وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1

كليـــة الحقـوق والعلوم الإدارية
قـــسم القانون العام

منازعـات الصفقـــات العموميـة بين التشريع والاجتهاد القضائي - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام

فرع: قانون الإدارة العامة

إعداد الطالبة:
حاجـــي ابتســـام

إشراف:
الأستاذ الدكتور: محمد زغداوي

لجنة المناقشة:

أ/د: بن شعبان علي	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1**	**رئيسا**
أ/د: زغداوي محمد	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1**	**مقررا و مشرفا**
أ/د: مزياني فريدة	**أستاذة التعليم العالي**	**جامعة الحاج لخضر باتنة**	**عضوا مناقشا**
أ/د: بوطرفاس محمد	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة الإخوة منتوري قسنطينة**	**عضوا مناقشا**
أ/د: بنيني أحمد	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة الحاج لخضر باتنة**	**عضوا مناقشا**
أ/د: بوقرة اسماعيل	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة عباس لغرور خنشلة**	**عضوا مناقشا**

السنة الجامعية:2019-2020

بسم الله الرحمان الرحيم

«رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ و على والدي و أن أعمل صالحا ترضاه و أدخلني برحمتك في عبادك الصالحين»

صدق الله العظيم "الآية 19 من سورة النمل"

شكر و عرفان

الحمد لله على نعمة العقل و العلم، و له الشكر تعالى بأن وفقني و أعانني على اتمام هذا العمل.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور زغداوي محمد ،على توجيهاته ونصائحه القيمة أثناء إعداد هذه الأطروحة،كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور بن شعبان علي والأستاذ الدكتور بوطرفاس محمد والأستاذة الدكتورة مزياني فريدة كذلك كل من الأستاذين الدكتورين بنيني أحمد و بوقرة اسماعيل .

المختصرات المستعملة

Abréviations utilisées

أ- باللغة العربية:

1- ج.ر: الجريدة الرسمية.

2- ق.إ.م.إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية.

3- د.م.ج:ديوان المطبوعات الجامعية.

ب- باللغة الفرنسية:

1- D.J.A.F: Droit de la justice Administrative Française.

2- CE: Conseil d'Etat.

3- JOUE: Journal officiel de l'Union Européenne.

4- JORF: Journal officiel de la république Française.

5- O.P.U: Office des publications universitaires.

6- Op,cit:Opérecitato (dans l'ouvrage cité).

مقدمة:

تشكل الصفقات العمومية الوسيلة القانونية التي تعتمدها الإدارة في تدبير سياستها التنموية، الاقتصادية والاجتماعية، فكلمة صفقة تدل أساسا على تعاقد بين طرفين بهدف انجاز أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات ودراسات، أما كلمة عمومية فهي تعني الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ولقد عرف النظام القانوني المتعلق بالصفقات العمومية سواء في الجزائر أو بلدان أخرى كالمغرب ومصر وفرنسا إصلاحات مهمة لأجل مسايرة التطورات التي عرفتها هذه البلدان من خلال تحرير الاقتصاد وتنمية القطاع الخاص وعصرنة الإدارة[1].

ففي الجزائر عرفت الصفقات العمومية عدة تطورات تاريخية بدأت بصدور أول نص من خلال المرسوم رقم 64-108 المؤرخ في 1964/03/26 والمتضمن إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية، وبتبني الجزائر السياسة الاشتراكية في تلك الفترة تم إصدار أمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17[2] المتضمن قانون الصفقات العمومية، ليليه المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10[3] المتضمن صفقات المتعامل العمومي، وبعد صدور دستور 1989 وتوجه الجزائر نحو الليبرالية الاقتصادية، صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09، ثم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002[4].

1- محمد القصري، بعض الإشكالات المتعلقة بالمنازعات في مجال الصفقات العمومية، مجلة القصر، المملكة المغربية العدد22 ، يناير 2009 ،ص11.

2- المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 1967 عدد 52.

3- المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 1982 عدد 15.

4- المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002 ،عدد 52.

كذلك المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07[1]، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 2013/01/13[2] وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2015/09/16[3].

المغرب هو الآخر عرف عدة تطورات للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية نذكر من أهمها، مرسوم 19 ماي 1965 المتعلق بطرق إبرام الصفقات[4]، ليليه المرسوم رقم 2.76.479 المؤرخ في 1976/10/14[5] بشأن صفقات الأشغال أو الأدوات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة، كذلك مرسوم رقم 2.98.482 المؤرخ في 1998/12/30 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها [6]، أيضا المرسوم رقم 2.06.388 المؤرخ في 2007/02/05، المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها[7]، وأخيرا مرسوم رقم 2.12.349 المؤرخ في 2013/03/20 المتعلق بالصفقات العمومية[8].

في مصر نظم المشرع المصري عقود الإدارة بصفة عامة بتشريع أساسي هو القانون رقم 236 لسنة 1954 المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات والذي حل محله القانون رقم 9 لسنة 1983[9]، ثم استبدل بالقانون الأخير رقم 89 لسنة 1998 [10] تكمله اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب القرار رقم 1367 لسنة 1998، المعدل بموجب القانون رقم 148 لسنة 2006.

1- المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 2010/10/7عدد58.
2- المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ2013/01/13 عدد 2
3- المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 2015/09/20 عدد50
4- منشور في الجريدة الرسمية المغربية الصادرة لسنة 1965، ص878.
5- منشور في الجريدة الرسمية المغربية لسنة 1976 ، ص3296.
6- منشور في الجريدة الرسمية المغربية لسنة 1998،عدد 4654، ص878.
7- منشور في الجريدة الرسمية المغربية لسنة 2007، عدد5518.
8- منشور في المجلة الرسمية المغربية الصادرة بتاريخ 29 أوت 2013، عدد6182
9- زكرياء المصري، العقود الإدارية بين الإلزام القانوني والواقع العملي ، دراسة مقارنة محلية ودولية ، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر ، ص09.
10- منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد19(مكرر) في 1998/05/08، ص05.

أما في فرنسا صدر أول قانون منظم للصفقات العمومية من خلال المرسوم رقم 56-256 الصادر في 1956/03/13 المتعلق بالصفقات العمومية المبرمة من طرف الدولة، الملغى بموجب المرسوم رقم 60-724 الصادر في 1960/07/25 المتعلق بالصفقات المبرمة باسم المقاطعات والبلديات والنقابات البلدية، المؤسسات العامة القطاعية والبلدية، ليليه صدور مرسوم رقم 64-729 المؤرخ في 1964/07/17 المتعلق بقانون الصفقات العمومية، المعدل بموجب القرار رقم 72-198 المؤرخ في 1972/03/13، ثم المرسوم رقم 78-494 المؤرخ في 1978/03/31 المعدل لقانون الصفقات العمومية، الملغى بموجب المرسوم رقم 89-236 المؤرخ في 1989/04/17 المتعلق بالصفقات العمومية، وفي سنة 1995 صدر قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب القانون رقم 95-127 المؤرخ في 1995/02/08[1]، أما في سنة 1996 قامت لجنة Paillogues[2] بتقديم تقرير إلى الحكومة الفرنسية بهدف تبسيط قانون الصفقات العمومية، وتم تفعيل هذا المقترح من خلال إصدار مرسوم رقم 2001-210 المؤرخ في 2001/03/07 والذي قام بالتقليل من عدد المواد المنصوص عليها، كما تم من خلاله رفع المبالغ المالية المتعلقة بمختلف إجراءات الإبرام،ليأتي بعده مرسوم رقم 2004-151، الصادر في 2004/01/07، ثم قرار2006-975 الصادر في 2006/08/01 المتضمن قانون الصفقات العمومية والذي دخل حيز التنفيذ في 2006/09/01 والذي ألغي بموجب الأمر رقم 2015-899 الصادر في 2015/07/23 المتعلق بالصفقات العمومية، أضف إلى ذلك صدور مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بالطلبات العمومية في فرنسا[3].

[1] - Grégory KALFLECHE, Des marchés publics à la commande publics: l'évolution du droit des marchés publics, thése pour l'obtention du grade de doctorat de l'université Panthéon-Assas (Paris II) droit-économie-sciences sociales, discipline droit, décembre 2004, p715.

2-رجل سياسي فرنسي

3 - Marchés publics en France .

https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_des_march%C3%A9s_publics_(France)

من خلال ما سبق نلاحظ أن التشريع المتعلق بالصفقات العمومية، سواء في الجزائر أو الدول محل المقارنة، عرف تعديلات متلاحقة وسريعة لمواكبة التطور السريع بالنظر لما أسفرت عنه تطبيقات العولمة من منافسة اقتصادية وتكنولوجية قوية، لتحقيق التنمية المطلوبة على صعيد كل المجالات الحيوية بقطاعاتها المختلفة[1]، وعلى هذا الأساس تضمنت التعديلات مبادئ أساسية لضمان حسن استعمال المال العام كحرية الولوج للطلبية العمومية، والمساواة بين المتنافسين والشفافية في إعداد الصفقات وإبرامها وكذا تنفيذها.

بالرجوع إلى فرنسا على وجه التحديد نجد أن انضمامها للاتحاد الأوروبي كان له تأثير مباشر على التشريع المتعلق بالصفقات العمومية، فمن خلال تبنيها للتعليمة رقم UE-24-2014 الصادرة عن البرلمان الأوروبي في 2014/02/23 والمتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،والذي نتج عنه صدور أمر رقم 2015-899 بتاريخ 2015/07/23 السالف الذكر بهدف تبسيطه ، الأمر الذي لم يعتبر هينا بالنسبة لدولة كفرنسا باعتبارها معهد القانون الإداري،بحيث لم تستسغ بسهولة التوجيهات الأوروبية في مادة الصفقات العمومية ولم تتقبل خسارة خصائص هذا القانون وقواعده الأساسية عند الإبرام من شفافية ومساواة بين مترشحين وحرية الولوج للطلبية العمومية المحددة بموجب قوانين سنة 2001، 2004، 2006 المتعلقة بالصفقات العمومية، اتجاه تشريع فوق وطني[2].

1- مليكة الصروخ ، الصفقات العمومية في المغرب (الأشغال والتوريدات والخدمات)، ط 2 ، دار القلم ، الرباط ، المملكة المغربية، 2012ص39.

2- Marchés publics en France،opcit،
https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_des_march%C3%A9s_publics_(France)

إن التشريعات المختلفة المتعلقة بالصفقات العمومية سواء في النظام القانوني الجزائري أو الأنظمة القانونية المقارنة لم تحدد الطبيعة القانونية لعقد الصفقة العمومية، بالرغم من أهميته القصوى خاصة في البلدان التي تأخذ بالازدواجية القضائية لأنه يمكن من معرفة القاضي المختص والقانون المطبق[1]، هذه الازدواجية التي تبنتها الجزائر ظاهريا مع صدور دستور 1996 عرفت تطبيقاتها قبل هذا التاريخ في ظل الأحادية القضائية وهذا ما عبر عنه الدكتور أحمد محيو بوحدة الهيئات القضائية وفصل المنازعات[2]، كذلك الأمر بالنسبة لمصر فعلى الرغم من عدم وجود قضاء إداري متخصص في مصر قبل سنة 1946، إلا أن المحاكم العادية في مصر أي المحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة، اتجهت نحو الاعتراف بوجود قانون إداري يحكم المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها[3] وهذا يعني أن النظام القضائي المصري في تلك الفترة عرف هو الآخر ازدواجية المنازعة داخل أحادية القضاء.

إن هذه العناصر المشتركة ولدت إشكالية تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، عندما يكون موضوعه صفقة عمومية لعدم وجود معيار ثابت متفق عليه من طرف رجال القانون وهذا ما أدى إلى المساس بمبدأ تقريب العدالة من المواطن وتكريس دولة القانون التي يخضع فيها الجميع للقانون.

من هنا تتضح **أهمية الموضوع** من خلال محاولة تسليط الضوء على النظام القانوني الجزائري والأنظمة القانونية المقارنة وكيف عالجت هذا الجانب من المنازعات وكيف حاولت تخطي العقبات المتصلة به خاصة في حالة وجود طرفين غير متساويين من حيث المراكز القانونية المصلحة المتعاقدة صاحبة الامتياز والسلطات العامة من جهة والمتعامل المتعاقد الطرف الضعيف من جهة أخرى.

1- مبروكة صيد، اختصاص المحكمة الإدارية في نزاعات الصفقات العمومية الخاضعة للنصوص الترتيبية المتعلقة بالصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، عدد خاص بأعمال الملتقى حول النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المقارنة، مجلة دراسات قانونية،عدد خاص بأعمال الملتقى حول النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية،مجلة تصدرها كلية الحقوق بصفاقس،2007،ص273.

2- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز انجق وبيوض خالد، د.م.ج، 2007،الجزائر، ص 91..

3- محمد بن سعيد بن محمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ، ص14.

دوافع البحث في الموضوع:

كون البحث في مجال منازعات الصفقات العمومية يثير الكثير من الإشكالات القانونية على المستوى العملي خاصة، نظرا لعدم وجود توافق بين ما تضمنه التشريع المنظم لهذه المنازعات من جهة وبين اجتهادات القضاء و دراسات الفقه من جهة أخرى، بالرغم من أن طرق التسوية الودية في مجال منازعات الصفقات العمومية لا تطرح نفس التعقيدات التي تعرفها طرق التسوية القضائية ، إلا أن القضاء يبقى الركيزة القانونية الأكثر فاعلية لحماية الحقوق و المال العام من سوء التسيير والفساد،وهذه الرغبة في معالجة هذا الجانب من المنازعات دفعتني بدورها لدخول مجال الدراسة المقارنة مع أنظمة قانونية لامستها عن قرب لدول قمت بزيارتها (كالمغرب ومصر) ، كما قمت بدراسة النظام القانوني الفرنسي من خلال المراجع التي جمعتها في حدود المستطاع لأنني وللأسف لم تتح لي زيارة فرنسا مهد القانون الإداري لملامسة نظامها القانوني والبحث فيه بنفس القرب الذي اعتمدته مع الدولتان سالفة الذكر، بغية إيجاد نقاط توافق واتفاق مع النظام القانوني الجزائري من أجل المساهمة ولو من الناحية النظرية الأكاديمية ،على تخطي العقبات التي تواجه رجال القانون في الجزائر والتي من شأنها إرهاق كاهل المتقاضي عندما يكون هناك نزاع موضوعه صفقة عمومية.

ولمعالجة الموضوع ارتأيت طرح **الإشكالية** التالية:

ما مدى نجاعة التشريعات المنظمة للصفقات العمومية على الصعيدين الوطني والمقارن في معالجة المنازعات المتعلقة بها وكيف تم تحديد طرق تسويتها، خاصة مع غياب معيار ثابت معتمد من طرف القضاء لتحديد الاختصاص للفصل فيها؟.

وأصبو من خلال الإجابة على هذه الإشكالية بلوغ الأهداف التالية:

1- **أهداف نظرية:** من خلال تبيان النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، والقواعد الإجرائية المتبعة في فض منازعاتها والجهات القضائية المختصة، لإيجاد نقاط اختلاف وتوافق

بين التشريع الوطني المنظم لهذا الجانب من المنازعات والتشريعات المقارنة ، ومن ثم محاولة العمل على إيجاد حلول لسد الثغرات القانونية الموجودة ، بغية وضع أسس لنظام قانوني متكامل من شأنه تخطي العقبات التي تواجه رجال القانون والقضاء في هذا المجال.

2- **أهداف عملية:** إن الأهداف النظرية السالفة الذكر من شأنها أن تحقق أهداف عملية من بينها تقريب العدالة من المواطن وتحقيق المساواة بين الجميع، حفظ الحقوق والحريات، القضاء على سوء التسيير و المحافظة على المال العام ومن ثم التكريس الفعلي لدولة القانون.

وبطبيعة الحال واجهتني في إعداد هذا العمل مجموعة من **الصعوبات** من أهمها:

أ- صعوبة الحصول على الاجتهادات القضائية الغير منشورة وعدم إمكانية الحصول على الأحكام التحكيمية في مادة الصفقات العمومية.

ب- من حيث الدراسة المقارنة واجهتني عدة صعوبات من أجل الحصول على المادة العلمية من مراجع والدراسات المتخصصة خاصة في فرنسا لعدم تمكني من زيارتها وملامسة نظامها القانوني عن قرب كما سلف وذكرت عند تطرقي للعنصر المتعلق بدوافع البحث في الموضوع.

اعتمدت في دراستي على **المنهج التاريخي التحليلي الوصفي المقارن**، من خلال سرد للتطور التاريخي للتشريعات المنظمة للصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري والأنظمة القانونية المقارنة في مصر والمغرب وفرنسا، والقيام بتحليل مختلف النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية ،واستخراج نقاط التوافق والاختلاف بينها ، بغية إيجاد حلول من شأنها إزالة كل غموض أو إشكال يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية.

ولمعالجة شاملة للموضوع اعتمدت على خطة ثنائية تنقسم إلى بابين وكل باب قسم بدوره إلى فصلين:

الباب الأول: تناولت فيه التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية و قمت بتقسيمه إلى فصلين:

- الفصل الأول: تطرقت فيه للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري.

–الفصل الثاني: عالجت فيه التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة.

الباب الثاني: خصصته للتسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية وبدوره قمت بتقسيمه إلى فصلين:

– الفصل الأول: تناولت فيه التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري.

– الفصل الثاني: خصصته للتسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة.

الباب الأول:

التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

الباب الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

لما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، وبالنظر لطابعها التنموي من جهة ثانية وجب أن يتبع بشأن منازعاتها طرقا خاصة وأحكام مميزة تتسم بالسرعة حتى لا يتعطل المشروع العام ويطول ويمتد النزاع بما يؤثر سلبا على مبدأ الاستمرارية[1].

وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع الجزائري نص على الحل الودي للنزاعات الناشئة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية، وهذا ما ورد في نص المادتين 153 و 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2].

كما أن التشريعات المقارنة تضمنت التسوية الودية لحل النزاعات في الصفقات العمومية نذكر على سبيل المثال: في التشريع المغربي المرسوم رقم 2.75.84 المؤرخ في 1975/12/30 المتعلق بإصلاح لجنة الصفقات والذي يضم 18 فصلا، كذلك الفصول 308 و310 و 311 من القانون 08/05 لسنة 2007 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية بالمغرب والذي قضى بتنفيذه الظهير الشريف رقم1.07.169 الصادر بتاريخ 11/30/ 2007 والتي تنص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، في حين نجد أن المشرع المصري نص على التحكيم كطريق لحل النزاع بين طرفي العقد أثناء تنفيذه من خلال نص المادة 42 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 .

كذلك التشريع الفرنسي حيث نجد أن المادة 131 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي تنص على اختصاص اللجان المختصة في حل نزاعات الصفقات العمومية وديا، والمادة 128 من نفس القانون نصت على التحكيم.

1-فاضلي سيد علي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنعقد بتاريخ 23فيفري2016، جامعة محمد بوضياف المسيلة.

2-المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد50، الصادرة بتاريخ 20سبتمبر 2015.

ولمعالجة الباب الأول المتعلق بالتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية ارتأيت تقسيمه إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري.

الفصل الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة.

الفصل الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري.

إن السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في علاقاتها التعاقدية تمكنها من إيجاد الحلول لعدد من المنازعات التي تفرض عليها، ولا يخفى أن لهذه الأخيرة أهمية بالغة كونها تعمل على تجاوز معيقات القضاء في مجال الصفقات العمومية، كما أنها تعمل على تحقيق العديد من الأهداف والتي تنعكس بصورة إيجابية على عدة جوانب منها الجوانب المالية والاقتصادية و كذلك الاجتماعية.

ولمعالجة هذا الفصل ارتأيت تقسيمه إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية.

المبحث الأول: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية.

إن للمصلحة المتعاقدة امتيازات وسلطات كبيرة تظهر وتتجسد في المراحل الأولى لإبرام الصفقة إلى غاية تنفيذها.

والتسوية الودية لفض المنازعات الناشئة عند الإبرام تتم عبر طريقتين، إحداهما داخلية تجرى داخل الإدارة وبين طرفي العقد والأخرى خارجية تتدخل فيها أطراف أخرى، وهذا ما سأتناوله من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ويتضمن التسوية الداخلية عن طريق التظلم الإداري المسبق.

المطلب الثاني: عالجت من خلاله التسوية الخارجية عن طريق اللجان المختصة.

المطلب الأول: التسوية الداخلية عن طريق التظلم الإداري المسبق.

إن التظلم الإداري المسبق وسيلة من بين وسائل التسوية الودية التي تمكن المصلحة المتعاقدة من مراجعة تصرفاتها من خلال ممارسة رقابة ذاتية على أعمالها وتمكن المتعاقد معها من المطالبة بإيجاد حل للمشاكل التي تواجهه عند إبرام الصفقة.

ولمعالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى فرعين:

الفرع الأول تناولت فيه التظلم الإداري المسبق قبل سنة 1990، والفرع الثاني خصصته للتظلم الإداري المسبق بعد سنة 1990.

الفرع الأول:التظلم الإداري المسبق قبل سنة 1990.

ومعلوم أنه قبل سنة 1990 كان القيام بإجراء التظلم الإداري المسبق إجراء إجباري في المواد الإدارية يسبق كل طعن قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى،إذ لا يجوز في المواد الإدارية بصفة عامة أن يلجأ المتقاضي إلى الغرف الإدارية قبل مراجعة الإدارة عن طريق طلب يقدم إليها للتراجع عن التصرف الصادر عنها أو إصلاح الأضرار والتعويض عنها.[1]

الفرع الثاني: التظلم الإداري المسبق بعد سنة 1990.

خلال الإصلاح الجزئي لسنة 1990 تم التخلي عن شرط التظلم المسبق بالنسبة للدعاوى العائدة لاختصاص الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا،وتم التخلي عن وجوبيته بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 فأصبح جوازيا في المنازعات الإدارية بصفة عامة سواء تلك التي تعود لاختصاص المحاكم الإدارية (المادة 830) أو التي يختص بها مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا(المادة 907).

1- مسعود شيهوب، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات،طبعة 5، جزء 1، د.م.ج،الجزائر ،2009،ص332.

ولقد صدر قرار عن مجلس الدولة يتعلق بصفقة عمومية بتاريخ 2013/12/05 ، قضية (ا.ع) ضد ولاية الجزائر ومن معها،جاء فيه:«حيث أن قانون الصفقات العمومية الحالي لا يعتبر الطعن المسبق وجوبيا».[1]

ولا يخفى أن التظلم الإداري المسبق إجراء من شأنه العمل على تجنب تعقيدات الإجراءات القضائية، كما أنه يمكن المتعاقد والمصلحة المتعاقدة من ربح الوقت وتوفير النفقات.

المطلب الثاني: التسوية الخارجية عن طريق اللجان المختصة.

جاء في المادة 82 الفقرة 01 من قانون الصفقات العمومية 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 طعن لدى لجنة الصفقات المختصة».

الملاحظ أن المشرع من خلال الفقرة الأولى المذكورة أعلاه جاء بعبارة "يمكن للمتعهد" وهذه العبارة تفيد الجواز لا الوجوب بمعنى أن الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة هو أمر اختياري وليس وجوبي، يمكن تجاوزه ورفع الدعوى مباشرة أمام الجهة القضائية المختصة.

إن جوازيه إجراء التظلم بموجب المادة 82 المذكورة أعلاه يتماشى مع المبادئ العامة التي جاء بها نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جعلت إجراء التظلم جوازيا حيث جاء فيها:

« يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري ، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه...».

ولمعالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تناولت فيه تشكيل لجان الصفقات العمومية.

1- قرار منشور في مجلة مجلس الدولة،عدد 11،2013، ص102.

الفرع الثاني: خصصته لاختصاص لجان الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: يتضمن الإجراءات المتبعة أمام لجان الصفقات العمومية.

الفرع الأول: تشكيل لجان الصفقات العمومية.

أولا: تشكيل اللجنة الجهوية للصفقات

لقد نصت المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تشكيل اللجنة الجهوية للصفقات حيث جاء فيها: «تشكل اللجنة من:

- الوزير المعني أو ممثله رئيسا.
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

تحدد قائمة الهياكل التي تسمح لها بإنشاء هذه اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني.»

ثانيا: تشكيل لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

لقد نصت المادة 172 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه على ما يلي: « تشكل اللجنة من:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيسا
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب الصفقة(بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

تحدد قائمة الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية المذكورة أعلاه، بموجب قرار من الوزير المعني».

ثالثا: تشكيل اللجنة الولائية للصفقات.

لقد نصت المادة 173 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه على ما يلي: « تشكل اللجنة من:

– الوالي أو ممثله، رئيسا.

– ممثل المصلحة المتعاقدة.

– ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

– ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

– مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة الولائية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء

– مدير التجارة بالولاية».

رابعا: تشكيل اللجنة البلدية للصفقات.

لقد نصت المادة 174 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه[1] على مايلي: « تشكل اللجنة من:

– رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا.

– ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

– منتخبين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

– ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء».

1 - المرسوم الرئاسي 247/15 ،المؤرخ في 16 سبتمبر 2015،المنشور في الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

خامسا: تشكيل لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

لقد نصت المادة 175 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه على مايلي: « تشكل اللجنة من:

– ممثل السلطة الوصية، رئيسا.

– المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

– ممثل منتخب عن المجموعة الإقليمية المعنية.

– ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية أو مصلحة المحاسبة).

– ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء».

سادسا: تشكيل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

لقد نصت المادة 175 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه على مايلي: « تشكل اللجنة من:

_الوزير المعني أو ممثلا رئيسا.

– ممثل الوزير المعني، نائب الرئيس.

– ممثل المصلحة المتعاقدة.

– ممثلان عن القطاع المعني.

– ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)

– ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة».

الفرع الثاني: اختصاص لجان الصفقات العمومية

نصت المادة 169 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على مايلي: « تختص لجنة الصفقات العمومية بتقديم مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيباتها، ودراسة دفاتر الشروط

والصفقات والملاحق ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون، حسب الشروط المحددة في المادة 82 من هذا المرسوم».

أولا: اختصاص اللجنة الجهوية للصفقات.

لقد جاء في نص المادة 171 من نفس المرسوم أنه: « تختص اللجنة الجهوية للصفقات، ضمن حدود المستويات المحددة في المطات1 الى4 من المادة 184 وفي المادة 139 من هذا المرسوم حسب الحالة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات و الملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية ».

ثانيا: اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

لقد جاء في نص المادة 172 من المرسوم الرئاسي المذكور آنفا أنه :« تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المذكور في المادة 139 من هذا المرسوم، حسب الحالة، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات».

ثالثا: اختصاص اللجنة الولائية للصفقات.

لقد جاء في نص المادة 173 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر على أنه: « تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع:

– دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارة المركزية غير تلك المذكورة في المادة 172 أعلاه.

– دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، وخمسين مليون دينار بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار بالنسبة لصفقات الدراسات.

– الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم».

رابعا: اختصاص اللجنة البلدية للصفقات

لقد نصت المادة 174 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي السابق على أنه: « تختص اللجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها حسب الحالة، في المادتين 139 و 173 من هذا المرسوم».

خامسا: اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

نصت المادة 175 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر[1] على أنه: « تختص لجنة الصفقات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 172 من المرسوم، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة ضمن حدود المستويات المنصوص عليها، حسب الحالة، في المادتين 139 و 173 من هذا المرسوم».

سادسا: اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

تضمنته المادة 180 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه والتي جاء فيها: « تتمثل صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات فيما يلي:

[1] - المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

– مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

– مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبها.

– المساهمة في تحسين مراقبة صحة إبرام الصفقات العمومية».

الملاحظ من خلال دراستنا للمطلب المذكور سابقا أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 استحدث اللجنة الجهوية للصفقات العمومية واللجنة القطاعية للصفقات يترأسها الوزير المعني،كذلك القيام بتحديد أكثر لتشكيل واختصاص اللجان المتعلقة بالمؤسسة العمومية من خلال تقسيم هذه الأخيرة إلى لجنتين: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة ذات الطابع الإداري وكذلك لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

إن هذا التفصيل في تقسيم اللجان جاء على سبيل التوضيح لكي لا يقع أي لبس عند القيام بعملية الطعون من طرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ربحا للوقت والجهد.

الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة لطعن المتعهدين أمام لجان الصفقات العمومية

بالرجوع لنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنها تضمنت الإجراءات المتبعة للطعن في قرار المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء أمام لجنة الصفقات المختصة من خلال:

– إلزامية تبليغ المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تضم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة من أجل السماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن أمام هذه اللجان.

– كذلك لا بد أن يرفع الطعن في أجل قدره عشرة أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو بوابة الصفقات العمومية، في

حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.

– يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو، في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحهم وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هده النتائج كتابيا.

– في حالات إعلان عدم الجدوى 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 أولائك الراغبين منهم في الإطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام، ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة سابقا، 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 عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين.

إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات، عن طريق الخطأ، يجب على رئيس هده اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، ويخبر المتعهد المعني بذلك، ويأخذ بعين الاعتبار، عند دراسة الطعن، تاريخ استلامه الأول.

– يقدم الطعن في المنح المؤقت للصفقة في حالات المسابقة وطلب العروض المحدود عند نهاية الإجراء.

– تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشرة (15) يوما، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة وأصحاب الطعن.

– في حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة، لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل 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.

وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة المحددة بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

هذا من جهة، من جهة أخرى الصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المذكورة في المادة 6 السابقة، تقدم الطعون لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات للسلطة الوصية.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الطعن أمام اللجان المعنية يحقق جملة من المزايا بالنسبة للمتعامل المتعاقد أهمها:

1– من حيث الوقت المخصص للفصل في المنازعة أو الطعن من جانب اللجنة المختصة لا يعد كبيرا – مدة 30 يوما بدءا من إيداع التظلم أو الطعن.

2– تحتوي اللجان المختصة في تركيبتها من الناحية البشرية على ممثلين من أغلب الوزارات والقطاعات ونتيجة لذلك فإن النزاع يحال على هيئة متخصصة تضم كفاءات ذات مؤهلات عالية وخبرة واسعة، ومن الراجح أن يجد النزاع حلا له على يد هذه اللجنة المتخصصة[1].

1 - عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة التواصل القضائي، المكتب الجهوي للوادية الحسينية لقضاة جهة الدار البيضاء،المملكة المغربية، عدد 1، ديسمبر 2012، ص 134

المبحث الثاني: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية.

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

يجب على المصلحة المتعاقدة ودون المساس بتطبيق الفقرة السابقة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها».

والملاحظ أن المشرع الجزائري تبنى مبدأ الحل الودي لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ، وأهم ما جاء به المرسوم الرئاسي247/15 المتعلق بالصفقات العمومية هو نصه على تشكيل لجان محلية للتسوية الودية بجانب اللجان المركزية بعدما كانت محصورة في اللجان المركزية فقط في المرسوم الرئاسي السابق 236/10 هذا من جهة، ومن جهة ثانية من أجل القيام بالتسوية الودية نص المشرع أن يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المنشأة بموجب أحكام المادة 154 من المرسوم السابق، وجعله جوازيا حسب ما ورد في المادة 155 حيث جاء في فقرتها الأولى :« يمكن للمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة».

أما بالنسبة للنزاعات الناتجة عن إبرام صفقات مع متعاملين أجانب، فلقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153 على أنه:« يخضع 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».

وعلى هذا الأساس ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التسوية الودية عن طريق لجان التسوية.

المطلب الثاني: التسوية الودية عن طريق التحكيم.

المطلب الأول: التسوية الودية عن طريق لجان التسوية.

سبق وأن ذكرت أن النزاع يعرض أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة بموجب أحكام المادة 154 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية، والتي جاء فيها :« تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين...».

وعليه ولمعالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: تشكيل لجان التسوية الودية.

الفرع الثاني: اختصاص لجان التسوية الودية.

الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة أمام لجان التسوية الودية.

الفرع الأول: تشكيل لجان التسوية الودية.

يوجد نوعين من اللجان أحدهما "مركزية" وهي لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية، والأخرى "محلية" وهي لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية.

أولا: تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية

جاء في نص المادة 154[1] على أنه:« تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين والتي تتشكل من:

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية، رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

1- المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

– ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.»

ثانيا: تشكيل لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية

نصت المادة 154 السالفة الذكر على أنه:« تنشأ لدى كل والي لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع متعاملين اقتصاديين جزائريين والتي تتشكل من:

– ممثل عن الوالي، رئيسا.

– ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

– ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

– ممثل عن المحاسب العمومي المكلف».

الفرع الثاني: اختصاص لجان التسوية الودية

أولا: اختصاص لجنة التسوية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية

نص المشرع على اختصاص اللجنة بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها. (المادة 154 فقرة 1).

ثانيا: اختصاص لجنة التسوية للنزاعات في الولاية.

تختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة (154 فقرة 2) .

والملاحظ أن المشرع اشترط الكفاءة لاختيار أعضاء اللجان بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني، كذلك تمكين رئيس اللجنة من الاستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة،يستشف من المطلب المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية تبنى الحل الودي للنزاع على المستوى المحلي من خلال إنشاء اللجنة المحلية وهذا يعتبر تعديل هام من شأنه ترشيد المال العام وإعطاء دفع للتنمية على المستوى المحلي.

وتجدر بنا الإشارة في هذا المقام إلى دور الوسيط كطريق من طرق التسوية الودية لحل نزاعات الصفقات العمومية، حيث أعطى الوزير الأول السابق تعليمات من أجل تنصيب وسيط في الصفقات العمومية وكان نتاج هذه المبادرة إصدار التعليمة رقم 258 في 2013/08/07 التي تهدف إلى تنشيط الاستثمار من خلال تطوير مناخه بين المؤسسات والمستثمرين، كما تم توجيه منشور إلى مالا يقل عن 16 وزير من بينهم الوزير المكلف بالمالية ليقوم بتنصيب وسيط مكلف بالصفقات العمومية، تحدد مهامه و اختصاصاته بموجب مرسوم تنفيذي.

وإلى يومنا هذا لم يرى هذا المشروع النور لكن الفكرة لم يتخلى عنها ،ونستشهد باقتراحات النقابة الوطنية للعمال في إطار التحضير لأشغال الثلاثية (الحكومة، أرباب العمل، النقابة الوطنية للعمال) ، من أجل تنصيب وسيط في مادة الصفقات العمومية، بقولها:« إن المؤسسات الجزائرية تواجه اليوم صعوبات متصلة بالطلبات العمومية هذه الأخيرة لا بد أن تستفيد من بيئة مشجعة على تطوير نشاطاتها ،مهمة الوسيط ستساعد على القيام بطعون عن طريق الوساطة من خلال جهاز مجاني وسري كليا».

هذا الجهاز المستوحى من التجربة الفرنسية التي تبنته في ديسمبر 2012، فالوسيط في الصفقات العمومية عبارة عن جهاز يسهل العلاقات بين الإدارة والخواص لذا لا بد أن يمتد مجال اختصاصه إلى جميع مراحل تكوين الصفقات العمومية[1] .

1- Cherif Bennadji, des comites de règlement amiable au médiateur des marches publics, revue Franco-Maghrébine de Droit, presses universitaires de perpignon, presses de l'université Toulouse I capitol, N°21 ,2014, p258.

المطلب الثاني: التسوية الودية عن طريق التحكيم

تكاد تجمع مختلف التشريعات الحديثة على أن التحكيم قضاء خاص قوامه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، فمقتضى التحكيم نزول الأطراف عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم[1].

وإذا كان دور تحقيق العدالة منوط بالدولة من خلال أجهزتها القضائية، إلا أن هناك اعتبارات مختلفة اقتضت ألا يحتكر قضاء الدولة فض المنازعات، وإنما يشاركه في ذلك في نطاق معين نظام التحكيم باعتباره صورة من صور القضاء الخاص المنظم بالقانون.

فالمحكم قاضي من نوع خاص كما أن عمله وإن قام على اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمل المحكم، فهو عمل قضائي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية الرسمية، كما أن حكم التحكيم يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي[2].

و بهدف الاعتماد على التحكيم كآلية لتخفيف العبء على المحاكم أو كرافعة للتنمية عبر جدب الاستثمارات الأجنبية، عملت الدول على سن تشريعات وطنية و تعديلها بغية تحقيق هذه الغايات[3].

ولمعالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: صور الاتفاق على التحكيم وأنواعه.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

1- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 4، 2001، ص 15.

2- مصطفى بونجة، نهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية، الإدارية والمدنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المغرب، ط1، 2015، ص 5.

3- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع نفسه، ص6.

الفرع الأول: صور الاتفاق على التحكيم وأنواعه.

أولا: صور الاتفاق على التحكيم

1- شرط التحكيم:

هو اتفاق بمقتضاه يتفق الطرفين على أن ما ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يتم حسمه بواسطة التحكيم[1]، بمعنى أن شرط التحكيم يكون الاتفاق عليه سابقا على نشوء النزاع بين الطرفين.

وهذا ما نصت عليه المادة 1007 من ق إ م إ حيث جاء فيها: « شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم».

والأصل العام أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه ضمن بنود العقد الأصلي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع الاتفاق على التحكيم السابق على نشوء النزاع في محرر مكتوب مستقل عن العقد الأصلي.

وبالرجوع لنص المادة 1008 من ق إ م إ نجدها تنص على هذه الجزئية بقولها:« يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها...».

2- اتفاق التحكيم:

نصت المادة 1011 من ق إ م إ على اتفاق التحكيم بقولها:« اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم».

يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية، ويحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا، ويجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

1- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 91.

إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة حسب ما ورد في المادة 1012 من ق إ م إ.

ثانيا: أنواع التحكيم حسب قانون الإجراءات المدنية والادارية09/08:

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر إليها أو المعيار الذي يعتمد عليه كأساس للتفرقة حيث يوجد تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، تحكيم مؤسساتي وتحكيم حر، تحكيم عادي وتحكيم مع التفويض بالصلح، تحكيم وطني وتحكيم دولي[1].

وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 نجده يتضمن التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.

1-التحكيم الوطني (الداخلي):

التحكيم الداخلي هو ذلك التحكيم الذي يتم وفق مقتضيات القانون الداخلي وهو ما تضمنته المادتين 975 و 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث ورد في نص المادة 975 من ق إ م إ أنه: « لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية».

أما المادة 976 فلقد جاء فيها أنه:« تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية.

عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من المجلس الشعبي البلدي.

1- أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه حقوق ، 1988، الإسكندرية، ط 4، ص 41، نقلا عن شريف خاطر، المرجع السابق، ص 74.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها».

2- التحكيم الدولي:

يشترط لاعتبار التحكيم دوليا أن يكون تجاريا بمعنى أن النزاع ينشأ حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، والجزائر بعد أن كانت ترفض اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي عادت وانفتحت عليه بشكل واسع عندما أصدرت المرسوم التشريعي رقم 09/93 بتاريخ 25 أفريل 1993[1] حيث جاء في المادة 458 مكرر منه مايلي:

« يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج».

مزجت المادة 458 مكرر بين المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي جاء فيها:« يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية».

والمادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص والتي جاء فيها:«يطبق القانون الجديد:

- إن وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا.
- أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشارطة التحكيم.

على هذا الأساس يكون المشرع الجزائري قد تبنى معيارين لتحديد دولية التحكيم: المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني[2].

1- المعدل والمتمم للأمر رقم66-154، المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

2- كمال عليوش قربوع، التحكيم الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 301

وبالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 نجده عرف التحكيم التجاري الدولي من خلال نص المادة 1039 والتي جاء فيها:" يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هدا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل».

إن المشرع الجزائري حرص على مواكبة التطورات المتسارعة في هذا المجال من خلال التعديلات التي أوردها على الأحكام المنظمة للتحكيم والذي وصف بالايجابي على عدة مستويات، فنجد مثلا أن الهيئة العربية للتحكيم قد أشادت بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إذ اعتبر رئيس هذه الهيئة أن هذا القانون هو قانون عصري تبنى كل النظريات القانونية العصرية الجديدة، وأوضح على هامش اليومين الدراسيين حول الطرق البديلة لحل النزاعات أن هذا القانون لا يترجم أي قانون آخر رغم استلهامه من تجارب الدول الأخرى ، كما أنه قانون حرر القاضي الجزائري من وصاية أي قرارات قضائية صادرة خارج الجزائر بالنسبة للحكم التحكيمي، مبرزا في هذا السياق أن الهيئة العربية للتحكيم أصدرت موسوعة التحكيم لكل الدول العربية ، أدرجت فيها ملحقا من 150 صفحة خاص بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري [1] .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية

من بين أهم الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أجاز ولأول مرة لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية أو حالة الصفقات العمومية حيث جاء في نص المادة 975 من هذا القانون أنه:« لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية ».

1- منى ميمون، التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، رقم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة.

ويبدو واضحا التحول النوعي الذي طرأ على التشريع في مجال التحكيم، وبالذات بالنسبة للدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية الإدارية، والانتقال من مرحلة حظر اللجوء للتحكيم إلى مرحلة جواز اللجوء إليه، حيث منعت الأشخاص الاعتبارية العامة جميعا وفي زمن سابق من اللجوء للتحكيم لحسم منازعاتها في مجال الصفقات العمومية بموجب المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى والتي جاء فيها: « لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أي يطلبوا التحكيم».

بمعنى أن قانون الإجراءات المدنية الملغى اتخذ موقفا عدائيا ومتشددا اتجاه آلية التحكيم رغم مزاياها الكثيرة والمتعددة.

وحسب الدكتور عمار بوضياف فإن التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، بل وفي غيرها يحقق ما لم يحققه القضاء نفسه من خلال مزاياه الكثيرة نذكر من بينها: تحقيق السرعة أثناء الفصل في المنازعات الناتجة عن التنفيذ، كذلك السرية خلافا للقضاء حيث نجد أن جلساته علنية، أيضا وحسب نفس الدكتور فان المتنازعين في التحكيم يمكنهم اختيار محكميهم، بينما لا يجوز للمتقاضين اختيار قضاتهم.

وبالرجوع لنص المادة 153 الفقرة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية نجدها تنص على مايلي: «...يخضع 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».

وبالرجوع لنص المادة 06 من نفس نجدها تنص على مايلي: « لا تطبق أحكام هدا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.
- الجهات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

– المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة».

أما المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلقد كرست المعيار العضوي كأداة لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري من جهة وبين جهات القضاء الإداري من جهة ثانية. من خلال ما سبق نلاحظ وجود إشكال قانوني من خلال تأثير المعيار العضوي المكرس تشريعا بموجب المادة 800 على مجال التحكيم في الصفقات العمومية.

لكن بالرجوع للمادة 1006 فقرة 03 من ذات القانون نجدها تنص على خضوع الصفقات العمومية للتحكيم والعبارة جاءت بالإطلاق بمعنى أثناء القيام بربط بين المادة 06 من قانون الصفقات والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نستخلص خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للتحكيم، حيث جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه: « لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

فعبارة الأشخاص المعنوية العامة تضم المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية.

إن الاجتهاد القضائي المتعلق بالتحكيم عموما وبأهلية الدولة والمؤسسات العمومية لطلب التحكيم في الجزائر نادر جدا لعدة أسباب نذكر من بينها[1]:

– حداثة النظام التحكيمي في الجزائر.

1– قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري– دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 186

– تميز النظام التحكيمي بالسرية.

–قلة المعالجات الفقهية المتعلقة بالأحكام القضائية المتصلة بموضوع التحكيم الإداري.

ولمعالجة هده الجزئية سنتطرق للموقف الرافض والمؤيد للتحكيم من طرف القضاء الجزائري.

أولا: رفض التحكيم من طرف القضاء

هذا الموقف يجسده القرار الصادر عن المجلس القضائي بتاريخ 1986/12/26 في نزاع بين شركة "ك–ل" ضد المؤسسة العمومية للبناء، حيث تم إبرام عقد بينهما في 20 ماي 1983 يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية بغرض توسعة مصنع، والذي ينص على شرط يتفق الطرفين بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام الغرفة التجارية الدولية I.C.C.

إلا أن هذا القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية بتاريخ 1985/12/20 قد ألغي، وتصدى القضاء للفصل في هذه المنازعة باعتبار أن الشرط لتحكيمي الذي أدرجته الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا، وبالتالي لا ينتج آثاره القانونية والمتمثلة في غل يد القضاء من التصدي له، فلم يعترف القضاء بالدفع المقدم من الأطراف بوجود شرط تحكيم في العقد لعدم جواز الاتفاق على ذلك[1].

ثانيا: قبول التحكيم من طرف القضاء.

لم يستطع القضاء الجزائري أن يتخذ موقفا ثابتا من مسألة مدى صحة شرط التحكيم الصادر من الدولة أو هيئاتها العامة، وقد فصل لأول مرة في قرار مهم للغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1989، والذي أقر صراحة صحة الشرط التحكيمي الذي اتفقت عليه المؤسسة العمومية[2].

1– قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 187

2– قرار الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر 1989/11/06

وبذلك يتبين لنا بأن القضاء الجزائري بدأ يتقبل فكرة التحكيم نتيجة للتطورات الحاصلة سواء السياسية أو الاقتصادية أو القانونية [1].

ويرى بعض الفقه أن مجلس قضاء الجزائر في هذه القضية اعترف بصحة اتفاق التحكيم وفقا للمادة 442 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الملغاة والتي تسمح لأي شخص أن يلجأ للتحكيم وبعد تناول أحكام المادة 442 فقرة 3 واعتبار المؤسسة الوطنية شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص بما أنها تتصرف كتاجر وبالتالي فأحكام القانون التجاري هي التي تنطبق عليها[2].

وفقا لهذه الطبيعة التجارية وأحكام المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن: « العقد شريعة المتعاقدين»، يؤسس مجلس قضاء الجزائر حكمه ويمنح الأطراف سلطة كاملة في اللجوء إلى التحكيم[3]، فالتحكيم يكون إجباريا باعتباره شرطا أساسيا في العقد وملزم للطرفين طبقا لنص القانون اتفق على اللجوء إلى التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء لان العقد شريعة المتعاقدين[4] .

حكم محكمة الجزائر بتاريخ 03 ماي 1973

لم تتقيد محكمة الجزائر في حكمها الصادر في 03 ماي 1973 بالمادة 443 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية، وأقرت بصحة شرط التحكيم المبرم من طرف هيئة تابعة للدولة بعد أن تم إبرام عقد بين شركة "سونا طراك" وشركة "CMS" وأراد الأطراف تغيير شروط تسوية النزاعات، لكن قبل أن تتم المفاوضات ثار نزاع بينهما ولجئوا إلى التحكيم.

1- نور الدين بوكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،1995-1996، ص 71.

2- قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 187.

3- TERKI. N. l'arbitrage international et l'entreprise publique économique en Algérie, Rev. Arb 1990,p591.

4- مصطفى تراري ثاني، تعليق على أحكام الاجتهاد الجزائري(حكم المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/04/09، مجلة التحكيم، عدد04، أكتوبر، 2009

إلا أن المدعى عليها رفضت تعيين محكم وطلبت شركة سونا طراك من رئيس محكمة الجزائر تعيين محكم لكن هذا الطلب رفض، ليس على أساس المادة 442 والتي كان من الممكن إثارتها وإنما لأسباب أخرى، وهذا معناه قبول ضمني من المجلس القضائي لشرط التحكيم في العقود الإدارية[1].

الملاحظ من خلال هذه القضية ،أن القضاء العادي هو الذي فصل في النزاع الخاص بالتحكيم بالرغم من أن الدولة طرف في النزاع وهو ما يثير إشكالية ما مدى التزام القاضي الجزائري بالمعيار العضوي المكرس تشريعيا؟.

من حيث العقود التجارية الدولية نجد أن الجزائر رضيت بالتحكيم في الكثير منها، حيث نجد أنه في 17 عقدا من عقود التجارة الدولية 10 عقود تضمنت شرطا تحكيميا يحيل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، وأربعة عقود فقط أحالت النزاع للقضاة، ثلاثة منها للقضاء الجزائري وواحد للقضاء الانجليزي، على خلاف ذلك نجدها رفضت اللجوء للتحكيم في كثير من عقودها الإدارية الدولية على أساس فكرة السيادة الوطنية لوجود طرف أجنبي في النزاع، نعطي مثالا على ذلك: النزاع الذي قام بين مؤسسة جزائرية وشركة يوغسلافية، حيث عرض النزاع على المحاكم الجزائرية، فأصدر مجلس قضاء الجزائر جهة الطعن المختصة كثاني درجة، قرار يقضي فيه بإلغاء حكم محكمة" بئر رايس" محكمة أولى درجة التي فصلت في النزاع مستندة إلى نص المادة 442 من ق إ م ، مقررا عدم الاختصاص بالموضوع ومعترفا بصحة شرط التحكيم الدولي الذي يربط الأطراف،– قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1973/07/04 بين: Société DIALIM IMPORT et RUDNUP EXPORT[2]

والمشرع الجزائري بتبنيه للتحكيم في منازعات العقود التجارية الدولية ، يكون قد أوفى بالتزامات الجزائر الدولية المتعلقة بالتحكيم، التي انضمت وصادقت عليها ،كاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المبرمة بتاريخ 10 يونيو 1958، والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1988،

1- قمر عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 188.

2- قمر عبد الوهاب،نفس المرجع، نفس الصفحة.

كذلك اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المؤرخة في 17 مارس 1965 والتي تم المصادقة عليها سنة 1995.[1]

1- مرزوقي فهيمة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية في التشريع الجزائري، مجلة مجلس الدولة، عدد 13، 2015 ، ص49.

الفصل الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة.

بالنظر لحجم الصفقات العمومية الذي يتزايد بتزايد الاحتياجات العامة التي تقتضيها التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعمرانية، وحرصا على سلامة إجراءات هذه الأخيرة تحقيقا لأهدافها، ولحسن تدبير المال العام، وتفاديا لما قد ينتج عن الطعون القضائية[1]، وجدت التسوية الودية للنزاعات في مختلف مراحل وجود الصفقة العمومية سواء كانت مرحلة الإبرام أو التنفيذ وذلك لتسيير الشؤون العامة ولتحقيق الصالح العام ولربح المال والوقت والجهد.

ولا يخفى أن التسوية الودية للنزاعات المترتبة عن الصفقة العمومية تكون من خلال هيئات متخصصة ومنظمة بموجب نصوص تشريعية، ونظرا للأهمية التي تحتلها التسوية الودية لحل الخلافات المترتبة عن الصفقات العمومية، ارتأيت في هذا الفصل القيام بدراسة مقارنة من خلال تسليط الضوء على تشريعات واجتهادات قضائية مقارنة، كيف تناولت هذا الإجراء و اخترنا كنموذج التشريع المغربي، المصري و الفرنسي.

وعليه قمت بتقسيم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: تناولت فيه التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي.

المبحث الثاني:تطرقت فيه للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المصري.

المبحث الثالث: شمل التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي.

1- مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب، دار القلم للنشر، ، الرباط (المغرب)، ط 2، ص 15

المبحث الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي.

حرصا على سلامة إجراءات الصفقات العمومية، وتحقيقا لأهدافها، ومراعاة لحسن تدبير المال العام، وتفاديا لما قد ينتج عن الطعون القضائية من انعكاسات سلبية، ومن أجل تحقيق الأهداف المرجوة ومنع عرقلة المصلحة العامة، لا بد من البحث عن سبل سهلة وناجعة لفض منازعات الصفقات العمومية في أقرب وقت وبأيسر الوسائل ومن هنا تظهر بجلاء أهمية اللجوء إلى المسطرة الإدارية كوسيلة تجنب طرفي الصفقة تعقيدات اللجوء إلى المساطر القضائية خاصة وأن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة تمكنها من وضع حد لتلك المنازعات [1].

والمسطرة الإدارية الودية في فض منازعات الصفقات العمومية تتم عبر طريقتين أحداهما داخلية أي أنها تتم داخل الإدارة وبين طرفي العقد وهو ما سأتناوله في المطلب الأول، وثانيها خارجية تتدخل فيها أطراف أخرى وهذا ما سأعالجه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التسوية الداخلية

تتخذ التسوية الداخلية شكلين هما التظلم الإداري وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول والعقد الملحق بالصفقة وهو ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التظلم الإداري

إن التظلم الإداري وسيلة من بين وسائل الطعون الإدارية[2] التي تخول المتعاقد مع الإدارة المطالبة بإيجاد حل لإحدى المشاكل التي تواجهه عند انجاز الصفقة، كما يمكنها من مراجعة تصرفاتها المعيبة بأحد عيوب المشروعية من خلال ممارسة رقابة ذاتية على أعمالها[3].

1- هناء علمي، كوثر امين، منازعات الصفقات العمومية، ط 1، طوب ريس، الرباط، 2011، ص 15.

2- مولاي ادريس الجيلالي الكتاني، العقود الإدارية، مكتبة دار السلام، الرباط، ط 1، 2000. ص 77.

3- هناء علمي، كوثر امين، المرجع السابق، ص 42.

والملاحظ أن التظلم الإداري في المغرب مر بمرحلتين حيث كان في المرحلة الأولى إلزاميا وأصبح في المرحلة الثانية اختياريا وهذا يتشابه مع ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال اعتبار إجراء التظلم في ظل القانون القديم للإجراءات المدنية إجباريا وجوازيا في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 .

فالإصلاح القضائي المغربي لسنة 1974 جعل التظلم التمهيدي سواء كان استعطافيا أو رئاسيا اختياريا إلا أنه يوقف سريان الآجال إذا تم توجيهه إلى الإدارة، حيث يصبح رفع الدعوى صحيحا أثناء 60 يوما تبتدئ من تاريخ رفض التظلم الإداري بصفة صريحة أو ضمنية كما نصت على ذلك المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية والتي جاء فيها: « يجب أن تقدم طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة، داخل أجل 60 يوما، يبتدئ من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر.

ويجوز للمعنيين بالأمر أن يقدموا قبل انقضاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة تظلما من القرار إلى مصدره وإلى رئيسه، وفي هذه الصورة يمكن رفع طلب الإلغاء إلى المحكمة الإدارية داخل أجل 60 يوما تبتدئ من تبليغ القرار الصادر صراحة برفض التظلم الإداري كليا أو جزئيا».

هذا من جهة، من جهة ثانية نجد أن المادتين 71 و 72 من دفتر الشروط الإدارية العامة خاصة المتعلق بصفقات الأشغال العامة تمنحان المقاول حق التقدم بتظلم إداري عبر مرحلتين:

المرحلة الأولى: التظلم أمام صاحب المشروع.

ففي هذه الحالة يتقدم المقاول بملاحظاته خلال أجل خمسة أيام إلى صاحب المشروع الذي يتمتع بأجل شهرين تبتدئ من تاريخ التوصل بالتظلم للإدلاء بجوابه وفي حالة صمت الإدارة فإن ذلك يفسر على الأرجح بالرفض[1].

1- مرسوم رقم 1087-99-2، الصادر في 4 ماي 2000بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، ج ر، عدد 4800 بتاريخ 1 يونيو 2000، ص 1280.

المرحلة الثانية: الطعن الرئاسي أمام الوزير.

في هذه الحالة يحق للمقاول رفع الطعن الإداري الرئاسي إلى الوزير المعني بالعقد داخل أجل ثلاثة أشهر من جواب السلطة المختصة، وهذا الطعن يتخذ شكل مذكرة تتضمن احتجاجات المقاول ومطالبة موجهة إلى الوزير بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام فإن لم يتوصل بالجواب خلال فترة 3 أشهر اعتبر ذلك رفضا ضمنيا وحق للمقاول اللجوء للقضاء[1].

ولقد نصت المادة 169 من مرسوم 349-12-2 الصادر في 8 جمادى الأول 1434 الموافق لـ: 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي على قيام المتضرر من الصفقة برفع تظلم حيث جاء فيها مايلي:« يجوز لكل متنافس أن يوجه شكايته كتابيا إلى صاحب المشروع المعني إذا:

1- لاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم لم يتم التقيد بها.

2- سجل احتواء ملف طلب المنافسة على بنود تمييزية أو شروط غير متناسبة مع موضوع الصفقة.

3- نازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف لجنة العروض أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع طبقا للمواد 44 و 61 و 82 و 100و 127 أعلاه.

يجب أن تقدم شكاية المتنافسين ابتداء من تاريخ نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة والى غاية اليوم الخامس بعد لصق نتائج الدعوة إلى المنافسة المذكور.

إلا أنه بالنسبة للحالة المقررة في البند 3 أعلاه يجب أن يقدم المتنافس شكايته داخل أجل خمسة أيام تحسب من تاريخ تسلم الرسالة المضمونة المشار إليها في المواد 44 و 61 و 82 و 110 و 127 من هدا المرسوم.

يخبر صاحب المشروع المشتكي بالجواب الذي خصص لشكايته داخل أجل خمسة أيام ابتداء من تاريخ تسلم الشكاية المذكورة.

1- Michel Rousset, le règlement des litiges contractuels, Revue Marocaine des Marches publiques, Numéro 34, 2003, p 36 et 37.

وإذا لم يقتنع المشتكي بجواب صاحب المشروع، يمكنه خلال أجل خمسة أيام ابتداء من تاريخ تسلم جواب صاحب المشروع، أن يرفع بحسب الحالة شكايته إلى الوزير المعني بالنسبة لصفقات الدولة، أو إلى وزير الداخلية بالنسبة لصفقات الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات.

بالنسبة لصفقات المؤسسات العمومية يمكن للمشتكي أن يتقدم بشكايته أمام السلطة المختصة خلال نفس الآجال المقررة أعلاه، إذا لم يقتنع بجواب صاحب المشروع ويمكن للمشتكي بعد ذلك أن يتقدم بشاكيته إذا لم يقتنع بجواب السلطة المختصة،داخل أجل خمسة أيام تحسب ابتداء من تاريخ تسلمه لجواب السلطة المذكورة إلى رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية».

في جميع الحالات، يمكن للوزير المعني أو لرئيس مجلس الإدارة المعني، حسب مرحلة المسطرة، إما:

أ- أن يأمر بالقيام بتصحيح الخلل المثبت.

ب- أن يقرر إلغاء المسطرة.

ويمكن للوزير المعني أو لرئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية، قبل أن يقرر الإلغاء، أن يأمر بإيقاف مسطرة الدعوة إلى المنافسة لمدة لا تفوق 10 أيام كحد أقصى شريطة مايلي:

- أن تكون الشكاية صحيحة وتتضمن مبررات مقبولة تبين أن المتنافس قد يلحقه ضرر إذا لم يتم توقيف المسطرة.

- ألا يترتب على توقيف المسطرة ضرر غير متناسب على صاحب المشروع أو المتنافسين الآخرين.

- إلا أنه يمكن للوزير المعني أو لرئيس مجلس الإدارة المعني، لاعتبارات استعجالية تهم الصالح العام، أن يقرر متابعة مسطرة إبرام الصفقة.

إلا أنه لا يمكن أن يكون موضوع شكاية من طرف المتنافسين:

أ- اختيار مسطرة إبرام صفقة.

ب- قرار لجنة طلب العروض أو لجنة المباراة عدم قبول جميع العروض طبقا لمقتضيات المواد 42 و 62 و 80 و 108 و 125 من هذا المرسوم.

ج- قرار السلطة إلغاء طلب العروض أو المباراة ضمن الشروط المقررة في المواد 45 و61 و83 و111 و182 من هذا المرسوم.

وفي جميع الحالات يتعين على الوزير المعني بالأمر أن يجيب على شكاية المتضرر داخل أجل لا يزيد عن 30 يوما ابتداء من تاريخ استلام الشكاية.

يمسك صاحب المشروع سجلا لتتبع الشكايات تسجل فيه أسماء المشتكين وتاريخ استلام كل شكاية وموضوع الشكاية وكذا المآل الذي آلت إليه.

الفرع الثاني: العقد الملحق بالصفقة

يتم اللجوء إلى العقد الملحق بالصفقة عندما يضطر الأطراف إلى إدخال تعديلات لازمة على برنامج الصفقة المبرمة بينهما فيتم التوافق على تلك التعديلات من خلال بنود يتضمنها عقد ملحق بعقد الصفقة الأصلي، وذلك بحسب مقتضيات المادة العاشرة من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة[1].

ويعتبر العقد الملحق وسيلة فعالة لإعادة بناء التوازنات المتعلقة بتوزيع التزامات المتعاقدين، والتي يمكن أن تخل بها بعض الطوارئ فيرغبا بموجب اتفاقهما في مراجعتها[2].

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه وفي حالة استحالة إبرام عقد ملحق بالصفقة، نتيجة مخالفة النزاع القائم للشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، فإن الطرفان قد يقوما بإبرام صفقة جديدة تدعى

1- منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد4008، بتاريخ 1 يونيو 2000، ص 1280

2- أمزيد الجيلالي، منازعات الصفقات العمومية بين اختصاص المحاكم والمساطر غير القضائية، القضاء الإداري: حصيلة وآفاق، ندوة منظمة من طرف الجمعية المغربية للعلوم الإدارية يومي 3 و 4 ماي 1991.

عقد التسوية،كما أن عقد التسوية يعد عقدا جديدا، لا يرتبط بالصفقة السابقة التي كانت موضوع النزاع، حسب المقتضيات القانونية والتنظيمية المطبقة على أشكال وكيفية إبرام الصفقات العمومية وكذلك المنظمة لمراقبة الالتزام بنفقات الدولة[1].

المطلب الثاني: التسوية الخارجية.

التسوية الخارجية تتم سواء عن طريق لجنة الصفقات العمومية وهذا ما تضمنه مرسوم رقم2.75.840 الصادر بتاريخ 1975/12/30 والذي يضم 18 فصلا، يتضمن تأليفها واختصاصاتها وكيفية تسيير عملها ودور كتابتها الدائمة.

أيضا عن طريق التحكيم هذا الأخير الذي لقي الإتفاق عليه في العقود الإدارية صعوبات كثيرة الأمر الذي جعل المشرع المغربي يحيطه بشروط شكلية مسبقة لقبوله على اعتبار أن التسليم بقبوله من شأنه المساس بالتماسك النظري للقانون الإداري.

ولمعالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التسوية عن طريق لجنة الصفقات عمومية.

نصت المادة 170من مرسوم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية السالف الذكر على أنه : « 1- يمكن لكل متنافس، دون اللجوء إلى صاحب المشروع أو الوزير المعني أو مدير المؤسسة العمومية المعنية، أن يوجه مباشرة شكاية مفصلة إلى لجنة الصفقات عندما:

- يلاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم لم يتم التقيد بها.
- يسجل احتواء ملف طلب المنافسة على بنود تمييزية أو شروط غير متناسبة مع موضوع الصفقة.
- ينازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف اللجنة أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع تطبيقا للمواد 44 و 61 و 82 و 110 و 127 أعلاه.

1- هناء العلمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص 33

يجب أن تقدم شكاية المتنافس ابتداء من تاريخ نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة وذلك داخل أجل أقصاه 7 أيام بعد عرض نتيجة طلب المنافسة المذكور.

2- يمكن لكل متنافس أن يوجه شكاية مباشرة إلى لجنة الصفقات إذا لم يقتنع بالجواب الذي أعطي له تطبيقا لمقتضيات المادة 169 أعلاه أو في غياب جواب الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية.

يجب أن تقدم شكاية المتنافس داخل أجل 7 أيام ابتداء من تاريخ تسلم جواب الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية، أو في حالة عدم الجواب، ابتداء من تاريخ انتهاء أجل ثلاثين يوما المقرر في المادة 169 أعلاه.

وفي كل الحالات، يجب على المشتكي أن يوجه شكايته بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالوصول أو إيداعها في مكاتب لجنة الصفقات.

يجب على المشتكي أن يخبر، في نفس الوقت، صاحب المشروع بتقديم شكايته الى لجنة الصفقات.

3- تحديد كيفيات فحص شكايات المتنافسين من طرف لجنة الصفقات في المرسوم المنظم لهذه اللجنة».

أولا: تكوين لجنة الصفقات العمومية بالمغرب.

نص مرسوم رقم 840-75-2[1] الصادر بتاريخ 1975/12/30 المتعلق بإصلاح لجنة الصفقات، على تكوين لجنة الصفقات العمومية من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- رئيس اللجنة(موظف سام) ونائب الرئيس، يعينان معا بمقرر من الوزير الأول.
- ممثل لوزارة الأشغال العمومية والمواصلات
- ممثل لوزير البريد والبرق والتليفون (تم حذفه).
- ممثل لوزير الفلاحة والإصلاح الزراعي.

1- منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 5 محرم 1396 موافق لـ: 1976/01/07.

– ممثل للوزير المكلف بالتجارة والصناعة العصرية(تم حذفه).

– الخازن العام أو ممثله.

– المراقب العام للالتزام بالنفقات أو ممثله.

– رئيس مصلحة التشريع بالأمانة العامة أو ممثله.

ويمكن أن يضاف إلى اللجنة عند الاقتضاء.

– مقررون يختارون من بين الموظفين المزاولين عملهم أو المتقاعدين ويعينهم رئيس لجنة الصفقات.

– كل تقني أو خبير.

– مندوب السلطة المتعاقدة بصفة استشارية من أجل الاستماع إليه إذا تعلق الوضع بمشاريع الاتفاقات أو مشاريع الصفقات أو النزاعات المسطرية بشأن طلبات العروض والمنافسة[1].

– كتابة دائمة تعمل تحت سلطة الرئيس يديرها موظف يعينه الأمين العام للحكومة، وله الصلاحية في حضور اجتماعات اللجنة بصفة استشارية

ثانيا: اختصاصات لجنة الصفقات العمومية بالمغرب.

تقوم لجنة الصفقات بإبداء رأيها في الأمور التالية:

1– مشاريع النصوص التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية.

2– المشاكل العامة أو الخاصة المرتبطة بتحضير صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات وإبرامها وتنفيذها وتسديد مبالغها.

3– مشاريع الاتفاقيات أو الامتيازات أو العقود الإدارية المتعلقة بتنفيذ خدمة عمومية وكذا التغييرات الواجب إدخالها على الاتفاقيات أو الامتيازات أو العقود المذكورة.

4– الصفقات أو ملاحقها التي تستشار فيها بطلب من الآمر بالصرف.

1- الفصل الرابع الفقرة 3، الفصل 7، فقرة 3 و 4 و 5 من مرسوم رقم 2.75.840 الصادر بتاريخ 1975/12/30 بشان إصلاح لجنة الصفقات السالف ذكره.

5- النزاعات المتعلقة بمسطرة ونتائج السمسرات وطلبات العروض والمنافسة لأجل الحل الودي لهذه النزاعات[1].

وسنذكر على سبيل الاستدلال رأي من آراء لجنة الصفقات العمومية بالمغرب، وهو الرأي رقم 08/336 الصادر بتاريخ 15 ماي 2008 المتعلق بطلب استبدال معدات معلوماتية بأخرى تحمل نفس العلامة التجارية، وتتميز بمواصفات أفضل مع الإبقاء على نفس الأثمنة الواردة في الصفقة، وذلك لعدم إمكانية نائل الصفقة من الحصول على المعدات المطلوبة بعد إصدار الأمر بالتنفيذ.

وبعد دراسة اللجنة للطلب المذكور أعلاه خلال الجلسة التي عقدتها بتاريخ 2008/04/30، وبعد قبولها له، أصدرت رأيها التالي:

- يتعين على صاحب المشروع، قبل إجراء أية منافسة أو مفاوضة بموجب المادة 04 من المرسوم رقم 388-06-2 الصادر في 16 محرم 1428 الموافق لـ 2007/02/05 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة، أن يحدد بكل ما يمكن من الدقة والمواصفات، ولا سيما التقنية منها ومحتوى الأعمال المطلوبة، وأن يتأكد عند التسلم المؤقت للأعمال موضوع الصفقة من مطابقتها للمواصفات التقنية المطلوبة بموجب دفتر الشروط الخاصة المتعلق بها.

اعتبارا لما سبق، وحسب ما دأبت عليه لجنة الصفقات في هذا المجال فإنها ترتئي مايلي:

- إن نظام الصفقات لا يجيز لصاحب المشروع وكذلك نائل الصفقة تغيير مواصفات التجهيزات كما هي محددة في دفتر الشروط الخاصة بالنسبة لصفقات التوريدات.

- إن قبول اقتراح نائل الصفقة باستبدال المعدات المطلوبة بأخرى، وإن كانت تتميز بمواصفات أفضل، من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة أمام الطلبات العمومية، لذا يجب رفضه.

1- المادة 95 من مرسوم 2007/02/05 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة، نقلا عن مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 295.

وتوصي لجنة الصفقات الإدارة المعنية بتوخي السرعة في تدبير المساطر المتعلقة بإبرام الصفقات الخاصة بالتزويد بالأجهزة المعلوماتية لا سيما خلال المدة الفاصلة بين تاريخ إرسال الصفقة وتاريخ تبليغ المصادقة على الصفقة المعنية بالنظر إلى أن مواصفات هذا النوع من التجهيزات تتميز بسرعة تقادمها. وتشير لجنة الصفقات في الأخير إلى أنه إذا اعتبر صاحب المشروع المعني أن التجهيزات المقترحة كبديل تتميز بمواصفات أفضل، يمكنه فسخ الصفقة وإعادة طرح مسطرة المنافسة على أساس مواصفات أكثر حداثة[1].

الفرع الثاني: التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمغرب

سنتناول التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمغرب من خلال مرحلتين أساسيتين:

- المرحلة الأولى قبل صدور قانون 05-08 لسنة 2007 المعدل لقانون المسطرة المدنية.

_ المرحلة الثانية بعد صدور قانون 05-08 لسنة 2007

ولكن قبل ذلك سنتطرق إلى اتفاق التحكيم وأنواعه.

أولا: اتفاق التحكيم وأنواعه.

1-اتفاق التحكيم:

يكون اتفاق التحكيم في شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم[2]

أ-عقد التحكيم: هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرضه على هيئة تحكيمية، ويمكن إبرام هذا العقد حتى أثناء المرحلة التي تكون فيها الدعوى جارية أمام المحكمة، ويترتب على هذه الحالة، قيام المحكمة المعنية بإحالة الأطراف على التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب.

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 302.

2- هذا ما نص عليه الفصل 307 من القانون رقم 05-08 الصادر بتاريخ 2007/01/30، القاضي بنسخ وتفويض الباب الثامن بالقسم الثامن من قانون المسطرة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية المغربية ،عدد5584 ، ص 3894.

ب–شرط التحكيم: عبارة عن الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور وهذا ما تضمنه الفصل 316 من القانون رقم 05–08.

كما نص الفصل 317 من القانون 05–08 على ضوابط قانونية يتعين احترامها فيما يخص شرط التحكيم، وإلا كان هذا الشرط معرضا للبطلان وتتمثل فيما يلي:

– أن يتضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه بشكل لا لبس فيه.

– أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين، وإما على طريقة تعيينهم.

وشرط التحكيم يعد اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، بمعنى أنه إذا تعرض العقد الأصلي للبطلان أو الفسخ أو الإنهاء، فإن هذا الإجراء القانوني لا يؤثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه [1].

2– أنواع التحكيم:

أ– التحكيم الداخلي: أجاز المشرع المغربي اللجوء إلى التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية حسب ما ورد في الفصول 308، 310 و 311 من القانون 05–08 لسنة 2007 لكن بشروط و ضوابط محددة.

ويقصد بالتحكيم الداخلي، التحكيم الذي يراد به حل نزاع من لدن هيئة تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم[2].

ولقد جاء في الفصل 310 فقرة 03 على أنه :« يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم.»

كما نص الفصل 311 فقرة 02 على ما يلي:«...يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها، وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط التحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة».

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 591

2- حسب ما ورد في الفصل 306 من القانون رقم 05–08 السالف الذكر.

أما الفصل 308 فلقد جاء فيه:« يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها».

وعليه نستنتج أن الدولة باعتبارها شخص معنوي عام تملك حق التصرف في الحقوق المسندة إليها قانونا ومن ثم يجوز لها إبرام اتفاق تحكيم.

ومن ثم فان عقود صفقات الدولة تدخل في مجال التحكيم سواء تعلق الأمر بالصفقات الوطنية أو المحلية ولكن في حدود الضوابط القانونية والتنظيمية.

وحسب الفصل 311 السابق الذكر فإن المؤسسات العامة تملك حق اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقاتها العمومية بشروط وضوابط خاصة تتمثل فيما يلي:

- إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها.
- موافقة مجلس الإدارة على الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم بعد مداولة خاصة.

ويقوم رئيس المحكمة الإدارية الذي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو رئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني. بتذييل الحكم التحكيمي بالصفقة التنفيذية.

وهذا حسب ما ورد في الفصل 311 والفصل 31-327 من القانون 05-08 لسنة 2007.

1- تشكيل الهيئة التحكيمية:

تتشكل الهيئة التحكيمية من محكم واحد أو عدة محكمين، وإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة وفي حالة تعدد المحكمين وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا حسب ما ورد في الفصل 5-327 من القانون 05-08 السالف الذكر.

2- إجراءات التحكيم:

تقوم الهيئة التحكيمية وقبل النظر في الموضوع بالتأكد من صحة اتفاق التحكيم ومدى حدود اختصاصها سواء بطلب من أحد الأطراف أو تلقائيا، هذا من جهة.

من جهة أخرى لطرفي التحكيم الحق في الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة المغربية أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان ملائم لذلك.

وتطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان.

أما فيما تعلق بحكم التحكيم فلا بد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط الشكلية لاعتباره صحيحا نذكر من بينها:

- توافر أغلبية الأصوات لصدور الحكم التحكيمي، سرية مداولات المحكمين، تعليل الحكم التحكيمي، تضمين الحكم التحكيمي ببيانات محددة[1]، توقيع الحكم التحكيمي[2]، تبليغ الحكم[3] وأخيرا تذييل الحكم ألتحكيمي بالصيغة التنفيذية حسب ما جاء في الفصل 36-327 من القانون رقم 05-08.

أما الشروط الموضوعية نذكر من أهمها:

- التزام الهيئة التحكيمية بالمهمة المسندة إليها وأن تبث في المسائل التي يشملها التحكيم وألا يتجاوز حدود الاتفاق، كذلك صدور الحكم التحكيمي بمقتضى اتفاق التحكيم شريطة أن يكون الاتفاق مشروعا، وأن يكون الحكم التحكيمي صادرا داخل أجل التحكيم، أيضا تمكين أطراف التحكيم من حقوق الدفاع وتقيده بقواعد النظام العام[4].

1- حسب ما ورد في المادة 779 من قانون 05-08 السالف الذكر.

2-حسب ما ورد في الفصل 25-327 من قانون 05-08

3-حسب ما ورد في الفصل 28-327 والفصل 29-327 من قانون 05-08

4- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 606

ب- التحكيم الدولي:

لقد أجاز المغرب إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات صفقاته الدولية وهذا ما حددته القوانين الداخلية كالقانون رقم 05-08 السالف الذكر في فصوله من 39-327 إلى 54- 327، كذلك من خلال المصادقة على اتفاقيات ومعاهدات دولية كاتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى بتاريخ 11-02-1972.

1- تعيين هيئة التحكيم الدولي:

تعين هذه الهيئة بموجب اتفاق التحكيم وفي حالة وجود صعوبات أو اعتراض على تعيينها يجوز للطرف الأكثر استعجالا أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة ليتولى هذا التعيين إذا كان التحكيم جاري بالمملكة المغربية وأن يرجع إلى رئيس المحكمة التجارية بالرباط إذا كان التحكيم جاريا بالخارج واتفق الطرفان على تطبيق قانون المسطرة المدنية المغربي.

2- مسطرة التحكيم الدولي والقانون الواجب التطبيق:

يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدد مباشرة المسطرة الواجب إتباعها خلال سير التحكيم وكذلك القواعد القانونية التي يتعين تطبيقها على النزاع من طرف الهيئة التحكيمية.

وفي حالة عدم وجود اتفاق على ذلك تقوم الهيئة التحكيمية بتحديد المسطرة الواجب إتباعها وتطبيق القواعد القانونية التي تراها ملائمة.

ثانيا: عدم إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

لقد نص التشريع المغربي في فصوله 527 إلى 549 من قانون المسطرة المدنية الملغى الصادر بشأنه ظهير 12 أغشت(أوت)1913 على التحكيم في المواد المدنية والتجارية دون الإدارية.

وعند صدور قانون المسطرة المدنية الحالي في 28 سبتمبر 1974 نص هو الآخر على التحكيم في الفصول من 306 إلى 327 دون التعرض لإمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية حيث

نصت المادة 306 على ما يلي:« يمكن للأشخاص الدين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون حق التصرف فيها، غير أنه لا يمكن الاتفاق على التحكيم فيما يخص الأمور التالية:

- الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن.

- المسائل المتعلقة بالأشخاص وأهليتهم.

- المسائل التي تمس النظام العام وخاصة:

النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.

النزاعات المتعلقة بتطبيق القوانين الجبائي.

النزاعات المتعلقة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجية.

وبما أن الصفقات العمومية تندرج ضمن العقود الإدارية وتنصب على أموال عمومية فانه يمنع بشأنها اللجوء إلى التحكيم وهو ما يضيع فرصة ربح الوقت بالنسبة للإدارة للمتعاقد باعتبار مسطرة التحكيم أقل تعقيد من المسطرة القضائية، وإن كان التحكيم يعد أقرب الطرق البديلة إلى القضاء باعتباره يشترك مع هذا الأخير في بعض الخصائص منها سلطة المحكم في إصدار القرار، ذلك أنه وبالرغم من إرادة الأطراف واتفاقهم في البداية على الأخذ بالتحكيم، فإنه لا يعتد بإرادتهم عند إصدار قرار التحكيم بعكس الطرق البديلة الأخرى التي تجعل جانب الإدارة حاضرا في اتخاذ القرار النهائي الذي يتم برضى الطرفين، وهو ما يجعلنا أمام عدالة تفاوضية وليس عدالة مفروضة[1].

1- عبد المجيد غميجة، الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المجلس بفاس يومي 4 و 5 افريل 2003 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، ط 1، ص ص 118،119

وانطلاقا من أحكام المادة 306 السالف ذكرها فإن الملاحظ أن المشرع المغربي قد أخذ بالمعيار المادي كأساس لحظر التحكيم في العقود الإدارية دون الأخذ بالمعيار العضوي، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي، مما يكون معه المشرع المغربي قد حافظ على نفس النهج الذي كان قد تبناه بموجب ظهير 1913/08/12.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي في العقود الإدارية، فإن قانون المسطرة المدنية لم يتطرق إلى ذلك بل ظل صامتا، غير أن المغرب صادق على عدة اتفاقيات دولية وثنائية أباحت اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات المترتبة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ولعل أبرز وأهم اتفاقية في هذا المجال هي إتفاقية تسوية خلافات الإستثمار لسنة 1965 والمعروفة باتفاقية واشنطن، هذه الإتفاقية المتعلقة بتسوية منازعات استثمار التي قد نشبت بين الدولة وبين مستثمر خاص أجنبي سواء كان مصدر الإستثمار علاقة تعاقدية أو علاقة نظامية[1].

بالإضافة إلى عدة اتفاقيات ثنائية عقدها المغرب مع بعض الدول الأجنبية، تضمنت أحكاما متعلقة بضمانات الاستثمار وإمكانية اللجوء إلى التحكيم[2].

ثالثا: اللجوء إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية.

بموجب قانون رقم 05-08 لسنة 2007 المتعلق بالتحكيم والوساطة الإتفاقية بالمغرب والذي قضى بتنفيذه الظهير الشريف 169-07-1 الصادر بتاريخ 2007/11/30 القاضي بفسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، تم النص على التحكيم الاختياري وذلك على الصعيدين الداخلي والخارجي.

1- تم التوقيع على هذه الاتفاقية من طرف المغرب بتاريخ 1965/10/11 وصادق عليها بموجب المرسوم الملكي رقم 65-564 بتاريخ 1966/10/31 ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 1966/11/16.

2- مصطفى بونجة، نهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية، الإدارية المدنية -دراسة لأهم الإشكالات العملية والنظرية وفقا للقانون المغربي والقوانين المقارنة، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، المغرب، ط1، 2015، ص 206.

ومن خلال مقتضيات هذا القانون يلاحظ أن المشرع المغربي قد خطى خطوات جد إيجابية في إقرار التحكيم في مجال العقود الإدارية والتي تحتوي بين طياتها عقود صفقات الدولة[1].

فمن خلال الفصول 308 و 310 و 311 من القانون 05-08 لسنة 2007 نجد أن المشرع المغربي نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات صفقات الدولة بشروط وضوابط محددة، فالفصل 308 ينص على أنه:« يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء أكانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها».

كما نص الفصل 310 فقرة 03 على أنه:« يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم...».

أما الفصل 311 فقرة 02 فلقد جاء فيه ما يلي:« يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها، وتكون الاتفاقيات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجيزها مجلس الإدارة ».

هذا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فنجد أن إمكانية اللجوء إلى التحكيم تجد أساسها القانوني من خلال قوانين داخلية بالمغرب والمصادقة على اتفاقيات دولية نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- القانون الإطار رقم 18-95 لسنة 1995 الذي يعد بمثابة ميثاق الاستثمار، والذي نص في مادته 17 على إقرار مبدأ التحكيم في النزاعات القائمة بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي في العقود الإدارية الدولي.

نذكر كذلك من الاتفاقيات:

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 589.

– اتفاقية التبادل الحر بين المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية وتسوية المنازعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم والوساطة بتاريخ 2 مارس 2004.

ومن المرجعيات الأساسية في مجال التحكيم نذكر:

– إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بتاريخ 10 يونيو 1958.

– إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى بتاريخ 1972/02/11.

وتعتبر قضيتا "هوليداي إن" وقضية الطرق السيارة بالمغرب أهم قضيتين تحكيميتين أجبر فيهما المغرب على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع، وأثيرت بشأنهما إشكالية تطبيقه في العقود الإدارية وتغليب طابع الدولية والتجارية على الطابع الإداري لتلك العقود.

ففي القضية الأولى: بعد أن أخلت شركة "هوليداي إن" والشركة الغربية للبترول بتعهداتهما بتنفيذ العقد حيث أنهما تأخرتا في بناء الفنادق وحتى تلك التي اكتمل بناؤها لم تكن درجتها ترقى إلى فئة خمسة نجوم المنصوص عنها في العقد وبعد أن توترت العلاقة بين الطرفين،طلبت الحكومة المغربية من القضاء وضع الفنادق تحت الحراسة القضائية وقد ردت الشركتان على هذا الإجراء بأن طلبت اللجوء إلى مسطرة التحكيم المنصوص عليها في البند 14 من العقد الأساسي المؤرخ بـ 1966/09/05، وهو يقضي بأن تسوى جميع المنازعات المتعلقة بالعقد طبقا لقواعد التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار، إلا أن الحكومة المغربية تقدمت في مذكرتها الجوابية في 1972/04/29 بطلب يرمي إلى عدم الاختصاص طالبة من المركز الدولي المختص بفض النزاعات التصريح بعدم اختصاصه، إلا أن هذا الأخير لم يستجيب للطلب وصرح باختصاصه للبت في النزاع [1]، الذي انتهى باتفاق صلح بين الطرفين بسبب طول الإجراءات.

1- Rambaud Patrick, Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI: annuaire français de droit international, volume 28, 1982, pp471-491

أما فيما يتعلق بالقضية الثانية: هي قضية شركة الطرق السيارة ، والتي لجأ فيها المغرب إلى التحكيم مجبرا في عقد إداري ومتعلق بمرفق عام، و تم إبرام العقد وفقا للقانون المغربي المتعلق بالصفقات العمومية، وقضى المركز الدولي المختص بفض النزاعات باختصاصه للبت في النزاع بين المغرب من جهة وبين مجموعة من الشركات الايطالية من جهة أخرى،و بالرغم من الدفوعات المثارة من طرف المغرب والمتعلقة باختصاص المحكمة المغربية بالبت في النزاع إلا أنها قوبلت بالرفض من طرف المركز. [1]

1- مصطفى بونجة، نهال اللواح، نفس المرجع، ص 253.

المبحث الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المصري.

إن التسوية الودية لمنازعات المناقصات والمزايدات في مصر تضمنه الباب الرابع من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة،كما تتم عن طريق التحكيم الذي أصبح أمرا واقعا بصدور القانون رقم 9 لسنة 1997 وبإضافة فقرة جديدة إلى المادة الأولى من قانون التحكيم رقم 47 لسنة 1994.

وسنتناول هذا المبحث من خلال دراسة الطعون المقدمة أمام لجنة التظلمات (المطلب أول) وكذلك التحكيم كطريق من طرق التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التسوية الودية عن طريق لجنة التظلمات.

إن تشكيل واختصاص لجنة التظلمات حدد بموجب اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة[1] وبالتحديد في الباب الرابع الذي عنون بإجراءات نظر التظلمات المقدمة للجنة التظلمات والبث فيها.

حيث نصت المادة 89 من اللائحة السالفة الذكر على مايلي:« يكون نظر تظلمات المستثمرين وما يتعلق أو يرتبط فيها خلال عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة بمعرفة لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة 39 من القانون، وإذا كان محل التظلم قرارا إداريا فيكون التظلم منه أمام اللجنة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إخطار صاحب الشأن به، أو علمه بالقرار، ولا تقبل دعوى إلغاء هذا القرار قبل التظلم منه».

وما يلاحظ من نص المادة أن إجراء التظلم أو الطعن الإداري أمام لجنة التظلمات إجراء وجوبي وجوهري، انعدامه يؤدي إلى رفض دعوى الإلغاء شكلا لانعدام إجراء جوهري.

ولمعالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه للفروع التالية:

1- نشر بالجريدة الرسمية المصرية، العدد 3 مكرر (ب) في 2011/01/23.

الفرع الأول: تشكيل لجنة التظلمات.

الفرع الثاني: طريقة عمل لجنة التظلمات.

الفرع الأول: تشكيل لجنة التظلم

نصت المادة 89 من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية و الخدمات والمرافق العامة[1]،على تشكيل لجنة التظلمات حيث جاء فيها:« تشكل لجنة للتظلمات برئاسة الوزير المختص بالشؤون المالية وعضوية اثنين من نواب رئيس مجلس الدولة يختارهما رئيس المجلس ورئيس الوحدة المركزية و مشاركة واحد من ذوي الخبرة من غير العاملين بالدولة يختاره رئيس اللجنة. وتختص اللجنة بنظر تظلمات المستثمرين وما يتعلق أو يرتبط بها خلال عمليات طرح وإبرام وتنفيذ عقود المشاركة.

وإذا كان محل التظلم قرارا إداريا يكون ميعاد التظلم منه ثلاثين يوما من تاريخ الإخطار أو العلم به، ولا تقبل الدعوى بإلغاء هذا القرار قبل التظلم منه.

وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون إجراءات نظر التظلم والبت فيه ويكون قرار اللجنة بالبت في التظلم نهائيا ونافذا».

الفرع الثاني: إجراءات نظر التظلم أمام لجنة التظلمات والبت فيه.

إن إجراءات نظر التظلم والبت فيه أمام لجنة التظلمات نصت عليها المواد من 90 إلى 95 من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

وبالرجوع لنص المادة 908 نجدها تنص على مايلي:« تعقد لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة 39 من القانون جلساتها لنظر التظلمات المقدمة لها، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بدعوة من رئيسها.

1- نشر بالجريدة الرسمية المصرية، العدد 19 مكرر (أ) في 2010/05/18.

وتدون أعمال اللجنة في محضر يثبت فيه الأعمال التي قامت بها، والقرارات التي اتخذتها والأسباب التي بنيت عليها».

أما المادة 91 فلقد جاء فيها:« ينشأ بالوحدة مكتب يتولى تلقي التظلمات المنصوص عليها في المادة 89 من هذه اللائحة وقيدها في السجل المعد لدلك في يوم ورودها، كما يقوم بمهام الأمانة الفنية للجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة 95 من هذه اللائحة.

ويجب أن يكون التظلم مكتوبا باللغة العربية وموقعا عليه من صاحب الشأن أو من يمثله قانونا من أصل وست صور، وأن يشتمل على بيانات وترفق بالمستندات الآتية:

أ- اسم المتظلم ولقبه ومهنته عنوانه.

ب- تاريخ الإخطار بالجراء الفعل أو القرار المتظلم منه أو تاريخ العلم به، بحسب الأحوال.

ج- موضوع التظلم والأسباب التي يبنى عليها.

د- المستندات المؤيدة للتظلم.

وعلى المكتب إعطاء مقدم التظلم ما يفيد استلامه على أن يثبت فيه اسمه وصفته،وساعة وتاريخ تظلمه، واسم المشروع المتعلق به التظلم».

ويقصد بالوحدة المركزية للمشاركة واختيار مستشار الطرح وحدة ذات طابع خاص تتبع مباشرة إلى الوزير المختص بالشؤون المالية، وتباشر الاختصاصات المعقودة لها طبق لأحكام القانون وهذه اللائحة، وتتعاون الوحدة مباشرة مع الجهات الإدارية أو وحدات المشاركة بها إن وجدت في إبرام وتنمية عقود المشاركة مع القطاع الخاص(المادة 09 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم مشاركة القطاع)

أما المادة **92** فلقد جاء فيها:« على مكتب التظلمات عرض التظلم فور وروده على رئيس لجنة التظلمات لتحديد تاريخ لنظره يخطر به المتظلم بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول والبريد الإلكتروني».

أما المادة **93** فلقد جاء فيها:« تنظر لجنة التظلمات التظلم المقدم إليها، ويكون لها الاتصال بذوي الشأن لطلب الإيضاحات والاستفسارات التي تراها لازمة منهم، كما يكون لها طلب الإيضاحات والاستفسارات من الوحدة أو من الجهات الإدارية المختصة.

وللجنة عند الاقتضاء أن تكلف الأمانة الفنية بإعداد تقرير واف لموضوع التظلم وحكم القانون فيه، ويكون رأي الأمانة الفنية في هذه الحالة استشاريا».

أما المادة **94** فلقد جاء فيها :« تفصل لجنة التظلمات في التظلمات المقدمة إليها خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم التظلم إليها على الأكثر، ويكون قرارها في هذا الشأن نهائيا ونافذا، وتلتزم به الجهة الإدارية، وعلى مكتب التظلمات إخطار كل من الجهة الإدارية والمتظلم بهذا القرار بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصل».

في حين نجد أن المادة **95** تنص على مايلي :« يكون للجنة التظلمات أمانة فنية، يصدر بتحديد أعضائها قرار من الوزير المختص بالشؤون المالية بناء على اقتراح رئيس الوحدة، تتولى إعداد ملفات التظلمات المقدمة إلى اللجنة وما أرفق بها من مذكرات ومستندات، وتدوين محاضر جلساتها، ومتابعة تنفيذ القرارات الصادرة عنها، وغيرها من الأعمال التي تكلف بها اللجنة، وتتحمل الوحدة بأتعاب لجنة التظلمات وأمانتها الفنية بواقع خمسة آلاف جنيه تصرف لكل عضو عن كل تظلم».

المطلب الثاني: التسوية الودية عن طريق التحكيم.

إن المشرع المصري نظم قواعد التحكيم لأول مرة، في المواد من 702 إلى 727 من قانون الإجراءات المدنية الصادر في 1883/11/13، وفي عام 1949 تمت إعادة تنظيم التحكيم في المواد من 818 إلى 850 من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1968.

وحتى في أواخر القرن العشرين، ظل تنظيم التحكيم ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية، ولم يفرد له المشرع المصري قانونا خاصا إلا في عام 1994 وذلك بمقتضى القانون رقم 9 لسنة 1997[1].

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه في الفترة السابقة على صدور قانون التحكيم لسنة1994 ، تباينت آراء الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية وظل هذا الخلاف قائما حتى بعد صدور قانون التحكيم لسنة 1994 نظرا لأن المشرع لم ينص صراحة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية، وهذا ما أدى إلى تدخل المشرع المصري الذي قام بتعديل قانون التحكيم بمقتضى القانون رقم 9 لسنة 1997 ونص فيه صراحة على جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية[2].

وبالرجوع للفقرة الأخيرة من المادة 23 نجدها تنص على مايلي:«...وفي حالة الادعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة ذلك، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 7 لسنة 1994 معدلا بالقانون رقم 9 لسنة 1997».

1- دويب حسين صابر عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود ال BOT، المجلد الأول، ص 263 وما بعدها، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر بجامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان التحكيم التجاري الدولي: أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية، المنعقد بأبو ظبي في الفترة من 28 إلى 30 افريل 2008، نقلا عن شريف حسين خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه– دراسة مقارنة في ضوء احدث أراء الفقه وأحكام القضاء ومواقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص 137.

2- شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 138.

أما المادة **42** فلقد نصت على مايلي:« يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد».

وللتعمق أكثر في هذا العنصر ارتأينا تقسيم المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: اتفاق التحكيم وأنواعه.

الفرع الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد الإدارية والتجارية.

الفرع الثالث: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء قانون رقم 9 لسنة 1997 المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم وأنواعه.

أولا: اتفاق التحكيم.

هو اتفاق بين طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقا أو تاليا للنزاع، ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا من الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه[1].

ولقد جاء في نص المادة 10 فقرة 03 من قانون التحكيم المصري الصادر عام1994 على أنه:« يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين».

أما فيما يتعلق بشرط التحكيم فهو اتفاق مستقل بذاته ويرتب آثاره وملزم للطرفين، وهو مستقل عن العقد الأصلي إذا تضمنه الاتفاق على التحكيم.

واستقلال شرط التحكيم في العقد الأصلي جاء النص عليه في المادة 23 من قانون التحكيم المصري.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام–التنفيذ–المنازعات، مصر، 2004، ص 354.

حيث جاء فيها:« يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى».

ونصت عليه المادة 21 فقرة 2 من قواعد اليونسترال والمادة 21 فقرة 02 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[1].

ويختلف شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم التي لا يتم الاتفاق عليها إلا بعد قيام النزاع بين الطرفين، ولا يتصور إبرام مشارطه تحكيم قبل نشوء النزاع بين الطرفين وإلا كانت باطلة.

ونجد المشرع المصري نص على مشارطة التحكيم في المادة 10 من قانون التحكيم والتي جاء فيها:

« اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت...».

ولقد صدر عن مجلس الدولة المصري فتوى بتاريخ 1998/01/11 [2] تقضي بأن:« وجود شرط التحكيم يجعل من غير الجائز أن ينفرد القضاء الإداري بوقف تنفيذ وإلغاء قرارات مرتبطة بعقد تم النص فيه على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات الناتجة عنه».

كما صدر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر حكم بتاريخ 2004/12/21 [3] يقضي صراحة ببطلان شرط التحكيم في حالة عدم وجود موافقة من الوزير المختص على التحكيم حيث جاء فيه:« من حيث أن المادة الأولى [3] من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997 تنص على أنه: مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا

1- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة في ضوء احدث آراء الفقه وأحكام القضاء وموقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص .68

2- فتوى رقم 28، جلسة 1997/12/10، ملف رقم 39/754 نقلا عن محمد ماهر ابو العيش، المرجع السابق، ص .673

3- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص696

التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما دوليا يجري في الخارج واتفقت أطرافه على إخضاعه لإحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.

ومن حيث أن أوراق الطعن قد خلت مما يفيد موافقة وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية الجديدة على اللجوء إلى التحكيم في النزاع القائم بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده الثاني بشأن تنفيذ العقد المبرم بينهما في 1993/06/20، ومن ثم يكون طلب الشركة الطاعنة تعيين محكم عن المطعون ضده الثاني في النزاع القائم بينهما غير قائم على سند من القانون».

ويمكن اللجوء إلى مشارطه التحكيم حتى لو كان النزاع قد أقيم بشأنه دعوى قضائية أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري ولو كانت الدعوى في مرحلة المداولة لإصدار الحكم، سواء أمام أول درجة أو أمام الاستئناف، طالما لم يصدر حكم نهائي فيها.

ثانيا: أنواع التحكيم.

1-التحكيم الوطني: جاء في نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن أحكام هذا القانون تسري على التحكيم الذي يجري في مصر أي التحكيم الوطني الذي صدر فيها حكم التحكيم داخل مصر حتى ولو تمت بعض إجراءاته خارج مصر[1] حيث جاء فيها:« مع عدم الإخلال بإحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع».

ولقد أضاف قانون 09 لسنة 1997 فقرة ثانية إلى المادة المذكورة سابقا حيث جاء فيها :«تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة1994فقرة 2

1- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ص 927.

نصها كالآتي :« وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك.»

فالتحكيم الداخلي هو الذي يتم وفق أحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، حتى لو كان تحكيما تجاريا دوليا، طالما أن حكم التحكيم قد صدر في مصر[1].

2- التحكيم الدولي:

جاء في نص المادة 02 من قانون التحكيم المصري على أنه:« يكون التحكيم تجاريا في هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالة التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية و السياسية وغيرها ونقل التكنولوجيا و الاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية».

أما المادة 03 من قانون التحكيم المصري نصت على مايلي:« يكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية».

ويكون التحكيم دوليا، إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم واقعا في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، كذلك إذا اتفق طرفي التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها، أيضا إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم مرتبط بأكثر من دولة واحدة.

1- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص ص 89 و 92

لا بد أن يكون المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة:

– مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

– مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

– المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع[1].

الفرع الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد الإدارية والتجارية.

أولا: آلية التحكيم قبل صدور قانون 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية.

قبل صدور قانون رقم 27 لسنة 1994، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية اختلف الفقه والقضاء حول إمكانية تطبيق التحكيم في المنازعات الإدارية بين مؤيد ومعارض ولكل اتجاه من الاتجاهين مبرراته وأسانيده[2].

أما فيما تعلق بالاتجاه الرافض للتحكيم فلقد استند أنصاره على عدة أسس تتعلق بسيادة الدولة أو توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء أو التشكيك في حيدة المحكمين هذا من جهة.

من جهة أخرى اعتبار التحكيم في منازعات العقود الإدارية متعارضا مع فكرة النظام العام.

وفيه اعتداء على اختصاص القضاء الوطني استنادا على نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 والتي تنص في فقرتها الحادية عشر، على اختصاص المجلس دون سواه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر، بمعنى أن الاختصاص الإداري في هذه الأنواع من النزاعات مقتصرة على القضاء الإداري دون سواه، وذلك

1- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص ص 89 ، 92

2- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 569.

بالنظر للطبيعة الخاصة لهذه النزاعات وما تتطلبه من أحكام واجتهادات خاصة، ومن ثم يصعب إسنادها للتحكيم إذا لم ينص المشرع صراحة على خضوعها له[1].

وبالرجوع للموقف القضاء من معالجة هذه المسألة نجد أن موقف مجلس الدولة الإفتائي والقضائي من التحكيم في العقود الإدارية تباين بين الإجازة والرفض.

ففيما يتعلق بالموقف الرافض نلتمسه من إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع والقضاء الإداري المصري الصادر بتاريخ 1970/01/07 والتي أفتت بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقود الإدارية من دون النص على ذلك صراحة بقولها:« إن إرادة الخصوم لا تكفي وحدها لخلق نظام التحكيم بل يجب أن يقرر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازة المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقه»[2].

ولقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لأن ذلك يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات، وذلك طبقا للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة1972[3].

كما رفضت محكمة القضاء الإداري التحكيم واتبعت نفس نهج المحكمة الإدارية العليا بموجب حكمها الصادر في 1990/12/09، وحكمها الصادر في 1991/01/30، وصدر الحكم الأخير في دعوى تتلخص وقائعها كالآتي قامت وزارة الإسكان والتعمير بإبرام عقد مع اتحاد مكون من شركة المقاولين العرب وشركة تارماك الانجليزية عبر البحار في 1976/03/19 وذلك من أجل إنشاء نفق الشهيد أحمد حمدي، وتضمن العقد بندا تعهد بمقتضاه الطرفان على إحالة النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الطرفين إلى هيئة التحكيم.

1- مليكة الصروخ، المرجع نفسه، ص 571.

2- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف رقم 1963/6/86، جلسة 1970/10/07، المشار اليها في مؤلف د. حسين محمد هند، التحكيم في المنازعات الادارية، ص 70، نقلا عن مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص 573.

3- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 141.

وبعد انتهاء تنفيذ العقد وإجراء التسليم النهائي، تبين وجود عيوب في حجم النفق تهدد سلامته نتيجة تأثير الأملاح التي تسربت بداخله.

فقامت هيئة قناة السويس، التي نقل إليها تبعية النفق برفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري على الشركة المتعاقدة والملتزمة بالصيانة وطالبت بضرورة معالجة العيوب الموجودة بالنفق، إلا أن الشركة المدعى عليها دفعت بعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع نظرا لوجود شرط التحكيم في العقد محل النزاع.

لكن محكمة القضاء الإداري رفضت ذلك الدفع وقضت باختصاصها بالدعوى وبطلان شرط التحكيم الوارد في العقد ومخالفته لقانون مجلس الدولة الذي جاء النص فيه على اختصاص محكمة القضاء الإداري دون غيرها بنظر النزاع[1].

أما بالنسبة للاتجاه المؤيد للجوء للتحكيم يرى أن المشرع لم يقصد من نص المادة 172 من الدستور ولا من نص المادة 10 من قانون مجلس الدولة استبعاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، وإنما قصد المشرع مجرد استبعاد اختصاص محاكم القضاء العادي من نظر هذه المنازعات الإدارية، أما سند أنصار هذا الاتجاه إلى القول بان اللجوء إلى التحكيم يوفر الجهد والوقت والمال وخصوصا في المنازعات التي فيها طرف أجنبي.

كما يرى جانب من الفقه المصري أن المواد المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية تدل دلالة واضحة على جواز اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية[2].

وبالرجوع لمحكمة القضاء الإداري نجدها أجازت التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموجب الحكم الصادر بتاريخ 18 ماي 1986 من خلال دعوى أقامتها إحدى الشركات ضد وزير الإسكان والمرافق وآخرين، مستندة في ذلك إلى أن العقد المبرم بين الشركة المدعية ووزارة الإسكان والتعمير هو عقد إداري ونص في أحد بنوده

1- شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 145.

2- زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لحسم النزاعات الإدارية، دار النهضة العربية، 1993، ص 343.

على أن:« كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الاتفاق، وشروط قبول التنازل يفصل فيه عن طريق التحكيم... وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون».

وعندما طعنت إدارة قضايا الدولة في هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا قضت هذه الأخيرة بإلغائه مقررة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية[1].

ثانيا: موقف المشرع المصري من التحكيم بعد صدور قانون 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية.

نصت المادة 01 من قانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على ما يلي:« مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون».

والملاحظ بخصوص المادة المذكورة أن عبارة أشخاص القانون العام جاءت على سبيل الإجمال، بمعنى تضم جميع أشخاص القانون العام دون تحديد وبما أن الإدارة تعد أحد أشخاص القانون العام فعليه وكتحصيل حاصل يفهم من نص المادة أن العقود الإدارية ومن بينها الصفقات العمومية يمكن إدخالها ضمن الاتفاقيات الخاضعة للتحكيم.

و اختلفت وجهات النظر بين رجال القانون في مصر من فقهاء وقضاة حول إمكانية خضوع العقود الإدارية للتحكيم وجاءت وجهات نظرهم متباينة بين مؤيد ومعارض.

1- طعن رقم 3049 لسنة 32 ق، جلسة 1990/02/20، نقلا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية–دراسة تحليلية على ضوء أحكام مجلس الدولة، الطباعة والنشر، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص83

فالمواقف المؤيدة تستند على أن:« العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص» وأنه: «لا اجتهاد مع وضوح النص».

ومن ثم فان العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية يمتد إليها نطاق التحكيم[1].

أما الموقف المعارض فيستند إلى نص المادة 172 من الدستور المصري والتي جاء فيها:« مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوي التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى».

وبالرجوع للأحكام القضائية نجد حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر في 2005/5/31 الذي تضمن عدم مشروعية اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخول قانون 1997 حيز التطبيق إذ جاء فيه:« ولا ينال مما تقدم القول بأن العقد محل المنازعة والذي تضمن شرط التحكيم قد أبرم في 1993/06/20 أي قبل صدور القانون رقم 09 لسنة 1997 بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون 27 لسنة 1994، فهذا القول مردود بأن قضاء هذه المحكمة جرى قبل تعديل المادة الأولى سالفة الذكر على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، استنادا إلى الاختصاص القضائي لمجلس الدولة المبين بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 74 لسنة 1972 يقصر الفصل في منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة.

وترتيبا على ما تقدم وان ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون جاء متفقا وحكم القانون ويكون الطعن عليه قائم على سند من القانون وجديرا بالرفض...»[2].

1- عزيمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 148.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ 2005/05/31 في الطعن رقم 68 لسنة 64 ق. مشار إليه بمجموعة القوانين والمبادئ الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة لعام 2006 ص ص 379، 380، نقلا عن مصطفى بو نجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 230.

الفرع الثالث: آلية التحكيم من خلال قانون رقم 09 لسنة 1997، المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

بالرجوع لقانون رقم 09 لسنة 1997 المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية نجد أن المادة الأولى منه كانت بمثابة الحاسم للخلاف الفقهي والقضائي حول مسألة التحكيم في العقود الإدارية وعقود الصفقات العمومية.

كذلك نص المادة الأولى من قانون رقم 27 لسنة 1994 التي أضيفت لها فقرة بموجب قانون رقم 09 لسنة 1997 والتي تقضي بأنه:« بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التعويض في ذلك».

ومن بين الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري المصري بعد دخول قانون رقم 09 لسنة 1997 حيز التنفيذ نذكر على سبيل المثال:

– الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري بالقاهرة بتاريخ 2006/02/19 والذي جاء فيه:« حيث أنه يتعين التسوية إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل رافضا مبدأ التحكيم في العقود الإدارية لما فيه من مساس بسيادة الدولة والانتقاص منها والعدوان على سلطة القضاء الوطني، وقد شايعه في ذلك مجلس الدولة المصري على ما أدرجت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا لذات المحكمة إلى أن تدخل المشرع الفرنسي مجيزا التحكيم في بعض العقود الإدارية، كما تدخل المشرع المصري بالقانون 09 لسنة 1997 مضيفا على المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة خاصة أجيز بمقتضاها التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم في هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التي

اشترطها النص بمن يوافق عليه. ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلا ولم ينشأ دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد في ألفاظ النص.

ولا مرية في أن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون. هو تحديد قانوني لمن تتوافر فيه صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم في الحالة المخصصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود. ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يعدو باطلا لا أثر له إن تخلف شكل أو جبه القانون أو انعدم أحد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التي اعتبرها المشرع لأي من هذه الأركان الثلاثة ومن ذلك ما أوردته الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم وجوب موافقة الوزير المختص.

وحيث أنه تطبيقا لما تقدم ولما كان الثابت بالأوراق أن الوزير المختص– وزير النقل أنداك– لم يوافق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد محل المنازعة الماثلة بما يعني أن هذا الشرط وقع باطلا بطلانا مطلقا وبما يعيد لهذه المحكمة ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى باعتبارها من منازعات العقود الإدارية».[1]

من خلال ما سبق نلاحظ أن التحكيم كآلية لتسوية المنازعات أصبح مباحا في مادة العقود الإدارية بمصر مع وجوب موافقة الوزير المختص.

1- حكم محكمة القضاء بالقاهرة، الدائرة السادسة عقود وتعويضات، الصادر بتاريخ 2006/02/19، دعوى رقم 8628 لسنة 59 ق، نقلا عن مصطفى بو نجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 232.

المبحث الثالث: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي.

لقد نص المرسوم رقم 975/2006 الصادر في 2006/08/01 والمتعلق بقانون الصفقات العمومية الفرنسي على التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المادتين 127 و 128.

فالمادة 127 تتعلق بالطعن أمام اللجان الاستشارية المختصة كطريق لتسوية النزاعات، أما المادة 128 نصت على التحكيم كآلية من آليات التسوية الودية، وعليه سنقوم بتقسيم المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول:نتناول فيه التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية عن طريق اللجان الاستشارية.

المطلب الثاني: سنخصصه للتسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية عن طريق التحكيم.

المطلب الأول: التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية عن طريق اللجان الاستشارية.

تضمنت المادة 127[1] من قانون الصفقات العمومية الفرنسي دور اللجان الاستشارية في التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية حيث جاء فيها:« السلطات المتعاقدة والمتعهدين في مجال الصفقات العمومية يمكنهم اللجوء إلى اللجان الاستشارية للتسوية الودية لمختلف النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال الشروط المحددة في المرسوم.

- هذه اللجان لها مهمة البحث عن العناصر القانونية أو الواقعية بهدف إيجاد حل ودي وعادل.
- إحالة الأمر إلى اللجنة الاستشارية من أجل تسوية ودية تقطع آجال التقادم.

1- Article 127 du code des marchés :«les pouvoirs adjutateurs et les titulaires public français de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans les conditions fixés par décret.

-ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fais en vue d'une solution amiables et équitable.

-la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompe le cours des différents prescriptions.

-la consultatifs، notamment les pouvoirs propres de leurs président، sont fixés par décret».

– الإحالة إلى اللجنة يقطع آجال الطعون القضائية إلى غاية اتخاذ قرار من جانب السلطة المتعاقدة بعد أخد رأي اللجنة.

–تكوين، تنظيم وطرق عمل اللجان الاستشارية، كذلك السلطات المخولة لرئيسها محددة بموجب مرسوم».

الفرع الأول: تكوين اللجان الاستشارية.

أولا: اللجان الوطنية.

إن تكوين اللجان الاستشارية الوطنية تضمنته المادة الثانية فقرة 01 من المرسوم رقم 2010–1525[1] الصادر في 2010/12/08 والمتعلق باللجان الاستشارية للتسوية الودية لنزاعات الصفقات، حيث جاء فيها:« تضم اللجنة الوطنية ستة أعضاء لديهم الحق في التصويت.

1–عضو في مجلس الدولة أو قاض في محكمة مراجعة الحسابات، نشط أو فخري، له على الأقل درجة مستشار دولة أو مستشار رئيسي، رئيس.

2–عضو في مجلس الدولة أو قاض محكمة مراجعة الحسابات، سواء كان نشطا أو فخريا، حاصلا على الأقل على درجة مقرر في الالتماسات أو مستشار الاستفتاء، نائب الرئيس.

3–موظفان نشطان أو متقاعدان، يعملان أو عملا في الدائرة الوزارية، معنيان بالمسائل المعروضة على اللجنة.

4–شخصان مؤهلان يمارسان أو مارسا وظائف في نفس قطاع النشاط بصفته حائز الصفقة.

كما تضم اللجنة ممثلا عن الإدارة العامة للتمويل العام، والتي لها صوت استشاري».

1– منشور بالجريدة الرسمية الفرنسية عدد 287 الصادرة بتاريخ 2010/12/11، نص رقم 15.

ثانيا: اللجان المحلية.

إن تكوين اللجان الاستشارية المحلية نصت عليه المادة الثانية فقرة 02 من المرسوم رقم 2010-1525 والتي جاء فيها ما يلي:« كل لجنة محلية لها ستة أعضاء لهم الحق في التصويت.

1- رئيس ونائب للرئيس، يتم اختيارهم من بين الأعضاء النشطين أو المشرفين في الهيئات الإدارية.

2- موظفان في الدولة، نشطان أو متقاعدان، أو عضو واحد على الأقل يعمل أو قدم خدمات على الأقل في الدائرة الوزارية معني بالقضية المقدمة إلى اللجنة.

3- شخصان مؤهلان يمارسان أو مارسا وظائف في نفس قطاع النشاط بصفته حائز الصفقة.

لفحص النزاعات المتعلقة بصفقات السلطات المحلية أو مجموعاتها أو مؤسساتها العامة، يتم استبدال المسؤولين المذكورين في الفقرة الثانية السالفة الذكر، بعضوين يتمتعان بجودة المنتخبين أو وكلاء المجتمعات المحلية، التجمعات أو المؤسسات العامة...».

وتجدر الإشارة إلى أن كل لجنة تشمل بالإضافة إلى الأعضاء المذكورين أعلاه،المجلس العام لتعيين المدفوعات المتعلقة بالصفقة المتنازع عليها أو من يمثله، الذي لديه صوت استشاري.

الفرع الثاني: عمل اللجان الاستشارية.

إن مهام ونطاق عمل اللجان الاستشارية حددتها المادة الأولى من المرسوم رقم 2010-1525 حيث جاء فيها:

1- لجان التسوية الودية المشار إليها في المادة 127 من قانون الصفقات العمومية لديها مهمة البحث عن العناصر القانونية أو الواقعية بهدف اقتراح حل ودي وعادل للنزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقات تطبيقا لقانون الصفقات العمومية.

2- اللجنة الوطنية توضع بالقرب من الوزير المكلف بالاقتصاد لأنه يعلم النزاعات المتعلقة بالصفقات المبرمة من طرف المرافق المركزية للدولة عندما تغطي احتياجات تلك الصفقات والتي تتجاوز دائرة لجنة محلية وحدة، والمبرمة من طرف المؤسسات العامة للدولة بخلاف تلك التي لها طابع صناعي وتجاري.

3- يتم تشكيل اللجان المحلية على المستوى الإقليمي أو الأقاليمي أو بين الإدارات المشتركة بأمر من الوزير المسؤول عن الاقتصاد، يحدد المرسوم دوائرهم الانتخابية ويعين المحافظ المسؤول عن وضع قوائم المسؤولين و الممثلين والمنظمات المهنية المذكورة في الفقرة 2 و 3 من المادة الثانية.

كما تفصل اللجان المحلية في النزاعات المتعلقة بالصفقات التي تمنحها السلطات المحلية أو تجمعاتها أو مؤسساتها العامة والمرافق الغير ممركزة للدولة.

عندما تغطي هذه الصفقات الحاجات المحدودة في نطاق اختصاص اللجنة المحلية.

عندما تنظر اللجنة المحلية في نزاع يتعلق بعقد يغطي احتياجات خارج نطاق ولايتها القضائية، يقوم رئيسها دون تأخير بإرسال الإحالة إلى رئيس اللجنة الوطنية التي تحيل فحص القضية إلى لجنة محلية إذا كان هذا الفحص لا يعود لاختصاص اللجنة الوطنية.

ونشير إلى أن اللجنة الاستشارية تجتمع في أي وقت من طرف السلطة المتعاقدة على خلاف المتعهد في الصفقة لا بد أن يكون لديه ليتمكن من تقديم طعنه رفض صريح أو ضمني لشكوى مقدمة أمام المصلحة المتعاقدة[1].

إن انعقاد اللجنة يكون من خلال إرسال الملف بموجب رسالة مضمونة الوصول أو إيداعه مع تقديم وصل استلام.

1- Jean Marie DELHAY, le nouveau code des marchés public (comment passer les marchés publics, comment y répondre), édition du puits Fleuri, France, 2004, p258.

يتكون الملف من الوثائق التالية[1]:

– مذكرة تعرض فيها أسباب الشكوى.

– الوثائق المتعلقة بالصفقة.

– كل المراسلات المتعلقة بالنزاع.

– الرسالة المتضمنة رفض الشكوى من طرف الشخص المسؤول عن الصفقة.

إن إحالة الأمر إلى اللجنة يترتب عليه عدة نتائج نذكر من بينها:

1– انقطاع أجل التقادم.

2– توقيف آجال الطعون.

بالرغم من ذلك فإن القيام بالطعن الإداري أمام اللجان الاستشارية لا يؤثر على الدعاوى السارية، لأن القاضي الذي رفع أمامه النزاع ليس مجبرا على إرجاء الفصل في القضية، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة الإدارية للاستئناف بباريس الصادر في: 1991/07/09[2]، قضية Sté caoutchouc, manufacture et plastique industrie . كما أن الإجراءات الشفهية أمام اللجان مرفوضة، بل لا بد أن تتم من خلال رأي موثق من طرف السلطة المتعاقدة أو المتعهد ويتم نقلها من أجل الإعلام إلى مديرية القضايا القضائية(J.A.D) ووزير المالية والوالي حسب دائرة الاختصاص التي يدور فيها النزاع هذا من جهة.

من جهة أخرى رأي اللجنة لا بد أن يقدم خلال أجل 6 أشهر من تقديم الطعن أمام اللجان الاستشارية ويمكن أن يمتد إلى 3 أشهر أخرى بناء على تقرير مسبب من طرف رئيس اللجنة.

في حالة رفض الطعن يبقى أمام الأطراف اللجوء إلى القضاء– المحاكم الإدارية – ، أما في حالة قبوله فلا بد من تعديل العقد بعقد ملحق.

1- Jean Marie DELHAY,opcit,p258.

2- Patric SCHULTZ, élément du droit des marchés publics, L.G.D.J, Paris, 2002, p175.

وعلى العموم تختص اللجان الاستشارية بالتسوية الودية للنزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة، بمعنى أنها لا تختص بالنزاعات التي تنشأ في المرحلة السابقة للتعاقد لأنها تكون من اختصاص القضاء وبالضبط القضاء الاستعجالي[1].

المطلب الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية عن طريق التحكيم.

لقد أقر المشرع الفرنسي التحكيم كوسيلة لحل النزاعات واعتبره الوسيلة الأكثر معقولية لحل المنازعات بين المواطنين إلا أنه وفيما يخص المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها وخاصة في مجال منازعات العقود الإدارية، فقد أخذ بالمبدأ الذي أسسه القضاء، وهو عدم جواز التحكيم في تلك المنازعات إلا في الحالات التي يوجد فيها نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إليه [2].

لمعالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم وأنواعه.

الفرع الثاني: قاعدة حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في التشريع الفرنسي.

الفرع الثالث: الاستثناءات التشريعية من قاعدة الحظر.

1- Nicolas CROS, Xavier Boissy, les litiges des marchés publics, édition Berger Lexrault, Paris, 2010, P115.

2- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، ص 97.

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم وأنواعه.

نصت المادة 1442[1] من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على اتفاق التحكيم حيث جاء فيها:

« يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم أو حل توفيقي، تتعهد بموجبه الأطراف في واحد أو أكثر من العقود بأن تقدم إلى التحكيم النزاعات التي تنشأ فيما يتعلق بهذه العقود».

في حين نجد أن المادة 1443 نصت على الشكل الكتابي للتحكيم حيث جاء فيها:«...اتفاق التحكيم يكون مكتوبا، وقد ينشأ عن تبادل وثائق مكتوبة أو وثيقة مشار إليها في الاتفاق الرئيسي».

أما فيما يتعلق بشروط تعيين المحكمين فهو وارد في اتفاق التحكيم حيث جاء في نص المادة 1444 أنه:« يحدد اتفاق التحكيم، حسب الاقتضاء بالرجوع إلى لائحة التحكيم المحكم أو المحكمين، أو ينص على شروط تعيينهم، وفي حالة عدم القيام بذلك يتم تنفيذ الإجراء وفقا لإحكام المواد من 1451 إلى 1454».

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به، ولا يتأثر بعدم فعالية هذا الأخير إذا كان باطلا حسب ما ورد في نص المادة 1447.

كما أن المادة 1450 نصت على أنه لا يجوز ممارسة التحكيم من قبل شخص طبيعي يتمتع بممارسة كامل حقوقه، أما إذا كان اتفاق التحكيم يعين شخصا اعتباريا، فإنه يتمتع فقط بسلطة تنظيم التحكيم.

في حين نجد أن هيئة التحكيم نصت عليها المادة 1451 حيث جاء فيها:« تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر في رقم فردي...».

1- Article 1442:« La convention d'arbitrage prend la forme d'une chose compromissoire ou d'un compromis.
La chose compromissoire est la convention par laquelle les partie à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient être relativement à ce ou à ces contrats.
La compromis est la convention par la quelle les paries à un litige ne soumettent celui-ci à l'arbitrage».

أما التحكيم الدولي نصت عليه المادة 1504 [1] من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها:« التحكيم الدولي ينطوي على المصالح التجارية الدولية».

كذلك المادة 1505 والتي نصت على ما يلي:« في مسائل التحكيم الدولي، يكون قاضي دعم إجراءات التحكيم، ما لم ينص على خلاف ذلك، رئيس محكمة باريس الكبرى عندما:

1- التحكيم يحدث في فرنسا أو

2- وافق الطرفان على تقديم التحكيم إلى قانون الإجراءات الفرنسي أو

3-منح الأطراف صراحة الاختصاص للمحاكم الفرنسية للنظر في النزاعات المتعلقة بإجراءات التحكيم أو

4- أحد الطرفين عرضة لخطر الوقوع في الحرمان من العدالة».

أما فيما يخص اتفاقية التحكيم الدولي فلقد نصت عليه المادتين 1507 و 1508 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

حيث جاء في المادة 1507 أنه[2]:« لا يخضع اتفاق التحكيم لأي متطلبات رسمية».

أما المادة 1508 [3] فلقد جاء فيها:« يمكن لاتفاق التحكيم سواء بشكل مباشر أو بالرجوع إلى لائحة التحكيم أو النظام الداخلي أن يعين المحكمين أو ينص على شروط تعيينهم».

الفرع الثاني: قاعدة حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في التشريع الفرنسي.

يستند حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لحل نزاعاتها العقدية إلى مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي وذلك بعد التعديل الذي أدخل عليه بموجب قانون 05/07/ 1972

ونجد أن المادة حددت الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم ومن بينها المنازعات التي تكون الجماعات العامة والمؤسسات العامة طرفا فيها حيث جاء في فقرتها الأولى:« لا يجوز اللجوء للتحكيم

1- Article 1504:« Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international».
2- Article 1507:«La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme».

3- Article 1508:« La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leurs désignation»

بشأن مسائل حالة أ وتتعلق بأهلية الأشخاص، أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالانفصال الجسدي، أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة، وعموما في جميع المسائل التي تتعلق بالنظام العام».

ولقد تم إضافة فقرة ثانية للمادة 2060 بموجب القانون الصادر بتاريخ 1975/07/09 والتي نصت على إمكانية لجوء المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم لحل نزاعاتها لكن بشرط حصول هذه المؤسسات على ترخيص بموجب مرسوم، ومن بين القوانين التي أجازت التحكيم لهذه المؤسسات الصناعية والتجارية نذكر على سبيل المثال القانون الصادر في 1982/12/30 الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية حيث أجازت المادة 25 للشركة باللجوء للتحكيم.

كذلك قانون 1990/07/02 والخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية حيث أجازت المادة 28 منه للهيئة إجراء التحكيم.

إن القانون المدني الفرنسي جاء لتأكيد المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي و هذا ما أكده قرار مجلس الصادر في 03/06/ 1986قضية Eurodisney [1] حيث جاء فيه:« لا يستطيع الأشخاص المعنوية للقانون العام تجنب القواعد التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية من خلال إعطاء قرار للمحكم بحل النزاعات التي هم أطراف فيها والتي ترتبط بتقارير تتعلق بأمر قانوني داخلي».

باللغة الفرنسية:

« Les personnes morale de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationaux en remettant à la décision d’un arbitre la solution des litiges aux quels sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l’ordre juridique interne».

1- Catherine BERGIL et Frédéric LENICA, le contentieux des marchés publics, Imprimerie national, Paris, France, p 275.

إن الحظر المفروض على التحكيم في العقود الإدارية من طرف المشرع الفرنسي راجع لحرص هذا الأخير على عدم المساس ببعض المبادئ الراسخة في النظام الفرنسي [1] نذكر منها:

1- فكرة النظام العام نظرا لكون التحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

2- الاعتداء على اختصاص مجلس الدولة.

الفرع الثالث: الاستثناءات التشريعية من قاعدة الحظر.

إن أهم استثناء هو الذي جاء به القانون الصادر بتاريخ 1906/04/17 والمتعلق بالميزانية العامة للنفقات والمداخيل والذي ينص في مادته 69 صراحة على إمكانية لجوء الدولة وبعض الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.

كما أن قانون 1919 المتعلق باستعمال الطاقة الهيدروجينية، نص على إمكانية خضوع المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها إلى التحكيم بشرط أن يرخص لها في ذلك بمرسوم[2]، إلى جانب هذه النصوص التشريعية العامة، فقد صدرت عدة نصوص قانونية خاصة تبيح لأشخاص محددة من أشخاص القانون العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم، حيث تم تعديل قانون الصفقات العمومية وإباحة اللجوء إليه بموجب المادة 128 والتي جاء فيها[3]:« وفقا للمادة 69 من قانون 17 افريل 1906 والذي يحدد الميزانية العامة للنفقات والإيرادات للسنة المالية 1906، يجوز للسلطات المحلية أو الإقليمية أو الهيئات العامة المحلية،

1-قمر عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 101.

2- مصطفى بونجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 167.

3 - Article 128 du code des marchés public 2009, Annexe au décret n° 2006-975 du 1er Aout 2006 portant code des marchés publics.

Titre VI-Disposition diverses, chapitre 1er-règlement des litiges, section 2 –Arbitrage:« conformément à l'article 69 de la loi du 17 Avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'état, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livré IV du nouveau code de procédure civil-pour l'état, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie»

لتسوية نفقاتهم وتوريداتهم اللجوء للتحكيم المنظم بموجب الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الجديد.

بالنسبة للدولة هذا الطعن يؤدن به بموجب أمر صادر بناء على تقرير الوزير المختص والوزير المكلف بالاقتصاد».

وإلى جانب التشريعات الداخلية التي تتعلق بالعقود الداخلية، نجد أن العقود الإدارية الدولية قد عرفت هي الأخرى عدة استثناءات لمبدأ الحظر والتي جاءت عبر التشريع الوطني أو من خلال مصادقة فرنسا على عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية.

ففيما يتعلق بالتشريع الوطني نجد أن القانون رقم 927-86 الصادر بتاريخ 1986/08/19، والمتضمن وضع أحكام مختلفة تتعلق بالسلطات المحلية يعد أهم قانون منظم للعقود الإدارية الدولية صدر ليبيح التحكيم فيها ،بعد صدور قرار عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1986/03/06 في قضية "ديزني لاند" والذي عارض التحكيم في هذا النوع من العقود، وجاء في المادة 01 منه [1] مايلي:

« بموجب الاستثناء من المادة 2060 من القانون المدني، فإن السلطات العامة والمؤسسات العامة المرخص لها في العقود التي تعقدها بالاشتراك مع الشركات الأجنبية والمؤسسات العامة المرخص لها في العقود التي تعقدها بالاشتراك مع الشركات الأجنبية لتنفيذ العمليات الوطنية للاكتتاب في بنود التحكيم في تسوية الحالة النهائية للنزاعات المتعلقة بتطبيق هذه العقود وتغييرها».

كما أن فرنسا أبرمت عدة اتفاقيات دولية بخصوص انجاز الأشغال الحدودية الكبرى، نظمت خضوع الدولة الفرنسية أو أحد الأشخاص العامة بفرنسا للتحكيم، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر:

*المادة 16 و 17 من الاتفاقية الفرنسية الايطالية بتاريخ 1953/03/14 لانجاز نفق "مونت بلن".

1-Article 09 de la loi n° 86-972 du 129/08/1986, portant dispositions diverses relative aux collectivités locales:« par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'état ; les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec les sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national à souscrire des chauses compromissoires en vue du règlement, les cas échéant définitif, de litiges lies à l'application et l'interprétation de ces contrats»

*المادة 19 من معاهدة كناتو زبيري بتاريخ 1986/02/12 المتعلقة ببناء واستغلال الربط القار للمانش من طرف شركة خاصة.

*المادة 10 من اتفاقية مدريد بتاريخ 1995/10/10 والمتعلقة بخط السكك الحديدية السريع الرابط بين فرنسا واسبانيا.

*المادة 09 من القانون رقم 372-86 الصادر بتاريخ 1986/08/19 والتي نصت على الترخيص والسماح للدولة وللمجتمعات الإقليمية أو المحلية وللمؤسسات العامة أن تقبل التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية.

أيضا القانون الصادر بتاريخ 12 جويلية 1999 والذي أجاز للمؤسسات العلمية والثقافية التي تساهم في تدبير مرفق عمومي اللجوء إلى التحكيم بخصوص تنفيذ العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية.

ولقد وقعت الدولة الفرنسية ودولة الإمارات العربية المتحدة عقد بتاريخ 2007/03/06، بقصد إضافة اسم اللوفر إلى المتحف الذي تم افتتاحه في 2017/11/08 وهو عبارة عن متحف عمومي يحمل علامة أولى المتاحف الفرنسية و يجمع خبرات المؤسسات الكبرى الأربع الأخرى:" مركز جورج بومبيدو" و "متحف الفنون البدائية" و "متحف أورساي" و " قصر فرساي"[1].

وتم التنصيص في هذا العقد على حل النزاعات المترتبة عنه عن طريق اللجوء للتحكيم، وجاء في المادة 18 من الاتفاقية الصادرة بموجب المرسوم رقم 879-2008 بتاريخ 2008/09/01 [2] مايلي:

«النزاعات بين الوكالة ودولة الإمارات العربية المتحدة فيما يتعلق بأداء وكالة المدفوعات بسبب تطبيق أو

1- مصطفى بو نجة، نهال اللواح، المرجع السابق، ص 170.

2- Accord publié par le décret n°2008-879 du 01/09/2008, article 18 :«Les différents entre l'agence et la Partie émirienne relatifs aux prestations par l'agence aux versements qui lui sont dus, à l'applicabilité ou à l'interprétation de la convention particulière prévue à l'article 02 du présent accord et relative aux services de concret que l'agence fournit à la partie émirienne sont soumis à l'arbitrage».

تفسير الاتفاقية الخاصة المشار إليها في المادة 02 من هذا الاتفاق والمتعلقة بالخدمات المقدمة من الوكالة للطرف الإماراتي تخضع للتحكيم».

ولقد توصل مجلس الدولة الفرنسي من خلال دراسة قام بها سنة 1993 إلى نتيجة مفادها أنه من بين العقود الإدارية نجد أن الصفقات العمومية هي الأكثر استعدادا للتحكيم وعليه تم اقتراح إمكانية التحكيم في جميع الصفقات العمومية لكل الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري[1].

لكن هذه الاقتراحات لم تلقى المتابعة إذ نجد أن التحكيم في مجال الصفقات العمومية في فرنسا مازال جد هامشي [2]، وهذا ما أكده القرار الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 2010/05/17 [3] والذي علق عليه البروفيسور توما كلاي عميد كلية الحقوق في فرساي بقوله، لا يمكننا القول أن محكمة التنازع لم تكن على بينة من التحديات التي سينتجها قرارها وتأثيره على التحكيم الدولي في فرنسا عاصمة التحكيم.

إن قرار المحكمة لن يحدث فقط زلزالا مخيفا وإنما سيخل أيضا بركائز التحكيم الدولي.

وستكون له نتائج مخيبة في التطبيق، فالسلطة القضائية في الدولة (محكمة التنازع)، التي تصدر قرارات تلتزم بها جميع المحاكم الوطنية والتي صنفها البعض بمحكمة الدرجة الرابعة، أصبح بإمكانها إصدار قراراتها حول التحكيم، وبعضا يحمل في طياته تناقضا كبيرا وغير مفهوم، فكيف يمكن تفسير أن التحكيم الذي يستند إلى إرادة الأطراف بعدم اللجوء إلى المحاكم القضائية يكون هنا تحت رحمة السلطة القضائية التابعة للدولة، السلطة نفسها التي ترأسها وزيرة العدل[4].

1- مثل صفقات تشييد الطريق السيار.

2- Catherine BERGEL et Frédéric LENICA, Opcit, p279.

3- حكم محكمة التنازع، قضية (INSERM) ضد مؤسسة (LettenF.Saustad) والذي جاء فيه أن:«.....القضاء الإداري مختص بالنظر في العقود الخاصة بنظام إداري يرتبط بالنظام العام، الاستثناء القضاء العدلي مختص بالنظر في العقود الدولية الخارجة عن هده الفئة و لو كانت ذات طابع إداري».

4- توما كلاي، تعليق على حكم محكمة حل الخلافات بين المحاكم الإدارية والعدلية، مجلة التحكيم، عدد 8، 2010، ص 368.

إن إلحاق مصير التحكيم بمحكمة حل النزاعات يعد بمثابة انتقام القضاء الوطني من هذا القضاء الخاص.

وسنحاول ذكر الإطار الذي صدر عنه القرار للتمكن من فهمه، نشأ لنزاع عن عقد بين (INSERM) (Institut National de la Santé et de la Recherche Médical)وهي عبارة عن مؤسسة عمومية مكلفة بالأبحاث الطبية والصحة في فرنسا والمؤسسة النرويجية LettenF Saustad، لتشييد مركز أبحاث للأعصاب في فرنسا وبالضبط في جامعة (Aix Marseille)، وكما هو الوضع في جميع عقود الاستثمار، فرض المستثمر الأجنبي إدراج شرط تحكيم في العقد للفصل في النزاعات عن طريق التحكيم.

وعلى إثر نشوب نزاع لجأت "INSERM" إلى القضاء الوطني الفرنسي الذي أعلن أنه غير مختص بالنظر فيه لوجود شرط تحكيمي، فالمسألة موضوع نقاش لا تتعلق بمعرفة إذا ما كانت لهذه الأخيرة صلاحية إبرام شرط تحكيمي في عقد دولي بل تحديد القضاء المختص بالفصل في هذه المسألة.

فهل إبرام عقد دولي مع شخص من أشخاص القانون العام الفرنسي يعني أن هذه الأخيرة تعاقدت مع الإدارة أو مع طرف في التجارة الدولية؟ أي في حال كان التحكيم دوليا وإداريا في الوقت نفسه، وهل تتغلب الدولية على الإدارية أم العكس؟.

وبعد تقدم INSERM بطعن استئنافي أمام المحكمة الإدارية الإستئنافية بفرساي، ردت فيه بأنها غير مختصة بالنظر في النزاع.

أحيلت القضية إلى مجلس شورى الدولة في 31 أوت2007 والذي قرر اللجوء إلى محكمة التنازع لتحديد القضاء المختص، فاعتبرت محكمة التنازع أن:« القضاء العدلي مختص بفصل المراجعة المقدمة ضد حكم تحكيمي صادر بفرنسا في نزاع بين شخص من أشخاص القانون العام الفرنسي وطرف أجنبي من

خلال عقد يرتبط بمصالح التجارة الدولية حتى لو كان إداريا استنادا إلى معايير القانون الفرنسي الداخلي».

تضيف المحكمة أن الأمر يكون عكس ذلك عندما يتعلق الحكم بعقود مرتبطة بالنظام العام الإداري، إذ يعود الاختصاص حينئذ إلى القضاء الإداري.

العقدة حسب البروفيسور توما كلاي تكمن في إصدار البرلمان قانون 5 مارس 2007 الذي تسمح بموجبه المادة 40 للحكومة باستصدار قرارات تخول أشخاص القانون المعنوي اللجوء للتحكيم، بعده بأسبوعين، في 13 مارس أصدر مجلس الشورى تقريرا وضعته هيئة ترأسها "Daniel Labettoulla" حول امتداد التحكيم إلى أشخاص القانون العام مقترحا مشروع قانون بهذا المجال.

غير أن رقابة المجلس الدستوري الذي كان يترأسه "Pierre Mazeaud" أدت إلى اعتبار المادة 40 غير شرعية، بالرغم من ذلك، قررت وزيرة العدل [1] في 2007/11/22 أنها ستعتمد تقرير abettoullaL ضف إلى ذلك الزلزال الذي أحدثه الحكم التحكيمي الصادر في جويلية 2008 في قضية "برنار تابي" من قبل محكمة تحكيمية ترأسها"Pierre Mazeaud" نفسه.

وخلاصة القول أن قرار محكمة التنازع له تأثير على التحكيم الدولي الذي يعقد في فرنسا وليس فقط على النزاعات التي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها مما يثير تردد المتعاقدين الأجانب، وكان من السهل على محكمة التنازع لو أنها أحالت جميع النزاعات على القضاء العدلي، ومن الأسهل أيضا لو أنها أشارت إلى المادة 2060 من القانون المدني الذي يمنع أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم والذي يتضمن بدوره استثناءات عديدة وفي النهاية يمكن القول أن القضية كانت سياسية والقرار الصادر كان سياسيا أيضا والحل المعتمد هنا هو حل وسط[2].

1-الوزيرة السابقة للعدل حافظة الأختام بالجمهورية الفرنسية رشيدة داتي

2-توما كلاي, المرجع السابق, ص 574.

خلاصة الباب الأول:

من خلال ما سبق نستخلص مايلي:

أن التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية تتم على العموم عن طريق آليتين ، إما عن طريق الطعون الإدارية المختلفة وإما عن طريق التحكيم ، وبالرجوع للنظام القانوني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري تبنى الآليتين معا بموجب مجموعة من المواد القانونية، كالمادتين 830 و907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 التي نصت على التظلم الإداري المسبق كإجراء جوازي أمام الجهات القضائية الإدارية.

كذلك المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية والتي تضمنت الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة في حال احتجاج المتعهد على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء، أما فيما تعلق باختصاص هذه اللجنة فلقد حددته المادة 169 من نفس المرسوم .

هذا فيما يتعلق بمرحلة الإبرام، في حين نجد أن تسوية النزاعات في مرحلة التنفيذ أوردته المادة 153 من قانون الصفقات العمومية، ولا يخفى أن الطعن أمام اللجان المختصة له فوائد عديدة من بينها ترشيد المال العام وإعطاء دفع للتنمية.

أما التسوية الودية عن طريق التحكيم الداخلي نصت عليه المادتين 975 و976 ، بينما التحكيم الدولي ورد النص عليه في المادة 1006 من نفس القانون، ونجد أن موقف القضاء من مسألة التحكيم جاء متباينا بين الرفض والتأييد.

و الملاحظ أنه بالرجوع للأنظمة القانونية المقارنة كالمغرب ومصر وفرنسا، أن أغلبية الأحكام القانونية المشار إليها سابقا في النظام القانوني الجزائري تطبق في هذه الدول وفقا لتشريعاتها الداخلية ،فالمشرع المغربي نص على التظلم الإداري المسبق وجعله إجراء جوازي بموجب الإصلاح القضائي المغربي لسنة

1974، كما أن مرسوم 2.12.349 المتعلق بالصفقات بالعمومية في المغرب ومن خلال المادة 169 نص على الطعن الرئاسي أمام الوزير ، في حين نجد أن مرسوم 2.75.840 المتعلق بلجنة الصفقات العمومية ينص على التسوية الخارجية عن طريق الطعون المقدمة أمامها ، أما التحكيم بالمغرب فلقد مر بمرحلتين أساسيتين: مرحلة ما قبل صدور قانون 08/05 لسنة 2007 المعدل للمسطرة المدنية ومرحلة ما بعد صدور قانون 08/05 والذي أباح التحكيم في مادة العقود الإدارية عامة ومن بينها صفقات الدولة، كما أجازته مجموعة من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية التبادل الحر بين المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية والمتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم والوساطة والصادرة بتاريخ 2004/03/02 .

المشرع المصري نص هو الآخر على التسوية الودية أمام لجنة التظلمات بموجب المادة 89 من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، أما فيما يتعلق بالتحكيم نجد أن قانون رقم 09 لسنة 1997 نص صراحة على جوازية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ، مع وجوبية موافقة الوزير المختص.

في فرنسا الأمر لا يختلف كثيرا ، فقانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006 نص على التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية من خلال المادتين 127 و 128 على التوالي .

فالمادة 127 تنص على دور اللجان الاستشارية في تسوية منازعات الصفقات العمومية ، أما المادة 128 تنص على التحكيم، ومن الناحية التاريخية نجد أن فرنسا رفضت التحكيم في مادة الصفقات العمومية باعتبار أن أحد أشخاص القانون العام طرف في النزاع ، لكن سرعان ما تغيرت المواقف والأوضاع ليباح التحكيم في الصفقات العمومية من خلال التشريع نفسه.

وعليه يمكننا القول أن الأحكام التي تحكم التسوية الودية في الأنظمة القانونية محل دراستنا متشابهة إن لم نقل شبه متطابقة من حيث المبدأ مع وجود بعض الاختلافات خاصة من حيث تكوين الهيآت

المختصة بالتسوية وبعض اختصاصاتها، نظرا لخصوصية كل دولة من الناحية القانونية والاقتصادية وحتى السياسية.

الباب الثاني:

التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية.

الباب الثاني: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية.

إن عمليات التسوية الودية التي تمارس على الصفقات العمومية وبالرغم من مزاياها المتعددة إلا أنها تبقى ناقصة، إذ من الضروري أن تخضع لرقابة السلطة القضائية باعتبارها الضمان الفعال للحقوق والحريات، كما أن مجال نظر القضاء يعتبر أوسع وأشمل، فهو ملجأ الأفراد من اعتداء الإدارة وهو الضامن الأكبر لسيادة القانون.

ولا يخفى أن القضاء الإداري المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية يجسد مبدأ المشروعية من خلال خضوع الجميع للقانون مصلحة متعاقدة من جهة، ومتعامل متعاقد من جهة أخرى، حفاظا على الأموال العامة وتحقيق للصالح العام.

و لمعالجة هذا الباب ارتأيت تقسيمه إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: تناولت فيه التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري.

الفصل الثاني: خصصته للتسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة.

الفصل الأول: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري.

إن مبدأ الشرعية يفرض خضوع الجميع للقانون مصلحة متعاقدة ومتعامل متعاقد، ومن أجل تكريس هذا المبدأ في مادة الصفقات العمومية وجدت الرقابة القضائية عن طريق أجهزة القضاء الإداري ،محكمة إدارية ومجلس الدولة.

ولا يخفى أن الرقابة القضائية تعد من أنجع الرقابات وأكثرها فاعلية، والتشريع الجزائري المنظم للصفقات العمومية بمعنى المرسوم الرئاسي رقم 274/15، وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 تضمنا أحكاما قانونية تكرس الدور الفعال للقضاء الإداري عند حدوث منازعات تتعلق بالصفقات العمومية.

ولمعالجة هذا الفصل قمت بتقسيمه إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: يتضمن جهة الاختصاص القضائي لفض منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: يتعلق بالقاضي الفاصل في منازعات الصفقات العمومية.

المبحث الأول: جهة الاختصاص القضائي لفض منازعات الصفقات العمومية.

إن لتحديد الاختصاص القضائي أهمية بالغة ، إذ يسهل على المتقاضي معرفة الجهة القضائية المختصة لحماية حقوقه وحرياته هذا من جهة، من جهة أخرى يسهل على الجهات القضائية معرفة مدى اختصاصها بالنظر والفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها مما يؤدي إلى المحافظة على الوقت والجهد من الضياع، كما يترتب على معرفة الجهة المختصة بالفصل في المنازعة الإدارية معرفة الإجراءات الواجب إتباعها والقواعد الموضوعية التي يتم بمقتضاها الفصل في النزاع[1]

1-جازية صاش، قواعد الاختصاص القضائي بالدعوى الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 1993، ص 105.

وللتعمق في دراسة هذا المبحث ارتأيت تقسيمه إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: خصصته لتوزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية والعادية.

المطلب الثاني:يشمل الإجراءات القضائية الإدارية المتبعة لفض منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الأول:توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية والعادية.

بالرجوع للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على مايلي:« 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».

أما المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جاء فيها مايلي:« لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة" ».

من خلال المادة السالفة الذكر نجد أن صفقات المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية قد أدرجت في المرسوم المنظم للصفقات العمومية،وعند الربط بين المادتين السابقتين نجد أنهما واستنادا للمعيار العضوي المكرس تشريعيا تضمنتا إخضاع النزاعات المتعلقة بصفقات هذه الأخيرة، للقاضي التجاري ويطبق عليها القانون التجاري.

هذا ما يجعل الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية يتوزع بين جهتين قضائيتين هما: المحاكم الإدارية من جهة والمحاكم العادية من جهة أخرى.

في حين نجد أن المادة التاسعة 09 من المرسوم 274/15 قد أخرجت صفقات المؤسسات العمومية الاقتصادية من أحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا القانون حيث جاء فيها:« لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام 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 المترشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية».

وهذا على خلاف ماورد في المرسوم السابق للصفقات العمومية 236/10 حيث أخضعت عملية إبرام صفقات هذه المؤسسات لقانون الصفقات العمومية ، ولمعالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه للفروع التالية:

الفرع الأول:مجال اختصاص الجهة القضائية الإدارية.

أولا: الاختصاص النوعي.

لقد عرفت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 274/15 الصفقات العمومية بأنها:« عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات».

أما مجلس الدولة الجزائري فلقد عرفها كما يلي:« حيث أنه تعرف الصفقات العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو انجاز أو مشروع أو أداء خدمات»[1]

1--قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/12/17، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة ببسكرة ضد ق. اسيا(غير منشور)، نقلا عن عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية على ضوء أحكام القضاء الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي بسوق أهراس، 2004، ص10

من خلال هذا التعريف يلاحظ إغفال مجلس الدولة لشرط الكتابة عند تعريفه للصفقة العمومية بالرغم من أن المشرع استهل تعريفه لها بكونها عقود مكتوبة.

ويرى الدكتور شريف بن ناجي أن الدكتور الرميلي عندما اعتبر الصفقات العمومية بموجب المادة الأولى من الأمر 90/67 المتضمن الصفقات العمومية تعد بالضرورة كعقود إدارية، فهذه الصفقات حسبه محددة من طرف المشرع نفسه وبالتالي لا وجود لأي إشكال من حيث تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود بمعنى أن وجود الكتابة يستلزم أن العقود إدارية[1].

أما فيما تعلق بالمرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، فحسب قراءة الدكتور بن ناجي لهذا القانون فإن الصفقة العمومية خرجت من إطار القانون العام واتجهت نحو القانون الخاص(القانون المدني)، وبالتالي فإن الفكرة التي تعتبر الصفقة العمومية عقد إداري تعد غلط شائع، وتفسير ذلك حسب نفس الأستاذ يرجع إلى الجو الفكري السائد والمؤثر للقانون الفرنسي آنذاك [2]، والذي عبر عنه الدكتور ناصر لباد بعبارة الثقافة القانونية السائدة وعليه لا يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر الصفقة العمومية عبارة عن عقد إداري وعلى خلاف ذلك نجده اعتبر عقد الامتياز الصنف المميز للعقود الإدارية،فبالنظر إلى قانون المياه لسنة 1983 نجده عرف عقد الامتياز على أنه عقد إداري ، لذا لم تعد الصفقة العمومية النواة الأساسية للعقد الإداري والصنف المميز له [3].

و اعتبر فقهاء القانون الإداري الصفقة العمومية عقدا إداريا استنادا إلى ثلاث ضوابط:

1- وجود الإدارة العامة كطرف في الصفقة العمومية.

1-Cherif Bennadji، l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie، doctorat d'état en droit public، non publiée، université d'Alger، 1991، p244.

2 - Cherif BENNADJI ,réflexion a propos de la théorie du contrat Administratif en Algérie, mélange en hommage de Ahmed MAHIOU ,sous la direction Yadh BENACHOUR, Jean Robert HENRY , Rostem MEHDI, Edition PUBLISUD, 2009, p101 et S.

نقلا عن ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية،مجلة الفكر البرلماني، عدد 29 ، أفريل 2012 ، ص 156.

3- ناصر لباد، نفس المرجع، نفس الصفحة.

2- اتصال الصفقة العمومية بنشاط مرفق عام.

3- احتواء الصفقة العمومية على بنود استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

الضابط الأول: وجود الإدارة العامة كطرف في الصفقة العمومية (المعيار العضوي).

بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن المشرع قد خرج عن المعيار العضوي عندما اعتبر الصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية الممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية كصفقات عمومية تخضع لقانون الصفقات العمومية هذا من جهة، من جهة أخرى بالرجوع للمؤسسات العمومية الاقتصادية صحيح أن المشرع وبموجب المادة التاسعة من قانون الصفقات العمومية أخرجها من نطاق تطبيقه، إلا أنه وبالرجوع للمادتين 55 و 56 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 88/ 01 [1] نجد أن هذه الأخيرة تسلم باسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية بمعنى عقود متسمة بمظاهر السلطة العامة كسلطة التعديل الأحادية الجانب ، سلطة الفسخ الأحادي الجانب وسلطة القيادة والمراقبة أثناء تنفيذ الصفقة (المادة 56) .

ويرى الدكتور رياض عيسى أن المعيار العضوي قد أنهار أمام العديد من الأحكام القضائية التي أعلنت عدم تعميم الصفة الإدارية على جميع عقود الإدارة وإمكانية لجوء هذه الأخيرة إلى قواعد القانون الخاص لإبرام عقودها وتنفيذها، بل أن التقيد العنيف بهذا المعيار يأتي من القضاء نفسه عندما استند على فكرة الوكالة لإضفاء الصفة الإدارية على عقود يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم باسم ولحساب الإدارة[2].

غير أنه وبالرجوع للقرارات القضائية الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا نجد أن القاضي الجزائري رفض تبني فكرة الوكالة ، وتمسك بالمعيار العضوي عند فصله في النزاع المعروض عليه نذكر

1- المؤرخ في 1988/01/12 ، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد02.

2- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1985، ص 09.

على سبيل المثال: القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1996/05/05[1] والذي قضى فيه بأن الصفقة المبرمة من طرف ديوان الترقية والتسيير العقاري، باعتبارها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وبين الشركة الجزائرية للأشغال والبناء، باعتبارها شخص خاص تعد عقدا مدنيا تأسيسا على نص المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية (المرسوم التنفيذي رقم434/91آنذاك) والمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية، بالرغم من توافر أركان الوكالة من موكل ووكيل لتحقيق الصالح العام.

واعتبر بعض الفقهاء أن المؤسسة العمومية الاقتصادية تعد شخص هجين يجمع بين القانون الخاص والعام، انطلاقا من نص المادتين 55 و 56 من القانون التوجيهي 01/88، ومن ثم فإن خضوع هذه المؤسسات للقضاء الإداري يعد مجرد استثناء فقط على القاعدة العامة للنظام القانوني للمؤسسة، والتي تقضي بأولوية القضاء التجاري على القضاء الإداري فيما يتعلق بمنازعات المؤسسة العمومية الاقتصادية[2].

وهناك من يرى أنه ومن خلال نص المادة 56 من القانون السالف الذكر، فإن المنازعات المتعلقة ببعض النشاطات التي تمارسها المؤسسة العمومية الاقتصادية تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة بمعنى أن نزاعاتها تعود لاختصاص المحاكم الإدارية، وأن هذه المجالات حسبه هي مجالات "السلطة العامة"، كما سبق ذكره ، فالمشرع هنا يجمع بين معيارين اثنين المعيار العضوي من جهة، لأن التصرف تم باسم الدولة ولحسابها، ومعيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال التسيير من جهة أخرى فالمؤسسة هنا تظهر كسلطة عامة وليس كتاجر خاص[3].

1- قرار غير منشور، نقلا عن حميد بن علية، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000،2001، ص50.

2- الجيلالي عجة، قانون المؤسسات الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص250.

3- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ط5، ج2، د م ج، الجزائر، 2009، ص28.

فالمشرع الجزائري عندما نص صراحة على اعتبار عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كصفقات عمومية عندما تقوم بعمليات ممولة بأموال عمومية، يكون قد خرج عن المعيار العضوي وأخذ بمعيار الأموال العامة[1].

وهو نفس الموقف الذي اعتمده الدكتور شريف بن ناجي حين قال أن قانون الصفقات العمومية قد توسع ليشمل أشخاص معنوية إدارية أخرى وكذلك صفقات الأشخاص المعنوية الغير إدارية عندما تشمل أموالا عامة[2].

وهناك من يرى أنه يحق للمؤسسات العمومية الاقتصادية أن تقوم بإصدار قرارات إدارية إلى جانب إبرام عقود إدارية[3].

ونذكر على سبيل المثال قرار صادر عن القضاء العادي، الغرفة التجارية البحرية للمحكمة العليا بتاريخ 2008/02/06[4](قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء) والذي جاء فيه:« حيث كان على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزانية الدولة ليأخذوا بالعنصر الموضوعي وليس العضوي كما فعلوا.

حيث وما لم يكن الأمر كذلك، فيبقى الطاعن محقا بدفعه الخاص بالمادة 212 من المرسوم التنفيذي رقم 07/92، المؤرخ في 1992/01/04، والتي تعتبره مؤسسة عمومية ذات تسيير خاص، وأن منازعاتها من اختصاص القضاء العادي».

1- مسعود شيهوب، المرجع نفسه، ص57.

2 -Cherif BENNADJI، opcit، p215.

3- ولقد جاء في رسالة الدكتوراه للدكتور محمد الصغير بعلي المعنونة بالنظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري، الصادرة عن جامعة الجزائر، 1990، ص387 مايلي. : إن كان القانون قد خول المؤسسة العمومية الاقتصادية سلطة إصدار قرارات إدارية فإن لها أيضا أن تبرم عقودا إدارية.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/02/06، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2008، ص19.

من خلال هذا القرار يتبين لنا أن الصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وغير ممولة من طرف الدولة يعود الاختصاص النوعي للنظر في منازعاتها للقضاء العادي إعمالا للمعيار العضوي.

وبالرجوع لقرارات أخرى صادرة عن مجلس الدولة نجد أن هذا الأخير خرج عن المعيار العضوي عندما تعلق النزاع بصفقة مبرمة من طرف مؤسسة عمومية اقتصادية ممولة من طرف الدولة،نذكر على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 2011/03/10، قضية الشركة ذات الشخص الوحيد" أشغال البناء العمومي"[1] والذي جاء فيه :« الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره AADL ضد COGEDIB حيث أنه وبالرجوع إلى القانون سواء قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول وقت صدور القرار المستأنف أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي فإنه بنى الاختصاص للقضاء الإداري على المعيار العضوي المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتالي فإن القضاء الإداري يكون مختصا فقط، في الدعاوى التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، كما أضافت المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دعاوى الإلغاء والقضايا المخولة للقضاء الإداري بموجب نصوص خاصة .

حيث أنه من ضمن النصوص الخاصة المادة 56 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988/09/12 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادي المعدل والمتمم والتي تنص: «عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى.

تخضع المنازعات المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة ».

1- قرار منشور بمجلة مجلس الدولة،عدد12 ،2014 ،ص98.

وبالتالي فالمشرع هنا لم يعتمد على المعيار العضوي وإنما اعتمد على المعيار الموضوعي فما دامت هذه المؤسسات رغم أنها ليس لها الطابع الإداري لكنها تقوم بأعمال باسم الدولة كما جاء واضحا في النص وبالتالي النزاعات التي تنشأ في هذا المجال تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة لأن هذه المؤسسات تقوم بهذه الأعمال وكأنها موكلة عن الدولة مادام أن النص جاء فيه « وباسم الدولة».

حيث أن المشرع ألزم هذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تقوم بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية أو جزئية من الدولة بتطبيق أحكام المرسوم الرئاسي 250/02 المتعلق بالصفقات العمومية كما هو الشأن بالنسبة للإدارات العمومية.

حيث أنه وزيادة على كل هذا فإن المشرع وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بالمادة 946 والتي تجيز لكل شخص إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، ومن ثم فإن المشرع في هذه المادة لم يشترط أن يكون أحد أطراف من الأشخاص المشار إليهم في المادة 800 وإنما بناء الاختصاص على المعيار الموضوعي وهو الإخلال بعمليات إبرام الصفقات العمومية، وهذا يعني أن المشرع أراد أن يجعل من القضاء الإداري هو المختص لمراقبة إبرام الصفقات العمومية من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 02 من المرسوم 250/02 ومن بينهم المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي.

حيث أنه وبالرجوع إلى النزاع الحالي نجد أن طرفيه هو الوكالة الوطنية لترقية وتطوير السكن عدل ورجوعا إلى المرسوم التنفيذي 148/91 المؤرخ في 1991/05/12، والذي أنشأ هذه الوكالة وتدعى الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره نجد أنه ينص في مادته الأولى على أن هذه الوكالة هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري».

أيضا القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2014/01/19 ، قضية الدولة ممثلة من طرف وزير النقل ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة «سوتريب» ومن معها[1]، والذي جاء فيه:« حيث أن اجتهاد مجلس الدولة المكرس بقرار محكمة التنازع مستقر على اختصاص القضاء الإداري للبت في النزاعات الناشئة عن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طبقا للمادة 02 من المرسوم 250/02، لما تكون المشاريع موضوع تلك الصفقات ممولة جزئيا أو كليا من ميزانية الدولة. حيث أنه حتى في حالة غياب أشخاص القانون العام في هذا النزاع فإن القضاء الإداري مختص بالنظر إلى مصدر تمويل المشروع».

الضابط الثاني: أن يتعلق العقد أو الصفقة بنشاط مرفق عام كما هو الحال بالنسبة لصفقات الأشغال العامة أو التوريدات أو الخدمات أو الدراسات.

غير أن هذا الضابط يؤخذ عليه عدم مواكبته للحياة الإدارية التي لم تستقر على وضعها الأول حيث وجدت الدولة نفسها مجبرة على القيام بالنشاط الصناعي والتجاري، فظهرت إلى جانب المرافق الإدارية مرافق اقتصادية[2].

الضابط الثالث: احتواء الصفقة العمومية على بنود استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويظهر هذا الضابط من خلال صورتين:

الصورة الأولى: الامتيازات المقررة للمصلحة المتعاقدة.

1-سلطة الإشراف والرقابة:

وهذا ما نصت عليه المادة 156 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها:« تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده.

1- قرار منشور بمجلة مجلس الدولة،عدد 13،2015، ص76.

2- ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري- الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة منتوري قسنطينة، 2009-2010، ص 34.

2

تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية».

أما الرقابة الداخلية فلقد نصت عليها المادة 159 من المرسوم السالف الذكر والتي جاء فيها:« تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم، وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية، دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية.

ويجب أن تبين الكيفية العملية لهذه الممارسة على الخصوص، محتوى مهمة كل هيئة رقابة والإجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها.

وعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية، فإن هذه الأخيرة تضبط تصميما نموذجيا يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها».

أما فيما يتعلق بالرقابة الخارجية فلقد نصت عليها المادة 163 والتي جاء فيها:« تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم في إطار العمل الحكومي، في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الفصل، للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

وترمي الرقابة الخارجية أيضا إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

وتخضع الملفات التي تدخل في اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعدية، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».

في حين نجد أن "رقابة الوصاية" نصت عليها المادة 164 من قانون الصفقات العمومية والتي جاء فيها:« تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية، في مفهوم هذا المرسوم، في التحقق من

مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع.

وتعد المصلحة المتعاقدة، عند الاستلام النهائي للمشروع تقريرا تقييميا عن ظروف انجازه وكلفته الإجمالية مقارنة بالأهداف المسطرة أصلا.

ويرسل هذا التقرير، حسب طبيعة النفقة الملتزم بها إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة.

وترسل نسخة من هذا التقرير إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشاة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم».

2-سلطة التعديل:

تظهر من خلال آلية الملحق والتي تضمنها المواد التالية من المرسوم الرئاسي 247/15:

المادة 18: والتي جاء فيها:« يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم ملحقا بالصفقة العمومية محل الطلب الأولي، المبرم طبقا للإجراءات المكيفة حسب الشروط المحددة في المواد 135 إلى 139 من هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية، ويبرم الملحق في الآجال المنصوص عليها في هذه الأحكام...».

المادة 135: فلقد نصت على ما يلي:« يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم».

أما المادة 136: فلقد جاء فيها:« يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة».

وهذا ما أكده القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة من خلال القرار الصادر بتاريخ 2013/11/21 [1] ، قضية المؤسسة ذات الشخص الوحيد EURL (غ) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية سيدي بلعباس ، والذي جاء فيه :« حيث أنه بالرجوع إلى الملحق رقم 02 المحرر بتاريخ 2008/06/01 المؤشر عليه والممضي من جميع الأطراف ، نجده يتضمن في مادته الأولى والثانية الإشارة إلى تقييم الأشغال المنجزة الإضافية داخل وخارج الصفقة رقم 83 د ت ت ع /2006/191 المؤرخة في 2006/06/21 ، وهذا يعني صراحة ثبوت التعاقد وثبوت الإنجاز ، وبالتالي يكون دفع المستأنف ديوان الترقية والتسيير العقاري ، بأن الملحق تم إمضائه خارج الآجال التعاقدية دفع غير مؤسس، لكون الملحق هو أمر مسوي لأشغال تم إنجازها داخل وخارج الصفقة ومن ثم يتعين تأييد الحكم الذي قضى برفض قيمة الأشغال الإضافية خارج الصفقة ومن جديد القضاء بإجابة المؤسسة ذات الشخص الوحيد لطلبها المتعلق بقيمتها المقدرة ب.1.094.007.97 دج ».

3-سلطة توقيع الجزاءات:

أ-العقوبات المالية:

نصت عليها المادة 147 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها:« 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- قرار منشور بمجلة مجلس الدولة،عدد11،2013،ص93.

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 استئنافها.

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...».

ب-الجزاءات الضاغطة(الفسخ):

لقد نصت المادة 149 على الفسخ والتي جاء فيها:« إذا لم ينفد المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

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

كذلك المادة 150 والتي نصت على مايلي:« يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية، من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد».

هذا بالنسبة للفسخ من جانب واحد، أما المادة 151 فلقد نصت على الفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد.

الصورة الثانية: الإحالة إلى نظام قانوني غير مألوف (دفاتر الشروط).

لقد نصت عل هذه الصورة المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاء فيها:« توضع دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفد وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل على الخصوص مايلي:

– دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

– 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».

ولقد نص قرار صادر عن مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/15[1] على دفتر الشروط الإدارية والذي جاء فيه:« حسب المادة 41 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، فإن الحساب العام والنهائي الموقع عليه من طرفي عقد الصفقة العمومية قابل للاحتجاج به على الطرفين الذين لا يستطيعان المنازعة فيه لاحقا».

ثانيا: الاختصاص المحلي(الإقليمي):

يقصد بقواعد الاختصاص الإقليمي المطروحة أمام المحاكم الإدارية، القواعد التي تحدد إلى جانب قواعد الاختصاص النوعي، المنازعات التي تكون من اختصاص هذه الأخيرة بحكم وقوعها في الإقليم التابع لها والمحدد قانونا[2].

وحسب المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحيلنا إلى المادتين 37 و 38 فإن الاختصاص الإقليمي يؤول 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

1- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، قضية مقاولة الأشغال العامة (ل.م) ضد بلدية تنس، منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد 02، 2005، ص80.

2- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، التنظيم والاختصاص ، ط2 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 ، ص380 .

القانون على خلاف ذلك، وفي حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم.

و جاء في المادة 804 أنه خلافا لأحكام المادة 803 السالفة الذكر ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد التالية:

– مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

– في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

– 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.

ونشير في الأخير إلى أن قواعد الاختصاص النوعي والمحلي للمحاكم الإدارية تعد من النظام العام، يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي حسب ما ورد في المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: مجال اختصاص الجهة القضائية العادية

تختص المحاكم العادية بالنظر في نزاعات الصفقات العمومية التي تبرم من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري استنادا إلى المعيار العضوي وهذا ما تؤكده القرارات التالية:

– قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/11/05[1]، قضية (ز.ش) ضد (المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق– قسنطينة)، والذي جاء فيه أن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع القائم بخصوص المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

1- قرار منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد03، 2003، ص109.

كذلك قرار آخر لنفس المجلس صدر بتاريخ 2004/04/15[1]، قضية (الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري) ضد (أ.ج) والذي جاء فيه:« الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع اقتصادي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة على متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية».

وقبل تنصيب مجلس الدولة نجد قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا حيث أعلنت فيه عدم اختصاصها بالنظر في صفقة مبرمة من طرف الديوان الوطني للإصلاح الزراعي، على أساس أن هذا الديوان عبارة عن مؤسسة عامة ذات طابع صناعي وتجاري وأنه تطبيقا للمادة 07 من ق.إ.م لا يحق لها أن تفصل في الدعوى الموجهة ضد هذه المؤسسة[2].

واستثناءا من قاعدة المعيار العضوي نجد أن هناك قرارات قضائية استند فيها القضاة على المعيار المادي عند التأسيس في قضايا تتعلق بصفقات عمومية نذكر على سبيل المثال:

– قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/05/14[3] جاء فيه:« حيث أنه بعد الاطلاع على الملف وعلى المستأنف عليه يتضح أن الصفقة محل النزاع...

وعليه فإن القانون المرجعي هو قانون الصفقات العمومية وبالتالي يقع الاختصاص للقاضي الإداري».

– أيضا قرار صادر عن المحكمة العليا للغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2002/06/25[4]، قضية (و.د) ضد (م.د) والذي جاء فيه:« إن تطبيق أحكام القانون التجاري على صفقة عمومية لتحقيق خدمة عامة يعد خطأ في تطبيق القانون لأن الشراء كان لتحقيق غرض الخدمة العامة لا بنية الربح والخسارة».

1- قرار منشور بمجلة مجلس الدولة، عدد 04، 2003، ص77.

2- H. Bouchahda, R. Khaloufi, recueil d'arrêts de la jurisprudence administrative, o.p.u, Alger, 1985, p60.

3- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2001/05/14، قضية رقم 0332 (ديوان الترقية والتسيير العقاري بوهران) ضد (مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت)، غير منشور، موزع من طرف الأستاذ شريف بن ناجي على الطلبة القضاة، دفعة 14، المدرسة العليا للقضاء، جويلية 2005.

4- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ 2002/06/25، قضية(و.د) ضد (م.د)، منشور في المجلة القضائية، عدد 02، سنة 2002، ص 323.

ويرى الدكتور "عمار بوضياف" أن اعتبار المنازعة تدور حول صفقة عمومية وجب أن ينظر فيها القاضي الإداري من شأنه أن يهز المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع قواعد الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري وهي من النظام العام،فنكون أمام اختصاص للقاضي الإداري رغم أن أحد أطراف المنازعة مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري[1].

أما الدكتور محمد زغداوي يعتبر أن المعيار العضوي، مشوب بعيب السطحية وعدم المصداقية وعدم الدقة كما ينجر عنه مساس بحرية القاضي في الاجتهاد لفرز طبيعة التصرفات القانونية المختلفة الصادرة عن الدولة أو أحد توابعها أو عن بعض أشخاص القانون الخاص عند استعمالها لامتيازات السلطة العامة في تعاملها مع أعضائها أو المنخرطين فيها، حيث أن فرز مثل هذه التصرفات يتطلب الاعتراف للقاضي بحرية أوسع من تلك التي يحددها هذا المعيار[2].

الفرع الثالث: حالات تنازع الاختصاص.

إن وجود جهتين قضائيتين تتوليان النظر في منازعات الصفقات العمومية، يزيد من إمكانية نشوب تنازع اختصاص بينهما مهما كانت القواعد القانونية التي يضعها المشرع واضحة ومحددة، لأن طبيعة المنازعة إدارية أم مدنية سيؤدي إلى قيام حالات عديدة من التنازع على الاختصاص بين القضاء العادي والإداري[3].

1- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3 ،جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 54 .

2- محمد زغداوي، ملاحظات حول النظام القضائي الإداري المستحدث، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، عدد 10، 1998، ص21 نقلا عن ابتسام حاجي،منازعات الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013، ص32.

3- محمد خلف الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص55.

ومن بين قرارات محكمة التنازع التي كرست تنازع الاختصاص السلبي في مادة الصفقات العمومية، نذكر القرار الصادر بتاريخ 2007/01/13[1]، قضية (ق.ج) ضد (الشركة الجزائرية للتأمين SAA) والذي جاء فيه:« إن محكمة التنازع تقرر:

المادة الأولى: قبول الدعوى شكلا.

المادة الثانية: القول بوجود تنازع سلبي في الاختصاص بين القرار الصادر في 2002/11/13، عن الغرفة المدنية لمجلس قضاء بشار وقرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/03/01.

المادة الثالثة: القول بأن القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمجلس قضاء بشار باطل ولا أثر له».

أيضا هناك قرارات صادرة عن محكمة التنازع في مادة الصفقات العمومية تتعلق بالإحالة" وهي كالتالي:

1- القرار الصادر بتاريخ 2000/05/08[2]، قضية (بلدية رايس حميدو) ضد (ص.ج) والذي جاء فيه:« حيث أن الدعوى الأولى التي توجت بصدور القرار المدني المؤرخ في 07 أوت 1996، والدعوى الثانية التي رفعها رئيس بلدية رايس حميدو أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر والتي انتهت بصدور قرار الإحالة على محكمة التنازع بتاريخ 08 نوفمبر 1998 قائمتان بين نفس الأطراف المتنازعة ولها نفس الموضوع ومؤسسة على نفس السبب».

2- القرار الصادر بتاريخ 2007/12/09([3])، قضية (ب.ك.ع) ضد بلدية زمورة والذي جاء فيه:« إن محكمة التنازع تقرر:

القول بأن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء غليزان مختصة للفصل في النزاع، إحالة القضية والأطراف أمام هذه الغرفة ليفصل فيها طبقا للقانون».

1- قرار محكمة التنازع، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص107.

2- قرار محكمة التنازع، منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد01، 2002، ص107.

3- قرار محكمة التنازع، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص115.

المطلب الثاني: الإجراءات القضائية الإدارية في مادة الصفقات العمومية.

يتم تنظيم الدعوى بإجراءات معينة حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 والتي تحكم كيفية رفع الدعوى وتحضيرها والتحقيق فيها وتهيئتها للفصل إلى غاية صدور الحكم، ولمعالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: شروط رفع الدعوى.

الفرع الثاني:إجراءات التحقيق.

الفرع الثالث: الفصل في الدعوى.

الفرع الأول: شروط رفع الدعوى.

أولا:الشروط المتعلقة بالعريضة:

بالرجوع لنص المادة 816 من ق.إ.م.إ والتي جاء فيها:« يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون».

وعليه لكي تكون عريضة افتتاح الدعوى مقبولة شكلا يتعين أن تشتمل على جملة من البيانات والشروط تتمثل فيما يلي:

1- أن تكون عريضة افتتاح الدعوى مكتوبة: هذا الشرط يوفر مزايا الدقة وثبات طلبات المدعي.

2- أن تتضمن العريضة جميع بيانات أطراف الخصومة وتتمثل في هوية الأطراف وموطن الخصوم.

3- أن تتضمن العريضة ملخص الموضوع ومستندات الطلب: إن عدم عرض الوقائع وتحليلها وعدم تقديم أسانيد الطلب من شأنه عدم تمكين الخصم من تقديم وسائل دفاعه، ومن دونه لا يتمكن القاضي من الإحاطة بعناصر النزاع والفصل فيه.

كما يجب أن تتضمن العريضة ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى وعدد من النسخ بعدد الخصوم (المادة 818 من ق.إ.م.إ).

4- أن تكون العريضة موقعة من قبل محام ومؤرخة:

- لقد نصت المادة 826 من ق.إ.م.إ على أنه:« تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية، تحت طائلة عدم قبول العريضة».

أما المادة 827 فلقد جاء فيها:« تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 السابقة من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل.

ترفع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه، من طرف الممثل القانوني».

وترى المستشارة شفيقة بن صاولة أن إلزامية توكيل محامين يهدف إلى تحقيق محاكمة عادلة خاصة مع تشعب النزاع الإداري وخضوعه لمبادئ قد لا يلم بها المتقاضي[1].

ثانيا: الشروط المتعلقة بالمدعي.

لقد نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:« لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون».

1-شرط المصلحة:

إن مفهوم المصلحة في الدعوى الإدارية يختلف عن مفهومها في الدعوى المدنية، كما أن مفهومها في الدعوى الإدارية نفسها يختلف من نوع إلى آخر تبعا لموضوعها فهو مرن في تحديده يتسع أحيانا لدرجة يكفي فيها لتحقيقه المساس بحالة نظامية ولو مساسا محتملا كما هو الشأن بالنسبة لدعوى الإلغاء أو المساس بالحق الشخصي كما هو في دعوى التعويض[2].

2- أما فيما تعلق بشرط الصفة فإن القانون أوجب في الصفة أن تكون شخصية ومباشرة.

1- شفيقة بن صاولة، السلطات الجديدة للقاضي الإداري في إطار التحقيق في النزاع، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الوطني المنعقد بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، يومي 28 و 29 افريل 2009.، نقلا عن ابتسام حاجي،منازعات الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013، ص54.

2- محمد حلمي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، القضاء الكامل، إجراءات التقاضي، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص409.

الفرع الثاني: إجراءات التحقيق.

لتمكين قناعة القاضي من أجل التوصل إلى حل للمنازعة لا بد من منحه مجموعة من الوسائل للبحث عن الحقيقة نذكر منها:

أولا: الإجراءات العامة للتحقيق:

1-التكليف بإيداع المستندات:

سواء تكليف الإدارة أو تكليف المتعاقد معها بتقديم ما في حوزتهما من مستندات يراها القاضي لازمة للفصل في النزاع إثباتا أو نفيا.

فطلب وثيقة أو مستند من الإدارة من طرف القاضي يعد من النظام العام لأن هذا الأخير يأمر به من تلقاء نفسه والهدف منه التخفيف على الفرد الضعيف[1].

2-الأمر بإجراء تحقيق إداري:

تعتبر هذه الوسيلة من وسائل الإثبات النادرة الحدوث حيث لا يلجأ إليها القاضي إلا إذا كان مضطرا أمام نقص ما لديه من أدلة إثبات ورغبته في التوصل لوجه الحق في الدعوى.

والتحقيقات الإدارية جائزة بالنسبة لكافة الدعاوى الإدارية يستوي في ذلك دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل[2].

ثانيا:الوسائل الخاصة للتحقيق.

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده أحال الإجراءات الإدارية للمواد المدنية فيما تعلق بالتحقيق سواء أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة.

1- محمد محده، الاثباث في المواد الإدارية، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد02، جامعة بسكرة، 2005، ص84.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الإثبات وإجراءات التقاضي في المنازعة الإدارية، دار الكتاب الحديث، مصر، 2008، ص293.

1-الخبرة:

نصت عليها المادة 858 من ق.إ.م.إ والتي تحيلنا للمواد من 125 إلى 145 من نفس القانون، وتعرف الخبرة بأنها العملية المسندة من طرف القاضي إما تلقائيا، وإما بناء على اختيار الأطراف إلى أناس ذوي خبرة في حرفة أو علم أو فن أو لديهم مفاهيم عن بعض الوقائع وحول بعض المسائل، ليتوصل بواسطتهم إلى استخلاص معلومات يراها ضرورية لحسم النزاع والتي لا يمكنه الإتيان بها بنفسه[1].

وتتميز الخبرة بمجموعة من الخصائص نذكر من بينها:

*الطابع الاختياري: وفق ما نصت عليه المادة 126 من ق.إ.م.إ والتي جاء فيها:« يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة».

* تعتبر دعوى فرعية: وجودها يتوقف على وجود دعوى قضائية مرفوعة من قبل.

*الخبرة من شأنها تنوير الجهة القضائية التي عينته[2] بمعنى لها طابع تقني.

ومن بين القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة والتي تضمنت الخبرة القضائية نذكر على سبيل المثال: القرار الصادر بتاريخ 1999/12/20 والذي جاء فيه:« قبل الفصل، يعين السيد "فاتح حمر" خبير في الحسابات للقيام بالمهمة التالية: استدعاء الطرفين، والاطلاع على الوثائق وتحديد مبلغ مراجعة الأسعار، وللخبير مهلة ثلاثة أشهر لوضع تقرير لدى كتابة ضبط مجلس الدولة، ولحفظ المصاريف».[3]

1-مقداد كروغلي، الخبرة في المجال الإداري، مجلة مجلس الدولة، عدد01، 2002، ص42.

2- مقداد كروغلي، المرجع نفسه ، ص43.

3- قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 1999/12/20، قضية (رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية عين التين ولاية ميلة) ضد (بن حركو محمد الطاهر)، نقلا عن حسين بن شيخ اث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعة الإدارية، مرجع سابق، ص241.

2-المعاينة والانتقال إلى الأماكن:

نصت عليها المادة 861 من ق.إ.م.إ والتي تحيلنا إليها المواد من 146 إلى 149 من نفس القانون، حيث جاء في نص المادة 146 من ق.إ.م.إ مايلي :« يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراءات معاينة أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع إلي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك...».

كما نصت المادة 147على الانتقال إلى الأماكن حيث جاء فيها:« إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته».

3-سماع الشهود:

نصت عليها المادة 859 من ق.إ.م.إ والتي تحيلنا إلى المواد من 150 إلى 162 من نفس القانون، حيث جاء في نص المادة 150 مايلي:« يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية».

يتم التحقيق عن طريق الشهادة بمقتضى حكم يحدد الشهود المطلوب سماع شهادتهم وتاريخ الجلسة المقررة لذلك.

4- مضاهاة الخطوط:

نصت عليها المادة 862 من ق.إ.م.إ والتي تحيلنا إلى المواد من 164 إلى 174، حيث جاء في المادة 164 ما يلي:« تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي.

يختص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، بالفصل في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط المتعلقة بمحرر عرفي.

يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية، أمام الجهة القضائية المختصة».

الفرع الثالث: الفصل في الدعاوى.

أولا: سير الجلسات.

سير الجلسات نصت عليه المواد من 884 إلى غاية 887 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقد جاء في نص المادة 884 من ق.إ.م.إ مايلي :« بعد تلاوة القاضي المقرر للتقرير المعد حول القضية، يجوز للخصوم تقديم ملاحظاتهم الشفوية تدعيما لطلباتهم الكتابية. يمكن أيضا لرئيس تشكيلة الحكم الاستماع إلى أعوان الإدارة المعنية أو دعوتهم لتقديم توضيحات.

يمكن أيضا، خلال الجلسة، وبصفة استثنائية، أن يطلب توضيحات من كل شخص حاضر يرغب أحد الخصوم في سماعه».

وبعد إتمام الإجراءات المنصوص عليها أعلاه يقدم محافظ الدولة طلباته حسب ما نصت عليه المادة 885 من ق.إ.م.إ.

ثانيا: صدور الحكم.

جاء في المادة 888 من ق.إ.م.إ ما يلي:

«تطبق المقتضيات المتعلقة بالأحكام القضائية المنصوص عليها في المواد 270 إلى 298 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية».

ويتضمن الحكم مجموعة من البيانات كذكر الجهة القضائية التي أصدرته، أسماء القضاة الدين اشتركوا فيه، اسم العضو المقرر وممثل النيابة وكاتب الضبط، أسماء وألقاب أطراف الخصومة ووظائفهم وموطنهم أو محل إقامتهم، أسماء المحامين الموكلين عنهم، طلباتهم ودفعاتهم.

كذلك لا بد من تسبيب الحكم ، فحسب ماورد في المادة 277 من ق.إ.م.إ:« لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة».

ثالثا: تنفيذ أحكام الجهات القضائية والإدارية.

الأصل في الأحكام القضائية أنها تنفد مباشرة بعد صدورها من طرف المحكوم عليه، وفي حالة عدم التنفيذ تطبق عليه الوسائل الجبرية كالغرامة التهديدية وهذا ما نصت عليه المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها:« يجوز للجهة القضائية الإدارية، المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين978 و 979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية، مع تحديد تاريخ سريان مفعولها».

وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 رفض القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة تطبيق الغرامة التهديدية في المسائل الإدارية، نذكر على سبيل المثال: القرار الصادر عن مجلس الدولة في 2003/04/08[1]، قضية(ك.م) ضد (وزارة التربية الوطنية) والذي جاء فيه:« إن الغرامة التهديدية ينطق بها القاضي كعقوبة، وبالتالي ينبغي تطبيق مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات عليها أي يجب سنها بقانون، ولا يجوز للقاضي النطق في المسائل الإدارية بالغرامة التهديدية، مادام لا يوجد قانون يرخص بها».

المبحث الثاني: الصلاحيات القضائية للفصل في منازعات الصفقات العمومية.

إن رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية تتميز بتنوعها من حيث محلها وطبيعتها، فهي تنصب على قرارات إدارية انفرادية في مرحلة إبرامها،كما تنصب على تصرفات تعاقدية وهذا بعد الإبرام ودخولها حيز التنفيذ.

والقاضي الإداري عند فصله في منازعة تتعلق بصفقة عمومية ، يتخذ عدة صفات فهو قاضي العقد عندما يفصل في منازعات تنفيذ الصفقة أو قاضي استعجالي عندما تتوفر في المنازعة شروط الاستعجال، وهو قاضي المشروعية عندما ينظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية المنفصلة عن

1- منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد 03، 2003، ص177.

الصفقة ، كما أنه ينظر في نفس المنازعة بصفة مختلفة كقاضي استعجالي قبل تعاقدي في حالة الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار[1].

ولمعالجة هذا المبحث قمنا بتقسيمه إلى المطلبين التاليين: المطلب الأول: تناولت فيه المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، أما المطلب الثاني:خصصته لأنواع الدعاوى القضائية الرامية إلى تسوية منازعات الصفقات العمومية.

المطلب الأول: صور المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

إن الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لتسيير مرافقها العمومية تثير عدة منازعات لاسيما في حالة تعسف هذه الأخيرة في استعمال امتيازاتها أو التخلف في تنفيذ التزاماتها ،ملحقة بذلك أضرار للمتعاقد معها، مما يتطلب تدخل الجهات القضائية المختصة بناء عل طلبه بغية إنصافه من خلال إلغاء تصرف غير مشروع أو التعويض عن ضرر لاحق.

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى نوعين من المنازعات الناتجة عن الصفقات العمومية، النوع الأول عند إبرام الصفقة، والثاني عند تنفيذها، وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية.

أولا: مخالفة الأحكام الواردة في دفاتر الشروط الإدارية.

إن دفاتر الشروط الإدارية عبارة عن وثائق إدارية مكتوبة، معدة مسبقا تشمل على شروط العقود الإدارية من إبرام و انعقاد وتنفيذ، فهي تحدد الشروط التي تبرم بموجبها الصفقات وتنفذ[2]، وتشمل على ثلاثة أنواع حسبما هو مقرر في القانون الفرنسي والقانون الجزائري، وهي:

1- دفاتر الشروط الإدارية العامة:

1-سمية شريف،رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية،مذكرة ماجستير، فرع قانون المنازعات الإدارية،جامعة مولود معمري تيزي وزو،2016،ص129.

2- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر، ط2، مصر، 1965، ص373.

تحتوي على الشروط التي تنطبق على كل العقود الإدارية التي تبرمها وزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح المختصة، مثل دفتر الشروط الإدارية لوزارة الأشغال العامة التي تطبق على كل عقود الأشغال وعقود التوريد.

2- دفاتر الشروط الإدارية المشتركة:

تشمل على الشروط الإدارية المشتركة التي تتضمن نوع معين من العقود الإدارية لوزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح، كعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد.

3- دفاتر الشروط الإدارية الخاصة:

هذه الدفاتر هي أكثر الدفاتر تخصيصا وتفصيلا حيث تشتمل على الشروط والمواصفات الإدارية الخاصة والتفصيلية لكل عقد من العقود الإدارية مثل: المواد المراد توريدها والثمن والمدة المحددة لتنفيذ العقد، وهذا النوع من الدفاتر يكمل ما يكون من نقص في النوعين السابقين من دفاتر الشروط الإدارية، وتعتبر دفاتر الشروط والمواصفات الإدارية هذه جزء لا يتجزأ من العقد الإداري المتعلقة بها، وينتج عن ذلك نتيجتين هامتين هما:

1- التزام السلطات الإدارية بتنفيذ تلك الشروط التي تحتويها دفاتر الشروط الإدارية وتعتبر بالنسبة إليها لوائح تنظيمية عامة.

2- إن الطرف المتعاقد مع الإدارة يلتزم بمجرد التوقيع على العقد بما ورد في هذه الدفاتر من شروط والتزامات بالإضافة إلى الالتزامات التعاقدية الواردة في نص العقد[1].

ومن ثم يمكن للمترشحين اللذين لم يحصلوا على مشروع صفقة التي رست على أحد المتعهدين، القيام بطعن على أساس مخالفة الأحكام الواردة في دفاتر الشروط.

[1]-عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء 2، النشاط الإداري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص216.

ثانيا: مخالفة الإجراءات القانونية المنبثقة عن القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة:

من أمثلة القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة قبل إبرام الصفقة: قرارات لجنة تقييم العروض، قرارات المنح المؤقت للصفقة، قرار إقصاء أحد المترشحين.

ولقد اعتبرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1969/11/28، في قضية "SR Grain" أن قرار إرساء المناقصة على طرف أجنبي من مناقصة عامة لبلدية من البلديات قرار إداري غير مشروع من حيث ركن الشكل والإجراءات وقرار إداري منفصل عن عملية التعاقد، وعلى هذا الأساس قبلت دعوى الإلغاء ضد قرار إرساء المناقصة الغير مشروع لأنه منفصل ماديا وموضوعيا وذاتيا عن عقد البلدية.

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

أولا: المنازعات التقنية.

تنشأ عند تنفيذ الجانب التقني من الصفقة ، وهي أكثر المنازعات شيوعا في صفقات الأشغال العامة ونذكر على سبيل المثال: المنازعات المتعلقة بتنفيذ مخططات الانجاز بعد البدء في تنفيذ الصفقة.

ثانيا: المنازعات المالية.

وهي المنازعات المتعلقة بالجانب المالي للصفقة بسبب إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية كعدم تسديد مستحقات الصفقة أو التأخر في تسديدها.

وللمتعامل المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من المصلحة المتعاقدة شريطة ألا يكون هو المتسبب فيها كحالة اختلال التوازن المالي للصفقة بسبب الكوارث الطبيعية، أو في حالة قيام المتعامل المتعاقد بأشغال إضافية غير واردة في الصفقة لكنها ضرورية.

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى القضائية الرامية إلى تسوية منازعات الصفقات العمومية.

إن عمليات الرقابة التي تمارسها الإدارة على الصفقات العمومية في مرحلة إبرامها ، من خلال الطعون الإدارية المختلفة تبقى ناقصة إذ من الضروري خضوعها للرقابة القضائية باعتبارها الضمان الفعال لكافة الحقوق بما لها من سلطات وضمانات مكرسة دستوريا ، كما أن مجال نظرها أوسع وأشمل باعتبارها تبحث في صحة الإجراءات والخلافات التي تقوم بين أطراف الصفقة العمومية.

فمن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ، نص المشرع عل اختصاص القضاء الاستعجالي للفصل في النزاعات التي تنشأ عند إبرام الصفقة العمومية، من خلال اتخاذ إجراءات سريعة وتدابير مؤقتة تضمن حماية الحقوق ، وتمنع وقوع نتائج لا يمكن تداركها.

إلى جانب القضاء الاستعجالي يختص قاضي الإلغاء ، باعتباره قاضي موضوع بالنظر في الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة في مرحلة إبرامها، وهذا ماسنتناوله بالتفصيل من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

الفرع الأول: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية.

أولا: الدعوى الاستعجالية.

لقد تضمن الفصل الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعنون بالاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات مادتين نصتا على الإجراءات المتبعة ، في حالة الإخلال بقواعد ومبادئ إبرام الصفقات العمومية من منافسة وشفافية.

كذلك نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاء فيها:« 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».

ولقد نص المشرع على قواعد الدعوى الاستعجالية في مجال إبرام الصفقات العمومية من خلال المادتين 946 و 947 من ق.إ.م.إ والتي يتأتى من خلالها للقاضي الاستعجالي النظر في النزاع الذي يعرض عليه بصفة مؤقتة بهدف الإسراع في حماية الحقوق قبل النظر في موضوع الدعوى (أصل الحق).

1- شروط رفع الدعوى الاستعجالية.

1-1 شرط وجود مصلحة:

يمكن لكل من له مصلحة في إبرام الصفقة والذي تعرض للمساس بها بسبب عدم التقيد واحترام إجراءات ومبادئ إبرامها من إشهار ومنافسة حسب ما ورد في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، ممارسة حقه في رفع دعوى استعجالية قبل التعاقد، ويتعلق الأمر هنا بالأشخاص المتنافسين بصدد إبرام الصفقة والذين يمكن أن تمس حقوقهم جراء الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار، يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، ويدخل ضمن هذه الفئة:

- المتعاملين بصدد صفقة قابلة للتمديد مثل صفقات الطلبية.

- المتنافسون الذين تم استبعادهم في أي مرحلة من مراحل الإبرام.

- المتنافسون المحتملون الذين بسبب قصور الإشهار أو خرق لقواعده لم يكن بإمكانهم المشاركة في المنافسة[1].

- كما يمكن أيضا لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا ابرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية إخطار المحكمة بعريضة و ذلك في نفس الإطار[1].

1- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2011، ص 454.

2-1 عدم المساس بأصل الحق:

بمعنى أن القاضي الاستعجالي يأمر باتخاذ تدابير ذات طابع مؤقت، ويبقي الأمور على حالها، حيث لا يتعرض للمسائل الموضوعية، لأنه في حالة التعرض لها يكون قد اعتدى على اختصاص قاضي الموضوع هذا من جهة، من جهة ثانية نجد أن القاضي الاستعجالي غير مختص بالنطق بتدابير تمس الموضوع أو حقوق طرفي النزاع، لكون اللجوء إليه إنما الهدف منه اتخاذ تدبير تحقيقي بحث أو تدبير تحفظي[2].

3-1 شرط الاستعجال:

يكون بصدد الاستعجال كل ما تطلب الأمر اتخاذ تدبير سريع قصد تفادي وضعية ضارة، أو قصد الحفاظ على وضعية في طريق الاندثار[3].

فالطلبات المستعجلة في مجال الصفقات العمومية تكتسي صيغة ملحة وحاجة ضرورية بالنظر لخصوصية هذه المنازعات التي يعد الوقت عاملا محدد لها.

فمجال إبرام الصفقات العمومية يشكل أحد أعوص المشاكل التي تواجه القضاء الاستعجالي، لأنها تنصب على حالات تتعلق بالإخلال بإجراءات المنافسة التي تعد مطلبا قانونيا واجتماعيا واقتصاديا بل وحتى سياسيا ينبغي تحقيقه والمحافظة عليه.

إضافة إلى الشروط السابقة لرفع الدعوى الاستعجالية، هناك شرطان يتعلقان بانعقاد الاختصاص للقاضي الاستعجالي في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية على وجه التحديد يتمثلان فيما يلي[4]:

1- خرشي النوي، المرجع نفسه، ص 455.

2- لحسين بن شيخ اث ملويا، الملتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر، ط2، 2008، ص77.

3- لحسين بن شيخ اث ملويا، المرجع نفسه،نفس الصفحة.

4 - عبد العالي حاحة، آمال يعيش تمام، قراءة في سلطات القاضي الإداري الاستعجالي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 ، مجلة المنتدى القانوني، عدد 06، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة.

أ- إخطار المحكمة الإدارية بعريضة بحدوث إخلال بالتزامات ما قبل التعاقد، التي تخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات، ويجوز أن يكون هذا الإخطار حتى قبل إبرام العقد.

ب- وجود إخلال بالالتزامات التعاقدية أو ما قبل التعاقدية كالإشهار والمنافسة.

2- إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية:

2-1 إجراءات إخطار المحكمة الإدارية.

سنقوم باستخراج هذه الإجراءات من خلال استقراء نص المادتين 946 و 947 من ق.إ.م.إ .

بداية يجب إخطار المحكمة الإدارية بموجب عريضة افتتاح دعوى، يوضح فيها حالات الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية والمحددة بموجب المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر.

فالوصول للطلبات العمومية يجب أن تراعى فيها مبادئ الحرية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات حماية للمتعامل المتعاقد من كل تعسف أو تجاوز من طرف المصلحة المتعاقدة.

2-2 إجراءات ما بعد إخطار المحكمة الإدارية.

بعد إخطار المحكمة الإدارية يمكنها أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الآجال التي يجب أن يمتثل فيها، كما يمكنها الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.

كما يمكنها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما[1].

بعدها تفصل المحكمة الإدارية في أجل 20 يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 من ق.إ.م.إ.

1- بن دعاس سهام، القضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مداخلة قدمت خلال يوم دراسي متعلق بالقضاء الاستعجالي في المادة الإدارية يوم 2011/04/19، جامعة المدية.

3-الآثار المترتبة عن صدور الحكم الاستعجالي:

إن القاضي الاستعجالي وأثناء نظره في النزاع يستند على مجموعة من النصوص القانونية أهمها التشريع المتعلق بالصفقات العمومية، كذلك الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والنصوص المتعلقة بمحاربة الفساد والرشوة، بعد الفصل في النزاع يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر المخل باحترام قواعد الإشهار والمنافسة وتوقيف إجراءات الصفقة، أو تنفيذ القرارات المتعلقة بها.

كما يمكن لقاضي الاستعجال أن يلغي القرارات محل الدعوى وشطبها، وأن يطلب تأجيل إمضاء الصفقة إلى غاية انتهاء البت في الدعوى، وذلك في حدود 20 يوما.

يأخذ الحكم الصادر في المسائل الاستعجالية، شكل قرار في أول وآخر درجة قابل لأن يكون محل طعن بالنقض أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ به[1].

وتجدر بنا الإشارة في هذا المقام إلى أن الدعوى الاستعجالية من شأنها خلق حماية حقيقية، كما أنها تنتج آثار قانونية تخص تحريك الدعوى العمومية في حالة وقوع جريمة المحاباة المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01.

فيتم اللجوء إلى القاضي الاستعجالي من أجل الأمر بوقف عملية المنافسة إلى حين البت في الدعوى العمومية، وبعد الفصل فيها يرفع القاضي الاستعجالي الوقف.

ثانيا: دعوى الإلغاء.

الأصل أن قاضي الإلغاء هو قاضي القرارات الإدارية الغير مشروعة،وليس قاضي العقود الإدارية باعتبار أن دعوى الإلغاء هي جزاء لمخالفة مبدأ الشرعية، أما الالتزامات المترتبة عن العقود تعد التزامات شخصية.

1- خرشي النوي، المرجع السابق، ص 46.

وعلى الرغم من ذلك فقد أفسح مجلس الدولة الفرنسي مكانا محدودا للاستثناء في حالة القرارات الإدارية المنفصلة عن عمليات التعاقد[1].

1- أنواع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة محل الطعن بالإلغاء:

القرار المنفصل هو قرار يسبق إبرام العقد ويمهد لإبرامه ولا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية، مما يجيز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد،والقرار الصادر قبل انعقاد الرابطة التعاقدية يخضع لرقابة القضاء الإداري بخلاف القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذا للعقد الإداري، تعتبر قرارات أنشأها وجود العقد بحيث ترتبط به ارتباط الجزء بالكل، الأمر الذي يجعل الطعن عليها بالإلغاء استقلالا عن العقد غير جائز ومن هنا وجب إخضاع الطعن فيها لقاضي العقد والذي يتسع نطاق اختصاصه عن نطاق اختصاص قاضي الإلغاء[2].

1-1 قرار المنح المؤقت :

يقصد بالمنح المؤقت للصفقة هو إرساؤها بصفة مؤقتة على أحد المتنافسين[3] بعد الإعلان عنه لإعلام المتنافسين المشاركين في طلب العروض بالنتائج المؤقتة، ولا يعتبر الحائز حائزا بصورة نهائية إلا بعد دراسة الطعون إن وجدت[4]، وبالرجوع لنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 274/15 المنظم للصفقات العمومية نجدها تنص في فقرتها الأولى 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 يودع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة».

1- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص116.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، احدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، 2004، ص340.

3- انظر نص المادة 161 من مرسوم 274/15.

4- خرشي النوي، المرجع السابق، ص213.

من خلال استقراء نص المادة المذكورة أعلاه وكتحصيل حاصل نستنتج أن إمكانية ممارسة الطعن الإداري أمام اللجنة المختصة من طرف المتعهد على قرار المنح المؤقت لا يتنافى مع ما يمكن أن يقدمه الطاعن من طعون في أطر قانونية أخرى ومنها الدعوى القضائية أو الطعن القضائي أمام القضاء الإداري.

2-1 قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية:

تضمنته المادة 75 من المرسوم الرئاسي 274/15، حيث أن المتضرر من قرار الإقصاء يمكنه الطعن فيه في حالة عدم التسبيب أو عدم جدية الأسباب من طرف المصلحة المتعاقدة، وبالرجوع للنص الحرفي للمادة 75 نجده ينص على ما يلي:

« يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي الشئ المقصي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب 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 هذا 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.

توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية».

1-3 قرار استبعاد العطاءات غير الصالحة (قرار رفض العرض) :

نصت عليه المادة 72 من المرسوم 15/ 247 والتي جاء فيها :« 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 التالية:

إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام هذا المرسوم.

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،و يجب أن يبين هذا الحكم في دفاتر الشروط.»

1-4 قرار إلغاء المناقصة للصالح العام :

نصت عليه المادة 73 من المرسوم 247/15 ، وهو حق يقره القانون للمصلحة المتعاقدة دون الحاجة للنص عليه في العقود أو دفاتر الشروط[1].

2- العيوب المثارة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية:

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة، دار الفكر العربي للنشر، ط5، ص312.

2-1 عيوب عدم المشروعية الخارجية:

- عيب عدم الاختصاص:

يقصد بالاختصاص القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين، فقواعد الاختصاص هي صميم أعمال المشرع لذا تعتبر من النظام العام[1].

كما أنها تجسد مبدأ الفصل بين السلطات وتقييم العمل بين مختلف الهيئات الرسمية للدولة، كما أن توزيع الاختصاص بين مختلف هيئات الدولة يعد بمثابة ضمانة للحريات العامة والحقوق الفردية بل ومظهر من مظاهر تنظيم الدولة[2].

ويظهر عيب الاختصاص في الصفقات العمومية مثلا حين تعمد جماعة محلية إلى إمضاء الصفقة دون استيفاء إجراء المداولة أو إجراء المصادقة.

كذلك عيب اغتصاب السلطة وهي الحالة التي يقوم فيها شخص ما و بدون صفة قانونية، بإصدار قرار إداري كالإعلان عن منح الصفقة صادر من جهة غير مختصة[3] كقيام لجنة تقييم العروض بإصدار قرار منح مؤقت للصفقة أو قرار إرساء الصفقة التي تعد من اختصاص المصلحة المتعاقدة وليس اللجنة.

- عيب الشكل:

تتنوع الشكليات بين شكليات جوهرية وأخرى ثانوية ومن بين الأشكال الجوهرية تجديد تاريخ صدور القرار، كذلك وضع الختم والتوقيع من طرف الجهة المختصة قانونا سواء مصلحة متعاقدة أو لجنة تقييم العروض.

1 -عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، ط1، 2009، ص170.

2- عمار بوضياف ، المرجع نفسه، ص .171.

3- خرشي النوي، المرجع السابق، ص466.

- عيب الإجراءات:

مثال عن ذلك عدم استيفاء الاستشارات الواجبة والتي تعتبر إجراءات تمهيدية تفرضها النصوص على الإدارة قبل إصدارها للقرار الإداري، وفي مجال الصفقات العمومية يتعين على المصلحة المتعاقدة أخد رأي لجنة تقييم العروض أو لجنة تسوية النزاعات على سبيل المشورة وليس الإلزام.

2-2 عيوب عدم المشروعية الداخلية:

أ-الطعن في محل القرار (مخالفة القانون):

إن القرار الإداري لا بد أن يكون مشروعا ولا يتعارض مع التشريع الجاري به العمل داخل الدولة سواء كان تشريعا أساسيا (الدستور) أو عاديا(القانون) أو تنظيميا كالمراسيم بأنواعها،فالجهات الإدارية المختلفة داخل الدولة مركزية كانت أو محلية أو مرفقية ملزمة بالخضوع للقانون في تصرفاتها وأعمالها التعاقدية، كإبرام الصفقات العمومية وهذا مظهر من مظاهر دولة القانون وخضوع جميع الأشخاص والهيئات لأحكامه وقواعده[1].

ب-الطعن في القرار الإداري المنفصل من حيث السبب:

يقصد بالسبب الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار القرار، أي أن السبب هو الوقائع والظروف المادية والقانونية التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها، فسبب القرار الإداري المنفصل عن الصفقة لا بد أن يكون مشروعا وقائما وحالا.

تجدر الإشارة إلى أن السبب يختلف عن التسبيب فمثلا: تسبيب قرار المنح المؤقت للصفقة يستوجب تبيان أسباب اختيار المتعامل المتعاقد من حيث المبلغ المقدم والنقاط المحصل عليها...الخ.

1- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص196.

د-عيب الهدف (الانحراف في استعمال السلطة):

تنحرف الإدارة العامة بالسلطة حينما تسئ استعمالها من خلال سعيها إلى تحقيق أهداف وأغراض وغايات غير مشروعة[1]، تجانب المصلحة العامة كتحقيق مصلحة شخصية أو مصلحة للغير في شكل محاباة[2]، وكمثال لعيب الهدف، تحديد الخصائص التقنية بطريقة تعسفية لا يستدعيها موضوع الصفقة، بحيث يؤدي التحديد إلى إعطاء الأسبقية لطرف على حساب أطراف أخرى، أو يكون الهدف منه استبعاد أطراف أخرى من المنافسة[3].

الفرع الثاني: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

من المعلوم أن قضاء العقود الإدارية ومن ثم الصفقات العمومية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل لكنه يثير بعض النواحي المتعلقة بقضاء الإلغاء.

ومن المعلوم أيضا أن سلطة قاضي الإلغاء تقف عند الحكم بإلغاء قرار معيب دون أن يوجه القاضي إلى الإدارة أوامر محددة للقيام بعمل أو امتناع عنه، أما القضاء الكامل فيخول للقاضي تصفية النزاع كلية، فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الايجابية أو السلبية، ومن هنا استمد هذا القضاء تسميته[4].

أولا: دعوى القضاء الكامل

إن دور محاكم القضاء الإداري لم يعد مقصورا على صحة أو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر في شأن هذه العملية المركبة، بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بعملية التعاقد ابتداءا من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، وبالتالي أصبح اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الإدارية

1- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2007، ص364.

2- خرشي النوي، المرجع السابق، ص473.

3- خرشي النوي، المرجع نفسه، ص474.

4- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي،منشأة المعارف،الإسكندرية ،مصر ،ص98.

اختصاصا مطلقا وشاملا لأجل تلك المنازعات وما يتفرع عنها،حيث أصبح لمحكمة القضاء الإداري ولاية القضاء الكامل في عناصر العملية التعاقدية بأسرها، يستوي في ذلك ما يتخذ صور قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توفرت فيه حقيقة التعاقد الإداري[1].

وحسب الدكتور سليمان الطماوي فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء[2].

1-الدعاوى الخاضعة لاختصاص القضاء الكامل في مادة الصفقات العمومية.

تتخذ الدعاوى صورا شتى نذكر منها:

1-1 دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية:

هي الدعوى التي يقيمها المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة لمطالبتها بالمقابل المالي لما أوفى به من التزامات تعاقدية تخضع لولاية القضاء الكامل، كما تخضع لولاية دعوى التعويض عن الأضرار التي تسبب بها المتعاقد الآخر[3] إلى الحكم بمبلغ من المال، ومن أمثلة ذلك:

- القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2004/09/21 ، قضية (مديرية التربية لولاية بشار) ضد (ب.ل) حيث جاء فيه:« ... إن بلدية الرحوية لم تقدم أي محضر اجتماع وأي وثيقة كتابية أخرى من شأنها إعفائها من تسديد الأشغال التي أنجزها المقاول "ب.ل" لحسابها،لأن ترميم المدارس الابتدائية تخضع للبلديات عملا بأحكام المادة 97 من القانون رقم 90/08 المؤرخ في 1990/04/07 المتعلق بالبلديات.

1- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص198.

2- محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه ،ص199

3- عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ص566.

ومن ثم فإنه يتعين إلزامها بأن تدفع مبلغ 668,665,74 دج الذي يطالب به المقاول تسديدا للأشغال التي أنجزها على مستوى المدرسة الابتدائية "شيخاوي عبد القادر" مما يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد إلزام بلدية الرحوية بتسديد الفاتورة المذكورة أعلاه...»[1].

– كذلك قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/07/12، قضية (المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد) ضد(ز.د) والذي جاء فيه:« أن البلدية لا تستطيع ، التذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن تسديد مبلغ الأشغال التي طلبتها، ولا تستطيع البلدية الشروع في أشغال لا تتوفر مسبقا على الاعتمادات الكافية، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 58 من القانون رقم 21/90 المؤرخ في 1990/08/15 المتعلق بالمحاسبة العمومية وللمواد 05، 06، 07 و 09 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المؤرخ في 1992/11/14، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها» [2].

– أيضا قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1999/05/03، قضية (المعهد الوطني للوقود والكيمياء) ضد (مكتب الدراسات العمرانية ببرج منايل)، حيث أيد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تيزي وزو وقضى بإلزام المعهد الوطني للمحروقات والكيمياء ببومرداس بأن يدفع للمدعي مكتب الدراسات العمرانية مبلغ 347,424 دج [3].

– كذلك قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/16، قضية (شركة البناء الجزائرية "سكوال") ضد(بلدية المحمدية) والذي قضى بإلزام البلدية بأن تدفع مبلغ 3847,165,98 دج قيمة الأشغال ومبلغ 100000دج تعويض عن جميع الأضرار[4].

1– مجلة مجلس الدولة، عدد 07، 2005، ص81.

2– مجلة مجلس الدولة، نفس العدد، ص86.

3– نقلا عن حسين بن شيخ اث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، ص86.

4– قرار مجلس الدولة، غير منشور نقلا عن عثمان بوشكيوة المذكرة السابقة،ص114.

1-2-الدعاوى المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية:

نذكر القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2005/07/12[1]، قضية (و.ع.ب) ضد(مديرية الشباب والرياضة لولاية البويرة) والذي جاء فيه:« حيث أنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد القول بأن المستأنف له الحق في مقابل الأشغال الإضافية المنجزة، وتعيين خبير يقوم بمهمة الانتقال إلى الأمكنة ودراسة الوثائق التي بحوزة الأطراف وتحديد مقابل الأشغال الإضافية المنجزة من طرف المستأنف.

1-3-الدعاوى المتعلقة بفسخ الصفقة العمومية:

وهذا ما أكده القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2012/01/12[2] قضية(بلدية العلمة) ضد (ح.ع) ، والذي جاء فيه: « حيث أنه ثابت من الملف أن موضوع الدعوى يتعلق بإلغاء قرار الصفقة.

حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء وقانونا أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي نزاعات القضاء الكامل ، وأن الإدارة ونظرا لما لها من سلطة تقديرية، لها فسخ أي صفقة عمومية بإرادتها المنفردة ولا يبقى للمتعامل إلا حق المطالبة بالتعويض، في الحالات التي يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ الصفقة كما أن القرارات الصادرة بالفسخ ليست قرارات إدارية بمفهومها التقليدي التي تخضع لدعوى الإلغاء لأنه لا يمكن إرغام الإدارة على التعامل مع متعامل رغم إرادتها ،وبالتالي لا يبقى لهذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض في الحالة التي لا يثبت فيها أنه لا مسؤولية له في فسخ العقد.

حيث أنه والحال كذلك و بغض النظر عن الدفوع التي أثارتها المستأنفة فإن قضاة الدرجة الأولى لما قضوا بإلغاء قرار الفسخ وألزموا الإدارة بتنفيذ الصفقة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون والإجتهادات القضائية مما يتعين معه إلغاء هذا القرار وفصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس».

1- مجلة مجلس الدولة، عدد 07، 2005، ص92.

2- قرار منشور بجلة مجلس الدولة،عدد12،2014،ص108.

1-4-الدعاوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار:

ونستشهد بالقرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، قضية (ق،ع) ضد بلدية متليلي[1] والذي قضى برفض طلب تسديد الفوائد التأخيرية للتعويض عن الضرر بسبب عدم القيام بانجاز ملحق.

أيضا قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/16 [2]، قضية مؤسسة كشرود الاقتصادية ضد والي ولاية خنشلة والذي قضى فيه القاضي الإداري بأنه عندما تأمر المصلحة المتعاقدة بوقف الأشغال لأقل من سنة، فانه يحق للمتعاقد تعويض ما لحقه من ضرر مؤكد على اعتبار أن قرار وقف الأشغال يسبغ بوصف فعل الأمير وسبب أضرار للمتعامل المتعاقد.

كذلك قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2005/09/06 [3]، قضية رئيس مخبر الأشغال العمومية للشرق ضد ز.ش ومن معه والذي جاء فيه: « إن مجلس الدولة فصلا في قضايا الإستئناف ، علنيا وحضوريا يقض بما يلي :

في الموضوع : إلغاء القرار المستأنف الصادر عن مجلس قضاء سكيكدة الغرفة الإدارية بتاريخ 2003/04/24 ، وفصلا من جديد التصريح بإلزام رئيس مخبر الأشغال العمومية للشرق أن يدفع لمديرية الأشغال العمومية لولاية سكيكدة مبلغ مقدر ب: 2237.439.00دج ، وبإلزام مدير شركة نفطال(المركز التجاري) أن يدفع لمديرية الأشغال العمومية لولاية سكيكدة مبلغ 10.000.000.00دج كتعويض عن الأضرار اللاحقة بها ورفض مازاد عن ذلك من طلبات.».

أيضا قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2015/02/05[1] والذي جاء فيه : « حيث أن قضاة الدرجة الأولى أخطئوا في تقدير الوقائع ولا يمكن للإدارة أن تتذرع بأخطاء ارتكبتها بسبب عدم حرصها على

1- قرار منشور بمجلة مجلس الدولة،عدد4،2003،ص71.

2- قرار غير منشور، نقلا عن عثمان بوشكيوة، المذكرة السابقة، ص114 .

3- قرار غير منشور ،انظر ملحق رقم 1.

التطبيق السليم للنصوص التشريعية والتنظيمية للإثراء على حساب المقاول ن ويتعين في هذه الظروف إلغاء الحكم المستأنف وفصلا من جديد إلزام والي ولاية عنابة بأن يدفع للمستأنف قيمة الأشغال المنجزة . حيث أن طلب التعويض مبرر نظرا لإستمرار الإدارة في تعنتها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية غير أنه مبالغ فيه ويتعين الرجوع به إلى ما يتناسب مع الضرر الفعلي ».

-الدعاوى المتعلقة بتوقيف الأشغال بحجة عدم وجود اعتمادات مالية.

-الدعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان.

-الدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار.

1-5- الدعاوى المتعلقة بالغرامة التأخيرية في تنفيذ الأشغال:

نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2014/09/04 [2] ، قضية مقاولة أشغال البناء ب.ح ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري والذي جاء فيه :« حيث أنه فيما يخص موضوع الاستئناف الأصلي فإنه ثابت من الملف أن المدعي المستأنف الحالي يطالب بعقوبة التأخر المنصوص عليها في المادة 22 من الصفقة والتي سماها المشرع الغرامات المالية المادة 78 من المرسوم الرئاسي 250/02.

حيث أنه وبالرجوع إلى المادة 22 من الاتفاقية نجدها تنص على أنه في حالة عدم احترام المقاول لآجال الإنجاز المحدد في المادة 16 تطبق عليه عقوبة مالية، ثم وضحت هذه المادة كيفية حساب هذه الغرامة، المادة والتي يؤخذ فيها بعين الاعتبار آجال تنفيذ المشروع وأيام التأخير في الإنجاز.

كما نصت المادة 16 على أن آجال تنفيذ المشروع هي 9 أشهر،بما يعني أن الغرامة المالية تطبق في حالة إنجاز المشروع خارج المدة المتفق عليها ، وعليه تسلط غرامة مالية على المقاول على المدة الزائدة عن مدة الإنجاز.

1- قرار مجلس الدولة غير منشور،انظر ملحق رقم2.

2- قرار مجلس الدولة غير منشور،انظر ملحق رقم3.

حيث أنه في دعوى الحال فإن المشروع لم يتم إنجازه وإنما تم فسخ الصفقة نتيجة لإخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته طبقا للمادة 99 من المرسوم 250/02.

حيث يظهر من كل هذا أن المشرع جعل جزاء انجاز المشروع خارج المدة المتفق عليها تطبيق غرامة مالية طبقا للمادة 78 ، وجعل عدم القيام بالالتزامات رغم الإعذارات فسخ الصفقة وما يترتب عنها من تعويض طبقا للمادة 99 ولا يمكن تطبيق الجزاءين الغرامة المالية والفسخ على حالة واحدة.

حيث أنه ولما ثبت من الملف أن الصفقة الحالية تم فسخها من طرف الإدارة المتعاقدة بسبب إخلال المتعامل معها بالتزاماته قبل إتمام المشروع، فإنه لا يمكن أن تطبق على المتعامل الغرامة المالية.

حيث أنه وبناء على ما أشير إليه أعلاه يكون قضاة أول درجة قد أخطأوا في تطبيق القانون ، لما حكموا على المستأنف بغرامة التأخير رغم أن المشروع لم ينجز، وإنما تم فسخ الصفقة وعليه يتعين إلغاء الحكم المستأنف والفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس ».

1-6- الدعاوى الاستعجالية:

كطلب المتعامل المتعاقد من القاضي تعيين خبير كإجراء مستعجل لفحص واثبات ما قام به من أعمال لصالح المصلحة المتعاقدة بعد أن قام بالتسليم، أيضا طلب الإذن بالحجز التحفظي حماية للحقوق الناشئة عن العقد.

فالمحكمة الإدارية تفصل في الوجه المستعجل من المنازعة المستندة للصفقة لا على اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغاء كما في مرحلة الإبرام، بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لاتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لا تحتمل التأخير تدعو إليها الضرورة لدفع خطر أو نتائج يتعذر تداركها حماية للحق إلى أن يفصل في موضوعه[1].

1-7- الدعاوى ضد القرارات الإدارية:

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي،الإسكندرية،مصر ،2005 ، ص328.

الأصل أن يخضع القرار الإداري لاختصاص قاضي الإلغاء إلا أنه استثناءا من ذلك يخضع الطعن في هذا القرار لاختصاص القضاء الكامل إذا ما اتصل بالصفقة العمومية وأصدرته المصلحة المتعاقدة بوصفها متعاقدة.

2-تطبيقات دعوى القضاء الكامل.

2-1 شروط قبول دعوى القضاء الكامل.

أ-شروط المصلحة والصفة لقبول دعوى القضاء الكامل:

لتطبيق وقبول دعوى القضاء الكامل لا بد من توفر شرط وجود مصلحة قانونية وشخصية ومباشرة وحالة لرافعها، ولا بد أن ترفع من صاحب المصلحة أو نائبه أو وكيله القانوني.

والصفة في السلطات الإدارية المختصة تعني أنه يجب أن ترفع الدعوى من أو على السلطات الإدارية المختصة والتي تملك الصفة القانونية للتقاضي باسم ولحساب الإدارة العامة والوظيفة الإدارية في الدولة[1].

ب- شرط الميعاد:

بالرجوع لنص المادة 829 من ق.إ.م.إ نجدها تنص على مايلي:« يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي».

ج- وجود القرار المسبق بعد القيام بالتظلم الإداري:

المقصود بفكرة القرار السابق هو قيام الشخص المضرور بفعل النشاط الإداري غير المشروع والضار باستشارة السلطة الإدارية المختصة عن طريق تقديم تظلم إداري، طبقا للشكليات والإجراءات

1-عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، د. م .ج ، الجزائر، ص.627 .

القانونية المقررة ومطالبة هذه السلطات الإدارية بالتعويض الكامل والعادل المرغوب فيه لتعويض وإصلاح الأضرار التي سببتها الوقائع المالية أو الفنية للأعمال الإدارية الضارة وذلك بهدف استصدار قرار إداري صريح أو ضمني من السلطات الإدارية بخصوص المطالبة بالتعويض ، فيكون رد السلطات الإدارية صاحبة وقائع وأفعال النشاط الإداري الضار الصريح أو الضمني قرارا إداريا مسبقا، ويجوز بعد ذلك فقط للشخص المضرور أن يرفع دعوى التعويض أمام الجهات القضائية المختصة[1].

2-2اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر في دعاوى القضاء الكامل:

لقد نصت المادة الأولى من قانون 02/98 المؤرخ في 20 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية على أنه:« تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية».

كما نصت المادة 800 من قانون إ.م.إ على مايلي:« 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».

يتضح من خلال نص المادتين السابقتين أن المشرع الجزائري أطلق الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية فجعلها صاحبة الاختصاص في النظر في كل منازعة إدارية، فيما عدا ما استثناه المشرع فأوكل النظر فيه لمجلس الدولة.

والقاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل يتمتع بسلطات واسعة، فيقوم في بداية الأمر بتقرير المركز القانوني الشخصي لرافع الدعوى وتحديد مداه، ثم يحدد بعد ذلك حقوق المدعي ويلزم المدعى عليه بالرد أو التنفيذ، والأمر يختلف عن دعوى الإلغاء التي تقتصر على إلغاء القرار المطعون فيه لعدم مشروعيته،

1- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص576.

بل يجاوز ذلك إلى تعديل هذا القرار أو إصلاحه أو إحلال آخر محله، و كذلك الحكم بالتعويض المالي[1] في حالة القرارات المتصلة بالعقد.

ثانيا: دعوى الإلغاء:

المبدأ يقضي بأنه لا مجال لاختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في منازعات العقود، ومن ثم الصفقات العمومية لا تخضع لرقابته، الاستثناء اختصاص هذا الأخير بالنظر في القرارات التنفيذية للصفقات العمومية.

1-القرارات الإدارية محل دعوى الإلغاء في منازعات الصفقات العمومية:

الأصل في القرارات الإدارية الداخلة في تكوين العقد أنها قرارات إدارية مركبة متصلة بالعملية العقدية وليست منفصلة، ومن ثم فإنه لا يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء إنما تحل منازعاتها أمام القضاء الكامل،لكن استثناءا عن هذا الأصل يعتبر القضاء الإداري بعض القرارات الإدارية المركبة والمتصلة بالعملية الإدارية العقدية في مرحلة تنفيذ العقد قرارات إدارية منفصلة عن العملية العقدية وذلك على أساس المعيار الشخصي الذاتي في بعض الحالات، وعلى أساس المعيار المادي الموضوعي في حالات أخرى، وقبل دعوى الإلغاء ضدها بصورة مستقلة عن دعاوى العملية الإدارية العقدية.

حيث أن العقود الإدارية في عملية تنفيذها تمس حقوق ومراكز الغير على أساس أن هذا الغير لا يملك تحريك ورفع الدعاوى العقدية، نظرا لنسبية آثار العقود وشخصيتها لأنها من دعاوى القضاء الكامل[2].

ومن أمثلة الطعون في القرارات التنفيذية للصفقة المقدم من الغير نذكر:

- طعون الغير ضد القرارات الخاصة بتنفيذ الصفقة العمومية.
- طعون الغير ضد القرارات الخاصة بفسخ الصفقة العمومية.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص329.

2- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، نظرية الدعوى الإدارية، د.م.ج، ط4، 2005، ص453.

2- أوجه الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية:

يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات والأشكال أو عيب السبب،فقاضي الإلغاء وقبل أن ينطق بإلغاء القرار الإداري ينبغي عليه أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق فيه ومن أسباب الطعن بالإلغاء نذكر مايلي:

أ-عيب عدم الاختصاص: كصدور القرار المنفصل عن سلطة غير السلطة المؤهلة لذلك.

ب-عيب الشكل: كإصدار القرار المنفصل من طرف المصلحة المتعاقدة بتوقيع جزاء على المتعاقد دون منحه مهلة قانونية.

ج-عيب مخالفة القانون: كإصدار المصلحة المتعاقدة قرارا منفصلا مخالفا لمقتضيات القانون المتعلقة بتنفيذ شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة.

د- عيب الانحراف في استعمال السلطة: كثبوت نية أحد المسؤولين الإداريين في الانتقام من حائز الصفقة.

و-عيب السبب: إذ لا بد للقرار المنفصل أن يكون طلب إلغائه من طرف المتضرر مستندا إلى أسباب قانونية شرعية.

هـ-عيب الإجراءات:إن صدور الإلغاء قبل إبرام الصفقة يبطل ما عداه بناء على الآثار المطلقة لهذا الحكم، باعتبار أن بني على باطل فهو باطل، أما صدور الإلغاء بعد إبرام الصفقة فهناك من يرى ضرورة منح الحق للمترشح الذي انتهى حكم الإلغاء لصالحه باللجوء إلى قاضي العقد من أجل المطالبة بفسخه أو منحه تعويضا[1].

[1]-هناء العلمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص162.

الفصل الثاني: دعاوى التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة.

يترتب على إبرام الصفقات العمومية علاقات تعاقدية بين الإدارة والمقاولين أو الموردين الذين يعهد إليهم بإنجاز الصفقات العمومية ، مما قد يتسبب في حدوث منازعات نتيجة الصعوبات التي تعترض مختلف مراحل الصفقة سواء قبل أو بعد إبرامها ، فالإدارة من واجبها استنادا إلى مبدأ انتظام المرفق العام وضرورة استمرار يته أن تسهر على حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ، وذلك بإنجاز الصفقة ولا يمكن التحلل من هذه الالتزامات، إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا ، كما هو الشأن في حالة القوة القاهرة ، أو بروز صعوبات مادية لم يكن بإمكان الطرفين توقعها والتي تترتب عنها تكاليف غير عادية بالنسبة للمقاول.

فالرقابة القضائية على الصفقات العمومية تكتسي أهمية بالغة نظرا لما لها من تأثير على الحياة الاقتصادية والتنمية، كما أنها تلزم المتعاقدين بالتقيد والالتزام بتنفيذ ما تم التعاقد بشأنه، فالإدارة بالرغم من أنها الطرف الذي يحظى بالامتياز في العقد الإداري بصفة عامة وعقد الصفقة بالخصوص سواء من حيث حقها في التوجيه والمراقبة وتخويلها توقيع جزاءات في حق المتعاقد ، وسلطتها في التغيير الانفرادي لشروط تنفيذ العقد ، لكن بالرغم من ذلك، فإن الإدارة تظل مقيدة باحترام القانون ، وتدخل القضاء الغاية منه حماية حقوق الإدارة والمتعاقد معها بهدف تحقيق المصلحة العامة[1].

وعليه سنسلط الضوء على دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة، من خلال تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: تناولت فيه دعاوى التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي، أما المبحث الثاني:خصصته لدعاوى للتسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام

1- ادريس المشترائي،الرقابة القضائية على الصفقات العمومية،مجلة المحاكم الإدارية، العدد الثاني، أكتوبر 2005، المغرب ،ص225.

القانوني المصري، في حين خصص المبحث الثالث:لدعاوى التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي.

المبحث الأول: دعاوى التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي.

لقد عرف القضاء الإداري في المغرب تطورا لاسيما ما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية، ففي الفترة ما قبل إحداث المحاكم الإدارية والتي تمتد من سنة 1957 تاريخ إحداث المجلس الأعلى الذي أصبح يسمى بمحكمة النقض إلى غاية سنة 1993 قبل العمل بالقانون المحدث للمحاكم الإدارية، لعب المجلس الأعلى دورا بارزا في التصدي لمنازعات صفقات الدولة، سواء في إطار دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الشامل، وتبعا لذلك استطاع المجلس أن يحظى بثقة أطراف النزاع دولة وأفراد وأن يهيئ للصفقات العمومية إطارا قانونيا بايجابياته ومكتسباته وآفاقه.

أما بعد إحداث المحاكم الإدارية بصدور القانون المحدث للمحاكم الإدارية سنة 1993 ثم صدور القانون المحدث لمحاكم الاستئناف الإدارية سنة 2006 إلى جانب المجلس الأعلى(محكمة النقض حاليا)، أصبحت منازعات الصفقات العمومية من اختصاص المحاكم الإدارية واستئنافا أمام محاكم الاستئناف الإدارية وطعنا بالنقض أمام محكمة النقض[1].

ولمعالجة هذا المبحث ارتأيت تقسيمه إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تناولت فيه جهة القضاء المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية.

أما المطلب الثاني: يتعلق بصلاحيات الجهات القضائية المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية.

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص438.

المطلب الأول: جهة القضاء المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية.

إن نظام الصفقات العمومية انتقل إلى المغرب مع معاهدة الجزيرة الخضراء لسنة 1906 التي نصت في بابها السادس على أهمية المناقصة ، قبل أن يقوم ظهير المحاسبة العمومية الصادر في 19 يونيو 1917 بإرساء نظام متكامل لآلية المناقصة كطريق لإسناد الصفقات العمومية.

وبعد استقلال المغرب ، وفي سبيل السعي نحو وضع قواعد قانونية من شأنها العمل على ضمان شفافية العمل الإداري والمساواة بين المتنافسين الراغبين في الاستفادة من الطلبات العمومية ، عمل المشرع المغربي على إصدار نصوص قانونية لتأطير آليات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية ، عرفت استرسالا في الزمن حيث تم إصدار مرسوم 19 مايو 1965 المتعلق بطرق إبرام الصفقات العمومية ، الذي تم نسخه بمرسوم 14 أكتوبر 1976 بشأن صفقات الأشغال أو الأدوات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة ، والذي تم نسخه بدوره بموجب المرسوم 2.98.482 بتاريخ 5 فبراير 2007 قبل أن يتم فسخه بدوره بموجب المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 20مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية.

ولقد أفضى هذا التغير المضطرد في البنية القانونية المنظمة للصفقات العمومية إلى ارتفاع عدد المنازعات المتعلقة بها و المرفوعة أمام القضاء الإداري، فعدد الملفات أمام المحاكم إدارية بلغ 975 ملف من أصل 30962 سنة 2012 ، وعدد الملفات المرفوعة أمام محاكم الإستئناف الإدارية خلال نفس السنة بلغ 777 ملف من أصل 6169 [1].

وعليه للتعمق في دراسة هذا المطلب إرتأيت إبراز دور كل من المحاكم الإدارية ، ومحاكم الإستئناف الإدارية ، ومحكمة النقض في تسوية نزاعات الصفقات العمومية من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: المحكمة الإدارية.

الفرع الثاني: محاكم الاستئناف.

1- مراد آيت ساقل، تطور القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية،منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، مارس ،أفريل،2014،ص31.

الفرع الثالث: محكمة النقض.

الفرع الأول: المحكمة الإدارية

لقد أحدثت المحاكم بموجب القانون رقم 41.90، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 سبتمبر 1993[1].

و صدر المرسوم رقم 2.92.59 في 18 جمادى الأولى 1414 الموافق ل 1993/11/03([2])،الذي حدد عدد المحاكم الإدارية بسبعة (7) وهي: المحكمة الإدارية بالرباط، المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، المحكمة الإدارية بفاس، المحكمة الإدارية بمكناس، المحكمة الإدارية بأكادير وأخيرا المحكمة الإدارية بوجدة.

وتسري على قضاة المحاكم الإدارية أحكام الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.74.467الصادر في 26 شوال 1394 الموافق لـ: 1974/11/11 المتعلق بتحديد النظام السياسي للقضاة والذي عدل وتمم بالظهير الشريف رقم 1.91.227 الصادر في 1993/09/10 بتنفيذ القانون 43.90 [3].

وتتكون المحكمة الإدارية من قضاة ومن المفوضين الملكيين للدفاع عن الحق والقانون باقتراح من الجمعية العمومية لمدة سنتين[4].

أولا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في منازعات الصفقات العمومية.

لقد حددت المادة 08 من قانون رقم 41/90 السالف الذكر الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية والتي جاء فيها:« تختص المحاكم الإدارية مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطة الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

1- منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/03، ص2168.

2- منشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 4229 الصادر بتاريخ 1993/11/17، ص2261.

3- منشور بالجريدة الرسمية المغربية، عدد 4227 بتاريخ 3نوفمبر1993، ص2210.

4- المادة 02 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

– دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام (ما عدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيا كان نوعها يملكها شخصا من أشخاص القانون العام).

– النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمعاشات، ومنح الوفاة المستحقة للعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة وموظفي إدارة مجلس النواب وموظفي مجلس المستشارين، وذلك كله وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

– تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات والضرائب ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

– الدعاوى المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة.

– النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة، وموظفي مجلس النواب وموظفي مجلس المستشارين وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

– فحص شرعية القرارات الإدارية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 44 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 41/90 لسنة 1993».

وبما أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية مسماة فإنها تدخل في مجال الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية.

ولقد أقر المجلس الأعلى بولاية المحاكم الإدارية في مادة الصفقات العمومية ،من خلال صدور عدة قرارات نذكر على سبيل المثال قرار عدد 787 الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 1996 بين شركة "كوجيبرا"

والجماعات القروية لسبع عيون، حيث اعتبر المجلس الأعلى أن الصفقة العمومية عقد إداري بقوة القانون ومن ثم لا حاجة لتوفر شروط غير مألوفة مع وجود شخص معنوي عام طرفا في الصفقة[1].

كذلك إقدام المحاكم العادية والمحاكم التجارية على الدفع بعدم الاختصاص في عدد من القضايا المعروضة عليها، ومن أمثلة ذلك الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالرباط في الأمر الاستعجالي رقم 131 بتاريخ 20 مارس 2001 بين مكتب الصرف وبين شركة المنشآت المغربية والذي قضى بعدم اختصاص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية[2].

لكن وكاستثناء قد لا تنظر المحاكم الإدارية ببعض العقود الإدارية التي يتم تكييفها خارج إطار الصفقات العمومية وبذلك تخرج عن إطار عمل المحاكم الإدارية لتدخل في مجال اختصاص المحاكم العادية.

ومن المجالات التي يطرح فيها إشكال في الاختصاص النوعي للمحاكم بالنسبة للصفقات العمومية نجد موضوع سندات الطلب،والتي أثير بشأنها جدال، إذ هناك من يقر اختصاص المحاكم العادية بالنظر في القضايا المطروحة وهناك من يرى أن التوجه هو مجانب للصواب.

فالفقه الإداري المغربي ما لبث يحث على تكتيل الاختصاص ويدعو إلى اعتبار مقتضيات مرسوم 30 دجنبر 1998 كافية بذاتها لاعتبار سندات الطلب عقود إدارية بقوة القانون والنزاع حولها ينعقد الفصل فيه للمحاكم الإدارية وللقضاء الإداري.

نذكر على سبيل المثال: الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش عدد109 بتاريخ 19 ديسمبر 2006، في قضية شركة "باستورايجيان" والذي نص على مايلي:« يمكن للدولة بناء على سندات الطلب اقتناء توريدات ممكن تسليمها في الحال وبانجاز أشغال أو خدمات وذلك في حدود 200 ألف درهم استنادا على المادة 72 من مرسوم 30 دجنبر 1998.

1- -مولاي هاشم عالمة، الصفقات العمومية بالمغرب: النظام القانوني والرقابة القضائية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، سنة جامعية 2004/2003، ص49.

2- أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الغرفة الإدارية، المحاكم الإدارية، سلسلة دار النشر، عدد 16، سنة 2004، ص368 وما يليها، نقلا عن هند علمي وكوثر امين، ص76.

كثبوت واقعة تسلم الجماعة للموارد موضوع سندات الطلب الصادرة عنها تجعل الشركة الموردة محقة في الحصول على مستحقاتها في غياب إدلاء الجماعة بما يفيد براءة ذمتها المالية من الدين المطالب به».

لكن نجد أن هناك أحكام صادرة عن المحاكم العادية تخص سندات الطلب، كالحكم الصادر بتاريخ 2006/07/10 عن المحكمة الابتدائية بخريبكة بين السيد أحمد نشيط صاحب مكتبة العامريات وبين الجماعة القروية للفقراء والذي حكم فيه لصالح المتعاقد بأداء الجماعة أصل الدين والتعويض من التماطل في الأداء[1]، أيضا القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1998/7/16، بين الوكيل القضائي للمملكة وبين مقاولة بن هادي ميمون[2].

والملاحظ أن المنازعات المتعلقة بعقود الصفقات العمومية تعد من أعقد المنازعات المعروضة أمام المحاكم الإدارية سواء بالنسبة للقضاة أو بالنسبة لأطراف الدعوى.

فإذا كان تحديد معيار دقيق للتمييز بين العقود الإدارية والعقود الخاصة من بين الحلول المطروحة لإسقاط إشكالية الجهة المختصة بالنظر في المنازعات، فإن وضع نظام قانوني متكامل موحد وواضح للمحاكم الإدارية دون حاجة إلى الإجابة على قانون المسطرة المدنية وإحداث درجة ثانية للتقاضي، محكمة إدارية للاستئناف تبقى تفرض نفسها بإلحاح لتجسيد واقعة استقلال القضاء الإداري بالمغرب[3].

ثانيا: الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية.

إن الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية بالمغرب مبين بموجب الفصل الثاني من القانون المحدث للمحاكم الإدارية وذلك بمقتضى المادتين 10 و 11.

1-هناء العلمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص80.

-لقد تم إحداث محاكم الاستئناف الإدارية بمقتضى الظهير رقم 07/60/1 الصادر في 15 محرم 1427 الموافق ل 2006/02/14.

2- انظر الملحق رقم 4.

3- توفيق السعيد، الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية،طوب بريس، الرباط، 2003، ص348.

فالمادة 10 تؤكد على إلزامية تطبيق أمام المحاكم الإدارية قواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها في الفصل 27 وما يليه إلى الفصل 30 من قانون المسطرة المدنية ما لم ينص على خلاف ذلك في هذا القانون أو في نصوص أخرى خاصة.

واستثناءا من ذلك، ترفع طلبات الإلغاء بسبب تجاوز السلطة إلى المحكمة الإدارية التي يوجد موطن طالب الإلغاء داخل دائرة اختصاصها أو التي صدر القرار بدائرة اختصاصها.

أما المادة 11 فلقد نصت على ما يلي:« تختص محكمة الرباط الإدارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للأشخاص المعينين بظهير شريف أو مرسوم وبالنزاعات الراجعة إلى اختصاص المحاكم الإدارية التي تنشأ خارج دائرة اختصاص جميع هذه المحاكم».

ولقد صدر حكم عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2005/03/15 تحت رقم 463 من الملف رقم 03/58 بشأن تحديد الاختصاص المحلي للمحاكم الإدارية في دعاوى الصفقات العمومية والذي جاء فيه:« حيث دفع الوكيل القضائي للمملكة بعدم اختصاص هذه المحكمة محليا للبت في الطلب، بعلة أن الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية ينص على أن دعاوى الأشغال العمومية تقام أمام محكمة المكان الذي نفدت فيه تلك الأشغال، وأن موضوع الأشغال هي مدينة أفران، مما تكون معه المحكمة المختصة للنظر في هذه الدعوى هي المحكمة الإدارية بمكناس.

وحيث عقبت المدعية بواسطة نائبها على هذا الدفع بأن مدلول الفصل 28 المستند به يعطي الخيار للمتضرر من تصرفات المدعى عليه في تقديم دعواه أمام محكمة وقوع الضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه، الذي هو في نازلة الحال مدينة الرباط، لذا تكون المحكمة الإدارية بالرباط هي المختصة مكانيا، كما وأن الفقرة 08 من نفس الفصل تنص على أن العقود التي تكون الدولة أو جماعة عمومية أخرى طرفا فيها، تقام أمام محكمة المحل الذي وقع فيه العقد، وأن العقد الذي وقع بين طرفي النزاع تكون

الدولة طرفا فيه، وأنه وقع في الرباط كما يتجلى من عقد الصفقة وأن الأشغال العمومية تغطي الطرق والقناطر والسدود.

وحيث أنه من الثابت من أوراق الملف ومما لا نزاع فيه أن جوهر النزاع بين الطرفين يتمثل في مدى تنفيذها لالتزاماتها المنصوص عليها في الصفقة العمومية المبرمة بينهما وأن هذه الأخيرة تعتبر عقدا إداريا مسمى بطبيعته، وأنه حقا وكما جاء تعقيب المدعية، فإن الفقرة التاسعة من الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية نصت صراحة على أنه:« في دعاوى العقود التي توجد الدولة، أو جماعة عمومية أخرى طرفا فيها، تقام الدعوى، خلافا لمقتضيات الفصل 27 من نفس القانون أمام محكمة المحل الذي وقع العقد فيه»، أي العقد الإداري.

وحيث لم ينازع الطرف المدعى عليه في أن العقد المذكور(الصفقة المشار إلى مراجعها أعلاه)، وقعت في مدينة الرباط، لذا تبقى هذه المحكمة هي المختصة محليا للبث في الطلب، ويتعين تبعا لذلك استبعاد الدفع المثار».

وتبعا لذلك قضت المحكمة الإدارية بالرباط باختصاصها المحلي بالنظر لمكان توقيع الصفقة العمومية باعتبار هذه الأخيرة عقدا إداريا[1].

ثالثا: إجراءات سير الدعاوى أمام المحكمة الإدارية.

وما يلاحظ أن إجراءات التقاضي أمام المحاكم الإدارية بالمغرب تابعة للمسطرة المدنية رغم توفر بعض المميزات التي تطبعها نتيجة خصوصيات المنازعات الإدارية وهو ما يؤكد أن وحدة القضاء ما تزال تطبع المساطر القضائية المطبقة أمام مختلف المحاكم بالمملكة بالرغم من ازدواجية القانون[2].

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص454.

2- للمزيد من التوضيح يرجى الاطلاع على: عبد القادر باينة، أسباب إنشاء المحاكم الإدارية بالمغرب على هامش مشروع القانون المحدث للمحاكم الإدارية المعرض على مجلس النواب في دورة ربيع 1991، مقال منشور من طرف الجمعية المغربية للعلوم الإدارية، اثر الندوة التي نظمتها يومي 3 و 4 مايو 1991 تحت عنوان القضاء الإداري حصيلة وآفاق بمساهمة مؤسسة هانس سايدل ص145،144،143،كذلك

-Michel Rousset: La création des tribunaux administratifs: la fin de l'unité de juridiction ? la justice Administrative :bilan et perspectives, AMSA, 3et 4 Mai 1991

1-تقديم مقال مكتوب أمام المحكمة الإدارية.

لرفع أي طعن أمام المحكمة الإدارية بشأن الصفقات العمومية، فلا بد من مقال مكتوب، مستوفى للشروط المنصوص عليها في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

فالطابع الكتابي للدعوى الإدارية منصوص عليه بحكم المادة الثالثة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية السالف الذكر، والتي تقضي بما يلي:« ترفع القضايا إلى المحكمة الإدارية بمقال مكتوب يوقعه محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب».

يتضمن المقال الاسم العائلي والشخصي، وصفة ومهنة وعنوان المدعي، واسم الإدارة المدعى عليها، ومركزها وممثلها القانوني، مع بيان الوسائل المثارة والوقائع بإيجاز، ويكون معززا ببعض الوثائق والمستندات التي ينوي المدعى استعمالها عند الاقتضاء، وعدد من النسخ مساو لعدد الخصوم[1].

وإذا كانت الكتابة مشروطة في مقال الدعوى بحكم القانون، فهي مشروطة كذلك في عقد الصفقة بموجب المادة 15 من مرسوم 15 فبراير 2007 بشأن صفقات الدولة، غير أن انتفاء الشرط لا ينفي صفة الصفقة، ولكن يؤدي إلى صعوبة إثبات مسؤولية طرفي التعاقد، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 2003/04/30 والذي جاء فيه:« تعد عقود إدارية تلك التي تبرمها وزارة الأوقاف في إطار المرفق الذي تضطلع بسيره وتنظم في إطاره رحلات الحج للمواطنين المغاربة ويرجع بالتالي اختصاص البت في النزاعات الناشئة عن هذه العقود للمحاكم الإدارية.

كما وأنه في غياب عقد مكتوب بين الطرفين يتعذر القول بالتزام وزارة الأوقاف إلى جانب نقل الحجاج للديار السعودية وتوفير السكن لهم طيلة فترة الحج بتحملها مسؤولية ما قد يتعرض إليه هؤلاء الحجاج من أضرار ناتجة عن حوادث تحصل لهم بالديار السعودية»، فهي من قبيل عقود الخدمات العامة[1].

---

[1] - المادة 32 من قانون المسطرة المدنية.

– أنظر أيضا: ابراهيم الديه: القاضي الإداري وحماية الحقوق الفردية–مقارنة سوسيوسياسية للمنازعات الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، مارس 2000، ص84 وما بعدها.

ويتم تسجيل مقال الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، ويقوم كاتب ضبط المحكمة بتسليم وصل إيداع المقال، ونسخة منه يوضع عليها خاتم كتابة وتاريخ الإيداع مع بيان الوثائق المرفقة.

ويوكل به إلى قاض مقرر يقوم بتعيينه رئيس المحكمة وإلى مفوض ملكي للدفاع عن القانون والحق ولمتابعة ملف الدعوى.

2-التحقيق في الدعوى.

إلى جانب كون المسطرة القضائية كتابية فإنها إلى جانب ذلك تتسم بكونها تحقيقية وحضورية حيث يقوم القاضي المقرر بتوجيه الدعوى.

ولقد نصت المادة 04 من قانون 90.41 المحدث للمحاكم الإدارية وكذلك مقتضيات الفصول 329 و 333 و 336 من قانون المسطرة المدنية والتي تبين الإجراءات المسطرية التي يتبعها القاضي المقرر حيث يصدر أمر يقضي بتبليغ المقال للمدعى عليه-الإدارة المدعى عليها، إضافة إلى الوثائق والمستندات المرفقة به، طالبا منها التقدم بمذكرة جوابية داخل الأجل الذي يحدده، وفي حال تخلف المدعى عليه عن تقديم مذكراته الدفاعية في الآجال المعينة قبل تاريخ الجلسة المحدد من طرف القاضي المقرر فإنه يمنحه أجلا بانقضائه تعد المسطرة حضورية بالنسبة لجميع الأطراف.

وبإمكان القاضي المقرر اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة بغية تحضير القضية للحكم، فله أن يأمر الأطراف بتقديم المستندات التي يعتبرها ضرورية للتحقيق في القضية، كما يستمع للأطراف وللشهود، أيضا التحقيق في الخطوط ، ويجرى المعاينات وله أن يستعين بتقارير الخبراء[2] وفي حالة ما إذا صادفت المحكمة مشكلة فنية تتصل بالتحقيق فإن من حقها أن تستعين بمن تشاء من الخبراء لكي تصل إلى الحقيقة ومن أمثلة ذلك ما توصلت إليه المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2006/04/27، قضية رقم

1- الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، الجزء الثاني، سلسلة "دلائل التسيير"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد16، 2014، ص392.

2- هناء العلمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص94.

640، حكم غير منشور، النزاع القائم بين شركة "دامبينك ترافو" والسيد مدير الحي الجامعي مولاي اسماعيل بالرباط بشأن الصفقة العمومية رقم 2001.25/ 9 AO/n° والمتعلقة بترميم المحلات الإدارية بالحي الذي امتنع صاحب المشروع من دفع مستحقاته رغم قيام الشركة المقاولة بانجاز الأشغال، الأمر الذي جعل هذه الأخيرة تلتمس من المحكمة قبول طلبها شكلا، والحكم بأداء المدعى عليه لفائدتها مستحقاتها عن انجاز الأشغال القانونية مند انتهائها، وتعويضها عن التماطل، مع اعتبار الحكم بمثابة محضر تسليم مؤقت ونهائي، والنفاد المعجل والصائر.

وعلى إثر ذلك اضطرت المحكمة إلى إصدار حكم تمهيدي عدد 832 بتاريخ 2005/07/07 بإجراء الخبرة، وعينت بمقتضاه الخبير المختص.

وبناء على الخبرة المنجزة والمؤشر عليها بتاريخ 2005/11/28، وبناء على مذكرة المستنتجات بعد الخبرة المدلى بها من طرف المدعية بتاريخ 2006/01/03، الرامية إلى المصادقة على تقرير الخبرة وبناء على إنذار الجهة المدعى عليها قصد تقديم مستنتجاتها مع تبليغها مستنتجاتها المدعية، لم تستجب رغم منحها أجلا كافيا.

وبعد استيفاء القضية لكل عناصرها، قضت المحكمة بقبول الطلب شكلا والحكم على صاحب مشروع الحي الجامعي مولاي اسماعيل بالرباط في شخص ممثله القانوني بأداء مبلغ 678,935,55 درهم مع فوائد التأخير ابتداء من 2004/01/25 والنفاد المعجل في حدود مبلغ 400,000,00 درهم، وبتحميله المصاريف في حدود القدر المحكوم به[1].

هذا وتجدر الإشارة انه يجوز لأحد الأطراف الدفع بعدم تبليغه نسخة من الحكم التمهيدي أو عدم استدعائه لحضور عملية الخبرة، كما يمكن الطعن في الخبرة عن طريق خبرة مضادة.

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص446.

3- سير الجلسات وصدور الحكم.

بعد قيام القاضي المقرر بجميع الإجراءات اللازمة وبعد أن تصبح القضية جاهزة للحكم يصدر أمره بالتخلي عن الملف، محددا تاريخ الجلسة التي تندرج فيها القضية.

ولقد اشترط المشرع المغربي في جلسات المحاكم الإدارية، أن تنعقد وتصدر أحكامها بصفة علنية، وأن تتشكل من ثلاثة قضاة يساعدهم كاتب ضبط ويتولى رئاسة الجلسة رئيس المحكمة الإدارية أو قاض معين لذلك، ويجب أن يحضر الجلسة المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق[1]،يتم الطعن في الحكم عن طريق طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية.

الفرع الثاني: محاكم الاستئناف.

تم استحداث محاكم الاستئناف الإدارية بموجب قانون رقم 80.03، الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07 بتاريخ 2006 المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية[2].

أولا: إجراءات الطعن بالاستئناف.

تستأنف الأحكام الصادرة بشأن صفقات الدولة والصادرة عن المحاكم الإدارية خلال أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ تبليغ الحكم وفق ما نص عليه الفصل 134 إلى غاية 141 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974.

وتطبق نفس القواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية، والقانون رقم 41/90 لسنة 1993 بشان إحداث المحاكم الإدارية أمام محاكم الاستئناف مالم ينص القانون خلافا لذلك[3].

1- المادة 05 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية لسنة1993,

2- منشور بالجريدة الرسمية عدد 5398، بتاريخ 23 افريل 2006، ص ص 490،491.

3- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص528.

ثانيا: الاختصاص النوعي لمحاكم الاستئناف.

إن الطعن بالاستئناف في القضايا المتعلقة بصفقات الدولة يدخل في إطار دعوى القضاء الشامل وليس دعوى الإلغاء، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 2007/09/26[1]

والذي جاء فيه:« حيث أن القرارات التي تستند إلى أحكام العقد يكون الطعن فيها أمام القضاء الشامل وليس قضاء الإلغاء، باعتبار أن الأخير جزاء لمخالفة المشروعية بينما الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية مما يكون معه طلب الإلغاء غير مقبول لوجود دعوى موازية باعتبار أن القرار موضوع الطعن متصلا بالعقد الإداري، وأن المحكمة حينما صارت في هذا المنحى يكون حكمها صائب وواجب التأييد».

ثالثا: موضوع الطعن بالاستئناف في قضايا صفقات الدولة.

يتم الطعن بالاستئناف في قضايا صفقات الدولة المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة في الحالات التالية:

– تخطي الإدارة للمتقدم بأكثر عطاء في طلب العروض: وهذا ما جاء في قرار محكمة الاستئناف الإدارية بتاريخ 2007/09/26 والمتعلق بصفقة طلب العروض من أجل توسعة قسم الاستعجالات بمستشفى الاختصاصات بالرباط.

حيث تقدمت إلى هذه الصفقة شركة "صوريف أمليل"، بوثائقها اللازمة وأدت الضمانات المطلوبة كما قبل ملفها التقني غير أنها فوجئت بفوز شركة أخرى تدعى "تاكانت" بالرغم من كونها اقترحت مبلغا يفوق ما قدمته الشركة" تاكانت"، الأمر الذي حدى بالشركة الطاعنة إلى اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار المدعى عليه (المركز الاستشفائي).

1– –قضية شركة اسفار واستيليس وبين المكتب الوطني للسكك الحديدية، ملف عدد 5/07/3، غير منشور، نقلا عن مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص531.

وأصدرت المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 07.02 .2002 حكما قضى بأحقية المدعية في انجاز الأشغال موضوع الصفقة التي شاركت في طلبها ،بعلة كون المدعى عليه خرق المسطرة المتبعة في اختيار الفائز.

وطعن في الحكم أمام المجلس الأعلى، فأصدرت الغرفة الإدارية قرارا بتاريخ 2004/01/15 قضى بتأييد الحكم المستأنف.

– عدم المصادقة على الصفقة: لا يجوز تنفيذ الصفقة إلا بعد تبليغ هذه المصادقة إلى صاحب الصفقة باستثناء حالات الاستعجال.

أما الطعن بالاستئناف في الحالة المتعلقة بتنفيذ الصفقة فيكون في حالات معينة نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

استحقاق المقاول للتعويض في حالة مواجهته لصعوبات مادية غير متوقعة، ويكون التعويض على أساس ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد للتغلب على الصعوبات المادية غير المتوقعة من أجل ضمان استمرار إنجاز الأشغال وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 2007/10/07[1] بشأن صفقة من أجل بناء داخلية معهد التكنولوجيا بتطوان، والتي واجهتها صعوبات مادية غير متوقعة تكمن في طبيعة الموقع الجيولوجي للأرض موضوع انجاز الأشغال، بحيث تغمرها المياه أثناء التساقطات المطرية، مما كبد المقاول خسائر وتكاليف باهضة لم تكن في الحسبان.

وصعوبات الأرض تم إثباتها بموجب تقرير المختبر العمومي للتجارب و الدراسات بتاريخ 1998/02/15، الأمر الذي أدى للمطالبة بالتعويض.

وجاء قرار محكمة الاستئناف الإدارية بتأييد الحكم القضائي بالتعويض وتعديله برفع مبلغ التعويض المحكوم به.

1- قضية مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل وبين شركة معروف ز. م للبناء، ملف عدد 7/07/8.

الفرع الثالث: محكمة النقض.

تم إحداث المجلس الأعلى سابقا، محكمة النقض حاليا بموجب الظهير الشريف رقم 1/57/223 الصادر في 1957/09/02، والذي عرف تعديلات لا سيما تلك المتعلقة بالظهير الشريف رقم 1/11/170، المؤرخ في 2011/10/25.

أولا: اختصاصات محكمة النقض:

وتختص محكمة النقض في الحالات التالية:

- خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد أطراف الصفقة.
- تعسف الإدارة مع المتعاقد معها.
- عدم تأسيس الحكم أو انعدام التعليل.

المطلب الثاني: صلاحيات الجهات القضائية المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية.

إن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية ، يستعمل تحت رقابة القضاء الإداري الذي يعمل على تسليط رقابته القضائية على جميع القرارات المتخذة من طرف الإدارة سواء في المرحلة التمهيدية للعقد أو أثناء تنفيذه، كما يسلط رقابته على الإجراءات المسطرية المتطلبة في إنهاء العقد ومدى ملائمتها مع الجزاءات المالية أو جزاء الفسخ والكل في إطار توفير الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة بالشكل الذي يتحقق فيه التوازن بين المحافظة على المال العام موضوع العقد الإداري والضمانات والحقوق ، وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري وتصدر قرارات إدارية منفصلة عنه كالقرار المتعلق بإبرام العقد الإداري أو القرار المتعلق بإقصاء المناقص عن المناقصة أو القرار المتعلق برفض المصادقة على العقد، أو التدخل خلال المرحلة التنفيذية للعقد بإصدار قرارات الفسخ المتعلقة بالعقد الإداري أو قرار إيقاف الأشغال، أو تمتنع عن تسليم المتعاقد معها مقابل الأشغال الإضافية أو

تضيف أعباء جديدة على عاتق المقاول في إطار نظري الظروف الطارئة أو فعل الأمير المخل بالتوازن المالي للعقد [1].

وعلى ضوء ماسبق ولمعالجة هذا المطلب ارتأيت التطرق لأنواع الدعاوى المرفوعة من طرف المتعاقد أمام القضاء الإداري لتسوية النزاع واستفاء الحقوق من خلال تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول:صلاحيات القضاء الاستعجالي.

الفرع الثاني: صلاحيات قضاء الإلغاء.

الفرع الثالث: صلاحيات القضاء الشامل.

الفرع الأول: صلاحيات القضاء الاستعجالي .

إن الحفاظ على بعض الحقوق والمراكز القانونية يستدعي القيام بإجراءات عاجلة، وهو ما جعل المشرع يسن قواعد الدعوى الاستعجالية التي يتأتى من خلالها للقاضي النظر فيما يعرض عليه بصفة مؤقتة، بغية الإسراع في حماية الحق قبل أن تطرأ عوارض تحول دون ذلك، إذا تم انتظار الفصل في جوهر الدعوى.

ويجب التمييز في إطار الدعوى الاستعجالية بين طلب إيقاف تنفيذ القرارات الإدارية والذي يندرج ضمن ولاية الإلغاء وبين دعوى القضاء الاستعجالي المتعلق بولاية القضاء الشامل[2].

فالدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية عبارة عن إجراء استعجالي يتعلق بعدم احترام مبادئ المنافسة والمساواة في اختيار المترشحين.

حيث جاء في المادة الأولى: من مرسوم رقم 2/12/349، المتعلق بالصفقات العمومية المغربي على أن:« يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ التالية:

-حرية الولوج إلى الطلبية العمومية.

1- محمد القصري، بعض الإشكالات المتعلقة بالمنازعة في مجال الصفقات العمومية،مجلة القصر، العدد22،يناير 2009، ص13.

2- هناء علمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص132.

– المساواة في التعامل مع المتنافسين.

– ضمان حقوق المتنافسين.

– الشفافية في اختيار صاحب المشروع.

ويخضع إبرام الصفقات العمومية كذلك لقواعد الحكامة الجيدة.

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 تعريفا قبليا لحاجات الإدارة واحترام واجبات الإشهار واللجوء إلى المنافسة واختيار العرض الأفضل اقتصاديا.

ويتم تفعيل هذه المبادئ والواجبات وفقا للقواعد المحددة في هذا المرسوم».

ويتم اللجوء للقاضي الاستعجالي من أجل اتخاذ إجراءات تحفظية ومؤقتة أو لتجنب وقوع أضرار لا يمكن تداركها وعليه فإن القاضي يعلن عدم اختصاصه إذا رأى أنه لا يوجد هناك وجه للاستعجال.

بالرجوع للقانون نجده أوجد نوعين من الأوامر الاستعجالية: الأولى تسمى أوامر الحفظ و تهدف إلى تجميد الوضعية والثانية تدعى أوامر التنظيم وتترجم من خلال الإجراءات التحفظية التي تمنع حدوث أضرار لا يمكن تداركها.

أما المادة 152 من المرسوم السالف الذكر فلقد حددت أجل 15 يوما بعد تاريخ انتهاء أشغال لجنة المساواة، أو تاريخ توقيع الصفقة من طرف نائلها إذا كانت الصفقة تفاوضية بعد إشهار وإجراء المنافسة.

إن هذا الأجل من شأنه منح الوقت الكافي للمترشحين المقصيين من ممارسة حق الطعن الإداري المنصوص عليه في المادة 169 من المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية قبل البدأ في إجراءات من أجل الطعن القضائي.

أولا: مجال تطبيق الدعوى الاستعجالية في المرحلة السابقة للتعاقد.

إن الدعوى الاستعجالية مفتوحة أمام المتنافسين المقصيين من إبرام الصفقة العمومية، ومن خلال مطالبة الإدارة (صاحبة المشروع) باحترام قواعد الإعلان والمنافسة ومن ثم توقيف إجراءات إبرام الصفقة.

إذا كانت الإجراءات المؤقتة المتخذة من طرف القاضي الاستعجالي تهدف إلى المحافظة على مصالح المتنافسين في مواجهة الإدارة، فان الأوامر استعجالية مؤقتة دون المساس بالذي سيقرر في الموضوع، باعتبار أن هذه الأوامر لا تقيد قاض الموضوع وليس لها قوة الشئ المقضي فيه هذا من جهة.

من جهة أخرى عدم تقديم مبررات إقصاء مترشح يشكل انتهاك لمقتضيات الإشهار والمنافسة، جدير بأن يحفز قاضي الأمور المستعجلة في المرحلة السابقة للتعاقد لاتخاذ موقف معين.

إن الطعن أمام قاضي الأمور المستعجلة لا بد أن يجرى قبل إبرام العقد[1].

عندما يقوم مقدم عرض الصفقة العمومية بجبر الأضرار الناشئة عن استبعاد غير قانوني لأحد المتنافسين، فإنه يعود للقاضي التأكد من أن صاحب الشكوى قد تضرر أو من المحتمل أن يتضرر إذا كان فعلا يفتقر إلى كل الحظوظ من أجل التحصل على الصفقة ، وبالرجوع لنص المادة 44-2 من قانون الصفقات العمومية المغربي والتي جاء فيها:« لا يمكن أن يطالب أي متنافسين بتعويض إذا لم يقبل عرضه»، بمعنى أنه في الحالة العكسية يمكنه الحصول على تعويض.

ثانيا: الطعن أمام القضاء الاستعجالي في مرحلة ما بعد التعاقد.

إن الطلبات المستعجلة في مجال الصفقات العمومية تكتسي صبغة ملحة وحاجة ضرورية، باعتبار أن الوقت يعد عاملا محدد لها، هذا ما يجعل المتعاقد يلجأ إلى القضاء الاستعجالي بهدف اتخاذ إجراءات لا تحتمل التأخير نذكر على سبيل المثال:

- إثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها أو ضياع معالمها بفوات الوقت.

1 - Mohamed Nabih, Droit des marchés publics, Aspects juridiques, financiers et contentieux, Konrad Adenner Adenauer stiftting, p332.

– التحقق من قيام الأسباب القاهرة التي يمكن أن يتمسك بها المتعاقد مستقبلا كأسباب تجعله يتحلل من التزاماته التعاقدية أمام قضاء الموضوع.

التقدم بطلب تعيين خبرة بغية اعتماد محاضرها أساسا للمطالبة بالتعويض، كأن تثار منازعات بين الإدارة والمقاول المكلف بتشييد ورش ما حول حجم الأشغال المنجزة فيتمسك كل طرف برأيه خاصة إذا ما ارتأت الإدارة إنهاء العقد، فيلتجئ المقاول للقضاء الاستعجالي بغية تعيين خبرة تحدد حجم الأشغال المنجزة حتى يتمكن من الاحتجاج بها أمام قضاء الموضوع، وعدم إجراء هذه الخبرة في الوقت المحدد سيحول دون الوقوف على حقيقة الأمر.

نفس الأمر يثار إذا ما نازعت الإدارة المقاولة فيما يخص مدى احترامها لمعايير الجودة المنصوص عليها من خلال دفاتر التحملات حيث يصبح طلب إجراء المعاينة والخبرة على وجه الاستعجال أمر حتمي لإثبات حقيقة الوضع[1].

ثالثا: القيود الواردة على اختصاص القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

إن الطلبات الرامية إلى وقف أثر قرار إداري قابل للطعن بالإلغاء لا تدخل ضمن اختصاص القاضي الاستعجالي حسب التوجه الاجتهادي الذي زكته الغرفة الإدارية بمحكمة النقض المغربية لأن البت فيها من شأنه المساس بالجوهر من خلال مناقشة مشروعيته.

إلا أن الملاحظ هو كون قضاء الموضوع بدوره لا يملك الوسائل التي بمقدورها أن تمكنه من فرض رقابة فعلية للمنازعات المتعلقة بضوابط المنافسة،وهذا ما يؤكده حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط تحت عدد 437 بتاريخ 2004/03/21، في قضية شركة "شيكو باط" ضد "وزير التعليم العالي"، حيث جاء فيه:« خرق الإدارة لمقتضيات المادتين 42[1] و 44 ليس من شأنه سوى ترك أجل الطعن القضائي مفتوحا حتى يتسنى مناقشة دواعي ومبررات اتخاذ قرار الإقصاء وبالتالي مدى مشروعيته».

1- هناء علمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص133.

كما خلص إلى أن اقتصار الطاعن على التمسك بخرق هذه المقتضيات من دون أن ينازع في مشروعية قرار الإقصاء مسعى يؤول إلى رفض الطلب.

بمعنى أن الحكم اعتبر أن المنازعة تهم خرق مقتضيات شكلية نصت عليها المادتين 42 و44 مما يجعل الأمر متعلقا بعيب في الشكل يندرج ضمن الرقابة الخارجية للقرار الإداري أمام قاضي الإلغاء[2].

وهكذا يتجلى أن إتباع دعوى الإلغاء وإيقاف التنفيذ المتفرع عنها لا يوفر الإطار الملائم لتسوية منازعات المنافسة لضيقهما عن الإحاطة بهذه المنازعات، ذلك أن نطاق دعوى الإلغاء ينصب على القرارات الإدارية فقط ولا يمتد إلى التصرفات أو الأعمال التي تفتقر لمواصفات القرار الإداري والتي تؤثر في مجريات المنافسة مثل تقديم معلومة امتيازية، وإلى جانب ذلك فإن نطاق إيقاف التنفيذ أضيق من نطاق قضاء الإلغاء بما أنه لا يقبل فيما يتعلق بالقرارات الإدارية السلبية والتي تثير عدة منازعات أثناء إبرام الصفقات العمومية خاصة مايهم الإقصاء من المنافسة ، وهذا ما جعل منازعات الصفقات العمومية تعاني من غياب الحماية القضائية المستعجلة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن الفقه الإداري المغربي[3] مافتئ ينادي بتوسيع نطاق حق اللجوء إلى القضاء عبر سن دعوى التصريح ببطلان إجراءات المنافسة، يكون من حق كل متنافس صاحب مصلحة

1- جاء في المادة 42 من قانون الصفقات العمومية المغربي انه:« تصريح اللجنة بعدم جدوى طلب العروض إذا:

أ- لم يتم تقديم أي عرض أو إيداعه.

ب- لم يتم قبول أي متنافس على اثر فحص الملفين الإداري والتقني والملف الإضافي عند الاقتضاء.

ج- لم يتم قبول أي متنافس على اثر فحص العرض التقني أو العينات أو النماذج المصغرة أو الوثائق الوصفية أو البيانات الموجزة أو الوثائق التقنية الأخرى.

د- لم يتم قبول أي متنافس على اثر فحص عرضه المالي.

هـ- لم يعتبر أي من العروض مقبولا بالنظر لمقتضيات هذا المرسوم والمقاييس المحددة في نظام الاستشارة.....».

2- هناء العلمي، كوثر امين، المرجع السابق، ص137. -

3- الجيلالي أمزيد، القضاء الاستعجالي في منازعات إبرام الصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة والتنمية، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمته المجلة تحت عنوان المساطر الاستعجالية في "المنازعات الإدارية"، بتاريخ 2005/02/25، بالرباط، سلسلة مواضيع الساعة العدد 2005/50، ص76 وما بعدها.

أو إمكانية لنيل الصفقة أن يرفعها، وبذلك يوفر المشرع مسلكا قضائيا مستقلا عن دعوى الإلغاء وإيقاف التنفيذ بمقدوره خلق حماية استعجالية حقيقية.

الفرع الثاني: صلاحيات قضاء الإلغاء.

الأصل أن جميع المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية يختص بها القضاء الإداري سواء ما تعلق منها بالإنهاء أو الصحة أو الفسخ على أساس ولايته الكاملة.

ودعوى الإلغاء توجه ضد قرار إداري صادر عن سلطة إدارية بإرادتها المنفردة على خلاف العقد الإداري الذي يعتبر نتاج توافق إرادتين، وتعتبر دعوى عينية وتتعلق بأوجه المشروعية المنصوص عليها بالفصل 20 من القانون 41/90.

في حين نجد أن دعوى المنازعة العقدية تعتبر دعوى شخصية وتستهدف موضوع العقد الإداري لكن متى اعتبر القرار منفصلا عن العقد الإداري أجيز الطعن فيه بدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، ومتى اعتبر متصلا بالعقود الإدارية لا يتم الطعن فيه إلا أمام القضاء الشامل[1].

أولا: القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد محل الطعن بالإلغاء.

1-القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة إعداد الصفقة:

إن جميع القرارات الممهدة للصفقة العمومية كالقرارات المتعلقة بإبرامه، والقرارات المتعلقة بالإقصاء من المنافسة أو القرارات المتعلقة برفض المصادقة على عقد الصفقة، أو حتى القرارات المتعلقة بالتراجع عن المصادقة على العقد، تعتبر قرارات إدارية منفصلة عن الصفقة مما يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة، والقاضي في هذه الحالة يكتفي بإلغاء القرار غير المشروع ولا يمكنه أن يتجاوز ذلك بإصدار أوامر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل في إطار الفصل بين السلط، وقاعدة أن القاضي يقضي ولا يدير.

1- محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة المغربية للفقه والقضاء، عدد 46، بحوث ودراسات، ص97.

ومن القرارات القضائية في المغرب التي كرست هذا المبدأ نذكر:

– قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، قضية(الحاج بوبكر)ضد (وزير الأوقاف) ،والذي سن قاعدة مفادها أن كل شخص قبل المنازعة في عملية المزايدة الخاصة بكراء الأملاك الحبسية يكون ذي مصلحة في إقامة دعوى إلغاء ضد مقرر لجوءه إلى المزايدة.

– قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1999/03/11، قضية (بلقاضي محمد) ضد(جماعة سيدي احرازم)، حيث تم قبول الطعن بالإلغاء ضد مقرر إرجاء مناقصة لكراء محلات الاصطياف لسيدي احرازم.

– حكم إدارية الرباط بتاريخ 2004/10/25، والمتضمن إلغاء قرار إقصاء الطاعنة عن المناقصة والذي جاء فيه:« حيث أنه من المتفق عليه فقها وقضاءا أن أي قرار إداري يجب أن يكون مبني عل سبب يبرره، وهذا السبب هو الحالة القانونية والواقعية التي تبرر صدوره، لكن حيث أن المدعى عليها لم تثبت قيام السبب المتذرع به من حيث الواقع مما يكون قرارها قد بني على وقائع غير صحيحة وبالتالي متسما بتجاوز السلطة لعيب السبب ويتعين التصريح بإلغائه»[1].

– حكم المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 1996/04/11 والذي جاء فيه أن قضاء الإلغاء يرمي إلى إلغاء القرار الإداري المتحصل عن عقد الصفقة.

– حكم المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 1999/05/06، حيث اعتبرت القرارات الممهدة لعقد الصفقة العمومية قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة بطبيعتها للطعن عن طريق دعوى الإلغاء.

ولقد صدر هذا الحكم بناء على الطعن الذي تقدم به شركة "تيرس العيون" بتاريخ 1996/12/20 ضد قرار إقصائها من جلسة طلب العروض من طرف المديرية الجهوية للفلاحة بالسمارة، بتاريخ

1– محمد القصري، المرجع السابق، ص99.

1996/10/22 لعلة تجاوز السلطة وخرق القانون من طرف مصدر القرار الذي لم يعلله بأسباب مرتكزة على أساس سليم من الواقع والقانون.

ولقد ردت الإدارة على هذا الطعن، بأنها تتمتع بحرية مطلقة في اختيار المتعهد المؤهل لإنجاز الصفقة وبأن سبب إقصاء الطاعنة يعود إلى عدم تطابق الوثائق التي أدلت بها، وعدم توفرها على المؤهلات التقنية والقيمية والمهنية المنصوص عليها في المادة 33 من مرسوم 1976/11/14 بشأن الصفقات العمومية.

ونشير في هذا المقام أن أبرز أنواع القرارات التي تدخل في العملية التحضيرية لإبرام الصفقة، هو قرار إقصاء المترشح الذي رست عليه الصفقة حيث يمكن إلغاء هذا القرار إذا لم تحترم الإدارة شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وفق ما نص عليه الباب الثالث من المرسوم 2/13/656 المتعلق بالصفقات العمومية.

ولقد صدر حكم عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 1995/02/23 اعتبر قرار لجنة العروض غير قانوني ولا واقعي بإقصاء الوكالة من الصفقة[1].

2- القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة تنفيذ الصفقة:

هي تلك القرارات المتخذة أثناء تنفيذ الصفقة والتي تتخذها الإدارة بصفتها سلطة عامة، وليس كطرف في العقد حتى ولو لم ينص عليها هذا الأخير باعتبارها من النظام العام، كتوقيع الجزاءات على المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء أو قرار الفسخ بإرادة منفردة.

ولقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1905/08/04[1] في قضية "مارتاني" أن القرارات المستندة إلى البنود التنظيمية للعقد الإداري يطعن فيها بالإلغاء خلافا للقرارات التي تصدر أثناء تنفيذ بنود العقد التي لا يجوز الطعن فيها إلا في إطار دعوى القضاء الشامل.

1-هناء علمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص 159.

فالاجتهاد القضائي المغربي اعتبر قرار الفسخ المستند إلى نصوص القانون، قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2001/02/21[2] ما يلي:« حيث يستفاد من أوراق الملف وردود الإطراف أن قرار فسخ الصفقة موضوع النزاع لم يستند في إصداره على سلطات الإدارة المخولة لها بمقتضى القوانين والأنظمة الجاري بها العمل ولكن جاء نتيجة لإخلال الشركة بالتزاماتها التعاقدية مما يكون معه قرار إنهاء العقد مرتبط بالعملية التعاقدية وغير منفصل عنها ولا يقبل الطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء».

ثانيا: شروط الطعن بالإلغاء في الصفقات العمومية.

1-الشروط المتعلقة بصفة الطاعن:

لقد تضمن الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية لسنة 1994 هذه الشروط حيث جاء فيها:«

لا يصح التفاوض إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتفاوض إن كان ضروريا وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده.

إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة، وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى».

وعليه تعد الصفة والأهلية والمصلحة شروط أساسية يتعين توفرها قي رافع الدعوى، وإلا قضى القاضي برفض الطلب وهي تدخل في أحكام النظام العام.

1- محمد القصري، المرجع السابق، ص 101.

2- محمد القصري، المرجع نفسه، ص 103.

2-الشروط المتعلقة بعريضة الدعوى:

لكي تقبل الطعون في صفقات الدولة أمام المحاكم الإدارية ينبغي توافر مجموعة من الإجراءات تتعلق بالعريضة وكذا إجراءات التبليغ،لذا يتعين التقيد بمقتضيات القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 41/90 لسنة 1993 وكذا قانون المسطرة المدنية لسنة 1974.

إذا كان المدعي مقاول، مورد أو خدماتي فإن دعواه لا تقبل إلا من أحد المحامين المسجلين في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب، تطبيقا لمقتضيات المادة 03 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية رقم 41/90 لسنة 1993.

أما إذا كان المدعي شخص معنوي فيسري عليه ما تعلق بالتمثيلية القانونية حسب ما نص عليه الفصل 25 من مرسوم رقم 2/06/388 الصادر بتاريخ 2007/02/05 والذي يحدد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة.

وإذا كان صاحب المشروع مدعى عليه فان الدعوى ترفع أمام الجهة التي ينتمي إليها، حسب ما جاء في الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية التي نصت على مايلي:« ترفع الدعوى ضد:

- الدولة، في شخص الوزير الأول وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء.

- الخزينة، في شخص الخازن العام.

- الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للعمالات وفي شخص رئيس المجلس الجماعي بالنسبة للجماعات.

- المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني...».

أما فيما يتعلق بوجوبية التمثيل بالمحامي فإن الفصل 34 من قانون المسطرة المدنية أعفى الإدارات العمومية من مساعدة المحامي، فيكون تمثيلها بصفة قانونية من طرف أحد الموظفين المنتدبين لهذه الغاية.

كما أن الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية أعفى الدولة من مساعدة المحامي، طالبة كانت أو مطلوبة ويوقع في هذه الحالة على مقالاتها ومذكراتها الوزير المعني بالأمر أو موظف منتدب لهذا الغرض[1]، وترفع الدعوى بموجب مقال مكتوب ومستوفي للبيانات والمعلومات المنصوص عليها في الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية والذي جاء فيه:« يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن ومحل إقامة المدعي، وكذا عند الاقتضاء أسماء وموطن وكيل المدعي.

وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها.

يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء.

وإذا قدم الطلب بمقال مكتوب ضد عدة مدعى عليهم وجب أن يرفق المقال بعدد من النسخ مساوي لعدد الخصوم.

يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي وقع إغفالها».

وحسب ما ورد في المادتين 354 و 355 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 فإنه يتعين إرفاق المقال بنسخة من القرار الإداري المطعون فيه، ونسخة من قرار رفض التظلم أو ما ثبت تقديمه في حالة سكوت الجهة المختصة وغيرها من المستندات التي يريد المدعي إرفاقها بالمقال، عندما يتعلق الأمر بدعوى الإلغاء وإلا قضى برفض الطلب.

يتم تبليغ الأطراف عن طريق استدعاء يوجه للمدعى والمدعى عليه كتابة إلى جلسة يعين يومها حسب ما ورد في الفصول 36 و 37 من قانون المسطرة المدنية.

1- مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص471.

الفرع الثالث: صلاحيات القضاء الشامل .

نكون أمام طعن القضاء الشامل في الحالة التي:« يطلب فيها صاحب الشكوى من القاضي جبر الضرر الذي لحقه بسبب التعرض لحق يعود له».[1]

فهذا يعني أن القاضي يملك سلطات واسعة تمكنه من تقدير وجود الضرر، ونتيجة لذلك فإن القاضي يتمكن من الحكم على الإدارة بدفع تعويض.[2]

وأغلبية المنازعات المقدمة أمام القضاء الإداري تتعلق بإلغاء عقد الصفقة في إطار قضائها الشامل، وإذا كانت الإدارة تملك السلطة التقديرية في إنهاء العقد الإداري لتحقيق المصلحة العامة فسلطتها في ذلك ليست مطلقة بل مقيدة برقابة القاضي الإداري، وفي هذا الإطار لا يجوز لإدارة تحت غطاء المصلحة العامة أن تعمل على إزاحة متعاقد وإحلال متعاقد آخر محله وألا يكون قرار فسخ العقد مشوبا بالانحراف في استعمال السلطة[3].

وبما أن الحصول على المقابل المالي، يعد أحد أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة فإن ضمان هذا الحق يعتبر من صميم الحماية القضائية في مجال الصفقات العمومية لأنه يشكل الثمن الذي يتقاضاه المتعاقد لقاء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

ومن بين أهم الدعاوى المتعلقة بالتعويض في مجال الصفقات العمومية نذكر:

أولا: دعوى التعويض عن التماطل في أداء المقابل المالي:

يشمل المقابل المالي أهم التزامات الإدارة اتجاه المتعاقد معها، ذلك أن هدف المتعاقد من تنفيذ العقد هو حصوله على هذا المقابل، وهذا ما أكده حكم المحكمة الإدارية بمكناس، الصادر بتاريخ

1 - Michel Rousset, contentieux administratif Marocain, édition la porte imprimerie el Maarif Al jadida,2001, Rabat, Maroc,p169.

2 -Abdelhamid Zoubaa, le régime juridique des marchés publics, de la passation à l'exécution, « contrôle et contentieux », première édition, dar Assalam, Rabat, 2011, Maroc, p254.

3- محمد قصري، المرجع السابق، ص104.

2001/05/31[1] والذي نص على أن تماطل الإدارة عن أداء ما اتفق عليه في إطار صفقة عمومية يخول صاحب الصفقة الحق في المطالبة بفوائد التأخير.

ثانيا: دعوى التعويض بسبب الفسخ التعسفي للصفقة:

يحق للمتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل عن الأضرار الناتجة له جراء قرار الفسخ المبني على إجراءات غير قانونية، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 1996/10/02[2]، حيث جاء فيه:« إن قيام الإدارة بفسخ عقد مع المدعي دون إتباعها المسطرة المنصوص عليها بالفصل 35 من كناش الشروط الإدارية العامة المتعلقة بالصفقات العمومية يخول للمدعي الحق في الحصول على المصاريف التي أنفقها».

كذلك قرار صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 1996/02/23[3] حيث جاء فيه:«إن المحكمة عاينت أن الإدارة لم تحترم مقتضيات الفصل 35 من المرسوم الملكي المؤرخ في 19 أكتوبر 1965 بشأن كناش الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال لوزارة الأشغال العمومية، والذي أصبح مطبقا على جميع الإدارات العمومية بمقتضى المرسوم الملكي المؤرخ في 18 نوفمبر 1966، والذي يلزم الإدارة أن تمنح المقاول إنذارا لمدة عشرة أيام لكي يصلح الخلل والأعطاب التي تسببها الإدارة له، حيث أنه أمام إخلال الإدارة بالمسطرة المنصوص عليها فإن المحكمة ترى أن الفسخ جاء مشوبا بالشطط في استعمال السلطة ومخالفا للقانون ليستحق معه المتعاقد تعويضا كاملا عن الأضرار الحاصلة له عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب».

1- منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 43، ص 172، مأخوذ من مقال الحسن بوعيس، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، عدد03 من سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي، ط1، 2000، ص156. نقلا عن هناء العلمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص147.

2- محمد القصري، المرجع السابق، ص104.

3- منشور بمجلة الدليل للاجتهاد القضائي، ص 4140.

ولقد صدر حكم عن المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 1999/08/02[1] ،يقضي بأن المنازعات المتعلقة بفسخ عقد الصفقة تدخل في إطار القضاء الشامل الذي يراقب مدى صحة الأسباب المتعمدة في فسخ الصفقة حيث جاء فيه:« إن قاضي العقد يراقب سلامة الإجراءات الشكلية وكذا الأسباب المعتمدة لإتخاذ الجزاءات، وأن فسخ العقد من طرف الإدارة يعطي الحق للمقاولة للمطالبة بقيمة الأشغال المنجزة وإرجاع الضمانة مادام لم يثبت بشكل قاطع وجود خطأ أو تقصير من طرفها».

ثالثا: دعوى التعويض لضمان التوازن المالي للصفقة:

إن الإخلال بالتوازن المالي للعقد قد ينتج عن عدة أسباب، منها ما هو خارج عن إرادة الإدارة المتعاقدة مثل حالات التعويض المترتبة عن الظروف الطارئة أو الصعوبات غير المتوقعة، ومنها ما يرجع إلى استخدام الإدارة سلطاتها المقررة لتعديل العقد أو نتيجة إثراء الإدارة بلا سبب من خلال تنفيذ المتعاقد أعمالا إضافية للمشروع، ولقد تم تحديد قيمة الأشغال الإضافية التي يستحق المتعاقد عليها التعويض بنسبة 10% من إجمالي قيمة المشروع.

1- حق التعويض بسبب أضرار نتيجة استخدام الإدارة لسلطاتها:

أ- التعويض نتيجة تعديل العقد: يحق للمتعاقد رفع دعوى تعويض، لجبر الضرر الذي لحقه في حالة إرهاقه من طرف الإدارة بأعباء تفوق إمكاناته المالية والاقتصادية والفنية وتحدث خللا بالتوازن المالي للعقد.

ب-التعويض عن خطأ الإدارة: من الأخطاء الجسيمة التي تقع فيها الإدارة والتي تستوجب التعويض الشامل، عدم تمكين المقاول من الأرض التي سيقام عليها المشروع، عدم منح المقاول الإذن ببدء تنفيذ الأشغال.

[1]- محمد قصري، المرجع السابق، ص110.

2- حق التعويض بسبب أضرار خارجة عن إرادة الإدارة المتعاقدة:

أ- التعويض عن فعل الأمير:

تطبق نظرية فعل الأمير على كل عمل صادر عن جهة الإدارة المتعاقدة دون خطأ من جانبها، فيلحق ضررا بمركز المتعاقد معها في إطار العقد الإداري، الأمر الذي يجعل الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي لحقت به من جراء هذا العمل الذي يعيد التوازن المالي للعقد،ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن تنفيذ العقد تحت غطاء فعل الأمير باعتبار أن المصلحة العامة تغلب على المصلحة الخاصة للمتعاقد في عقد إداري، ولقد عرف القضاء المغربي فعل الأمير بموجب الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2003/04/28[1]، قضية الجيلالي شكير وبلدية خريبكة حيث جاء فيه:« فعل الأمير هو كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه آثار تسوء مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد ».

ونشير هناك إلى أن نظرية فعل الأمير تستوجب تعويضا كاملا عن الأضرار التي تلحق المتعاقد لأنها تقوم على أساس المخاطر الإدارية.

ب- التعويض عن القوة القاهرة:

لقد تم تعريف القوة القاهرة بموجب الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث جاء فيها:« كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية من فيضانات، حرائق، جراد، غارات العدو وفعل السلطة يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا».

والقوة القاهرة تمثل أحد أسباب إعفاء المقاول من التزاماته اتجاه الإدارة بعكس نظرية فعل الأمير التي لا تعفي المتعاقد من التزاماته وتعفيه فقط من غرامات التأخير.

1- أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، الجزء 2، العدد 16، 2004، ص442.

كما أنه في نظرية القوة القاهرة يعفى المتعاقد من الجزاءات والغرامات وذلك بشرط أن يكون الحادث الممثل للقوة القاهرة غير قابل للدفع وغير متوقع حتى من أكثر الناس يقظة وتحسبا.

وحسب المادة 43 فقرة 03 من دفتر الشروط الإدارية العامة المغربي فإنه يتعين على المتعاقد أن يبلغ الإدارة بنوعية الاستحالة التي واجهته في ظرف سبعة أيام الموالية للحادث وإلا فإنه يفقد الحق في كل احتجاج.

3-التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة:

هي الصعوبات التي تواجه المتعاقد مع الإدارة وتجعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا، مثل أن يصادف متعاقد على إنشاء مجرى مائي في طبقة صخرية شديدة الصلابة، أو أن يصطدم متعاقد لبناء عمارة بمياه جوفية، نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة الرباط بتاريخ 1941/07/22 في قضية بين مدينة سلا وشركة مقاولة الأشغال المائية، والذي نص على أن الأشغال والتوريدات الإضافية التي تسبب فيها وجود طبقة مائية والتي لم يكن وجودها ظاهرا في تصميم الاستبراء تشكل شغلا غير متوقعا وليس تبعة جد مكلفة داخلة في التقدير الجزافي.

عملا بما استقر عليه الاجتهاد القضائي الإداري في مجال التبعات التي تتسبب فيها المياه فإنه إذا كانت اللائحة التقديرية تلتزم الصمت اتجاه تلك التبعات فمصادفة مياه غير متوقعة أو ذات أهمية مغايرة لما هو متوقع تشكل تبعات تتحمل الإدارة عواقبها[1].

4- التعويض عن نظرية الظروف الطارئة:

نكون أمام هذه الحالة إذا ما طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف وأحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وترتب عنها إرهاق المتعاقد مع الإدارة بشكل يزيد من كلفة الأشغال ويرتب خسارة فادحة غير عادية، ولا يستقيم التوازن المالي للعقد على ضوئها إلا بمشاركة الإدارة في تحمل هذه الخسائر.

1-هناء العلمي، كوثر أمين، المرجع السابق، ص153.

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، وقد يكون سببه اقتصاديا كارتفاع الأسعار نتيجة أزمة اقتصادية، أو سياسيا كإعلان الحرب أو طبيعيا كالزلازل و الفيضانات، وقد يأتي من جهة إدارية غير متعاقدة وأن يكون خارجا عن إرادة المتعاقدين.

نذكر على سبيل المثال: القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 2000/06/07 حيث جاء فيه:« إن انتشار هجوم الفئران على منطقة الأغراس يشكل ظاهرة طارئة غير متوقعة للمتعاقد مع الإدارة»[1].

المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات المناقصات والمزايدات في النظام القانوني المصري.

يقوم القاضي الإداري بإحداث توازن مطلوب ومكلف به بحكم عمله بين السلطات ،التي تتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بها وبين المتعاقد معها في تنفيذ العقد الإداري(المناقصة العامة) ،حيث تتمتع الجهة الإدارية بسلطات هائلة مستندة إلى القوانين واللوائح والمبادئ العامة ، ويكون المتعاقد معها في مركز الطرف الضعيف بما يستوجب تدخلا من القاضي الإداري، لإقامة توازن بين الطرفين على أساس المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء وقواعد العدالة فيحدد ضوابط وامتيازات الإدارة ويضع قواعد بخصوص حقوق المتعاقد مع الإدارة حتى يضمن إلى حد كبير دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد[2].

وعليه ولمعالجة هذا المبحث ارتأينا تقسيمه إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تناولت فيه الاختصاص القضائي في مجال المناقصات والمزايدات،أما المطلب الثاني:فلقد خصصته للدعاوى القضائية في مجال المناقصات والمزايدات.

1- محمد القصري، المرجع السابق، ص129.

2- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2014، الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016، ص3.

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في مجال المناقصات والمزايدات.

إذا كان القضاء الإداري حديث النشأة في مصر، فإن بعض قواعد القانون الإداري قد وجدت من قبل، فمنذ الإصلاح القضائي وإنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية وصدور مجموعات القوانين المختلفة في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، كان القضاء المصري متأثرا بالقضاء الفرنسي، يستلهم أحكامه ويتابع المبادئ التي يقررها[1].

فعلى الرغم من وجود قضاء إداري متخصص في المنازعات الإدارية في فرنسا وعدم وجود قضاء مقابل له في مصر حتى سنة 1946 ، فإن المحاكم العادية في مصر، أي المحاكم الوطنية والمختلطة ،قد اتجهت نحو الاعتراف بوجود قانون إداري يحكم المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها[2].

وعليه ولمعالجة هذا المطلب ارتأينا تقسيمه للفروع التالية:

الفرع الأول: تطور الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية بمصر.

أولا: المرحلة السابقة على إنشاء مجلس الدولة:

لقد استعانت المحاكم المصرية بنظرية أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، للتمييز بين ما يدخل في مجالات القانون العام وما يعتبر من القانون الخاص، لذا كانت المحاكم تعتبر عقود الإدارة عقود عادية عقود الإدارة تخضع لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

فقبل إنشاء مجلس الدولة اتجهت المحاكم المدنية إلى إقرار فكرة العقد الإداري، غير أن القضاء لم يتمكن من تحديد المعيار الذي يميز هذا النوع من العقود[3].

ثانيا: المرحلة اللاحقة على إنشاء مجلس الدولة:

1- ماجد راغب الحلو-القضاء الاداري-المرجع السابق، ص119 وما بعدها.

2- محمد بن سعيد بن محمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ص14.

3- محمد بن سعيد بن محمد المعمري، المرجع نفسه،ص16.

لقد جاء قانون 09 لسنة 1949 بإعادة تنظيم مجلس الدولة ومدد اختصاص محكمة القضاء الإداري بموجب المادة الخامسة منه إلى المنازعات الخاصة بثلاث عقود إدارية، وهي عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، وبعد الانتقادات الموجهة لهذه المادة من خلال حصر العقود الإدارية في ثلاثة أنواع فقط، جاء قانون رقم 165 لسنة 1955 و أخضع جميع العقود الإدارية للاختصاص الإداري حيث جاء في **المادة العاشرة** منه: « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة و التوريدات أو أي عقد إداري آخر »[1] وهو نفس الاتجاه الذي بقي معتمدا من طرف المشرع المصري حتى بعد صدور القوانين اللاحقة المتعلقة بتنظيم مجلس الدولة كقانون رقم 55 لسنة 1959 وقانون 47 لسنة 1972.

وبالرجوع لموقف القضاء الإداري المصري من هذه المسألة نجد حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1956و الذي جاء فيه:« ... لم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد معين من العقود الإدارية بل انطوى على كافة العقود الإدارية واستند إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود، فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية.»[2].

وتم تعريف العقود الإدارية بموجب حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1962/03/31 حيث جاء فيه:« إن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، متصلا بمرفق عام، ومتضمنا شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.»[3]

الفرع الثاني: الجهات القضائية الإدارية المختصة بالنظر في منازعات المناقصات والمزايدات.

قبل التطرق للجهات القضائية الإدارية المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالمناقصات والمزايدات سنتطرق لمجال سريان أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل

1- محمد بن سعيد بن محمد المعمري، المرجع السابق ، 2011، ص19.

2- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص57

3- سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص60.

بقانون رقم 148 لسنة 2006 من خلال ما تضمنته المادة الأولى منه والتي جاء فيها:« يعمل بأحكام القانون الموافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة حرفية كانت أو اقتصادية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الصادرة بشأنها أو بتنظيمها أو في لوائحها الصادرة بناءا على تلك القوانين والقرارات».

والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع المصري أراد أن يمدد نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية إلى هيئات عامة سواء الخدمية أو الاقتصادية ، وذلك بعدما كان القانون رقم 09 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية لا يسريان إلا على الهيئات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الخاصة بإنشائها[1].

حيث نجد أن مادته الأولى جاء فيها:« تسري أحكام القانون الموافق على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الخاصة بإنشائها».

وقد جعل المشرع المصري المناقصة العامة الطريق الأصلي للتعاقد، وسمح للإدارة أن تلجأ إلى أحد الطرق الأربعة التالية وهي: المناقصة المحدودة، المناقصة المحلية، الممارسة المحدودة و الاتفاق المباشر، وذكر المشرع الضوابط التي تحكم اختيار كل طريقة من تلك الطرق وحدد خصائصها[2].

ونشير هنا إلى مسألة تتعلق بالعقود الإدارية في مصر حيث تعتبر عقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون، وهذا ما أكده الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 09 ديسمبر 1956 حيث جاء فيه:« فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد

1- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العملية والحلول القانونية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص32.

2- زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، دراسة مقارنة محلية ودولية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص11.

معين من عقود الإدارة بل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود...فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقود إدارية بطبيعتها، ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة الشارع.»[1].

والمشرع المصري نص في المادة **العاشرة** من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أن:« تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر» ، فهو لم يحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر كما أنه لم يقصد تحديد العقود الإدارية بحكم القانون، وإنما هو يتحدث عن العقود الإدارية التي تعتبر كذلك وفقا للمعيار الذي استقر عليه القضاء الإداري، فمثلا عقد التوريد قد يكون إداريا وقد لا يكون كذلك[2]، إذا لم تتوفر فيه شروط العقد الإداري كما في حالة توريد بعض السلع لأحد المرافق الصناعية أو التجارية دون النص في العقد على أي شرط غير مألوف في عقود القانون الخاص، أما عقد الالتزام وكذلك عقد الأشغال العامة الوارد في النص فيعتبران دائما من العقود الإدارية نظرا لتعلق الأول بإدارة مرفق عام ولصلة الثاني الوثيقة بالمنفعة العامة[3].

ويشمل الجهاز الإداري للدولة في مصر[4]:

- الوزارات
- المصالح
- الأجهزة ذات الموازنات الخاصة.
- وحدات الإدارة المحلية:

1- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 57.

2- محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 731.

3- زكريا المصري، المرجع السابق، ص15.

4- صلاح الشريف، شرح قانون المناقصات والمزايدات وفقا لأحدث التعديلات والأحكام القضائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص17

وهي الصور الصادقة للتنظيم اللامركزي بالبلاد يرأسها المحافظ الذي يعين من قبل رئيس الجمهورية، ويتبع في التنظيم الإداري لوزارة التنمية المحلية التي لا تملك قبلها أي سلطات فعلية أو قانونية وهي الشكل الواضح للجهاز الإداري والأكثر احتكاكا بالجمهور وتمثل وحدات الإدارة المحلية، حسبما ورد عليها النص بقانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 الوحدات التالية:

- المحافظات.
- المراكز.
- المدن.
- الأحياء.
- القرى.
- الحسابات والصناديق الخاصة المنشأة تطبيقا لأحكام قانون الإدارة المحلية كحساب الخدمات والتنمية وصندوق الإصلاح الزراعي بالمحافظة وصندوق الإسكان الاقتصادي.
- الهيئات العامة.

فمحاكم مجلس الدولة هي المختصة بالنظر في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر حسب ما ورد في البند 11 من المادة 10 من قانون 47 لسنة 1972 المتعلق بمجلس الدولة، هذا الأخير يتألف قسمه القضائي حسب المادة 03 من قانون المحكمة الإدارية العليا ،محكمة القضاء الإداري، المحاكم الإدارية، المحاكم التأديبية وهيئة مفوضي الدولة وعليه ستكون دراستنا من خلال التطرق للهيآت التالية:

أولا: المحاكم الإدارية.

1-الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية:

إن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية تضمنته المادة 14 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة حيث جاء فيها:« تختص المحاكم الإدارية:

أ- بالفصل في طلبات إلغاء القرارات المنصوص عليها في البنود ثالثا ورابعا من المادة 10 متى كانت متعلقة بالموظفين العموميين على المستوى الثاني والمستوى الثالث ومن يعادلهم وفي طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات.

ب- بالفصل في المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافئات والمستحقة لمن ذكروا في البند السابق أو لورثتهم.

ج- بالفصل في المنازعات الواردة في البند الحادي عشر من المادة 10 متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنيه».

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه نلاحظ أن المحكمة الإدارية تختص بموجب الفقرة الثالثة بالمنازعات الواردة في البند الحادي عشر من المادة 10 متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنيه.

وبالرجوع للبند الحادي عشر من المادة 10 نجده يتعلق بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر.

بمعنى أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في منازعات الصفقات العمومية متى كانت قيمة الصفقة لا تجاوز خمسمائة جنيه(500 جنيه).

2- الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية:

تحدد دائرة اختصاص كل محكمة بقرار من رئيس مجلس الدولة وإذا شمل اختصاص المحكمة أكثر من محافظة جاز لها أن تنعقد في عاصمة أي محافظة من المحافظات الداخلة في اختصاصها وذلك بقرار من رئيس مجلس الدولة.[1]

1- حسب ما ورد في المادة 5 من القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

ثانيا: محكمة القضاء الإداري.

1-الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الإداري:

حددته المادة 13 من قانون 47 لسنة1972 حيث جاء فيها:« تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل المنصوص عليها في المادة 10 ما عدا ما تختص به المحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية كما تختص بالفصل في الطعون التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية. ويكون الطعن من ذوي الشأن أو من رئيس هيئة مفوض الدولة».

وعليه نستنتج أن محكمة القضاء الإداري تختص بالنظر في الطعون المتعلقة بالأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بما فيها الأحكام المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية كجهة استئناف.

2-الاختصاص الإقليمي لمحكمة القضاء الإداري:

يحدد اختصاص كل دائرة من دوائر محكمة القضاء الإداري بقرار من رئيس مجلس الدولة.

ويجوز بقرار من رئيس مجلس الدولة إنشاء دوائر للقضاء الإداري في المحافظات الأخرى، وإذا شمل اختصاص الدائرة أكثر من محافظة جاز لها بقرار من رئيس المجلس أن تعقد جلساتها في عاصمة أي المحافظات الداخلة في دائرة اختصاصها. [1]

ثالثا: المحكمة الإدارية العليا.

تختص المحكمة الإدارية العليا كجهة نقض،واختصاصها محدد بموجب المادة 23 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة حيث جاء فيها:« يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأديبية وذلك في الأحوال التالية:

- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة لقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

1- حسب ما ورد في المادة 4 من رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

– إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشئ المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

ويكون لذوي الشأن ولرئيس هيئة مفوض الدولة أن يطعن في تلك الأحكام خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم وذلك مع مراعاة الأحوال التي يوجب عليه القانون فيها الطعن في الحكم.

أما الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري فلا يجوز الطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا إلا من رئيس هيئة مفوضي الدولة خلال ستين يوما من تاريخ صدور الحكم.

وذلك إذا صدر الحكم على خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا أو إذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقدير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره ».

وعليه نستنتج أن الطعن بالنقض في مادة الصفقات العمومية أمام المحكمة الإدارية العليا يكون من طرف رئس هيئة مفوضي الدولة وخلال ستين يوما من صدور الحكم.

الفرع الثالث: إجراءات سير الدعوى في منازعات المناقصات والمزايدات.

أولا: تقديم العريضة.

يقدم الطلب إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين أمام تلك المحكمة،ويجب أن تتضمن العريضة عددا من البيانات العامة كاسم الطالب ومن يوجه إليه الطلب، وصفاتهم ومحل إقامتهم وموضوع الطلب، وتاريخ التظلم من القرار إن كان مما يجب التظلم منه ونتيجة التظلم وبيانا بالمستندات المؤيدة للطلب، كما يرفق بالعريضة صورة أو ملخص من القرار المطعون فيه.

وللطالب أن يقدم مع العريضة مذكرة يوضح فيها أسانيد الطلب، وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة عددا كافيا من صور العريضة والمذكرة وحافظة بالمستندات،ولا بد أن تعلن العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها ويتم الإعلان بطريق البريد موصى عليه بعلم الوصول.

وعلى الجهة الإدارية المختصة أن تودع قلم كتاب المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلانها مذكرة بالبيانات والملاحظات المتعلقة بالدعوى مشفوعة بالمستندات والأوراق الخاصة بها، ويكون للطالب أن يودع قلم كتاب المحكمة مذكرة بالرد مشفوعة ،بما يكون لديه من مستندات في المهلة التي يحددها له المفوض إذا رأى وجها لذلك، فإذا استعمل الطالب حقه في الرد كان للجهة الإدارية أن تودع مذكرة بملاحظاتها على الرد مع المستندات في مدة مماثلة.

ويجوز لرئيس المحكمة في أحوال الاستعجال أن يصدر أمرا غير قابل للطعن بتقصير الميعاد المبين في الفقرة الأولى من هذه المادة ويعلن الأمر إلى ذوي الشأن خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدوره بطريق البريد ويسري الميعاد المقصر من تاريخ الإعلان.

ويقوم قلم كتابة المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة من انقضاء الميعاد في الفترة الأولى بإرسال ملف الأوراق إلى هيئة مفوض الدولة بالمحكمة وهذا حسب ما ورد في المادة 26 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

ثانيا: التحضير للدعوى.

إن تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة تتولاه هيئة مفوضي الدولة،ولمفوض الدولة في سبيل الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازما من بيانات وأوراق ،وأن يأمر ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها أو بدخول شخص ثالث في الدعوى أو بتكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي يحدده لذلك.

ولا يجوز في سبيل تهيئة الدعوى تكرار التأجيل لسبب واحد، ومع ذلك يجوز للمفوض إذا رأى منح أجل جديد أن يحكم على طالب التأجيل بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات يجوز منحها للطرف الآخر.

ويودع المفوض بعد إتمام تهيئة الدعوى تقريرا يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبدي رأيه نسبيا، ويجوز لذوي الشأن أن يطلعوا على تقرير المفوض بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم،ويفصل المفوض في طلبات الإعفاء من المرسوم.[1]

ثالثا: سير الجلسات.

تنظيم الجلسة والحكم فيها نصت عليه المواد من 29 إلى غاية 33 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة،حيث جاء في المادة 29 منه أنه:« تقوم هيئة مفوضي الدولة خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع التقرير المشار إليه في المادة 27 بعرض ملف الأوراق على رئيس المحكمة لتعيين تاريخ الجلسة التي ينظر فيها الدعوى».

أما المادة 30 فلقد جاء فيها:« يكون توزيع القضايا على دوائر المحاكم بمراعاة نوعها طبقا للنظام الذي تبينه اللائحة الداخلية للمجلس.

ويبلغ قلم كتاب المحكمة تاريخ الجلسة لذوي الشأن، ويكون ميعاد الحضور ثمانية أيام على الأقل ويجوز في حالة الضرورة تقصيره إلى ثلاثة أيام».

ولرئيس المحكمة أن يطلب من ذوي الشأن وإلى المفوض ما يراه لازما من إيضاحات ،ولا تقبل المحكمة أي دفع أو طلب أو أوراق مما كان يلزم تقديمه قبل إحالة القضية إلى الجلسة،إلا إذا ثبت لها أن أسباب ذلك الدفع أو الطلب أو تقديم تلك الورقة طرأت بعد الإحالة أو كان الطالب يجهلها عند الإحالة.

ومع ذلك إذا رأت المحكمة تحقيقا للدولة قبول دفع أو طلب أو ورقة جديدة ،جاز لها ذلك مع جواز الحكم على الطرف الذي وقع منه الإهمال بغرامة لا تجاوز عشرين جنيه يجوز منحها للطرف الآخر،على أن

1- وهذا حسب ما نصت عليه المادة 27 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

الدفوع والأسباب المتعلقة بالنظام العام يجوز إبداؤها في أي وقت، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها .[1]

وإذا رأت المحكمة ضرورة إجراء تحقيق باشرته بنفسها في الجلسة أو قام به من تندبه لذلك من أعضائها أو من المفوضين، ويصدر الحكم في الدعوى في جلسة علنية(حسب ماورد في المادتين 32 و 33 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة).

المطلب الثاني: الدعاوى القضائية للفصل في منازعات المناقصات والمزايدات.

إن الدعاوى القضائية المتعلقة بمنازعات المناقصات والمزايدات يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع دعوى الإلغاء، الدعوى الاستعجالية ودعوى القضاء الشامل وهو ماسنعالجه بالتفصيل من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: دعوى الإلغاء.

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية.

الفرع الثالث: دعوى القضاء الشامل

الفرع الأول: دعوى الإلغاء.

أخذ القضاء الإداري في مصر بنظرية القرار الإداري المنفصل وبناء على هذه النظرية يمكن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية السابقة أو اللاحقة لإبرام العقد[2].

ويعتبر في حكم القرارات الإدارية النهائية القابلة للطعن رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفق للقوانين واللوائح».[3]

أولا: القرارات الإدارية المنفصلة عن المناقصة محل دعوى الإلغاء.

1- وهذا ما نصت عليه المادة 31 من قانون 47 لسنة 1972 السالف الذكر.

2- جمال محسن محمد حسين، تعليمات المناقصة في عقود الإدارة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، 2013، ص130.

3- المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972.

قد يصدر من الإدارة وهي سبيل التعاقد قرارات إدارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها، ولكنها تندرج في عملية التعاقد[1].

ومن بين أحكام محكمة القضاء الإداري المصري المتعلقة بالقرارات الإدارية المنفصلة، نذكر الحكم الصادر بتاريخ 8 جانفي 1956 والذي جاء فيه[2]:« والمحكمة ترى في تحليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد إلى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد، ومن ثم يجوز الطعن 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 بحسب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الإداري، فالقرار المطعون فيه الصادر من مصلحة الإذاعة بإرساء مزاد توزيع مجلتي الإذاعة المصرية وكايرو كولنج على شركتي التوزيع المصرية إنما هو قرار إداري صادر من جانب واحد هو جهة الإدارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح...».

1-أنواع القرارات الإدارية المنفصلة عن المناقصة:

1-1 القرارات الممهدة لإبرام المناقصة:

أ- قرار لجنة فتح المظاريف: فهي لا تعدو أن تكون قرارات تمهيدية تفتقد إلى صفة النهائية الواجب توافرها في القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، ومن ثم لا يجوز الطعن فيها بدعوى الإلغاء، ومع ذلك فإذا أصدرت لجنة فتح المظاريف قرارات نهائية، كما في حالة القرار الصادر باستبعاد عطاء أحد الراغبين في

1- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص209.

2- محمد سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص210.

التعاقد لعدم استيفائه للشروط المقررة، فإن مثل هذا القرار يمكن الطعن عليه بالإلغاء باعتبار أن من شأنه التأثير في المركز القانوني لصاحب العطاء المستبعد[1].

وقرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر مخالفا للصالح العام أو لأسباب لا تتصل به كأسباب سياسية مثلا، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو عدم صحة هذه الأسباب على أنه يجب أن يستند الطعن إلى أدلة مستمدة من أوراق الدعوى وكما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق.

ويجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء، وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما، وذلك كإجراء وقائي تمليه خبرة الإدارة لتهيئة الجو الصالح للمناقصة[2].

ب- قرار لجنة البت: تختص لجنة البت بإصدار قرار إرساء المناقصة ويعتبر قرار إداري نهائي، حيث يجوز لصاحب العطاء المرفوض إقامة دعوى بإلغاء القرار الصادر عن لجنة البت برفض عطائه خلال الميعاد المقرر قانونا، وهو ستون يوم من تاريخ النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني بالقرار[3].

ويجوز للجنة البت أن تتفاوض مع أصحاب العطاءات وفق حدود معينة وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري في عدد من أحكامه، نذكر من بينها الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2007/06/26 حيث جاء فيه:« من حيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إعلان جهة الإدارة عن مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لاستيفاء احتياجاتها عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة للتعاقد

1--عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام-التنفيذ-المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، مصر، 2004، ص342.

2- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 2946 لسنة 7ق، الصادر في 21 أفريل 1957، نقلا عن محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص199.

3- محمد بن سعيد، المرجع نفسه، ص202.

وأن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب، الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول جهة الإدارة لينعقد العقد وأن الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري، إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل جهة الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك وأنه ليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج في عطائه عن هذه الشروط فالأصل أن يستبعد، أي أن يكون الخروج مقصورا على بعض التحفظات التي تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة ففي هذه الحالة أجيز للجهة الإدارية أن تتفاوض مع صاحب العطاء الأقل للنزول عن كل أو بعض تحفظاته فإن أصر على هذه التحفظات، فتكون للجهة الخيار بين أن تقبلها أو تستبعد العطاء وليس لها أن تعدل من شروط العطاء بإرادتها المنفردة وإلا أضحى القبول غير مطابق للإيجاب على نحو لا ينعقد به العقد لعدم توافر إرادة الطرفين المشتركة»[1].

كما أكد حكم محكمة القضاء الإداري نظرية القرارات المنفصلة السابقة على العقد بقوله:« إن القرارات السابقة على العقد كوضع الإدارة شروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة هي بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقد ومن تم يجوز الطعن عليها بالإلغاء»[2].

2-1 القرارات اللاحقة لإبرام المناقصة:

وهي القرارات التي تصدر بعد صدور العقد مثل: توقيع الغرامة، مصادرة التأمين، إضافة أعمال[3].

2-عيوب القرارات الإدارية المنفصلة عن المناقصة:

1-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام-التنفيذ-المنازعات في ضوء احدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، مصر، 2004، ص342.

2- حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 1956/01/05، مجموعة السنة العاشرة، ص135.

3- أنور أحمد أرسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص430.

إن الاختصاص في نظر القرارات الإدارية النهائية ينعقد لمجلس الدولة حسب ما ورد في المادة العاشرة من قانون 47 لسنة 1972، بشأن مجلس الدولة حيث جاء فيها:« إن محاكم مجلس الدولة تختص دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية. ويشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن، عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطات ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب اتخاذه وفق القوانين واللوائح».

2-1عيب عدم الاختصاص:

يظهر عيب عدم الاختصاص في حالة صدور قرار متعلق بالمناقصة من جهة غير مختصة، كأن يصدر قرار بتنظيم مناقصة من مكتب إدارة بالمحافظة متجاوزة حدود السقف المالي في الوقت الذي ينعقد الاختصاص في اتخاذ إجراءات المناقصة للهيئة العليا للمناقصات[1].

كذلك من بين أمثلة عدم الاختصاص تعدي موظف على اختصاص زميل له، كأن يصدر قرار بإرساء المناقصة من غير لجنة الإرساء، أيضا قيام لجنة فض المظاريف بأعمال تدخل في اختصاص لجنة البت بأي صورة من الصور.

2-2عيب الشكل والإجراءات:

هو مخالفة القرار الإداري كليا أو جزئيا للشكل والإجراءات المقررة لصدوره في القوانين واللوائح ، ومثال ذلك تشكيل لجنة الإرساء بغير الأعضاء المحددين في نصوص القانون كأن لا يشترك ممثل وزارة المالية في عضوية لجنة بت مناقصة تتجاوز قيمتها مائتين وخمسين ألف جنيه[2].

1- جمال محسن محمد حسين، المرجع السابق، ص145.

2- أنور أحمد أرسلان، وسيط القضاء الإداري، مرجع سابق، ص519.

ومن بين أحكام القضاء الإداري المصري التي تضمنت إلغاء القرارات الإدارية لوجود عيب في الشكل والإجراءات نذكر على سبيل المثال:

الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري في 1957/01/27[1] والذي جاء فيه:« القواعد التي تحكم إجراءات المناقصة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للإدارة إن شاءت تمسكت بها وإن شاءت تنازلت عنها، ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعا، وبذلك فإن هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد في موضوع المناقصة تلزم الإدارة والأفراد على السواء وترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الإدارة من قرارات».

وتظهر عيوب الإجراءات في قرارات رفض قبول عطاءات الأفراد الذي يتقدمون بها خلال المدد القانونية، بحيث يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

2-3 عيب السبب والانحراف في السلطة:

من بين صور عيب السبب في القرارات الإدارية المتعلقة بالمناقصة، عدم تبرير القرارات المتعلقة بتوفر شرط حسن السمعة للمتقدم بالمناقصة من طرف الإدارة، بحيث لا بد من وجود أساس وسند للإقتناع[2].

ومن بين حالات الانحراف بالسلطة نذكر استغلال رجل الإدارة سلطته لغرض سياسي وذلك كالقيام باستبعاد أحد المتقدمين بالعروض في المناقصة بسبب عدم انتمائه سياسيا للحزب الحاكم.

2-4 عيب مخالفة القانون:

يظهر هذا العيب في مخالفة نصوص القوانين واللوائح أو الخطأ في تفسيرها أو تطبيقها.

3- إجراءات الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن المناقصة:

1- عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، ص228.

2-جمال محسن محمد حسين، المرجع السابق، ص148.

يتخذ في رفع دعوى الإلغاء من طرف الأطراف وغيرهم من الهيئات، ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة نفس إجراءات رفع الدعوى الإدارية المنصوص عليها في المادة 12 فقرة 03 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، حيث يشترط أن تتوافر مصلحة لمقدم الدعوى، كذلك تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية قبل تقديم الطعن إلى المحكمة وانتظار المدة المقررة للبت في التظلم، وبعد مرور المدة دون أن يصدر قرار في التظلم أو صدور قرار لم يلق قبولا لدى مقدمه يكون من حق الفرد أن يطعن أمام القضاء المختص (مجلس الدولة).

لا بد أيضا من احترام المواعيد القانونية للطعن وهي ستون (60) يوما من تاريخ نشر القرار [1] أو إعلان صاحب الشأن بالقرار وإلا تحصن القرار من الطعن فيه بمرور المدة.

4- الجهات القضائية المختصة بالنظر في الطعون ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن المناقصة:

4-1 محكمة القضاء الإداري:

تختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية حسب ما ورد في نص المادة 10 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

4-2 المحكمة الإدارية العليا: تختص بالنظر في الطعون المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري حسب ما ورد في نص المادة 23 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية.

الدعاوى الإدارية المستعجلة هي طلبات يرفعها صاحب الشأن، في حالة الاستعجال للمطالبة بالحصول على حكم ذو طبيعة وقتية لدرء خطر داهم يهدد وجود الحق ذاته أو لإقامة أو حفظ الدليل المثبت للحق إذا كان يخشى عليه من التغيير أو الزوال بمرور الوقت[1].

1- حسب ما نصت عليه المادة 24 من قانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

ولقد نص القانون المصري على وقف تنفيذ القرارات الإدارية لتجنب نتائج قد يتعذر تداركها وهذا ما ورد في المادة 49 من قانون مجلس الدولة المصري47 لسنة 1972 حيث جاء فيها:« لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صفيحة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها.».

أولا: شروط قبول الدعوى الاستعجالية.

1-شرط الاستعجال:

الاستعجال ضرورة ملحة لوضع حل مؤقت لنزاع يخشى على الحق فيه من مضي الوقت، لو ترك حتى يفصل فيها موضوعا[2].

2-شرط الجدية: الأسباب الجدية تفيد أن المحكمة ترى من ظاهر الأوراق، وبناء على نظرة أولية أن القرار يبدو للوهلة الأولى معيبا بأحد العيوب القانونية مما يرجح معها احتمال إلغائه عند بحث موضوع دعوى الإلغاء،فوقف التنفيذ من الأمور المستعجلة وموقف القاضي الإداري منه يماثل موقف القضاء المستعجل في القضاء العادي[3].

ثانيا: الدعوى الاستعجالية وقاضي العقد على ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا:

قد يختص قاضي العقد بالنظر في الدعوى الاستعجالية بالرغم من أن موضوع الدعوى وقف تنفيذ قرار إداري نذكر على سبيل المثال: الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2002/06/04، الذي تدور حيثيات قضيته بإصدار المنطقة الطبية بمحافظة بور سعيد قرارا بفسخ عقد إداري ومصادرة التأمين المدفوع من المتعاقد وشطب اسمه من بين المتعهدين وعدم السماح له بالدخول في مناقصات حكومية، حيث طعن في هذا القرار لدى مجلس الدولة ولما وصل الأمر إلى المحكمة الإدارية العليا

1- محمد منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، جامعة عين شمس، 1988، نقلا عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ص324.

2-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص325.

3- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص369.

أصدرت حكما جاء فيه:« إن المنازعة في شأن هذا القرار تدخل في منطقة العقد الإداري ويكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الإداري دون ولاية قضاء الإلغاء لأن اختصاص هذه المحكمة بالفصل في مثل هذه المنازعات ،اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة، وعلى مقتضى ذلك يفصل القضاء الإداري في الوجه المستعجل من المنازعة الوصفية المستندة إلى العقد الإداري لا لاعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المرفوعة من طلبات الإلغاء بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تفرض على قاضي العقد اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير.

ومع ذلك يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى قاضي الإلغاء، وليس إلى قاضي العقد في حالة خاصة كأن يكون القرار الذي أضر به قد أصدرته الإدارة المتعاقدة معه بوصفها سلطة ضبط إداري، وفي هذه الحالة يجب أن يبنى الطعن على مخالفة قواعد المشروعية وليس على نصوص العقد[1].

كذلك الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1995/01/24[2] والذي جاء في ملخصه:« اختصاص القاضي الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعة المستندة إلى العقد الإداري، لا على اعتبار أنها من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد لإيجاد إجراءات وقتية لا تحتمل التأخير وبناء عليه يتعين نظر هذا الطلب المستعجل في الحدود والضوابط المقررة في الطلبات المستعجلة تنظر في قواعد الاستعجال بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها فوات الوقت والنتائج التي يتعذر تداركها والضرر المحدق بالحق المطلوب المحافظة عليه وكذلك استظهار جديتها أو عدم جديتها...دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع».

1- محمد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص 376.

2- –محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2014، الكتاب الرابع، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016، ص149.

أيضا الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1963/07/20[1] والذي جاء فيه:« الاستعجال حالة مرنة غير محددة ليس ثمة معيار موحد لها يمكن تطبيقه في كل الأحوال بل ظواهر الاستعجال متعددة وتبرز في حالة وتختلف عنها في أخرى و المرجع في تقديره إلى القضاء بحسب ظروف كل دعوى على حدى، أما عدم المساس بأصل الحق فليس المقصود به عدم احتمال لحاق ضرر بأحد الطرفين بل أن الضرر قد يكون محتملا، بل قد لا يقبل علاجا أو إصلاحا والقضاء الكامل في مباشرته وإن كان لا يفصل في أصل الحق إلا أنه يحميه مؤقتا متى تحسس من تقديره لعناصر النزاع أن أحد الطرفين هو الأولى بالحماية هو متقيد بألا يقرر إلا حلولا وقتية لتحفظ تلك الحقوق حتى يفصل فيها موضوعا».

ثالثا: حجية الحكم الصادر في طلب وقف لتنفيذ القرار الإداري المنفصل.

إن الحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ هو عبارة عن حكم مؤقت ،يحوز قوة الشئ المحكوم فيه ولا يقيد المحكمة عن نظر أصل طلب الإلغاء، كما أن وجوده معلق على نتيجة الحكم في طلب الإلغاء. فإذا كان القرار موضوع النزاع مشروعا ورفضت المحكمة دعوى الإلغاء انتهى مفعول الحكم بوقف التنفيذ، أما إذا حكمت المحكمة على العكس من ذلك بإلغاء القرار المطعون فيه لم يعد لوقف تنفيذ القرار محل[2].

الفرع الثالث: دعوى القضاء الشامل .

إن المنازعات التي يثيرها أطراف المناقصة أو العقد الإداري عموما وتخضع لاختصاص القضاء الشامل تندرج تحت ثلاثة صور الأولى تتصل بتنفيذ العقد والثانية تتعلق بفسخ العقد والثالثة ببطلانه.

أولا: الدعاوى المتعلقة بتنفيذ العقد أو المناقصة:

1- دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية:

1- محمد ماهر أبو العينين، نفس المرجع، نفس الصفحة

2- محمد بن سعيد حمد المعمري، المرجع السابق، ص377.

إن من بين أهم التزامات الإدارة اتجاه المتعاقد معها هو التزامها بإعطائه المقابل المالي أو الثمن المتفق عليه في العقد، والثمن المتفق عليه في العقد يعتبر من الشروط التعاقدية التي لا يجوز للإدارة أن تعدله دون موافقة المتعاقد معها، وإن كان لا يوجد مانع قانوني من الاتفاق على تعديله مع المتعاقد مع الإدارة[1].

وفي حالة عدم قيام الإدارة بدفع المقابل المالي للمتعاقد لما أوفى به من التزامات تعاقدية، فيحق له رفع دعوى للمطالبة به.

فالتطبيقات الحديثة للمحكمة الإدارية العليا في مصر تناولت مستحقات الطرفين كاملة في أي دعوى عقدية يطالب فيها حد الطرفين بحقوق له من العقد، فتقوم المحكمة استنادا إلى سلطاتها في القضاء الكامل بتصفية النزاع برمته،فالدعوى التي يقيمها المتعاقد للمطالبة بمستحقاته الناتجة عن العقد، تقوم المحكمة ببحث مستحقات الجهة الإدارية أيضا حتى لا يتم الحكم له بمبالغ وتكون مديونيته للجهة الإدارية بمبالغ أكبر.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها صادر بتاريخ 1994/11/29 أوضحت فيه طبيعة دورها في نطاق ولاية القضاء الشامل في إطار تنفيذ العقد حيث جاء فيه مايلي:« اختصاص المحكمة لا يقتصر على التصدي لبحث حقوق الطاعن المطالب بها بل يمتد إلى بحث مستحقات جهة الإدارة المطعون ضدها للوصول إلى استجلاء وجه الحق في الدعوى...»[2].

2- دعوى الحصول على الدفعة المقدمة المتفق عليها في العقد من طرف الإدارة:

قد تتفق الإدارة مع المتعاقد معها على أن تقوم بمنحه دفعة مقدمة أي جزء من قيمة العقد مقدما وذلك لتيسير العمل ومعاونة المتعاقد في التنفيذ، وغالبا ما تكون هذه الدفعة المقدمة عبارة عن نسبة معينة

1- هذا ماأكده حكم لمحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1222 لسنة 12 ق، الصادر بتاريخ 1970/01/17، نقلا عن محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص383.

2- المستشار محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام 2014، الكتاب الأول، المفاهيم العامة، المركز القومي للدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص786.

من إجمالي الثمن المحدد في العقد المبرم بين الإدارة و المتعاقد معها، والغالب أن يتم دفع الدفعة المقدمة بعد إصدار أمر المباشرة لتنفيذ مضمون العقد وبعد أن تتأكد الإدارة من استعداد المتعاقد الجدي للتنفيذ كأن يبدأ في تجهيز أدواته ومعداته وجهازه الفني وغيرها من الدلائل[1].

ومن الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بمصر والمتعلقة بإشكاليات الدفعة المقدمة نذكر: الحكم الصادر في 1993/06/29 حيث تضمن ملخصه مايلي:« قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية قد نظما صرف دفعات مقدمة تحت الحساب وذلك بموافقة سلطات إدارية معينة وردت بنص المادة 67 من اللائحة وبشرط تقديم خطاب ضمان بنكي، كل ذلك بصيغة آمرة مما يعني تعلقها بالنظام العام ومن ثم فإنه طبقا لما تقدم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها في اتفاق خاص أو عقد منفصل».

3- دعوى التعويض بسبب عدم قيام الإدارة بالتزاماتها التعاقدية:

ونذكر ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها الصادر بتاريخ 1969/02/15 والذي جاء فيه:« إن عدم تسليم الإدارة للمواد والأدوات للمتعاقد معها يعتبر خطأ عقديا يلزمها بالتعويض، فقد قضت بأنه من الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت عقود إدارية أو مدنية أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب في ذلك، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمده أو إهماله، أو عن فعله دون عمد أو دون إهمال وبما أن العقد الذي تستند إليه المنازعة الحالية هو عقد مبرم بين الجهات الإدارية للمدعى عليها والمدعي القيام ببناء عقارات لصالح شخص معنوي عام وبقصد تحقيق مصلحة عامة فهو عقد أشغال عامة ويولد هذا العقد في مواجهة جهة الإدارة التزامات عقدية أخصها أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم انجازه فإذا لم تقم بهذا الالتزام فان هذا يكون خطأ عقديا في جانبها يخول

1- محمد بن سعيد حمد المعمري، المرجع السابق، ص384.

المدعي الحق في أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها أو من جراء تأخرها في القيام به»[1].

4-الدعاوى المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد:

4-1 نظرية عمل الأمير:

وتعني صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه[2].

كما عرف عمل الأمير من طرف الفقه المصري بأنه:« الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة من سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها ويترتب عليه اختلال المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ فعل الأمير التزام على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال بما يعيد التوازن المالي للعقد»[3].

أما محكمة القضاء الإداري المصرية فقد عرفتها في حكم لها بتاريخ 1957/06/30 بما يلي:« إن المقصود بنظرية فعل الأمير كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه المخاطر الإدارية وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية عامة»[4].

1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في طعن رقم 1320 لسنة 12 ق، الصادر بتاريخ 1969/02/15 ، نقلا عن محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص 399.

1- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص613.

2-عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 09، العدد17، ص8، نقلا عن لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الامارات، 2013، ص48.

3- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، د.م، 1967، ص599.

ولقد استقر القضاء الإداري في مصر ممثلا في المحكمة الإدارية العليا على وجوبية توفر شروط لتطبيق نظرية عمل الأمير حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ 1997/12/16 ما يلي:« فإن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بناءا على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق هذه النظرية».

وتتمثل هذه الشروط في:

– أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.

– أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد.

– افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ.

– أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

– أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الإجراء العام[1].

فإذا تحققت شروط نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق في هذه الحالة تعويضا كاملا وهو يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة، فالتعويض يشمل كافة النفقات والمصاريف الإضافية التي تكبدها المتعاقد معها، وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المتعاقد من أرباح.

ومن بين الأحكام القضائية التي نصت على وجوبية توفر شروط لتطبيق نظرية فعل الأمير نذكر الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1968/05/01 والذي جاء فيه:«فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير».[2]

1– محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص404.

2- محمد ماهر أبو العينين، نفس المرجع، ص327.

نذكر أيضا الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة بتاريخ 1965/03/11 والتي جاء فيها:« ارتفاع سعر العملات الأجنبية بالنسبة للجنيه المصري لا يجوز المطالبة بالتعويض عما أصاب الشركة من ضرر من جراء ذلك استنادا إلى نظرية عمل الأمير لأن الضرر الذي أصاب الشركة ليس ضرر خاصا».[1]

2-4 نظرية الظروف الطارئة:

إن نظرية الظروف الطارئة أو كما تسمى نظرية عدم التوقع تحقق التوازن المالي في العقد الإداري في مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة بحيث تواجه ظروفا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد وتؤدي إلى قلب اقتصادياته وإلى خسارة غير محتملة وفي هذه الحالة من حق المتعاقد أن يطالب بتعويضه جزئيا عن تلك الخسارة.

ويأخذ الظرف الطارئ صورا عديدة: كالزلازل، الجفاف، إعلان حرب، أزمة اقتصادية، ارتفاع الأسعار...الخ.

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد انقضاء تنفيذه،فإذا كان امتداد التنفيذ وقع من دون موافقة من الإدارة وبنتيجة خطأ من المتعاقد فلا يستفاد من تطبيق النظرية أما إذا كان امتداد التنفيذ، تم بخطأ من الإدارة فإن للمتعاقد الحق في التعويض عن الظروف الطارئة ويتضح ذلك من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1982/11/20 والذي جاء فيه:« الثابت في خصوص العقد محل المنازعة أن المدعي قد تعاقد في 1973/09/11 على إنشاء مبنى على أن يتم التنفيذ في موعد أقصاه يوم 1973/12/31 إلا أن المدعى عليه تأخر في تنفيذ العملية المقدر لها ثلاثة أشهر ونصف ،ولم يكن قد أنجز العملية حتى يوم سحب العملية في 1975/09/22 إلا حوالي 90% من الأعمال التي تتألف منها المقاولة ولكن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حساب بمعرفة المقاول قد أسفر عن زيادة في الأسعار بلغت 195% للأعمال

1- محمد ماهر أبو العينين، نفس المرجع، نفس الصفحة.

العادية، 260% للأعمال الصحية و 2800% للأعمال الكهربائية إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر في سنة 1973 إذ يجب أن تطرأ حوادث استثنائية خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال المدة وليس فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق فيه يوم 1973/12/30 وكان من المعروف أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة 1973 إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها، لذلك فإنه يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر 1973 لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعي بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه فيها»[1].

4-3 نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة:

عرف الفقه المصري الصعوبات المالية الغير متوقعة بقوله:« إن للمتعاقد مع الإدارة الحق في تعويض كامل من خلال زيادة أو رفع المقابل النقدي المحدد في العقد إذا ما صادف أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة غير عادية ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاقا وأشد وطأة وأكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة»[2].

كما عرفتها محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها في حكمها الصادر بتاريخ 1957/01/20:

« الصعوبات الغير متوقعة من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة

1- علي بن عبد الكريم احمد سويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص ص 81،82.

2- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني(الوظيفة العامة-القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص375.

على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال المتوقعة فقط، وان هذه نية الطرفين المشتركة»[1].

ولقد وردت شروط الصعوبات المادية الغير متوقعة في الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري بتاريخ 1964/02/04 والتي جاء فيها:« يشترط لإحكام النظرية:

أولا: أن تكون هذه الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

ثانيا: أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة.

وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة الرجوع عليها بالتعويض».

ومن بين الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة والمتعلقة بالصعوبات المادية غير متوقعة في مادة المناقصات نذكر الفتوى الصادرة بتاريخ 1964/01/29 والتي جاء فيها:« لا يصلح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة وكذلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافا تجاوز ما كان مقدرا على أساس الاختيارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة ذلك أن القول مردود بأن ما جاء في العقد وفي الشروط في خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة وإلى جعل ما تحتويه من صخور صلبة، ونحو ذلك، يحمل على أنه قصد به عدم مسائلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبنيا على الاختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير، أما ما جاوز هذه الحدود فإن تفسير العقد على أساس البنية

1-جابر جاد ناصر، عقود البوت(T.O.B)، والتطور الحديث لعقد الالتزام «دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام»، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص187.

المشتركة للمتعاقدين، يقتضي القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد العاقدين، لأمر بديهي هو أنهما لم يكونا يتوقعانه»[1].

كما تضمن الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1997/12/30 الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض طبقا لنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة حيث جاء فيه:« فإنه يلزم للقضاء بأحقية المقاول للتعويض، طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية:

– أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثناء.

– أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو بما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

– أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة»[2].

ثانيا: الدعاوى المتعلقة بفسخ العقد.

إن المنازعات بين الإدارة والمتعاقد حول فسخ العقد يخضع لولاية القضاء الكامل وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1994/03/22[3] والذي جاء فيه:«....لما كان القرار المطعون عليه وقد تضمن إلغاء التعاقد مع الطاعن استنادا لما نسب إليه من إخلال بالتزاماته التعاقدية بعدم سداد قيمة التأمين النهائي والتوريد خلال المواعيد المقررة، فإنه والحالة هذه يكون مستندا إلى أحكام العقد، ومن ثم فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل، وتخرج عن ولاية قضاء الإلغاء، الأمر الذي يتعين معه

1– محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 330.

2- محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 331.

3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 327.

القضاء بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء هذا القرار بحيثياته لا يكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده كشرط لقبول دعوى الإلغاء».

هناك مجموعة من الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري تتعلق بالحق في الفسخ القضائي والتعويض عن أخطاء الإدارة في مادة المناقصات والمزايدات، نذكر على سبيل المثال:« الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1998/11/24[1] والمتعلق بالفسخ بسبب خطأ الإدارة والذي جاء فيه:« الفسخ لخطأ الإدارة إنما يكون عند إخلالها بالتزاماتها إخلالا جسيما، عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم مواقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله هو مما يحق معه القول بأنها أخلت إخلالا جسيما بواجبها».

الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1999/02/09[2] والمتعلق بعدم جواز فسخ العقد من طرف المتعاقد دون اللجوء إلى القضاء حيث جاء فيه:« عدم جواز قيام المتعاقد مع الإدارة بفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا توافرت مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك».

ولقد ورد تعريف للخطأ في العقد الإداري بموجب الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1994/11/29 والذي جاء فيه:« الخطأ العقدي في العقد الإداري مثل نظيره المدني هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد وعقد الأشغال العامة من هذه العقود ويولد هذا العقد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية».

أما فيما يخص التعويض عن الضرر المترتب عن الخطأ العقدي من طرف الإدارة، فقد ورد في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1967/06/03 والذي جاء فيه:« عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزاماتها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل مما ترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تتجاوز المعقول يعد

1- محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص337.

2- محمد ماهر أبو العينين، نفس المرجع، نفس الصفحة.

إخلالا جسيما من جانب الإدارة بواجباتها لذا يتم فسخ العقد واستحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضا عما أصابه من أضرار».

ثالثا: الدعاوى المتعلقة ببطلان العقد.

هي دعوى يقيمها أحد أطراف العقد بغية القضاء بإبطاله حين يشوبه عيب يتعلق بتكوينه أو صحته، أو مخالفته لشكل أوجب القانون استيفائه.

وتخضع دعوى بطلان العقد لولاية القضاء الكامل إذا كان سندها عيب في إجراءات تكوين العقد أو شروط صحته وأركان انعقاده.

1-بطلان العقد لتخلف أحد أركانه أو شروط صحته:

أ- بطلان العقد لعيب يتعلق بعنصر الرضا:

إن المناقصة شأنها شأن سائر العقود تتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء إلتزام أو تعديله.

فالعقد الإداري يتم بإيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة يتحقق بتقديمه لعطائه في المناقصة التي تم الإعلان عنها، فإذا صادف هذا الإيجاب قبولا من جهة الإدارة بأن أرست عليه المناقصة، ووصل إليه العلم بهذا الإرساء انعقد العقد[1].

ويستلزم القانون أن يتم الإعلان عن المناقصة بكيفية معينة وهذا ما تضمنته المادة 02 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 والتي جاء فيها:« تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار».

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 308، 309.

والمسلم به أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ملزمة للإدارة، فيتعين احترامها من قبل الإدارة وإلا ترتب عليها البطلان[1] وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري على بطلان إجراءات المناقصة في حالة عدم الإعلان عنها، أو عدم صحة البيانات التي وردت في الإعلان أو إذا لم تحترم الإدارة مواعيد الإعلان لأن ذلك يمس بمبدأ حرية المنافسة بين كل من يرغب في الاشتراك في هذه المناقصة.

ولا يكفي لقيام المناقصة أن يتوافر إيجاب يصادفه قبول، بل يتعين أن يكون التراضي صحيحا خالي من العيوب المتمثلة في الغلط والتدليس والغش والإكراه.

فإذا شابت إرادة المتعاقد مع الإدارة أيا من تلك العيوب جاز له التمسك بالبطلان وطلب إبطال العقد، لما شاب إرادته من عيوب، حيث إن العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد مع الإدارة[2].

ب- بطلان العقد لعيب في ركن المحل: يشترط في محل العقد الإداري أن يكون موجودا إذا كان شيئا أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناع عن العمل، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، إضافة إلى ضرورة أن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل معه،ويتم بطلان العقد لعدم مشروعيته في حالة إذا ما حرم المشرع التعاقد صراحة بخصوص بعض المسائل مثل: حرمان العاملين بجهاز الدولة الإداري ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة من التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات وكذا حرمانهم من الدخول في المزايدات والممارسات بأنواعها، ما لم تكن الأشياء المشترات لاستعمالهم الشخصي.

ج- بطلان العقد الإداري لتخلف ركن السبب: سبب العقد هو الدافع الذي حدا بالإدارة إلى إبرامه ويشترط أن يكون السبب موجودا وأن يكون مشروعا بمعنى أن لا يكون مخالف للنظام العام أو الآداب، فإذا تخلف سبب العقد الإداري ذاته أو تخلف أيا من شروط المشروعية فيه وقع هذا العقد باطلا[3].

1- ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية-دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية للنشر، ، الإسكندرية، مصر،2014،ص71.

2- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص311.

3-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه ، ص323.

المبحث الثالث: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي.

إن منازعات الصفقات العمومية في فرنسا عبارة عن منازعات كاملة وشاملة، تخضع لمختصين بموجب إجراءات متعددة وأحكام داخلية خاصة بمجال الصفقات العمومية، وعلى هذا الأساس وجدت العديد من الطعون المتاحة لتسوية النزاعات سواء أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقة من خلال مجموعة من الدعاوى القضائية المتاحة أمام المتقاضي، دعاوى الموضوع من جهة و الدعوى الاستعجالية من جهة أخرى.

ولمعالجة هذا المبحث ارتأيت تقسيمه إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تحديد جهة الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

المطلب الأول: تحديد جهة الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية.

إن تحديد اختصاص القاضي الإداري بفرنسا في مادة العقود محدد بموجب معيارين كلاسيكيين، المعيار العضوي من جهة والمعيار المادي من جهة أخرى، باستثناء عقدين محددين بموجب القانون وهما عقد الأشغال العامة الذي يعد عقد إداري بموجب قانون"28 بوفليوز للسنة الثامنة ومرسوم 11 يونيو سنة 1806" [1]، فوفقا لنص المادة الرابعة من هذا القانون فإن جميع المنازعات التي تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم غير أن موضوع الأشغال العامة لم يكن محددا بالقانون ، ومن ثم كان على القضاء تحديد مايدخل في مدلول الأشغال العامة، كذلك عقود الاستيلاء على الدومين العام التي تعد عقودا إدارية من خلال ما جاء به مرسوم 17 جوان1938، ولقد رفضت محكمة التنازع في

1- محمد بن سعيد، المرجع السابق، ص10.

قرار لها صادر بتاريخ 1999/07/05 الاعتراف بوجود معيار ثالث شكلي ينتج عنه تحديد اختصاص القاضي الإداري بجميع العقود مهما كان موضوعها مبرمة من خلال قانون الصفقات العمومية[1].

الفرع الأول: نطاق اختصاص القاضي الإداري الفرنسي في مادة الصفقات العمومية.

لقد حددت المادة 02 من قانون 2001-1168، الصادر بتاريخ 2001/12/11 المتعلق بالإجراءات المستعجلة ذات الطابع الاقتصادي والمالي LOI MURCEF، اختصاص القاضي الإداري بجميع النزاعات المتعلقة بالصفقات المبرمة تطبيقا لقانون الصفقات العمومية حيث جاء فيها:« الصفقات المبرمة بموجب قانون الصفقات العمومية لها طابع العقود الإدارية.

لكن القاضي الإداري يبقى مختصا بالنزاعات التي تعود لاختصاصه والتي قدمت له للفصل فيها قبل دخول قانون MURCEF حيز التنفيذ».

كما أن الصفقات المبرمة عن طريق إجراءات التراضي تخضع للقاضي الإداري، ويعود لاختصاص القاضي العادي حسب اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي العقود المبرمة من طرف الأشخاص العامة والتي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: الإقرار بالولاية العامة للمحاكم الإدارية بالنظر في منازعات الصفقات العمومية .

إن معيار تحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، محدد تشريعيا بمكان تواجد مقر السلطة التي أبرمت العقد محل نزاع إلا أن هذا المبدأ المنصوص عليه في المادة 312-1 من قانون العدالة الإدارية(C.J.A) [2] يرد عليه استثناء وارد في المادة 312-11 من نفس القانون والتي جاء فيها:« النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية والعقود وشبه العقود أو عقود الامتياز يعود لاختصاص المحاكم الإدارية التي يتواجد في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ هذه الصفقات والعقود وشبه العقود وعقود الامتياز»ونشير إلى أن هذا الاستثناء لا يتعلق إلا بالطعون المقدمة من طرف أطراف العقد ولا يخص

1-Catherine BERGEAl, Frédéric LENICA, Opcit, p11.
2- Code de Justice Administratif (C.J.A).

دعاوى تجاوز السلطة المقدمة من طرف الغير في الصفقات ضد القرارات المنفصلة عنها والتي يطبق عليها المبدأ الوارد في المادة 312- 1 من قانون العدالة الإدارية السالف الذكر،بل يتعلق بطعون القضاء الكامل في مادة العقود و شبه العقود خاصة بالنظر للمادة 312-14 من قانون العدالة الإدارية.

أما فيما يتعلق بدعاوى المسؤولية المؤسسة على الجهالة بشروط الصفقة أو شبه العقود، التي يمكن فيها تحديد مكان تنفيذ العقد أو إذا تجاوز دائرة اختصاص محكمة إدارية واحدة فإن القاضي المختص بالنظر في النزاع المتعلق بهذه الصفقة هو كمبدأ عام القاضي المتواجد في دائرة اختصاصه مقر السلطة الموقعة على الصفقة،كما يمكن الاتفاق على عرض النزاع على محكمة إدارية أخرى غير تلك المختصة إذا لم يكن هناك تعارض مع المصلحة العامة حسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 312-11 والتي جاء فيها:« إذا لم يكن هناك تعارض مع المصلحة العامة يمكن للأطراف سواء في العقد الابتدائي أو قبل نشوء النزاع الاتفاق على عرضه على محكمة إدارية أخرى غير تلك المختصة بموجب الفقرة السابقة».

المطلب الثاني: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

إن منازعات إبرام العقود الإدارية وصلت إلى حد التوازن، بعد تطورات مهمة خلال السنوات الماضية بسبب تطور مختلف طرق الطعون المناسبة لوضعية المدعي من جهة، ومن جهة أخرى بسبب وفرة النصوص القانونية التي تحكم إبرام وتنفيذ هذا النوع من العقود[1].

ولمعالجة هذا المطلب ارتأيت تقسيمه إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دعاوى الفصل في منازعات الإبرام.

الفرع الثاني: دعاوى الفصل في منازعات التنفيذ.

الفرع الأول: دعاوى الفصل في منازعات الإبرام.

أولا: صور المنازعات الناشئة عن الإبرام:

1- المنازعات المتعلقة بإساءة استعمال الإجراءات:

إن القاضي الإداري مجبر من وقت لآخر باتخاذ موقف بشأن استعمال إجراءات الصفقات العمومية من طرف الأشخاص العموميين، ففي حالة عدم احترام الشروط المحددة من طرف قانون الصفقات العمومية من طرفها، ستكون هذه الإجراءات عرضة لعقوبات من طرف القضاء الإداري، فالقاضي ينظر في الطعون المتعلقة باختيار وسائل الإعلام (الإشهار)، محتوى العرض إلى غاية المنافسة.

ولقد حددت المادة 2122-22 من قانون الجماعات الإقليمية الإجراءات المناسبة لإبرام الصفقات العمومية،أما فيما تعلق بالصفقات الرسمية، الأمر تطور مند دخول قانون 2009-179 الصادر في

1- Jean-Pierre JOUGUELET,le règlement des litiges contractuels en France, marchés financiers: principes directeurs issus de la jurisprudence (2003-2011),commission des sanctions et juridictions de recours, Autorité des Marchés Financiers, p341.

2009/02/17 حيز التنفيذ بغية الإسراع في برامج البناء والاستثمار العمومي والخاص والذي عدل المادة 2122-22 السالفة الذكر، حيث أوجب اتخاذ مداولة تنفيذية في كل صفقة رسمية قبل إمضائها.

وفي حالة ما إذا كانت هذه المداولة غير تنفيذية ، أو إذا كان موضوعها لا يتجاوب مع العناصر المذكورة، أو إذا كان الموقع غير مؤهل من الناحية التنظيمية على توقيع الصفقة، يمكن للقاضي الإداري إلغاء الصفقة الممضية من طرف سلطة غير مختصة [1].

2- منازعات لجنة منح العطاءات.

تكون في الحالات التالية:

- عدم احترام المواعيد القانونية لاستدعاء المنتخبين: من أجل التمكن من اجتماع لجنة منح العروض لا بد من استدعائها مسبق من طرف رئيسها، على الأقل 5 أيام قبل انعقادها،وفي حالة عدم احترام هذا الموعد يكون هناك عيب في الإجراءات وهذا ما يفضي إلى إلغاء الإجراء المعيب،و لا بد أن ترسل الاستدعاءات عن طريق رسالة مع إشعار بالوصول من أجل إثبات احترام الميعاد.
- عدم احترام النصاب القانوني: ورد في المادة 22 من قانون الصفقات العمومية على أنه من أجل اجتماع لجنة منح العطاءات لا بد من بلوغ النصاب القانوني، وعلى هذا الأساس لا بد من حضور نصف الأعضاء زائد واحد، واستقلالا عن عدد أعضاء اللجنة لا بد أن يكون الرئيس دائما حاضرا بصورة إلزامية.

فانعقاد اللجنة بدون بلوغ النصاب القانوني يعتبر عيب إجرائي يترتب عليه إلغاء الإجراء في حالة اعتراض أو طعن، وفي هذه الحالة لا بد من التنويه لغياب النصاب القانوني وإعادة استدعاء اللجنة مرة أخرى،وعند اجتماع اللجنة بستة أعضاء تكون هذه الأخيرة معرضة للعقاب، نفس الأمر عندما يكون هناك أعضاء زائدين حاضرين في الوقت الذي يكون فيه الأعضاء الدائمين حاضرين.

1 -Nicolas CROS, Xavier BOISSY avec la participation de Fannie LE BOULANGER, les litiges des marchés publics, édition Berger-LEVRAULT, 2010, p72 .

كذلك إذا قام أحد الأعضاء المؤقتين بتوقيع محاضر شفوية، فإننا نكون أمام عيب في الإجراءات وفي حالة إذا لم يتم التوقيع نكون مرة أخرى أمام وجود عيب إجرائي آخر.

فاللجنة ملزمة بالتدخل في عدة أنواع من الإجراءات مثل: تلك المتعلقة بالمسابقة أو تنفيذ التصميمات، وتشكيلتها محددة بموجب المادة 24 من قانون الصفقات العمومية، فإذا تعلق الأمر بكفاءة خاصة لا بد أن تتكون على الأقل من ثلث الأعضاء أصحاب الكفاءة مماثلة.

مثال ذلك: إذا تعلق الأمر بلجنة مسابقة تتعلق بإدارة المنشآت لا بد أن يكون ثلث الأعضاء على الأقل من المهندسين المعماريين[1].

ثانيا: أنواع الدعاوى القضائية الرامية لتسوية منازعات الإبرام.

إن عملية إبرام الصفقات العمومية عندما تستبعد التزامات ينص عليها قانون الصفقات العمومية، ينتج عنها مجموعة مختلفة من الطعون المشتركة مع بقية العقود الإدارية وتفويضات المرافق العمومية، يمكن تقسيم هذه الطعون إلى نوعين الدعوى الاستعجالية من جهة ،ودعوى تجاوز السلطة من جهة أخرى.

1-الدعوى الاستعجالية :

إن المبدأ العام يقضي بأن الإجراء المؤقت يمكن أن يمنح، يعدل أو سيسحب في أي وقت، فالإجراءات المؤقتة يمكن أن تعدل آو تلغى سواء بموجب عريضة أو تلقائيا، فسلطة الطعن لا بد أن تأخذ بعين الاعتبار تطور الوضعية الحاصلة،كما أن الإجراءات المؤقتة الغير محددة بمدة معينة، تسقط في جميع الحالات بمجرد صدور قرار في الموضوع[2].

1 -Nicolas CROS, Xavier BOISSY avec la participation de Fannie LE BOULANGER, opcit, p73.
2-Vincent CARRON et Jacques FOURNIER, sous la direction de Nicolas MICHET et Evelyne CLERC,la protection juridique dans la passation des marchés publics, étude de droit comparé, règles types et rapport explicatif, édition universitaire Fribourg, Suisse, 2002, p101 .

وبالنظر لتعدد الجهات القضائية الإدارية ونظرا لطول الآجال من أجل الحصول على حكم، وبما أن الهدف من الطعون القضائية هو توقيع الجزاء بسبب عدم احترام إجراءات إبرام العقود الإدارية وخاصة الصفقات العمومية، فإنه لا ينفع ولا يفيد صدور قرار من محكمة إدارية بإلغاء صفقة عمومية تتعلق بأشغال عمومية بعد ستة (6) أشهر من إتمام إنجازها، ومن أجل الحد من عدم الفاعلية لا بد من وجود طعون وقائية تسمح بتدخل سريع للقاضي.

فإقامة هذا النوع من الطعون الاستعجالية في فرنسا لم يكن سهلا، لأنه يخالف القواعد والمبادئ التقليدية للقانون الإداري، لذا تحتم تدخل القانون المشترك من أجل التغلب على التقاليد[1].

وعليه يمكن تقسيم الطعون الاستعجالية المتعلقة بالصفقات العمومية إلى نوعين:

النوع الأول: الطعون المتعلقة بالصفقات المبرمة في المرافق الكلاسيكية، والتي ينص عليها الأمر رقم 89-665 الصادر بتاريخ 1989/12/21 المتعلق بتنسيق الوضعيات التشريعية والتنظيمية والإدارية المتعلقة بتطبيق إجراءات الطعون في مادة إبرام الصفقات العمومية المتعلقة بالتوريدات والأشغال[2].

الطعون المتعلقة بالصفقات المبرمة في المرافق المتخصصة (طاقة، مياه، نقل، اتصالات) والتي نص عليها الأمر رقم 92-13، الصادر بتاريخ 1992/02/25 والمتعلق بتنسيق الوضعيات التشريعية والتظيمية والإدارية المتعلقة بتطبيق القواعد المتعلقة بإجراءات إبرام صفقات مرافق المياه، والاتصالات[3].

وهي موجهة لمنع إبرام الصفقات العمومية المحلية أو الوطنية التي خالفت قواعد الإشهار والمنافسة.

ولقد استحدث هذا الطعن بموجب القانون الانتقالي رقم 92-10 الصادر في 1992/01/04 والمتعلق بطعون الإبرام في بعض عقود صفقات التوريدات والأشغال، والقانون الصادر بتاريخ 1993/12/29 حيث قنن بموجب النصوص 551 و 551-2 من قانون العدالة الإدارية.

---

1 -Cristophe LAJOYE, droit des marchés publics, berti édition, 2005, p147.

2- منشور بالجريدة الرسمية الفرنسية رقم 395، الصادرة بتاريخ 1989/12/30، ص ص 33،35

3- منشور بالجريدة الرسمية الفرنسية رقم 76، الصادر بتاريخ 1992/02/23، ص14.

فخرق قواعد الإشهار والمنافسة يؤسس للطعون ما قبل التعاقد والذي عرف توسعا ملحوظا، لذا نجد أن مجلس الدولة اعتبر أن غياب سبب مبرر من طرف المصلحة لرفض مترشح، يعتبر سند للقاضي الاستعجالي من أجل النظر في الطلب وهذا ما أكده قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2004/01/21[1]، قضية « Sté Aquitaine Démolition »

1-1 صلاحيات القاضي الاستعجالي ماقبل التعاقدي:

أ-تحديد اختصاص القاضي الاستعجالي ماقبل التعاقدي من خلال التشريع:

القاضي المختص بالنظر في النزاع الاستعجالي هو رئيس المحكمة الإدارية أو أي قاضي يفوضه، استنادا لنص المادة 551-1 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي التي جاء فيها أنه:« يختص رئيس المحكمة الإدارية أو أي قاضي يفوضه بالنظر في حالة خرق التزامات الإشهار ومبادئ المنافسة والتي لا بد أن تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرافق العامة».

هذه الالتزامات المنبثقة عن قانون الصفقات العمومية وعن الأوامر التوجيهية المشتركة المتعلقة بالصفقات العمومية، أما فيما تعلق بتفويضات المرافق العمومية فإن هذه الالتزامات تنبثق من قانون 1993/01/29 والمسمى بقانون سابان (Loi SAPIN) أو القانون ضد الرشوة[2].

1- منشور بالمجلة الفرنسية للقانون الإداري، عدد75، 2004.

2 -Christoph LAJOY, opcit, p147.

ب–السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي ماقبل التعاقدي:

إن المادة 551–1 [1] من قانون العدالة الإدارية الفرنسي[2] منحت القاضي الاستعجالي سلطات جد هامة، من بينها توجيه أوامر للمتسبب في انتهاك الالتزامات، وتوقيف إبرام العقد، كما أنه يستطيع إلغاء القرارات وإزالة الشروط والتعليمات الموجهة للظهور في العقد والتي تتجاهل الالتزامات المفروضة فيه.

هناك اختصاص إضافي عن ذلك الذي نصت عليه المادة 22 قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية أضيفت بموجب قانون 2000/06/30، المتعلق بصلاحيات القاضي الاستعجالي أمام الجهات القضائية الإدارية، والتي تمكن رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه بمجرد النظر في القضية الأمر بتأجيل توقيع العقد إلى غاية نهاية الإجراءات وفي مدة أقصاها 20 يوما.

إن هذه الصلاحية للقاضي جد هامة لأنها تمنع مناورات كثيرة تستعمل من قبل الأطراف والتي تهدف إلى التوقيع السريع على الصفقة، لأن مجرد التوقيع عليها يمنع اختصاص القاضي الاستعجالي، وهذا مابينه قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1999/02/08[3]، قضية "Sté Campenon Bernard SGE " حيث تضمن المبدأ التالي: «لا يعود لاختصاص القاضي الاستعجالي رقابة صلاحية توقيع الصفقة ذات الصلة ، إنما يمكنه توقيف هذه المناورة من خلال تأجيل إمضاء العقد إلى غاية انتهاء الإجراء خلال اجل أقصاه 20 يوما».

1- Article L551-1:« le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligation de publicité et de mise en concurrence aux quelles est soumise la passation par le pouvoir adjudicateurs de contrat administratifs ayant objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique.
Il peut également être saisi en cas de manquement aux même obligations auxquelles sont soumises en application de l'article L521-20 du code de l'énergie……
Le juge est saisi avant la conclusion du contrat».

2- هذا القانون يجمع الأحكام المتعلقة بالقانون الفرنسي ذات الصلة بالجهات القضائية الإدارية، (مجلس الدولة، المحاكم الإدارية للاستئناف، المحاكم الإدارية، محكمة التنازع).

3- منشور بالمجلة الفرنسية للقانون الإداري (REDA)، عدد110، لسنة 1999.

وعلى العموم فإن هذا الاجتهاد يمنح القاضي الاستعجالي (رئيس المحكمة الإدارية أو مفوضه) أربع سلطات:

– سلطة الأمر، وعلى العموم هذا شئ جديد في القانون الفرنسي.

– سلطة وقف التنفيذ.

– سلطة حذف الشروط الغير مشروعة في مشروع الصفقة.

– سلطة تأجيل التوقيع.

وبالرجوع لنص المادة 551–2 من قانون العدالة الإدارية نجدها تمنح صلاحيات أقل للقاضي إذ يمكنه أن يأمر المتسبب في الانتهاك بالالتزام بواجباته والنطق بغرامة تهديدية، ويمكنه أيضا إصدار أوامر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراء ولمدة أقصاها 20 يوما.

ومن ثم نجد أن المادة 551–2 تمنح للقاضي الاستعجالي (رئيس المحكمة الإدارية او مفوضه)، سلطتين:

– سلطة الأمر التي يمكن أن تشفع بغرامة، وهدا ما يؤكده القار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 13 مارس2019 (قضية مؤسسة سيبور la societé Sepur)[1].

– سلطة تأجيل توقيع العقد.

1–2 الأشخاص المخول لهم رفع الطلب الاستعجالي(المدعين):

بالرجوع لنص المادة 551–1[2] نجدها تشير إلى نوعين من المدعين:

1-انظر الملحق رقم 05 .

2 -ArticleL551-2 modifié par ordonnance no 2016-65 du 29 janvier 2016, article71 :«I- le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de ce conformer à ses obligation et suspendre l'exécution du toute décision qui se rapport à passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêt susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages, il peut, en autre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les chausses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lest dites obligations. II-toutefois, le I n'est pas applicables aux contrat passé dans les domaines de la défense ou de la sécurité……».

أ- الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد والذين من المحتمل أن يتضرروا من المخالفة محل نظر ويتعلق الأمر بـ:

- المترشحين المقصيين من المناقصة.

- أيضا المؤسسات التي لم تتمكن من الترشح بسبب غياب الإشهار.

ب- الدولة عندما تخطرها لجنة المجموعة الأوروبية بخرق واضح للالتزامات المشتركة في الصفقة والمتعلقة بالمرافق المستبعدة،إضافة لهاذين المدعين وكل ما يتعلق بهما، نجد أن المادة 551-1 تضيف ممثل الدولة بالنسبة للعقود المبرمة من طرف الجماعات المحلية أو مؤسساتها العامة.

وتجدر الإشارة على أن الدعوى لا بد أن ترفع قبل إبرام الصفقة هذا من جهة، من جهة أخرى وتماشيا مع سير الدعوى أكد مجلس الدولة بموجب قرار له صادر بتاريخ 1994/06/10، قضية بلدية كابورغ، إن الأطراف يمكنهم تقديم ملاحظات شفوية دعما لملاحظاتهم المكتوبة،كما أن رئيس المحكمة الإدارية أو المفوض عنه يملك مدة 20 يوما من أجل البت في الدعوى حسب ما نصت عليه المادة 551-1 من قانون العدالة الإدارية، ويقوم بإصدار قرار ابتدائي نهائي يكون محل طعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما من تاريخ الإخطار بالقرار.

2- دعوى تجاوز السلطة:

إن طعون تجاوز السلطة عرفت امتدادا ملحوظا في المادة التعاقدية بفرنسا، فالطلبات المقدمة تقبل أو تكون مقبولة بالنسبة للأشخاص المرخص لهم باستعمال هذا الحق، بالنظر للوسائل المحتج بها أمام القاضي.

فالسلطات الجديدة التي منحت لقاضي تجاوز السلطة أعطته وزنا عندما يقوم بإلغاء قرار منفصل عن العقد وللقاضي الاستعجالي ، الذي ينظر في طلبات وقف تنفيذ هذا العمل الإداري[1].

1 -Catherine BERGEAL, Fréderic LENICA, opcit, p21.

ونشير إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أعطى عناية كبيرة بالمبدأ الذي يقضي بأن قاضي تجاوز السلطة يمكنه النظر في كل ما يحيط بالعقد ما عدا العقد في حد ذاته، فنجده يذكر بها كلما أتيحت له فرصة لذلك نذكر على سبيل المثال: القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1940/04/05[1]، قضية GAY حيث جاء فيه:« إن جميع الدعاوى المرفوعة ضد العقد في حد ذاته ليست لها طبيعة من شأنها السماح بالطعن أمام القاضي الإداري بدعوى تجاوز السلطة».

كذلك قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1997/03/14[2] في قضية:

d'Aménagement coteaux de Gascogne. حيث سلط الضوء على نقطة هامة تتعلق بعدم قابلية طعون الإلغاء المرفوعة ضد العقود، لكن هناك استثناءين عن هذا المبدأ في مادة الصفقات العمومية وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين:

1-2 طعون تجاوز السلطة ضد القرارات التنظيمية للعقد[3].

وهذا ما أكده قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1996/07/10 في قضية: M.Cayzeele ، حيث نص على أن التصرفات التعاقدية التي يطلب الغير إلغاؤها ويكون لها طابع تنظيمي يمكن الطعن فيها أمام قاضي تجاوز السلطة.

أيضا قرار آخر صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1996/11/15 قضية :

Société Guadeloupe Entretien Maintenance.

1- منشور في مجلة مجلس الدولة الفرنسية، ص136، نقلا عن:Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, opt, p21

2- منشور في مجلة مجلس الدولة الفرنسية، 1997، ص349.

3 -Christophe LAJOYE, opcit, p150.

2-2 الطعون ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد:

إن قاضي تجاوز السلطة لا يستطيع النظر في العقد في حد ذاته، لكنه يستطيع النظر في القرارات المنفصلة منه، فهو مختص بالنظر في شرعية القرارات المتعلقة بتكوين الصفقة والتي تظهر من خلالها الإرادة المنفردة للإدارة، والقرارات الإدارية المنفصلة بصفة مادية حسب محافظ الدولة السيد/ KHAN، هي تلك القرارات التي يمكن تجميعها أو تصنيفها من خلال تاريخ إصدارها إلى أربعة أنواع: ترخيص، منح، إبرام، مصادقة، بمعنى أن القرارات المنفصلة هي جميع القرارات السابقة على الإبرام النهائي للعقد مثل:

قرار إقصاء مترشح من المناقصة، قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1967/07/07، قضية: (OPHLM de la ville du mans).

- قرار رفض التوقيع على صفقة، (قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1994/04/01، قضية : مؤسسة Richard Duros

- قرارات لجان منح العطاءات، يمكن أن تكون هي أيضا محل طعن أمام قاضي تجاوز السلطة قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 1976/05/04، قضية: Desforêts

وبالرجوع لقانون الصفقات العمومية الفرنسي نجده ينص على إمكانية الاستمرار في إعلان منح الصفقة في أي وقت لأسباب تعود لتحقيق الصالح العام، وفي هذه الحالة يمارس قاضي تجاوز السلطة رقابة على أسباب القرار[1] (قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1995/01/13، قضية:CCIVIENNE)

السؤال الذي يطرح هل يؤثر إلغاء القرار المنفصل على العقد؟ بمعنى هل إلغاؤه يؤدي إلى إلغاء العقد؟

1- Catherine BERGEAL, Frédéric LÉNICA, opcit, p26.

من أجل الجواب على هذا السؤال سنستشهد برأي صادر عن فرع التقارير والدراسات لمجلس الدولة بتاريخ 1989/01/25 والذي جاء فيه:« من خلال اجتهاد قديم، الإلغاء من طرف قاضي تجاوز السلطة بطلب من الغير لقرار منفصل عن العقد ليس له أي أثر مباشر على العقد.

وهذا من شأنه الإبقاء على قانون الأطراف وتنفيذه من أجل مصلحة المرفق الذي يتميز بمبدأ الاستمرارية».

إن إفشال هذا التنفيذ يكون من خلال طلب يوجه إلى قاضي العقد من طرف الإدارة لإبطاله أو تقوم هي نفسها بإلغائه ، لكن الإدارة غير مجبرة على ذلك إذا رأت أن الإبطال من شأنه أن يؤدي إلى نتائج مالية غير محتملة أو أن عدم المشروعية المحتج بها لا تؤثر على اختيار المتعاقد ما يبرر تنفيذ العقد.

في رأي آخر صادر عن نفس الفرع بتاريخ 1997/12/03 جاء فيه:« إن إلغاء القرار المنفصل بطلب من الغير ليس له تأثير مباشر على العقد، يعود للإدارة تقرير إذا كان تنفيذ العقد يكون خلال ميعاده أو يفسخ»[1].

فإلغاء القرار المنفصل عن العقد بسبب عدم مشروعية الشروط التعاقدية، يترتب عليه إبطال العقد، أما إذا ألغي القرار المنفصل لعيب يتعلق به ففي هذه الحالة لا بد من النظر إلى شدة العلاقة التي تربط بين هذا القرار والعقد مثال ذلك: إبطال قرار الإبرام يترتب عليه بطلان العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى الغير الذين تحصلوا إلى إبرام القرار المنفصل والذين يرغبون في إبطال العقد يمكنهم توجيه طلب محدد إلى القاضي الإداري ضد الشخص المعنوي العام المتعاقد لإجباره على توجيه دعوى بطلان إلى قاضي العقد، لكن قاضي التنفيذ يمكنه رفض هذا الطلب إذا اعتبر أن التمسك بالبطلان يترتب عليه المساس

1 -Christophe LAJOYE, opcit, p152.

الصارخ بالمصلحة العامة (قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/10، قضية معهد البحوث للتنمية) [1].

ضف إلى ذلك نجد أن المحكمة الإدارية للاستئناف بليون(CAA de LYON) في قرار لها صادر بتاريخ 2004/07/13 أقرت بأنه:« عندما يبطل القرار المنفصل عن العقد لتجاوز السلطة بسبب عيب يتعلق به، يخلو من أي ارتباط بالعقد ذاته، وأن الأثر الرجعي لهذا البطلان من شأنه التأثير على العقد، يمكن للجماعة المحلية المعنية بهذا العقد أن تقوم على وجه الاستثناء بالمصادقة عليه من خلال استبداله رجعيا بعقد جديد خال من العيب الذي يشوبه».[2]

وعليه يمكننا القول أنه بينما يقرر قاضي تجاوز السلطة إبطال القرار المنفصل، فان دور قاضي العقد ينحصر في معاينة بطلان العقد، وفي الحالتين ينتهي أثره بطريقة رجعية، ولذا ومن أجل الحفاظ على استقرار العقد يتم إعلان البطلان سواء كان كليا أو جزئيا من قبل أطراف العقد.

الفرع الثاني: دعاوى الفصل في منازعات التنفيذ.

أولا: صور المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد:

إن منازعات التنفيذ المتعلقة بالصفقات العمومية يمكن تقسيمها إلى نوعين: منازعات متعلقة بالمسؤولية التعاقدية ومنازعات متعلقة بالمسؤولية التقصيرية.

1- المنازعات المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية:

فهي تنتج عن ضرر يتسبب فيه خطأ في إطار تنفيذ صفقة بين الطرفين، وهذا يعني بالضرورة وجود عقد ساري المفعول، فإذا ألغي العقد من طرف القاضي فإن هذه المسؤولية لا يمكن ان تطبق وفقا لمبدأ حرية التعاقد، فأطراف العقد يمكنهم أن يقرروا إدخال شروط استثنائية أو تحديد المسؤولية مثال ذلك: إدخال شروط تهدف إلى تسقيف مبلغ أو تحديد مبلغ معين أثناء التعاقد، وتجدر الإشارة إلى أن هذه

1-منشور في المجلة الفرنسية للقانون الإداري، عدد 59، 2004، ص394.

2-Christophe LAJOY, opcit,p 152.

القاعدة تخفف أحيانا في حالة الخطأ الجسيم[1]، وفي الحالتين سواء أكان الخطأ بسيطا أو جسيما لا بد من إقامة الدليل أمام القاضي، وعلى الضحية تقديمه من خلال طرق مختلفة، فقد يتعلق بطلب إجراء خبرة، أو تقديم مختلف الوثائق مثل أوامر أداء الخدمة، كذلك الحسابات المقدمة في اجتماعات الورشات، كل ما يتعلق أيضا بالمراسلات أو الرسائل الالكترونية.

ومن بين أكثر الأخطاء المدرجة لتوليد المسؤولية التعاقدية نذكر:

- خطأ في المشورة من طرف مدير المشروع.
- عدم تطبيق التصميمات.
- استخدام مواد وطرق مختلفة عن تلك المقدمة في العقد.
- رفض تسديد المبالغ المستحقة في الفاتورة بدون مبرر.
- عدم تسليم المبالغ المستحقة في الآجال المحددة(تمديد آجال التنفيذ)، وهذا ما أكده قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 2019/02/22[2] قضية:

Socité Sogea Caroni contre La communauté d'agglomération.

حيث تم الحكم على البلدية بدفع غرامات تأخير للمؤسسة رافعة الدعوى.

وفي حالات معينة يتم التبرئة من المسؤولية التعاقدية استقلالا عن الشروط الاستثنائية والتي تظهر في الوثائق الثبوتية للصفقة والبعض منها يسمح بالإعفاء من المسؤولية التعاقدية.

وتجدر بنا الإشارة إلى المسؤولية بدون خطأ من خلال نظرية فعل الأمير والتي تكون فيها المسؤولية التعاقدية بدون خطأ، قائمة على تدخل غير متوقع من طرف الشخص العام كطرف في العقد والذي من شأنه الزيادة في التكاليف المالية للمتعاقد معه والتأثير على توازنه،هذا التدخل يرتكز على إجراءات تتخذ

1 - Nicolas CROS, Xavier BOISSY , les litiges des marchés publics, édition pratiques locales, France, p74.

2- انظر الملحق رقم 06

من طرف الشخص المعنوي العام بالنظر للتخصصات التي يملكها، ويمكن أن تكون معينة في العقد، لأسباب عامة وخارجة عن هذا الأخير.

فإذا لاحظ القاضي أن هذا التدخل يمس على وجه الخصوص المؤسسة المتعاقدة ،فلها الحق في إعادة التوازن المالي للعقد وفي التعويض الكامل عن الأضرار المتكبدة بالرغم من غياب خطأ مرتكب من طرف الشخص العام.

إضافة إلى نظرية فعل الأمير هناك حالات أخرى للمسؤولية دون خطأ، فبالرجوع لدفاتر البنود الإدارية العامة نجدها تقدر أحيانا تعويضا لأحد الطرفين بدون وجود أي ضرورة لأي خطأ مرتكب من الطرف الآخر.

لذا نجد أن المادة 48 من دفاتر البنود الإدارية العامة للأشغال تنص على أنه : «في حالة إضافة أشغال من طرف الشخص العام فإن المقاول الذي يحتفظ بحراسة الورشة له الحق في التعويض عن التكاليف التي تفرضها هذه الحراسة وعن الأضرار المتكبدة».

كذلك نصت المادة 12 من دفاتر البنود الإدارية العامة للتوريدات أنه :« فيما يتعلق بصفقات تصليح، صيانة، تعديل التجهيزات، يفرض على المالك تصليح الضرر المترتب عن النقل، مهما كان مصدره وحتى في حالة غياب الخطأ من طرفه»[1].

كما أن خطأ الضحية يمكن أن يعفيه من المسؤولية أو على الأقل يقلل منها، في حين نجد أن خطأ الأطراف الخارجة عن العقد يمكن أن يثار لكن ليس في إطار المسؤولية التعاقدية وإنما في إطار المسؤولية التقصيرية.

1 - Christoph LAJOY, opcit, p210 .

2- المنازعات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية:

تظهر هذه الأخيرة عندما يكون الخطأ المرتكب محل الدعوى ، غير ناجم عن تنفيذ العقد أو إذا كان الضحية خارج عن طرفي العقد مثال ذلك: سقوط شئ على سيارة في منزل متواجد بجانب ورشة. والحالات الأساسية لتطبيق نظرية المسؤولية التقصيرية، تظهر خاصة في صفقات الأشغال العامة أين تكون الضحية في الغالب شخص يتدخل في إطار انجاز ورشة لكن بدون وجود علاقة تعاقدية مباشرة بينه وبين صاحب المشروع، خاصة في الحالات التي تكون فيها المشاكل بين المتعاقد ومؤسسته أو متعاقدين في مؤسسة واحدة، وفي أغلب الأوقات نجد أن المؤسسة تدعو لدفع الضمان مثال ذلك: خطأ في تصميم من طرف مهندس معماري يمكن أن يتولد عنه مسؤولية اتجاه المؤسسة وهذا ما أكده قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1990/12/17، قضية بلدية Mours ضد مؤسسة Danoise، أيضا الخطأ في تسيير ورشة والذي يولد خطأ في الوظائف وسوء في تسييرها[1].

أ- صلاحيات قاضي الموضوع :

إن مجلس الدولة الفرنسي ومن خلال قرار مهم، استحدث طعن جديد ضد العقد لفائدة المتنافسين المستبعدين، نذكر قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2007/07/16

(Société Tropic Travaux Signalisation).

هذا الطعن المسمى Tropic يسمح للمتنافسين المستبعدين من عقد عام، أن يمارس أمام قاضي العقد طعن يتعلق بالقضاء الكامل لتحديد صلاحية العقد أو البعض من شروطه وطلب التعويض.

حيث جاء فيه:« على اعتبار أنه، ومن خلال انتزاع هذه الاستنتاجات من طرف متنافس مقصى فإنه يعود للقاضي عندما يحدد وجود عيب مبطل لصفة العقد، ومن خلال تحديد النتائج التي تعود عليه بعد الأخذ بعين الاعتبار طبيعة عدم المشروعية المرتكبة، سواء من خلال النطق بفسخ العقد أو تعديل

1 - Nicolas CROS, Xavier BOISSY, opcit, p76.

البعض من شروطه، أو تقرير مواصلة تنفيذه، بموجب تحفظ باتخاذ الإجراءات القانونية من طرف الجماعات المتعاقدة، كذلك منح تعويضات لجبر الحقوق ، وبعد التأكد من أن إبطال العقد لا يمس بالصالح العام أو حقوق الغير، فيبطل كليا أو جزئيا .

من جهة أخرى عريضة تحدد صلاحية العقد يمكن أن ترفق مع طلب مؤسس على مقتضيات المادة 521-1 من قانون العدالة الإدارية إلى تعليق تنفيذه».

باللغة الفرنسية:

Conseil d'état le 16/07/2007, société Tropic travaux signalisation, n°291545 :

«considérant que, ainsi saisi de telles conclusion par un concourant évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat , d'en apprécier le conséquences, qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit prononce la résiliation du contrat ou de mortifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuit de son exécution, éventuellement sous réserve de se mesures de régularisation par la collectivité contractantes, soit d'accorder des indemnisation en réparation des droit lésés, soit enfin après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne portrait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des contractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat, que par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution»[(1)].

[1] - Nicolas CROS, Xavier BOISSY, opcit, p101.

إن الطعون المتعلقة بصلاحية العقد تعتبر نوع جديد من الطعون ذات طبيعة مطلقة، وهي تتميز عن طعون تجاوز السلطة التي لا يمكن أن توجه إلا استثناءا ضد القرارات المنفصلة عن العقد، وليس ضد العقد في حد ذاته،كما أنها تتميز عن طعون بطلان العقد الذي لا يمكن أن تكون إلا من أطراف العقد والذي يدفع بالقاضي إلى التصريح ببطلانه.

ب- صلاحيات القاضي الاستعجالي:

لقد حدد المشرع الفرنسي صلاحيات القاضي الاستعجالي بموجب عدة نصوص قانونية نذكر من بينها المادة 117 وما بعدها من قانون العدالة الإدارية ،التي نصت على دوره عندما يتعلق النزاع بإجراءات التمويل، كذلك المادة 120 وما بعدها من نفس القانون التي حددت اختصاصه في مجال المعاينة والخبرة من خلال تعيينه لخبير يقوم بمعاينة أي واقعة من المحتمل أن تكون مهمة في المنازعة،أيضا المادة 541 التي نصت على قيامه بالموافقة على منح تمويل حتى في حالة غياب طلب أساسي في الموضوع، وفي جميع الحالات لا يوجد أي شرط يتعلق بتحديد أجل لتقديم طلب تمويل، التحفظ الوحيد يتعلق بتقادم الدين للشخص المعنوي العام.

كما يقوم القاضي الاستعجالي باتخاذ الإجراءات الضرورية وهذا مانصت عليه المادة 521 فقرة 3 من قانون العدالة الإدارية، نذكر من بينها حماية الوثائق الإدارية المتعلقة بإبرام صفقة عمومية، حتى بدون الانعقاد المسبق للجنة التي تمكن من الحصول على الوثائق الإدارية قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/04/29 في قضية Barggerberdrijf de Boer .

خلاصة الباب الثاني

إن دراستي للتسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية، استلزمت التطرق إلى نقطتين هامتين: التسوية القضائية أثناء الإبرام والتنفيذ في النظام القانوني الجزائري والأنظمة القانونية المقارنة (المغرب، مصر وفرنسا)، فمبدأ الشرعية المكرس دستوريا وتشريعيا يفرض خضوع الجميع للقانون، مصلحة متعاقدة ومتعامل متعاقد، وتفعيل هذا المبدأ يكون من خلال أجهزة القضاء عموما والقضاء الإداري على وجه الخصوص من محكمة إدارية ومجلس الدولة، بالرغم من أن المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية رقم 247/15 لم ينص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات ، على خلاف القانون الإجرائي رقم 09/08 والمتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الذي نص صراحة في مادته 946 على اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري في مادة الصفقات العمومية قبل إبرامها عند خرق قواعد الإشهار والمنافسة، على غرار المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 551 من قانون العدالة الإدارية ، الأمر الذي لا نجده في التشريع المغربي والمصري .

إن وجود هده الثغرة القانونية في التشريع الجزائري،نتج عنه عدم القدرة على تحديد معيار دقيق متفق عليه قانونا وفقها وقضاءا، لتحديد الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية، كما ولدت اختلافا وتباينا في الآراء بين رجال القانون في الجزائر، وتعقيدات للمتعاملين المتعاقدين أثناء نشوب نزاعات مع المصلحة المتعاقدة، من حيث تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع وتحديد القانون الواجب التطبيق، فمن المسلم به أن المعيار العضوي المكرس تشريعيا بموجب المادة 800 من ق.إ.م .إ هو معيار تحديد الاختصاص ،لكن بالرجوع للاجتهاد القضائي في الجزائر على ضوء القرارات الصادرة عن مجلس الدولة المنشورة منها في مجلة الاجتهاد القضائي للمجلس أو الغير منشورة، نجد أن القاضي وعلى مستوى قمة هرم القضاء الإداري لم يأخذ بهذا المعيار المكرس تشريعيا وحاد عنه في كثير من قراراته عندما يتعلق النزاع بصفقة مبرمة من طرف مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ممولة من

طرف الدولة والتي نصت عليها المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15، كالقرار الصادر بتاريخ 2014/01/19 حيث جاء فيه:« أنه في حالة غياب أشخاص القانون العام فان القضاء الإداري مختص بالنظر إلى مصدر تمويل المشروع»، هذا يعني أن القاضي الإداري في الجزائر خرج عن وجوبية الالتزام بالمعيار العضوي وأخذ بالمعيار المادي شأنه شأن القاضي الإداري في فرنسا، وأعلن اختصاصه للفصل في النزاع كون الصفقة العمومية عقد إداري كمسلمة أخرى بغض النظر عن طبيعة الأطراف،إن اعتماد هذه الفرضية كان هو الآخر محل نقد من طرف عدة أساتذة وباحثين في مجال القانون الإداري في الجزائر، سواء من خلال المحاضرات المدرسة أو من خلال الأعمال الأكاديمية المقدمة، فهم يرون أن الصفقة العمومية في الجزائر وبالرجوع للقوانين المنظمة لها وبالضبط مع صدور مرسوم 145/82 المتعلق بالصفقات المبرمة من طرف المتعامل العمومي، خرجت من إطار القانون العام واتجهت نحو القانون الخاص (المدني).

بالرجوع للدعاوى القضائية المرفوعة لتسوية النزاعات، نشير إلى نقطة جد مهمة وهي مسألة القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقة فإذا كانت الصادرة عن الإبرام لا تثير إشكالات عملية باعتبار أن قاضي تجاوز السلطة هو المختص بالنظر قيها وتقدير مدى مشروعيتها، الإشكال يطرح في القرارات الصادرة عند تنفيذ الصفقة خاصة قرار الفسخ، فقاضي العقد صاحب الولاية العامة بمنازعات الصفقات العمومية يقوم بفسخ العقد دون أن تكون له صلاحية إلغاء القرار، وهذا يعني أن المتعامل المتعاقد لا يمكنه المطالبة بإلغاء قرار الفسخ الغير مشروع الذي يمس بمركزه القانوني بشكل مباشر، ويكتفي فقط بالحصول على التعويض، وهذا ما أكده قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2012/01/12 ،ولقد اعتبر الاجتهاد القضائي المغربي أن قرار الفسخ المستند إلى نصوص القانون، قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2001/02/21 ،وهو نفس الاتجاه الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي من قبل، من خلال قراره الصادر بتاريخ 1905/08/04 في

قضية "مارتاني" والذي جاء فيه:« القرارات المستندة إلى البنود التنظيمية للعقد الإداري يطعن فيها بالإلغاء، خلافا للقرارات التي تصدر أثناء تنفيذ بنود العقد لا يجوز الطعن فيها إلا في إطار دعوى القضاء الشامل»،أما القضاء الإداري في مصر فهو يعتبر أن جميع المنازعات القائمة بين الإدارة والمتعاقد حول فسخ العقد تخضع لولاية القضاء الكامل حسبما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية من خلال حكمها الصادر بتاريخ 1994/03/22 والذي جاء فيه:« المنازعة التي تثار بشان العقد هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل وتخرج من ولاية قضاء الإلغاء».

فيما يتعلق بمسألة تحديد الاختصاص في الأنظمة القانونية المقارنة، بالرجوع إلى المغرب نجد أن المشرع المغربي اعتمد المعيار العضوي لإضفاء الصفقة الإدارية على الصفقة العمومية، ولتحديد الاختصاص وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1996/11/14 والذي جاء فيه:« إن الصفقة العمومية عقد إداري بقوة ومن ثم لا حاجة لتوفر شروط غير مألوفة مع وجود شخص معنوي طرفا في الصفقة»، كذلك أمر استعجالي صادر عن المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2001/03/30 والذي قضى بعدم اختصاص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المرتبطة بالصفقات العمومية باعتبارها عقود إدارية،والملاحظ أن القضاء الإداري وكذلك الفقه الإداري المغربي أجمعا على اعتبار الصفقات العمومية عقود إدارية باستثناء خلاف حول سندات الطلب والتي سرعان ما اعتبرت من العقود الإدارية بموجب مرسوم 30 ديسمبر 1998.

أما في مصر نجد أن المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 أقرت باختصاص القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات أو أي عقد إداري آخر»، في حين نجد أن قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 ولائحته

التنفيذية نجد أن المادة الأولى منه تنص على سريان أحكام هذا القانون على الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية، وهدا يعني خروج عقود المناقصات والمزايدات من إطار العقود إدارية.

في فرنسا الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية حددته المادة 02 من قانون 1168/2001 المتعلق بالإجراءات المستعجلة ذات الطابع الاقتصادي والمالي (Loi Murcef) ،حيث يختص القاضي الإداري بموجب هذا القانون بجميع النزاعات المتعلقة بالصفقات المبرمة تطبيقا لقانون الصفقات العمومية.

الخاتمة

الخاتمة:

إن تسوية منازعات الصفقات العمومية تكون إما بالطرق الودية أو القضائية:

1- فيما تعلق بالتسوية الودية فهي تتم على العموم عن طريق آليتين : إما عن طريق الطعون الإدارية المختلفة أهمها الطعن أمام لجان الصفقات العمومية وإما عن طريق التحكيم ، فالطعن الإداري المسبق نصت عليه المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 والتي جاء فيها :«يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829.

يثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة ويرفق مع العريضة».

كما أن المادة 975 من القانون السالف الذكر نصت على التحكيم الداخلي في مادة الصفقات العمومية حيث جاء فيها:«لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية.»

أما التحكيم الدولي في الصفقات العمومية فلقت تضمنته المادة 1006 والتي جاء فيها:«...لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ،ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.»، هذا فيما تعلق بالتسوية الودية للصفقات العمومية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

بالرجوع للمرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية نجد أن المادة 82 نصت جوازية الطعن أمام لجان الصفقات العمومية في مرحلة إبرام الصفقات العمومية حيث جاء فيها:«زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، **يمكن** المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة

أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى اللجنة المختصة.»

وعليه فإن الطعن الإداري في مادة الصفقات العمومية يكون جوازيا في حالتين:

الحالة الأولى:الطعن الإداري المسبق أمام مصدر القرار.

وهذا ما أكده القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2013/12/05 قضية(أ.ع) ضد ولاية الجزائر ومن معها حيث جاء فيه:"حيث أن قانون الصفقات العمومية لا يعتبر الطعن المسبق وجوبيا."– سبق ذكره في صلب البحث–

الحالة الثانية: الطعن أمام اللجنة المختصة بالصفقات في مرحلة الإبرام .

في نفس القانون المنظم للصفقات العمومية نجد أن المادة 153 نصت على وجوبية التسوية الودية في مادة الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ سواء كانت الصفقة وطنية أو دولية حيث جاء فيها:"يجب على المصلحة المتعاقدة ، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.

في حال عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة."

الملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال الفقرتين السابقتين أوجب على الطرفين الاتفاق على تسوية الخلاف بينهما، قبل اللجوء إلى لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة في إطار الصلح بالرغم من أن المشرع لم يذكره بصريح العبارة في النص لكنه يفهم من خلال السياق الذي جاءت به المادة، كما أوجب المشرع المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة، وهذا ما يعني أن عدم تقديم ما يثبت القيام بالطعن أمام اللجان المختصة في ملف الدعوى من طرف المتقاضي يؤدي إلى رفض الدعوى لورودها قبل أوانها،هذا فيما تعلق بالصفقات

العمومية الوطنية أما الصفقات العمومية الدولية فقد جاء في نص المادة المذكورة أعلاه أن تسوية نزاعاتها التي تطرأ عند التنفيذ تخضع إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني وبعد موافقة مسبقة أثناء اجتماع الحكومة.بالرجوع إلى موقف القضاء الجزائري من مسألة التحكيم قبل دخول قانون 09/08 حيز التنفيذ نجد أنها جاءت متباينة بين الأخذ بالتحكيم ورفض الأخذ به ، وبعد دخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيز التنفيذ يبدو واضحا في أحكام هذا القانون أن المشرع الجزائري تبنى صراحة التحكيم كطريق من طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، وقد حدا حدوه قانون الصفقات العمومية كما تبين ذلك أحكام المرسوم الرئاسي 247/15، هذه المواقف التشريعية والتنظيمية جاءت متماشية مع الاتفاقيات الدولية ذات الصلة التي سبق للجزائر أن صادقت عليها في مراحل سابقة، كاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المبرمة بتاريخ 10 يونيو 1958 والتي صادقت عليه الجزائر سنة 1988، كذلك اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الصادرة بتاريخ 17 مارس 1965 والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1995،باعتبار أن أحكام الدساتير الجزائرية المتعاقبة تعتبر أحكام الاتفاقيات الدولية في مركز أسمى من التشريع ومن ثمة وجب إدخال أحكام هذه الاتفاقيات المصادق عليها في القانون الداخلي، حيث جاء في المادة 150 من الدستور مايلي:«المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون».

وهكذا فإن المشرع الجزائري حرص على مواكبة التطورات المتسارعة في مجال الصفقات العمومية من خلال التعديلات والإضافات التي أوردها على الأحكام المنظمة للتحكيم وهو ما أدى إلى إشادة الهيئة العربية للتحكيم بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري واعتباره قانون عصري تبنى كل النظريات القانونية العصرية الجديدة وأنه قانون أصيل رغم استلهامه من تجارب دول أخرى إذ أنه حرر القاضي

الجزائري من وصاية أي قرارات قضائية صادرة خارج الجزائر بالنسبة للحكم التحكيمي كما سبق وأن أشرنا إليه في صلب الموضوع.

بالرجوع إلى الأنظمة القانونية محل المقارنة نجد أن القانون المغربي أجاز التظلم الإداري المسبق من خلال قانون الإصلاح القضائي المغربي لسنة 1974، كما أن المادة 169 من المرسوم رقم 2/12/349 المتعلق بلجنة الصفقات العمومية نصت على الطعن الرئاسي أمام الوزير كطريق من طرق التسوية الودية للنزاع، في حين نجد أن المرسوم 2/75/840المتعلق بلجنة الصفقات العمومية، ينص على التسوية الخارجية عن طريق الطعون المقدمة أمام هذه اللجنة.

أما التحكيم في المغرب فقد مر بمرحلتين أساسيتين: المرحلة الأولى قبل صدور قانون 05-08 لسنة 2007 المعدل للمسطرة المدنية ،والمرحلة الثانية بعد صدور قانون 08/05 فبعد دخوله حيز التنفيذ أجيز التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة ومن بينها صفقات الدولة، ذلك لأن المغرب هو الآخر صادق على مجموعة من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ،كاتفاقية التبادل الحر بين المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية والمتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم والوساطة الصادرة بتاريخ 2004/03/02.

أما فيما تعلق بمصر نجد أن المشرع المصري نص هو الآخر على التسوية الودية أمام لجنة التظلمات بموجب المادة 89 من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، كما أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال القانون رقم 09 لسنة 1997 المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ،وبذلك يكون المشرع قد حسم مسألة اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في مرحلة مبكرة مقارنة مع الجزائر بما أضفى الوضوح اللازم على الممارسة القضائية في هذا المجال.

وبالرجوع المشرع الفرنسي فإنه نص من خلال المادة 127 على دور اللجان الاستشارية في تسوية النزاعات في مادة الصفقات العمومية، أما فيما يتعلق بالتحكيم نجد أن فرنسا تاريخيا رفضت اللجوء إليه لتسوية منازعات الصفقات العمومية ، مبدأ الحظر هذا الذي كرسه المشرع من خلال نص المادة 2060 من القانون المدني، سرعان ما اختفى بموجب مجموعة من الاستثناءات التشريعية التي أتاحت اللجوء إليه، والتي استند إليها القضاء في إجازة اللجوء إلى التحكيم لأول مرة سنة 1986 في قضية "ديزني لاند" كما سبق الإشارة إليه.

2-فيما تعلق بالتسوية القضائية :

في النظام القانوني الجزائري نجد أن المشرع تبنى المعيار العضوي لتحديد اختصاص القاضي الإداري في جميع النزاعات التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها ومن ثم يختص بجميع منازعات الصفقات العمومية التي تكون الدولة ،الولاية البلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها (المادة 800 من ق.إ.م و.إ)،كما نص صراحة على اختصاص القاضي الاستعجالي الإداري في حالة مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة عند إبرام الصفقات العمومية كما توضحه أحكام المادة 946 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد تجاوز أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على المبدأ العام لاختصاص القاضي الإداري (المعيار العضوي)، عندما أدرج في المادة 02 من قانون الصفقات العمومية المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة والتي تعود نزاعاتها للقاضي الإداري وذلك بهدف الحفاظ على الأموال العمومية، وقد جسدت أحكام مجلس الدولة الجزائري ماجاء في نص المادة 02، حيث نجد أن القاضي وعلى مستوى قمة هرم القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة طبق الاستثناء الوارد في المادة 801 فقرة 3 والتي جاء فيها : «تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة»، وهذا بدوره أثار جدلا

بين الباحثين في مجال القانون الإداري حول الطبيعة القانونية للصفقة العمومية في الوقت الذي لم يرد فيه أي تعريف تشريعي للصفقة كعقد إداري هذا فيما يتعلق بالاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية،أما فيما يتعلق بالدعاوى القضائية نجد أن قاضي الإلغاء يختص بالنظر في منازعات إبرام الصفقات العمومية الناشئة بسبب مخالفة المصلحة المتعاقدة لمبادئ حرية المنافسة والمساواة والشفافية التي يفرضها المرسوم الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية ، ويقوم القاضي بفرض رقابته على القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة منذ الإعلان عنها وإلى غاية إبرامها .

إن دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة تثير إشكالية تتعلق بقرار الفسخ بمعنى هل يعتبر قرار الفسخ قرارا منفصلا شأنه شأن القرارات الصادرة عند إبرام الصفقة يقبل الطعن بالإلغاء استقلالا عنها أم يعد قرار متصل بها؟ وهل يستطيع المتضرر من هذا القرار المطالبة بإلغائه مع الحصول على تعويض ؟.

الملاحظ أنه في النظام القانوني الجزائري نجد أن القاضي الإداري (قاضي العقد) يقوم بفسخ العقد دون أن تكون له صلاحية إلغائه وهذا ما يعني وجود قرار غير مشروع يمس بالمركز القانوني المباشر للمتعامل المتعاقد لم يكن محلا للإلغاء ومن ثم مساس صارخ بمبدأ الشرعية في إطار دولة قانون .

بالرجوع للأنظمة القانونية المقارنة نجد أن المرسوم رقم 349-12-2 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي لم يعرف هو الآخر الصفقة القانونية كعقد إداري، لكن الملاحظ أن هناك إجماع فقهي وقضائي حول الطبيعة الإدارية لهذه العقود، وهذا بدوره عمل على حسم الاختصاص بحيث تختص المحاكم الإدارية بالنظر في النزاع عندما يكون محله صفقة عمومية.

أما فيما يتعلق بقرار الفسخ فلقد اعتبر الاجتهاد القضائي المغربي، القرار المستند إلى نصوص القانون قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه استقلالا عن العقد بدعوى الإلغاء.

رقابة القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية يعرف توسعا كبيرا فهو قاضي العقد وقاضي التنفيذ، الذي يقوم ببسط رقابته على الصلاحيات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة كسلطة الرقابة على انجاز العقد والتعديل من جانب واحد وسلطة توقيع الجزاءات المالية وصولا إلى إنهاء الصفقة، كما يبرز كذلك دور قاضي العقد في الحكم بالتعويض كجزاء مترتب عن تطبيق النظريات القضائية كنظرية فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

كما فتح قاضي العقد في فرنسا المجال للغير المتمثل في المتنافسين المستبعدين من الصفقة والمحافظ من مخاصمة مشروعية إبرام الصفقة بعد إمضائها، وهذا ما جسده حكم tropic المؤرخ في 2007/07/16 .

أما مسألة الاختصاص في مصر تختلف عن الجزائر والمغرب حيث نجد أن المادة 10 من قانون 165 لسنة 1955 الملغى بموجب قانون رقم 47 لسنة 1972 المتعلق بمجلس الدولة ،أقرت باختصاص القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات أو أي عقد إداري آخر.

وقد عرف العقد الإداري من طرف القضاء الإداري المصري ممثلا بالمحكمة الإدارية العليا من خلال الحكم الصادر بتاريخ 1962/03/31 والذي جاء فيه:« يعتبر العقد إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما متصلا بمرفق عام ومتضمنا شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص».

في حين نجد أن المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المعدل بقانون رقم 148 لسنة 2006 تنص على ما يلي:« يعمل بأحكام القانون الموافق في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة حرفية كانت أو اقتصادية».

عند إجراء عملية مطابقة بين التعريف القضائي للعقد الإداري وبين المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات نستنتج أن عقود المناقصات والمزايدات خرجت من نطاق العقود الإدارية وأن هذه المسلمة الكلاسيكية قد أزيحت مع نص المشرع على العقود المبرمة من طرف الهيئات العامة الاقتصادية.

المشرع المصري وعلى خلاف المشرع الجزائري والمغربي والفرنسي لم ينص على اختصاص القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدي في حالة خرق مبادئ إبرام الصفقات العمومية ،وهذا من شأنه المساس بقواعد المنافسة والإشهار وإفراغها من الضمانات القانونية لحماية المتنافس المقصى من إبرام المناقصات والمزايدات بشكل تعسفي.

أما فيما يتعلق بقرار الفسخ نجد أن القضاء المصري اعتبر اختصاص القاضي الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ،هو اختصاص شامل لأصل تلك المنازعات المستندة إلى العقد الإداري ليس على اعتبار أنها من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة من طلبات الإلغاء، بل على اعتبار أنها من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تفرض على قاضي العقد، وهذا يعني أن قاضي العقد ينظر في قرار الفسخ كجزء لا يتجزأ من العقد.

إن دراسة النظام القانوني الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية ،يكشف حسب رأيي الخاص مجموعة من الحقائق فهو النظام الذي يوفر حماية ويعطي ضمانات قانونية أكثر للمتعاقد مع الإدارة . فمسألة الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية جاءت واضحة ومحددة بموجب المادة 02 من قانون 2001-1168 المتعلق بالإجراءات المستعجلة ذات الطابع الاقتصادي والمالي، حيث يختص القاضي الإداري بجميع النزاعات المتعلقة بالصفقات المبرمة تطبيقا لقانون الصفقات العمومية،كما يعود لاختصاص القاضي العادي العقود المبرمة من طرف الأشخاص العامة والتي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية وهذا ما أكدته القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي.

أما اختصاص القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدي نصت عليه المادة 551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي ويكون في حالة خرق التزامات الإشهار ومبادئ المنافسة التي لا بد أن تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية والتي منحت للقاضي سلطات جد هامة ، من بينها توجيه أوامر للمتسبب في انتهاك الالتزامات وتوقيف إبرام العقد،كما أن المادة 22 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية نصت على اختصاص إضافي للقاضي الاستعجالي أمام الجهات القضائية الإدارية يتمثل في تأجيل توقيع العقد إلى غاية نهاية الإجراءات وفي مدة أقصاها 20 يوما.

أما فيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية فلقد تم تقسيمها إلى صنفين حسب الاجتهاد القضائي الفرنسي:الصنف الأول يتعلق بالقرارات المستندة إلى البنود التنظيمية للعقد الإداري تكون قابلة للطعن فيها بالإلغاء.

الصنف الثاني القرارات التي تصدر أثناء تنفيذ بنود العقد التي لا يجوز الطعن فيها إلا في إطار دعوى الإلغاء. في حين أن إلغاء القرار المنفصل بطلب من الغير ليس له تأثير مباشر على العقد بينما يترتب على إلغاء القرار المنفصل بسبب عدم المشروعية إبطال العقد،كما أن حكم tropic يجسد التوجهات الجديدة للقاضي الإداري الفرنسي فهو لايسعى إلى حماية مبدأ المشروعية بقدر ما يهدف إلى تحقيق توازن بين مصلحتين متعارضتين.

إن الملاحظات السابقة أوصلتني للاستنتاجات التالية:

1- أن المشرع الجزائري من خلال المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 استحدث اللجنة الجهوية للصفقات العمومية واللجنة القطاعية للصفقات يترأسها الوزير المعني بموجب المادة 175،كما تم التفصيل في تشكيل واختصاص اللجان المتعلقة بالمؤسسة العمومية حيث قسمت إلى لجنتين: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة ذات الطابع الإداري وكذلك لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،

ونعتقد أن هذا التفصيل في تقسيم اللجان جاء على سبيل التوضيح لكي لا يقع أي لبس عند القيام بعملية الطعون من طرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ربحا للوقت والجهد.

كذلك أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية 247/15 هو نصه على تشكيل لجان محلية للتسوية الودية بجانب اللجان المركزية بعدما كانت محصورة في اللجان المركزية فقط في ظل المرسوم الرئاسي السابق 10-236،واشتراط الكفاءة لاختيار أعضاء اللجان بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني، أيضا تمكين رئيس اللجنة من الاستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة، فتبني الحل الودي للنزاع على المستوى المحلي من خلال إنشاء لجنة المؤسسة العمومية المحلية من شأنه ترشيد المال العام وإعطاء دفع للتنمية على المستوى المحلي.

بالرجوع للأنظمة القانونية المقارنة نجد أن هناك توافق بين القوانين المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر والمغرب وفرنسا من حيث جوازية الطعن أمام لجان الصفقات ، والتي تستشف من عبارة يمكن التي وردت في المادتين 82 و 155 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الجزائري والمادة 170 من مرسوم 2.12.349 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي ، وتجدر الإشارة في هذا المقام أن التظلم الإداري كإجراء أصبح جوازيا في المغرب مع الإصلاح القضائي لسنة 1974 وقبل هذا التاريخ كان وجوبيا، كذلك المادة 127 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي التي نصت على جوازية الطعن أمام اللجان الوطنية والمحلية للصفقات العمومية، أما في مصر فالوضع مختلف فالمادة 89 من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة نصت على وجوبية التظلم أمام لجنة التظلمات ، واعتبرته إجراء وجوبي وجوهري انعدامه يؤدي إلى رفض دعوى الإلغاء لورودها قبل أوانها.

2- أن موقف المشرع الجزائري جاء مبهما وغير واضح فيما تعلق بمسألة التحكيم فبالرجوع للمادة 975 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية ،المنطوية تحت الفصل الثاني المعنون

بالتحكيم وبالتحديد التحكيم الداخلي على اعتبار أن التحكيم الدولي جاء ضمن الفصل السادس، نلاحظ أن المشرع أورد العبارة التالية:« لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية»، هل هذا يعني أن التحكيم لا تخضع له إلا الصفقات العمومية المبرمة بين أطراف وطنية فإن سلمنا بهذه الفرضية فإنه على المستوى العملي وحسب ماتوفر لنا من مراجع ومنذ دخول هذا القانون حيز التطبيق سنة 2009 لم يتم عرض أي نزاع يتعلق بالصفقات العمومية للتحكيم الداخلي هذا من جهة، من جهة أخرى عبارة اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر تعني وجود طرف أجنبي في العقد، مما يعني أن التحكيم يكون دوليا وليس داخليا.

أما فيما تعلق الأنظمة القانونية المقارنة نجد أن التحكيم كآلية للتسوية الودية كان أكثر وضوحا من حيث تحديد نوعه داخليا أو دوليا، في كل من التشريع المغربي المتعلق بالتحكيم القانون رقم 08/05 لسنة 2007 ،وكذا التشريع المصري المتعلق بالتحكيم رقم 09 لسنة 1997 ،الذي جاء شاملا لجميع العقود الإدارية دون إفراد الصفقات العمومية بنصوص محددة ،على اعتبار أن الصفقة القانونية تعد وكتحصيل حاصل كنوع من أنواع العقود الإدارية.

المشرع الفرنسي هو الآخر كان واضحا ونص صراحة على التحكيم كآلية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية من خلال نص المادة 128 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي. والملاحظ هو وجود حالة تلاقي بين التشريع الفرنسي والمصري بخصوص التحكيم فالمادة 128 السالفة الذكر والمادة الأولى فقرة 02 من قانون 09 لسنة 1997 المصري اللتان أجازتا اللجوء إلى التحكيم مع ضرورة موافقة الوزير المختص، في حين نجد أن المادة 976 من قانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أجازت التحكيم الداخلي المتعلق بالدولة بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

3- وجود حالات تلاقي أيضا بين المرسوم رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية الجزائري، وكذلك المرسوم رقم 349-12-2 المتعلق بقانون الصفقات العمومية المغربي، وبين القانون رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بالمناقصات والمزايدات المصري ، وقانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2006 فيما تعلق بالأحكام العامة لإبرام الصفقات العمومية ،فكلها تشترك حول ضرورة احترام مبادئ المنافسة والمساواة والشفافية في اختيار صاحب المشروع.

4- إن خاصية النظام القضائي الجزائري من جهة الذي كرس المعيار العضوي تشريعيا بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد الاختصاص القضائي ولد عدة إشكالات وتضارب في المواقف والآراء بين رجال القانون في الجزائر، وانقسام النزاعات بين جهتين قضائيتين القضاء العادي من جهة والقضاء الإداري من جهة أخرى وهذا ما لا نجده في بقية الأنظمة المقارنة، فمسألة الاختصاص حسمت بموجب نصوص قانونية في فرنسا المادة 02 من قانون 2001-1168 المتعلق بالإجراءات المستعجلة ذات الطابع الاقتصادي والمالي،كذلك الحال بالنسبة لمصر من خلال المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 السالفة الذكر، في حين نجد أن المغرب عرف هو الآخر نفس إشكال الاختصاص القضائي فيما تعلق بسندات الطلب التي انقسمت منازعاتها بين القضاء الإداري من جهة والعادي من جهة أخرى، لكن سرعان ما تدارك المشرع المغربي الأمر من خلال مرسوم 30 ديسمبر 1998 وحسمت مسألة الاختصاص وأحيلت جميع القضايا المتعلقة بسندات الطلب للقضاء الإداري.

5- أن المادة 946 من قانون 09/08 المتعلقة باختصاص القاضي الاستعجالي الإداري تعد من أقوى الضمانات، بالنظر للسلطات الممنوحة للقاضي من خلال أمر المتسبب بالإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحديد أجل للامتثال، كذلك الحكم بغرامة تهديدية والأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما.

والملاحظ أن أحكام المادة 946 جمعت بين ما ورد من أحكام في المادتين 551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي والمادة 22 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، وهذا ما لا نجده في التشريع المصري وكذلك المغربي، و هو ما أدى بالفقه الإداري بالمغرب إلى الدعوة بتوسيع نطاق رقابة القضاء عن طريق سن دعوى بطلان إجراءات المنافسة كمسلك قضائي مستقل عن دعوى الإلغاء من أجل خلق حماية حقيقية.

6- إن قاضي العقد في الجزائر والمختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية لا يملك صلاحية إلغاء قرار الفسخ الغير مشروع بل يكتفي بالحكم بالتعويض وهذا من شأنه المساس بمبدأ الشرعية المكرس دستوريا.

وعليه فإن هذه الدراسة المقارنة أوصلتني إلى نتائج واقتراحات من شأنها تفعيل آليات تسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر نوجزها في الآتي:

إن التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية عن طريق التحكيم ، يحقق مالا يحققه القضاء من حيث السرعة أثناء الفصل في المنازعات الناتجة عن التنفيذ وكذلك من حيث السرية وإمكانية اختيار المتنازعين لمحكميهم في الوقت الذي لا للمتقاضين فيه اختيار قضاتهم،بالرغم من هذه المزايا إلا أنه يؤخذ على الطريق من التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية أنه يقيد إرادة الأطراف بضرورة وجود شرط التحكيم على عكس القضاء لا يحتاج إلى اتفاق أطراف النزاع فكل من له الحق يمكنه اللجوء إلى القضاء، فهو حق للخصم يجوز استعماله تلقائيا،إن نطاق اختصاص التحكيم يقتصر على المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية على خلاف اختصاص القضاء فهو أوسع لولايته العامة التي تمكنه من الفصل في جميع المنازعات ،إن غياب الممارسة التحكيمية في الجزائر على وجه العموم في مادة الصفقات العمومية سواء الوطنية أو الدولية أثار إبهاما وغموضا لاعتبارات تتعلق بالسيادة الوطنية والصالح العام، بالرغم من أن المشرع الجزائري أدرجه سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 أو في المرسوم

الرئاسي 247/15 المنظم للصفقات العمومية كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية،فربما تخوف الدولة الجزائرية راجع لنقص خبرة الطرف الجزائري في هذا المجال وعدم وجود تأطير دقيق لهذه الآلية في الوقت الراهن عل خلاف الطرف الأجنبي صاحب الخبرة والباع الطويل في مجال التحكيم، والذي يؤدي تضمين العقود لشروط تحكيمية ترجح مصالحهم وتغبن الطرف الجزائري،لذا كان لزاما على الجزائر أن تتشجع لخوض المجال التحكيمي في مادة الصفقات العمومية لمواكبة التطورات الحاصلة في العالم في المجال الاقتصادي ولمواجهة ما يعرف اليوم بالاقتصاد المعولم،عن طريق تفعيل ماجاءت به المنظومة التشريعية في هذا المجال وعن طريق تكوين كفاءات في مجال التحكيم الدولي.

إلى جانب التحكيم تناولت دراستي للموضوع كما سبق الإشارة إليه دور لجان الصفقات العمومية في مراقبة إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، فرغم أهميتها من حيث ضمان حسن سير الصفقات العمومية ومن شأنها تلافي الكثير من التعقيدات في مجال حل النزاعات من خلال التوصل إلى تسوية نهائية بأسرع وأقل تكلفة، إلا أنه يؤخذ عليها عدم استقلاليتها عن السلطة التنفيذية وهذا ما يعيدنا إلى مفاهيم الإدارة القاضية، الإدارة خصم وحكم في الوقت نفسه وهذا يقلل من الضمانات القانونية للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من أجل إنصافه و الحصول على حقه ، لذا أقترح الاستعانة بالتجربة الفرنسية في هذا المجال من خلال تنصيب وسيط في الصفقات العمومية كطريق من طرق التسوية الودية لحل النزاع ، فالطعن عن طريق الوساطة من خلال جهاز مجاني وسري، يسهل العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها ويمتد مجال اختصاصه إلى جميع مراحل تكوين الصفقات العمومية ، وهذا من شأنه

تطوير مناخ الاستثمار وتنشيطه بين المؤسسات والمستثمرين.

وعليه يمكننا القول وكنتيجة لهذه الدراسة أن القضاء في الجزائر بالرغم من تعقيداته وطول إجراءاته يبقى في الوقت الراهن ومع المعطيات الموجودة على أرض الواقع ومع ما تعرفه طرق التسوية الودية من عيوب ونقائص، ركيزة حقوقية تعزز الثقة في عدالة الدولة لحماية المال العام من التبديد والفساد ولإيجاد

توازن بين طرفين غير متساويين من حيث المراكز القانونية المصلحة المتعاقدة من جهة والمتعامل المتعاقد من جهة أخرى،ضمانا للحقوق والحريات وللتجسيد الفعلي لدولة القانون.

لذا أدعو إلى:

- تدعيم استقلالية القضاء عن طريق الفصل الفعلي بين السلطات.
- تقريب العدالة من المواطن وربح الجهد والوقت من خلال وضع نص صريح يحدد اختصاص القاضي الإداري في مادة الصفقات العمومية، مستعينين بالتجربة الفرنسية في هذا المجال كما هو الشأن بالنسبة لقانون murcef.

- العمل تحسين نوعية الأحكام القضائية في مادة الصفقات العمومية من خلال استحداث محاكم استئناف إدارية كما هو الحال بالمغرب ومصر وفرنسا، وهذا من شأنه بعث الطمأنينة في نفوس المتقاضين.

- توسيع صلاحيات قاضي العقد بحيث يستطيع النظر في النزاع المتعلق بالصفقة ككل لا يتجزأ عندما يتعلق الأمر بقرار الفسخ كما هو الحال في مصر، وهذا من خلال إلغاء القرار الغير مشروع مع الحكم بالتعويض للمتعاقد المتضرر للتجسيد الفعلي لمبدأ المشروعية والتكريس الحقيقي لدولة القانون.

- تكييف اختصاص قاضي العقد مع متطلبات الصفقة العمومية كما هو الشأن في فرنسا.

الملاحق

المراجع

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولا: الكتب

1- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، ط4 ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، .2001

2- أحمد محيو، المنازعة الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ط6 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، .2005

3- أنور أحمد أرسلان ، وسيط القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، مصر .2008

4- توفيق السعيد، الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية، طوب بريس، الرباط،.2003

5- الجيلالي عجة، قانون المؤسسات الاقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،.2006

6-جابر جاد ناصر، عقود البوت والتطور الحديث لقد الالتزام « دراسة نقدية للنظرية التقليدية للإلتزام »، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، .2002

7- حسين بن شيخ آث ملويا، مبادىء الإثبات في المنازعة الإدارية، دار هومه للنشر، الجزائر، .2002

8- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الاستعجال الإداري،ط2، دار هومه للنشر، الجزائر،2008 .

9- حمدي ياسين عكاشة، العقود الادارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف الاسكندرية، 1998.

10- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، التنظيم والاختصاص ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

11- رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،.1985

12- ريم علي إحسان محمد العزاوي، وسائل غبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية للنشر ، الاسكندرية، مصر،.2014

13- زكرياء المصري، العقود الإدارية مابين الالزام القانوني والواقع العملي، دراسة مقارنة محلية ودولية، دار الفكر والقانون ، المنصورة، مصر2014.

14- زكي محمد النجار، الوسائل الغير قضائية لحسم النزاعات الإدارية، دار النهضة العربية،.1993

15- صلاح الشريف، شرح قانون المناقصات والمزايدات وفقا لأحدث التعديلات والأحكام القضائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، .2010

16- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ، المشاكل العملية والحلول القانونية، دراية تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر، 2012.

17- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة،ط5، دار الفكر العربي للنشر، مصر،1991 .

18- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي ، مصر، .1967

19- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دراسة مقارنة في ضوء أحدث آراء الفقه و أحكام القضاء ومواقف التشريع الفرنسي والمصري، دار الفكر والقانون،مصر،2011.

20- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام ، التنفيذ ،المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلي الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات،مصر،.2004

21- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الوجيز في الإثبات وإجراءات التقاضي في المنازعة الإدارية، دار الكتاب الحديث، مصر2008.

22- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أحدث أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، .2004

23- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية على ضوء أحكام مجلس الدولة، دار الكتب القانونية للطباعة والنشر، مصر، .2006

24- عزيمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

25- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، جسور لنشر والتوزيع، الجزائر، .2011

26- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع.

27- عمار عوابدي، القانون الإداري ، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2005.

28- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني.

29- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 2007.

30- فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

31- قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

32- كمال عليوش قربوع، التحكيم الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

33- ماجد راغب الحلو،القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، 1999.

34- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار علوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

35- محمد حلمي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، القضاء الكامل، إجراءات التقاضي، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.

36- مسعود شيهوب، المبادىء العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الإختصاص، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009 .

37- محمد خلف الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 1998.

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

39- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة في عام 2014،الكتاب الثاني، المركز القومي للدراسات القانونية، مصر 2016.

40- محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة في عام 2014،الكتاب الرابع، المركز القومي للدراسات القانونية، مصر 2016.

41- مصطفى بونجة، نهال اللواح، التحكيم في المواد التجارية ، الإدارية والمدنية، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع،

42- مليكة الصروخ،الصفقات العمومية في المغرب، الأشغال والتوريدات والخدمات، ط2، دار القلم، الرباط، المغرب،.2012

43-مولاي إدريس الجيلالي الكتاني، العقود الإدارية،ط1 ،مكتبة السلام، الرباط، المغرب،.2000

44- كمال عليوش قربوع، التحكيم الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

45- لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، الإمارات،.2013

46- نواف كنعان ،القانون الإداري، الكتاب الثاني، الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن،.2005

47- هناء العلمي ،كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية، ط1، طوب ريس، الرباط، 2000.

ثانيا:الرسائل الجامعية.

أ- رسائل الدكتوراه:

1- ابراهيم الديه، القاضي الإداري وحماية الحقوق الفردية، مقاربة سوسيوسياسية للمنازعات الإدارية بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، جامعة الحسن الثاني، عين الشق ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، الدار البيضاء، مارس 2000.

2- محمد الصغير بعلي، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الإقتصادية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر ، .1990

3- ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه، دولة في القانون العام،جامعة قسنطينة،2009-.2010

4- علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،مصر،2007 .

ب- مذكرات الماجستير:

1-ابتسام حاجي، منازعات الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإدارة العامة،2013/2012.

2- جمال محسن محمد حسين،تعليمات المناقصة على عقود الإدارة (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية،2013.

3-جازية صاش، قواعد الإختصاص القضائي بالدعوى الإدارية، في النظام القضائي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر،.1993

4- سمية شريف، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية،مذكرة ماجستير، فرع قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2016 .

5-عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية على ضوء أحكام القضاء الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير،المركز الجامعي بسوق أهراس،2004.

6- نور الدين بوكلي،إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري،رسالة ماجستير ،معهد الحقوق والعلوم الادارية،جامعة الجزائر،1995-1996.

ثالثا: المقالات.

1- أحمد بوعشيق، الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الادارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، الجزء الثاني، العدد 16 ، .2004

2- الجيلالي أمزيد، القضاء الإستعجالي في منازعات الصفقات العمومية، المجلة المغربية للإدارة والتنمية، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمته المجلة تحت عنوان المساطر الإستعجالية في منازعات الصفقات العمومية.

3-الحسن بوعيس، كرونولوجيا الإجتهاد القضائي في المادة الإدارية،عدد3، سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي، ط1، .2000

4- إدريس المشترائي، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مجلة المحاكم الإدارية، العدد 2،المغرب، أكتوبر .2005

5- مراد آيت ساقل، تطور القضاء الإداري في مجال الصفقات العمومية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ماي، أفريل .2014

6-محمد القصري ، بعض الإشكالات المتعلقة بالمنازعة في مجال الصفقات العمومية، مجلة القصر ،عدد 22، يناير، .2009

7-عبد العالي حاحة، آمال يعيش تمام، قراءة في سلطات القاضي الإداري الإستعجالي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 ، مجلة المنتدى القانوني، بسكرة.

8- محمد زغداوي، ملاحظات حول النظام القضائي المستحدث، مجلة العلوم الإنسانية، الجزائر، عدد 10، .1998

9- محمد محده،الإثبات في المواد الإدارية ، مجلة الإجتهاد القضائي، عدد02، جامعة بسكرة،.2005

10- مقداد كروغلي، الخبرة في المجال الإداري، مجلة مجلس الدولة، عدد1، .2002

11- توما كلاي، تعليق على حكم محكمة حل الخلافات بين المحاكم الإدارية والعدلية، مجلة التحكيم، عدد.2010

12- ناصر لباد، دور الصفقات العمومية في العقود الإدارية، مجلة الفكر البرلماني، عدد29، أفريل، 2012.

13- مرزوقي فهيمة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية في التشريع الجزائري، مجلة مجلس الدولة، عدد13، .2015

14- منى ميمون، التحكيم التجاري الدولي وفقا لتعديلات قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 مجلة المنتدى القانوني ، العدد السابع، قسم الكفاءة المهنية للمحلماة، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

15- مصطفى تراري ثاني، تعليق على أحكام الإجتهاد الجزائري،مجلة التحكيم، عدد4، أكتوبر، 2009.

16- عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر،مجلة التواصل القضائي،المكتب الجهوي للوداية الحسينية لقضاة جهة الدار البيضاء، المملكة المغربية،عدد1، ديسمبر 2012.

17- مبروكة الصيد، اختصاص المحكمة الإدارية في نزاعات الصفقات العمومية الخاضعة للنصوص الترتيبية المتعلقة بالصفقات العمومية ، مجلة دراسات قانونية، عدد خاص بأعمال الملتقى حول النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، كلية الحقوق صفاقس، تونس2007.

رابعا: الملتقيات

1- سهام بن دعاس،القضاء الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية،مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي حول القضاء الاستعجالي في المادة الإدارية،المنعقد بجامعة يحيى غارس، المدية، يوم 2011/04/19.

2- سيد علي فاضلي، التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، مداخلة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، المنعقد بجامعة محمد بوضياف تبسة بتاريخ 2016./02/23

3-شفيقة بن صاولة، السلطات الجديدة للقاضي الإداري في إطار التحقيق في النزاع،مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني المنعقد بجامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 28 و29 أفريل 2009.

4-الجيلالي أمزيد، منازعات الصفقات العمومية بين اختصاص المحاكم والمساطر غير القضائية، القضاء الإداري حصيلة وآفاق، ندوة منظمة من طرف الجمعية المغربية للعلوم الإدارية، يومي 3 و4 ماي 1991.

5- عبد المجيد غميجة، الطرق البديلة لتسوية المنازعات ، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بفاس، بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المجلس بفاس يومي 4 و5 أفريل 2003.

خامسا: النصوص القانونية.

أ-الأوامر:

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية، منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية لسنة 1967، عدد 52.

ب- القوانين:

- القانون المصري رقم 89 لسنة 1998 المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات ، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 19 مكرر ،بتاريخ 08ماي 1998.

- القانون الجزائري رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

ج- المراسيم:

- المرسوم 19 ماي 1965 المغربي المتعلق بطرق إبرام الصفقات المنشور في الجريدة الرسمية المغربية لسنة 1965،عدد 50.

– المرسوم المغربي رقم 2.76.479 المؤرخ في 1976/10/14 بشأن صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة ، منشور في الجريدة الرسمية المغربية لسنة 1976.

– المرسوم رقم 82–145 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن صفقات المتعامل العمومي، المنشور في الجريدة الرسمية لسنة 1982، عدد 15.

– المرسوم رقم 02–250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 ،المنشور في الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002، عدد 52.

– المرسوم المغربي رقم 2.06.388 المؤرخ في 2007/02/05 المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها ، المنشور بالجريدة الرسمية المغربية لسنة 2007، عدد 5518.

–المرسوم الرئاسي رقم 10–236 المؤرخ في 2010/10/07،المنشور بالجريدة الرسمية الجزائرية ،عدد58.

– المرسوم الرئاسي رقم 13–03 المؤرخ في 2013/01/13 ،منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية،عدد2.

– المرسوم المغربي رقم 2.12.349 المؤرخ في 2013/036/20، المتعلق بالصفقات العمومية المنشور في الجريدة الرسمية المغربية،الصادرة بتاريخ،2013/08/290،عدد6182.

– المرسوم الرئاسي رقم 15– 247 المؤرخ في 2015/01/16، منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 2015/09/20، عدد50

سادسا: الأحكام و القرارات القضائية.

أ- القرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية في الجزائر:

1- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1999/12/20، قضية رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية عين التين ولاية ميلة ضد بن حركو محمد الطاهر.

2- قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2000/05/08، قضية بلدية رايس حميدو ضد ص.ج ، منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد2002،1،ص107.

3- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2001/05/14، قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية وهران ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت، غير منشور.

4- قرار المحكمة العليا ، الغرفة التجارية والبحرية ، الصادر بتاريخ 2002/06/25،قضية و.د ضد م.د، منشور في المجلة القضائية ، عدد 02، 2002، ص323.

5- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ2002/11/05، قضية ز.ش ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة، منشور في مجلة مجلس الدولة ، عدد2003،3، ص109.

6- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/15،قضية مقاولة الأشغال العامة ل.م ضد بلدية تنس ، منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد2005،02،ص80.

7- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ2003/12/16، قضية مؤسسة كشرود الاقتصادية ضد والي ولاية خنشلة.

8- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/15،قضية ق.ع ضد بلدية متليلي، منشور في مجلة مجلس الدولة،عدد2003،04، ص71.

9- قرار مجلس الدولة ، الصادر بتاريخ 2003/04/08،قضية ك.ل ضد وزارة التربية الوطنية، منشور في مجلة مجلس الدولة،عدد2003،03،ص177.

10- قرار مجلس الدولة ، الصادر بتاريخ2004/09/21، قضية مديرية التربية لولاية بشار ضد ب.ل ، منشور في مجلة مجلس الدولة،عدد07،2005،ص81.

11- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/07/12، قضية المجلس الشعبي لبلدية ثنية الأحد ضد ز.د، منشور في مجلة مجلس الدولة عدد 07،2005،ص 81.

12- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/07/12،قضية و.ع.ب ضد مديرية الشباب والرياضة لولاية البويرة ، منشور في مجلة مجلس الدولة ،عدد07،2005،ص92.

13- القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2005/09/06 ،قضية رئيس مخبر الأشغال العمومية للشرق ضد ز.ش، غير منشور.

14- قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2007/01/13، قضية ق.ج ضد الشركة الجزائرية للتأمين saa، منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، ص107.

15- قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2007/12/09،قضية ب.ك.ع ضد بلدية زمورة ، منشور في مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص بمحكمة التنازع،2009 ، ص115.

16- قرار صادر عن المحكمة العليا،بتاريخ 2008/02/06،قضية الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية ضد مؤسسة أشغال البناء،منشور في مجلة المحكمة العليا،عدد2008،02،ص19.

17- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2012/01/12،قضية بلدية العلمة ضد ح.ع ، منشور في مجلة مجلس الدولة،عدد2014،12،ص108.

18- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2011/03/10،قضية الشركة ذات الشخص الوحيد أشغال البناء العمومي،منشور بمجلة مجلس الدولة ، عدد 12،2014،ص98.

19-قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2013/11/21،قضية المؤسسة ذات الشخص الوحيد EURL غ ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية سيدي بلعباس،منشور في مجلة مجلس الدولة، عدد2013،11،ص93.

20- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2013/12/05،قضية أ.ع ضد ولاية الجزائر ومن معها،منشور في مجلة مجلس الدولة ،عدد2013،11،ص102.

21-قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2014/01/19،قضية الدولة ممثلة في وزير النقل ضد الشركة ذات المسؤولية المحدودة سوتريب ومن معها،منشور في مجلة مجلس الدولة،عدد2015،13،ص76.

22-قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2014/09/04 ،قضية مقاولة أشغال البناء ب.ح ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري بالمدية،غير منشور.

23- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2015/02/05، قضية ب.م ضد ولاية عنابة، غير منشور.

ب-الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية في المغرب:

1- قرار المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 1998/07/16، بين الوكيل القضائي للمملكة وبين مقاولة بن هادي ميمون.

2- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المغربي، الصادر بتاريخ 1999/03/11، قضية بلقاضي محمد ضد جماعة سيدي احرازم.

3- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، الصادر بتاريخ 2003/04/28، قضية الجيلالي شكير وبلدية خريبكة.

4- حكم المحكمة الإدارية الإدارية بالرباط بتاريخ 2004/03/21، قضية شيكو باط ضد وزير التعليم العالي.

5- حكم محكمة الاستئناف الإدارية المغربية الصادر بتاريخ 2007/9/26، قضية أسفار واستيليس وبين المكتب الوطني لسكك الحديدية .

ج- الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية في مصر :

1-حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1970/01/17.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1993/06/29.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1994/01/29.

4- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1994/03/22.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ1994/11/29.

6- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ1995/01/14.

7- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ1997/12/30.

8- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ1998/11/24.

9- حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ1999/02/09.

10-حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ2007./01/26

باللغة الفرنسية:

I. Livres:

1- Catherine BERGIL et Frédéric LENICA ،le contentieux des marchés publics ،édition Berger LEXRAULT ،Paris ،France ،2010.

2- Cristophe LAJOYE ،Droit des marchés publics ،Berti édition ،2005.

3 – Jean- pierre JOUGUELET ، Le règlement des litiges contractuels en France،marchés financiers،principes directives issus de la jurisprudence 2003-2011، commission des sanctions et juridictions de recours،autorité des marchés financiers (A.M.P)، P314.

4- H.BOUCHAHDA , Rachid KHALOUFI، Recueil d'arrêts de la jurisprudence administrative،O.P.U، Alger،1985.

5- Jean marie DELHAY، Le nouveau code des marchés publics (comment passer les marchés publics ،comment y répondre) ، édition du pluits fleuri ،France، 2004.

6- Nicolas CROS، Xavier BOISSY، avec la participation de Fannie le BOULANGER، Les litiges des marchés publics،édition berger levrault، France، 2010.

7- Vincent CARRON et Jacques FOURNIER، sous la direction de Nicolas MICHET et Evelyne CLERC، La protection juridique dans la passation des marchés publics،étude de droit comparé، Règles types et rapport explicatif،édition universitaire fribourg suisse ، 2002.

8- Patric SCHUTIZ، Elément du droit des marchés publics، L.G.D.J، Paris، 2002.

9- Mohamed NABIH، Droit des marchés publics ،aspects juridiques، financiers et contentieux، konrad Adenauer stiftting.

10- Michel ROUSSET، Contentieux administratif marocain، édition la porte imprimerie et maarif al jadida، Maroc، 2001.

II. Thèses de doctorat:

1- Chérif BENNADJI، L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie،doctorat d'état en droit public، université d'alger، 1991.
2- Grégory KALFLECHE ، Des marchés publics a la commande publics: l'évolution du droit des marchés publics،thèse pour l'obtention du grade de docteur de l'université panthéon-assas (paris ווי)droit –économie – science sociales،discipline Droit، décembre 2004.

III. Articles:

1- Chérif BENNADJI،Des comités de règlement amiable au médiateur des marchés publics ، revue franco maghrébine de droit، presses universitaires de perpignan ، presses universitaires de Toulouse 1، n 21 ،2014.

2- Chérif BENNADJI، Réflexion a propos de la théorie du contrat administratif en Algérie، mélange en hommage d'Ahmed MAHIOU ، sous la direction de Yadh BENACHOUR،Jean-robert HENRY،Rostom MEHDI، Edition PUBLISUD، 2009.

3- Michel ROUSSET، Le règlement des litiges contractuels ، revus Marocaine des marchés publiques، numéro 34، 2003.

4- Rambaut PATRICK، Premiers enseignement des arbitrage de CIRDI، annuaire Français de droit internationnal، volume 28، 1982.

IV. Textes juridiques :

a- textes juridique de l'union Européenne :

- directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014، sur la passation des marchés publics، JOUE، L94/65 du 28/03/2014.

b/textes juridique français:

- ordonnance n 2015-899 du 23 juillet 2015 relatif aux marchés publics.
- loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier، JORF N 288 du 12 décembre 2001.loi murcef

c- textes réglementaires:

- Décret n 56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.
- Décret n 60- 724 du 25 juillet 1960 relatif aux marchés passés aux noms des départements، des communes، des syndicats de communes، des établissements publics départementaux et communaux.
- Décret n 64-729 du 17 juillet 1964 portant code des marchés publics.
- Décret n 78-494 du 31 mars 1978 modifiant le droit des marchés publics.
- Décret n 89-236 du 17 avril 1989 modifiant le code des marchés publics.
- Décret n 2001-210 du 7 mars 2001،portant code des marchés publics.
- Décret n 2006-975 du 1 Aout 2006 portant code des marchés publics،JORF،N 179 du 4 Aout 2004.

V. Arrêts juridiques:

1.CE، 21/01/2004، Sté Aquitaine Démolition، RFDA، 2004، N75.

2.CE، 08/02/1999، Sté Campenon Bernard SGE، RFDA، 1999، N110.

3.CE،05/04/1940، affaire Gay

4.CE،14/03/1997، CIE d'Aménagement coteaux de Gascogne.

5.CE، 10/07/1996، M.Cayzeele.

6.CE،15/11/1996،Société Guadeloupe entretien maintenance.

7.CE، 07/07/1967، OPHLM de la ville du mans.

8.CE، 01/04/1994، affaire Richard DUROS.

9.CE، 04/05/1976، affaire Desforèts.

10.CE،13/01/1995، affaire CCIVIENNE

11.CE، 22/02/2019، Société Sogea Caroni contre La communauté d'agglomération.

12.CE،16/07/2007، Société Tropic travaux signalisation.

13.CE ، 13/03/2019، affaire Société sepur.

الفهرس

الفهرس

مقدمة: 1

الباب الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية 9

الفصل الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري 10

المبحث الأول: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية 12

المطلب الأول: التسوية الداخلية عن طريق التظلم الإداري المسبق 13

الفرع الأول:التظلم الإداري المسبق قبل سنة 1990 13

الفرع الثاني:التظلم الإداري المسبق بعد سنة 1990 13

المطلب الثاني: التسوية الخارجية عن طريق اللجان المختصة 14

الفرع الأول: تشكيل لجان الصفقات العمومية 15

الفرع الثاني: اختصاص لجان الصفقات العمومية 17

الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة لطعن المتعهدين أمام لجان الصفقات العمومية 20

المبحث الثاني: التسوية الودية للمنازعات الناشئة عند تنفيذ الصفقات العمومية. 23

المطلب الأول: التسوية الودية عن طريق لجان التسوية 24

الفرع الأول: تشكيل لجان التسوية الودية 24

الفرع الثاني: اختصاص لجان التسوية الودية 25

المطلب الثاني: التسوية الودية عن طريق التحكيم 27

الفرع الأول: صور الاتفاق على التحكيم وأنواعه 28

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية 31

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من التحكيم في مادة الصفقات العمومية 33

الفصل الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة 38

المبحث الأول: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي 39

المطلب الأول: التسوية الداخلية 39

الفرع الأول: التنظلم الإداري 39

الفرع الثاني:العقد الملحق بالصفقة 43

المطلب الثاني: التسوية الخارجية 44

الفرع الأول: التسوية عن طريق لجنة الصفقات عمومية 44

الفرع الثاني: التحكيم في منازعات الصفقات العمومية بالمغرب 48

المبحث الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المصري 58

المطلب الأول: التسوية الودية عن طريق لجنة التظلمات 58

الفرع الأول: تشكيل لجنة التظلمات 59

الفرع الثاني: إجراءات التظلم أمام لجنة التظلمات 59

المطلب الثاني: التسوية الودية عن طريق التحكيم 62

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم وأنواعه 63

الفرع الثاني: التحكيم في الصفقات العمومية على ضوء قانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد الإدارية والتجارية. 67

الفرع الثالث: آلية التحكيم من خلال قانون رقم 09 لسنة 1997، المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية. 72

المبحث الثالث: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي 74

المطلب الأول: التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية عن طريق اللجان الاستشارية. 74

الفرع الأول: تكوين اللجان الاستشارية 75

الفرع الثاني:آلية عمل اللجان الاستشارية 76

المطلب الثاني: التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية عن طريق التحكيم 79

الفرع الأول: اتفاقية التحكيم وأنواعه 80

الفرع الثاني: قاعدة حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في التشريع الفرنسي 81

الفرع الثالث: الاستثناءات التشريعية من قاعدة الحظر 83

خلاصة الباب الأول 89

الباب الثاني: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية 92

الفصل الأول: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري. 93

المبحث الأول: جهة الاختصاص القضائي لفض منازعات الصفقات العمومية 94

المطلب الأول: توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية والعادية. 95

الفرع الأول: مجال اختصاص الجهة القضائية الإدارية . 96

الفرع الثاني: مجال اختصاص الجهة القضائية العادية 109

الفرع الثالث: حالات تنازع الاختصاص 111

المطلب الثاني: الإجراءات القضائية الإدارية في مادة الصفقات العمومية 113

الفرع الأول: شروط رفع الدعوى 113

الفرع الثاني: إجراءات التحقيق 108

الفرع الثالث:الفصل في الدعوى 111

المبحث الثاني: الصلاحيات القضئية للفصل في منازعات الصفقات العمومية 119

المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية 120

الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية 120

الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية 122

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى القضائية الرامية إلى تسوية منازعات الصفقات العمومية 123

الفرع الأول: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية 123

الفرع الثاني: دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية 133

الفصل الثاني: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المقارنة 144

المبحث الأول: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني المغربي 145

المطلب الأول : جهة القضاء المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية 146

الفرع الأول: المحكمة الإدارية 147

الفرع الثاني: محاكم الاستئناف 156

الفرع الثالث: محكمة النقض 159

المطلب الثاني: صلاحيات الجهات القضائية المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية. 159

الفرع الأول: صلاحيات القضاء الاستعجالي 160

الفرع الثاني:صلاحيات قضاء الإلغاء 165

الفرع الثالث: صلاحيات القضاء الشامل 171

المبحث الثاني: التسوية القضائية لمنازعات المناقصات والمزايدات في النظام القضائي المصري. 177

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في مجال المناقصات والمزايدات 177

الفرع الأول: تطور الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية بمصر 178

الفرع الثاني: الجهات القضائية الإدارية المختصة بالنظر في منازعات المناقصات والمزايدات. 179

الفرع الثالث: إجراءات سير الدعوى في منازعات المناقصات والمزايدات 185

المطلب الثاني: الدعاوى القضائية للفصل في منازعات المناقصات والمزايدات 188

الفرع الأول: دعوى الإلغاء 188

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية 194

الفرع الثالث: دعوى القضاء. 197

المبحث الثالث: التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية في النظام القانوني الفرنسي. 209

المطلب الأول: تحديد جهة الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية 209

الفرع الأول: نطاق اختصاص القاضي الإداري الفرنسي في مادة الصفقات العمومية. 210

الفرع الثاني: الإقرار بالولاية العامة للمحاكم الإدارية بالنظر في منازعات الصفقات العمومية 210

المطلب الثاني:دعاوى التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية 212

الفرع الأول: دعاوى الفصل في منازعات الإبرام 212

الفرع الثاني: دعاوى الفصل في منازعات التنفيذ 223

خلاصة الباب الثاني 229

الخاتمة: 223

الملاحق: 250

المراجع: 274

الفهرس: 294

الملخص

إن منازعات الصفقات العمومية يتم تسويتها إما بالطرق الودية أو القضائية،فأما الودية تكون من خلال الطعون الإدارية المختلفة التي حددت من خلال المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 والمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية ، أما القضاء الإداري في الجزائر ومن خلال القرارات الصادرة عن مجلس الدولة نجد أنها تضمنت جوازية التظلم الإداري كإجراء في الوقت الذي كانت فيه مواقفه بخصوص التحكيم متباينة بين رفض وتأييد .

بالرجوع للأنظمة القانونية المقارنة نجد أن المشرع المغربي أجاز التظلم الإداري المسبق من خلال الإصلاح القضائي لسنة 1974، كما أن مرسوم 2.75.840 المتعلق بلجنة الصفقات العمومية نص على التسوية الودية من خلال الطعون المرفوعة أمام هذه الأخيرة، التحكيم في المغرب مر بمرحلتين أساسيتين، مرحلة ما قبل صدور قانون 08/05 ومرحلة مابعد صدور قانون 08/05 الذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية، أما المشرع المصري نص على التسوية الودية أمام لجنة التظلمات بموجب المادة 89 من اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ، كما أجاز لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في منازعات العقود الإدارية من خلال قانون رقم 09 لسنة 1997 المعدل لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المشرع الفرنسي نص من خلال المادة 127 من قانون الصفقات العمومية على دور اللجان الاستشارية في تسوية نزاعات الصفقات العمومية ، كما أن المادة 128 من نفس القانون نصت على التحكيم كطريق من طرق التسوية الودية، في وقت سابق حظر التحكيم على الأشخاص المعنوية العامة من خلال نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي لكن سرعان ما عدلت لتفتح المجال للاستثناء أجيز التحكيم ولأول مرة في فرنسا للأشخاص المعنوية العامة سنة 1986.

إن الأنظمة القضائية في الجزائر والمغرب ومصر وفرنسا تشترك في نقطة واحدة من حيث الدعاوى المرفوعة لتسوية النزاعات سواء تعلق الأمر بقضاء الاستعجال أو الموضوع ، أما فيما تعلق بمعيار توزيع الاختصاص فإن كانت المسألة محسومة في كل من مصر وفرنسا، فالأمر يختلف بالنسبة للجزائر والمغرب وهذا ما أكدته القرارات القضائية الصادرة عن أعلى جهات قضائية في كلا البلدين.

Résumé

Les litiges des marchés publics sont réglés à l'amiable ou par voie judiciaire, l'amiable se fait par les différents recours administratifs qui ont été déterminés par le législateur algérien dans la loi sur les procédures civiles et administratives et 09/08 et le décret présidentiel n ° 15/247 relatif aux marchés publics, pour le pouvoir judiciaire administratif en Algérie et à travers les décisions rendues par le Conseil d'état, nous constatons qu'il incluait l'admissibilité du grief administratif comme mesure à un moment où ses positions concernant l'arbitrage étaient mélangées entre refus et soutien.

En référence aux systèmes juridiques comparatifs, nous constatons que le législateur marocain a autorisé un grief administratif préalable par le biais de la réforme judiciaire de 1974, et le décret 2.75.840 relatif au Comité des marchés publics prévoyait un règlement à l'amiable par le biais d'appels déposés devant ce dernier, l'arbitrage au Maroc est passé par deux étapes fondamentales, une étape avant la promulgation de la loi 05/08 et la phase après la promulgation de la loi 05/08 qui autorisait l'arbitrage dans les contrats administratifs, tandis que le législateur égyptien a stipulé un règlement amiable devant le comité de réclamation en vertu de l'article 89 du règlement exécutif de la loi sur la participation du secteur privé aux projets d'infrastructure, services et services publics, ainsi que les personnes morales publiques peuvent recourir d'après cet article à l'arbitrage dans les litiges relatifs aux contrats administratifs par le biais de la loi n ° 09 de 1997 modifiant la loi sur l'arbitrage des articles civils et commerciaux, le législateur français a prévu, par l'article 127 de la loi sur les marchés publics, le rôle des comités consultatifs dans le règlement des litiges en matière de marchés publics, et que l'article 128 de la même loi, il prévoyait l'arbitrage comme méthode de règlement à l'amiable. Auparavant, l'arbitrage interdisait le moral des personnes par le biais du texte de l'article 2060 du Code civil français, mais il a rapidement été modifié pour ouvrir la voie à l'exception. L'arbitrage a été autorisé en 1986.

Les systèmes judiciaires en Algérie, au Maroc, en Égypte et en France partagent un point en termes d'affaires déposées pour régler les différends, que ce soit une question d'urgence ou le contexte, mais en ce qui concerne le critère de répartition des compétences, si la question est réglée à la fois en Égypte et en France, alors la question diffère pour l'Algérie et le Maroc, et c'est ce que j'ai confirmé Décisions judiciaires rendues par les plus hautes autorités judiciaires des deux pays.

Summary

The disputes of public deals are settled either by amicable or judicial means, but the amicability is through the various administrative appeals that were determined through the Algerian legislator in the civil and administrative procedures law and 09/08 and presidential decree No. 15/247 related to public deals, as for the administrative judiciary in Algeria and from through the decisions issued by the state council, we find that it included the permissibility of administrative grievance as a measure at a time when its positions regarding arbitration were mixed between rejection and support.

By referring to the comparative legal systems, we find that the Moroccan legislator authorized prior administrative grievance through the judicial reform of 1974, and decree 2.75.840 related to the public procurement committee provided for amicable settlement through appeals filed before the latter, arbitration in Morocco went through two basic stages, some stage before the issuance of the law 05/08 and the stage after the issuance of the law 05/08 that authorized arbitration in administrative contracts, while the Egyptian legislator stipulated a friendly settlement before the grievance committee under Article 89 of the executive regulations of the law on the participation of the private sector in infrastructure projects, services and public utilities, as well as the general moral persons resort to arbitration in disputes of administrative contracts through Law No. 09 of 1997 amending the arbitration law in civil and commercial articles, the French legislator provided, through Article 127 of the public dealings Law, the role of advisory committees in settling public procurement disputes, and that article 128 from the same law, it provided for arbitration as a method of amicable settlement. Earlier, the arbitration banned public morale persons through the text of article 2060 of the French civil code, but soon it was amended to open the way for the exception. Arbitration was permitted, for the first time in France in 1986.

The judicial systems in Algeria, Morocco, Egypt and France share one point in terms of lawsuits filed to settle disputes, whether it is a matter of urgency or the issue, but as for the criterion for the distribution of jurisdiction, if the issue is settled in both Egypt and France, the matter differs with respect to Algeria and Morocco, and this is what I confirmed Judicial decisions issued by the highest judicial authorities in both countries.