



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام

تحت إشراف:

أ.د بدران مراد

من إعداد الطالب:

كنتاوي عبد الله

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د تشوار جيلالي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د بدران مراد
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر قسم "أ"	د. غيتاوي عبد القادر
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر قسم "أ"	د. يامة إبراهيم

الموسم الجامعي: 2017 / 2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى والديّ الكريمين حفظهما الله ورعاهما وأطال في عمرهما.

إلى إخوتي وزوجتي وأقاربي وأصدقائي.

إلى كل أساتذتي الكرام وزملائي من التعليم التربوي إلى التعليم العالي.

إلى كل طلبة الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان وجامعة الوادي.

إلى كل من تربطني بهم علاقة طيبة.

إلى كل هؤلاء أهدي نتاج جهدي المتواضع.

كنتاوي عبد الله

شكر وعرفان

الحمد لله على آلائه والشكر له على فضله وامتنانه.

والصلاة والسلام على رسوله الداعي إلى رضوانه.

فله الحمد والشكر أن أمدني بالإرادة والقوة والصبر ووفقي لإتمام هذا العمل.

وأقدم بجزيل شكري وتقديري للأستاذ الفاضل الأستاذ الدكتور مراد بدران الذي أشرف

على هذه الأطروحة ولم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته فله مني كل التقدير والاحترام.

وأوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور تشوار جيلالي على قبوله رئاسة هذه اللجنة.

كما أتقدم بشكري الخالص إلى الدكتور غيتاوي عبد القادر والدكتور يامة إبراهيم على

قبولهما مناقشة هذه الأطروحة واقتطاعهما جزء من وقتهم الثمين من أجل قراءتها

وتفحصها والتمعن فيها وإبداء الملاحظات حولها.

ولا يفوتني أن أشكر كل من ساعدني وساندني ماديا ومعنويا لإتمام هذه الرسالة.

مقدمة

تشابه قواعد القانون الخاص مع قواعد القانون العام في أن كل منهما ينظم العلاقة بين الإدارة والأفراد، إلا أنهما يختلفان من حيث مراكز أطراف هذه العلاقة، ففي إطار القانون الخاص تتسم هذه العلاقة بالتساوي والتكافؤ في مراكز أطرافها، ومعنى ذلك أن مركز الإدارة يتساوى مع مركز الأفراد. أما في إطار القانون العام، فإن الأمر يختلف، فمركز الإدارة يكون أعلى وأسمى من الأفراد ذلك أن الإدارة هنا تتمتع بامتيازات السلطة العامة. وتتجسد هذه العلاقة أكثر ضمن القانون الإداري بمفهومه الضيق، باعتباره مجموعة من القواعد القانونية الأصلية والتميزة عن قواعد القانون الخاص التي تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها ونشاطها، وما يترتب على هذا النشاط من منازعات¹. ذلك أن النشاط الإداري هو أحد أهم موضوعات القانون الإداري. فالوظيفة الأساسية للإدارة العامة إنما تتجلى في النشاط الإداري في صورته المتعلقة بالمرفق العام خصوصاً، حيث تهدف الإدارة من خلاله إلى إشباع الحاجات العامة للأفراد. ولقد اعتبر المرفق العام في فترة ما أساساً لتطبيق قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، حيث يرى الفقيه ليون ديجي وهو رائد من رواد مدرسة المرفق العام، أن الدولة مجموعة من مرافق عامة وهي عبارة عن مشروعات عامة تتكون من أشخاص وأموال هدفها خدمة المجتمع وإشباع حاجات أفرادها. ففكرة المرفق العام عند أصحاب هذه المدرسة هي جوهر القانون الإداري، وإليها ترجع جميع موضوعاته ويتحدد نطاق اختصاصه وولايته، فالعقد الإداري ما كان ليخضع لقواعد خاصة لولا أن الإدارة طرفاً فيه من جهة ولولا اتصاله بنشاط المرفق العام من جهة أخرى².

¹ - حمدي قبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص.20.

² - Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3 édition, Ancienne librairie fontemoing, Paris, 1928, p.59.

على أن قرار بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية بتاريخ 08 فيفري 1873¹ كان له الأثر الكبير في ظهور فكرة المرفق العام وعلاقتها بالقانون الإداري، فقد تم الاعتماد عليها في حيثيات هذا القرار لتثبيت اختصاص مجلس الدولة وإخضاع الإدارة لقواعد خاصة ومتميزة وغير مألوفة في روابط القانون الخاص. فعندما صدر قرار بلانكو لم تكن الدولة تزال أنشطة تجارية وصناعية. فكانت المرافق مرافق إدارية بطبيعتها، وعلى هذا الأساس لم يكن إخضاع الإدارة لقواعد القانون الإداري يثير أي إشكال بسبب محدودية نشاط الدولة². ولكن بعد الحرب العالمية الأولى وما نتج عنها من أزمة اقتصادية عالمية، اضطرت الدولة إلى القيام بالوظيفة الصناعية والتجارية، ومرد ذلك إلى تطور الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فظهر إلى جانب المرافق العامة الإدارية مرافق عامة اقتصادية، وهذا ما ساهم في ظهور ما يسمى بأزمة المرفق العام. فإذا كان من البديهي والمسلم به إخضاع المرافق العامة الإدارية لأحكام متميزة وغير معروفة في مجال القانون الخاص، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمرافق الاقتصادية، وقد امتد هذا الإشكال كذلك إلى المجال القضائي. فهذا التنوع في وظائف الدولة وأنشطتها دفع القضاء الفرنسي إلى أن ينظر لبعض منازعات الإدارة نظرة خاصة ويخرجها من ولاية القضاء الإداري ويخضعها للقضاء العادي ولقواعد القانون الخاص³. وما يدل على ذلك هو قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 22 جانفي 1921 في قضية Bac d'eloka⁴ وهي ناقلة بحرية في ساحل العاج تعرضت لحادث تسبب في إغراق مسافر وإلحاق الضرر بمجموعة عربات. وقد أقرت محكمة التنازع عندما عرض الأمر عليها بعدما رفع النزاع إلى المحاكم العادية وتمسك ممثل الإدارة بعدم

¹- TC, 08/02/1873, n 00012, Blanco, Rec p.61.

²-Yves GAUDEMET, Traité de droit administrative, tome 1, 16 édition, L.G.D.J, Paris , 2001, p.34.

³- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.73.

⁴-TC. 22/01/1921, n 00706,Bac d'eloka, Rec, p.254.

الاختصاص، بالصبغة المدنية للنزاع، وبالتالي اختصاص القاضي العادي بالنظر فيه، مؤسسة قرارها هذا أن الشركة كانت تقوم بوظيفة النقل طبقا لنفس الشروط التي يعمل بمقتضاها الأفراد، وفي غياب نص صريح يمنح الاختصاص للقضاء الإداري، فإن النزاع يؤول الاختصاص فيه للقضاء العادي¹.

وبناء على هذا القرار يمكن القول أن المرفق العام لم يعد شكلا واحدا، بل وبفعل التطور الذي شهدته فرنسا وغيرها أضحت المرافق أنواع، مرافق عامة إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري، ومرافق عامة اقتصادية نتجت عن تدخل الدولة في المجال الصناعي والتجاري وتخضع أساسا لأحكام القانون الخاص. فالعقود التي تبرمها هذه المرافق تكون غالبا من نفس طبيعة العقود المدنية إذ إنها تخلو من الشروط الاستثنائية².

ومنه فإن أزمة المرفق العام قد ساهمت بشكل كبير في زعزعة المعيار وفشله في أن يكون معيار وحيدا ومميزا للقانون الإداري، وهذا بحكم التوسع الكبير في دائرة المرافق الاقتصادية نتيجة التأميمات التي حدثت في بعض الدول ومنها الجزائر خاصة³.

ولكن قبل ظهور معيار المرفق العام كأساس للقانون الإداري، ظهر معيار السلطة العامة. ومن أهم رواده الفقيه موريس هوريو وهو رائد مدرسة السلطة العامة، وحالفه في هذه الفكرة الفقيه برتليمي، وقد انطلق القائلون بهذا المعيار من فكرة أن للدولة إرادة تعلق إرادة الأفراد، ومن ثم فإن لها أن تستعمل أساليب السلطة العامة كأن تغلق محلا أو طريقا أو تقيّد حرية من الحريات الأساسية. فعندما تقوم الإدارة بهذه الأعمال وجب أن تخضع لمبادئ وأحكام القانون الإداري، كما تخضع في منازعاتها المترتبة عن هذه الأعمال لاختصاص القضاء الإداري. وقد أطلق أصحاب مدرسة السلطة العامة على تسمية هذا

¹-Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, op.cit, p.35.

²-محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.73.

³-عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص.134.

النوع من الأعمال بأعمال الإدارة ذات الطابع السلطوي أو أعمال السلطة، وتأسيساً على ذلك فإن ولاية القانون الإداري تم رسم معالمها استناداً لهذا المعيار، فالقانون الإداري بهذا الوصف قانون السلطة العامة، وأن أحكامه تتمحور حول هذه الفكرة، وغياب معيار السلطة العامة يؤدي إلى عدم تطبيق أحكام القانون الإداري¹.

وتتجلى التصرفات التي تتخذها الإدارة مستعملة فيها أساليب وامتيازات السلطة العامة في التصرفات القانونية. وهي الأعمال التي تصدر عن الإدارة بقصد ترتيب آثار قانونية معينة عليها. وتتشعب هذه الأعمال التي تصدر عن الإدارة باعتبارها سلطة عامة، إلى أعمال تباشرها بإرادتها المنفردة وتصدرها من جانبها فقط، ويتعلق الأمر بالقرارات الإدارية، وهي أعمال قانونية تصدر عن الإدارة العامة المختصة بإرادتها المنفردة والملزمة بشكل نهائي قصد إحداث أثر قانوني، إما بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم. فالقرارات الإدارية هي من أهم وسائل مباشرة الوظيفة الإدارية، ومظهراً من مظاهر السلطات والامتيازات القانونية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد في سعيها لتحقيق المصلحة العامة، إذ عن طريق هذه القرارات تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة إنشاء حقوق أو فرض التزامات. ولهذا تمثل القرارات الإدارية أداة فعالة في سبيل قيام السلطة الإدارية بنشاطها الإداري سواء في مجال الضبط الإداري أو في ميدان المرافق العامة².

بالإضافة إلى القرارات الإدارية هناك أعمال أخرى تشترك فيها إرادة أخرى مع إرادة الإدارة في إصدارها، وهي الأعمال القانونية الصادرة من جانبين عن طريق الدخول في روابط عقدية بتوافق الإيجاب مع القبول، وتتمثل هذه الأعمال في العقود الإدارية

¹-Maurice HAURIU, Précis de droit administratif et de droit public général, 4 édition, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêtés, Paris, 1900, p.214.

² - حمدي عطية مصطفى عمر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص.9.

والصفقات العمومية وذلك بهدف قيامها بنشاطها واضطلاعها بأعباء الخدمة العامة وتلبية حاجات الجمهور. ومن أجل ذلك تدخل المشرع معترفا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة بها، وتدخل الإدارة في هذه الرابطة العقدية مع شخص من أشخاص القانون الخاص وهي متمتعة بامتيازات السلطة العامة، أي كطرف أعلى وأسمى ممن يريد التعاقد معها¹، وتتجلى مظاهر هذه السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة تجاه من يريد التعاقد معها حتى في مرحلة ما قبل إبرام العقد، كدفتر الشروط المعد مسبقا من طرفها دون التفاوض بشأنه. كما أن الإدارة وهي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام فإن تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية إذ كل إجراء تتخذه يتم تجسيده ضمن قرار إداري معين، كقرار الإعلان عن الصفقة العمومية، وقرار الإقصاء من المشاركة، أو قرار المنح المؤقت، وكلها قرارات تتخذ قبل إبرام العقد أو الصفقة العمومية.

ورغم هذه المكانة التي منحت للإدارة، إلا أنها كشخص معنوي عام لا يتمتع بحرية تعاقدية كنتلك التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيون، وإنما بحرية نسبية وضيقة جدا، لأن المشرع هو من يمنحها الشخصية القانونية التي تكتسب من خلالها الأهلية القانونية من أجل إبرام العقود، وفقا للغرض الذي أنشئت من أجله ونظامها القانوني وتخصصها. فالحرية التعاقدية للإدارة المحلية مثلا ليست على مستوى الحرية التعاقدية للدولة، وكذلك الأمر بالنسبة للمؤسسات العامة التي تخضع لمبدأ التخصيص، فإنها لا تملك حرية تعاقدية من نفس طبيعة الحرية التعاقدية للدولة أو الجماعات الإقليمية².

وإذا كان الشخص الطبيعي حر في التعاقد وفي اختيار أسلوب التعاقد واختيار المتعاقد معه أو عدم التعاقد أصلا، فإن الإدارة العامة ليست حرة في إتباع أسلوب التعاقد أو في اختيار المتعاقد معها، خصوصا وأن الأمر يتعلق بالإنفاق العام وصرف أموال عامة

¹ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.36.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.34.

مصدرها خزينة الدولة، بل أن القانون رسم لها خارطة طريق معينة وجب عليها أن تسير وفقها والالتزام بها، لأن دولة القانون تقتضي خضوع الإدارة هي الأخرى لنصوص القانون من أسماها إلى أدناها. وفي هذا الصدد فإن الأمر رقم 899-2015 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية¹، والمرسوم رقم 360-2016 المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية²، والمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³ الجزائري، قد ألزموا الإدارة المتعاقدة قبل أن تقدم على إبرام الصفقة العمومية، بأن تحدد حاجياتها في حدود تخصصها، وأن تضمن حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، من خلال الالتزام بمبدأ الإعلان عن الصفقة العمومية وفتح باب المنافسة أمام المرشحين لتقديم عروضهم وإقرار مبدأ المساواة في المعاملة بينهم، من أجل إختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية يلي احتياجاتها من جهة، ويحقق المصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى، وهو الغرض الأساسي من العملية التعاقدية. فهذه المبادئ الثلاث هي من أهم المبادئ التي تقوم عليها العقود والصفقات العمومية، ذلك أن القرارات التي تتخذ قبل إبرام العقد، لها علاقة بإجراءات الإشهار والوضع في المنافسة. ومن أجل ذلك استحدثت المشرع الفرنسي قضاء إستعجاليا قبل تعاقد بناء على تدخل المشرع الأوروبي لوضع حد لانتهاك هذه المبادئ المتمثلة في التزامات الإعلان والوضع في المنافسة، عن طريق إصداره للتوجيه

¹-Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015.

²-décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016.

³- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

الأوروبي رقم 89-665 المؤرخ في 21 ديسمبر 1989¹ المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية بين الدول الأعضاء تحت مسمى "توجيه الدعوى"، بشأن إيجاد دعوى قضائية تعزز من مشروعية العلانية والمنافسة. وقد أدخله المشرع الفرنسي في قانونه الداخلي مع صدور القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04 جانفي 1992²، وقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج فأصدر القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، ونص في القسم الخاص بالاستعجال الإداري على الاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية رغبة منه في تدعيم مبدأ الشفافية في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية، ذلك أن الاستعجال الإداري يختص بعدة أنواع من الدعاوى الاستعجالية، كطلب وقف تنفيذ قرار إداري أو طلب إثبات حالة، وهي من دعاوى الاستعجال الإدارية المعروفة والتي يجوز رفعها في منازعات إبرام الصفقات العمومية، وأن هذه الدعاوى لا تمس بأصل الحق، وبالتالي فهي ليست وسيلة لتسوية المنازعة، بل مجرد إجراء وقتي وتحفظي قد تساعد في تسوية منازعات إبرام الصفقات العمومية، إن ما يعتبر شيئا جديدا نسبيا في هذا المجال هو ظهور قضاء الاستعجال قبل التعاقد، والذي يتجاوز مجرد كونه إجراء وقتيا وتحفظيا، لأنه ليس نوعا من الحماية الشكلية بل يكاد يكون نوعا من الحماية الموضوعية للحق المقرر قانونا، خاصة وأن ظهوره أعقب التطور الهام الذي حدث بشأن إمكانية إصدار الأوامر إلى الإدارة من طرف القاضي الإداري. فهذا القضاء الجديد أنشأ الحماية الموضوعية المستعجلة في مرحلة ما قبل إبرام العقد، بخصوص الالتزامات

¹-Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JOUE n° L 395 du 30/12/1989.

²- Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, JORF n°5 du 7 janvier 1992.

³- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج. ر. ج. د. ش. عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008.

المتعلقة بمبدأي العلانية والمنافسة، إذن فالاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية أو بالأحرى قضاء الاستعجال قبل التعاقد هو الموضوع الذي سيتم تناوله وتبسيط الضوء عليه بالدراسة والتحليل.

وبما أن لكل موضوع أهميته الخاصة، فإن أهمية هذا الموضوع مستمدة من أهمية الاستعجال الإداري بصفة عامة، والذي أصبح ضرورة حتمية ناتجة عن تدخل الإدارة في جميع مجالات الحياة الاقتصادية والمالية والتجارية والاجتماعية، وما يفرزه هذا التدخل من تشابك في العلاقات بين الإدارة والخواص مما يؤدي إلى كثرة النزاعات بفعل تضارب المصالح، فيضطر الخصوم إلى عرضها أمام قضاء الاستعجال الإداري عندما يتطلب الأمر حماية قضائية عاجلة وسريعة، وذلك بوجود تدابير مؤقتة من شأنها تحقيق رقابة على أعمال الإدارة وإقرار مبدأ المشروعية. فالرقابة القضائية على أعمال الإدارة خصوصا القانونية منها تعتبر أفضل ضمانة لتطبيق حكم القانون ووسيلة فعالة لمكافحة الفساد الإداري.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع من حيث أنه مصدر اهتمام المشرع الأوروبي. فالأمر لا يتعلق بالقوانين الداخلية لدول الاتحاد الأوروبي، وإنما بتوجيه صادر عن البرلمان الأوروبي في حد ذاته بخصوص إيجاد دعوى فعالة من شأنها مجازاة كل إخلال بقواعد العلانية والمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وألزم الدول الأعضاء بهذا التوجيه.

وتتجلى أهمية الموضوع أيضا في الدور الوقائي والعلاجي لقضاء الاستعجال قبل التعاقد في منع الفساد المالي والإداري في مجال العقود والصفقات العمومية، لأن ظاهرة الفساد المالي في مجال تلك العقود تظهر بصورة واسعة في مرحلة ما قبل إبرامها، لأن فيها يبدأ اختيار المتعاقد مع الإدارة وصرف المبالغ المالية من خزينة الدولة كونها جزء من الإنفاق العام. فالهدف الأساسي من قضاء الاستعجال قبل التعاقد هو حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعهدين، وكل خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات

العمومية. وهذه المبادئ تعتبر نقطة البداية نحو المحافظة على المال العام ومكافحة الفساد الذي يطاله، وإبرام العقود والصفقات العمومية على النحو المشروع، فإذا صلحت البداية صلحت معها النهاية.

وهناك أهمية أخرى لهذا الموضوع تتمثل في عامل الوقت، لأن هناك الكثير من المشاريع ذات النفع العام خضعت منازعاتها للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى¹، ففقدت أهميتها الاقتصادية وزادت تكاليفها المالية بسبب توقف المشروع، إلى حين الفصل النهائي في منازعة دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام أمام قاضي الموضوع، أي وفقا للإجراءات العادية التي لا تكتسي طابع الاستعجال. ومن ثم فلا بد أن تستنفذ المنازعة جميع طرق الطعن المقررة قانونا حتى يتسنى استئناف المشروع من جديد، وهنا تأتي أهمية قضاء الاستعجال قبل التعاقد حيث يتم الفصل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسرعة، وهذا حماية للمصلحة المتعاقدة بأن يتم إنجاز المشروع تحقيقا للمصلحة العامة، ولمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتمكن من تنفيذ التزامه، وكذلك لمصلحة الغير حتى يحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال.

وقد كان لاختيار هذا الموضوع أسباب شخصية وأخرى موضوعية، فأما الأسباب الشخصية فتتمثل في الرغبة في دراسة هذا الموضوع نظرا لحدائته، وهو ما يؤكد خاصية المرونة والتطور التي تمتاز بها قواعد القانون الإداري، خصوصا وأنه يساير التطورات الحاصلة من الناحية الاقتصادية والمالية، ذلك أن الجزائر تعيش في الوقت الراهن وضعا اقتصاديا وماليا صعبا نتيجة لانخفاض أسعار البترول في الأسواق العالمية، نتج عنه تقليص وانخفاض

¹ - الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج. ر. ج. د. ش، عدد 47، الصادرة بتاريخ 09 جوان 1966، المعدل والمتمم.

في مداخيل الخزينة العمومية، مما يستدعي ضرورة صرف المال العام في قنواته الصحيحة. فقضاء الاستعجال قبل التعاقد هو بمثابة النواة الأولى لمكافحة الفساد المالي على اعتبار أنه إجراء يتصدى للمخالفات المرتكبة بخصوص القواعد المتعلقة بالإعلان والوضع في المنافسة في معرض إبرام العقود والصفقات العمومية، لما لهذه الأخيرة من صلة وثيقة بالخزينة العمومية.

أما الأسباب الموضوعية، فتكمن في كون أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد يعد أحد المواضيع الحساسة، فهو يشكل جزء مهما من منازعات الصفقات العمومية، بالنظر إلى الدور الكبير الذي يلعبه في الرقابة على إجراءات إبرام العقود والصفقات العمومية بصفة استعجالية، لما يحيط بها من تجاوزات يصعب في كثير من الأحيان كشفها أو تداركها، وذلك بتسليط الضوء على مضمونه والوقوف على مدى فعاليته. بالإضافة إلى ما يثيره من إشكالات قانونية تستدعي التعرض لها وكشف اللبس والغموض عنها والبحث عن حلول مناسبة لها. كما أن هذا الموضوع يعكس توجهات القضاء الإداري الحديثة في إرساء دولة القانون.

وبالبناء على كل ما سبق يمكن طرح الإشكاليات التالية:

ما المقصود بقضاء الاستعجال قبل التعاقد؟

وما هي السلطات التي منحت للقاضي الاستعجالي بموجب هذا القضاء؟

وما مدى فعالية هذه السلطات في الحفاظ على حقوق المرشحين؟

إنطلاقاً من هذه الإشكاليات ستتم معالجة هذا الموضوع، وفق المنهج المقارن الذي يقتضي المقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي من خلال النصوص القانونية التي تتضمن قضاء الاستعجال قبل التعاقد، بالإضافة إلى المنهج التحليلي والوصفي، حيث

يتم على أساسهما تحليل الموضوع ووصفه والإحاطة به من جميع جوانبه خصوصا بالنسبة
للقانون الجزائري

وتجسيدا لذلك فقد تم تقسيم الدراسة إلى ما يلي:

الباب الأول: ويشتمل على الأحكام العامة لقضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود
والصفقات العمومية.

أما الباب الثاني: يتعلق بأحكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد والفصل فيها.

الباب الأول: الأحكام العامة لقضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

إن الغرض الأساسي الذي أنشأت من أجله الإدارة العامة مهما كانت طبيعة نشاطها، هو إشباع الحاجات العامة للجمهور وتلبية رغباته كالصحة والتعليم والسكن وشق الطرقات إلى غير ذلك من الحاجات والرغبات من أجل تحقيق المصلحة العامة. ولتمكينها من ذلك، كان لزاما على المشرع أن يمنحها الشخصية القانونية التي تكتسب من خلالها الأهلية القانونية والذمة المالية المستقلة للدخول في روابط عقدية عن طريق إبرام عقود وصفقات عمومية مع أطراف أخرى. هذه الذمة المالية التي مصدرها الخزينة العمومية، هي بمثابة أموال عامة لا يجوز التصرف فيها إلا في إطار القانون، وأغلب هذه الأموال العامة موجهة للمشاريع في شتى المجالات. لذلك تعد العقود والصفقات العمومية المجال الخصب للفساد المالي نظرا لارتباطها بالمال العام، وصلتها الوثيقة بالخبزينة العمومية، فهي تكلف خزينة الدولة اعتمادات مالية ضخمة. ولحماية المال العام من الفساد الذي يطاله خصوصا في السنوات الأخيرة من جهة، ولأهمية الصفقات العمومية في الإقتصاد الوطني، خاصة مع السياسة الجديدة التي تنتهجها الجزائر والمتمثلة في ترشيد النفقات العمومية من جهة أخرى، فقد نظم المشرع الجزائري قضاء استعجاليا يسمى بقضاء الاستعجال قبل التعاقد أو استعجال ما قبل التعاقد، متأثرا بالمشرع الفرنسي الذي كان له السبق في ذلك. هذا القضاء يحرك عن طريق دعوى الاستعجال قبل التعاقد. وللتعرض لهما بالدراسة والتحليل ينبغي الإحاطة بأحكامهما، وذلك يتطلب بيان ماهية كل منهما وذلك في الفصل الأول، كما أن هذا النوع من الاستعجال لا يتم اللجوء إليه إلا بتوافر حالات معينة، هذه الحالات تكون سابقة على إبرام العقد أو الصفقة العمومية. وسيتم التطرق إلى هذه الحالات في الفصل الثاني.

الفصل الأول: ماهية قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

من الأهمية بمكان بيان ماهية قضاء الاستعجال قبل التعاقد، هذا القضاء الذي يتم تحريكه عن طريق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، إذا فالأمر هنا يتعلق بموضوع يتكون من شقين، شق متعلق بقضاء الاستعجال قبل التعاقد، وعلى هذا الأساس وجب التطرق إلى إطاره المفاهيمي وذلك ضمن المبحث الأول. وشق متعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، ويقتضي الحال هنا التفصيل في مفهومها وتوضيح ذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول: قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

يعد قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية من بين المسائل التي قننها المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري ضمن المنظومة القانونية لكل منهما، لذا ينبغي التطرق إلى مفهومه وذلك في المطلب الأول، وكيف تم تكريسه، ويتم الكشف عن ذلك في المطلب الثاني

المطلب الأول: مفهوم قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

قبل الخوض في تعريف القضاء الاستعجالي في مادة العقود والصفقات العمومية، تجدر الإشارة إلى الطابع المركب لهذا المصطلح القانوني، فهو جامع لمصطلحين هما: القضاء الاستعجالي من جهة، والعقد الإداري والصفقة العمومية من جهة أخرى، وهو ما يستدعي التطرق إلى بيان مفهوم القضاء الاستعجالي في الفرع الأول، ومفهوم العقد والصفقة العمومية في فرع ثان.

الفرع الأول: مفهوم القضاء الاستعجالي.

إن تحديد مفهوم القضاء الاستعجالي يقتضي تعريفه (أولاً)، ثم ذكر شروط اختصاصه (ثانياً)

أولاً: تعريف القضاء الاستعجالي.

لقد عرف القضاء الاستعجالي بالاستناد لمصطلح الاستعجال حيث عرف لغة بأنه: "من عجل عجلاً أو عجلة وهو السرعة ضد البطء والتأخير والانتظار"¹.

أما اصطلاحاً فقد عرف بأنه: "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يجب درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيدته"².

ويتضح من هذا التعريف أن الاستعجال يهدف إلى السرعة في إتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الحق من الأخطار التي قد يتعرض لها في الفترة ما بين رفع الدعوى وصدور الحكم في الموضوع، وإلا سيضيع الحق عند الانتظار. إذن فالقضاء الاستعجالي لا يمس بأصل الحق أي موضوعه بل يقتصر على حمايته بصورة مؤقتة.³

هذا وقد عرف القضاء الاستعجالي بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق"⁴.

ويعرف كذلك على أنه: "الفصل في المنازعات التي يخشى من فوات الوقت حصول أضرار فصلاً مؤقتاً لا يمس بأصل الحق ويكون الحكم الصادر في مواجهة ذلك إتخاذ التدابير

¹ - طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص.7.

² - طاهري حسين، نفس المرجع، ص.7.

³ - زواوي عباس، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 31/30، ماي 2013، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص.3.

⁴ - لحسين بن شبيح آث ملوياً، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011، ص. 12.

الوقتية الملزمة للطرفين من أجل الحفاظ على الأوضاع القائمة مع احترام الحقوق وصيانة المصالح".¹

أما قضاء الاستعجال الإداري فيعرف على أنه: " ذلك القضاء الذي يتحرك كلما تعلق الأمر بمواد إدارية، حيث تدخل في نطاقه جميع التدابير الممكنة الفعالية ماعدا الإنذار ومعاينة الاستعجال لذلك فهذه التدابير مؤقتة تكتسي طابع التحفظ ولا تمس بأصل الحق".²

ثانيا: شروط اختصاص القضاء الاستعجالي.

حتى ينعقد الاختصاص للقضاء الاستعجالي، يجب أن يتوفر شرط الاستعجال، وشرط عدم المساس بأصل الحق، وذلك على الشكل التالي:

1) الاستعجال.

لا يمكن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي إلا إذا توفر شرط الاستعجال الذي يبرر تدخل قاضي الاستعجال لمنح الحماية القضائية المؤقتة. فيبت القاضي الاستعجالي في المسائل التي يخشى عليها فوات الوقت ولا تقبل الانتظار، أو في المسائل التي اعتبرها القانون مستعجلة بطبيعتها. فإذا تبين للقاضي أن الإجراء المطلوب ليس عاجلا حكم بعدم اختصاصه. والواقع أن الاستعجال مبدأ مرن غير محدد، وبذلك يسمح للقاضي أن يقدر في وصفه للواقعة ظروف كل قضية على حدة. فالاستعجال حالة تتغير بتغير الزمان والمكان، وتتلازم مع التطور الاجتماعي في الأوساط والأزمنة المختلفة، فهو يقتضي ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق مع إتباع الإجراءات العادية للتقاضي، وذلك نتيجة ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصوم، أو ضررا قد يتعدر تداركه وإصلاحه إذا ما

¹ - معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص.16.

² - محمد براهمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.8؛ حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.12.

انتظر الفصل من قضاء الموضوع. وهو أمر يختص بفحصه وتقديره قاضي الأمور المستعجلة بحسب ظروف الدعوى. كما أن الاستعجال لا يتحقق فقط وقت رفع الدعوى، بل باستمراره حتى صدور الحكم فيها أيضا، فإذا زال الاستعجال أثناء نظر الدعوى المستعجلة، وجب على القاضي الاستعجالي أن يحكم بعدم اختصاصه بنظرها نوعيا، لانعدام شرط الاستعجال فيها، حتى ولو كانت الدعوى في مرحلة الاستئناف. والقاضي الاستعجالي ملزم بأن يبين في أسباب حكمه مدى توافر شرط الاستعجال في كل دعوى، بالنظر لوقائعها وظاهر أوراقها وإلا كان حكمه معيبا بالقصور¹.

2) عدم المساس بأصل الحق.

يحظر على قاضي الاستعجال المساس بأصل الحق عند إصداره لأي تدبير مؤقت، ولو تحققت حالة الاستعجال. والأصعب بالنسبة للقاضي الإداري هو الوقوف على المسائل التي تمس بأصل الحق، لذا ينبغي معرفة المقصود بشرط عدم المساس بأصل الحق. فيقصد به منع إصدار أي أمر أو حكم بمناسبة التصدي لحالة الاستعجال من شأنه التأثير على الحكم الفاصل في الموضوع، مما يؤثر على الحقوق والآثار القانونية. وإصدار أي أمر استعجالي يمس بأصل الحق أو يتعدى إلى الموضوع، يجعل هذا الأمر القضائي معيبا يتعين نقضه وإبطاله، لأن مسالة المساس بأصل الحق من النظام العام وأساس اختصاص القضاء الاستعجالي ومن بين أحد أهم الشروط التي تحكم القضاء الاستعجالي². كما يعرف أصل الحق على أنه السبب القانوني الذي يحكم حقوق والتزامات الأشخاص، أو طرفي النزاع في مواجهة بعضهما البعض، فلا يجوز المساس بهذه الحقوق بالتأويل أو التفسير أو التعديل، مما

¹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص.08.

² - بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص.307.

يعتبر مساساً بهذا الحق، والذي يعتبر أساس دعوى الموضوع، وعلى التشكيكية التي تنظر الدعوى الاستعجالية ترك جوهر النزاع لقاضي الموضوع¹.

الفرع الثاني: مفهوم العقود والصفقات العمومية.

بعد أن تم تعريف القضاء الاستعجالي وذكر شروطه، سيتم التطرق في هذا الفرع إلى تحديد مفهوم كل من العقد الإداري (أولاً)، والصفقة العمومية (ثانياً).

أولاً: العقد الإداري.

يعتبر العقد الإداري من المسائل التي يبحث فيها قضاء الاستعجال قبل التعاقد، وعلى هذا الأساس سيتم تعريفه ثم التفصيل في عناصره، وذلك على النحو التالي.

1) تعريف العقد الإداري.

يعرف العقد الإداري على أنه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"².

ويعرف كذلك على أنه: "اتفاق معقود بين جهة الإدارة كسلطة عامة، وبين فرد أو شركة خاصة بقصد إنجاز عمل محدد يحقق المنفعة العامة، مع تضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في مجال التعاقدات الخاصة، أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام"³.

¹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص.12.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص.58.

³ - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، ص.13.

ويمكن تعريف العقد الإداري على أنه: "كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الاتفاق شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد معها وهو أحد أشخاص القانون الخاص بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"¹.

2) عناصر العقد الإداري.

للعقد الإداري عناصر يجب أن يتوفر عليها، وتتمثل هذه العناصر في وجود الإدارة طرفا في العقد، وإتصال العقد الإداري بنشاط المرفق العام، أو تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

أ) وجود الإدارة طرفا في العقد.

إن وجود الإدارة طرفا في العقد يعد أمرا بديها بالاستناد إلى كون قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة. كما يستند أيضا إلى كون العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة العامة، فلا بد إذن من أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية حتى يكون العقد عقدا إداريا. وهذه العقود قد تبرم من طرف الإدارة نفسها عن طريق موظفيها المختصين بحكم القانون، وقد تبرمها بواسطة وكيل عنها قد يكون فردا عاديا أو شخصا معنويا، حتى يمكن إضفاء الصفة والطبيعة الإدارية. وعلى هذا الأساس فإن العقد المبرم بين

¹ - أنظر في هذا المعنى:

Andre De LAUBADERE, Traite des contrats administratifs, Tome 1, 2 édition, L.G.D.J, Paris, 1983, p.210.

شخصين من أشخاص القانون الخاص لا يعتبر مبدئياً عقداً إدارياً، حتى وإن تدخلت الإدارة في وضع بعض الشروط¹.

ب) إتصال العقد الإداري بنشاط المرفق العام.

يشترط في العقد الإداري تحقيق مصلحة عامة أو تحقيق هدف يخص ذلك، ولا يمكن أن يكون العقد إدارياً في حال عدم إتصاله بنشاط المرفق العام من حيث إنشائه أو تنظيمه أو تسييره، بغض النظر عن توفر العناصر الأخرى من عدمها، وإذا كان يشار إلى اقتران العقد الإداري بتحقيق المصلحة العامة ونشاط ذي نفع عام، فإن ذلك يعني ارتباط العقد بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام ارتباطاً وثيقاً، حيث أن المفهوم العضوي للمرفق العام المتعلق بالعقد الإداري يعني ضرورة توفر العنصر الإداري كطرف في العقد².

ج) تضمين العقد الإداري شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ومؤدى ذلك أن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، هي التي تكشف عن نية المتعاقدين في إتباع أسلوب القانون العام، وإخضاع العقد لقواعده وأحكامه، كما أنها هي التي تحدد الطبيعة الإدارية للعقد واختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عنه. وهذه الشروط مردها إلى ظهور الإدارة في العقد بمظهر السلطة العامة، واستعمالها لامتيازات السلطة العامة، والشروط الاستثنائية غير المألوفة في روابط القانون الخاص التي تتسم بها العقود الإدارية كثيرة، وأبرزها سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري سواء من حيث نطاق الأعمال أو مدتها أو مداها، دون أن يكون للمتعاقد معها أن يتمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، المعروفة في مجال القانون الخاص، وسلطة

¹ - محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص.34.

² - عز الدين كلوني، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012، ص.24.

الإدارة في إنهاء العقد وفي أي وقت، متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، والتي هي الأولى بالتغليب على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، وسلطة الإدارة في توقيع الغرامات المالية على المتعاقد معها في حالة تراخيه في التنفيذ، باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. وأن الإدارة حين حددت موعدا للتنفيذ راعت فيه أن يكون محققا للمصلحة العامة، فإذا تراخى المتعاقد في التنفيذ، وقعت عليه الغرامة المالية لجبره على التنفيذ في المواعيد المتفق عليها¹.

ثانيا: الصفقات العمومية.

إن الاستعجال ما قبل التعاقد لا يقتصر على العقد الإداري فقط بل إن الصفقات العمومية تعد هي الأخرى معنية بقضاء الاستعجال قبل التعاقد مما يستدعي تعريفها وتمييزها عن غيرها من العقود المشابهة لها وذلك على النحو المبين أدناه.

1) تعريف الصفقات العمومية.

الصفقة لغة هي العقد أو البيعة فيقال صفقة رابحة أو خاسرة، وكلمة صفقة مأخوذة من صفق بمعنى ضرب اليد على اليد في البيع وهي علامة إجرائه وإتمامه.²
أما في الاصطلاح: فكلمة صفقة لها دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر. كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية بحتة، إحتكرتها اللغة الاقتصادية، وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال.³

¹ - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص.41.

² - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص.517.

³ - فاروق حجي مصطفى، مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة، موقع الأوان، 2008، www.Alawan.Org، تاريخ الاطلاع

.2018/02/06

ولقد عرف المشرع الفرنسي الصفقة العمومية في المادة الرابعة من الأمر رقم 2015/899 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية¹، والتي جاء فيها:

« Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services».²

ومعنى ذلك أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية يبرمها واحد أو أكثر من الأشخاص الخاضعين لهذا الأمر مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين، من أجل إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة³.

أما المشرع الجزائري فقد عرف الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الصادر بتاريخ 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الموفق العام⁴، وذلك في المادة الثانية منه حيث نصت على أن: "الصفقات العمومية 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 والدراسات والخدمات"⁵.

¹ - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, précité.

² - Article 4 de Ordonnance n°2015-899 relative au marché public, précité.

³ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, Passation des marchés publics, Editions du Moniteur, Paris, 2016, p.7.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الموفق العام، سابق الإشارة إليه.

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

يتضح من خلال هذا أن التعريف الوارد في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 جاء واسعا وشاملا لتعريف الصفقة العمومية، فبين أن الصفقات العمومية تبرم بمقابل أي أنها من عقود المعاوضة، ومن العقود الملزمة لجانبين، بالإضافة إلى أنه بين الطرف الثاني للعقد والممثل في المتعامل الاقتصادي، وهو شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. مما يعني أنه لا يعد صفقة عمومية العقد الذي يبرم بين إدارتين عموميتين.

والمقصود بعبارة "وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"، أن تبرم الصفقات وفق ما هو وارد في هذا المرسوم وعلى الخصوص ما جاء في المادة الخامسة من نفس المرسوم، بأن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات. بالإضافة إلى ما ورد في المادة 61 منه، من إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي.

وهذا ما أكد عليه أيضا المشرع الفرنسي في المادة الأولى من نفس الأمر حيث جاء فيها ما يلي:

« Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.»¹

وعلى هذا الأساس، فإن الصفقات العمومية هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد جماعاتها الإقليمية أو أحد مؤسساتها العامة الوطنية أو المحلية، أو المؤسسات العمومية

¹- Article 1 de Ordonnance n°2015-899 relative au marché public, précité.

الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري إذا كلفت بإنجاز مشاريع ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو الجماعات الإقليمية، بمقابل مع متعاملين اقتصاديين، مراعية في ذلك التزامات الإشهار والوضع في المنافسة، وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة بين المرشحين، قصد إنجاز الإشغال واقتناء اللوازم والدراسات والخدمات، ذلك أن الصفقات العمومية تمر بمراحل وجب على المصالح المعنية إتباعها قبل إبرامها.

2) تمييز الصفقات العمومية عن غيرها من العقود.

مما لا شك فيه أن الصفقات العمومية تختلف عن سائر العقود الأخرى كالعقود المدنية أو التجارية وعقد العمل، اختلافاً كبيراً إذ أن ما يعد صالحاً للأفراد قد لا يكون كذلك بالنسبة لجهة الإدارة، وفيما يلي سيتم التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية من جهة، وبينها وبين العقود التجارية من جهة ثانية، وبينها وبين عقد العمل من جهة ثالثة.

أ) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية.

تتميز الصفقات العمومية عن العقود المدنية من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية، ومن حيث إجراءات إبرام العقد، ومن حيث الهدف من العملية العقدية، ثم من حيث القضاء المختص بالنظر في المنازعة.

فمن حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية.

فإن العقد المدني يحتل أطرافه مرتبة واحدة عموماً، ولا امتياز لطرف عن طرف آخر، ولا يمكن للمشرع والأمر يتعلق بمصلحة خاصة، أن يرجح مصلحة على مصلحة أخرى، كأن يغلب مصلحة البائع على المشتري، أو المؤجر على المستأجر، أو الراهن على المرتهن، إذ أن مثل هذا التمييز إذا ما تم سينسف أو سيقضي على نظرية العقد في مجال القانون

الخاص. بينما العقد الإداري وبالنظر لاحتوائه عضويًا على إدارة عامة، أو هيئة عمومية، وجب الاعتراف لها بالتمتع بامتيازات السلطة العامة بما يمكنها من تحقيق الهدف من التعاقد¹.

أما من حيث إجراءات إبرام العقد.

فتخضع الإدارة أو الهيئة العامة لطرق محددة عندما تبدي رغبتها في التعاقد، وتلزم كأصل عام بإعلام الجمهور، ونشر إعلان طلب العروض، وتخضع لإجراءات طويلة وثقيلة ولرقابة معقدة. إن الإدارة العامة في غالبية النظم العامة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، بل هي مجبرة على التعاقد بكيفية وإجراءات محددة، وهذا بهدف ترشيد النفقات العامة ومراعاة ما تكلفه الصفقات العمومية من أموال كبيرة وضخمة، بل إن المشرع عمد إلى حماية قواعد تنظيم الصفقات العمومية بأدوات جزائية تطبق عند الإخلال بهذا التنظيم، بينما يحكم العقد المدني مبدأ الحرية التامة في اختيار الطرف المتعاقد للطرف الآخر، كما يتم بسرعة كبيرة ولا يخضع لإجراءات الشهر كأصل عام².

أما من حيث الهدف من العملية التعاقدية.

فإن الهدف من وراء إبرام العقد المدني هو تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد، فعقد البيع مثلاً يحقق مصلحة البائع والمشتري، فالبائع انتفع بالثمن والمشتري انتفع بمحل البيع، بينما الهدف من إبرام الصفقة العمومية، هو تحقيق المصلحة العامة، فعقد الأشغال العامة إذا انصب على إنجاز طريق من نقطة إلى أخرى، أو إنجاز جسر، أو مجموعة سكنات، فإن المنتفع هو الجمهور.

¹ - حمدي عطية مصطفى عمر، المرجع السابق، ص. 301.

² - حمدي عطية مصطفى عمر، نفس المرجع، ص. 301.

أما من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع.

فإن الاختصاص بالنظر في الخصومات الناتجة عن تنفيذ العقود المدنية ينعقد لجهة القضاء العادي، بينما يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري، تطبيقاً للمعيار العضوي المكرس في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ب) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية.

تتميز الصفقات العمومية عن العقود التجارية من حيث قواعد الإثبات، ومن حيث طرق الإبرام.

فمن حيث قواعد الإثبات.

لما كانت الحياة التجارية يسودها عنصر الائتمان ويحكمها مبدأ السرعة، وجب أن تساير أحكام العقود التجارية هذين المبدأين أو الميزتين، لذا فإن المشرع الجزائري وهو يسن قواعد القانون التجاري كان في غاية من المرونة، فذكر وسائل عدة يثبت بها العقد التجاري، فإلى جانب السندات الرسمية ذكر السندات العرفية، والفواتير المقبولة، والرسائل والدفاتر التجارية للطرفين، والإثبات بالبينة، بينما العقد الإداري لا يثبت إلا بالكتابة.

أما من حيث طرق الإبرام.

تتميز الصفقة العمومية عن العقد التجاري فيما يخص طرق الإبرام، فإذا كان من اليسير إبرام عقد تجاري تماشياً مع السرعة وحركة المجتمع التجاري، فإن الأمر لا يكون كذلك بالنسبة للصفقة العمومية، التي يأخذ إبرامها مراحل طويلة وتمر بإجراءات معقدة².

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص.149.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.152.

ج) التمييز بين الصفقات العمومية وعقد العمل.

إن المشرع لم يخص المجتمع التجاري والمدني بأحكام خاصة، بل امتدت الخصوصية أيضا للمجتمع العمالي الذي يحكمه التشريع العمالي أو الاجتماعي¹، وقد عرف الفقه عقد العمل على أنه: اتفاق يلزم بمقتضاه شخص لوضع نشاطه في خدمة شخص آخر، وتحت إشرافه مقابل أجر². ويتبين من هذا التعريف أن عقد العمل يقترب من الصفقة العمومية، خاصة وأن هذه الأخيرة قد يكون موضوعها خدمة، وعقد العمل هو الآخر ينصب على خدمة يقدمها العامل لصاحب العمل، غير أنه تظل الصفقة العمومية تتميز عن عقد العمل من جوانب عدة هي:

فمن حيث عنصر الشكل.

ومن خلال تعريف عقد العمل وربطه بتعريف الصفقة العمومية، فإن عقد العمل لا يشترط فيه عنصر الكتابة وهو ما أشارت إليه المادة 08 من قانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم³، صراحة بنصها على أن: " تنشأ علاقة العمل بعقد مكتوب أو غير مكتوب، وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما."، بينما يعتبر شرط الكتابة في الصفقة العمومية لازما بل هو ركن من أركانها.

أما من حيث طرق الإبرام وقواعد الرقابة.

تختلف الصفقة العمومية أيضا عن عقد العمل سواء من موضوعها، أو طرق إبرامها،

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، نفس المرجع، ص.153.

² - أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.15.

³ - القانون رقم 90-11 المؤرخ في 20 افريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 17، الصادرة بتاريخ 25 أفريل 1990، المعدل والمتمم.

أو قواعد رقابتها، الأمر الذي يجعل الصفقة العمومية بطيئة في ظهورها، بينما يبرم عقد العمل في مدة وجيزة، ويخضع هو الآخر لأطر ورقابة خاصة.

أما من حيث قواعد الاختصاص القضائي.

تعرض منازعات العمل على مستوى المحكمة الابتدائية، وهذا بعد مرورها وجوبا على مراحل الصلح الذي تتولاه مكاتب الصلح، بينما تخضع منازعات الصفقات العمومية لاختصاص المحاكم الإدارية¹.

ثالثا: جمع المصطلحين وتركيبهما.

ومن خلال تركيب مصطلحي القضاء الاستعجالي والعقود والصفقات العمومية قبل عملية إبرامها وجمعهما، يتكون بذلك تعريف لقضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية على النحو المبين أدناه.

فبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات 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 العامة².

وقد عرف القضاء المستعجل قبل التعاقد أيضا بأنه إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروبي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام العقد، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية العادية³.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.154.

² - بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الخامس، العدد الأول، 2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص.31.

³ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.841.

كما يمكن تعريف قضاء الاستعجال قبل التعاقد بأنه ذلك الإجراء الذي يفرض رقابة صارمة على العقود والصفقات العمومية قبل إبرامها بصفة استعجالية في حالة عدم مراعاة قواعد العلانية والمنافسة، عن طريق منح القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العادية، وذلك بهدف حمايتها.

وبذلك فإن استعجال ما قبل التعاقد، لا يكاد يخرج عن مفهوم الاستعجال في المادة الإدارية بصورة عامة، باعتباره قضاء يفصل في الطلبات المعروضة أمامه بأقصى سرعة ممكنة، لاسيما ما تعلق بالوضعيات التي يخشى أن تصبح غير قابلة للإصلاح، وذلك باتخاذ تدابير معينة، لكنه يختلف عنه من حيث المساس بأصل الحق كقاعدة عامة.¹

المطلب الثاني: أصل نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

سبق القول أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد هو ذلك الإجراء الذي يفرض رقابة صارمة على العقود والصفقات العمومية قبل عملية إبرامها، وللتعمق أكثر في مفهومه فإن الأمر يتطلب التطرق إلى أصله من خلال البحث في نشأته وتبنيه في فرنسا (فرع أول)، ثم تبنيه في الجزائر ومبررات ذلك (فرع ثاني).

الفرع الأول: نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد وتبنيه في فرنسا.

من الأهمية بمكان البحث في نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد (أولاً)، وكيف تم تبنيه في فرنسا (ثانياً).

¹ - عثمان بوشكيوة، إستعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع في قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09 - 10 مارس 2011، ص.3.

أولاً: نشأة قضاء الاستعجال قبل التعاقد.

يعود النظام القانوني لاستعجال ما قبل التعاقد إلى أصل تشريعي أوروبي، فسعى منه إلى ضمان توحيد الآليات التشريعية من أجل تكريس أفضل وسائل الرقابة بين دول الاتحاد الأوروبي، لا سيما أنه لم توجد سلفاً دعوى قضائية فعالة تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية والإشهار من جهة، والتمكن من مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا النطاق من ناحية أخرى¹، قام المشرع الأوروبي بإصدار التوجيه رقم 89-665 بتاريخ 21 ديسمبر 1989²، الذي ينسق القوانين والأنظمة والأحكام الإدارية المتعلقة بتطبيق إجراءات المراجعة فيما يتعلق بمنح عقود التوريد العامة والأشغال العامة، حيث ورد تحت عنوان "طعن ورقابة" في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال، وقد تم تكريسه بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، بعد أن تنبه المشرع الأوروبي إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة والعلانية، وتضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال. وأعقبه بالتوجيه رقم 13/92 المؤرخ في 25 فيفري 1992، المتعلق بالصفقات التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية كقطاع الماء والطاقة والنقل والاتصالات³، المعدل بالتوجيه رقم 66/07 المؤرخ 11 ديسمبر 2007، المتعلق بتحسين فعالية إجراءات المراجعة في مجال الصفقات العمومية⁴. والذي فرض علي دول الاتحاد الأوروبي، تبني إجراءات لضمان

¹ - Olivier GUEZOU, Traité de contentieux de la commande publique, Editions du Moniteur, Paris, 2015, p.37.

² - Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, précité.

³ - Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie des transports et des télécommunications, JOUE L76 du 23 mars 1992.

⁴ - Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de

حق الطعن ضد القرارات التي تتخذ في مجال إبرام العقود، التي لا تحترم قواعد النزاهة والمنافسة الشريفة¹.

ثانيا: تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا.

بناء على هذا التوجيه الأوروبي، تبني المشرع الفرنسي قضاء الاستعجال قبل التعاقد، وذلك بصدور القانون 92-10 بتاريخ 10/04/1992²، والمرسوم رقم 92-946 بتاريخ 07/09/1992³. والقانون رقم 93-1416 بتاريخ 29/12/1993⁴. بالإضافة إلى القانون رقم 93-122 بتاريخ 29/01/1993 المتعلق بمنع الرشوة والذي عرف بقانون⁵ loi sapin، وتم إدراج أحكامهما في المادتين L.22 و L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، ثم المواد L.551-1 و L.551-5 في تعديل قانون القضاء الإداري، وفق الأمر 09-515 الصادر في 07/05/2009⁶.

وتمنح المادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري التي نصت على العقود التي تمنحها السلطات المتعاقدة لرئيس المحكمة الإدارية (كقاضي فرد فاصل في الدعوى

l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE L 335 du 20 décembre 2007.

¹ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENIGA, Le contentieux des marchés public, Groupe Imprimerie Nationale éditions techniques, Paris, 2010, p.83.

² - Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, précité.

³ - Décret n° 92-946 du 7 septembre 1992 modifiant le décret no 91-202 du 25 février 1991 fixant au titre des années 1990, 1991 et 1992 les modalités d'accès des maîtres contractuels et agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat, assimilés pour leur rémunération aux instituteurs, à l'échelle de rémunération des professeurs des écoles, JORF n°209 du 9 septembre 1992.

⁴ - Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JORF n°1 du 1 janvier 1994.

⁵ - Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993.

⁶ - Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009.

الاستعجالية)، سلطات واسعة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية واتفاقيات تفويض المرفق العام.

أما المادة L.551-5 من نفس القانون والمتعلقة بالعقود التي تمنحها الكيانات المتعاقدة، فإنها تمنح القاضي الإداري سلطات أقل في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة، التي تخضع بمقتضاها الصفقات العمومية إلى أحكام قانون الاتحاد الأوروبي في القطاعات المنظمة بمقتضى قانون 11 / 12 / 1992 (الماء، النقل، الطاقة، الاتصالات).¹

وهكذا كان للمشرع الفرنسي السبق الإيجابي في إرساء معالم دعوى قضائية جديدة، فعلى الرغم من حداثة إلا أنها في جوهرها آلية شديدة القوة، تضمن فعالية أحكام العلانية والمنافسة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية. فالقضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد شكل إصلاحا فعالا في الحياة القانونية في فرنسا، واكتسب أهمية خاصة، لما له من أثر على الإدارة والأفراد على حد سواء في نطاق العقود الإدارية، وبالأخص منذ أن قنن في التشريع الفرنسي بموجب تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، والذي كان إجراء محله السماح للقاضي الإداري، البت وعلى وجه السرعة في المسائل المتعلقة بالمنافسة في الحياة الاقتصادية، وأضحى هذا القضاء محلا للعديد من التعليقات والشروحات الفقهية التي تناولته.²

ولم يقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد، بل استحدث نوعا آخر إلى جانب الاستعجال ما قبل التعاقد، ويتعلق الأمر بالاستعجال التعاقد الذي جاء به الأمر رقم 515-2009 المؤرخ في 7 ماي 2009 السابق ذكره.³ هذا الأمر جاء تأكيدا على ما

¹- Hugues LE BERRE, Droit du contentieux administrative, Ellipses édition, Paris, 2002, p.64;

Guillaume BERNARD, Marchés publics, Dominique Mabin, Paris, 2012, p.147.

²-Olivier GUEZOU, op.cit, p.38.

³-François LICHERE, Droit des contrats publics, 2 édition, Dalloz, Paris, 2014, p.133.

قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قرار مشهور له بتاريخ 16 جويلية 2007، في قضية¹ « société tropic travaux signalisation »، والتي تتلخص وقائعها في أنه: "على إثر دعوى للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ pitre à pointe العرض الذي تقدمت به شركة « Rugoway » فرفعت شركة « Tropic » باعتبارها مرشحة للصفقة دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لشركة « Rugoway »، قرار إمضاء الصفقة ذاتها.

بتاريخ 2006/03/02 رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كليا.

استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية لحقهم في محاصمة العقد ذاته، إلا أنه رفض الاستئناف، لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة.

والمقتضى هذا القرار أقرت جمعية المنازعات لمجلس الدولة للمرشحين الذين تم استبعادهم، حق اللجوء إلى القاضي الإداري في أجل شهرين من تاريخ إبرام العقد. حيث يملك القاضي الإداري في إطار دعوى القضاء الكامل، عدة سلطات في حالة ما إذا وجد عيبا في العقد، فله أن يأمر بفسخ العقد، أو بتعديل بعض شروطه، أو بمتابعة تنفيذ العقد، أو حتى بتعويض المدعي².

وكان نص القرار كالتالي:

« Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif peut former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant

¹ - CE, 16 juillet 2007, n 291545, Sté Tropic Travaux Signalisation, Rec, p.360.

² - Bernard KREPPER, Rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, CCI de région Paris Ile-de-France, 2013, p.25.

la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Il peut être dérogé au principe de l'application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, s'il a pour conséquence de méconnaître rétroactivement le droit au recours ou encore, en raison de l'impératif de sécurité juridique, s'il a pour effet de porter une atteinte excessive à la stabilité des relations contractuelles en cours ».

انطلاقاً من هذا الاجتهاد وبالإضافة إلى التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي رقم (2007/66/CE)، تم إصدار الأمر رقم 515-2009 الذي يهدف إلى تطوير فعالية الدعوى الخاصة بالعقود الإدارية قبل وبعد توقيعها، وتم إدماج هذا الأمر في قانون القضاء الإداري، ونظم الاستعجال التعاقدى في المواد من L.551-13 إلى L.551-16. ومن خلال هذه الدعوى أصبح بإمكان قاضي الاستعجال الإداري أن يأمر بإبطال العقد بعد إمضائه، وذلك في حالة عدم القيام بأي إجراء من إجراءات الإشهار التي يخضع لها إبرامه أو في حالة إغفال عملية النشر.¹ ومع ذلك فإن ممارسة هذا الإجراء الاستعجالي التعاقدى الجديد من طرف المحكمة الإدارية، مشروط بعدم التعدي على استقرار العلاقات التعاقدية، وهو أمر أساسي لاستمرار الأعمال، والأداء المنتظم للخدمات العامة.²

الفرع الثاني: تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقدى في الجزائر ومبررات ذلك.

تأسس بالمشروع الفرنسي نظم المشروع الجزائري قضاء الاستعجال قبل التعاقد (أولاً)، وتنظيمه لهذا النوع من الاستعجال له أسباب ومبررات (ثانياً).

¹-Rémi Rouquette, Petit Traité Du Procés Administratif, 5 édition, Dalloz, Paris, 2012, p.942.

²-Bernard KREPPER, op.cit, p.22.

أولاً: تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

إن المتتبع لحركة التشريع الجزائري، يلاحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري، على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹. فقانون الإجراءات المدنية السابق 66-154² المعدل والمتمم، جاء هزيعاً جدياً في هذا المجال، ولم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171 مكرر³ التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء رغم الاختلاف الكبير بينهما⁴.

أما القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة⁵ والقانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية⁶ والقانون العضوي رقم 98-03 المتعلق بمحكمة التنازع¹، فلم

¹ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

² - الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، سابق الإشارة إليه.

³ - تنص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى، سابق الإشارة إليه على ما يلي: " في جميع حالات الاستعجال يجوز لرئيس المجلس القضائي أو للعضو الذي ينتدبه، بناء على عريضة تكون مقبولة حتى في حالة عدم وجود قرار إداري سابق:

1- الأمر بتوجيه إنذار سواء أكان مطلوباً أو غير مطلوب الرد عليه بمعرفة أحد موظفي قلم الكتاب.

2- تعيين أحد موظفي قلم الكتاب أو أحد الخبراء ليقوم دون تأخير بإثبات الوقائع الحاصلة بدائرة المجلس القضائي التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى نزاع يطرح للفصل فيه أمام أحد المجالس القضائية المختصة في المواد الإدارية.

3- الأمر بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة وذلك باستثناء ما تعلق منها بأوجه النزاع التي تمس النظام العام أو الأمن العام ودون المساس بأصل الحق وبغير إعتراف تنفيذ أية قرارات إدارية بخلاف حالات التعدي والاستلاء.

ويخطر المدعى عليهم المحتمل إختصاصهم أو من يمثلهم. ويبلغ هذا المحضر إلى كل ذي شأن.

وتبلغ عريضة الطلب المستعجل - التي يكون الغرض منها اتخاذ أي إجراء آخر خلاف الإنذار أو إثبات حالة - فوراً إلى المدعى عليه المحتمل إختصاصه مع تحديد أجل للرد.

ويكون الأمر - الصادر بقبول الطلبات والمشمول بالنفاذ المعجل أو الأمر الصادر برفضها - قابلاً للاستئناف أمام المحكمة العليا في ميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه. ويجوز في هذه الحالة لرئيس الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أن يوقف فوراً وبصفة مؤقتة تنفيذ هذا القرار".

⁴ - بزاحي سلوى، المرجع السابق، ص. 32.

⁵ - القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998، المعدل والمتمم.

⁶ - القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998.

تتناول بأي شكل من الأشكال، القضاء الاستعجالي الإداري، وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في هذا المجال، إلى غاية صدور القانون 08-09 سالف الذكر. ومن خلاله أفرد المشرع الجزائري في الفصل الخامس منه بعنوان الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات، بموجب المادتين 946 و947 منه وذلك في الباب الثالث بعنوان الاستعجال.

ولا يختلف إثنان أن هذا الإجراء الذي تبناه المشرع الجزائري، جاء تأسيا بالمشرع الفرنسي، الذي كان قد نص على آلية الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات العمومية، بموجب المادتين L.22 وL.23 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، والمادتين L.551-1 وL.551-5 من قانون القضاء الإداري، هو إجراء قضائي، كان المشرع الأوروبي السباق إلى اتخاذه في إطار تعزيز قواعد المنافسة والإشهار في نطاق إبرام الصفقات العمومية. وقد سعى المشرع الأوروبي إلى ضمان توحيد الآليات التشريعية، من أجل تكريس أفضل وسائل الرقابة بين دول الإتحاد الأوروبي.²

ثانيا: مبررات تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

إن المستقرى لأحكام الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية بصورة عامة، وعقود الصفقات العمومية بصورة خاصة، يقف على دوافع ومبررات لم يكن المشرع الجزائري السباق إليها بقدر ما تبناه من تجارب القانون المقارن.

فالمشرع الجزائري يحاول من خلال هذه الآلية تكرس مبدأ المساواة والإشهار والوضع في المنافسة، وتعزيز آليات الرقابة في مجال العقود الإدارية.

¹ - القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج. ر. ج. د. ش، عدد 39، الصادرة بتاريخ 07 جوان 1998.

² - بزاحي سلوى، المرجع السابق، ص.33.

فقد نص المشرع الجزائري بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن الاستعجال ما قبل التعاقد، يحرك كآلية قضائية في حال الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق المصلحة المتعاقدة بخصوص إلتزامات الإشهار والوضع في المنافسة.

وبالرجوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية، يمكن القول أن المشرع قد كرس آليات عديدة لتعزيز الرقابة في مجال إبرامها لتعلقها بالمال العام من جهة، ودرء شبهات الفساد من جهة أخرى.¹

وباعتبار أن تنظيم الصفقات العمومية رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002،² كان قد صدر قبل تبني الجزائر لقوانين مكافحة الفساد، وعلى رأسها القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006،³ فإن المشرع الجزائري قد أصدر مرسوما رئاسيا جديدا ينظم الصفقات العمومية تحت رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010،⁴ فأفرد قسما خاصا لمكافحة الفساد لا سيما المادتين 60 و61 في التنظيم المذكور. وتم إلغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤكدا رغبة المشرع في مكافحة الفساد، مخصصا له هو الآخر قسما خاصا متعلقا به وذلك في المواد من 88 إلى 94 منه.

وعطفا على ما سبق بيانه، فإن المشرع الجزائري عندما تبني آلية الاستعجال ما قبل التعاقد، إنما ابتغى من وراء ذلك تكريس آليات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

¹ - عثمان يوشكيوة، المرجع السابق، ص.4.

² - المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

³ - القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010.

فالإدارة باعتبارها مؤتمنة على الصالح العام، يفترض أنها تحترم جميع القواعد القانونية المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية، إلا أنه قد يحدث أن يتعسف أعوانها ويزيغون عن العدالة التي تقتضيها قواعد القانون في مجال منح العقود والصفقات، ودرء لأي ضرر قد يصعب جبره لاحقاً، فقد مكن ذات المشرع القضاء بسلطة رقابة قبل تعاقدية، فضلاً عن تمكين أصحاب المصلحة من اللجوء إلى القضاء، ومخاصمة المصلحة المتعاقدة طالما ادعوا أنها تعسفت، بما في ذلك من تعزيز وتكريس لآليات رقابية أكثر فعالية غابت عن نصوص التشريع السالفة، وقد أحسن المشرع صنعا عندما خصص لها بل أفرد لها نصوصاً قانونية في قواعد الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة.¹

ولعل من بين المبررات والدوافع التي أدت بالمشرع الجزائري إلى تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد ما يلي:

- تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية في الجزائر، خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة، والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض.
- الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساساً على اللامشروعية، وهو ما أثر سلباً على المناخ الاستثماري، بإحجام المستثمرين عن التقدم بطلباتهم من جهة، ظناً منهم أنها لن تنال القبول سلفاً، لأن معايير الاختيار تجانب قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن ترتكز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال من جهة أخرى.

¹ - عثمان بوشكوية، المرجع السابق، ص.4.

- رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية، بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعا قيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد.¹

المبحث الثاني: دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تعتبر دعوى الاستعجال قبل التعاقد المحرك الوحيد والأساسي لقضاء الاستعجال قبل التعاقد، ومن أجل ذلك وجب الإحاطة بها من خلال بيان مفهومها (مطلب أول)، ثم تعداد العقود التي تدخل ضمن نطاقها (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لبيان مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد ينبغي التطرق إلى تعريفها وبيان خصائصها وذلك في الفرع الأول، وتوضيحا أكثر لمفهومها سيتم التفصيل في علاقتها مع غيرها من الدعاوى الأخرى المشابهة لها وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد وبيان خصائصها.

وسيتم تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد (أولا)، ومن خلال تعريف هذه الدعوى يتم استخراج خصائصها (ثانيا).

أولا: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تعرف دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود الإدارية، بأنها دعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد، بمعنى أنها دعوى قضائية استعجالية قبل تعاقدية، تثار في مرحلة سابقة على إبرام العقد، وذلك في حالة إخلال الإدارة بقواعد الإشهار والوضع تحت المنافسة التي تقوم عليها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية. فدعوى

¹ - بزاحي سلوى، المرجع السابق، ص.33.

الإلغاء التي ترفع ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد، والتي تساهم في نفس الوقت في تكوين إرادة الإدارة المتعاقدة، أثبتت منذ فترة طويلة عدم نجاعتها وفعاليتها، حيث أن القاضي يبت فيها غالبا بعد توقيع العقد، وفي بعض الأحيان بعد تنفيذه وتصفية الحقوق والالتزامات الناجمة عنه، زيادة على عدم تأثير إلغاء القرار المنفصل عن الوجود القانوني للعقد نفسه، ما لم يتمسك طرفاه بهذا الإلغاء أمام قاضي العقد لترتيب البطلان، مما ينفي وجود أي مصلحة عملية يحققها هذا الإلغاء بالنسبة للغير الذي أهدرت حقوقه بسبب مخالفات مرتكبة عند تبادل الإيجاب والقبول بين المتعاقدين.¹

والأمر نفسه بالنسبة لدعوى الإلغاء الخاصة بعقود الجماعات المحلية، فقد جاءت غير كافية وغير فعالة، لأنها تتدخل بعد إبرام العقد. وعليه فإن الجزاءات المترتبة على خرق قواعد الإبرام تكون متأخرة جدا. كما أن استخدامها من جانب المحافظين في فرنسا قليل جدا، ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى الحذر الذي تبديه السلطات المركزية، والمتجسد في عدم التدخل في شؤون الإدارة المحلية.²

فدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية، هي إذن دعوى استعجالية قبل تعاقدية وقائية، من شأنها القضاء على كل إخلال بقواعد الإبرام، والمتمثلة في قواعد العلانية والمنافسة.

ومما تقدم يمكن القول أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تتمتع بخصائص، تبين مدى فعاليتها في معالجة كل خلل متعلق بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة، وهذه الخصائص سيتم التفصيل فيها على النحو المبين أدناه.

¹- Vandermeeren RENAUD, Le référé administratif précontractuel, A.J.D.A, juillet-août 1994, n special, p.91.

²-Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.91.

ثانيا: خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تتمثل خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد في أنها دعوى قضائية قبل تعاقدية تقنية وقائية، وأنها دعوى قضاء الاستعجال الإداري، كما أنها دعوى قضائية تصحيحية، بالإضافة إلى كونها دعوى استعجال موضوعي، وأنها دعوى تنتمي إلى القضاء الكامل، كما أن القاضي الاستعجالي يتمتع فيها برقابة مزدوجة، وأخيرا بيان ووضوح أطرافها وحالات رفعها.

1) دعوى قضائية قبل تعاقدية تقنية وقائية.

ومعنى ذلك أنها تثار في مرحلة سابقة على إبرام العقد، وتهدف إلى منع كل مخالفات العلانية والمنافسة المتعلقة بإبرامه. وعلى هذا الأساس فهي تكتسي الطابع الوقائي الذي تسعى من خلاله إلى منع الأمر الواقع الذي يحدث، من جراء تدخل الدعوى القضائية بعد إبرام العقد بل بعد تنفيذه أحيانا. والمقصود في هذا الصدد دعوى الإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد، وهذا يعني أنه متى تم إبرام العقد فلا مجال لإعمال هذه الدعوى¹، فمن الواجب طرح النزاع أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل وصول أجل إبرام العقد إلى نصابه².

كما أن هذه الدعوى تخول للقاضي سلطات هامة وواسعة، بل غير مألوفة في نطاق النظام القانوني العام للقضاء الإداري، فالقاضي عندما يبت في مثل هذه الدعوى فهو يتمتع بسلطات الأمر والوقف والتأجيل والإلغاء، وكذا إبطال بعض شروط العقد، ولكنه لا يحق له منح التعويض³.

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.845.

² - حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص.269.

³ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.845؛ حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص.270.

2) دعوى قضاء الاستعجال الإداري.

فحتى يحقق هذا النظام فاعليته، يتعين ضمان سرعة التدخل القضائي، والوصول إلى نتيجة نهائية بما يتناسب وهذه المرحلة من إجراءات التعاقد، فالدعوى لا تكون ملائمة ما لم يكن للقاضي إتخاذ إجراءات نهائية بمدة قصيرة، وعليه فإن النصوص الناظمة لهذه الدعوى إنما أسست على فكرة السرعة¹.

3) دعوى قضائية تصحيحية.

بمعنى أنها تهدف إلى تصحيح الخرق والإخلال الذي تسببت فيه المصلحة المتعاقدة، وليس إلى تصحيح العقد في حد ذاته، لأن العقد لم يتم إبرامه أصلاً، وهذا ما يؤكد الطابع الوقائي لهذه الدعوى.

فقاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا يحل محل قاضي العقد، فهو إنما ينظر في النزاعات المتولدة قبل الإبرام. ذلك أن هذه الدعوى لا تنصب على نزاع ناشئ عن العقد، أي بمعنى آخر فإن الحقوق والالتزامات منطلقها القانون وحده وليس العقد².

4) دعوى استعجال موضوعي.

فالقاضي عند نظره في هذه الدعوى يبت في الموضوع، ويكون ذلك بالتصدي للخرق المرتكب في الالتزام بمبدأ العلانية أو المنافسة، وفقاً لما حدده القانون لهذا الخرق من جزاءات. والأحكام الصادرة عن القاضي بالبت بالموضوع تكتسب قوة الشيء المقضي به، وذلك خلافاً للقضاء المستعجل العادي والذي لا يمكن للقاضي فيه أن يبت إلا بالطلب المستعجل المتعلق بالحفاظ على حق أو تجنب ضرر، والتي يكون فيها الضرر شرطاً لانعقاد

¹ - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابق للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد

20، العدد الأول-أ، 2013، جامعة دمشق، ص.3.

² - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، المرجع السابق، ص.3.

الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة. ويملك القاضي سلطة تقدير مدى وجود الحالة الاستعجالية من ظاهر الأوراق ومن الظروف المحيطة بالدعوى. ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام العقد وبدأ تنفيذه.¹

كما أن سلطة القاضي فيها واسعة، تتجاوز سلطة القاضي الاستعجالي الإداري العادي، المنحصرة في اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، حيث يبت القاضي في موضوع النزاع، وهو نزاهة أو قانونية العلانية والمنافسة، وهذا ما أدى بالبعض إلى أن يقترح ترجمة المصطلح Le référé précontractuel إلى قضاء الاستعجال الموضوعي قبل التعاقد². وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في هذه الدعوى، ييسر رقابته أحيانا بشكل صارم وشديد جدا على أعمال الإدارة عند إبرام عقودها، فيما يتعلق بالإعلان والمنافسة، حتى في حالة تبدو أن الإدارة اتخذت إجراء ملائما بهذا الشأن، وهذا ما أدى إلى وصف سلطة القاضي في هذه الحالة بأنها قاسية وشديدة.³

5) دعوى تنتمي الى القضاء الكامل.

فهذه الدعوى تزود المحكمة الإدارية الفاصلة تبعا لإجراءات الاستعجال، برقابة القضاء الكامل على مدى احترام السلطة المسؤولة عن إبرام العقد لالتزامها بالإشهار والوضع في المنافسة، وهذا ما يحملها أساسا على تفحص الدوافع التي على إثرها استبعد المرشح من منح العقد.⁴ ولمعرفة ما يجب فهمه من عدم مراعاة التزامات الإشهار والمنافسة، فإن القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي، قد كرس مفهوما موضوعيا، فلا يتعلق

¹ - محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، نفس المرجع، ص.7.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.846.

³ - عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، ص.458.

⁴ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.550.

الأمر بالبحث عما إذا انشغل الشخص العمومي بالتهرب من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة لإثبات تجاوز السلطة، بل بمعاينة أن تنظيم المنافسة لم يتم على ما يرام.¹ وذلك في قراره الصادر بتاريخ 29 جويلية 1998 والذي نص فيه على ما يلي:

« Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de se prononcer, dans le cadre du contrôle de pleine juridiction qu'il exerce, sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration, et de vérifier en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché. Absence d'erreur de droit du juge du fond qui contrôle le bien-fondé du motif tiré de ce qu'une société exclue d'un marché par le garde des sceaux aurait, l'occasion d'un précédent marché conclu avec ce dernier, recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats».²

كما أن الاتساع الكبير في سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد، يؤدي إلى التساؤل فيما إذا كان بإمكان القاضي في هذه الدعوى، أن يبت بما لم يطلبه الخصوم إذا كان ذلك يشكل نتيجة منطقية، أو تحصيل حاصل لما طلبوه، كأن يطلب مثلا وقف إبرام العقد، فيقوم القاضي بوقف كل القرارات المتصلة بإبرام هذا العقد، باعتبار أن هذا الأخير يشكل نتيجة منطقية لوقف إبرام العقد.³

¹ - Christophe GUETTIER, Droit des contrats administrative, 3 édition, Presses universitaires de France, 2011, p.418.

² - C E, 29/07/1998, n° 177952, Société Genicorp, Rec, p.1017.

³ - Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.100.

6) أن القاضي الاستعجالي يتمتع فيها برقابة مزدوجة.

فالقاضي الاستعجالي في هذه الدعوى يتمتع برقابتين، الأولى تتعلق بمراقبة مدى احترام الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية التي من شأنها ضمان المنافسة بين المرشحين والمساواة بينهم. أما الثانية فتتعلق بمراقبة مدى احترام معايير قبول الترشيحات التي قامت بوضعها المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط.¹

7) بيان ووضوح أطرافها وحالات رفعها.

مما لا شك فيه، أن لكل دعوى قضائية أطرافها، سواء كانت دعوى موضوعية، أو ذات طابع استعجالي، وسواء كانت في إطار القانون الخاص كالدعوى المدنية، أو في إطار القانون العام كالدعوى الإدارية، إلا أن هذه الأطراف لا يمكن معرفتها أو الكشف عنها إلا في حالة نشوء نزاع حول علاقة معينة وعرضه أمام القاضي المختص، فيتبين من هو المدعي ومن هو المدعى عليه. على أن الأمر يختلف بالنسبة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود الإدارية، فقد بين تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية وقانون القضاء الإداري الفرنسيين، وكذا القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحد أطرافها وهو المدعي، وقد بين المرسوم رقم 15-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، والمرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الطرف الثاني وهو المدعى عليه، والذي ترفع الدعوى ضده لإخلاله بالتزامات الإشهار والمنافسة، في معرض إبرامه للعقود والصفقات العمومية التي تستوجب ذلك، باعتباره مصلحة متعاقدة مكلفة بإبرام الصفقة العمومية، كما أنها لا ترفع إلا في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة المتعلقة بالعقود والصفقات العمومية. فمن حرفية النص يبدو أن القواعد التي تخرج عن

¹- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 550.

قواعد الإشهار والمنافسة لا تدخل في اختصاص قاضي الاستعجال قبل التعاقد فلا يمكنه تجاوز هاتين المسألتين.

الفرع الثاني: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالدعاوى الأخرى.

إن لدعوى الاستعجال قبل التعاقد علاقة بدعاوى أخرى مشابهة لها، ويتعلق الأمر بكل من دعوى الاستعجال التعاقدية (أولاً)، ودعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية (ثانياً).

أولاً: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى الاستعجال التعاقدية.

إن كلا من دعوى الاستعجال قبل التعاقد ودعوى الاستعجال التعاقدية في مادة العقود والصفقات العمومية، يقصدان نفس العقود ويعاقبان نفس الإخلال والمتمثل في عدم مراعاة قواعد الإعلان والوضع في المنافسة، ويهتمان نفس رافعي الدعوى¹، لكن لا يمكن أن يجتمعا فهما يتفرقان من حيث ميعاد رفع الدعوى، ومن حيث طبيعة الاختيار.

1) من حيث ميعاد رفع الدعوى.

في دعوى الاستعجال قبل التعاقد يخطر القاضي قبل توقيع العقد، وبالتالي ترفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد ابتداءً من علم المرشح برفض ترشحه، إلى غاية التوقيع على العقد، فعلى رافع الدعوى إعلام السلطة المتعاقدة أو الكيان المتعاقد بهذا الطعن، وهذا الإجراء الشكلي لا يعد سبباً في عدم قبول الدعوى أو رفضها²، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2010، والذي نص فيه على ما يلي:

¹ - Emmanuel CAMUS Articulation entre référé contractuel et précontractuel <http://marches-publics.legibase.fr/actualites/veille-juridique/articulation-entre-refere-contractuel-et-78335> تاريخ الاطلاع 2018/01/14

² - Alain MENEMIS, L'articulation entre le référé précontractuel et le référé contractuel <https://www.village-justice.com/articles/Nouvelles-precisions-sur,16628.html> p.1 تاريخ الاطلاع 2013/05/21

« Considérant qu'aux termes de l'article R.551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue du décret du 27 novembre 2009, applicable au présent marché Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur. que ces dispositions, prévues dans l'intérêt de l'auteur du référé en vue d'éviter que le marché contesté ne soit prématurément signé par le pouvoir adjudicateur resté dans l'ignorance de l'introduction d'un recours, ne sont pas prescrites à peine d'irrecevabilité de ce recours qu'il suit de là que la fin de non recevoir opposée par le MINISTRE DE LA DEFENSE tirée de ce qu'en l'absence de la notification le recours de la société MTG était irrecevable doit être écartée »¹.

وإنما لتعزيز فعالية دعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإخطار المحكمة الإدارية بهذه الدعوى يؤدي إلى حظر التوقيع على العقد من طرف السلطة المتعاقدة. والالتزام بتبليغ الطعن هو في صالح رافع الدعوى، وذلك بهدف منع توقيع العقد المتنازع عليه من قبل السلطة المتعاقدة التي لم تكن على علم بتقديم هذا الطعن، وفي حال تحقق ذلك يكون الطلب غير مقبول أو غير ذي محل، بحسب ما إذا كان العقد قد وقع قبل تحريك الدعوى أو بعد تحريكها. وفي المقابل عندما تبلغ السلطة المتعاقدة أو الكيان المتعاقد، فلن يكون باستطاعته توقيع العقد حتى يصدر القاضي أمره². وإذا تعذر ذلك في حالة عدم الامتثال لفترة التعليق التلقائي، المرتبطة بإخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد أو إذا لم يتم الامتثال للأمر القضائي، يجوز

¹ - CE, 10 novembre 2010, n° 341132, Société MTG, Rec, p.858.

² - Alain MENEMIS, op.cit, p.3.

للأشخاص المؤهلين بعد ذلك اللجوء إلى الاستعجال التعاقدى¹ المنصوص عليه بموجب المادة L.551-13 من قانون القضاء الإداري الفرنسي التي تنص على ما يلي:

« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L.551-1 et L.551-5, d'un recours régi par la présente section »².

حيث أن هذا الأخير لا يكون متاحا في حالة الامتثال لفترة التعليق التلقائي، المرتبطة بإخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد أو الامتثال للأمر القضائي³، وهذا ما جاء في المادة L.551-14 من نفس القانون التي نصت على ما يلي:

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L.551-1 ou à l'article L.551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L.551-4 ou à l'article L.551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours »⁴.

فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2011 ما يلي:

¹ - Emmanuel CAMUS, op.cit.

² - Article L.551-13 du Code de justic administrative, précité.

³ - Cyrille BARDON, Yann SIMONNET, Le référé contractuel – Premières précisions jurisprudentielles, http://www.bf2a-avocats.fr/doc/2010_11_rda1.pdf.2018/01/14 تاريخ الاطلاع:

⁴ - Article L.551-14 du Code de justic administrative, précité.

« Considérant qu'en vertu de l'article L.551-14 du code de justice administrative, le recours contractuel demeure ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension prévue à l'article L.551-4 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours »¹.

وأكد ذلك في قرار حديث له صادر بتاريخ 24 ماي 2017، حيث جاء فيه ما يلي:

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent que s'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L.551-4 ou L.551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé »².

ولكن هل يمكن لقاضي الاستعجال التعاقدى أن يتدخل في كل الحالات بعد توقيع العقد؟
لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسي في نفس القرار المذكور أعلاه، أنه لا يمكن للمدعي الذي رفع دعوى استعجال قبل التعاقد ضد عقد موقع أثناء فترة التعليق المنصوص عليها في المادة L.551-4 من قانون القضاء الإداري، أن يرفع دعوى استعجال تعاقدى

¹- CE, 30/09/2011, n° 350148, Commune de Maizieres-les-Metz, Rec, p.465.

²- CE, 24/05/2017, n° 407047, a ville de Paris, Rec.

بسبب جهل السلطة المتعاقدة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، نظرا لعدم امتثال المدعي رافع الدعوى بإبلاغ السلطة المتعاقدة بهذا الطعن¹، وقد جاء في القرار ما يلي:

« qu'il en va toutefois différemment lorsque le recours contractuel présenté par un demandeur qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel, est dirigé contre un marché signé durant la suspension prévue à l'article L.551-4 alors que le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance du référé précontractuel en raison de la méconnaissance, par le demandeur, de ses obligations de notification prévues à l'article R.551-1 »².

2) من حيث طبيعة الاختيار.

تحرك دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة الخرق أو الانتهاك الواضح للالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة، حيث يمكن إثبات العلاقة بين الخرق والمصلحة المتضررة، واختيار هذا الاستعجال يوصف بأنه الاختيار الأكثر نفعاً وهذا لسببين:

الأول: وهو الأكثر أهمية حيث أن الاستعجال قبل التعاقد له ميزة كبيرة مستمدة مباشرة من طبيعته، أي أنه يتدخل قبل توقيع العقد. وهذا السبب غالباً ما يكون صحيحاً لأنه يعطي فرصة أخرى لكسب الصفقة، فمن المرجح أن يتم الإعلان عن الصفقة على أساس جديد، من خلاله يتم إعادة المرشح المستبعد إلى المنافسة، وعلى إثر ذلك يمكن أن يكون هو الفائز بالصفقة³.

¹ - Alain MENEMIS, op.cit, p.4.

² - CE, 30/09/2011, n° 350148, Commune de Maizieres-les-Metz, Rec, p.465.

³ - Florian LINDITCH, Référé contractuel: l'absence d'avis d'intention de conclure ne saurait entraîner l'annulation du marché; La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°10, 7 Mars 2011, http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-administrations-collectivites-territoriales/10-2011/095_PS_SJA_SJA1110CM02095.htm#.Wlt_bE1y6P8. تاريخ الاطلاع 2018/01/14

الثاني: مرتبط بصلاحيات قاضي الاستعجال قبل التعاقد، فإذا كانت سلطات هذا الأخير ذات فعالية، وذلك بمجرد إخطاره بشكل صحيح، فإن هذا الأمر لا ينطبق على قاضي الاستعجال التعاقدي، على الرغم من أنه في الاستعجال قبل التعاقدي والاستعجال التعاقدي يكون للقاضي سلطة إصدار أمر قضائي فضلا عن سلطة التعليق¹. وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2006، وقد نص فيه على ما يلي:

« Considérant que le juge des référés précontractuels s'est vu conférer par les dispositions précitées de l'article L.551-1 du code de justice administrative le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, d'annuler ces décisions et de supprimer des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat que, dès lors qu'il est régulièrement saisi, il dispose sans toutefois pouvoir faire obstacle à la faculté, pour l'auteur du manquement, de renoncer à passer le contrat de l'intégralité des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés pour mettre fin s'il en constate l'existence, aux manquements de l'administration à ses obligations de publicité et de mise en concurrence qu'ainsi, eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation du contrat litigieux, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, et sans qu'y fasse obstacle la circonstance que la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise se borne à demander la suspension de la procédure de prononcer l'annulation de cette dernière »².

¹- Alain MENEMIS, op.cit, p.5.

²-CE, 20 octobre 2006, n° 289234, Commune d'Andeville, Rec, p.434.

وتفضل دعوى الاستعجال التعاقدية، عندما يرغب المدعي إثارة الإخلال بالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة أثناء إجراء التوقيع، وكما هو الحال بالنسبة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإن لدعوى الاستعجال التعاقدية ميزتان هامتان:

الأولى: ميزه عملية فلا يمكن تحريك دعوى الاستعجال التعاقدية إلا بعد توقيع العقد، مما يترك للمدعي قدرا من الوقت من أجل تحضير الدعوى. فدعوى الاستعجال قبل التعاقد بسبب مواعيدها الصارمة، لا تترك وقتا كافيا للمدعي من أجل الحصول على المعلومات التي تمكنه من إثبات وجود خرق قد يسبب له ضرر، ويزود القاضي بذلك. ومن باب أولى تكون هذه المعلومات سارية بمجرد التوقيع على العقد. كما أن القاضي هو الآخر يكون في وضع أفضل لكي يطلب من المدعي الكشف عن الإخلال، أكثر ما هو عليه الحال في سياق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

الثانية: وهي متعلقة بسلطات العقاب الممنوحة لقاضي الاستعجال التعاقدية، والتي تعتبر سببا قويا بالنسبة للمدعي في اختيار هذا الطعن، لرغبته في كسب الصفقة والحصول على التعويض، وإصلاح الضرر الناجم عن استبعاده بطريقة غير مشروعة¹.

وفي الأخير، فإن اختيار الاستعجال يجب أن يكون مؤسسا على معايير موضوعية، بحيث إذا رغب المدعي بكل بساطة استرجاع العقد، عليه أن يعطي الأولوية لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، ولكن إذا أراد الحصول على التعويض وأخذ الوقت اللازم لتحضير ملف الدعوى على أساس متين، فعليه أن يختار دعوى الاستعجال التعاقدية².

¹ - Alain MENEMIS, op.cit, p.5.

² - I bid, p.6.

ثانياً: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

ولتوضيح هذه العلاقة وجب تحديد القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في مجال الصفقات العمومية، ثم بيان الأشخاص المؤهلون لممارسة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

1) تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

تعرف القرارات الإدارية المنفصلة بأنها: "قرارات تكون جزء من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري، ولكن القضاء الإداري يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، فيقبل الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً عن ذات العقد، وهذه القرارات وإن كانت تدخل ضمن العملية العقدية ككل، إلا أن لها من الاستقلال ما يسمح بفصلها عن تلك العملية"¹.

كما تعرف أيضاً على أنها: "عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة في إطار عملية مركبة، مع إمكان فصل هذه التصرفات، لتمثل على حدى قرارات قائمة بذاتها، وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها، أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية"².

¹ - جورج شفيق ساري، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص.85.

² - محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص.66.

وتعرف القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بأنها: "تلك القرارات التي تقوم الإدارة بإصدارها وهي في سبيلها للتعاقد تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه، وهذه القرارات ليست بغاية في ذاتها، ولكنها تندمج في عملية التعاقد"¹.

إن القرارات الإدارية المنفصلة في مجال منازعات الصفقات العمومية، تظهر بوضوح في مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها، ذلك أن القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة، لها أهمية كبيرة في تكوين الصفقة العمومية وإبرامها، فهي لا تعد جزء من بنود الصفقة ولا من شروطها. وتتمثل إجراءات مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها في تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، وإعداد دفتر الشروط، وطرق إبرام الصفقة العمومية وإجراءاتها، وإقصاء المشاركين، وتأهيل المرشحين، تليها إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، ثم تحرير الصفقة وإمضائها والمصادقة عليها من الهيئة الوصية حتى تدخل مرحلة التنفيذ. ويتم تجسيد هذه الأعمال والتصرفات من طرف المصلحة المتعاقدة في شكل قرارات إدارية ممثلة في: قرار الإعلان عن الصفقة العمومية، وقرار المنح المؤقت للصفقة العمومية، وقرار استبعاد أي عطاء، وقرار الحرمان من دخول المنافسة، وكذا القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية وقرار إلغاء الصفقة قبل إبرامها². فكل هذه القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في أي إجراء من تلك الإجراءات، هي من قبيل القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية للصفقة العمومية. ويندرج الطعن فيها ضمن دائرة قضاء الإلغاء، ولا تدخل ضمن ولاية القضاء الكامل لعدم ارتباطها بنصوص الصفقة العمومية

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 208.

² - عز الدين كلوني، المرجع السابق، ص. 111.

وشروطها، كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ الصفقة ولا تتعلق ببندوها ولا الحقوق المترتبة عنها¹.

وفي هذا المقام تتشابه دعوى الاستعجال قبل التعاقد، مع دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، في أن الحالات التي تستدعي ممارستها تكون سابقة على إبرام الصفقة العمومية، والمتمثلة في الإخلال بمبدأ العلانية والوضع في المنافسة، فأى قرار يخل بمبدأ العلانية كعدم الإعلان أصلاً، أو أن الإعلان منقوص من البيانات الإلزامية الأساسية التي فرضها المشرع الفرنسي في الأمر المتعلق بالصفقات العمومية، والمشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مثلاً، وأي إخلال بمبدأ المنافسة، كقرار الإقصاء من الصفقة بدون وجه حق، أو قرار الحرمان من الدخول إلى المنافسة، يستوجب رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد، إلا أن هذه الدعوى الأخيرة تظل أكثر فعالية من الدعوى السابقة، كونها توصف بالاستعجالية، وسلطات القاضي الإداري فيها واسعة وواضحة، على عكس دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة فالقاضي يقوم فيها بإلغاء القرار الإداري فقط إذا اتضح له عدم مشروعيته.

2) الأشخاص المؤهلون قانوناً لممارسة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.

وتمارس دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية من قبل الغير والمتعامل المتعاقد، وإبراز ذلك على النحو المبين أدناه.

أ- **الغير:** ويقصد بالغير في هذا الخصوص غير المتعامل المتعاقد، وهو الشخص الخارج عن عقد الصفقة العمومية. وهنا تتشابه هذه الدعوى مع دعوى الاستعجال قبل التعاقد. فهذا

¹ - أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.19.

الغير إذا تضرر من قرار إداري أصدرته المصلحة المتعاقدة، واستوفت فيه الشروط القانونية كشرط المصلحة، فليس أمامه إلا طريق دعوى الإلغاء، للطعن في القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، سواء ما تعلق منها بمرحلة الإعداد أو مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ. ولا يمكنه أن يسلك طريق دعوى القضاء الكامل، لأنه ليس طرفاً في عقد الصفقة العمومية، ولا يتمتع بأي حق من الحقوق الشخصية المترتبة عن العملية التعاقدية¹. وهنا يكمن الاختلاف حيث أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تنتمي إلى القضاء الكامل، كما أن أطرافها لا تقتصر على الغير الخارج على الصفقة فحسب، بل هناك أطراف حددها القانون ومنحها الصفة في رفع الدعوى بقوة القانون، والمتمثلة في الوزير الوصي ومحافظ الدولة بالنسبة للقانون الفرنسي، وممثل الدولة على مستوى الولاية بالنسبة للقانون الجزائري. كما أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا تتعدى إلى مرحلة التنفيذ لأن ميعادها محدد بتوقيع العقد.

ب) المتعامل المتعاقد: إن إطلاق تسمية المتعامل المتعاقد على أي شخص وتمتعه بهذه الصفة، لا تكون إلا إذا كانت العملية التعاقدية للصفقة العمومية قد تمت، أي أن مرحلة الإعداد والإبرام قد تم الانتهاء منها، ودخلت الصفقة مرحلة التنفيذ، ذلك أن المتعامل المتعاقد قبل إبرام الصفقة والتصديق عليها يعتبر مرشحاً فقط.

فإذا ما تبين لهذا المتعامل المتعاقد، بأن بعض القرارات الإدارية التي أسهمت في تكوين الصفقة العمومية وإبرامها كانت غير مشروعة، فهل بإمكانه أن يطعن فيها بدعوى الإلغاء، باعتبارها قرارات إدارية منفصلة أم له أن يسلك سبيل دعوى القضاء الكامل؟²

الحاصل أن التجاء المتعامل المتعاقد إلى دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة، التي ساهمت في تكوين العقد، هي محل نظر. فالتجاء المتعامل المتعاقد إليها لا

¹ - محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص. 187.

² - عز الدين كلوني، المرجع السابق، ص. 113.

يكون بطبيعة الحال إلا بعد إبرام العقد، وحينئذ لا يكون للمتعاقل المتعاقد أي مصلحة في ذلك، وأن القضاء الكامل أنفع وأجدى بالنسبة إليه من قضاء الإلغاء، لأنه إذا لجأ إليها وحصل على حكم بإلغاء القرار الإداري المنفصل، فإنه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى إلى قاضي العقد، لكي يترتب له الأثر الذي تترتب على الحكم بالإلغاء، وفي هذا مضيق للوقت.¹

إلا أن المتعاقل المتعاقد يمكنه أن يسترد حقه في الالتجاء إلى قضاء الإلغاء، إذا ما أصدرت المصلحة المتعاقد قرارات غير مشروعة بصفة أخرى، أي أنها لم تصدرها بصفقتها كمتعاقد، عندها يكون للمتعاقل المتعاقد كباقي المواطنين، أن يطلب إلغاء تلك القرارات إذا ما استوفى شرط المصلحة، وكانت القرارات المطلوب إلغاؤها غير مشروعة، وليست لها علاقة مباشرة بعقد الصفقة العمومية. ومثال ذلك أن تصدر المصلحة المتعاقد قرارات إدارية بناء على سلطتها الضبطية ويكون لها أثرها على عقد الصفقة.²

أما بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإن المرشح الفائز بالصفقة غير مؤهل لتحريك الدعوى، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 23 ديسمبر 2011 على ما يلي:

« Considérant que l'entreprise déclarée attributaire d'un contrat à l'issue de la procédure de passation n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis ce contrat qu'elle n'a pas intérêt à agir à l'encontre de cette procédure de passation du contrat et n'est donc pas habilitée à en demander l'annulation sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative que cette entreprise peut seulement, le cas

¹ - محمد سمير محمد جمعة، المرجع السابق، ص. 189.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 191.

échéant, si la procédure de passation est entachée d'une irrégularité susceptible de conduire à l'annulation du contrat, retirer son offre avant la conclusion du contrat.

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, la société C.G.T.S. ayant été déclarée attributaire des lots nos 19 28, 38, 39, 53, 67, 68, 83 et 85, elle n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis le DEPARTEMENT DE LA GUADELOUPE pour la passation des contrats correspondant à ces lots, que, dès lors, elle n'est pas recevable à demander, sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation de ces contrats que, le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a ainsi commis une erreur de droit en annulant la procédure de passation des contrats relatifs aux lots nos 19, 28, 38, 39, 53, 67, 68, 83 et 85 que le DEPARTEMENT DE LA GUADELOUPE est, par suite, fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a annulé la procédure de passation des 9 lots attribués à la société C.G.T.S. ».¹

فلا يمكن تصور ما هي مصلحة المرشح الذي تم اختياره، في الطعن ضد إجراء يرجع عليه بالفائدة، ومن الصعب تصور الأسباب التي قد تدفعه لذلك، فقد تكون الخشية من إلغاء العقد في مرحلة متقدمة من تنفيذه وعدم الحصول على تعويض، خاصة إذا كان الإلغاء نتيجة لعدم المشروعية أو الرغبة في ربح أكبر، كأن تكون المصلحة المتعاقدة قامت بالتخصيص. لكن المرشح الطاعن لم يحصل إلا على عدد معين فقط من الحصص، فيطعن

¹-CE, 23 décembre 2011, n°350231, Département de La Guadeloupe, Rec, p.1021.

في الإجراء للحصول على المزيد¹. فالمتحصل على العقد أو الصفقة، أصبح يخضع لنظام خاص يجرمه من تحريك قاضي الاستعجال قبل التعاقد، والذي كان ينظر إليه على أنه طعن موضوعي، فأصبح طعنا شخصيا لا يمكن استعماله إلا من طرف مرشح متضرر بسبب المخالفات المتعلقة بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة. إلا أن هذا المسلك يعتبر تشددا من طرف القاضي الإداري الذي حصر الفائز بالصفقة في زاوية ضيقة، وحرمه من تحريك القاضي الاستعجالي قبل التعاقد كونه المتحصل على الصفقة.²

وكان مجلس الدولة الفرنسي قد أجاز في وقت سابق للمرشح الذي رست عليه الصفقة، في تحريك قاضي الاستعجال قبل التعاقد إذا تبين له فيما بعد أن المصلحة المتعاقدة قد أخلت بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة، حتى وإن كان له مصلحة في إبرام العقد³، وذلك في قرار له صادر بتاريخ 19 سبتمبر 2007، حيث نص فيه على ما يلي:

« Une entreprise a toujours intérêt à conclure un marché elon une procédure régulière. Par suite, alors même qu'elle se trouve être le seul attributaire possible du marché litigieux à l'issue de la procédure de passation négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence engagée avec elle, elle demeure susceptible d'être lésée par une violation des règles de publicité et de mise en concurrence applicables et est, par suite, au nombre des

¹-François BRENET, Irrecevabilité du référé précontractuel de l'attributaire du contrat, Droit Administratif, Revue mensuelle, Lexisnexus, Jurisclasseur, n° 3, Mars 2012, p.38.

²-Catherine PREBISSY-SHNALL, La pénalisation du droit des marchés publics, Thèse de doctorat Université Paris-X Nanterre, 2001, publiée, Edition LGDJ, 2002, p.423.

³- Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.110.

personnes ayant qualité pour saisir le juge des référés précontractuels en application de l'article L.551-1 du code de justice administrative ».¹

فمجلس الدولة اعتبر أن المرشح دائما لديه مصلحة في إبرام العقد وفقا للإجراءات القانونية. وبناء على ذلك، وعلى الرغم من أنه قد يكون المنافس الوحيد المحتمل للفوز بالصفقة المثيرة للجدل في نهاية الإجراء المتفاوض عليه ودون عرضه للإعلان المسبق والوضع في المنافسة للتنافس معه، فإنه قد يكون عرضة للضرر بسبب انتهاك قواعد الإعلان والوضع في المنافسة، ومن ثم يكون من بين الأشخاص الذين يحق لهم تحريك قاضي الاستعجال قبل التعاقد، عملا بالمادة L.551-1 من قانون القضاء الإداري.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.

هناك عقود تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد (الفرع الأول)، وعقود تدخل ضمن نطاقها (الفرع الثاني)، وسيتم إبراز ذلك على الشكل التالي.

الفرع الأول: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وسيتم التعرض إلى عقود تخرج بنص القانون (أولا)، وعقود أخرجها القضاء الإداري من نطاق هذه الدعوى (ثانيا).

أولا: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بنص القانون.

إلى غاية صدور تقنين القضاء الإداري في 2009/5/7، كان مجال دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد محددًا بقائمة من العقود، ثم ما لبثت أن ازدادت بشكل تدريجي. فالتطبيق الأولي لقانون 1992/01/04 قد أثار إمكانية تطبيق دعوى

¹-CE,19/09/2007,n° 296192,Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole, Rec, p.952.

الاستعجال قبل التعاقد على إبرام عقود التوريد والأشغال فقط، في حالة ما إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الأصل الأوروبي. فقد ثار التساؤل من قبل في فرنسا عن إمكانية إثارة دعوى الاستعجال قبل التعاقد في نطاق الصفقات العمومية قليلة القيمة، على أساس أن هذه الدعوى الجديدة لا يمكن أن تتدخل إلا في مرحلة ما قبل إبرام العقد، في حين أن العقود قليلة القيمة يتم إبرامها بسرعة أكبر بكثير من العقود باهضة القيمة، وهذا ما يجعل الفترة الزمنية التي تستغرقها إبرام العقود قليلة القيمة غير متناسب أبداً مع المدد التي تستلزمها هذه الدعوى الجديدة.¹ وفي هذا الصدد فقد عبر مفوض الحكومة M. Chautepy عن ذلك بقوله:

« Ce référé a en réalité été conçu pour corriger les opérations lourdes, celles qui portent sur des contrats importants, dont la conclusion peut difficilement donner lieu à un procédure expéditive. »²

وهذا يعني أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد، لا يمكن اللجوء إليها إلا في نطاق العقود الهامة التي يأخذ إبرامها الكثير من الوقت، مما يسمح بإمكانية إثارة هذه الدعوى ومراعاة مددها من ناحية، والمصاريف المترتبة عنها من ناحية أخرى.

ولكن بصدر القانون 1993/01/29 المعدل للقانون السابق، وفي المادة 50 منه

التي نصت على ما يلي:

« I. - Les cinq premiers alinéas de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel sont remplacés par un alinéa ainsi rédigé :

¹-Daniel CHABANOL, Jean Pierre JOUGUELET, François BOURRACHOT, Le régime juridique des marchés publics, Edition le moniteur, Paris, 2005, p.94.

²- تقرير المفوض، في قضية Chamber de commerce et l' industrie de Tarbes et Hautres Pyéens بتاريخ 1995/10/03، والمنشورة في المجلة الفرنسية القانون الإداري R.F.D.A، سنة 1995.

« Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. »

II. - Le sixième alinéa de l'article L.22 du même code est ainsi rédigé :

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. »

III. - A l'avant-dernier alinéa du même article L.22, les mots : « mentionnées ci-dessus a été commise » sont remplacés par les mots : « de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire, a été commise »¹.

فقد جعل إمكانية تطبيق هذه الدعوى شاملا لمخالفات العلانية والمنافسة المرتكبة عند إبرام كل عقود الصفقات العمومية، وبغض النظر عن قيمة العقد².

ثم اتسع كذلك ليشمل عقود المشاركة، بموجب الأمر 559/04 بتاريخ 2004/6/17³، وعقود الأشخاص غير الخاضعين لتقنين العقود العامة وعقود امتياز الأشغال، بموجب الأمر 649/05 تاريخ 2005/6/6⁴، ومن ثم صدر تقنين القضاء الإداري في 2009/5/7، الذي ألغى هذه القائمة من العقود، وكرس محلها تحديدا ماديا

¹-Article 50 de Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (I).

²- Daniel CHABANOL, Jean Pierre JOUGUELET, François BOURRACHOT, op.cit, p.95.

³-Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004.

⁴-Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF n°131 du 7 juin 2005.

عاما للعقود ذات العلاقة، حيث أعيد تحديد نطاق تطبيق القضاء المستعجل قبل التعاقد بموجب التقنين المذكور¹.

يضاف إلى ذلك، أن المشرع الفرنسي قد استثنى بعض العقود واستبعدها من نطاق الأحكام المتعلقة بالصفقات العمومية، سيما تلك المتعلقة بإجراءات الإبرام، وهذه العقود وردت في المادة 14 من الأمر رقم 899-15 المتعلق بالصفقات العمومية، وهي الاستثناءات المطبقة على العقود التي تمنحها السلطات المتعاقدة²، والتي نصت على ما يلي:

« la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes:

1° Les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente ordonnance lorsque cet acheteur bénéficie, d'un droit exclusif.

2° Les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, de terrain, de bâtiments existants.

3° Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement.

4° Les marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.

5° Les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par un accord international.

6° Les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro.

7° Les marchés publics de services financiers liés à l'émission.

8° Les marchés publics de services qui sont des contrats d'emprunt.

¹- Daniel CHABANOL, Jean Pierre JOUGUELET, François BOURRACHOT, op.cit, p.95.

²- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.92.

9° Lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif :

- a) Les marchés publics de services d'incendie et de secours.
- b) Les marchés publics de services de protection civile.
- c) Les marchés publics de services de sécurité nucléaire.
- d) Les marchés publics de services ambulanciers à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients.

10° Les marchés publics de services juridiques suivants :

- a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires.
- b) Les services fournis par des administrateurs tuteurs ou prestataires de services désignés.
- c) Les services qui sont liés, même occasionnellement à l'exercice de la puissance publique.

11° Les marchés publics qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

12° Les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- a) Un accord international, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires.
- b) Une organisation internationale.

13° Les marchés publics qui sont conclus :

- a) Selon la procédure propre à une organisation internationale...
- b) Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur...

14° Les marchés publics de services qui :

a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes.

b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion.

15° Les marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques

16° Les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux:

a) Aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique

b) Aux services bancaires et d'investissement et les services d'assurance.

c) Aux services de philatélie.

d) Aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales

17° Les marchés publics passés ou organisés par un pouvoir adjudicateur d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz.

18° Les marchés publics passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux qui sont exclus de la présente ordonnance en application »¹.

بالإضافة إلى الإستثناءات المطبقة على العقود التي تمنحها الكيانات المتعاقدة والواردة في المادة 15 من ذات الأمر²، والتي تنص على ما يلي:

¹- Article 14 d'ordonnance n°2015-899. relative aux marchés publics, précité.

²- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.95.

« Sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les marchés publics mentionnés aux 1° à 13° de l'article 14.

2° Les marchés publics passés pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités relatives à l'eau potable mentionnées au 3° du I de l'article 12.

3° Les marchés publics passés pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux 1°, 2° et 4° du I de l'article 12.

4° Les marchés publics passés pour la revente ou la location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés publics et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice. Toutefois, cette exclusion ne s'applique pas lorsque ces marchés publics sont passés par les centrales d'achat.

Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, à sa demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme exclus en vertu du présent 4°.

5° Les marchés publics de services qui sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion. La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

6° Les marchés publics passés par les entités adjudicatrices dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité »¹.

كما أن المشرع الجزائري قد أخرج بعض العقود من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فهي لا تخضع في إبرامها لهذا المرسوم²، وبالتبعية تم استبعادها من نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وهي العقود المذكورة في المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تنص على أنه: "لا تخضع لإحكام هذا الباب، العقود الآتية:

- المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها.
- المبرمة مع المؤسسات العمومية المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 06 أعلاه عندما تزاول هذه المؤسسات نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة.
- المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع.
- المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات.
- المبرمة مع بنك الجزائر.
- المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية، أو بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوبا.
- المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم.

¹ - Article 15 d'ordonnance n°2015-899. relative aux marchés publics, précité.

² - للمزيد من المعلومات حول هذه المسألة أنظر عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الاول، المرجع السابق، ص.158.

- المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل.
- المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لإحكام هذا الباب وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة¹.

ثانياً: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بقرار قضائي

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن منح امتياز الأراضي الذي يشكل عقداً للاستغلال المؤقت لأموال الدولة، لا يخضع لالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة. ونتيجة لذلك فإنه لا يقع ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد²، وهذا في قراره الصادر بتاريخ 12 مارس 1999، الذي نص فيه على ما يلي:

« Considérant que la procédure instituée par les dispositions précitées de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'est applicable qu'à la passation des marchés publics et des délégations de service public, que la convention par laquelle la VILLE DE PARIS a décidé de confier l'exploitation du café-restaurant "l'Orée du Bois" a le caractère d'une concession domaniale que, dès lors, la procédure prévue à l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'était pas applicable, alors même que la VILLE DE PARIS avait organisé une consultation préalable à la sélection de l'exploitant retenu que, dès lors, la société Stella Maillot-Orée du Bois n'est pas fondée à contester la procédure d'attribution de la concession d'exploitation du café restaurant "l'Orée du Bois" par la voie du recours prévu audit article L.22 »³.

¹ - المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

² - Olivier LE BOT, Le guide de référé administratif, Dalloz, Paris, 2014, p.587.

³ - CE, 12/03/1999, n°186085, La Ville de paris, Rec, p.778.

كما أن منح ملحق تعديل الصفقة العمومية¹، لا يندرج في نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، طالما أن إبرام مثل هذا الاتفاق لا يخضع للالتزامات الإعلان

¹ - لم يعرف المشرع الفرنسي ملحق تعديل الصفقة وإنما نص في المادة 139 من المرسوم رقم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية على الحالات التي يجوز فيها للسلطة المتعاقدة تعديل الصفقة حيث نصت على ما يلي:

« Le marché public peut être modifié dans les cas suivants :

1° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen dont des clauses de variation du prix ou d'options claires précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

2° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel qu'en soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché public initial, à la double condition qu'un changement de titulaire :

a) Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial.

b) Présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.

3° Lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 140, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

4° Lorsqu'un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public, dans l'un des cas suivants :

a) En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément au 1°.

b) Dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché public initial.

5° Lorsque les modifications quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue.

b) Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial.

c) Elle modifie considérablement l'objet du marché public.

d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4°.

6° Lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues au 5° sont remplies ».

كما أنه بين في المادة 140 من نفس المرسوم في فقرتها الثالثة أن لا يكون الغرض من التعديل التحايل على التزامات الإعلان والوضع في المنافسة وقد جاء فيها ما يلي:

والوضع في المنافسة المطبقة عند منح الصفقات العمومية، إلا إذا كان هذا التعديل يشكل في الواقع صفقة جديدة¹. وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 11 جويلية 2008، على أنه:

« Le conseil de Paris a, par une délibération du 19 décembre 2007 autorisé le maire à signer avec la même société un avenant prévoyant l'extension du service parisien de vélos en libre-service mis en place par le marché conclu le 27 février 2007. a) Le juge de cassation exerce un plein contrôle sur la qualification portée par le juge du référé précontractuel sur l'avenant au marché. L'extension envisagée, conçue comme un complément du réseau parisien porte sur l'implantation de stations supplémentaires uniquement sur la partie du territoire d'une trentaine de communes limitrophes ou très voisines de Paris, comprise à l'intérieur d'une couronne de 1500 mètres de largeur. En raison de l'identité de nature entre la prestation prévue par le marché initial et la prestation supplémentaire ainsi proposée aux usagers du système parisien Velib', de la portée limitée de ce complément et dès lors qu'il ne s'agit que d'une extension réduite du service public parisien de vélos en libre service sur une largeur de 1500 mètres autour de la ville, afin d'améliorer un service rendu essentiellement aux usagers qui habitent à Paris ou qui s'y rendent et non de mettre en place un service distinct destiné aux déplacements dans les communes limitrophes, le juge des référés a inexactement qualifié l'avenant en jugeant qu'il avait pour effet de modifier l'objet du marché et qu'il constituait ainsi un nouveau marché. b) L'avenant

« Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence... ».

وقد عرفت المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه ملحق تعديل الصفقة بأنه: "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p.588.

n'ayant pas pour effet de bouleverser l'économie du marché initial, ni d'en changer l'objet, il remplit les conditions posées par l'article 20 du code des marchés publics et ne constitue pas un marché nouveau, distinct du contrat initial. c) Il n'entre pas dans la compétence du juge du référé précontractuel, telle qu'elle est définie par l'article L.551-1 du code de justice administratif, de statuer sur un avenant, dès lors que la conclusion d'un tel accord n'est pas soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des marchés publics »¹.

الفرع الأول: العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد تتمثل في عقود الصفقات العمومية (أولاً)، وعقود تفويض المرفق العام (ثانياً).

أولاً: عقود الصفقات العمومية.

وهي العقود المذكورة في المادة الرابعة من الأمر 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية وتتمثل في عقد التوريد، والأشغال، والخدمات، وهي عقود خاضعة لقواعد الإبرام المنصوص عليها في هذا الأمر².

كما أن المشرع الجزائري نص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، في المادة الثانية منه على أن الصفقات العمومية تكون في مجال الأشغال، اقتناء اللوازم، الدراسات، والخدمات. وكذا المادة 29 منه التي تنص على أن: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- إنجاز الأشغال.

- اقتناء اللوازم.

¹- CE, 11/07/2008, n°312354, La Ville de paris, Rec, p.270.

²-Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.20.

- إنجاز الدراسات.

- تقديم الخدمات...¹.

مع مراعاة الشرط المالي المنصوص عليه في المادة 13 من المرسوم الرئاسي سابق الذكر والذي لا يقل عن إثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج في مادة الأشغال واللوازم، ولا يقل عن ستة ملايين دينار 6.000.000 دج في مادة الدراسات والخدمات².

1) عقد الأشغال العامة.

يعرف عقد الأشغال العامة: "بأنه اتفاق بين الإدارة، وأحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات، للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام، نظير مقابل يتفق عليه في العقد، بقصد تحقيق المصلحة العامة"³.

كما يعرف على أنه:

« des contrats qui ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage »⁴.

ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الأمر رقم 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، على عقد الأشغال العامة وبينت الهدف منه فقد جاء فيها:

« Les marchés publics de travaux ont pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française.

¹ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

² - حسين بن شيخ آت ملويا، رسالة في الاستعجال الإداري، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص.128.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، ص.57.

⁴ - Jérôme MICHON, 100 questions dans les marchés publics, edition moniteur, Paris, 2004, p.26.

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.»¹

كما أن الفقرة 03 من المادة 29 نصت على أن: "صفقة الأشغال العامة تهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشئة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نيتها وظيفة اقتصادية أو تقنية، كما تشمل صفقة الأشغال العامة بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشئة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها والضرورية لاستغلالها".²

فحتى يمكن الحديث عن أشغال عامة يجب أن تتوفر الشروط التالية:

– أن يكون العمل عقاريا: فبالنسبة للعمل كأن يتعلق الأمر بإنجاز طريق عام، أو جسر أو مجموعة سكنات، أو يتعلق الأمر بترميم أسقفها أو جدرانها. ويدخل في مفهوم العمل الأعمال التحضيرية مثل البناء والهدم والتأهيل، وكذلك الأعمال اللاحقة للتنفيذ مثل الترميم والصيانة. ولا شك أن لهذا العقد بالذات من العقود الإدارية وثيق الصلة بفكرة التنمية المحلية أو الوطنية. وبالنسبة للعقار يجب أن يكون العمل منصبا على عقار مهما كانت أهميته.³ سواء كان هذا العقار عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص⁴، والعقار بالتخصيص

¹-Article 5 d'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics, précité.

² المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

³ غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.238.

⁴ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.57.

نصت عليه المادة 683 فقرة 2 من القانون المدني والتي جاء فيها: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".¹

ويرجع اشتراط أن يرد عقد الأشغال العامة على عقار إلى الارتباط الوثيق بين الأشغال العامة والمرفق العام.²

- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام: يجب أن يكون العمل الوارد على عقار بالصور أو الأمثلة المشار إليها في الشطر الأول، لحساب شخص معنوي عام، ويستوي أن يتعلق الأمر بشخص إقليمي، كالدولة أو الولاية أو البلدية، أو شخص مرفقي كالجامعة أو مؤسسة عامة استشفائية. وقد عرف عقد الأشغال العامة توسعا وانتشارا في هذه الألفية.³

وفي سنة 1921 أعطى مجلس الدولة الفرنسي أول مفهوم لعقد الأشغال العامة، في قرار مبدئي له معتبرا أنه بالإضافة إلى معيار العمل العقاري، فإن عقد الأشغال العامة يجب أن يرم لحساب شخص عام بهدف تحقيق المصلحة العامة⁴، حيث جاء في حيثياته:

« En ce qui concerne la compétence du conseil de préfecture: Considérant que la réclamation formée au nom du mineur Brousse contre la commune de Monségur était fondée sur ce que l'accident survenu au requérant dans l'église de ladite commune serait dû à un défaut d'entretien de l'église qu'il n'est pas contesté que l'église appartient à la commune de Monségur que, d'autre part, si, depuis la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat le service du culte ne constitue plus un service public,

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص.238.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.57.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.173.

⁴ - Emmanuelle GILLET, Lorenzi SEYDOU TRAORE, Droit administrative des biens, 1 édition, CNFPT, Paris, 2007, p.180.

l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 porte que les édifices affectés à l'exercice du culte continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion; qu'il suit de là que les travaux exécutés dans une église pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, conservent le caractère de travaux publics et que les actions dirigées contre les communes à raison des dommages provenant du défaut d'entretien des églises rentrent dans la compétence du conseil de préfecture comme se rattachant à l'exécution ou à l'inexécution d'un travail public »¹.

مبدئيا لم تكن تعتبر الأعمال المنجزة لحساب شخص خاص أشغالا عامة، إلا أنه بداية من سنة 1955 طبق عليها وصف الأشغال العامة، لكن بشرط أن تكون متصلة بمرفق عام، وأن تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة²، وهذا النوع من العقود غير موجود في الجزائر بعد.³

- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق مصلحة عامة: مما لا شك فيه أن وصف صفقة عمومية، لا يصدق إلا إذا كان الهدف من وراء موضوع العقد الذي ينصب على عقار، هو تحقيق المصلحة العامة.⁴

وهنا يظهر الفرق بين عقد الأشغال العامة، وعقد المقاولة المنصوص عليه في القانون المدني⁵، في المادة 549 منه¹ حيث أن عقد الأشغال العامة يهدف إلى تحقيق المصلحة

¹ - CE, 10/06/1921, n° 45681, Commune de Monségur, Rec, p.573.

² - Emmanuelle GILLET, Lorenzi SEYDOU TRAORE, op.cit, p.183.

³ - غني أمينة، المرجع السابق، ص.239.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.174.

⁵ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. د. ش، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

العامة، بينما عقد المقاوله يكون الهدف من ورائه تحقيق الربح فقط أي مصلحة خاصة.²

- أن يتوفر العقد على الحد المالي المطلوب: خص المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة بعتبة مالية خاصة، وهي محددة في المادة 13 من المرسوم 247/15، حيث يجب أن تفوق القيمة المالية 12 مليون دج، حتى يصل العقد إلى عقد أشغال عامة.³

- حيازة المؤسسات المشاركة على شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين: فرض المرسوم التنفيذي رقم 11-110 المؤرخ في 06/03/2011، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28/11/1993⁴، بموجب المادة 01 منه على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، كشرط لإبرام صفقات مع الدولة أو الجماعات الإقليمية والإدارات العمومية.⁵

وعرفت المادة الثانية منه كلا من التخصيص والتصنيف.

فالتخصيص يحدد قدرة المؤسسة على القيام بوسائلها الخاصة، البشرية والمادية والتقنية بإنجاز الأشغال حسب نوعها ودرجة تعقدها.

أما التصنيف فيحدد بناء على معدل عدد العمال المشغلين سنويا، ورقم الأعمال

¹ - نصت المادة 549 من القانون المدني، سابق الإشارة إليه على أن: "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

² - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 239.

³ - المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 11-110، المؤرخ في 06 مارس 2011، ج. ر. ج. د. ش، عدد 15، الصادرة بتاريخ 09 مارس 2011، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28/11/1993، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، ج. ر. ج. د. ش، عدد 79، الصادرة بتاريخ 01 ديسمبر 1993.

⁵ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 175.

السنوي المحقق، أهمية المؤسسة النسبية وقدرتها على إنجاز الأشغال ذات الحجم المعين.¹ وقد جاءت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 110/11 المذكور أعلاه لتعرف الشهادة بنصها على أن: "شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين للمؤسسات، وثيقة تنظيمية بأشغال البناء وأشغال عمومية والري وأشغال غابية وتحويل الشهادة المذكورة أعلاه المؤسسة الحائزة لها اختصاص وطنيا في ميدان العمل المعين"، وقد بينت المادة 04 منه المعلومات الواردة في هذه الشهادة، كما حددت المادة 06 مدة صلاحيتها بـ 03 سنوات، وحددت المادة 07 منه المعايير التي يتم من خلالها تصنيف المؤسسة ومجموع المؤسسات مثل رقم الأعمال المحقق في قطاع البناء، الري والغابات كما هو مبين في الحصائل الجبائية ومستخرجات جدول الضرائب للسنوات المحاسبية الثلاث الأخيرة.²

2) عقد اقتناء اللوازم

إن الجهات الإدارية المختلفة وهي تمارس نشاطها وتسعى لتلبية سائر الحاجات العامة وخدمة الجمهور، تحتاج إلى إبرام أنماط أخرى من العقود، كعقد التوريد أو عقد اقتناء اللوازم. ويعود سر الاعتراف للإدارات العامة بإبرام عقد التوريد أن نشاطها قد يفرض توافر منتج معين لديها، وأن تضع عليه اليد بهدف تحقيق المصلحة العامة وخدمة الجمهور، وهذا بصفة دورية ومتواترة ومستمرة ومنتظمة. ويعرف عقد التوريد بأنه: "اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص (المورد)، بقصد تمويلها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه بقصد تحقيق مصلحة عامة".³

كما يعرف عقد التوريد بأنه: "اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة، وأحد الأفراد أو الشركات، بموجبه يلتزم الفرد أو الشركة، بتوريد منقولات لازمة لمرفق عام مقابل

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 241.

² - غني أمينة، نفس المرجع، ص. 242.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 178.

ثمن " 1.

ويمكن تعريفه على أنه:

« Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits au matériels »².

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الأمر 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي على عقد اقتناء اللوازم وبينت الهدف منه حيث نصت على ما يلي:

« II. - Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.

Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.»³

وحسب فقرة 06 من المادة 29 من المرسوم 247/15 تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء إيجار، أو بيع بالإيجار بخيار أو دون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها، ووجهت تلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، وإذا أرفق الإيجار بتقديم خدمة، فإن الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات.⁴

ويختلف عقد اقتناء اللوازم عن عقد إنجاز الأشغال العامة، في أن الأول ينصب دائما على المنقولات، أما الثاني فإنه ينصب دائما على العقارات. كما أن المتعاقد مع الإدارة في عقد اقتناء اللوازم يلتزم بصفة دورية خلال مدة متفق عليها، بتوفير منتج أو مادة

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.92.

² - Jean François BRISSON, Les fondements juridiques du droit des marchés publics, Groupe imprimerie nationale édition techniques, Paris, 2004, p.345.

³ - Article 5 d'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics, précité.

⁴ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

معينة للإدارة، الشيء الذي لا يوجد في عقد الأشغال.

ويجب أن يهدف عقد التوريد إلى تحقيق المصلحة العامة، ومثال ذلك العقد المبرم بين المتعاملين العموميين والشركة الجزائرية للكهرباء والغاز سونلغاز، من أجل تمويلها وربطها بالغاز والكهرباء¹، فهذا العقد حسب ما جاء في المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء، هو عقد يستجيب أساسا لمقتضيات الفعالية في تكفل الدولة بالحاجيات الاجتماعية للسكان، عن طريق وضع الطاقة الكهربائية والغازية في متناول الجميع في آجال قصيرة.²

3) عقد تقديم الخدمات

إن الإدارة وإن كانت تقدم خدمات كثيرة للجمهور، سواء كانت الإدارة مركزية أو لامركزية (إقليمية أو مرفقية)، فهي الأخرى تحتاج قطعا أن تخدم في جانب معين من أوجه النشاط، وعلى هذا الأساس تأتي أهمية عقد الخدمات، كونه الإطار القانوني والتعاقدية الذي يمكن جهة الإدارة من الاستفادة من خدمة معينة، يقدمها الغير بمقابل تلزم بدفعه. ونظرا لأهميته فقد جاء ذكره في كل تنظيمات الصفقات العمومية في الجزائر، بدء بالأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967³ وانتهاء بالمرسوم الرئاسي 247/15⁴.

هذا ويمكن تعريف عقد الخدمات على أنه: "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر طبيعي أو معنوي، بقصد توفير خدمة معينة للإدارة المتعاقدة، تتعلق بتسيير المرفق

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 243.

² - القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء، ج. ر. ج. د. ش، عدد 65، الصادرة بتاريخ 21 سبتمبر 2005.

³ - الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى، ج. ر. ج. د. ش، عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 187.

العام، نظير مقابل مالي".¹

كما أن الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الأمر رقم 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي، نصت على صفقة الخدمات وبينت الهدف منها فنصت على ما يلي:

« III. - Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services. ».²

ونفس الشيء بالنسبة للفقرة الأخيرة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 فقد بينت أن الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات تهدف إلى تقديم خدمات.³

4) عقد إنجاز الدراسات

إن هذا العقد بالذات وخلافا للعقود الإدارية الثلاثة السابقة كان المشرع بشأنه مضطربا، فأحيانا يتناوله بالإشارة والتقنين، وأحيانا أخرى يغفل عن الإشارة إليه، ثم يعود ويتناوله بالذكر والنص في المرسوم الجديد، وعلى ذلك يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري عقدا إداريا، بحسب النص وتلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد، بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، إما من حيث طرق الإبرام وإجراءاته، أو من حيث الرقابة. ويمكن تعريف عقد الدراسات بأنه: "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر، يلزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد، لقاء مبلغ مالي تلزم بدفعه، تحقيقا للمصلحة العامة، كأن يتعلق الأمر بعقد يجمع بين مديرية السكن ومكتب دراسات

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 244.

² - Article 5 d'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics, précité.

³ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

هندسية بغرض إنجاز تصاميم هندسية لمجموعات سكنية، وعقد الدراسات خلافا للعقود الأخرى، ينصب على جانب تقني وفني ذو طابع علمي، بمقتضاه يتم توظيف مساحات وأرقام وتصاميم هندسية وبحوث وإحصاءات وتحليل في مخبر، ووضعها تحت تصرف الإدارة المعنية.¹ وقد بينت الفقرة 10 من المادة 29 الهدف من صفقة الدراسات فهي تهدف إلى إنجاز خدمات فكرية.²

كما يمكن إبرام صفقة الدراسات عند إبرام صفقة الأشغال، وهو ما أشارت إليه المادة 29 فقرة 11 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت على أن: "تشمل الصفقة العمومية للدراسات عند إبرام صفقة الأشغال، لاسيما مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية، والإشراف على إنجاز الأشغال، ومساعدة صاحب المشروع"،³ فتظهر صفقة الدراسات هنا كعقد تكميلي لعقد الأشغال العامة، وبإمكانها أن تكون سابقة على عقد الدراسات فتكون بذلك عقدا تحضيريا له.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن القرار المؤرخ في 23 سبتمبر 2008 المتضمن الموافقة على قائمة النشاطات المتعلقة بالدراسات والهندسة في قطاع الأشغال العمومية الخاضعة للاعتماد⁵، قد وضع قائمة بهذه النشاطات ومنها على سبيل المثال:

- دراسات المخطط التوجيهي لمنشآت الطرق والطرق السريعة.
- دراسات إشارات الطرق.
- دراسات المعابر التحتية للراجلين.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 181.

² - المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

³ - المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

⁴ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 245.

⁵ - قرار وزاري مؤرخ في 23 سبتمبر 2008 المتضمن الموافقة على قائمة النشاطات المتعلقة بالدراسات والهندسة في قطاع الأشغال العمومية

الخاضعة للاعتماد، ج. ر. ج. د. ش، عدد 71، الصادرة بتاريخ 17 ديسمبر 2008.

- دراسات الأنفاق.

- دراسات المنشآت المائية.¹

ثانيا: تفويض مرفق عام.

إن تفويض المرفق العام هو من بين العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بصريح النصوص القانونية سواء في فرنسا أو في الجزائر، الأمر الذي يستلزم الإحاطة بتعريف تفويض المرفق العام، وبيان أشكاله ثم التفصيل في إجراءات التفويض.

1) تعريف تفويض المرفق العام.

لقد أدخل القانون الفرنسي 1993/01/29 سالف الذكر، عقود تفويض مرفق عام ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، حيث أنه يمكن اللجوء إلى هذه الدعوى إذا كان الأمر يتعلق بعقد إداري منصب على امتياز تفويض مرفق عام.²

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر بتاريخ 12 مارس 1999 حيث جاء فيه ما يلي:

« Considérant que, si l'activité du restaurant "l'Orée du Bois" contribue à l'accueil de touristes dans la capitale et concourt ainsi au rayonnement et au développement de son attrait touristique, cette seule circonstance, compte tenu des modalités d'exploitation de l'établissement et de son intérêt propre, ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public que, dans ces conditions, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en estimant que la convention confiant son exploitation à une entreprise constituait une délégation de service public

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص.245.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p.586.

que la VILLE DE PARIS est, dès lors, fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée.

Considérant que la procédure instituée par les dispositions précitées de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'est applicable qu'à la passation des marchés publics et des délégations de service public que la convention par laquelle la VILLE DE PARIS a décidé de confier l'exploitation du café-restaurant "l'Orée du Bois" a le caractère d'une concession domaniale que, dès lors, la procédure prévue à l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'était pas applicable, alors même que la VILLE DE PARIS avait organisé une consultation préalable à la sélection de l'exploitant retenu que, dès lors, la société Stella Maillot-Orée du Bois n'est pas fondée à contester la procédure d'attribution de la concession d'exploitation du café restaurant "l'Orée du Bois" par la voie du recours prévu audit article L.22 »¹.

ومؤدى ذلك أنه لا يكفي وجود عقد امتياز للقول بإمكانية اللجوء إلى دعوى الاستعجال قبل التعاقد، بل يجب أن يشكل هذا الامتياز تفويض مرفق عام، ومن ثم لا يعتبر عقد استغلال أحد المطاعم المملوكة لإحدى البلديات تفويض مرفق عام، يمكن اللجوء من خلاله إلى تطبيق إجراءات هذه الدعوى، على الرغم من مساهمته في تطوير الحركة السياحية في نطاق البلدية المذكورة.²

وقد استخدم المشرع الفرنسي مصطلح اتفاقيات تفويض المرفق العام في أواخر القرن العشرين، فقد تداوله لأول مرة بموجب القانون المتعلق بالإدارة اللامركزية رقم 92-125

¹- CE, 12/03/1999, n° 186085, Ville de Paris /c/ sté Stella Maillot-Orée du Bois, Rec, p.439.

²- Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.96.

الصادر بتاريخ 06 فيفري 1992¹، وهو مصطلح يضم كل أساليب إدارة المرافق العامة على أساس تعاقدية، هذه الاتفاقيات لم تخضع بداية للإجراءات التي تخضع لها العقود الخاضعة لتقنين الصفقات العمومية، حتى صدور قانون loi sapin بتاريخ 29 جانفي 1993 والمتعلق بالوقاية من الفساد واحترام الشفافية في الحياة الاقتصادية². وقد وسع هذا القانون من نطاق تطبيق فكرة تفويض المرفق العام، لتشمل العقود التي تبرمها الأشخاص العامة جميعها، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العمومية، ولذلك عد هذا القانون الإطار القانوني لعقود تفويض المرفق العام، لاحتوائه على القواعد التي تنظم آلية تنفيذ المرفق العام. وقد تضمن لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام، ولا يجوز للإدارة تجاوزها، وإلا أصبح تصرفها مشوباً بالبطلان.³

وقد تكرست خطوات الإصلاح بصدور قانون (Loi Murcef) رقم 1168/01 الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2011 والمتعلق بالتدابير العاجلة للإصلاحات الاقتصادية والمالية⁴، والذي تضمن تنظيمًا للصفقات العامة، والتفويض في إدارة واستغلال المرافق العامة، وشكل هذا القانون أهمية خاصة، إذ وضع لأول مرة تعريفًا موحدًا لتفويض المرفق العام بأنواعه المختلفة⁵، وذلك في المادة الثالثة منه حيث نصت على ما يلي:

« Avant le premier alinéa de l'article 38 de la loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et de l'article L.1411-1 du code

¹-Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF n°33 du 8 février 1992.

²- Yves GAUDEMET, Principaux contrats administratifs, 6 édition, LGDJ Manuels, Paris, 2015, p.501.

³-Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, 2 édition, L.G.D.J, Paris, 1999, p.169.

⁴- Loi no 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n°288 du 12 décembre 2001.

⁵- Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, Droit administrative, 6 édition, Dalloz, Paris, 2005, p.244.

général des collectivités territoriales, il est inséré un alinéa ainsi rédigé: « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service»...¹.

ويعرف تفويض المرفق العام على أنه: "عقد بموجبه يتم نقل اختصاص سلطة ومسؤولية الدولة أو أي شخص عام للقطاع الخاص، لإدارة واستغلال مرفق عام لفترة محددة ولتحقيق مصلحة عامة، وعليه تصنف عقود تفويض المرفق العام من العقود الإدارية، لوجود شخص عام وهو مانح التفويض لتنفيذ مرفق عام".²

ولقد أخضع المشرع الجزائري عقود تفويض المرفق العام للمبادئ التي تخضع لها عقود الصفقات العمومية المذكورة أعلاه، ذلك أنه أدرجها - عقود تفويض المرفق العام - ضمن تنظيم الصفقات العمومية، والأكثر من ذلك فإن المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15، جاء تحت مسمى: "تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، وما يؤكد ذلك نص المادة 209 فقرة 01 منه على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم".³

وقد نصت المادة 207 فقرة 01 من ذات المرسوم على أنه: "يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف.

¹ - Pour plus de détails voir Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, op.cit, p.244.

² - جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015، ص.21.

³ - المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام".¹

وعلى هذا الأساس فإن عناصر تفويض المرفق العام تتمثل في:

- وجود مرفق عام قابل للتفويض، على ألا يكون مرفقا عاما سياديا، كالتعليم والدفاع وبقية المرافق السيادية.
- وجود طرفي العلاقة، مانح للتفويض (السلطة العامة)، وصاحب التفويض (القطاع الخاص).
- محل العقد، وهو إدارة أو تسيير المرفق العام دون نقل الملكية من القطاع العام للقطاع الخاص.
- يقتضي على صاحب التفويض أن يتحمل كافة أنواع المخاطر التشغيلية والتمويلية، وبدونها لا يجوز إطلاق عقد التفويض عليه.
- تحديد مدة زمنية معلومة قابلة للتجديد إذا دعت الحاجة.
- ارتباط المقابل المالي بأداء المرفق العام.
- وجود رقابة فعالة ومستمرة على صاحب التفويض.²

كما أن عقد تفويض المرفق العام، هو عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط:

شروط تعاقدية وتحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وتتناول الأعباء المالية المتبادلة بين مانح التفويض من جهة، والملتزم من جهة أخرى. وهي شروط لا تهم المنتفعين مباشرة كمدة التفويض وكيفية الاسترداد غيرها. وشروط لائحية لا يقتصر أثرها على الملتزم، بل تمتد إلى المنتفعين، خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام وسيره، كتحديد الرسوم التي يجوز

¹ - المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

² - جهاد زهير ديب الحرازين، المرجع السابق، ص.26.

تحصيلها، والإجراءات الكفيلة بالمحافظة على سلامة المنتفعين، وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق.¹

2) أشكال تفويض المرفق العام.

إن تفويض المرفق العام، يأخذ الأشكال التالية، وذلك حسب مستوى التفويض، والخطر الذي يتحمله المفوض له، ورقابة السلطة المفوضة: شكل امتياز المرفق العام وإيجار المرفق العام والوكالة المحفزة والتسيير، وعقد مشاطرة الاستغلال.

أ) امتياز المرفق العام.

وقد نصت عليه المطلة الأولى من المادة 210 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

ويستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام باسمه"².

يجب أن تتضمن اتفاقية الامتياز الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- لا يعهد الامتياز إلا في التفويضات طويلة المدة التي يصاحبها إنجاز أو شراء مرتبطة بإنشاء المرفق العام واستغلاله، ويجب أن تتوفر على القاعدة الثلاثية التالية: (يمون، إنجاز أو يشتري، يستغل) وإلا تغير العقد.

- ضرورة تحديد نسبة سنوية من عائدات أتاوى مستخدمي المرفق العام لصالح السلطة المفوضة.

¹ - جهاد زهير ديب الحرازين، نفس المرجع، ص.30.

² - المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

- تحديد المسؤوليات الناجمة أثناء استغلال المرفق.
- يجب أن يضمن المفوض له شراء أو إنجاز التجهيزات الضرورية لإنشاء المرفق العام مع أو بدون إعانة مالية مسبقة.
- استغلال وصيانة هذا المرفق العام توكل إلى المفوض له الذي يتصرف لحسابه الخاص.
- تتمثل أجرة المفوض له في تحصيله للأتاوى من مستعملي المرفق العام أو من المستفيدين من هذه الخدمة العمومية.
- يجب على المفوض له أن يقدم تقريرا ماليا وتقريراً تقنيا عن حصيلة تسييره سنويا¹.
- ويعرف عقد الامتياز على أنه: "اتفاق بين الإدارة المعنية، والملتزم الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، على إدارة مرفق عام تسييره واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين"².
- كما يعرف بأنه: "أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام، أمر تسيير مرفق عام وتلبية حاجات عامة، عن طريق شخص آخر يدعى المفوض له، قد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو الخاص، لمدة محددة وتحت إشراف ورقابة المفوض"³.
- ويعرف كذلك على أنه:

« La concession des services publics est définie comme un contrat qui charge un particulier, ou une société, d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de

¹ - مونية جليل، التداير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص.63.

² - غني أمينة، المرجع السابق، ص.246.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.64.

l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public »¹.

وقد عرفته المادة الرابعة من الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، وجاء فيها: "يقصد بعقد الامتياز بمفهوم القانون، عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية"².

كما أن التعلية الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 842/943، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية والمحلية وتأجيرها، أوردت تعريفا لعقد الامتياز حيث جاء فيها: "إن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة، وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة، بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن، بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز وهو الملتزم، على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق"³. ويمكن القول أن التعريف الذي جاءت به هذه التعلية، أحسن تعريف يمكن إعطاؤه لعقد الامتياز.⁴

وبدوره إجتهد مجلس الدولة الجزائري في وضع تعريف لعقد الامتياز، إذ بموجب قرار صادر له بتاريخ 9 مارس 2004، فقد عرف عقد الامتياز على هذا النحو: "عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل

¹ - Yves GAUDEMET, op.cit, p.502.

² - الأمر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 16 جوان 1996.

³ - التعلية رقم 842/943، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية والمحلية وتأجيرها.

⁴ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 247.

بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي، وبهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"¹.

وما ينبغي الإشارة إليه أنه بالرجوع لقانون البلدية رقم 11-10²، فإن المادة 150 منه³، أجازت للبلدية تسيير بعض المصالح عن طريق الامتياز، هذه المصالح نصت عليها المادة 149 منه ويتعلق الأمر بـ:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة.
- النفايات المنزلية والفضلات الأخرى.
- صيانة الطرقات وإشارات المرور.
- الإنارة العمومية.
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية.
- الحضائر ومساحات التوقف.
- المحاشر.
- النقل الجماعي.
- المذابح البلدية.
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء.
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاكها.
- فضاءات الرياضة والتسلية التابعة لأملاكها.

¹ - مجلة مجلس الدولة، الغرفة العقارية، قضية رقم 11950، فهرس رقم 11952، بتاريخ 9 مارس 2004، العدد 5، ص. 57.

² - القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

³ - تنص المادة 150 من قانون البلدية، سابق الإشارة إليه على ما يلي: "يكيف عدد وحجم المصالح المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه، حسب إمكانيات ووسائل واحتياجات كل بلدية.

ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض".

• المساحات الخضراء.

ونصت المادة 2/155 منه بأن الامتياز يخضع لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم.¹

أما فيما يخص قانون الولاية رقم 07-12 المؤرخ في 12 فيفري 2012²، فقد نصت المادة 149 منه على عقد الامتياز³.

ب) عقد إيجار المرفق العام.

وقد أشارت إليه المطة الثانية من المادة 210 من نفس المرسوم حيث نصت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانتته مقابل إتاة سنوية يدفعها لها. ويتصرف المفوض له حينئذ، لحسابه وعلى مسؤوليته. تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام.

ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام"⁴.

ويعرف عقد إيجار المرفق العام على أنه: اتفاق بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص خاص، باستغلال مرفق عام، مع تقديم المنشآت إليه على أن يدفع المستأجر مقابلا للشخص العام المتعاقد".
ويعرف كذلك على أنه:

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 249.

² - القانون رقم 07-12 المؤرخ في 12 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

³ - تنص المادة 149 من قانون الولاية، سابق الإشارة إليه على ما يلي: "إذا تعذر استغلال المصالح العمومية الولاية المذكورة في المادة 146 أعلاه عن طريق الاستغلال المباشر أو مؤسسة، فإنه يمكن للمجلس الشعبي الولائي الترخيص باستغلالها عن طريق الامتياز طبقا للتنظيم المعمول به.

يخضع الامتياز لدفتر شروط نموذجي يحدد عن طريق التنظيم ويصادق عليه حسب القواعد والإجراءات المعمول بها. ويصادق على العقود المبرمة في هذا الشأن طبقا لأحكام المادة 54 من هذا القانون".

⁴ - المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

« L'affermage est le contrat par lequel le contractant s'engage à gérer un service public, à ses risques et perils, contre une rémunération versée par les usagers. Le concede, appelé fermier, reverse à la personne publique une redevance destinée à contribuer à l'amortissement des investissements qu'elle a réalisés. La rémunération versée par le fermier en contrepartie du droit d'utilisation de l'ouvrage est appelée la surtaxe »¹.

ويجب أن تتضمن اتفاقية الإيجار الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة هي من يمول إنشاء وإنجاز المرفق العام.
- تضع السلطة المفوضة تحت تصرف المفوض له، كل التجهيزات الضرورية المتعلقة بالمرفق العمومي التي أنجزتها مسبقاً، وهو يتصرف لحسابه الخاص وعلى مسؤوليته، ومكلف باستغلال وصيانة المرفق، ويدفع إتاوات سنوية للسلطة المفوضة، مقابل الوضع تحت تصرفه المنشآت أو التجهيزات بسبب شغله للملك العام.
- أجر المفوض له يكون من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام.
- مدة العقد: عقد الإيجار مدته قصيرة.
- يجب على المفوض له أن يقدم تقريراً مالياً وتقريراً تقنياً عن حصيلة تسييره سنوياً².

ج) الوكالة المحفزة:

أشارت إلى هذا الشكل المطء الثالثة من نفس المادة التي نصت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام ويقوم المفوض له

¹ - Yves GAUDEMET, op.cit, p.502.

² - مونية جليل، المرجع السابق، ص.63.

باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته.

ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح، عند الاقتضاء.

تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية¹.

ويجب أن تتضمن اتفاقية الوكالة المحفزة الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة هي من يمول إنشاء وإنجاز المرفق العام.
- توكل صيانة واستغلال المرفق العام للشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أو العام، والذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقيه أجر.
- السلطة المفوضة تمول بنفسها أجر هذا الشخص، بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال، تضاف إليها منحة إنتاجية وحصّة من الأرباح عند الاقتضاء.
- تحدد وتضع السلطة المفوضة الشروط التقنية والاقتصادية والمالية اللازمة لاستغلال المرفق.
- تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام، ويحصل المفوض له هذه التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية².

¹ - المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - مونية جليل، المرجع السابق، ص.64.

(د) التسيير:

وتم الإشارة إليه في المطة الرابعة من المادة 210 سابق ذكرها التي نصت على أن: "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام. ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مائوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية.

تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام وتحفظ بالأرباح. وفي حالة العجز، فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك المسير الذي يتقاضى أجرا جزافيا. ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية"¹.

ويعرف عقد التسيير على أنه: "عقد مبرم بين هيئة عمومية، وشخص من القانون الخاص، هدفه ضمان سير المرفق وعدم تحمل أعباء البناء والتجهيز، بل هو مجرد مسير بسيط للمرفق، لا يتحمل أرباح وخسائر تسيير المرفق العام"².

ويجب أن تتضمن اتفاقية التسيير الشروط والعناصر التعاقدية التالية:

- السلطة المفوضة تمول بنفسها إنشاء وإنجاز المرفق العام.
- تحدد وتضع السلطة المفوضة الشروط التقنية والاقتصادية والمالية اللازمة لاستغلال المرفق.
- توكل صيانة واستغلال المرفق العام للشخص الطبيعي أو المعنوي الخاضع للقانون الخاص أو العام، والذي يتصرف لحساب السلطة المفوضة مقابل تلقيه أجر.
- السلطة المفوضة تدفع مباشرة بنفسها أجر هذا الشخص، بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة الإنتاجية.

¹ - المادة 210 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - Yves GAUDEMET, op.cit, p.503.

- تحدد السلطة المفوضة وحدها التعريفات التي يدفعها مستعملوا المرفق العام، ويحصل المفوض له هذه التعريفات لصالح السلطة المفوضة المعنية.

- يجب على المفوض له أن يقدم تقريراً مالياً وتقنياً عن حصيلة تسييره سنوياً¹.

هـ) عقد مشاطرة الاستغلال.

ويعرف عقد مشاطرة الاستغلال على أنه:

« La régie intéressée est un contrat dans lequel la collectivité finance elle-même l'établissement du service, mais en confie la gestion à une personne privée que est en général rémunérée par la collectivité »².

ويعرف كذلك على أنه:

« La régie intéressée est le contrat par lequel le contractant s'engage à gérer un service public contre une rémunération fonction d'une formule d'intéressement aux résultats. Le régisseur exploite les ouvrages construits par la personne publique mais il n'en assume pas les risques »³.

ومن خلال هذين التعريفين يمكن استخلاص الخصائص التالية لهذا النوع من التسيير:

- الاستغلال يكون لحساب الهيئة المفوضة.

- الهيئة العمومية هي المكلفة بأشغال البناء والصيانة والتجهيزات الضرورية لسير المرفق العام.

¹ - مونية جليل، المرجع السابق، ص.65.

² - Yves GAUDEMET, op.cit, p.502.

³ - <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Regie-interessee.htm>..2018/01/31 تاريخ الاطلاع

- استقلالية محدودة للمسير وبالمقابل صلاحيات واسعة للإدارة.
- المقابل المالي الذي يتحصل عليه المسير مرتبط بالاستغلال بنسبة مائوية من رقم الأعمال بالإضافة إلى علاوات الإنتاجية وبذلك فهذا المقابل مرتبط بأرباح وخسائر تسيير المرفق، وفي بعض الأحيان وكضمان لمسير المرفق فإن هناك حدا أدنى مضمون يحدد جزافيا في العقد.
- مخاطر استغلال تتحملها الهيئة العمومية ويتحمل المسير جزء منها، لأن أجره مرتبط بنتيجة الاستغلال، ويمكن إضافة علاوات متعلقة بالتسيير الفعال ومرتبطة بالمدودية والإنتاجية، لكن في كل الحالات لا يجب أن تتعدى هذه العلاوات ونسبة محددة من رقم الأعمال، السقف المحدد في العقد.
- يجب على المفوض له أن يقدم تقريرا سنويا تقنيا وماليا عن إدارته¹.

2) إجراءات تفويض المرفق العام.

لتفويض المرفق العام بمختلف أشكاله السابق ذكرها ينبغي اتباع إجراءات قانونية معينة، هذه الإجراءات تتمثل في:

- الإتفاقية: يجب إعداد إتفاقية نموذجية لتفويض المرفق العام، تلحق بالمرسوم التنفيذي حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 207 على أن: "وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام، بتفويض تسيير المرفق العام بموجب إتفاقية"². بحيث تضمن عند تنفيذها مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف وتطور المرفق العام، طبقا للفقرة 02 من المادة 209³.

¹ - Yves GAUDEMET, op.cit, p.503.

² - المادة 207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ - المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

-وضع دفتر شروط نموذجي لتفويض المرفق العام: من الضروري وضع دفتر شروط

نموذجي يلحق بالمرسوم التنفيذي ويراعى فيه مبدأ الاستمرارية والمساواة وقابلية المرفق

للتكيف والتطور وشكل التفويض (امتياز - إيجار - وكالة محفزة - تسيير).¹

-الإشهار والمنافسة: لقد ألزم المشرع الفرنسي أن تخضع عقود تفويض المرفق العام

لإجراءات العلانية التي تسمح بالتقدم بأكثر من عرض منافس وهذا في المادة 38 من

قانون loi sapin في فقرتها الثانية التي تنص على ما يلي:

« Les délégations de service public des personnes morales de droit public

sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité

permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, ... »².

أما في الجزائر، وبعد أن أصبح إبرام اتفاقيات تفويض المرفق العام يخضع لمبادئ حرية

الوصول للطلبات العمومية، كما قرره المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإنه يجب لتحقيق هذا

الوصول، قيام الإدارة المفوضة للمرفق بالإعلان عن اتفاقيات تفويض المرافق العامة، وهذا ما

جاء في المادة 209 فقرة 01 والتي نصت على أن: "تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام

لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم"، فلتفويض مرفق عام ما

يجب الإعلان عليه على أكبر نطاق في المستوى المحلي أو الوطني وفي الجرائد اليومية الوطنية

وكذلك في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي. وفتح مجال المنافسة للمتشحين الذين يريدون

القيام باستغلال المرفق العام.³

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص.249.

² - Pour plus de détails voir Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, po.cit, p.245.

³ - مونية جليل، المرجع السابق، ص.61.

– إعداد قائمة المرشحين المقبولين: بعد انتهاء الأجل المحدد للإعلان لتلقي العروض، تتولى هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا، بإعداد قائمة بأسماء المرشحين المقبولين في الدخول إلى المنافسة، على أساس ضماناتهم المهنية والمالية، ومقدرتهم على تأمين السير الحسن للمرفق العام، مع العلم بأن هذه الهيئة تكون ملزمة بقبول المرشحين جميعهم، والذين تتوفر فيها الشروط التي حددها القانون. حيث نصت المادة 38 سابقة الذكر في فقرتها الرابعة على ما يلي:

« La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public »¹.

– فتح الأظرفة وتقييم العروض وعملية التفاوض: تقوم هيئة تفويض المرفق العام في فرنسا، بتلقي عروض المرشحين المؤهلين، على ضوء الوثائق التي تم تزويدهم بها. ثم تقوم الهيئة بفتح العروض المقدمة ضمن المهلة المحددة لاستقبالها، ويتم التحقق من توفر المستندات والمعلومات اللازمة في العروض المقدمة، ومن ثم إجراء التحليل لهذه العروض ومقارنتها مع بعضها وفق المعايير التي تم وضعها سلفاً، وتخلص الهيئة إلى إعداد تقرير يشتمل على الإجراءات التي تم اتخاذها، ونتائج المقارنات التي أنجزت على ضوء تحليل العروض المقدمة.

وتقدم اللجنة اقتراحاً للجهة الإدارية، تحدد فيه اسم مرشح أو أكثر للتفاوض معه، مع بيان أسباب هذا الاختيار، وقد لا تقترح اللجنة أي مرشح، لعدم توفر الضمانات أو الإمكانيات اللازمة لدى أي من المرشحين، مع الأخذ بعين الاعتبار، بأن رأي الهيئة ليس

¹ - Pour plus de détails voir Yves GAUDEMET, op.cit, p.514.

ملزما للجهة الإدارية المختصة، وهذا يفتح المجال للسلطة المختصة، التي يرفع لها تقرير الهيئة في اختيار المرشح الذي ستجري معه المفاوضات. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 38 أعلاه على أنه:

« Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire »¹.

وتشكل المفاوضات في عقود تفويض المرفق أهمية كبيرة، ذلك أن تبني مبدأ المنافسة في اختيار المفوض إليه، لا يعني القضاء على مبدأ الاعتبار الشخصي، وإنما يبقى هذا المبدأ يلقي بظلاله على عقد التفويض بجميع مكوناته، ومنها طريقة اختيار المفوض إليه، لذلك فإن فتح المجال للمنافسة بما يؤدي إلى تعدد العروض، لا يعني أن الإدارة ستختار المتعاقد عن طريق آلية الإرساء المكرسة في نطاق عقود الصفقات العمومية، لذلك فإنه يعقب عملية الترشيح للمتعاقد من جانب هيئة المرفق العام، الدخول في مفاوضات مع هذا الأخير، للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقا للمصلحة العامة. ومرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام، ليست مرحلة عابرة، بل هي في غاية الأهمية لأنه قد يترتب عليها أحد الأمرين، إما إتمام عملية التعاقد مع المرشح، أو أن تنتهي بعد إتمام تلك الإجراءات².

¹- Yves GAUDEMET, op.cit, p.514.

²- Yves GAUDEMET, op.cit, p.515.

أما في الجزائر، فيتم تنصيب لجان فتح الأطراف وتقييم العروض على مستوى الجماعات المحلية، خاصة بتفويض المرفق العام، ويجب أن تكون من مهامها الأساسية

مايلي:

- إعداد قائمة المرشحين

- تقديم رأيها للسلطة المفوضة.

الفصل الثاني: حالات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

سبق القول أن الإدارة عند إبرامها للعقود والصفقات العمومية أن تراعي المبادئ الأساسية التي تقوم عليها هذه الأخيرة، والمتمثلة في مبدأ العلانية ومبدأ المنافسة ومبدأ المساواة بين المرشحين، وهي مبادئ فرضها تنظيم الصفقات العمومية الجزائري والفرنسي على حد سواء، من أجل تمكين كل من له مصلحة في التعاقد مع الإدارة للتقدم بعطاءه من جهة، واختيار العرض الأفضل الذي يتناسب واحتياجات الإدارة من جهة أخرى. وعلى هذا الأساس فإن الإخلال بمبدأ العلانية (مبحث أول)، وكذا الإخلال بمبدأي المنافسة والمساواة بين المرشحين (مبحث ثان)، هي حالات تستدعي رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

المبحث الأول: حالة الإخلال بقواعد العلانية التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية.

إن حالة الإخلال بقواعد العلانية التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية من بين الحالات التي تستوجب اللجوء إلى دعوى الاستعجال قبل التعاقد. ونظرا لأهمية الإعلان عن الصفقات العمومية فقد تم تكريسه في تنظيم الصفقات العمومية (مطلب أول)، وخصصت له وسائل نشر ومدد قانونية لذلك (مطلب ثان).

المطلب الأول: تكريس مبدأ الإعلان في مجال الصفقات العمومية.

إن تكريس مبدأ الإعلان في مجال الصفقات العمومية يكتسي أهمية كبيرة وهذا ما يستلزم الوقوف عند مفهومه وذلك في الفرع الأول، ثم بيان الأساس القانوني له وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الإعلان في مجال الصفقات العمومية.

سيتم تعريف الإعلان عن الصفقات العمومية أولاً، ثم التطرق إلى أهميته ثانياً من أجل الوقوف عند مفهومه، وذلك على النحو التالي.

أولاً: تعريف الإعلان في مجال الصفقات العمومية.

يعتبر الإعلان وسيلة لضمان الشفافية،¹ فهو مبدأ قانوني لا اجتهاد في معرضه.² ويقصد به إخطار ذوي الشأن بالصفقة العمومية، وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد، وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار.³

كما يقصد به قيام جهة الإدارة الراغبة في التعاقد، بالإعلان عن موضوع هذا التعاقد، بأسلوب يمكن كل من تنطبق عليه شروطه، التقدم بعطاءه.⁴

ويمكن تعريفه على أنه إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد، ونوعية المواصفات المطلوبة.⁵

ويقصد بحالة الإخلال بقواعد العلانية التي تستوجب قيام وتحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة، بما يمكن كل عارض من التقدم بعطاءه. كما يقصد به امتناع الإدارة عن إخطار أو إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد، وإبلاغهم بشروط وكيفية التعاقد.

فالإعلان عن الصفقة العمومية، لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد، ومن ثم فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها، فالإيجاب هو التقدم بالعرض من

¹ - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.121.

² - عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعاً وفقها واجتهاداً، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.14.

³ - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الإجتهد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص.114.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.171.

⁵ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2011، ص.29.

طرف المتعامل الاقتصادي، وفقا للمواصفات والشروط الواردة في الإعلان¹. والعرض هو تعبير المتعهد العارض عن إرادته الجازمة بصفة إنفرادية، في الاشتراك في الصفقة العمومية، عن طريق تقديم البيانات اللازمة لجهة الإدارة، وفقا لأشكال محددة².

وعندما تقوم الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد، فإن ذلك يعد شرطا لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد، الأمر الذي يتيح لهم تقدير كلفة المشروع، وموضوع العقد، ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها، فالإعلان بهذا المفهوم يعني الكشف عن الصفقة العمومية، وإعطاء المعلومات حولها، والدعوة إلى الانضمام للمنافسة بشأنها، وإفصاح جهة الإدارة عن نيتها التعاقدية، مع من يحق له وفق مضمون هذا الإعلان المشاركة في الصفقة العمومية، بعيدا عن السرية والشبهات³.

ثانيا: أهمية الإعلان في مجال الصفقات العمومية والأثر المترتب على تخلفه.

ويحقق مبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية فوائد عديدة منها:

- أنه يجنب الإدارة أجواء الشك والريبة في التعامل النزيه في عملية إبرام العقود الصفقات العمومية.
- يحقق المنفعة المادية، من خلال خلق أجواء من المنافسة المشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين بالتعاقد، مما يؤدي إلى إحالة العقد على أنسب العروض من حيث المزايا الاقتصادية.
- تعزيز مبدأ حرية التجارة والعمل ومساواة الأفراد في ذلك⁴.

¹ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، المرجع السابق، ص.61.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.609.

³ - أبوبكر صديق عمر، المرجع السابق، ص.66.

⁴ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، المرجع السابق، ص.31.

- كما أن أهميته تتجلى في كونه ضماناً كافية، تسمح بفتح الصفقة العمومية على المنافسة، ومراقبة نزاهة إجراءات منح الصفقة، لصالح أي مترشح¹.

فحتى يتحقق الهدف من الإعلان، فإنه يجب أن يكون منظوياً على البيانات التي تطلب القانون ضرورة أن يشملها هذا الإعلان، وشموله على تلك البيانات أمر هام، حتى يتسنى للكافة العلم التام بموضوع الصفقة العمومية، ليحدد كل ذي شأن على ضوءها موقفه من الدخول في طلب العروض من عدمه، ومن شأن الإعلان إذا ما تم على النحو الذي فرضه القانون أن يحقق الشفافية في تعاملات الإدارة، وتكريس حرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين المهتمين بالنشاط موضوع الصفقة العمومية، بحيث لا يكون التعاقد حكراً على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم، مما قد يلحق أضراراً بالغة بالخزينة العامة، حيث يجب عن التعاقد من يقدم أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية².

والإعلان عن الصفقة العمومية إجراء ضروري، حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة إلى ذلك. ومن ناحية أخرى، فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين، بحجة أنهم وحدهم من تقدموا بعبءاتهم. فالتزامات وشروط الإعلان أو الدعوة للمنافسة يرتبها قانون الصفقات، فهي موضوعة أساساً من أجل تحقيق فعالية الطلب العام، وكل هذا ضماناً للمساواة في المعاملة، وحرية دخول المترشحين لإبرام صفقة عمومية³.

¹ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.81.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.172.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.246.

فالإعلان عن الصفقة العمومية، هو الشرط الضروري المطلوب بداية لتأمين مراعاة المبادئ الأخرى، التي تقوم عليها الصفقات العمومية، فمبدأ المنافسة بين الراغبين في الاشتراك في الصفقات العمومية، لا يقوم أصلاً إذا كانت هذه الأخيرة تتم في الخفاء، وبدون علم جميع من تتوافر فيهم شروط المشاركة فيها. فالإحلال بمبدأ العلانية يقضي بداية على مبدأ المنافسة، ويقضي من باب أولى على مبدأ المساواة.¹

ولكي ينتج الإعلان آثاره القانونية، يجب أن يكون في شكله ومضمونه موافقا لأحكام القانون، وفي هذا الصدد هناك اتجاهين:

فأما الاتجاه الأول، فيرى أن أية مخالفة لشروط الإعلان عن الصفقات تبطل إجراءات الصفقة وبالتالي تلغيها لتطرح الصفقة من جديد بإجراءات إعلان سليمة.²

وأما الاتجاه الثاني، فيفرق بين ما إذا تحقق أثر الإعلان من عدمه، فإذا كان قد تقدم للطاء عدد كبير من أصحاب العروض، فقد تحققت الغاية من الإعلان، طبقاً لقاعدة البطلان لا يقع إذا تحققت الغاية من الإجراء، وبالبناء على هذا لا يجوز إلغاء الصفقة لهذا السبب، أما إذا تقدم للصفقة عدد قليل من المتعهدين، فعندئذ يتعين إلغاء الصفقة لبطلان إجراءات إعلانها.³

ولقد تم ترجيح الاتجاه الأول على الاتجاه الثاني، على اعتبار أنه إذا تخلف أي شرط من شروط الإعلان يؤدي إلى بطلانه، أما حجة الرأي الثاني فهي غير سليمة ولا تعتبر تبريراً كافياً لحل المسألة، لأن الإعلان عن الصفقة العمومية هو قمة الهرم الذي يحكم الصفقات العمومية.⁴

¹ - عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص. 14.

² - إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص. 81.

³ - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 451.

⁴ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، المرجع السابق، ص. 58.

وفي الحقيقة إن القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان عن الصفقة العمومية تعتبر من القواعد الآمرة، يؤدي الخلل فيها إلى وسم الصفقة العمومية باللامشروعية، ولا يكفي أن يكون الإعلان موجودا، بل يجب أن يكون كاملا وفعالا. فيعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا، أو أنه لم يحتو على البيانات الدنيا المفروضة، أو لأنه لم ينشر ويذع بشكل كاف، أو لأن مدته لا تكون كافية وملائمة لإعداد العروض. إلا أنه ليس كل خطأ أو خلل في الإعلان مهما كان وزنه أو نوعه، يمكن أن يؤدي إلى إبطال الصفقة العمومية، فهناك أخطاء لا يكون لها هذا المفعول، ومن هنا تأتي التفرقة بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية. فالصفقة تعتبر مشوبة بعيب جوهري، إذا لم تحترم المدد القانونية للإعلان، أو إذا كان هناك خلل كبير في البيانات التي يجب أن يحتويها الإعلان، ولكن الصفقة لا تعاب ولا تبطل إذا كانت بيانات الإعلان يعترتها نقص غير مغل.¹

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية ومضمونه.

لا يمكن الحديث عن مبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية دون التطرق لأساسه القانوني (أولا)، ودون التفصيل في مضمونه (ثانيا).

أولا: الأساس القانوني لمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية.

لقد خصص كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري للإعلان في مجال الصفقات العمومية عددا معتبرا من المواد في تنظيم الصفقات العمومية كأساس قانوني له، وذلك على الشكل التالي:

¹ - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 603.

1) الأساس القانوني للإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الفرنسي.

نظرا لأهمية الإعلان عن الصفقات العمومية، فإن القوانين التي تنظمها دائما تحرص على النص عليها صراحة.

وعلى هذا الأساس يجد مبدأ الإعلان أساسه القانوني، في الأمر رقم 15-899 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015 والمتعلق بالصفقات العمومية، وذلك في المادة 41 منه التي تنص على ما يلي:

« Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du marché public, la valeur estimée hors taxe du besoin ou l'acheteur concerné »¹.

وقد تطلب المشرع الفرنسي أن يتم اللجوء إلى الإشهار في إجراءات الإبرام التالية:

- إجراء طلب العروض، وهو أحد الإجراءات الرسمية التي يجب على المصلحة المتعاقدة اللجوء إليها عند منح الصفقة، لتلبية متطلبات قيمتها المقدرة تساوي أو تفوق العتبات الأوروبية². وقد عرفته الفقرة الأولى من المادة 66 من المرسوم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية³ على أنه:

« L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de

¹ - Article 41 d'ordonnance n° 15-899 relative aux m.p, précité.

² - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.53.

³ - décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. Il peut être ouvert ou restreint. »¹.

فطلب العروض هو إجراء تختار بموجبه المصلحة المتعاقدة، العرض الفائز دون تفاوض بناء على معايير موضوعية سبق إبلاغها للمرشحين². ويمكن أن يأخذ الشكلين التاليين:

* طلب العروض المفتوح، وقد عرفته الفقرة الثانية من نفس المادة على أن:

« L'appel d'offres est ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner »³.

ويكون طلب العروض مفتوحا، عندما يتمكن كل مرشح من تقديم عرضه⁴.

* طلب العروض المحدود، وعرف طبقا للفقرة الثالثة من ذات المادة على أن:

« L'appel d'offres est restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner. »⁵.

بحيث يكون طلب العروض مقيدا، عندما تقتصر المنافسة على المرشحين الذين تم اختيارهم من طرف المصلحة المتعاقدة⁶.

¹- Article 66 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

²- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.59.

³- Article 66 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁴- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.53.

⁵-Article 66 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁶- Patricia Grelier WYCKOFF, Les mémento des marchés publics de travaux, 3 édition, EYROLLES, Belgim, 2008, p.110.

– إجراء التفاوض: لقد انفرد المشرع الفرنسي في مادة الصفقات العمومية، بهذا الإجراء كطريقة لإبرام الصفقات العمومية¹.

وقد عرفته المادة 71 من المرسوم رقم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه:

« La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.»².

ويأخذ هذا الإجراء شكلين مختلفين، أحدهما إجراء التفاوض بعد الإعلان والمنافسة، أي أنه يخضع لالتزامات الإعلان³، وقد نصت عليه المادة 42 من الأمر 15-899 على أن:

« La procédure négociée avec mise en concurrence préalable, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques »⁴.

وعرفته المادة 74 من المرسوم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه:

« La procédure négociée avec mise en concurrence préalable est la procédure par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du

¹ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.53.

² - Article 71 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

³ - Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.117.

⁴ - Article 42 d'ordonnance n° 2015-899 relative aux m.p, précité.

marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations ».¹

– إجراء الحوار التنافسي، وهذا الإجراء يتحول فيه طلب العروض إلى حوار بين صاحب الصفقة والمرشح المقبول، من أجل شرح أو تطوير حل واحد أو مجموعة من الحلول، لملائمتها مع طبيعة احتياجاته²، وهذا الإجراء عرفته المادة 75 من المرسوم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي:

« Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini.

Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation »³.

– المسابقة: وقد تم تعريفها وفقا للمادة 08 من الأمر رقم 15-899 والمتعلق بالصفقات العمومية التي تنص على ما يلي:

« Le concours est un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans

¹-Article 74 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

²- Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.121.

³- Article 75 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données »¹.

وتخضع المسابقة للالتزامات بالإعلان²، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 88 من المرسوم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه:

« L'acheteur qui organise un concours défini à l'article 8 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée publie un avis de concours dans les conditions prévues aux articles 33, 34 et 36. Lorsqu'il entend attribuer un marché public de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application du 6° du I de l'article 30, il l'indique dans l'avis de concours »³.

2) الأساس القانوني للإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

أما في الجزائر، فقد أكد المشرع على إلزامية الإعلان عن الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا المراسيم الأخرى التي سبقته، كالمرسوم الرئاسي 236/10. ولعل التركيز على هذين المرسومين راجع لكونهما لاحقين على صدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي نظم لأول مرة أحكام الاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية. وعلى هذا الأساس فإن مبدأ الإعلان يجد أساسه في المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 247/15 المذكورة سابقا⁴. كما أن المادة 61 منه قضت بإلزامية اللجوء إلى

¹ - Article 8 d'ordonnance n° 15-899 relative aux m.p, précité.

² - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.179.

³ - Article 88 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁴ - تنص المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه على أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

الإشهار الصحفي، حيث نصت على أن: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.
- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".¹

وما يفهم من هذه المادة، أن الإعلان يكون إلزاميا في إجراء طلب العروض والذي يشكل وفقا للمادة 39 من نفس المرسوم،² القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية بمختلف أشكاله. وقد عرفته المادة 40 منه على أن: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين، مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء"³. وتتمثل أشكال طلب العروض في:

طلب العروض المفتوح: وقد عرفته المادة 43 بنصها على أن طلب العروض المفتوح " هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا"⁴.

فالترشح في طلب العروض المفتوح يتوقف على الاستجابة للشروط والكيفيات التي تحددها الإدارة، من خلال الإعلان المنشور طبقا للتنظيم الجاري به العمل، فعبارة العرض المفتوح لا تعني أبدا أن مجال المنافسة يفسح لكل عارض بل للعارض المؤهل فقط، وهو من

¹ المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه على أن: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة...".

³ المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

⁴ المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

تنطبق عليّة الأوصاف والشروط المحددة في الإعلان.

ويتضح جلياً من هذا النص أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد في شكل طلب عروض مفتوح، يكفل لكل عارض مؤهل تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروط انتقائية أو اقصائية، بل إن طلب العروض المفتوح قد تتسع دائرته فيضم أطرافاً أجنبية، إذا كان هذا الأخير وطنياً أو دولياً¹.

طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: ولقد عرفته المادة 44 حيث نصت

على أن: " طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح به لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة"².

فالمشروع في هذه المادة اعترف للإدارة المتعاقدة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة، باعتبارها صاحبة المصلحة، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية. فالتعاقد في هذا الأسلوب يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتها أيضاً أن تقدر ما تراه مناسباً لها من شروط خاصة. شريطة أن تكون هذه الشروط الموضوعية من طرف المصلحة المتعاقدة موضع إعلان مسبق³.

والجدير بالذكر أن هذا الأسلوب انفرد به المرسوم الجديد لأول مرة، فلم تشر إليه تنظيمات الصفقات العمومية المختلفة⁴.

طلب العروض المحدود: وقد جاء تعريفه في المادة 45 فعرفته على أنه: "إجراء لاستشارة

انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل، مدعوين وحدهم لتقديم تعهد"¹.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 198.

² - المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 199.

⁴ - مونية جليل، المرجع السابق، ص. 30.

فتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا الإجراء عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بانتقاء المرشحين مسبقا كمرحلة أولى، ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم طبيعة الخدمة وطبيعة العقد، وهي شهادة من المشرع بالطابع المعقد لبعض العمليات، وعلى هذا الأساس فقد بينت المادة 45 من هذا المرسوم موضوع طلب العروض المحدود، وتلجأ الإدارة المتعاقدة إلى هذا الأسلوب، في حال اشتراط مواصفات تقنية في العمل معدة بالرجوع لمقاييس أو نجاعة معينة يتعين الوصول إليها أو متطلبات وظيفية².

المسابقة: ولقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 47 منه على أنها: " إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 من نفس المرسوم، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة"³.

والإشكال المطروح في هذا الصدد، هل يفيد مصطلح رجال الفن الوارد في المادة 47 قصر أو حصر المسابقة على الأشخاص الطبيعيين دون سواهم؟

مما لا شك أن هذا المفهوم يتعارض مع مقتضيات كثيرة من هذا المرسوم نفسه، فالمادة 42 منه اعتبرت المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض، مما يعني فسح المجال للعارضين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين لتقديم عروضهم، كما يتعارض كذلك مع ما قضت المادة 37 منه، والتي جاءت بعنوان المتعاملون المتعاقدون، حيث جاء فيها: " يمكن

¹ - المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.203.

³ - المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

للمتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين"¹، إذ أنه كيف يمكن تبرير إبعاد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو العامة من مجال المنافسة، وحرمانهم من تقديم عروضهم للمشاركة في المسابقة، بحجة أن المادة 47 اقتضت على الأشخاص الطبيعيين فقط، مما يؤثر على مبدأ المساواة بين العارضين، وعليه كان من الأجدر لو جاء نص المادة 47 بالصيغة التالية: "المسابقة إجراء يضع أصحاب الفن من أشخاص طبيعيين أو معنويين...".²

وهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها ألا تعاقد كأصل عام دون إعلان.³

أما الإعلان في أسلوب التراضي بعد الاستشارة فهو أمر جوازي، وتترك فيه السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، وهذا ما يستشف من نص المادة 61 في مطتها الأخيرة "التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء".

في حين أنه لا يكون إلزاميا في حالة التراضي، والذي يشكل الاستثناء في إبرام الصفقات العمومية، طبقا للمادة 39 السابق ذكرها،⁴ والذي عرفته المادة 41 من نفس المرسوم على أن: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط...".⁵ كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة أن التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود، لا يمكن اللجوء إليها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من نفس المرسوم.⁶

¹ - المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.213.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.251.

⁴ - تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه على ما يلي: "... أو وفق إجراء التراضي...".

⁵ - المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

⁶ - تنص الفقرة الثانية من المادة 41 على ما يلي: "إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

- أما الحالات الواردة في المادة 49 من نفس المرسوم فتتمثل في:
- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية ...
 - في حالة الاستعجال الملح والمعلل بخطر داهم يتعرض له ملك الإدارة المتعاقدة أو استثمار تجسد ميدانيا ولا يمكنه التكيف مع إجراءات طلب العروض واشترط النص ضرورة ألا تكون هذه الظروف متوقعة من قبل المصلحة المتعاقدة.
 - في حالة التموين المستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن هذه الظروف لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة.
 - عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية إلى إذن مسبق من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دج، وإلى موافقة اجتماع مجلس الحكومة إذا كان المبلغ يقل عنه.
 - عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج الوطني أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة يجب اللجوء إلى الإذن المسبق من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دج وموافقة اجتماع مجلس الحكومة إذا كان المبلغ يقل عنه.
 - عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي بالقيام بمهمة الخدمة العمومية.¹

فقاعدة الإعلان عن الصفقات العمومية، تعتبر أساسية وهي تتضمن عنصرين: الأول وهو أنه يجب الإعلان عن الصفقة العمومية سلفا، وهذا الإعلان هو الذي يسمح

¹ - المادة 49 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

بإعمال مبدأ المساواة، ويعد المحرك الأساسي لمبدأ حرية المنافسة. أما الثاني فهو يتعلق بعلانية الإجراءات المؤدية إلى إبرام العقد.¹

ثانياً: مضمون الإعلان عن الصفقات العمومية.

ويقصد بمضمون الإعلان، جملة المعلومات التي يجب أن تذييعها الإدارة لتصل إلى علم المتعهدين، وهذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة وأولية عن الإدارة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد تسليم العروض، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين، لذلك فإن المشرع سواء الفرنسي أو الجزائري ينص على وجوب أن يتضمنها الإعلان مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها.²

1) مضمون الإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الفرنسي.

أما عن مضمون الإعلان في القانون الفرنسي، فإن الأمر 15-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015 والمتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي لم ينص على المعلومات التي يجب أن يتضمنها الإعلان تاركا الأمر للمرسوم رقم 16-360 المؤرخ في 25 مارس 2016، والمتعلق بالصفقات العمومية، حيث نص على البيانات التي يجب أن ترد في الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة، وذلك في المادة 37 منه، والتي تنص على ما يلي:

« Lorsqu'un appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

¹ - سعاد الشراوي، العقود الادارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص.271.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.590.

L'invitation comprend au minimum les renseignements suivants :

1° La nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés publics complémentaires et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur décidera de recourir à ces marchés publics complémentaires. Dans le cas de marchés publics renouvelables elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procèdera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés publics.

2° La procédure utilisée, qui est soit l'appel d'offres restreint soit la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

3° Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché public.

4° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés au II de l'article 41, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation.

5° L'identification et l'adresse du service qui passe le marché public.

6° Les informations relatives aux capacités professionnelles techniques et financières exigées des candidats.

7° La forme du marché public faisant l'objet de l'invitation à confirmer l'intérêt : achat, crédit-bail, location ou location-vente ou plusieurs de ces formes.

8° Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de préinformation ou dans l'avis périodique indicatif »¹.

2) مضمون الإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

أما الوضع في الجزائر فيما يخص مضمون الإعلان، فقد نصت على ذلك المادة 62 من المرسوم السابق ذكره على أنه يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة: "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض.

¹-Article 37 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.¹

المطلب الثاني: وسائل نشر الإعلان عن الصفقات العمومية ومدته القانونية.

لقد ذكر التنظيم الخاص بالصفقات العمومية وسائل قانونية يتم نشر الإعلان فيها، وسيتم التعرض لها في الفرع الأول، كما حدد مددا زمنية يتم خلالها هذا النشر، وسيتم توضيحها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية.

تختلف الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية في فرنسا (أولا) عن الوسائل النشر القانونية في الجزائر (ثانيا).

أولا: الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية في فرنسا.

يتم النشر في فرنسا من حيث المبدأ في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الصفقات العمومية، Bulletin officiel des annonces des marchés publics أو في أي نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية، في حالة ما إذا كانت قيمة العقد أقل من 90000 أورو²، ولكن إذا كانت قيمة العقد تساوي أو تفوق 90 000 أورو. فان نشر الإعلان في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الصفقات العمومية يصبح إلزاميا للإدارة،³ طبقا لما قضت به المادة 34 من المرسوم رقم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي:

« 1° L'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements procèdent à une publicité dans les conditions suivantes :

¹ - المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.102.

³ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.122.

a) Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

b) Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 euros HT et inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de marché soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales »¹.

ولها بعد ذلك مطلق الحرية في نشر الإعلان في أي نشرة أخرى مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية².

وإعمالاً للقواعد التي جاء بها المشرع الأوروبي بشأن فتح المنافسة على مستوى أسواق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن عقود الصفقات العمومية التي يمكن أن تبرمها الإدارات الفرنسية، يجب أن ترسل بالوسائل الإلكترونية إلى مكتب الإعلانات التابع للاتحاد الأوروبي، وتعلن على المستوى الأوروبي أيضاً، وعندئذ يكون النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي Journal officiel des communauté européenne وهي جهة النشر الوحيدة المختصة في هذا المجال³.

وهذا ما جاءت به المادة 36 في فقرتها الأولى من المرسوم المذكور أعلاه والتي نصت على ما يلي:

« I. - Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications

¹ - Article 34 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

² - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.123.

³ - Marie-Hélène Pachen-LEFEVRE, La publicité préalable dans le nouveau décret « marchés publics», Contrats Publics – n° 165 - mai 2016, p.48.

de l'Union européenne, qui se charge de leur publication au Journal officiel de l'Union européenne. L'acheteur conserve la preuve de la date d'envoi de ces avis.»¹.

ولا يجوز أن يتم النشر على المستوى الوطني قبل إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات الرسمية للاتحاد الأوروبي، كما أن الإعلان الذي ينشر على المستوى الوطني، يجب أن لا يتضمن معلومات غير المعلومات التي نشرت في الإعلان المرسل للنشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وإلا اعتبر ذلك إخلالا بمبدأ المنافسة الحرة، ومستوجبا لمسؤولية الدولة صاحبة العلاقة.² وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 36 من المرسوم نفسه حيث نصت على ما يلي:

« II. - Les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne. Elle peut néanmoins avoir lieu, en tout état de cause, lorsque l'acheteur n'a pas été avisé de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.

III. - Les publications au niveau national ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi »³.

وأجاز المشرع الفرنسي أن تجرى الاتصالات وتبادل المعلومات إلكترونياً، وهذا ما جاءت به المادة 43 من الأمر رقم 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية، حيث نصت على ما يلي:

¹- Article 36 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

²-Marie-Hélène Pachen-LEFEVRE, op.cit, p.48.

³-Article 36 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

« Les communications et les échanges d'informations effectués en application de la présente ordonnance sont réalisés par voie électronique selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire »¹.

ثانيا: الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية في الجزائر.

أما المشرع الجزائري، فقد ألزم المصلحة المتعاقدة باللجوء إلى الإشهار الصحفي وذلك بنشر طلب العروض بمختلف أشكاله، وزيادة على ذلك نشر إجراء التراضي بعد الاستشارة إذا اقتضى الأمر. فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري، تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال طلب العروض، إذ يعتبر القاعدة العامة في التعاقد، وهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها ألا تعاقد كأصل عام دون إعلان كما سبق ذكره، وقد فصل المشرع في المرسوم الرئاسي في قواعد الإعلان، وذلك بموجب المادة 65 منه. وعليه أوجب مايلي:

- تحرير إعلان طلب العروض باللغة الوطنية العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.
- أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على مستوى الوطني.
- أن ينشر الإعلان أيضا على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.²

كما بينت الفقرة 03 من المادة 65 أنه: "يمكن إعلان طلب عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوزام أو دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي 100 مليون

¹-Article 43 d'ordonnance n° 2015-899 relative aux m.p, précité.

²- المادة 1/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

دج أو يقل عنها و50 مليون دج أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرف التجارة والصناعة التقليدية والحرف المهنية والفلاحة للولاية، للمديرية التقنية المهنية في الولاية".¹

ومن المحاسن التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15، والمرسوم الذي سبقه إمكانية اللجوء إلى النشر الإلكتروني. فطبقاً للمادة 204 منه: " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية"²، ويمكن للمتعهدين بدورهم أن يردوا بالطريقة ذاتها، وذلك حسب جدول زمني يحدد بقرار من وزير المالية، وإذا كان النشر الإلكتروني لا يثير أي إشكال بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، بل على العكس هو من الأمور المستحسنة تماشياً مع مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير ومسايرة التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية، إلا أنه من جانب المتعهد قد يثير مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، فكلما تطورت الاختراعات في مجال المعلوماتية وأنظمة الحماية، كلما ظهرت أساليب جديدة للقرصنة يصعب تفاديها، خاصة مع ما يشهده العالم من تطور رهيب في هذا المجال. فالأسلوب العادي لطلب العروض، يفرض وجود ظرف يكتب فيه عبارة " لا يفتح إلا من قبل لجنة فتح الاظرفة تقييم العروض". ويشار فيه إلى مراجع طلب العروض، ولا يفتح إلا في جلسة علنية، وبحضور المتعهدين أنفسهم أو ممثلين عنهم. فما الذي يكفل ضمان سرية العروض إن كان

¹ - المادة 3/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

المتعهد يريد كما ورد في المادة 204. لاشك أن الإجابة على هذا الإشكال يتطلب وجود نظام معلوماتي قوي ومحصن غير قابل للاختراق والقرصنة، من شأنه ضمان سرية العروض وسرية الردود وحماية المتعهدين.¹

الفرع الثاني: المدة القانونية للإعلان عن الصفقات العمومية.

إن المدة الأساسية في نطاق الإعلان، هي تلك المتعلقة بالفترة الزمنية التي يمكن للعارضين خلالها تقديم عروضهم أو ترشيحاتهم. وهذه المدة يجب أن تكون كافية حتى يتسنى للمتعهدين دراسة أوضاعهم وأوضاع السوق، وموضوع طلب العروض بروية وهدوء، ومن ثم إيداع عروضهم على درجة من الدقة والوضوح.² وتحديد هذه المدة في فرنسا (أولا) يختلف عن تحديدها في الجزائر (ثانيا)

أولا: المدة القانونية للإعلان عن الصفقات العمومية في فرنسا.

لم يحدد المشرع الفرنسي أجلا أقصى أو أدنى، يسري على جميع طرق أو إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وإنما قام بتحديد أجل أدنى خاص بكل إجراء وفقا لطبيعة هذا الإجراء.

فبالنسبة لطلب العروض المفتوح، فإن الأجل الأدنى الذي حدده المشرع الفرنسي، هو خمس وثلاثون يوما من تاريخ الإعلان عن الصفقة³، وهذا ما قضت به المادة 67 في فقرتها الأولى من المرسوم رقم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية التي نصت على ما يلي:

« Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de trente-

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.253.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.598.

³ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.55.

« cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché »¹.

ويجوز للسلطة المتعاقدة أن تخفض المدة إلى ثلاثين يوما إذا كانت العروض سترسل إلكترونياً²، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه:

« L'acheteur peut ramener le délai minimal fixé au premier alinéa du I à trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique »³.

كما أنه بإمكان السلطة المتعاقدة في حالة الاستعجال، أن تحدد أجلا لا يقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ نشر الإعلان⁴، طبقا لما قضت به الفقرة الثالثة من نفس المادة، التي نصت على ما يلي:

« Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée rend le délai minimal fixé au premier alinéa du I impossible à respecter, l'acheteur peut fixer un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché »⁵.

أما بالنسبة لطلب العروض المحدود، فإن الحد الأدنى لأجل استلام العروض قد حدده المشرع الفرنسي بـ ثلاثون يوما، من تاريخ نشر إعلان الصفقة من طرف السلطة المتعاقدة⁶، وفقا للفقرة الأولى من المادة 69 من المرسوم رقم 16-360 التي نصت على ما يلي:

¹-Article 67 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

²- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.55.

³-Article 67 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁴- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.55.

⁵- Article 67 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁶-Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.56.

« Pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt »¹.

ويجوز للسلطة المتعاقدة أن تخفض من هذا الأجل إلى خمس وعشرون يوماً، إذا كانت العروض ستُرسل إلكترونياً²، وهذا حسب الفقرة الثالثة من المادة 70 من المرسوم المذكور أعلاه التي نصت على ما يلي:

« Le pouvoir adjudicateur peut ramener le délai minimal fixé au premier alinéa à vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique »³.

وفي حالة الاستعجال، يمكن للسلطة المتعاقدة أن تحدد أجلاً لا يقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر الإعلان⁴، وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 69 من نفس المرسوم، على أنه:

« Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt »⁵.

¹-Article 69 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

²-Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.56.

³- Article 70 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁴- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.56.

⁵- Article 69 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

وحدد المشرع الفرنسي الحد الأدنى لأجل استلام العروض، وهو خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر إعلان الصفقة من طرف الكيان المتعاقد¹، طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 69 من ذات المرسوم على أنه:

« Pour les entités adjudicatrices, de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt »².

وأما بالنسبة لإجراء التفاوض في شكله المتعلق بالإعلان والمنافسة، فإن الأجل الأدنى لاستلام العروض والمحدد من طرف المشرع الفرنسي، هو خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر إعلان الصفقة³، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 74 من المرسوم السابق ذكره وتنص على ما يلي:

« Le délai minimal de réception des candidatures est de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt »⁴.

وبالنسبة للحوار التنافسي، فإن الأجل الأدنى لاستلام العروض الذي حدده المشرع الفرنسي، هو ثلاثون يوماً⁵، طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 76 من المرسوم المذكور أعلاه على أنه:

« Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à

¹-Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.56.

²-Article 69 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

³- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.68.

⁴- Article 74 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁵-Marie-Hélène Pachon-LEFEVRE, op.cit, p.46.

compter de la date d'envoi de l'avis de marché »¹.

وترك للسلطة المتعاقدة حرية تحديد المواعيد النهائية، مع مراعاة تعقيد كل صفقة وإعطاء الوقت اللازم للمتعاملين الاقتصاديين لتحضير عروضهم، ويجب أن لا تكون هذه المواعيد النهائية أقل من المهل الدنيا المحددة لكل إجراء من الإجراءات السابق ذكرها²، وهذا ما قضت به المادة 43 من المرسوم 16-360 حيث نصت على ما يلي:

« L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre.

En procédure formalisée, ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure décrite aux articles 66 à 76... »³.

ثانيا: المدة القانونية للإعلان عن الصفقات العمومية في الجزائر.

أما في الجزائر فقد أوجب المشرع أن تقدم العروض أو العطاءات، خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة، حيث يبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور لإعلان طلب العروض، على أن يسري الأجل في اليوم الموالي لنشر الإعلان وفقا للقواعد العامة.

والملاحظ أن المشرع لم يتشدد في وضع أجل واحد يطبق على جميع الإدارات العمومية، بل أعطى لهذه الأخيرة سلطة تقديره في اختيار الأجل الذي يناسبها، ولكنه بالمقابل ألزم المصلحة المتعاقدة عند وضع الأجل، بمراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة، والمدة التقديرية لتحضير العروض⁴، وهذا ما نصت المادة 66 فقرة 01 على أن:

¹ - Article 76 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

² - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.68.

³ - Article 43 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.259.

"يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحتها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها"¹، كما نصت الفقرة 03 من نفس المادة على أن: "تحدد المصلحة المتعاقدة اجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة عندما يكون مطلوبا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض..."² وكان من الأفضل على المشرع الجزائري، وتفاديا لأي خروقات أو انتهاكات قد تقع، أن يحدد في النص أجلا أدنى تلتزم الإدارة المتعاقدة بمراعاته وعدم النزول عنه، كأن يضبط مثلا بـ 15 يوما أو 20 يوما، تبدأ من اليوم الموالي من تاريخ نشر أول إعلان لطلب العروض، فتحدد المصلحة المتعاقدة أجلا لاستقبال العطاءات من طرف المتعهدين، على أن لا تقل مدته عن 15 أو 20 يوما كحد أدنى، حتى لا تعتمد الإدارة إلى وضع أجل قصير، قد يجرم الكثير من المعنيين من إيداع عروضهم خاصة إذا كانت الوثائق المطلوبة كثيرة وتتطلب وقتا طويلا لتحضيرها³.

كما أن المشرع قد أجاز للإدارة، في أن تمدد من الآجال المقررة في المنافسة إذا اقتضت الظروف ذلك، وهي ملزمة في هذه الحالة بإخطار المترشحين بكل الوسائل، طبقا للفقرة 02 من المادة 66 التي تنص على ما يلي: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض، إذا اقتضت الظروف ذلك. وفي هذه الحالة، تخبر المتعهدين بذلك بكل الوسائل"⁴. إضافة إلى ذلك فقد ألزم المشرع الإدارة المعنية عند اختيارها للآجال، أن تفتح المجال واسعا لأكبر عدد من المتنافسين لتحضير عروضهم، طبقا لما نصت عليه الفقرة

¹ - المادة 1/66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 3/66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ - عمار بوضيف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.260.

⁴ - المادة 2/66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

04 من المادة 66 على أنه: "ومهما يكن من أمر فانه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد من المتنافسين"¹.

المبحث الثاني: حالة الإخلال بقواعد المنافسة وانتهاك مبدأ المساواة بين المرشحين في عملية إبرام الصفقات العمومية.

إلى جانب الإخلال بمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية هناك الإخلال بقواعد المنافسة وانتهاك مبدأ المساواة في عملية إبرام الصفقات العمومية، كحالة تستوجب إخطار القاضي الإداري بدعوى الاستعجال قبل التعاقد. ولاهيمتهما فقد تم تكريسها في تنظيم الصفقات العمومية سواء في فرنسا أو في الجزائر (المطلب الأول)، وفيما يتعلق بمبدأ المنافسة فإن هناك استثناءات ترد عليه تقضي باستبعاد كل متعامل إقتصادي تتوفر فيه حالة حالات الإقصاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس مبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين في مجال الصفقات العمومية.

للحديث عن تكريس مبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين في مجال الصفقات العمومية فإن الأمر يتطلب بيان مفهومهما وذلك في الفرع الأول، وليس هذا فحسب بل إن التطرق للموازنة بين حرية المنافسة وحرية التعاقد في مجال الصفقات العمومية، هو من الأهمية بمكان وسيتم تناول ذلك بالشرح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم مبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين في مجال الصفقات العمومية.

بما أن الأمر يتعلق بمفهوم مبدأي حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين في مجال الصفقات العمومية، فسيتم تعريفهما وذلك على النحو المبين ادناه.

¹ - المادة 4/66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

أولاً: تعريف مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

يقصد بالمنافسة الحرة فتح باب التزاحم الشريف، أمام كل من يريد المشاركة في الصفقات العمومية. والمنافسة الحرة تحت هذا الوصف تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط للآخرين أو على حسابهم. وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة يجب أن تكون موحدة للجميع، وأن المفاوضات الخاصة بين الإدارة وواحد العارضين تكون ممنوعة.¹

كما يقصد به: حق الأفراد في التقدم للصفقات العمومية، دون منع الإدارة لأحد منهم، أو حرمانه من حقه في التنافس، للوصول إلى إرساء الصفقة عليه بإجراء سواء كان خاصاً أو عاماً.²

كما يقصد به: إعطاء الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط الصفقة، ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة.³

ويطلق على هذا المبدأ بالمزاحمة، والتي تعني المزاحمة بين المشتركين في الصفقة العمومية، لتتمكن الإدارة من الحصول على أفضل الأسعار، على أن يمكن حصر المزاحمة بفترة معينة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات المطلوبة.⁴

ويعني مبدأ حرية المنافسة: حرية دخول الصفقة العمومية، التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يحددها القانون، مما يؤدي إلى فتح المجال أمام تقديم أكبر عدد ممكن من العروض من قبل المترشحين المؤهلين للدخول في هذه الصفقة، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج إيجابية سواء لصالح الدولة، أو المشروع، أو الاقتصاد الوطني بشكل عام، وبذلك

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 589.

² - عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص. 40.

³ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 255.

⁴ - أبوبكر صديق عمر، المرجع السابق، ص. 70.

تستطيع الإدارة أن تختار من بينهم من هو الأجدر والأنسب لنيل الصفقة.¹ فإذا تمت المنافسة في عرض الصفقة بالطريقة التي فرضها القانون، فإن ذلك يحقق الشفافية في تعاملات الإدارة، وإزكاء حرية المنافسة.²

وترتبا على كل هذا، فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو الشركات من التقدم إلى الصفقة العمومية التي أعلنت عنها، طالما أن المترشح قد استوفى الشروط التي تطلبها القانون.³ كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتعهدين على حساب الآخرين، يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء، إلا إذا كان هذا التفضيل مستندا على أساس قانوني. وعلى هذا الأساس، فإنه ليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين، كما أنها ملزمة باستبعاد كل من لم يستوف الشروط المعلن عنها مسبقا.⁴ وتقوم فكرة المنافسة الحرة على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفا حياديا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية قبل موعد فتح الأظرفة، بتقرير فئات المقاولين الذين تدعوهم وتصرف النظر عن غيرهم.⁵

ولهذا المبدأ أسباب نظرية وأخرى عملية أدت إلى ظهوره، كونه المبدأ الذي تستند عليه الصفقات العمومية.

فالأسباب النظرية تتمثل في الحرية الاقتصادية: التي تؤدي إلى جعل النسيج الاقتصادي في ديناميكية تنافسية، وبالتالي فإن قيام الصفقات العمومية على أساس من

¹ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، ص.86.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ص.153.

³ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.79.

⁴ - Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.99.

⁵ - أبو بكر صديق عمر، المرجع السابق، ص.71.

المنافسة، لا يتأتى إلا إذا كان هناك تناسق وانسجام بين عملياتها والنسيج الاقتصادي الوطني، كما أن مبدأ عقد الصفقة العمومية ذاته يثير المنطق التنافسي¹.

أما الأسباب العملية التي جعلت الصفقة العمومية تستند على مبدأ المنافسة الحرة، فتتجلى من خلال ما يلي:

1- لقد أثبتت التجربة دائما بأن استقطاب أكبر عدد من المتنافسين على العقد محل المناقصة أو طلب العروض، يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن، مما يؤدي إلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة.

2- أن المنافسة الحرة تساهم في تحريك القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تجيز الدخول إلى الطلب العام للكافة، ولاسيما المشاريع المتوسطة والصغيرة.

3- أن المنافسة تجعل الإدارة على علم بكل معطيات السوق، مما يفسح المجال لها للاختيار الدقيق والجيد.

4- أن المنافسة من شأنها أن تحافظ على النزاهة في عمليات إبرام العقد، وتبعد شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها الذين ينهضون بعبء عملية الإبرام، فقد أثبتت التجارب والخبرات التاريخية، أن فتح باب السلطة التقديرية أمام الإدارة لأجل اختيار المتعاقدين معها، قد أدى إلى الكثير من الفساد².

ثانيا: تعريف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

إن مبدأ المساواة بين المتنافسين هو أحد أهم المبادئ الأساسية، التي تقوم عليها الصفقات العمومية، والتي يتوجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها عند إبرامها لصفقة عمومية ما، وهو منبثق من المبدأ العام، وهو مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، والذي

¹ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، المرجع السابق، ص.88.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.498.

نصت عليه معظم الدساتير، ومن بينها الدستور الفرنسي والدستور الجزائري¹، ويقضي بأن يعامل كل شخص بنفس الطريقة التي يعامل بها شخص آخر في نفس الحالة²، ومبدأ المساواة في الانتفاع من خدمات المرافق العامة، والذي يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الإداري³.

ويقوم هذا المبدأ على فكرتين متلازمتين:

✓ المساواة ضمن قاعدة القانون: باعتبارها أمراً موجهاً إلى هؤلاء الذين يسنون قاعدة القانون ومؤداه ألا يضعوا تمييزاً أو محاباة بين المخاطبين بها. وبالتالي فإن القانون يجب أن يعامل كل المراكز المتماثلة بطريقة متطابقة. والاختلاف في التعامل لا يجب أن يتم إلا إذا وجد اختلاف في المراكز، أو لأسباب تعود إلى المنفعة العامة، وتتحقق المساواة وفقاً لهذا المفهوم عن طريق عمومية القاعدة القانونية.

✓ المساواة أمام قاعدة القانون: باعتبارها أمراً موجهاً إلى هؤلاء الذين يطبقون قاعدة القانون، بأن لا يميزوا بين الخاضعين لقاعدة القانون دون أن يكون هذا التمييز منصوصاً عليه في القاعدة القانونية ذاتها⁴.

ويعني مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية: أن لكل من يملك قانوناً التقدم إلى الصفقات العمومية، له الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة بين المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم⁵.

¹ - نصت المادة الأولى من دستور فرنسا لسنة 1958 على أن:

« Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion... ».

- كما ان المادة 32 من الدستور الجزائري لسنة 1996، نصت على هذا المبدأ على أن: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي".

² - Daniel CHABANOL, Jean Pierre JOUGUELET, François BOURRACHOT, op.cit, p.29.

³ - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص.438.

⁴ - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.500.

⁵ - ريم علي إحسان محمد الغداوي، المرجع السابق، ص.75.

وتترتب على أعمال هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية النتائج التالية:

- ❖ عندما تحدد الإدارة شروطها للاشتراك في صفقة ما، فعليها أن تأخذ بعين الاعتبار مساواة جميع العارضين في هذه الصفقة، فتفسح المجال أمامهم دون أي تمييز أو تفضيل فيما بينهم، فيمنع عليها أن تحدث أي مفاضلة من شأنها تأمين امتيازات للبعض على حساب الآخر، أو فرض أية عوائق أمام البعض دون الآخر.
- ❖ على الإدارة عند تدقيقها في عروض المشتركين في الصفقة، واختيارها للأفضل منها، أن تتعامل مع هؤلاء المشتركين على قدم المساواة، فتعمم الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن على الجميع، وتختار العرض الأفضل¹.
- ❖ يتعين على الإدارة بعد إعلان العرض الأفضل أن تحافظ على المساواة بين المتعهدين، فلا تعدل في موضوع الصفقة بما يتضمن استبعاد بعض الراغبين في الاشتراك، ولا تبدل في حجم الصفقة بما يخل في اقتصادياتها، أو أن تؤثر على الشروط الأساسية للاشتراك في الصفقة².

وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 20 جانفي 2016، والذي جاء فيه ما يلي:

« Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou

¹ - أبو بكر صديق عمر، المرجع السابق، ص.68.

² - عبد اللطيف قطيس، المرجع السابق، ص.40.

en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats »¹.

فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره هذا، أن قاضي الاستعجال قبل التعاقد الذي تم إخطاره، لا يكفي فقط بمراقبة قواعد الإشهار والوضع في المنافسة ومدى التزام السلطة المتعاقدة بها، واتخاذ القرارات المناسبة في حالة الإخلال بها، بل يتعين عليه التحقق من أن السلطة المتعاقدة لم تشوه مضمون العقد أو تغيير بعض شروطه أو تجاهلها، مما يؤدي إلى انتهاك المبدأ الأساسي، والمتمثل في مبدأ المساواة في المعاملة بين المترشحين.

وبناء على ما تقدم، يمكن تعريف مبدأ المساواة بين المترشحين في الصفقة العمومية، على أنه: "جعل جميع المرشحين الذين تقدموا بعروضهم على قدم المساواة، بأن تكون لديهم نفس المعلومات ونفس قواعد المنافسة، وأن تتم دراسة عروضهم في ظروف مماثلة، واستنادا إلى معايير محددة مسبقا، وذلك في جميع مراحل الإبرام"².

الفرع الثاني: العلاقة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية والموازنة بينهما.

في هذا الفرع سيتم إبراز العلاقة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية (أولا)، وكذا الموازنة بينهما (ثانيا)

أولا: العلاقة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية.

إن حق الخواص في مزاوله أنشطتهم كفاعلين اقتصاديين، لن تقوم له قائمة على أرض الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل الدخول في أسواق المعاملات التجارية

¹ - CE, 20/01/2016, n° 394133, CIVIS, Rec.

² - Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.99.

محاطة بضمانات قانونية صارمة وحماية قضائية ناجعة. وبما أن الصفقات العمومية تعتبر إحدى مجالات هذه الأسواق، تتقاطع فيه إعلانات الإدارات العمومية لتلبية حاجيات مرفقية من أشغال أو توريدات أو خدمات أو دراسات، مع العروض المقدمة من طرف المرشحين المتنافسين استجابة لهذه الإعلانات¹، فإن حماية حرية المبادرة الخاصة، تقتضي وجوبا إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية لمجموعة من الضمانات، التي من شأنها أن تجعل إرساء الصفقة العمومية على مستحقها وحائزها وفقا لنتائج المنافسة الحرة، هو الأصل، واختيار الإدارة للمتعاقد معها حسب سلطتها التقديرية، هو الاستثناء، تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة².

وما يستقطب الاهتمام في هذا المجال، يرتبط بضرورة اكتشاف العلاقة الممكنة بين القانون المنظم لحرية الأسعار والمنافسة، وبين تنظيم الصفقات العمومية، وذلك قصد توظيف إمكانيات التكامل بينهما، لتدعيم الحماية القانونية والقضائية، لممارسة المنافسة الحرة في مجال إبرام الصفقات العمومية.

وما يؤكد هذا الطرح هو صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي سعت من خلاله السلطات العمومية إلى إدخال إصلاح عميق على منظومة الإجراءات والشروط التي تبني عليها عمليات تنظيم المنافسة، وبذلك فهو يهدف إلى إدراج إبرام الصفقات العمومية في منطلق احترام مبادئ الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة والشفافية في التعامل مع المترشحين وتبسيط الإجراءات.

¹ - تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.373.

² - نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية لحماية للمال العام، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، 2013، ص.4.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع الجزائري قد تبنى قضاء استعجاليا قبل تعاقدية، يهدف من خلاله إلى حماية مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، نص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، متأثرا بالمشرع الفرنسي، الذي كان له السبق في إرساء قواعده ضمن قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، وبعده قانون القضاء الإداري، عملا بالتوجيه الأوروبي السابق ذكره، فالجهل بهذه المبادئ يشكل خرقا لقواعد الإعلان والوضع في المنافسة، بالمعنى المقصود في المادة 1-551 L من قانون القضاء الإداري الفرنسي، فيما يتعلق بالاستعجال قبل التعاقد أمام المحاكم الإدارية¹.

وبالتالي فإن الأمر يقتضي دراسة انعكاسات هذه الإجراءات على ممارسة المتعاملين الاقتصاديين للتنافس الحر، من أجل كسب السبق في إنجاز الأعمال المرفقية موضوع الطلبات العمومية، خاصة وأن قيمة الاعتمادات المرصدة لإنجاز الأعمال موضوع هذه الطلبات، تمثل نسبة كبيرة من الناتج الخام المحلي، بالإضافة إلى تبعية المتعاملين الاقتصاديين للصفقات العمومية، والمتجلية في كون أن نسبة كبيرة من هذه الأعمال، تتحقق في إطار أشغال وتوريدات وخدمات منجزة لفائدة أشخاص عامة.

وعلى هذا الأساس، فإن مكانة الصفقات العمومية بالنسبة للمالية العامة والمعاملات التجارية تؤكد مدى أهمية البحث في إشكالات ممارسة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية بهدف تعزيز الضمانات القانونية المنظمة لحق المترشحين لنيل الصفقات في المساواة والتنافس الحر، مع الأخذ بعين الاعتبار الحماية المتوفرة والممكنة في مجال الرقابة القضائية على مشروعية القرارات، وصحة الإجراءات المتعلقة بالمنافسة، كل هذا وذاك من

¹ - Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.100.

أجل ترسيخ منهج حديث للحكام، الغاية منه الارتقاء بممارسة حرية المنافسة وضمن حسن استعمال المال العام¹.

وبناء على ما سبق، فإن الإشكال الذي يجب الوقوف عنده في هذا الصدد، يتمحور حول السؤال التالي: إلى أي مدى ستسهم الضمانات القانونية والحماية القضائية المتوفرة، في التوازن بين حرية المنافسة وحرية التعاقد في مجال الصفقات العمومية؟ هذا ما سيتم التفصيل فيه أدناه.

ثانيا: الموازنة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية.

والمقصود بذلك، الموازنة بين مبدأ المنافسة الذي يضمن ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح المتعاملين الاقتصاديين بالقطاع الخاص، وبين ضرورة إعطاء هامش من السلطة التقديرية للمكلفين بتدبير الصفقات العمومية، لتمكينهم من تحقيق فعالية الطلبات العمومية، من خلال منحهم عند الاقتضاء حرية اختيار المتعاقدين مع الإدارة².

فعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بمجال التصرفات التعاقدية، الرامية إلى بناء شراكة متوازنة بين مرافق الدولة والقطاع الخاص، فإن الإدارة تبقى صاحبة امتيازات السلطة العامة، التي يخشى أن يتم توظيفها بغرض توسيع دائرة السلطة التقديرية للإدارة، والمتمثلة في حرية اختيار التعاقد على حساب المبادئ الضامنة لحق كافة المنافسين في التباري سواسية لنيل الصفقات العمومية، وفق المعايير والشروط السارية على الجميع. كما يخشى أيضا أن يتم فرض الهيمنة بحكم الواقع، على سوق الطلبات العمومية لفائدة بعض المترشحين بسبب تواطؤاتهم أو وضعياتهم الاحتكارية، وهو ما يتنافى ومبدأ مساواة جميع المنافسين لدخول هذه السوق.

¹ - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص.376.

² - الجليلي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في لصفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الطبعة الأولى، 2008، عدد 79، ص.25.

وانطلاقاً من كون تنظيم المنافسة في مجال الصفقات العمومية، لا يهدف إلى ترسيخ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين أمام فرص الظفر بها فحسب، بل هو أيضاً وسيلة لضمان الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، وفعالية النفقات الموجهة لإنجاز الأعمال اللازمة لسير المرافق العامة، فإن الأمر يقتضي إلحاق هذه الضمانات وجعلها من صميم النظام العام، في كل ما يرتبط بتحقيق مبدأ المساواة باعتباره المبدأ الذي يتم الارتكاز عليه، لتحريك إجراءات المنافسة من أجل كسب الطلبات العمومية، سواء تعلق الأمر بالشروط المطلوبة في هذه الإجراءات، أو تعلق الأمر بالوصول إلى المعلومات التي ينبغي نشرها بين المتنافسين، أو بالأسباب الموجبة لاختيار الفائز بالصفقة واستبعاد غيره من المتنافسين¹.

وعلى هذا الأساس، فإن السؤال المتعلق بمعرفة أين تنتهي حرية المنافسة، وأين تبدأ حرية التعاقد، هو النقطة التي تركز عليها الحماية القانونية والقضائية لحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وفي سبيل ذلك يتعين أن تتيح عملية التنافس ربط مشروع الصفقة بالعطاء الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وهي نتيجة يصعب تحقيقها إذا لم يتم تنظيم المنافسة في هذا المجال على أساس الشروط الجوهرية التالية:

- إمداد المتعاملين الاقتصاديين المرشحين لنيل الصفقة بكافة المعلومات اللازمة لتقدير متطلبات الصفقة دون تمييز أو امتياز.
- استقلالية قرار كل منافس للمشاركة في التباري من أجل نيل الصفقة، بعيداً عن تأثير أي شكل من أشكال التواطؤ أو المضاربة.
- وجوب تقديم المنافس لعرضه دون سابق علم بفحوى عروض غيره من المتنافسين.

¹ - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص. 378.

➤ قابلية العروض للمقارنة والتفاضل فيما بينها، وفق معايير التقييم المحدد سلفاً من طرف المصلحة المتعاقدة.

➤ فتح آفاق جديدة لتحسين حقوق المتنافسين، متصلة بضرورة إلزام الإدارة بتعليل قراراتها في مجال الصفقات العمومية، وذلك بغية استكمال الضمانات الخاصة بممارسة حرية المنافسة في هذا المجال¹.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

لم يتم تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية على إطلاقه وإنما هناك استثناءات ترد عليه تتمثل في حالات الإقصاء والإستبعاد من المشاركة في الصفقات العمومية نص عليها كل من القانون الفرنسي (فرع أول) والقانون الجزائري (فرع ثان).

الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في القانون الفرنسي.

إن الإقصاء في القانون الفرنسي يكون إما لأسباب قانونية (أولاً) وإما لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة (ثانياً).

أولاً: الإقصاء لأسباب قانونية.

لقد نص المشرع الفرنسي على نوعين من الإقصاء في الأمر رقم 15-899 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015.

وهنا تنص المادة 45 من هذا الأمر بصورة شاملة على الإقصاء الإجباري والعام، الذي يتعين بموجبه على السلطة المتعاقدة أن تستبعد تلقائياً من عملية إبرام الصفقات

¹ - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص.378.

العمومية، أي مرشح يثبت أنه خاضع لهذا الإقصاء. لأن الغرض من ذلك هو ضمان نزاهة المرشحين للحصول على العقود العامة¹، وجاء فيها ما يلي:

Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues du code pénal², du code général des impôts et pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité³, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

L'exclusion de la procédure de passation des marchés publics au titre du présent 1° s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

2° Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles.

3° Les personnes :

a) Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce.

b) Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce.

c) Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce.

¹ - Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.199.

² - articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1.

³ - articles 1741 à 1743 1746 ou 1747, articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal.

4° Les personnes qui :

a) Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues du code du travail¹ ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal.

b) Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché public, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du code du travail.

c) Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.

L'exclusion prévue au présent 4° s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

5° Les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail².

وتنص المادة 48 من نفس الأمر على الحالات الاختيارية للإقصاء من عملية إبرام الصفقات العمومية، وهي حالة جديدة في التوجيهات الأوروبية الصادرة في 2014/02/26 بشأن الصفقات العمومية³، وقد جاء نص المادة 48 كما يلي:

« I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :

¹-articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2.

²- Article 45 d'ordonnance n° 2015-899 relative aux m.p, précité.

³- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.204.

1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur.

2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusio, de sélection ou d'attribution.

3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

4° Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait

compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

II. - Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement »¹.

ثانيا: الإقصاء لشروط تفرضها السلطة المتعاقدة.

يجوز للسلطة المتعاقدة أن تقرر تحديد عدد المرشحين المقبولين لتقديم عرض. وفي هذه الحالة يجب الإشارة إلى ذلك في إعلان الصفقة عن طريق تحديد معايير الاختيار، والحد الأدنى لعدد المرشحين الذين يتم استدعاؤهم لتقديم عروضهم، بحيث لا يمكن أن يكون عددهم أقل من خمسة، بالنسبة لطلب العروض المحدود، ولا يقل عددهم عن ثلاثة في الإجراء التنافسي مع التفاوض، أو في الحوار التنافسي. بيد أنه إذا كان عدد المرشحين الذين يستوفون معايير الاختيار أقل من الحد الأدنى، يجوز للسلطة المتعاقدة أن تواصل الإجراء فقط مع المرشحين الحاصلين على المؤهلات المطلوبة² طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 47 من المرسوم رقم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية التي تنص على ما يلي:

« Toutefois, pour les pouvoirs adjudicateurs en appel d'offres restreint, le nombre minimal est de cinq en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le

¹- Article 48 d'ordonnance n° 2015-899 relative aux m.p, précité.

²- Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.56.

pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises »¹.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

إن الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية في القانون الجزائري على نوعين، إقصاء لأسباب قانونية (أولا) وإقصاء لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة (ثانيا) أولا: الإقصاء لأسباب قانونية.

لقد نص المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال المادة 75 منه، عن الإقصاء المؤقت والإقصاء النهائي للمتعاملين الاقتصاديين، بحيث يمنعون من الدخول إلى المنافسة حسب الحالة، وتطبيقا لهذه المادة فقد صدر قرار عن وزير المالية بتاريخ 19 ديسمبر 2015²، يحدد من خلاله حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية. 1) الإقصاء المؤقت.

وينقسم الإقصاء المؤقت إلى قسمين: إقصاء يتم بصفة تلقائية ولا يحتاج لصدور قرار، وإقصاء يثبت بمقرر صادر عن الجهة المختصة، ويبين القرار الوزاري حالات كل منهما:

¹-Article 47 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

²- قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج. ر. ج. د. ش. عدد 17، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.

ا) حالات الإقصاء المؤقت التلقائي.

لا يحتاج الإقصاء المؤقت التلقائي إلى مقرر يثبتته، لأن اسمه يدل عليه، فيكون المتعامل في وضعية إقصاء تلقائياً بمجرد توافر أحد الحالات المبينة في المادة 03 من القرار الوزاري والمتمثلة في:

- المتعاملون الذين هم في وضعية أو حالة تسوية قضائية أو صلح. غير أن ذات المادة أوردت استثناء يتعلق بترخيص بمواصلة النشاط يمنح لهؤلاء من قبل القضاء المختص. وتبدو حالة الإقصاء هذه منطقية، إذ كيف يعقل منح صفقة عمومية بما لها من أبعاد تتعلق بالمصلحة العامة، لمن هم في تسوية قضائية.

- المتعاملون الذين هم محل إجراء تسوية قضائية أو صلح. غير أن نفس المادة أوردت استثناء يتعلق بترخيص بمواصلة النشاط يمنح لهؤلاء من قبل القضاء المختص.

- المتعاملون الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

- المتعاملون الذين لم يستوفوا إجراء الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

- المتعاملون الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي تصريح كاذب أو مخالفة تمس بالنزاهة.

- المتعاملون الذين ثبتت إدانتهم بصفة نهائية من قبل القضاء¹، وهذا بسبب مخالفتهم لأحد التشريعات المعمول بها².

¹ - المادة 3 من القرار الوزاري الذي يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، سابق الإشارة إليه.

² - أحكام المادتين 19 و23 من القانون رقم 81-10 المؤرخ في 01/07/1981 المتعلق بشروط تشغيل الأجانب المعدل.

- أحكام المواد 7 و13 و15 و16 و24 من القانون رقم 83-14 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي المعدل والمتمم.

- أحكام المواد 37 و38 و39 من القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26/01/1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

- أحكام المواد 140 و144 و149 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم.

- أحكام المادتين 24 و25 من القانون رقم 04-19 المؤرخ في 25/12/2004 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل.

والمغزى من هذا الإقصاء، أن المشرع أراد أن يقصر مجال المنافسة فقط على المتعاملين الاقتصاديين الذين هم في وضعية سليمة ونظامية، تجاه تطبيق قوانين الجمهورية المتعلقة بوضعيتهم ومؤسساتهم، فطالما ثبتت المخالفة الكبرى والجسيمة لهؤلاء، فهم بنظر القانون خارج مجال المنافسة تلقائياً، إلى أن يعمدوا إلى تسوية وضعياتهم، لذلك أطلق القرار على حالات الإقصاء هذه بالإقصاء التلقائي المؤقت¹.

ب) حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر.

وهذا الإقصاء لا يكون تلقائياً، بل يحتاج إلى قرار صادر عن الجهة المختصة، يثبت الوضعية التي أدت إليه. وقد بينت المادة 04 من القرار الوزاري حالات هذا الإقصاء وهي كالتالي:

- المتعاملون الذين رفضوا استكمال عروضهم، أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض دون سبب مبرر.
- المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المتعاملون الذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة تحت مسؤوليتهم، إلا إذا أثبتوا أن الأسباب التي أدت إلى هذا الفسخ قد زالت².

وبالبناء على كل هذا، يمكن القول أن المتعاملين الاقتصاديين الذين هم في وضعية إقصاء مؤقت تلقائياً، أو بموجب مقرر صادر عن السلطة المختصة، لا يمكن لهم الدخول في المنافسة من أجل كسب صفقة عمومية، وهذا يعني أنه لا يحق لهم إخطار قاضي

¹ - عمار بوضيف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص. 267.

² - المادة 04 من القرار الوزاري يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، سابق الإشارة إليه.

الاستعجال قبل التعاقد، في حال تم استبعادهم من المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة، طيلة مدة الإقصاء والمحددة في المادة 105¹ من القرار الوزاري المذكور.

2) الإقصاء النهائي.

وبدوره ينقسم الإقصاء النهائي إلى قسمين: إقصاء نهائي تلقائي، وإقصاء نهائي بموجب مقرر، ولكل منهما حالاته.

1) حالات الإقصاء النهائي التلقائي.

إن الإقصاء النهائي التلقائي يثبت بمجرد توافر الحالة أو الوضعية التي تؤدي إليه، ولا يحتاج إلى قرار آخر يؤكد، فاسمه يدل عليه، وقد بينت المادة 07 من القرار الوزاري حالاته وتمثل في:

- المتعاملون الذين هم في وضعية إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط.
- المتعاملون الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش، ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم، في مجال الجباية والتجارة والجمارك.
- الأجانب الذين أدخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 284² من المرسوم الرئاسي 15-1247¹.

¹ - تنص المادة 05 من القرار الوزاري بحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، سابق الإشارة إليه على ان: " يتخذ الإقصاء المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة:

- ستة اشهر في الحالات المنصوص عليها في المادة 04 اعلاه.
- سنة واحدة في حالة التسجيل في قائمة المؤسسات التي اخلت بالتزاماتها.
- سنتين في حالة الادانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.
- ثلاث سنوات في حالي الادانة بصفة نهائية من طرف العدالة بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية وبسبب التصريح الكاذب وفي حالة التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية".

² - تنص المادة 84 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت.ص.ع.م.ع سابق الإشارة إليه على أنه: " يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق

ب) حالات الإقصاء النهائي بمقرر.

يحتاج الإقصاء النهائي إلى تعبير الجهة المختصة عن إرادته، في إزاحة متعامل اقتصادي بعد توافر الحالة المحددة في المادة 08 من القرار الوزاري، والمتمثلة في المتعاملين الاقتصاديين الذين أخلوا بالتزاماتهم التي كانت محل مقرر ثان للفسخ تحت مسؤوليتهم على مستوى كل مصلحة متعاقدة².

ومن هذا المنطلق وطبقا لمقتضيات المرسوم الرئاسي 15-247 والقرار الوزاري الصادر عن وزير المالية، يمكن القول أن المتعامل الاقتصادي الذي يقصى من المشاركة في صفقة عمومية، فإن الأثر يمتد لباقي الصفقات، فلا يمكن تصور حرمانه من منافسة لتوافر حالة من الحالات المشار إليها ليفسخ المجال أمامه للمشاركة في منافسة أخرى³.

ثانيا: الإقصاء لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة.

وذلك بإعطاء المصلحة المتعاقدة قدرا من الحرية والسلطة التقديرية، سواء في أسلوب طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، أو في أسلوب طلب العروض المحدود.

الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها.

وبغض النظر عن أحكام المادتين 130 (الفقرتان 2 و3) و133 أدناه، يجب أن يتضمن دفتر الشروط ضمانات مالية للصفقة. وإذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقا للرزامة الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط لخطا من المتعامل المتعاقد الأجنبي، فإنها يجب أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المحددة في المادة 149 أدناه بضرورة تدارك ذلك في أجل يحدد في الإعذار وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات مالية محددة حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 147 أدناه، وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية حسب الشروط المحددة في المادة 75 أعلاه.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك إذا رأت ضرورة في ذلك فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة...

¹ - المادة 07 من القرار الوزاري يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، سابق الإشارة إليه.
² - تنص المادة 1/08 من القرار الوزاري يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، على مل يلي: "تمسك قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها التي كانت محل مقرر ثان للفسخ تحت مسؤوليتهم على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتنتشر في مواقعها الإلكترونية وفي البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية"

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.270.

1) السلطة التقديرية للإدارة في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

فلقد منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة قدرا من الحرية والسلطة التقديرية، في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية، فتقوم بضبط الإعلان فلا يشارك في العرض إلا من توافرت فيهم شروطا خاصة، أو مؤهلات دنيا أعلنت عنها الإدارة، فيكون عندئذ طلب العروض مغلقا أو محددا أو مقيدا بشروط ومؤهلات وقدرات دنيا مشار إليها في الإعلان. فيضيق مجال المنافسة. ويتجلى هذا في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا المنصوص عليه في المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247. إن هذا الأسلوب يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتها أيضا، أن تقدر ما تراه صالحا من شروط خاصة، وتعلن عبر إعلان طلب العروض، ما تطلبه وتشرطه في المتعاقد معها من شروط تقنية ومهنية.¹

وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة 44 المذكورة أعلاه طبيعة الشروط المفروضة من قبل المصلحة المتعاقدة وصنفتها إلى:

* قدرات تقنية: وتتعلق بالوسائل التي يجوزها المرشح، والتي ستخصص لتنفيذ موضوع الصفقة، فلا يمكن السماح لأي مرشح من تقديم عرضه، ما لم تتوفر فيه الشروط التقنية المحددة في الإعلان.

* قدرات مالية: فقد تفرض الإدارة على المرشح مثلا وسائل مادية وبشرية يستوجبها المشروع، أو معدل رقم أعمال لمدة ثلاث سنوات الأخيرة.

¹ - النوي حرشى، الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص.158.

* قدرات مهنية: فقد تفرض المصلحة المتعاقدة مثلاً شهادات تأهيل من نوع معين، أو شهادات أخرى، أو قد تفرض شهادات حسن الانجاز في النشاط محل المنافسة¹.

2) السلطة التقديرية للإدارة في طلب العروض المحدود على مرحلتين.

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب طلب العروض المحدود المنصوص عليه في المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247، عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة. فيجوز للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي لخمسة منهم، وحصراً للمنافسة بينهم فقط، ذلك أن موضوع الصفقة وطابعها الخاص والمميز هو الذي يعطي للإدارة الحق في اللجوء للانتقاء الأولي للمرشحين، مما يكفل لها قدراً من الحرية والسلطة التقديرية، تتمثل في الاعتراف لها بسلطة انتقاء المرشحين مسبقاً كمرحلة أولى، ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عنهم، وبحكم طبيعة الخدمة موضوع الصفقة. وهذا ما يدل على أن المشرع يشهد بالطابع المعقد لبعض العمليات، لذا جاءت الفقرة الثالثة من المادة 45 شارحة موضوع طلب العروض المحدود، كونه يمس العمليات المعقدة أو ذات الأهمية البالغة، بما يبرر اللجوء إلى حصر مجال المشاركة والخروج عن القاعدة².

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب طلب العروض المحدود، في حال اشتراطها لمواصفات تقنية في العمل، أو المادة محل التعاقد، أو نجاعة معينة، مما يبرر أن المنافسة ستكون جد محدودة، وتشمل المتعهدين الذين اتصلت بهم المصلحة المتعاقدة دون سواهم، باعتبارهم الأقدر على تنفيذ موضوع هذه العملية الخاصة أو المعقدة³.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.199.

² - النوي خرشني، المرجع السابق، ص.163.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.203.

الباب الثاني: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد والفصل فيها.

يشكل قضاء الاستعجال قبل التعاقد جزء مهما من منازعات الصفقات العمومية، وقد سبق القول أن هذا القضاء هو ذلك الإجراء الذي يفرض رقابة صارمة على العقود والصفقات العمومية قبل إبرامها، فمجاله يمتد إلى مراقبة إحترام كل تشريع أو تنظيم ينص على التزامات الإشهار والمنافسة عند إبرام العقود التي تدخل في اختصاصه، وأن دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي دعوى وقائية سابقة على إبرام العقد الغاية منها حماية قواعد العلانية والمنافسة ومبدأ المساواة، وهي بمثابة المحرك الأساسي لهذا القضاء، لأنه يفترض في المصلحة المتعاقدة وهي بصدد إبرامها للصفقات العمومية أن تحترم هذه المبادئ لأنها لم توضع عبثاً، ذلك أن عقود الإدارة وصفقاتها العمومية تستهلك الكثير من الأموال العامة، فاحترام هذه المبادئ يعد تحقيقاً للمصلحة العامة من خلال انتفاع جميع المواطنين من خدمات المرافق العامة، وحفاظاً على المال العام وذلك بالاستعمال العقلاني للموارد المالية والقضاء على الفساد الذي يطاله، وإرساء لدولة القانون بإتاحة الفرصة لأكبر عدد من المتعاملين الاقتصاديين للدخول في علاقات عقدية مع الإدارة وأن تقف موقف الحياد إزاءهم باعتبارهم متنافسين. وعطفاً على ما تقدم، فإن أي إجراء تتخذه المصلحة المتعاقدة يشكل مخالفة لقواعد الإشهار والوضع في المنافسة المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها، يعد سبباً جدياً لتحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد (الفصل الأول)، إلى أن ينتهي المطاف بالفصل فيها (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

عندما يتحقق الاخلال بقواعد العلانية والوضع في المنافسة عند ابرام العقود والصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة, فإن ذلك يؤدي إلى تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد, وعلى هذا الأساس فإن هذه الدعوى كغيرها من الدعاوى القضائية الأخرى سواء الموضوعية أو الاستعجالية، ترفع من طرف شخص طبيعي أو معنوي ضد شخص آخر، وهو ما يعرف بأطراف الدعوى (المبحث الأول)، ولقبولها يجب اتباع إجراءات قانونية معينة وهي إجراءات رفع الدعوى (المبحث الثاني). فقيم تتمثل أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد وما هي الإجراءات المتبعة لرفعها؟ والإجابة ستكون على النحو التالي.

المبحث الأول: أطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

من خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد وضوح وبيان أطرافها، وعلى هذا الأساس سيتم التفصيل في هذا الأمر من خلال بيان من هو المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وذلك في المطلب الأول، ومن هو المدعى عليه في هذه الدعوى وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لقد بين قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، وقانون القضاء الإداري الفرنسيين، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الطرف الأول في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وهو المدعي، فقد يكون رافع هذه الدعوى مدعياً بحكم المصلحة (فرع أول)، وقد يكون مدعياً بحكم القانون (فرع ثاني).

الفرع الأول: المدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن معرفة المدعي بحكم المصلحة تكون من خلال بيان الأساس القانوني له (أولاً)، ومن خلال تسليط الضوء على المقصود به (ثانياً).

أولاً: الأساس القانوني للمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن هذه الدعوى ترفع من كل الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد، والذين يمكن أن يتضرروا من جراء خرق قواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية،¹ وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية الفرنسي:

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement,... ».

والمادة L.23 من نفس التقنين والتي تنص على ما يلي:

« Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement »².

ونفس الصياغة جاءت بها المادة L.551-10 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، وقد نصت على ما يلي:

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.848؛ بزاحي سلوى، المرجع السابق، ص.10؛ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.209؛

Olivier LE BOT, op.cit, p.591.

² - Article L.22 et L.23 du Code Des Tribunaux Administratifs et Des Cours Administratives d'Appel, précité.

« Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L.551-1 et L.551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué »¹.

ونفس النهج سار عليه المشرع الجزائري، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال،".²

ثانياً: المقصود بالمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

والمقصود به المتعامل الاقتصادي الذي تبرم معه الصفقة، حيث بينت المادة الرابعة من الأمر رقم 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي أن الصفقات العمومية عقود تبرمها السلطات المتعاقدة أو الكيانات المتعاقدة مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين³. والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين⁴.

ويتعلق الأمر هنا بالمتعامل الاقتصادي المتضرر من إبرام العقد، كما هو الشأن في حالة عدم لجوء الإدارة إلى طلب العروض، بالرغم من أن القانون يوجب ذلك، أو أن العرض المقدم من طرف متعامل آخر، والذي تمت الموافقة عليه أسوء بكثير من العرض

¹-Article L.551-10 du CJA, précité.

²- المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

³-Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, op.cit, p.7.

⁴- مونية جليل، المرجع السابق، ص.7.

الذي يمكن أن يقدمه هو¹. هذا ويجب أن يكون المتعامل المقصى فعليا قادرا على إبرام الصفقة، وله مؤهلات مالية ومادية وتقنية للقيام بذلك،² وفي هذا الخصوص قرر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 16 ديسمبر 1996 ما يلي:

« Conseil régional de l'ordre des architectes saisissant le président du tribunal administratif, sur le fondement de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, d'une demande tendant à ce qu'il se prononce sur la régularité d'un avis d'appel à la concurrence lancé par une université pour la réalisation d'un amphithéâtre. Quels que soient les pouvoirs que la loi du 3 janvier 1977 confère à l'ordre des architectes pour défendre les intérêts collectifs de ses membres, le conseil régional, qui n'a pas vocation à conclure le contrat, n'est pas recevable à saisir le président du tribunal administratif »³.

وبالتالي فإن الدعوى لا تقبل من الأشخاص الغرباء كليا عن عمليات إبرام العقد، كالمتعاقدين من الباطن⁴، والمكلفين المحليين، والتنظيمات المهنية، أو تنظيمات حماية البيئة،

¹ - حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.554.

² - René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 10 édition, Montchrestien, Paris, 2000, p.1335.

³ - C E, 16/12/1996, n 158234, Conseil régional de l' ordre des architectes de la Martinique, Rec, p.493.

⁴ - يقصد بالتعاقد من الباطن "إتفاق المتعاقد مع الإدارة مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد الأصلي على أن يكون قابلا للتجزئة مع ترك المسؤولية الكاملة للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد"، وعرفت المادة الأولى من القانون رقم 1334 الصادر بتاريخ 1975/12/31 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2001/12/11 المعروف بإسم قانون MURCEF التعاقد من الباطن على أنه:

« l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée soustraitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage ».

ويعرف كذلك على أنه:

« La sous-traitance est donc l'opération par laquelle un entrepreneur - appelé entrepreneur principal - confie sous sa responsabilité à un autre entrepreneur - appelé sous-traitant - l'exécution :

- de tout ou partie du marché privé

وعلى العكس من ذلك فإن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تقبل من المرشح الذي أدى الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة، إلى الحيلولة دون تقدمه بعرضه، وهو ما يسمى بالمرشح المهم، وكذلك تقبل من المرشح الذي تم استبعاده من المنافسة دون وجه حق، وتقبل الدعوى كذلك من وكيل المتعهدين المجتمعين في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، بهدف تنفيذ الصفقة، كما أنها تقبل من المتعاقدين القدماء لذات العقد والذي تم تجديده، وتقدموا بعروضهم وترشيحاتهم¹.

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه القاعدة بصرامة، فلقد قضت المحكمة الإدارية لرين، بعدم قبول الدعوى المرفوعة من قبل أحد المستشارين البلديين، المتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلانية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة²، وقد جاء في حكمها الصادر بتاريخ 31 مارس 1994، ما يلي:

– ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage».

للتفصيل أكثر أنظر، إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في النزاع الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015. وانظر أيضا:

Patricia Grelier WYCKOFF, Les mémento des marchés publics de travaux, 3 édition, EYROLLES, Paris, 2008.

ولقد نص المشرع الجزائري على التعاقد من الباطن في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنفيذ الصفقات بالعمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه، وذلك تحت مسمى "المناولة" ولم يعرف المشرع الجزائري عقد المناولة وإنما نص في المادة 140 فقرة 01 من ذات المرسوم على أنه. "يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم"، كما نص في المادة 141 منه على أن: "المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة".

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي لم يعرف التعاقد من الباطن وإنما نص في المادة 112 من قانون الصفقات العمومية على ما يلي:
« Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Un marché industriel est un marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur ».

¹– Claudine CHARDIGNY, Contrats et marches, publics de defense, Edition bruyant, Bruxelles, 2013, p.348.

²– Olivier LE BOT, op.cit, p.591.

« Les membres d'un conseil municipal n'ont pas, en cette seule qualité, intérêt pour conclure un contrat ou ne sont pas, en cette même qualité, susceptibles d'être lésés par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Par suite, ils ne sont pas recevables à saisir le président du tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, d'un manquement allégué aux règles de concurrence lors de la passation d'un contrat par la commune »¹.

ولنفس السبب رفضت المحكمة الإدارية لنيس، دعوى مرفوعة من قبل إحدى منظمات حماية البيئة،² كما أن مجلس الدولة الفرنسي قبل دعوى شركة Casa nostra international لأنها تملك مصلحة في هذه الدعوى، تتمثل في إمكانية الظفر بالعقد المحتمل إبرامه.³

« L'intervention de la société Casa Nostra international est admise ».⁴

الفرع الثاني: المدعي بحكم القانون.

إن المدعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين الذين قدموا عروضهم، والذي يمكن أن يتضرر من خرق التزامات العلانية والمنافسة، إنما جهات رسمية منحها القانون صلاحية ممارسة هذه الدعوى لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة والتي تهدف من جهة إلى

¹- T.A, Rennes, 31-03-1994, n 94-257, Becam, Rec, p.1043.

²-T.A, Nice, 16-11-1993, n 933910, Association de défense des intérêts des habitants du quartier, Rec.

³-Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.111.

⁴- CE, 10/06/1994, n 141633, Commune de Cabourg, Rec, p.738.

حماية شفافية إبرام العقود وإلى مراعاة القواعد المتعلقة بالعلانية والمنافسة من جهة أخرى. وعلى هذا الأساس يمكن أن تثار دعوى الاستعجال قبل التعاقد من قبل المحافظ في فرنسا (أولا)، والدولة (ثانياً)، وممثل الدولة على مستوى الولاية (ثالثاً).

أولاً: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المحافظ في فرنسا:

لقد أعطى المشرع الفرنسي للمحافظ هذه الصلاحية بموجب المادة L.22 من تفنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، في فقرتها الثانية، والتي تنص على ما يلي: « ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local »¹.

وكذا المادة L.551-10 من قانون القضاء الإداري التي نصت على ما يلي: « ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local »².

فباعتباره حارساً للمشروعية المتعلقة بإبرام عقود الجماعات المحلية، فإنه يحق لكل محافظ في نطاق اختصاصه، أن يثير دعوى الاستعجال قبل التعاقد، إذا اكتشف أن هناك خرقاً لالتزامات الإشهار والمنافسة في نطاق عقد مبرم من جانب إحدى الجماعات المحلية. والحقيقة أن هذه الصلاحية الممنوحة للمحافظ لضبط المخالفات المرتكبة في نطاق المنافسة

¹ - Article L.22 du CTACAA, précité.

² - Article L.551-10 du CJA, précité.

والعلانية في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإداري، تتكامل مع الاختصاص الممنوح له برقابة أوجه المشروعية في عقود الجماعات المحلية في المرحلة اللاحقة على إبرامها.¹

وبناء عليه، يمكن القول أن المحافظ يملك دعويين لرقابة مشروعية إبرام العقود الإدارية، التي تكون الجماعات المحلية طرفا فيها: الأولى ذات طابع وقائي، وتمثل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد². فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر بتاريخ 14 جانفي 1998 بما يلي:

« Considérant que les dispositions des articles L.22 et R.241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'ont ni pour objet, ni pour effet de priver le représentant de l'Etat dans le département, dans les cas où il n'a pas mis en oeuvre avant la conclusion d'un marché la procédure spéciale de référé prévue par ces dispositions, du pouvoir général dont il dispose de déférer au tribunal administratif les actes des collectivités territoriales et notamment les marchés qu'il estime contraires à la légalité »³.

والثانية ذات طابع علاجي، وتمثل في إمكانية ممارسة دعوى الإلغاء الخاصة، والتي توجه ضد العقد ذاته. ومن دون شك فإن هذا الأمر يحقق صرامة لامتناهية في نطاق رقابة المشروعية، على إبرام هذه العقود قبل تحقق هذا الإبرام وبعده.⁴

وهذا ما قضى مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صادر بتاريخ 23 ديسمبر 2011 فقد جاء فيه ما يلي:

¹-Guillaume BERNARD, op.cit, p.148.

²-Olivier LE BOT, op.cit, p.593.

³- CE, 14/01/1998, n° 155409, Conseil régional de la région centre, Rec, p.453.

⁴-Olivier LE BOT, op.cit, P.593.

« Considérant que le préfet peut, sur le fondement des dispositions des articles L.2131-2 et L.2131-6 du code général des collectivités territoriales, rendues applicables aux établissements publics de coopération intercommunale par l'article L.5211-3 de ce code, saisir le juge administratif d'un déféré tendant à l'annulation d'un marché public qu'eu égard à son objet, un tel recours formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction, qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat »¹.

ولكن يلاحظ أن القانون لم يلزم الجماعات المحلية الفرنسية بإعلام المحافظ بالخطوات القانونية المتخذة، لأجل إبرام العقد كما هو الحال في نطاق دعوى الإلغاء الخاصة، مما يعني مبدئياً أن المحافظ لا يستطيع إكتشاف مخالفات المشروعية المتعلقة بالمنافسة والعلانية، إلا من خلال شكاوى المرشحين المستبعدين، ومداولات المجالس المحلية بشأن إبرام العقد، التي تحول إليه بموجب إجراء دعوى الإلغاء الخاصة.²

¹- CE, 23/12/2011, n° 348648, Min de l'intérieure, Rec, p.1064.

²-Vaudermeeren RENAUD, op.cit, p.97.

ثانياً: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف الدولة:

إن دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي نظام قضائي ذات أصل أوروبي، فهي دعوى موجودة في كل تشريعات الدول الأوروبية الأعضاء في الاتحاد، حيث أن التوجيه الصادر عن الإتحاد الأوروبي رقم 89-665 سابق ذكره، قد منح اللجنة الاقتصادية للاتحاد إمكانية إثارتها أمام القاضي المختص، بالنظر في هذه الدعوى لدى كل دول الاتحاد، ولكن ذلك لا يتم مباشرة، بل على اللجنة أن تلجأ إلى الدولة العضو في الاتحاد، لتبلغها بخرق قواعد المنافسة والعلانية في إطار عقود الصفقات العمومية التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة ضمن التنظيم الإداري للدولة العضو¹. ومن ثم يجب على الدولة المعنية بالأمر أن تلجأ إلى القضاء المختص مباشرة دعوى الاستعجال قبل التعاقد. وما يمكن ملاحظته أن اللجنة لا تملك هذا الحق، إلا في حالة وجود خرق واضح ومباشر لالتزامات العلانية والمنافسة، التي ينص عليها القانون الأوروبي وفي نطاق العقود التي تنطبق عليها هذه الالتزامات فقط. والملاحظ أيضاً أن اللجنة لا تلجأ إلى الدولة لممارسة هذه الدعوى، فيما إذا كان هذا الخرق الواضح والمباشر لالتزامات العلانية والمنافسة الأوروبية مرتكباً من جانب الدولة ذاتها في نطاق عقود تنوي إبرامها، لأن اللجنة في هذه الحالة تلجأ إلى محكمة العدل الأوروبية لمخاصمة الدولة المخلة بالتزاماتها الأوروبية المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وإن لم يكن هناك مانعاً من لجوء اللجنة إلى دعوى القضاء المستعجل قبل التعاقد أمام القاضي المختص داخل فرنسا، لمخاصمة الدولة الفرنسية عن خرقها للالتزامات المتعلقة بالإشهار والمنافسة في عقودها التي تنوي إبرامها.²

¹- Catherine BERGEAL, Frédéric LENCA, op.cit, p.110.

²-Elise LANGELIER, L'office du juge administratif et le contrat administrative, L.G.D.J, Paris, 2012, p.159.

وقد جاء في المادة R.241-23 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية ما يلي:

« Dans le cas prévu au quatrième alinéa de l'article L.22 et au cinquième alinéa de l'article L.23, l'Etat est représenté par le ministre de tutelle lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par un établissement public de l'Etat ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ou par le préfet lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une collectivité territoriale ou un établissement public local ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.

Lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une personne morale de droit privé pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et relevant de l'Etat ou d'une collectivité territoriale, l'Etat est représenté, selon le cas, par le ministre ou le préfet intéressé »¹.

والمادة L.551-10 من قانون القضاء الإداري التي نصت على ما يلي:

« Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise»².

أن تمثيل الدولة يكون بناء على طلب اللجنة الاقتصادية الأوروبية، بواسطة وزير القطاع إذا تعلق الأمر بعقد سيرم من جانب مؤسسة عامة وطنية ذات طابع إداري، أو سيرم من

¹- Article R.241-23 du CTACAA, précité.

²- Article L.551-10 du CJA, précité.

جانب شخص معنوي من القانون الخاص لحساب الدولة، وتمثل الدولة بواسطة المحافظ بالنسبة للعقود التي ستبرم من قبل الجماعات المحلية، أو المؤسسات العامة المحلية ذات الطابع الإداري، أو من قبل أشخاص معنوية من القانون الخاص ولكن لحساب هذه الجماعات المحلية.¹

ثالثا: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية:

إذا كان المشرع الفرنسي قد أعطى إمكانية إثارة دعوى الاستعجال قبل التعاقد من قبل المحافظ، فإن المشرع الجزائري قد أعطى إمكانية إثارة هذه الدعوى للوالي، باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا أبرم العقد أو أنه سيبرم من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية محلية، أو المؤسسات العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية. وعلى هذا الأساس يمكن للوالي إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية.² دون أن يثبت المصلحة أو تضرره من خرق التزامات الإشهار والوضع في المنافسة.³ وهذا التمثيل جاء طبقا للمادة 110 من قانون الولاية، والتي تنص على أن: "الوالي هو ممثل الدولة على مستوى الولاية. وهو مفوض الحكومة"⁴.

¹-Olivier LE BOT, op.cit, p. 593; Catherine BERGEAL, Frédéric LENCA, op.cit, p.111.

²- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.554؛ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي، الجزائر، 2011، ص.476.

³- بروك حليلة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة الفكر، عدد 11، 2011، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.306.

⁴- المادة 110 من القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية، سابق الإشارة إليه.

المطلب الثاني: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

بما أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ترفع نتيجة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، فإن المرتكب لهذا الإخلال يعتبر طرفاً مدعى عليه في هذه الدعوى، سواء في القانون الفرنسي (فرع أول)، أو في القانون الجزائري (فرع ثاني).

الفرع الأول: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.

إن المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي معبر عنه في الأمر المتعلق بالصفقات العمومية بالسلطة المتعاقدة، والكيان المتعاقد، وذلك على الشكل التالي:

1) السلطات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وقد نصت عليها المادة 10 من الأمر 15-899 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي حيث جاء في تلك المادة ما يلي:

« Les pouvoirs adjudicateurs sont :

1° Les personnes morales de droit public.

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur.

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur.

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun »¹.

وهي الدولة ممثلة في الوزارات، كل المؤسسات العمومية الوطنية التابعة للدولة، والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية المحلية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري².

2) الكيانات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وقد نصت عليها المادة 11 من الأمر نفسه على أن:

« Les entités adjudicatrices sont:

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12.

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent directement ou

¹-Article 10 d'ordonnance n° 2015-899 relative aux m.p, précité.

²-DAJ, Les pouvoirs adjudicateurs et Les entités adjudicatrices, Espace marchés publics, <https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016>. تاريخ الاطلاع 02 فيفري 2018.

indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent »¹.

وهي هيئات متعاقدة تعمل كمتعامل شبكة في إطار:

- الطاقة: والأنشطة المعنية هي تلك المتعلقة بالغاز والكهرباء.
- المياه: وذلك بتوفير شبكات ثابتة تهدف إلى تقديم خدمة عامة للجمهور في مجال إنتاج أو نقل أو توزيع المياه الصالحة للشرب.
- النقل: ويتعلق الأمر بتقديم خدمة للجمهور في مجال النقل.
- الخدمات البريدية: وهي الأنشطة الرامية إلى جمع وفرز وتوجيه وتوزيع عناصر البريد في رحلات منتظمة مع خدمات أخرى مثل إدارة خدمات البريد السريع أو المواد غير البريدية مثل البريد المباشر دون عنوان.
- المطارات، والموانئ البحرية أو الأنهار ومحطات النقل الأخرى: بغرض توفير الناقلين في المجال الجوي والبحري والنهري والمطارات والموانئ البحرية والداخلية أو غيرها من محطات النقل.
- استغلال منطقة جغرافية: وهي أنشطة تتعلق بتشغيل منطقة جغرافية لغرض التنقيب عن النفط أو الغاز أو الفحم أو أي مواد أخرى أو استخراجها².

الفرع الثاني: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

قد يكون المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري، شخص من أشخاص القانون العام (أولاً)، أو شخص من أشخاص القانون الخاص (ثانياً). وتبيان ذلك على النحو التالي.

¹ - Article 11 d'ordonnance n° 2015-899 relative aux m.p, précité.

² - DAJ, Les pouvoirs adjudicateurs et Les entités adjudicatrices, op.cit.

أولاً: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد شخص من أشخاص القانون العام.

لقد ورد ذكر هذه الأشخاص في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق ذكره، وهذا طبقاً للمعيار العضوي المعتمد في تنظيم الصفقات العمومية، والممثلين في الدولة، والجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

1) الدولة كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

يتبين من نص المادة 49 من القانون المدني أن الأشخاص الاعتبارية تتمثل في:

- الدولة، الولاية، البلدية.
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
 - الشركات المدنية والتجارية...¹
- ويترتب على منح الشخص المعنوي الشخصية القانونية آثار أوردتها المادة 50 من نفس القانون فيكون له:
- ذمة مالية.
 - أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائه، أو التي يقررها القانون.
 - موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.
 - نائب يعبر عن إرادته.
 - حق التقاضي.²

فالدولة هي أحد الأشخاص الاعتبارية، بل هي الشخص الاعتباري الأول الذي تتفرع عنه الأشخاص الأخرى.

¹ - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.34.

² - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص.152.

والمقصود هنا المعنى الضيق للدولة والمتمثل في السلطة التنفيذية المركزية، وليس المفهوم الواسع المعتمد في القانون الدستوري، والقائم على اعتبار الدولة تفاعل للمفاهيم الثلاث المتمثلة في السلطة والشعب والإقليم، ويقتصر الأمر هنا على الوزارات، التي يخضع تنظيمها وتركيبها وصلاحياتها لتشكيلة الحكومة وتوزيع المهام بداخلها. وتتكون الوزارة من الوزير باعتباره رئيس إدارة الوزارة وممثلها القانوني، ويمتلك تحت هذا الوصف سلطة إبرام العقود باسم الوزارة، وسلطة تمثيلها أمام القضاء، كمدعية أو مدعى عليها¹. وبما أن الأمر يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد والتي ترفع نتيجة للإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة في العقود والصفقات العمومية، والذي يفترض أن تكون الوزارة هي من قامت به في معرض إبرامها لهذه العقود، فإن الوزير في هذه الحالة يمثل الوزارة أمام القضاء كمدعى عليها باعتبارها مصلحة متعاقدة.

وهذا ما يتبين من خلال المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة...

وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة"².

وكذلك نص المادة 165 من نفس المرسوم التي تنص على أن: "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 06 من هذا المرسوم لجنة للصفقات العمومية تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص المحددة في المادتين 173 و181 من هذا المرسوم"³. ومن بين هذه اللجان اللجنة القطاعية

¹ - عادل بوعمران، دروس في المنازعات الادارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص.72.

² - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ - المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

للسفقات العمومية، حيث تنص المادة 179 من المرسوم نفسه على أن: "تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للسفقات تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أدناه"¹، وتشكل هذه اللجنة طبقاً للمادة 185 من المرسوم ذاته من:

- الوزير المعني أو ممثله رئيساً.
- ممثل الوزير المعني نائب رئيس.
- ممثل المصلحة المتعاقدة.
- ممثلان عن القطاع المعني.
- ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة"².

فالرئاسة في هذه اللجنة عهدت للوزير أو ممثله، وهذا أمر طبيعي طالما أطلق على اللجنة ذاتها تسمية اللجنة القطاعية. فالوزير هو أعلى شخصية إدارية في التنظيم الإداري الخاص بقطاعه³، ذلك أن الوزارة وعلى رأسها الوزير حسب كل قطاع وزاري، هي المكلفة بتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، فلا يتصور أن يكون هذا الأخير أو الوزير الأول مدعى عليهما في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

2) الجماعات الإقليمية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وتتمثل الجماعات الإقليمية للدولة في الولاية والبلدية، وذلك على الشكل التالي:

¹ - المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، ص.114.

ا) الولاية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تعتبر الولاية إحدى الجماعات الإقليمية للدولة، وتمثل تحت هذا الوصف الدرجة الثانية من درجات الإدارة المحلية، وأحد أهم تطبيقاته للمركزية الإقليمية، وهي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة، وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة، وتساهم مع الدولة في إدارة وهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذا حماية وترقية وتحسين الإطار المعيشي للمواطنين.¹

وغني عن البيان أن تمثيل الولاية في كل المجالات يكون من طرف الوالي طبقا لقانون الولاية، ذلك أن أجهزة ومديريات وأقسام الولاية ودوائرها ليست لها أية استقلالية قانونية. فالوالي هو من يبرم العقود والصفقات العمومية باسم الولاية، وهذا الأمر تؤكد المادة 105 من قانون الولاية التي تنص على أن: "يمثل الوالي الولاية في جميع أعمال الحياة المدنية والإدارية حسب الأشكال والشروط المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها. ويؤدي باسم الولاية طبقا لأحكام هذا القانون كل أعمال إدارة الأملاك والحقوق التي تتكون منها ممتلكات الولاية".

فطبقا لهذه المادة²، فإن عملية إبرام الصفقات العمومية من بين الأعمال الإدارية التي يقوم بها الوالي تمثيلا للولاية، لما تتمتع به هذه الأخيرة من شخصية قانونية يترتب عنها استقلالية في الذمة المالية، وأهلية إبرام التصرفات القانونية، تماشيا مع نص المادة الأولى في فقرتها الثانية من نفس القانون، التي جاء فيها ما يلي: "وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة" وكذا نص المادتين 49 و50 من القانون المدني سابقتي الذكر.

¹ - عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.74.

² - عادل بوضيف، المرجع السابق، ص.78.

ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة، فإن وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة، تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور. وعلى هذا الأساس، فقد خص قانون الولاية السابق ذكره فرعا خاصا تحت مسمى: "المزايدات والمناقصات والصفقات" في المواد 135 و136 و137 منه حيث نصت المادة 135 على أن: "تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية"، وهي إحالة صريحة من هذه المادة إلى النصوص المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية.¹ وبالرجوع الى المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فإنه ينص في المادة 06 على أن: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".²

وكما سبق القول، فإن الولاية تعتبر إحدى الجماعات الإقليمية، إضافة إلى ذلك فان الولاية باعتبارها مصلحة متعاقدة تحدث لديها لجنة ولائية للصفقات العمومية، وهذا ما ورد في المادة 165 من نفس المرسوم سابق الإشارة إليه، وتشكل هذه اللجنة حسب المادة 173 من ذات المرسوم من:

- الوالي أو ممثله رئيسا.

- ممثل المصلحة المتعاقدة.

- ثلاث ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.103.

² - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
 - مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)، عند الاقتضاء.
 - مدير التجارة بالولاية¹.
- وقد أسندت رئاسة هذه اللجنة للوالي، وهذا أمر بديهي باعتباره ممثلاً للدولة ومندوباً عن الحكومة على مستوى المنطقة².
- كما أن تمتع الولاية بالشخصية القانونية، يعطيها الحق في التقاضي أيضاً، وطبقاً للمادة 106 من قانون الولاية، فإن الوالي هو من يمثل الولاية أمام القضاء سواء كمدعية أو مدعى عليها³.

وإذا كان تمثيل الوالي للولاية أمام القضاء في إي دعوى قضائية لا يثير أي إشكال، فإن الأمر يختلف بالنسبة لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، هذا إذا كان رافع هذه الدعوى صاحب المصلحة في إبرام العقد فلا إشكال في ذلك. فكما سبق بيانه فإن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أعطت للوالي باعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية الحق في إخطار المحكمة الإدارية بعريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، إذا أبرم العقد أو سبب من طرف جماعة إقليمية، والولاية هي إحدى الجماعات الإقليمية، وهي في هذه الحالة مصلحة متعاقدة صاحبة الصفقة العمومية، ويفترض فيها أن تكون هي المخلة بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة. فهل يعقل أن يرفع الوالي دعوى الاستعجال قبل التعاقد ضد الولاية

¹ - المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.98.

³ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.237.

التي يمثلها في إبرام الصفقة المعنية والتي وقع فيها الإخلال؟ بمعنى أن يكون الوالي طرفاً مدعياً ضد الولاية التي يمثلها.

وفرضاً أن الوالي قد رفع الدعوى ضد الولاية مستعملاً حقه تطبيقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعلاه، فمن يمثل الولاية في هذه الحالة كطرف مدعى عليه؟

لعل الإجابة على هذا السؤال، تكون من خلال المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تنص على أن: "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم"، فعبارة "والسلطات المفوضة" هي عبارة جديدة أضافها المشرع في هذه المادة لم تكن موجودة في تنظيمات الصفقات العمومية التي سبقت هذا المرسوم، والفقرة الثانية من المادة 104¹ من المرسوم نفسه، حيث يمكن لكل سلطة من السلطات المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة أن تفوض صلاحياتها في إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، والوالي يعتبر أحد هذه السلطات، وعلى هذا الأساس، يمكن لهذا الأخير أن يفوض صلاحياته في إبرام الصفقات العمومية إلى أحد المسؤولين المكلفين،

¹ - تنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه. على أنه: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:

- مسؤول الهيئة العمومية.
 - الوزير.
 - الوالي.
 - رئيس المجلس الشعبي البلدي.
 - المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية.
- ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

والتفويض في هذه الحالة هو تفويض للاختصاص¹، وفي هذا النوع من التفويض يتحمل المفوض إليه - إلى جانب صاحب الاختصاص الأصيل - جزء من المسؤولية عن سلامة التصرفات التي مارسها في إطار الاختصاص الممنوح له، لأن ما حصل عليه من سلطة بالتفويض لا بد وأن يقابله من المسؤولية ما يماثل قدره. ومعنى ذلك أن تفويض الاختصاص ينطوي في حقيقة الأمر على مسؤولية مزدوجة تقع على عاتق كل المفوض والمفوض إليه بالنسبة للأعمال المفوض فيها². فإذا فوض الوالي أحد المسؤولين المكلفين بإبرام الصفقة العمومية، وقام هذا الأخير في معرض إبرامه للصفقة العمومية بخرق قواعد العلانية والمنافسة، فإن المسؤولية تقع على عاتقه لا على الوالي، وبالتالي يمثل الولاية أمام المحكمة الإدارية كطرف مدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

ب) البلدية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن ما ينطبق على الولاية ينطبق كذلك على البلدية، كون أن هذه الأخيرة تعتبر الجماعة الإقليمية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري، وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالاً عضوياً وقانونياً عن كل من الدولة والولاية، كما أنها تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي. فالبلدية تشكل كياناً مستقلاً وذاتياً³، ثبته القانون المدني في كل من المادتين 49 و50 منه، وكذا قانون البلدية لسنة 2011 في المادة الأولى منه، حيث نصت على أن: "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة...".

¹ - يقصد بالتفويض: نقل الرئيس الإداري بعض اختصاصاته إلى بعض مرؤوسيه ليمارسوها دون الرجوع إليه مع بقاء مسؤوليته على تلك الاختصاصات المفوضة، ومن أنواعه تفويض الاختصاص ويقصد به أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جزء من اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه. بشرط أن يسمح القانون بإجراء هذا التفويض وأن تكون ممارسة الاختصاص المفوض تحت رقابة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل.

² - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص.111.

³ - عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.75.

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية القانونية وبأهلية التعاقد، فإن وظيفتها ضمن التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة، تفرض عليها هي الأخرى الدخول في علاقات عقدية من القانون العام، بهدف النهوض بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور، خصوصا وأنها تمثل قاعدة اللامركزية في الدولة. وطبقا للمادة 78 من قانون البلدية، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلا للبلدية، يمثل البلدية في كل أعمال الحياة المدنية والإدارية، وفق الشروط والأشكال المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

ولاشك أن البلدية حين استعمالها لوسيلة القانون العام، فإنها تخضع حينئذ لتنظيم الصفقات العمومية، سواء عند إبرامها لعقود الأشغال أو الخدمات أو التوريدات أو الدراسات، وفي هذا الصدد فإن المشرع قد أفرد أحكاما خاصة بصفقات البلدية، تحت مسمى "المناقصات والصفقات العمومية"، وذلك في قانون البلدية لسنة 2011 سيما في المواد من 189 إلى 194¹، حيث تنص المادة 189 منه على أن: "يتم إبرام صفقات اللوازم والأشغال وتقديم الخدمات التي تقوم بها البلدية والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفقات العمومية"²، كما أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد نص في المادة 06 منه على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

-الجماعات الإقليمية...

وتدعى في صلب النص بالمصلحة المتعاقدة"³.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.104.

² - المادة 189 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، سابق الإشارة إليه.

³ - المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

والبلدية كما سبق القول هي إحدى الجماعات الإقليمية، إضافة إلى ذلك وباعتبارها مصلحة متعاقدة، فإنها تحدث لديها لجنة بلدية للصفقات العمومية، حسب ما ورد في المادة 165 السابق ذكرها، وطبقا لنص المادة 174 من ذات المرسوم، على أن هذه اللجنة تتكون من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الخدمة (بناء، اشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء".¹

كما أن تمتع البلدية بالشخصية القانونية، يعطيها الحق في التقاضي، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، ويتم تمثيلها أمام القضاء بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي وفي كل الدعاوى،² بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، باعتباره هو الذي يعبر عن إرادتها، ويبرم العقود باسمها بما فيها الصفقات العمومية والعقود الإدارية. وترفع الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد، أو من قبل الوالي، باعتبار البلدية جماعة إقليمية، إضافة لكونها مصلحة متعاقدة، ويفترض فيها أن تكون هي المخلة بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه كيف يمكن للوالي اكتشاف هذا الإخلال؟

¹ - المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.225.

لعل ذلك يرجع إلى كون قانون الولاية مكن مصالح الولاية، بإيفاد ممثلين عنها لحضور عملية إبرام الصفقة العمومية التي تبرمها هذه البلديات، بمعنى أن الوالي يمكن له المتابعة والإشراف ومراقبة الصفقات العمومية للبلديات، وهذا ما يتبين من خلال المادة 174 أعلاه، والمؤسسات العمومية المحلية سواء الإدارية أو التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، وهذا ما يتبين من خلال نص المادة 175 أدنا، على الرغم من أنه لا يمثلها أمام القضاء، فهو الساهر على احترام القوانين والتنظيمات على مستوى ولايته، هذه القوانين والتنظيمات التي يمكن أن تخرقها الهيئات ذاتها، لأجل ذلك كان للوالي تحريك هذه الدعوى¹. والواقع أن رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف الوالي، نادر الحدوث، لأنه ليست لديه المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة على التعاقد، ولا يعلم بالصفقة إلا بعد الاطلاع على المداولة التي تضمنتها.²

3) المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

بتحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة، استحدثت المؤسسات العمومية، وهي أشخاص عامة تتمتع بالشخصية القانونية تنشئها الدولة لإدارة مرافق عامة متخصصة، فتمنحها استقلالاً وذمة مالية مستقلة، ويكون لها حق التقاضي. وبحسب تعريف المؤسسة العمومية، فإن المرفق العام في هذه الحالة يتجه في حركته من مركز السلطة إلى مركز المحيط. فيعتبر الصورة التطبيقية لما يسمى باللامركزية المرفقية، والتي تستند إلى عنصرين متعارضين ومتكاملين في الوقت ذاته، عنصر الاستقلالية الجزئية والنسبية عن السلطة الإدارية المركزية، وعنصر التبعية للمركز وارتباطها برابطة الوصاية³.

¹ - عثمان بوشكوية، المرجع السابق، ص.8.

² - بروك حليلة، المرجع السابق، ص.306.

³ - عادل بو عمران، المرجع السابق، ص.76.

وقد أقر المشرع الجزائري العمل بأسلوب المؤسسات العامة الإدارية، مانحا إياها الشخصية القانونية، وهو ما يظهر جليا من خلال نص المادة 49 من القانون المدني، وتعرف على أنها تنظيم إداري يقوم بإدارة أموال الدولة بصورة غير مباشرة، وفقا للأهداف التي يحددها التنظيم القانوني، وذلك تحت رقابة الدولة، أو بمعنى أدق هي تلك المؤسسات التي تمارس نشاطا ذو طبيعة إدارية محضة، وتتخذها الدولة والمجموعات الإقليمية المحلية كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية الإدارية، وتتمتع بالشخصية القانونية وتخضع في أنشطتها لأحكام القانون الإداري، كما ينظر منازعاتها القضاء الإداري، ويصنف عمالها على أنهم موظفون عموميون، كما تحظى أموالها بالحماية القانونية التي فرضها التشريع، على اعتبار أنها أموالا عامة، وتخضع في عقودها لقانون الصفقات العمومية¹. ويستوي في ذلك أن تكون هذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وطنية أو محلية، وهذا ما يتجلى من نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات: ...

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري...

وتدعى في صلب النص بالمصلحة المتعاقدة"².

وتحدث لدى كل مؤسسة عمومية وطنية أو محلية باعتبارها مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات العمومية تكلف بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية، وتتشكل لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري حسب المادة 172 من المرسوم الرئاسي نفسه من:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.108؛ عادل بوعمران، المرجع السابق، ص.77.

² - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع. ت. م.ع، سابق الإشارة إليه.

- المدير العام أو مدير المؤسسة أو مثله.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (الميزانية، المحاسبة).
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء.
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة¹.

وتتشكل لجنة الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري حسب المادة 175 من المرسوم الرئاسي ذاته من:

- ممثل السلطة الوصية رئيسا.
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو مثله.
- ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (الميزانية، المحاسبة).
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة عند الاقتضاء².

كل هذه المعطيات تجعل هذه المؤسسات العمومية الإدارية، سواء كانت وطنية أو محلية أو هياكل غير ممركرة، مصالح متعاقدة معنية بإبرام الصفقات العمومية، مدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، في حالة إخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.

وإذا كان الأمر لا يثير أي إشكال بالنسبة للمؤسسات العمومية المحلية، حيث أن الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطت للوالي إمكانية

¹ - المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

رفع هذه الدعوى كمدعي ضدها في حال قيامها بخرق قواعد العلانية والمنافسة، فإن الإشكال يثور بالنسبة للمؤسسات العمومية الوطنية، حيث لم تبين المادة أعلاه صفة رافع الدعوى بحكم القانون، مثلها مثل الصفقات التي ترمها الوزارة، على عكس ما هو معمول به في فرنسا، في قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، وقانون القضاء الإداري.

ثانياً: المدعى عليه شخص من أشخاص القانون الخاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لم يكتف المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأشخاص القانون العام، وإنما امتد ليشمل أشخاص القانون الخاص، وبين شروط هذا الامتداد، وذلك على الشكل التالي:

1) إمتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص

نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي السابق ذكره على انه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:..."

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة"¹.

إن هذا المرسوم الرئاسي قد مد أحكام تنظيم الصفقات العمومية للقطاع الخاضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، وذلك ضمن شروط وحالات معينة. غير أن هذه

¹ - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه.

الشمولية لمجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية المكرسة بموجب المادة 06 أعلاه، ستحدث إشكالات عملية على المستوى القضائي في غاية من التعقيد، وبالتحديد في مجال الاختصاص النوعي، فإذا كانت المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري طرفاً في الصفقة، وتعلق الأمر باستثمار ممول من قبل ميزانية الدولة، فطبقاً للمادة 06 السابق ذكرها، فإن العقد يخضع لتنظيم الصفقات العمومية، سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو التنفيذ أو ممارسة سلطات المصلحة المتعاقدة. فإذا حدث نزاع بخصوص هذه الصفقة بأن أحلت المؤسسة العمومية المعنية بالصفقة بقواعد الإشهار والمنافسة، ورفعت ضدها دعوى استعجال قبل التعاقد، طرحت إشكالية الاختصاص القضائي، فهل تعود المنازعة لاختصاص القضاء العادي أم لاختصاص القضاء الإداري، خصوصاً مع تبني نظام ازدواجية القضاء، وتم فصل القضاء الإداري عن القضاء العادي، كما تم تنصيب المحاكم الإدارية في أغلب الولايات؟

وستكون الإجابة على هذا الإشكال عند التطرق لقواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في الفصل الثاني من هذا الباب¹.

2) شروط امتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.

إن امتداد تنظيم الصفقات العمومية لأشخاص القانون الخاص، وبالضبط للمؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، مرهون بتوافر شرطين وهما:

¹ - أنظر الصفحة 288 وما بعدها من هذه الرسالة.

ا) أن تكون المؤسسة الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري مؤسسة
عمومية:

بمعنى ألا تكون مؤسسة تابعة لأحد الخواص، ذلك لأن الأمر يتعلق بصفقة عمومية الهدف منها تحقيق المصلحة العامة، بالإضافة إلى كون المؤسسة العمومية هي صاحبة الاختصاص في موضوع الصفقة، كهرباء، غاز، اتصالات، نقل... الخ، ولها القدرة على تنفيذ الصفقة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، رغبة المشرع في أن يكون لهذه المؤسسات دور في التنمية، وكذا تخفيف العبء على الخزينة العامة. فالمؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، في هذه الحالة ليست متعاملا اقتصاديا، وإنما مصلحة متعاقدة مكلفة بالرقابة والإشراف على عملية إنجاز الصفقة لحساب الدولة أو الجماعات الإقليمية. وعلى هذا الأساس يتم منحها بعض امتيازات السلطة العامة، وبالتالي يسري عليها ما يسري على الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الوطنية منها والمحلية.

ب) أن يكون للمال العام دور في تمويل الصفقة:

ومعنى ذلك أن تكون الصفقة التي تتولاها المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، ممولة كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة أو من ميزانية الجماعات الإقليمية، حتى تتصف الصفقة بالطابع الإداري، وتندرج ضمن العقود الإدارية، وبالتالي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، ويفصل في منازعاتها القضاء الإداري، في كل الدعاوى المتعلقة بها بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، في حالة ما إذا أخلت المؤسسة العمومية المشار إليها أعلاه، بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام هذه الصفقات العمومية.

وقد حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 946 منه، للوالي إمكانية تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ضد المؤسسات العمومية المحلية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

المبحث الثاني: قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن دعوى الاستعجال قبل التعاقد لا تختلف عن غيرها من الدعاوى الأخرى من حيث قبولها، فحتى يتم قبولها يجب أن تتوفر بعض الشروط لممارستها (مطلب أول)، وإتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بكل دعوى استعجالية (فرع ثاني).

المطلب الأول: شروط ممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

هناك شروط موضوعية لممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وسيتم شرحها في الفرع الأول، وأخرى شكلية، وسيتم بيانها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية.

وتتمثل الشروط الموضوعية في الصفة (أولا) والمصلحة (ثانيا) والضرر (ثالثا) والاستعجال (رابعا) عدم المساس بأصل الحق (خامسا).

أولا: الصفة.

لم يعرف المشرع الجزائري الصفة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما على مستوى الفقه، فقد حدث خلاف كبير فيما تعلق باستقلال هذا الشرط عن شرط المصلحة، أو اعتباره وجها أو وصفا من أوصاف المصلحة.

والمقصود بالصفة في التقاضي: أن يكون المدعي في وضعية مناسبة لمباشرة الدعوى، أي أن يكون في مركز قانوني سليم، يخول له التوجه للقضاء، وأن يكون هو من يباشر الحق

في الدعوى.¹ كما يقصد بها السلطة الممنوحة قانونا للشخص صاحب الحق في اللجوء للقضاء لحماية هذا الحق، مما يمكن صاحب الحق من اللجوء بهذه الدعوى بوصفه الأصيل في استعمال هذا الحق في ممارستها، وهو ما يعرف بالصفة العادية، وقد يمارس هذا الحق بواسطة غيره وهو ما يعرف بالصفة غير العادية أو الإجرائية.

ويقصد بالصفة العادية، تولى صاحب الحق شخصيا باستعمال حقه في اللجوء إلى القضاء عن طريق مكنة الدعوى، من أجل حماية الحق المعتدى عليه. ويتحقق القاضي من توافر هذا الشرط لكون صاحب الحق هو المدعي الذي ينبغي أن يكون في الأصل رافع الدعوى بالنظر للمجرى العادي للأمور.²

وتتجسد هذه الصفة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، من خلال عبارة "كل من له مصلحة في إبرام العقد"، أي أن الذي يحق له إخطار المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، ويكون صاحب الصفة الأصلي وصاحب الحق في رفع هذه الدعوى، هو كل متعامل اقتصادي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا له مصلحة في إبرام العقد، بحيث كان من الممكن إن يفوز بالصفقة لو لم يقع هذا الإخلال.

وبناء على ذلك فإن الدعوى لا تقبل كليا من الأشخاص الغرباء عن عملية إبرام العقود والصفقات العمومية كالتنظيمات المهنية، والمتعاقدين من الباطن، كما سبق القول، وذلك لانعدام الصفة.

أما الصفة غير العادية فهي مجرد تمثيل قانوني لصاحب الحق الأصيل، الذي لم يمارس الحق لدواعي مختلفة. فقد يمنع بنص القانون، وقد لا يتمكن من ذلك لظروف قاهرة، وقد

¹ - بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.40.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.32.

لا يتمكن الأصيل من ذلك توافقاً مع طبيعته، وهذا ما يعرف بالمواع المادية أو القانونية. وهذا الحلول الإجرائي، لا يمس بمركز صاحب الحق، لذا فإن هناك صفتان، الأولى وهي الصفة الأصلية المرتبطة بصاحب الحق الأصلي، والثانية هي الصفة الإجرائية القائمة على مجرد التمثيل أمام القضاء.¹

كما قد تمنح الصفة غير العادية بنص القانون، فيتولى الممثل القانوني مباشرة دعوى الاستعجال قبل التعاقد أمام القضاء الاستعجالي، ففي فرنسا يباشر وزير الوصاية الدعوى نيابة عن الدولة، إذا كان العقد سيبرم من طرف مؤسسة عامة وطنية ذات طابع إداري، أو سيبرم من طرف شخص معنوي من القانون الخاص لحساب الدولة. كما يمثل محافظ الدولة في الحالة التي سيبرم فيها العقد من قبل الجماعات المحلية، أو المؤسسات العامة المحلية ذات الطابع الإداري، أو من طرف أشخاص معنوية تابعة للقانون الخاص، ولكن لحساب هذه الجماعات المحلية، وذلك طبقاً للمادة L.551-10 من قانون القضاء الإداري، التي تنص على ما يلي:

« ...ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise »².

¹ - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.33.

² - Article L.551-10 du CJA, précité.

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري فقد منحت الفقرة الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه الصفة للوالب باعباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، في حالة ما إذا ابرم العقد أو أنه سيرم من طرف جماعة إقليمية، أو مؤسسة عمومية محلية أو المؤسسات العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية، أو مؤسسات عمومية محلية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

ثانيا: المصلحة.

والمقصود بالمصلحة المنفعة التي يحققها رافع الدعوى وقت اللجوء إلى القضاء، فهي تشكل الدافع وراء الدعوى، والهدف من تحريكها، فلا دعوى بدون مصلحة.¹ كما يمكن تعريفها بأنها الفائدة المنشودة أمام القضاء عن طريق المطالبة بتقرير الأحقية في الادعاء، أو أنها القيمة لموضوع المطالبة الذي يتخذ أساسا لإصلاح أو منع حسارة أو اضطراب قائم أو محتمل.² والمصلحة قد تكون قائمة أو محتملة: فتكون قائمة: حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون الغرض من المطالبة القضائية حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر. وتكون محتملة: إذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، فيقال بأن المصلحة محتملة، فقد تتحقق مستقبلا كما قد لا تتحقق أبدا.³

وإذا كان كلا من المشرع الفرنسي والجزائري قد نصا صراحة على أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد ترفع من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية، فمن باب أولى أن ترفع من كل من له مصلحة وتضرر من هذا الإخلال.

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 258.

² - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 43.

³ - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص. 66.

وحسب قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن المصلحة تعتبر متوفرة بالنسبة لكل شخص طبيعي أو معنوي تخصصه المهني يعطيه مصلحة في إبرام العقد¹، فقد جاء في قراره الصادر بتاريخ 08 أوت 2008 ما يلي:

« Considérant que pour écarter la fin de non-recevoir opposée par la REGION DE BOURGOGNE, tirée de ce que les sociétés requérantes ne démontrant pas qu'elles auraient été réellement empêchées par un dysfonctionnement technique de déposer leur offre par télétransmission, ainsi que le permettait le règlement de la consultation, elles n'étaient pas habilitées à agir sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative, le juge des référés a estimé que, compte tenu de leur spécialité, elles avaient intérêt à conclure le contrat au sens des dispositions de cet article, et, qu'en outre, elles avaient été effectivement empêchées de déposer leur offre par un problème télématique que la spécialité de ces deux sociétés suffisant à leur conférer un intérêt à conclure le contrat, les moyens dirigés contre le motif surabondant de l'ordonnance par laquelle le juge des référés a estimé qu'elles n'avaient pu déposer d'offre sont inopérants»².

كما أن مجلس الدولة الفرنسي، قد جمع بين مصلحة المرشح في إبرام العقد، والضرر الذي قد يلحقه من جراء خرق قواعد العلانية والوضع في المنافسة، وهذا في قراره الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1995 ونص فيه على ما يلي:

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la société Norit-France commercialise des charbons actifs destinés au traitement de l'eau que, dès lors, elle a intérêt à conclure un contrat portant

¹-Elise LANGELIER,op.cit, p.160.

²- CE, 08 /08/ 2008, n° 307143, Région de Bourgogne, Rec, p.819.

sur la vente de ces produits et est susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un tel contrat que la circonstance, d'ailleurs contestée, qu'elle commercialiserait une variété de charbon actif répondant aux spécifications techniques contenues dans le cahier des clauses techniques particulières établi par le District de l'agglomération nancéienne, ne saurait la priver du droit qu'elle tient des dispositions précitées de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de contester l'appel d'offres litigieux en invoquant un manquement aux obligations de mise en concurrence que le District de l'agglomération nancéienne n'est, par suite, pas fondé à soutenir que la demande présentée par la société Norit-France au juge des référés aurait été irrecevable »¹.

ثالثا: الضرر.

إن المقصود بالضرر هو المساس بحق أو مصلحة مشروع لشخص ما، بحيث يجعل مركزه القانوني أسوأ مما كان عليه سابقا، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبها².

ففي بادئ الأمر أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا يقضي فيه بأن المرشح بإمكانه تحريك قاضي الاستعجال قبل التعاقد في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة، حتى ولو لم يتسبب له هذا الإخلال بأضرار وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 08 أفريل 2005، ما يلي:

« Considérant qu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché et par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut

¹ - CE, 03/11/1995, n 152484, District de l'agglomération nancéienne, Rec, p.391.

² - غني أمينة، المرجع السابق، ص.260.

invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment »¹.

وتقدير ما إذا كان هناك ضرر ترتب عن الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة ليس بالأمر السهل، حيث يأخذ القاضي بعين الاعتبار المرحلة التي تم إخطاره فيها، فلا يمكن للمؤسسة التي تم رفض ترشحها أن تتضرر من الإخلال الذي يقع بعد إجراء الرفض،² فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في إحدى قراراته بما يلي:

« Considérant que la société Véolia Eau soutient, d'une part, que le déroulement de la procédure aurait été vicié par l'admission de la société GTA Mayotte à négocier une offre alors que cette société ne présentait pas les capacités techniques, professionnelles et financières requises que l'admission irrégulière d'une société à négocier une offre n'entache pas nécessairement d'irrégularité le déroulement de la procédure, dès lors que l'offre présentée par cette société n'est pas retenue par l'autorité délégante que la société Véolia Eau ne démontre pas en l'espèce, en quoi l'admission, à la supposer irrégulière, de la société GTA à négocier une offre aurait eu une incidence sur la régularité de la procédure qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté».³

¹-CE, 08/04/2005, n° 270476, Radiometer, Rec, p.781.

²-Olivier LE BOT, op.cit, p.600.

³- CE, 24 octobre 2008, n° 300034, Syndicat locale pour l'eau et les eaux usées de Mayotte, Rec, p.2039.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على الضرر الواقع، بل نص على الضرر المحتمل على غرار المشرع الفرنسي، وهذا الشرط يخص المرشح فقط،¹ والضرر المترتب عن عدم إسناد الصفقة 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 الصفقة.²

كما يمكن للقاضي الاستعجالي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، أن يقدر الضرر من خلال مراقبة أسباب إقصاء المرشح بالنظر إلى الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط³، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2010، وقد جاء فيه ما يلي:

« Les dispositions de l'article L.551-14 du code de justice administrative n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics».⁴

ومن تطبيقات القضاء الإداري الجزائري في هذا الخصوص الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية لبسكرة قضية رقم 15/00980 بتاريخ 14 ديسمبر 2015 حيث أنه بتاريخ 2015/12/02 رفعت الشركة ذات المسؤولية المحدودة أبناء عموري للنقل ممثلة في شخص مسيرها ومباشرة الخصام بواسطة الأستاذ عمر سلامة دعوى إدارية القسم

¹ - بروك حليمة، المرجع السابق، ص.307.

² - Paul LEWALLE, Le référé administratif, Edition Collection scientifique de la faculté de liège France, 1993, p.148.

³ - Olivier GUEZOU, op.cit, p.41.

⁴ - CE,10 novembre 2010, n° 340944, France Agrimer, Rec, p.858.

الاستعجالي ضد مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة ممثلة في شخص مديرها. حيث يستفاد من معطيات القضية ومستنداتها أن موضوع المطالبة القضائية للمدعية يتمحور حول أمر المدعى عليها الامتثال لالتزاماتها القانونية المذكورة بدفتر الشروط من خلال إلغاء المنح المؤقت لفائدة المنافس طحكوت محي الدين للصفقة المتعلقة بالمنافسة رقم 2016/02 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 والإعلان المؤقت للصفقة المتعلقة بالحصة رقم 01 للمدعية.

وحيث أن المدعى عليها دفعت برفض الدعوى لعدم التأسيس وذكرت أن منح الصفقة تم بطريقة قانونية وتم اختيار أحسن عرض مالي هو مبلغ 206.399.232 دج. وحيث أن دعوى الحال تخص الطعن السابق للتعاقد وتعلق بالإشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية وأن كل إحلال يخضع لرقابة القاضي الإداري الاستعجالي طبقا لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ويقع عبء إثبات الضرر على المدعي، حيث يجب أن يبرهن بأن الإحلال بالتزامات الإشهار والمنافسة قد سبب له ضررا، بحيث لا يكفي أن يثبت الطاعن أن هناك إحلال بالتزامات الإشهار والمنافسة،² وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 2008، والذي نص على ما يلي:

« estime qu'une entreprise n'a d'intérêt à agir dans le cadre du référé précontractuel qu'uniquement si elle se prévaut de "m anquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente

¹ - المحكمة الإدارية بسكرة، قضية رقم 15/00980، فهرس رقم 15/01140، تاريخ 2015/12/14، شركة ذات مسؤولية محدودة أبناء العموري للنقل ضد مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة.

² - François LICHERE, op.cit, p.135.

Le requérant doit désormais apporter la preuve que le manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence invoqué est susceptible de l'avoir lésé ou risque de le léser à peine d'irrecevabilité »¹.

وفي القضية المذكورة أعلاه ذكرت المدعية أن منح الصفقة على هذا النحو من شأنه الإضرار بها ومن شأنه كذلك المساس بالمال العام، إذ أن منح الحصة رقم 01 بشكل غير قانوني للمتعامل المنافس من شأنه أن يكلف خزينة الدولة خسارة قدرها 25.682.460 دج سنويا وأن المدعية تستند في دعواها على أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

رابعاً: الاستعجال.

يعرف الاستعجال على أنه: "ضرورة الحصول على الحماية القانونية التي لا يتحقق معها إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصوم، أو يتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه"³.

كما يعرف على أنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيراً، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"⁴.

ويتضح من هذين التعريفين أن الاستعجال يتعلق بظروف تتطلب التدخل السريع لدرء أي خطر لا يمكن تداركه، يمس حقوق أحد الخصوم. وبتطبيق ذلك وإسقاطه على مادة إبرام الصفقات العمومية، فإن طابع الاستعجال يتوافر في الإجراءات المتعلقة بالإشهار

¹- CE, 3 octobre 2008, n° 305420, SMIRGEOMES (Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe), Rec, p.324.

²- المحكمة الإدارية بسكرة، قضية رقم 15/00980، فهرس رقم 15/01140، تاريخ 2015/12/14، سابق الإشارة إليها.

³- طاهري حسين، المرجع السابق، ص.7.

⁴- حسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص.13.

والوضع في المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، لأنه إذا تم الطعن في هذه الإجراءات عن طريق الدعوى العادية التي تأخذ وقتا طويلا للفصل فيها، تكون الصفقة قد أبرمت وربما وصلت مرحلة التنفيذ، فإلغاء الصفقة في مرحلة التنفيذ يضر بالمصلحة العامة، فقاضي الاستعجال وحده يمكنه تسوية الوضعية في حالة الإخلال بالإجراءات المذكورة أعلاه قبل إبرام الصفقة أو عند إبرامها مباشرة، لتجنب الإشكالات العملية المعقدة لمرحلة تنفيذ الصفقة¹.

خامسا: عدم المساس بأصل الحق.

إن أصل الحق يقصد به جوهره وموضوعه، ولذلك لا يجوز لقاضي الاستعجال التطرق والنظر في دعوى موضوعها منازعة جدية حول حق يدعيه الخصوم، والذي يمثل السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين. فيعتبر مساسا بأصل الحق مثلا تعديل البنود المغيرة لقانون المتعاقدين، كتفسير ما غمض منها، أو اعتبارها مفسوخة في غير ما اتفق عليه الأطراف، وأيضا التهديدات المالية... إلخ².

فمن حيث المبدأ يسمح الاستعجال قبل التعاقد للقاضي باتخاذ تدابير مؤقتة دون الفصل في الموضوع، إلا أنه يتميز بكونه إجراء يمنحه سلطة اتخاذ تدابير نهائية، فبالنظر إلى السلطات المخولة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات العمومية كما هو منصوص عليه في المادتين L.22 و L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، والمادة L.551-2 والمادة L.551-6 من قانون القضاء الإداري الفرنسيين والمادة 946 في الفقرات 3، 4، 5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كتوجيه أمر للإدارة بالامتنال لالتزاماتها، وتعليق إمضاء العقد أو تأجيل إمضاءه، وحذف

¹ - بوكيحل ليلى، بوسالم دنيا، دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09 - 10 مارس 2011، ص.03.

² - كلوفي عز الدين، المرجع السابق، ص.123.

بعض بنود العقد، والحكم بالغرامة التهديدية. على أن تطبيق هذه الأوامر قد يمس بأصل الحق، وهذا ما يجعل فعلا طبيعة الدعوى في هذا المجال هي دعوى استعجالية من حيث الشكل فقط، لأن صلاحيات القاضي فيها أحيانا تفوق صلاحيات قاضي الموضوع، حيث تقول الأستاذة Catherine BERGEAL والأستاذة Frédéric LENICA في هذا الشأن ما يلي:

« Le référé est, en principe une procédure qui permet de demander au juge des mesures provisoires, sans trancher sur le fond. L'originalité du référé précontractuel est que cette procédure donne au juge le pouvoir d'ordonner des mesures définitives. Le référé précontractuel n'a donc de référé que la forme. Les pouvoirs du juge sont considérables, et parfois supérieurs à ceux du juge du fond »¹.

ومسألة نظر قاضي الاستعجال في أصل الحق أمر غير مستبعد عن طريق تدخل صريح من المشرع، يمنحه اختصاص النظر والفصل في الخصومة، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Richer أن القضاء في هذه الحالة ليس قضاء مستعجلا حقيقيا، لأن القاضي يبت بالموضوع أو بأصل الدعوى.²

الفرع الثاني: الشروط الشكلية.

أما الشروط الشكلية فتتمثل في القرار الإداري المسبق (أولا)، وشرط الميعاد (ثانيا).

أولا: شرط القرار الإداري المسبق (الشرط المهجور).

إن بعض الدعاوى القضائية الإدارية لا يمكن أن توجه إلا ضد قرار، بمعنى أن اختصاص القاضي الإداري فيها لا ينعقد إلا إذا قامت الإدارة باتخاذ قرار بشأن نزاعها مع

¹- Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.95.

²-Laurent RICHER,op.cit, p.156.

الفرد، وإذا لم تتخذ الإدارة مثل هذا القرار، فإنه يجب على المدعي أن يقوم باستصداره من الإدارة صاحبة العلاقة، لذلك فإن عدم قيام المدعي بهذا الإجراء يؤدي إلى عدم قبول الدعوى. وتطبق هذه القاعدة بشكل عام في نطاق القضاء الكامل التعاقدي وغير التعاقدي، فالمتعاقد مع الإدارة الذي يطالبها بتعويضات عليه أن يطلب منها دفع هذه التعويضات قبل إثارة الدعوى أمام القاضي. ويعفي القانون المدعي من قاعدة القرار المسبق إذا كانت الدعوى متعلقة بنزاع تعاقدي ومرفوعة إلى قاضي الأمور الإدارية المستعجلة، كأن ترفع لأجل ندب خبرة بصدد مسألة معنية، أو لإثبات حالة محددة.¹

وخلافا لما هو معمول به في نطاق القضاء المستعجل العادي والذي يتدخل بعد مرحلة إبرام العقد وخلال تنفيذه، فإن المشرع الفرنسي عندما قنن أحكام القضاء الاستعجالي قبل التعاقد قد اشترط على المدعي أن يلجأ إلى الإدارة أولا ويطلب منها مراعاة التزاماتها المتعلقة بالعلانية والمنافسة، وإصلاح المخالفات المرتكبة في هذا المجال، ولا يتسنى للمدعي اللجوء إلى القاضي المختص بدعوى الاستعجال قبل التعاقد إلا إذا رفضت الإدارة طلبات المدعي صراحة أو ضمنيا، بامتناعها عن الرد لمدة تتجاوز عشرة أيام²، طبقا للمادة R.214-21 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية التي تنص على ما يلي:

«Toute personne habilitée à introduire un recours dans les conditions prévues par l'article L.22 ou l'article L.23 doit, si elle entend engager une telle action, demander préalablement à la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats et marchés mentionnés audit article de s'y conformer.

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.853.

² - Julien PIASECKI, L'office du juge administratif des référés،Thèse de Doctorat en Droit public, UNIVERSITE DU SUD -TOULON VAR FACULTE DE DROIT DE TOULON, Présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2008, p.139.

En cas de refus ou d'absence de réponse dans un délai de dix jours l'auteur de la demande peut saisir le président du tribunal administratif ou son délégué, qui statue dans un délai de vingt jours.»¹.

والسبب الذي جعل المشرع الفرنسي يتبنى قاعدة القرار المسبق في إطار دعوى الاستعجال قبل التعاقد، هو تطويق أبعاد النزاع الذي يهدد عقدا ما بالتوقف، وتجنب النزاع القضائي بمنح الإدارة فرصة لمراعاة جوانب المشروعية، وإصلاح المخالفات المرتكبة في مجال العلانية والمنافسة. إلا أن ذلك لم يمنع قيام بعض الفقه في فرنسا بإبداء رأيه حول هذه المسألة، حيث يرون فيه تهديدا حقيقيا لفعالية الدعوى، خصوصا في حالة الارتكان إلى القرار الضمني الصادر برفض طلبات المدعي.²

ويعتبر الطلب المسبق في مجال دعوى الاستعجال قبل التعاقد شكلية جوهرية، يترتب على الإخلال بها عدم قبول الدعوى، وليس هذا فحسب فالتزام الطلب المسبق في نطاق هذه الدعوى يعتبر من النظام العام، يحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه.³ إلا أنه نظرا لطبيعة الدعوى واستلزامها للتحرك السريع، فإن بعض المحاكم الإدارية في فرنسا تبدي بعض المرونة في تطبيق شرط الطلب المسبق، حيث أنه بإمكان المدعين أن يودعوا دعواهم لدى المحكمة الإدارية المختصة قبل انقضاء مدة الأيام العشرة الممنوحة للإدارة، لكي تبت بطلبات المدعي خلالها⁴، غير أن القاضي لا يفصل في الدعوى إلا بعد انقضاء الأيام العشرة المحددة في القانون. لكن إذا أجابت الإدارة على طلبات المدعي بشكل إيجابي فإن

¹ - Article R.214-21 du CTACAA, précité.

² - Laurent RICHER, op.cit, p.157.

³ - Julien PIASECKI, op.cit, p.139.

⁴ - René CHAPUS, op.cit, p.1335.

الدعوى المسجلة تصبح غير ذات موضوع¹، وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية لمدينة غرونوبل في حكمها الصادر بتاريخ 11 جانفي 1994 الذي جاء فيه:

« Si l'article R.241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel subordonne la demande en référé que prévoit l'article L.22 de ce code à un recours préalable auprès de la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence et impartit à celle-ci un délai de dix jours pour répondre à ce recours préalable, une demande présentée au juge par l'auteur de ce recours avant l'expiration de ce délai est régularisée si ce délai est expiré à la date où le juge statue sur cette demande prématurée et que la personne morale saisie s'est abstenue de répondre »².

والالتزام بتقديم الطلب المسبق يطبق على المدعي سواء أكان المحافظ أو أحد الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنويين الآخرين³. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 22 جوان 1998، الذي جاء فيه:

« Considérant qu'aux termes de l'article R.241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel : "Toute personne habilitée à introduire un recours dans les conditions prévues par l'article L.22 doit, si elle entend engager une telle action, demander préalablement à la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats et marchés mentionnés audit article de s'y conformer. En cas de refus ou d'absence de réponse dans un délai de dix jours, l'auteur de la demande peut saisir le président du tribunal administratif ou son délégué, qui statue dans un délai

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p.630.

² - T.A, Grenoble, 11/01/1994, n 933521, Sté Routière Chambard, Rec, p.74.

³ - René CHAPUS, op.cit, p.1336.

de vingt jours" qu'en vertu de l'article R.241-22 du même code, ces dispositions sont applicables aux recours présentés par le préfet »¹.

كما أن الطلب المسبق يجب أن يكون مكتوبا ومنظما بعناية ومرسلا إلى الإدارة المعنية وذلك تحت طائلة عدم مشروعية الإجراء، وبالتالي عدم قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد. ويجب أن يبين في الطلب المرسل إلى الإدارة المعنية المخالفات القانونية المرتكبة في نطاق العلانية والمنافسة، كما يجب أن يطلب منها صراحة تلافي هذه المخالفات². ومنه فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حكم بأن الرسالة التي أرسلتها الشركة المدعية إلى الإدارة طالبة فيها توضيح أسباب استبعادها عن دائرة المنافسة، لا تقوم مقام الطلب المسبق، وهذا في قرار له صادر بتاريخ 17 جانفي 1996، وقد جاء فيه ما يلي:

« Considérant qu'en jugeant que la lettre en date du 16 mai 1994 par laquelle la société requérante a demandé à la commune de Bar-le-Duc les raisons pour lesquelles sa candidature au marché litigieux n'avait pas été retenue ne saurait être regardée comme la demande préalable prévue par l'article R.241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le vice-président du tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de qualification juridique »³.

كما أنه أصدر قرارا بتاريخ 22 جوان 1998، يقضي فيه بأن الرسالة التي وجهها المحافظ إلى العمدة والتي يشير فيها إلى عدم مشروعية الظروف التي تم خلالها إعداد لائحة

¹- CE, 22/06/1998, n° 194740, Commune d'Amélie-le-Bains Palalda, Rec, p.285.

²-Julien PIASECKI, op.cit, p.139.

³-C.E, 17/01/1996, n° 162201, S.A.Atelier Meriguet-Carrère précité, Rec, p.113.

المرشحين للمنافسة، ليس من شأنها أن تقوم مقام الطلب المسبق الذي يشترط لتطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد¹، وقد جاء في القرار ما يلي:

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le préfet des Pyrénées-Orientales a adressé, le 21 janvier 1998, une lettre au maire de la COMMUNE D'AMELIE-LES-BAINS PALALDA dans laquelle il indique que les conditions dans lesquelles le conseil municipal a arrêté le 22 décembre 1997 la liste des candidats admis à présenter une offre sont susceptibles d'être entachées d'illégalité par une méconnaissance du principe d'égalité entre les candidats et précise que "si par hypothèse ce principe a été transgressé vous voudrez bien prendre toutes les dispositions afin de retirer la délibération" que cette lettre qui ne précise pas en quoi les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues et ne demande pas à la commune de se conformer à ces obligations, ne saurait être regardée comme la demande préalable prévue à l'article R.241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel que si dans une lettre du 5 février 1998, le préfet des Pyrénées-Orientales apporte ces précisions, cette lettre, qui indique que le préfet a pris la décision d'introduire devant le tribunal administratif le recours prévu par l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et qui précède de quatre jours seulement l'enregistrement de sa requête devant le tribunal administratif de Montpellier, ne constitue pas plus cette demande préalable ».²

¹-Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.110.

²-C.E, 22/06/1998,n° 194740, Commune d'Amélieles-Bains, Cité par Lagumina et Philippe, Rec, p.285.

ولا يشترط أن تكون الحجج والنقاط المثارة في الطلب المرسل إلى الإدارة هي نفسها التي يجب أن تثار أمام القاضي المختص بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية، إذ يحق للمدعي أن يثير نقاطا واقعية وقانونية تتعلق بمخالفات على مستوى العلانية والمنافسة لأول مرة أمام قاضي الاستعجال قبل التعاقد¹. وعلى هذا الأساس فقد جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 19 مارس 1997 ما يلي:

« Considérant que les dispositions de l'article R.241-21, précité du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'ont pas pour effet de limiter aux seuls manquements qui ont fait l'objet d'une demande préalable auprès de la personne responsable du marché les moyens qui peuvent être invoqués devant le président du tribunal administratif, sur le fondement de l'article L.22 que, par suite, le moyen tiré de ce que le président du tribunal administratif de Paris aurait dénaturé la lettre de réclamation adressée par la Société Bull au ministre en y voyant des manquements aux obligations de mise en concurrence sur laquelle la société a fondé sa demande, doit être écarté comme inopérant.

La personne qui saisit le président du tribunal administratif sur le fondement de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel est recevable à invoquer à l'appui de son recours des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence autres que ceux qu'elle a mentionnés dans la demande préalable qu'elle a adressée à la collectivité publique en application de l'article R.241-21 du même code. »²

¹- René CHAPUS, op.cit, p.1335.

²-C.E, 19/03/1997,n°171140, Ministre de l agriculture, Rec, p.941.

لكن يرى بعض الفقه الفرنسي أنه لا يكفي أن يكون الطلب مرسلا إلى الجهة الإدارية صاحبة العلاقة، إنما يجب أن يرسل إلى الشخص المسؤول عن إبرام عمليات العقد بالذات.¹

إلا أن الفريق العامل والمعني بإجراءات الاستعجال تحت قيادة رئيس مجلس الدولة الفرنسي Daniel LABETOULLE دعى إلى إلغاء هذا الالتزام الذي كان له الأثر الكبير في كثير من الحالات على التعجيل بتوقيع العقود بغية تجنب دعوى الاستعجال قبل التعاقد. فالتشدد في هذا الشرط لا يتماشى ودعوى الاستعجال قبل التعاقد، لأن المصلحة المتعاقدة ستكون على علم مسبق بأن هناك من سيخاصمها، مما يؤدي بها إلى الإسراع في توقيع العقد أو حتى تنفيذه، ولتجنب ذلك ولضرورة السرعة في تحريك الدعوى، فإن المشرع الفرنسي أصدر القانون رقم 1115/2000 بتاريخ 22 نوفمبر 2000، والمتعلق بتطبيق القانون الصادر بتاريخ 30 جوان 2000 المتعلق بالقضاء المستعجل الإداري²، والذي دخل حيز التنفيذ في الفاتح من جانفي 2001³، وبموجبه تم إعفاء المدعي من تقديم طلب مسبق إلى الإدارة الملزمة بمراعاة الالتزامات المتعلقة بالعلانية والوضع في المنافسة، قاصدا من وراء ذلك تفعيل وتقوية هذه الدعوى، وإزالة كل المعوقات التي قد تعرقل عمل القاضي فيها⁴. حيث تقول الأستاذتين Catherine BERGEAL, et Frédéric LENICA في هذا الخصوص ما يلي:

¹-Bréchon MOULENES, Droit des marchés publics Edition Moniteur, Paris, 1999, p.11.

²- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF n°151 du 1 juillet 2000.

³- Julien PIASECKI, op.cit,p.139.

⁴- Christophe GUETTIER, op.cit, p.414.

« De meme, l' obligation du recours préalable obligatoire avant la saisine du juge n' a été supprimée depuis le 01 janvier 2001 que devant le juge du référé administratif »¹.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فلم ينص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إلزامية الطلب المسبق كشكلية جوهرية لمباشرة دعوى الاستعجال قبل التعاقد أو جوازه، لكن بما أن تقديم التظلم الإداري أمام الإدارة أصبح أمرا جوازيا، فإنه يجوز اللجوء إليه وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 830 من ذات القانون التي نصت على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار..."، فإذا كان هذا في الدعوى الموضوعية العادية، فمن باب أولى أن يكون التظلم جوازيا في الدعوى الاستعجالية، خصوصا دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

ثانيا: ميعاد رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن دعوى الاستعجال قبل التعاقد ترفع ضد حالات سابقة على إبرام العقد، فهل هذا يعني أن يتم تحريكها قبل إبرام العقد؟ وما هي الآثار المترتبة على عدم إثارتها قبل عملية الإبرام؟

1) إثارة الدعوى قبل إبرام العقد.

لقد سكت القانون الفرنسي عن تحديد المدة الزمنية التي يمكن رفع الدعوى خلالها²، إلا أن المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية قد نصت على أن:

¹- Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.87.

²-Bréchon MOULENES, op.cit, p.11.

« Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat ».

ونفس الصياغة جاءت في المادة L.23 من نفس القانون لكن مع اختلاف طفيف حيث نصت على أنه:

« Le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après »¹.

وقد حاول جانب من الفقه أن يفسر كلمة (يمكن) على أنها تعني بمفهوم المخالفة إمكانية إثارة الدعوى قبل إبرام العقد أو بعده على حد سواء.² وبالفعل فإن بعض المحاكم الإدارية قد فسرت النص على هذا الأساس في بادئ الأمر، وعليه فقد قبلت النظر في الدعوى حتى بعد توقيع العقد.³ إلا أن الطابع الوقائي لإجراء دعوى الاستعجال قبل التعاقد من حيث أنها لا تهدف إلى مجازاة مخالفات المشروعية المقترفة بقدر ما تسعى إلى إصلاح هذه المخالفات قبل إبرام العقد. هذا الطابع أو المنطق الوقائي قد دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير أن منطوق المادتين L.22 و L.23 سابقتي الذكر، يقضي بأن ترفع هذه الدعوى قبل إبرام العقد، ومرد ذلك أن تعبير قبل إبرام العقد يحدد المجال الزمني الذي يمكن خلاله للقاضي المختص بهذه الدعوى أن يمارس سلطاته المخولة إليه بفعالية، وفقا لما يقتضيه منطق هذه الدعوى نفسها. وكان قراره الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1995 يقضي بأنه لا يمكن ممارسة الصلاحيات الممنوحة للقاضي الإداري بموجب دعوى

¹-Article L.22 et L.23 du CTACAA, précité.

²-Bréchon Moulénes, op.cit, p.11.

³-T.A, Lille, 12/12/1995,n°42892, Soc, Elyo, Rec, p.271.

الاستعجال قبل التعاقد بعد إبرام العقد. وبمجرد توقيع العقد، يكون هذا الإجراء غير مقبول¹، وقد جاء في القرار ما يلي:

« Les pouvoirs conférés au juge administratif, en vertu de la procédure spéciale instituée par l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat. La signature de l'acte d'engagement d'un marché public constitue la conclusion du contrat au sens dudit article. Passé la date de cette signature, la demande présentée au président du tribunal administratif est irrecevable».²

فالمُدعي أيا كانت صفته إما أن يطلب من القاضي القيام بإجراء تحفظي مؤقت، كأن يوجه أمراً إلى الإدارة المختصة بمراجعة قواعد الإبرام، أو وقف إبرام العقد... الخ، فمن الواضح أن هذه الإجراءات تفقد كل غايتها ومحتواها وفعاليتها بعد إبرام العقد. أو أنه يطلب إجراء قطعياً مثل إلغاء قرارات غير مشروعة متعلقة بعملية إبرام العقد، فيؤدي التطرق إلى مشروعية هذه القرارات من جانب قاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد بعد إبرام العقد، إلى التعدي على اختصاص قاضي تجاوز السلطة صاحب الاختصاص العام في نطاق القرارات المنفصلة، الأمر الذي يؤدي إلى الانتقال من رقابة المشروعية الوقائية، إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.³ وقد جدد مجلس الدولة الفرنسي موقفه هذا مرات عديدة، حتى أصبح مبدأ مستقراً عليه في إطار النظام القانوني لدعوى الاستعجال قبل التعاقد، وأكد على ضرورة عدم جواز رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلا قبل إبرام

¹ - Laurent RICHER, op.cit, p.158.

² -C.E, 03/11/1995, n° 157304, Chambre de commerce et l industrie de Tarbes es des Hautes-Pyénées, Rec, p.945.

³ -Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.98.

العقد، فالصلاحيات الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد بموجب المادة L.22 لم يعد من الممكن ممارستها بعد إبرام العقد¹، وذلك طبقا للقرار الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1996 الذي جاء فيه:

« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que les pouvoirs conférés au juge administratif par la procédure spéciale instituée par l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat »².

وفي قرار حديث له صادر بتاريخ 02 أوت 2011، فقد رد دعوى المدعي لكونه قد أقامها متأخرة بعد إبرام العقد، وقد جاء فيه ما يلي:

« Un candidat ne peut former un recours contractuel alors qu'il disposait de la faculté de présenter un recours précontractuel, et qu'il n'a exercé ce dernier que tardivement »³.

كما أن الاستقرار على هذا المبدأ من طرف مجلس الدولة الفرنسي على النحو المشار إليه، قد دفع المحكمة الإدارية لمدينة ليل، إلى تقرير أن إثارة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من جانب اللجنة الاقتصادية في حالة الخرق البين لالتزامات العلانية والمنافسة الأوروبية، يجب أن يتم قبل إبرام العقد، وقد جاء في حكمها ما يلي:

« Il résulte des termes des directives du conseil des Communautés européennes n° 89/665/CEE du 21.12.89 et n° 92/13/CEE du 25.02.92 éclairées notamment par leurs travaux préparatoires que si le législateur

¹-Olivier GUEZOU, op.cit, p.58.

²-C.E, 29/11/1996,n° 162548, Sabliere et Gravière Guyanaise,Rec, p.454.

³- C.E, 02/08/2011, n° 347526, Société CLEAN GARDEN, Rec, p.3581.

communautaire a consacré une obligation d'organiser au niveau national des recours efficaces et aussi rapides que possible contre les décisions ayant violé le droit communautaire en matière de passation des marchés, ou les règles nationales transposant ce droit, il a entendu parallèlement préserver le principe de la sécurité juridique et prendre en compte la diversité des droits nationaux. Les Etats membres de la Communauté européenne conservent la faculté de décider des effets d'un recours sur un contrat déjà conclu et de limiter ces effets à la seule allocation de dommages-intérêts à la personne lésée. Le législateur national n'a donc pas procédé à une transposition incorrecte des directives en prévoyant que le juge du référé précontractuel devant être saisi avant la conclusion du contrat litigieux »¹.

وقد سار مجلس الدولة إلى آخر نقطة في ذلك، حيث حكم أن الدفع بتوقيع العقد يعتبر من النظام العام، ويمكن إثارته لأول مرة عند الطعن بالنقض أمامه²، وهذا في قراره الصادر بتاريخ 29 جويلية 1998، حيث جاء فيه ما يلي:

« Considérant que la COMMUNE DE LEOGNAN soutient que la signature du contrat avec la Société Plastic Omnium intervenue le 17 juin 1997, avant le prononcé de l'ordonnance, aurait dû conduire le président du tribunal administratif à déclarer que la requête de la société Coved était devenue sans objet qu'il est toutefois constant que la signature du contrat, invoquée pour la première fois devant le juge de cassation, ne résulte pas des pièces versées au dossier soumis aux juges du fond que le président du tribunal administratif n'était pas tenu d'ordonner un supplément d'instruction sur ce point que par suite, la COMMUNE DE LEOGNAN n'est pas fondée à

¹-T.A, Lille, 10/01/1997,n°96 3927, Sté Biwater, Rec.

²-Olivier LE BOT, op.cit, p.608.

soutenir que l'ordonnance attaquée serait pour n'avoir pas prononcé un non-lieu à statuer, entachée d'une erreur de droit »¹.

وحتى وإن تم توقيع العقد خلال مدة الجمود، فقد جاءت النصوص المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية، بما يعرف بـ مدة الجمود. ويقصد بها جمود عملية إبرام العقد مدة زمنية معينة بين تاريخين، هما تاريخ تبليغ رفض العروض وتاريخ توقيع العقد. ذلك أن التوجيهات الأوروبية نصت كإجراء شكلي على ترك مدة معقولة بين تاريخ تبليغ المرشحين المستبعدين قرار رفض عروضهم، وبين توقيع العقد، وذلك للسماح لذوي الشأن برفع دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد².

أي أن مدة الجمود هي المدة التي حددها القانون من تاريخ تبليغ رفض العروض المستبعدة، ويمتنع على الإدارة خلالها إبرام العقد حتى انقضائها. وقد حددها المشرع الفرنسي بموجب المرسوم الصادر في 2005/12/11 المتعلق بالصفقات العمومية بعشرة أيام، ويمكن للإدارة تخفيضها في حالة الإرسال الإلكتروني³.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 7 مارس 2005 الذي جاء فيه ما يلي:

« Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nantes que le marché litigieux, attribué à la société SITA Ouest, a été signé, au nom de la Communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire, le 23 juin 2004, soit antérieurement à l'introduction de la demande de première instance de la SOCIETE GRANDJOUAN-SACO qu'il n'appartient pas au

¹-C.E, 29/07/1998,n° 190452, Commune de Léognan, Rec, p.1017.

²- Guillaume BERNARD, op.cit, p.148.

³- Guillaume BERNARD, op.cit, p.148.

juge des référés, saisi en application des dispositions précitées de l'article L.551-1 du code de justice administrative, de contrôler la validité d'une telle signature que, si la société requérante soutient que celle-ci est intervenue en méconnaissance des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics en vertu desquelles un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision de rejet de leur offre est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché, cette circonstance, si elle est de nature à entacher d'illégalité la décision de signer le marché litigieux, ne suffit pas à faire regarder la signature de ce dernier comme inexistante »¹.

إلا أنه بموجب المرسوم رقم 16-360 المؤرخ في 25 مارس 2016 المتعلق بالصفقات العمومية أصبحت هذه المدة 16 يوما بين تاريخ إرساء العرض وتاريخ إبرام العقد، وتخفض هذه المدة في حالة الإرسال الإلكتروني لمجموع المرشحين إلى 11 يوما²، حسب ما نصت عليه المادة 101 منه التي نصت على ما يلي:

« Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l'article 99 et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique »³.

ويقول الأستاذ Léon Bernard KREPPER في هذا الشأن أن ممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد مشروطة بما يسمى بـ "فترة الوقوف" التي يتم خلالها تجميد

¹ - CE, 07 /03/ 2005, n° 270778, Société GRANDJOUAN-SACO, Rec, p.96.

² - Léon Bernard KREPPER, op.cit, p.11.

³ -Article 101 du décret n° 2016-360 relatif aux m.p, précité.

إجراءات منح الصفقة. ومن ثم، يتعين على السلطة المتعاقدة، قبل أي توقيع، أن تخطر المرشحين المرفوضين برفض ملفاتهم، وأن تمتثل لفترة انتظار مدتها 16 يوما، ويمكن أن تخفض إلى 11 يوما في حالة الإخطار الإلكتروني، ويمكن لهؤلاء المتنافسين المرفوضين فقط أن يقوموا بإخطار القاضي خلال فترة التعليق هذه. وفي نهاية هذه الفترة إذا وقع توقيع العقد قبل إبلاغ الطلب إلى السلطة المتعاقدة أو الكيان المتعاقد، إما مباشرة من قبل مقدم الطلب، وفقا للمادتين L.551-1 و L.551-5 من قانون القضاء الإداري، أو بشكل غير مباشر من قبل سجل المحكمة الإدارية، يمكن بعد ذلك رفض الطلب¹.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي ذهب في قرار له صادر بتاريخ 13 جويلية 2007 إلى أنه لا يمكن تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، إذا كان العقد قد تم توقيعه من طرف أحد أعضاء مجموعة مؤسسات، والغرض من إنشاء مجموعة من المؤسسات والمنصوص عليها في المادة² 08 من الأمر رقم 15-899، المتعلق بالصفقات العمومية

¹ - Léon Bernard KREPPER, op.cit, p.12.

² - وقد حلت محلها المادة 28 من الامر 15-899 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2015 وتنص على ما يلي:

« I. - Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics.

Un groupement de commandes peut également être constitué aux mêmes fins entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumis à la présente ordonnance, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente ordonnance.

II. - La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public au nom et pour le compte des autres membres.

III. - Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance.

Lorsque la passation et l'exécution d'un marché public ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte des acheteurs concernés ceux-ci ne sont solidairement responsables que des opérations de passation ou d'exécution du marché public qui sont menées conjointement. Chaque acheteur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.

هو الحصول على عقد أو عدة عقود، مما يمكن كل عضو من أعضاء الفريق من إبرام عقده الخاص، ويترتب على ذلك أن إجراءات الصفقة في سياق هذا التجمع تعتبر غير قابلة للتجزئة، وأن تكتمل بمجرد توقيع العقد الأول الذي يبرمه أحد أعضاء المجموعة. وكان نص القرار كالتالي:

« Considérant d'autre part, qu'aux termes de l'article 8 du code des marchés publics applicable au groupement de commandes dont le SIPPAREC est le coordonnateur. Des groupements de commandes peuvent être constitués. Une convention constitutive est signée par les membres du groupement. Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement. Elle désigne un des membres du groupement comme coordonnateur, chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un cocontractant Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres tels qu'il les a préalablement déterminés qu'il résulte de ces dispositions que la constitution d'un groupement de commandes a pour objet d'organiser une procédure de passation d'un marché global avec un cocontractant unique permettant la conclusion par chaque membre du groupement de son propre marché, que dès lors que les membres du groupement de commandes s'engagent à conclure un contrat avec le candidat retenu à la fin de la procédure de sélection et que ce candidat a présenté son offre compte-tenu de la

IV. - Un groupement de commandes peut être constitué avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres Etats membres de l'Union européenne à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.

Nonobstant le III, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux, y compris d'arrangements administratifs, entre les Etats membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au marché public, choisi parmi les droits des Etats membres dont ils relèvent ».

commande globalisée la procédure de passation des marchés dans le cadre d'un tel groupement doit être regardée comme indivisible et achevée dès la signature du premier marché conclu par l'un des membres du groupement.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que le SIPPAREC et plusieurs autres membres du groupement de commandes ont signé leur marché avec la société Ipnotic Telecom le 24 octobre 2006, soit avant l'introduction de la demande de première instance, qu'ainsi en statuant sur la demande de la société France Telecom postérieurement à la signature du premier contrat par un membre du groupement, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit ».¹

وقد أكد المشرع الفرنسي على المبدأ الذي رسخه مجلس الدولة حينما نص في الفقرة الأخيرة من المادة L.551-1 والفقرة الأخيرة من المادة L.551-5 من قانون القضاء الإداري الذي تم تعديله بموجب الأمر رقم 515-2009 الصادر بتاريخ 2009/5/7 على أن:

« Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».²

من وجوب تحريك قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل إبرام العقد.³

وفي قرار حديث له صادر بتاريخ 12 جويلية 2017، أكد مجلس الدولة الفرنسي على ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون القضاء الإداري فقد جاء فيه ما يلي:

¹ - CE, 13 juillet 2007, n° 299417, Sipparec (Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'Electricité et les Réseaux de Communication de Paris), Rec, p.428.

² - Article L.551-1 et L.551-5 du CJA, précité.

³ - Laura PREUD'HOMME, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat Thèse de doctorat en droit public L'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, présentée et soutenue publiquement le mercredi 23 octobre 2013, p.16.

« Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation ... / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat " que l'article L.551-5 du même code prévoit des dispositions identiques pour les contrats passés par les entités adjudicatrices qu'aux termes de l'article L.551-10 du même code: " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L.551-1 et L.551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué.

Considérant que ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'impliquent que les personnes ayant intérêt à conclure le contrat et qui s'estiment susceptibles d'être lésées par des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence soient tenues de saisir le juge du référé précontractuel dans un délai déterminé à compter du moment où elles ont connaissance de ces manquements qu'une telle absence de délai ne conduit pas à ce que ces manquements puissent être contestés indéfiniment devant le juge du référé précontractuel dès lors que la signature du contrat met fin à la possibilité de saisir ce juge qu'au demeurant la possibilité ainsi offerte aux personnes intéressées de former un référé précontractuel à tout moment de la procédure en permettant que ces manquements soient le cas échéant corrigés avant la conclusion du contrat, tend à prévenir l'introduction de recours remettant en cause le contrat lui-même après sa signature et alors qu'il est en cours d'exécution que par suite le juge des

référés du tribunal administratif de La Réunion a commis une erreur de droit en jugeant qu'il découlait du principe de sécurité juridique une obligation de former un référé précontractuel dans un délai raisonnable, en fixant celui-ci sous réserve de circonstances particulières, à trois mois à compter de la date à laquelle le requérant a eu connaissance du manquement allégué et en rejetant comme tardive, pour ce motif la demande présentée par la société ECI »¹.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تحدد أجلا يمكن من خلاله تقديم عريضة الدعوى، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. فالفقرة الثالثة من المادة 946 أعلاه هي الأخرى أشارت إلى ذات الأمر المنصوص عليه في المادة L.22 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية الفرنسي، فقد نصت هذه الفقرة على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"

إن عبارة "يجوز" من شأنها أن تؤدي إلى التساؤل حول المعنى المقصود منها، هل أن المشرع قصد من خلالها إجازة إخطار المحكمة قبل وبعد إبرام العقد؟ أم أنه بإمكان رافع الدعوى الخيار بين القضاء الاستعجالي وبين ما هو منصوص عليه في المادة 82² من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

¹ - CE, 7e – 2e chambres réunies 12/07/2017, n° 410832, Société études créations et informatique (ECI). [Http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delai-refere-precontractuel.htm](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delai-refere-precontractuel.htm). تاريخ الإطلاع 15 ديسمبر 2017.

² - تنص المادة 82 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه، على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراءات في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة".

- وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: "ويرفع الطعن في أجل عشرة 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى اليوم الموالي للعمل".

العام، الخاصة بالطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في حالة الاحتجاج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، وذلك في أجل عشرة أيام ابتداء من أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة¹؟

الملاحظ أن المادة 946 أعلاه تتعلق فقط بالاستعجال قبل التعاقد، أما كلمة "يجوز" فإنها تدل على حرية الاختيار بين القضاء الاستعجالي وبين الطريق المنصوص عليه في المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، خاصة وأن دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد غير مقيدة بانتظار الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، إذ بالإمكان رفعها قبل هذا الإجراء، فلا يمكن الحديث عن إمكانية الجمع بين الطعن الإداري ودعوى الاستعجال قبل التعاقد². ومنه فإن إخطار المحكمة الإدارية يكون قبل إبرام العقد، وعلى هذا الأساس يجد المدعي نفسه في سباق مع الزمن حتى تقبل دعواه³.

لكن على الرغم من ذلك يمكن أن يتخذ من هذا الأجل - عشرة أيام - كمرجعية لتحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة غالباً ما تلجأ إلى توقيع العقد بعد انتهاء الأجل المقرر للطعن، بحيث إذا انتهى هذا الأجل انتهت معه كل إمكانية لتحريك الدعوى، فهو مطابق لمدة الجمود المذكورة سابقاً والمنصوص عليها في المرسوم 16-360 المتعلق بالصفقات العمومية الفرنسي.

وهناك احتمال آخر يتمثل في أن المشرع الجزائري يكون قد تعمد النص على هذه العبارة - يجوز - قاصداً من وراء ذلك أن يستفيد المدعي من دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حال لم يتم توقيع العقد، أو من دعوى الاستعجال التعاقدية في الحالة التي يتم فيها توقيع العقد، فإن فاتته الأولى إستدرك الأخرى.

¹ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 263.

² - لحسين بن شيخ آت ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص. 200.

³ - غني أمينة، المرجع السابق، ص. 263.

ومهما يكن من أمر، فإنه لا يستبعد أن يأخذ القضاء الإداري الجزائري (محاكم إدارية - مجلس الدولة) بما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي من وجوب إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل إبرام العقد لسببين اثنين:

السبب الأول أن مجلس الدولة الفرنسي فسر عبارة "يمكن إخطار رئيس المحكمة الإدارية قبل توقيع العقد" الواردة في المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، وأقر ذلك في العديد من قراراته السابق ذكرها، والمشروع الجزائري قد أخذ بنفس الصياغة التي وردت في هذه المادة.

والسبب الثاني هو أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 بتاريخ 25 فيفري 2008، صدر قبل التعديل الأخير لقانون القضاء الإداري بموجب الأمر رقم 2009-515 الصادر بتاريخ 07 ماي 2009 والذي أدرج ضمنه قضاء الاستعجال قبل التعاقد مؤكدا فيه ما أقره مجلس الدولة الفرنسي، وفقا للفقرتين الأخيرتين من المادتين L.551-1 وL.551.5 منه.

وفعلا هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 074854 الصادر بتاريخ 21 جوان 2012 فقد جاء في حيثيات قراره ما يلي: "حيث أن النزاع الحالي يتعلق بالزام المدعى عليها (المستأنفة) باحترام بنود الصفقة.

حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة... الخ.

حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه إمتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه.

لهذه الأسباب يقرر مجلس الدولة، حال فصله في القضايا الاستعجالية، علنيا،

حضوريا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم إختصاص قاضي الاستعجال".¹

وهكذا يكون مجلس الدولة الجزائري قد قطع الشك باليقين ووضع حدا لكل التأويلات، وأقر بأن ميعاد إخطار المحكمة الإدارية بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد يتم قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه والبدء في تنفيذه، مؤكدا ذلك في المبدأ الذي أرساه في هذه القضية الذي جاء فيه ما يلي: "يجوز، قبل إبرام الصفقة العمومية، وليس بعد الإنجاز والتسليم، إخطار المحكمة الإدارية، في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة". وقد أصاب مجلس الدولة الجزائري في قراره هذا، حيث أن المنطق الوقائي لهذه الدعوى وطبيعتها الاستعجالية والسلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي بموجب تحريكها قبل إبرام العقد.

وسارت المحكمة الإدارية لبسكرة على المبدأ الذي أرساه مجلس الدولة الجزائري. فقد قبلت دعوى الاستعجال قبل التعاقد شكلا، حيث أنها جاءت مستوفية للشروط الشكلية المطلوبة قانونا، وكذا لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة

¹ - مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 074854، بتاريخ 2012/06/21، قضية ولاية البيض ضد (أ.م)، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، سنة 2014، ص.265.

بالاستعجال في مادة العقود والصفقات العمومية. والمقصود بذلك أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد أخطرت بها المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد، بصرف النظر عن إعلان المنح المؤقت والطعن فيه أمام لجنة الصفقات العمومية¹.

وما على المشرع الجزائري إلا أن يساير المبدأ الذي أرساه مجلس الدولة الجزائري، ويضبط صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك على النحو التالي: "تخطر المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

2) النتائج المترتبة على عدم رفع الدعوى قبل إبرام العقد.

يترتب على مبدأ عدم جواز رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلا قبل إبرام العقد، أن هذه الدعوى لا يمكن أن توجه ضد قرار توقيع العقد ذاته. وهذا منطقي لأن قرار توقيع العقد هو الذي يؤدي إلى إبرام العقد²، وإذا وقع العقد قبل رفع الدعوى، فإن ذلك يمنع من رفعها ولو كان الطلب المسبق مقديا إلى الإدارة قبل توقيع العقد، وتكف يد القاضي عن النظر في هذه الدعوى على الرغم من تسجيلها، فيم لو أبرم العقد قبل البت فيها، حيث تصبح في هذه الحالة غير ذات موضوع، مع مراعاة أن القاضي لم يتخذ إجراء تحفظيا بوقف إبرام العقد، وعلى القاضي أن يعلن أن الدعوى ليس لها محل، إذا تخلى الشخص المسؤول عن العقد عن إبرامه نهائيا³. وفي هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 26 ماي 1999، بما يلي:

« Le retrait des procédures d'appel d'offres par l'administration rend sans objet les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation par le juge de cassation de sa demande par le juge des référés sur le fondement de

¹ - المحكمة الإدارية بسكرة، قضية رقم 15/00980، تاريخ 2015/12/14، سابق الإشارة إليها.

² - Bréchon MOULENES, op.cit, p.13.

³ - I bid.

l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel »¹.

كما أنه لا يمكن للقاضي أن يقبل الدعوى أو يبت فيها، ولو كان التأخير في رفع الدعوى يعود إلى وعد الإدارة بإمكانية إعادة النظر في الإجراءات المتخذة، أو إلى أسباب أدت إلى استحالة اللجوء إلى قاضي الاستعجال قبل التعاقد مهما كانت هذه الأسباب².

المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد وإشكالاتها.

هناك إجراءات يجب إتباعها لرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد حتى يتم قبولها وسيتم التطرق إليها في الفرع الأول، كما أن هناك إشكالات متعلقة بهذه الدعوى وسيتم التعرض إليها فيها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

تتمثل إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد في عريضة افتتاح الدعوى (أولاً) وقيدها العريضة ودفع الرسوم القضائية (ثانياً) بالإضافة إلى التكليف بالحضور (ثالثاً).

أولاً: عريضة افتتاح الدعوى.

تنص المادة 816 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون"³، وهي بيانات إجبارية ويترتب على الإخلال بها عدم قبول العريضة شكلاً⁴. وجاءت صياغة المادة 15 من هذا القانون كما يلي: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات الآتية:

¹ - CE, 26/05/1999, n° 172803, Société anonyme STEELCASESTRAFOR, Rec, p.285.

² - Bréchon MOULENES, op.cit, p.13.

³ - المادة 816 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

⁴ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، المرجع السابق، ص.276.

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.
- الإشارة إلى تسمية طبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو ألتفاقي.
- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى¹.

وهذا ما سيتم شرحه فيما يلي:

1) الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

وهي المحكمة الإدارية التي تختص نوعيا ومحليا بالفصل في النزاع، ومن الأفضل الإشارة إلى الغرفة أو القسم المختص بالنظر في القضية، كأن يكون المحكمة الإدارية الفاصلة في الموضوع أو في القسم الاستعجالي بالمحكمة نفسها². والحال هنا يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 946 من القانون السابق ذكره على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة....."³.

2) أسماء وألقاب وموطن الأطراف.

يجب أن يذكر المدعي في عريضته اسمه ولقبه وموطنه، سواء اكتسب هذه الصفة بحكم المصلحة أو اكتسبها بحكم القانون، كما يتعين عليه ذكر ألقاب وأسماء وموطن المدعى عليهم، ولكن بما أن الأمر يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، في مادة العقود والصفقات العمومية، فإنه يتعين الإشارة إلى تسمية الأطراف وطبيعتهم، وكذا إلى مقرهم

¹ - المادة 15 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.105.

³ - المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

الاجتماعي حتى يعرف مكان تواجدهم تسهيلا لاستدعائهم أو إخطارهم بالجلسة، وكذا للقيام بمختلف التبليغات، باعتبارهم مدعى عليهم¹.

3) عرض الوقائع وذكر الطلبات.

حتى يتعرف قاضي الاستعجال على موضوع النزاع المعروض أمامه، وهل هو من اختصاصه، لا بد أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى أو عريضة الطلب عرضا مختصرا وموجزا للوقائع يذكر فيه المدعي الوقائع المادية والقانونية التي دفعته إلى رفع الدعوى، قصد المطالبة بتدبير مؤقت². وهذا ما نصت عليه المادة R.522-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي على أن:

« La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit contenir l'exposé au moins sommaire des faits et moyens et justifier de l'urgence de l'affaire... »³.

وقد نصت المادة 925 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك صراحة، وجاءت صياغتها كما يلي: "يجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية، عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية"⁴، متبعا ذلك بذكر الطلبات، وهذه الأخيرة تشكل خاتمة العريضة بحيث يذكر فيها ما يطلب الحكم به من هيئة المحكمة. فالعريضة يجب أن يكون لها محل، ويجب أن يكون هذا المحل مؤسسا، لأن الطلب هو الذي يحدد الأرضية القضائية للنزاع. وإذا كانت العريضة دون طلب، فإنها

¹ - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص.17.

² - Daniel CHABANOL, code de justice administrative, 5 édition, LE MONITEUR, Paris, 2012, p.544.

³ - Article R.522-1 du CJA, précité.

⁴ - المادة 925 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

مرفوضة شكلا، أما إذا أصبح المحل المطلوب منعدا بعد رفع الدعوى، فإن المحكمة تصرح بأن لا وجه للفصل.¹

ثانيا: إيداع العريضة وقيدها ودفء الرسوم القضائية.

وفي هذه الحالة يجب تقديم العريضة أو يتم إرسالها إلى كتابة ضبط المحكمة، وهذا ما نصت عليه المادة 1-413 R من قانون القضاء الإداري الفرنسي على أنه:

« La requête doit être déposée ou adressée au greffe, sauf disposition contraire contenue dans un texte spécial ».

وتسجل العريضة من قبل رئيس كتابة ضبط المحكمة الإدارية مع الوثائق المرفقة بها، مع ختم يشير إلى تاريخ وصول العريضة²، وهذا ما جاء في نص المادة 5-413 R من نفس التقنين التي نصت على ما يلي:

« Les requêtes sont enregistrées par le greffier en chef ou, au Conseil d'Etat, par le secrétaire du contentieux. Elles sont en outre marquées, ainsi que les pièces qui y sont jointes, d'un timbre indiquant la date de leur arrivée »³.

وطبقا للمادتين 823 و824 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن العريضة تقيد فور استلامها من قبل أمانة ضبط المحكمة الإدارية في سجل خاص مرتب تبعا لتاريخ استلام العرائض أول بأول، فيذكر في السجل أسماء الأطراف وألقابهم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، ويسجل الرقم على نسخ العريضة، وتسلم نسخة لرافعها بغرض اتخاذ إجراءات

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.107.

² - Rémi ROUQUETTE, op.cit, p.509.

³ - Article R.413-5 du CJA, précité.

التبليغ طبقا للمادة 16 من ذات القانون. وقد فرضت هذه الأخيرة مدة لا تقل عن 20 يوما بين تاريخ التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون أو النص الخاص على مدة أقل عندئذ يطبق النص الخاص إعمالا لمبدأ الخاص يقيد العام.¹ وهذا الأمر ينطبق على الدعاوى الاستعجالية ومن بينها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، حيث تنص المادة 928 من القانون نفسه على أن: "تبلغ رسميا العريضة إلى المدعى عليهم وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغني عنها دون إعدار".²

ولتسجيل العريضة وجب دفع الرسوم القضائية المحددة قانونا، وهذا ما أشارت إليه المادة 821 والمادة 17 من نفس القانون، ويسلم أمين الضبط وصلا يثبت ذلك ويرفق الوصل الدال على دفع الرسوم في ملف الدعوى، وفي حال حدوث نزاع يتعلق بالرسوم يفصل رئيس الجهة القضائية، والحال هنا رئيس المحكمة الإدارية في الإشكال المعروض أمامه بأمر غير قابل لأي طعن، وهذا ما قضت به المادة 825 من القانون ذاته.³

ثالثا: التكليف بالحضور.

يتم تبليغ المدعى عليه ويعطى للطرفين أقصر وقت لتقديم ملاحظاتهم في جلسة علنية⁴، وهذا ما قضت عليه المادة R.522-4 حيث نصت على ما يلي:

« Notification de la requête est faite aux défendeurs. Les délais les plus brefs sont donnés aux parties pour fournir leurs observations. Ils doivent être

¹ - بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.429.

² - المادة 928 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

³ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص.277.

⁴ - Rémi ROUQUETTE, op.cit, p.760.

rigoureusement observés, faute de quoi il est passé outre sans mise en demeure »¹.

وهذا ما نصت عليه المادة 838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها ما يلي: "... يتم التبليغ الرسمي لعريضة افتتاح الدعوى عن طريق محضر قضائي،..."².

ومن هنا فإن تبليغ عريضة افتتاح الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية يتم عن طريق محضر قضائي باعتباره ضابطا عموميا مكلفا بالقيام بإجراءات التبليغ بناء على طلب ذوي الشأن³.

ويتعين على المدعي بعد استيفاء إجراءات دعوى الاستعجال قبل التعاقد، التوجه إلى المحضر القضائي من أجل إحاطة المدعى عليه اسما بالدعوى المسجلة وإلزامه بالحضور، وهذا يفرض إعداد سند رسمي في موضوع التبليغ يسمى بالتكليف بالحضور. وقد أوجب المشرع في المادة 18 من القانون نفسه مجموعة بيانات وجب توافرها في التكليف بالحضور وهي:

- 1) اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.
- 2) اسم ولقب المدعي وموطنه.
- 3) اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.
- 4) تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني.
- 5) تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

¹-Article R.522-4 du CJA, précité.

²- المادة 838 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

³- بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.262.

وهي في مجملها بيانات ذات فائدة، ومن خلالها يعرف القائم بالتنفيذ والمدعي والمدعى عليه وتاريخ الجلسة والجهة القضائية المعروض أمامها النزاع.¹

وإذا سلم المحضر القضائي التكليف بالحضور للمعني وجب عليه تحرير محضر تبليغ يتضمن البيانات التالية:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب الشخص المبلغ له وموطنه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي.
- توقيع المبلغ له على المحضر والإشارة إلى طبيعة الوثيقة المثبتة لهويته مع بيان رقمها وتاريخ صدورها.
- الإشارة في المحضر إلى رفض استلام التكليف بالحضور أو استحالة تسليمه أو رفض التوقيع عليه.
- وضع بصمة المبلغ له في حالة استحالة التوقيع على المحضر.
- تنبيه المدعى عليه بأنه في حال عدم امتثاله للتكليف بالحضور سيصدر حكم ضده بناء على ما قدمه المدعي من عناصر.
- تاريخ أول جلسة وذكر الساعة فمن حق المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد كما في أي دعوى أخرى وهو المكلف بالحضور على يد محضر تحضير نفسه وإعداد دفاعه ولا يكون ذلك إلا بعد معرفة تاريخ الجلسة.²

¹ - عيد السلام ذيب، المرجع السابق، ص. 131.

² - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 292.

هذا ويسجل على المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فراغا كبيرا. والأمر يتعلق بالبيان الخاص بذكر الجهة القضائية المطلوب المثول أمامها. والمقصود بذلك المحكمة الإدارية فلا يصح أبدا أن يشمل التكليف بالحضور اسم المدعي ولقبه واسم المدعى عليه ولقبه وطبيعة الشخص المعنوي ومثله القانوني ومقره وتاريخ الجلسة وبيانات المحضر القائم بالتبليغ، ليغيب مع كل هذا عنصر له من الأهمية بمكان ألا وهو الجهة القضائية المطلوب الوقوف والمثول أمامها، وهذا الأمر لا يمكن قبوله على الإطلاق، وإذا كان لابد من التعديل فعلى رأس المواد الواجب إعادة النظر فيها هي المادة 18 سالفة الذكر. علما أن المادة التي تقابلها في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 القديم والملغى ذكر فيها البيان المتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة، وهي المادة 13 منه حيث جاء في البيان رقم 4 عبارة: "ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين للمثول أمامها".¹

الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد.

هناك إشكالات متعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، وهذه الإشكالات تتمثل في صفة المدعي رافع الدعوى (أولا)، أسباب الطعن (ثانيا)، تصادم الإجراءات الموازية (ثالثا)، إمكانية تنفيذ العقد قبل إبرامه (رابعا).

أولا: صفة المدعي رافع الدعوى.

سبق شرح المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الدعوى الإستعجالية لا تكون مقبولة إلا إذا رفعها من له مصلحة في إبرام العقد، وكذا الوالي حينما ترم الهيئات المحلية عقدا مخالفا للقانون. وقد تم تفسير عبارة "من له مصلحة" بأنهم المترشحون الذين حال خرق قواعد الإعلان والمنافسة دون التقدم بعروضهم، أو الذين تم إقصاؤهم أو استبعادهم، أو لم يتم اختيارهم، خاصة بعد صدور قرار المنح المؤقت. إلا أن

¹ - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص. 292.

عدم دقة العبارة قد تفتح المجال لتفسير واسع يدرج طوائف من المهتمين بالصفقة العمومية ودون أن تكون لهم مصلحة مباشرة، ويكون الغرض من ممارسة حق التقاضي تعطيل إبرام العقد مما يلحق ضررا بالمصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها وبالمصلحة العامة بالتبعية.

فيكفي جهل الراغبين في إبرام العقد للنصوص القانونية، وعدم التمييز مثلا بين طلب العروض المفتوح وطلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا وطلب العروض المحدود، وهي أشكال طلب العروض المبينة في المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247. أو للشروط القانونية التي يجب أن يتضمنها الإعلان من تلك التي تعتبر ثانوية، حتى يبادر إلى رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد التي في حالة عدم الاستجابة للطلب ستعطل إبرام العقد لمدة 20 يوما، وهي المدة التي يجب فيها على المحكمة الإدارية الفصل في الطلب عملا بالمادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

أما النقص الآخر الذي يعتري المادة 946 المبينة للذين لهم حق الإخطار، فيتمثل في إغفال تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بصفقات الإدارة المركزية والمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الوطنية التي تخضع للقانون الذي يحكم النشاط التجاري إذا كان العقد ممولا كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. فإذا كان الوالي يمارس هذا الحق في مواجهة صفقات الهيئات المحلية، فإن صفقات الهيئات المركزية تبقى دون "وصي" لضمان قانونيتها، علما أن هذه الصفقات تخضع لنفس قواعد الشفافية والنزاهة، وتسري عليها كل المبادئ الواردة في تنظيم الصفقات العمومية وقوانين المنافسة ومكافحة الفساد. وكان من باب أولى نظرا لأهميتها وضخامة قيمتها، أن يتم بيان الجهة الإدارية الموكل لها حق إخطار المحكمة الإدارية

¹ - بودريوة عبد الكريم، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09 - 10 مارس 2011، ص.09.

بإجراءات دعوى الاستعجال قبل التعاقد، مثل ما هو معمول به في فرنسا طبقا للمادة L.551-10 من القانون القضاء الإداري.¹

لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتحديد المادة 828 منه، فإن الدولة تمثل بواسطة الوزير المعني سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، وبما أن الأمر يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مجال العقود والصفقات العمومية، وقياسا على منح الوالي - باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية - صفة المدعي رافع الدعوى في كل الصفقات التي تبرمها الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية المحلية سواء الخاضعة للقانون العام، أو للقانون الذي يحكم النشاط التجاري إذا كان مشروع الصفقة ممولاً كلياً أو جزئياً من ميزانية الجماعات المحلية، وباستقراء المواد 171 و172 و185 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام السابق ذكره، والمتعلقة بتشكيل اللجان المتمثلة في اللجنة الجهوية للصفقات ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية، والهياكل غير المركزية للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، واللجنة القطاعية للصفقات العمومية المكلفة بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية، والتي يوجد ضمن أعضائها ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية "مصلحة الميزانية ومصالح المحاسبة"، فإنه من الأجدر أن تمنح صفة المدعي رافع الدعوى -دعوى الاستعجال قبل التعاقد- إلى الوزير المكلف بالمالية، لارتباط الصفقات العمومية بالمال العام ومكافحة الفساد، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، تلك السلطة الممنوحة لوزير المالية في تحيين المبالغ المالية، والتي جاءت بمناسبة المرسوم الرئاسي 303-03 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003²، ثم جاءت

¹ - بودريوة عبد الكريم، نفس المرجع، ص.10.

² - المرسوم الرئاسي 303-03 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. ج. د. ش، عدد 55، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003.

بموجب المرسوم الرئاسي 338-08 المؤرخ في 9 نوفمبر 2008¹، اللذين عدلا وتتما المرسوم الرئاسي 250-02، ليعترف بها المشرع في المرسوم الرئاسي 236-10، ويستمر الاعتراف بها في المرسوم الرئاسي الجديد 247-15، فوزير المالية حسب المقترحات التي أشار إليها هذا المرسوم الأخير، هو من قدم التقرير المتعلق بالمرسوم الرئاسي حيث جاء فيه:

"إن رئيس الجمهورية.

بناء على تقرير وزير المالية..."².

كما أن وزارة المالية ساهمت بعمل تحضيرى جبار وكبير لا يمكن إنكاره يتعلق بمختلف مواد المرسوم، بالإضافة إلى أن وزارة المالية هي الوزارة الوصية على الشأن المالي لمختلف قطاعات الدولة، وهي من تعلم قبل غيرها بنسب التضخم المسجلة رسمياً، بحكم تبعية المؤسسات المالية لوصايتها. إضافة إلى ذلك فإن المرسوم الرئاسي الجديد استند ضمن مقتضياته لقوانين المالية كالأمر 31-96 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997³، والقانون 16-05 بتاريخ 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006⁴، والأمر 01-09 بتاريخ 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية

¹ - المرسوم الرئاسي 338-08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 62، الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 136.

³ - الأمر 31-96 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 85، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1996.

⁴ - القانون 16-05 بتاريخ 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 85، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2005.

التكميلي لسنة 2009¹، واستند أيضا للمرسوم التنفيذي 95-54 بتاريخ 15 فيفري 1995 الذي يحدد صلاحيات وزير المالية².

واعتبارا لما سبق كان من المعقول أن يستمر المرسوم الرئاسي الجديد في الاعتراف لوزارة المالية بوصايتها في مجال الصفقات العمومية، ولا غرابة في ذلك والأمر يتعلق بنفقات عمومية ستخرج من الخزينة العمومية³.

وبالتبعية فإنه يتعين الاعتراف لوزير المالية بأن تمنح صفة المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حالة الصفقات العمومية المبرمة من طرف السلطات المركزية، والمؤسسات العمومية الوطنية سواء الخاضعة للقانون العام، أو الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري إذا كلفت بإنجاز مشروع ممول كليا أو جزئيا وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وعليه تكون صياغة الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالتالي: "... والوزير المكلف المالية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف سلطة مركزية أو مؤسسة عمومية وطنية ..."

ثانيا: أسباب الطعن.

تم الحديث سلفا أن أسباب الطعن أو أوجه تأسيس دعوى الاستعجال قبل التعاقد تتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، بحيث تم تبيان بعض أوجه المخالفة سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في قانوني المنافسة ومكافحة الفساد. إلا أن عدم الدقة والتحديد قد يؤدي إلى إغفال حالات تشكل مساسا بهذه المبادئ، تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان، فهل يجوز مثلا رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد على أساس أن دفتر

¹ - الأمر 09-01 بتاريخ 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009.

² - المرسوم التنفيذي 95-54 بتاريخ 15 فيفري 1995 الذي يحدد صلاحيات وزير المالية، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 15، الصادرة بتاريخ 19 مارس 1995.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 136.

الشروط المفروض على المترشحين والذي يتم إعداده قبل الإعلان يتضمن مخالفات لمبدأ المنافسة؟

أمام سكوت النص وغياب اجتهاد قضائي، يستوجب بالإمكان الإستعانة بما هو معمول به في القانون المقارن لاسيما الموقف الفرنسي وذلك في المادة 1-551 L من قانون القضاء الإداري مصدر إلهام للنصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويظهر جليا من خلال هذه المادة أنه يمكن للقاضي أن يأمر بالامتنال للالتزامات، وكذا إلغاء القرارات والشروط التي سيتضمنها العقد والمخالفة للالتزامات الإدارية في مجالي الإشهار والمنافسة، وبالتالي فلن يكون مستبعدا أن يتبنى مجلس الدولة الجزائري هذا الموقف، وتمديد مجال السريان إلى غاية العمليات والمراحل التي تتم قبل الإعلان¹.

ثالثا: تصادم الإجراءات الموازية.

أمام تنوع النصوص المرجعية المرتبطة بمختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية، تبرز تلك المتعلقة بآليات ممارسة الرقابة والتأكد من صحة ومطابقة العمليات مع القانون، خاصة تلك المتصلة بمبدأ المنافسة وضرورة الإشهار، أين توجد أوجه الوقاية وهي ضمانات في آن واحد تتوزع بين هيئات عديدة وبطباع مختلفة (رقابة قضائية، ورقابة إدارية) قد تؤدي إلى تصادم بين الاختصاصات أو تعارض في الآثار المترتبة، مما يؤثر بشكل مباشر في تعطيل إبرام العقد وتنفيذه، وارتداد ذلك سلبا على المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

ويمكن تعداد هذه المظاهر فيما يلي:

¹ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.10.

1) التظلم أمام لجان الصفقات العمومية:

لقد فرض المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الذكر، إجراء إعلان المنح المؤقت للصفقة، وهو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة المعنية بنشره في الجرائد اليومية أو في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، بمقتضاه تتولى إخبار الجمهور من المعنيين وغير المعنيين بنتيجة الانتقاء والنقاط التي حصل عليها المتعهد الفائز، من باب إضفاء الشفافية أكثر على الصفقات العمومية.¹ وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 65 في فقرتها الثانية من هذا المرسوم، والتي تعد من بين أهم القواعد المكرسة لمبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية،² بالإضافة إلى المادة 82 منه والتي كرست حق الطعن الناتج عن المنح المؤقت كإجراء أولي يخول الجهات المعنية ممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة العمومية. فالمشرع بهذا الإجراء مكن المتعهدين المعنيين والذين قدموا عروضهم، من حقهم في رفع تظلم أمام لجنة الصفقات المعنية خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقت، طبقا للفقرة الثالثة من المادة 82 أعلاه لتمارس هذه الأخيرة رقابتها قبل توقيع الصفقة من جانب الجهة المختصة، وتتولى لجنة الصفقات المعنية سواء البلدية أو الولاية أو اللجنة الجهوية للصفقات أو لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية أو المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، عملا بالمواد من 171 إلى 175 من ذات المرسوم، دراسة التظلم المرفوع أمامها، وعلى من رفع التظلم إثبات وجود خرق القانون أو التنظيم أو صورة التمييز بين المتنافسين.³

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.296.

² - تنص الفقرة الثانية من المادة 65 من المرسوم الرئاسي المتضمن ت.ص.ع.ت.م.ع، سابق الإشارة إليه على مايلي: " يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية."

³ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.11.

2) الطعن أمام مجلس المنافسة:

إن أهم ما يميز الصفقات العمومية أنها عقود تخضع للمنافسة في إجراءات إبرامها، ابتداء من الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، كفكرة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية، ودفع التعاقد مع الإدارة لتوفير أفضل النوعيات بأفضل الإثمان، وقد امتد اللجوء إلى قواعد المنافسة لإبرام الصفقات العمومية في المراسيم الأخرى اللاحقة¹، كالمرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، وكذا المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ثم المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، علما أن هذه النصوص القانونية كانت سابقة على صدور قانون المنافسة تحت رقم 03-03 المؤرخ 19 جويلية 2003²، والذي لم يدرج في أحكامه ما يفيد تطبيقه على الصفقات العمومية خصوصا المادة الثانية منه³.

ودرء لهذا التناقض، فقد لجأ المشرع في إطار تعديل المادة الثانية بموجب القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008⁴ المعدل والمتمم للقانون 03-03 إلى جعل الصفقات العمومية ضمن النشاطات الخاضعة لقانون المنافسة⁵، حيث أصبحت المادة 02 تنص صراحة على أنه: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:

¹ - سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدينة، 20 ماي 2013، ص.09.

² - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر ج د ش عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

³ - سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص.10.

⁴ - القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008 يعدل ويتمم الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج ر ج د ش عدد 36، الصادرة بتاريخ 02 جويلية 2008.

⁵ - سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص.10.

- نشاطات الإنتاج.....

- الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة....¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل أن إدراج الصفقات العمومية ضمن القانون المتعلق بالمنافسة يجعلها حتما خاضعة لمجلس المنافسة؟²

بالرجوع إلى أحكام القانون 08-12، فإن المادة 05 منه تنص على أن: تتمم أحكام المادة 6 من الأمر رقم 03-03....، بمطة أخيرة وتحرر كما يأتي:

المادة 6: "تحظر.... بدون تغيير.... حتى الأعراف التجارية.

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"³.

فبإدراج الصفقات العمومية ضمن حالات حظر الاتفاقيات المنافية للمنافسة فإنها تكون من التصرفات الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة⁴، تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 44 والتي تنص صراحة على أن: "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن إطار تطبيق 6 و7..."⁵، مما يعني سريان كل القواعد الإجرائية والموضوعية الواردة في قانون المنافسة على الصفقات العمومية، وفي مختلف مراحلها لاسيما ما تعلق بالرقابة وممارسة حق الطعن لذوي المصلحة⁶.

وبالنظر إلى صلاحيات مجلس المنافسة المنصوص عليها ابتداء من المادة 34 من الأمر 03-03 وكيفيات إخطاره، يتبين اختصاصه في تلقي الشكاوى حول شروط تطبيق

¹ - المادة 02 من القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008 يعدل ويتمم الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

² - سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص.11.

³ - المادة 05 من القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008 يعدل ويتمم الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

⁴ - سهيلة ديباش، المرجع السابق، ص.11.

⁵ - المادة 44 من الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

⁶ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.11.

النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، تنتهي في حالة جديتها إلى إصدار المجلس أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة¹، طبقاً للمادة 45²، وهذا إضافة إلى إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المنافية للمنافسة³، حسب المادة 46⁴.

3) في إطار تطبيق قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم مجالات تطبيق⁵ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁶، وذلك من خلال نص المادة 09 منه والتي جاءت صياغتها كما يلي: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

¹ - بودريوة عبد الكريم، المرجع نفسه، ص.11.

² - تنص المادة 45 من الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه على أن: "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها من اختصاصه.

كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فوراً وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر. ويمكنه أيضاً أن يأمر بنشر قراره أو مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه".

³ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.11.

⁴ - تنص المادة 46 من الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه على أن: "يمكن لمجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة إتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تتأثر مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

⁵ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.11.

⁶ - القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سابق الإشارة إليه.

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية¹.

ويفهم من هذا النص أنه يتعين على الإدارة أن تقوم بإعداد دفاتر الشروط قبل الدعوة إلى إبرام الصفقة، وتحدد في هذه الدفاتر شروط المشاركة في المنافسة للحصول على الصفقة وقواعد انتقاء المتعامل المتعاقد من بين المترشحين الراغبين في التعاقد معها لتنفيذ الصفقة، وهذا حرصا على الشفافية ووقاية من الوقوع في جرائم المال العام وعموما وجريمة الرشوة والمحاباة على وجه الخصوص، إذ أن عدم تحديد شروط المشاركة والانتقاء مسبقا يفتح المجال واسعا أمام الإدارة لاختيار متعامل متعاقد على معايير غير قانونية، كما يجب على الإدارة أن تتخذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية على أسس ومعايير موضوعية ودقيقة، وأن تفتح المجال أمام ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام القواعد المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية².

ولقد أسس القانون 06-01 الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وأوكل إليها اختصاص التحري والبحث والسهرة على إتمام كل ما شأنه الكشف عن أفعال الفساد، وذلك في المادتين 20 و21 من القانون نفسه، على أن تتم إحالة الملف طبعا في حالة ثبوت وقائع ذات طابع جزائي إلى وزير العدل لتحريك الدعوى العمومية، وهذا ما جاءت به المادة 22 منه.

وبالتالي وفي حالة اكتشاف وقائع ذات صلة بالفساد بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قبل إبرام صفقة عمومية، فإن للهيئة سلطة التدخل والتحري، وقد يبلغ الأمر إلى حد تحريك الدعوى العمومية.

¹ - المادة 09 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، سابق الإشارة إليه.

² - حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، 2012، جامعة ورقلة، ص.05.

إن السؤال الذي يثور هنا هو بالذات أن سبب استعراض هذه الحالات الثلاثة، يكمن في كيفية معالجة ومعاملة حالة إتباع وتحريك هذه الطرق في آن واحد ومصير الآثار التي تنتجها، ذلك أنها قد تنتهي إلى إصدار أوامر متناقضة وفي أوقات تقريبا واحدة، يؤدي بالضرورة إلى استحالة تنفيذها وينتهي الأمر إلى طريق مسدود.

ويرجى في هذا المجال أن يتدخل القضاء الإداري الجزائري لوضع المعالم والحدود والأطر المناسبة للاستفادة من المزايا التي توفرها كل هذه النصوص، وتتكامل فيما بينها لتحقيق الأهداف المرجوة¹.

على أن هذا الإشكال المتعلق بتصادم الإجراءات الموازية غير مطروح في فرنسا، ذلك لأن الغاية من اشتراط قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد قبل توقيع العقد، من شأنه أن يمنع الطعن الموازي. فقانون القضاء الإداري في المادتين L.551-1 و L.551-5 سابق ذكرهما، وقرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 12 جويلية 2017 المذكور سابقا، قد فصلوا في الأمر، حينما قضوا بأن دعوى الاستعجال قبل التعاقد يتم فيها إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل توقيع العقد وإلا أصبحت غير ذي موضوع، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يحدد أجلا لرفع الدعوى وإنما نص على إمكانية أو جواز إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل إبرام العقد.

ليس هذا فحسب، بل إن صياغة الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها عبارة: "...إذا أبرم العقد..."، تفتح المجال أمام الطعن الموازي كما أنها متناقضة مع صياغة الفقرة الثالثة من ذات المادة، فلا يجوز إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد في حين أن العقد قد تم إبرامه من طرف المصلحة المتعاقدة،

¹ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.12.

لأن صلاحيات هذا الأخير تنتهي عند إبرام العقد، فصياغة الفقرة الأولى من المادة L.551-10 جاءت أكثر دقة من الفقرة المذكورة أعلاه فقد نصت على أنه:

« ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local ».

مبينة أن من حق ممثل الدولة تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد وذلك في الحالة التي يتعين فيها إبرام العقد من قبل سلطة محلية أو مجموعة من السلطات المحلية أو مؤسسة عامة محلية.

ولتفادي هذا التناقض ينبغي إعادة صياغة الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي: "وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا كان العقد سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية".

رابعا: إمكانية تنفيذ العقد قبل إبرامه.

تنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، على إمكانية البدء في تنفيذ العقد قبل إبرامه، وهذا طبعاً استجابة لضرورات معينة، إلا أن ذلك يتنافى مع إمكانية رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد، أين لا تجدي نفعا بعد الإمضاء على العقد مثلما سبق بيانه. فقد تتحجج الإدارة بالطابع الاستثنائي

¹ - تنص المادة 12 فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه على ما يلي: "في حالة الاستعجال الملح المعلل بمخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه"

للمشروع للبدء في تنفيذه لتواري المخالفات التي ارتكبتها في حق مبدأي المنافسة والإشهار، وتفلت بالتالي من الرقابة واحتمال بطلان إجراءاتها.

وبالتالي يرجى توضيح وتدقيق هذه النصوص حتى تنسجم فيما بينها، ذلك أن استعمال كلمات وعبارات واسعة النطاق والمفهوم مثل "وجود خطر يهدد استثماراً" أو "الأمن العمومي" يمنح للإدارة سلطة تقديرية غير محددة المعالم والحدود، يُحصنها من أي تعقيب ورقابة ويقلل بالتبعية من شأن وصرامة النصوص القانونية التي اجتهد المشرع في محاولة إحاطتها وتنظيمها من كل الجوانب. وهنا أيضاً يرتقب تدخل مجلس الدولة الجزائي قصد تنوير المهتمين بمجال الصفقات العمومية بما يجب أن يكون وإرساء هذه المعالم والحدود¹.

¹ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.13.

الفصل الثاني: الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

عندما تحرك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المدعي بغض النظر عن صفته بعد استنفائه الشروط الموضوعية منها والشكلية، ويتم قيدها لدى كتابة ضبط المحكمة الإدارية، يأتي دور القاضي الاستعجال الإداري لممارسة السلطات المخولة له قانونا بموجب هذه الدعوى والمنصوص عليها في قانون القضاء الإداري الفرنسي من خلال المادتين L.551-2 و L.551-6، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بموجب المادة 946 منه (المبحث الأول)، ومن خلال هذه السلطات يتم الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: سلطات القاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن هذه الدعوى تمنح لقاضي الاستعجال قبل التعاقد سلطات واسعة عند الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد. هذه السلطات تتمثل في سلطة الأمر وهذا ما سيتم معالجته في المطلب الأول، وسلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة ومعالجة ذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: سلطة الأمر.

تعد سلطة الأمر من أهم السلطات التي تمنحها دعوى الاستعجال قبل التعاقد للقاضي، ومنه سوف يتم تسليط الضوء على مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة وذلك في الفرع الأول، ثم دراسة الأوامر التي يوجهها قاضي الاستعجال قبل التعاقد في إطار هذه الدعوى في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.

ليبيان مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة ينبغي التطرق إلى تعريفه أولاً، ثم بيان شروطه ثانياً.

أولاً: تعريف الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.

إن الأمر القضائي هو سلطة تمنح للقضاء لإلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه.¹ كما يقصد بمبدأ حظر توجيه القاضي أوامر للإدارة: "أنه لا يجوز للقاضي و هو بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه توجيه أمر إلى جهة الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الإلغاء أو دعوى القضاء الكامل"².

ولقد استقر الحال في فرنسا منذ زمن طويل، أن القضاء لا يستطيع تكليف جهة الإدارة بأن تقوم بعمل معين أو تمتنع عنه، أو أن يحل محلها في عمل أو إجراء معين هو من صميم اختصاصها بناء على طلب الأفراد، كما لا يملك إكراهها على فعل شيء مما سبق عن طريق التهديدات المالية، مع العلم أن هذا الالتزام الذي يقع على عاتق القاضي الإداري والمتعلق بعدم جواز توجيه أمر إلى الإدارة أو الحلول محلها في تصرفاتها وأعمالها، اعتبر محرماً تاريخياً بل ذنباً لا يمكن غفرانه للقضاء الإداري إذا خالفه متعمداً³.

وترجع جذور هذا الالتزام إلى المادة 13 من القانون 16 و1790/08/24، المتعلق بالتنظيم القضائي، الذي حرم على القضاة أن ينظروا أو يبتوا في أعمال الإدارة بأي شكل من الأشكال. فقد نصت المادة 13 من القانون المذكور أعلاه على ما يلي:

¹ - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 871.

² - براهيمى فايزة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 69.

³ - Bernard ASSO, Frédéric MONERA, Contentieux administratif, Studyrana, Paris, 2006, p.368.

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions»¹.

ولكن الأصل التاريخي الأهم للالتزام عدم توجيه الأوامر للإدارة إنما يتمثل في الفلسفة التي قام عليها نشاط القضاء الإداري في فرنسا، والتي كانت قائمة على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، حيث اعتبر مبرراً أساسياً للحظر الذي فرض على القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، ويجعل القاضي في المنازعة الإدارية لا يتعدى الحدود التي أقرها القانون دون التدخل في شؤون السلطة الإدارية. فقد اعتبرت الأوامر التي يمكن أن يرسلها القاضي إلى الإدارة لتتخذ تصرفات معينة أو تمتنع أن القيام بتصرفات محددة، من شأنها أن تحوله إلى رجل إدارة بالمعنى الحقيقي مما يشكل خرقاً واضحاً لهذا المبدأ².

ومع هذا فإن مبدأ حظر إصدار الأوامر لم يكن مطبقاً على إطلاقه في فرنسا، حيث أن الإدارة تتلقى منذ زمن بعيد أوامر من جانب القاضي العادي في حالة الاعتداء المادي الذي كان يشكل الأرضية الخصبة لذلك، فالقاضي العادي يمكن أن يأمر الإدارة بأن توضع حداً للاعتداء المادي، وبشكل أكثر وضوحاً فإنه يحق للقاضي العادي أن يرسل أوامر إلى الإدارة في نطاق علاقات القانون الخاص التي تربطها بالأفراد. كما أن القاضي الإداري نفسه ليس غريباً كلياً عن مجال إرسال الأوامر، فيمكن أن يرسلها إلى الأفراد، كما

¹ - Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790.

² - Valérie MARTEL, Pouvoir d'injonction du juge administrative, http://fdv-srv.univ-lyon3.fr/moodle//file.php/1/FPV2/Droit_processuel/Procedures_contentieuses_et_administratives/le_pouvoir_d_injonction_du_juge_administratif.pdf. 2018/02/03 تاريخ الاطلاع

في حالة توجيه أمر للمتعاقد مع الإدارة والمخل بالتزاماته، بإخلاء موقع التنفيذ تمهيدا لتنفيذ العقد على حسابه، وكذا في حالة طرد من يشغل الدومين العام دون وجه حق¹.

إن مثل هذا الوضع قد أعطى للإدارة امتيازاً على حساب الأفراد المتقاضين، وجعل الأحكام الصادرة عن القضاء موقوفة على إرادتها الطيبة وحسن نيتها، مما جعل الرقابة القضائية على أعمال الإدارة متسمة بالطابع الأخلاقي ومفتقدة لطابعها العملي، لذلك فإن المشرع الفرنسي قد تدخل تدخلًا تاريخياً بإصداره للقانون رقم 95-125 الصادر بتاريخ 1995/02/08² بموجب المادة 62 منه والتي أضافت المادة 2-8.L من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، حيث أجاز فيه للقاضي أن يوجه أوامر إلى الإدارة ولكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر إلى الإدارة إلا إذا اقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من طرف الإدارة، فيصدر عندئذ حكمه مقترناً بأمر للإدارة لأجل القيام بهذا الإجراء، أو إذا تضمن حكمه إلغاء لقرار فيجوز له حينها تضمين هذا الحكم أمراً إلى الإدارة باتخاذ هذا القرار مرة أخرى بشكل مطابق للمشروعية³، فقد نصت المادة 2-8.L من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية على ما يلي:

« Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisi de conclusions en ce sens prescrit cette mesure, assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution, par le même jugement ou le même arrêt.

¹ - Bernard ASSO, Frédéric MONERA, op.cit, p.369.

² - Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n° 34 du 9 février 1995.

³ - Amadis FRIBOULET, Le pouvoir d'injonction du juge administratif, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/11/le-pouvoir-dinjonction-du-juge-administratif/>, 2018/02/03 تاريخ الاطلاع

Lorsqu'un jugement ou un arrêt implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public doit à nouveau prendre une décision après une nouvelle instruction, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, saisie de conclusions en ce sens, prescrit par le même jugement ou le même arrêt que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé»¹.

وحلت محلها المادة L.911-1 من قانون القضاء الإداري التي نصت على ما يلي:

« Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution »².

ومعنى ذلك إذا تطلب الأمر أو الحكم أو القرار القضائي أن تتخذ الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة أو شخص من أشخاص القانون الخاص مكلف بتسيير مرفق عام تدابير تنفيذية معينة، فإن للجهة القضائية الإدارية أن تأمر الإدارة باتخاذ تلك التدابير³.

والمادة L.911-2 من نفس القانون ونصت على ما يلي:

« Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction saisie de conclusions en ce sens prescrit, par la même décision

¹ - Article L.8-2 du CTACAA précité.

² - Article L.911-1 du CJA, précité.

³ - Bernard ASSO, Frédéric MONERA, op.cit, p.369.

juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé »¹.

ومعنى ذلك أنه إذا كان الأمر يتطلب من الشخص المعنوي العام أو الشخص الخاص المكلف بتسيير مرفق عام أن يصدر قرارا جديدا، فإن للجهة القضائية الإدارية أن تأمر الإدارة بإصدار هذا القرار الجديد في أجل معين².

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فقد تأثر بما كان عليه الحال في فرنسا، حيث لم يكن باستطاعة القاضي الجزائري توجيه أوامر إلى الإدارة رغم عدم وجود نص يمنعه من ذلك. لكن بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح بإمكان القاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة من أجل تنفيذ أحكامه، بحيث إذا قدر أن تنفيذ الحكم الصادر عنه يستلزم صدور قرار معين من شخص معنوي عام أو خاص مكلف بإدارة مرفق عام، أن يوجه أمرا بناء على طلب صاحب الشأن، باتخاذ القرار الواجب إصداره من أجل تنفيذ الحكم³. وهذا ما نصت عليه المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء"⁴، وإذا قدر أن تنفيذ الحكم يستلزم قيام هذا الشخص الاعتباري بتحقيق جديد من أجل إصدار قرار آخر، فإن له أن يوجه إليه بناء على طلب المعني بالأمر، أمرا بإجراء التحقيق اللازم وإصدار قرار من جديد⁵، طبقا لما نصت عليه المادة

¹ - Article L.911-2 du CJA, précité.

² - Bernard ASSO, Frédéric MONERA, op.cit, p.369.

³ - عادل بوضيف، المرجع السابق، ص.344.

⁴ - المادة 978 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

⁵ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.640.

979 من نفس القانون على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة لم يسبق أن أمرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد".¹

ثانيا: شروط الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.

حتى يتسنى للقاضي فرض أوامر ضد الإدارة لا بد من توافر شروط معينة تتمثل في ما يلي:

1- ضرورة طلب صاحب الشأن:

يشترط وفقا للمادة 978 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إمكانية توجيه أمر إلى الإدارة ضرورة تقديم طلب صريح من صاحب الشأن إلى الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى وهي المحكمة الإدارية باعتبارها الجهة الفاصلة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد طبقا للفقرة الأولى من المادة 946.²

2- ضرورة أن يتطلب تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار اتخاذ الإدارة تدبيرا معيناً:

فلا محل لاستخدام سلطة الأمر إذا كان تنفيذ الأمر أو الحكم أو القرار، لا يتطلب من الإدارة اتخاذ تدبير معين قد يتمثل في اتخاذ الإدارة إجراء معيناً. وقد يتمثل في إصدار قرار إداري جديد، وقد يتمثل في إعادة فحص طلب صاحب الشأن وإصدار قرار جديد في أجل محدد.³

¹ - المادة 979 من القانون رقم 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ، سابق الإشارة إليه.

² - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.225.

³ - عبد القادر عدو، نفس المرجع، ص.225.

3- لزوم الأمر لتنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر:

لا يوجه القاضي الإداري أمرا إلى جهة الإدارة بإصدار القرار الذي يتطلبه تنفيذ الحكم أو بإعادة فحص طلب صاحب الشأن أو إصدار قرار إداري آخر، إلا إذا كان هذا لازما لتنفيذ الحكم. وبالبناء على ذلك، فإن القاضي الإداري إذا قدر أن توجيه أمر إلى الإدارة يعتبر مسألة حتمية من أجل تنفيذ الحكم، فينبغي عليه إصدار هذا الأمر، ومن ثم، فإن سلطة القاضي كما هو واضح من النصوص التشريعية سلطة مقيدة، وهذا بخلاف الغرامة التهديدية إذ يملك الخيار بين الحكم بها أو الاستغناء عنها تبعا لظروف وعناصر الدعوى، كما يجوز للقاضي الإداري أن يمنح للإدارة المحكوم ضدها أجلا للتنفيذ كما يجوز له أن يقرن هذا الأمر بالغرامة التهديدية.¹

الفرع الثاني: الأوامر القضائية الموجهة للإدارة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

في حالة ما إذا تبين للقاضي الإداري أن الإدارة المكلفة بإبرام الصفقة العمومية قد أخلت فعلا بالالتزامات المتعلقة بالإشهار والمنافسة، فله أن يأمر الإدارة المخلة بالامتثال لالتزاماتها (أولا)، كما يمكن له الأمر بوقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به (ثانيا)، كما أنه يملك سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية (ثالثا).

أولا: أمر الإدارة بالامتثال لالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والوضع في المنافسة.

لقد منحت المادة L.22 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية للقاضي الإداري إمكانية توجيه أمر إلى الإدارة، بأن تراعي التزاماتها المفروضة عليها قانونا

¹ - عبد القادر عدو، المرجع نفسه، ص.226.

في مجالي العلانية والمنافسة في إبرام عقد من عقود الصفقات العمومية أو عقد تفويض مرفق عام،¹ فقد نصت على أنه:

« Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations...»².

ونفس الشيء بالنسبة للمادة L.551-2 فقد نصت على أنه:

« Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations»³.

والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري حيث بينت الفقرة الرابعة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن للمحكمة الإدارية وبمجرد إخطارها أن تأمر المتسبب في الإخلال، بالامتثال لالتزاماته وذلك بمراعاة الإجراءات القانونية المتعلقة بالإشهار والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.⁴

فالقاضي الإداري يستطيع أن يأمر الإدارة على سبيل المثال بأن تنشر إعلانا عن العقد في حال عدم قيامها بذلك، أو أن تعيد نشر هذا الإعلان إذا كان النشر الأول غير مشروع، كما يستطيع أن يأمرها بالقيام بتصرفات محددة بحيث تكون إجراءات إبرام العقد متطابقة مع منطق المنافسة كما يفرضه القانون.

وقد وضعت هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي مرات عديدة في فرنسا، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 10 جوان 1994 بأنه يجوز لرئيس المحكمة

¹-Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, 3 édition, Gualino lextenso editions, Paris, 2008, p.191.

²- Article L.22 du CTACAA, précité.

³- Article L.551-2 du CJA, précité.

⁴- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.556.

الإدارية أن يأمر الإدارة بالامتثال لأوامرها في أن تستأنف إجراءات الإعلان القانونية¹، وقد جاء القرار على الشكل التالي:

« Considérant qu'en vertu de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'ordonnance attaquée, le juge saisi, qui statue en la forme des référés, peut ordonner à l'auteur d'un manquement aux dispositions auxquelles ce texte se réfère de se conformer à ses obligations, suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, annuler ces décisions et supprimer des clauses ou des prescriptions destinées à figurer dans le contrat qu'eu égard aux pouvoirs ainsi conférés au juge par la loi, qui lui permettent notamment de faire obstacle à la passation d'un contrat».²

كما أن مجلس الدولة ألغى أمرا صادرا عن رئيس محكمة غرينوبل لأن هذا الأخير قد رفض أن يأمر الإدارة بأن تراعي التزاماتها المتعلقة بالاشهار والمنافسة³، في قرار أصدره بتاريخ 10 فيفري 1997 جاء فيه ما يلي:

« Considérant que par l'ordonnance attaquée le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Grenoble, saisi sur le fondement de l'article L.22 précité, a rejeté la demande de M. X... tendant à ce que, d'une part, il enjoigne au Centre communal d'action sociale de la ville de Grenoble de respecter les règles de concurrence en ce qui concerne la fixation de l'indemnité prévue à l'intention des candidats admis à présenter une offre, d'autre part, il condamne le Centre à fixer cette indemnité à 160 000 F,

¹ - François LICHERE, op.cit, p.135.

² - CE, 10/06/1994, n° 141633, Commune de cabourg, p.301.

³ - Olivier LE BOT, op.cit, p.630.

enfin, il suspende la passation du contrat de maîtrise d'oeuvre pour la réalisation d'une maison d'accueil de personnes âgées dépendantes à Grenoble »¹.

وبتاريخ 21 جوان 2000 أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا يؤيد فيه أمر القاضي الذي فوضه رئيس المحكمة الإدارية، حيث أن هذا الأخير أمر الإدارة بالامتثال لالتزاماتها عندما تعاقدت من الباطن لاستغلال شاطئ دون اللجوء إلى إجراءات الإعلان القانونية²، ونص القرار على ما يلي:

« Considérant que le sous-traité d'exploitation s'il porte autorisation d'occupation du domaine public par le sous-traitant et présente ainsi le caractère d'une concession domaniale, tend également à organiser l'exploitation de la plage, dans l'intérêt du développement de la station balnéaire que le concessionnaire chargé de l'équipement, de l'entretien et de l'exploitation de la plage, doit également veiller à la salubrité de la baignade et au respect des mesures destinées à assurer la sécurité des usagers dans les conditions prévues par le sous-traité, sous le contrôle de la commune et sans préjudice des pouvoirs qui appartiennent à l'autorité de police municipale qu'eu égard à la nature de la mission ainsi confiée au concessionnaire, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Nice n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le sous-traité litigieux organisait une délégation de service public au sens des dispositions susvisées de la loi du 29 janvier 1993 et que la commune d'Antibes devait dès lors respecter la

¹- CE, 10/02/1997, n° 169694, Moch, Rec.

²- Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.119.

procédure prévue par les dispositions de cette loi pour conclure cette convention»¹.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري وبالرجوع للأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بسكرة سالف الذكر يمكن القول أن التشكييلة الفاصلة في الاستعجال قبل التعاقد قد استعملت سلطة الأمر المخولة لها بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أمرت المصلحة المتعاقدة بالامتنال لالتزاماتها القانونية، وقد جاء في هذا الأمر الاستعجالي ما يلي: "وحيث أن الجمع بين الحصتين من حيث العرض المالي مخالف لدفتر الشروط ولا يوجد ما يبرره، فضلا عن ذلك أن فيه خسارة مالية للمصلحة المتعاقدة والخزينة العمومية بمبلغ 25.082.460 دج لذلك قررت المحكمة القضاء بإلغاء الإعلان عن المنح المؤقت للصفحة الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 وأمر المدعى عليها بالامتنال لالتزاماتها القانونية وذلك بالتحديد بالعرض المالي لكل حصة وفقا لدفتر الشروط"².

ثانيا: الأمر بوقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به.

ويتمتع القاضي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد بهذه السلطة من خلال نص المادة L.22 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية،³ وقد نصت على ما يلي:

« et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte»⁴.

وكذا المادة L.551-2 من قانون القضاء الإداري التي تنص على ما يلي:

¹ - CE, 21/06/2000, n° 212100. 212101, SARL Plage chez Joseph, Rec , p.283.

² - المحكمة الإدارية بسكرة، قضية رقم 15/00980 بتاريخ 2015/12/14، سابق الإشارة إليها.

³ - Christophe GUETTIER, op.cit, p.416.

⁴ - Article L.22 du CTACAA, précité.

« et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat»¹.

كما أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أعطت نفس السلطة للقاضي الإداري، إلا أنها جاءت بصيغة أخرى مفادها أن المحكمة الإدارية بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات. فقد نصت على أنه: "ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً". وكان من الأجدر أن تكون الصياغة: "... أن تأمر بتعليق إمضاء العقد...".

وفي حال تجاوز القاضي هذا الأجل ما هو الأثر المترتب على ذلك؟

إن تجاوز هذا الأجل ليس له أي أثر على صحة الحكم²، ولكنه قد يكون سببا في الحصول على التعويض في حال ترتب على ذلك ضرر³، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 02 جويلية 1999 الذي جاء فيه ما يلي:

« Considérant que l'article R.241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dispose : "... l'auteur de la demande peut saisir le président du tribunal administratif ou son délégué, qui statue dans un délai de vingt jours"

Considérant que le délai de vingt jours fixé par les dispositions précitées de l'article R.241-21 n'est pas imparti au président du tribunal administratif ou à son délégué à peine de dessaisissement qu'ainsi le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a pu régulièrement statuer, le 8 avril 1999 sur la demande des sociétés requérantes que le dépassement allégué du délai raisonnable prévu à l'article 6-I de la convention européenne

¹ - Article L.551-2 du CJA, précité.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p.602.

³ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.115.

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales serait, en tout état de cause, sans incidence sur la régularité de la procédure juridictionnelle»¹.

والمقصود بإمضاء العقد في هذه الحالة توقيع الاتفاقية بين المتعامل الاقتصادي الذي وقع الاختيار عليه، وكان هذا الاختيار مخالفا ومخلا بقواعد العلانية والمنافسة، والمصلحة المتعاقدة التي تسببت في هذا الإخلال.² ويقصد بإمضاء العقد في هذا المجال: توقيع الاتفاقية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي تم اختياره دون احترام إجراءات المنافسة والإشهار.³

على أن هذا الأمر يعتبر ذو طابع تحفظي ومؤقت لأنه يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية والمتعلقة بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

فالمحكمة الإدارية قبل الفصل في القضية، وبمجرد إخطارها وقبل جلسة المرافعة تأمر بتأجيل إمضاء العقد الإداري بصفة مؤقتة لغاية الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد المرفوعة أمامها، ويكون أمر التأجيل مؤقتا ولا تتجاوز مدته العشرون يوما والتي هي مقررة للفصل في الدعوى.⁴

إن طلب تأجيل إمضاء العقد يحقق ميزة وهدفا هاما مفاده اجتناب الأمر الواقع الذي قد تفرضه الإدارة إذا ما سارعت إلى إمضاء العقد، فإعمال السلطة الممنوحة للمحكمة الإدارية مرهونة بعدم الإمضاء على العقد، وإذا تم الإمضاء انقطعت إمكانية

¹ - CE, 02/07/1999, n° 206749, SA Bouygues, Rec, p.258.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.326.

³ - بوكيحل ليلى، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص.13.

⁴ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.557.

ممارسة هذه السلطة مما يفوت الفرصة على المترشحين المستبعدين بغير حق على تدارك الأمر، وقد لا يجدي الأمر الاستعجالي بالإلزام نفعاً وقد يكون تنفيذه مستحيلاً.¹

ولقد راعى المشرع الجزائري من خلال هذه السلطة التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة، لأنه إذا لم يتم تأجيل إمضاء الصفقة، فإنها ستوقع وربما سيشرع في تنفيذها في الوقت الذي تسري فيه إجراءات الدعوى أمام القضاء، وإلى أن يصدر الأمر فقد تترتب نتائج يصعب تداركها بما يلحق الضرر بالمصلحة المتعاقدة وبمصلحة المدعي وحتى بالمتعاقدين الذي تم قبوله دون احترام إجراءات الإشهار والمنافسة.²

فسلطة الأمر بوقف إبرام العقد سلطة رهيبه لشل عمليات العقد. وبالنسبة للشروط المطلوبة لوقف التنفيذ، فإنه يكفي وجود أسباب جدية لتقرير هذا الوقف.

ويذهب بعض الفقه في فرنسا، أن مسألة وقف إبرام العقد أو وقف تنفيذ القرارات المتصلة بهذا الإبرام إنما تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف على الرغم من وجود أسباب جدية لذلك لدى المدعي،³ وعلى هذا الأساس فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بوقف إبرام العقد، حيث قضى بأن الشركة لها ما يبررها لطلب وقف إبرام العقد⁴، وقد جاء في القرار ما يلي:

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE LA PECHE ET DE L'ALIMENTATION a communiqué aux candidats, le 27 avril 1995 soit la veille de la date impartie aux candidats pour la remise de la dernière offre complète, un document contenant des exigences nouvelles relatives aux résultats à

¹ - بودريوة عبد الكريم، المرجع السابق، ص.07.

² - بوكيجل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص.13.

³ - Bréchon MOULENES, op.cit, p.4.

⁴ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.120.

atteindre en ce qui concerne les temps de réponse du système informatique, constituant l'un des objets principaux du marché qu'en modifiant ainsi le programme fonctionnel détaillé du marché dans des conditions de délai qui ne permettaient pas d'assurer le respect de l'égalité entre les candidats, la personne responsable du marché à méconnu les obligations de mise en concurrence qui lui incombent, que par suite, la société Bull est fondée à demander que soit suspendue la passation du marché portant sur la réalisation d'un "système intégré de gestion et de contrôle des aides agricoles communautaires au niveau départemental" et que le Conseil d'Etat enjoigne au ministre d'annuler toutes les décisions qui se rapportent à la conclusion de ce marché et qui sont postérieures à la communication, le 2 mai 1995, du cahier des clauses administratives particulières»¹.

ثالثا: سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية.

فبالنسبة لسلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد، فقد أقرتها المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية الفرنسي كما أن سلطة إبطال بعض الشروط التعسفية قد نصت عليها ذات المادة،² إذ نصت على ما يلي:

« Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations»³.

ونفس السلطة نصت عليها المادة 2-551 L. من قانون القضاء الإداري:

¹ - CE, 19/03/1997, n° 171140, Ministre de l'agriculture, Rec, p.940.

² - René CHAPUS, op.cit, p.1664.

³ - Article L.22 du CTACAA, précité.

« Il peut en outre annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations»¹.

وتعد من قبيل الإجراءات القطعية،² وعلى العكس من ذلك لم يدرجهما المشرع الجزائري ضمن السلطات المخولة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات حين تعبر عن إرادتها الموضوعية بصدد إبرامها لعقودها، وهذه القرارات تشكل جوهر عملية الإبرام تلك. والقاضي حين يبت في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإنه يتمتع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا كانت منطوية على مخالفات للالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالبا في قرارات استبعاد بعض المرشحين دون وجه حق.³

وفي هذا الخصوص أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراره الصادر بتاريخ 21 جوان 2000، وقد جاء فيه ما يلي:

« Considérant que par l'ordonnance attaquée, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Nice a suspendu la procédure engagée par la commune d'Antibes pour la passation du sous-traité d'exploitation du lot de plage n° 1 de la "Garoupe", a enjoint à la commune d'Antibes de reprendre, pour l'attribution dudit lot, l'ensemble de la procédure d'attribution de son exploitation en se conformant aux règles de mise en concurrence et de publicité prévues par les dispositions du code général des

¹- Article L.551-2 du CJA, précité.

²- عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص.462.

³-Aldo SEVINO, Le mémento du référé précontractuel, ÉDITIONS EYROLLES, Paris, 2008, p.122.

collectivités territoriales et le décret du 24 mars 1993 applicables aux délégations de service public, et a annulé la délibération du 29 juin 1999 du conseil municipal de la commune d'Antibes en tant qu'elle a approuvé le choix de la commission d'appel d'offres pour ledit lot et autorisé le maire à signer le sous-traité d'exploitation correspondant »¹.

وفي الحقيقة إن سلطة الإلغاء هذه التي منحت للقاضي المختص بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعدما كان أثر هذا الإلغاء نظريا بحتا وفقا لنظرية قضاء القرارات المنفصلة، مع ملاحظة أن القرار المتعلق باختيار المتعاقد (قرار الإرساء) في عقود الصفقات العمومية وفي عقود التفويض على حد سواء، إنما ينطوي على مساحة واسعة من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة². لذلك فإن قاضي الاستعجال قبل التعاقد ووفقا للقواعد العامة لا يمارس إلا رقابة الحد الأدنى على قرارات الإرساء تلك. وعليه فإن قاضي الاستعجال قبل التعاقد لا يمكن أن يلغي قرار توقيع العقد، كما هو الشأن بالنسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة، ولا أن يلغي العقد ذاته مثلما هو عليه الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية عندما تمارس اختصاصها المتعلق بدعوى الإلغاء الخاصة، وذلك يعود إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة بذلك، فإن العقد يصبح مبرما، ومع خروج العقد إلى حيز الوجود القانوني وإن كان معينا فإن قاضي الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يستنفذ سلطاته³.

كما أنه يمكن للقاضي وفقا للسلطات الممنوحة له، أن يبطل بعض الشروط المعدة لكي تسري ضمن العقد المنتظر إبرامه، وذلك إذا كانت هذه الشروط في حد ذاتها مخالفة

¹ - CE, 21/06/2000, n° 212100 212101, SARL Plage chez Joseph, Rec, p.283.

² - مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.876.

³ - مهندس مختار نوح، نفس المرجع، ص.876.

لقواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية، مثلما هو عليه الحال بالنسبة للشروط التي تنطوي على عنصر تفضيلي¹، وفي هذا الخصوص فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا جاء فيه ما يلي:

« Il appartient au juge du référé précontractuel, saisi de moyens sur ce point, de s'assurer que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans ce cadre, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu, Un établissement public ne méconnaît pas le principe de spécialité en candidatant à un marché dont l'objet constitue un complément normal de sa mission statutaire»².

وفي الحقيقة أن تمتع القاضي بسلطة اتخاذ إجراءات قطعية على النحو المشار إليه أعلاه، من شأنها أن تعطيه سلطة البت في موضوع النزاع، وهذا يختلف بشكل واضح عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى المستعجلة العادية، والتي من أهم شروطها أن القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد بإجراء تحقيق أو انتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق تطبيق قرار إداري، وأن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية الذي يظل سليما حتى تفصل فيه محكمة الموضوع. والسبب في ذلك يكمن في أن الإجراء الذي قننته المادة L.22 إنما الغاية منه إيجاد دعوى فعالة يتم من خلالها فصل الموضوع في نزاع محاط بحالة من الاستعجال، مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء مستعجلا بالمعنى القانوني

¹ - www.marche-public.fr/Marches-publics/.../Refere-precontractuel.ht .2017/12/15 تاريخ الإطلاع

² - CE,18/09/2015, n° 390041, Association de gestion du CNAM des Pays de la Loire, Groupement URBEA et autres, Rec.

للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تحدث عند تبادل الإيجاب والقبول عند إبرام العقود الإدارية الأكثر أهمية خاصة عقود الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام¹. وأمام هذه الامتيازات المتعددة والمتنوعة الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، فقد ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل هي تنتمي إلى القضاء الكامل أم إلى قضاء الإلغاء؟ وقد استقر الرأي على اعتبار هذه الدعوى من قبيل دعاوى القضاء الكامل لأنها تجمع بين يدي القاضي سلطات كاملة، علما أن هذا الأخير لا يحق له أن يبت في طلبات التعويض لأن ذلك يبقى من اختصاص القضاء المختص بها أصلا²، وهذا طبقا لما قضت به المحكمة الإدارية لمدينة ليل:

« ...Le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun ».³

كما قضت المحكمة الإدارية بمدينة إيميان بنفس الشيء وبنفس التاريخ:

« Il n'appartient pas au juge des référés de statuer sur des conclusions reconventionnelles en dommages et intérêts ni d'octroyer une provision dans le cadre de la procédure de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Irrecevabilité de conclusions à ces fins présentées devant lui »⁴.

¹ - Laurent RICHER, op.cit, p.157.

² - Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.101.

³ - T.A, Lille, 15/04/1994, Préfet de la Somme /c/ syndicat intercommunal d'électrification rural de Roisel-Hah, Rec, p.1044.

⁴ - TA, Amiens, 15/04/1994, Rec, p.1044.

المطلب الثاني: سلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.

بالإضافة إلى سلطة الأمر التي يتمتع بها قاضي الاستعجال قبل التعاقد، فإنه يتمتع بسلطة أخرى تتمثل في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة، وعلى هذا الأساس سيتم التطرق إلى مفهومها (فرع أول)، ثم إلى نطاق تطبيقها في إطار دعوى الاستعجال قبل التعاقد (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية.

لبيان مفهوم الغرامة التهديدية ينبغي التطرق إلى تعريفها (أولاً)، ثم التعرض إلى طبيعتها القانونية (ثانياً)، والتفصيل في شروطها (ثالثاً).

أولاً: تعريف الغرامة التهديدية.

لقد عرفت الغرامة التهديدية بأنها: "مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقتزنا بتلك الغرامة"¹. وقد عرفت كذلك بأنها: "مبلغ من النقود يحكم به القاضي على المدين عن كل فترة زمنية معينة لا يتم فيها تنفيذ المدين لالتزامه عينياً حيث يكون التنفيذ العيني تدخلاً شخصياً من جانبه"². كما أن هناك من عرفها بأنها: "عقوبة مالية تبعية تحدد بصفة عامة عن كل يوم تأخير ويصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه، أو حتى بقصد ضمان حسن تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق"³، أما الأستاذ عبد الرزاق السنهوري فقد عرفها من خلال تعريف نظام الغرامة التهديدية كوحدة قانونية إذ يتمثل: "في أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينياً في خلال مدة معينة، فإذا

¹ - براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص.92.

² - مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.14.

³ - منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص.15.

تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، ويجوز للقاضي أن يخفض من الغرامات أو يمحوها...¹.

إذن فالغرامة التهديدية هي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أن القاضي بناء على هذا الإجراء يستطيع أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عيناً خلال مدة معينة، فإذا تأخر في ذلك كان ملزماً بدفع مبلغ معين من النقود عن كل فترة زمنية من التأخير، أو في كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه، وذلك حتى يقوم بالتنفيذ أو الامتناع نهائياً عن الإخلال بالتزام، ويكون للقضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية أن يمحوها أو يخفضها.²

وعليه فإنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق نظام الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة لإجبارها على التنفيذ المباشر في حالة تأخيرها وتقاوعها عن تنفيذ الحكم الإداري³. فبإمكان القاضي الإداري تقرير الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، طبقاً للمادة L.911-5 من قانون القضاء الإداري الفرنسي التي نصت على ما يلي:

« En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.807.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.879.

³ - Daniel CHABANOL, Code de justice administrative, op.cit, p.1054.

droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision»¹.

فهذه المادة قد منحت سلطة فرض الغرامة التهديدية لمجلس الدولة فقط²، بيد أن المادة L.911-4 من القانون نفسه التي منحت القضاء الإداري بمختلف درجاته حق توجيه الأوامر إلى الإدارة، قد قرنت ذلك بإمكانية فرض غرامة تهديدية ضمانا لتنفيذ الأحكام القطعية الصادرة عنه.³ وقد نصت على أنه:

« En cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution.

Toutefois, en cas d'inexécution d'un jugement frappé d'appel la demande d'exécution est adressée à la juridiction d'appel.

Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte.

Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat»⁴.

وتتميز الغرامة التهديدية في كونها ذات طابع تحكيمي وتهديدي، ذلك أن القاضي يقدرها تقديرا تحكيميا وهو غير مقيد فيه، مع الأخذ بعين الاعتبار قدرة المدين على المقاومة والمماطلة في التنفيذ،⁵ ومن مميزاتها أيضا أنها تقدر عن كل وحدة من الزمن حيث أنها تحدد

¹ - Article L.911-5 du Code de justice administrative, précité.

² - Daniel CHABANOL, Code de justice administrative, op.cit, p.1063.

³ - I bid, p.1054.

⁴ - Article L.911-4 du Code de justice administrative, précité.

⁵ - براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص.94.

على كل فترة أو وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذه، وهو ما يجعل مقدارها الإجمالي أو النهائي يوم صدور الحكم بها، باعتبار ذلك متوقف على موقف المدين، فمقدارها النهائي يرتفع مع كل يوم يمضي دون قيامه بالتنفيذ، وهذا ما يجعل الغرامة التهديدية لا تقدر من خلال مبلغ محدد دفعة واحدة، وذلك حتى يتحقق معنى التهديد.¹ كما أنها ذات طابع مؤقت، فسبب وجود الحكم بها ينتهي باتخاذ المدين الموقف النهائي من الالتزام الواقع على عاتقه، إما بوفائه بهذا الالتزام أو إصراره على التخلف، وبتوضيح الموقف النهائي للمدين يقوم القاضي بتصفية الغرامة التهديدية²، وهو ما نصت المادة 983 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في التأخير في التنفيذ، تقوم الجهات القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها"، هذا ما يجعل الغرامة التهديدية ليست إلا وصفا مؤقتا مصيره الزوال.³

ثانيا: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ، وبذلك فهي تهدف إلى إجبار المدين المتعنت على التنفيذ العيني كما تعتبر وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء، وذلك على الشكل التالي:

1) الغرامة التهديدية وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني.

إن الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني حيث يجبر المدين عليه مادام ممكنا، وامتناع المدين عن التنفيذ لا يجعل هذا الأخير مستحيلا، لأنه لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العيني متوقفا على إرادة المدين. ولإيجاد نوع من التوازن بين عدم ملاءمة التنفيذ الجبري المباشر، وبين حق الدائن في التنفيذ العيني، منح المشرع الجزائري للدائن وسيلة

¹ - مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص. 15.

² - براهيمي فايزة، المرجع السابق، ص. 95.

³ - براهيمي فايزة، نفس المرجع، ص. 95.

للضغط ماليا على المدين المتعنت لإجباره على التنفيذ وهي الغرامة التهديدية، وذلك طبقا للمادتين 174 و175 من القانون المدني وما كرسته المواد من 978 إلى 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا المادتين 987 و988 من نفس القانون، وللتين كرستا نظام الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ إحكام الجهات القضائية الإدارية. والملاحظ أن القانون المدني هو أول من كرس هذه الوسيلة حيث أجاز للدائن أن يطلب من القاضي الحكم على المدين الممتنع عن التنفيذ في بعض الحالات بغرامة إجبارية، هذه الأخيرة تحول إلى تعويض نهائي بعد التصفية في حالة تأخر المدين أو إصراره على موقفه. ولذلك فقد تنجح هذه الوسيلة وقد لا تنجح تبعا لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ.¹

2) الغرامة التهديدية وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء.

إن احترام أحكام القضاء في أي دولة من الدول يعبر عن مدى تقدم هذه الدولة. ففي بريطانيا مثلا أصدر أحد القضاة أثناء الحرب العالمية الثانية حكما يمنع الطائرات من استخدام المطار المجاور للمحكمة أثناء انعقاد جلساتها نظرا للأزيز القوي للطائرات، ونظرا للأضرار الجسيمة التي سببها الحكم قامت الجهات الحكومية بعرض الأمر على رئيس الحكومة "ونستون تشرشل"، فقال عبارته الحكيمة: "لابد من تنفيذ الحكم فإنه أهون أن يكتب التاريخ أن إنجلترا قد هزمت في الحرب من أن يكتب فيه أنها امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي".²

أما فيما يخص التشريع الجزائري واستنادا للمادة 174 من القانون المدني، فإن الحكم بالغرامة التهديدية يكون تبعا للحكم بإلزام المدين بالتنفيذ العيني. فهي طريقة غير

¹ - مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص.18.

² - أشارت إلى ذلك براهيمى فايذة، المرجع السابق، ص.103.

مباشرة ووسيلة لضمان تنفيذ ذلك الحكم، فباعتبارها وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ العيني تساهم بطريقة غير مباشرة في تنفيذ أحكام القضاء المتضمنة للالتزام، لأنه من شروط التنفيذ الجبري العيني أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي، والأحكام القضائية من بين أهم هذه السندات. فالمشرع عندما نص على الغرامة التهديدية حاول بطريقة غير مباشرة ضمان تنفيذ بعض أنواع أحكام القضاء، وهو الأمر الذي ينسجم مع القاعدة الدستورية التي تقضي بوجوب احترام تنفيذ الأحكام القضائية في كل وقت وفي كل زمان ومكان وفي جميع الظروف.¹

ثالثا: شروط توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.

حتى يتمكن القاضي الإداري من توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لا بد أن تتوفر شروط معينة وهي كالتالي:

1- وجود الحكم أو الأمر القضائي صادر عن إحدى جهات القضاء الإداري.

وينصرف هذا الشرط إلى ضرورة التحري والتدقيق في طبيعة العمل الصادر عن القضاء، بحيث يتعين أن لا يكون قرارا إداريا، بل لا بد أن يكون عملا قضائيا صادرا في صورة الحكم أو الأمر أو القرار القضائي، كما يجب أن يكون صادرا عن جهة قضائية إدارية حسب التنظيم القضائي المعمول به، وأن يكون هذا الحكم أو الأمر أو القرار فيه إلزام للإدارة وليس مجرد وصف لعملها.²

2- وجوب أن يتطلب تنفيذ الحكم اتخاذ الإدارة تدبيرا معيناً.

إن هذا الشرط يبين مدى الصلة الوثيقة بين سلطة الأمر وسلطة توقيع الغرامة التهديدية. ويفترض هذا الشرط حتى يمكن للقاضي الإداري استخدام أسلوب الغرامة

¹ - مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص. 20.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 347.

التهديدية أن يتضمن الحكم المطلوب تنفيذه التزاما على الإدارة بالقيام بعمل معين يتمثل في اتخاذ إجراء أو قرار محدد، حيث أن أحكام الإلزام تعتبر دون سواها من الأحكام الأخرى محلا للتنفيذ بواسطة الغرامة التهديدية، وهو ما أكدته المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة..."، وكذا نص المادة 979 من نفس القانون على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية..." وبالرجوع إلى نص المادة 980 منه فإنها تنص على الأمر بالغرامة التهديدية مع تحديد تاريخ سريانها من طرف الجهة القضائية الإدارية عملا بالمادتين 978 و 979 المذكورتين سابقا، ومعنى هذا أن المادتين سالفتي الذكر نصتا على أحكام الإلزام التي هي محل للتنفيذ بواسطة الغرامة التهديدية.¹

3- قابلية الحكم للتنفيذ.

حتى يتمكن القاضي من الحكم بالغرامة التهديدية، فلا بد أن يتحقق من كون الإجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ وانتفاء هذا الشرط يعني رفض الطلب، ومصدر هذا الشرط أنه لا تكليف بمستحيل ولا إجبار على شيء إلا إذا كان من الممكن القيام به. وعليه فإنه لا مجال لتطبيق الغرامة التهديدية إذا كان التنفيذ مستحيلا، لذا فإنه لا يكفي وجود شرط الإلزام حتى يتحقق أثر الغرامة التهديدية، بل لا بد أن يكون تنفيذها ممكنا وليس مستحيلا²، والاستحالة نوعان وهما:

استحالة قانونية: وتتحقق هذه الاستحالة عندما يرتبط التنفيذ بإجراء يستند إلى نص قانوني، أو يستقر على مبدأ من المبادئ القانونية، أو إلى حكم قضائي يستحيل تنفيذه

¹ - براهيمي فايذة، المرجع السابق، ص.134.

² - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.230.

ويستوي الأمر أن تكون استحالة التنفيذ استحالة مطلقة أو مؤقتة إلى حين، كأن يلغى الحكم من طرف محكمة الطعن.

استحالة مادية: وتكون الاستحالة مادية إذا كان الأمر يتعلق بحدث أو واقعة خارجة عن نطاق الحكم. فهي بمثابة عارض يحول دون تنفيذ الحكم كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي.¹

4- أن يكون الحكم نهائيا وممهورا بالصيغة التنفيذية.

لكي يتم إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها يجب أن يكون الحكم نهائيا وحائزا لقوة الشيء المقضي به. وباعتبار الأحكام القضائية سندا تنفيذيا فلا بد أن يكون مذيلا بالصيغة التنفيذية وفقا للمادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

5- تبليغ الإدارة بالحكم الصادر ضدها بالغرامة التهديدية.

يجب أن تبلغ الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، إذ أنه لا يمكن فرض الغرامة في مواجهتها ما لم يتم تبليغها، وذلك قصد إعطائها فرصة للتنفيذ على اعتبار أنها خصما في الدعوى الإدارية من جهة، وكونها المعنية بالتنفيذ من جهة أخرى.³

6- عدم وجود حكم أو قرار قضائي يوقف التنفيذ.

إن الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن مختلف جهات القضاء الإداري تكون متمتعة بالقوة التنفيذية بمجرد تبليغها إلى الإدارة، فلو قامت الإدارة باستئناف تلك القرارات أمام مجلس الدولة فلا يكون لطعنها أثر موقوف.

¹ - عبد القادر عدو، نفس المرجع، ص.230.

² - براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص.137.

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.668.

وعلى الرغم من ذلك توجد حالات لا يمكن فيها تنفيذ الحكم أو القرار القضائي، فقد جاء في المادة 912 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه في حالة ما إذا تبين لقاضي الاستئناف أن تنفيذه سيؤدي لا محالة إلى أوضاع يكون من العسير إصلاحها، أو أن الوثائق والمستندات المقدمة في الطعن تحمل من الجدية ما يؤدي بالضرورة إلى إلغاء القرار القضائي المستأنف، فيجوز له إيقاف تنفيذه إلى غاية صدور قرار محكمة الاستئناف.

كما يجوز حسب المادة 913 من ذات القانون لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، أو عندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف¹.

7- إمتناع الإدارة عن التنفيذ

وذلك بان تتمتع الإدارة أو أحد الأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن تنفيذ مقتضيات الحكم أو الأمر أو القرار القضائي الصادر عن جهات القضاء الإداري، ولذلك فإن الإدارة ملزمة بتنفيذ منطوق الحكم ودون النظر لأسبابه، فامتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم هو الذي يدفع بالقاضي الإداري إلى فرض الغرامة التهديدية، ولذلك كان النص عليها من باب الجواز مع إمكانية إلغائها أو رفعها تبعاً للظروف أو ما يظهر بعد ذلك من حقائق².

8- طلب صاحب الشأن.

حتى يتمكن القاضي الإداري من إصدار أمر إلى جهة الإدارة أو يحكم عليها بغرامة تهديدية، فإن ذلك لا يكون إلا بطلب من صاحب الشأن والمصلحة في ذلك، ويقصد به

¹ - براهيمى فايذة، المرجع السابق، ص.137.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.347.

المعني المباشر بمسألة الحكم أي أن يكون تنفيذ هذا الحكم من شأنه أن يعود عليه بمنفعة أو فائدة معينة ويشترط فيها أن تكون مباشرة.¹

الفرع الثاني: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وسيتم توضيح نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في كل من القانون الفرنسي (أولاً)، والقانون الجزائري (ثانياً).

أولاً: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.

إن المادة L.22 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، لم تتضمن حكماً خاصاً يمكن لقاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد من خلاله أن يجبر السلطات المسؤولة عن إبرام العقد بأن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها هذا الأخير. ومؤدى ذلك أن السلطة التي تنطوي على أمر الإدارة بمراعاة التزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة يجب أن تكون مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية على الإدارة، وإلا فإن هذا الأمر سيكون عديم الفعالية. وأمام هذا الفراغ التشريعي، فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى إمكانية أن يقرن قاضي الاستعجال قبل التعاقد أوامره بفرض غرامات تهديدية في مواجهة الإدارة، وذلك استناداً إلى سياسة مجلس الدولة الفرنسي القائمة على إضافة الغرامات التهديدية إلى أوامره التي يتلفظ بها في مواجهة الأفراد²، إذ أن ذلك يمكن أن يتم بناء على ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير الصادر في 10 ماي 1974، من أن إضافة الغرامة التهديدية إلى الأمر يعد من قبيل المبادئ العامة للقانون، وقد جاء فيه ما يلي:

« Condamnation à une astreinte - Principe général du droit »³.

¹ - مرداسي عز الدين، المرجع السابق، ص.54.

² - Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.101.

³ - CE, 10/05/1974, n° 85132 85149, Barre et Honnet, Rec, p.343.

وإن كان المشرع الفرنسي لم ينص صراحة على إمكانية فرض الغرامة التهديدية على الإدارة بموجب المادة L.22 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، إلا أنه أعطى هذه السلطة صراحة للقاضي بموجب المادة L.23 من التقنين نفسه¹، وقد نصت على ما يلي:

« Le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis»².

فهذه المادة لا يمكن تطبيقها إلا في معرض إبرام عقود أشغال أو توريدات أو خدمات في نطاق قطاعات الماء والطاقة النقل والاتصالات، بمعنى أن رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه بإمكانه أن يستخدم سلطة فرض الغرامة التهديدية تدعيماً للأوامر التي يوجهها للإدارة، إذا رفعت إليه دعوى الاستعجال قبل التعاقد لوجود خرق في التزامات المنافسة والعلانية عند إبرام عقد في أحد المجالات المذكورة أعلاه، في حين أنه لا يستطيع فرض مثل هذه الغرامات إذا كان الأمر يتعلق بمخالفة التزامات العلانية والمنافسة عند إبرام عقود أشغال أو توريدات في غير المجالات المشار إليها، وبطبيعة الحال في كافة عقود الصفقات العمومية الأخرى، وكافة عقود تفويض المرفق العام، إذ تبقى هذه العقود خاضعة لأحكام المادة L.22 من التقنين السابق ذكره والتي لا تعطي للقاضي هذه السلطة بشكل صريح.³

¹ - BréchonMOULENES, op.cit, p.2.

² - Article L.23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, précité.

³ - Bréchon MOULENES, op.cit, p.2.

وبموجب المادة L.23 من نفس التقنين، فإن الغرامة التهديدية يمكن أن تكون مؤقتة أو قطعية، ولا يمكن تقرير الغرامة التهديدية القطعية إلا بعد تقرير الغرامة المؤقتة وبشرط عدم إصلاح عيب العلانية والمنافسة المقترف من جانب الإدارة المعنية¹.

وما ينبغي الإشارة إليه والتأكيد عليه أن المادة L.23 الخاصة بأحكام دعوى الاستعجال قبل التعاقد في نطاق إبرام عقود الصفقات العمومية في مجالات الطاقة والماء والاتصالات والنقل، إذا كانت قد حولت للقاضي سلطة توقيع غرامات تهديدية بالإضافة إلى توجيه أوامر إلى الإدارة، فإنها لم تمنحه أيا من السلطات الأخرى الواسعة التي يتمتع بها عند تطبيق المادة L.22 الخاصة بأحكام دعوى الاستعجال قبل التعاقد عند إبرام عقود الصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام التي لا تدخل ضمن تطبيق المادة L.23².

وبالبناء على كل هذا يمكن القول أن القاضي المختص وفقا للمادة L.22 يملك سلطات الأمر والوقف والإلغاء والإبطال أي كل السلطات التي تنطوي على إجراءات تحفظية وقطعية ما عدا فرض الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، أما القاضي المختص وفقا للمادة L.23 فلا يملك من السلطات المذكورة شيئا غير سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة المخلة بالتزامات الإشهار والمنافسة.

وأكد المشرع الفرنسي على ذلك في قانون القضاء الإداري حيث أنه لم يمكن قاضي الاستعجال قبل التعاقد من سلطة توقيع الغرامة التهديدية في حالة الصفقات العمومية المبرمة من طرف السلطات المتعاقدة، في حين أنه مكنه من ذلك في حالة الصفقات العمومية المبرمة من طرف الكيانات المتعاقدة، طبقا لأحكام المادة L.551-6 من قانون القضاء الإداري، التي تنص على ما يلي:

¹-Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.101

²-Laurent RICHER, op.cit, p.156.

« ... Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis.

Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé.

L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère »¹.

ثانيا: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فقد أعطى لقاضي الاستعجال قبل التعاقد إمكانية فرض الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة في حالة إخلالها بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود والصفقات العمومية دون أن يكون ذلك إلزامياً²، وذلك من خلال الفقرة الخامسة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أنه يمكن للمحكمة الإدارية الحكم بالغرامة التهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.³ ولم يحدد المشرع هذا الأجل، وعليه فإن هذا الأجل تحدده المحكمة الإدارية عندما

¹ - Article L.551-6 du Code de justice administrative, précité.

² - حسين بن شيخ آت ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص.207.

³ - غني أمينة، المرجع السابق، ص.264.

تأمر الإدارة المتسببة في الإخلال بالامتثال لالتزاماتها والذي يجب عليها أن تمثل فيه، وذلك من خلال العبارة الواردة في الفقرة الرابعة من المادة 946 على أن: "...وتحدد الأجل الذي يجب أن تمثل فيه.". وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما ترك أمر تحديد الأجل للمحكمة الإدارية، فلم يضبطها بحد أدنى أو بحد أقصى وإنما ترك لها السلطة التقديرية في ذلك وذلك حسب طبيعة وأهمية كل صفقة.

فبانقضاء هذا الأجل المحدد من طرف المحكمة الإدارية يبدأ سريان الغرامة التهديدية، ويظهر ذلك في صلب الأمر ذاته، حتى تكون وسيلة للضغط على الإدارة لكي تقوم بتصحيح إجراءاتها. وعلى هذا الأساس فإنه لا يمكن توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة إذا قامت هذه الأخيرة بالامتثال لأوامر القاضي الاستعجال قبل التعاقد، بأن قامت بإصلاح ما يجب إصلاحه خلال الأجل الممنوح لها من طرف المحكمة الإدارية. فتوقيع الغرامة التهديدية مرهون بعدم امتثال الإدارة لأوامر القاضي. ومعنى ذلك أنه لا يمكن للمحكمة الإدارية الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال لتلك الالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية في آن واحد وفي ذات الأجل الممنوح للإدارة. فالمادة 946 في فقرتها الخامسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تنص على الغرامة التهديدية كجزاء يوقع على الإدارة في حالة امتناعها عن تنفيذ أحكام القضاء، وإنما يرجع في ذلك لنص المادة 980 من هذا القانون وما بعدها للوقوف على الغرامة التهديدية بالمعنى الذي لم يكن موجودا في القانون القديم، ولهذا لا ينبغي الاستناد على نص المادة 946 أعلاه للقول بتطبيق الغرامة التهديدية ضد الإدارة، إلا في مجال الإخلال بالالتزام المرتبط بالإشهار والمنافسة وليس أكثر من ذلك.¹

¹ - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.327.

المبحث الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لا يمكن الحديث عن الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد دون التطرق إلى قواعد الاختصاص وما تثيره من إشكالات ويكون ذلك في المطلب الأول، بعدها يتم التطرق إلى الأمر الصادر بخصوص هذه الدعوى وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: قواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن مسألة تحديد قواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي في غاية الأهمية، خصوصا وأن النزاع بخصوص هذه الدعوى يؤول الفصل فيه إلى المحاكم الإدارية، مما يطرح مسألة الاختصاص النوعي لهذه المحاكم (فرع أول)، ومسألة الاختصاص الإقليمي (فرع ثان).

الفرع الأول: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

سيتم التطرق ضمن هذا الفرع إلى الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي (أولا)، ثم الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في هذه الدعوى وفقا للقانون الجزائري (ثانيا).

أولا: الاختصاص النوعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.

إن الاختصاص بالنظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا، يؤول إلى قاض فرد، وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه، سواء تعلق الأمر بالعقود التي تمنحها السلطات المتعاقدة، أو العقود التي تمنحها الكيانات المتعاقدة، وهو ما نصت عليه صراحة المادتين L.22 و L.23 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية الفرنسي،

والمادتين L.551-1 و L.551-5 من قانون القضاء الإداري الفرنسي¹. وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 2014 والذي جاء فيه ما يلي:

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat litigieux pour lequel la société Extérieur Média a demandé au juge du référé précontractuel l'annulation de la procédure de passation, revêt le caractère d'une convention d'occupation du domaine public qu'un tel contrat, qui n'a pour objet ni la délégation d'un service public ni l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L.551-1 du code de justice administrative, à l'égard desquels le juge du référé précontractuel peut prendre les mesures définies à l'article L.551-2 de ce code que, par suite, et alors même que l'établissement public Tisséo a choisi de se soumettre, sans y être tenu, à la procédure applicable aux marchés publics passés par des entités adjudicatrices, lesquels relèveraient au demeurant de l'article L.551-5, le juge du référé précontractuel n'était pas compétent pour statuer sur la demande présentée par la société Extérieur Média »².

ثانيا: الاختصاص النوعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

أما في الجزائر فإن المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص القانون العام بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، لا تثير أي إشكال قانوني بالنسبة للاختصاص النوعي، وذلك لتوافر المعيار المحدد لهذا الاختصاص وهو المعيار العضوي

¹ - Elise LANGELIER, op.cit, p.159.

² - CE, 03/12/2014, n° 384170, société Extérieur Média, Rec.

المنصوص عليه في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أن: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها"¹، والتي وافقتها في صياغتها المادة 06 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاءت كما يلي: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.

- الجماعات الإقليمية.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري"².

كونها تخضع لاختصاص القضاء الإداري³. ومع ذلك فإن الإشكال يثور بقوة في منازعات الصفقات العمومية المبرمة من طرف أشخاص خاضعة للقانون الخاص والمتمثلة أساساً في المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، كون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يسمح لهذه المؤسسات بإبرام صفقات عمومية، وذلك عندما تكلف بإنجاز مشاريع ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، الأمر الذي يتطلب ضرورة البحث عن القضاء المختص بالفصل في هذه المنازعات⁴.

¹ - المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سابق الإشارة إليه.

³ - عز الدين كلوني، المرجع السابق، ص.50.

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.115.

وقد ظهر اتجاهين لتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في مثل هكذا منازعات، اتجاه يقول باختصاص القضاء العادي، واتجاه آخر يقول باختصاص القضاء الإداري، ولكل مبرراته.

1) الاتجاه القائل باختصاص القضاء العادي على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الاختصاص القضائي في هذه الحالة يؤول إلى القضاء العادي، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة وأخذاً بالمعيار العضوي المكرس في المادة 800 المذكورة أعلاه باعتبار أن المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون الذي يحكم النشاط التجاري هي من أشخاص القانون الخاص¹.

إلا أن هذا الرأي قد تم انتقاده لأن تطبيقه يربط عدة إشكالات عملية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق الذي تنقيد به جهة القضاء العادي المختصة حسب هذا الرأي، وعلى ضوءه يتم الفصل في المنازعة، فهل تطبق مبادئ القانون الإداري أم قواعد القانون الخاص؟

أ) قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الخاص.

إن هذا الاحتمال منتقد بشدة لأن المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، وهي بصدد إبرامها للصفقات العمومية بشرط التمويل الكلي أو الجزئي والمساهمة المؤقتة أو النهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، فهي تبرمها بموجب النصوص المنظمة للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي ملزمة بالتقيد به، وهذه النصوص مستمدة من مبادئ القانون العام خاصة مبادئ القانون الإداري، وتطبيق قواعد

¹ - بن بوزيد دغبان نورة، منازعات الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص.443.

القانون الخاص في هذه الحالة ما هو إلا استبعاد للغاية التي من أجلها تم تقييد المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وفيه عدم الأخذ بعين الاعتبار تمويل الخزينة العمومية للصفقة، ومن ثم لا يمكن استبعاد تطبيق قواعد القانون الإداري على هذه المؤسسات في إطار دعوى الاستعجال قبل التعاقد إذا هي أحلت بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية¹.

ب) قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الإداري.

وذلك إذا ما تم التسليم بأن الاختصاص القضائي في هذه الحالة ينعقد إلى جهة القضاء العادي فإنه يجب على هذه الجهة القضائية تطبيق قواعد القانون الإداري، أي أن حل المنازعة يكون وفقا لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تطبيقا للمادة 06 منه والتي تحدد مجال تطبيقه. وفي هذا تجاوز للجهة القضائية الناظرة في المنازعة كونها مختصة في منازعات القانون الخاص، وهي في هذه الحالة ملزمة بالفصل في المنازعة على ضوء مبادئ القانون الإداري والتي هي في الأصل غريبة عنها. وعلى هذا الأساس لا يمكن إسناد الاختصاص في هذه الحالة إلى جهة القضاء العادي، لأنه وفي كل الاحتمالات المتوقعة للقانون الواجب التطبيق على المنازعة المتعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد وغيرها من منازعات الصفقات العمومية، فإن ذلك يؤدي إلى إشكالات يصعب التكيف معها².

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، المرجع السابق، ص.221.

² - عز الدين كلوني، المرجع السابق، ص.53.

2) الاتجاه القائل باختصاص القضاء الإداري على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.

ويرى أصحاب هذا الرأي بأن المنازعة المتعلقة بالصفقات العمومية ومن بينها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، والتي تكون المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري أحد طرفيها مع توافر شرط التمويل المالي من الدولة أو الجماعات الإقليمية، يرجع فيها الاختصاص إلى جهة القضاء الإداري إلا أن الاختلاف يكمن في تحديد الأساس المعتمد في ذلك وقد تم الاعتماد على أحد الأساسين.

أ) اختصاص القضاء الإداري على أساس المعيار الموضوعي.

نظرا لأن المشرع نص صراحة على اعتبار أن العقود التي تبرمها المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز مشاريع ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية هي صفقات عمومية، يكون المشرع قد خرج عن المعيار العضوي وأخذ بالمعيار الموضوعي متمثلاً في الأموال العامة، فعلى الرغم من أن المعيار العضوي لا يتوفر في عقود المؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، إلا أنها تندرج ضمن العقود الإدارية، وبالتالي يؤول الاختصاص بالفصل في منازعاتها بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلى القضاء الإداري شريطة أن تكون العمليات محل النزاع ممولة بأموال عامة.¹

كما أن أعمال المعيار الموضوعي في هذه الحالة يرجع أساساً إلى نص المادتين 55 و56 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، واللتين لم يشملهما الإلغاء، فالمادتان تنصان على أن المنازعة المتعلقة ببعض النشاطات التي تمارسها المؤسسة العمومية الاقتصادية وهي تتمتع بامتيازات السلطة العامة تخضع للقواعد

¹ - الحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 42.

المطبقة على الإدارة، سواء ما كان منها متعلقا بالقواعد الموضوعية أو القواعد الإجرائية بما فيها مسألة الاختصاص، وهنا يتم إعمال المعيار الموضوعي استثناء من تطبيق القواعد العامة بدلا من إعمال المعيار العضوي بنص قانوني خاص وصريح¹.

ومن هنا يمكن القول أنه حسب هذا الأساس فإن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تكون من اختصاص القضاء الإداري إذا كانت الصفقة ستبرم من طرف مؤسسة عمومية خاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، شريطة أن تكون العملية المنجزة من طرفها ممولة كليا أو جزئيا من الدولة أو الجماعات الإقليمية، إذا هي أحلت بقواعد الإشهار والوضع في المنافسة.

ب) اختصاص القضاء الإداري على أساس معيار الوكالة أو التفويض.

وعلى أساسه يتم التمسك بتطبيق المعيار العضوي كونه المعيار المتبنى من طرف المشرع الجزائري، أمام انعدام النص الذي يؤدي إلى إعمال المعيار الموضوعي ولا حتى كاستثناء في مادة الصفقات العمومية. وبمقتضى معيار الوكالة واحتفاظا بتطبيق المعيار العضوي، فإن جهة القضاء الإداري هي المختصة بالفصل في المنازعة باعتبار أن ميزانية الدولة والجماعات الإقليمية هي الممولة للمشروع، وبالتالي تصبح الخزينة العامة طرفا أساسيا في المنازعة وأن المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري في هذه الحالة ما هي إلا مفوض عنها مادام أن الدولة أو الجماعات الإقليمية هي الممول الأساسي للمشروع جزئيا أو كليا، وهي تعتبر شخصا من أشخاص القانون العام².

وقد أقر مجلس الدولة الجزائري هذا الأساس واعتمد عليه في بعض اجتهاداته القضائية من بينها القرار الصادر عنه بتاريخ 2001/05/14 بين ديوان الترقية والتسيير

¹ - كلوبي عز الدين، المرجع السابق، ص.54.

² - كلوبي عز الدين، المرجع السابق، ص.54.

العقاري لوهران ضد مؤسسة الأشغال العمومية لعين تموشنت، والمنازعة كانت حول صفقة عمومية متضمنة انجاز 1180 مسكنا بوهران وذلك باستعمال صريح لعبارة "نيابة عن"، وقد جاء ضمن حيثياته: "حيث أن المجلس اعتبر العقد الذي يجمع بين الطرفين هو صفقة إدارية إلا أن طرح مثل هذا لا يرقى إلى ذلك إذ أن الاتفاق يعتبر عقد خاص تابع لمقتضيات القانون التجاري بما أنه يخص شخصين اعتباريين تابعين للقانون الخاص، ولكن حيث أنه بعد الاطلاع على الملف وعلى رد المستأنف عليه يتضح بأن الصفقة موضوع النزاع المتضمنة انجاز 1180 مسكنا بوهران هي صفقة عمومية أبرمت بين ولاية وهران الممثلة من طرف الوالي كصاحب المشروع من جهة ومؤسسة البناء لعين تموشنت مكلفة بالانجاز، أما ديوان الترقية والتسيير العقاري فهو مكلف بتسيير المشروع نيابة عن صاحبه، وأن موضوع الصفقة يتمثل في انجاز سكنات ذات طابع اجتماعي ترجع ملكيتها للدولة وليس للديوان، وأن تمويل المشروع من طرف الخزينة العامة... وبالتالي ذلك يفتح الاختصاص للقضاء الإداري".¹

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

يقصد بالاختصاص الإقليمي أن تسند الدعوى إلى أحد الجهات القضائية صاحبة الاختصاص النوعي نفسه، بالاعتماد على موقعها الجغرافي أو الإقليمي وعناصر أخرى مرتبطة بموضوع النزاع.² كما يقصد به نصيب المحكمة الواحدة من محاكم طبقة معينة من ولاية القضاء وذلك وفقا لموقعها الجغرافي من إقليم الدولة، ويعبر عنه بدائرة اختصاص

¹ - مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الرابعة (ل.ل)، قضية رقم 332، فهرس رقم 275، بتاريخ 2001/05/14، بين ديوان الترقية والتسيير العقاري لوهران ومؤسسة الأشغال لعين تموشنت، (منشور).

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.79.

المحكمة¹، فالاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية إذن هو الاختصاص المحلي، حيث تختص كل محكمة بالمنازعات الإدارية الحاصلة في النطاق الجغرافي المحدد لها والذي توجد به، والغاية من وراء ذلك هو تيسير التقاضي وتقريب المحاكم من المتقاضين، فتكون العدالة في متناول أيديهم، كما أن الاختصاص الإقليمي في حقيقة الأمر مكمل للاختصاص النوعي في تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة، فمن خلاله يتم تحديد الجهة القضائية المختصة مكانيا بعد أن تم تحديدها نوعيا وبكليهما معا تظهر الجهة القضائية المختصة بصفة دقيقة ومحددة تحديدا نافيا للجهالة².

أولا: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.

لقد ثار التساؤل في فرنسا حول المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بالفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، هل هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر السلطة المتعاقدة، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد؟

ومما يبعث على الدهشة أن هذه المسألة ظلت دون إجابة لفترة طويلة، في حين أن تحديد المحكمة المختصة، شرط مسبق لا غنى عنه لتقديم الطعن، ولعل التفسير الراجح في هذه الحالة هو أن العقد في معظم الحالات يتم تنفيذه في نطاق للمحكمة الإدارية التي تقع في دائرة اختصاصها مقر السلطة المتعاقدة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالعقود التي تمنحها السلطات المركزية للدولة، ولذلك قد تنشأ صعوبة في تحديد الجهة القضائية المختصة. وعلى هذا الأساس فإنه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ليس من مصلحة السلطة المتعاقدة

¹ - فريجة حسين، المرجع السابق، ص.38.

² - كلوبي عز الدين، المرجع السابق، ص.66.

والتي هي في عجلة من أمرها للتوقيع على العقد أن تدفع بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي تم إخطارها.

ولم يبت مجلس الدولة نهائيا في هذه المسألة إلا في الآونة الأخيرة¹، بموجب قرار صادر عنه بتاريخ 26 جوان 2015، نص فيه على ما يلي:

« Considérant qu’aux termes de l’article R.312-1 du code de justice administrative: “Lorsqu’il n’en est pas disposé autrement par les dispositions de la section 2 du présent chapitre ou par un texte spécial, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l’autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre soit par délégation, a pris la décision attaquée ou a signé le contrat litigieux. Lorsque l’acte a été signé par plusieurs autorités, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel a son siège la première des autorités dénommées dans cet acte “ qu’aux termes du premier alinéa de l’article R.312-11 du même code: “Les litiges relatifs aux marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marchés contrats, quasi-contrats ou concessions sont exécutés. Si leur exécution s’étend au-delà du ressort d’un seul tribunal administratif ou si le lieu de cette exécution n’est pas désigné dans le contrat, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel l’autorité publique contractante ou la première des autorités publiques dénommées dans le contrat a signé le contrat sans que, dans ce cas, il y ait à tenir compte d’une approbation par l’autorité supérieure, si cette approbation est nécessaire“ qu’il résulte de ces dispositions que le juge compétent pour statuer sur un référé précontractuel présenté sur le

¹-Maeva GUILLERM, Référé précontractuels : quel tribunal administratif territorialement compétent? Contrats Publics – n° 163 - mars 2016 p.33.

fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative est le juge des référés du tribunal dans le ressort duquel le contrat doit être exécuté que par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit en retenant sa compétence pour statuer sur la demande de référé présentée par la SARL Olympe Service»¹.

من أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد، يجب أن ترفع أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد.

والحل الذي اعتمده مجلس الدولة، وهو اختصاص المحكمة في مكان تنفيذ العقد هو الذي تقتضيه القراءة الحرفية لأحكام قانون القضاء الإداري، التي ترسي القواعد المتعلقة بتحديد الاختصاص الإقليمي². إذ أن المادة R.312-1 من هذا القانون تنص على المبدأ القائل بأن:

« Lorsqu'il n'en est pas disposé autrement par les dispositions de la section 2 du présent chapitre ou par un texte spécial, le tribunal administratif territorialement compétent est celui dans le ressort duquel a légalement son siège l'autorité qui, soit en vertu de son pouvoir propre, soit par délégation, a pris la décision attaquée ou a signé le contrat litigieux. Lorsque l'acte a été signé par plusieurs autorités, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel a son siège la première des autorités dénommées dans cet acte »³.

وتنص المادة R.312-11 من نفس القانون على أنه:

¹-CE, 26 juin 2015, n°389599, Ministre de la Défense c./ SARL Olympe Service, Rec.

²-Maeva GUILLERM, op.cit, p.34.

³- Article R.312-1 du Code de justice administrative, précité.

« Les litiges relatifs aux marches, contrats, quasi-contrats ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marches, contrats, quasi-contrats ou concessions sont exécutés »¹.

فالمنازعات المتعلقة بالصفقات أو العقود أو شبه العقود أو الامتيازات هي من اختصاص المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها تنفيذ تلك الصفقات أو العقود أو شبه العقود أو الامتيازات².

وهذا الحل، كما لاحظ المقرر العام برتراند داكوستا في استنتاجاته بشأن هذا الحكم، لا يتفق تماما مع الفقرة الثانية من المادة R.312-11 التي تنص على أنه:
« les parties peuvent soit dans le contrat primitif, soit dans un avenant antérieur à la naissance du litige, convenir que leurs différends seront soumis à un tribunal administratif autre que celui qui serait compétent en vertu des dispositions de l'alinéa précédent »³.

إذ أنه يجوز للطرفين تقديم نزاعهما إلى محكمة إدارية أخرى. وهي الفقرة التي لا يمكن أن تنطبق بشكل فعال إلا على عقد وقع بالفعل، كما أن صياغة المادة R.312-11 لا تتكيف تماما مع دعوى الاستعجال قبل التعاقد فهي تشير إلى السلطة التي وقعت على العقد.

وهذا هو السبب في عدم وجود أي مفاجأة من الحل الذي اعتمده مجلس الدولة في الأقسام الفرعية في 26 يونيو 2015. وبالفعل فإن رئيس قسم التقاضي في مجلس الدولة

¹- Article R.312-11 du Code de justice administrative, précité.

²-Maeva GUILLERM, op.cit p.34.

³-Article R.312-11 du Code de justice administrative, précité.

قد أعلن مؤخرا عن مسألة الاختصاص الإقليمي للنظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد¹، وهذا في إطار "سلطة الإحالة" التي يستمدتها من المادة 3-351 R. من قانون القضاء الإداري.

والحل الذي اعتمده مجلس الدولة في قراره المذكور أعلاه، على الرغم من كل شيء، لا يزال غير بديهي، على الرغم من قرار رئيس قسم التقاضي بشأن هذا الموضوع، فهذا المبدأ متفق عليه مع استثناءات نادرة من الرأي القائل بأن أحكام المادة 11-312 R. من قانون القضاء الإداري لم يكن المقصود منها أن تطبق على دعوى الاستعجال قبل التعاقد².

فهذه المادة لا تتعلق إلا بالمنازعات الناشئة عن إبرام العقود، وليس تلك المتعلقة بتنفيذها. وهذا بالاستناد إلى قرار سابق صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 16 أبريل 1986، بموجب المادة 46 R. من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية أن الأمر يتعلق فقط بالتقاضي الكامل الذي قدمه الطرفان أمام قاضي العقود، وليس الإجراءات المتخذة ضد القرارات القابلة للانفصال عن العقد، والتي أدرج محتواها ضمن المادة 11-312 R. من قانون القضاء الإداري³. وقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي:

« Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 modifié par la loi du 16 juin 1976 "le Conseil d'Etat reste compétent pour connaître en premier et dernier ressort : 1° des recours pour excès de pouvoir formés contre les décrets réglementaires ou individuels" que l'article R.46 du code des tribunaux administratifs, en vertu duquel les litiges en

¹- CE, 29 juin 2011, n° 350389, Société GTS, Rec.

²-Maeva GUILLERM, op.cit, p.34.

³-Maeva GUILLERM, op.cit, p.34.

matière de marchés contrats ou concessions relèvent de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel ces marchés, contrats ou concessions sont exécutés ou de la compétence du tribunal administratif dans le ressort duquel a son siège l'autorité publique contractante, lorsque l'exécution du contrat s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif, ne concerne que les recours de plein contentieux introduits par les parties devant le juge du contrat et ne déroge pas aux dispositions précitées du décret du 30 septembre 1953 pour la détermination du juge compétent pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret d'approbation d'un contrat de concession qu'ainsi le décret attaqué, en date du 18 janvier 1986, portant approbation du traité de concession de la cinquième chaîne est au nombre des actes dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître en premier et dernier ressort »¹.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

لقد اعتمد المشرع الجزائري معيارا أساسيا في توزيع الاختصاص الإقليمي بين المحاكم الإدارية، وهو نفس المعيار المعتمد في المواد المدنية والمتمثل في قاعدة أن الجهة القضائية لموطن المدعى عليه هي المختصة بنظر النزاع، فإن لم يكن له موطن معروف فآخر موطن له، وفي حالة تعدد المدعى عليهم فيؤخذ الاعتبار بموطن أحدهم تفاديا لصدور أحكام عدة من محاكم مختلفة في قضية واحدة، وتجد قاعدة موطن المدعى عليه أساسها في الاعتبارات التالية:

- أن المدعي هو الذي يسعى إلى المدعى عليه، ومن ثمة وجب عليه مخاصمته أمام الجهة القضائية التي يقع بها موطنه وبذل الجهد في سبيل ذلك، فالدين مطلوب وليس محمول.

¹-CE, 16 avril 1986, n° 75040, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Rec, p.110.

- أن الأصل في الشخص براءة الذمة، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يطالب بحقه في موطن المدعى عليه.
- أن هذا المبدأ يهدف إلى عدم تمكين المدعي سيء النية من رفع دعواه أمام محكمة بعيدة لإرهاق المدعى عليه.
- أن أدلة الإثبات غالباً ما توجد في موطن المدعى عليه.¹

إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها عدة استثناءات وهي مقررة بموجب المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وطالما أن الموضوع يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات والعقود الإدارية، فإن الاستثناءات التي سيتم التركيز عليها هي تلك الاستثناءات الواردة في الفقرة الثانية المتعلقة بمادة الأشغال العمومية، والفقرة الثالثة المتعلقة بمادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، والفقرة السادسة والمتعلق بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية²، وذلك على الشكل التالي:

1) الاستثناء المتعلق بمادة الأشغال العمومية.

إن هذا الاستثناء يحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية لمنازعات الصفقات العمومية بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد والمتعلق بمادة الأشغال العمومية، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال"، فأول قاعدة لتحديد الاختصاص الإقليمي والتي جاءت كاستثناء من القاعدة العامة، تعلقت بعقد الأشغال العامة الذي يعتبر من أهم أنواع عقود الصفقات العمومية. ومؤداه أن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال العامة هي المختصة بالفصل في

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص.182؛ حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.62.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.233.

المنازعة، ومنه إذا وقع إخلال بقواعد العلانية والوضع في المنافسة من طرف المصلحة المتعاقدة في صفقة عمومية متعلقة بأشغال عامة، فإن المحكمة الإدارية المختصة بالفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد هي محكمة مكان تنفيذ الأشغال. إلا أن هذا الاستثناء تعرض للنقد لأن الأشغال العمومية يمكن أن تمتد إلى منطقة جغرافية واسعة، وأن تمر على دائرة اختصاص محكمتين إداريتين أو عدة محاكم إدارية، وفي هذه الحالة يكون تنازع الاختصاص الإقليمي بين مجموعة من المحاكم الإدارية، والمشرع لم يضع معياراً على أساسه يتم حل هذا التنازع في الاختصاص، وكان من المستحسن أن يتم المشرع الاستثناء بالنص على أنه في حالة تعدد مكان تنفيذ الأشغال يعود الاختصاص إما إلى مكان التنفيذ الرئيسي أو إلى مكان إبرام العقد وهو الأدق لأن مكان التنفيذ الرئيسي قد لا يكون واضحاً أيضاً.¹

2) الاستثناء المتعلق بمادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها.

وقد تضمنته الفقرة الثالثة من نفس المادة من القانون نفسه بنصها على أنه: "في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد استدرك الخطأ في الصياغة والنقد الموجه للقاعدة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الملغى. فهذه الصياغة التي جاءت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت واضحة ودقيقة في استعمال المصطلحات بذكر مصطلح "العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها"، وهذا يتضمن الصفقات العمومية باعتبارها نوع من أنواع العقود الإدارية.²

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص.122.

² - عز الدين كلوني، المرجع السابق، ص.70.

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي، فإنه تم الاعتماد على معيارين "مكان إبرام العقد" أو "مكان التنفيذ" وهذا يكون المشرع قد تجنب النقد الموجه للاستثناء الأول، لأنه بهذا قد أعطى الخيار للمدعي في رفع الدعوى بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، بأن يتوجه إلى المحكمة التي يريدتها إما محكمة مكان إبرام العقد أو محكمة مكان التنفيذ¹.

3) الاستثناء المتعلق بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.

وهذا الاستثناء قد ورد في الفقرة السادسة من نفس المادة من ذات القانون، وكان نصها كالتالي: "في مادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الأطراف يقيم به"، ومفاد هذا الاستثناء أن المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً بالفصل في المنازعة التي يكون أحد موضوعاتها صفقة توريد (اقتناء اللوازم) أو صفقة الأشغال العمومية، وهما نوعين من أنواع الصفقات العمومية، هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ شريطة أن يكون أحد أطرافها مقيماً بهذا المكان، وإلا فإنه تطبق القاعدة العامة المتمثلة في المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه².

أما بالنسبة للنقد الموجه لهذا الاستثناء فهو التكرار المؤدي إلى التناقض، وذلك بشأن صفقة الأشغال العمومية مع الاستثناء الأول المشار إليه سابقاً في الفقرة الثانية من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ أن المشرع وقع في تنازع للاختصاص الإقليمي بشأن المنازعات المتعلقة بصفقة الأشغال العمومية بما فيها المنازعات المتعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، فيما إذا كانت المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة

¹ - الحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.66.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.235.

اختصاصها مكان التنفيذ، أم يعود للاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الإبرام أو التنفيذ إذا كان أحد الأطراف مقيما بذلك المكان، أم أن الاختصاص الإقليمي يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه في حالة عدم توافر شرط الإقامة بمكان الإبرام أو التنفيذ¹.

وتفاديا للوقوع في هكذا تنازع، فإن الحل هو تطبيق الاستثناء الأول والمتعلق بمكان التنفيذ المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 804 المذكورة أعلاه، لأنه يتعلق بصفة الأشغال العمومية دون غيرها.

المطلب الثاني: الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

من خلال السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، يصدر هذا الأخير أمره فيما يخص النزاع المعروض عليه للفصل فيه، وهذا ما يستدعي التطرق لطبيعة هذا الأمر (الفرع الأول)، ثم ممارسة طرق الطعن فيه (الفرع الأول).

الفرع الأول: طبيعة الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

وسوف يتم التعرض في هذا الفرع إلى سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد (أولا)، ثم إلى ميعاد صدور الأمر بخصوص هذه الدعوى ومدى حجيته (ثانيا).

أولا: سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد قبل صدور الأمر.

إن الاختصاص بالنظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا موكل إلى قاض فرد وهو رئيس المحكمة الإدارية أو من يفوضه²، على عكس المشرع الجزائري الذي أسند الاختصاص بالنظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد وغيرها من الدعاوى الاستعجالية الأخرى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلتها الجماعية، وهي نفسها التي يناط بها البت في دعوى

¹ - عز الدين كلوني، المرجع السابق، ص. 71.

² - Aldo SEVINO op.cit p.37.

الموضوع وذلك طبقا لنص المادة 917 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن: " يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع"، مما يعني أن التشكيلة تفصل في قضايا الموضوع بصفتها قاضيا للموضوع كما تفصل في قضايا الاستعجال بصفتها قاضيا للاستعجال¹، وتنعقد على شكل غرفة استعجالية أو قسم استعجالي، وتتكون من رئيس غرفة وقاضيين برتبة مستشار².

وإسناد البت في دعوى الاستعجال قبل التعاقد إلى قاض فرد في فرنسا يرجع إلى رغبة المشرع في إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء إذ أن نظر الدعوى عن طريق قاض فرد هو أكثر تكيفا مع مقتضيات الأمور المستعجلة، ولكن انعقاد النظر في هذه الدعوى لقاض فرد لا يمنع من أن يجيل هذا الأخير أمر البت في الدعوى إلى المحكمة الإدارية بتشكيلها الجماعي، ولو كان هذا الأمر مخالفا لمنطق الإجراء الذي يتطلب المرونة والسرعة، إلا أن هناك حالات هامة وعلى درجة من التعقيد قد تعرض تستدعي أن تبت المحكمة الإدارية في الدعوى بتشكيلتها الجماعية³. وقد أيد مجلس الدولة هذا الإجراء بشكل صريح في قرار له صادر بتاريخ 19 مارس 1997 جاء فيه ما يلي:

« Considérant qu'en confiant au président du tribunal administratif ou au magistrat qu'il délègue le pouvoir de prendre, en la forme des référés, différentes mesures en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public, le législateur a entendu, non instituer une juridiction nouvelle, distincte du tribunal administratif et dotée d'une compétence propre, mais seulement organiser, dans le cadre de ce tribunal, une procédure particulière dans laquelle, en

¹ - سعيد بوعلوي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014، ص.217.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص.201.

³ - Aldo SEVINO, op.cit, p.37.

raison de l'urgence et de la nature de la demande , le président du tribunal ou le magistrat qu'il délègue est autorisé à statuer aux lieux et place du tribunal que l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives ne fait donc pas obstacle à ce que le président ou le magistrat qu'il délègue renvoie au tribunal administratif le jugement des demandes qui lui sont présentées que la SOCIETE ANONYME ENTREPRISE GENERALE DE TERRASSEMENTS ET DE TRAVAUX PUBLICS et la SOCIETE ANONYME LE QUILLET ET LAURENT ne sont dès lors pas fondées à soutenir que le jugement attaqué, prononcé par la 3ème chambre du tribunal administratif de Rennes a été rendu en méconnaissance des prescriptions de l'article L.22, Considérant qu'aucune disposition du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel n'impose que le jugement vise la décision par laquelle le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui a renvoyé la demande à une formation collégiale du tribunal »¹.

وعندما يبت القاضي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد فإنه يستند إلى الحد الأدنى من الشكليات. فوفقاً للقواعد العامة المعروفة في قضاء الأمور المستعجلة فإن مبدأ المواجهة يطبق بصورة مرنة، إلا أنه وبسبب السلطات التي يتمتع بها القاضي في نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، فإن بعض الالتزامات التي لا يفرضها القانون في القضاء المستعجل العادي تكون مفروضة عند تطبيق قضاء الاستعجال قبل التعاقد، حيث يجب أن يتم تبادل المذكرات بين المدعي والإدارة المدعى عليها²، طبقاً لما نصت عليه المادة R.138 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية التي تنص على ما يلي:

¹-CE, 19/03/1997, n°163293, S.A, Entreprise générale de Terrassements et de Travaux public, Rec, p.940.

²-Laurent RICHER, op.cit, p.156.

« La requête et les mémoires en observations, ainsi que les pièces produites par les parties, sont déposés au greffe »¹.

وكذا المادة R.522-4 من قانون القضاء الإداري التي نصت على ما يلي:

« Notification de la requête est faite aux défendeurs. Les délais les plus brefs sont donnés aux parties pour fournir leurs observations. Ils doivent être rigoureusement observés, faute de quoi il est passé outre sans mise en demeure »².

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد خفف من هذا الإجراء وجعله مرنا وسريعا بما يتماشى وطبيعة هذه الدعوى³، من خلال قرار صادر عنه بتاريخ 08 مارس 1996، الذي جاء فيه ما يلي:

« Considérant que l'ordonnance en la forme des référés est rendue à la suite d'une procédure particulière adaptée à la nature de la demande et à la nécessité d'assurer une décision rapide qu'eu égard au délai imparti par l'article R.241-21 du code des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel au juge des référés statuant sur une demande présentée sur le fondement de l'article L.22 du même code et à la circonstance que les parties ont été mises à même de présenter au cours d'une audience publique des observations orales à l'appui de leurs observations écrites, le juge des référés n'était pas tenu nonobstant les dispositions de l'article R.138 du même code de communiquer à la SOCIETE CGC ENTREPRISE les observations présentées par la chambre

¹ - Article R.138 du code des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel, précité.

² - Rémi ROUQUETTE, op.cit, p.760.

³ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.116.

de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre en réponse à la notification qui lui a été faite de la demande »¹.

مما يعني وجوب تبليغ الإدارة المدعى عليها بالطلبات المقدمة من المدعي، ولكن ذلك لا يجعل رد الإدارة على هذه الملاحظات إلزامياً، إضافة إلى ذلك وعلى قدم المساواة يقدم الأطراف ملاحظاتهم الشفهية تدعيماً للملاحظات المكتوبة في جلسة علنية إجبارية بالنظر إلى السلطات الواسعة للقاضي الاستعجالي². طبقاً لما نصت عليه المادة R.522-7 من قانون القضاء الإداري السابق ذكره على أنه:

« L'affaire est réputée en état d'être jugée dès lors qu'a été accomplie la formalité prévue au premier alinéa de l'article R. 522-4 et que les parties ont été régulièrement convoquées à une audience publique pour y présenter leurs observations »³.

وعلى هذا الأساس فقد ألغى مجلس الدولة أمراً أصدره رئيس محكمة Caen لأن هذا الأخير لم يستدع الأطراف إلى سماع ملاحظاتهم الشفهية في جلسة علنية⁴، وقد جاء في قراره الصادر بتاريخ 10 جوان 1994 ما يلي:

« les parties doivent être mises à meme de présenter au cours d' une audience publique des observation orales à l' appui de leurs observation écrites »⁵.

¹- CE, 08/03/1996, n°156510, Sté C.G.C, Entreprise, Rec, p.1022.

²-Laurent RICHER, op.cit, p.156.

³-Article R.522-7 du Code de justice administrative, précité.

⁴-Olivier LE BOT, op.cit, p.619.

⁵-CE, 10/06/1994, n° 141633, Commune de Cabourg, Rec, p.301.

وقد اعتبر مفوض الحكومة الفرنسية Lasvignes أن مبدأ الملاحظات الشفهية المقدمة من الأطراف خلال جلسة علنية يجب تحقيقه من جانب قاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد لسببين: الأول لأن القاضي من خلال هذه الدعوى يمكن أن يبت بشكل نهائي بالموضوع. والثاني لأن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تفرض مبدأ علانية المناقشات القضائية¹، وذلك في المادة 06 من هذه الاتفاقية².

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بأنه يقع على عاتق القاضي أن يشير في حكمه إلى أن الخصوم قد تقدموا بملاحظاتهم الشفهية في جلسة علنية، وذلك تحت طائلة عدم مشروعية هذا الحكم³، وقد جاء في قراره الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1996 ما يلي:

« Considérant qu'en égard aux pouvoirs qui sont conférés au juge statuant sur le fondement de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la circonstance que l'ordonnance qu'il rend n'est pas susceptible d'appel, les parties doivent être mises à même de présenter au cours d'une séance publique des observations orales à l'appui de leurs observations écrites, que la décision qu'il prend ne peut être regardée comme ayant été rendue à l'issue d'une séance publique si elle ne comporte pas la mention correspondante, que l'ordonnance du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Nice en date du 13 avril 1995 ne comporte pas une telle mention que dès lors et alors même qu'elle fait

¹ - تقرير مفوض الحكومة الفرنسية Lasvignes المجلة الفرنسية للقانون الإداري، 1994، ص.726.

² - تنص المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على ما يلي:

"الحق في محاكمة عادلة"

لكل شخص الحق في سماع محكمة مستقلة ونزيهة قضيته، بشكل عادل وعلني وضمن مهلة معقولة، للفصل في حقوقه والتزاماته، ومسوغات التهمة الجزائية الموجهة إليه. وعلى الحكم أن يصدر علنياً، لكن مع جواز منع الصحافة والجمهور من حضور جلسات الدعوى، كلياً أو جزئياً، لمصلحة الأخلاق أو النظام العام أو الأمن الوطني في المجتمع الديمقراطي، عندما تتطلب ذلك مصالح القاصرين في السن أو حماية الحياة الخاصة للأطراف في الدعوى، أو فقط بالقدر الضروري المحدد من المحكمة، إذا ما كان من المحتمل أن تخل علنية الجلسات، في ظروف خاصة، بمصلحة العدالة...

³ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, op.cit, p.116.

mention de la convocation et de l'audition des avocats des parties à l'audience, cette ordonnance a été rendue à l'issue d'une procédure irrégulière que, par suite, le Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse le Groupement Ufiner Cofreth et la société anonyme Elyo sont fondés à en demander l'annulation »¹.

ولا شك في أن علانية الجلسات تعتبر ضماناً أساسية لتحقيق مبدأ المواجهة، كما يسهل معها التحقق فيما إذا كانت كل المذكرات قد تم تبادلها بشكل مشروع، وأنه قد تم فحصها بشكل جدي من طرف القاضي، على الرغم من أن الأستاذ Laurent RICHER قد انتقد بشدة تطبيق إلزامية المواجهة والعلانية في نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد، لأن من شأنهما أن يخففا من فعالية هذه الدعوى، حيث يقول في هذا الشأن:

« la gravité des conséquences de la décision explique aussi que contrairement à ce qui est le cas en matière de référé ce respect du contradictoire ne devrait pas compromettre l'efficacité de la procédure. en revanche d'autres règles viennent en limiter la portée »².

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نص المشرع في المادة 923 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "يفصل قاضي الاستعجال وفقاً لإجراءات وجاهية، كتابية وشفوية"، فالدعوى الاستعجالية بما فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ينظر فيها قاضي الاستعجال بنفس القواعد التي تحكم الدعوى الإدارية العادية من ضرورة أن يفصل قاضي الاستعجال فيها وفقاً لإجراءات الوجاهية التي تقتضي التبليغ الرسمي للدعوى، وقيام علم

¹ - CE, 13/12/1996, n° 169706, Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets, Rec, p.488.

² - Laurent RICHER, op.cit, p.156.

الطرف الآخر بها¹، أو على الأقل القيام بالإجراءات التي تؤكد سعي المدعي لتبليغ المدعى عليه، ولو اقتضى ذلك إصدار حكم غيابي. فالمهم في الأمر أن ملف الدعوى يؤكد وجود إجراءات التبليغ التي تؤكد احترام مبدأ الوجاهية، كما يتعين على أطراف الدعوى التقاضي عن طريق الإجراءات الكتابية من عريضة افتتاح الدعوى أو المذكرات والوثائق التي تجعل إجراءات التقاضي كتابية. ومع كل هذا فإن القانون يسمح بإبداء ملاحظات شفوية من حين لآخر ولكن تديماً لطلباتهم الكتابية، وهو الأمر الذي يخفف من إجراءات التقاضي الكتابية²، تطبيقاً لنص المادة 884 فقرة 01 من نفس القانون التي تنص على أنه: "بعد تلاوة القاضي المقرر للتقرير المعد حول القضية، يجوز للخصوم تقديم ملاحظاتهم الشفوية تديماً لطلباتهم الكتابية"، فقد مكنت هذه المادة الأطراف من أن يقدموا ما يرونه من ملاحظات مهمة، ولحتمية إبدائها ولضرورتها وأهميتها أجاز المشرع تقديمها شفاهة وتكون تديماً لطلباتهم المكتوبة³. كما أن المادة 887 من القانون ذاته تؤكد هذا الأمر إذ تنص على أن: "يتناول المدعى عليه الكلمة أثناء الجلسة بعد المدعي، عندما يقدم هذا الأخير ملاحظات شفوية"، فإذا قدم المدعي ملاحظاته الشفوية طبقاً لنص المادة 884 سألته الذكر، فإنه يتعين على المحكمة الإدارية أن تحيل الكلمة للمدعى عليه لتقديم ما يراه مناسباً للرد على ملاحظات المدعي، والعكس صحيح بالنسبة لحالة إبداء المدعى عليه ملاحظاته الشفوية وإن كان المشرع لم يشير إلى ذلك بصريح العبارة، ولكن وقوف القاضي موقف الحياد من الخصمين ول مقتضيات المحاكمة العادلة ولمبدأ كفالة حق الدفاع، فينبغي إعطاء الفرصة للمدعي للرد على ما قدمه المدعى عليه من ملاحظات شفوية⁴.

¹ - سعيد بوعلوي، المرجع السابق، ص. 227.

² - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 312.

³ - حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص. 358.

⁴ - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص. 284.

ولقد طبقت المحكمة الإدارية لبسكرة الفاصلة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد هذا الإجراء حيث مكنت أطراف الدعوى. المدعي وهو الشركة ذات المسؤولية المحدودة أبناء عموري للنقل، والمدعى عليها مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة من إبداء ملاحظاتهم الكتابية والشفوية. فقد إلتمست المدعية من المحكمة الإدارية أمر المدعى عليها بالامتنال لالتزاماتها القانونية من خلال إلغاء المنح المؤقت، وأجابت المدعى عليها ملتزمة القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس، ولكل منهما مبرراته.

ومع كل هذا، فإن المحكمة الإدارية غير ملزمة بالرد على الملاحظات المقدمة شفاهة من طرف الخصوم ما لم يتم تأكيدها في شكل كتابي، طبقا لنص المادة 1886¹ من القانون نفسه، ولعل ذلك يرجع إلى أمرين:

أولهما: أن ما يبيده الخصوم شفاهة يعد من باب توضيح الطلبات وتدعيمها، بمعنى أن الوجه المقدم من طرف الخصوم قد تضمنه الطلب الكتابي، أما الملاحظة الشفوية جاءت لتدعيم هذا الطلب وليس وجها مستقلا عنه.

ثانيهما: إذا تم فهم نص المادة 884 المذكورة أعلاه من أن تقديم الطلب شفاهة قد يعد وجها مستقلا من الطلب الكتابي إلا أنه يصب في نفس الهدف الذي يرمي إليه هذا الأخير.

ومع ذلك، فإنه يمكن تقديم أي وجه من أوجه المطالبة أو الدفاع شفاهة، ولكن على شرط تقديمها بعد ذلك في شكل كتابي أو مذكرة كتابية².

¹ - تنص المادة 886 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، سابق الإشارة إليه على ان: المحكمة الادارية غير ملزمة بالرد على الالوجه المقدمة شفاهة بالجلسة ما لم تؤكد بمذكرة كتابية".

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، المرجع السابق، ص.358.

ثانيا: ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد ومدى حجيته.

ودراسة ذلك وبيانه على الشكل التالي.

1) ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لقد حدد المشرع الفرنسي من خلال المادة R.241-21 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية المدة التي منحت للقاضي لأجل البت في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، وهي عشرون يوما بغض النظر عن الطلبات التي تقدم في صحيفة الدعوى¹، حيث نصت على ما يلي:

« En cas de refus ou d'absence de réponse dans un délai de dix jours, l'auteur de la demande peut saisir le président du tribunal administratif ou son délégué, qui statue dans un délai de vingt jours »².

إلا أن هذه المدة ما هي إلا مدة دلالية وليست مدة سقوط، ومعنى ذلك أن انقضاء هذه المدة دون البت في الدعوى لا يعني كف يد القاضي عن النظر فيها³. إلا أن هذه المدة قصيرة بالمقارنة مع المسائل المعقدة التي يمكن أن يثيرها إبرام بعض العقود. ولكن استقراء الحالات التي طبقت فيها دعوى الاستعجال قبل التعاقد يدل على أن المحاكم الإدارية قد نجحت عموما في البت في الدعاوى المحكومة بالمادتين ل.22 ول.23 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية خلال ثلاثة أسابيع على الأقل⁴.

أما المشرع الجزائري فقد سار على نهج المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل 20 عشرين

¹-François LICHERE, op.cit, p.135.

²-Article R.241-21 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, précité.

³-Laurent RICHER, op.cit, p.156.

⁴- Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.99.

يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه"، لتفادي تعطيل المصلحة العامة.¹

وتطبيقا لذلك فقد تم الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد سالفه الذكر من طرف المحكمة الإدارية لبسكرة في الأجل المقرر في المادة 947 أعلاه فقد تم تحريك الدعوى بتاريخ 2015/12/02 وتم الفصل فيها بتاريخ 2015/12/14 في مدة 12 يوما، مما يبين أن أجل 20 يوما كاف للفصل في هذه الدعوى.

2) مدى حجية الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إذا أخطرت المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة إبرام الصفقات العمومية، فإنها تفصل في شكل تدابير مؤقتة²، وهذا ما نصت عليه المادتين L.22 و L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، على أن:

« Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés»³.

ونص المادة 8-551 L. من قانون القضاء الإداري، على أن:

« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés »⁴.

وعلى هذا الأساس يصدر الأمر الاستعجالي مسببا وينفذ فوراً وهو حائز لقوة الشيء المقضي به، فلها أن تأمر بتأجيل إمضاء الصفقة بمجرد إخطارها، كإجراء احترازي

¹ - سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.1145.

² - Christophe LAJOYE, op.cit, p.194.

³ - Articles L.22 et L.23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, précité.

⁴ - Article L.551-8 du Code de justice administrative, précité.

ثم تدرس الملف. فإذا تبين للقاضي الاستعجال قبل التعاقد أن هناك خرقاً للالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة من طرف الإدارة المتعاقدة أصدر أمراً بالامتنال للالتزاماتها¹.
فإذا لم تلتزم وقامت بتوقيع العقد، ففي هذه الحالة يمكن للطاعن أن يبلغ عن جريمة المحسوبة، والتي يعاقب عليها بموجب المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي² بالسجن لمدة سنتين وبغرامة مالية قدرها 200000 أورو³.

كما يمكن أن يشكل قرار التسريع بتوقيع العقد انحرافاً باستعمال السلطة أو خطأ في القانون. ويمكن للقاضي الجزائي أن يستخلص من القرار الاستعجالي الذي من خلاله تم وقف إبرام العقد أن هناك خرقاً لنفس القواعد، وعلى القاضي الاستعجالي أن يحدد بدقة كيفية تنفيذ قراره، فإن تم إلغاء إجراءات الإبرام فيجب إعادة العملية من البداية. أما إذا الغي تصرف واحد فقط، فينبغي إكمال العملية خلال تلك المرحلة. أما إذا تم إقصاء المرشح بطريقة غير قانونية واختار طريقة التعويض، فبإمكانه تحريك دعوى المسؤولية على أساس ما فاتته من كسب. وفي حال لم يكن له أي فرصة، فله الحق في المطالبة بالمصاريف الخاصة بتقديم عرضه، وإن كان يملك حظوظاً للفوز بالصفقة فيمكن تعويضه على أساس ما فاتته من كسب ويقاس بالربح الذي كان سيحصل عليه من تنفيذ الصفقة⁴.

¹ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENIOA, op.cit, p.122.

² - Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (1), JORF n°169 du 23 juillet 1992.

- Articl 432-14: « Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 € dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession.»

³ - Patricia Grelier WYCKOFF, op.cit, p.100.

⁴ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENIOA, op.cit, p.122.

الفرع الثاني: الطعن في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

يكون الطعن في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد عن طريق الاستئناف (أولا) والمعارضة (ثانيا) والطعن بالنقض (ثالثا) وذلك على الشكل التالي.

أولا: الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

لقد سكتت المادتان 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن بيان إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد، الأمر الذي ينبغي الرجوع معه إلى القواعد العامة.¹

فالأمر الاستعجالي قبل التعاقد يفصل فيه كأول درجة. فبالرجوع للمادة 949² من ذات القانون بخصوص الطعن بالاستئناف، فهي تميز استئناف الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وتحدد لهذا الغرض أجلا أقصر من أجل الاستئناف العادي هو خمسة عشر (15) يوما يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر إلى المعني، أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا³، ويفصل مجلس الدولة في أجل 48 ساعة طبقا للفقرة الثانية من المادة 937 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "وفي هذه الحالة يفصل مجلس الدولة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة".⁴

وعلى هذا الأساس فإن المحكمة الإدارية لسكرة قد فصلت في الدعوى بأمر ابتدائي. وجاء الأمر الاستعجالي كما يلي: "لهذه الاسباب أمرت المحكمة ابتدائيا علنيا

¹ - بوكيحل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص.15.

² - تنص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه على انه: "يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية ولو لم يقدم أي دفاع أن يرفع استئنافا ضد الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

³ - يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية وغير العادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.132.

⁴ - المادة 937 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

حضوريا...". مما يدل على على أن الأمر الاستعجالي الصادر بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد يصدر كدرجة أولى قابل للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

والطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة يتطلب إجباريا التمثيل بمحام، وهذا ما نصت عليه المادة 905 من القانون نفسه التي تنص على أنه: "يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة، باستثناء الأشخاص المذكورين في المادة 800 أعلاه"¹، والمقصود بذلك إعفاء الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من هذا التمثيل. ويشترط أن يكون طلب الاستئناف ذو موضوع، فالاستئناف الذي يلي توقيع العقد يؤدي إلى عدم قبوله وإذا تم توقيع العقد بتاريخ نظر الاستئناف فإن القاضي يقضي بالألا وجه لنظره.

كما أنه ليس للاستئناف أي اثر على القرار المطعون فيه، ونص المادة 908 من القانون نفسه يؤكد ذلك حيث نصت على أن: "الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقوف"². فالقرار الذي يتخذه قاضي الاستعجال قبل التعاقد والذي يقضي فيه بتأجيل إمضاء العقد ينفذ، وينظر مجلس الدولة في الاستئناف في تشكيله الجماعي.

ثانيا: الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

بالرجوع الى المادة 949 أعلاه يمكن القول بأنه يجوز استعمال طريق الطعن في الأمر بالمعارضة، ولكن الإشكال يثور إذا ما تم الرجوع للمادة 953³ من نفس القانون التي تذكر حق الطعن بالمعارضة في القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية ومجلس الدولة دون أن تشير إلى الأوامر.

¹ - المادة 905 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 908 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه.

³ - تنص المادة 953 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سابق الإشارة إليه على أن: " تكون الأحكام والقرارات الصادرة غيايبا عن المحاكم

الإدارية ومجلس الدولة قابلة للمعارضة"

وعلى هذا الأساس، يرجح جواز المعارضة في الأوامر الاستعجالية على غرار الأوامر الصادرة بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد خاصة بالمقارنة مع طرق الطعن في الاستعجالي العادي، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن هذه الأوامر تمس بموضوع الدعوى والأمر هنا يتعلق بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، وبالتالي فلا يمكن حرمان المعنيين من درجات التقاضي ومن حقوق الطعن. على أن يحدد لذلك آجالاً قصيرة تتناسب مع الطبيعة الاستعجالية للدعوى.¹

ثالثاً: الطعن بالنقض في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

إن القاضي المختص في البت في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا يفصل في الدرجة الأولى والأخيرة²، وهذا حسب نص المادتين L.22 و L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية على أن:

« Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés»³.

وكذا المادتين L.551-3 و L.551-8 من قانون القضاء الإداري الفرنسي اللتان تنصان على ما يلي:

« Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés »⁴.

¹ - بوكيجل ليلي، بوسالم دنيا، المرجع السابق، ص.15.

² - Claudine CHARDIGNY, op.cit, p.349.

³ - Articles L.22 et L.23 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, précité.

⁴ - Articles L.551-3 et L.551-8 du Code de justice administrative, précité.

وهذا يعني أن الحكم الصادر لا يقبل الطعن بالاستئناف، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية الطعن في الحكم عن طريق النقض أمام مجلس الدولة، ويجب أن يتم هذا الطعن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ هذا الحكم¹، طبقا للمادة R.241-24 من تقنين المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية والتي تنص على ما يلي:

« La décision du président du tribunal administratif ou de son délégué, qui est exécutoire par provision, est susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'Etat, dans la quinzaine de sa notification »².

شريطة عدم توقيع العقد، وإلا أصبح الطعن بالنقض غير ذي موضوع، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في إحدى حيثيات قراره الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1995، جاء فيه ما يلي:

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent que les pouvoirs conférés au juge administratif, en vertu de la procédure spéciale instituée par l'article L.22 précité du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat »³.

والطعن بالنقض ليس له أثر موقوف⁴، وعندما ينظر مجلس الدولة في الطعن فإنه مخير بين أن يعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى من جديد، أو أنه يبت في الموضوع مباشرة دون إعادة الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه¹.

¹ - Catherine BERGEAL, Frédéric LENIOA, op.cit, p.94.

² - Article R.241-24 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'Appel, précité.

³ - C.E, 03/11/1995, n° 157304, Chambre de commerce et l industrie de Tarbes es des Hautes-Pyénées, Rec, p.890.

⁴ - Claudine CHARDIGNY, op.cit, p.349.

ومن الواضح أنه قد تم استبعاد طريق الاستئناف لكي لا يسبب إطالة الإجراءات مما يتنافى مع منطوق المادة L.22 من التقنين أعلاه، ولكن يلاحظ بالمقابل أن الإدارة قد أعطيت إمكانية الطعن بالاستئناف عندما يحكم في مواجهتها بغرامة تهميدية وفقا لإجراء المادة L.23 من ذات التقنين.²

¹- Bréchon MOULENES, op.cit, p.15.

²- Vandermeeren RENAUD, op.cit, p.102.

خاتمة

وختاما لهذه الدراسة، يمكن القول أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مجال العقود والصفقات العمومية شكل إصلاحا فعالا في المنظومة القانونية سواء في فرنسا أو في الجزائر، واكتسب أهمية خاصة لما له من أثر على المتعاملين الاقتصاديين والإدارة على حد سواء في نطاق العقود الإدارية. فهو يعد وجها جديدا من أوجه الرقابة القضائية على أعمال الإدارة القانونية، كما أنه يعتبر ضمانا لاحترام القواعد المتعلقة بالعلانية والوضع في المنافسة والمساواة في المعاملة بين المرشحين في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية، في حالة الإخلال بها من طرف المصلحة المتعاقدة، إذا تم تحريكه بواسطة دعوى الاستعجال قبل التعاقد لأن هذه القواعد أو المبادئ كرس لتحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى، ذلك أن مباشرة هذه الدعوى لا تقتصر فقط على المرشح المتضرر من هذا الإخلال وهو المتعامل الاقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا، وإنما لأشخاص أخرى منحها القانون صفة المدعي لتحريك هذه الدعوى، حتى وإن لم تتضرر من هذا الإخلال. ويتعلق الأمر بوزير القطاع والمحافظ في القانون الفرنسي، والوالي في القانون الجزائري، الأمر الذي يزيد من ضمانة المتعاملين الاقتصاديين للدخول في علاقات تعاقدية مع الإدارة إن هي أعلنت عن رغبتها في التعاقد.

كما أن قضاء الاستعجال قبل التعاقد يعد إجراء فعالا، فهو يتمتع بالطابع الوقائي والعلاجي في نفس الوقت، لأنه يتدخل قبل إبرام العقد حتى يتمكن القاضي الاستعجالي من ممارسة سلطاته المتمثلة في سلطة الأمر وسلطة توقيع الغرامة التهديدية، وهي صلاحيات واسعة ومعتبرة تناسب وأهمية المنازعة، ولأن الفصل في القضية يكون بصفة سريعة، مراعاة لمصلحة الإدارة المتعاقدة ومشروع الصفقة العمومية، ومصلحة المتعامل المتعاقد وكذا مصلحة الغير، كي لا تتعطل مصالحهم كل فيما يخصه.

وانطلاقاً من كل ما سبق فقد تم التوصل إلى النتائج التالية:

- يعتبر الاستعجال ما قبل التعاقد طعناً استعجالياً في الموضوع، فبالإضافة إلى أنه يتميز بطابع الاستعجال، فهو يمنح للقاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في نطاق الاستعجال العادي تقربه من قاضي الموضوع، فبإمكانه أن يأمر الإدارة بالامتنال لالتزاماتها، وأن يأمر بتأجيل أو تعليق إضفاء العقد، وكذا حذف بعض الشروط التعسفية، كما يمكنه توقيع الغرامة التهديدية.
- أن سلطة الأمر الممنوحة لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، هي سلطة أصيلة تابعة من طبيعة وخصوصية هذا النوع من الاستعجال. فقاضي دعوى الاستعجال قبل التعاقد عندما يوجه أوامر إلى الإدارة، فإنه يوجهها وفقاً لما تقتضيه هذه الدعوى بناء على أحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وليس وفقاً لأحكام المادتين 978 و979 من ذات القانون، وعلى العكس من ذلك، فإن سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة جاءت مقترنة بسلطة الأمر.
- أن الاستعجال ما قبل التعاقد هو استعجال موضوعي قانوني، الهدف منه ضمان سلامة العقود والصفقات العمومية قبل إبرامها، حفاظاً على المال العام من الفساد المستشري، وتحقيقاً للمصلحة العامة، لأن القاضي لا ينظر إلى شخص المدعي بقدر ما ينظر إلى مدى امتثال الإدارة لالتزاماتها المتعلقة بالإعلان والوضع في المنافسة، لأن هذه الالتزامات منشؤها القانون وحده وليس العقد، فإذا ما أبرم العقد أصبحت الدعوى غير ذات موضوع.
- أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد جاءت للتخفيف من حدة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، لأن إلغاء هذه القرارات يؤدي إلى إلغاء الصفقة العمومية برمتها، وهذا فيه إخلال باستمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد.

فالهدف من دعوى الاستعجال قبل التعاقد هو الفصل في هذه القرارات قبل إبرام العقد في أقرب الآجال، فلا تستطيع المصلحة المتعاقدة السير في العملية التعاقدية لحين الفصل في الدعوى. وليس هذا فحسب، بل أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد جاءت نتيجة لعدم فعالية دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، كون أن هذه الأخيرة يتم الفصل فيها حتى قبل إبرام العقد والبدء في تنفيذه.

- ومن بين النتائج المتوصل إليها كذلك، أن رقابة قاضي الاستعجال قبل التعاقد لم تعد تقتصر على الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة فقط، بل تعداه إلى رقابة انتهاك مبدأ المساواة في المعاملة بين المرشحين، فقد تحترم المصلحة المتعاقدة مبدأي العلانية والمنافسة، إلا أنها في المقابل قد تضع شروطا تفضيلية لفئة من المرشحين على حساب مرشحين آخرين، أو تقصي بعض المرشحين بطريقة تعسفية وغير قانونية في انتهاك منها لمبدأ المساواة، وكل هذا من أجل تغليب المصلحة العامة على المصالح الشخصية، سواء تعلق الأمر بالمصلحة الشخصية للمتعاقد، أو مصلحة الموظف المكلف بإبرام الصفقة العمومية.
- ومن النتائج كذلك ارتباط ميعاد تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد بإبرام العقد، ذلك أن إبرام العقد من عدمه هو الضابط لقبول أو عدم قبول الدعوى.
- ومن النتائج أيضا التقاء قضاء الاستعجال قبل التعاقد بالاستعجال التعاقدية، من حيث أنهما يعاقبان على نفس المخالفات المتعلقة بالإعلان والمنافسة، ويقصدان نفس الأطراف سواء تعلق الأمر بالمدعي رافع الدعوى أو المدعى عليه المخل بالتزاماته. وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الاستعجال التعاقدية هو مكمل للاستعجال ما قبل التعاقد أو امتداد له كونه يحرك بعد إبرام العقد.

- أن سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد يكون وفقا لمبدأ المواجهة بين أطراف الدعوى في جلسة علنية إجبارية، يتم فيها تقديم الملاحظات الشفوية بعد أن يتم تبادل المذكرات الكتابية.
 - أن الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد موكل للتشكيلة الجماعية للمحكمة الإدارية على عكس المشرع الفرنسي الذي أوكلها إلى قاض فرد أو من يفوضه.
 - حدد كل من المشرعين الفرنسي والجزائري أجلا يفصل فيه قاضي الاستعجال قبل التعاقد في الدعوى، وهو 20 يوما من تاريخ تقديم الطلب، على الرغم من أنه ليس من عادة المشرع أن يحدد أجلا للفصل في الدعوى، وكان يشترط فقط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال.
 - تطابق مدة تعليق أو تأجيل إمضاء العقد مع المدة المقررة للفصل في الدعوى، والغاية من ذلك قطع الطريق أمام المصلحة المتعاقدة حتى لا تقوم بالتوقيع على العقد، مما ينجم عنه الوقوع في وضعية يصعب تداركها.
- إضافة إلى ما تم التوصل إليه من نتائج، فإن هناك ملاحظات ينبغي ذكرها وتتمثل في:
- من الضروري التوسيع في سلطات قاضي الاستعجال قبل التعاقد بالنسبة للمشرع الجزائري على غرار ما هو معمول به في القانون الفرنسي، وذلك بأن تكرس سلطة إلغاء القرارات والبنود التعاقدية المخالفة للالتزامات العلانية والمنافسة.
 - من الضروري كذلك ضبط ميعاد إخطار المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد وذلك بتغيير صياغة المادة 946 في فقرتها الأخيرة من عبارة "يجوز إخطار... إلى عبارة "يتم إخطار...". حتى لا يفتح المجال للطعون الموازية، وحتى يتم فصل الاستعجال قبل التعاقد عن الاستعجال التعاقدية إن تم النص عليه مستقبلا.

- يجب كذلك بيان صفة المدعي بحكم القانون الذي يحق له إخطار المحكمة الإدارية بدعوى الاستعجال قبل التعاقد، في حالة المخالفات المرتكبة في مجالي العلانية والوضع في المنافسة، بخصوص الصفقات العمومية ذات البعد الوطني المبرمة من طرف السلطات المركزية، والمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري أو تلك الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.
- يعين إستبدال عبارة "تأجيل إمضاء العقد" بعبارة "تعليق إمضاء العقد"، لأنتعليق إمضاء العقديؤدي إلى عدم إبرامه خلال مدة النظر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
- يجب أن تمنح للوالي صفة المدعي بحكم القانون في حالة الصفقات العمومية المبرمة من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المستقلة كالجامعة أو المستشفيات مثلا، وكذلك بالنسبة للمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري الموجودة على المستوى المحلي.
- ضرورة ربط ميعاد دعوى الاستعجال قبل التعاقد بأجل الطعن المقرر في المادة 82 من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمقدر بـ 10 أيام، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة كثيرا ما تلجأ إلى توقيع العقد بعد انتهاء هذا الأجل، ومن المستحسن أن يتم تمديده إلى 15 يوما وأن يشدد المشرع على احترامه، وترفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد خلال هذا الأجل بغض النظر عن تقديم التظلم إلى لجنة الصفقات العمومية من عدمه. ومن دون اعتباره شرطا شكليا لرفع الدعوى.
- بيان طبيعة الحكم الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد، ومدى قابليته للطعن بالاستئناف أوالمعارضة أو الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، كما فعل المشرع

الفرنسي حينما نص على أن الأحكام الصادرة بصفة استعجالية في مادة العقود والصفقات العمومية تصدر ابتدائية ونهائية. وحبذا لو أنه يصدر في أول وآخر درجة خصوصا وأن هناك مؤشرات كبيرة تشير إلى صدور قانون جديد يقضي بتنصيب مجالس إدارية استئنافية على المستوى الجهوي.

- ضرورة ضبط الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية بالنسبة للعقود والصفقات العمومية خاصة فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة بالاعتماد على مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه أو الخيار بينهما، أو بالأحرى إخراجها من دائرة الاستثناءات الواردة في المادة 804 وجعلها قاعدة عامة، وذلك بالنص عليها ضمن أحكام هذا الاستعجال.

الملاحق

الملحق رقم 01

Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JOUE n° L 395 du 30/12/1989.

الملحق رقم 02

Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE L 335 du 20 décembre 2007.

الملحق رقم 03

الأمر الاستعجالي، المحكمة الإدارية بسكرة، قضية رقم 15/00980، فهرس رقم 15/01140، تاريخ 2015/12/14، شركة ذات مسؤولية محدودة أبناء العموري للنقل ضد مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة.

قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 074854، بتاريخ 2012/06/21، قضية ولاية البيض ضد (أ.م.)، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، سنة 2014.

DIRECTIVE DU CONSEIL

du 21 décembre 1989

portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux

(89/665/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100 A,

vu la proposition de la Commission ⁽¹⁾,

en coopération avec le Parlement européen ⁽²⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽³⁾,

considérant que les directives communautaires en matière de marchés publics, et notamment la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ⁽⁴⁾, modifiée en dernier lieu par la directive 89/440/CEE ⁽⁵⁾, et la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ⁽⁶⁾, modifiée en dernier lieu par la directive 88/295/CEE ⁽⁷⁾, ne contiennent pas de dispositions spécifiques permettant d'en garantir l'application effective;

considérant que les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer cette application ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées;

considérant que l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination et qu'il importe, pour qu'elle soit suivie d'effets concrets, qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit;

considérant que, dans certains États membres, l'absence de moyens de recours efficaces ou l'insuffisance des moyens

existants dissuadent les entreprises communautaires de tenter leur chance dans l'État du pouvoir adjudicateur concerné; qu'il convient dès lors que les États membres concernés remédient à cette situation;

considérant que, étant donné la brièveté des procédures de passation des marchés publics, les instances de recours compétentes doivent notamment être habilitées à prendre des mesures provisoires pour suspendre une telle procédure ou l'exécution de décisions éventuellement prises par le pouvoir adjudicateur; que la brièveté des procédures exige un traitement urgent des violations mentionnées ci-dessus;

considérant qu'il est nécessaire d'assurer que, dans tous les États membres, des procédures adéquates permettent l'annulation des décisions illégales et l'indemnisation des personnes lésées par une violation;

considérant que, lorsque les entreprises n'introduisent pas de recours, certaines infractions pourraient ne pas être corrigées, à moins qu'un mécanisme spécifique ne soit mis en place;

considérant qu'il importe, en conséquence, que la Commission puisse, lorsqu'elle considère qu'une violation claire et manifeste a été commise au cours d'une procédure de passation de marché public, intervenir auprès des autorités compétentes de l'État membre et du pouvoir adjudicateur concernés afin que des mesures appropriées soient prises en vue de la correction rapide de toute violation alléguée;

considérant que l'application effective des dispositions de la présente directive devra être réexaminée, avant l'expiration d'une période de quatre ans suivant la mise en application de celle-ci, sur la base d'informations à fournir par les États membres quant au fonctionnement des procédures nationales de recours;

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

1. les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE, les mesures nécessaires pour assurer que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles suivants, et notamment à l'article 2 paragraphe 7, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

⁽¹⁾ JO n° C 230 du 28. 8. 1987, p. 6, et JO n° C 15 du 19. 1. 1989, p. 8.

⁽²⁾ JO n° C 167 du 27. 6. 1988, p. 77, et JO n° C 323 du 27. 12. 1989.

⁽³⁾ JO n° C 347 du 22. 12. 1987, p. 23.

⁽⁴⁾ JO n° L 185 du 16. 8. 1971, p. 5.

⁽⁵⁾ JO n° L 210 du 21. 7. 1989, p. 1.

⁽⁶⁾ JO n° L 13 du 15. 1. 1977, p. 1.

⁽⁷⁾ JO n° L 127 du 20. 5. 1988, p. 1.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours.

Article 2

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant:

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs;
- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;
- c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Les procédures de recours ne doivent pas en elles-mêmes avoir nécessairement des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se réfèrent.

4. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences

négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures.

5. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

6. Les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 sur le contrat qui suit l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages-intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat qui suit l'attribution d'un marché, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi des dommages-intérêts à toute personne lésée par une violation.

7. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

8. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.

Article 3

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue au présent article lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation claire et manifeste des dispositions communautaires en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE et 77/62/CEE.

2. La Commission notifie à l'État membre et au pouvoir adjudicateur concernés les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste a été commise et en demande la correction.

3. Dans les vingt et un jours qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée
- ou
- b) une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été faite
- ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2 paragraphe 1 point a).

4. Une conclusion motivée au sens du paragraphe 3 point b) peut notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours tel que visé à l'article 2 paragraphe 8. Dans ce cas, l'État membre informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue dans les conditions prévues au paragraphe 3 point c), l'État membre notifie à la Commission la levée de la suspension ou le commencement d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification doit confirmer que la violation alléguée a été corrigée ou inclure une conclusion motivée expliquant pourquoi aucune correction n'a été faite.

Article 4

1. Avant l'expiration d'une période de quatre ans suivant la mise en application de la présente directive, la Commis-

sion, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, réexamine l'application des dispositions de la présente directive et propose, le cas échéant, les modifications jugées nécessaires.

2. Les États membres communiquent chaque année à la Commission, avant le 1^{er} mars, des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours intervenues au cours de l'année précédente. La Commission détermine, en consultation avec le comité consultatif pour les marchés publics, la nature de ces informations.

Article 5

Les États membres mettent en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 21 décembre 1991. Ils communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne, d'ordre législatif, réglementaire et administratif, qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 6

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 21 décembre 1989.

Par le Conseil

Le président

E. CRESSON

DIRECTIVES

DIRECTIVE 2007/66/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

du 11 décembre 2007

modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social européen ⁽¹⁾,

vu l'avis du Comité des régions ⁽²⁾,

statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 du traité ⁽³⁾,

considérant ce qui suit:

(1) La directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux ⁽⁴⁾ ainsi que la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation

des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ⁽⁵⁾ concernent les procédures de recours applicables aux marchés passés respectivement par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ⁽⁶⁾ et les entités adjudicatrices visées à l'article 2 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ⁽⁷⁾. Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE visent à garantir l'application effective des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

(2) Les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne s'appliquent donc qu'aux marchés relevant du champ d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice des Communautés européennes, quels que soient la procédure concurrentielle ou le moyen de mise en concurrence utilisés, y compris les concours, les systèmes de qualification et les systèmes d'acquisition dynamique. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les États membres devraient veiller à l'existence de moyens de recours efficaces et rapides contre les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sur la question de savoir si un marché déterminé relève ou non du champ d'application personnel et matériel des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE.

(3) Les consultations des parties concernées ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice ont révélé un certain nombre de faiblesses dans les mécanismes de recours existant dans les États membres. En raison de ces

⁽¹⁾ JO C 93 du 27.4.2007, p. 16.

⁽²⁾ JO C 146 du 30.6.2007, p. 69.

⁽³⁾ Avis du Parlement européen du 21 juin 2007 (non encore paru au Journal officiel) et décision du Conseil du 15 novembre 2007.

⁽⁴⁾ JO L 395 du 30.12.1989, p. 33. Directive modifiée par la directive 92/50/CEE (JO L 209 du 24.7.1992, p. 1).

⁽⁵⁾ JO L 76 du 23.3.1992, p. 14. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).

⁽⁶⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE.

⁽⁷⁾ JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE.

faiblesses, les mécanismes visés par les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ne permettent pas toujours de veiller au respect des dispositions communautaires, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées. Ainsi, il conviendrait de renforcer les garanties de transparence et de non-discrimination que ces directives cherchent à assurer afin que la Communauté dans son ensemble puisse bénéficier pleinement des effets positifs de la modernisation et de la simplification des règles relatives à la passation des marchés publics auxquelles ont abouti les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE. Il convient donc d'apporter aux directives 89/665/CEE et 92/13/CEE les précisions indispensables pour atteindre les résultats recherchés par le législateur communautaire.

- (4) Parmi les faiblesses relevées figure notamment l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace. Cela conduit parfois les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Afin de remédier à cette faiblesse, qui compromet gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire les soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, il y a lieu de prévoir un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue, que celle-ci intervienne ou non au moment de la signature du contrat.
- (5) Le délai de suspension minimal devrait tenir compte des différents moyens de communication. En cas de recours à des moyens de communication rapides, il est possible de prévoir un délai plus court que celui applicable si d'autres moyens de communication sont utilisés. La présente directive ne prévoit que des délais de suspension minimaux. Les États membres ont la faculté d'instaurer ou de maintenir des délais supérieurs à ces délais minimaux. Il leur est aussi loisible de décider quel délai s'appliquera si différents moyens de communication sont utilisés conjointement.
- (6) Le délai de suspension devrait donner aux soumissionnaires concernés le temps suffisant pour étudier la décision d'attribution du marché et déterminer s'il est opportun d'engager une procédure de recours. Lorsque la décision d'attribution du marché est notifiée aux soumissionnaires concernés, ceux-ci devraient recevoir les informations pertinentes, qui leur sont indispensables pour introduire un recours efficace. Les mêmes dispositions s'appliquent en conséquence aux candidats, pour autant que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'ait pas fourni en temps utile les informations relatives au rejet de leur demande.
- (7) Parmi les informations pertinentes figurent notamment un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41 de la directive 2004/18/CE et à l'article 49 de la directive 2004/17/CE. La durée du délai de suspen-

sion étant variable selon les États membres, il importe en outre que les soumissionnaires et les candidats concernés soient informés du délai effectif dont ils disposent pour tenter leur recours.

- (8) De tels délais de suspension minimaux n'ont pas vocation à s'appliquer si la directive 2004/18/CE ou la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, plus particulièrement dans les cas d'urgence impérieuse visés à l'article 31, paragraphe 1, point c), de la directive 2004/18/CE ou à l'article 40, paragraphe 3, point d), de la directive 2004/17/CE. Dans de tels cas, il suffit de prévoir des procédures de recours efficace après la conclusion du contrat. De même, un délai de suspension n'est pas nécessaire si le seul soumissionnaire concerné est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés. Dans ce cas de figure, il n'y a plus d'autre partie prenante à la procédure de passation de marché qui aurait intérêt à recevoir la notification et à bénéficier d'un délai de suspension lui permettant d'exercer un recours efficace.
- (9) Enfin, lorsqu'il s'agit de marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, un délai de suspension obligatoire pourrait avoir une incidence sur les gains d'efficacité recherchés par le biais de ces procédures de passation de marchés. Les États membres devraient donc, au lieu d'introduire un délai de suspension obligatoire, avoir la possibilité de prévoir l'absence d'effets du marché comme sanction effective en application de l'article 2 *quinquies* des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en cas de violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, et de l'article 33, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/18/CE, ainsi que de l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE.
- (10) Dans les cas visés à l'article 40, paragraphe 3, point i), de la directive 2004/17/CE, les marchés fondés sur un accord-cadre ne nécessitent pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*. Dans de tels cas, un délai de suspension ne devrait pas être obligatoire.
- (11) Lorsqu'un État membre exige qu'une personne qui a l'intention d'utiliser une procédure de recours en informe le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, il convient de préciser que cette exigence ne devrait pas avoir d'effet sur le délai de suspension ou sur tout autre délai d'introduction d'un recours. Par ailleurs, lorsqu'un État membre exige que la personne concernée ait introduit en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, il convient que cette même personne dispose d'un délai minimal raisonnable pour saisir l'instance de recours compétente avant la conclusion du contrat au cas où cette personne souhaiterait contester la réponse ou l'absence de réponse du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

- (12) L'introduction d'un recours peu avant la fin du délai de suspension minimal ne devrait pas avoir pour effet de priver l'instance responsable des procédures de recours du temps minimal indispensable pour agir, notamment pour prolonger le délai de suspension pour la conclusion du contrat. Ainsi convient-il de prévoir un délai de suspension minimal autonome qui ne devrait pas expirer avant que l'instance de recours n'ait statué sur la demande. Cela ne devrait pas empêcher l'instance de recours d'évaluer préalablement si le recours en tant que tel est recevable. Les États membres peuvent prévoir que ce délai expire soit lorsque l'instance de recours a statué sur la demande de mesures provisoires, y compris sur une prorogation de la suspension de la conclusion du contrat, soit lorsque l'instance de recours a statué sur le fond, notamment sur la demande d'annulation d'une décision illicite.
- (13) Afin de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Cour de justice a qualifiée de violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, il convient de prévoir une sanction effective, proportionnée et dissuasive. Par conséquent, un contrat résultant d'un marché de gré à gré illégal devrait être considéré en principe comme dépourvu d'effets. L'absence d'effets ne devrait pas être automatique mais devrait être établie par une instance de recours indépendante ou découler d'une décision prise par une telle instance.
- (14) L'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les opérateurs économiques qui ont été privés illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation de marché. Les marchés de gré à gré au sens de la présente directive devraient inclure tous les marchés passés sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* au sens de la directive 2004/18/CE. Cela correspond à une procédure sans mise en concurrence préalable au sens de la directive 2004/17/CE.
- (15) Parmi les raisons susceptibles de justifier la passation d'un marché de gré à gré au sens de la présente directive peuvent figurer les exceptions prévues aux articles 10 à 18 de la directive 2004/18/CE, l'application de l'article 31, de l'article 61 ou de l'article 68 de cette même directive, la passation de marchés de services conformément à l'article 21 de ladite directive ou la passation d'un marché interne légal (*in-house*) selon l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice.
- (16) Il en va de même des marchés qui remplissent les conditions pour une exclusion ou des arrangements spéciaux conformément à l'article 5, paragraphe 2, aux articles 18 à 26, aux articles 29 et 30 ou à l'article 62 de la directive 2004/17/CE, des cas entraînant l'application de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE ou de la passation de marchés de services conformément à l'article 32 de la directive 2004/17/CE.
- (17) Une procédure de recours devrait être accessible au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.
- (18) Afin de prévenir toute violation grave de l'obligation de délai de suspension et de suspension automatique, qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace, il convient que des sanctions effectives soient appliquées. Il convient dès lors que les marchés conclus en violation du délai de suspension ou de la suspension automatique soient considérés en principe comme dépourvus d'effets s'ils s'accompagnent de violations des directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE telles qu'elles ont compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché.
- (19) En cas d'autres violations des conditions formelles, les États membres pourraient considérer que le principe de l'absence d'effets est inopportun. Les États membres devraient alors avoir la faculté de prévoir des sanctions de substitution. Les sanctions de substitution ne devraient consister qu'en l'imposition de pénalités financières, qui devraient être payées à un organisme indépendant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, ou en un abrégement de la durée du marché. Il incombe aux États membres de définir précisément les sanctions de substitution et leurs modalités d'application.
- (20) La présente directive ne devrait pas exclure l'application de sanctions plus sévères en vertu du droit national.
- (21) Lorsque les États membres définissent des règles prévoyant qu'un marché est considéré comme dépourvu d'effets, l'objectif à atteindre est que les droits et les obligations des parties au marché cessent d'être exercés et exécutés. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché devraient être déterminées par le droit national. Le droit national pourrait donc par exemple prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles (*ex tunc*) ou, inversement, limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées (*ex nunc*). Cela ne devrait pas conduire à l'absence de sanctions rigoureuses si les obligations découlant d'un marché ont déjà été exécutées dans leur totalité ou dans leur quasi-totalité. Dans de tels cas, les États membres devraient prévoir également des sanctions de substitution prenant en compte la mesure dans laquelle un contrat continue à produire des effets en application du droit national. De même, les conséquences d'une éventuelle récupération de sommes qui pourraient avoir été versées ainsi que de toutes les autres formes de restitution possibles — y compris les restitutions en valeur lorsqu'une restitution en nature n'est pas possible — doivent être déterminées par le droit national.

- (22) Toutefois, afin de garantir la proportionnalité des sanctions appliquées, les États membres peuvent donner à l'instance responsable des procédures de recours la possibilité de ne pas remettre en cause le contrat ou de reconnaître certains ou l'ensemble de ses effets dans le temps, lorsque les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce l'exigent pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Dans de tels cas, il conviendrait plutôt d'appliquer des sanctions de substitution. L'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice devrait examiner tous les aspects pertinents afin d'établir si des raisons impérieuses d'intérêt général exigent que les effets du marché soient maintenus.
- (23) Dans des cas exceptionnels, le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché au sens de l'article 31 de la directive 2004/18/CE ou de l'article 40, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE est autorisé immédiatement après l'annulation du marché. Si, dans de tels cas, pour des raisons techniques ou d'autres raisons impératives, les obligations contractuelles restantes ne peuvent, à ce stade, être exécutées que par l'opérateur économique auquel le marché a été attribué, l'invocation de raisons impérieuses pourrait être justifiée.
- (24) L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées. Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne devrait pas constituer une raison impérieuse.
- (25) En outre, la nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices requiert que soit fixé un délai minimal raisonnable de prescription des recours visant à faire constater l'absence d'effet du marché.
- (26) Afin d'éviter l'incertitude juridique susceptible de découler de l'absence d'effets, les États membres devraient prévoir une dérogation à la possibilité de faire constater l'absence d'effets dans les cas où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice considère que l'attribution d'un marché de gré à gré sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée conformément aux directives 2004/18/CE et 2004/17/CE et a appliqué un délai de suspension minimal qui permet l'introduction d'un recours efficace. La publication volontaire qui déclenche ce délai de suspension n'entraîne aucune extension des obligations découlant des directives 2004/18/CE ou 2004/17/CE.
- (27) Sachant que la présente directive renforce les procédures de recours nationales, particulièrement en cas de marchés de gré à gré illégaux, il conviendrait d'encourager les opérateurs économiques à recourir à ces nouveaux mécanismes. Par souci de sécurité juridique, l'invocabilité de l'absence d'effets d'un marché est limitée dans le temps. L'effectivité de cette limitation dans le temps devrait être respectée.
- (28) Le renforcement de l'efficacité des recours nationaux devrait inciter les personnes concernées à faire un plus grand usage des possibilités de recours par voie de référé avant la conclusion du contrat. Dans ces circonstances, il y a lieu de recentrer le mécanisme correcteur sur les violations graves du droit communautaire en matière de marchés publics.
- (29) Le système d'attestation volontaire prévu par la directive 92/13/CEE, qui permet aux entités adjudicatrices de faire constater la conformité de leurs procédures de passation des marchés à l'occasion d'examen périodiques, est resté quasiment inutilisé. Il ne peut donc pas atteindre son objectif consistant à prévenir un nombre significatif de violations du droit communautaire des marchés publics. En revanche, l'obligation imposée aux États membres par la directive 92/13/CEE d'assurer la mise à disposition permanente d'organismes accrédités à cette fin peut représenter un coût administratif de fonctionnement qui ne se justifie plus au vu de l'absence de demande réelle de la part des entités adjudicatrices. Pour ces raisons, il convient de supprimer ce système d'attestation.
- (30) De même, le mécanisme de conciliation prévu par la directive 92/13/CEE n'a suscité aucun intérêt réel de la part des opérateurs économiques. Cela est dû, d'une part, au fait qu'il ne permet pas à lui seul d'obtenir des mesures provisoires contraignantes susceptibles d'empêcher à temps la conclusion illégale d'un contrat et, d'autre part, à sa nature difficilement compatible avec le respect des délais particulièrement brefs des recours visant à l'adoption de mesures provisoires et à l'annulation des décisions illégales. En outre, l'efficacité potentielle du mécanisme de conciliation a encore été affaiblie par les difficultés rencontrées pour établir une liste complète et suffisamment longue de conciliateurs indépendants dans chaque État membre, disponibles à tout moment et susceptibles de traiter les demandes de conciliation à très brève échéance. Pour ces raisons, il convient de supprimer ce mécanisme de conciliation.
- (31) La Commission devrait être habilitée à demander aux États membres de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures nationales de recours proportionnées par rapport à l'objectif visé, en associant le comité consultatif pour les marchés publics à la détermination de l'étendue et de la nature de ces informations. En effet, seule la mise à disposition de ces informations permettra d'évaluer correctement les effets des changements introduits par la présente directive à l'expiration d'une période significative de mise en œuvre de cette dernière.

(32) La Commission devrait examiner les progrès accomplis dans les États membres et faire rapport au Parlement européen et au Conseil sur l'efficacité de la présente directive au plus tard trois ans après sa date limite de mise en œuvre.

(33) Il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires pour la mise en œuvre des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en conformité avec la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission ⁽¹⁾.

(34) Étant donné que, pour les raisons susmentionnées, l'objectif de la présente directive, c'est-à-dire améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés relevant du champ d'application des directives 2004/18/CE et 2004/17/CE, ne peut pas être réalisé de manière suffisante par les États membres et peut donc être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité prévu à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, en respectant notamment le principe d'autonomie procédurale des États membres.

(35) Conformément au point 34 de l'accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» ⁽²⁾, il convient que les États membres établissent, pour eux-mêmes et dans l'intérêt de la Communauté, leurs propres tableaux, qui illustrent la concordance entre les directives et les mesures de transposition, et qu'ils les rendent publics.

(36) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, conformément à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de ladite charte.

(37) Il y a donc lieu de modifier les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE en conséquence,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

Modification de la directive 89/665/CEE

La directive 89/665/CEE est modifiée comme suit:

1) Les articles 1^{er} et 2 sont remplacés par le texte suivant:

«Article premier

Champ d'application et accessibilité des procédures de recours

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*), sauf si ces marchés sont exclus en application des articles 10 à 18 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés publics, les accords-cadres, les concessions de travaux publics et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 septies de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

⁽¹⁾ JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée en dernier lieu par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).

⁽²⁾ JO C 321 du 31.12.2003, p. 1.

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours, pour autant que cela n'ait pas d'incidence sur le délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, ou sur tout autre délai d'introduction d'un recours visé à l'article 2 quater.

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

Les États membres décident des moyens de communication adéquats, y compris les télécopieurs ou les moyens électroniques, qu'il convient d'utiliser pour introduire un recours conformément au premier alinéa.

La suspension visée au premier alinéa ne prend pas fin avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si un autre moyen de communication est utilisé, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse.

Article 2

Exigences en matière de procédures de recours

1. Les États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant:

- a) de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit encore porté atteinte aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou l'exécution de toute décision prise par le pouvoir adjudicateur;
- b) d'annuler ou de faire annuler les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause;
- c) d'accorder des dommages et intérêts aux personnes lésées par une violation.

2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 quinquies et 2 sexies peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante du pouvoir adjudicateur, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, et à l'article 2 quinquies, paragraphes 4 et 5.

4. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1^{er}, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

5. Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder de mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

6. Les États membres peuvent prévoir que, lorsque des dommages et intérêts sont réclamés au motif que la décision a été prise illégalement, la décision contestée doit d'abord être annulée par une instance ayant la compétence nécessaire à cet effet.

7. Sauf dans les cas prévus aux articles 2 quinquies à 2 septies, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sur le contrat conclu à la suite de l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article ou aux articles 2 bis à 2 septies, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.

8. Les États membres veillent à ce que les décisions prises par les instances responsables des procédures de recours puissent être exécutées de manière efficace.

9. Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions sont toujours motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 du traité et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base.

La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante a les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants.

(*) JO L 134 du 30.4.2004, p. 114. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).»

2) Les articles suivants sont insérés:

«Article 2 bis

Délai de suspension

1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1^{er}, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les pouvoirs adjudicateurs, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 *quater*.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires

à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si le pouvoir adjudicateur n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concernés, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE, sous réserve des dispositions de l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive, et
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe.

Article 2 ter

Dérogations au délai de suspension

Les États membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si la directive 2004/18/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre visé à l'article 32 de la directive 2004/18/CE et lorsqu'il s'agit d'un marché spécifique fondé sur un système d'acquisition dynamique visé à l'article 33 de cette directive.

Lorsque la présente dérogation est invoquée, les États membres s'assurent de l'absence d'effets du marché conformément aux articles 2 *quinquies* et 2 *septies* de la présente directive:

- s'il y a violation de l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou de l'article 33, paragraphes 5 ou 6, de la directive 2004/18/CE, et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 7 de la directive 2004/18/CE.

Article 2 quater

Délais d'introduction d'un recours

Lorsqu'un État membre prévoit que tout recours contre une décision d'un pouvoir adjudicateur prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ou en liaison avec une telle procédure doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai est égal à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision du pouvoir adjudicateur est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision du pouvoir adjudicateur. La décision du pouvoir adjudicateur est communiquée à chaque soumissionnaire ou candidat, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents. En cas d'introduction d'un recours concernant des décisions visées à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la présente directive, qui ne font pas l'objet d'une notification spécifique, le délai est de dix jours calendaires au moins à compter de la date de publication de la décision concernée.

Article 2 quinquies

Absence d'effets

1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants:

- a) si le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE;

b) en cas de violation de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive 2004/18/CE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;

c) dans les cas visés à l'article 2 *ter*, point c), deuxième alinéa, de la présente directive, lorsque des États membres ont invoqué la dérogation au délai de suspension pour des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

2. Les conséquences du constat de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national peut prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l'application d'autres sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2.

3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si:

— le pouvoir adjudicateur estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE,

— le pouvoir adjudicateur a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 bis de la présente directive, et

— le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

5. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point c), du présent article ne s'applique pas si:

— le pouvoir adjudicateur estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 32, paragraphe 4, deuxième alinéa, second tiret, ou à l'article 33, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/18/CE,

— le pouvoir adjudicateur a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 2 bis, paragraphe 2, quatrième alinéa, premier tiret, de la présente directive, et

— la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Article 2 sexies

Violations de la présente directive et sanctions de substitution

1. En cas de violation de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 bis, paragraphe 2, ne relevant pas de l'article 2 quinquies, paragraphe 1, point b), les États membres prévoient l'absence d'effets du marché conformément à l'article 2 quinquies, paragraphes 1 à 3, ou des sanctions de substitution. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur décide, après avoir apprécié tous les aspects

pertinents, si le marché doit être considéré comme dépourvu d'effets ou s'il y a lieu d'appliquer des sanctions de substitution.

2. Les sanctions de substitution doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

— à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur, ou

— à abréger la durée du marché.

Les États membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement du pouvoir adjudicateur et, dans les cas visés à l'article 2 quinquies, paragraphe 2, la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins du présent paragraphe.

Article 2 septies

Délais

1. Les États membres peuvent prévoir que l'introduction d'un recours en application de l'article 2 quinquies, paragraphe 1, doit intervenir:

a) avant l'expiration d'un délai minimal de 30 jours calendaires à compter du lendemain du jour où:

— le pouvoir adjudicateur a publié l'avis d'attribution du marché conformément à l'article 35, paragraphe 4, et aux articles 36 et 37 de la directive 2004/18/CE, à condition que cet avis contienne la justification de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou

— le pouvoir adjudicateur a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion du contrat, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE, sous réserve de l'article 41, paragraphe 3, de ladite directive. Cette faculté s'applique également aux cas visés à l'article 2 ter, point c), de la présente directive;

b) et en tout état de cause avant l'expiration d'un délai minimal de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

2. Dans tous les autres cas, y compris en ce qui concerne les recours formés conformément à l'article 2 *sexies*, paragraphe 1, les délais impartis pour l'introduction d'un recours sont déterminés par le droit national, sous réserve des dispositions de l'article 2 *quater*.»

3) L'article 3 est remplacé par le texte suivant:

«Article 3

Mécanisme correcteur

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés publics a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE.

2. La Commission notifie à l'État membre concerné les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

- a) la confirmation que la violation a été corrigée;
- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2, paragraphe 1, point a).

4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'une autre nature ou d'un recours tel que visé à l'article 2, paragraphe 9. Dans ce cas, l'État membre concerné informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), l'État membre concerné notifie à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette notification

confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.»

4) Les articles suivants sont insérés:

«Article 3 bis

Contenu d'un avis en cas de transparence ex ante volontaire

L'avis visé à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, deuxième tiret, dont le format est adopté par la Commission conformément à la procédure de consultation visée à l'article 3 *ter*, paragraphe 2, contient les informations suivantes:

- a) nom et coordonnées du pouvoir adjudicateur;
- b) description de l'objet du marché;
- c) justification de la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et
- e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par le pouvoir adjudicateur.

Article 3 *ter*

Procédure de comité

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics, institué par l'article 1^{er} de la décision 71/306/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 (*) (ci-après dénommé "comité").

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (**) s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

(*) JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

(**) JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).»

5) L'article 4 est remplacé par le texte suivant:

«Article 4

Mise en œuvre

1. La Commission peut demander aux États membres, en consultation avec le comité, de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures de recours nationales.

2. Les États membres communiquent chaque année à la Commission le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que leurs instances de recours ont prises conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 3.»

6) L'article suivant est inséré:

«Article 4 bis

Réexamen

Au plus tard le 20 décembre 2012, la Commission examine la mise en œuvre de la présente directive et fait rapport au Parlement européen et au Conseil sur son efficacité, et en particulier sur l'efficacité des sanctions de substitution et des délais.»

Article 2

Modification de la directive 92/13/CEE

La directive 92/13/CEE est modifiée comme suit:

1) L'article 1^{er} est remplacé par le texte suivant:

«Article premier

Champ d'application et accessibilité des procédures de recours

1. La présente directive s'applique aux marchés visés par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (*), sauf si ces marchés sont exclus en application de l'article 5, paragraphe 2, des articles 18 à 26, des articles 29 et 30 ou de l'article 62 de ladite directive.

Les marchés au sens de la présente directive incluent les marchés de fournitures, de travaux et de services, les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques.

Les États membres prennent, en ce qui concerne les marchés relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises

par les entités adjudicatrices peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, dans les conditions énoncées aux articles 2 à 2 *septies* de la présente directive, au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés ou les règles nationales transposant ce droit.

2. Les États membres veillent à ce qu'il n'y ait, entre les entreprises susceptibles de faire valoir un préjudice dans le cadre d'une procédure de passation de marché, aucune discrimination du fait de la distinction opérée par la présente directive entre les règles nationales transposant le droit communautaire et les autres règles nationales.

3. Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée.

4. Les États membres peuvent exiger que la personne qui souhaite faire usage d'une procédure de recours ait informé l'entité adjudicatrice de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours, pour autant que cela n'ait pas d'incidence sur le délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, ou tout autre délai d'introduction d'un recours visé à l'article 2 *quater*.

5. Les États membres peuvent exiger que la personne concernée introduise en premier lieu un recours auprès de l'entité adjudicatrice. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que l'introduction dudit recours entraîne la suspension immédiate de la possibilité de conclure le marché.

Les États membres décident des moyens de communication, y compris les télécopieurs ou les moyens électroniques, qu'il convient d'utiliser pour introduire le recours prévu au premier alinéa.

La suspension visée au premier alinéa ne prend pas fin avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé, ou, si un autre moyen de communication est utilisé, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception d'une réponse.

(*) JO L 134 du 30.4.2004, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2006/97/CE du Conseil (JO L 363 du 20.12.2006, p. 107).»

2) L'article 2 est modifié comme suit:

a) Le titre «Exigences en matière de procédures de recours» est inséré.

b) Les paragraphes 2 à 4 sont remplacés par le texte suivant:

«2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1 et aux articles 2 *quinquies* et 2 *sexies* peuvent être conférés à des instances distinctes responsables d'aspects différents des procédures de recours.

3. Lorsqu'une instance de premier ressort, indépendante de l'entité adjudicatrice, est saisie d'un recours portant sur la décision d'attribution du marché, les États membres s'assurent que l'entité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours statue soit sur la demande de mesures provisoires soit sur le recours. La suspension prend fin au plus tôt à l'expiration du délai de suspension visé à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, et à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 4 et 5.

3 *bis*. Sauf dans les cas prévus au paragraphe 3 et à l'article 1^{er}, paragraphe 5, les procédures de recours ne doivent pas nécessairement avoir des effets suspensifs automatiques sur les procédures de passation de marché auxquelles elles se rapportent.

4. Les États membres peuvent prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder de mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.»

c) Le paragraphe 6 est remplacé par le texte suivant:

«6. Sauf dans les cas prévus aux articles 2 *quinquies* à 2 *septies*, les effets de l'exercice des pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sur le contrat conclu à la suite de l'attribution d'un marché sont déterminés par le droit national.

En outre, sauf si une décision doit être annulée préalablement à l'octroi de dommages et intérêts, un État

membre peut prévoir que, après la conclusion du contrat intervenue conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 5, au paragraphe 3 du présent article, ou aux articles 2 *bis* à 2 *septies*, les pouvoirs de l'instance responsable des procédures de recours se limitent à l'octroi de dommages et intérêts à toute personne lésée par une violation.»

d) Au paragraphe 9, premier alinéa, les termes «juridiction au sens de l'article 177 du traité» sont remplacés par les termes «juridiction au sens de l'article 234 du traité».

3) Les articles suivants sont insérés:

«Article 2 *bis*

Délai de suspension

1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 1^{er}, paragraphe 3, disposent de délais permettant des recours efficaces contre les décisions d'attribution de marché prises par les entités adjudicatrices, en adoptant les dispositions nécessaires qui respectent les conditions minimales énoncées au paragraphe 2 du présent article et à l'article 2 *quater*.

2. La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du jour suivant la date à laquelle la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours.

Les candidats sont réputés concernés si l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés.

La décision d'attribution est communiquée à chaque soumissionnaire et candidat concerné, accompagnée:

- d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE, et
- d'une mention précise de la durée exacte du délai de suspension applicable, en vertu des dispositions nationales transposant le présent paragraphe.

Article 2 ter

Dérogations au délai de suspension

Les États membres peuvent prévoir que les délais visés à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive ne s'appliquent pas dans les cas suivants:

- a) si la directive 2004/17/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*;
- b) si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- c) lorsqu'il s'agit de marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique visé à l'article 15 de la directive 2004/17/CE.

Lorsque la présente dérogation est invoquée, les États membres s'assurent de l'absence d'effets du marché conformément aux articles 2 quinquies et 2 septies de la présente directive:

- s'il y a violation de l'article 15, paragraphe 5 ou 6, de la directive 2004/17/CE, et
- si le montant estimé du marché est égal ou supérieur aux seuils fixés à l'article 16 de la directive 2004/17/CE.

Article 2 quater

Délais d'introduction d'un recours

Lorsqu'un État membre prévoit que tout recours contre une décision d'une entité adjudicatrice prise dans le cadre d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou en liaison avec une telle procédure doit être formé avant l'expiration d'un délai déterminé, ce délai est égal à dix jours calendaires au moins à compter du jour suivant la date à laquelle la décision de l'entité adjudicatrice est envoyée au soumissionnaire

ou au candidat si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, soit à quinze jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour où la décision de l'entité adjudicatrice est envoyée au soumissionnaire ou au candidat, soit à dix jours calendaires au moins à compter du lendemain du jour de réception de la décision de l'entité adjudicatrice. La décision de l'entité adjudicatrice est communiquée à chaque soumissionnaire ou candidat, accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents. En cas d'introduction d'un recours concernant des décisions visées à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la présente directive, qui ne font pas l'objet d'une notification spécifique, le délai est de dix jours calendaires au moins à compter de la date de publication de la décision concernée.

Article 2 quinquies

Absence d'effets

1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants:

- a) si l'entité adjudicatrice a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/17/CE;
- b) en cas de violation de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive, si cette violation a privé le soumissionnaire intentant un recours de la possibilité d'engager un recours précontractuel lorsqu'une telle violation est accompagnée d'une violation de la directive 2004/17/CE, si cette violation a compromis les chances du soumissionnaire intentant un recours d'obtenir le marché;
- c) dans les cas visés à l'article 2 ter, point c), deuxième alinéa, de la présente directive, lorsque des États membres ont invoqué la dérogation au délai de suspension pour des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique.

2. Les conséquences de l'absence d'effets d'un marché sont déterminées par le droit national.

Le droit national pourrait donc prévoir l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui devraient encore être exécutées. Dans ce deuxième cas, les États membres prévoient l'application d'autres sanctions au sens de l'article 2 sexies, paragraphe 2.

3. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice a la faculté de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, même s'il a été passé illégalement pour des motifs visés au paragraphe 1, si elle constate, après avoir examiné tous les aspects pertinents, que des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus. Dans ce cas, les États membres prévoient des sanctions au sens de l'article 2 *sexies*, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution.

L'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans le cas où, dans des circonstances exceptionnelles, l'absence d'effets aurait des conséquences disproportionnées.

Toutefois, l'intérêt économique directement lié au marché concerné ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général. L'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets.

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si:

— l'entité adjudicatrice estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/17/CE,

— l'entité adjudicatrice a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 *bis* de la présente directive, et

— le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

5. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point c), du présent article ne s'applique pas si:

— l'entité adjudicatrice estime que l'attribution d'un marché est conforme à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE,

— l'entité adjudicatrice a envoyé aux soumissionnaires concernés une décision d'attribution du marché,

accompagnée d'un exposé synthétique des motifs, conformément à l'article 2 *bis*, paragraphe 2, quatrième alinéa, premier tiret, de la présente directive, et

— la conclusion du contrat n'a pas pu avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché.

Article 2 *sexies*

Violations de la présente directive et sanctions de substitution

1. En cas de violation de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de l'article 2, paragraphe 3, ou de l'article 2 *bis*, paragraphe 2, ne relevant pas de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 1, point b), les États membres prévoient l'absence d'effets du marché conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphes 1 à 3, ou des sanctions de substitution. Les États membres peuvent prévoir que l'instance de recours indépendante de l'entité adjudicatrice décide, après avoir apprécié tous les aspects pertinents, si le marché doit être considéré comme dépourvu d'effets ou s'il y a lieu d'appliquer des sanctions de substitution.

2. Les sanctions de substitution doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Elles consistent:

— à imposer des pénalités financières à l'entité adjudicatrice, ou

— à abrégier la durée du marché.

Les États membres peuvent conférer à l'instance de recours un large pouvoir d'appréciation lui permettant de tenir compte de tous les facteurs pertinents, y compris la gravité de la violation, le comportement de l'entité adjudicatrice et, dans les cas visés à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 2, la mesure dans laquelle le contrat continue à produire des effets.

L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas une sanction appropriée aux fins du présent paragraphe.

Article 2 septies

Délais

1. Les États membres peuvent prévoir que l'introduction d'un recours en application de l'article 2 *quinquies*, paragraphe 1, doit intervenir:

a) avant l'expiration d'un délai minimal de 30 jours calendaires à compter du lendemain du jour où:

— l'entité adjudicatrice a publié l'avis d'attribution du marché conformément aux articles 43 et 44 de la directive 2004/17/CE, sous réserve que ledit avis comporte une justification de la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'un avis au *Journal officiel de l'Union européenne*, ou

— l'entité adjudicatrice a informé les soumissionnaires et les candidats concernés de la conclusion du contrat, pour autant que cette information soit accompagnée d'un exposé synthétique des motifs pertinents visés à l'article 49, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE. Cette faculté s'applique également aux cas visés à l'article 2 *ter*, point c), de la présente directive;

b) et en tout état de cause avant l'expiration d'un délai minimal de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

2. Dans tous les autres cas, y compris en ce qui concerne les recours formés conformément à l'article 2 *sexies*, paragraphe 1, les délais impartis pour l'introduction d'un recours sont déterminés par le droit national, sous réserve des dispositions de l'article 2 *quater*.»

4) Les articles 3 à 7 sont remplacés par le texte suivant:

«Article 3 bis

Contenu d'un avis en cas de transparence ex ante volontaire

L'avis visé à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 4, deuxième tiret, dont le format est adopté par la Commission conformément à la procédure de consultation visée à l'article 3 *ter*, paragraphe 2, contient les informations suivantes:

a) nom et coordonnées de l'entité adjudicatrice;

b) description de l'objet du marché;

c) justification de la décision de l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché sans publication préalable d'avis au *Journal officiel de l'Union européenne*;

d) nom et coordonnées de l'opérateur économique auquel il a été décidé d'attribuer le marché, et

e) le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'entité adjudicatrice.

Article 3 ter

Procédure de comité

1. La Commission est assistée par le comité consultatif pour les marchés publics, institué par l'article 1^{er} de la décision 71/306/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 (*) (ci-après dénommé "comité").

2. Dans le cas où il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (**) s'appliquent, dans le respect des dispositions de l'article 8 de celle-ci.

(*) JO L 185 du 16.8.1971, p. 15. Décision modifiée par la décision 77/63/CEE (JO L 13 du 15.1.1977, p. 15).

(**) JO L 184 du 17.7.1999, p. 23. Décision modifiée par la décision 2006/512/CE (JO L 200 du 22.7.2006, p. 11).»

5) L'article 8 est remplacé par le texte suivant:

«Article 8

Mécanisme correcteur

1. La Commission peut invoquer la procédure prévue aux paragraphes 2 à 5 lorsque, avant la conclusion d'un contrat, elle considère qu'une violation grave du droit communautaire en matière de marchés a été commise au cours d'une procédure de passation de marché relevant du champ d'application de la directive 2004/17/CE ou en ce qui concerne l'article 27, point a), de ladite directive pour les entités adjudicatrices auxquelles cette disposition s'applique.

2. La Commission notifie à l'État membre concerné les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave a été commise et en demande la correction par des moyens appropriés.

3. Dans les vingt et un jours calendaires qui suivent la réception de la notification visée au paragraphe 2, l'État membre concerné communique à la Commission:

a) la confirmation que la violation a été corrigée;

- b) des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée, ou
- c) une notification indiquant que la procédure de passation de marché en cause a été suspendue, soit à l'initiative de l'entité adjudicatrice, soit dans le cadre de l'exercice des pouvoirs prévus à l'article 2, paragraphe 1, point a).

4. Des conclusions motivées communiquées conformément au paragraphe 3, point b), peuvent notamment se fonder sur le fait que la violation alléguée fait déjà l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours prévu à l'article 2, paragraphe 9. Dans ce cas, l'État membre concerné informe la Commission du résultat de ces procédures dès que celui-ci est connu.

5. En cas de notification indiquant qu'une procédure de passation de marché a été suspendue conformément au paragraphe 3, point c), l'État membre concerné notifie à la Commission la levée de la suspension ou l'ouverture d'une autre procédure de passation de marché liée, entièrement ou partiellement, à la procédure précédente. Cette nouvelle notification confirme que la violation alléguée a été corrigée ou inclut des conclusions motivées expliquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée.»

- 6) Les articles 9 à 12 sont remplacés par le texte suivant:

«Article 12

Mise en œuvre

1. La Commission peut demander aux États membres, en consultation avec le comité, de lui fournir des informations sur le fonctionnement des procédures de recours nationales.

2. Les États membres communiquent chaque année à la Commission le texte de toutes les décisions, accompagnées de leurs motifs, que leurs instances de recours ont prises conformément à l'article 2 *quinquies*, paragraphe 3.

Article 12 bis

Réexamen

Au plus tard le 20 décembre 2012, la Commission examine la mise en œuvre de la présente directive et fait rapport au

Parlement européen et au Conseil sur son efficacité, et en particulier sur l'efficacité des sanctions de substitution et des délais.»

- 7) L'annexe est supprimée.

Article 3

Transposition

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 20 décembre 2009. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions.

Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 4

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 5

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 11 décembre 2007.

Par le Parlement européen

Le président

H.-G. PÖTTERING

Par le Conseil

Le président

M. LOBO ANTUNES

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

بالتصميم المنتخب الجزائري

أمر إستعجالي

المستحتمه الإدارية: بسكرة
الغرفة رقم:
القسم الاستعجالي

إن المحكمة الادارية بسكرة القسم الاستعجالي بجلستها العلنية المنعقدة بقاعة الجلسات
لقصر العدالة في الرابع عشر من شهر ديسمبر سنة ألفين و خمسة عشر

رقم القضية: 15/00980
رقم الفهرس: 15/01140
جلسة يوم: 15/12/14

رئيسا مقررا
مستشارا
مستشارا
محافظ الدولة
أمين الضبط

برئاسة السيد (ة):
وعضوية السيد(ة):
وعضوية السيد(ة):
و بمحضر السيد (ة):
و بمساعدة السيد (ة):

مبلغ الرسم / 6000 دج

المدعي:

ش ذ م م ابناء العموري للنقل
ممثلة في شخص مسيرها

صدر الأمر الآتي بيانه في القضية المنشورة لديه تحت رقم: 15/00980

بين:

1 (ش ذ م م ابناء العموري للنقل ممثلة في شخص المدعي
مسيرها
العنوان: حي 24 مسكن طريق شتمة العالية بسكرة
المباشر الخصومة بواسطة الأستاذ (ة):

المدعي عليه:

مديرية الخدمات الجامعية
لولاية بسكرة ممثلة في شخص
مديرها

من جهة

وبين

1 (مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة ممثلة في المدعي عليه
شخص مديرها
العنوان: الكائن مقرها بثانوية السعيد عبيد العالية الشمالية بسكرة
المباشر للخصام بنفسه

من جهة ثانيا

و بحضوري:

1 (محافظ الدولة لدى المحكمة الادارية ببسكرة

إن المحكمة الإدارية ببسكرة

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2015/12/14

بمقتضى القانون رقم 98-02 المؤرخ في 04 صفر 1419 الموافق
لـ 1998/05/30 و المتعلق بالمحاكم الادارية.

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق
لـ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد
876، 884، 885، 888، 889، 896، 917، 918، 923 منه.

بعد الاستماع إلى السيد(ة) المقرر

في تلاوة تقريره(ها) المكتوب

الوقائع والإجراءات :

بتاريخ 02 / 12 / 2015 رفعت الشركة ذات المسؤولية المحدودة ابناء عموري للنقل ممثلة في شخص مسيرها والمباشرة الخصام بواسطة الاستاذ/ عمر سلامة دعوى ادارية القسم الاستعجالي ضد مديرية الخدمات الجامعية لولاية بسكرة ممثلة في شخص مديرها التمسست من خلالها أمر المدعي عليها الامتثال لالتزاماتها القانونية المضمنة بدفتر الشروط من خلال الغاء المنح المؤقت لفائدة المنافس طحكوت محي الدين للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم 02 م.خ.ج.ب/ 2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 والمعلن عنها بالجريدة اليومية الحياة بتاريخ 17 / 09 / 2015 والاعلان عن المنح المؤقت للصفقة المتعلقة بالحصصة رقم 01 للمدعية وتحميل المدعي عليها المصاريف القضائية .

مبررة دعواها أن المدعي عليها أعلنت مناقصة وطنية محدودة تحت رقم 02 / م.خ.ج.ب/ 2016 خاصة بالتكفل الجامعي للطلبة على شكل حصتين منفصلتين وتم نشر الاعلان بصحيفة الحياة اليومية بتاريخ 17 / 09 / 2015 وأن المدعية سحبت دفتر الشروط وشاركت بعروضها وتبين بعد فتح العروض التقنية والمالية بتاريخ 07 / 10 / 2015 أن المدعية قدمت أحسن وأقل عرض بالحصصة رقم 01 المتعلقة بالنقل الحضري (45 حافلة) وذلك باقتراح سعر فردي خارج الرسوم يقدر بمبلغ 9.500 دج وهو أقل عرض يؤهلها للحصول على الصفقة طبقا لنص المادة 18 من دفتر الشروط بينما قدم أحسن عرض متعامل منافس على الحصصة رقم 02 الا أن المدعية تفاجأت باعلان عن المنح المؤقت لصفقة شملت كلتا الحصتين للمتعامل المنافس اذ قامت المدعي عليها بدمج الحصتين خلافا لمقتضيات المادة 18 من دفتر الشروط .

وأن المدعية تقدمت بطعن معطل لدى لجنة الصفقات لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي بن .

عكون الا أن هذه الاخيرة رغم انتهاء الأجال لم تبلغ المدعية برأيها .

وذكرت أن منح الصفقة على هذا النحو من شأنه الاضرار بها ومن شأنه كذلك المساس بالمال العام اذ أن منح الحصصة رقم 01 بشكل غير قانوني للمتعامل المنافس من شأنه أن يكلف خزينة الدولة خسارة قدرها 25.682.460 دج سنويا وأن المدعية تستند في دعواها على أحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

أجاب المدعي عليها مديرية الخدمات الجامعية ببسكرة ممثلة في شخص مديرها والمباشرة الخصام بواسطة الاستاذ/ محمد رضا خان ملتمة : القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس .

مبررة ذلك أنه خلافا لما تزعمه المدعية فان المادة 18 نصت فيما يخص العرض التقني على حصتين وذلك لان كل حصصة تختلف عن الاخرى تقنيا من حيث عدد العمال والمراقبين أما بالنسبة للعرض المالي فان أقل عرض هو الاولي بالاختيار ونتيجة لذلك فان العرض المالي يشتمل على الحصتين معا لاختيار أحسن عرض وهذا طبقا للمادة المذكورة لذلك تم اختيار أحسن عرض مالي هو 206.399.232 دج وأن منح الصفقة تم بطريقة قانونية للحفاظ على المال العام وذلك لان العرض المالي لا يمكن تجزئته وهو ما يؤكد اختيار أحسن عرض من طرف المدعي عليها من العروض المقدمة لهذه الصفقة طبقا لدفتر الشروط وتطبيقا لقانون الصفقات العمومية وأن المدعية غير قادرة أصلا على تنفيذ الصفقة ويتضح ذلك جليا من خلال طلبها بمراجعة الاسعار لسنة 2015 رغم أنه كان أكثر من السعر المقترح الحالي بحيث كان خلال السنة المذكورة بمبلغ 11.470.00 دج .

وبعدها أن أصبحت القضية جاهزة للفصل أعد تقرير بشأنها ثم أحيل الملف الى محافظ الدولة الذي أتمس تطبيق القانون وبعدها وضعت القضية في المداولة لجلسة 14 / 12 / 2015 .

بعد الاطلاع على المواد: 13- 65- 800- 801- 815- 844 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

بعد الاستماع الى التقرير المكتوب من طرف السيدة/ الرئيس المقررة .
بعد تمكين الاطراف من ابداء ملاحظتهما.
بعد الاطلاع على أوراق الدعوى ومذكرات الاطراف.
بعد المداولة القانونية.

في الشكل/ حيث أن الدعوى جاءت مستوفية للشروط الشكلية المطلوبة قانونا وكذا لاحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية المتعلقة بالاستعجال في مادة ابرام العقود والصفقات لذلك تعين قبولها .

في الموضوع/ حيث يستفاد من معطيات القضية ومستنداتها أن موضوع المطالبة القضائية للمدعية يتمحور حول أمر المدعي عليها الامتثال لالتزاماتها القانونية المذكورة بدفتر الشروط من خلال الغاء المنح المؤقت لفائدة المنافس طحكوت محي الدين للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم 02 / 2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 والاعلان المؤقت للصفقة المتعلقة بالحصصة رقم 01 للمدعية وذلك للأسباب المذكورة في الوقائع اعلاه .

وحيث أن المدعي عليها دفعت برفض الدعوى لعدم التأسيس وذكرت أن منح الصفقة تم بطريقة قانونية وتم اختيار أحسن عرض مالي هو مبلغ 206.399.232 دج .

وحيث أن دعوى الحال تخص الطعن السابق للتعاقد وتعلق بالاشهار والمنافسة في مجال الصفقات العمومية وأن كل اخلال يخضع لرقابة القاضي الاداري الاستعجالي طبقا لنص المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

حيث الثابت من ملف القضية أن المدعي عليها مديرية الخدمات الجامعية بسكرة قامت باعلان عن مناقصة وطنية محدودة رقم 02 م.خ.ج.ب/ 2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة وأن هذه المناقصة حسب دفتر الشروط تشمل حصتين حصة رقم 01 النقل الحضري والحصصة رقم 02 النقل شبه الحضري وذكرت في الاعلان انه يمكن للعارضين المشاركة في حصة أو أكثر حسب مؤهلاتهم .

وحيث أنه حسب تقييم العروض التقنية الخاصة بالمناقصة المذكورة فان المدعية مؤهلة تقنيا في الحصتين حصة النقل الحضري وحصة النقل شبه الحضري بنقطة 02. 78 وأن كل حصة لها نقطة التأهيل الخاصة بها كما أن تقييم العروض المالية فان المدعية قدمت عرض مالي للحصصة رقم 01 النقل الحضري بمبلغ 120.042.000 دج وعرض مالي للحصصة رقم 02 النقل شبه الحضري بمبلغ 89.631.360 دج بينما الشركة المنافسة مؤسسة طحكوت محي الدين قدمت عرض مالي للحصصة رقم 01 النقل الحضري بمبلغ 145.124.460 دج وعرض مالي للحصصة رقم 02 النقل شبه الحضري بمبلغ 61.274.772 دج وبذلك فإن أحسن عرض مالي للحصصة رقم 01 النقل الحضري يكون للمدعية والحصصة رقم 02 يكون لمؤسسة طحكوت محي الدين لكن المدعي عليها قامت بالاعلان عن المنح المؤقت للصفقة لفائدة مؤسسة طحكوت محي الدين بجمع العرض المالي الحصة رقم 01 و 02 بمبلغ 206.399.232 دج .

وحيث أن المدعية طعنت في هذا الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة أمام لجنة الصفقات لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي لكن هذه الاخيرة رغم انتهاء الأجال لم تبلغ المدعية برأيها وحيث أن الجمع بين الحصتين من حيث العرض المالي مخالف لدفتر الشروط ولا يوجد ما يبرره ، فضلا عن ذلك أن فيه خسارة مالية للمصلحة المتعاقدة والخزينة العمومية بمبلغ 25.082.460 دج لذلك قررت المحكمة القضاء بالغاء الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 وأمر المدعي عليها بالامتثال لالتزاماتها القانونية وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقا لدفتر الشروط.
وحيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق المدعي عليها .

**** لهذه الأسباب ****

امرت المحكمة ابتدائيا علنيا حضوريا:

في الشكل / قبول الدعوى .

وفي الموضوع / القضاء بالغاء الاعلان عن المتح المؤقت للصفقة المتعلقة بالمناقصة رقم 102 /
2016 الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 .

و امر المدعى عليها بالامتثال لالتزاماتها وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة و فقا لدفتر
الشروط و تحميل المدعى عليها المصاريف القضائية.

هكذا صدر الحكم ولصحته امضاه كل من الرئيس المقرر وامين الضبط.

أمين الضبط

الرئيس (ة) المقرر

صفحة عمومية

القرار رقم 074854 المؤرخ في 2012/06/21

قضية ولاية البيض ضد (ا.م)

الموضوع: صفقة عمومية- استعجال في مادة العقود والصفقات-
إشهار- منافسة.
قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: المادة 946.

المبدأ: يجوز، قبل إبرام الصفقة العمومية، وليس بعد الإنجاز
والتسليم، إخطار المحكمة الإدارية، في حالة الإخلال بالتزامات
الإشهار أو المنافسة.

وعليه فإن مجلس الدولة

من حيث الشكل:

حيث أن الطلب استوفى أوضاعه القانونية وورد في آجاله مما يتعين
قبوله.

من حيث الموضوع:

حيث أن ولاية البيض استأنفت القرار الاستعجالي الصادر عن الغرفة
الإدارية لمجلس قضاء سعيدة المؤرخ في 2011/07/25 القاضي بإلزام
المدعى عليها باحترام بنود الصفقة المتضمنة لمبلغ (186.041.683 دج).

حيث تدفع المستأنفة أن القرار المعاد خرق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين
ما دام هناك اتفاق بين المتعاقدين على مبلغ 135457.294,00 دج علاوة

على ذلك فالمستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية بتخفيض المبلغ وقام بتنفيذ الأشغال وتم تسليمها مؤقتاً.

حيث تضيف المستأنفة أن قاضي الاستعجال غير مختص لكون القرار جاء خرقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت بدقة تدخل القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

حول الدفع بعدم اختصاص قاضي الاستعجال:
حيث أن النزاع الحالي يتعلق بالمطالبة بإلزام المدعى عليها (المستأنفة) باحترام بنود الصفقة.

حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة... الخ.

حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة، وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتاً.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصاً في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه.

حيث في هذه الحالة تبقى المصاريف على المستأنف عليه.

لهذه الأسباب

يقرر مجلس الدولة، حال فصله في القضايا الاستعجالية، عليا،
حضوريا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم
اختصاص قاضي الاستعجال.

تحميل المستأنف عليه المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ
الواحد والعشرين من شهر جوان سنة ألفين و اثني عشر من قبل الغرفة
الخامسة، المشكلة من السيدة والسادة:

الرئيس المقرر	بن عبيد الوردي
مستشارة الدولة	عمارة يمينة
مستشار الدولة	حمدان عبد القادر
مستشار الدولة	دالي الهادي

بحضور السيد قجور عبد الحميد، محافظ الدولة وبمساعدة السيدة
سعيد سعاد الدين، أمينة الضبط.

قائمة المراجع.

أولاً: الكتب.

أ) باللغة العربية.

- 1) إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.
- 2) أبوبكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 3) أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 4) النوي خرشي، الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- 5) إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في النزاع الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
- 6) براهمي فايزة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 7) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي، الجزائر، 2011.
- 8) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- 9) تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- 10) جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2015.
- 11) جورج شفيق ساري، القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 12) حمدي عطية مصطفى عمر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.
- 13) حمدي قبيلات، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
- 14) رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 15) ريم علي إحسان محمد الغداوي، وسائل إبرام العقود الإدارية وصورها، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2011.
- 16) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.
- 17) محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 18) محمد براهيم، القضاء المستعجل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 19) محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 20) محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

- 21) محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.
- 22) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- 23) مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 24) منصور محمد احمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 25) معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 1995.
- 26) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 27) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 28) مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
- 29) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012.
- 30) طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.

- 31) حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دار هومة للنشر الجزائر، 2011.
- 32) حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 33) حسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 34) عادل بوعمران، دروس في المنازعات الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 35) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 36) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008.
- 37) عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- 38) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 39) عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- 40) عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.

- 41) عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012.
- 42) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 43) عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 44) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 45) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 46) غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 47) فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 48) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 49) سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 50) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، 2005.

- 51) سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- 52) سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014.
- 53) يوسف دلاندة، طرق الطعن العادية وغير العادية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة أمام القضاء العادي والإداري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 54) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

ب) باللغة الفرنسية.

- 1) Bernard ASSO, Frédéric MONERA, Contentieux administrative, Studyrama, Paris, 2006.
- 2) Catherine BERGEAL, Frédéric LENIGA, Le contentieux des marchés public, Groupe Imprimerie Nationale Editions techniques, Paris, 2010.
- 3) Guillaume BERNARD, Marchés publics, Dominique Mabin, Paris, 2012.
- 4) Hugues LE BERRE, Droit du contentieux administratif, Ellipses édition, Paris, 2002.
- 5) Léon BERNARD KREPPER, Rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, CCI de région Paris Ile-de-France, 2013.
- 6) Jean François BRISSON, Les fondements juridiques du droit des marchés publics, Groupe imprimerie nationale édition techniques, Paris, 2004.
- 7) Olivier LE BOT, Le guide de référé administratif, Dalloz, Paris, 2014.

- 8) Daniel CHABANOL, Jean Pierre JOUGUELET, François BOURRACHOT, Le régime juridique des marchés publics, Edition le moniteur, Paris, 2005.
- 9) Daniel CHABANOL, cod de justice administrative, 5 édition, LE MONITEUR, Paris, 2012.
- 10) Claudine CHARDIGNY, Contrats et marchés, publics de defense, Edition bruylant, Bruxelles, 2013.
- 11) René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 10 édition, Montchrestien, Paris, 2000.
- 12) Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3 édition, Ancienne librairie fontemoing, Paris, 1928.
- 13) Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public général, 4 édition, Librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, Paris, 1900.
- 14) Aymeric HOURCAIC, Cécile FONTAINE, Passation des marchés publics, Editions du Moniteur, Paris, 2016.
- 15) Yves GAUDEMET, Traité de droit administrative, tom 1, 16 édition, L.G.D.J, Paris, 2001.
- 16) Yves GAUDEMET, Principaux contrats administratifs, 6 édition, LGDJ Manuels, Paris, 2015.
- 17) Emmanuelle GILLET, Lorenzi SEYDOU TRAORE, Droit administrative des biens, 1 édition, CNFPT, Paris, 2007.
- 18) Christophe GUETTIER, Droit des contrats administratif, 3 édition, Presses universitaires de France, 2011.
- 19) Olivier GUEZOU, Traité de contentieux de la commande publique, Editions du Moniteur, Paris, 2015.

- 20) Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, 3 édition, Gualino lextenso éditions, Paris, 2008.
- 21) Elise LANGELIER, L'office du juge administrative et le contrat administrative, L.G.D.J, Paris, 2012.
- 22) Andre DE LAUBADERE, Traite des contrats administratifs, Tome 1, 2 édition, L.G.D.J, Paris, 1983.
- 23) Paul LEWALLE, Le référé administratif, Edition Collection scientifique de la faculté de liège France, 1993.
- 24) François LICHERE, Droit des contrats publics, 2 édition, Dalloz, Paris, 2014.
- 25) Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, Droit administratif, 6 édition, Dalloz, Paris, 2005.
- 26) Jérôme MICHON, 100 questions dans les marches public, édition moniteur, Paris, 2004.
- 27) Bréchon MOULENES, Droit des marches publics, Edition Moniteur, Paris, 1999.
- 28) Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, 2 édition, L.G.D.J, Paris, 2010.
- 29) Rémi Rouquette, Petit Traité Du Procés Administratif, 5 édition, Dalloz, Paris, 2012.
- 30) Aldo SEVINO, Le mémento du référé précontractuel, ÉDITIONS EYROLLES, Paris, 2008.
- 31) Patricia Grelier WYCKOFF, Les mémento des marchés publics de travaux, 3 édition, EYROLLES, Paris, 2008.

ثانيا: المقالات.

ا) باللغة العربية.

- 1) الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية للمنافسة في لصفقات الدولة، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الطبعة الأولى، 2008، عدد 79.
- 2) بروك حليلة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة الفكر، عدد 11، 2011، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 3) بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الخامس، العدد الأول، 2012، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- 4) بن بوزيد دغبار نورة، منازعات الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، جوان 2016، جامعة قاصدي مرباح ورقلة.
- 5) حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، 2012، جامعة ورقلة.
- 6) زواوي عباس، الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل القانون 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 31/30، ماي 2013، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- 7) محمد سعيد غندور، عمار مرشحة، دعوى القضاء المستعجل الموضوعي السابق للتعاقد في فرنسا، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد 20، العدد الأول - أ، 2013، جامعة دمشق.

8) فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، جامعة محمد خيضر بسكرة.

ب) باللغة الفرنسية.

1) François BRENET, Irrecevabilité du référé précontractuel de l'attributaire du contrat, Droit Administratif, Revue mensuelle, Lexisnexus, Jurisclasseur, n° 3, Mars 2012.

2) Maeva GUILLERM, Référé précontractuels : quel tribunal administratif territorialement compétent?, Contrats Publics – n° 163 - mars 2016.

3) Marie-Hélène Pachen-LEFEVRE, La publicité préalable dans le nouveau décret « marchés publics », Contrats Publics – n° 165 - mai 2016.

4) Vandermeeren RENAUD, Le référé administrative précontractuel, A.J.D.A, juillet-aout 1994, n° spécial.

ثالثا: المداخلات.

1) بودريوة عبد الكريم، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09 – 10 مارس 2011.

2) بوكيحل ليلي، بوسالم دنيا، دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09 – 10 مارس 2011.

3) نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، 29 ماي 2013.

- 4) عثمان بوشكيوة، إستعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع في قضاء الاستعجال الإداري، جامعة الوادي، 09 – 10 مارس 2011.
- 5) سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، 29 ماي 2013.

رابعاً: رسائل الدكتوراه.

- 1) Julien PIASECKI, L'office du juge administratif des référés, Thèse de Doctorat de Droit public, UNIVERSITE DU SUD –TOULON VAR FACULTE DE DROIT DE TOULON, Présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2008.
- 2) Catherine PREBISSY-SHNALL, La pénalisation du droit des marchés publics, Thèse de doctorat Université Paris-X Nanterre, 2001, publiée, Edition LGDJ, 2002.
- 3) Laura PREUD'HOMME, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, Thèse de doctorat en droit public, L'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, présentée et soutenue publiquement le mercredi 23 octobre 2013.

خامساً: مواقع الانترنت.

- 1) فاروق حجي مصطفى، مفهوم الصفقة في لغة الشرع والسياسة، موقع الأوان، www.Alawan.Org، 2008، تاريخ الاطلاع 2018/02/06.
- 2) Cyrille BARDON, Yann SIMONNET, Le référé contractuel – Premières précisions jurisprudentielles, http://www.bf2a-avocats.fr/doc/2010_11_rda1.pdf. 2018/01/14

- 3) Emmanuel CAMUS, Articulation entre référé contractuel et précontractuel, <http://marches-publics.legibase.fr/actualites/veille-juridique/articulation-entre-refere-contractuel-et-78335>, 2018/01/14 .
- 4) DAJ, Les pouvoirs adjudicateurs et Les entités adjudicatrices, Espace marchés publics, <https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-20162018>, 02/02.
- 5) Amadis FRIBOULET, Le pouvoir d'injonction du juge administratif, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/11/le-pouvoir-dinjonction-du-juge-administratif/2018/02/03>,
- 6) Florian LINDITCH, Référé contractuel: l'absence d'avis d'intention de conclure ne saurait entraîner l'annulation du marché, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°10, 7 Mars 2011, <http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-administrations-collectivites-territoriales2018/01/14> .
- 7) Valérie MARTEL, Pouvoir d'injonction du juge administrative, http://fdv-srv.univ-lyon3.fr/moodle//file.php/1/FPV2/Droit_processuel/Procedures_contentieuses_et_administratives/le_pouvoir_d_injonction_du_juge_administratif.pdf .2018/02/03,
- 8) Alain MENEMIS, L'articulation entre le référé précontractuel et le référé contractuel, <https://www.village-stice.com/articles/Nouvelles-precisions-sur,6628.html>, 2013/05/21.
- 9) [Http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Regie-interessee.htm](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Regie-interessee.htm). 2018/01/31
- 10) [Http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delai-refere-precontractuel.htm](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-410832-delai-refere-precontractuel.htm). 2017/12/05.

11) [Http://www.marche-public.fr/Marches-publics/.../Refere-precontractuel.htm](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/.../Refere-precontractuel.htm) 2017/12/15.

12) [Http://www.marche-public.fr/Marches-publics/.../Refere-precontractuel.htm](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/.../Refere-precontractuel.htm) 2017/12/15.

سادسا: النصوص القانونية.

- 1) الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم.
- 2) القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 1998/06/01، المعدل والمتمم.
- 3) القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 39، الصادرة بتاريخ 1998/06/07.
- 4) الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 47، الصادرة بتاريخ 1966/06/09، المعدل والمتمم.
- 5) الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 52، الصادرة بتاريخ 1967/06/27.
- 6) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30، المعدل والمتمم.
- 7) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 20 افريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 17، الصادرة بتاريخ 1990/04/25.

- 8) الامر رقم 96-13 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 1996/06/16.
- 9) الأمر 96-31 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 85، الصادرة بتاريخ 1996/12/31.
- 10) القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الادارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 1998/06/01.
- 11) الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 43، الصادرة بتاريخ 2003/07/20.
- 12) القانون 05-16 بتاريخ 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 85، الصادرة بتاريخ 2005/12/31.
- 13) القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 14، الصادرة بتاريخ 2006/03/08.
- 14) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.
- 15) القانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان 2008 يعدل ويتمم الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 36، الصادرة بتاريخ 2008/07/02.
- الأمر 09-01 بتاريخ 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 44، الصادرة بتاريخ 2009/07/26.
- 16) القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 37، الصادرة بتاريخ 2011/07/03.

17) القانون رقم 07-12 المؤرخ في 12 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 12، الصادرة بتاريخ 2012/02/29.

1) Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JOUE n° L 395 du 30/12/1989.

2) Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOUE L76 du 23 mars 1992.

3) Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE L 335 du 20 décembre 2007.

1) Constitution Française du 4 octobre 1958, modifiée le 23 juillet 2008 par la réforme de modernisation des institutions de la Ve République (1), JORF n°0171 du 24 juillet 2008.

b) Les lois.

1) Loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Signature 16/08/1790.

2) Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux. JORF n°5 du 7 janvier 1992.

3) Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, JORF n°33 du 8 février 1992.

4) Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (1), JORF n°169 du 23 juillet 1992.

5) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JORF n°25 du 30 janvier 1993.

6) Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JORF n°1 du 1 janvier 1994.

7) Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n° 34 du 9 février 1995.

8) Loi no 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (1), JORF n°288 du 12 décembre 2001.

c) Les ordonnances.

1) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004.

2) Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF n°131 du 7 juin 2005.

3) Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JORF n°0107 du 8 mai 2009.

4) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015.

المراسيم الرئاسية.

1) المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 52، الصادرة بتاريخ 2002/07/28.

2) المرسوم الرئاسي 03-303 المؤرخ في 14 سبتمبر 2003 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 55، الصادرة بتاريخ 2003/11/11.

3) المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 62، الصادرة بتاريخ 2008/11/09.

4) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، ج.ر.ج.د.ش، عدد 58، الصادرة بتاريخ 2010/10/07.

5) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الموفق العام، ج.ر.ج.د.ش، عدد 50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20.

المراسيم التنفيذية.

1) للمرسوم التنفيذي رقم 93-289 المؤرخ في 28/11/1993، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، ج.ر.ج.د.ش، عدد 79، الصادرة بتاريخ 01/12/1993، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-110، المؤرخ في 06/03/2011، ج.ر.ج.د.ش، عدد 15، الصادرة بتاريخ 09/03/2011.

2) المرسوم التنفيذي 95-54 بتاريخ 15 فيفري 1995 الذي يحدد صلاحيات وزير المالية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 15، الصادرة بتاريخ 19/03/1995.

Les décrets.

1) Décret n° 92-946 du 7 septembre 1992 modifiant le décret no 91-202 du 25 février 1991 fixant au titre des années 1990, 1991 et 1992 les modalités d'accès des maîtres contractuels et agréés des établissements d'enseignement privés sous contrat, assimilés pour leur rémunération aux instituteurs, à l'échelle de rémunération des professeurs des écoles, JORF n°209 du 9 septembre 1992.

2) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics a été publié au JORF n°0074 du 27 mars 2016.

القرارات الوزارية.

1) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جويلية 2005، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على عقود التموين والربط بالغاز والكهرباء، ج.ر.ج.د.ش، عدد 65، الصادرة بتاريخ 21/09/2005.

- 2) قرار وزاري مؤرخ في 23 سبتمبر 2008 المتضمن الموافقة على قائمة النشاطات المتعلقة بالدراسات والهندسة في قطاع الأشغال العمومية الخاضعة للإعتماد، ج.ر.ج.د.ش، عدد 71، الصادرة بتاريخ 2008/12/17.
- 3) قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 17، الصادرة بتاريخ 2016/03/16.
- ي) التعليلة رقم 842/943، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية والمحلية وتأجيرها.

الفهرس.

الصفحة	العنوان
/	الإهداء.
/	كلمة شكر.
/	قائمة المختصرات
01	مقدمة.
12	الباب الأول: الأحكام العامة لقضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
13	الفصل الأول: ماهية قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
13	المبحث الأول: قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
13	المطلب الأول: مفهوم قضاء الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
14	الفرع الأول: مفهوم القضاء الاستعجالي.
14	أولا: تعريف القضاء الاستعجالي.
15	ثانيا: شروط اختصاص القضاء الاستعجالي.
15	1) الاستعجال.
16	2) عدم المساس بأصل الحق.
17	الفرع الثاني: مفهوم العقود والصفقات العمومية.
17	أولا: العقد الإداري.

17	1) تعريف العقد الإداري.
18	2) عناصر العقد الإداري.
18	ا) وجود الإدارة طرفا في العقد.
19	ب) اتصال العقد الإداري بنشاط المرفق العام.
19	ج) تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
20	ثانيا: الصفقات العمومية.
20	1) تعريف الصفقات العمومية.
23	2) تمييز الصفقات العمومية عن غيرها من العقود.
23	ا) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية.
25	ب) التمييز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية.
26	ج) التمييز بين الصفقات العمومية وعقد العمل.
27	ثالثا: جمع المصطلحين وتركيبهما.
28	المطلب الثاني: أصل نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
28	الفرع الأول: نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد وتبنيه في فرنسا.
29	أولا: نشأة قضاء الاستعجال قبل التعاقد.
30	ثانيا: تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في فرنسا.
33	الفرع الثاني: تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في الجزائر ومبررات ذلك.
34	أولا: تبني قضاء الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.

35	ثانيا: مبررات تبني القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
38	المبحث الثاني: دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
38	المطلب الأول: مفهوم دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
38	الفرع الأول: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد وبيان خصائصها.
38	أولا: تعريف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
40	ثانيا: خصائص دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
40	1) دعوى قضائية قبل تعاقدية تقنية وقائية.
41	2) دعوى قضاء الاستعجال الإداري.
41	3) دعوى قضائية تصحيحية.
41	4) دعوى استعجال موضوعي.
42	5) دعوى تنتمي الى القضاء الكامل.
44	6) أن القاضي الاستعجالي يتمتع فيها برقابة مزدوجة.
44	7) بيان ووضوح أطرافها وحالات رفعها.
45	الفرع الثاني: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بالدعاوي الأخرى.
45	أولا: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بدعوى الاستعجال التعاقدية.
45	1) من حيث ميعاد رفع الدعوى.
49	2) من حيث طبيعة الاختيار.
52	ثانيا: علاقة دعوى الاستعجال قبل التعاقد بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.

52	1) تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية.
54	2) الأشخاص المؤهلون قانونا لممارسة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة.
54	أ) الغير.
55	ب) المتعامل المتعاقد.
59	المطلب الثاني: نطاق تطبيق دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية.
59	الفرع الاول: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
59	أولا: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بنص القانون.
67	ثانيا: العقود التي تخرج عن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد بقرار قضائي
70	الفرع الثاني: العقود التي تدخل ضمن نطاق دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
70	أولا: عقود الصفقات العمومية.
71	1) عقد الأشغال العامة.
76	2) عقد اقتناء اللوازم.
78	3) عقد تقديم الخدمات.
79	4) عقد إنجاز الدراسات.
81	ثانيا: تفويض مرفق عام.
81	1) تعريف تفويض المرفق العام.
86	2) أشكال تفويض المرفق العام.
86	أ) امتياز المرفق العام.

90	ب) عقد إيجار المرفق العام.
91	ج) الوكالة المحفزة.
92	د) التسيير.
94	هـ) عقد مشاطرة الاستغلال.
95	3) إجراءات تفويض المرفق العام.
100	الفصل الثاني: حالات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
100	المبحث الأول: حالة الإخلال بقواعد العلانية التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية.
100	المطلب الأول: تكريس مبدأ الإعلان في مجال الصفقات العمومية.
101	الفرع الأول: مفهوم مبدأ الإعلان في تنظيم الصفقات العمومية.
101	أولاً: تعريف الإعلان في مجال الصفقات العمومية.
102	ثانياً: أهمية الإعلان في مجال الصفقات العمومية والأثر المترتب على تخلفه.
105	الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية ومضمونه.
105	أولاً: الأساس القانوني لمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية.
106	1) الأساس القانوني لمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الفرنسي.
110	2) الأساس القانوني لمبدأ الإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الجزائري.
116	ثانياً: مضمون الإعلان عن الصفقات العمومية.
116	1) مضمون الإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الفرنسي.
118	2) مضمون الإعلان عن الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

119	الفرع الثاني: وسائل نشر الإعلان عن الصفقات العمومية ومدته القانونية.
119	أولاً: الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية.
119	1) الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية في فرنسا.
122	2) الوسائل القانونية لنشر الإعلان عن الصفقات العمومية في الجزائر.
124	ثانياً: المدة القانونية للإعلان عن الصفقات العمومية.
124	1) المدة القانونية للإعلان عن الصفقات العمومية في فرنسا.
128	2) المدة القانونية للإعلان عن الصفقات العمومية في الجزائر.
130	المبحث الثاني: حالة الإخلال بقواعد المنافسة وانتهاك مبدأ المساواة في عملية إبرام الصفقات العمومية.
130	المطلب الأول: تكريس مبدأي حرية المنافسة والمساواة في مجال الصفقات العمومية.
130	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة والمساواة في مجال الصفقات العمومية
131	أولاً: تعريف مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.
133	ثانياً: تعريف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.
136	الفرع الثاني: العلاقة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية والموازنة بينهما.
136	أولاً: العلاقة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية.
139	ثانياً: الموازنة بين حريتي المنافسة والتعاقد في مجال الصفقات العمومية.
141	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.
141	الفرع الأول: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في

	القانون الفرنسي.
141	أولاً: الإقصاء لأسباب قانونية.
145	ثانياً: الإقصاء لشروط تفرضها السلطة المتعاقدة.
146	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري.
146	أولاً: الإقصاء لأسباب قانونية.
146	1) الإقصاء المؤقت.
147	أ) حالات الإقصاء المؤقت التلقائي.
148	ب) حالات الإقصاء المؤقت بموجب مقرر.
149	2) الإقصاء النهائي.
149	أ) حالات الإقصاء النهائي التلقائي.
150	ب) حالات الإقصاء النهائي بمقرر.
150	ثانياً: الإقصاء لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة.
151	1) السلطة التقديرية للإدارة في طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
152	2) السلطة التقديرية للإدارة في طلب العروض المحدود.
153	الباب الثاني: أحكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد والفصل فيها.
154	الفصل الأول: أحكام تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
154	المبحث الأول: إطراف دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
154	المطلب الأول: المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

155	الفرع الأول: المدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
155	أولاً: الأساس القانوني للمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
156	ثانياً: المقصود بالمدعي بحكم المصلحة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
159	الفرع الثاني: المدعي بحكم القانون.
160	أولاً: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف المحافظ في فرنسا.
163	ثانياً: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف الدولة.
165	ثالثاً: تحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية.
166	المطلب الثاني: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
166	الفرع الأول: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.
166	1) السلطات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
167	2) الكيانات المتعاقدة كمدعى عليها في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
168	الفرع الثاني: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
169	أولاً: المدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد شخص من أشخاص القانون العام.
169	1) الدولة كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
171	2) الجماعات الإقليمية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
172	أ) الولاية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
176	ب) البلدية كطرف مدعى عليه في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
179	3) المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
182	ثانياً: المدعى عليه شخص من أشخاص القانون الخاص في دعوى الاستعجال قبل

	التعاقد.
182	1) امتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.
183	2) شروط امتداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأشخاص القانون الخاص.
184	ا) أن تكون المؤسسة الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري مؤسسة عمومية.
184	ب) أن يكون للمال العام دور في تمويل الصفقة.
185	المبحث الثاني: قبول دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
185	المطلب الأول: شروط ممارسة دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
185	الفرع الأول: الشروط الموضوعية.
185	أولاً: الصفة.
188	ثانياً: المصلحة.
190	ثالثاً: الضرر.
194	رابعاً: الاستعجال.
195	خامساً: عدم المساس بأصل الحق.
196	الفرع الثاني: الشروط الشكلية.
196	أولاً: شرط القرار الإداري المسبق (الشرط المهجور).
204	ثانياً: ميعاد رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
204	1) إثارة الدعوى قبل إبرام العقد.
219	2) النتائج المترتبة على عدم رفع الدعوى قبل إبرام العقد.

220	المطلب الثاني: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد وإشكالاتها.
220	الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
220	أولاً: عرضة افتتاح الدعوى.
221	(1) الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
221	(2) أسماء وألقاب وموطن الأطراف.
222	(3) عرض الوقائع وذكر الطلبات.
223	ثانياً: إيداع العرضة وقيدها ودفع الرسوم القضائية.
224	ثالثاً: التكليف بالحضور.
227	الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بدعوى الاستعجال قبل التعاقد.
227	أولاً: صفة المدعي رافع الدعوى.
231	ثانياً: أسباب الطعن.
232	ثالثاً: تصادم الإجراءات الموازية.
233	(1) التظلم أمام لجان الصفقات العمومية.
234	(2) الطعن أمام مجلس المنافسة.
236	(3) في إطار تطبيق قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.
239	رابعاً: إمكانية تنفيذ العقد قبل إبرامه.
241	الفصل الثاني: الفصل في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
241	المبحث الأول: سلطات القاضي الإداري في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
241	المطلب الأول: سلطة الأمر.

242	الفرع الأول: مفهوم الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.
242	أولاً: تعريف الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.
247	ثانياً: شروط الأمر القضائي الموجه إلى الإدارة.
247	(1) ضرورة طلب صاحب الشأن.
247	(2) ضرورة إن يتطلب تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار اتخاذ الإدارة تدبيراً معيناً.
248	(3) لزوم الأمر لتنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر.
248	الفرع الثاني: الأوامر القضائية الموجهة للإدارة في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
248	أولاً: أمر الإدارة بالامتنال لالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والوضع في المنافسة.
252	ثانياً: الأمر بوقف إبرام العقد ووقف تنفيذ كل قرار يتصل به.
256	ثالثاً: سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وإبطال بعض الشروط التعسفية.
261	المطلب الثاني: سلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.
261	الفرع الأول: مفهوم الغرامة التهديدية.
261	أولاً: تعريف الغرامة التهديدية.
264	ثانياً: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية.
264	(1) الغرامة التهديدية وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني.
265	(2) الغرامة التهديدية وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء.
266	ثالثاً: شروط توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.
266	(1) وجود الحكم أو الأمر القضائي صادر عن إحدى جهات القضاء الإداري.
266	(2) وجوب أن يتطلب تنفيذ الحكم اتخاذ الإدارة تدبيراً معيناً.

267	3) قابلية الحكم للتنفيذ.
268	4) أن يكون الحكم نهائي وممهور بالصيغة التنفيذية.
268	5) تبليغ الإدارة بالحكم الصادر ضدها بالغرامة التهديدية.
268	6) عدم وجود حكم أو قرار قضائي يوقف التنفيذ.
269	7) إمتناع الإدارة عن التنفيذ.
269	8) طلب صاحب الشأن.
270	الفرع الثاني: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
270	أولاً: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.
273	ثانياً: نطاق تطبيق الغرامة التهديدية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
275	المبحث الثاني: الحكم في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
275	المطلب الأول: قواعد الاختصاص في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
275	الفرع الأول: الاختصاص النوعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
275	أولاً: الاختصاص النوعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.
276	ثانياً: الاختصاص النوعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
278	1) الاتجاه القائل باختصاص القضاء العادي على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.
278	أ) قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الخاص.

279	ب) قيام جهة القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الإداري.
280	2) الاتجاه القائل باختصاص القضاء الإداري على المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري.
280	ا) اختصاص القضاء الإداري على أساس المعيار الموضوعي.
281	ب) اختصاص القضاء الإداري على أساس معيار الوكالة أو التفويض.
282	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
283	أولاً: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الفرنسي.
288	ثانياً: الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في دعوى الاستعجال قبل التعاقد في القانون الجزائري.
289	1) الاستثناء المتعلق بمادة الأشغال العمومية.
290	2) الاستثناء المتعلق بمادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها.
291	3) الاستثناء المتعلق بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.
292	المطلب الثاني: الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
292	الفرع الأول: طبيعة الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
292	أولاً: سير دعوى الاستعجال قبل التعاقد قبل صدور الأمر.
301	ثانياً: ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد ومدى حجيته.
301	1) ميعاد صدور الأمر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
302	2) مدى حجية الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

304	الفرع الثاني: الطعن في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
304	أولاً: الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
305	ثانياً: الطعن بالمعارضة في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
306	ثالثاً: الطعن بالنقض في الأمر الصادر في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.
309	الخاتمة.
314	الملاحق.
315	قائمة المراجع.
334	الفهرس.

الملخص.

إن الاستعجال ما قبل التعاقد إجراء ذو أصل تشريعي أوروبي, تبناه المشرع الفرنسي بموجب قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية وكذا قانون القضاء الإداري, ونظمه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية, يتم تحريكه في حالة الإخلال بالتزامات الإعلان والوضع في المنافسة التي تخضع لها العقود والصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة, وذلك قبل إبرام العقد, حتى يتسنى لقاضي الاستعجال استعمال سلطاته المتمثلة في سلطة الأمر وسلطة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة المخلة بالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والوضع في المنافسة.

الكلمات المفتاحية.

الاستعجال ما قبل التعاقد - العلانية - الوضع في المنافسة - العقود - الصفقات العمومية - سلطة الأمر - توقيع الغرامة التهديدية.

Résumé.

Le référé précontractuel est une procédure d'origine législative européenne adoptée par le législateur français en vertu du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, ainsi que de la code de justice administrative, et par le législateur algérien en vertu du code de procédure civile et administrative, le contractant peut dans le cas du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence des contrats et marchés publics, Saisir le juge des référés, avant la conclusion du contrat, Le juge des référés peut utiliser ses pouvoirs d'injonction et d'astreinte, contre l'administration qui viole les obligations de publicité et de mise en concurrence.

les mots clés.

Le référé précontractuel - publicité - mise en concurrence - les contrats - marchés publics - l'injonction - l'astreinte.

Abstract.

The pre-contractual summary is a procedure of European legislative origin adopted by the French legislator under the Code of Administrative Courts and Administrative Courts of Appeal, as well as the Code of Administrative Justice, and by the Algerian legislator under the Code of civil procedure and administrative procedure, the contractor may, in the case of failure to fulfill the obligations of publicity and the call for competition of contracts and public contracts, before the conclusion of the contract, the judge of interim measures may use his powers of injunction and of penalty, against the administration which violates the obligations of publicity and putting in competition.

keywords.

The pre-contractual summary - the publicity - the call for competition - contracts - public contracts - the injunction - the penalty.