قضـاء الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية في الجزائر

د/ عمار رزيق - جامعة باتنة1

أ/ بشير الشريف شمس - جامعة سطيف2

slakabi@yahoo.fr
rezigov@hotmail.com

ملخص:

يعتبر الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية إجراء استثنائيا استحدثه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غرضه حماية مقتضيات الشفافية في الصفقة العمومية من خلال حماية قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

واشترط المشرع لإعمال هذا الإجراء بالإضافة إلى توافر الشروط العامة للدعوى الاستعجالية، شروطا خاصة تتجسد أساسا في خصوصية شرط الصفة بالنسبة للمدعي وكذلك شرط الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة. كما أخضعه لإجراءات خاصة سواء على صعيد الاختصاص القضائي أوعلى صعيد السلطات المخولة لقاضي الاستعجال الإداري.

الكلمات المفتاحية: دعوى، الاستعجال، ما قبل التعاقدي، الصفقات العمومية.

Abstract:

Pre-contractual urgency in public bargain article is considered as an exceptional measure that the legislator introduced in the Code of Civil and Administrative Procedures. It aims at protecting the requirements of transparency in public bargain through protecting publicity and competition regulations which the process of concluding public bargains are submitted to.

To put this measure into action, the legislature, in addition to the presence of the general conditions of urgency action, has required special conditions that are represented mainly in the specificity of the quality clause required for the plaintiff to the action and also the

ISSN. 2352-975X

clause of breach of publicity and transparency commitments. Moreover the legislature submitted it to special procedures both at the level of jurisdiction or at the level of the powers conferred upon the administrative judge of urgency.

Key words: action; urgency; pre-contractual; public.

مقـدمـة:

أحـاط المشـرع الصـفقات العموميـة نظـرا لأهميتهـا وتعلقهـا بالمـال العـام بجملـة مـن الضـوابط القانونيـة، تهـدف إلى عقلنـة وترشـيد اسـتعمالها، لعـل أهمهـا وجـوب مراعـاة مبـادئ حريـة الوصـول للطلبـات العموميـة والمسـاواة في معاملـة المرشـحين وشـفافية الإجراءات عند إبرامها.

ورغـم هـذه الضـمانات، إلاّ أن الواقـع يثير دائمـا العديـد مـن المنازعـات الناجمـة عـن الإخلال بهذه المبادئ من جانب السلطة الإدارية، لـذلك عمل المشـرع على إقـرار آليـات لتسويتها وديا وقضائيا.

ويعد الاستعجال ما قبل التعاقدي في مـادة الصـفقات العموميـة مـن أهـم هـذه الآليـات التي اسـتحدثها المشـرع لأول مـرة في قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة، وذلـك في إطـار إصلاح قضاء الاستعجال الإداري. ورغم أن هـذه الخطـوة جـاءت متـأخرة مقارنـة بالنظـام القـانوني الفرنسـي، إلاّ أنهـا تعتبر توجهـا موفقـا يؤكـد إرادة المشـرع في إثـراء المنظومـة القانونيـة الوطنيـة ومسـايرة التطـورات الحاصـلة في مجـال الصـفقات العموميـة مـن جهـة ورغبته في إقامـة نـوع مـن المصـالحة بـين هـدف تشـجيع الاسـتثمار ومقتضـى حمايـة المـال العام من جهة ثانية. ومن ثم تتمحور الإشـكالية حـول معرفـة مـدى كفايـة الـدور المنـوط بقاضـي الاسـتعجال الإداري في حمايـة المبـادئ الـتي تخضـع لهـا عمليـة إبـرام الصـفقات العمومية؟

للإجابة على هذه الإشكالية، نقسم الدراسة إلى ثلاث مطالب:

ISSN. 2352-975X

المطلب الأول: مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: شروط الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: إجراءات الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية

يقتضي تحديد مفهوم الاستعجال ما قبل التعاقدي التطرق إلى تعريفه في فرع أول ثم إلى خصائصه في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية

لم يعرف المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الاستعجال ما قبل التعاقدي وهو أمر طبيعي، لأنه ليس من مهام المشرع صياغة التعاريف لما ينظمه من مسائل، بلهو أمر منوط بالفقه والقضاء الإداريين بحكم الدور التأصيلي للمنازعة الإدارية المنوط بهما.

ويمكن تعريف الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية، من خلال الجمع بين المصطلحين الذين يتركب منهما وهما قضاء الاستعجال من جهة والصفقة العمومية من جهة ثانية.

كلاسيكيا، عرف قضاء الاستعجال بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها ولكن بطريقة مؤقتة ودون المساس بأصل الحق"[1].

أما الصفقة العمومية، فقد عرفتها المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2]، بأنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

ISSN. 2352-975X

وعليه، يعرف الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية بأنه: "إجراء قضائي مستعجل، الهدف منه حماية مبادئ الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وذلك بصفة مؤقتة ودون المساس بأصل الحق، من خلال منح قاضي الاستعجال الإداري سلطات واسعة وغير معهودة في نطاق الدعاوى الاستعجالية العامة".

الفرع الثاني: خصائص الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية

تمتاز الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية بجملة من الخصائص تميزها عن باقي الدعاوى الاستعجالية هي:

1- أنها دعوى مستعجلة خاصة، حيث لا يمكن إعمالها إلاّ بشأن العقود الإدارية أو الصفات العمومية، بمعنى أنها حماية تستأثر بها الصفقات العمومية دون بقية الأعمال الإدارية الأخرى. وحتى في إطار الصفقة العمومية تمتاز هذه الحماية بالضيق، إذ لا تطال إلاّ مخالفات الإخلال بقواعد الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية الإبرام، دون باقي المخالفات المرتبطة سواء بإبرام الصفقة أو بتنفيذها.

2- أنها دعوى أصيلة، بمعنى أنها ترفع وتقبل بصفة مستقلة عن أية دعوى موضوعية أخرى وذلك خلافا لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري مثلا، التي لا يمكن قبولها إلاّ إذا تزامنت مع دعوى مرفوعة في الموضوع[3].

3- أنها حماية وقائية، تهدف إلى صيانة مبادئ الإشهار والمنافسة وعدم انتهاكها من جانب السلطات الإدارية المتعاقدة، ولهذا يتحدد إطارها الزمني من حيث الأصل قبل إبرام الصفقة العمومية على نحو ما سيتأتى تفصيله لاحقا.

المطلب الثاني: شروط الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية

بالإضافة إلى الشروط العامة لأي دعوى استعجالية والمتمثلة في شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، يلزم لقبول الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية توافر شروط خاصة هي المصلحة والصفة (الفرع الأول)، الإخلال بالتزامات الإشهار

ISSN. 2352-975X

والمنافسة (الفرع الثاني) والإطار الزمني للدعوى(الفرع الثالث).

الفرع الأول: المصلحة والصفة

يشترط لقبول الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية أن تتوافر للمدعي مصلحة في إقامتها إعمالا لأصل"لا دعوى دون مصلحة".وتعرف المصلحة على أنها: " الدافع على إقامة الدعوى والغاية المقصودة منها"[4] أو"الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها باللجوء إلى القضاء"[5].

ويشترط في المصلحة اللّازم توافرها لقبول الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، بالإضافة إلى ضرورة كونها قائمة، شخصية ومباشرة أن تكون جدّية، أي أن تستند إلى حق للطاعن يقره ويحميه القانون، بمعنى حقا له سندا في قاعدة قانونية وضعية، وبمفهوم المخالفة إذا كان الطاعن يستند إلى حق لا يعترف به القانون ولا يقر حماية له، فإن مصلحته في طلب الحماية الخاصة لمبادئ الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية تنتفي لانتفاء وصف الجدية عنها، ومثال ذلك أن يكون المترشح في الصفقة والذي يطلب حماية حقه في المساواة والمنافسة مع باقي المترشحين، يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية.

أمّا الصفة فيجب أن تثبت لكل من رافع الدعوى ومتلقيها على حدّ سواء، إعمالا للأصل الإجرائي القاضي بوجوب رفع الدعوى من ذي صفة وعلى ذي صفة.

بالنسبة لصفة المدعي، أعطاها المشرع مفهوما أوسع وأشمل من المفهوم الكلاسيكي لها في القواعد العامة، حيث تثبت له إمّا بحكم المصلحة أو بحكم القانون.

1-**اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة**: وهو الأصل، حيث تقبل الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، من المدعي الذي له مصلحة في إبرام الصفقة العمومية، أي من المترشح الذي أصابه ضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية الإبرام.

ISSN. 2352-975X

2-**اكتساب صفة المدعي بحكم القانون**: أعطت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثانية هذه المكنة للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، وذلك إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

إن منح الوالي صفة الحارس لشفافية الصفقات العمومية المحلية، يصطدم في الواقع بعائق قانوني يتمثل في غياب الأطر القانونية التي من خلالها يتسنى للوالي العلم بالمخالفات القانونية المرتكبة بخصوص التزامات الإشهار والمنافسة في الصفقات العمومية المحلية، ومن ثم تبدو مثل هذه السلطة نظرية وصعبة التفعيل في الواقع العملي.

كما أنه إذا كان الوالي منوط بإخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية المحلية، فالسؤال المطروح هو من يحرس شفافية الصفقات العمومية المركزية؟.إن هذا الفراغ التشريعي بخصوص هذه المسألة غير مبرر في نظرنا، لذلك نهيب بالمشرع أن يعقد للوزراء هذه المكنة كل بالنسبة للصفقات العمومية المركزية التابعة لقطاعه، لاسيّما إذا علمنا أن الصفقات العمومية ذات الأهمية من حيث الموضوع والمبالغ المالية المرصودة عادة ما تكون مركزية.

الفرع الثاني: وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة

حصرت المادة **946** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجال إعمال الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية، في وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية الإبرام.

1-**الإخلال بالتزامات الإشهار**: ويعتبر من قبيل هذا الإخلال ما يلي:

- الامتناع عن الإعلان عن الصفقة العمومية مطلقا أوعن الإعلان عن المنح المؤقت لها.

- أن تقوم الإدارة بالإعلان ولكن بصورة معيبة، كأن يحتوي الإعلان على معلومات غير كافية أو تنقصه إحدى البيانات المنصوص عليها في المادة **62** من تنظيم الصفقات

ISSN. 2352-975X

العمومية، أو يتم نشره في جريدة يومية وطنية واحدة، في حين أن المادة **65** من تنظيم الصفقات العمومية تشترط على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

- المساس بالمساواة بين المترشحين في إعلامهم بخصائص العقد وآجال الإعلام (عدم إعلامهم في آن واحد)[6].

2- **الإخلال بالتزامات المنافسة**: تطبيقا لمبدأ حرية التجارة والصناعة المكرس دستوريا[7]، يعتبر الترشح للمشاركة في الصفقات العمومية حرا، ولا يوجد أي مانع قانوني من اشتراك أي متنافس في إطار احترام الشروط القانونية المقررة في هذا الشأن.ويعتبر انتهاكا من الإدارة لقواعد المنافسة ما يلي:

- المبالغة في المعايير التقنية المعلن عنها بغرض تفضيل أحد المترشحين على حساب البقية، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين مرشحين معينين ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة[8].

- حرمان أو إقصاء أحد المرشحين من المشاركة في الصفقات العمومية دون سند من القانون، أي في غير الحالات المحددة قانونا[9]، وذلك بغرض محاباة مرشحين آخرين من خلال تضييق نطاق المنافسة بينهم.

- الإخلال بمعايير اختيار المتعامل المتعاقد المنصوص عليها في المادة **78** من تنظيم الصفقات العمومية.

- اختيار الإدارة لأسلوب غير مناسب عند إبرام الصفقة العمومية، كأن تلجأ إلى التراضي البسيط في غير الحالات المنصوص عليها في المادة **49** من تنظيم الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: الإطار الزمني للدعوى

إن الطابع الوقائي للدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية، يفرض رفعها قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك من أجل تغطية المخالفات التي تمس بمبدئي الإشهار والمنافسة، وبمفهوم المخالفة يؤدي تمام إبرام الصفقة العمومية

ISSN. 2352-975X

إلى سلب الاختصاص من قاضي الاستعجال كقاضي وقاية ومنحه إلى قاضي الموضوع[10] كقاضي علاجي، وهو ما قررته المادة **946** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة بنصها على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

المطلب الثالث: إجراءات الدعوى المستعجلة ما قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية

إذا توافرت الشروط اللازمة للدعوى، جاز للمدعي إخطار الجهة القضائية المختصة بنظرها لاتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.وعليه، سنتولى في هذا المطلب، تحديد قواعد الاختصاص بالدعوى في فرع أول، كيفية تقديمها في فرع ثان وسلطات القاضي الإداري فيها في فرع ثالث.

الفرع الأول: قواعد الاختصاص بالدعوى

أعطت المادة **946** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص بنظر الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية حصرا إلى المحكمة الإدارية دون مجلس الدولة.وهو أمر يفتح تأويلين أساسيين أولهما ، أن الصفقات التي تبرمها السلطات الإدارية المركزية والمؤسسات العمومية الوطنية لا تخضع لرقابة قاضي الاستعجال الإداري وفق مقتضيات نظام الاستعجال ما قبل التعاقدي.وثانيهما أن المشرع قد أورد استثناءا على القاعدة العامة في توزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، بمقتضاه خول المحاكم الإدارية سلطة الفصل في منازعات السلطات المركزية عندما يتعلق الأمر بتدابير استعجالية قبل تعاقدية.

وإذا أردنا ترجيح أحد الاحتمالين، نعتقد أن الاحتمال الثاني هو الأولى بالإعمال كونه مسنودا سواء من القانون، إذ وردت عبارة الصفقات العمومية مطلقة دون تحديد وتمييز بين الصفقات المحلية والمركزية، أو من الواقع، حيث تقتضي أهمية الصفقات المركزية لاسيما على صعيد المبالغ المالية الكبيرة التي ترصد لها ألاّ تفلت من رقابة قضاء الاستعجال ما قبل التعاقدي.

ISSN. 2352-975X

وعلى مستوى المحكمة الإدارية، جعلت المادة **917** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي الاستعجال هو ذاته قاضي الموضوع، أي التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع، ورغم أن مسلك المشرع هنا جاء دون بيان للأسباب والأهداف، إلاّ أنه ينطوي بداهة على الرغبة في الاستفادة من مزايا التشكيلة الجماعية، لعل أهمها فكرة الحوار وتبادل الآراء ووجهات النظر بين قضاة التشكيلة، مما يؤدي إلى ضمان الجودة في الأحكام القضائية الصادرة، من خلال التقليل من خطر الوقوع في الأخطاء والانسياق وراء الأحكام الشخصية المسبقة، بمعنى أن التشكيلة الجماعية تحقق الموضوعية وتتلافى فكرة شخصنة الوظيفة القضائية[11].

وفي رأينا أن هذا المبرر ورغم وجاهته وجاذبيته، فإنه لا ينهض سببا كافيا لاعتماد مبدأ التشكيلة الجماعية في نظام الاستعجال ما قبل التعاقدي، لأنه لا ينسجم مع فلسفته وهي إقرار حماية سريعة لمبادئ إبرام الصفقات العمومية المنتهكة من جانب الإدارة، ولا شك أن هذا المقتضى (السرعة) يفرض التخلي عن التشكيلة الجماعية لصالح نظام القاضي الفرد، لما يوفره هو الآخر من مزايا هامة تتلاءم مع فلسفة وأغراض نظام الاستعجال ما قبل التعاقدي. كما أن توحيد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال يؤدي إلى إرهاق القضاة بعدد كبير من القضايا، مما يفضي إلى صدور أحكام وأوامر غير متأنية تهدر غالبا حقوق وحريات الأفراد وتنحاز لصالح أعمال الإدارة، بينما يكون القاضي الفرد بحكم تفرغه وعدم ارتباطه بدعاوى الموضوع أكثر تأنيا عند الفصل في الدعوى المستعجلة، وهو ما ينعكس إيجابا على جودة الأوامر التي يصدرها.

الفرع الثاني: كيفية رفع الدعوى

إن الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية بوصفها طلبا استعجاليا، يتعين تقديمها بمقتضى عريضة مكتوبة[12] وموقعة من محام ومستوفية للبيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أهمها عرض وقائع الدعوى والوسائل التي تؤسس عليها وكذا تحديد طلبات المدعي بدقة.

ISSN. 2352-975X

والسؤال المطروح في هذا الصدد هو هل أن وجود الاستعجال ما قبل التعاقدي كطريق خاص لحماية التزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية، يمنع المدعي من تقديم طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية بخصوص هذه الالتزامات؟ وبعبارة أخرى هل يجوز لنظام وقف التنفيذ التدخل في المجال المحجوز لنظام الاستعجال ما قبل التعاقدي؟.

أعطى مجلس الدولة الفرنسي الإجابة عن هذا التساؤل، وقرر أن وجود الاستعجال ما قبل التعاقدي لا يقصي الطعن وفق دعوى وقف التنفيذ ضّد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية، شرط أن يتم تقديم الطلبين في عريضتين متميزتين[13].

الفرع الثالث: الحكم في الدعوى

بعد تقديم الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية والتحقيق فيها، تأتي مرحلة الحكم فيها، وفي هذا الإطار، سنتولى إبراز سلطات القاضي في الدعوى (أولا) ثم الطعن في الحكم الصادر فيها (ثانيا).

أولا: سلطات القاضي في الدعوى

منحت المادة **946** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي ثلاث سلطات هي توجيه أمر للإدارة، فرض الغرامة التهديدية وتأجيل إبرام الصفقة.

1- سلطة الأمر.

هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه[14].وقد ظل القاضي الإداري في الجزائر إلى وقت قريب يتبنى مبدأ عدم توجيه أوامر للإدارة وذلك إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي أجاز إمكانية توجيه أوامر للإدارة في عدة موضوعات منها الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، حيث نصت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الرابعة على أنه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه".وهو ما يعني أن قاضي الاستعجال الإداري أصبح يملك مكنة توجيه أمر للمصلحة المتعاقدة للوفاء بالتزاماتها المتعلقة

ISSN. 2352-975X

بالإشهار والمنافسة، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة أو بإعادة نشره مستوفيا للبيانات الإلزامية أو بقبول مترشح تم إقصاؤه بالمخالفة للقانون.

2- سلطة فرض الغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه هو ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية، وهي عقوبة مالية تبعية ومحتملة تحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير، بهدف تجنب عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري أو التأخير في تنفيذها[15]. وقد نصت المادة 5/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد".

ورغم أهمية الغرامة التهديدية في ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية، إلاّ أنه يبرز اكراهين قد يحدا من فعاليتها أولهما، أنها سلطة جوازية للقاضي بمعنى له مكنة إعمالها أو إهمالها تبعا لسلطته التقديرية، وكان الأحرى بالمشرع أن ينص على وجوب فرضها.وثانيهما أنها تقتطع من ميزانية الشخص المعنوي وليس من الذمة المالية الخاصة لممثله القانوني، وهو أمر قد يحمله على التقاعس في تنفيذ الأمر القضائي مما يؤدي إلى إرهاق الذمة المالية للمصلحة المتعاقدة.

3- سلطة تأجيل إمضاء العقد.

كرست هذه السلطة الفقرة السادسة من المادة 946، حيث نصت على أنه: "ويمكن لها (المحكمة الإدارية) كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما". تعتبر سلطة تأجيل إمضاء العقد ضرورية وتترجم حقيقة الطابع الوقائي لنظام الاستعجال ما قبل التعاقدي، حيث في غيابها قد تترتب نتائج يتعذر تداركها، فيما لو أسرعت الإدارة في إتمام إبرام الصفقة قبل نهاية إجراءات الدعوى.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ألزم القاضي بموجب المادة 947 بضرورة الفصل في الدعوى في أجل أقصاه 20 يوما من تاريخ إخطاره بها.والتساؤل المطروح في هذا الصدد هو ما مدى إلزام هذا الأجل للقاضي؟ وما جزاء مخالفته؟.

ISSN. 2352-975X

نعتقد أنه في ظل سكوت المشرع عن تحديد الجزاء المترتب على مجاوزة القاضي لأجل 20 يوما عند الفصل في الدعوى، يجعل منه إرشاديا مجردا من كل أثر سواء في مواجهة الحكم أو في مواجهة القاضي، وهو نفس الحل الذي كرسه مجلس الدولة الفرنسي[16].غير أنه في المقابل، فإن مخالفة هذا الأجل يرتب أثرا هاما في مواجهة المصلحة المتعاقدة، حيث يجوز لها إمضاء الصفقة بعد انقضاء 20 يوما دون أن يصدر القاضي أمره في الدعوى، وهو أمر في غاية الخطورة من شأنه أن يحمل القاضي على ضرورة التقيد بهذا الميعاد وعدم الخروج عنه.

ثانيا: الطعن في الحكم

لم تشر المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى طبيعة الحكم الصادر في الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية، ولا إلى طرق الطعن فيه.وهو أمر غير مبرر ويفتح باب التأويلات حول مدى قبول هذا الحكم للطعن بالاستئناف من عدمه.

يرى الأستاذ مسعود شيهوب أن هذا السكوت التشريعي ينبغي تفسيره على أن الأوامر الصادرة في مادة الصفقات العمومية بموجب المادة 946، تكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف طالما نصت المادة الموالية على أجل الفصل في الدعوى، وبخصوص ميعاده فإنه يخضع للقواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الاستعجالية طالما لم ينص المشرع على أحكام خاصة.

وبدورنا نشاطر الأستاذ فيما ذهب إليه تأسيسا على أن الطعن بالاستئناف هو أصل ومبدأ عام قررته المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن ثم يثبت دونما حاجة إلى نص خاص يقرره.

خاتمة

في ختام دراستنا للدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية، يمكن القول أنها تعتبر إصلاحا هائل الأثر سواء في مجال قضاء الاستعجال الإداري أو في مجال التسوية القضائية لمنازعات الصفقات العمومية، كونه تجاوز مبدأ طالما رسخ في أدبيات القضاء الإداري وهو حظر توجيه الأوامر للإدارة.

وقد تممن خلال هذه الدراسة الركون إلى جملة من النتائج هي:

ISSN. 2352-975X

- تبنى المشرع نظام الاستعجال ما قبل التعاقدي استجابة لمبتغى إصلاح قضاء الاستعجال الإداري، ودعم عنصر الشفافية في الصفقات العمومية.

- الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في مادة الصفقات العمومية هي إجراء ذا طابع وقائي، غرضه حماية مبادئ الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

- أعطى المشرع سلطات استثنائية وغير معهودة لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقدي، أخصها توجيه الأوامر للمصلحة المتعاقدة وفرض الغرامة التهديدية وكذا تأجيل أو وقف إمضاء الصفقة إلى غاية صدور الأمر الاستعجالي في الدعوى.

غير أن هذه المحاسن للدعوى المستعجلة قبل التعاقدية في التشريع الجزائري، لا تنفي عنها بعض أوجه القصور، نقدم بعض الاقتراحات لإصلاحها أو تلافيها على النحو التالي:

- وضع أطر قانونية لإعلام الوالي باعتباره حارسا لشفافية الصفقات العمومية المحلية بالمخالفات المتعلقة بالتزامات الإشهار والمنافسة، وكذا عقد الاختصاص للوزراء بحراسة شفافية الصفقات العمومية المركزية.

- توسيع دائرة السلطات المخولة للقاضي كما هو الحال في التجربة الفرنسية، أين نجد المشرع قد أعطى للقاضي مكنة إلغاء القرارات التي تنطوي على مخالفة التزامات الإشهار والمنافسة، وكذا إبطال بعض الشروط التعاقدية التي تنتهك هذه الالتزامات.

- النص على خضوع الأوامر الصادرة في الدعوى إلى الاستئناف أمام مجلس الدولة وتحديد أجل الفصل في الاستئناف أمامه، اعتبارا لأهمية عامل الوقت في مادة الصفقات العمومية.

الهوامش:

(1)- لحسن بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص12.

(2)- المرسوم الرئاسي رقم 247/15المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (ج.ر عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015).

ISSN. 2352-975X

(3)- انظر: المادتين 834 و919 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج.ر عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008).

(4)- طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق-دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان 1993، ص ص35-36.

(5)- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص304.

(6)- بروك حليمة، "دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية"، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014، ص300.

(7)- المادة 37 من دستور 1996.

(8)- بزاحي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد01، 2012، ص38.

(9)- حددت المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

(10)- René CHAPUS, droit du contentieux administratif, 12 éditions, Montchrestien, Paris, 2006, p1441.

(11)- laudie BOITEAU, «le juge unique en droit administratif», RFDA, 12(1) janvier-février 1996, p10.

(12)- أغفلت المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط الكتابة في عريضة افتتاح الدعوى، وهو خطأ مادي، حيث تضمنت الصياغة الفرنسية لنفس المادة صراحة هذا الشرط صراحة بنصها (…le tribunal administratif est saisi par une requête écrite).

(13)- René CHAPUS, op.cit, p1439.

(14)- لعلام محمد مهدي، "القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية"، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، العدد 05، جوان 2015، ص30.

(15)- منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص16.

(16)- CE, sec 3novembre 1995, district de l'agglomération nancéienne. Voir :René CHAPUS, op.cit, p1443.

ISSN. 2352-975X