

القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية

Urgent pre-contractual judiciary in the field of public deals

د. دهمّة مروان¹،

جامعة غرداية (الجزائر)، marwandz1989@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/08/11 تاريخ القبول: 2019/08/26 تاريخ النشر: 2020/09/30

ملخص: تُمكن الدعوى المرفوعة أمام قاضي الاستعجال في مجال إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، المتعامل المتعاقد بالتدخل من أجل ضمان مشروعية الإجراءات المتعلقة بالشفافية والعلانية، وذلك بكونها أداة رقابية للقاضي الإداري على مجريات إبرام الصفقات العمومية. وقد استحدث هذا النوع من الدعاوى بموجب المادتين 946، 947 من القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، وعلى الرغم من أن هذه الخطوة قد جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي إلا أنها تعد اتجاها محمودا يؤكد حرص المشرع على مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية، التي تعد الوسيلة المثلى لتنفيذ البرامج التنموية، وأداة للتجسيد الميداني للاستثمارات والمشاريع العمومية لبناء اقتصاد تنافسي.

كلمات مفتاحية: الصفقات العمومية، المتعامل المتعاقد، الرقابة، القضاء الإداري، الاستعجال.

Abstract: The lawsuit field before the judge of urgency in the field of concluding administrative contracts and public deals enables the contracting dealer to intervene in order to ensure the legality of procedures related to transparency and openness, by being a control tool for the administrative judge over the course of concluding public deals. This type of lawsuit was introduced according to Articles 946 and 947 of law No.08/09 relating to civil and administrative procedures. Although this step came late compared to its french counterpart, it is a welcome trend that confirms the legislator's keenness to keep abreast of developments in the field of public deals, which are the best way to implement development programs, and a tool for the field embodiment of public Investments and projects to build a competitive economy.

key words: public deals, contracting dealer, supervision, administrative judiciary, urgency.

1. مقدمة:

نظرا للارتباط الوثيق للصفقات العمومية بالخزينة العمومية، فقد أحاطها المشرع الجزائري بجملة من الضوابط، يسعى من ورائها لضمان مشروعيتها وعقلنة الإنفاق العام للدولة، لعل أبرزها ضرورة مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات التي تعد روح وجوهر المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وعلى الرغم من ذلك فإن واقع الصفقات يطرح العديد من المنازعات التي تمس بهذه المبادئ، لذلك فقد حرص المشرع الجزائري على تعزيز آليات الطعن الممنوحة للمترشحين المتضررين من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، وذلك برفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد من أجل فرض رقابة القضاء على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، مما جعلها دعوى متميزة هدفها حماية هذه المبادئ ودرء مختلف أشكال التجاوزات بشكل فعال ومبكر قبل إتمام مجريات إبرام الصفقة، وذلك بمنح قاضي الاستعجال سلطات أوسع وغير مألوفة في المنازعات العادية، ومن ثم فإن الإشكال المطروح بهذا الصدد هو: مدى فعالية الدور المنوط بالقاضي الاستعجال قبل التعاقد في حماية المبادئ الأساسية التي تركز عليها عملية إبرام الصفقات العمومية ؟

تسعى هذه الدراسة لإبراز الدور الوقائي لهذا النوع من الدعاوى من خلال الوقوف على مختلف الآليات التي تسمح بها هذه الدعوى في إيجاد حلول سريعة تضمن الرقابة على أعمال المصلحة المتعاقدة ومجريات إبرامها للصفقة العمومية، خاصة وأنها تشكل إحدى آليات الرقابة على أعمال وتصرفات الإدارة. كما تهدف هذه الدراسة على إبراز هذه الآلية ودورها في تحقيق حماية لمبادئ المنافسة والشفافية والمساواة التي تعد روح وجوهر تنظيم الصفقات العمومية.

تبعاً لذلك ولبلوغ أهداف الدراسة، سيتم الاستعانة بالمنهج التحليلي من أجل الإحاطة بجوانب الموضوع من مختلف الزوايا من خلال فحص المواد القانونية التي تنظم مجال الاستعجال قبل التعاقدي في التشريع الجزائري، ومع الاستناد في بعض النقاط للمنهج المقارن للوقوف على ما وصلت إليه التشريعات المقارنة وعلى رأسها التشريع الفرنسي.

2. ضوابط رفع الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية:

تبنى المشرع ضمن أحكام القانون رقم 09/08 المتعلق (ق إ م إ) باباً مستقلاً في إطار الفصل الخامس، بعنوان "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، من الباب الثالث بعنوان "الاستعجال" حيث بينت أحكام المادتين 946 و947 من (ق إ م إ) أحكام هذا النوع من الدعاوى. وعلى الرغم من أن هذه الخطوة قد جاءت متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي الذي كرس الاستعجال ما قبل التعاقد منذ سنة 1992 (فقيه محمد، 2013، صفحة 2)، إلا أن ذلك يعد اتجاهاً محموداً يعكس إرادة المشرع في تطوير المنظومة القانونية ومواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية.

انطلاقاً من ذلك سنعمل على البحث في مفهوم هذا النوع من الدعاوى في مجال الصفقات العمومية، مع بيان الشروط التي تحكم سير هذه الدعوى.

1.2. مفهوم القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية:

يتعين علينا للوقوف على مفهوم قضاء الاستعجالي في مجال الصفقات، البحث في تعريف هذا النوع من الدعاوى إلى جانب بيان شروط مباشرة هذا النوع من الدعاوى في مجال الصفقات العمومية.

1.1.2. تعريفه:

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفاً جامعاً للاستعجال ما قبل التعاقدي مكتفياً في ذلك بما جاءت به المادة 918 بقولها "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال"، وقد عرفه بعض الفقه بأنه "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من خلال إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه" (بالعيد بشير، 1993، صفحة

32)، وقيل أيضا بأنه "إجراء مختصر واستثنائي يسمح للقاضي الإداري باتخاذ قرار وقتي في مسائل متنازع عليها ولا تحتل التأخير" (سامي بن فرحات، 2005، صفحة 12).

وعرفه الأستاذ Merign hoc بأنه "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق" (آث ملويا، لحسين بن الشيخ، 2007، صفحة 12).

أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت بقلها "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى الاستعجالية على توافر الخطر، والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به ردّ عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا فات الوقت" (معوض عبد الثواب، 1988، صفحة 16).

بناء على مجمل التعريفات السابقة يمكن تحديد مفهوم القضاء الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"، تجنباً في ذلك للأوضاع التي يصعب تداركها إذا ما تم إبرام الصفقة.

2.1.2. تطوره التاريخي:

يرجع ظهور هذا النوع من القضاء للمشرع الأوروبي الذي سعى لإيجاد دعوى فعالة لضمان احترام الأحكام الأوروبية في مجال المنافسة والعلانية، وقد أصدر في هذا الشأن التعليمة رقم 665/89 المتعلقة بالطعن والرقابة في مجال الصفقات العمومية للأشغال والتوريدات وذلك من أجل خلق تجانس تشريعي بين دول الاتحاد (لعلام محمد مهدي، 2015، صفحة 19)، وطبقاً لهذه التعليمة فقد كان المشرع الفرنسي من السابقين لإقرار مثل هذه الدعوى بموجب القانون رقم 10/92 الصادر في 1992/01/04 والقانون 1416/93 الصادر في 1993/12/29 (فقير محمد، 2013، صفحة 2)، إلى جانب تكريس هذا النوع من الدعوى ضمن أحكام المادتين L22 و L23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية (Code des tribunaux administratifs et des

(cours administratives d'appel)، ثم المواد 1-551 و 5-551 في تعديل قانون العدالة الإدارية (Code de justice administrative) وفق أحكام الأمر 2009/515، وذلك استجابة للفراغ التشريعي الذي كان سائدا فيما يخص عدم وجود دعوى متميزة تضمن سلامة ومشروعية إبرام الصفقات العمومية وتستجيب للتجاوزات التي تمس بقواعد الشفافية والإشهار.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد عرف هو الآخر فراغا تشريعي في هذا الشأن انعكس سلبا على مبادئ الشفافية في مجال الصفقات العمومية، حيث أن المتتبع لحركة التشريع يلاحظ ذلك التهميش الذي طال القضاء الاستعجالي على مدى تعاقب النصوص القانونية السابقة على صدور القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن قانون الإجراءات المدنية السابق لم يتضمن سوى مادة وحيدة نظمت وبشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على السواء رغم الاختلاف الجوهرى بينهما (بومقورة سلوى، 2013، صفحة 7).

وقد استمر هذا الوضع لغاية صدور القانون رقم 09/08 من خلال أحكام المادتين رقم 946 و 947 التي حرص من خلالهما على مواجهة أي خرق يمس المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية والتي تعد روح وجوهر تنظيم الصفقات العمومية، ولعل من بين أهم الأسباب التي دفعت المشرع بتكريس هذا النوع من الدعاوى هو:

➤ الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والشفافية التي تفرضها أحكام تنظيم الصفقات العمومية، الأمر الذي نجم عنه إبرام صفقات تقوم على اللامشروعية، مما أثر سلبا على الحركية التنموية وتقويض فرص الاستثمار.

➤ تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية، خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الجزائر والأغلفة المالية الكبيرة المرصودة لهذا الغرض.

➤ رغبة المشرع في سد الفراغ التشريعي الذي كان سائدا من أجل تأمين أكبر قدر من الشفافية عند إبرام العقود والصفقات العمومية، بوجود دعوى وقائية سابقة على إبرام الصفقة للحد من التجاوزات التي تمس قواعد الشفافية والمنافسة.

➤ تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي قطع شوطا كبيرا في حماية المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية والتي روح وجوهر تنظيم الصفقات العمومية (فقير محمد، 2013، صفحة 5، 6).

2.2. شروط رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد:

فضلا عن الشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية المتمثلة أساسا في الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق والنظام العام، وكذا شرط الجدية الذي يقتضي بأنه لنشأة الدعوى الاستعجالية يجب أن يكون هناك احتمال لوجود حق، وهو ما يثبت جدية طلب المدعي (هبة إسماعيل، 2016/2017، صفحة 209)، لا بد من توافر جملة من الشروط ذات الخصوصية بهذا النوع من المنازعات، والتي تظهر من خلال فحص أحكام المادة 946 (ق إ م إ) سواء من حيث صفة المدعي و آجال رفع الدعوى (الشروط الشكلية)، أو الجانب الذي ينصب عليه هذا النوع من الدعاوى الإدارية (الشروط الموضوعية).

1.2.2. الشروط الشكلية لدعوى الاستعجال قبل التعاقد:

يخضع هذا النوع من الدعاوى إلى ضوابط شكلية خاصة حددتها أحكام المادة 946 من (ق إ م إ)، والتي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى، وتتمثل هذه الضوابط في:

1.1.2.2. تحديد صفة المدعي:

تكتسب هذه الصفة إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون (بومقورة سلوى، 2013، صفحة 10):

أ/- اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة:

تقبل هذه الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام الصفقة العمومية، والذي قد يتضرر من جراء خرق قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وهذا طبقا للمادة 946 من (ق إ م إ) التي جاء فيها بأنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال...".

هذا ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر الوارد ضمن أحكام المادة 946 وجوب إثبات الضرر الناتج عن الإخلال بقواعد الإشهار أو المنافسة، وإنما يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق (RICHER Laurent, 2006, p 145)، ومن بين التطبيقات القضائية الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 2015/12/02 والذي جاء فيه "أن منح الصفقة على هذا النحو من شأنه الإضرار بها.. وأن المدعية تستند في دعواها على أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.. (المحكمة الإدارية، 2015، بسكرة) ب/- اكتساب الصفة بحكم القانون:

يعد مكتسبا لهذه الصفة كل جهة رسمية خولها القانون صراحة الحق في تحريك الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في حال خرق قواعد المنافسة والشفافية (لعلام محمد مهدي، 2015، صفحة 22)، وقد منحت هذه الصلاحية بفرنسا للمحافظ طبقا للفقرة الثانية من المادة L22 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الفرنسي، بينما خول المشرع الجزائري إمكانية إثارة هذه الدعوى من قبل الوالي باعتباره ممثلا للدولة على المستوى الولاية طبقا المادة 2/946 من (ق إ م إ)، والتي جاء فيها بأنه "يتم هذا الإخطار.. وكذلك لمثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية..".

إلا أن هذا النص يطرح بعض الإشكالات القانونية:

➤ إذا كان الوالي حارسا لشفافية الصفقات العمومية على المستوى المحلي، فمن هي الجهة التي خولها القانون حراسة شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة حصرا في المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية؟

لذلك فقد كان حري بالمشرع الجزائري ونظرا لضخامة السقف المالي للصفقات التي تبرمها هذه الجهات تحديد الجهات الإدارية الموكل لها حق إخطار المحكمة الإدارية، مثل ما هو معمول به في التشريع الفرنسي (loi n° 2000-597, du 20 juin 2000, relative au référé) (devant les juridiction administratives)، وأن يمنح بصريح نص المادة 946 من (ق إ م

(إ) صفة المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد للوزير المكلف بالمالية نظرا للسلطات التي يتمتع بها في تحيين المبالغ المالية للصفقات، فضلا عن وصاية وزارة المالية على الشأن المالي لمختلف قطاعات الدولة ومساهمتها في إثراء أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

➤ غياب الأطر القانونية التي تحدد كفاءات تبليغ الوالي وإعلامه بهذه التجاوزات التي قد تحصل في هذا الشأن نظرا لصعوبة علمه بالتجاوزات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية.

أما المدعى عليه في هذه الدعاوى هو الجهة المتسببة في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، والمتمثلة في الجهة صاحبة الصفقة العمومية والتي لا تخرج عن إحدى الهيئات المنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2.1.2.2. شرط النطاق الزمني لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد:

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية معينة لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد، وإنما اكتفى في ذلك بالإشارة لوقت رفعها في معرض نص المادة 3/946 بقولها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، غير أننا نتساءل من وراء القصد بعبارة "يجوز" فهل يكون بذلك قد خول المشرع إمكانية رفع الدعوى قبل وبعد إبرام الصفقة؟ وبعبارة أخرى فهل يمكن القول بأن المشرع قد جمع الاستعجال التعاقدى وقبل التعاقدى؟

وللإجابة عن ذلك يقتضي الأمر الرجوع لأحكام المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي أشارت للطعن الإداري الذي يملكه المرشحين المقصين من المنح المؤقت، وبذلك يكون المشرع قد قصد حرية الاختيار بين الطريق الإداري أو الطريق القضائي، وبالتالي فإن المقصود بما جاء في معرض المادة 3/946 هو إجبارية إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد (بن أحمد حورية، 2018/2017، صفحة 223)، مما يكرس الطابع الوقائي للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، وهو ما كرسه مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ بتاريخ 2012/06/21 والذي جاء فيه "...حيث أن النزاع الحالي يتعلق بإلزام المدعى عليها باحترام بنود الصفقة.. وأن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال قد نفذت فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغائه..

والتصريح من جديد بعد اختصاص قاضي الاستعجال" (مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني عشر، 2014، صفحة 266).

وهكذا يكون مجلس الدولة الجزائري قد وضع حدا لكل التأويلات، وأقر بأن ميعاد إخطار المحكمة الإدارية بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد يتم قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه والبدء في تنفيذه.

وبالتالي فإن الطابع الوقائي لهذا النوع من الدعاوى جعل منها دعوى متميزة تتماشى وطبيعتها الوقائية، من أجل تدارك وتصحيح المخالفات التي تمس بمبدأي الإشهار والمنافسة في مرحلة متقدمة درناً للضرر غير قابل للإصلاح قبل فوات الأوان.

2.2.2. الشروط الموضوعية للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

نصت المادة 946 من (ق إ م إ) بأنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية..".

وبذلك فقد حددت أحكام هذا النص صنف من منازعات الصفقات العمومية يؤول الفصل فيها لاختصاص قضاء الاستعجال، والمتمثلة في المنازعات التي قد تطرأ أثناء مرحلة الإبرام نتيجة الإخلال بمبدأي الإشهار والمنافسة، وبناء على هذا الأساس تأخذ هذه التجاوزات الصور التالية:

أ. خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية:

يعد الإعلان عن الصفقة العمومية إجراء جوهري طبقاً لأحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يسعى من خلاله المشرع على ضمان مبدأي العلانية وحرية التنافس التزيه، ويعد انتهاكا لقواعد الإعلان عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة، أو احتواء الإعلان على معلومات غامضة أو المبالغة في معايير التقنية المعلن عنها بغرض إقصاء بعض المرشحين وعدم تبريرها بضرورة الخدمة العامة (بروك حليلة، 2014، ص 300).

ب. اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب:

حدد المشرع الجزائري وفق المرسوم الرئاسي رقم 247/15 آليات إبرام الصفقات العمومية، من المادة 39 إلى 52 وفق ضوابط قانونية ملزمة لا يمكن الخروج عنها، وتبعاً لذلك فإن استعمال المصلحة المتعاقدة لإحدى هذه الآليات في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد نزاهة المنافسة التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، كأن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي في غير الحالات المحددة قانوناً.

ج. مخالفة المواصفات والخصائص التقنية:

يعد وضع المصلحة المتعاقدة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية انتهاكاً لنزاهة المنافسة (8 p, 2009, floriam Linditch)، وعلى هذا الأساس فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن وضع مواصفات معقدة قصد حصر المنافسة بين فئة معينة من المتنافسين سلوكاً ينطوي على المساس بقواعد المنافسة الشريفة (بومقورة سلوى، 2013، صفحة 12).

د. الحرمان والاستبعاد من الصفقة دون وجه حق:

لا يمكن للمصلحة المتعاقدة استبعاد أي مرشح متى توافرت فيه الشروط القانونية المطلوبة، وبمفهوم المخالفة فإن الحرمان من دخول الصفقة، يقصد به الحظر القانوني من المشاركة (الإقصاء) لأسباب يحددها القانون كالمصلحة العامة، أو الإفلاس أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية أو الاستبعاد بناء على مخالفات في إطار تعامل سابق وغيرها.

وبالتالي فإذا لجأت المصلحة المتعاقدة لتطبيق هذا الإجراء دون مبررات قانونية، كان له حق اللجوء لقضاء الاستعجال ما قبل التعاقد، أما الاستبعاد فيقصد به إخراج العطاء بعينه من دائرة المنافسة بعد استلامه لعدم احترامه للمواصفات التقنية، أو إذا تبين أن العرض المقبول يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على السوق أو اختلال المنافسة، وغيرها من الأسباب القانونية التي تخول المصلحة أعمال سلطاتها في ذلك، وعليه فإن تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال هذا الحق يخول للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد (هموب فوزية، 2016، صفحة 58).

ه. الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد:

سعى المشرع الجزائري ضبط معايير اختيار المتعامل المتعاقد بموجب المواد من 53 إلى 58 التي أكد من خلالها على إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين، كما حظرت المادة 80 على المصلحة المتعاقدة القيام بأي عملية تفاوضية مع مختلف المتعهدين، بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد، فإذا ثبت عدم التزام المصلحة المتعاقدة بمعايير الاختيار كان ذلك دليلاً على خرق صارخ لمبدأ المنافسة (لعلام محمد مهدي، 2015، صفحة 38).

وبذلك يشكل القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد قفزة نوعية كرسها أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شكلت قواعد متميزة تتعلق بمواجهة مختلف الإختلالات التي قد تطرأ أثناء سير مجريات العملية التعاقدية، التي تدخل ضمن نشاط الإدارة ودورها في عملية بناء وتطوير وتلبية الحاجيات العامة، مما يجعل الاستعجال فيها ضرورة حتمية، تكريساً للآليات الوقائية التي تعمل على الحد من التجاوزات التي تمس بنزاهة وشفافية العملية التعاقدية.

3. سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية:

يمنح هذا النوع من الدعاوى سلطات غير مألوفة وواسعة لقاضي الاستعجال قبل التعاقدية تصل إلى حد توجيه الأوامر للإدارة (بن أحمد حورية، 2010/2011، صفحة 58)، طبقاً للمادة 946 من (ق إ م إ) التي نصت بأنه "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه"، وبناء على ذلك تنقسم هذه السلطات إلى قسمين تتمثل بداية في الإجراءات التحفظية (المطلب الأول)، والإجراءات القطعية (المطلب الثاني)، نوضحها كالتالي:

1.3. الإجراءات التحفظية:

يملك القاضي الإداري طبقاً للمواد L22، L23 من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الفرنسي، والمادة 2-551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي، والمادة 946 من (ق إ م إ) الجزائري سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية، ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية

الإبرام، وهي إجراءات يتحفظ بموجبها على العمليات المعيبة نتيجة الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة، والتي نوردها كالتالي:

1.1.3. سلطة توجيه الأوامر:

تندرج هذه الأوامر في إطار الإجراءات التحفظية التي يمكن للقاضي أن يقرنها بغرامات تهديدية ووقف إبرام الصفقة، ووقف كل الإجراءات والقرارات المتصلة والمربطة بعملية الإبرام، وبالتالي فللمحكمة وبمجرد إخطارها أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وذلك بمراعاة الإجراءات المتعلقة بقواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية، وهذا طبقا للمادة 2/946 من القانون رقم 09/08 والتي نصت على أنه "...يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه".

وهو نفس ما أقره المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 2-551 L من قانون العدالة الإدارية الفرنسي التي نصت على أنه "يجوز للقاضي الإداري أن يأمر صاحب الإخلال بالوفاء بالتزاماته وأن يوقف تنفيذ أي قرار يتعلق بمنح العقد...".

فالقاضي إذن بإمكانه في هذا الإطار إبطال الشروط والتعليمات المدرجة في العقد والتي تمس قواعد الشفافية والمنافسة، وأن يأمر الإدارة بنشر الإعلان عن المنافسة أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية، وأن يأمر الإدارة بوضع الوثائق التي اشترط المشرع بأن تكون في متناول الجميع وذلك بعد عدم تمكين بعض المرشحين منها.

إن هذه السلطة مكنت القاضي الإداري الاستعجالي قبل التعاقد بأن يتدخل في أصل الحق، وينظر في جوهر الدعوى ما يشكل خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي (تياب نادية، 2013، صفحة 283)، بعدما كان يشوبها قصور في ظل القانون السابق والذي لا يعبر عن أهمية هذا القضاء ولا يتماشى والتطورات الحديثة على مستوى المنظومة القانونية في التشريع المقارن لاسيما التشريع الفرنسي.

2.1.3. سلطة فرض الغرامة التهديدية:

يتجه فقه القانون الإداري في مختلف دول القضاء المزدوج كفرنسا ومصر والجزائر إلى ضرورة الأخذ بنظام الغرامة التهديدية، التي تعد إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية (لعلام محمد مهدي، 2015، صفحة 31)، حيث يمكن للقاضي الإداري طبقاً للمادة 5/946 من (ق إ م إ)، أن يحكم في حالة امتناع أو تأخر المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الأوامر الموجه إليها طبقاً للفقرة الرابعة من ذات النص بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء أجل المحدد للخضوع والامتثال للالتزامات.

3.1.3. سلطة التأجيل أو الوقف:

مكنت المادة 6/946 من (ق إ م إ) القاضي الاستعجالي بسلطة تأجيل إمضاء العقد ووقف أي إجراء أو قرار يهدف إلى إبرام العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً، وهذا طبقاً للمادة 4/946 من (ق إ م إ)، وذلك كإجراء تحفظي في انتظار صدور القرار النهائي في الموضوع (هيهوب فوزية، 2016، صفحة 61)، وبالتالي فللمحكمة السلطة التقديرية في ذلك متى تبين لها أن اختيار المتعاقد قد تم دون احترام إجراءات المنافسة والإشهار، وهو ما أفادت به المادة 6/946 بقولها "ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً".

لقد كان من الأجدر أن تتم صياغة النص أن تأمر بتعليق إمضاء العقد..، هذا وقد أغفل المشرع النص عن حالة تجاوز هذا الأجل ما هي الآثار المترتبة عن ذلك، وقد كان حرياً به أن يفصل في مثل هذه المسائل وأن يترتب عن ذلك الحصول على التعويض المناسب.

2.3. الإجراءات القطعية:

تتضمن الإجراءات القطعية سلطتي إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد، وإبطال بعض الشروط التعاقدية، وهو ما يمثل البث في أصل الحق، وتظهر هذه السلطات بشكل صريح في المادة L551-2 من قانون العدالة الإدارية الفرنسي والمتمثلة في:

1.2.3. إلغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد:

تعمل المصلحة المتعاقدة على إصدار جملة من القرارات الإدارية، تمثل عملية مركبة قابلة للإنفصال عن العقد الإداري، والتي تعبر من خلالها المصلحة المتعاقدة عن إرادتها الموضوعية في معرض إبرامها للصفقات العمومية (لعلام محمد مهدي، 2015، صفحة 32).

وتسمح هذه السلطة للقاضي الإداري بإلغاء تلك القرارات، إذا ما كانت منطوية على مخالفات لالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالباً في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق (بن أحمد حورية، 2010/2011، صفحة 63)، وتجد هذه السلطة أساسها في التشريع الفرنسي من خلال المادة L551-2 من قانون العدالة الإدارية التي مكنت القاضي الإداري إلغاء القرارات المتعلقة بمنح العقد، إلى جانب حذف البنود والمتطلبات التي لا تمثل لالتزامات المنافسة والإشهار، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم ينص عن هذا الإجراء الذي يعتبر تحفظياً يعطي القيمة الحقيقية لرقابة القاضي الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية.

2.2.3. إبطال بعض الشروط التعاقدية:

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التعاقدية الخاصة بالصفقات العمومية، إذا كانت تنطوي على عنصر تفضيلي لمعامل على حساب باقي المتعاملين (لعلام محمد مهدي، 2016، صفحة 212)، ويلاحظ أن هذه السلطة قد خولت للقاضي الاستعجالي التحرر من أهم القيود المفروضة عليه في الدعوى الاستعجالية العادية، كقيد عدم المساس بأصل الحق، وعدم عرقلة تنفيذ القرار الإداري.

4. خاتمة:

ختاماً لهذه الدراسة يمكننا القول، أن القضاء الاستعجالي قبل التعاقد ليس قضاء استعجالياً بالمفهوم القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص أبتدع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي قد تطرأ في معرض إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها، حيث إن الهدف من ابتداء

هذا النوع من الدعاوى هو وضع نظام مميز للتقاضي يمكن من مساهمة خصوصية عملية إبرام الصفقات العمومية.

وقد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة ووضوح في تحديد صلاحيات القاضي الاستعجالي، خلافا للمشرع الجزائري الذي اكتفى بتمكين القاضي في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية بصلاحيات توجيه الأوامر للمتسبب في الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار للامتثال لالتزاماته، أو الحكم بغرامة تهديدية أو تأجيل إمضاء العقد، بخلاف المشرع الفرنسي الذي مكن القاضي بممارسة صلاحيات إلغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد، إلى جانب تمكينه بالتدخل في البنود التعاقدية وإلغاء كل ما ينطوي على عنصر المحاباة أو أي شكل من أشكال الإخلال بقواعد المنافسة.

من خلال الدراسة سجلنا النتائج التالية:

- أن الهدف من هذا النوع من الدعاوى هو ضمان سلامة الصفقات العمومية قبل إبرامها، وذلك حرصا من المشرع على الحفاظ على المال العام من أشكال الفساد، وأن القاضي في هذا النوع من الدعاوى ينظر لمدى التزام المصلحة المتعاقدة باحترام القواعد المتعلقة بالإشهار والمنافسة.
- أن المشرع الجزائري وعلى الرغم من السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي قبل التعاقدية إلا أنها لم تكن كافية مقارنة بما أقره المشرع الفرنسي بتمكينه لهذا الأخير بسلطة إلغاء القرارات المتعلقة بتكوين العقد، والتدخل في البنود التعاقدية وإلغاء كل يمس بقواعد المنافسة.
- أن المشرع من خلال أحكام المادتين 946 و 947 قد حصر الاختصاص القضائي في المحكمة الإدارية دون الإشارة إلى اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه الدعوى باعتباره جهة استئناف.
- لم يفرد أيضا المشرع الحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية بإجراءات خاصة للطعن ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الاستعجالية، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي الإداري لمنازعات الصفقات العمومية.

وتبعاً للملاحظات المسجلة نعمل على إجمال بعض التوصيات الضرورية نوجزها فيما يلي:

✓ ضرورة توسيع سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد، وذلك من خلال تكريس سلطة إلغاء القرارات والبنود التعاقدية التي تمس بمبادئ الشفافية والمنافسة والمساواة التي تعد جوهر تنظيم الصفقات العمومية.

✓ ضرورة التنصيص على القواعد الإجرائية لرفع الدعوى الاستعجال قبل التعاقد مثلما هو معمول به في التشريع الفرنسي وعدم إخضاعها للقواعد العامة باعتبارها دعوى متميزة تضمن احترام مبادئ المنافسة والشفافية.

5. قائمة المصادر والمراجع:

1.5. الكتب:

- بالعبد، بشير (1993)، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قري، الجزائر.
- بن فرحات، سامي (2005)، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، المكتب الجامعي الحديث، مصر.
- آث ملويا، حسين بن الشيخ (2007)، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- معوض عبد الثواب (1988)، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، منشأة المعارف، الإسكندرية.

2.5. الأطروحات والمذكرات :

- هبة، إسماعيل (2016/2017)، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران (2)، الجزائر.
- بن أحمد، حورية (2017/2018)، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.
- بن أحمد، حورية (2010/2011)، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

3.5. المقالات القانونية:

- بروك، حليلة (سبتمبر 2014)، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الحادي عشر، صفحة 296.

- هبوب، فوزية (جوان 2016)، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد على منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث القانونية، مجلة علمية دولية محكمة تصدر عن مركز جيل البحث العلمي <http://jilrc-magazines.com>، الجزائر، العدد الرابع، صفحة 51.

- لعلام، محمد مهدي، (2016)، الدعوى الإستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، مجلة سداسية أكاديمية محكمة، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الثاني، صفحة 195.

- لعلام، محمد مهدي، (جوان 2015)، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلة علمية إلكترونية محكمة <http://www.ejles.com>، مصر، العدد الخامس، صفحة 10.

4.5. المنتقيات والأيام الدراسية:

- بومقورة، سلوى، (2013/05/20)، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر.

- فقير، محمد، (2013/05/20)، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن (آلية وقائية لحماية المال العام)، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر.

- تياب، نادية (2013/05/20)، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر.

5.5. القوانين:

- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج عدد (21) الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

6.5. المجالات والأحكام القضائية:

- المحكمة الإدارية (بسكرة)، القسم الاستعجالي، القضية رقم 15/00980، الفهرس رقم 15/01140، بتاريخ 2015/12/14، (شركة ذات مسؤولية محدودة "أبناء العموري" للنقل ضد مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة).

- قرار مجلس الدولة رقم 074854، المؤرخ في 2012/06/21، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني عشر، 2014.

7.5. المراجع الأجنبية:

1.7.5. الكتب:

- RICHER Laurent,(2006) *Droit des contrats administratifs*, 5^{ème} édition, L.G.D.J, France.
- florian Linditch,(2009) *délit d'actroir d'avantage injustifié, contrats et marchés publics*, vol 1, juris classeur, paris.

2.7.5. القوانين:

- loi n° 2000-597, du 20 juin 2000, relative au référé devant les juridiction administratives, JORF n° 151 du juillet 2000, publie sur le site [.https://www.legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr).
- Ordonnance n° 2009-515, du 07 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n° 0107 du 08 mai 2009.
- Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, publié sur le site [.https://www.legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr).
- Code de justice administrative, publié sur le site [.www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).