

القاضي الإداري في مواجهة الصفقة المخالفة للقانون
The administrative Judge in presence of unlawful transactions.

عطوي حنان(*)
 جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر
 hanane 23atoui@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2024-11-18 تاريخ القبول للنشر: 2024-12-19

ملخص:

ترتبط الصفقة العامة ارتباط وثيق بالنفقات العمومية والمال العام ولهذا أحاطها المشرع بمنظومة قانونية واسعة لضمان نجاعة الطلب العمومي، غير أن هناك بعض الممارسات التي تصاحب الصفقة العامة في جميع مراحلها قد تؤدي بها إلى الفساد والوقوع في الخطر الجزائي، وبهذا الصدد يملك القاضي الإداري صلاحية التصدي لتلك الممارسات وضمان التوازن بين المصلحة العامة المرجو تحقيقها من وراء تنفيذ الصفقة من جهة وضمان حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: صفقة عامة – قاضي إداري – مخالفة القانون

Abstract:

There is a bread link between public expenses and public money; therefore, law-makers have uncompressed it with a large legal organization to ensure the efficiency of public demand. However, some practices go with public transactions in all their stages that lead to Corruption and falling into penal risk. In this case, the administrative judge has the power to confront these practices and to ensure on the one hand the public interest aimed at fulfilling with the execution of the transaction and to ensure the contracting parties rights on the other hand.

key words: Public transaction ; Administrative judge; Law Contravention.

* عطوي حنان

مقدمة:

تتعدد الممارسات التي يمكن أن تأتينا الإدارة العامة في معرض إبرام الصفقة العامة والتي قد تؤدي إلى المساس بالمبادئ الأساسية التي تستند إليها الصفقة في إبرامها ومن بينها حرية الوصول للطلب العمومي ، ولهذا فقد حدد المشرع الجزائري ضمن قانون الصفقات العمومية (القانون رقم 12.2023/23) الأطر العامة لإبرام الصفقة العامة مع فرض رقابة واسعة على ذلك من طرف عديد الهيئات وذلك لضمان نزاهة العملية العقدية التي تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق الصالح العام.

وبهذا الصدد يملك القاضي الإداري صلاحية الفصل في منازعات الصفقات العمومية بوصفها من عقود القانون العام التي تبرمها الإدارة العامة بما لها من امتيازات السلطة العامة ، عديد السلطات التي تمكنه من الحد من التجاوزات المرتبطة بعملية إبرام الصفقة العامة و التي قد تؤدي بها للوقوع في الخطر الجزائي ، و على اعتبار أن منازعات الصفقات العمومية تندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل فإن الصلاحيات التي يتمتع بها القاضي الإداري في هذا الشأن تمكنه من إعادة التوازن بين المصلحة العامة المرجو تحقيقها من وراء إبرام الصفقة و ضمان حقوق المتعامل المتعاقد حتى وإن كانت الصفقة المبرمة مخالفة للقانون و ذلك مراعاة لقواعد العدالة ، ولهذا نهدف من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مختلف السلطات التي منحها القانون للقاضي الإداري من أجل الحفاظ على مشروعية الصفقة في إطار تحقيق المصلحة العامة المرجوة منها ، ونظرا لأهمية الموضوع كونه يرتبط بأهمية الرقابة القضائية في مادة الصفقات العمومية الأمر الذي يدفعنا لطرح الإشكالية الآتية:

* ما مدى فعالية السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في التصدي للتجاوزات القانونية التي تطل عد الصفقة العامة؟

ومن أجل التطرق لموضوع الدراسة تم الاعتماد على المنهج الوصفي من خلال عرض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة بالاضافة الى المنهج التحليلي كونه الأنسب للدراسات القانونية من خلال تحليل الأفكار بالاستناد إلى المعطيات و المبادئ القانونية ، كما أن الإجابة على هذه الإشكالية تدفعنا إلى تقسيم الدراسة كما يلي:

المبحث الأول: حالات مخالفة الصفقة العامة للقوانين والتنظيمات

تمر عملية إبرام الصفقة العامة بعدد الإجراءات التي تندرج ضمن صلاحيات المصلحة المتعاقدة وسواء تعلق تلك الإجراءات بالمرحلة التحضيرية لإبرام الصفقة العامة أو بالمراحل التنفيذية لها، فقد تطلها بعض الممارسات التي قد تشكل إحدى صور الفساد في مجال الصفقات

العمومية والتي تصاحب الصفقة في جميع مراحلها بحيث تحتال المصلحة المتعاقدة والمتعاملين معها على نصوص القانون ، و عموما يمكن أن تأخذ حالات مخالفة الصفقة العامة للقانون إحدى الصور الآتية:

المطلب الأول: الممارسات المتعلقة بالمرحلة التحضيرية للصفقة.

تتضمن المرحلة التحضيرية عدة إجراءات مهمة تتعلق أساسا بعمليات تحديد الحاجات ودراسة الجدوى واعداد دفاتر الشروط يتم توضيحها فيما يلي:

الفرع الأول : تحديد الحاجات

يلزم القانون رقم 12/23 المصلحة المتعاقدة بتحديد الحاجات الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في إجراءات إبرام الصفقة، ويتم إعدادها من حيث طبيعتها ومداهها بدقة بالاستناد الى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها بشرط ألا تكون هذه المواصفات موجهة لمعامل اقتصادي محددة حماية لمبدأ المنافسة . وتجدر الملاحظة الى أن المشرع الجزائري منع المصلحة المتعاقدة من تجزئة الحاجات بقصد تفادي الدعوة الشكلية للمنافسة ورقابة الهيئات الخارجية وفقا لأحكام القانون، كما ينبغي على المصلحة المتعاقدة أن تضبط المبلغ الإجمالي للحاجات لتحديد حدود إختصاص لجان الصفقات مع الأخذ بعين الاعتبار القيمة الاجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال (بالنسبة لصفقة الأشغال عامة)، وكذا مدى تجانس الحاجات (بالنسبة لعقد اللوازم) المادة 16 من القانون 12/23).

الفرع الثاني:دراسة الجدوى

يقصد بها مجموعة الدراسات المتخصصة و المتكاملة حول صلاحية المشروع من الناحية القانونية والمالية والاقتصادية وكذا الاجتماعية لتحقيق أهداف محددة ، والتي يمكن من خلالها اتخاذ القرار بإنشاء المشروع من عدمه(رزوقي يوسف ، 2021 ، ص356)

الفرع الثالث: اعداد دفتر الشروط

نصت المادة 17 من القانون رقم 12-23 على "تعد دفاتر الشروط قبل الشروع في إجراء الدعوة إلى المنافسة..."

ويقصد بدفتر الشروط وثيقة إدارية تضعها الإدارة العامة بما لها من إدارة منفردة تتضمن جميع المعلومات المتعلقة بموضوع الصفقة وتضعه تحت تصرف المرشحين ، كما تخضع دفاتر الشروط لرقابة لجان الصفقات المختصة طبقا لنص المادة 101 من نفس القانون.

والجدير بالذكر أن الممارسات الاحتياطية التي تتعلق بهذه المرحلة لا تخضع لرقابة القاضي الإداري على الرغم من أنها قد تمس بمبدأ المنافسة، ويمكن أن تأخذ الصور الآتية:

- * سوء تقييم الحاجات عن طريق ذكر معلومات مزيفة أو المبالغة في تحديدها نوعاً وكمياً .
- * تجزئة الحاجات لتفادي إبرام الصفقة وفقاً للشكليات والإجراءات التي تطلبها القانون.
- * عدم وجود دواعي اقتصادية جدية لتبرير المشروع.
- * تحديد مواصفات ومعايير موجهة لمعامل اقتصادي محدد.
- * إدراج مواصفات ومعايير تعجيزية تتعلق بالخصائص التقنية للمشروع موضوع الصفقة.
- * المبالغة في كثرة الدراسات.

المطلب الثاني: المخالفة المتعلقة بكيفيات إبرام الصفقة أو شكل إبرامها.

حدد المشرع الجزائري من خلال القانون 12/23 كيفية إبرام الصفقات العمومية ضمن الفصل الأول من الباب الثالث منه (المادة 37 من القانون 12/23) ، أما عن الشكليات المعتمدة في الإبرام فقد نظمها من خلال الفصل الثالث من الباب الثاني منه ، وعليه فإن أي خرق لنصوص القانون قد يمس بالسلامة القانونية للصفقة العامة وذلك ما سيتم التطرق له من خلال فروع البحث الآتية:

الفرع الأول: مخالفة كيفية الإبرام

منح المشرع الجزائري سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار طريقة الإبرام الملائمة للأهداف المنوطة بها سواء تعلق الأمر بإجراء طلب العروض الذي يعتبر الأصل العام في التعاقد لما يضمنه من منافسة بين المترشحين أو عن طريق التفاوض كطريق استثنائي يتم اللجوء إليه متى استدعت الضرورة ذلك وتوافرت حالاته القانونية .

والجدير بالذكر أن المشرع حدد كيفيات إبرام الصفقة العامة على سبيل الحصر وبالتالي تلزم المصلحة المتعاقدة بإبرامها وفق أحد الأسلوبين تحت طائلة إبطال الصفقة العامة في حالة مخالفتها للقانون (بن النوي زبير 2018/2019 ، ص 74) ذلك أن تطبيق الإجراءات القانونية الشكلية المتعلقة بكيفية اختبار المتعامل المتعاقد من طرف المصلحة المتعاقدة ترتبط لزاماً بمدى سلامة عقد الصفقة العامة ومشروعيته (سفير حاجة كحلة 2020/2021 ، ص 335) .

الفرع الثاني: المخالفة المتعلقة بشكلية الكتابة في الصفقة العامة.

أكدت مختلف التشريعات الجزائرية المنظمة لموضوع الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة تبرمها المصلحة المتعاقدة لتلبية حاجاتها وفي ذلك تأكيد للطابع العقدي للصفقة و بالتالي خضوعها لإجراءات وشكليات يفرضها القانون حتى تشملها عملية لرقابة من بينها شرط الكتابة

المؤكد من خلال نص المادة الثانية من القانون 12/23 ، مع وجوب تضمين العقد عدة بيانات إلزامية و الإشارة في مضمون الصفقة إلى التشريع و التنظيم المعمول بهما (المادة 72 من القانون 12/23) بالإضافة إلى دفاتر الشروط التي تعد جزء لا يتجزأ من عقد الصفقة والتي تعد مسبقا حيث يتم إبرام وتنفيذ الصفقة وفق ما تضمنته (المادة 17 من ال/قانون رقم 12/23). هذا كأصل عام غير أن المشرع الجزائري استثنى بعض العقود من شرط الكتابة في عملية إبرامها وبالتالي فإن تخلف هذا الشرط لا يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعيتها مثل ما نصت عليه 21 من القانون رقم 12/23 المتعلقة بحالة الاستعجال وكذا الحالة المتعلقة بالعقود المبرمة وفقا للإجراءات المكيفة (المادة 22 من القانون 12/23)، ففي كلتا الحالتين اشترط المشرع الكتابة سواء عن طريق إبرام عقود تسوية أو وجود سندات طلب لإثبات العلاقة العقدية حماية لحقوق المتعامل المتعاقد ، و عليه فإن شرط الكتابة في الصفقة العامة هو ركن يترتب على تخلفه بطلانها (سفير حاجة كحلة ، 2012/2020، ص 160).

المطلب الثالث : المخالفة المتعلقة بالإخلال بمبدأي الشفافية والوضوح في المنافسة.

ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة بضرورة احترام مبادئ أساسية عند إبرام صفقاتها من بينها مبدأي العلانية والوضوح في المنافسة (المادة 05 من القانون 12/23) ، وفي المقابل جعل الإخلال بهما يشكل سببا كافيا للطعن الاستعجالي في مرحلة إبرام الصفقة العامة.

الفرع الأول: الإخلال بمبدأ الشفافية

أكد المشرع الجزائري على وجوب احترام مبدأ الشفافية خلال عملية إبرام الصفقة العامة ضمن نصوص القانون 12/23 من خلال حرص المصلحة المتعاقدة على إعلام الجميع بأنها مقبلة على التعاقد بطريق الصفقات العمومية ، كما ألزمها بنشر الإعلان عن الصفقة في وسائل معينة اشترطها القانون وتضمنه كافة المعلومات الضرورية المتعلقة بموضوع الصفقة وكذا اجال ايداع العروض وفتح الأظرفة (المادة 46 من القانون 12/23) ،بالإضافة الى نشر جميع الإجراءات التي تتخذها في معرض إبرام الصفقة مثل قرار المنح المؤقت ، قرارات الإقصاء والاستبعاد وكذا القرارات المتعلقة بإلغاء الاجراء أو عدم الجدوى ، وعموما يمكن أن يأخذ الإخلال بهذا المبدأ إحدى الصور الآتية:

- نشر الإعلان في غير الوسائل التي حددها القانون أو عدم تضمينه البيانات الكافية التي تتيح قيام منافسة فعلية بين المرشحين (أنطوان كلاي، 2006، ص1075)
- تغيير مكان أو أجال فتح الاظرفة دون الإعلان عن ذلك ، حيث يتطلب القانون أن تكون جلسة فتح الاظرفة علنية .

- الامتناع عن نشر مختلف الإجراءات المرتبطة بعملية إبرام مثل قرار المنح المؤقت ونتائج تقييم العروض

الفرع الثاني: الإخلال بمبدأ المنافسة

حرص المشرع الجزائري على تكريس هذا المبدأ خلال عملية إبرام الصفقة العامة ضمن عديد النصوص القانونية من بينها قانون الصفقات العمومية وكذا قانون المنافسة (الأمر رقم 03/2003/03)، حيث أن أعمال هذا المبدأ يسمح بتعدد الخيارات بالنسبة للمصلحة المتعاقدة الأمر الذي يؤدي إلى نجاعة الطلب العمومي، ويقصد به امتناع المصلحة المتعاقدة عن عرقلة ترشح أي شخص يود تقديم عرضه للمشاركة في الطلب العمومي (لحسين بن شيع أث ملويا، 2016، ص178)

أما عن صور الإخلال بهذا المبدأ فهي متعددة نذكر منها:

- تضمين دفتر الشروط مواصفات أو معايير موجهة لمعامل محدد .
- تخصيص الصفقة لمعامل معين وفق أسلوب التفاوض في غير حالاته القانونية .
- اعتماد معايير إنتقاء تمييزية بين المرشحين أو غير منصوص عليها في دفتر الشروط.

المطلب الرابع: المخالفة المتعلقة بألية الملحق.

الملحق هو وثيقة تعاقدية ويشكل جزء من عقد الصفقة يتم إبرامه بهدف تعديل بنود العقد بالزيادة أو النقصان كما يمكن أن يغطي موضوع الملحق خدمات تكميلية تندرج ضمن الموضوع الإجمالي للصفقة (المادة 81 من القانون 12/23).

وتجدر الملاحظة أن المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية الحالي لم يبين حالات اللجوء للملحق أو بيان شروطه ونطاقه كما كان الوضع في ظل المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية لسنة 2015 (247.2015/15) تاركا مهمة ذلك للتنظيم ، وعموما فإن التعديلات التي تتم بواسطة الملحق يمكن أن تتعلق بحجم الأشغال أو بالوسائل المعتمدة في تنفيذ الصفقة ، كما يمكن أن تتعلق بتعديل مدة تنفيذ عقد الصفقة على أن لا يتعدى الملحق موضوع الصفقة و ألا يؤثر ذلك على التوازن المالي لها ، وعموما يجب أن تفرغ تلك التعديلات في قالب مكتوب حتى يتم عرضه على لجنة الصفقات المختصة وتسهيل عملية الرقابة في حالة ما إذا تجاوز الضوابط القانونية خاصة فيم يتعلق بمبلغ الصفقة .

و على الرغم من تنظيم المشرع لألية الملحق غير أن الواقع العملي أثبت أن المصلحة المتعاقدة كثيرا ما تلجأ إلى كثرة إبرام ملاحق تابعة للصفقة ، و لا تراعي في عملية إبرامها الضوابط

القانونية خاصة فيم يتعلق بخضوعه للرقابة سواء من طرف اللجان القبلية الخارجية إذا تم إبرامه في أجل لا يتعدى 3 أشهر أو للرقابة الخارجية إذا تم إبرامه خارج الآجال القانونية مهما كان مبلغه (بن النوي زبير 2018/2019، ص 81)

المبحث الثاني: سلطات القاضي الإداري تجاه الصفقة المخالفة للقانون.

تندرج منازعات الصفقات العمومية كأصل عام ضمن إختصاص القضاء الكامل وذلك بالاستناد الى النصوص القانونية المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي في المادة الإدارية (المادة 2/801 من القانون رقم 09/08) ، ويترتب على ذلك أن القاضي الإداري يختص بالفصل في جميع المنازعات المرتبطة بوجود عقد الصفقة العامة في شقيها الموضوعي والاستعجالي، وقصد تكثيف الرقابة القضائية على المرحلة التي تسبق إبرام العقد منح المشرع للقاضي الإداري إمكانية الفصل في الطعون بالإلغاء ضد القرارات المرتبطة بعملية الإبرام وكذا الطعون الاستعجالية إذا تعلق الأمر بالمسائل التي يمكن أن تثار في مرحلة ما قبل إبرام عقد الصفقة، سيتم التوضيح ذلك من خلال ما يأتي:

المطلب الأول: السلطات الممنوحة للقاضي في مرحلة إبرام الصفقة العامة.

يستند القاضي الإداري في نظر منازعات إبرام الصفقة العامة إما إلى دعوى إلغاء القرار الإداري القابل للانفصال عن العقد أو الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.

الفرع الأول: دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل.

ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات القابلة للإنفصال عن العقد الإداري قصد بسط رقابة المشروعية على مختلف القرارات المرتبطة بعملية الإبرام وذلك بعد رفضه في البداية الطعون بالإلغاء ضد العقد الإداري (عادلالطبطائي ، 1987 ، ص 31)

ويمكن تعريف القرارات المنفصلة على أنها تلك القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة بهدف التمهيد لإبرام الصفقة أو الحيلولة دون ذلك ، فتكون هذه القرارات نظرا لطبيعتها الإدارية قابلة للطعن بالإلغاء (نسرين بوعكاز، ص 68) ، مثل قرار الإعلان وقرار المنح المؤقت وقرار الاستبعاد وغيرها.

أما عن أسباب الطعن بالإلغاء فتكمن في مخالفة القرار الإداري لقواعد المشروعية ، ذلك أن ارتباطه بالعملية العقدية لا يحول دون خضوعه لرقابة القضاء سواء تعلق الأمر بعدم المشروعية الداخلية أو الخارجية لأركان القرار الإداري.

وبالنسبة للسلطات الممنوحة للقاضي الإداري حال فصله في الدعوى فهي لا تخرج عن القواعد العامة ، إذ يملك القاضي صلاحية إلغاء القرار الإداري غير المشروع ولهذا يجب التمييز بين مرحلتين لترتيب أثر الإلغاء، فإذا صدر حكم الإلغاء في مرحلة الإبرام تكون له الحجية في مواجهة

الكافة، أما إذا صدر الحكم بعد عملية إبرام العقد فإن ذلك لا يؤثر على صحة العملية العقدية التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق المصلحة العامة (غانية مبروكة ، 2019/2018، ص 126)

الفرع الثاني :دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد.

استحدث المشرع الجزائري هذا النوع من الطعون الاستعجالية في المرحلة التي تسبق التعاقد بموجب القانون (09.2008/08)، وذلك بهدف تعزيز الرقابة القضائية في مرحلة الإبرام حماية للصفقة العامة من الفساد، واستنادا لنص المادة 946 من ق.إ.م. إ فإن موضوع الطعن الاستعجالي يمكن أن يكون محله الصفقات العمومية أو العقود الإدارية.، بينما يعتبر كل إخلال بقواعد العلانية و الوضع في المنافسة أثناء هذه المرحلة سببا كافيا لتدخل قاضي الاستعجال وبسط رقابته على عملية الإبرام(René chapus.2006.p1439)،ذلك أن القاضي الإداري يهدف من وراء تدخله الى فرض احترام المبادئ الدستورية مثل احترام مبدأ المساواة و الشفافية(Bernard Blanc. 2018. P 44)، ولهذا يمكن اعتباره طعن استعجالي من نوع خاص يشترط المشرع لقبوله توافر شرط الصفة في المدعي (سواء كان متضررا من هذا الإخلال وكذا الوالي) أو المدعى عليه ، بالإضافة إلى وجود إخلال فعلي بمبدأي العلنية أو المنافسة يكون قد سبب أو قد يسبب ضررا للطاعن (بروت حليمة ، 2017، ص 301)إلى جانب وجود حالة الاستعجال التي تبرر الطابع الاستعجالي للقضية(قرفي عمار، دون سنة نشر،ص 32).

وبالنسبة للسلطات الممنوحة للقاضي حال فصله في الدعوى الاستعجالية فقد حددتها نصوص المادتين 946 و 947 من القانون 09/08 حيث يملك سلطات واسعة ومتميزة تتجاوز إمكانية اتخاذ تدابير تحفظية مؤقتة ، من خلال الفصل في النزاع بموجب اتخاذ تدابير صارمة عن طريق سلطة الأمر بهدف الحفاظ على مشروعية ونزاهة عملية إبرام العقد ، كما أن تلك السلطات مترابطة فيما بينها حيث لا يمكنه فرض الغرامة التهديدية على جهة الإدارة العامة لإرغامها على تنفيذ أمر معين أو تأجيل عملية إمضاء العقد أو الصفقة العامة دون ممارسة سلطة الأمر بالإلزام المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، الأمر الذي يؤدي إلى القول بأن سلطة الأمر في هذه الدعوى جوهرية.

وعلى الرغم من السلطات المتميزة التي يملكها القاضي خلال فصله في هذه الدعوى إلا أن صلاحية النظر في النزاع من طرفه تخص فقط المنازعات المتعلقة بالإجراءات المتخذة خلال مرحلة الإبرام ، حيث يفقد صلاحية الفصل في النزاع بمجرد إمضاء العقد .

المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في مرحلة تنفيذ وإنهاء الصفقة.

بمجرد إمضاء عقد الصفقة العامة فإن جميع المنازعات التي يمكن أن تطرأ بعد ذلك تدخل في إختصاص القضاء الكامل صاحب الولاية العامة للفصل في النزاع ، حيث تعتبر الرقابة القضائية في هذه المرحلة من أهم الضمانات الممنوحة للمتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة.

الفرع الأول: رقابة المشروعية.

يختص القاضي الإداري بالفصل في جميع المنازعات المرتبطة بمشروعية عقد الصفقة العامة وذلك من خلال بسط رقابة المشروعية على عملية تكوين العقد حيث يمكنه الحكم بإبطال عقد الصفقة ، وكذا إبطال كافة الإجراءات التعسفية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في إطار ممارستها لسلطاتها (بن حفاف سلام و العقون ساعد ، 2021 ص 435)، كما يختص بالفصل في الدعوى الرامية الى فسخ عقد الصفقة العامة (الفسخ القضائي) إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر الفسخ مثل إستحالة التنفيذ أو إختلال التوازن المالي للعقد..

(الفرع الثاني: رقابة الملاءمة.

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اتخاذ الإجراءات المناسبة تجاه المتعاقد معها لإرغامه على تنفيذ بنود العقد كما تم الاتفاق عليه ، وفي هذا الإطار يملك القاضي الإداري بسط رقابة الملاءمة على تلك الإجراءات سعياً منه لإعادة التوازن بين مصلحة طرفي العقد ، ذلك أن رقابة المشروعية لوحدها لم تعد كافية للحد من تجاوزات المصلحة المتعاقدة.

وتعتبر الملاءمة فكرة عملية تقاس بمدى توافق القرار الإداري مع الظروف التي صدر فيها (يعيش تمام وحاحة عبد العالي ، 2006، ص 184) ، وعليه فالقاضي الإداري يراقب بالدرجة الأولى ركن السبب ومدى تناسبه مع الاجراء المتخذ وكذا الغاية المرجوة منه ، فيملك سلطة إبطال القرار دون الحلول محل المصلحة المتعاقدة واتخاذ إجراء مكائها.

الفرع الثالث: سلطات القاضي من خلال دعوى التعويض.

تهدف رقابة القاضي الإداري من خلال دعوى التعويض إلى إقرار مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة الإخلال بالتزاماتها العقدية ونتج عن ذلك ضرر للمتعاقد معها الامر الذي يستوجب التعويض.

أولاً: المسؤولية على أساس الخطأ

يرتب عقد الصفقة العامة حقوق و التزامات متقابلة لطرفيه يلتزم كل منهما بتنفيذها وفقاً لما يقتضيه القانون، حيث تلزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها وأن أي إخلال من طرفها يستوجب قيام المسؤولية العقدية على أساس فكرة الخطأ وتكمن أهم صور الإخلال فيما يلي:

- الامتناع عن منح التراخيص اللازمة لتنفيذ المشروع مثل رخص البناء أو الهدم في صفقة الأشغال العامة ورخص الاستيراد في عقد التوريد.
- إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها المرتبطة بالجانب المالي مثل عدم دفع التسبيق المالي الأمر الذي من شأنه عرقلة تنفيذ الصفقة.
- التأخر في رد التأمين النهائي ومبلغ الضمان على الرغم من تنفيذ المتعاقد لبنود الصفقة.

كما تقوم مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس الخطأ في حالة الاستعمال التعسفي لسلطاتها مثل تجاوز حدود ونطاق التعديل عند ممارسة سلطة التعديل أو توقييعجزاءات إدارية دون مراعاة الشروط القانونية في سلطة توقيع الجزاء وكذا سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة دون تعويض المتعاقد عن الضرر اللاحق به (بن حفاف سلام والعقون ساعد، 2021، ص 444).

ثانياً: المسؤولية دون خطأ

يمكن إقرار مسؤولية المصلحة المتعاقدة وإلزامها بتعويض المتعاقد معها حتى في حالة انتفاء الخطأ من جانبها وذلك بالاستناد إلى:

1-قواعد المسؤولية التقصيرية

استنبط القضاء الإداري قواعد المسؤولية التقصيرية كأساس لتعويض المتعامل المتعاقد. من المبادئ العامة للمسؤولية ضمن القانون المدني جبرا لأي ضرر يلحق به نتيجة الأعمال التي نفذه لصالح المصلحة المتعاقدة في حالة انتفاء العلاقة التعاقدية أو عدم إكمال إجراءات التعاقد وذلك ما تقتضيه قواعد العدالة ، مثل حالة بطلان عقد الصفقة العامة (سفير حاجة كحلة ، 2021/2020، ص329)

وفي هذه الحالة فإن ركن الخطأ يكمن في الإخلال بالتزام قانوني يتمثل في بذل عناية ويمكن أن يتحقق ذلك في الحالات الآتية:

- الخطأ في اختيار الكيفية الأنسب لإبرام الصفقة العامة (بين طلب العروض أو التفاوض).
- الحالة المتعلقة بتماطل المصلحة المتعاقدة في عرض ملف الصفقة على رقابة لجنة الصفقات المختصة للحصول على المصادقة النهائية .

2-نظرية الإثراء بلا سبب

في مجال العقود الإدارية يمكن اللجوء الى نظرية الإثراء بلا سبب كأساس للمسؤولية الإدارية لتعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة الخدمات والأعمال الإضافية التي قام بها لتنفيذ

العقد ولم يرد النص عليها في بنوده أو في حالة انعدام العلاقة التعاقدية ، (Delphine Sion.2016.p09)وسيتم توضيح الأمر فيما يلي:

تعريف نظرية الأثر بلا سبب

الأثر بلا سبب حسب نص المادة 141 من القانون المدني هو كل منفعة يتلقاها الشخص بحسن نية نتيجة عمل الغير أو من شيء ينتفع به ولا يوجد ما يبررها، وعليه يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بحسب المنفعة التي استفاد منها.

وفي مجال العقود الادارية عادة ما يقوم المتعاقد بناء على أوامر قدمت له شفويا أو بمبادرة منه بتنفيذ خدمات أو أعمال ضرورية لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة وتدخل في تنفيذ العقد فيعتبر الإثراء بلا سبب في هذه الحالة مصدرا للالتزام يستوجب التعويض ، يمكنه إثبات قيامه بالخدمة عن طريق محاضر التفاوض على أسعار الخدمات الاضافية الموقعة من طرف المسؤول المكلف بمراقبة الاشغال إن وجدت (شعبان صوفيان وحاج أمحمد صالح، 2024، ص 77) .

والجدير بالذكر [إن الفقه و القضاء الإداريين في فرنسا كان لهما الفضل الكبير في تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مادة العقود الإدارية تجسد ذلك من خلال عديد القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي من بينها قراره الصادر في قضية (Laurent Richer. commune de Canari p 267. 2006، حيث طبق المجلس خلالها نظرية الأثر بلا سبب واعتبرها أساس التعويض عن الأشغال الإضافية غير الواردة في بنود عقد الصفقة والتي نفذها لحساب المصلحة المتعاقدة.

كما طبق القضاء الإداري في الجزائر أحكام هذه النظرية في مادة الصفقات العمومية بمناسبة العديد من القضايا التي طرحت أمامه حيث نجده اعترف بأن إضافة تكاليف جديدة يتطلبها المشروع لتشغيله يشكل إثراء بلا سبب وذلك في قراره رقم 66148 الصادر بتاريخ 1990/05/05) منشور بالمجلة القضائية العدد 1993/03، ص 199)

أما عن شروط إعمال النظرية في مادة الصفقات العمومية فتكمن في :
إثراء المصلحة المتعاقدة و إفتقار المتعامل المتعاقد(مانع عبد الحفيظ وهاملي محمد ، 2022، ص193) .

- وجود علاقة سببية بين فعل الأثر والافتقار.
- عدم استناد واقعة الأثر الى سبب قانوني يبررها .
- احتياطية دعوى الإثراء بلا سبب.

خاتمة:

نخلص من خلال هذه الدراسة و المتعلقة بموضوع رقابة القاضي الإداري على الصفقة العامة المبرمة خلافا للقوانين و التنظيمات إلى أن هذه الرقابة تطورت و اتسعت لتمس كافة المراحل التي يمر بها العقد من إبرام وتنفيذ وحتى الإنهاء، بالإضافة إلى أن السلطات الممنوحة للقاضي الإداري عديدة وتختلف من دعوى إلى أخرى لتشمل رقابة المشروعية و الملاءمة سواء عن طريق دعوى الإلغاء أو التعويض وذلك بهدف ضمان مشروعية عقد الصفقة وكذا حقوق الأطراف المتعاقدة. ومن خلال هذه الدراسة توصلنا الى عدة نتائج من بينها تسجيل فراغ قانوني يخص بعض المسائل المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية وذلك ما يدفع القاضي الإداري للاجتهاد واستنباط الحلول من خلال الاستعانة بقواعد القانون الخاص التي لا تتلاءم في بعض الأحيان مع خصوصية عقد الصفقة العامة ، بالإضافة الى تناثر الأحكام القانونية المنظمة لموضوع الصفقات العمومية بين عديد النصوص القانونية مثل قانون الصفقات العمومية وقانون الفساد وكذا قانون المنافسة ، ناهيك عن قلة الاجتهادات القضائية في مادة الصفقات العمومية في الجزائر الامر الذي يشكل عائقا أمام الباحثين ، وهو يدعونا الى اقتراح ضرورة تدخل المشرع الجزائري والإسراع في اصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بالقانون 12/23 على نحو يضمن تبسيط الإجراءات القانونية المعتمدة في إبرام أكثر العقود استنزافا لأموال الخزينة العامة ، مع ضرورة تفعيل دور مختلف الأجهزة المكلفة بالرقابة والوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية ، وكذا حرص مجلس الدولة على نشر الاجتهادات القضائية بصفة دورية لنشر الوعي القانوني باعتباره الهيئة المكلفة بتوحيد الاجتهاد القضائي في الدولة.

قائمة المراجع:

أولا: اللغة العربية

النصوص القانونية:

-القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ، ع21، الصادرة في 23 أفريل 2008، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج ر ج ج ، ع48، الصادرة في 17 يوليو 2022.

-القانون رقم 23-12، مؤرخ في 5 غشت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج ر ج ج ، عدد 51، صادرة في 6 غشت 2023.

الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/7/19 يتعلق بالمنافسة ج ر ج ج عدد 43 معدل بالقانون رقم 12/08 المؤرخ في 2008/7/19 ج ر ج ج عدد 36 لسنة 2008 والمعدل أيضا بالقانون رقم 10/05 المؤرخ 2010/15 ج ر ج ج عدد 46 سنة 2010.

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية، عدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

المؤلفات

- بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمارقري ، باتنة ، دون سنة النشر.
- لحسين بن شيخ أث ملويا ، رسالة في الاستعجالات الإدارية، دارهومة للنشر، الجزائر، 2016.

الاطروحات

- بن النوي زبير، 2019/2018، الخطر الجزائري في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق.
- سفير حاجة كحلة، 2021/2020، بطلان الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق.
- غانية مبروكة، 2019/2018، إختصاص القضائي في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة بلعباس، كلية الحقوق.

المقالات

- أنطوان كلاي، مراقبة القاضي لضرورة الإعلان الملائم في مادة الصفقة العامة ، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد 4 ، سنة 2006.
- بن حفاف سلام و العقون ساعد ، مظاهر تفوق الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15/247، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، العدد 02، 2021 تصدر عن زيان عاشور الجلفة.
- بروك حليلة دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية، مجلة المفكر، العدد 4، 2017، تصدر عن جامعة بسكرة.
- بوعكاز نسرين، القرارات القابلة للإنفصال في عقود الصفقات العامة ، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، العدد 13، تصدر عن جامعة تبسة.
- دعوات عامر ، بطلان الصفقة العمومية على ضوء التشريع الجزائري ، مجلة القانون ، المجلد 8، العدد 1، 2019، المركز الجامعي أحمد زبانه / غليزان .

- رزوقيوسف ، تقييم جودة الدراسات القبلية في تقدير تكلفة مشاريع الصفقات العمومية بمديرية الإدارة المحلية، مجلة البشائر الاقتصادية، المجلد 07 العدد 01، أفريل 2021.
- شعبان صوفيان و حاج أمحمد صالح ، الإشكالات القانونية و العملية للأشغال الإضافية و التكميلية في ظل القانون رقم 12/23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، المجلد 7 العدد 3، 2024 تصدر عن المركز الجامعي أفلو.
- مانع عبد الحفيظ وهاملي محمد، نظرية الاثراء بلا سبب في مجال الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد ، المجلد 07 العدد 1، 2022، جامعة تلمسان
- يعيش تمام وحاحة عبد العالي، التطورات القضائية في الرقابة على الملاءمة بين قضاء الإلغاء وقضاء التعويض ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 02، 2006، جامعة بسكرة.
- المجلات القضائية
- المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1993
- ثانيا: اللغة الفرنسية

René chapus, droit du contentieux administratif
édition (Montchrestien) 12^{ème} édition ,2006 .

- Bernard BLANC ; Le contentieux des marches publics. intendance. n

157 Decembre 2018.

- L. Riche, « droit des contrats administratifs », 5^{ème} édition, librairie générale de droit et jurisprudence , paris, 2006
- Delphine Sion. De l'apport de l'enrichissement sans cause au droit des contrats administratifs. Thèse du doctorat en droit .2016 ..
Université Aix Marseille.