الرقابة القبلية للقضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية كآلية وقائية لحماية المصلحة العامة

بن ويراد أسماء♦

ملخص:

تعتبر الصفقات العمومية الأداة القانونية والاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية المحلية والوطنية. ونظرا لاتصالها المباشر بالمال العام تشكل مجالا خصبا للخروقات القانونية والتعدي على النصوص المنظمة لتلك الصفقات، وأمام بطأ القضاء الاداري العادي وتدخله بعد تنفيذ الصفقة وعدم تقديمه الحماية اللازمة لها، حذا المشرع إلى وضع وسائل وقائية يمكن اللجوء إليها قبل إبرام العقد وتنفيذه.

ولعل اللجوء إلى القضاء الاستعجالي في هذا الإطار يعد من أهمها بالنظر إلى محتواها. وللقاضي الاستعجالي، ضمن صلاحياته سلطة التدخل في العقد وتعديل بنوده، لذا تعتبر هذه الوسيلة طعنا استعجاليا من نوع خاص تؤهله ليكون وسيلة رقابة وحماية وقائية جد فعالة في مجال الصفقات العمومية .

الكلمات المفتاحية : صفقات عمومية، قضاء إداري، قضاء استعجالي، حماية وقائية، رقابة قبلية.

Résumé:

Les transactions publiques sont considérées comme l'outil juridique et économique le plus efficace pour la mise en œuvre des plans de développement économique sur le plan local et national.

♦ طالبة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.

Mais, compte tenu de la relation directe de ses transactions avec l'argent public, elles ont fait parfois l'objet de violation des dispositions du code des marchés publics, et l'intervention tardive du tribunal administratif, car après l'exécution desdites transactions, ne permet nullement une protection efficace des deniers publics. Cette situation a amené le législateur à intervenir pour mettre en place des dispositions de protection préventive, lesquelles reconnait au juge de référé d'intervenir avant même l'élaboration de la transaction et de son exécution.

Ainsi, le tribunal de référé reste l'outil aussi bien le plus compétant qu'efficace en matière de contrôle et de protection préventive des transactions publiques et ce, en raison du pouvoir extraordinaire que possède le juge de référé, lequel peut intervenir pour réajuster ou modifier les clauses du contrat du fait que le recours revêt à cet égard l'urgence à cause de sa qualité spéciale.

Mots clés : Marchés publics, justice administrative, juge de référé, protection préventive, contrôle a priori.

Summary:

Considered public transactions legal and economic tool most effective implementation of local and national economic development plans. Because direct contact with public money an area ripe for breaches of legal infringement on its core, and in front of slower normal administrative judiciary and intervention after the implementation of the deal and not providing the necessary protection, prompted the legislature to put protective devices can be used to before the conclusion of the contract and its implementation, and perhaps the urgency judiciary Before the contract of the most important given the scope and timing and the powers above normal granted to judge which, with his intervention in the contract authority and amended so is stabbed Emergency of a particular kind that's what

it takes to be a way control and preventive protection very effective in the field of public procurement.

Keys words : Public transactions, Administrative judiciary, Emergency Judiciary, Preventive protection,Tribal control.

مقدمـة:

يعتبر الانتقال من وحدة القضاء المطبقة منذ سنة 1965 إلى نظام ازدواجية القضاء إثر تعديل الدستور في سنة 1996، نقطة تحول في القانون الجزائري غير أنها لم تفعل إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية الإدارية 08-09 الذي خص المنازعات الإدارية بأحكام قانونية مستقلة، في تدارك للنقص التشريعي الذي كان موجودا خاصة وأن الواقع أثبت عدم قدرة القضاء العادي على التحكم في المنازعات الإدارية التي غالبا ما تتسم بالتعقيد.

وقد خص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 القضاء الاستعجالي الإداري بعدد مهم من المواد الكفيلة بتنظيمه، وهو ما يعتبر نقلة قانونية كبيرة مقارنة بقانون الإجراءات المدنية 90-23، حيث ألم المشرع و من خلال هذه المواد بكل جوانب القضاء الاستعجالي بدءا بقاضي الاستعجال وسلطاته والإجراءات المتبعة أمامه وصولا إلى طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية، إضافة إلى توضيح حالات ومجالات اللجوء إلى القضاء الاستعجالي كمادة إثبات حالة والتسبيق المالي وتدابير التحقيق.

ولقد قام المشرع الجزائري ولأول مرة في القانون الإجراءات المدنية 08-09[1] بتنظيم الإستعجالي السابق للتعاقد في الصفقات العمومية والعقود الإدارية، وتعتبر هذه الخطوة ضرورة لا بد منها في خظم التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية خاصة في ظل

[1]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

سياسة تشجيع الاستثمار التي تنتهجها الدولة. حيث أصبحت الصفقات العمومية أداة اقتصادية وقانونية لا يمكن الاستغناء عنها من أجل تنفيذ مخططات التنمية الاقتصادية المحلية منها والوطنية.

ويشكل القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي (السابق للتعاقد) حاليا جزءا مهما في منازعات الصفقات العمومية، وقد ساهم المشرع في تعزيز الأسلوب، وتوسيع طرق الطعن الممنوحة للمرشحين المتضررين من خلال قواعد الإشهار والمنافسة، وبذلك فهو يلعب دورا هاما في الرقابة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية نظرا لما يحيطها من تجاوزات يصعب كشفها في الكثير من الأحيان أو تداركها، وكذا لمساسها المباشر بالمال العام والمصلحة العامة.

لذا ورغم تأخر المشرع في القيام بخطوة تقنين الاستعجالي قبل التعاقدي مقارنة بنظيره الفرنسي الذي اتخذ هذه الخطوة منذ سنة 1992 بمقتضى القانونين 92-10 الصادر في 1992/01/04 والقانون 93-1416 المؤرخ في 1993/12/29، إلا أنه تدارك الأمر وأقر بضرورة الرقابة القبلية والحماية الوقائية التي يقدمها القضاء الاستعجالي لاستقرار الصفقات العمومية وإرساء الثقة بين أطرافها وبالتالي حماية المال العام وازدهار الاقتصاد الوطني.

ومن خلال ما سبق يثور التساؤل عن ماهية القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي، وإلى أي مدى يعتبر آلية فعالة في الرقابة الوقائية القبلية على الصفقات العمومية؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سيتم تقسيم المداخلة إلى ما يلي:

- أولا: مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية.

- ثانيا: النظام القانوني للدعاوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية.

– ثالثا:الحكم في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية.

أولا: مفهوم القضاء ألاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية.

إن الإحاطة بمفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية تتطلب الوقوف على تعريفه القانوني وإعطاء لمحة تاريخية عن تطوره وكذا لدوافع المشرع الجزائري لتكريسه.

1- التعريفالقانوني للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية.

يعتبر هذا المصطلح القانوني مركبا من مصطلحين، القضاء الاستعجالي وكذا الصفقات العمومية، لذا يجب تعريف كل واحد منهما بمعزل عن الآخر للتوصل إلى تعريف موحد وجامع.

لقد خلت النصوص التشريعية من تعريف القضاء الاستعجالي لذا تدخل الفقه لتعريفه. على أنه مجموع الإجراءات التي ترمي إلى الفصل بصفة مستعجلة وسريعة في حالات الاستعجال والتي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق[1].

أما بالنسبة للصفقة العمومية فمن خلال المادتين –الثانية و الرابعة– من قانون الصفقات العمومية الجزائري نستخلص بأنها:"عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به التي تبرمها الإدارة العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية الإدارية، مركز البحث والتنموية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني و المؤسسات

[1]– لحسن بن شيخ آث ملوية، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دار الهومة، الجزائر، 2007، ص12.

العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الدراسات لصالحها كمصلحة متعاقدة"[1]

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية بأنه ذلك الإجراء القضائي التحفظي المستعجل الخاص. والذي يهدف إلى حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية من خلال إعطاء القاضي سلطة واسعة غر مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"[2].

2- التطور التاريخي للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدي.

يعتبر القانون الأوروبي وبالتحديد اللجنة الأوروبية المصدر الأساسي للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدي، حيث فرضته على الدول الأعضاء في إطار التوجيهات المشتركة التي سعت لإنشاء طعن فعال في حال خرق قواعد إبرام الصفقات العمومية لصالح كل مرشح يتم استبعاده بطريقة غير قانونية.

وقد قام القانون الأوروبي بإصدار التعليمة رقم 89-55 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 والتي وردت تحت عنوان " الطعن والرقابة" في مجال الصفقات العمومية والأشغال، والتي تم تكرسيها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، بعد أن تنبه المشرع إلى عدم وجود دعوة قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال[3].

---

[1]- الرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية، العدد 58، ص03.

[2]- بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد 01 - 2012، ص 31.

[3] - مهند مختار نوح،الإيجاب و القبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2005،ص843.

وبناء على ذلك، تبنى المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدور القانون 92-10 المؤرخ في 1992/01/04 والقانون 92-13 الصادر في 1992/02/25 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجال (الطاقة، المياه، النقل والاتصالات).

ونقحه القضاء الإداري ثم وسع المشرع الفرنسي من نطاقه مما جعل القضاء الفرنسي من بين الأكثر فعالية في الاتحاد كله[1].

و لم يكتف بالتوجيهات الأوروبية[2] التي تحصر مجال تطبيق هذا الطعن بالنسبة للصفقات التي تفوق قيمتها السقف المحدد أوروبيا، بل وسع من نطاقها ليشمل كل الصفقات العمومية وكذلك عقود الامتياز العامة بموجب قانون " Sapin " تلا ذلك تعديلات في كل من التوجيهات الأوروبية والتشريع الفرنسي.

أما في الجزائر فقد نظم المشرع القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي لأول مرة المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 الصادر سنة 2008 تحت عنوان الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات. ويعود اتخاذ المشرع لهذه الخطوة الهامة لعدة أسباب و دوافع.

2- دوافع المشرع الجزائري لتقنين الاستعجالي قبل التعاقدي.

بعد التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري طوال سنين عديدة تراجع المشرع عن موقفه ونظمه بكثير من التفصيل ويعود ذلك لعدة أسباب دفعته لتقنين الاستعجالي قبل التعاقدي ونذكر منها:

---

[1] -C.BERGEAL et F.LENICA, le contentieux des marchés publics, 2ème éd. Edition du moniteur, Paris,2010, P.83.

[2]-C.PREBISSY – SHNAU, La pénalisation du droit des marchés publics, thèse de doctorat, Université de Paris – X Nanterre, 2001, Publiée, éd, LGDJ, 2002, P.422.

أ- تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة والمبالغ الضخمة التي رصدت لذلك.

ب- الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، الشيء الذي أثر سلبا على المناخ الاستثماري وتراجع المستثمرين و هزت الثقة في مصداقية الإدارة الجزائرية والقانون الجزائري، وبالتالي المساس بالاقتصاد الوطني فيعتبر الهدف الاساسي من تقنين الاستعجالي قبل التعاقدي هو وضع قواعد فعالة لمواجهة كل تجاوز للمبادئ و القواعد الاساسية التي تنظم الصفقات العمومية من علانية ومساواة ومنافسة[1].

- **رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من الشفافية والمنافسة العادلة عند إبرام العقود الإدارية،** بعد أنثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما تعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة لإبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع وفي أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي. فضلا على أن الحكم بإلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافذة حتى يطلب أحد أطرافها بإلغائها أمام قاضي العقد

[1]-C.PREBISSY – SHNAU,op.cit.,p.421.

ثانيا: النظام القانوني للدعاوى الاستعجالية ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

إن الدعاوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية كغيرها من الدعاوى تحكمها قواعد الاختصاص القضائي ويجب أن تستوفي جميع الشروط التي يفرضها القانون لرفع الدعاوى القضائية.

1- شروط الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

لرفع الدعوى الاستعجالية لا بد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يوجب القانون توافرها في الدعاوى الاستعجالية إضافة إلى شروط خاصة تنفرد بها الدعوى الاستعجالية في الصفقة العمومية.

أ- الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية.

وتخص هذه الشروط جميع الدعاوى الاستعجالية بصفة عامة.

- **وجود حالة الاستعجال:**

أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى حالة الاستعجال في نصوص المواد 919، 920، 921 و 924 منه، دون أن يعرف هذه الحالات ليترك المجال واسعا للاجتهاد القضائي في تحديد مفهوم الاستعجال حالة بحالة[1].

[1] - حمدان عيسى، القضاء الإداري الاستعجالي، مجلس قضاء بجاية، بجاية،2009، ص 03.

ترك المشرع هذا المجال مفتوحا لأن أي محاولة لتعريف حالة الاستعجال أو صياغة قائمة حصرية لها، يعني تقييد القاضي مسبقا بحالات محددة قانونا، فالقاضي هو الأقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لن يستطيع مهما تنبأ أن يحصر جميع حالات الاستعجال[1].

- **أن لا يتعلق النزاع بأصل الحق:**

يقتصر دور القاضي الاستعجالي الإداري في تسوية حالة مستعجلة عن طريق الأمر بتدبير تحفظي دون أن يتعرض للموضوع[2]، أي أصل الحق الذي يبقى من اختصاص قاضي الموضوع، ويكون ذلك عن طريق إصدار أوامر تكون حجيتها لفترة زمنية محددة، تنتهي هذه الفترة مبدئيا بصدور حكم في الموضوع، كما يجوز للقاضي الرجوع عن الأمر المتخذ بناءا على طلب كل من له مصلحة، وذلك متى ظهرت مقتضيات جديدة طبقا لنص المادة 932 من ق.إ. م.إ. ويكون الأمر الصادر تطبيقا لهذه المادة غير قابل لأي طعن طبقا لنص المادة 936 من نفس القانون[3].

- **جدية طلب المدعي :**

يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فإن لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة، وترتبط جدية الطلب بمسألتين هما:

---

[1]– مبدئيا يمكن القول أن حالة الاستعجال تقوم بمجرد وجود " **وضعية يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح**" كما هو الحال في زوال أو تغيير الوقائع التي سببت الضرر أو حالة تلف بضائع محجوزة بمصالح الجمارك، أنظر في هذا الموضوع: **مسعود شيهوب**،المبادىء العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 136.

[2] – المادة 918 ق.إ.م.إ.

[3]– تنص المادة على أن: "**الأوامر الصادرة تطبيقا للمواد 919، 921 و 922 غير قابلة لأي طعن**"، أنظر القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

– **وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته:** فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية، فإنه لا محل رفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا.

– **يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع، ما من شأنه أن يعطي احتمالا لوجود هذا الحق:** وهو ما تؤكده المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه " عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب" فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلنية التزام الإدارة بالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمستثمرين المهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب[1].

ب– الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.

لمعرفة الشروط الخاصة لهذه الدعوى يجب العودة للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08–09 التي تعتبر الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- **من لهم الصفة والمصلحة في رفع الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد.**

لا يتاح الطعن لكل من له مصلحة كما هو معروف في القواعد العامة بل يقتصر الأمر على عدة جهات، والمشرع الجزائري في المادة 946 حصر حق إخطار المحكمة

[1] – عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2000، ص 204

الإدارية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالإضافة إلى الوالي، مما يشكل تضييقا لمجال ممارسة هذا الطعن .

أ- الطعن المقدم من طرف المرشح المستبعد:

المرشح الذي قدم عرضا ولم يتم اختياره بإمكانه تقديم الطعن في أي مرحلة من إجراءات الإبرام، أو المؤسسة التي لم يسمح لها بتقديم عرض في مناقصة محدودة وقد يجتمع باقي المرشحين لتقديم طعن جماعي.

يمكن استعمال الطعن من طرف المرشح الذي حرم أصلا من الترشح بسبب خرق قواعد الإشهار والمنافسة، وتخصص الطاعن يكفي لقيام المصلحة في إبرام العقد و لا يطلب منه إثبات أنه ترشح للعقد[1]. فقد اعتبر مجلس الدولة أن المنافس المستبعد هي صفة تكون لكل طاعن له مصلحة في إبرام العقد حتى ولو لم يقدم ترشيحه، أو لم يقبل ترشيحه أو أنه قدم عرضا غير مناسب أو غير قانونيأوغيرمقبول[2] ، كما يمكن استعمال الطعن من طرف المتعاملون الذين لم تجدد عقودهم.

هل يمكن أن يكون الطاعن هو المتعامل الفائز؟.

قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن في القرار المؤرخ في 2011/12/23 أين اعتبر" أن المؤسسة التي أعلن عن فوزها بالصفقة لم تتضرر من جراء مخالفة قواعد

---

[1] -CE, 08 Aout 2008, n°307143, in Lamy droit public des affaires le référé précontractuel, les principaux recours contentieux , Edition Wolter Kluwer, France, SAS Reuil Malmaison,
, France ,2012, P. 227.

[2] -CE, Avis contentieux, 11 Avril 2012, Marceau Lang Prosper weil et autres, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Editions Dalloz, Paris, 2013, PP.909 – 910.

الإشهار والمنافسة التي يخضع لها العقد وليس لها مصلحة في الطعن في إجراءات إبرامه وبالتالي فهي ليست مؤهلة لطلب

إلغائه استنادا إلى المادة (1/551) من قانون القضاء الإداري (وهي المادة المقابلة للمادة 946 من 08-09) وليس لها إلا الحق في سحب عرضها قبل إبرام العقد إذا تبين لاحقا عدم صحة الإجراءات التي قد تؤدي إلى إلغائه[1]. وانتقد الفقه في فرنسا هذا المسلك واعتبره تشددا من طرف القاضي الإداري الذي حشر الفائز بالصفقة في زاوية وحرمه من تحريك القاضي الاستعجالي بسبب كونه المتحصل على الصفقة، وأنه محكوم عليه بتوقيع عقد قد يلغى بسبب مخالفات تعرف عليها المرشح الفائز. أما المتعامل الثانوي فليس له الحق في الطعن لأنه ليس له مصلحة في إبرام العقد[2].

ب- الطعن المقدم من طرف ممثل الدولة.

من الشائع أن الوالي يحيل قرارات المجالس المحلية التي يراها غير مشروعة، على قاضي الموضوع، لكنه وطبقا للمادة 2/946 من القانون 08-09 فإن له الحق كممثل الدولة في استعمال الطعن وتحريك القاضي الاستعجالي قبل التعاقد وذلك فيما إذا تعلق الأمر بعقد يبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، دون أن يثبت المصلحة أو تضرره من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. إلاأن الواقع أثبت أنه نادرا ما يقوم الوالي بتقديم طعن لأنه ليس له المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة للتعاقد و لا يعلم بالصفقة إلا بعد تلقيه المداولة التي وافقت عليها أو الشكوى التي قد يقدمها مرشح متضرر[3].

---

[1] - CE, 23 Décembre 2011, n°350231, département de la Guadeloupe, juisdata n°2011- 029564, Rec. CE 2011.

[2] -C. PREBISSY- SHNALL, op. cit., P. 423.

[3]- بروك حليمة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 11، ص 306.

- **وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.**

و يعتبر انتهاك لقواعد الإشهار والمنافسة ما يلي:

خرق قواعد الإعلان عن الصفقة، اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب ومخالف للشروط القانونية المنصوص عليها، مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية كوضع عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب الآخرين، ويعتبر هذا انتهاك لقواعد المنافسة. إضافة إلى الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق وغيرها من الخروق التي تمس بأهم المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية (إشهار، منافسة ومساواة).

أما مبدأ المنافسة فيقتضي إفساح المجال أمام المهتمين بالصفقة على السواء دون تفرقة أو إقصاء أو تهميش لتقديم عروضهم وتنص المادة 03 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه "...يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الحصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

- **الآجال القانونية لرفع الدعوى.**

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت في فقرتها الثالثة بأنه " يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

وتشبه صياغة المادة 946 من القانون الجزائري إلى حد بعيد المادتين 1/551 و 2/551 من القانون الفرنسي إذ تنص الأولى على " رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبث قبل إبرام العقد ..." أما الثانية فقد نصت على " لا يمكن للقاضي أن يبث قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة".

ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هي: التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد ؟.

فالمنطق الوقائي يفرض أن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للامتثال لالتزاماتها أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 ق.إ. م .إ .أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى أصلا؟.

لقد قبلت بعض المحاكم الإدارية بفرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الاستعجالي قبل التعاقدي، غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبنى مبدأ مستقرا مفاده أن تطرق القاضي الاستعجالي إلى مشروعية العلانية و المنافسة بعد إبرام العقد يخرجه من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية[1].

وعلى هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية.[2]

غير أن القاضي الإداري الفرنسي أبى إلا أن يبتكر اجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية و منازعتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 2007/07/16 في قضية (Société tropic travaux signalisation) والتي تتلخص وقائعها في أنه على إثر دعوة للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة ب pitre à

[1]– بزاحي سلوى زوجة بومقورة، المرجع السابق، ص 39.

[2]- R. SHWARTS, le juge français des référés administratifs, revue du conseil d'état, n°4, Algérie, 2003, P 72.

pointeالعرض الذي تقدمت به شركة « Rugoway » فرفعت شركة« Tropic » باعتبارها مرشحة للصفقة – دعوى إستعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية:قرار رفض عرضها،قرار منح صفقة ل Rugoway قرار إمضاء الصفقة،و بتاريخ 2006/3/2 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم و نفذ كليا استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه : يمكن للغير، المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية، لحقهم في مخاصمة العقد ذاته إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة، و يكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

- إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية قبل وبعد إبرام الصفقة.
- حق الغير في مخاصمة العقد بعد أن كان حكرا على أطرافه.

2- قواعد الاختصاص القضائي في الاستعجالي قبل التعاقدي.

إن الاختصاص القضائي يعتبر مسألة نظام عام أولية تسبق الفصل في النزاع، برفع الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد أمام القضاء المختص إقليميا ونوعيا.

أ- **الاختصاص الإقليمي:** يجب تقديم الطعن في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أما المحكمة

الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وإذا تعلق الأمر بالأشغال العمومية فيرفع الطعن أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها تنفيذ الأشغال[1].

ب- الاختصاص النوعي:

يتحدد الاختصاص القضائي بالنظر إلى طبيعة المنازعة و ليس طبيعة العقد، وبالرجوع إلى القانون 08-09 نجده ينص على اختصاص المحاكم ألإدارية في المنازعات الإدارية وذلك كأول درجة بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة[2]. ويفصل في الطعن الاستعجالي بالتشكيلة الجماعية[3] مما من شأنه أن يحول دون الإسراع في إصدار الأمر الاستعجالي، لكنه من ناحية أخرى يعزز الاستقرار القانوني و يمنح القرار الاستعجالي وضوحا ودقة أكبر.

ثالثا:الحكم في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية:

بعد رفع الدعوى الاستعجالية امام القاضي الإداري فيكون امامه إما رفضها أو قبولها للنظر في هذه الحالة تستمر الإجراءات على المراحل التالية:

---

[1]- المادة 3/804 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]- المادة 800 ق.إ.م.إ.

[3] - المادة 917 ق.إ.م.إ.

1-التحقيقفي الطلب:

يتوقف التحقيق على اساس التأسيس الذي بني عليه الطعن وإذا تعلق الأمر بالإخلال بقواعد المنافسة يصبح التحقيق أكثر صعوبة[1]،ويمر التحقيق في الطلب بمرحلتين:

أ- المرحلة المكتوبة:

يقع على عاتق الطاعن تبليغ العريضة للمصلحة المتعاقدة عند رفع الطعن[2]،إلا أن ذلك لا يعد شرطا لقبوله[3]وإنما له آثار على الطعن اللاحق للتعاقد،و يمكن أن يتلقى الطاعن مذكرات الخصم و يمكن أن يسمح بتبادل المذكرات والعرائض[4].

ب-المرحلة الشفهية :

الجلسة العلنية إجبارية بالنظر إلى السلطات الواسعة للقاضي الاستعجالي و خلال هذه الجلسة يمكن للأطراف أن يقدموا ملاحظاتهم الشفهية و يمكن خلالها أيضا يقديم دفوع أو وثائق جديدة ،و يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية[5] و يجب إعلام

---

[1] -F.Christian, La prévention de la corruption dans les marchés publics,examen des moyens juridiques et institutionnelles, Thèse de doctorat, Université Di Corsica,2000, p.335.

[2]- المادة 928 ق إ م إ.

[3] - CE, 30 septembre 2011,Cne de Maiziaine –Lés Metz, requête, n°350148, Nicolas
Lafay Référé contractuel :, les conditions de recevabilité précisées par le juge, Revue contrats publics, n° 117, janvier, 2012, p.93.
-CE, 10 novembre 2010, Ministère de la défense, requête,n°341132, Nicolas Lafay , op. cit. ,p,93

[4] -F. Christian, op,cit, p.335.

[5]-المادة 923 ق إم إ.

الأطراف بطلبات الخصم تحت طائلة بطلان الاجراءات و كذلك تبليغهم بالوثائق التي قدمها الخصم[1].

ج- إمكانية الأمر بالخبرة:

و يمكن للقاضي الإستعجالي أن يأمر بخبرة [2]و ذلك لتوضح له بعض الامور و هذا الاجراء إستثنائي لأنه لا يتماشى مع أجل 20 يوما الممنوحة له للفصل في الدعوى الاستعجال.

2-صدورالقرار الاستعجالي:

يتمتع القاضي الاستعجالي في إطار المادة 946 بسلطات واسعة أحيانا تتجاوز سلطات قاضي الموضوع لانه أحيانا يتخذ تدابير نهائية مما يعزز الطابع الموضوعي لهذا الطعن الذي يمكن القاضي أحيانا من تسوية النزاع في الموضوع، و هي سلطات لا يتمتع بها عادة القاضي الاستعجالي العادي الذي لا ينظر في أصل الحق [3]،وصفها مجلس الدولة بسلطات القضاء الكامل[4]. .

3- سلطات القاضي:

تمنح المادة 946 للقاضي الإداري السلطات التالية:

---

[1]-المادة 931 ق إ م إ

[2]-923 ق.إ.م.إ.

[3]-المادة 918 ق. إ. م إ.

[4] -« pouvoirs de pleine juridiction » CE, 29 juillet,1998, Garde des sceaux, c Sté Génicorp, in Olivier Le Bot Le guide administratifs , édition Dalloz,, paris cedex, 2013/2014., p 624.

أ- سلطة القاضي في توجيه أمر للإدارة.

يملك القاضي حق توجيه الأمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها، وكان من المستقر عليه أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري مبدأ إجرائي مفاده أن " القاضي يحكم و لا يدير " وذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية.

و ظل القضاء الإداري الجزائري يتبنى نفس الموقف إلى حين صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 والذي منح للقاضي الاستعجالي كل السلطات، حيث أصبح يملك سلطة توجيه أمر للإدارة لتفي بالتزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية أو يوجه لها أمرا بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق، وهو ما يجعله يتدخل في أصل الحق وبالنظر في جوهر الدعوى خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي، وهو ما يدعو إلى تسمية هذه الدعوى بـ " شبه استعجاليه".

ب – سلطة القاضي في فرض الغرامة التهديدية.

تتيح المادة 946 ق.إ.م.إ. للقاضي الاستعجالي أن يأمر بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل الذي يحدده القاضي للمصلحة المدعى عليها للامتثال لالتزاماتها، وهذا من شأنه أن يدعم مصداقية الأحكام القضائية.

ج- تأجيل إمضاء الصفقة لمدة 20 يوما.

منحت المادة 946 في فقرتها السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، ويعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة

ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها، وهي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام.

4- تقييم سلطات القاضي ألاستعجالي.

من حيث المبدأ يسمح 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 الإجراءات كما يمكنه تأجيل توقيع العقد مع الحكم بالغرامة التهديدية، فيمكنه أن يفصل بأكثر مما طلب منه على الخروقات التي يلاحظها ويأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها مع أو بدون تحديد أجل وإعادة المرشح الطاعن عن الذي تم استبعاده، وهذا الطعن ليس استعجاليا إلا من حيث الشكل[1] لأن صلاحيات القاضي فيه أحيانا تفوق الموضوع، فهو يشبه منازعة الإلغاء من حيث كونه يمكن القاضي من التأثير في العقد أو على الأقل التعديل في أطرافه.

لذا تعتبر الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقد دعوى من نوع خاص[2] فالقضاء في هذه الحالة لا يعتبر مستعجلا بمعنى الكلمة بل تقنية خاصة في سبيل حماية الصفقة العمومية والمال العام.

5- تنفيذ القرار القضائي.

يصدر الأمر الاستعجالي مسببا وينفذ فورا وهو حائز لقوة الشيء المقضي فيه والاستئناف لا يعيق التنفيذ، فإذا اعتبر القاضي الاستعجالي أن هناك مساس بالتزامات الإشهار والمنافسة ولم تلتزم الإدارة المتعاقدة ووقعت على العقد، يمكن في هذه الحالة للطاعن أن يبلغ عن جنحة المحاباة [3]، كما أن يشكل قرار التسريع في توقيع العقد انحرافا

[1] - C.BERGEAL et F.LENICA, op.cit., P. 119.
[2] - F.CHRISTIAN, op.cit. P.351.
[3] - C.PREBISSY - SHANALL, op.cit., P.447.

باستعمال السلطة، أو خطأ في القانون[1]. و يمكن للقاضي الجزائي أن يستخلص من القرار الاستعجالي الذي طالب الإدارة بوقف إبرام العقد أن هناك خرق للقواعد ذاتها، وعلى القاضي الاستعجالي أن يحدد بدقة كيفية تنفيذ قراره. فإن تم إلغاء إجراءات الإبرام فيجب إعادة العملية من البداية أما إذا ألغي تصرف واحد فقط فيجب إكمال العملية خلال تلك المرحلة.

إذا تم استبعاد المرشح بطريقة غير قانونية واختار طريقة التعويض فبإمكانه استعمال دعوى المسؤولية" شبه الجنحية " على أساس ما فاته من كسب، وفي حال لم يكن له أي فرصة فله الحق في المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه، وإذا تحقق من كونه يملك حظوظا للفوز بالصفقة فيمكن تعويضه بكامل ما فاته من كسب ويقاس بالربح الذي كان يمكن له الحصول عليه من الصفقة. أما إذا تم التوقيع على العقد فيبقى له الحق في دعوى التعويض محتجا على صحة العقد أو أحد بنوده ويطلب أيضا من القاضي الاستعجالي بصفة تحفظية أن يأمر بوقف التنفيذ العقد[2].

جدير بالذكر أن القضاء في الجزائر وفي ظل تشريع الصفقات السابق للمرسوم 91-434 لم يرتب البطلان على مخالفة أحكام إبرام الصفقات العمومية حيث قضى بالتعويض لصالح مرشحين تم قبول عروضهم من طرف لجنة تقييم العروض ثم أبرمت الإدارة المتعاقدة الصفقة مع مرشح رفض عرضه، فطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر بعد أن قدم شكوى ضد رئيس المجلس الشعبي البلديمذكرا إياه بأحكام تنظيم الصفقات التي خرقها بشكل علني وصارخ. و قد اعتبر مجلس الدولة هذا الخرق مستوجبا للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بالمعني[3].

---

[1]- C.PREBISSY – SHNALL, op.cit., P. 449.

[2]- CE Assemblée, 16 Juillet 2007, société tropique travaux signalisation, n° 291545, rapport du service central de lutte la corruption, 2007, chapitre II, WWW.sccp.fr.

[3]- ملف رقم 014637، الغرفة الأولى، قضية بلدية العلمة ضد هـ- ع، مجلة مجلس الدولة، العدد 05،2004، ص.132 وما يليها.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفي حالة استئناف القرار الاستعجالي فلا يكون لهذا الاستئناف أي أثر على القرار، لأن القرار الذي يتخذه القاضي الاستعجالي بتأجيل العقد ينفذ.

خـاتمة:

في ختام هذه الدراسة تتجلى جيدا القفزة النوعية والهامة للمشرع الجزائري في مجال الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، حيث سد فراغا تشريعيا كبيرا ووضع حماية ودرعا قانونيا للصفقات العمومية التي كانت عرضة للتجاوزات والخروق التي تؤثر على الاقتصاد الوطني بشكل أو بآخر، إضافة إلى أنه وسع من سلطات القاضي الاستعجالي وأعطاه صلاحيات غير مألوفة كفرض غرامات تهديدية وكذا تأجيل العقد.

بيد أن ما يعاب على المشرع النقائص التالية:

1- رغم تنصيب الوالي كحارس لمشروعية الصفقات المحلية، إلا أن هناك غيابا في الأطر القانونية.

2- عدم منح صفقة قانونية لجهة مركزية تتولى فرض رقابة قانونية على مدى احترام قواعد العلانية والمنافسة في الصفقات العمومية المركزية.

3- توحيد جهة الاختصاص القضائي بالنظر في منازعات العقود الإدارية والصفقات العمومية، علما أن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية لا تعد عقودا إدارية طبقا للمعيار العضوي الذي يتبناه كلا من المشرع والقاضي الجزائريين، فإن كان القضاء الإداري يقر عدم اختصاصه بالفصل في منازعات الموضوعية، فإنه لن يقبل النظر في منازعاتها الاستعجالية التحفظية.

4- الإغفال التام لضمانات هذه الدعوى الجديدة وإتباع القواعد العامة في القضاء الاستعجالي، على خلاف المشرع الفرنسي الذي خص هذه الدعوى بإجراءات معينة كمبدأ الوجاهية، وتبادل المذكرات بين أطراف الدعوى، وإبداء الملاحظات الشفهية في الجلسات العلنية.

كما يرجى أن يكرس المشرع الجزائري سلطتي : إلغاء القرارات والبنود التعاقدية المخالفة لالتزامات العلانية والمنافسة وذلك في سبيل تفعيل هذه الدعوى الجديدة التي ندعو إلى تسميتها بـ " الدعوى شبه الاستعجالية في العقود الإدارية والصفقات العمومية " لأنها التسمية الأدق والأصح لهذا المولود الجديد الذي يقود ثورة على المحظورات التقليدية التي كانت سائدة في نظامنا القانوني.