنتقادات، حيث يرى البعض بأنه يكرس ويشجع على البيروقراطية والبعض الآخر يرى العكس بل هو مشجع للشفافية حماية في ذلك للمتعاملين المتعاقدين[31]، حيث يصدر قرار المنح المؤقت بعد إستنفاد جميع مراحل عملية الإبرام فيأتي في النهاية، وعلى الرغم من أنه يطيل بعض

الشيء في الإجراءات إلا أنه يعمل على إضفاء الشفافية من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت إضافة إلى هذا ذكر معايير الإنتقاء وما يقابلها من تنقيط.

إذا نجد هذا المطلب يدرج تعريف قرار المنح المؤقت ضمن الفرع الأول، والفرع الثاني نجده يتحدث عن إجراءات قرار المنح المؤقت ومسببات إلغائه.

الفرع الأول: تعريف قرار المنح المؤقت

هو قرار إداري قابل للفصل، أي يمكن فصله عن العملية التعاقدية الهدف منه الإعلان عن رسو الصفقة العمومية على متعاقد مقدم أحسن عرض مالي وتقني مبدئيا[32]، فهو قرار غير نهائي، إلا أنه و برجوعنا إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجده لم يعطي تعريفا جامعا للقرار المتعلق بالمنح المؤقت، كما أكدت المادة 52 الفقرة الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن قرار المنح المؤقت هو تدعيم الشفافية.

كذلك هو عبارة عن قرار تنظيمي يكون أو فردي صادر من السلطة الإدارية[33]، مع تبني في ذلك المعايير التي تم النص عليها في المادتين 800و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة التاسعة من القانون العضوي[34]، أي أنه تم تبني المعيار العضوي ،كما يمكن إعتباره من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة الممهدة لإبرام الصفقة العمومية والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء [35].

أيضا تم تعريفه على أنه قرارا إداريا منفصلا لتوافره على جميع خصائص القرار الإداري ولذلك ذهبت المحكمة الإدارية في فرنسا إلى إعتبار قرار المنح باطلا إذا جاء بناءا على تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض ،إذ لا يصح التفاوض في هذه المرحلة من مراحل إبرام الصفقة العمومية [36].

الفرع الثاني: إجراءات إصدار قرار المنح المؤقت ومسببات إلغائه

إن صدور هذا النوع من القرارات الإدارية المنفصلة، يخضع إلى مجموعة من الإجراءات والضوابط التي يجب إحترامها من طرف المصلحة المتعاقدة تدعيما للشفافية، وإلا يعد صدور هذا القرار مشوبا بعيب من عيوب عدم المشروعية الإدارية التي يترتب عليها الطعن فيه بالإلغاء، حيث تكون هذه الإجراءات نفس الإجراءات المتبعة في طلب العروض.

وإنطلاقا من هنا سوف نتناول هذا الفرع من خلال إجراءات قرار المنح المؤقت المقرونة بضوابط محددة في أولا، ومسببات إلغاء قرار المنح المؤقت في ثانيا.

أولا: إجراءات إصدار قرار المنح المؤقت المقترنة بضوابط محددة

إن هذه الإجراءات تقوم بناء على لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، حيث أن إنشاء هذه اللجنة يعتبر أمرا إلزاميا على مستوى كل إدارة متعاقدة، وتكون هذه اللجنة متكونة من أعضاء أكفاء بناء على مقرر أو قرار صادر عن مسؤول المصلحة المتعاقدة تخضع في عملها للعلنية.

ومن الصلاحيات الأولى لهذه اللجنة هي صلاحيات إدارية وتقنية حيث نصت المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على : " تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بعمل إداري و تقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا"، بعدها تقوم بعرض عملها على المصلحة المتعاقدة وهي التي تعطي القرار النهائي مع التبرير في ذلك.

ومن خلال قراءتنا لأحكام المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن هذه الخطوة تحدث ضمن الرقابة الداخلية أي تكون على مستوى المصلحة المتعاقدة، حيث وفي هذا الإطار منح المشرع الحق للمصلحة المتعاقدة في إنشاء أكثر من لجنة دائمة أي وسع في الرقابة الداخلية، وهذا يرجع إلى أهمية النشاط الخاص بالإدارة المتعاقدة، إضافة الى هذا إمكانية إحداث لجنة تقنية تعمل على تحرير تقارير تحليلية للعروض قصد مساعدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

وعليه يتم عمل هذه اللجنة على جزئيين إثنين وذلك من خلال تكوين لجنتين، اللجنة الأولى وهي لجنة فتح الأظرفة والتي يبدأ عملها من آخر ساعة لإيداع العروض، حيث يتم فتح العروض التقنية والمالية في آخر الآجل المحدد لتحضير العروض وذلك في جلسة علنية مع حضور جميع المتعهدين في كافة الحالات، مع إحترام صلاحياتها وفقا لما نصت عليه المادة 71من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي جاء فيها ما يلي: "- تثبت صحة تسجيل العروض،

- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى و مبالغ المقترحات والتخفيظات المحتملة،

- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض،

- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال،

-تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة،

-تدعو المرشحين أو المتعهدين، عند الاقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة، إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة. ومهما يكن من أمر، تستثني من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد و المتعلقة بتقييم العروض،

-تقترح على المصلحة المتعاقدة، عند الاقتضاء، في المحضر، إعلان عدم جدوى الاجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم،

-ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم."..

أما الجزء الثاني فهو تقييم العروض وذلك وفقا لما ورد في نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبعد ذلك تأتي نقطة الحسم والمتمثلة في إختيار المتعامل المتعاقد معه، حيث يتم إرساءها له بصفة مؤقتة على أساس أنه من أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية

إلا أن هذه الإجراءات تخضع لقيود الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية وبناءا على النتائج المتحصل عليها من تقييم العروض التقنية والمالية، لمن منحة له الصفقة العمومية بصفة مؤقتة، أما بالنسبة للمتعهدين الآخرين يتم دعوتهم في نفس الإعلان من أجل الإطلاع على النتائج بصفة مفصلة وذلك في أجل أقصاه " 3 أيام "، على أن يتضمن الإعلان جميع البيانات التفصيلية والمبررة من طرف الإدارة المتعاقدة وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 82 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن

تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على :"..... يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو ،في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المرشحين والمتعهدين الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الإتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا...."، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة حرصت على تكريس مبدأ الشفافية من أجل الصالح العام التي تسعى الإدارة المتعاقدة الى تحقيقه.

ثانيا: مسببات إلغ إلغاء قرار المنح المؤقت

يقصد بمسببات إلغاء قرار المنح المؤقت تلك العيوب التي تشوبه، حيث يمس هذه العيوب أركان القرار الإداري المنفصل، وبإعتبار قرار المنح المؤقت قرارا إداريا فالعيوب التي تشوبه هي تلك التي تشوب القرار الإداري بصفة عامة، وذلك وفقا لما يلي:

1-عيب في الإختصاص

المقصود بالإختصاص هو المكنة والضوء الأخضر لإعطاء شخص أو جهة إدارية الصلاحية للقيام بعمل معين على الوجه القانوني[37]، فقبول دعوى إلغاء قرار إداري (قرار منح مؤقت) يقوم على مجموعة من الأسباب أولها عدم الاختصاص (عدم المشروعية الخارجية)، حيث يمكن القول هنا هو عدم القدرة القانونية من أجل القيام بتصرف معين أو صدور القرار الإداري من موظف ليس له سلطة إصداره طبقا للقوانين أو اللوائح النافذة[38]، حيث نجد في ذلك عيب الإختصاص الجسيم (إغتصاب السلطة) وعدم الإختصاص البسيط والذي نجد فيه عدم الإختصاص الموضوعي والمكاني والزماني[39].

2-عيب الشكل والإجراءات

إن إصدار المصلحة المتعاقدة لقراراتها، لا يقيدها بقالب معين إلا أنه وحماية لحقوق وحريات الأفراد وحسب إتباعها بمجموعة من الإجراءات وهذا ما يعرف بركن الشكل والإجراءات(المشروعية الخارجية) وهو الصورة أو الواجهة التي تحتمها القوانين واللوائح من أجل أن يفرغ فيها القرار[40].

وبمفهوم المخالفة وبرجوعنا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تتضمن إجراءات المنح المؤقت فإن أي عيب أو خلل في هذه الإجراءات يؤدي إلى عدم مشروعية القرار الإداري ولا يقصد بالشكليات الثانوية، بل تلك الجوهرية ضمانا لحسن سير المرفق العام وكذا تحقيق

الدقة في الأعمال الإدارية [41].

3-عيب المحل

محل القرار هو ذلك الممكن تحقيقه، وأن يكون مشروعا بمعنى لا يكون به عيب مخالفة القانون الذي يؤدي إلى أثار غير مشروعة نتيجة مخالفته لمبدأ المشروعية، حيث نجد هنا المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية ويقصد بها إصدار الإدارة قرارا يخالف مضمون القاعدة الملزمة لها هذا بالمفهوم الإيجابي، أما عن المفهوم السلبي هو الإمتناع عن أداء عمل استلزمته تلك القاعدة [42]، وهذا يعتبر تعدي على المشروعية الإدارية وإحترامها للنظام القانوني السائد في الدولة.

وفي هذا السياق فإن مخالفة القرار المنفصل لنصوص العقد الإداري لا تؤدي إلى إلغائه وذلك يرجع لكون العقد لا يرقى إلى أن يكون قاعدة قانونية، كذلك لا يحق لقاضي الإلغاء أن يتفحص نصوص العقد من أجل إستخراج أسباب عدم مشروعية القرار[43]، أيضا نجد رأي آخر متمثل في إمكانية إلغاء القرار المنفصل وهذا يرجع لعدم مشروعية الشروط التعاقدية في حد ذاتها، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي.

4-عيب السبب

وهو الحالة القانونية أو الواقعية السابقة على إتخاذ القرار ويشترط فيه أن يكون موجودا والسبب مشروعا، وعليه الحالات التي تجعل القرار الإداري المنفصل معيب هي: إنعدام الوجود المادي للوقائع وكذلك الخطأ في التكييف القانوني للوقائع التي يكشفها القاضي الإداري.

حيث يظهر عيب السبب في صورتين إثنين، الأولى وهي إصدار القرار خارج نطاق تطبيق القانون، أي تكون القرارات غي منصوص عليها قانونا، والصورة الثانية تتمثل في تخلف الأساس القانوني للقرار [44].

5-عيب الغاية (الانحراف بالسلطة)

ويقصد بها الهدف الذي تصبو إليه الإدارة المتعاقدة وذلك بناءا على تحديد الأهداف المرجوة من إصدار هذا القرار من طرف الإدارة العامة سعيا منها إلى تحقيق المصلحة العامة دون الخاصة بشرط أن يكون هذا الهدف مشروع وغير مخالف للقانون، وفي الواجهة المعاكسة عيب الإنحراف بالسلطة أي سلوك الإدارة طريق غير الطريق الذي تم رسمه[45]، حيث يمكن تسميته بشمولية عيب إساءة إستعمال السلطة أو الإنحراف بها

من أجل إستعمال هذا القرار بغيت أغراض غير مشروعة، والذي يأخذ عدة صور متمثلة في مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف حتى ولو كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة مما يؤدي إلى إلغاءه[46]، أي عدم حياد الإدارة عن المصلحة العامة في إصداره وميلها لتحقيق مصالح أخرى لا تخدم بالأساس المصلحة العامة.

المطلب الثاني : خصوصية قرار المنح المؤقت في أسلوب التراضي

إنه وبإعتبار أن أسلوب التراضي هو أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية، فعند مقارنته بالطريق العادي وخاصة في ما تعلق بإجراءات إتباعه نجدهما يختلفان وهذا يرجع لإختلاف المبدأ، حيث أن طلب العروض يقوم وبالدرجة الأولى على مبدأ المنافسة، أما التراضي فيقوم على أساس التفاوض، إلا أنه هناك نظرية ترى بأن التراضي أسلوب مجرد من الشكليات المفروضة منها تلك الموجودة في طلب العروض والمقصود هنا قرار المنح المؤقت.

فالبنسبة لقرار المنح المؤقت في طلب العروض هو إجراء سابق للمنح النهائي والذي يعتبر المصادقة النهائية على إبرام الصفقة العمومية، أما في ما يخص التراضي فالأمر يختلف علما أن هذا الأسلوب نجد فيه شكلين الشكل الأول التراضي البسيط والشكل الثاني التراضي بعد الإستشارة.

إذا ووفقا لهذا المطلب نجد فرعين الفرع الأول يشمل قرار المنح المؤقت والتراضي البسيط والفرع الثاني يتحدث عن قرار المنح المؤقت والتراضي بعد الإستشارة.

الفرع الأول : قرار المنح المؤقت والتراضي البسيط

في بداية الأمر إن منح الصفقة العمومية يعد من قبيل السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، وهذا يرجع لغموض المشرع الجزائري في وضعه لإجراءات محددة تعمل على رسم طريق واضح ومتسلسل لأسلوب التراضي البسيط.

وعليه و بالإطلاع على الحالات التي يقوم عليها التراضي البسيط نجده لم يدرج إجراء المنح المؤقت بل أعطى للمصلحة المتعاقدة صلاحية إصدار قرار المنح النهائي مباشرة وهذا ما يعد إجحافا في حق المتعاملين الأخرين (الحق في الطعن) مما يؤدي إلى إمكانية أكبر لحدوث الفساد وتوسيع مجاله.

الفرع الثاني : قرار المنح المؤقت والتراضي بعد الإستشارة

بالرجوع إلى المادة 52 الفقرة الثامنة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجدها قد نصت على ضرورة نشر المنح المؤقت للصفقة العمومية المبرمة بالتراضي بعد الإستشارة، وفقا للشروط المحددة في المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مثله مثل طلب العروض تكريس لمبدأ الشفافية والنزاهة.

إلا أنه ورد إستثناء متعلق بالخدمات الخاصة بالخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا، يعرض فيها الإعلان للمنح المؤقت للصفقة العمومية بمراسلة للمتعاملين الإقتصاديين اللذين تمت إستشارتهم، وذلك وفقا لما ورد في أحكام المادة 82 الفقرة التاسعة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومن هنا قرار المنح المؤقت نجد لها صور أولها المنصوص عليها في أحكام المادة 82 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد كذلك قرار التراجع عن المنح المؤقت الذي يكون نتيجة الإحتجاج من طرف المتعاملين المتعاقدين الأخرين، كذلك نجد قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية المعدل.

وتكريس هذا المبدأ ما قبل التعاقد، يكون من أجل إعطاء المترشحين اللذين تمت إستشارتهم وإعترضوا على إختيار المصلحة المتعاقدة الحق في الطعن[47]، كما يجب إدراج إعلان المنح المؤقت في الجرائد التي نشر فيها إعلان الإستشارة إذا كان ممكنا، أو في جريدتين يوميتين وطنيتين على مستوى الوطن، حيث يتم الإشارة في الإعلان على جميع المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية الممنوحة مؤقتا، وذلك لفتح المجال أمام المرشحين من أجل الإستفسار.

وبذلك يتم الطعن في أجل 10 أيام بدايتا من نشر الإعلان عن المنح المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة أو بوابة الصفقات العمومية وذلك في حدود المبالغ المحددة وفقا لما ورد في المادة 173 والمادة 184 اللتان إشارة لهما المادة 82 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الخاتمة:

إن نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ليست نظرية فقط، بل يتعد ذلك إلى الجانب التطبيقي للصفقات العمومية وذلك بصفة خاصة والعقد بصفة عامة، حيث أنها لا تكون إلا ضمن العمليات المركبة، بمعنى أنها لا تكون في العمليات البسيطة بحيث تعتبر هذه الأخيرة مجرد قرار فقط.

إذ تكمن أهمية القرارات الإدارية المنفصلة في العملية المركبة، في إمكانية فصلها عن هذه الأخيرة والقدرة على الطعن فيها بإستقلالية دون إرتباطها بأي قرار آخر أو بالعملية المركبة، ويرجع تحديد ما إذا كان القرار الإداري هو قرار إداري منفصل إلى القاضي الإداري دائما.

فالقرار الإداري المنفصل يأخذ قيمة كبيرة في العمل الإداري، وخاصة في النشاط الإداري من الناحية العملية آخذا في ذلك محل إهتمام كبير، ومن هذه القرارات الإدارية المنفصلة نجد قرار المنح المؤقت والذي يعد آلية مستحدثة في نظام الصفقات العمومية، بإعتباره وسيلة لإضفاء الشفافية على الصفقات العمومية وذلك من خلال إنتقاء المتعامل الأقدر ماليا وتقنيا، مع ضمانه للحماية القانونية لباقي المتعهدين من خلال رفع دعوى الإلغاء.

كذلك ومن خلال دراستنا نجد أن قرار المنح المؤقت لم يكرس في إجراء التراضي البسيط وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن هذا القرار يتماشا وإجراء المنافسة والقواعد الشكلية المقررة قانونا، على عكس ما هو معروف في إجراء التراضي البسيط الذي تغيب فيه المنافسة والإشهار كما لا يعترف بإجراء المنح المؤقت، حيث كان من الأفضل على المشرع أن يهتم بهذا الموضوع وفرض إجراء المنح المؤقت في أسلوب التراضي البسيط وذلك حماية للمال العام، لأنه بعيد كل البعد عن المنافسة والشفافية.

الهوامش:

1- **إكرام طالب بن دياب** ،القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام المعمق ،جامعة ابو بكر بلقايد ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،تلمسان ،سنة 2016-2017،ص1.

[2] -**زين الدين بخوش** ،طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،أطروحة لنيل درجة دكتوراه القانون العام ،كلية العلوم الساسية ،جامعة باجي مختار عنابة ،ص درجة دكتوراه القانون العام ،كلية العلوم الساسية ،جامعة باجي مختار عنابة ،ص 306.

[3] -**إبراهيم محمد عبد الحليم** ،أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير دراسة مقارنة ،رسالة دكتوراه ،بحث غير منشور ،كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية ،1994،ص127.

4 -الهدف منها العمل على تحديد القواعد التي يقوم عليها الإختصاص القضائي وذلك في منازعات العقود الإدارية، مما يؤدي إلى عدم تنازع الإختصاص خاصة بعد تقسيم القضاء الإداري إلى قسمين قضاء إلغاء وقضاء كامل وذلك في سنة 1864.

5 -**حنان عطوي** ،الرقابة القضائية على منازعات القرارات المنفصلة في العقود الإدارية ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في إطار مدرسة دكتوراه ،فرع القانون الإداري ،جامعة باجي مختار ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة ،سنة 2011-2012،ص7.

6 -**الميلود بوطريكي**، القرارات الإدارية المنفصلة (دراسة مقارنة في القانون المغربي والفرنسي والمصري)،أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول ،كلية العلوم القانونية والإجتماعية، المغرب، سنة2005،ص26.

7 -**إكرام طالب بن دياب** ،القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية ،المرجع السابق ،ص11.

8 - **فاروق محمد معاليقي** ،نظرية الأعمال المتصلة والمنفصلة وتطبيقات في المنازعات الإدارية ،الطبعة الأولى ،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،2014،ص169.

9 -**إبراهيم محمد علي** ،أثار العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر ،الطبعة الثانية ،ص403.

10 -**شفيق جورجي ساري**، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري ،بدون طبعة ،دار النهضة ،القاهرة ،مايو2002،ص 43و ص44.

11 -**عمار عوابدي**، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري ،دار هومه ، الجزائر ،1999،ص93.

12 -**رشيد خلوفي** ،قانون المنازعات الإدارية –شروط قبول الدعوى الإدارية، الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ،الجزائر ،2009،ص76.

*13 -**LE FOULAN** , Contrebutions à l'étude de la distinction des contentieux ,le problème de Iq distinction de la compétence du juge du contrat en matière administrative ,A.J.D.A,1976 .P404 .*

*14 -**FLORIAN Michel** et **Hugo devillers** ,étudiants en master 2 recherche droit public fondamental à l'université jean moulin LYON ,recherche sur le mesure d'exécution d'une clause financière n'est pas un acte détachable du contrat et ne peut donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoirs ,alyoda, association lyonnaise de droit admininstratif,Paris,25/03/2013,P03 .*

15 -**وهيبة بوغازي** ،تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية ،مذكرة ماجيستير ،جامعة فرحات عباس ،سطيف ،-2010 2009،ص38.

*16 -**HUBERT Charles** ,Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français (contribution à une théorie administrative),Imprimerie BOSC FRERES,PARIS,1967 ,P178 .*

17 - **الميلود بوطريكي**، ،المرجع السابق، ص101.

18 -**ناصر لباد** ،الوجيز في القانون الإداري ،دار المجدد للنشر والتوزيع ،الطبعة الرابعة،2010،ص259.

19 -المادة 65و المادة 66من المرسوم الرئاسي رقم 15-247مؤرخ في 2ذي الحجة 1436الموافق لـ16سبتمبر2015،يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،ج ر عدد 50.

20 - قرار وزاري مؤرخ في 2011/03/28،يحدد كيفيات اقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية ،ج رعدد24،صادر في 20أفريل2011،ص33و ص34،من خلال المواد:7،8،3،4.

21 - **إكرام طالب بن دياب** ،القرارات الإدارية المنفصلة وتطبيقاتها على الصفقات العمومية، المرجع نفسه ،ص110.

22 -**محمود عاطف البنا**، العقود الإدارية ،دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ،مصر ،2007،ص340و ص341.

23 -**شريف سمية** ،رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ،مذكرة ماجيستير ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،الجزائر ،2016،ص34و ص35.

24 -**طارق بجادي** ،ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية ،مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،الجزائر ،2013-2014 ،ص41.

25 -حكم مجلس الدولة الفرنسي ،بتاريخ 8 أفريل1911في قضية COMMUNE DE OUSSE SUZAN-مجلة سيري-1913-القسم الثالث،50.

[26] - **زين الدين بخوش** ،طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،المرجع السابق ،ص313.

27 -**محمد سليمان الطماوي** ،النظرية العامة للقرارات الإدارية ،دراسة مقارنة ،مطبعة جامعة عين شمس ،الطبعة السادسة ، 1991،ص368.

28 -القانون رقم 11-10المؤرخ في 22يونيو2011المتعلق بالبلدية ،ج ر عدد 37،صادرة في 3يونيو2011.

29 -خيرة بن سالم ،الإعلان ودور المعاملات الإلكترونية في تعزيز المنافسة وترشيد الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي رقم15-247،مجلة صوت القانون ،جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة، الجزائر ،العدد السابع، الجزء الثاني، 2017،ص29.

30 -المرسوم الرئاسي رقم 250/02المؤرخ في 2007/07/24المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم .

-المرسوم الرئاسي رقم 236/10المؤرخ في 2010/10/07المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج .ر عدد 58المعدل والمتمم.

31 -**عمار بوضياف** ،الصفقات العمومية في الجزائر ،دار جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر ،طبعة 2007،ص129.

32 -محمد الصغير جباس ،الصفقات العمومية نصا و تحليلا ،مداخلة في ملتقى الصفقات العمومية ،جامعة ورقلة ،2013،ص15.

33 -**أحمد محيو**، المنازعات الإدارية ،ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط5،ص160.

34 -القانون العضوي 98-01المؤرخ في 1998/01/30المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ،ج .ر عدد 37.

35-**عمار عوابدي** ،النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ،الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1989،ص242و ص243.

[36] ***-Miereille BARBARI** ,Marchés Publics ,la réforme a travers la jurisprudence ,le Moniteur,Paris,2001,P79.*

37 -**محمد الصغير بعلي** ،دعوى الإلغاء ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،طبعة2007،ص290.

38 -**محمد رفعت عبد الوهاب** ،أصول القضاء الإداري ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،مصر ،طبعة 2007،ص135.

39 - **حنان عطوي** ،الرقابة القضائية على منازعات القرارات المنفصلة في العقود الإدارية ،المرجع السابق ،ص43و ص44و ص 45.

-**سلوى بزاحي** ،رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية ،مذكرة ماجيستير ،بحث غير منشور ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة باجي مختار عنابة ،2007،ص145.

-حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ 1968/11/27،نقلا عن :جمال عباس أحمد عثمان ،العقد الإداري وقضاء الإلغاء ،رسالة دكتوراه ،جامعة الإسكندرية ،بحث غير منشور ،2006،ص190.

-**طعيمة الجرف**،مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الغدارة للقانون ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر ،1998،ص118.

40 -**سليمان محمد الطماوي** ،النظرية العامة للقرارات الإدارية ،دار الفكر العربي ،الطبعة الخامسة ،سنة 1984،ص231.

[41] -***Laurent RICHER***,*Droit des contrats Administratifs,L.G.D.J,3eme edition ,paris ,1999,P139.*

42 -**نواف كنعان**، القضاء الإداري ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،طبعة 1998،ص299.

43 - **جمال عباس عثمان** ،النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة ،بدون طبعة، المكتب العربي الحديث ،مصر ،2007، ص212.

[44] - **زين الدين بخوش** ،طرق تسوية منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،المرجع السابق ،ص319.

45 - **نواف كنعان**، القضاء الإداري ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن، الطبعة الأولى،2002،ص307.

46 - **محمد الصغير بعلي** ، ، المرجع السابق ،ص 180.

47 -**سمية سحنون** ،إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في قانون الأعمال ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر1،2013،ص 16.