الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

لعلام محمد مهدي♦

ملخص

يرغب المشرع الجزائري وقبله الفرنسي في تأمين أكبر قدر من الحماية لقواعد ومبادئ إبرام الصفقات العمومية كقواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي يفرضها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. أوجد بديلا أكثر فعالية من خلال استحداثه دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق تلك المبادئ، وحماية حقوق الغير المتولدة عنها (المترشحين المستبعدين).

هذا البديل تم النص عنه في المواد 946 و947 من ق. إ. م. وإ. وجعلها منازعة من منازعات القضاء الاستعجالي الذي يتم من خلاله حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال ومستعجل قبل إبرام الصفقة العمومية، ومنح قاضي الاستعجال سلطات واسعة غير مألوفة في المنازعات العادية.

كلمات مفتاحية: منازعات الصفقات العمومية، المنافسة، إشهار، سلطات قاضي الاستعجال.

Résumé :

Le législateur algérien, à l'instar de son homologue français, veut consolider le plus possible l'application effective des règles et des principes de la passation des marchés publics, telles que les règles

♦أستاذ مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان.

de publicité, de concurrence et d'égalité édictées par le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public. A cet effet, il a mis en œuvre un nouveau mécanisme, lequel est prévu par les articles 946 et 947 du C.P.C.A donnant droit à l'intéressé d'opter pour une action en référé à travers laquelle l'application des règles de publicité et de concurrence peut être protégée efficacement bien avant la passation du marché public. De par ces règles, il est reconnu au juge de référé des prérogatives qu'il ne peut en avoir dans les litiges normaux.

Mots-clés : Contentieux, des marchés publics, concurrence, publicité, prérogatives, magistrat, référé.

Summary:

Algerian legislator and before him the French one, wished ensure the greatest possible protection rules and principles of public acts singing, such as advertising rules, competition and equality enacted by presidential decree No. 15-247 on the organization of public contracts and delegation of public services, has found an alternative way by creating a new action to address disputes arising from the violation of its principles and the protection of third party rights (excluded candidates).

This lean was enacted by sections 946 and 947 of A.C.P.L and can be subject to a special hearing by which the rules of public nature and competition can be effectively protected before the acts signing and assigns to the special hearing judge prerogatives than it can be in normal cases.

Keywords: litigation of public contracts, competition, advertising, prerogatives of the special hearing judge.

مقدمة

كما هو معلوم، فإن المصلحة المتعاقدة كأصل عام ليست حرة في اختيار المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية les marchés publics، وإنما لابد لها أن تتقيد بالشروط والاجراءات التي يفرضها عليها قانون الصفقات العمومية المنصوص عنها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]. وذلك تكريسا للشفافية وخضوعا لمبدأ المشروعيةle principe de légalité، ومع ذلك يبقى لها مجال من الحرية تستعمل فيه سلطتها التقديرية لاختيار الأفضل من بين العروض المقدمة أمامها تحت رقابة القضاء.

وبما أن الصفقات العمومية تعد قسما مهما من أقسام العقود الإدارية، فإنها تستحق فرض نظام قانوني خاص يكفل احترام قواعد الشفافية المنافسة، خاصة لتعلقها بالمال العام للدولة وسير المرفق العام Le service public. ومن أهم المبادئ التي يفرضها قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعاقد معها من أجل ضمان منع التمييز والمحاباة والانحياز هما مبدأي المنافسة والإعلان.

ويقصد بمبدأ المنافسة فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، والمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن تتعامل المصلحة المتعاقدة مع كل المتنافسين المترشحين على قدم المساواة وألا تعطي ميزة تفضيلية لأحدهم على حساب الاخرين من أقرانه[2]. أما مبدأ العلانية فيتجسد في الدعوة إلى التعاقد من خلال الاعلان عن الصفقة في وسائل الاعلام المختلفة -وبذلك تكون العلانية كمقدمة لفتح باب المنافسة العادلة-.

[1] جريدة رسمية، عدد 50، مؤرخة في 20 -09- 2015.

[2]أنظر، مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، **2005**، ص**496**.

هذان المبدآن تبناهما المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي ألغى سابقه[1]. غير أن النص على هذه المبادئ وتركها من دون وسائل تكفل احترامها يجعلها في حكم العدم، وهو ما عمل عليه المشرع من خلال التنصيص على مجموعة من الوسائل القانونية التي تكفل احترامها ومنها ما هو غير قضائي وما هو قضائي يهم هذه الدراسة.

ونظرا لعدم فعالية الوسائل القضائية التقليدية كدعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة المستوحاة من نظرية الأعمال المنفصلة Théorie de l'acte détachable، بحكم أن القاضي يبت فيها غالبا بعد إبرام الصفقة وفي بعض الأحيان بعد تنفيذها، لتنتفي أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للمترشح المقصي.

ولذلك تدارك المشرع الجزائري وقبله الفرنسي هذا الوضع وأوجد بديلا أكثر فعالية باستحداثه دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق تلك المبادئ في التوقيت المناسب من خلال المادتان 946 و947 من القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية[2]. ومن هنا تظهر أهمية الوسيلة المستحدثة والمتمثلة في الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية. ليتم التساؤل عن النظام القانوني الذي يحكمها؟ والإجابة على هذا التساؤل تكون من خلال مطلبين: - أولهما يبحث في ماهية الدعوى أو القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية؛ والثاني سيهتم بنظامها القضائي.

---

[1] وكرسهما سابقا في المواد **03** و**45** و**49** من المرسوم الرئاسي الملغى10-236 الصادر في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم؛ جريدة رسمية، عدد **58**، مؤرخة في 07-10-**2010**.

[2] جريدة رسمية، العدد21، مؤرخة في 23-04-2008.

Article L551-1-2 du code de justice administrative (CJA), https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016.

المطلب الأول: ماهية القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

يُشكل القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد Référé précontractuel حاليا جزء مهما من منازعات الصفقات العمومية، ولتسليط الضوء على هذه المنازعة بخصوصياتها لابد من التطرق لمفهوم القضاء الاستعجالي، ثم شروط قيامه أو بالأحرى شروط قبول الدعوى الاستعجالية.

الفرع الأول : مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية

يستلزم البحث في مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية بيان الدعوى الاستعجالية من خلال التطرق لتعريف القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية وتطوره التاريخي.

أولا.- تعريفه

لقد أغفل المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي وضع تعريف للقضاء الاستعجالي، وتُركت المسألة للفقه والقضاء الإداريين، وعرفه الأستاذ Merignhac على أنه: الاجراء الذي يكون الهدف منه الفصل وبأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، لكن فقط بطريقة مؤقتة ومن دون المساس بأصل الحق[1].

[1]أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص12؛ وعرفته محكمة النقض المصرية بقولها:" يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر التدخل لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت". نقلا عن، بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجابة، السنة03، 2012، المجلد 05، العدد01، ص 31.

أما القضاء الاستعجالي السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية فيُعرف على أنه:" إجراء قضائي مستعجل من نوع خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعل قبل اتمام ابرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"[1].

والنصوص الناظمة لهذه الدعوى أُسست على فكرة السرعة وبصيغة الاستعجال، إذ يتعيَن على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يُخشى على ضياعه إن تمَّت الصفقة أو البدء في تنفيذها.

ثانيا.- تطوره التاريخي أو مصدره

يرجع الفضل لهذا النوع من القضاء للمشرع الأوروبي حرصا منه على إيجاد دعوى قضائية فعالة تضمن احترام الأحكام الأوربية في نطاق المنافسة والعلانية، وفي سبيل ذلك أصدر التعليمة 89-665 التي وردت تحت مُسمى طعن ورقابة في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال سعيا منه لتكريس التجانس التشريعي بين دول الاتحاد[2]. وتبعا لذلك رضخ المشرع الفرنسي لهذه التعليمة بموجب القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04

[1] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص **841**.

[2]Directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989«portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux », dite directive recours-secteurs classiques, et de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992 «portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications», dite directive recours-secteurs exclus. Cité par, Julien PIASECKI, L'office du juge administratif des référés, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université du Sud-Toulon Var, Faculté de DROIT de Toulon, 2008, p137.

/1992/01[1]؛ وتم ادراج أحكامهما في المادتين 22 و23 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية السابق؛ وأخيرا كُرست في المادة 551-1-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي[2].

الفرع الثاني: شروط قبول الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

إلى جانب الشروط العامة المطلوبة في كل دعوى استعجالية، والمتمثلة في الشروط الموضوعية لقبول الدعوى كشرط الاستعجال L'urgence الذي يأخذ بمفهوم الضرر أو الخطر المحدق على مصلحة المدعي، وهو ما يتجلى في مسألة تفويت فرصة الضفر بالصفقة، وبالتالي إذا كان يُمكن تدارك الفرصة من دون الحاجة للتدخل المُستعجل فلا وجود للاستعجال[3]؛ وشرطي الجدية وعدم المساس بأصل الحق[4]؛ هناك مجموعة من الشروط الشكلية الخاصة التي تميز هذه الدعوى بالذات على النحو التالي:

[1]لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص**268** .

[2] Code de justice administrative (CJA), https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016.

[3]المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم يعرف الاستعجال واكتفى بإدراجه كشرط جوهري لرفع الدعوى في المواد919-921-924-925 من ق. إ. م. وإ. ويعرف الاستعجال على أنه: تلك الضرورة التي لا تحتمل التأخير، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي مواجهته برفع دعوى عادية. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص**13.**

[4]وشرط الجدية يتلخص في احتمال وجود تعرض للحق المكرس قانونا نتيجة الاخلال بمبدئي الإشهار والمنافسة وحماية قانونية لهما؛ غير أن شرط عدم المساس بأصل لا يمكن تصوره في هذه الدعوى كونه يتنافى مع السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي بموجب المادة 946 من ق. إ. م. وإ. مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص846؛ ويرتبط شرط الجدية في نظام وقف تنفيذ القرارات الادارية بعدم المشروعية الظاهرة من أوراق الدعوى ليُرجح احتمال إلغاء القرار المطلوب وقف تنفيذه. أنظر، محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الاداري، الطابع الاستثنائي لنظام الوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2007، ص610.

أولا -. صفة المدعيqualité de requérant

تُكتسب صفة المدعى في الدعوى الاستعجالية بناء على المصلحة الخاصة بالمدعى؛ أو بحكم القانون الذي يُعين صاحبها[1].

أ. **الصفة بناء على المصلحة:** يكتسب هذه الصفة جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقود والصفقات العمومية، وهم المترشحين المقصيين والمتضررين نتيجة الاخلال بقواعد العلانية والمنافسة لتتجاوزهم فُرصة نيل الصفقة والضفر بها، كما هو وارد في قراءة نص المادة 551-1و2 من قانون القضاء الاداري الفرنسي؛ والمادة 946-2 من ق. إ. م. وإ، سابق الاشارة إليهما.

ب. **الصفة بحكم القانون:** فالمدعي في هذه الحالة لا يكون من أحد المتنافسين أو المترشحين، وإنما يكون أحد الأشخاص العامة الرسمية بحيث يمنح له القانون صراحة حق تحريك الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية في حالة خرق قواعد العلانية والمنافسة من أجل حماية المال العام ومكافحة الفساد. وهذا ما جاء به ق. إ. م. وإ، في نص المادة946-2 حيث تنص على أنه:" يتم هذا الأخطار من قبل...؛ وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية". ليعتبر ممثل الدولة حارسا للمشروعية المتعلقة بإبرام العقود والصفقات العمومية[2].

ثانيا.- قاعدة القرار السابق

القاعدة العامة أن الدعوى القضائية لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار إداري، فإذا لم تتخذ الإدارة قرارا بشأن نزاعها مع المترشح ضمن الصفقة العمومية، يجب على المدعى استصدار

[1] أنظر، بن أحمد حورية، دور القاضي الاداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2011، ص56.

[2] ماذا عن إغفال اخطار ممثل الدولة في الصفقات التي تختص بها السلطات المركزية ؟.

قرار في شكل طلب يتقدم به إلى الإدارة المعنية بغية تصحيح الأوضاء القانونية المتعلقة بمبادئ ابرام الصفقات العمومية. والهدف من مبدأ القرار المسبق يكمن في الوقوف على موقف الإدارة بما سيصدر عنها من قرار في هذا الصدد، ومنحها فرصة الرجوع عن الخطأ الذي يكون أجدى وأسرع حتى من مراجعة القضاء المستعجل[1].

غير أن التشدد في هذا الشرط سوف يكون في غير صالح هذه الدعوى، لأن المصلحة المتعاقدة سوف تعلم مسبقا بأن هناك من سيخاصمها، مما قد تسارع في اتمام ابرام الصفقة أو حتى تنفيذها، وهو ما تفطن له المشرع الفرنسي وأعفى المدعي من هذا الشرط في قانون قضاءه الإداري المستعجل ل2000/02/30[2].

أما المشرع الجزائري فلم يشترط هذا القرار ضمن أحكام المادة 946 من ق.إ.م.إ. واكتفى بالنص على بتحرير عريضة افتتاحية تتضمن أوجه الاخلال بالالتزامات الاشهار والمنافسة الواجب توافرها في إبرام الصفقات العمومية.

ثالثا.- شرط النطاق الزمني لرفع الدعوى الاستعجالية:

حيث يشترط أن ترفع قبل اتمام ابرام الصفقة العمومية، وهذا يتماشى مع طبيعتها الوقائية من أجل تصحيح المخالفات التي تمس بمبدأي الاشهار والمنافسة في مرحلة متقدمة ودرئا للضرر غير قابل للإصلاح قبل فوات الأوان، وذلك حتى يكون للإجراءات التي يتخذها القاضي الاستعجالي معنا من الناحية الواقعية.

[1] أنظر، عمار مرشحة ومحمد سعيد غندور، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، 2014، المجلد 20، العدد2، ص338.

[2] أنظر، شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 36.

ويترتب على مبدأ إلزامية الدعوى الاستعجالية قبل إبرام العقد عدم إمكانية توجيه هذه الدعوى ضد قرار توقيع الصفقة، وهذا منطقي لأنه بذلك يصبح تداخل بين مجال اختصاص القاضي الإداري كقاضي إلغاء؛ وكقاضي استعجال، وبالتالي يعمل هذا الشرط على وضع حدود بين الاختصاصين. ويُصبح الطلب الاستعجالي الموجه بعد توقيع العقد غير ذي صلة[1].

غير أنَّ هذا الشرط قد يُعطي منفذاً للالتفاف على نزاهة إبرام العقود الادارية وحجب نظر القاضي على المخالفات المرتكبة من خلال الإسراع في إبرام العقود الإدارية. ومن هنا فإن المشرع الفرنسي وحرصا منه على تحقيق فاعلية هذه الدعوى استحدث نوعا آخر إلى جانب الاستعجال ما قبل التعاقدي، ويتعلق الأمر **بالاستعجال التعاقدي Référé contractuel** الذي يُمكن مباشرته **بعد توقيع العقد**، وهو ما جاء به الأمر 2009-515 الصادر في 07-05-2009، الذي أُدمجت أحكامه في فقرات المادة 551-13-14-15-16[2]؛ والمستوحات قبل ذلك من اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير الصادر بتاريخ 16-07-2007[3]، والذي أعطى ولأول مرة للمرشحين المستبعدين الحق في اللجوء إلى القضاء بعد ابرام العقد، وهو ما يُساهم في تفعيل الدعاوى الخاصة بالعقود الادارية قبل وبعد توقيعها بما يتماشى مع مقتضيات الأمن القانوني وحماية مبادئ ابرام العقود الادارية، وبذلك يكون قد تدارك هفوة النطاق الزمني المُقرر في الدعوى الأولى قبل التعاقدية، ووسع كذلك من دائرة الأشخاص المستفيدين منها بعد توقيع العقد لتشمل كل المترشحين بعدما

[1] Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2010, p. 147.

[2] Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009, p . 7796. https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016.

[3] C. E, Assemblée., 16 juil. 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation, n° 291545. http://www.conseil-etat.fr. 11/02/2016.

كانت منازعات العقود بعد توقيعها تقتصر على أطرافها فقط[1]. أما المشرع الجزائري من خلال المادة 946-3 إكتفى بعبارة:" يجوز اخطار المحكمة الادارية قبل ابرام العقد". ليجد المدعي نفسه في سباق مع الزمن حتى تُقبل دعواه[2].

المطلب الثاني: النظام القضائي للدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

كون هذه الدعوى من الضمانات المستحدثة لمجابهة امتيازات السلطة العامة، كانت هناك أسباب تبرر وجودها (الفرع الثاني)؛ وإذا تحققت تلك الأسباب يتصدى لها القاضي الاستعجالي عن طريق مجموعة من السلطات غير المألوفة حتى في الاستعجال العام أو العادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية

هي تلك التجاوزات الواقعة على مبادئ إبرام الصفقات العمومية من اشهار ومنافسة، والمنصوص عنها في مختلف القانونين ذات الصلة، وعلى وجه الخصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة

[1]Pour plus de détails, cons. Franck MODERNE, Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5, pp.917 et s; Marguerite CANEDO-PARIS, Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5, pp.935 et s ; Dominique POUYAUD, Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5, pp.923 et s.

[2] انظر، غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الادارية، دار هومه، الجزائر، 2014، ص263.

إليه؛ والمادة 09 من القانون رقم 06-01 الصادر في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1]؛ وكذلك الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة[2]، المعدل والمتمم بموجب كل من القانون رقم 08-12 الصادر في 25 جوان 2008[3]؛ والقانون رقم 10-05 الصادر في 15 أوت 2010[4]. وتظهر في عدة صور، منها:

أولا.- خرق قواعد الاعلان عن الصفقة:

يُعد خرقا لهذه القواعد عدم الاعلان عن الصفقة في الحالة التي يكون فيها الاشهار الصحفي إلزاميا[5]، أو إعلان ناقص ومعيب كالنشر في جريدة يومية واحدة في حين أن القانون يشترط النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي؛ وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني أو المحلي أو الجهوي طبقا للمادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه؛ أو عدم تضمين الاعلان لكامل المعلومات اللازمة المنصوص عنها في المادة 62 من نفس المرسوم.

ثانيا.- اختيار إجراء أو طريقة إبرام الصفقة في غير موضعها:

القاعدة العامة أن إبرام الصفقات العمومية تكون وفقا لطريقة طلب العروض، أما الاستثناء هي طريقة التراضي طبقا لما يحدده القانون[6]. وبالتالي يؤدي استعمال هاتين

[1] جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 08-03-2006.

[2] جريدة رسمية، عدد 43، مؤرخة في 20-07-2003.

[3] جريدة رسمية، عدد 36، مؤرخة في 02-07-2008.

[4] جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 18-08-2010.

[5] المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

[6] المادة 39 من نفس المرسوم.

الطريقتين في غير موضعهما إلى خرق التزامات المنافسة كأن تستخدم الإدارة طريقة التراضي في غير الحالات الاستثنائية المحددة على سبيل الحصر، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تحيل إلى المادة 49 من نفس المرسوم.

ثالثا.- عدم احترام المواصفات والخاصيات التقنية:

يجب أن لا تكون إحدى المواصفات التقنية تنطوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب أقرانه من المتعاملين الآخرين. واستنادا لذلك فإن وضع مواصفات أكثر تعقيدا من المواصفات المنصوص عنها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247؛ والأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، سابق الاشارة إليهما، من شأنه أن يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المترشحين وحصر المنافسة بين مُترشحين معينين ليقصى آخرين.

رابعا.- قبول الإدارة العروض رغم عدم احترامها لبعض الأوضاع القانونية:

إذا كان تغاضي الإدارة عن هذه الأوضاع لا يمس بالتزامات المنافسة، فهي لا تشكل خرقا يؤدي لتحريك الدعوى الاستعجالية، أما إذا كانت تؤثر في صحة الصفقات العمومية، فإنها تُعتبر خرقا يستدعي تدخل القاضي الإداري بناء على إرادة أصحاب المصالح. وبالمقابل فإن المخالفات التي تُؤثر على مشروعية عملية الإبرام من غير أن تمس بمبدأ العلانية والمنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تكون محلا للدعوى الاستعجالية، ونتيجة ذلك أنه لا يُمكن الطعن فيها عن طريق هذه الدعوى، وإنما يبقى للمدعي اللجوء نحو الطرق الأخرى للتقاضي، لأن القاضي المستعجل لا يكون مختصا في هذه الحالة لعدم توفر عنصر الاستعجال المرتبط بخرق مبادئ الاشهار والمنافسة وتفويت فرصة الضفر بالصفقة.

خامسا.- اخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد اختيار المتعاقد

وضع المشرع معايير لاختيار المتعاقد مع الإدارة من خلال القسم الخاص بتأهيل المترشحين في المواد 53 إلى 58 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سابق الإشارة إليه، وذلك للتأكد من الإمكانيات الحقيقية للمتعاقد. وأكد في المادة 78 من القسم الخاص باختيار المتعامل المتعاقد على المساوات وعدم التمييز في تطبيق معايير اختيار المتعامل المتعاقد، وأن تتماشى تلك المعايير مع موضوع الصفقة. وتكريسا للشفافية أيضا تم منع أي تفاوض في مرحلتي تقديم العروض وبعد فتح الأضرفة[1].

الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تتمتع بامتيازات عند ابرام العقود والصفقات العمومية، وهي سلطات لا يتمتع بها أحد أشخاص قانون الخاص عند ابرام عقود تخضع لأحكام القانون الخاص، فإن مجابهة تلك الامتيازات تستدعي منح القاضي الاستعجالي المزيد من السلطات[2]. وتعكس سُلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد، دخوله في نظر موضوع الدعوى وأصل الحق بصفه مباشرة خلافا للأصل المتعارف عليه في القضاء الاستعجالي العادي الذي لا يُسمح له فيه إلا البت في الطلب المستعجل المتعلِّق بالحفاظ على الحق أو تجنب الضرر بإجراء مؤقت، ليبقى الموضوع من اختصاص قاضي الموضوع. وهي تلك الواردة في المادة551-2 من تقنين القضاء الاداري الفرنسي[3]؛ والمادة 946من ق.إ.م.إ، الجزائري، وتندرج هذه السلطات ضمن قسمين:

[1] المادة 80 من نفس المرسوم.

[2] شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 209.

[3] Article L 551-2 du CJA :

أولا.- الإجراءات التحفظيةLes mesures provisoires

يملك القاضي الإداري الاستعجالي سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام، وهي إجراءات يتحفظ بموجبها على العمليات المعيبة نتيجة الاخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، وتتلخص كالتالي:

آ.- سلطة الأمرL'injonction:

والأمر يهدف إلى الزام المصلحة المتعاقدة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، حيث تنص المادة946-4 على أنه:" يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه". وسلطة الأمر في هذا السياق عُنوانها تعديل المصلحة المتعاقدة للإجراءات والعمليات التي شابتها عيوب نتيجة اخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة.

ب.- سلطة فرض الغرامة التهديدية لضمان تنفيذ أوامره Astreinte:

الغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية[1]، حيث أن القاضي يستطيع بناء عليها أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينيا خلال مدة معينة، فإذا تأخر

- Injonction de se conformer à ses obligations de publicité et mise en concurrence ;
- Suspension de la procédure ou de toute décision se rapportant à la passation du contrat ;
-Annulation de toute décision se rapportant à la passation du contrat ;
- Suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat.

[1]للاستزادة حول هذه المسألة، انظر، محمد باهي أبوا يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الإحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي...، ط ، درا الجامعة الجديدة، الاسكندرية، **2012** ، ص **52**وما بعدها.

كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الاخلال بالالتزام[1]. وهو الاجراء الوارد في الفقرة 05 من المادة 946 من ق. إ. م. وإ. حيث تُفرض في حالة امتناع أو تأخر المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ الأوامر الصدرة بموجب الفقرة04 من نفس المادة، وتسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد للخضوع والامتثال للالتزامات[2].

وما تجدر الإشارة إليه بخصوص السلطتين أعلاه، سلطة توجيه الأمر؛ سلطة توقيع الغرامات التهديدية، هو أنه لا يتم توقيعُهُما من طرف القاضي الاستعجالي إلا إذا ثبُتت المخالفة في حق المدعى عليه وهذا لا يتحقق إلا إذا نظر القاضي في موضوع الدعوى، وهو ما يشكل مساسا بأصل الحق كشرط لقبول الدعوى الاستعجالية العادية. وهذا ما يؤكد الطبيعة الموضوعية للدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية(تجمع بين الوقائية وموضوعية هجومية).

ت.- سلطة التأجيل أو الوقفSuspension:

وللقاضي سلطة تأجيل امضاء الصفقة متى استشعر أن اختيار المتعاقد قد تم دون احترام إجراءات المنافسة والإشهار، ويؤجل توقيع الصفقة في هذه الحالة إلى نهاية الإجراءات القضائية أمام المحكمة الإدارية، على أن لا تتجاوز مدة التأجيل عشرون (20) يوما طبقا للفقرة 06 من المادة 946 من ق. إ. م. وإ. ولقد راعى المشرع من خلال هذا التأجيل التريث لغاية صدور الأمر لتفادي نتائج يُصعب تداركها[3].

[1] انظر، براهيمي سهام وبراهيمي فائزة، الاعتراف القانوني للقاضي الإداري بمواجهة الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية، مجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن جامعة ورقلة، الجزائر، **2010**، العدد10، ص**217**.

[2] ويجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغاءها عند الضرورة ، طبقا للمادة 984 ق. إ. م. وإ.

[3] وهو الأجل نفسه المخصص للفصل في القضية كما هو وارد في المادة 947 ق. إ. م. وإ.

وعلى خلاف السلطتين السابقتين المذكورتين أعلاه، فإن هذه السلطة (سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد) تجعل منها دعوى وقائية محضة يُباشرها القاضي بمجرد إخطاره بالدعوى ولا يحتاج فيها للتأكد من ثبوت المخالفة.(حيث أنه لم يتعرض بعد لأصل الحق).

ثانيا.- الإجراءات القطعية Les mesures définitives

تُفيد الاجراءات القطعية التي يتخذها القاضي الاداري المستعجل وبطبيعة الحال بعد النظر في موضوع الدعوى وأصل الحق، إزاحة جميع العمليات المعيبة نتيجة الاخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. وتتضمن هذه الإجراءات سلطات كاملة تسمح له بالتصدي للخرق المرتكب. وتظهر هذه السلطات بوضوح في المادة 551-2 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي، ونتعرض لكل سلطة على حدى:

آ.- سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد:

إنّ الإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات التي تُعبر عن عملية مركبة قابلة للانفصال وتشكل جوهر عملية الابرام، ويُمكن للقاضي مهاجمة تلك القرارات والغاءها إذا كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة كما هو الحال غالبا في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق[1]، غير أنه مع توقيع العقد وإن كان معيبا فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته.

[1] انظر، بروك حليمة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2014، العدد 11، ص308.

ب.- سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية:

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه إذا كانت هذه الشروط تنطوي على اخلال بالقواعد المتطلبة[1]، كأن تنطوي على عنصر تفضيلي لمتعامل على حساب أقرانه.

وأمام هذه الامتيازات الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى، ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟ استقر الرأي على اعتبارها دعوى من نوع خاص ومن قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض[2].

وتتوج هذه الدعوى بأمر في غضون 20 يوما ابتداء من رفعها (المادة 947 ق. إ. م. وإ.) له حجية تُلزم أطراف الدعوى؛ ويمكن استئنافه أمام مجلس الدولة في غضون 15 يوما من تاريخ تبليغه (المادة 950 ق. إ. م. وإ.).

خاتمة

وفي ختام دراسة هذه الدعوى المستحدثة في ق. إ. م. وإ، يمكن القول بأنها دعوى استثنائية بامتياز كونها (دعوى وقائية- تصحيحية تمس الموضوع)، تسمح بالتدخل في الوقت المناسب استعجاليا لمعالجة وتعديل الأوضاع والأعمال القانونية المرتبطة بإبرام العقد التي شابها اخلال بمبدأي الإعلان والمنافسة، لتصبح تقنية فعالة في مكافحة الفساد مُباشرة أثناء وقوعه. وإذا لم تنصاع المصلحة المتعاقد للأمر الاستعجالي بالمثول لالتزاماتها

[1] عمار مرشحة ومحمد سعيد غندور، المرجع السابق، ص342.

[2] مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 878.

وسارعت لإبرام الصفقة وتنفيذها، فإنها تعتبر سيئة النية، وندخل في موضوع آخر متعلق بالمتابعات الجنائية المنصوص عنها في قانون مكافحة الفساد 06- 01 سابق الاشارة إليه، كالتبليغ عن جنحة منح امتيازات أو محاباة. ويمكن تسجيل بعض الملاحظات:

_ زيادة على الطابع المُعجل لهذه الدعوى كالاستعجال العام أو العادي، إلا أنها لا تتقيد بشرط عدم المساس بأصل الحق، ويمكن تسميتها بالدعوى **الاستعجالية الموضوعية السابقة على التعاقد،** فالقاضي الاستعجالي بموجبها ينظر في أصل الحق أو موضوع الدعوى ويتخذ إجراءات نهائية في الموضوع.

_ رغم منح القاضي الإداري الجزائري سلطات قوية بموجب هذه الدعوى طبقا للمادة 946 من ق. إ. م. وإ، إلا أنها لم تنص بصريح العبارة على سلطتي إلغاء القرارات الإدارية والشروط التعاقدية التي مسها الاخلال بمبادئ ابرام الصفقات العمومية؛ وهذا على خلاف صراحة المادة 551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي في ذلك. ورغم ذلك فإن التمعن في آثار الأمر الذي يوجهه القاضي الإداري الجزائري تجعلنا أمام نفس آثار سلطات القاضي الفرنسي.

كما يمكن ملاحظة بعض الاغفالات التشريعية من خلال دراسة المادة 946 من ق. إ. م. وإ.:

_ تم تنصيب ممثل الدولة على مستوى الولاية (الوالي أو مدير المؤسسة العمومية المحلية ذات الطابع الإداري) كحارس لمبدئي الإعلان والمنافسة من خلال منحه آلية تحريك الدعوى الاستعجالية في حالة خرق تلك المبادئ، إلا أنها أغفلت الهيأة المكلفة بالإخطار في حالة الصفقات التي تبرمها السلطات المركزية، وهذا يدعوا للتساؤل حول من يملك الصفة القانونية للإخطار في مثل هذه الصفقات. كذلك وفي نفس السياق عدم ذكر مجلس الدولة

والاكتفاء بالمحاكم الادارية مما يدعوا للتساؤل حول مدى وجود قضاء استعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها السلطات المركزية.

_ لقد عممت المادة946من ق. إ. م. وإ. إختصاص القاضي الاستعجالي بجميع الصفقات ومنها حتى تلك المبرمة من طرف مؤسسات عمومية تجارية واقتصادية رغم أنها ليست ذات طبيعة إدارية، خاصة وأن القاضي الإداري غير متمسك باختصاصه النظر في منازعات الصفقات التي تبرمها تلك المؤسسات باعتماده على المعيار العضوي.

_ وفي الأخير ومن أجل تفعيل الحماية المستعجلة في الصفقات العمومية، على المشرع الجزائري أن يستدرك نقائص هذه الدعوى ويُدعمها بدعوى ثانية وهي دعوى الاستعجال التعاقديRéféré contractuel مثلما فعل المشرع الفرنسي في فقرات المادة551-13-14-15-16 من قانون قضاءه الاداري. ليُحقق حماية مستعجلة قبل ابرام العقد(قبلية أو سابقة) وأخرى بعد توقيعه(بعدية)، الأمر الذي جعل منها حماية متقدمة تجاوزت هفوة الشرط الزمني المقرر في الدعوى الأولى (قبل التعاقد)، ووسعت من دائرة الأشخاص المستفيدين منها بعد ابرام العقد لتشمل كل المترشحين أصحاب المصالح بما يتماشى مع مقتضيات الأمن القانوني، بعدما كانت منازعات العقود بعد توقيعها تقتصر على أطرافها.

قائـمـة المراجع

أولا: الكتب

_شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

_غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الادارية، دار هومه، الجزائر، 2014.

_لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومه، الجزائر، 2007.

_محمد باهي أبوا يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الإحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي...، ط3 ، درا الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

_محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الاداري، الطابع الاستثنائي لنظام الوقف، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2007.

_مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

_Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2010.

ثانيا: المقالات

_ براهيمي سهام وبراهيمي فائزة، الاعتراف القانوني للقاضي الإداري بمواجهة الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية، مجلة دفاتر السياسة والقانون الصادرة عن جامعة ورقلة، الجزائر ، 2010، العدد10.

_ بروك حليمة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2014، العدد 11.

_ بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجابة، السنة03، 2012، المجلد 05، العدد01.

_ عمار مرشحة ومحمد سعيد غندور، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابقة للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، 2014، المجلد 20، العدد2.

_Dominique POUYAUD, Un nouveau recours contentieux: le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic-Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5.

_Franck MODERNE, Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5.

_Marguerite CANEDO-PARIS, Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation- Guadeloupe, RFDA, 2007, n°5.

ثالثا: رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

_ بن أحمد حورية، دور القاضي الاداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2011.

_Julien PIASECKI, L'office du juge administratif des référes, Thèse pour le Doctorat de Droit public, Université du Sud-Toulon Var, Faculté de DROIT de Toulon, 2008.

رابعا: النصوص القانونية

_ الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة ،جريدة رسمية، عدد 43، مؤرخة في 20-07-2003.

_ القانون رقم 06-01 الصادر في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 08-03-2006.

_القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فبراير2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، جريدة رسمية، العدد21، مؤرخة في 23-04-2008.

_ القانون رقم 08-12 الصادر في 25 جوان 2008، يُتمم ويُعدل الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية، عدد 36، مؤرخة في 02-07-2008.

_ القانون رقم 10-05 الصادر في 15 أوت 2010، يُتمم ويُعدل الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية، عدد 46، مؤرخة في 18-08-2010.

_المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية، عدد 50، مؤرخة في 20 -09-2015.

_المرسوم الرئاسي الملغى10-236 الصادر في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم؛ جريدة رسمية، عدد 58، مؤرخة في 07-10-2010.

_Code de justice administrative (CJA), https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016.

_Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009, page 7796. https://www.legifrance.gouv.fr. 11/02/2016.

_ C. E, Assemblée., 16 juil. 2007, Société Tropic- Travaux- Signalisation, n° 291545. http://www.conseil-etat.fr. 11/02/2016