مجلّة الواحات للبحوث والدراسات
ردمد 7163- 1112
http://elwahat.univ-ghardaia.dz

رقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

جدي سليمة
قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باجي مختار عنابة

الملخص -

لقد إهتم المشرع الجزائري برقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية على غرار التشريعات الأوروبية ، بهدف حماية قواعد العلانية و المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية لضمان الشفافية للمتعاملين فخصه بالمادتين 946 و 947 من التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون رقم 09/08 ، وهذا تماشيا مع التعديلات المتتالية لقانون الصفقات العمومية بعد أن أدرك ضرورة هذا الإجراء وأهميته على إعتبار أن دعوى الإلغاء الموجهة أساسا ضد القرارات الإدارية المنفصلة تكاد تفقد نجاعتها ، لأن الفصل فيها يكون عادة بعد توقيع العقد أو حتى بعد تنفيذه فقام المشرع بتحديد آجال الفصل في المنازعة خلال 20 يوما من تاريخ إخطار المحكمة الإدارية بالعريضة الإفتتاحية ، وإعتبرها دعوى قضائية قبل تعاقدية يتم اللجوء إليها في مرحلة الإبرام و تنتهي بصدور حكم عن قضاء الإستعجال القانوني يتعلق بالبت في منازعات الصفقة العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام و هو حكم قطعي فاصل في أصل الحق و يتميز بالحجية ذاتها التي يتميز بها الحكم الصادرعن قضاء الموضوع ، على خلاف الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة و يتمتع القاضي الإداري بمناسبة الفصل فيها بصلاحيات واسعة تتمثل أساسا في الأمر و الوقف و الإلغاء ، و توكل مهمة الفصل فيها إلى التشكيلة الجماعية التي تفصل في دعوى الموضوع وتسمح للقاضي الإستعجالي بالتدخل قصد تأجيل إبرام الصفقات التي لم تحترم فيها الإجراءات المتعلقة بالإشهار و المنافسة ،على أن لا يتجاوز التأجيل 20 يوما مع إمكانية تسليط الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة في حالة عدم إمتثالها لإلتزاماتها في الآجال المحددة لذلك.

الكلمات المفتاحية -

الرقابة القضائية، القضاء الإستعجالي، الصفقات العمومية.

Urgency Legal Censorship Over Public Contracts In The Algerian Legislation.

Abstract–

Algerian Legislator Has Given A Great Consideration To Public Transactions' Emergency Judiciary Supervision Along The Lines Of European Legislation, In Order To Protect Bases Of Openness And Competition At The Conclusion Of Public Procurements To Ensure Transparency For Clients As Appoints The Two Articles 946 And 947 From The Last Law Of Civil And Administrative Procedures Amendment Under Law No 08/09. This Act Is In Line With The Successive Amendments To The Law Of Public Procurement After Legislator Realized The Necessity Of This Procedure And Its Importance On The Grounds That The Cancellation Suit Is Directed Mainly Against Discrete Administrative Decisions Almost Lost Its Effectiveness. Because Usually, The Adjudication Is After A Signed Contract Or Even After Its Execution, So The Legislator Determined The Adjudication In Disputes Within 20 Days From The Date Of Administrative Court 'S Notification Of With Opening Statement.Her, Legislator Considered It A Before Contractual Lawsuit Resorted To In The Conclusion's Stage And Ends By The Issuance Of A Judgment By Emergency Judiciary Regarding Conclusion's Phase Originated Lawsuits, Such Judgment Is A Definitive With The Same Authority Which Characterizes Subject Judgment. Unlike The Judgments Issued By Emergency Judiciary, Here Administrative Judge Is Suitable And Has Wide Adjudication Powers Consist Principally Of Order, Cessation And Cancellation, Where Adjudication Is Assigned To The Collective Selection That Judges The Subject Lawsuit And Allow The Urgency Judge To Intervene In Order To Postpone The Conclusion Of Transactions That Did Not Respect The Procedures For Publicity And Competition, Under The Condition Of Not Exceeding A Delay Of 20 Days With The Possibility Of Shedding Threatening Fines On The Contracting Interest In The Case Of Non-Compliance With Its Obligations In The Proper Time To Do So.

Key Words-

Legal Censorship, Urgency Judiciary, Public Transactions.

مقدمة -

لقد منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة أثناء قيامها بإبرام صفقة عمومية عدة إمتيازات و سلطات لتمكينها من الوصول إلى النتائج المرجوة من إبرام الصفقة و تحقيق المصلحة العامة. و بالمقابل منح للمتعامل المتعاقد جملة من الحقوق و فرض عليه بعض الإلتزامات حفاظا على توازن العلاقة العقدية ، مع فرض الرقابة القضائية كضمان لهذا التوازن سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ و تكون الرقابة في مرحلة الإبرام عن طريق دعوى الإلغاء أو عن طريق الدعوى الإستعجالية.

غير أن دعوى الإلغاء التي منح المشرع الجزائري للمترشحين إمكانية رفعها تندرج ضمن قضاء الموضوع الذي يؤدي إلى نتائج خطيرة تتمثل في إلغاء الصفقة العمومية، إضافة إلى طول أمد التقاضي و تعقد الإجراءات القضائية ، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إستحداث قضاء تتسم إجراءاته بالسرعة يصطلح عليه بقضاء الإستعجال سدا لمنافذ الفساد و تكريسا لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية و تحقيق المساواة بين المترشحين و حماية المال العام. و إذا كان الإستعجال في القانون الخاص يحوز أهمية خاصة فإن أهميته في المادة الإدارية أكبر لوجود الإدارة كطرف في النزاع الأمر الذي يزيد من إحتمال وجود التجاوزات خاصة في مجال الصفقات العمومية.

و قد عمد المشرع الجزائري إلى تقنين الإستعجال قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية و العقود الإدارية لأول مرة في القانون 09/08 الصادر بتاريخ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس الإستعجال قبل التعاقدي منذ 1992 بمقتضى القانونين 10/92 الصادر في 1992/01/04 و القانون 1416/93 المؤرخ في 1993/12/29.

و بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لإستعجال ما قبل التعاقد بل اشار في المادة 918 التي نصت على أنه " يأمر قاضي الإستعجال بالتدابير المؤقتة ، لا ينظر في أصل الحق ، و يفصل في أقرب الآجال " إلى بعض خصائصه و مميزاته تاركا مهمة تعريف الإستعجال ما قبل التعاقد إلى الفقه و القضاء. و هو الأمر الذي يؤكد إرادة

المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية و مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية تماشيا مع التعديلات التي شملت هذا القانون(1) ، و التي تجمع في مجملها على أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة (2).

و قد عرف النظام المتعلق بالصفقات العمومية في الجزائر إصلاحات هامة لأجل مسايرة التطورات التي عرفتها البلاد من خلال تحرير الإقتصاد و تنمية القطاع الخاص و عصرنة الإدارة

و ضمان شفافية الصفقات و حرية المنافسة و تكريس الحماية القضائية للمتعاقد فتبقى الصفقة خاضعة لرقابة القضاء الإداري ، الذي يراقب مشروعيتها سواء في مرحلة الإبرام أو في مرحلة التنفيذ.

و بناءا على ذلك فإن موضوع رقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية ، يستمد أهميته من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية و حمايتها من قبل المشرع عن طريق تكريس ترسانة من النصوص القانونية الموضوعية و الإجرائية ، سيما بعد إستحداث المشرع لنصوص خاصة بالقضاء الإستعجالي ، في مجال الصفقات العمومية لأول مرة بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أما أسباب الدراسة فيمكن إجمالها في أسباب شخصية و أخرى موضوعية أما الشخصية فتتلخص أساسا في ميولي للبحث في مادة الصفقات العمومية سيما ما تعلق منها بجانب المنازعات أما الأسباب الموضوعية ، فتعود لكون البحث في مادة الصفقات العمومية يعتبر من الميادين الخصبة بالنظر للتعديلات العديدة التي خضع لها هذا القانون خلال فترات زمنية متقاربة تماشيا مع التطورات الحاصلة في الميدان الإقتصادي و كذا إستحداث نصوص خاصة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تناولت لأول مرة مسألة الإستعجال في مجال الصفقات العمومية.

و حتى نتمكن من الإحاطة بكل جوانب الموضوع إرتأينا طرح الإشكالية التالية: كيف يبسط القضاء الإداري رقابته على الصفقات العمومية ؟ و مدى كفاية الإجراءات المقررة لهذا الغرض ، و الآثار المترتبة عن ذلك ؟.

و الهدف من هذه الدراسة هو معرفة الآليات التي يمارس بها القضاء الإستعجالي رقابته على الصفقات العمومية ، سيما بعد إستحداث نصوص خاصة بذلك و مدى كفاية هذه الرقابة و تحقيق الأهداف المتوخاة منها.

و قد تم إعتماد المنهج التحليلي الوصفي من خلال تحليل بعض النصوص القانونية لمعرفة توجه المشرع و موقف القضاء فيما يخص رقابة القضاء الإستعجالي.

و قد إعتمدنا على بعض الدراسات السابقة التي نذكر منها:

- كتاب بعنوان شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة، جسور للنشر و التوزيع ، 2011 للدكتور عمار بوضياف ،

- آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 لصاحبتها ثياب نادية.

- نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي ، 2012 ، لصاحبه كلوفي عز الدين.

ومن أجل الإحاطة بالموضوع بكل جوانبه قمنا بإتباع خطة متكونة من ثلاثة مباحث حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة الإستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات العمومية و قسمناه إلى مطلبين:

المطلب الأول تناولنا فيه شروط الإستعجال بالطبيعة.

المطلب الثاني تناولنا فيه خصائص الإستعجال بالطبيعة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أما بالنسبة للمبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية و قسمناه إلى مطلبين :

المطلب الأول: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن نطاق الإستعجال القانوني.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.

أما المبحث الثالث فإرتأينا أن نخصصه لدراسة الحكم في الدعوى الإستعجالية و قد قسمناه إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قواعد الإختصاص القضائي .

المطلب الثاني : إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية.

المطلب الثالث: سلطات قاضي الإستعجال و طرق الطعن فيها.

الخاتمــة

المبحث الأول : الإستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات العمومية.

يمكن القول أن الإستعجال بالطبيعة في منازعات الصفقات العمومية هو ذلك الإستعجال الذي تكون منازعته ناتجة عن إشكالات تطرأ أثناء سير الدعوى الإدارية الأصلية أو قبل ممارستها ، تتطلب حلولا إستعجالية تتمثل في إتخاذ إجراءت وقتية أو تحفظية لا تحتمل التأخير ، أو تدعو إليها الضرورة لدفع خطر محدق أو يترتب عليها وضعية يتعذر تدارك نتائجها (3).

ومن ثم فإن منازعات الصفقات العمومية تخضع لهذا النوع من الإستعجال كلما توفرت فيها شروطه (4).و هو ما سنوضحه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: شروط الإستعجال بالطبيعة .

المطلب الثاني : خصائص الإستعجال بالطبيعة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

المطلب الأول: شروط الإستعجال بالطبيعة .

إن الشروط الواجب توفرها في منازعات الصفقات العمومية على غرار باقي منازعات القضاء الإداري بصفة عامة ، حتى تدخل في نطاق اختصاص قضاء الاستعجال بالطبيعة تتمثل في ثلاثة شروط أساسية كما هو الحال في القضاء العادي و تتمثل أساسا في توافر حالات الإستعجال ، عدم المساس بأصل الحق و عدم المساس بالنظام العام.و هو ما سنوضحه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : توافر عنصر الإستعجال.

الفرع الثاني: عدم المساس بأصل الحق.

الفرع الثالث: عدم المساس بالنظام العام.

الفرع الأول : توافر عنصر الإستعجال.

لقد أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المواد 920،921 ، 924 منه إلى شرط توافر حالة الإستعجال ، دون أن تتناوله بالتعريف ، ودون تبيان الحالات التى يتوفر فيها ظرف الاستعجال وتركت ذلك للسلطة

التقديرية للقاضي الاستعجالي الذي يستشفها من خلال ظروف ووقائع كل منازعة تعرض عليه (5).

فقد أورد المشرع في المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه " يمكن لقاضي الإستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه إذا كانت ظروف الإستعجال قائمة ، أن يأمر بكل التدابير الضرورية" .

فحالة الإستعجال إذا تنشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانته و من الظروف المحيطة به لا من فعل الخصوم أو إتفاقهم ، فلا يتوافر الإستعجال لمجرد رغبة المدعي في الحصول على حكم في طلباته بسرعة و من ثمة إذا تأخر المدعي في رفع دعواه أمام القضاء الإستعجالي و كان من شأن هذا التأخير

في الخصومة المطروحة للبحث أن يزيل عن الدعوى صفة الإستعجال ، تعين على القاضي أن يقضي بعدم إختصاصه بنظرها لإنعدام عنصر الإستعجال (6).

إذا فحالة الاستعجال تتعلق بنزاع لا يحتمل الفصل فيه طبقا للإجراءات العادية المعروفة أمام قاضي الموضوع لأنه عادة يتعلق بواقعة سرعان ما تتغير معالمها ، أو خطر وشيك الوقوع يصعب جبره ويستحيل إصلاحه عند حدوثه، ويلاحظ أن حالة الاستعجال تنشأ من طبيعة الحق المطلوب صيانته ومن الظروف المحيطة به ، فلا يمكن أن تكون من فعل الخصوم ولا بناء على الاتفاق المسبق للأطراف ،فلا يتوفر عنصر الاستعجال بمجرد رغبة الأطراف في الحصول على حكم سريع (7).

وإن حالة الاستعجال هذه هي التي أنشأت قضاء الاستعجال بالطبيعة ، إذا يعتبر القاسم المشترك بين القضاء الاستعجال الإداري والقضاء الاستعجال العادي ، ويعتبر هذا الشرط من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفته ، ويتعين على الجهة القضائية المختصة إثارته تلقائيا، ويتم تسبيب الحكم على هذا الأساس وعند انعدامه يتم رفض الطلب طبقا للمادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإداية ، ولا يتم التصريح بعدم الاختصاص النوعي بالرغم من أن إنعدام حالة الاستعجال هذه تجعل من قضاة الموضوع هم المختصين بالفصل في المنازعة كما هو الحال بالنسبة للقضاء العادي.

و يجب أن يتوافر عنصر الإستعجال عند رفع الدعوى و عند الفصل فيها (8) و قد إستقر القضاء على أن قاضي الإستعجال يقدر مدى توافر عنصر

الإستعجال عند الفصل في الدعوى المعروضة عليه ، و سنده في ذلك هو أن تقدير قاضي الأمور المستعجلة لأسباب الإستعجال التي تسوغ إختصاصه ، بنظر الدعوى يجب أن لا يتقيد بوقت رفعها بل بما قام منها وقت الفصل فيها .

و كمثال على ذلك ما قضى به مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 2000/12/20 في قضية شركة كوديال ضد والي ولاية وهران بعدم تعرض هذا الأخير لباخرة " دندان" التابعة للشركة المستأنفة في تفريغ حمولتها من القمح معتبرا بقاء البضاعة في الباخرة دون تفريغها ، سيلحق ضررا بمالك الشركة خاصة فيما تعلق بتكاليف رسو الباخرة بالميناء هذا من جهة و من جهة أخرى إحتمال تلف البضاعة نظرا لظروف تخزينها مما يجعل عنصر الإستعجال قائما (9).

و في نفس الصدد إعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/12/20 ملف رقم 101267 (10) الفاصل في النزاع القائم بين وكالة حماية التراث و والي الجزائر " أن الأشغال الجارية لإنجاز موقف للسيارات و معهد للموسيقى ، على موقع إيكوسيوم العتيقة القريب جدا من المسجد الكبير و الزاوية المحصنة الجاري ترميمها يعد مساسا بالمعلمين التاريخيين و هذا ما يبرر قيام عناصر حالة الإستعجال ، مما يتعين معه الأمر بوقف الأشغال الجارية ".

و من هنا يعتبر عنصر الإستعجال شرطا أساسيا في كل دعوى إستعجالية إدارية يجب توافره حتى ينعقد إختصاص القاضي الإداري الإستعجالي و من جملة الأسباب التي تنشئ حالة الإستعجال ما يلي :

1/ حالة الخطر : و يقصد به الخطر في التأخير أو الخشية من فوات الوقت قبل تحقق الحماية الوقتية للحق أو المركز القانوني ، و يشترط في الخطر أن يكون حقيقيا وحالا و محدقا .

2/ حالة الضرر: يجب أن يكون الضرر مستقبلا و وشيك الوقوع و لا يلزم أن يكون قد تحقق و إلا زالت عليه الحماية الوقتية المستعجلة ، لأن الوظيفة الوقائية للقضاء المستعجل هي حماية للطالب من ضرر محتمل و ليست غاية جزائية تستهدف إزالة ضرر حل أو تحقق.

3/ حالة الضرورة : يمكن أن يرجع إلى ضرورة الإبقاء على السير العادي للمرفق العام أو إعادة ذلك أو التنفيذ العادي للأشغال(11).

و يمكن القول أن الإستعجال كشرط للإختصاص بالدعاوى المستعجلة هو شرط مستمر لا يلزم توافره عند رفع الدعوى فقط و إنما يلزم توافره خلال كافة مراحلها ووقت صدور الأمر المستعجل فيها.

الفرع الثاني: عدم المساس بأصل الحق.

يشترط في قضاء الإستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق ولا يتطرق إلى صميم موضوع النزاع و أنه لا يتحرك إلا إذا كنا بصدد خطر داهم و سريع التغير ، و أن تحركه هذا يكون لأجل إتخاذ أمر قضائي وليس إصدار حكم يقضي بإلغاء القرار قصد إيقاف تنفيذه وعلى ضوء ذلك فهو غير مختص نوعيا بالفصل في موضوع الحق المتنازع عليه بشكل قطعي إذ أن ذلك شأن قاضي الموضوع (12).

إذ يختص قاضي الأمور المستعجلة بالتدابير الوقائية أو الإجراءات الوقتية ، فأصل إختصاص القاضي و المطلوب منه هو إتخاذ أمر عاجل و ألا يتعرض أبدا لموضوع النزاع و بناءا على ذلك يحظر على قاضي الإستعجال إبطال قرار ما أو القضاء بالتعويض مع الفوائد (13) و قد أشارت المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى هذا الشرط بصريح العبارة حيث جاء فيها ".....لا ينظر في أصل الحق....." و لكنه لم يعطي تعريفا لعنصر عدم المساس بأصل الحق و ترك الأمر للقضاء (14) و يمكن القول أنه إتخذ موقفا مشابها لموقف المشرع الفرنسي هذا الأخير الذي إستعمل مصطلحين مختلفين و هما عدم المساس بأصل الحق و عدم الفصل في الموضوع (15).

و يسوغ لقاضي الإستعجال الإطلاع على مستندات الخصوم المتعلقة بأصل الحق لكن ليس بغرض الحسم في موضوع النزاع بل ليتوصل إلى معرفة أي الطرفين أجدر بالحماية القضائية المؤقتة.

و حتى لا يمس القاضي الإستعجالي بأصل الحق فإنه يمنع عليه تناول موضوع الحق بالدراسة من حيث الشرح و التفسير ، الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع كما أن عليه أن لا يتعرض القاضي الإستعجالي أثناء تسبيب

الأمر الصادر منه إلى الفصل في موضوع النزاع ، فعليه أن يترك جوهر النزاع سليما يفصل فيه قاضي الموضوع المختص به أصلا و أساسا (16).

و إذا تعلقت الطلبات الواردة في دعوى الإستعجال بالطبيعة إلى أصل الحق حكم القاضي الإستعجالي بعدم الإختصاص كون النزاع يمس بأصل الحق و هو من إختصاص قاضي الموضوع و لكن التطبيق الحرفي لنص المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يؤدي إلى الحكم برفض الطلب (17).

الفرع الثالث: عدم المساس بالنظام العام.

يتعين على قاضي الإستعجال الإداري التحقق قبل الفصل بإتخاذ أي تدبير وقائي أو مؤقت من عدم مساس المنازعة بالنظام العام و الأمن العام، الذي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديده دون التأثر بإدعاءات الأطراف و دفوعهم بما في ذلك الإدارة.

ـ و إن شرط عدم المساس بالنظام العام كان منصوصا عليه ضمن المادة 171 مكرر الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية الملغى بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلا أن المشرع لم يورده بعد التعديل ضمن شروط الإستعجال و لم ينص عليه صراحة ، إلا أنه تمت الإشارة إليه في المادة 932 منه ، عندما خصه بإستثناء عن باقي الدفوع ، إذ يجوز لهيئة القضاء الإستعجالي أن تخبر الخصوم بالأوجه المثارة المتعلقة بالنظام العام خلال الجلسة خلافا لباقي الأوجه مهما كانت طبيعتها خلافا للمادة 843 من ق إ م و إ و أن المادة 932 جاءت كإستثناء لها (18).

و بناءا على ذلك فإن جميع منازعات الصفقات العمومية إذ توافرت فيها تلك الشروط مجتمعة تكون من إختصاص القضاء الإستعجالي بالطبيعة وفقا للقواعد العامة للإستعجال المقررة ضمن ق إ م و إ ، سواء كانت في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو كانت في مرحلة التنفيذ و إن كان هذا النوع من الإستعجال يتعلق أساسا بمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ (19)،بإعتبار أن الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية مجاله مرحلة الإبرام (20).

المطلب الثاني : خصائص الإستعجال بالطبيعة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إن الإستعجال بالطبيعة في ظل ق إ م و إ يتميز بعدة خصائص أهمها أن الحكم الصادر عنه يتميز بالطابع المؤقت ، كما أنه يندرج ضمن الإختصاص النوعي و يتميز أيضا بالتشكيلة الجماعية التي تفصل فيه و هو ما سنتناوله من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الطابع المؤقت للحكم الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة .

إن الأمر الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة تكون له حجية مؤقتة و ينتهي أثره بمجرد الفصل في دعوى الموضوع ، و لا يحوز قوة الشيء المقضي فيه كونه ذو طابع وقائي ووقتي (21).

و يترتب عن هذه الخاصية أنه يجوز لقاضي الإستعجال الرجوع فيه كلما ظهرت مقتضيات جديدة بطلب من كل ذي مصلحة طبقا لما كرسته المادة 922 من ق إ م و إ ، و أن قاضي الموضوع الناظر في أصل الحق غير ملزم بالتقيد به فهو بهذا يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الموضوع ، كما يختلف عن حجية الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال القانوني كما يتميز الحكم الصادر عن القضاء الإستعجالي بأنه معجل النفاذ و غير قابل للمعارضة و لا للإعتراض على النفاذ المعجل أما عن طرق الطعن فيخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الإستعجالية ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الثاني: قضاء الإستعجال بالطبيعة يندرج ضمن الإختصاص النوعي.

إن الإستعجال بالطبيعة الذي بشترط لإنعقاده توافر عنصر الإستعجال و عدم المساس بأصل الحق و عدم المساس بالنظام العام ، هو من قبيل الإختصاص النوعي بين قاضي الموضوع و قاضي الأمور المستعجلة و بإعتبار أن الإختصاص النوعي من النظام العام فإنه يجوز للأطراف الدفع بعدم الإختصاص إذا تخلف أي شرط من الشروط سالفة الذكر ، و ذلك خلال أية مرحلة كانت عليها الدعوى ويجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، و ليس للخصوم أن يتفقوا على مخالفتها.

الفرع الثالث: التشكيلة الفاصلة في الإستعجال الإداري بالطبيعة .

لقد تبني المشرع الجزائري التشكيلة الجماعية للفصل في القضايا الإستعجالية ، و هذا لاستعادة قاضي الإستعجال إختصاص الأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بعدما إستقر الإجتهاد القضائي على منح هذا الإختصاص إلى

قاضي الموضوع ، بناء على تفسير مجلس الدولة للمادة 170 فقرة 11 من قانون الإجراءات المدنية (22) و لعل ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بهذا الشأن أكثر موضوعية و فعالية باعتبار أن القضاة الذين يفصلون في الدعوى الإستعجالية هم الذين يفصلون في دعوى الموضوع بالتشكيلة الجماعية نفسها حتى يتحقق الإنسجام بين الأحكام القضائية عندما تصدر عن نفس التشكيلة القضائية.

وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بالتشكيلة الفردية لقضاء الإستعجال الإداري ، مكلفا بها رئيس المحكمة الإدارية أو أي قاض منتدب لذلك (23).

المبحث الثاني: الإستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية.

إن الإستعجال القانوني هو أبرز خاصية تتمتع بها منازعات الصفقات العمومية ، و قد خصه المشرع بنص المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

و المقصود بالإستعجال القانوني في هذا المجال أنه في هذا النوع من منازعات الصفقات العمومية يؤول الإختصاص إلى قضاء الإستعجال بنص القانون، حتى و لو لم تتوفر فيه شروط الإستعجال من حالة الإستعجال و عدم المساس بأصل الحق، أي أن قاضي الإستعجال و هو يفصل في هذه المنازعة التي آلت إليه بنص القانون فإنه لا ينظر إلى مدى توفر عنصر الإستعجال من عدمه ، و إنما ينظر إلى مدى دخول الحالة ضمن الحالات المنصوص عليها قانونا ، إضافة إلى أنه يتصدى للموضوع و يفصل في أصل الحق.

و تندرج منازعات إبرام الصفقات العمومية في نطاق الإستعجال القانوني ، لذا سيتم تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق قضاء الإستعجال القانوني و محاولة معرفة الغاية من إدراج هذا الصنف من المنازعات ضمن قضاء الإستعجال . و من أجل تفعيل دور قضاء الإستعجال في مجال الصفقات العمومية ، تم الإعلان عن تكريس قواعد خاصة تشكل خروجا عن القواعد العامة رغبة من المشرع في تفعيل آليات الرقابة على الصفقات العمومية.و هو الأمر الذي سنوضحه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن نطاق الإستعجال القانوني.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.

المطلب الأول: تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تندرج ضمن نطاق الإستعجال القانوني.

لقد أخضع المشرع الجزائري بعض المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية لإختصاص القضاء الإستعجالي بنص القانون و بالنظر لطبيعة هذه المنازعات نجدها تخص مرحلة الإبرام .

و بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده نص على هذه المنازعات في المادة 946 منه و التي ورد فيها " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية .

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية ، يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

لقد عددت الفقرة الأولى من هذه المادة صنفين من منازعات الصفقات العمومية تدخل ضمن إختصاص قضاء الإستعجال و التي يمكن حصرها في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة ، بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة و هو ما تؤكده الفقرة الثالثة من ذات المادة و التي جاء فيها أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

و بناءا على ذلك فإن جميع الإجراءات التي تتخذ في مرحلة الإبرام سواء تعلقت بإبرام الصفقة أو تأهيل المرشحين أو الإقصاء أو المشاركة أو إختيار المتعامل المتعاقد لها علاقة بالإشهار و المنافسة.

و ذلك تقيدا باحترام مبادىء حرية الوصول للطلبات العمومية، مساواة في معاملة المرشحين، و شفافية الإجراءات ، و من أجل هذا وضع تنظيم الصفقات العمومية لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام .

إن المصلحة المتعاقدة و هي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام للصفقة العمومية، فإن تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية ذلك أن كل إجراء تقوم به تجسده ضمن قرار إداري معين ، و بالنسبة لمرحلة الإبرام تتمثل أساسا في قرارات الإعلان عن الصفقة العمومية، قرارات المنح المؤقت ، قرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية ، و قرارات إلغاء الصفقة العمومية التي تتخذ قبل إبرامها و قرار إبرام الصفقة العمومية في حد ذاته ، و هي في مجملها قرارات ضرورية في تكوين عقد الصفقة العمومية و لكنها غير مرتبطة بها ذلك أنها تعتبر من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة و التي يتم الطعن فيها إستقلالا أمام قضاء الإستعجال القانوني.

و قد أخضع المشرع الجزائري منازعات إبرام الصفقات لإجراءات الإستعجال القانوني حماية للمصلحة المتعاقدة ، من أجل أن يتم إنجاز المشروع في آجاله تحقيقا للنفع العام و لمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له تنفيذ إلتزاماته ، و كذلك لمصلحة الغير القائم بالطعن حتى يتحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال (24).

و إضافة إلى الإعتبارات المتعلقة بالمال العام فتقرير الإستعجال في منازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام يحقق أغراض أخرى يمكن إجمالها في :

_ تعزيز آليات الرقابة في مجال الصفقات العمومية

_ حماية قواعد العلانية و المنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية من الإنتهاكات الخطيرة.

_ رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من الشفافية و حماية المتعامل المتعاقد.

و بتأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي حقق تطورا كبيرا في حماية مبادئ المساواة ، العلانية ، و المنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية (25) .

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية.

إضافة للشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية و المتمثلة أساسا في الإستعجال ، و الذي نصت عليه المواد 919 ،921 ، 924 ، 925 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا عدم المساس بأصل الحق ، و الذي نصت عليه المادة 918 من نفس القانون و كذا شرط الجدية ، و الذي يقتضي أنه لنشأة الدعوى الإستعجالية أن يكون هناك

إحتمال لوجود حق و هو ما يثبت جدية طلب المدعي ، و يترتب على تخلف هذا الشرط عدم قبول الدعوى المستعجلة فلا بد من توافر جملة من الشروط الخاصة (26) و التي سنوضحها من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول: الشروط الشكلية.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

الفرع الأول: الشروط الشكلية.

01/ صفة المدعي في دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد.

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أوسع و أشمل من شرط الصفة المتعارف عليه في القواعد العامة (27) ذلك انها تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون(28).

02/ ميعاد رفع دعوى إستعجال ما قبل التعاقد.

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة على غرار المشرع الفرنسي أجلا أو ميعادا لرفع الدعوى ، إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم و يستشف من عبارة " إذا أبرم العقد " إمكانية رفع دعوى الإستعجال في العقود و الصفقات بعد إبرام العقد (29) و هو إجراء غير معروف في القانون المقارن، إذ يرفض القضاء الفرنسي دعوى الإستعجال التي ترفع بعد إبرام العقد .

و بذلك فإن حق اللجوء للقضاء الإستعجالي سواء قبل أو بعد إبرام الصفقة العمومية مكفول لصاحب المصلحة ، رغبة من المشرع في مكافحة أي إخلال يمس الصفقة العمومية سواء قبل أو بعد الإبرام.

إن الطابع الوقائي للدعوى يفرض أن ترفع قبل إبرام العقد حيث يمارس القاضي الإستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للقيام بإلتزاماته ، أو يأمر بتأجيل العقد طبقا لما نصت عليه الفقرتين 4 و 6 من المادة 946 أما في حال أبرم العقد فما فائدة هذه الدعوى سيما أنها ذات طابع وقائي.

و في كل الحالات فإن الحكم الصادر لفائدة المدعي و القاضي بتأجيل إمضاء العقد في حالة دعوى الإستعجال لا يمكن له أن يؤجل ذلك إلا لفترة أقصاها 20 يوما إبتداءا من تاريخ الإخطار.

إلى جانب محدودية أجل البت في القضية الإستعجالية للصفقة بالنسبة للقاضي فهي أيضا غير ممكنة إذا تم إمضاء الصفقة بين الأطراف المتعاقدة ، و التي تمثل نقطة توقف صلاحيات قضاء إجراءات التعاقد و بدء إختصاصات قاضي الموضوع.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية .

إن سبب اللجوء لقضاء الإستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية يرتبط أساسا بالإخلال بقواعد المنافسة و الإشهار و يعتبر إنتهاكا لهذه القواعد ما يلي :

1/ خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية: بموجب نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، فإن الإشهار الصحفي يعد إجراءا جوهريا لإبرام الصفقة العمومية و هو الأمر الذي يضمن مبدأي العلانية و حرية المنافسة.

2/ إختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب: حدد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من المادة 25 إلى المادة 34 من المرسوم 250/02 (30) ، وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها (31) لذا فإن إستخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة .

3/ وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي : قد تخص المصلحة المتعاقدة أحد المترشحين بعنصر تفضيلي على حساب البقية ، و هذا يعتبر إنتهاكا لقواعد المنافسة و على هذا الأساس يمكن القول مثلا أن وضع مواصفات معقدة عند الإعلان عن الصفقة ، بهدف حصر المنافسة بين متعاقدين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة.

4/ الحرمان أو الإستبعاد من الصفقة دون وجه حق : يقصد بالحرمان من دخول الصفقة الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون ، فإذا طبقت الإدارة هذا الإجراء على مترشح ما دون سند قانوني كان له الحق في رفع الدعوى الإستعجالية .

أما الإستبعاد من الصفقة فيكون بإخراج عطاء عن دائرة المنافسة بعد إستلامه لعدم مطابقته للمواصفات المطلوبة ، فإذا تعسفت الإدارة في إستعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء لقضاء الإستعجال ما قبل التعاقد.

5/ الإخلال بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد : لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير الإختيار فجاءت المواد من 53 إلى 58 ، لتؤكد على إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين كما منعت المادة 80 تفاوض المصلحة المتعاقدة مع المتعهدين في إجراء طلب العروض لإختيار الشريك المتعاقد فإذا ثبت عدم إلتزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الإختيار كان ذلك دليلا على خرق صارخ و خطير لمبدأ المنافسة.

المبحث الثالث : الحكم في الدعوى الإستعجالية:

إن النهاية الطبيعية لكل دعوى منشورة أمام القضاء أيا كانت طبيعة النزاع هو صدور حكم بشأنها يفصل في الدعوى المرفوعة (32) و هو الحال بالنسبة للدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية ، التي تخضع لنفس الأحكام المقررة للدعوى الإستعجالية الإدارية من حيث قواعد الإختصاص و الإجراءات المتبعة ، مع وجود بعض الإختلافات المتعلقة أساسا بالتشكيلة و بسلطات قاضي الإستعجال في هذا المجال و هو ما سنوضحه من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: قواعد الإختصاص القضائي .

المطلب الثاني : إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية.

المطلب الثالث : سلطات قاضي الإستعجالي و طرق الطعن فيها.

المطلب الأول: قواعد الإختصاص القضائي .

لقد حمل القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م و إ قواعد إجرائية جديدة مغايرة لتلك التي كانت مكرسة في القانون السابق. ذلك أنه بالرجوع لنص المادة 917 منه نجدها تنص على أنه " يفصل في مادة الإستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البحث في دعوى الموضوع " أي أن الهيئة القضائية التي تفصل في دعوى إلغاء القرار المخالف لقواعد العلانية و المنافسة هي التي تفصل في الدعوى الإستعجالية .

أي أن المشرع قد وحد الجهة الناظرة في الدعويين، و قد أوكل المشرع الإختصاص للقضاء الإداري ممثلا في المحكمة الإدارية (33) للنظر في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية ، و هو الأمر الذي نصت عليه المادة 946 من ق إ م و إ و التي جاء فيها " أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة

الإخلال بإلتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية ".

و أنه بالرجوع لنص المادتين 946 و 947 المنظمتين لهذه الدعوى نجد أن المشرع قد أشار فقط إلى إختصاص المحكمة الإدارية دون الإشارة إلى إختصاص مجلس الدولة بنظر هذه الدعوى ، سواء بإعتباره من جهة درجة أولى في الدعوى الإستعجالية المتعلقة بالإخلال بقواعد المنافسة و العلانية في الصفقات العمومية المركزية فيما يخص القرارات الإدارية المركزية المنفصلة عن الصفقة و بإعتباره من جهة أخرى إستئناف تنظر في القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية.

المطلب الثاني : إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية.

نصت المادة 946 من ق إ م و إ على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها العقود و الصفقات . و غرض المشرع من ذلك هو فرض التطبيق الصارم لأحكام تنظيم الصفقات العمومية .

و تجدر الإشارة إلى أن الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري في مادة الصفقات العمومية لا تختلف عن غيرها من القضايا الأخرى التي وردت في باب الإستعجال من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هو ما سنبينه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: العريضة و الشروط المتعلقة بها.

الفرع الثاني : التكليف بالحضور.

الفرع الثالث : التبليغ.

الفرع الأول: العريضة و الشروط المتعلقة بها.

بصدور القانون 09/08 المعدل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية جاءت المادتين 815 و 826 منه لتشترط عند رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية أن يتم ذلك بموجب عريضة موقعة من محام و ذلك تحت طائلة عدم القبول ، و تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 منه و يقصد بهم الدولة و الولاية و البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل ، حيث توقع العرائض و مذكرات

الدفاع و مذكرات التدخل المقدمة بإسم الدولة أو بإسم الأشخاص المشار إليهم في المادة 800 من طرف الممثل القانوني.

كما يجب أن تتضمن مجموعة من البيانات المتمثلة أساسا في البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 15 من ق إ م و إ و أخرى متصلة بسير الدعوى : و تتمثل في البيانات المنصوص عليها في المواد 240،169،17،16،14،13،12 و كذا المواد من 815 إلى 827 و المواد 904 ، 905 ، 906 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفرع الثاني : التكليف بالحضور.

تنص المادة 929 من ق إ م و إ على أنه عندما يخطر قاضي الإستعجال بطلبات مؤسسة وفقا لأحكام المادة 919 أو المادة 920 يستدعى الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال بمختلف الطرق و هذا تكريسا لمبدأ الوجاهية المطبق في القضاء الإداري و يكون التكليف بالحضور طبقا لمقتضيات المادة 408 من قانون الإجراءات المدنية و ما يليها.

الفرع الثالث : التبليغ.

تنص المادة 928 من ق إ م و إ على أن العريضة تبلغ رسميا للمدعى عليهم و تمنح الخصوم آجالا قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرة الرد و إلا إستغنيا عليها دون إعذار

ينطبق على مادة إبرام العقود و الصفقات العمومية نفس الإجراءات التي تنطبق على الإستعجال في المواد الأخرى من حيث تدابير التحقيق و التبليغ ، ففيما يخص إجراء التحقيق يجوز للقاضي بناءا على عريضة و لو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو التحقيق.

و في مجال التبليغ الرسمي فإنه يتم التبليغ الرسمي للعريضة حالا من قبل المحكمة إلى المدعى عليه مع تحديد أجل الرد.

المطلب الثالث : سلطات قاضي الإستعجالي و طرق الطعن فيها.

تنعقد الجلسات بصفة علانية مع إحترام مبدأ الوجاهية تجسيدا لمبدأ حق الدفاع و بنفس الكيفيات المتبعة في مجال القضاء الإداري و هو ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : سلطات قاضي الإستعجال في مادة الصفقات العمومية.

الفرع الثاني : طرق الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية في مادة إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الأول : سلطات قاضي الإستعجال في مادة الصفقات العمومية.

لقد قام المشرع الجزائري بإدراج نصوص خاصة و جديدة بموجب القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي من بينها النص على الإستعجال في مجال العقود الإدارية و الصفقات العمومية ، و تم بموجب المادة 946 منه النص على جملة من السلطات التي منحت للقاضي الإستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية ، ذلك أنه يملك طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سلطة الأمر و فرض الغرامة التهديدية و وقف كل القرارات و الإجراءات المتصلة بعملية الإبرام و هو أيضا الأمر الذي يملكه القاضي الفرنسي طبقا للمادتين 220 و 230 من القانون الفرنسي (34).

أولا / سلطة توقيع الغرامات التهديدية.

يمكن تعريف الغرامة التهديدية بأنها إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية بما فيها الأوامر الإستعجالية (35) وهناك مبررات موضوعية و قانونية ، تبرر اللجوء إليها في القضاء الإداري بعد صدور قرارات عديدة من قبل مجلس الدولة في هذا المجال (36):

- إذا كان هناك إمتناع الإدارة عن تنفيذ إلتزام بعمل أو إمتناع عن عمل دون مبرر شرعي و هذا مبرر موضوعي (37).
- أما المبرر القانوني نصت عليه المادتين نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث أجازت اللجوء للغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية ، و ذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار و المنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة.

في إطار تدعيم سلطات القاضي الإداري الإستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية ، جاءت الفقرة الخامسة من المادة 946 من ق إ م و إ و التي منحت له سلطة توجيه الغرامة التهديدية في مواجهة المخالف لإلتزامات الإشهار و المنافسة. و التي تسري حسب الفقرة الخامسة من تاريخ إنقضاء الأجل الذي حددته المحكمة.

ثانيا / سلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة.

بمجرد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار و المنافسة فإنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد و بالتالي فالمحكمة لها السلطة التقديرية في ذلك. و يقصد بإمضاء العقد في هذا المجال توقيع الإتفاقية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد الذي تم إختياره دون إحترام إجراءات المنافسة و الإشهار.

يؤجل توقيع الصفقة في هذه الحالة إلى نهاية الإجراءات القضائية أمام المحكمة الإدارية على أن لا تتجاوز المدة عشرون يوما (20 يوما) ، فقد حدد المشرع أجلا معقولا يتناسب و طبيعة القضية الإستعجالية و يراعي عدم تعطيل سير المرفق العام فهو الأجل نفسه المخصص للفصل في القضية حسب ما جاء في المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثالثا / سلطة القاضي في توجيه أمر للإدارة : يملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة للإمتثال لإلتزاماتها و كان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة إذ يحكمه مبدأ إجرائي مفاده أن " القاضي يحكم و لا يدير" (38) و هو الموقف الذي تراجع عنه فيما بعد ، و قام المشرع الجزائري بتجسيد ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 فأصبح بإمكان القاضي الإستعجالي توجيه أمر للإدارة لتفي بإلتزاماتها في مجالي المنافسة و العلانية فله أن يأمرها بنشر أو بإعادة نشر الإعلان في الصحف اليومية ، كما أنه بإمكانه أن يوجه لها أمرا بقبول مرشح محروم أو تم إستبعاده من دخول الصفقة بطريقة تعسفية .

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري ساير بموجب هذه التعديلات نظيره الفرنسي الذي يسمح للقاضي بإتخاذ جملة من الإجراءات القطعية (39) المتمثلة أساسا في سلطتي إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد و إبطال بعض الشروط التعاقدية (40)إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضيلي ، إذ أن السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في إتخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبت في الموضوع و هذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الإستعجالية العادية ، و أهم شروطها أن القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد (41) يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري .

كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظل سليمة حتى تفصل فيه محكمة الموضوع (42).

و يمكن القول أن هذه الدعوى تعتبر أسلوبا خاصا من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب و القبول في معرض إبرام الصفقات العمومية ، وتتحدد مهمة القاضي هنا في تقدير قانونية الإجراءات المتبعة من طرف السلطات الإدارية المعنية بإبرام الصفقة و مراقبة مدى إحترامها لإلتزاماتها المتعلقة بالمنافسة و الإشهار (43).

الفرع الثاني : طرق الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية في مادة إبرام الصفقات العمومية.

بالرجوع للمادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أنها لم تورد نصا خاصا حول إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية ، فيما يخص الدعوى الإستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية مما يدفعنا إلى الرجوع للقواعد العامة.

أولا: الطعن بالإستئناف.

بالرجوع للمادة 949 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيما يخص الطعن بالإستئناف فهي تجيز إستئناف الأوامر الإستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، و تحدد لهذا الغرض أجل أقصر من أجل الإستئناف العادي و هو أجل 15 يوما يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر إلى المعني أو من تاريخ إنقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا.

ثانيا : الطعن بالمعارضة.

من خلال نص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نستنتج أيضا إمكانية الطعن في الأمر بالمعارضة ، لكن الإشكال يثور إذا ما رجعنا للمادة 953 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تذكر حق الطعن بالمعارضة في القرارات و الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية و مجلس الدولة دون أن تشير إلى الأوامر.

الخاتمـــــــة -

إن القضاء الإستعجالي الموضوعي هو إجراء قضائي خاص ذو أصل تشريعي أوروبي يهدف إلى حماية قواعد العلانية و المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية ، بضمان الشفافية للمتعاملين و قد إستحدثه المشرع الجزائري لأول مرة بموجب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 09/08 و خصه بالمادتين 946 و 947 منه ، و هذا تماشيا مع التعديلات المتتالية لقانون الصفقات العمومية بعد أن أدرك المشرع ضرورة هذا الإجراء و أهميته على إعتبار أن دعوى الإلغاء الموجهة أساسا ضد القرارات الإدارية المنفصلة تكاد في بعض الأحيان تفقد نجاعتها ، لأن الفصل فيها يكون عادة بعد توقيع العقد أو حتى بعد تنفيذه سيما مع عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد نفسه ، و تتميز الدعوى الإستعجالية المستحدثة بموجب المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالخصائص التالية:

- قيام المشرع بتحديد آجال الفصل في المنازعة المعروضة عليه خلال 20 يوما من تاريخ إخطار المحكمة الإدارية بالعريضة الإفتتاحية ، مع أن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تقضي أن تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة.

و تنتهي الدعوى بصدور حكم عن قضاء الإستعجال القانوني يتعلق بالبت في منازعات الصفقة العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام ، و هو حكم قطعي فاصل في أصل الحق و يتميز بالحجية ذاتها التي يتميز بها الحكم الصادر عن قضاء الموضوع على خلاف الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال بالطبيعة

- دعوى قضائية قبل تعاقدية يتم اللجوء إليها في مرحلة الإبرام لحماية قواعد العلانية و المنافسة.

- يتمتع القاضي الإداري بمناسبة الفصل فيها بصلاحيات واسعة تتمثل أساسا في الأمر و الوقف و الإلغاء دون إمكانية منح التعويض.

- توكل مهمة الفصل فيها إلى التشكيلة الجماعية التي تفصل في دعوى الموضوع و تسمح للقاضي الإستعجالي بالتدخل قصد تأجيل إبرام الصفقات ،

التي لم تحترم فيها الإجراءات المتعلقة بالإشهار و المنافسة على أن لا يتجاوز التأجيل 20 يوما.

- يتمتع القاضي الإداري الإستعجالي بإمكانية تسليط الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة في حالة عدم إمتثالها لإلتزاماتها في الآجال المحددة لذلك.

- في حالة تأكد القاضي الإداري الإستعجالي من أن الدعوى لا تنطبق عليها المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يصدر أمرا برفضها و تستمر عملية إبرام الصفقة بصورة عادية.

- و يؤخذ على المشرع الجزائري أنه بالرجوع للمادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية اللتين تعتبران الإطار القانوني المنظم لرقابة القضاء الإستعجالي على الصفقات العمومية نجدهما نصتا فقط على الإختصاص القضائي للمحكمة الإدارية ، دون الإشارة إلى إختصاص مجلس الدولة بإعتباره جهة إستئناف من جهة و درجة أولى فيما يخص الدعاوى الإستعجالية المتعلقة بالإخلال بقواعد المنافسة و العلانية في الصفقات العمومية المركزية ، كما أن المشرع لم يخص هذه الدعوى بإجراءات خاصة على عكس المشرع الفرنسي رغم إعطائه سلطات واسعة للقاضي الإداري كسلطة فرض الغرامة التهديدية و تأجيل إمضاء الصفقة.أيضا غياب أحكام خاصة بإستئناف أحكام المحكمة الإدارية في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية يحتم علينا اللجوء للقواعد العامة التي نصت عليها المادة 950 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و التي تنص على أن أجل الإستئناف يخفض إلى 15 يوما بالنسبة للأوامر الإستعجالية و من الأفضل لو أن المشرع نص على صدورها إبتدائية و نهائية ليجعلها اكثر نجاعة سيما أن الفصل فيها يكون بتشكيلة جماعية مع وجوب منح صلاحيات أوسع للهيئة الفاصلة في مثل هذه الدعوى.

و مع ذلك يمكننا القول مبدئيا أنه حسنا فعل المشرع بسلوكه هذا المسلك و تكريسه لرقابة القضاء الإستعجالي في منازعات الصفقات العمومية و وضعه لنصوص خاصة بذلك و التي تعتبر من المستجدات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 ، حماية للمتعامل المتعاقد و حماية لمبدأ الشفافية و مبدأ المنافسة سعيا منه في النهاية لحماية المال العام.

قائمة الهوامش

(1). الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن قانون الصفقات العمومية (ج . ر عدد 52) المعدل بالمرسوم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي (ج . ر عدد15) و المعدل بالمرسوم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 (ج . ر عدد 57).المعدل بالمرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 (ج . ر عدد 52)المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج . ر عدد 58)المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في أول مارس 2011 (ج . ر عدد 14)، المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 (ج . ر عدد 04)و المرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013 (ج . ر عدد 02) . المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام (ج . ر عدد 50).

(2). لتفصيل أكثر راجع: د.عمار بوضياف،شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2011، الطبعة الثالثة، ص 33 و ما يليها.

(3). د. مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية : نظرية الإختصاص ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009، ص 133.

(4). عز الدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي ، الجزائر 2012 ، ص 126.

(5). د.عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الثاني ، الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2013، الطبعة الأولى ، ص 233 و ما يليها.

(6). يوسف يعقوبي ، الإستعجال في المادة الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختارعنابة ، 2011/2010، ص 09.

(7). عز الدين كلوفي ، المرجع السابق، ص 128.

(8). محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، الجزء الأول، مصر ، دون ذكر تاريخ نشر ، ص 27.

(9). لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 48.

(10). أنظر المجلة القضائية ، المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر ، العدد 03 لسنة 1994.

(11). لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 48.

(12). سامي بن فرحات، الوجيز في قضاء الامور المستعجلة،المكتب الجامعي الحديث ،القاهرة ، 2005 ، ص 57.

(13). عبد القادر عدو ، المنازعات الإدارية ، دار هومة للنشر و التوزيع ، بوزريعة ، الجزائر ، طبعة 2012 ، ص 274.

(14). د.عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ،المرجع السابق ، ص 238 و 239.

(15). لتفصيل أكثر راجع: بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطابع عمار قرفي ، الجزائر ، 1993 ، ص 55.

(16). عمار بوجادي، إختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الإستعجالية ،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول ، تيزي وزو ، 2007 ، ص 93 ، 94.

(17). شريف شريفي ، دور القاضي الإداري الإستعجالي في حماية مبدأ حرية المنافسة في العقود الإدارية ،الملتقى الدولي حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي ، يومي 29 و30 نوفمبر 2011 ، ص 15.

(18). عز الدين كلوفي ، المرجع السابق ، ص 130.

(19). LAJOYE Christophe , Droit de marches public, BERTI edition , Alger, 2007, P205 .

(20). عز الدين كلوفي ، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(21). نادية ثياب ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2013/2012، ص 259.

(22). رمضان غناي ، قراءة اولية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 09، 2009،ص 49.

(23). RICHER Laurent,Droit des contrats administratifs,5eme, Editions , L . G. D . J ,Paris,2006 ,p169,170.

(24). نادية ثياب ، المرجع ،السابق ، ص263.

(25). سلوى بومقورة ، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري ، المركز الجامعي الوادي ، يومي 29 و 30 نوفمبر 2011 ، ص 06.

(26). تعتبر المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الإطار القانوني للدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية و التي تبين خصوصيتها سواء من حيث صفة المدعي أو من حيث مواعيد رفعها.

(27). بومقورة سلوى ، المرجع السابق ، ص 07.

(28). لتفصيل أكثر راجع : رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية : شروط قبول الدعوى الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009، ، الطبعة الثالثة ، ص 263 و ما يليها.

(29). SHWARTS Rémy,le juge français des référés administratifs, Revue du conseil d'Etat,N °4,Paris,2003,P72.

(30). و تقابلها المواد من 39إلى 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

(31). لتفصيل أكثر راجع :د.عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى ، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ، ص91 و ما يليها.

(32). د.عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول الإطار النظري للمنازعات الإدارية ، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013 ، الطبعة الأولى ، ص 351.

(33). تتمتع المحاكم الإدارية بالإختصاص العام و الولاية العامة في المادة الإدارية طبقا للقانون 02/98 المؤرخ في 1998/05/30 المتضمن المحاكم الإدارية (ج . ر عدد 37).المتعلق بالمحاكم الإدارية .

لتفصيل أكثر راجع : محمد الصغير بعلي ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2005 ، ص 83.

(34). حورية بن أحمد ، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام ، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2011/2010 ، ص 50.

(35). د. أبو يونس محمد باهي ، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية ، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الثالثة ، 2012/2011 ، ص 58، 59.

(36). لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، 2008 ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، ص 115 إلى غاية الصفحة 121.

لتفصيل أكثر راجع : د. عمار بوضياف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر 2009 ، الطبعة الأولى ، ص 213 إلى غاية الصفحة 226.

(37). لتفصيل أكثر راجع : مهند مختار نوح ، الإيجاب و القبول في العقد الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005 ، الطبعة الأولى ، ص 874 و ما يليها.

- سعيد سليماني ، دور القاضي في معالجة منازعات عقود الإدارة ، مجلة كلية الحقوق ، دراسات قانونية ، العدد 04 ، جامعة تلمسان ، الجزائر، 2007 ، ص 227 و ما يليها.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، المرجع السابق، ص 268.

(38). محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن – آلية وقائية لحماية المال العام - ، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية ، كلية الحقوق ، يوم 20 ماي 2013 ، ص 14 و15.

(39). Patricia GRELLIER BESSMENN ,Le mémento des marchés publics des travaux , Editions ,EVRILLES ,PARIS,2002,p,133.

(40). Patricia GRELLIER BESSMENN ,op ,cit ,p,133.

(41). حسين فريجة ، الإستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 26 ، الجزائر، 2003 ، ص 26.

(42). Andre DE – LAUBADERE – DELVOLVE et MODERNE, Traite des contras administratifs ,T2,L,G,D,F,PARIS , 1984,p,104.

(43). شريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية العدد02 ، 2010 ص 83.