أ/ طويرات عبد الرحمان

عنوان المقال

سلطات قاضي الاستعجال الإداري قبل إبرام عقد الأشغال العامة

ملخص:

رغبة من المشرع الجزائري في تأمين أكبر قدر من الحماية لقواعد ومبادئ إبرام الصفقات العمومية كقواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي يفرضها المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومكافحة الفساد فيها، أوجد بديلا أكثر فعالية من خلال استحداثه دعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن خرق تلك المبادئ، وحماية حقوق الغير المتولدة عنها، وجعلها منازعة من منازعات القضاء الإستعجالي 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.

الكلمات المفتاحية: سلطات قاضي الاستعجال، الإشهار ، المنافسة، منازعات الصفقات العمومية

Résumé :

Le législateur algérienont souhaité assurer le plus possible la protection des règles et des principes de la passation des marché publics telles que les règles de publicité, de concurrence et d'égalité édictées par le décret présidentiel 15-247 portant organisation des marchés publics et délégation des service public, ainsi que la lutte contre la corruption, a trouvé un moyen de remplacement par la création d'une nouvelle action pour contrer les litiges découlant de l'infraction de ses principes et la protection des droits des tiers, et peut faire l'objet d'une action en référé par laquelle les règles de publicité et de concurrence peuvent être protégées efficacement avant la passation du marché public et attribue au juge de référé des prérogatives qu'il ne peut en avoir dans les litiges normaux

Mots-clés prérogatives du juge de référé - publicité -concurrence - Le contentieux des marchés publics

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة في مختلف هياكلها على المستوى المحلى والمركزي، ونظرا للأهمية البالغة لعقود الصفقات العمومية وخاصة عقد الأشغال العامة، باعتبارها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام وإشباع الحاجات العامة، وكذا باعتبارها وسيلة تضمن الحفاظ على

تسيير المال العام في الدولة . فقد حرص المشرع الجزائري على النص على جميع الأحكام والإجراءات الخاصة لإبرام الصفقات العمومية، وإلزام جهة الإدارة (المصلحة المتعاقدة) على ضرورة إتباع هذه المراحل والإجراءات أثناء لجوئها إلى التعاقد ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

تخضع الصفقات العمومية خلال مراحل إبرامها وتنفيذها لرقابات عديدة، حيث تبدأ من الرقابة الداخلية عن طريق لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهي رقابة سابقة على مرحلة الإبرام وهو ما يضمن قدر من الشفافية على هذه المرحلة، إلا انه يؤخذ على هذه الرقابة أنها تمارس داخل المصلحة المتعاقدة، وليس لها دور تقريري، فقراراتها غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة والكلمة الأخيرة تعود لهذه الأخيرة وهو ما يضعف هذه الرقابة.

كما هو معلوم فإن المصلحة المتعاقدة كأصل عام ليست حرة في اختيار المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية، وإنما لا بد لها أن تتقيد بالشروط والإجراءات التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك تكريسا لمبدأ المشروعية، ومع ذلك يبقى لها مجال من الحرية لإعمال سلطتها التقديرية لاختيار الأفضل من بين العروض المقدمة أمامها تحت رقابة القضاء الإداري.

بما أن عقد الأشغال العامة يعتبر نوع من أنواع الصفقات العمومية وأهمها لارتباطه بالمشاريع الكبرى وتضخ فيه أموال طائلة، فإنه يستوجب فرض نظام قانوني يكفل احترام قواعد الشفافية والنزاهة خاصة لتعلقها بالمال العام، وضمان سير المرافق العامة،ومن بين أهم المبادئ التي يفرضها المرسوم الرئاسي 15-247 على المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعاقد معها من أجل ضمان اختيار أفضل متعاقد وتكريسا لشفافية الإجراءات ومنعا للتمييز والمحاباة هما مبدأي الإشهار والوضع في المنافسة.

غير أن النص عن الإجراءات والمبادئ التي تحكم عملية إبرام عقد الأشغال العامة وتركها دون ضوابط تفرض احترامها يجعلها في حكم العدم، وهو ما عمل عليه المشرع الجزائري من خلال إيجاد مجموعة من الوسائل والتدابير القانونية التي تكفل احترام قواعد الإشهار والوضع في المنافسة منها ما هو غير قضائي ومنها ما هو قضائي وخاصة قبل إبرام العقد.

إن صرف المال العام لابد أن يقابله رقابة فعالة، فالرقابة المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لابد أن تستكمل برقابة حمائية يقوم بها القضاء الإداري، وخاصة في مرحلة إبرام الصفقة .

لأن الوقاية خير من العلاج ونظرا لعدم فعالية دعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات المنفصلة والتي يبت فيها غالبا بعد إبرام الصفقة، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذها . ولأجل ذلك تدارك المشرع الجزائري ومن قبله المشرع الفرنسي الفراغ القانوني الذي كان قائما فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام عقد الأشغال العامة، وتفادي الانتهاكات التي تمس قواعد العلانية أو الوضع في المنافسة والمساواة بين المرشحين التي يفرضها القانون على المصلحة المتعاقدة . وذلك باستحداثه لدعوى جديدة لمواجهة المنازعات الناشئة عن الإخلال بالتزامات

الإشهار أو الوضع في المنافسة ضمانا لحقوق المتقاضي وحقه في اللجوء إلى القضاء في الوقت المناسب، وتعرف هذه الدعوى بدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد التي ترفع أمام القاضي الإداري الإستعجالي والتي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 946و 947 منه. وذلك حتى يتم حماية هذه المبادئ بشكل فعال ومستعجل في مرحلة مبكرة قبل إتمام إجراءات إبرام عقد الأشغال العامة.

وعليه نطرح التساؤل التالي :

إلى أي مدى يتمتع القاضي الإداري في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بسلطات لحماية قواعد الإشهار أو الوضع في المنافسة من الانتهاكات في مجال الصفقة العمومية للأشغال؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سوف نتبع الخطة التالية:

المبحث الأول: سلطات قاضي الاستعجال في بحث توافر شروط دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد الخاصة بعقد الأشغال العامة لا بد من توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، حيث ينبغي على قاضي الاستعجال التأكد من وجودها حتى يستطيع أن يصدر الحكم اللازم في القضية. وسوف نتناول سلطاته في دراسة توفر شروط القبول(الفرع الأول) ثم سلطاته في بحث توفر الشروط الموضوعية(الفرع الثاني).

المطلب الأول : سلطاته في دراسة توفر شروط القبول

ونكون بصدد نوعين من الشروط، شروط متعلقة بالعقد المعني (عقد الأشغال العامة) وبالتالي يجب على القاضي أن يتأكد من كون العقد الذي سيبرم يدخل في مجال اختصاصه وشروط أخرى متعلقة بالمدعي، وذلك بالنظر إلى المدعي هل تتوفر فيه الصفة والشروط القانونية لرفع هذه الدعوى

الفرع الأول: عقد الأشغال العامة كمحل لتدابير الاستعجال ما قبل التعاقد

نصت المادة 946 من ق إ م إ[1] في الفقرة الأولى عن الصفقات العمومية الخاضعة لالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي يمكن تطبيق عليها الاستعجال ما قبل التعاقد، ومن بين عقود الصفقات العمومية عقد الأشغال العامة الذي يعتبر نوع من أنواع الصفقات العمومية والذي نص عليه في المادة 29 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2]. ومنه ينبغي تعريف عقد الأشغال العامة.

أولا: تعريف عقد الأشغال العامة

اهتم الفقه والقضاء الإداري بتعريف عقد الأشغال العامة [3] نذكر منها:

فعرفها الأستاذ سليمان محمد الطماوي على أنها "عبارة عن اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الأفراد والشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صناعة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل متفق عليه في العقد، ووفقا للشروط الواردة فيه"[4].

وعرفها الأستاذ أحمد محيو بأنها" العقد الذي يتم بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات(مقاول) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشئات عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية، ولتحقيق منفعة عامة مقابل ثمن ".[5]

كما عرفها الفقيه André de Loubadère الصفقة العمومية للأشغال بأنها " عقد تبرمه الإدارة وتخضع للنظام القانوني العام، للقيام بأداء أشغال عامة في عقار ولحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام".[6]

أما الأستاذ عبدالرزاق السنهوري أن عقد الأشغال العامة لا يتميز ولا يختلف عن عقد المقاولة إلا في خصائصه الإدارية من تعاقد عن طريق المناقصات العامة وإمكانية توقيع الجزاءات دون حكم وتنفيذ العقد جبرا على المقاول بطريق ردعي..."[7].

أما المنظم الجزائري فقد بين المقصود من عقد الأشغال العامة في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقوله" تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية.

تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشاة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.

إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال".

ثانيا: معايير تمييز الصفقة العمومية للأشغال

من خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أن هناك عدة معايير لتمييز الصفقة العمومية للأشغال عن غيرها، وتتمثل هذه المعايير في:

01- المعيار العضوي:

تتميز الصفقة العمومية للأشغال من خلال المعيار العضوي، أن أحد أطراف الصفقة شخص من أشخاص القانون العام، فالعقد الذي لا تكون أحد الجهات التي حددها المرسوم الرئاسي 10-247 طرفا فيها لا يمكن اعتبارها صفقة عمومية للأشغال وتدعى هذه الجهات بالمصلحة المتعاقدة حسب مفهوم نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي أعلاه

02 - المعيار الشكلي:

اشترط القانون أن تكون الصفقات مكتوبة وشرط الكتابة شرط أساسي لإبرام الصفقات العمومية، يعتبر شرط الكتابة مقرر أساسا للإثبات في حالة وجود منازعة بين الأطراف المتعاقدة ، ونظرا كذلك لحساسية الصفقة العمومية من حيث الجانب المالي وكذا الالتزامات التقنية والفنية من جهة [8] ، ومن جهة ثانية يرجع إلى كون الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية وخصوصية العقد الإداري من حيث تضمنه لشروط غير مألوفة[9].

03-المعيار الموضوعي:

بالرجوع إلى قوانين الصفقات العمومية والصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة، نلاحظ أن المشرع لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى نكون أمام صفقة عمومية من حيث الموضوع فتارة يوسع من نطاق الصفقة وتارة يضيق من هذا النطاق، إلا أنه من بين موضوعاتها الصفقة العمومية للأشغال طبقا لنص المادة29 من المرسوم الرئاسي 15-247.

04- المعيار المالي:

لقد خص المشرع الجزائري الصفقات العمومية للأشغال بسقف مالي محدد بنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلا إذا كان المبلغ لا يقل عن اثني عشر مليون دينار جزائري (12000.000)د ج.

04- معيار الشروط غير المألوفة:

اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد للشروط غير المألوفة فكل فقيه يقدم رأيه في هذا المجال حيث ذهب الأستاذ فالين إلى تعريف الشرط الاستثنائي بأنه " الشرط الذي يعد باطلا في عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام " كما عرفه الأستاذ فيدال بالقول " أنا لشروط غير المألوفة هي تلك التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد، ليس بسبب استحالتها أو اصطدامها بالنظام العام وإنما باتسامها بالسلطة العامة ولمخالفتها ما اعتاده الأفراد من شروط وفي هذا المجال تصبح الشروط غير المألوفة وسيلة يتمكن من خلالها القاضي من الكشف عن نية الإدارة في استخدام أساليب القانون العام"[10].

ثالثا: شروط عقد الأشغال العامة

حتى نكون بصدد صفقة عمومية للأشغال لا بد من توافر ثلاثة شروط هي:

01 - أن ينصب العمل على عقار:

ونكون أمام أشغال عامة إذا انصب العمل على أموال عقارية بالطبيعة كالأراضي والبنايات العمومية مثل مقر الولاية أو البلدية ، وكذا الشأن بالنسبة للمنشآت المدمجة في تلك الأموال العقارية مثل السلالم الدوارة، ومنه يجب

أن ينصب العمل على عقار مهما كانت أهميته، ويدخل تحت وصف العقار[11]، العقار بالتخصيص المنصوص عليه في المادة 2/683 من القانون المدني الجزائري[12].

02 - أن ينفذ العمل لصالح شخص عام:

وذلك بأن يبرم عقد الأشغال العامة لصالح شخص عام، ولا يهم أن يكون تنفيذ العمل من طرف الشخص العمومي نفسه أو بواسطة مقاولة، مادام أنه منفذ على عقار مملوك للشخص العمومي، أو سيصبح ملكا له بعد نهاية الأشغال، ولا يهم إن كان للشخص العمومي نشاط صناعي وتجاري، ولا أن تكون الأشغال لمؤسسة مستفيدة من حق امتياز[13]، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قرار له المؤرخ في 10 يونيو 1921 قضية بلدية commune de Monségur الذي جاء فيه" إن الأشغال المنجزة في الكنيسة لحساب شخص عمومي من أجل تحقيق المصلحة العامة، لها طابع الأشغال العمومية "[14].

03 - أن يهدف إنجاز العقد إلى تحقيق المصلحة العامة:

إن وصف صفقة عمومية لا يصدق إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة وتلبية حاجيات الأفراد ، ولما كان موضوع العقد ينصب على عقار سواء تمثل في إقامة طريق أو إنشاء تجمعات سكانية أو إقامة جامعات أو جسور ، فإن الهدف من هذا العمل، وهذا العقد هو تقديم المصلحة العامة. وهنا يظهر الفرق بين عقد الأشغال العامة وعقد المقاولة المنصوص عليه في المادة 549 من القانون المدني، حيث أن عقد المقاولة يكون الهدف من ورائه تحقيق الربح فقط أي مصلحة شخصية ، أما عقد الأشغال العامة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة[15].

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمدعي

وحسب نص المادة 946 من ق إ م إ نكون بصدد شخصين لهما الحق في رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بالنسبة لعقد الأشغال العامة وهما:

أولا: اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة

حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقة العمومية للأشغال طبقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة 946 من ق إ م إ . ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد الإشهار أو الوضع في المنافسة، بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الانتهاك. وبناء على ذلك فالدعوى لا تقبل من الأشخاص الغرباء عن عمليات إبرام الصفقة كالتنظيمات المهنية والمتعاقدين من الباطن، وعلى العكس من ذلك تقبل الدعوى التي يرفعها المرشحون الذين حرموا من دخول صفقة إبرام عقد الأشغال العامة دون وجه حق والمرشحون المستبعدون منها وكذا الأشخاص الذين لم يشتركوا في الصفقة لخلل في قواعد العلانية .

ثانيا: اكتساب صفة المدعي بحكم القانون

من الشائع أن الوالي يحيل قرارات المجالس المحلية غير المشروعة على قضاة الموضوع، لكنه وطبقا للمادة 946 /2 من ق إ م إ له الحق كممثل الدولة على مستوى الولاية في استعمال الطعن وتحريك دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد وذلك إذا تعلق الأمر بعقد الأشغال العامة الذي سيبرم من طرف جماعة إقليمية(الولاية أو البلدية) أو مؤسسة عمومية محلية(ويتعلق الأمر بنوعين من المؤسسات وهي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مثل المراكز الجامعية والمؤسسات الاستشفائية و المؤسسات العمومية المحلية ذات الطابع التجاري والصناعي مثل دواوين الترقية والتسيير العقاري على مستوى الولاية وفروع بعض الشركات الوطنية المتواجدة على مستوى الولاية كسونلغاز)، دون أن يثبت المصلحة أو الضرر الحاصل نتيجة الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، والواقع أن الطعن الذي يتقدم به الوالي نادر الحدوث لأنه ليست لديه المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة للتعاقد ولا يعلم بإبرام العقد إلا بعد تلقيه المداولة التي وافقت عليها الجهة المعنية، أو الشكوى التي قد يقدمها المرشح المتضرر[16]. وهو النقد نفسه الذي تعرض له نظام الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه الدعوى، نظرا لصعوبة علمهم بالانتهاكات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية[17].

المطلب الثاني: سلطاته في بحث توفر الشروط الموضوعية

إن الاستعجال في مجال الصفقات العمومية يندرج ضمن الاستعجال القانوني(العادي)، فهذا النوع من المنازعات يؤول إلى اختصاص قضاء الاستعجال بنص القانون، حتى ولو لم تتوفر فيه شروط الاستعجال من حالة الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، أي أن قاضي الاستعجال وهو يفصل في هذه المنازعة التي ألت إليه بنص القانون فإنه لا ينظر في مدى توفر عنصر الاستعجال من عدمه، كما أنه يتصدى للموضوع ويفصل في أصل الحق. ومنه نكون بصدد شرطين نصت عليهما الفقرة 1 و 2 من المادة 946 من ق إ م إ ويتعلق الأمر بالإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة وحدوث ضرر للعارض أو إمكانية حدوثه بسبب ذلك الإخلال، غير أن قاضي الاستعجال يفحص مدى توفر هذين الشرطين بتاريخ الفصل في الطلب.

الفرع الأول: الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة

وحسب المادة 946 من ق إ م إ يشمل مجال الإستعجالي السابق للتعاقد الرقابة على كافة القواعد التشريعية والتنظيمية التي تناولت التزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة في إبرام عقد الأشغال العامة، ويتعلق الأمر بالمرسوم الرئاسي15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وكذا القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[18]، وقانون المنافسة[19].

أولا: الإخلال بالتزامات الإشهار

يعتبر الإشهار وسيلة لضمان الشفافية ويقصد به إخطار ذوي الشأن بالمناقصة وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط وقائمة الأسعار[20]. وبالتالي كل دفع له علاقة باحترام التزامات الإشهار التي يخضع لها إبرام عقد الأشغال العامة تعد مقبولة ومن ضمنها:

- الامتناع عن الإشهار: وذلك بعدم الإعلان عن عقد الأشغال العامة أو عدم الإعلان عن الفائز بالعقد.
- أن يحتوي الإعلان على معلومات غامضة أو غير كافية كعدم توضيح الأسس التي يتم على أساسها اختيار الفائز.
- خرق قواعد الإعلان.
- المساس بمبدأ المساواة بين المرشحين في إعلامهم بخصائص العقد.

تتجسد عدم مراعاة التزامات الإشهار في كل مخالفة للمقتضيات الإجبارية التي أوردها المشرع، وبالنظر لعدم وجود تطبيقات لمجلس الدولة الجزائري أو عدم نشرها ارتأينا أن نعطي بعض التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي مثل[21]:

- مخالفة القواعد التي وضعتها الإدارة لاختيار المرشحين والعروض، قرار مجلس الدولة رقم 263083 بتاريخ 6 أكتوبر 2004 ، قضية شركة المواصلات الاستشفائية.société la communication hospitalière

- غياب تطبيق قواعد الإشهار والمنافسة، قرار مجلس الدولة رقم 141633 بتاريخ 10 جوان 1994، قضية بلدية Cabourg.

ثانيا: الإخلال بالتزامات الوضع في المنافسة

اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام في الصفقات العمومية ومن بينها عقد الأشغال العامة بشكل خاص، وجعلها من النظام العام الاقتصادي في الدولة يضمن حماية فعالة للمال العام، ويسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على صور الفساد، فيصبح الاشتراك في الصفقات العمومية حرا، تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة المكفول دستوريا، وبالتالي لا يوجد أي مانع قانوني من اشتراك أي منافس في إطار احترام الشروط القانونية العامة والإجراءات الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة، فلا يجوز للإدارة أن تستبعد أي مرشح متى توافرت فيه الشروط القانونية[22].

وحسب المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه لابد أن يقوم إجراء إبرام عقد الأشغال العامة على ثلاث مبادئ وهي حرية الوصول للطلبات والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات وكلها مبادئ تكرس مبدأ المنافسة قصد الحصول على أحسن العروض من

حيث نوعية الأداءات، خاصة وأننا بصدد تقديم خدمة عامة التي يجب أن تكون على أحسن وجه تحقيقا للمصلحة العامة.

ونفس الأمر بالنسبة لقانون المنافسة الذي وصف الإخلال بالتزامات الوضع في المنافسة بالممارسات المقيدة للمنافسة متناولا إياها في المواد 6و7و10و11و12 منه ونذكر منها:

- الممارسات التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها.
- التعسف والاحتكار.
- عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها.
- التعسف في استغلال وضعية التبعية.
- الممارسات التي تهدف إلى استبعاد أحد المتنافسين

ونذكر منها:

- المواصفات والخصوصيات التقنية: حيث يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية انتهاكا لقواعد الوضع في المنافسة، وعلى هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذاتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة[23].

- عدم الإشارة إلى الوثائق أو المعلومات التي تنوي الإدارة الاعتماد عليها في انتقاء الترشيح، قرار مجلس الدولة الفرنسي في 24 فيفري 2010، قضية مقاطعة قوادلوب.

- استبعاد مرشح بسبب تغييره لعرضه، في حين أن التغيير كان يهدف فقط إلى تعديل غلط مادي، قرار مجلس الدولة في 21 سبتمبر 2011، قضية مقاطعة hauts de seine.

الفرع الثاني: حدوث ضرر للعارض أو إمكانية حدوثه بسبب ذلك الإخلال

يقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه[24].

وهذا الشرط نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ بقولها" **والذي قد يتضرر من هذا الإخلال** " ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يكتف بالضرر الفعلي، بل جعل الإخلال لالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة يكون أيضا في حالة الضرر الاحتمالي.

ومنه لا يكفي أن يثبت الطاعن وجود إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، بل لابد أن يكون هذا الإخلال من الممكن أن يسبب له ضررا، وهذا الشرط يخص فقط المرشح دون ممثل الدولة على مستوى الولاية(الوالي).

والضرر الناجم عن عدم إسناد العقد يسميه البعض بالضرر المهني والتجاري الناجم عن المساس بصورة المؤسسة التي كانت مرشحة للفوز بالصفقة نظرا لكفاءتها وجودة خدماتها، وكذلك عن الضرر الحاصل من وراء عدم حصولها على الأرباح المتوقعة من إبرام العقد، ولا يقع على الطاعن عبء الإثبات وإنما يكفي أن يقدم مبررات وعناصر تسمح بتقدير الضرر الذي يقع عليه، وهي مسألة شخصية للقاضي فهو يقدر مدى تأثير الإخلال وتسببه بالضرر للطاعن[25].

وتقدير ما إذا ترتب عن الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة ضرر ليس بالأمر السهل، حيث يأخذ قاضي الاستعجال الإداري بعين الاعتبار المرحلة التي يتم إخطاره فيها، كما يمكنه تقدير الضرر من خلال مراقبة أسباب إقصاء المرشح بالنظر إلى الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ونلاحظ أن القاضي الإداري في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد يتمتع برقابة مزدوجة، الأولى تتعلق بمراقبة مدى احترام الإدارة (المصلحة المتعاقدة) للشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي من شأنها ضمان المنافسة بين المرشحين والمساواة بينهم، أما الثانية فتتعلق بمراقبة مدى احترام معايير قبول الترشيح التي قامت المصلحة المتعاقدة بوضعها في دفتر الشروط[26].

وعلى العارض أن يثبت بكون الإخلال المدعى به نتج عنه استبعاده من إبرام عقد الأشغال العامة أو كان من الممكن استبعاده، أو تفضيل منافس له ولو بطريقة غير مباشرة ، ويجب أن تكون رابطة السببية بين الإخلال المعاين والضرر الواقع أو المحتمل والمنصب على جميع المرشحين المستبعدين مهما كانت درجة ترتيبهم[27].

ونذكر بعض التطبيقات القضائية على وجود ضرر فعلي أو احتمالي:

- غياب المعلومات حول معايير منح تفويض المرفق العام ، والذي أضر بالشركة العارضة، أو كان من الممكن أن يضر بها بالرغم من عدم طلب تلك الشركة من المصلحة المتعاقدة المعلومات حول تلك المعايير أثناء تحضيرها لعرضها[28].

- الإخلال بالالتزام بالتخصيص، مادامت المؤسسة المدعية والتي هي مؤسسة من الحجم الصغير والمتخصصة في الخدمة المعنية، قد أثبتت حصول ضرر لها بسبب ذلك الإخلال[29].

المبحث الثاني: سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد في تسيير إجراءات الدعوى والتدابير المأمور بها

بتوافر شروط القبول والشروط الموضوعية لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال عقود الأشغال العمومية يكون حقا لذي الشأن في طلب التدابير اللازمة للمحافظة على حقوقهم ومراكزهم القانونية، ولقد حرص المشرع الجزائري على تحديد الشروط الواجب توفرها لإقامة هذه الدعوى بقدر اهتمامه أيضا بإجراءاتها والتدابير التي يمكن لقاضي الاستعجال الأمر بها وذلك طبقا لنص المادة946و 947 من ق إ م إ.

المطلب الأول: سلطاته في تسيير إجراءات دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد الخاصة بعقد الأشغال العامة

وبالتالي وجب المرور على إجراءات معينة نظمها المشرع الجزائري في قانون 08-09 تبدأ من إيداع الطلب أمام المحكمة الإدارية المختصة إلى غاية صدور الحكم في القضية.

الفرع الأول: المجال الزمني لرفع الطعن أمام المحكمة الإدارية

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد في المنازعات المتعلقة بإبرام عقد الأشغال العامة، إلا أن المادة 946 من ق إ م إ نصت على أنه " **يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد** " غير أن الفقرة 2 من نفس المادة نصت على أنه" **...إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية** " وبالتالي هناك تناقض بين الفقرتين، إذ بعد إبرام العقد لا مجال للطعن السابق للتعاقد، ويلاحظ أن المشرع الجزائري اقتبس النص من المشرع الفرنسي الذي كان أكثر دقة في المادة L551-1 التي نصت على أنه" رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبت قبل إبرام العقد...."وكذا المادة L551-2 التي نصت" لا يمكن للقاضي أن يبت قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة فيما يلي...."وينتقد هذا المسلك لأن إختصاص قاضي الاستعجال يتوقف عندما يبدأ إختصاص قاض العقد، وقد يؤدي استعمال الطعن الإستعجالي إلى تسريع المصلحة المتعاقدة في التوقيع حتى لا يكون أي أثر لهذه الدعوى[30].

غير أن المادة 946 الفقرة 5 نصت " **ويمكن لها كذلك (أي المحكمة الإدارية) وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما** " وبالتالي وجب على القاضي أن يفصل في هذا الأجل الذي يسري من تاريخ إخطاره.

وفي كل الأحوال يجب على الطاعن أن يرفع دعواه قبل إبرام عقد الأشغال العامة حيث يستنبط من المادة 946 من ق إ م إ بأن الدعوى واجبة الرفع قبل إبرام الصفقة وذلك تبعا لما يلي[31]:

- أن المادة 3/946 أجازت إخطار المحكمة الإدارية وبالتالي من غير الجائز إخطارها بعد إبرام العقد.

- أن التدابير التي يأمر بها قاضي الاستعجال والمنصوص عليها في الفقرات 4ن5و6 من المادة 946 من القانون أعلاه هي تدابير قبل إبرام العقد والمتمثلة في ما يلي:

01 - أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته في ميعاد محدد والذي لا يتصور أن يكون إلا قبل إبرام العقد، خاصة أن المشرع لم ينص على إمكانية النطق بإبطال العقد من طرف قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد.

02 - النطق بالغرامة التهديدية تسري من يوم انقضاء الأجل المحدد للمعني للامتثال لالتزاماته.

03 - الأمر بتأجيل إمضاء عقد الأشغال العامة إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما من تاريخ رفع الدعوى.

وعلى العموم يجب على المدعي المقصى من العقد أن يرفع دعواه في أسرع وقت ممكن تفاديا لإبرام العقد، وترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة بمكان إبرام العقد وهو ما نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ " يجوز إخطار المحكمة بعريضة" والمادة 804 من نفس القانون التي تتكلم عن الاختصاص الإقليمي والتي جاء فيها" .....**ترفع الدعاوي وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:..**

- في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد..."

ويتم إخطار المحكمة الإدارية بعريضة والتي تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 15 من القانون أعلاه، غير أنه في مجال دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد الخاصة بعقد الأشغال العامة يجب على المدعي أن يسبب عريضته وذلك بالإشارة إلى وجود إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، وأن يكون الإخلال منسوب إلى المصلحة المتعاقدة، وأن هذا الإخلال تسبب بضرر فعلي أو ضرر احتمالي.

والقاضي المختص في الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد هي التشكيلة الجماعية المكلفة بالفصل في دعوى الموضوع، والتي تفصل باعتبارها قاضيا للاستعجالات[32].

الفرع الثاني: التحقيق في الطلب وعقد الجلسة العلنية

لم ينص المشرع الجزائري على إجراءات خصوصية بشأن التحقيق في الطلب في دعوى الاستعجال وعلى ذلك تخضع للقواعد المنصوص عليها في المادة 923 من ق إ م إ، مع مراعاة أنه يجب على قاضي الاستعجال الفصل في الطلب في أجل لا يتعدى عشرون (20) يوما بدءا من تاريخ إيداع الطلب وهو ما نصت عليه المادة 947 من القانون أعلاه بقولها" **تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرون (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها بموجب المادة 946 أعلاه**".

والتحقيق في الطلب يتوقف على التأسيس الذي بني عليه الطعن، فإذا تعلق الأمر بالإخلال بقواعد الوضع في المنافسة يصبح التحقيق أكثر صعوبة[33] ويمر التحقيق في الطلب بمرحلتين:

- المرحلة الأولى كتابية: ذلك أنه نصت المادة 923 من ق إ م إ على أن تكون الإجراءات وجاهة وذلك بخصوص تبليغ الخصم (المصلحة المتعاقدة) بالعريضة مع منح أجل قصير للرد باعتبار أن المحكمة الإدارية يجب عليها الفصل في الدعوى في أجل أقصاه 20 يوما.

- المرحلة الثانية شفهية: ويتجلى ذلك في الجلسة العلنية حيث أن المحكمة الإدارية مجبرة على عقد جلسة علنية (جلسة المرافعة) والتي لا يحضرها محافظ الدولة، ويقوم قاضي الاستعجال بالنظر إلى السلطات الواسعة الممنوحة له في تسيير إجراءات هذه الدعوى بتلقي الملاحظات الشفوية لطرفي النزاع، ويمكن من خلالها تقديم دفوع أو وثائق جديدة.

وتعتبر الجلسة العلنية جزء من التحقيق والذي لا يتم قفله إلا بعد رفع الجلسة والنطق بوضع القضية في المداولة، وبالمقابل باستطاعة قاضي الاستعجال دون جلسة علنية بألا وجه للفصل ومثال ذلك أن يطلب أحد المرشحين الذي لم يفز بالصفقة من قاضي الاستعجال ما قبل العقد النطق بتأجيل إمضاء العقد، وأثناء سريان الدعوى تقوم المصلحة المتعاقدة بإعلان إلغاء عقد الأشغال العامة فهنا لا يوجد للمحكمة الإدارية ما يمكن الفصل فيه.

وأجازت المادة 932 من ق إ م إ لرئيس التشكيلة الفاصلة في الاستعجال ما قبل التعاقد تبليغ الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام خلال جلسة المرافعة، وليس بالضرورة عند تبليغ الخصوم بالأوجه المثارة الخاصة بالنظام العام منح مهلة للأطراف من أجل تقديم ملاحظاتهم لأنه في مقدورهم تقديم تلك الملاحظات شفاهة أثناء الجلسة .

المطلب الثاني: سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد في اتخاذ التدابير اللازمة

إن السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد تعد استثنائية وخروجا عن المبدأ التقليدي الممتنع عن توجيه أوامر للإدارة استنادا لمبدأ الفصل بين السلطات. وإذا كانت المصلحة المتعاقدة تتمتع بسلطات استثنائية (امتيازات السلطة العامة) عند إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية ومنها عقد الأشغال العامة، فمقابل تلك الامتيازات لا بد من منح القاضي الإداري الإستعجالي المزيد من السلطات.

الفرع الأول:التدابير المأمور بها من طرف قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد

يملك قاضي الاستعجال مجموعة من التدابير التي يمكن أن يأمر بها في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة طبقا لنص المادة 946 من ق إ م إ وهي:

أولا: أمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته

يعتبر توجيه أوامر للإدارة من الصلاحيات المستحدثة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ كان القضاء الإداري مترددا قبل ذلك في هذا الخصوص [34]، تحت تأثير القضاء الإداري الفرنسي الذي كان يعتبر ذلك مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات، لكنه تخلى عن هذه الفكرة و أصبح القاضي له الحق في توجيه أوامر للإدارة، بينما المشرع الجزائري بقى مترددا بهذا الشأن إلى غاية صدور القانون 08-09 المتضمن ق إ م إ، حيث مكن القاضي الإداري عموما و الإستعجالي خصوصا من توجيه أوامر للإدارة.

فإذا أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية وخاصة عقد الأشغال العامة، يمكن لقاضي الاستعجال متى تم إخطاره بعريضة بتوجيه أوامر للمتسبب بهذا الإخلال الامتثال لالتزاماته مع تحديد أجل الذي يجب أن تمتثل فيه المصلحة المتعاقدة، وهو ما

نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ صراحة بقولها" **يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته مع تحديد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه**".

فقاضي الاستعجال لا يأمر بذلك إلا عند معاينته لوجود إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، وأن هناك ثمة ضرر فعلي أو احتمالي، حيث نكون بصدد تنوع بشأن الأوامر الممكن الأمر بها تبعا للمرحلة التي توجد عليها إجراءات إبرام عقد الأشغال العامة نذكر منها[35]:-

- أمر المصلحة المتعاقدة بوضع دفتر الشروط تحت تصرف المؤسسات المرشحة.
- أمر المصلحة المتعاقدة بإرسال الوثائق إلى المرشح الذي طلبها والتي امتنعت من تمكينه منها.

وفي حالة الأمر بهذه التدابير يحدد قاضي الاستعجال في منطوق أمره الأجل الذي يجب على مرتكب الإخلال أن يمتثل فيه للتدبير المأمور به، ومن التطبيقات القضائية للقضاء الإداري الفرنسي والمجسدة لإمكانية توجيه قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد للمصلحة المتعاقدة الأوامر التالية:

- إعادة الإجراءات في مرحلة ما والتي يحددها بالنظر إلى طبيعة الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة والتي عاينها قاضي الاستعجالات[36].
- إحالة ترشح المؤسسة المدعية على لجنة طلب العروض من أجل إعادة فحصه، واتخاذ كل مقتضى يضمن سير الإجراءات اللاحقة تبعا لشروط تضمن المساواة التامة بين جميع المرشحين[37].

ثانيا: سلطة الأمر بالغرامة التهديدية

الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد من 980 إلى 986 من ق إ م إ، وقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها " مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزام واقع على عاتقه، بمقتضى سند تنفيذي بناء على طلب الدائن" ومنه فالغرامة التهديدية هي تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المماطلة عن التنفيذ بإلزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام، وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد الإشهار أو الوضع في المنافسة[38].

وتبعا لذلك نصت المادة 5/946 من القانون أعلاه انه" **ويمكن له أيضا النطق بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الآجال المحددة**" ومنه يمكن لقاضي الاستعجال أن يقرن أوامره بغرامة تهديدية بناء على طلب الطاعن لضمان احترام قواعد الإشهار أو الوضع في المنافسة إذا تعلق الخرق[39] بمجال إبرام عقود في قطاع البناء أو الترميم أو الإصلاح أو التدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها، غير أن قاض الاستعجال غير ملزم باللجوء إلى الإكراه المالي،إذ بإمكانه أن يأخذ بعين الاعتبار النتائج التي يمكن أن تتمخض عن النطق بالغرامة التهديدية بشأن المصالح التي يمكن أن تمس بها وخاصة المصلحة العامة، بما يدفع به إلى الإحجام عن النطق بالإكراه المالي وخاصة عندما يكون من الممكن أن تتجاوز مساوئ النطق بها[40].

وتتم تصفية الغرامة التهديدية المأمور بها بموجب أمر استعجالي، ذلك أن مبلغ المحكوم به يحسب عن كل يوم تأخير عن الامتثال انطلاقا من انتهاء الأجل الممنوح لذلك الغرض، ويأخذ بعين الاعتبار سلوك المحكوم عليه والصعوبات التي اعترضته لتنفيذ الأمر الإستعجالي، ويمكنه أيضا تخفيض قيمة الغرامة التهديدية أو إلغائها عند اللزوم كما في حالة الإثبات بكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجع لسبب أجنبي أو لقوة قاهرة، كما يمكنه أن يقرر بعد تصفية الغرامة التهديدية بعدم دفع جزء منها إلى المدعي إذا تجاوز مقدارها قيمة الضرر، ويأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية.

ثالثا: سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد

إن المشرع الجزائري قد خول لجهة القضاء الإستعجالي وهي تنظر في منازعات إبرام الصفقات العمومية، أن تأمر بتأجيل إمضاء عقد الأشغال العامة إذا أخطرت بذلك لمدة لا تتجاوز عشرون (20) يوما وفقا لما نصت عليه المادة 946 من ق إ م إ[41]، وهي من الصلاحيات المتميزة الممنوحة للجهة القضائية الاستعجالية، وذلك تجنبا لأن تصبح دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بدون موضوع في حال ما إذا سارعت المصلحة المتعاقدة في إمضاء عقد الأشغال العامة[42].

والهدف من تأجيل إمضاء عقد الأشغال العامة هو السماح لقاضي الاستعجال للفصل في نجاعة الطلب الرامي إلى أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة بالامتثال لالتزاماته وينتهي مفعول هذا الأمر بمجرد الفصل في الطلب الرامي إلى المتسبب بالإخلال بالامتثال لالتزاماته وهو ما نصت عليه المادة 4/946 من ق إ م إ، كما ينتهي مفعول الأمر على أقصى حد عند انقضاء العشرون (20) يوما والذي يبدأ من تاريخ رفع الدعوى [43]، وذلك ضمانا لسيرورة المرفق العام وتلبية لحاجياته التي تقتضيها المصلحة العامة.

الفرع الثاني: تقييم سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد

من حيث المبدأ سمح الطعن السابق للتعاقد للقاضي باتخاذ تدابير مؤقتة دون الفصل في الموضوع إلا أنه يتميز بكونه إجراء يمنحه سلطة اتخاذ تدابير نهائية بحذف بنود من العقد وإعادة إجراءات، كما يمكنه تأجيل توقيع العقد والحكم بغرامة تهديدية، فيمكنه أن يفصل بأكثر مما طلب منه على الانتهاكات التي يلاحظها، ويأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها مع أو بدون تحديد أجل وإعادة المرشح الطاعن الذي تم استبعاده، فهذا الطعن ليس استعجالي إلا من حيث الشكل، لأن سلطات القاضي فيه أحيانا تفوق سلطات قاضي الموضوع، فهو يشبه منازعة الإلغاء من حيث كونه يمكن القاضي من التأثير في العقد أو على الأقل التعديل في أطرافه وبذلك يكون طعنا من نوع ثالث[44].

الخاتمة

إن السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد تعتبر قفزة نوعية هامة في مجال الصفقات العمومية ومنها عقد الأشغال العامة، ذلك أنها تتعلق بالمنازعة التي تطرأ في مرحلة إبرام العقد كونها تهدف إلى حماية المال العام بمراعاة مبادئ الحرية والمساواة والشفافية لاختيار أفضل للمتعامل المتعاقد، وقد امتازت بتقليص أجال الفصل في منازعاتها إذ حددت بعشرين (20) يوما،وبمنح صلاحيات واسعة لجهة قضاء الاستعجال الناظرة في المنازعة والتي تتمثل في: سلطة توجيه الأمر بالإلزام، وتوقيع غرامة تهديدية ، والأمر بتأجيل إمضاء العقد، وحتى يؤدى الطعن السابق للتعاقد أهدافه بفعالية يمكن اقتراح بعض التعديلات على نص المادة 946 من ق إ م إ وهي:

- تعتبر دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد دعوى استثنائية بامتياز، لأنه زيادة على الطابع المعجل لها كالاستعجال القانوني(العادي)، إلا أنها لا تتقيد بشرط عدم المساس بأصل الحق(دعوى وقائية وعلاجية) ويمكن تسميتها بالدعوى الاستعجالية الموضوعية السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية والعقود الإدارية، بحيث تسمح للقاضي الإداري التدخل بصفة استعجاليه والنظر في الموضوع(أصل الحق).

- استبدال عبارة " تأجيل" المذكورة في الفقرة الرابعة بعبارة " تعليق" لأنها تضمن عدم إبرام عقد الأشغال العامة خلال النظر في الطعن السابق للتعاقد.

- لقد تم تنصيب ممثل الدولة على مستوى الولاية(الوالي) كحارس لقواعد الإشهار والوضع في المنافسة من خلال منحه آلية تحريك الدعوى الاستعجالية (الإخطار) في حالة خرق تلك المبادئ، إلا أنها أغفلت الجهة المخولة بالإخطار في الصفقات العمومية (عقد الأشغال العامة) التي تبرمها السلطات المركزية، وهذا يدعو للتساؤل من يملك الصفة القانونية للإخطار في مثل هذه العقود. وأيضا عدم ذكر مجلس الدولة والاكتفاء بالمحاكم الإدارية مما يدعو للتساؤل حول مدى وجود قضاء استعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها السلطات المركزية.

قائمة الهوامش:

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، المؤرخة في 23أفريل 2008.

[2] المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في15 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ، عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

[3] يستمد عقد الأشغال العامة أساسه القانوني حاليا في المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وورد في القوانين الجزائرية السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية في المادة 1 من الأمر 67-90 والمادة 4 من المرسوم 82-145 والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-334، والمادة 4 والمادة 11 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 4 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236.

[4] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة ، مطبعة عين شمس، القاهرة ، مصر، 1991، ص 125.

[5] Ahmed mahiou, cour d'institution administrative,3eme edition,opu,1981,p234.

[6] André DELOUBADERE , traité théorique et pratique des contrat administratif, tome 1,1956, mise à jour 1959 , p39-40.

[7] عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على عقد العمل، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص325.

[8] عبد الوهاب علاق ، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، السنة الجامعية 2003-2004 ، ص 12.

[9] طاهر خويضر ، المبادئ الأساسية في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر في ظل القانون الجديد مقال منشور في مجلة الفكر البرلماني ، العدد 27 أفريل 2011 ، ص 86 .

[10] عبد الوهاب علاق، المرجع السابق، ص 15.

[11] لحسين بن الشيخ آث ملويا ، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، دار هومة ، الجزائر،2016، ص 125.

[12] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

[13] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 131.

[14] أمينة غني، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة، الجزائر ، 2014، ص 239.

[15] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، الطبعة الثالثة ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2011، ص 87.

[16] حليمة بروك، دور الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر ، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 306.

[17] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2005، ص 851.

[18] القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ، عدد 14، مؤرخة في 08 مارس 2006.

[19] الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق المنافسة،ج ر عدد 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003 ، والمعدل بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 10 أوت 2010، ج ر عدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

[20] فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، سبتمبر 2009، ص 114.

[21] http://www.conseil-etat.fr/

[22] حليمة بروك ، المرجع السابق، ص 300.

[23] سلوى بومقورة ، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المداخلة التاسعة عشر في الملتقى الوطني الســـادس حول حماية المال في الصفقات العمومية، كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية، سنة2013، ص 12.

[24] أمينة غني، المرجع السابق، ص 260.

[25] حليمة بروك، المرجع السابق، ص 302.

[26] أمينة غني ، المرجع السابق، ص261.

[27] قرار مجلس الدولة الفرنسي في 11 أفريل 2012، قضية النقابة ody1218نقلا عن لحسين بن الشيخ آث ملويا ، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، دار هومة ، الجزائر،2016، ص 195.

[28] قرار مجلس الدولة الفرنسي في 23 ديسمبر 2009، قضية المؤسسة العمومية للمتحف وللدومين الوطني لفرساي.

[29] قرار مجلس الدولة الفرنسي في 29 أكتوبر 2010، قضية النقابة المختلطة للتطهير للمنطقة الغربية لفرساي.

[30] حليمة بروك ، المرجع السابق ، ص 302.

[31] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص199.

[32] المادة 917 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[33] حليمة بروك، المرجع السابق ،ص 306.

[34] نشرة القضاء، العدد 54 ، 1996, الغرفة الإدارية ، المحكمة العليا،قرار رقم 118488 المؤرخ في 15 -12-1989، قضية جامعة الجزائر ضد(ك، ن)، ص81- 83.

[35] لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 409.

[36] أمر المحكمة الإدارية لليون في 11 يوليو 2002، قضية شركة Avenance Enseignementنقلا عن لحسين بن الشيخ آث ملويا المرجع السابق، ص 206.

[37] قرار مجلس الدولة الفرنسي في 28 أفريل 2006 ، قضية بلدية Châteaudun نقلا عن لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص206.

[38] سلوى بزاحي زوجة بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول ، المجلد 5، 2012،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبدالرحمان ميرة بجاية، ص 43.

[39] أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012،2011، ص 409.

[40] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 207.

[41] عزالدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيلطي، برج بوعريريج، الجزائر، 2012، ص138.

[42] أمينة غني، المرجع السابق، ص 265.

[43] لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 208.

[44] حليمة بروك ، المرجع السابق، ص 309.