الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ في التشريع الجزائري

Judicial control of public procurement in the stages of conclusion and implementation in Algerian legislation

زوقارعبد القادر *

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

zouggar_abdelkader@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2022/09/24 - تاريخ القبول: 2022/12/17 - تاريخ النشر: 2022/12/27

الملخص: تحتل الصفقات العمومية في الجزائر مكانة مميزة، ذلك أنه منذ السنوات الأولى للاستقلال إلى يومنا هذا كانت السياسة الاقتصادية والتنموية للدولة الجزائرية ترتكز على الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة، فهي الشريان الذي يدعم عملية التنمية المحلية والتطور الاقتصادي الوطني، ناهيك عن المبالغ الطائلة المسخرة لتنفيذها، ما جعل المشرع يولي لها اهتماما خاصا ترجمه بمنظومة قانونية يتم تحيينها وفقا للتطورات الاقتصادية ويخضعها لنوع خاص من الرقابة.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، الرقابة القضائية، مرحلة الإبرام، مرحلة التنفيذ

Abstract: Public deals in Algeria occupy a distinguished position, since the early years of independence to the present day, the economic and development policy of the Algerian state has been based on public deals, one of the most important administrative contracts concluded by the state, as it is the artery that supports the process of local development and national economic development, not to mention the huge sums This is what made the legislator pay special attention to it, translating it into a legal system that is updated according to economic developments and subject to a special type of oversight

Keywords: Public transactions, judicial oversight, conclusion phase, implementation phase

* المؤلف المرسل: زوقار عبد القادر.

مقدمة:

لما كانت الصفقات العمومية تتعلق بالمال العام، وأنها ترتب حقوقا والتزامات لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها، فإنها من دون شك تثير منازعات سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ حين تتعارض مصالح الإدارة مع مصالح المتعامل أو العكس، وهو ما يفرض تدخل الجهة القضائية المختصة للفصل في هذه المنازعات حين ترفع أمامها الدعوى، وبذلك تمارس الجهة القضائية رقابتها، حفاظا للمصلحة العامة والمال العام وصيانة لحقوق الأفراد.

وباعتبار الصفقات العمومية عقودا إدارية، فإنه من المسلم به أن منازعاتها تنتمي أصلا إلى القضاء الإداري الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة عن العقد الإداري بين طرفيه، وبالتالي فإن القاضي الإداري يختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وتنفيذه وإنهائه[1].

ولكن لكل قاعدة استثناء، وباعتبار الصفقات العمومية هي وسيلة الدولة في انجاز المشروعات العامة التنموية وجب أن يتبع فيما يخص منازعاتها طرقا خاصة وأحكام متميزة تتسم بالسرعة حتى لا تتعطل المشاريع العامة بطول أمد النزاع [2].

وبالرجوع لنص المواد 82، 153، 154، 155[3] من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبالرجوع أيضا لقانون الإجراءات المدنية لسنة 2008 المعدل والمتمم فإن المشرع قسم المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية إلى صنفين منازعات ناتجة عن الإبرام ومنازعات تحدث عند التنفيذ وهو ما سنفصله في محورين

1- المنازعات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية

مقارنة بالعقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة فإن حرية الإدارة مقيدة في مجال العقود الإدارية، حيث أن المشرع ألزمها بإبرام صفقاتها وفقا لكيفيات وطرق رسمها لها القانون مسبقا.

1- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ص169.

2- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2011، ص 310.

3- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات وتفويضات المرفق العام.ج ر العدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

وإن خروج المصلحة المتعاقدة عن المسار المحدد لها قانونا ومخالفة الإجراءات المقررة لإبرام الصفقة، يتيح للمتعامل معها إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء قراراتها والتعويض عن الأضرار اللاحقة به.

وللوقوف على أهم المنازعات الناشئة قبل تنفيذ الصفقة العمومية وإبراز دور القضاء في هذه المرحلة سوف نتطرق أولا: لأسس المنازعة عند المنح المؤقت للصفقة، وثانيا: كيفية تسوية المنازعات الناشئة قبل تنفيذ الصفقة.

أولا: أسس المنازعة عند المنح المؤقت للصفقة

يؤسس الطعن المرفوع عادة في المراحل التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية،على مخالفة الأحكام الواردة في دفتر الشروط ومخالفة الإدارة للأشكال والإجراءات المقررة قانونا والمنبثقة عن القرارات ا لإدارية المنفصلة.

1.1- مخالفة الأحكام الواردة في دفتر الشروط

دفتر الشروط عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة، وطريقة منحها، والوثائق المكونة لها والمطلوبة من المترشحين، والأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد ومعايير الاختيار، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة والشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل حسن تنفيذ الصفقة.

ولقد نصت المادة 26 [4] من المرسوم الرئاسي رقم 15-274 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي(توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات وهي تشمل على الخصوص على ما يأتي:

1 . دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على كل صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

2 . دفاتر التعليمات التقنية المشتركة، التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات ،الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

3 . دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

[4] – المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

وعليه وتأسيسا على ما تقدم يمكن للمتعهدين الذين لم يسعفهم الحظ في الحصول على مشروع الصفقة وفي إطار منح الصفقة على أحد المترشحين أن يؤسسوا طعنهم على مخالفة الأحكام الواردة في دفتر الشروط، ومنها انحياز الإدارة لأحد المتعهدين وتقييم عروضه بشكل لا يتناسب مع مقدرته التقنية والمالية، فعلى سبيل المثال، قد تضع المصلحة المتعاقدة في إطار الإعلان عن طلب عروض محدود لإنجاز مشروع يستلزم تقنيات معينة ووفق مقاييس دولية وشروط معينة لتنفيذ الصفقة كمدة الإنجاز والمواد المستعملة وشهادة التخصص وتصنيف المهنيين المطلوبة في هذا المجال ..الخ، وتقتضي الرقابة الداخلية دراسة العروض المقدمة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بدءا بالتقييم التقني ثم المالي فقد يحتج أحد المتعهدين على إجحاف المصلحة المتعاقدة في تنقيط مدة الإنجاز المقترحة من طرفه، مقارنة بالمتعامل المتعاقد الذي تحصل على الصفقة، ونفس الأمر يمكن أن نجده في صفقة اقتناء اللوازم وذلك فيما يتعلق بآجال التسليم.

وقد تصدر المصلحة المتعاقدة أثناء المراحل التمهيدية لتكوين الصفقة العمومية قرارات إدارية منفصلة قد تؤدي إلى خرق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين واللوائح وهو ما سنتطرق إليه نتطرق إليه في العنصر الموالي.

2.1- القرارات الإدارية المنفصلة

لا تتمتع الإدارة بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد في إبرام عقودهم وبالتالي فإنها تلزم في أغلب الحالات بإتباع الطرق المرسومة لها وفق التشريعات والتنظيمات المعمول بها لكي تصل إلى اختيار المتعاقد معها سواء من حيث الأهلية أو حسن السمعة أو الكفاية المالية والفنية[5].

وقد تصدر الإدارة في مرحلة التعاقد قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه...الخ وهذه القرارات ليست مستقلة بذاتها وإنما تدرج في عملية التعاقد، ويستلزم المشرع حماية للمصلحة العامة وتجسيدا لمبدأ المساواة بين المترشحين مع الإدارة احترام الشروط والإجراءات المحددة بموجب القوانين واللوائح.

وعليه فإن القرارات التي تتخذها الإدارة تمهيدا لإبرام العقد تعد بمثابة أعمال منفصلة يمكن المطالبة بإلغائها في حالة عدم احترامها للإجراءات والشروط المفروضة عليها قانونا، ويجب أن نشير إلى الفرق بين القرار الإداري المنفصل عن العقد والقرار التنفيذي له، فالقرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية نوعان:

[5] – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة ص 209، 208.

. القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد، وتسمى بالقرارات المنفصلة المستقلة وهي قرارات نهائية تخضع لنفس الأحكام الخاصة بالقرارات النهائية من حيث قابلية طلب إلغائها.

– القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا للعقد، واستنادا لنص من نصوصه فهذه الأخيرة تدخل في نطاق القضاء الكامل ولا يمكن المطالبة بإلغائها لتجاوز السلطة أو حتى وقف تنفيذها.

وتعتبر نظرية القرارات والأعمال المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، حيث أخذ يوسع من نطاقها لتشمل القرارات الانفرادية الصادرة قبل إبرام العقد،ونذكر على سبيل المثال قرارات السلطات الوصائية المتضمنة التصديق على إبرام العقد،قرارات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، قرار المنح المؤقت للصفقة، قرار إقصاء أحد المتعهدين..الخ.

إن الأمر المسلم به هو أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة يؤدي إلى بطلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبنى على باطل فهو باطل.ولكن اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي يجري باستمرار ومنذ أمد بعيد على أن إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها لا يمكن أن يؤدي إلى إلغاء العقد، بل يبقى العقد سليما ونافذا حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء بناء عل الأثر المطلق لحكم الإلغاء أمام قاضي العقد وحينئذ يجوز لهذا الأخير أن يحكم بإلغائه أي العقد استنادا إلى الحكم بإلغاء القرارات المنفصلة والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد[6].

3.1: تسوية المنازعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية

أ– المنازعة أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة

فرض المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق في مادته رقم 49 إجراء إعلان المنح المؤقت للصفقة ينشر في ذات الجريدة التي تم فيها نشر إعلان الصفقة مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية وهذا تكريسا لمبدأ الشفافية وهو من أهم المبادئ التي تحكم تنظيم الصفقات العمومية [7].

[6] – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، 211.

[7] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 311.

وتكريسا لحق الطعن في المنح المؤقت للصفقة العمومية وهو إجراء أولي يخول للجهات المعنية ممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة نصت المادة 82[8] من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في15 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على مايلي: « زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به ،يمكن للمتعهد 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 طعنا ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة أيام، ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 أدناه..... » وبهذا الإجراء يمكن للمتعهدين المعنيين الذين قدموا عطاءاتهم من رفع تظلم أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام يبدأ حسابها من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة لتمارس اللجنة المختصة رقابتها قبل توقيع الصفقة، وتصدر رأيها بخصوص الطعن.

يتضح جليا من خلال استقراء وتحليل مضمون المادة المذكورة بأن تسوية المنازعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية تكون بإحدى الوسيلتين: إما الطعن الإداري أو الطعن القضائي.

ومن المؤكد أن لجان الصفقات المختلفة بحكم تركيبتها البشرية المتميزة تستطيع الحسم في التظلم المرفوع أمامها، كما أن عرض الأمر على لجنة الصفقات يخدم سرعة البت في المنازعة خاصة وان اللجنة التي ستفصل في الطعن مقيدة من حيث المدة [9] حيث تصدر لجنة الصفقات المعنية رأيها خلال 15 يوم من انتهاء الأجل المحدد لرفع التظلم طبقا للمادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 . ويبلغ هذا القرار للمتظلم أو لصاحب الطعن والمصلحة المتعاقدة.

ب- الطعن القضائي

تنص المادة 82 المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على مايلي: (زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به...).

يتضح جليا من خلال استقراء نص المادة المذكورة أعلاه بأن المتعهد الذي لم يسعفه الحظ في الحصول على الصفقة يمكنه الاختيار بين الطعن الإداري أمام لجنة الصفقات المختصة أو الطعن أمام الجهة القضائية المختصة.

[8] – المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

[9] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص312.

وبما أن الإدارة تملك حرية اختيار المتعامل المتعاقد، فقد قيدها المشرع بإجراءات وأشكال تلزم باحترامها.

وإن القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للمتعاقد وقبل إبرام العقد، تعتبر قرارات إدارية منفصلة تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها القرارات النهائية في شأن طلب وقف تنفيذها وإلغائها[10].

ومن بين الأعمال التي أضفى عليها مجلس الدولة الفرنسي طابع الأعمال الإدارية القابلة للانفصال والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة ما يلي :

. قرارات الهيئات التداولية المتعلقة بإبرام العقد.

. قرارات لجنة فحص العطاءات ولجنة البت.

. قرارات رسو المناقصات والمزايدات.

يتضح مما سبق أن الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتخذة في مرحلة انعقاد العقد يقبل أولا من الغير باعتبارهم المستفيدين الأوائل لأن المتعامل المتعاقد يملك وسيلة أخرى وهي دعوى القضاء الكامل.

ومن بين الشروط الواجب توفرها في دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل ما يلي:

– أن يقدم الطلب من غير المتعاقد.

– أن ترفع الدعوى خلال الأربعة أشهر التابعة لتبليغ القرار المطعون فيه والتبليغ هنا يكون شخصيا ويبدأ سريان أجل الطعن من تاريخ التبليغ الشخصي إذا كان القرار فرديا أو من تاريخ نشر القرار الإداري التنظيمي وهو ما نصت عليه المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008[11] المعدل والمتمم .[12]

– أن يؤسس طلب الإلغاء على عدم مشروعية القرار المطعون فيه وليس على مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية.

---

[10] – المرجع نفسه، ص 323– 324.

[11]– لمزيد من التفصيل حول كل ما يتعلق بالآجال ينظر: بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر العاصمة، ط2، 2009، ص 434–436.

[12] – قانون رقم 08–09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21.الصادرة في 23 أفريل 2008 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 22–13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، جر عدد 48 الصادرة بتاريخ 17 يوليو 2022.

4.1 منازعات الإبرام أمام القضاء الاستعجالي الإداري.

من بين القواعد الإجرائية الجديدة التي جاء بها القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه خصص مادتين لمنازعات الصفقات أثناء مرحلة الإبرام.

فالمادة 946 من القانون المذكور أجازت لكل من له مصلحة في إبرام العقد رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في حال إخلال احد الإدارات المتعاقدة بقواعد الإشهار والمنافسة، ويجوز للوالي رفع ذات الدعوى إن تعلق الأمر بمؤسسة محلية. وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر الإدارة المتسببة في الإخلال بالامتثال والتقيد بالنصوص الجاري بها العمل ضمن اجل تحدده المحكمة ويمكن لها أن تأمر بدفع غرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح. كما يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية إتمام الإجراءات. وتفصل المحكمة الإدارية في الدعوى المعروضة عليها في مدة لا تتجاوز 20 يوما ابتداء من تاريخ رفعها المادة 947. بما يؤكد الطابع الاستعجالي للمنازعة [13]

2- المنازعات الناشئة عن الصفقة عند التنفيذ

1.2 - التسوية الودية

نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 : "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

غير أنه 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 انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة...".

يظهر جليا من نص المادة أن المرسوم الرئاسي تبنى مسلك الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ وهذا تفاديا للنزاع القضائي الذي يترتب عنه إطالة أمد النزاع وهذا مما لاشك فيه تعطيل للمشاريع العامة الذي سوف لن يخدم بأية حال أهداف التنمية بشكل عام. فإذا ما تم الاتفاق على حل النزاع وديا يتولى

[13] - ينظر: عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 312-313 وبربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 479-480.

الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق ويبين طبيعة الالتزامات الجديدة [14].

ولكن حل المنازعة عن طريق الحل الودي ليس على إطلاقه ولكنه محدد بضوابط وهذا ما بينته المادة 153 فنصت على أن الحل الودي يجب ان يراعى فيه ما يلي:

1- أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه. فكل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع او التنظيم يقع باطلا ولا يرتب اي اثر بالنسبة لأطرافه.

2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين فقد تجد أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على المصلحة المتعاقدة أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف المستجدة وتراعي حقوق المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا. أو أن تتكر عليه هذا الحق خاصة وان نص المادة 96 وما يليها من المرسوم الرئاسي 15- 247 في غاية الوضوح فهو يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية.

3- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة: ألح المشرع الجزائري في المادة 153 على ضرورة إعطاء عامل الزمن الأهمية لأن الأمر يتعلق بالمشاريع العامة التي تتطلب السرعة وعدم إضاعة الوقت وهذا تحقيقا للمصلحة العامة وإشباع حاجات المواطنين. وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ. فكلما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك انفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة.

4- الحصول عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة : نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية. وحتي لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجاله المحددة في العقد.

ولقد نصت أيضا المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 : "...في حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام اللجنة التسوية الودية للنزاعات المنصوص عليها في 155 أي الوزير أو الوالي حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة...".

[14] - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 314.

2.2 الطعن أمام اللجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة أو الولاية وحق اللجوء للقضاء:

جاء في المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 : " يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة أمام العدالة أمام هذه اللجنة"

يتضح جليا من خلال استقراء نص هذه المادة أن اللجوء إلى هذه اللجان وجوبي كما أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

وقد كان التظلم الإداري في مواد الصفقات العمومية إلزاميا منذ صدور النص القانوني الأول المنظم لعقود المتعاملين العموميين والمتمثل في الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 الملغى، وعلى هذا الأساس نصت المادة 153 من هذا الأمر على وجوب التظلم لدى لجنة الصفقات العمومية وهي لجنة وزارية تحدث لدى كل وزارة مهمتها البحث بناءا على هذا التظلم عن تسوية ودية للنزاع، فإذا قبل الأطراف بالحل المقترح من طرف اللجنة، انتهى النزاع، وإذا لم يقبلوه جاز للمعني رفع الأمر أمام المحكمة الإدارية طبقا للمواعيد العامة، لأن المادة المذكورة لم تكن تنص على معيار خاص بالتظلم ولا للفصل فيه ولا لرفع الدعوى[15].

ولقد نصت المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[16].

ويوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، تدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل 10 أيام من تاريخ مراسلتها، وتؤدي دراسة النزاع في أجل أقصاه 30 يوما ابتداءا من تاريخ جواب الطرف الخصم لرأي مبرر....، تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجالّ أقصاه 08 أيام ابتداءا من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وتعلم اللجنة بذلك

و قد استقر قضاء المحكمة العليا في قراراته السابقة على لزوم رفع التظلم كشرط لقبول دعاوى الصفقات العمومية، وذلك في القرار الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 1982 تحت رقم: 32002 قضية (س.م) ضد وزير الري والمياه، ووالي الولاية ... غير منشور[17].

---

[15]– مسعود شيهوب، المباديء العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الجزء الثاني. الطبعة الرابعة 2005. ص302.

[16] – المرجع نفسه، ص 303.

هذا ما أكدته المادة 3/153 من نفس المرسوم جاء فيها "قبل كل مقاضاة أمام العدالة"، بما يفيد الإلزام وانه قبل اللجوء للقضاء وجب رفع تظلم أمام إحدى اللجنتين للصفقات العمومية وهذا الرأي ذهب إليه أستاذنا الدكتور عمار بوضياف [18].

وإذا كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بموجب المادة 830 منه قد جعل التظلم إجراءا جوازيا حتى بالنسبة لدعوى الإلغاء الموجهة ضد قرار صادر عن سلطة مركزية، فإننا نميل في تفسير المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 إلى اعتبار إجراء الطعن وجوبيا وحجتنا في ذلك أن المادة استعملت عبارة يجب وهذه الأخيرة لا تحتمل أكثر من تفسير واحد.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حين أدخلت المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تمول كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو من الجماعات الاقلمية واعتبرت عقودها بمثابة صفقات عمومية وفي ذلك خروج عن المعايير التي حددها القضاء الإداري في فرنسا وحتى في مصر والتي تعتبر العقد ذو طبيعة إدارية إذا ما أبرم هذا العقد شخص معنوي عام أو بعبارة أدق شخص إداري عام وأتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام واتبعت في إبرامه وسائل القانون العام أي تضمن هذا العقد شروطا غير مألوفة في القانون الخاص وتجدر الإشارة إلى أن الشروط السابقة ترد عليها استثناءات ولكن يظل شرط اتصال العقد بشخص عام والشرط الأخر اتصال العقد بنشاط مرفق عام شرطين أساسين [19]. وأخرجت المؤسسات العمومية الاقتصادية من دائرة تطبيق قانون الصفقات العمومية عليها، فان السؤال الذي يمكن إثارته هو مدى توافق المادة 6 المذكورة مع المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

وهذا الأمر يطرح من وجهة نظرنا إشكالية كبيرة في مجال الاختصاص النوعي.

غير إن المرسوم الرئاسي الجديد حين أدخل أدخلت المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تمول كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو من الجماعات الاقلمية، لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة، بل نظر أكثر لتمويل الصفقة كون أنها ممولة من ميزانية الدولة أو من الخزينة العامة . واعتمد المشرع في هذه الحالة على معيار جديد وهو المعيار المالي وفي هذا خروج عن ما هو معمول به فقها وقضاء وباعتماد المعيار المالي عدت حينئذ صفقة عمومية مشمولة بقواعد المرسوم الرئاسي 15-247 وان تعلق الأمر بمؤسسة عمومية صناعية وتجارية.

---

[17]- المرجع نفسه، ص 304.

[18] - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 316.

[19] - لمزيد من التفصيل ينظر: محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري(المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 19-60.

وطالما اعتبرت الصفقة المبرمة من قبل المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تمول كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو من الجماعات الاقليمية صفقة عمومية خاضعة لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 شريطة أن تكون ممولة من خزينة الدولة. فان منازعاتها حتما تخرج من اختصاص القاضي العادي، فلا يعقل أن يعرض النزاع الذي يثور بين مقاول ومؤسسة عمومية صناعية تجارية حول صفقة تتوافر فيها الشروط المذكورة في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15- 247 لاختصاص القاضي المدني أو التجاري. فتعرض على قاضي فرد على مستوى محكمة عادية ابتدائية لما لقانون الصفقات العمومية من طابع إداري محض لا يمكن التشكيك فيه [20].

إن التعارض الحاصل بين مضمون المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو نص ذو طابع تشريعي يحتل مكانه أسمى من النص التنظيمي في هرم النصوص القانونية، وبين أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 في مادته السادسة وهو ما يفرض ضرورة التدخل لمعالجة هذا الإشكال القانوني والذي يتصل بقواعد الاختصاص النوعي وهي من النظام العام [21].

أما الجهة المختصة فتطبيقا للمعيار العضوي فان منازعات الصفقات العمومية تؤول لاختصاص القضاء الإداري ممثلا حاليا في المحاكم الإدارية تطبيقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المعدل والمتمم وهذه الأحكام قابلة للاستئناف أمام محكمة الإدارية للاستئناف[22]، هذه المادة تتطابق في مضمونها مع المادة الأولى من قانون المحاكم الإدارية رقم 98- 02 والتي بموجبها أنشئت المحاكم الإدارية وهذا الاتجاه دعمته اجتهادات المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) سابقا ومحكمة التنازع ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية لأنه طبقا للمادة 9 من القانون العضوي 98-02 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله يتولى هذا الأخير النظر فقط في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية والهيئات العمومية والوطنية والمنظمات المهنية والوطنية كما ينظر في دعاوى التفسير وفحص المشروعية بالنسبة للنزاعات التي تؤول إليه [23].

وعليه أخرج المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية من ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء ابتدائي نهائي، حتى ولو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية وزارة أو هيئة وطنية كالمجلس الشعبي الوطني أو مجلس المحاسبة.

---

[20] – محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ص 320.

[21] – المرجع نفسه، ص 312.

[22] – المادة 900 مكرر من قانون 22-13 المعدل والمتمم لقانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[23] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 312 وعبد الرحمان بربارة، مرجع سابق، ص 483-484.

ثم نصت المادة 801 بأن المحاكم الإدارية تختص كذالك بالفصل في دعاوي إلغاء القرارات الإدارية والدعاوي التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية والبلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية، وكذا دعاوى القضاء الكامل، والقضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

تختص المحاكم الإدارية بدعاوى الإلغاء، ودعاوى القضاء الكامل، وترتكز سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء على فحص مدى شرعية القرار الإداري المطعون فيه ثم إعدام وإلغاء الآثار القانونية لهذا القرار [24].

أما دعوى القضاء الكامل فهي الدعوى التي ترمي إلى التعويض عن تصرف الإدارة الغير مشروع والذي يسبب ضرر للأفراد وهنا المسؤولية الإدارية تقوم على أساس الخطأ، ويمكن مطالبة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالأفراد حتى في حالة كون تصرفها مشروعا ولكن بشروط معينة وهنا مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الضرر وهو ما يطلق عليها المسؤولية دون خطأ.

إن اختيار المشرع للمعيار العضوي واعتماده لتحديد اختصاص الجهات القضائية الإدارية، لا يمنع من اعتماد المعيار العضوي أو المادي في بعض الحالات على وجه الاستثناء، كما هو عليه الحال في نزاعات الصفقات العمومية فالعبرة هنا بنوعية النشاط وليس القائم به فالمادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تجعل من المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تمول كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة أو من الجماعات الاقليمية، خاضعة لقانون الصفقات العمومية، مما يجعل الاختصاص النوعي يعود للقضاء الإداري في حالة نزاع حول تنفيذ الصفقة وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراها رقم 284953 مؤرخ في 2002/06/25.

إن الحكم في دعوى الإلغاء له حجية مطلقة في مواجهة الكافة ويجوز التمسك بالإلغاء لكل من له مصلحة في ذلك ولو لم يكن طرفا في الدعوى على عكس الحكم الصادر في دعوى القضاء الكامل الذي ليست له حجية مطلقة إنما حجيته تقتصر فقط على أطراف الدعوى الطاعن وجهة الإدارة، ولا يستطيع التمسك بالحكم شخص أخر ليس طرفا في الدعوى [25].

[24] – عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د، س، ط)، ص 583.

[25] – محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 11.

وتحمل قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم أحكاما لا تتلاءم وطبيعة الصفقات العمومية. فالمادة 40 الفقرة الأولى رسمت قواعد الاختصاص الإقليمي في مادة الأشغال العمومية ونصت على أنه يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال. وهذا المعيار منتقد خاصة وأن مكان تنفيذ الأشغال قد يكون واسعا أو ممتدا كما هو الحال بالنسبة للطرقات بما قد يمس اختصاص أكثر من محكمة ادارية أو مجلس قضائي، وأقر المشرع في نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثالثة قاعدة أخرى في مجال الاختصاص الإقليمي تعلقت بكل الصفقات العمومية وبجميع أنواعها بما فيها عقد الأشغال تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ [26].

وقاعدة مكان الإبرام هي الأخرى منتقدة أيضا من جهة نظرنا على أساس أن كثير من الصفقات نظرا لطابعها الوطني تبرم في العاصمة مما يؤدي إلى ارتفاع المنازعات المتعلقة بها أمام المحكمة الإدارية في الجزائر العاصمة.

الخاتمة :

وفي ختام هذه الدراسة نسجل النتائج التالية:

1- إن تمكين الطرف المعني أو المتعاقد مع الإدارة من رفع الطعن في قرارا المنح المؤقت للصفقة إلى لجنة الصفقات المختصة يخدم سرعة البت في المنازعة خاصة ,وأن اللجنة مقيدة بالرد من حيث المدة كما أن اللجنة لها من الكفاءة ما يخولها الفصل في الطعن المرفوع إليها باعتبار أنها تتشكل من عناصر لها دراية تامة بكل الجوانب المتعلقة بالصفقات العمومية سواء ما تعلق بالجانب التقني أو المالي، إن هذا يدعم مبدأ الشفافية والمنافسة بين المترشحين وهي من المبادئ الهامة التي تحكم نظام الصفقات العمومية وحسنا فعل المشرع ذلك.

2- إن القصور الذي نسجله في موضوع الرقابة القضائية في مجال الصفقات العمومية هو التعارض بين مقتضيات المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث نسجل ووفقا لمقتضيات المادة 6 السابقة الذكر خروجا عن المعيار العضوي المكرس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتالي خروجا عن قواعد الاختصاص النوعي الذي هو من النظام العام وحتى وان سلمنا أن لكل قاعدة استثناءات وأن المشرع استخدم معيار جديد وهو المعيار المالي ولكن هذا المعيار لم نجد له مكانا في المعايير التي كرسها القضاء الإداري والفقه في فرنسا أو في غيره من الدول التي تعتمد مبدأ ازدواجية القضاء مثل مصر.

[26] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص322.

3- ومن أجل حماية أكثر لقواعد المنافسة والإشهار أضفى المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المعدل والمتمم على المنازعة المتعلقة بالإخلال بقواعد المنافسة والإشهار والمعروضة على القضاء الإداري الطابع الإستعجالي بمعنى أنه أولى عناية هامة لمرحلة إبرام الصفقة وهي خطوة هامة يترتب عنها نجاح أو فشل طلب العروض باعتبار أنها المحدد للطرف المتعاقد مع الإدارة وفي ذلك نجاح للمشروع العام وصيانة وحفظ للمال العام.

4- إن اعتماد المشرع وسيلة المصالحة أو التسوية الودية هو منحى سليم يحقق ربح الوقت وربح المال ونجاح المشروع وصيانة لحقوق المتعامل وكل ذلك يصب في خانة تحقيق وحماية المصلحة العامة وإشباع حاجات الجمهور.

5- باعتبار أن الرقابة القضائية هي رقابة لاحقة، وبالرغم من أهميتها لأنها تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية وحماية لحقوق الأفراد وباعتبار أن هذه الرقابة لا تتم بشكل تلقائي وإنما يتم تفعيلها وتحريكها بواسطة إرادة الأفراد فإنها لا يمكن أن تكون الضمان الوحيد من أجل إنجاح المشاريع العامة وحماية للمال العام من التبديد والضياع بما لا يخدم التنمية في البلاد بل لابد أن تفعل كل أساليب الرقابة السابقة واللاحقة الداخلية والخارجية الإدارية والقضائية والسياسية وحتى الرقابة الشعبية من أجل محاربة كل مظاهر الفساد والتلاعب بالمال العام التي باتت اليوم سمة ملازمة لمجال الصفقات اليوم.

6- إن عدم استقرار تشريع الصفقات العمومية الذي بين الفينة والأخرى تجرى عليه تعديلات يدل على حالة من التسرع في معالجة ثغرات هذا التشريع، ومن ثم قد تخلق حالة التسرع هذه مزيدا من الأخطاء، ولكن الأمر يحتاج إلى روية ودراسة معمقة لواقع الصفقات العمومية واكتشاف مواطن الخلل ومن ثم وضع الحلول القانونية المناسبة والواقعية. وما تجدر له الإشارة في هذا الصدد أن محاربة مظاهر الفساد في مجال الصفقات العمومية لا يمكن أن نعتمد فيه على الآليات القانونية فحسب بل لابد من تفعيل كل الآليات الأخرى السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية..... ومن ثم فإن المشكل ليس قانوني بل هو متعدد الجوانب ولكن ما يهمنا نحن كقانونيين هو اكتشاف الثغرات القانونية في تشريع الصفقات العمومية ومعالجتها وإعطاء البدائل المناسبة فقها وقانونا وقضاء وتشريعا.

7- يجب أن يلعب القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة دوره الاجتهادي في خلق القواعد القانونية من خلال الأحكام والقرارات التي يصدرها من أجل تفعيل دور رقابة القضاء الإداري في كل مراحل الصفقة العمومية أو العقد الإداري ولا تبقى الرقابة القضائية مجرد رقابة لاحقة. إن القانون الإداري هو قانوني قضائي في الأصل، ولكن في الجزائر تطغى على القانون الإداري بما فيه قانون الصفقات العمومية الطابع التشريعي اللائحي وهذا منحى غير سليم لأن القانون الإداري قانون مرن ومتطور وهذا بحكم طبيعته القضائية.

8- إن ما يصطلح عليه بالرقابة القبلية والبعدية من غير القضاء معهود به إلى لجان مختصة وهذا ما يطرح إشكالية من حيث استقلالية هذه اللجان وحيادتها ونزاهتها ومدى الكفاءة التي تتمتع بها هذه اللجان في ممارسة الرقابة الموكولة لها وكذا طريقة تعيينها.

9- باعتبار القضاء هو سلطة مستقلة وهو الموكول له بحكم الدستور تطبيق القانون وحماية الحقوق والحريات ولأن القضاة هم وحدهم من يتمتعون بالكفاءة اللازمة من الناحية القانونية فإنه ينبغي أن تعطى للرقابة القضائية الدور الأكبر في عملية الرقابة على الصفقات العمومية وأن تعدد صور الرقابة من شأنه أن يقزم دور القضاء الذي هو في الأصل هو حامي الحريات والحقوق من حلال محاربة الفساد والجريمة بكل أنواعها.