

جامعة محمد خيضر - بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



دور القضاء الإداري الإستعجالي ما قبل
التعاقد
في حماية مبدأ حرية المنافسة
في مجال الصفقات العمومية

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون إداري

تحت إشراف الأستاذ :
عزري الزين

من إعداد الطالب :
عبيد عقبة

الموسم الجامعي: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ

الرَّحْمَانِ

الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى روح والدتي رحمها الله

إلى والدي أطال الله في عمره

إلى أفراد العائلة

إلى أصدقائي في المنظمة الجزائرية لحماية

و إرشاد المستهلك و محيطه

و إهداء خاص

إلى أولادي الأعزاء

و إلى رفيقة الدرب

و السند في الصعاب

الزوجة العزيزة

التشكرات

الحمد لله تعالى الذي أعانني على إتمام هذه الدراسة

و الشكر و الامتتان لكلية الحقوق و العلوم السياسية أساتذة
و طاقما إداريا و عمالا على ما يبذلونه في سبيل رفع راية
العلم .

و الشكر و العرفان للأستاذ الدكتور عزري الزين الذي
تشرفت به أستاذا و قد أتم كرمه بأن كان المشرف على هذا
العمل و الموجه و المصوب جعل الله ذلك في ميزان
حسناته .

و الشكر و التقدير لكل من مد لنا يد العون لإنجاز هذه
المذكرة .

عرفت الجزائر منذ الاستقلال عدة نصوص قانونية نظمت مجال الصفقات العمومية، و قد خضع هذا النظام إلى عدة تعديلات من مرحلة إلى أخرى مسايرة للظروف الاقتصادية و السياسية ، و مع تنامي أهمية الاستثمارات التي تضخها الدولة في سبيل مشاريع التنمية ، ازداد الاهتمام بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية و قد ساهم التوجه الدولي نحو فتح مجال الإستثمار في إطار إحترام مبدأ المنافسة في سعي الجزائر إلى تحيين تشريعاتها و خاصة منها المتعلق بالصفقات العمومية مع التوجه الدولي العام نحو تشجيع حرية المنافسة و محاربة الفساد .

و تبرز أهمية الصفقات العمومية من حيث اعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية ، وهي الوسيلة الأساسية لتجسيد الميداني للاستثمارات و المشاريع العمومية و نظرا لإرتباطها بالمال العام فان الصفقات العمومية تخضع لمبادئ لعل من أهمها الشفافية ، المساواة و حرية المنافسة .

و لضمان تحقيق هذه المبادئ و في مقدمتها مبدأ حرية المنافسة ، فقد خص المشرع الصفقات العمومية بنظام قانوني متكامل يشمل جميع مراحل الصفقات العمومية ابتداء من إجراءات الإبرام و التنفيذ و الرقابة و انتهاء بالمنازعات الناشئة عنها .

و تنقسم الرقابة على الصفقات العمومية إلى عدة أنواع تتمثل في :

- الرقابة الإدارية الداخلية
- الرقابة الإدارية الخارجية
- الرقابة المالية
- الرقابة القضائية

و يعد القضاء الاداري آلية من آليات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بشكل عام و على الصفقات العمومية بشكل خاص ، بحيث يراقب تجاوز السلطة من طرف الهيئات الإدارية و يراقب الممارسة الحرة للحقوق و الحريات العامة و لا سيما حرية المنافسة و الاستثمار .

و في هذا الصدد ، جاء إستحداث الاستعجال ما قبل التعاقد في قانون الاجراءات المدنية و الادارية لسنة 2008 و الذي منح المكنة القانونية للقضاء الاداري من مراقبة الصفقات العمومية في مرحلة الابرام و هو تطور نوعي يهدف بشكل أساسي إلى حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية من جهة و من جهة أخرى الوقاية من الفساد . و يتعدى دور القضاء الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية من كونه يفصل في المسائل المستعجلة ، بحيث أنه يحقق ضمانة إضافية على تكريس حرية المنافسة في الصفقات العمومية من جهة و من جهة أخرى فهو يضفي الشفافية على اجراءات ابرام الصفقات العمومية .

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية هذه الدراسة في مظهرين :

الأهمية العلمية :

تبرز أهمية الموضوع من هذه الناحية في النقاط التالية :

- (1) إرتباطه بمبدأ يعد من أهم مبادئ القضاء الإداري و هو مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة و حلوله محلها فالأدوات القانونية التي منحها المشرع الجزائري و قبله المشرع الفرنسي للقاضي في مجال منازعات الصفقات العمومية قبل إبرامها تعد تطورا كبيرا و تجاوزا للمحظورات مما يضفي أهمية بالغة لموضوع الدراسة .
- (2) كما تظهر أهمية الدراسة من كونه يطرح بعض الإشكاليات المتعلقة بمنازعات الصفقات العمومية خاصة فيما يتعلق بمسألة الإختصاص النوعي و إشكالية الآجال القانونية .
- (3) تظهر أهمية هذا الموضوع أيضا في إبراز المقاربة التي تبناها المشرع الجزائري في معالجة هذا الموضوع مقارنة بنظيره الفرنسي و محاولة المقارنة بينهما وصولا إلى تحديد الاختلافات بينهما .
- (4) كما تظهر أهمية الدراسة نظرا لقلّة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع في الجزائر لذا نرجو أن نكون من خلال هذه الدراسة قد أضفنا الجديد .

الأهمية العملية :

تبرز أهمية الموضوع من الناحية العملية في ما يلي :

- (1) تزايد عدد التجاوزات المسجلة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية خاصة ما تعلق منها بخرق الإدارة لالتزاماتها في مجال حرية المنافسة .
- (2) تبرز أهمية الدراسة في تحديد سلطات القاضي الإداري بشكل دقيق و واضح تقاديا لأي طعن في اختصاصاته أو سلطاته .
- (3) كما تبرز أهمية الموضوع في أن هذا المنحى الذي تبناه المشرع الجزائري يوفر ضمانات لأعوان الإدارة من شبهة الفساد باعتبار أن المشرع إعترف بإمكانية وقوع الإدارة في الخطأ في التقدير و وضع لذلك عدة وجوه للطعن من بينها القضاء الإداري الإستعجالي

أسباب إختيار الموضوع :

الأسباب التي دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع تنقسم بدورها إلى صنفين ، أسباب ذاتية متعلقة برغبة ذاتية في التعمق في هذا الموضوع في ظل تعدد القضايا المطروحة أمام العدالة بسبب المسائل المتعلقة بمنازعات مرحلة ما قبل إبرام الصفقات العمومية .

و أسباب موضوعية تتمثل بشكل أساسي في أن موضوع الاستعجال ما قبل التعاقد لا يزال موضوعا حديثا بالنسبة للفقهاء و القضاء و هو حري بالدراسة و البحث .

إشكالية الموضوع :

يمكن صياغة إشكالية الدراسة على النحو التالي :

ما هي الأدوات القانونية التي منحها المشرع الجزائري للقاضي الإداري لضمان حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ؟

و تندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية و هي :

(1) كيف عالج المشرع إمتداد حرية المنافسة إلى للصفقات العمومية ؟

(2) ما هي طبيعة و ظروف نشأة الاستعجال ما قبل التعاقد ؟

(3) فيما تتمثل الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية ؟

4) ما هي سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية ؟

أهداف الدراسة :

من منطلق الإشكالية السابقة حولنا الوصول من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من الأهداف نوجزها كما يلي :

- 1) بيان الطبيعة القانونية للصفقات العمومية و الخصوصية التي تميزها عن باقي العقود الإدارية و الضوابط القانونية الصارمة التي وضعها المشرع لإبرامها و الرقابة عليها .
- 2) بيان أهمية حرية المنافسة كضمانة أساسية لشفافية عملية إبرام الصفقات العمومية .
- 3) بيان أسباب تبني المشرع الجزائري للمنحى الذي سار عليه المشرع الفرنسي في مجال منازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام .
- 4) معرفة الوسائل و الإجراءات القانونية الجديدة التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مجال الإستعجال .
- 5) بيان الوسائل القانونية التي منحها المشرع الجزائري للقضاء الإداري في الإستعجال المستحدث بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و مقارنتها بمثيلاتها في التشريع الفرنسي .

صعوبة الدراسة :

لقد واجهتنا في إطار إعداد هذا البحث عدة صعوبات لعل من أهمها :

- 1) قلة المراجع القانونية الجزائرية المتخصصة في مجال القضاء الإداري الاستعجالي بشكل عام و في الاستعجال ما قبل التعاقد بشكل خاص ، الشيء الذي شكل صعوبة في الحصول على المعلومة الموثوقة مما دفعنا إلى الاستعانة بشكل معتبر بالمقالات و المداخلات القانونية التي تناولت هذا الموضوع .
- 2) عدم توفر القرارات القضائية و المحاكم الإدارية و صعوبة الحصول على قرارات مجلس الدولة الجزائري .

منهج الدراسة :

لوصول إلى هذه الأهداف اتبعنا في هذه الدراسة منهجا علميا يناسب الموضوع و هو المنهج التحليلي بشكل أساسي من خلال حصر النصوص القانونية و القرارات القضائية ذات الصلة و العمل على تحليلها على ضوء ما توفر لدينا من مادة علمية . و نظرا لكون المشرع و القضاء الفرنسي كانا سابقين في تبني الاستعجال ما قبل التعاقدى فقد اعتمدنا على المنهج المقارن في بعض المحطات من هذه الدراسة و الهدف من ذلك هو الوقوف على أي غموض أو قصور لا يمكن إكتشافه إلا من خلال الدراسة المقارنة .

خطة البحث :

من أجل الإحاطة بجزئيات هذه الدراسة ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين و مبحث تمهيدي ، فتناولنا في المبحث التمهيدي المفاهيم الأساسية المتعلقة بالصفقات العمومية و حرية المنافسة ذلك أنه لا يمكن الخوض في موضوع منازعات الصفقات العمومية المتعلقة بانتهاك مبدأ حرية المنافسة دون التوقف عند هاذين المفهومين . و الفصل الأول قسمناه إلى مبحثين تناولنا في الأول ظروف نشأة الإستعجال ما قبل التعاقدى في فرنسا و الجزائر و في المبحث الثاني الإشكالات القانونية المتعلقة بالاختصاص النوعي في مجال منازعات الصفقات العمومية . أما الفصل الثاني فقسمناه بدوره إلى مبحثين خصصنا الأول لشروط الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية أم المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى سلطات القاضي الإداري في هذه الدعوى .

المبحث التمهيدي : تكريس حرية المنافسة في الصفقات العمومية

إن حرية المنافسة من الحريات العامة التي يجب احترامها تحقيقاً لدولة الحق و القانون و قد تدخل المشرع الجزائري ليضع الآليات القانونية لحامية هذا الحق خاصة في ميدان الصفقات العمومية.

و تستلزم دراسة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية تحديد المفاهيم الأساسية و توضيح مفهوم الصفقات العمومية و علاقة حرية المنافسة بها و هو ما سنسعى إلى توضيحه في هذا المبحث التمهيدي من خلال مطلبين نخصص الأول لتوضيح النظام القانوني للصفقات العمومية و الثاني لتبيان ماهية مبدأ حرية المنافسة.

المطلب الأول: النظام القانوني للصفقات العمومية.

تتطلب دراسة النظام القانوني للصفقات العمومية تناول عدة مسائل متعلقة بها ابتداء من مفهومها و انتهاء بالمنازعات المترتبة عنها ، غير أننا في هذه الدراسة سنركز على الجوانب التي تهتمنا في الموضوع وهي التعريف التشريعي للصفقات العمومية (الفرع الأول) و طرق الإبرام (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: التعريف التشريعي للصفقات العمومية.

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: '...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاوله أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...'¹

يبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أنّ مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنّها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص. في حين أنّ العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفاً آخر غير الدولة ممثلاً في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة وأنّ القوانين الجاري بها العمل تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي وعلى رأسها القانون المدني في نص مواد 49 و 50. وقانون البلدية لسنة 90 في مادته الأولى وكذلك المادة 60 منه. وقانون الولاية لسنة 90 في نص مادته الأولى وكذلك المادة 87 منه وتنظيمات أخرى كثيرة².

كما أنّ التعريف أعلاه حصر الصفقة العمومية على أنّها عقد يجمع بين الدولة وأحد الخواص في حين أنّ الصفقة العمومية قد تجمع بين هيئة عمومية وهيئة عمومية أخرى. ومع ذلك تظل تحتفظ بطابعها المميّز كونها صفقة عمومية³.

و لتفادي أية تفسيرات تجانب المعنى الحقيقي للصفقة العمومية نظراً لأهميتها البالغة في مجال الاقتصاد الوطني ، فقد قام المشرع ، و على غير عادته ، بتعريف مصطلح الصفقات العمومية منذ أول تشريع صدر في هذا الشأن بموجب الأمر-90 و حتى آخر تشريع و المتمثل في

¹ عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، الطبعة الخامسة ، دار الجسور ، الجزائر ، 2017 ، ص 94 .

² عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 94 .

³ عمار بو ضياف ، المرجع نفسه ، ص 95 .

المرسوم الرئاسي 15-247 .

أولاً: ما قبل 1967 لقد كانت الصفقات العمومية أساساً خاضعة الى النظام القانوني السائد إبان العهد الاستعماري .

ثانياً: الأمر رقم 67 — 90 المؤرخ في 17 - 06 - 1967 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية: لقد كان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الاشتراكي حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية، الاعتماد على الصفقات العمومية كآلية وأداة لتنفيذ المخطط الوطني في إطار سياسة التخطيط الاقتصادي¹.

ثالثاً: المرسوم رقم 82 — 145 المؤرخ في 10 - 04 - 1982 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي: تماشي مع الاختيار الاشتراكي بهدف شمولية تطبيقها على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن طبيعتها مركزية أو لا مركزية، إدارية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية². رابعاً: المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يعرف الصفقات العمومية طبقاً للمادة 3 منه كما لي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفقاً للشروط الواردة في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

وتضيف المادة 2 من نفس القانون: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المسماة أدناه المصلحة المتعاقدة"³.

خامساً: قانون الصفقات حسب المرسوم (02-250) يعرف قانون الصفقات العمومية الصفقات العمومية طبقاً للمادة 3 منه كما لي:
" الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " .

كما تنص المادة 02 من نفس القانون على ما يلي:

"لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وتدعى في صلب النص (المصلحة المتعاقدة)⁴ " .

¹ الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1967 المعدل و المتمم .

² المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 1982 المعدل و المتمم .

³ المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 1991 المعدل و المتمم .

⁴ المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 2002 المعدل و المتمم

وكل عقد أو طلب يساوي مبلغه ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو التوريدات، وأربعة ملايين (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات والخدمات، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم. وتحسب المبالغ السالف ذكره بكل الرسوم. ويمكن تحيين المبالغ المذكورة أعلاه، بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية، وفق معدل التضخم المسجل رسميا. ويجب أن تكون الطلبات المشار إليها أعلاه، محل استشارة لانتقاء أحسن عرض.

غير أنه، إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل، خلال السنة المالية الواحدة، وكان مبلغها يفوق المبلغ المذكور أعلاه، تبرم حينئذ صفقة تدرج الطلبات المنفذة سابقا وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات".

1

فالمشرع قد وسع من نطاق تطبيق هذا القانون، فبعدما كان قانون (91-434) يقتصر مجال تطبيقه على الهيئات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فإنه وسع من نطاق قانون (250-02) ليمتد إلى الهيئات والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والتكنولوجي والمهني ومراكز البحث والتنمية بالإضافة إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي اشترط فيها المشرع أن تكلف بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أهمل صفقات الدراسات في قانون (82-145) وفي قانون (434-91) لكنه أعاد لها الاعتبار في قانون (02-250) نظرا لأهميتها ولخصوصياتها وذلك بنصه على هذا الصنف من الصفقات والتي تقتضي إجراءات خاصة لإبرامها².

سادسا : قانون الصفقات حسب المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المؤرخ 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، المعدل والمتمم .
نصت المادة 2 منه على مايلي " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل صفقات :

- الإدارات العمومية.
- الهيئات الوطنية المستقلة .
- الولايات.
- البلديات.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .
- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة ، كلياً أو جزئياً ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة

المرسوم الرئاسي 250-02 ، المرجع نفسه 1.

2 عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 113

وتدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة."

لا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم .

يتعين على المؤسسات العمومية غير المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، عندما تنجر عملية غير ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة ، أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة .

وفي حالة يتعين على الوزير الوصي أن يضع جهاز للمراقبة الخارجية لصفقاتها و يوافق عليه...¹ .

و قد عدلت المادة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12- 23 المؤرخ في 18/01/2012 لتصبح كما يلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات (...) يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية، عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم، بموجب المطء الأخيرة من هذه المادة، أن تعتمد وتصدق عليه على التوالي من طرف هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية ماعدا في أحكامه المتعلقة بالمراقبة الخارجية.

وفي هذه الحالة، يتعين على مجلس مساهمات الدولة، فيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية، والوزير الوصي فيما يخص المؤسسات العمومية إعداد جهاز...².

سابعا : المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام :

لم يبتعد المرسوم الجديد للصفقات العمومية 15-247 كثيرا عن التشريعات السابقة في تعريفه للصفقة العمومية حيث نصت المادة 2 منه على نفس التعريف الوارد في المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم، الملغى و أضافت إليه عبارة واحد هي "... تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم...³ .

وإذا كان المعيار الشكلي للصفقة العمومية لم يتغير فهي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع و التنظيم المعمول به ، فان جديد هذا المرسوم يتعلق بالمعيار العضوي و المالي .

1) المعيار العضوي:

أعاد المشرع بمناسبة إصداره للمرسوم الجديد للصفقات العمومية 15-247 حصر الهيئات التي تشملها أحكام هذا المرسوم، بحيث نصت المادة 6 منه على ما يلي:

" لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 ، الجريدة الرسمية العدد 58 لسنة 2010 المعدل و المتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، المرجع نفسه .²

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية العدد 50 لسنة 2015 .

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة ، كلياً أو جزئياً ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية .

و تدعى في صلب النص " المصلحة المتعاقدة " ¹.

و يكون المشرع بذلك قد استجاب للانتقادات الكثيرة التي وجهت للمرسوم 10-236 الملغى فيما يخص تحديد المشرع على سبيل الحصر للهيئات التي تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية ، و هو بذلك ، وبمفهوم المخالفة ، يكون قد أعفى الهيئات الأخرى سواء الموجودة أو التي ستنشأ في المستقبل من تطبيق أحكام الصفقات العمومية.

(2) المعيار المالي:

نظرا للتقلبات المالية التي عرفها سعر الصرف للعملة الوطنية كنتيجة حتمية لازمة للاقتصادية التي تعرفها الدول المنتجة للنفط بوجه الخصوص بعد الانهيار الكبير لأسعار المحروقات في السوق العالمية ، فقد عدل المشرع في الحد المالي الذي تبرم على أساسه الصفقات العمومية بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا المرسوم .

فطبقاً لأحكام المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن الحد المالي المطبق هو:

- بالنسبة لصفقات الأشغال و اللوازم يفوق اثني عشر مليون دينار 12.000.000 دج.
- بالنسبة لصفقات الخدمات و الدراسات يفوق ستة ملايين دينار 6.000.000 دج .

الفرع الثاني : طرق إبرام الصفقات العمومية

يخضع إبرام الصفقات العمومية الإدارة بصفة عامة لجملة من مبادئ منها الوضع رهن المنافسة الأكثر شيوفاً ، و مساواة المترشحين أمام الطلب العمومي و عدم تمييزهم ، و التسيير الأكثر نجاعة ، و نزاهة و شفافية النشاط الإداري . و المبدأ العام إن اختيار طريقة إبرام العقد تعود للإدارة ، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يجب أن تكون ملائمة للأهداف و معللة للاختيار عند كل رقابة تمارسها السلطة المختصة ، و عليه يخضع إبرام الصفقات العمومية إلى قاعدة عامة هي الدعوة إلى المنافسة ، ترد عليها جملة من الاستثناءات تتمثل في التراخي ، و حالات أخرى تتمثل في الطلبية ، الاتفاق ، الاقتناءات و الأشغال بموجب فاتورة ، و تخضع طرق الإبرام هذه إلى إجراءات و شكليات سنرى كيف أنها تتدرج من القاعدة العامة إلى الاستثناء لتشرف على الانعدام في الإجراءات الخاص ².

أولاً : الطريقة الأصلية طلب العروض

(1) تعريف طلب العروض :

لقد عرف المرسوم 15-247 طلب العروض بأنه " هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات ، للمتعهد الذي

¹المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المرجع نفسه .

² قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2006 ، ص 62 .

يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل الإجراء " 1 .

و يجب الإشارة إلى أن المشرع حافظ على هذا التعريف لاكتمال أركان المنافسة بين المتعهدين و المتنافسين و الشفافية و النزاهة في الاختيار الأفضل من حيث الأحسن سعرا و الأجود عرض و كذا إتاحة الفرصة للإدارة أن تنفذ صفقاتها دون إلحاق الأضرار بالمشاريع التنموية للدولة و حسن استغلال و استعمال المال العام.

(2) أشكال طلب العروض

أ- طلب العروض المفتوح

هو طلب العروض تتوجه إلى كل المتنافسين بدون حصر أو تخصيص أو استثناء أيا ماكان هذا التخصيص أو الاستثناء، بحيث يحق للجميع سحب دفاتر الشروط و بالتالي تقديم عروضهم للمشاركة في المناقصة . حيث يضمن هذا الشكل من أشكال المناقصة أكبر قدر من المشاركين و يوفر احترام المبادئ العامة المرتبطة بالشفافية و النزاهة و السهولة للوصول للطلبية العامة ² . و ذلك حسب ما نصت عليه المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 .

ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

و هي شكل آخر من أشكال طلب العروض و تختلف عن طلب العروض المفتوح في أن المنافسة بشأنه توجه إلى فئة بعينها دون غيرها، فهي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى ما يقتضيه المشروع من خصوصيات أو ما تراه ضروريا، و هذا النوع من المناقصة يضمن حصر المشاركة فمن تتوفر فيهم درجات محددة من الكفاءة أو التخصص أو التأهيل دون غيرهم كأن تطلب المصلحة المتعاقدة أي الإدارة صاحبة المشروع الدرجة الخامسة فما فوق من التأهيل المهني أو أن تطلب المراجع المهنية من نفس المشاريع المماثلة المنجزة من قبل المشارك ³.

و أشار المشرع إلى ذلك في المادة 44 " طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه ل لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل الاجراء ، بتقديم تعهد ، و لا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة " .

ت- طلب العروض المحدود

يتمثل هذا الشكل من أشكال طلب العروض في انتقاء أولي تقوم به المصلحة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموع المرشحين، و بعد اختيار و انتقاء عدد منهم يرخص لهم دون سواهم بتقديم عروضهم و تعهداتهم للتعاقد بالنهاية مع واحد منهم. و يعد طلب العروض المحدود الإجراء المقابل للاستشارة الانتقائية المنصوص عليها في المادة 28 من المرسوم 10-236 الملغى حيث أنه و حسب نص المادة 45 من المرسوم

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق .

² عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 116

³ عباس زواوي ، طرق و اساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، يوم دراسي حول " قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام "

الرئاسي 15-247 فإن طلب العروض المحدود هو " إجراء لاستشارة انتقائية ، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وخدمهم لتقديم تعهد " ¹.
و تكفل هذه الطريقة أو الشكل لجهة الإدارة قدرا من الحرية في اختيار المتعاقد كما قلنا في بداية التعريف أو المترشح مسبقا كمرحلة أولى ثم دعوتهم إلى تقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عن العارضين لدراسنها و تقييمها فالمادة 45 السابقة الذكر في الفقرة الثالثة جاءت شارحة و مفصلة للموضوع الاستشارة الانتقائية كونها تمس العمليات المعقدة أو ذات الأهمية البالغة أو الخاصة ².

ث- المسابقة :

عرفت المادة 47 من المرسوم 15-247 المسابقة بأنها " إجراء يضع رجال الفن في منافسة ، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه ، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع ، قصد انجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة " ³.
وتجدر الإشارة إلى أن العقد الناتج عن المسابقة يكاد يقتصر على تحميل المتعامل المتعاقد التزاما مقتضاه بذل العناية الفنية اللازمة وفقا لما تقتضيه أصول المهنة التي يتعلق موضوع الصفقة بها وليس هذا الالتزام التزام غاية وذلك نظرا لخصوصية الأعمال الفنية ولا يعتبر خطأ مهنيا من جانب المتعامل المتعاقد إلى الإنقاص من الجهد الذي يبذل عادة من وسط رجال الفن ⁴.

(3) إجراءات طلب العروض :

نظرا لأهمية الصفقات العمومية وارتباطها الوثيق بالخزينة العمومية حدد المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقات العمومية وذلك بفتح المجال أمام المتنافسين لتقديم عروضهم وتمكينهم من الإطلاع على كل المعلومات المتعلقة بالصفقة المراد إبرامها مراعى في ذلك جملة من المبادئ الأساسية .

أ- مرحلة تحضير الغلاف المالي:

لا تستطيع المصالح المتعاقدة المتمثلة في الإدارة العمومية أو المؤسسة العمومية مهما كانت إبرام أي صفقة أو عقد إلا بعد مراعاة بعض الإجراءات الشكلية المسبقة على الإبرام؛ ومن هذه الإجراءات توفر الاعتماد المالي ودراسة الجدوى والحصول على تصريح من السلطة المختصة وكذا القيام بتسجيل العملية، وبالتالي فلا بد من تحضير الغلاف المالي اللازم لإبرام وتنفيذ العقد وكذا تغطية هذه الصفقات بكل أنواعها سواء كانت صفقة أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات فإنها تحتاج إلى غلاف مالي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها، فأول خطوة ينبغي القيام بها هو إتباع جملة الإجراءات التحضيرية لتوفير هذا الغلاف للصفقة والغلاف المالي للصفقة أحيانا يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة وأحيانا يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ميزانية القطاع المعني، وتتمثل أشكال هذا التمويل في ما يلي :

¹ لمرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المرجع نفسه .

² قدوج حمامة ، مرجع سابق ، ص 81 .

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق ..

⁴ عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص119

- تمويل الصفقة عن طريق ميزانية الدولة .
 - تمويل الصفقة عن طريق ميزانية القطاع أو ميزانية المؤسسة¹.
- و قد أشار المرسوم 15-247 إلى هذه المرحلة المتعلقة بتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة في الفصل الثاني منه المخصص لتحديد الحاجات و الصفقات العمومية و المتعاملين المتعاقدين ، حيث نص في المادة 27 على " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها ، مسبقا ، قبل أي إجراء لإبرام الصفقة عمومية"².

ب- إعداد دفتر الشروط:

وهو الوثيقة الرسمية التي تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها و كفاءات اختيار المتعاقدين معها، فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة من تقنيين ومهندسين في الاختصاص وتجدد كل إدارتها من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف .

- و قد حددت المادة 26 أصناف الدفاتر التي يجب أن تشملها دفاتر الشروط وهي :
- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على جميع الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات و الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي .
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل نوع من أنواع الصفقات على حدة الموافق عليها بقرار من الوزير المعني .
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية .

ت- مرحلة الإعلان عن طلب العروض :

الإعلان عن طلب العروض هو أول إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة يتم بواسطته توجيه الدعوة لكافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وبيان الشروط الموضوعية التي على أساسها يتم التقدم بالعروض، وعلى اعتبار أن الإعلان يحقق الهدف بل ويجسد نظام طلب العروض الذي يتمثل في إبرام العقد مع صاحب أفضل عطاء³ .

وتقتضي صفة العلانية أن يتم نشر الإعلان بمختلف الوسائل التي حددها التنظيم وفقا للشروط المتعلقة بمحتوى الإعلان وأجال النشر و أوعية النشر ومدة النشر فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال طلب العروض المحدودة أو المفتوحة أو المسابقة كما قلنا سلفا الوطنية أو الدولية .

و يحدد الإعلان الفئات التي يوجه إليها الطلب العروض وتمييزا للطلب العروض بعينه وقصد تفادي اختلاط وثائقها بطلبات عروض أخرى متزامنة معها، يعطي للطلب العروض المعني رقما يعبر عن رقم تسلسله ضمن طلبات عروض المصلحة ويضاف لهذا الرقم رقم السنة التي تمت فيها ويصاحب هذا الرقم كل الوثائق والأظرفة التي تخص طلب العروض و ذلك ما نصت عليه المادة 62 من المرسوم 15-247 .

ويحدد في صلب الإعلان أيضا مكان سحب دفاتر الشروط بدقة ويحدد مكان إيداع العروض مع تحديد أجل إيداع العروض وفقا للتعديل الجديد باليوم والساعة لفتح الأظرفة التقنية المالية وفي جلسة علنية.

¹ محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2005 ، ص67

² عباس زواوي ، مرجع سابق .

³ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص123

ويحرر الإعلان عن طلب العروض باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما نصت عليه المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

و ينشر الإعلان أيضا على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP ويدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد السعر والأجال وصاحب الصفقة وصاحب الصفقة كما يجب أن يضمن الإعلان توضيح الوثائق الواجب إدراجها من قبل المتنافسين ضمن عروضهم التقنية والمالية.¹

ث- مرحلة إيداع العروض :

بعد أن تبدي الإدارة رغبتها في التعاقد عن طريق الإعلان عن إجراء المناقصة يتقدم كل من يجد في نفسه صالحا للتعاقد مع الإدارة بعطائه أو عرضه مبينا فيه السعر الذي يرتضيه للتعاقد على أساسه مع مراعاة الشروط والمواصفات الفنية التي طرحت على أساسها المناقصة بالإضافة إلى كافة البيانات والمستندات الأخرى التي قد تتطلبها القوانين واللوائح في هذا الشأن وتقديم العروض .

وينبغي تقديم العروض خلال المدة التي حددتها المصلحة المتعاقدة في الإعلان ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو النشرة الرسمية للصفقات على أن يسري الأجل في اليوم الذي صدرت فيه المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 " تحدد المصالح المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة كما يدرج أيضا في دفتر الشروط"².

مرحلة فحص العروض (فتح الأظرفة و تقييم العروض)

لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تستمد أساسها التنظيمي من المادة 160 من المرسوم 15-247 والتي جاء فيها "تحدث المصلحة ، في إطار الرقابة الداخلية ، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض و البدائل و الأسعار الاختيارية عند الاقتضاء ، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض . " و تشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم .

يمكن المصلحة المتعاقدة ، تحت مسؤوليتها ، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف باعداد تقرير تحليل العروض ، لحاجات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض"³

ج-1 مرحلة فتح الأظرفة : تقوم فيها اللجنة بالتأكد من مطابقة العروض المقدمة من العارضين لدفتر الشروط من الناحية الشكلية المتعلقة أساسا بملف الترشيح و قد حددت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 الوثائق التي يجب أن يتضمنها ملف الترشيح و التي تراقبها اللجنة في هذه المرحلة .

و تتمثل أهم مهام هذه اللجنة في ما يلي :

-تنشيت صحة تسجيل العروض في سجل خاص.

-تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات.

-تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها عرض.

¹بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص30

²بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص31

³ قدوج حمامة ، مرجع سابق ، ص 102 .

-توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة .
 -تحرر محضرا أثناء انعقاد الجلسة والذي يوقعه جميع الأعضاء الحاضرون مع إبداء الملاحظات الضرورية المقدمة من طرف الأعضاء .
 -دعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد في أجل أقصاه عشرة 10 أيام تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.
 -إرجاع الأظرفة الغير مفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين عند الاقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.
 -تحرر لجنة الفتح عند الاقتضاء محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون حسب الشروط المنصوص عليها في المادة من المرسوم الرئاسي 15-247 .

ج-2 مرحلة تقييم العروض :

إن تقييم العروض هي الشق الثاني من الرقابة الإدارية القائمة داخل المصالح المتعاقدة كونها تنصب على الجانب الموضوعي لإبرام الصفقة العمومية الموالية لاختتام فترة تقديم العروض .

تقوم اللجنة في هذه المرحلة بدراسة العروض التقنية و المالية إما في جلسة واحدة بالنسبة لطلب العروض المفتوح أو لدراسة الملف التقني أولا ثم في وقت لاحق العرض المالي للعروض من التي استوفت الشروط التقنية بالنسبة لطلب العروض المحدود أو المسابقة¹ .
 و قد فصلت المادة 72 من المرسوم 15-247 في عمل اللجنة خلال هذه المرحلة حيث يتم في هذه المرحلة تحليل العروض الباقية على أساس المعايير المنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط وذلك عبر:

-طلب الخبرة المسموح بها عند الضرورة.
 -القيام بالترتيب التقني للعروض.
 -استبعاد العروض التي لم تصل على العلامة التقنية.
 -دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقائهم الأولى تقنيا مع مراعاة التحفظات المحتملة في عروضهم.

-انتقاء العرض الأقل ثمن و أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

-عرض الاقتراحات على المصالح المتعاقدة.

و تنقسم بدورها إلى مرحلتين :

المرحلة الأولى :الترتيب التقني للعروض

حيث يتم إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط .

المرحلة الثانية : تقوم فيها اللجنة بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولى تقنيا.

المرحلة الثالثة :اختيار المتعامل المتعاقد

خلال هذه المرحلة تعكف اللجنة من خلال اختيار من بين العروض المؤهلة التي أمامها العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية و هو مصطلح جديد أدرجه المرسوم الرئاسي

¹ عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص125

15-247 " ... تقوم طبقا لدفتر الشروط ، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ..." المادة 72 الفقرة الثانية .

1-الجهة المخولة قانونيا بالاعتماد:

رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة ومرحلة المنح المؤقت السابق بيانها إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة بل لا بد من اعتماد المناقصة ومباشرة إجراءات التعاقد لإخفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة والإعلان عن إتمام إجراءاتها فالمنح المؤقت للصفقة رغم فوائده لكل الأطراف المتعاقدة أو اللجان الرقابية فهو يضل حسب التنظيم منح مؤقتا إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي:

-الوزير بالنسبة لصفقات الدولة.

-مسئول الهيئة الوطنية.

-الوالي فيما يخص صفقات الولاية.

-رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.

-المدير العام أو المدير فيما المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري .

ثانيا : الطريقة الاستثنائية (التراضي)

1) مفهوم للتراضي

إن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد فوجوده هذا الأخير لازم في كل العقود سواء أكانت بين أطراف القانون العام أو أطراف القانون الخاص، فلا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة للتعاقد في القانون العام أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية سابقة الذكر أي إجراءات المناقصة، حيث يمكن مباشرة اختيار المتعاقد معها دون التقييد بهذه الإجراءات¹.

و عرف المشرع التراضي في المادة 41 منه بأنه "إجراء تخصيص لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة" . وهو ذات التعريف السابق، إلا أنه كان أكثر توضيحا وأكثر تخصيصا لفكرة التراضي حيث وسع في توضيح الإجراءات المختلفة للتراضي وأشكاله وكذا إحالة المادة 41 منه في المواد 49 و 51 والحالات التي يجب اللجوء إليها في التراضي بشكليها وكذا، الالتزامات المتبعة فيما وإضافة إلى ذلك أضاف المتعهدون وطبيعتهم الموجهة إليهم هذه الطريقة، ومن هي الفئات التي يمكن أن تخضع لهذا الإجراء من طرف الإدارة².

2) أشكال التراضي :

من الملاحظ أن التراضي يعتبر طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية، حتى لا تلجأ إليه الإدارة إليه كسبيل للتخلص من القيود القانونية المفروضة عليها في اختيار المتعاقد عن طريق طلب العروض ، حيث يتخذ حسب نص المادة 41 شكليين أساسيين هما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة حيث جاء نص الفقرة بقولها..."يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة" .

1 مبروكة بوقصة ، الإستعجال في الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ورقلة ، 2015 ، ص 32 .

عمار بو ضيف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 126²

أ- التراضي البسيط

التراضي البسيط هو صيغة تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معروفين بذواتهم ولا تشترط أي شكلية معينة للاتصال بالمتنافسين ويوفر اللجوء إلى هذا الإجراء البساطة في الإجراءات وبالتالي الربح في تلبية الحاجات وربحا للوقت حيث تستدعي هذه الصيغة رقابة أكبر وأخلاقيات أعمق من أجل ذلك أحيط اللجوء إليها بمجموعة من الشروط وأكد ذلك المشرع في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

حالات اللجوء إلى التراضي البسيط :

حسب المادة 49 من المرسوم 15-247 تلجأ المصالح المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات التالية:

- 1- عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجاليه ولا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات بشرط أنه لم يكن في وسع المصالح المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها وفي هذه الحالة يجب أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى هذه الطريقة في إبرام الصفقات الاستثنائية أثناء اجتماع الحكومة فعندما تكون المصالح المتعاقدة في وضع مستعجل فهي تلجأ إلى هذا الإجراء الاستثنائي كحالات التموين الاستعجالي الموجه لحماية سير الاقتصاد أو تلبية الحاجات الأساسية للمواطنين فعلى سبيل المثال الأغذية والأدوية والوقود².
- 2- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضع احتكارية أو ينفرد بامتلاك طريقة تكنولوجية التي اختارتها المصالح المتعاقدة أو الاعتبارات الثقافية أو الفنية وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية أو الفنية وهذه الحالة تقتضي صفة التراضي البسيط أيضا حيث تلجأ الإدارة إليها لتنفيذ الخدمات لموضوع الصفقة مع المتعامل الوحيد الذي يتحكم بصفة احتكارية في الخدمة دون غيره وبصورة حضرية.
- 3- في حالات الاستعجال الملح المعطل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصالح المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات من طرفها كحالة الإدارة عندما تحتاج مادة أو منتج معين تسعى وبحكم الظروف المستعجلة إيصاله للسكان في وقت قياسي كأن يتعلق الأمر مثلا بزلازل أو فيضانات أصابت منطقة معينة من البلاد .
- 4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر وحسن قبل المشرع عندما ربط هذه الصيغة من التراضي البسيط لإبرام الصفقة في هذه الوظيفة أن يتم اللجوء إلى مجلس الوزراء والحكومة لأخذ الموافقة³.

1 قدوج حمامة ، مرجع سابق ، ص 119 .

2 عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 127

عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 127³

5- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية وتحدد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، ويبدووا من خلال هذه الفقرة أن المشرع أراد إعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية .

6- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذ كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار جزائري وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذ كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر¹ .

ب- التراضي بعد الاستشارة:

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم في التراضي البسيط.

ففي حين يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره: فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص وفيه تتمكن الإدارة من حصر استشاراتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين وعلى ذلك يفترض أن تكون هذه المؤسسات مؤهلة للغرض المطلوب إنجازه .

حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة:

نصت المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 على الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى التراضي بعد الاستشارة ، و هي :

1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية .
2- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض .

3 - في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

4- في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هيئات، عندما تنص اتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك وفي هذه الحالة يمكن المصالح المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط².

المطلب الثاني : ماهية مبدأ حرية المنافسة .

تقتضي دراسة حرية المنافسة في الصفقات العمومية تحديد مفهوم مبدأ حرية المنافسة (الفرع الأول و تكريس هذا المبدأ في قانون المنافسة (الفرع الثاني) و في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثالث) و كذا مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية (الفرع الرابع) و الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة (الفرع الخامس) و في الأخير مبادئ منح الصفقة ضمانا لحرية المنافسة (الفرع السادس) .

الفرع الأول : مفهوم مبدأ حرية المنافسة .

أولا: تعريف المنافسة.

1281 عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص

2 عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص128

(1) التعريف اللغوي للمنافسة : الرغبة في الشيء و الانفراد به و الغلبة عليه ¹ .
المنافسة ظاهرة إنسانية تعني تقديم الأفضل بين الآخرين ² .

(2) التعريف الاصطلاحي للمنافسة: لها عدة تعريفات نذكر منه بينها :

أ- يقصد بالمنافسة وضعية تنافس اقتصادي بين مؤسسات متميزة بصدد عرض نفس المنتج السلعي أو الخدمي داخل سوق واحد، تلبية للحاجات ذاتها، على أن تكون لكل مؤسسة نفس الحظ من الربح أو الخسارة ³ .

ب- العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون لنفس النشاط الاقتصادي دون قيود.

تتحقق المنافسة كلما كان عدد البائعين كثير ⁴ .

ثانيا : مفهوم مبدأ حرية التنافس

يمكن القول أن حرية المنافسة تتضمن بالإضافة إلى حرية انتقال الاشخاص، احترام حرية القيام بالمشاريع، وأن لا تكون هناك حواجز تحظر الدخول إلى السوق، وحرية حركة عوامل الانتاج، وعدم إعاقة تدفق رؤوس الأموال أو تضيق حرية وحركة انتقال السلع أو الخدمات ولا حرية الإنشاء... الخ ⁵ .

وانطلاقا من ارتكاز المنافسة في اقتصاد السوق على نظام العرض والطلب، والذي

يفترض امتلاك المتعاملين الاقتصاديين لهامش (قدر) معين من الحرية، ومن خلال معاينة الواقع الاقتصادي، نلاحظ أنه توجد وضعيات متعددة للمنافسة في السوق والتي قد تكون أكثر أو أقل تنافسية، بمعنى أنه يملك المتعاملون فيها هامشا من الحرية قد يضيق أو يتسع تبعا لعدة اعتبارات (اقتصادية خاصة) ⁶ .

وعلى العموم، تبقى الحرية التنافسية عاملا جوهريا لتحقيق الفاعلية الاقتصادية، يمكن من الاستخدام الأمثل للموارد ويؤدي إلى التطور الاجتماعي المنشود، وهو الأمر الذي تفتن إليه العالم الاقتصادي Stuart Mill عندما قال: " كل ما يحد من المنافسة هو شر وكل ما ينميها هو خير" ⁷ .

ثالثا : مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي ، و في هذا المقام يذكر ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 و الذي بينت فيه المغزى من مبدأ حرية المنافسة بقولها " ان المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم الى المناقصة العامة دون منع الإدارة أحد منهم او حرمانه من حقه في التنافس للوصول الى ارساء العطاء عليه بأي اجراء سواء كان عاما او خاصا" ⁸

¹ يوسف شلالة ، المعجم العملي للمصطلحات القانونية و التجارية و المالية ، دار المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، ص 206 .

ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة ، الجزائر ، 1998 ، ص 59 .²

عبد الفتاح مراد ، شرح قانون حماية المنافسة - منع الممارسات الاحتكارية ، دار الهناء ، القاهرة ، مصر ، ص 173³

طعمة الشمري ، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، الكويت ، ص 18⁴

⁵ Boutaleb kouider , laboratoire concurrence la nécessité de l'application, des normes de qualité, de doit fondamental, 2001, p

⁶ سهيلة ديباش ، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية ، الملتقى الوطني السادس حول " حرية المنافسة في

التشريع الجزائري " ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2013

⁷ صالح زمال ، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في حماية المال العام ، الملتقى الوطني السادس حول " دور

الصفقات العمومية في حماية المال العام " ، جامعة الجزائر ، 2013 .

⁸ عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق ، ص 19

و يتشكل هذا المبدأ من حريتان أساسيتان هما : حرية التجارة والصناعة وحرية الأسعار. هاتان الحريتان يكملهما مبدأ آخر يتمثل في الاعفاء من المسؤولية ومشروعية الضرر التنافسي الناتج عن عمليتي التسابق والتزاحم، انطلاقاً من الشعار المعلن: " الزبون لمن يعرف كيف يصل إليه" ¹.

(1) حرية التجارة والصناعة

في ظل المعركة التي تخوضها المؤسسات، والتي تحاول من خلالها عزو السوق بغرض الحصول على زبائن دائمين وأوفياء Clientèle fidèle والمحافظة عليهم وتطويرهم.... الخ، نجدها تضع لهذه الغايات استراتيجيات وتستخدم وسائل وتسيطر على مواقع يكون لها تأثير بالغ على مستوى درجة قوة المنافسة وشدتها ².

ومع ذلك، فإن الصراع فإن الصراع التنافسي يمكن أن يتخذ صوراً وطرقاً أخرى – غير الطرق الأصلي (أي عزو السوق للحصول على زبائن)، فالمتعاملون الاقتصاديون يمكنهم القيام بعمليات تستهدف مراقبة منافسيهم. هذه المواجهة بين المؤسسات تكون في إطار قانون المنافسة، هذا الأخير الذي يحكم قواعده مبدأ معروف يضمن حرية الدخول إلى السوق، ويسمح لكل مؤسسة بمنافسة المتعاملين الموجودين فيها، إنه مبدأ "حرية التجارة والصناعة"، والذي يعني: "تنظيم وتطوير النشاط المختار دون أي قيد أو عائق، وذلك بالوسائل المشروعة والمناسبة" ³.

وعليه، نخلص في الأخير إلى أن حريتي التجارة والمنافسة صنوان لا ينفصلان، بحيث يمكننا أن نجزم أنه يتمتع بحرية المنافسة كل من يتمتع بحرية التجارة مهما كانت طبيعته القانونية، إذ لا يمكن أصلاً الحديث عن منافسة تجارية بدون تجارة حرة، بحيث في ظل هذا النسق الأخير تنمو المنافسة وتترعرع وتؤتي ثمارها المرجوة.... الخ. وفي المقابل، إذا كانت المنافسة من هذه الوجهة هي الوسيلة الأساسية لتحريك هذا النسق، فإن الحرية التنافسية تعتبر أهم عنصر لبلوغ وضعية تنافسية إن لم يكن العنصر الوحيد ⁴.

(2) حرية الأسعار.

لا يختلف اثنان، أن تحديد الثمن أو قابليته للتحديد يعتبر ركناً أساسياً في البيوع بصفة عامة، وهذا التحديد إما أن يكون بإرادة البائع أو المشتري دون أية مساومة أو تفاوض، أو بإرادتهما معا (الطرفين معا) عن طريق الاستقرار على مبلغ معين بعد عمليتي المساومة والتفاوض ⁵.

كما قد يتحدد الثمن على أساس الثقة والأمانة وهو ما يسمى ببيوع الأمانة، أو بطريقة تلقائية وفقاً لقانون العرض والطلب (السوق). إلا أن تحديد السعر وفق هذه الطريقة أو تلك، يختلف باختلاف التوجه الذي يطبع السياسة الحكومية للدولة وفقاً للخيارات الإيديولوجية عامة.

¹ ليلي بوكحيل، دور القاضي الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، الملتقى الوطني السادس حول "حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، جامعة باجي مختار، عنابة، 2013، ص43

² ميمون خيرة و بوشعور محمد حريري، المنافسة والية حمايتها من الأعمال المنافسة لها، الملتقى الدولي الرابع حول المنافسة والاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في الدول العربية، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، 2011، ص22

⁴ عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص44

⁴ عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص16

⁵ ميمون خيرة و بوشعور محمد حريري، مرجع سابق، ص23

وبتفحص التشريعات المقارنة المتعلقة بالمنافسة والأسعار، نجد أن معظمها قد عرفت تحولات جذرية فيما يخص تحديد الأسعار من مرحلة التنظيم والمراقبة إلى مرحلة التحرير، وهو ما يشكل أهم مظاهر التوجه نحو الخيار الليبرالي في الاقتصاد العالمي¹. وعليه فبالإضافة إلى عنصر جودة المنتج أو الخدمة، يعتبر موضوع الثمن أحد العناصر الأساسية المحددة للصراع التنافسي في السوق. بحيث يمكن القول، أن المنافسة بالأسعار تعتبر أحد عناصر اللعبة التنافسية من حيث كونها تلزم المتعاملين الاقتصاديين بالاستغلال والاستعمال الاقتصادي الأمثل للموارد المسخرة (أي بأقل تكلفة ممكنة)، وهو ما ينتج عنه كأصل عام، تخفيض نسبي في مستوى الأثمان، كما حدث في فرنسا - مثلاً - عقب صدور الأمر المتعلق بتحرير المنافسة والأسعار، إلى درجة أن بعض المقتولات أصبحت ترتبط في إطار اتفاقيات تستهدف إيقاف حرب تحرير الأسعار المهلكة، وهو ما تمخض عنه بالفعل ميلاد تعديل جديد في هذا القانون سنة 1996 استهدف بالأساس منع التخفيض التعسفي للأسعار، وهو ما يعكس نتيجة هامة مفادها أن مبدأ التحرير إذا كانت من مزاياه تخفيض الأسعار باعتبارها أمراً إيجابياً بالنسبة للمستهلك، فينبغي أن لا يتم ذلك على حساب المقاولات الصغرى المتواجدة في السوق².

عكس الاحتكار والذي يعني ذلك الامتياز الحصري الذي تتمتع به دولة، مؤسسة أو شخص يصنع أو يبيع شيء أو باستغلال عمل أو مصلحة ويمكن أن نميز هنا بين نوعين من الاحتكار هما الاحتكار القانوني وهو يسمح بأن يقتصر الاستغلال على مؤسسة محددة عادة ما تكون مؤسسة عمومية أو خاصة، وذلك بمقتضى نص قانوني و الاحتكار الواقعي وهي الوضعية الاقتصادية التي تلغي فيها كل منافسة³.

ويعني الاحتكار أيضا Monopole امتياز حصري لصناعة سلع أو بيعها أو استثمار بعض الخدمات أو إشغال بعض الوظائف فتوجد احتكارات قانونية مقررة في النصوص من أجل منع المضاربة مثل صناعة وبيع التبغ والكبريت، ومن أجل السلامة العامة كبيع البارود وإصدار العملة⁴.

الفرع الثاني : تكريس مبدأ حرية المنافسة في قانون المنافسة

إن دستور 1996 مهد لتكريس النظام الليبرالي أي إقتصاد السوق و التخلي عن النظام الإشتراكي و فتح المجالات أمام المبادرة الخاصة . لكن هذا الدستور لم ينص صراحة على حرية المنافسة بل نص عليه بصفة ضمنية من خلال النص على حرية التجارة و الصناعة في المادة 37 من دستور 96⁵ أيضا نص في نفس الدستور في المادتين 22 و 23 ، فالمادة 22

¹ طعمة الشمري ، مرجع سابق .

ميمون خيرة و بوشعور محمد حريري ، مرجع سابق ، ص 25²

عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق ، ص 49³

⁴ ميمون خيرة و بوشعور محمد حريري ، مرجع سابق، ص 31

⁵ في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 أصبحت المواد كما يلي :

المادة 24 : يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة .

المادة 25 : عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون .

المادة 43 : حرية الاستثمار و التجارة معترف بها ، و تمارس في إطار القانون.

... يمنع القانون الاحتكار و المنافسة غير النزيهة .

نصت على عدم تحيز الإدارة و المادة 23 تنص أن القانون يعاقب التعسف في استعمال السلطة¹.

و هذا ما أكدته النصوص التشريعية تكريسا لمبدأ حرية المنافسة ، فالأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة في مادته الثانية ينص على تطبيق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان إلى غاية المنح النهائي للصفقة² . فالمنافسة في مجال الصفقات العمومية تعطي للأشخاص الطبيعية و المعنوية التي تتوفر فيهم الشروط و المؤهلات اللازمة الحق في التنافس على الطلبات العمومية و حرية الوصول إليها و على الإدارة أن تقف موقف حيادي إزاء المتنافسين³.

و لقد جاء هذا التوجه تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة و التجارة فقانون الصفقات العمومية و قانون المنافسة هما عملاقان لتشجيع إقتصاد السوق .

و تنص المادة 6 من الأمر 03-03 المضمن قانون المنافسة على أنه " تحظر الممارسات الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة و الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري فيه⁴... "

أولا : في ظل قانون المنافسة

إن هذا القانون الجديد و هو امتداد للقانون التجاري الذي تطور مع تطور المؤسسات الاقتصادية إلى أن ظهر ما يعرف حاليا بقانون الأعمال ، و إذا كان قانون حماية المستهلك الذي هو كذلك امتداد للقانون التجاري و يحمي فئة المستهلكين فإن قانون المنافسة يضبط عمل العون الاقتصادي و ينظم سلوكه اتجاه المستهلك بصفة خاصة و سلوكياته في السوق عموما . في ظل اقتصاد السوق ، حيث أن المنافسة تعد مبدأ من مبادئ هذا الاقتصاد⁵ . و قد اظهرت الاحصائيات في الجزائر انه منذ تفعيل مجلس المنافسة لم يتلق سوى اخطارين:

أ. قضية رقم 2006/40 المؤرخة في 2006/06/03 : بين شركة MED SANTE ضد EHS استنادا الى شكوى محتواها الحيلولة والحرمان من المشاركة من المناقصة من خلال عدم تسليم فتر الشروط (تم رفض الملف نظرا لعدم وجود وثائق كافية لتبرير ذلك)

¹ فوزية زيدان ، بن يحي و هيبية ، دور القضاء الاستعجالي في حماية حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2015 ، ص7

² طارق بجادي ، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية ، مذكرة لتبيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية ، 2012-2013 ، ص 15

³ ليلي بوكحيل مرجع سابق ، ص 8

⁴ حسين شرواط ، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03-03 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص 26 .

⁵ نادية تياب ، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام ، الملتقى الوطني السادس حول " دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " ، جامعة الجزائر ، 2013 ، ص 2

ب. قضية رقم 2003/26 المؤرخة في 2003/06/03: الشركة SARL MID ضد المعهد INSID بحجة الاخلال بقواعد الصفقات العمومية من خلال حرمانه من المركز الاول (تم رفض الملف لعدم اختصاص المجلس استنادا الى المادة 02 من المرسوم 06-95 المؤرخ في 25 يناير 1995)¹.

ثانيا : في قانون الصفقات العمومية

إن مبدأ حرية المنافسة هو فتح المجال للأشخاص الطبيعيين و المعنويون الذين توفرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة لتقديم عروضهم امام احدى الهيئات المؤهلة قانونا للإبرام الصفقة ، ذلك بان تقف موقف حيادي ازاء المتنافسين و ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية لدعوة او استبعاد المتنافسين من الدخول في الصفقة العمومية² .
نعني بها حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة و فق الحدود التي يحددها القانون ، بمعنى أن يتم إعطاء الفرصة للجميع للمشاركة في تقديم الخدمات العامة دون تمييز³ .
و مبدأ حرية المنافسة نص عليه أول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، حيث تضمن مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية خلاف عن التنظيمات السابقة . حيث نصت المادة 2 مكرر من المرسوم الرئاسي 08-338 على نجاعة الصفقات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام و يجب أن تراعى للصفقات العمومية الخاضعة للمرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و ذلك عن طريق إلزامية الإعلان عن الصفقة و المساواة في معاملة المترشحين و الشفافية⁴ .
و كذلك المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الذي نصت المادة 3 منه على ان لضمان نجاعة الصفقات العمومية و حين سير المال العام يجب ان تراعى هذه الصفقة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في التعامل مع المرشحين و شفافية الاجراءات و ذلك تحقيقا للمصلحة العامة بدرجة اولى و تحقيقا للمصلحة الخاصة .
و من تطبيقات هذا المبدأ ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية نصت المادة 72 " ...

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي و المختار مؤقتا ، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع أسعار...
تقترح على المصلحة المتعاقدة ان ترفض هذا العرض ... " و هذا تكييف لأحكام قانون الصفقات العمومية مع ما جاء به الأمر 08-12 و التي تنص على أنه " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج و التحويل و التسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلتها من دخول السوق "⁵.

بالإضافة الى أن المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 أجازت لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا يترتب على منح

شروط حسين ، مرجع سابق ، ص 121

² ليلي بوكحيل ، مرجع سابق ، ص 4

³ صالح زمال ، مرجع سابق ، ص 13

⁴ تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة مولود معمري - تيزي وزو ، 2013 ، ص 52 .

⁵ شروط حسين ، مرجع سابق ، ص 14.

المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في إخلال المنافسة في القطاع المعني ، و بالتالي تقادي كل تعسف قبح ينتج عن هذه الوضعية¹.

الفرع الثالث : مظاهر تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أولاً : دفتر الشروط

كما أشرنا إليه سابقا فان دفتر الشروط هو وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بالصفقة و الوثائق المكونة لها و هذه البنود تتعلق بموضوع الصفقة ، الوثائق المكونة للملف الترشيح ، معايير الاختيار ، طريقة التنقيط بالنسبة للعرض المالي و التقني ... الخ من البيانات المتعلقة بالصفقة².

و يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد الشروط بدقة تحقيقا لمبدأ شفافية الاجراءات ، و يخضع دفتر الشروط لرقابة و دراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة قيل الاعلان عن طلب العروض³.

ثانيا : علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة

إن مبدأ العلانية من أهم المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية و يتعين على المصالح المتعاقدة الالتزام بهذا المبدأ في جميع مراحل إبرام الصفقة . و يتجسد مبدأ العلانية من خلال عمليتي الاشهار و تمكين المتعهدين من جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة ابتداء من دفتر الشروط و انتهاء بسلم التقييم الذي تم على اساسه المنح المؤقت . و تشمل علانية المعلومات مرحلة الاعلان عن الصفقة العمومية وفق الأحكام التي نصت عليها المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، كما تشمل الاعلان على المنح المؤقت كما نصت على ذلك المادة 65 الفقرة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية .

ثالثا : شفافية إيداع و فتح العروض

حملت الفقرة 3 من المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 ضمانا للمتعهدين أو المشاركين أو المرشحين تمثلت في وجوب ذكر تاريخ و آخر ساعة لإيداع العروض و تاريخ و ساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين⁴.

و جاء في المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247 الفقرة الخامسة ما يلي " يوافق تاريخ و آخر ساعة لإيداع العروض و تاريخ و ساعة فتح الأظرفة التقنية و المالية آخر يوم من أجل تحضير العروض ...".

واضح من المادة أعلاه أن المشرع تبنى قاعدة فتح الأظرفة التقنية و المالية في آخر يوم من أيام الإيداع ، و يعلن عن يوم الفتح و ساعته في الجرائد الوطنية و في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، و بذلك أضفى المشرع على آخر يوم من أيام العرض و كذلك ساعة فتح الأظرفة شفافية كبيرة ، فهي معلومات متوفرة لدى الجميع و ليست خافية على أحد من المشاركين⁵.

رابعا : معايير التقييم و أسس اختيار المتعاقد

¹ نادية تياب ، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام ، مرجع سابق 7

² بجادي طارق ، مرجع سابق ، ص 23

³ زيدان فوزية – بن يحي و هيبية ، مرجع سابق ، ص 18 .

⁴ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 261 .

⁵ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، المرجع نفسه ، ص 276 .

تفرض قواعد المنافسة النزاهة و الشريفة وجوب توضيح معايير إختيار المتعاقد بشكل دقيق فيما خص اعتبار و قيمة كل معيار و هذا في المرجع العام للصفقة ألا و هو دفتر الشروط . و قد حددت المواد من 76 إلى 81 جملة من المعايير تلزم كل إدارة خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بتطبيقها ، فإذا كان المشرع إعترف للإدارة المعنية بسلطة إختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة و التقييم من جهة ، و يمكن الإدارة الى حد بعيد من إختيار المتعاقد معها وفق معايير محددة و معروفة و معلنة من جهة ، غير أنه قيدها بجملة من الضوابط حددها المرسوم الرئاسي 15-247¹ .

النقاط المشتركة بين الأمر 03-03 المعدل و المتمم و المرسوم الرئاسي 15-247 :

قد يتخذ المنافس طرق احتيالية و ملتوية و منافية للمنافسة المشروعة (سلوكيات أحادية الطرف) ، أو إتفاق مؤسستين على السعر المرجعي المقترح للصفقة (سلوكيات متعددة الأطراف) ، و هذه الممارسات المدبرة إذا كانت تستهدف إتفاقاتها لإقتسام السوق جغرافيا أو إتفاقات توزيع الزبائن أو إتفاقات إذعان ، كجمع مؤسسات تريد الإستجابة لإعلان طلب العروض ، و تتضح في الصفقات العمومية خاصة في مجال البناء و الأشغال العمومية مصل إصلاح السدود و الطرقات ، هذا الشكل يجعلهم يتملصون من المنافسة فتتفق هذ المؤسسات مسبقا على إقتسام الصفقات العمومية غي السوق ، بتعيين مؤسسة تقترح أفضل عرض – يكون هذا بالتداول – ضمينا من أجل إقتسام المنافع و هذا هو العمل المدبر بذاته فتتخدع المصلحة المتعاقدة المعلنة عن الصفقة العمومية بهذه المنافسة الظاهرية و المدبرة ضمينا² .

و جل هذه المخالفات منصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية و قانون المنافسة ، ففي المقام يأتي " التعسف في وضعية الهيمنة" المنصوص عليها بالمادة 7 من الأمر 03-03 المعدل و المتمم و المادة 72 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 " إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت " ³ .

و في المقام الثاني المخالفات المتعلقة بالتسعيرة المفترسة ، سواء من خلال خفض الأسعار بصفة مصطنعة و التي ذكرت في المادة 72 الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 و التي تقابلها المادة 12 من الأمر 03-03 . أو من خلال رفع الأسعار بصفة مصطنعة و التي نصت عليها المادة 72 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 و التي تقابلها المادة 6 و 7 من الأمر 03-03⁴ .

الفرع الرابع : الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة

قد تلجأ الإدارة إلى اقضاء بعض المتنافسين دون أن يعد ذلك اخلايا بمبدأ حرية المنافسة ، ويكون ذلك اما تطبيقا لنص قانوني اذ عادة ما تحدد نصوص بعض القوانين فئات يمنع عليها الدخول في المناقصات التي تجريها الإدارات العمومية لإرتكابها لجرائم أو مخالفات أو لإسباب

¹ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، المرجع نفسه ، ص 292.

² تباب نادية ، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام ، مرجع سابق ، ص 74 .

³ بجادي طارق ، مرجع سابق ، ص 25

ليلي بوكحيل ، مرجع سابق ، ص 94

عملية فقد تحدد المصالح المتعاقدة بعض الشروط و يؤدي فرضها جعل مجال المنافسة محصور على فئات محددة¹.

أولاً : المنع لأسباب قانونية

- وهي قيود يفرضها المشرع و يترتب على اعمالها منع المعنيين بها المشاركة في الصفقات العمومية ، و نذكر منها المادة 62 من الأمر رقم 96-31 التي تقضي بأن " كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية و لمدة عشر سنوات ".
لهذا السبب يشترط تقديم صحيفة السوابق القضائية اذا تعلق الأمر بشخص طبيعي و للمسير او المدير العام للمؤسسة اذا تعلق الأمر بشخص معنوي .
كما يمنع من عقد الصفقة العمومية كل شخص معنوي ارتكب احدى المخالفات المنصوص عليها في المادتين 1 و 2 من الأمر رقم 96-22 و ذلك طبقاً لنص المادة 5 منه².
في هذا الصدد نصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه " يقضى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون :
- الذين رفضوا استكمال عروضهم او تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض ، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه .
- الذين هم في حالة الافلاس او التصفية او التوقف عن النشاط او التسوية القضائية او الصلح .
- الذين هم محل اجراء عملية الافلاس او التصفية او التوقف عن النشاط او التسوية القضائية او الصلح .
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخافة تمس بنزاهتهم المهنية .
- الذين لا يستوفون واجباهم الجبائية و الشبه جبائية .
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم .
- الذين قاموا بتصريح كاذب .
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من اصحاب المشاريع .
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش و مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجبائية و الجمارك و التجارة .
- الذين كانوا محل ادانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي .
- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم .
توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية³ .
و تطبيقاً للمادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 صدر قرار عن وزير المالية بتاريخ 19 ديسمبر 2015 يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية و قد نشر في العدد 17 من الجريدة الرسمية⁴ .

ليلي بوكحيل ، مرجع سابق ، ص 11¹

تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 76²

صالح زمال ، مرجع سابق ، ص 46³

عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 264⁴

ثانيا : المنع بسبب شروط تفرضها المصلحة المتعاقدة

صنفت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 أشكال طلب العروض كما يلي :

1. طلب العروض المفتوح .
 2. طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا .
 3. طلب العروض المحدود .
 4. المسابقة .
- و أشارت نفس المادة أنه يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا ، و هو ما ينجر عنه أن مجال المنافسة قد يتسع و يضيق تبعا عما إذا كان طلب العروض وطنيا أو دوليا فيعرف حينئذ مجالا أوسع يضم الوطنيين و الأجانب¹ .

و باستثناء طلب العروض المفتوح ، فان باقي أشكال طلب العروض تضع له المصلحة المتعاقدة شروطا سنينها لاحقا عندما نتناول طرق إبرام طلب العروض ، هذه الشروط يجعل المشاركة في المنافسة على طلب العروض مقتصرًا على المتعاملين الاقتصاديين الذين يثبتوا استيفائهم تلك الشروط .

ثالثا : الأفضلية الوطنية و تعطيل مبدأ حرية المنافسة

إن المشرع الجزائري بالنص على الأفضلية كمبدأ عام لم يخرج عن ما ذهبت إليه العديد من البلدان في هذا الشأن ، بل حتى الاتفاقات الدولية التي تنظم هذا المجال تنص هذا المجال تنص على منح الأفضلية للمؤسسات الوطنية ، و هامش الأفضلية لا يطبق إلا بمناسبة الصفقات العمومية الوطنية و / أو الدولية إذ لا مجال لتطبيقه في الصفقات الوطنية² .

و لقد نصت المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه ، في سبيل ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج ، التي تقتضي منح هامش لأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) ، للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و / أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ، وإذا كانت المؤسسات الأجنبية هي التي تقدمت بالعرض ، فتقوم بتبرير الحصص التي تحوزها في المؤسسات التابعة لها الخاضعة للقانون الجزائري . أما عن المادة 84 من ذات المرسوم فقد قيدت المصلحة المتعاقدة التي تلجأ الى فتح مجال الطلب العمومي للمنافسة الدولية بأن تنص في دفاتر الشروط ، بالنسبة للمتعهدين الأجانب ، على الالتزام بالاستثمار في شراكة ، عندا يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية او الوزير المعني ، بالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها³ .

ايضا نجد ان الناظم كان اكثر تقييدا للحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة من خلال المادة 85 من المرسوم السابق الذكر ، حيث الزمها بالتقيد بالدعوة للمنافسة الوطنية عندما يكون الانتاج الوطني او اداة الانتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة ، مع مراعاة حالات الاستثناء المنصوص عليها بنفس المرسوم والتي يقصد من ورائها الاخذ في الاعتبار بالمؤسسات المصغرة ، والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والتي تلجأ الى تمويل من الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب حيث تمنح حتى 20 بالمائة من الصفقات

¹ ليلي بوكحيل ، مرجع سابق ، ص 111

² نادية ظريفي ، مرجع سابق

³ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 267.

العمومية لفائدة هذه الاخيرة ، وذلك في ظل تطبيق المادة 87 من المرسوم الانف ، وذلك لضمان ديمومتها وعدم اتجاهها نحو الافلاس وفشل ، المشروع ، وفي حالة ارتكاب تجاوز بخصوص الزامية منح 20 بالمائة من المشاريع ، تقوم الوكالة بأخطار الجهات المعنية لتجميد منح الصفقة ، إلا ان هذا الامر لا نجده في الواقع ولا يزال حبرا على ورق ¹ .

الفرع الخامس : مبادئ منح الصفقة ضمانات لحرية المنافسة

لعل من أبرز محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد أنه تضمن في نص المادة 5 منه المبادئ الهامة التي تحكم الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها . و هي الشفافية و التي تستوجب إعلان المنافسة كأصل عام المساواة بين العرضيين ، و حرية الوصول للطلب العمومي ، و الاستعمال الأحسن للأموال العامة² .

أولا : مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية و علانية المعلومات :

يفرض مبدأ اللجوء للمنافسة تنظيما اقتصاديا قائما على اقتصاد السوق قوامه نعدد العروض أمام الطلب ، فلا يمكن تصويره منظومة تنكر الحرية الفردية³ .

و يقصد به فسح مجال المشاركة أو المنافسة للعارضين و منح الفرصة لكل من توفرت فيه شروط المشاركة حسب الإعلان المنشور و بالشروط و الكيفية الواردة أيضا في دفتر الشروط المتعلق الصفقة من أجل تقديم عروضهم و ترشيحاتهم أمام المصلحة المتعاقدة⁴ .

و تأسيسا على ما تقدم ارتبط مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية بمبدأ فرعي هو وجوب الإشهار ، و هذا يستلزم إقرار مسؤولية الإدارة الجزائية و الإدارية في حال إخلالها بقواعد الإشهار و المنافسة النزاهة و الشريفة⁵ . فمسئوليتها الجزائية مقننة بموجب المادة 9 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته⁶ ، حيث جاء فيها: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و النزاهة و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية " .

فالمناقصة تعد الوسيلة الرئيسية و الاسلوب الذي يشكل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية فهي تمثل الدعوى الى المنافسة عند القيام عن الاعلان عن الصفقة يتقدم المترشحين الى الهيئات المختصة قانونا المنصوص عليها في المادة 2 من نفس المرسوم بتقديم تعهداتهم قصد التعاقد معهم دون اي تمييز و يعني ذلك المساواة بين المتنافسين ذلك في اطار احترام المنافسة التي تفرض معاملة مماثلة لكل المعنيين بالصفقة و حظر الاعمال المدبرة التي تهدف الى الحد من الدخول الى العروض او تطبيق الشروط مستجيبة لنفس الخدمات اتجاه المتعاملين مما يحرمهم من منافع عملا بأحكام المادة 6 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة وفق شروط تحددها دفاقر الشروط .

1 عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 292.

2 تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 79

3 صالح زمال ، مرجع سابق ، ص 48

4 تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 81

5 زيدان فوزية - بن يحي و هيبية ، مرجع سابق ، ص 18

6 . الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 14 ، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006 .

2 تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 82

و لا يتحقق هذا المبدأ الوصول للطلبات العمومية إلا بوجود الشفافية في الاجراءات ذلك يضمن الوصول الافضل للعروض سواء من حيث كيفية ابرام الصفقات او اجراءات ابرامها . و هذا ما اكدته المادة 5 من الامر 15-247 و التي تنص " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و للاستعمال الحسن للمال العام يجب ان تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول الى الطلبات العمومية " ¹.

ثانيا : مبدأ المساواة

المقصود بهذا المبدأ هو اتاحة نفس الفرصة لكل من يتقدم الى المناقصة او مزايده من دون اي تمييز بين المترشحين ، ذلك بان لا يتم اعفاء بعض المتنافسين من الشروط معينة دون البعض الاخر او اضافة شروط او حذفها او تعديلها بالنسبة للبعض الاخر و هذا يعني الزامية التعامل مع المشاركين معاملة متساوية قانونا و فعلا فالمساواة في نفس الوقت الاساس و الوسيلة لخدمة المنافسة فهو يعد ضمانا للمنافسة الحرة و تلتزم المصلحة المتعاقدة بوضع معايير موضوعية تعلق أساسا :

- شروط تقدم تعهدات التي تتضمن الصفقة العمومية .
- معايير ارساء الصفقة.
- هذا المبدأ يعتمد على تكافؤ الفرص بين المتعاقدين بالزام تقديم عروضهم بكل سرية ذلك بعدم معرفة الاطراف الاخرى المترشحين من معرفة المحتوى العرض .
- و لا يجب تسريب المعلومات من طرف لجان فتح الاطرفة ذلك بحكم مشاركتهم في اعداد دفتر الشروط الخاص بصفقة .

و يتطلب مبدأ المساواة بين المتنافسين في العطاءات عدم جواز استبعاد اي متقدم لأسباب غير قانونية و قد اكدت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذا المبدأ حيث نصت على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و المساواة الحسن للمال العام ، يجب ان تراعى في الصفقات العمومية المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الاجراءات " ².

ثالثا : مبدأ شفافية الاجراءات

يعد مبدأ الشفافية عموما من أهم آليات الحكم الراشد ، فمن حق الفرد أن بكل الوسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني ، و لا يجوز للإدارة أن تمارس تجاهه شكلا من الممارسة السلبية فتحرمه مثلا من الحصول على المعلومة التي تخصه و تمس مصالحه و شؤونه تحت ذريعة السر المهني ³.

و قد كرس تنظيم الصفقات العمومية مبدأ الشفافية في مواد عديدة من المادة 61 و التي أوجبت الإشهار الصحفي في طلب جميع أشمال طلب العروض ، وحددت المادة 62 البيانات التي يجب أن يحتويها إعلان طلب العروض ⁴.

و ألزمت المادة 65 أن يتم تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية و بغلة أجنبية واحدة على الأقل و يتم نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و جريدتين ليوميتين موزعتين على المستوى الوطني على الأقل .

¹ صالح زمال ، مرجع سابق ، ص 51

تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 82

² عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 298

صالح زمال ، مرجع سابق ، ص 52⁴

و تكريسا لمبدأ الشفافية أيضا ألزم الرسوم الرئاسي 15-247 في المواد 64 و 66 و 70 الإدارة بإخطار العارضين بتاريخ و ساعة فتح الأظرفة ، و يتم هذا في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين أو ممثلين عنهم و يتم إعلامهم مسبقا⁴ .

⁴ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 299

الفصل الأول

مفهوم القضاء

الإداري

الإستعجالي ما قبل

التعاقدية في

الصفقات العمومية

نظرا للدور الهام الذي تحتله الصفقات العمومية في السياسة التنموية للبلاد و ارتباطها بالمال العام ، فقد أولاها المشرع الجزائري أهمية البالغة و خص لها نظاما قانونيا مستقلا عن باقي العقود الإدارية ، إلا أن هذه التدابير كانت منقوصة خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي قد تطرأ خلال مرحلة الابرام .

و قد حاول المشرع الجزائري تدارك هذا النقص في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي كثيرا ما يستلهم منه القواعد القانونية ، حيث أن التشريع الفرنسي كان سباقا في إيجاد الحلول القانونية للمسائل المتعلقة بحماية حرية المنافسة خلال مرحلة الابرام .

و بهدف معرفة ظروف نشأة و أوجه التطور في القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدى كان لزاما علينا تسليط الضوء على الاستعجال ما قبل التعاقدى في فرنسا بلد المنشأ ، ثم نخرج على تبني المشرع الجزائري لهذا النوع من الاستعجال.

و في هذا الصدد تبرز مسألة الاختصاص النوعي لمنازعات الصفقات العمومية و التي تثير العديد من الاشكالات و التي كان من الواجب التطرق إليها بشكل من التفصيل نظرا لأهمية تحديد مجال اختصاص القاضي الاداري في هذا النوع من المنازعات .

و هذا ما سنعالجه من خلال مبحثين :

المبحث الأول : تعريف ونشأة القضاء الاداري الاستعجالي ما قبل العاقدى .

المبحث الثاني : قواعد الاختصاص النوعي في الصفقات العمومية و إشكالاته .

المبحث الأول : تعريف و نشأة القضاء الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقدية

لقد عرف التشريع الإداري الفرنسي تطورا كبيرا بفضل الإجتهد الخلاق للقضاء الإداري الفرنسي و خاصة مجلس الدولة الفرنسي ، و كان للجهد الجماعي الأوروبي دوره البارز في الدفع نحو إيجاد قواعد قانونية جديدة خاصة في المجال الاقتصادي الذي يعتبر الحلقة الأهم في هذا التجمع الاقليمي خاصة فيما يتعلق بالاستثمار الحر في إطار المنافسة النزيهة .

و في هذا الصدد ، سعت فرنسا في إطار تماشيها مع النصوص القانونية و التنظيمية الأوروبية الى وضع الاطر القانونية المتعلقة بالمنازعات الناشئة أثناء إبرام الصفقات العمومية فاستحدثت قواعد و آليات قانونية جديدة في هذا الإطار . و على عادته تبنى المشرع الجزائري هذا التوجه للمشرع الفرنسي و إستحدثت قواعد مماثلة في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية .

سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين الأول محوره نشأة و تطور القضاء الاستعجالي الإداري في مجال الصفقات العمومية في فرنسا و الثاني نتطرق فيه إلى تبني المشرع الجزائري للاستعجال ما قبل التعاقدية .

المطلب الأول: نشأة و تطور القضاء الاستعجالي الإداري في مجال الصفقات العمومية في فرنسا .

إن التطرق إلى خصوصية الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية يقتضي الإحاطة بمفهوم الاستعجالي قبل التعاقدية من خلال التطرق إلى تعريفه ، و تطوره التاريخي و النصوص القانونية المنظمة له في التشريع الفرنسي .

الفرع الأول : تعريف القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية .

إن هذا العنوان ذو طابع المركب فهو جامع لمصطلحين هما القضاء الاستعجالي من جهة و الصفة العمومية من جهة أخرى و هو ما يفرض علينا تناول الاثنين بالشرح و التفصيل. رغم أن المشرع الجزائري نص على الخصائص التي يقوم عليها تعريف القضاء الاستعجالي في المواد من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إلا انه قد أحجم عن وضع تعريف للقضاء ، من الاستعجالي تاركا ذلك للفقهاء و القضاء.

و قد عرفه الأستاذ Merignhac بأنه إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات و الأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق" ¹ .

في حين عرفته محكمة النقض المصرية بقولها " يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر، و الاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار و قتي يبراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى انه بغير حق و منع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه " .

¹ Mérignhac, ordonnances sur requête et des référés, 2ème partie, les référés, Toulouse, soubiron éditeur, 1924, p7

أما الصفقة العمومية فتعرفها المادة من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام المذكور سابقا بأنها "العقد المكتوب في مفهوم التشريع المعمول به" .

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية بأنه "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص ، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة¹.
و الأصل في الدعوى الاستعجالية السابقة على العملية التعاقدية أنها إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوروبي² ، الهدف منه حماية قواعد العلانية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام العقد ، وهذا بإعطاء القاضي الإداري سلطات واسعة و غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإدارية العادية ، و تدرج الأوامر في هذا الإطار تحت الإجراءات التحفظية التي يمكن للقاضي أن يقرنها بغرامات تهديدية و وقف إبرام العقد ، و وقف كل الاجراءات و القرارات المتصلة و المرتبطة بالإبرام³.

الفرع الثاني : نشأة الإستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا

يرد النظام القانوني للاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا إلى أصل تشريعي أوروبي فقد تشدد المشرع الأوروبي بشأن تطبيق قواعد العلانية و المنافسة في نطاق إبرام عقود الشراء العام و في بيل تحقيق ذلك قام باصدار التعليمية 89-665 بتاريخ ديسمبر 1989 التي وردت تحت عنوان " طعن و رقابة " في مجال الصفقات العمومية للتوريدات و الأشغال و التي تم تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بعد أن تنبه المشرع إلى عدم وجود دعوى قضائية تؤمن احترام الأحكام الأوروبية في نطاق المنافسة و العلانية ، و تضمن مجازاة المخالفات المرتكبة في هذا المجال⁴ .

و تهدف هذه التعليمية الى السماح برقابة دقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال ابرام الصفقات العمومية للتوريدات و الأشغال ، وتبعاً لذلك أضاف قانون 1992 المعدل بواسطة قانون 29 يناير 1993 ، المادة 22 L إلى قانون المحاكم الإدارية و المجالس الإدارية الإستئنافية ، و الذي يمنح عدد معين من السلطات لرئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه ، و الذي يفصل ابتدائياً و نهائياً ، في شكل الإستعجال ، في حالة " الإخلالات

¹ Bergeal(Catherine), Lenica(Frédéric) , contentieux de marchés public, imprimerie nationale, édition paris, 2004, p42.

² Patricia Grelier Bessmann , le mémento des marchés publics des travaux, éditions eurolles, parais, 2002, p133

³ Lajoie Christophe , Droit des marchés publics , Berti édition , Alger , 2007 , p 66.

⁴ Benoit Francis – Paul , Le droit administratif Français , édition Dalloz , Paris , 1968 , p 196 .

بالتزامات الإشهار والوضع في المنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية و اتفاقيات تفويض المرفق العام¹ .

و بناء عليه تبنى المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدور القانون 92-10 المؤرخ في 1992/01/04 المتعلق بالصفقات العمومية و القانون 92-13 المؤرخ في 1992/02/25 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في بعض المجالات (الطاقة ، المياه ، النقل ، الاتصالات) . وتم إدراج أحكامهما في المادتين L 22 و L 23 من قانون المحاكم الإدارية و محاكم الاستئناف الإدارية ، ثم المواد L. 511.1 و L. 511.2 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري² .

و بالتالي لكي يكون الطعن القضائي فعالا في معاقبة المخالفين لقواعد إبرام العقود الإدارية لا بد أن يكون ذو طابع وقائي بالزام الإدارة باحترام الالتزامات التي يفرضها عليها القانون فيما يتعلق بالعلانية و المنافسة قبل اتمام إبرام العقد ، في اطار اجراءات تتسم بالبساطة و السرعة³ ، و بهذا فهو ليس إجراء علاجي يهدف إلى إلغاء قرار إسناد العقد بعد مرور مدة طويلة على تنفيذه⁴ .

إنّ القانون الفرنسي السالف ذكره 92-10 المؤرخ في 1992/01/04 قد منح إمكانية إثارة الدعوى الاستعجالية الموضوعية قبل التعاقد على عقود التوريد والأشغال العامة فقط، وذلك إذا تجاوزت القيمة المحددة لتطبيق أحكام العلانية والمنافسة ذات الفضل الأوروبي، لكن بعد ذلك نصّت المادة L5 من القانون المؤرخ في 1993/01/25 على إمكانية إثارة هذه الدعوى الاستعجالية يشمل مخالفات العلانية والشفافية المرتكبة عند إبرام كل الصفقات العمومية وبغض النظر عن قيمتها⁵ .

لكن لكل ميدان نطاقه الخاص ، فالمادة L 23 تتعلق بإبرام الصفقات العمومية الخاصة بالتوريدات و الأشغال المتدخلة في القطاعات الخارجة عن النظام العام ، مثل قطاعات المياه ، الطاقة ، النقل و الإتصال ، و المعتبرة كمثيرة لمشاكل خصوصية .

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص 268 .

² حسين طاهري ، قضاء الإستعجال فقها وقضاء مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن ، دار الخلدونية، 2005، ص 7.

³ René Chapus ، Droit du contentieux administratif ,12 édition , Edition Montchrestien , 2006,p223 .

⁴ Aldo Sevino , Le memento du référé précontractuel , Edition EYROLLES , Paris , France , 2009 , p 23 .

⁵ زيدان فوزية ، بن يحيى وهيب ، دور القضاء الاستعجالي في حماية حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2015 ، ص 16 .

و تعرف المادة 22 L النظام العام régime générale بأنه يطبق على " الصفقات العمومية للقطاعات الكلاسيكية و على اتفاقيات تفويض المرفق العام¹ .

و بالنسبة لمعرفة ما يجب فهمه من عدم مراعاة التزامات الإشهار و المنافسة ، كرس القضاء مفهوما موضوعيا فلا يتعلق الأمر بالبحث عما إذا انشغل الشخص العمومي بالتهرب من التزاماته (كما نفعله عندما نكون بصدد اثبات تجاوز السلطة) بل بمعاينة أن تنظيم المنافسة لم يتم على ما يرام² .

و قد خول المشرع الفرنسي للقاضي الاستعجالي قاضي فرد ، سلطة توجيه أوامر للإدارة لإحترام قواعد العلانية و المنافسة طبقا للمادة L. 511.1 و المادة L. 511.2 من قانون القضاء الإداري³ .

و عليه نص المشرع الفرنسي على امكانية لجوء أي شخص تضرر من خرق الإدارة لهذه الالتزامات للقاضي الاستعجالي قبل ابرام العقد لتوجيه أمر لها بمراعاة قواعد إبرامه و وقفه في إطار ما يسمى بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية التي تهدف لحماية قواعد العلانية و المنافسة المنصوص عليها في التشريعات الوطنية و الأوروبية على حد سواء⁴ .

و تطبيقا للمادة L. 511.1 و ما بعدها ينتج بأن قاضي الاستعجال (رئيس المحكمة الإدارية او نائبه) بالإمكان بل أيضا من الواجب طرح النزاع امامه قبل وصول اجل ابرام العقد الى نصابه .

و كما يوضحه القضاء ، تزود المادتان L. 511.1 و L. 511.2 قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد " برقابة القضاء الكامل " ، على مدى احترام السلطة المسؤولة عن ابرام العقد لالتزاماتها بشأن الإشهار و إحترام حرية المنافسة ، و هذا ما يحمله أساسا على تفحص الدوافع التي على أساسها استبعد المترشح من منح العقد .

و بخصوص ما يميز المادة L. 511.1 عن المادة L. 511.2 ، فالأمر يتعلق بالتدابير التي يمكن للقاضي النطق بها⁵ .

1- "أمر" ، " وقف" ، "إبطال" ، "محو" ، هي العبارات الملخصة لسلطات القاضي طبقا للمادة L. 511.1 .

و هكذا تكون تحت تصرفه من جهة تدابير مؤقتة : أمر الشخص العام بالخضوع لالتزاماته أو وقف ابرام العقد ، أو تنفيذ القرارات المتعلقة به .

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا ، مرجع سابق ، ص 269 .

² Aldo Sevino , op , p 26

³ Bergeal Catherine , Lenica Frédéric ,

⁴ زيدان فوزية ، بن يحي وهيبية ، مرجع سابق ، ص 41

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، مرجع سابق ، ص 270 .

و من جهة أخرى تدابير نهائية و هي إبطال تلك القرارات ، محو البنود المخصصة للظهور في العقد .

2- و بالنسبة للمادة L. 511.2 يستطيع القاضي "فقط" توجيه أوامر الى الشخص المخل بالتزاماته (شخص عمومي أو خاص) و هذا بصفة اساسية أي " أمره ... بالامتثال لالتزاماته " و منحه مهلة للتنفيذ¹.

و باستطاعته ايضا النطق بغرامة تهديدية مؤقتة (أي قابلة للتعديل) ، و هو ما سنراه لاحقا عندما نستعرض سلطات القاضي الإداري في الاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا .

الفرع الثالث : النصوص القانونية المنظمة للاستعجال ما قبل التعاقد في التشريع الفرنسي

أولا : القانون 2000-597 المؤرخ في 30 جوان 2000 المتضمن قانون القضاء الإداري المعدل و المتمم .

المادة L. 511.1 :

" يجوز إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي يفوضه ، في حالة عدم الامتثال للإشهار وشروط العطاءات التنافسية لمنح الصفقات العمومية ، والعقود المذكورة في المطة 2 من المادة 24 من الأمر رقم 649-2005 المؤرخ 6 يونيو 2005 المتعلق بالعقود التي يمنحها بعض الأشخاص العموميين أو الخواص غير الخاضعين لقانون الصفقات العمومية ، وعقود الشراكة ، والعقود المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة L. 6148-5 مدونة اتفاقات تفويض الصحة العامة والخدمة العامة. يجوز الإخطار من طرف المتعاملين المشاركين في طلب العروض و كل من له مصلحة في إبرام العقد والذين من المحتمل أن يتضرروا بسبب هذا الخرق ، وكذلك من طرف ممثل الدولة في المقاطعة في حالة إبرام العقد أو سيتم إبرامه من قبل سلطة محلية أو مؤسسة عمومية محلية.

يتم إخطار رئيس المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد . يجوز له أن يأمر صاحب الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتعليق عملية منح الصفقة أو تنفيذ أي قرار متعلق بها . كما يجوز له إلغاء هذه القرارات وحذف البنود المخالفة لقواعد الإشهار و المنافسة في العقد. وبمجرد إخطاره ، يمكن للقاضي أن يأمر بتأجيل توقيع العقد حتى نهاية الإجراءات القضائية وذلك في أجل أقصاه 20 يوما.

ما لم يرتبط الطلب بالصفقات أو العقود التي تبرمها الدولة ، فيجوز للدولة أيضا تقديمها عندما تخطرها مفوضية الجماعات الأوروبية بالأسباب التي ترى أنها واضحة وواضحة. الإعلان والمنافسة من أصل المجتمع أو الناتجة عن اتفاق على المنطقة الاقتصادية الأوروبية . رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب يفصل ابتدائيا نهائيا " 1 .

¹ Aldo Sevino , op , p 27.

المادة 2-551 L :

" يجوز إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي الذي يفوضه ، في حالة عدم الامتثال للإشهار وشروط العطاءات التنافسية لمنح الصفقات العمومية المذكورة في الفقرة 2 من المادة 33 من المرسوم رقم 2005-649 من 6 يونيو 2005 المتعلقة بالعقود التي يمنحها بعض الأشخاص العاميين أو الأفراد غير الخاضعين لقانون الصفقات العمومية. قبل إبرام العقد ، لا يستطيع القاضي التصرف إلا وفق الشروط المحددة أدناه.

يجوز الإخطار من طرف المتعاملين المشاركين في طلب العروض و كل من له مصلحة في إبرام العقد والذين من المحتمل أن يتضرروا بسبب هذا الخرق ، وكذلك من طرف ممثل الدولة في المقاطعة في حالة إبرام العقد أو سيتم إبرامه من قبل سلطة محلية أو مؤسسة عمومية محلية

يجوز لرئيس المحكمة الإدارية ، أو القاضي الذي يفوضه ، أن يأمر صاحب الإخلال بالامتثال لالتزاماته. يحدد المواعيد النهائية التي يجب أن ينفذ فيها مرتكب الخروقات. يجوز له أيضاً النطق بغرامة تهديدية مؤقتة عند انتهاء المهلة الزمنية. غير أنه قد يأخذ في الحسبان العواقب المحتملة لهذا التدبير الأخير على جميع المصالح التي قد تتأثر ، بما في ذلك المصلحة العامة ،

Article L. 511.1¹

"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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'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, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. 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'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du Tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les dites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'Accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

Le président du Tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés" .

ويقرر عدم النطق بها حيث قد تفوق نتائجها السلبية فوائدها. وبمجرد إخطاره ، يمكن للقاضي أن يأمر بتأجيل توقيع العقد حتى نهاية الإجراءات القضائية وذلك في أجل أقصاه 20 يومًا.

يتم تصفية مبلغ الغرامة التهديدية مع الأخذ في الاعتبار سلوك الشخص الذي تم توجيه الأمر القضائي إليه والصعوبات التي واجهها في تنفيذه.

ما لم يشمل تطبيق الصفقات والعقود التي تبرمها الدولة، ويمكن أيضا أن تقدم من قبل هذا الأخير عند لجنة الجماعات الأوروبية قد أخطر الأسباب التي ترى أن خرق واضح واضح من التزاماته أعلاه قد ارتكبت.

يفصل رئيس المحكمة الإدارية ، أو القاضي الذي يفوضه ، في ابتدائيا نهائيا في التدابير المؤقتة.

إذا لم يتم إصلاح الانتهاك عند تصفية دفع الغرامة التهديدية ، فيجوز للقاضي فرض غرامة جزائية. في هذه الحالة ، يفصل في شكل قرارات مؤقتة .

وتكون العقوبة ، سواء كانت مؤقتة أو نهائية ، مستقلة عن الأضرار. تلغى العقوبة المؤقتة أو النهائية كليًا أو جزئيًا إذا ثبت أن عدم الأداء أو التأخير في تنفيذ أمر القاضي يأتي كليًا أو جزئيًا من سبب خارجي " ¹.

¹ Article L. 551-2

"Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles sont soumis les marchés mentionnés au 2° de l'article 33 de l'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. Le juge ne peut statuer, avant la conclusion du contrat, que dans les conditions définies ci-après.

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.

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, 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. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours.

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.

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.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'État, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les

المادة R. 551-1 :

" يقرر رئيس المحكمة الإدارية ، أو القاضي الذي يفوضه ، خلال 20 يومًا من الطلبات المقدمة إليه بموجب المادتين L. 551-1 و L. 551-2 .

أمر قضائي لتأجيل التوقيع على العقد، وإذا صدر ذلك كإجراء وقائي وفقا للفقرة الثالثة من المادة L. 551-1 والفقرة الثالثة من المادة L. 551-2، وينتهي في التاريخ الذي يقرر فيه رئيس المحكمة الإدارية ، أو القاضي الذي يفوضه ، الطلب أو ، على أقصى تقدير ، عند انقضاء فترة العشرين يومًا هذه " ¹.

المادة R. 551-2 :

" لا يجوز الطعن في التدابير المؤقتة التي يتم اتخاذها بموجب هذا الفصل إلا عند الطعن بالنقض ضد القرار الذي يتم البت فيه نهائيًا " ².

raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées ci-dessus a été commise.

Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

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 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 Article R. 551-1

"Le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue dans un délai de 20 jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-2.

L'injonction de différer la signature du contrat, si elle a été prononcée à titre conservatoire en application des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-1 et du troisième alinéa de l'article L. 551-2, prend fin à la date à laquelle le président du Tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, se prononce sur la demande ou, au plus tard, à l'expiration de ce délai de 20 jours".

² Article R. 551-2

"Les mesures provisoires ordonnées en application du présent chapitre ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre la décision par laquelle il est finalement statué sur la demande".

المادة R. 551-3 :

" في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة L. 551-1 وفي الفقرة الخامسة من المادة L. 551-2 ، يتم تمثيل الدولة من قبل الوزير المسؤول عن العقد إذا كان قد تم إقراره من قبل مؤسسة حكومية عامة ذات طابع غير صناعي أو تجاري أو من قبل المحافظ في حالة عقد أبرمته سلطة محلية أو مؤسسة عامة محلية غير صناعية أو تجارية ... " ¹.

المادة R. 551-4 :

" قرارات رئيس المحكمة الإدارية ، أو القاضي الذي يفوضه قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ " ².

**ثانيا : المرسوم رقم 899-2015 المؤرخ 23 يوليو 2015 المتعلق بالصفقات العمومية
المادة 80 :**

" بالنسبة للصفقات والاتفاقات الإطار الممنوحة بموجب أحد الإجراءات الرسمية ، تقوم السلطة المتعاقدة بمجرد إختيارها بشأن الطلبات أو المناقصات ، بإخطار جميع المرشحين الآخرين برفض طلباتهم أو عروضهم ، مشيرا إلى أسباب الرفض. يتم احترام فترة لا تقل عن 10 أيام بين التاريخ الذي يتم فيه إبلاغ قرار الرفض للمرشحين غير الناجحين وتاريخ توقيع العقد أو الاتفاق الإطار.

في حالة الإستعجال التي لا تسمح باستيفاء هذا الموعد النهائي ، يتم تقليبه إلى الحد الذي يتناسب مع الموقف.

هذه الفترة غير مطلوبة:

(أ) في حالات الضرورة الملحة التي تبرر التفاوض بدونه الإعلان المسبق مع مقدم واحد.

Article R. 551-3 ¹

"Dans le cas prévu au quatrième alinéa de l'article L. 551-1 et au cinquième alinéa de l'article L. 551-2, l'État est représenté par le ministre de tutelle lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par un établissement public de l'État 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'État, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et relevant de l'État ou d'une collectivité territoriale, l'État est représenté, selon le cas, par le ministre ou le préfet intéressé".

Article R. 551-4 ²

"La décision du président du Tribunal administratif ou du magistrat qu'il délègue est susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'État, dans la quinzaine de sa notification" .

(ب) في حالة المناقصات أو العقود أو العقود التي يتم التفاوض بشأنها على أساس اتفاق إطاري يمنح العقد للمرشح الوحيد الذي قدم عرضاً يفي بالمتطلبات المحددة في الإشهار المناقصة العامة أو في وثائق الإستشارة.

II. - عندما تقرر الجهة المتعاقدة عدم منح العقد أو البدء في الإجراء مرة أخرى ، فإنها تبلغ في أقرب وقت ممكن المرشحين بأسباب قرارها. بناء على طلب مكتوب من المرشحين ، يتم كتابة الجواب.

III. - لا يجوز للسلطة المتعاقدة الإفصاح عن معلومات قد يؤدي الكشف عنها إلى :

(أ) مخالفة للقانون ، ولا سيما التي تنتهك الأسرار التجارية و الصناعية .

(ب)التعارض مع المصلحة العامة ؛

(ج) التأثير سلبيًا على المنافسة العادلة بين المتعاملين الاقتصاديين ¹.

ثالثًا : الأمر رقم 649-2005 المؤرخ في 06 جوان 2005 المتعلق بالصفقات المبرمة من طرف بعض الهيئات العمومية أو الخاصة التي لا تخضع لقانون الصفقات العمومية
المادة 24 :

¹ Article 80

"I. – 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet. Un délai d'au moins 10 jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre.

En cas d'urgence ne permettant pas de respecter ce délai, celui-ci est réduit dans des proportions adaptées à la situation.

2° Ce délai n'est en revanche pas exigé :

a) Dans les situations d'urgence impérieuse justifiant la négociation sans publicité préalable avec un seul soumissionnaire ;

b) Dans le cas des appels d'offres, des marchés négociés ou des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre qui répond aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

II. – Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

III. – Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ;

b) Serait contraire à l'intérêt public ;

c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques."

" في حالة عدم الامتثال للإشهار وشروط المناقصة التي تخضع لها الصفقات المشار إليها في المادتين 22 و 35:

1 ° إذا كانت هذه العقود تشكل عقود قانون خاص ، يجوز لأي شخص لديه مصلحة في إبرام العقد ومن المحتمل أن يتضرر جراء هذا الخرق أن يطلب من القاضي اتخاذ تدابير قبل إبرام العقد.

اتخاذ تدابير مؤقتة لإصدار أمر بأن يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً عن عدم الامتثال للالتزامات ، وحيثما يقتضي الأمر ، تعليق الإجراء الخاص بمنح العقد أو تنفيذ أي قرار بشأنه التقارير. قد يطلب أيضا إلغاء مثل هذه القرارات وإزالة البنود أو في العقد والذين يتجاهلون الالتزامات المذكورة.

ويجوز أيضا أن يقوم المدعي العام بتقديم الطلب عندما تخطر المفوضية الأوروبية الدولة بأسباب اعتبارها انتهاك واضح وواضح للالتزامات المذكورة في الفقرة الأولى. يتم تقديم الطلب إلى رئيس السلطة القضائية المختصة أو مندوبه ، الذي يقرر في أول وآخر ملجأ في شكل مؤقت.

2 ° عندما تكون هذه العقود هي عقود إدارية ، تنطبق المادة 1-551 L. من قانون العدالة الإدارية¹ ."

¹Article 24

"En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés mentionnés aux articles 22 et 35 :

1° Lorsque ces marchés constituent des contrats de droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Elle peut également demander que soient annulées de telles décisions et que soient supprimées les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission européenne a notifié à l'État les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au premier alinéa a été commise.

La demande est portée devant le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué, qui statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

2° Lorsque ces marchés sont des contrats administratifs, l'article L. 551-1 du Code de justice administrative est applicable."

المادة 33 :

" في حالة عدم الامتثال للدعاية وشروط المناقصة التي تخضع لها المشتريات المشار إليها في المادة 25:

إذا كانت هذه العقود تشكل عقود قانونية خاصة ، يجوز لأي شخص لديه مصلحة في إبرام العقد ويجوز أن يتضرر جراء هذا الإخفاق أن يطلب من المحكمة اتخاذ تدابير قبل إبرام العقد. أمر إلى الشركة المسؤولة عن عدم الامتثال لالتزاماتها. يحدد القاضي الوقت الذي يجب أن ينفذ فيه مؤلف الخرق. يمكنه أيضا نطق

فترة جزاء مؤقت تبدأ من تاريخ انتهاء المهلة الزمنية. غير أنه قد يأخذ في الحسبان العواقب المحتملة لهذا التدبير الأخير على جميع المصالح التي قد تتأثر ، بما في ذلك المصلحة العامة ، ويقرر عدم منحها حيث قد تفوق آثارها السلبية فوائدها. ويجوز أيضا أن يقوم المدعي العام بتقديم الطلب عندما تخطر المفوضية الأوروبية الدولة بأسباب اعتبارها خرقا واضحا وواضحا للالتزامات المذكورة في

الفقرة الأولى قد ارتكبت. يتم تصفية مبلغ العقوبة المؤقتة مع الأخذ في الاعتبار سلوك الشخص الذي تم توجيه الأمر القضائي إليه والصعوبات التي واجهها في تنفيذه.

يقرر رئيس محكمة القضاء المختص أو مندوبه في الملاذ الأول والأخير في شكل إجراءات موجزة.

إذا لم يتم تصحيح الانتهاك الذي تم العثور عليه عند تصفية دفع الغرامة المؤقتة ، فيجوز للقاضي فرض غرامة جزائية. في هذه الحالة ، يحكم في شكل قرارات مؤقتة ، والتي يمكن اتخاذها كما في حالة الإغاثة المؤقتة. وتكون العقوبة ، سواء كانت مؤقتة أو نهائية ، مستقلة عن الأضرار. تُلغى العقوبة المؤقتة أو النهائية كلياً أو جزئياً إذا ثبت أن عدم الأداء أو التأخير في تنفيذ أمر القاضي يأتي كلياً أو جزئياً من قضية أجنبية .

2 ° عندما تكون هذه العقود هي عقود إدارية ، تنطبق المادة 2-551 L. من قانون القضاء الإداري " 1.

1 Article 33

"En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés mentionnés à l'article 25 :

1° Lorsque ces marchés constituent des contrats de droit privé, toute personne ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée par ce manquement peut demander au juge de prendre, avant la conclusion du contrat, des mesures tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations. Le juge détermine les délais dans lesquels l'auteur du manquement doit s'exécuter. Il peut aussi prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis. Il peut toutefois prendre en considération les conséquences probables de cette dernière mesure pour tous les

الفرع الرابع : شروط إنعقاد الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا .

تتمثل شروط إنعقاد الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في التشريع الفرنسي أساسا في ما يلي :

أولاً: وجود طلب للحماية من تجاوزات الإدارة و عدم إحترامها لالتزامات المفروضة عليها بموجب القانون .

ثانياً: أن يتم الطعن من المحافظ إن كان إبرام العقد من طرف الجماعات المحلية أو مؤسسة عمومية محلية أو من له مصلحة في إبرام العقد¹ .

ثالثاً : أن يقدم الطعن قبل إبرام العقد . إلا أن هذا الشرط قد أوجد إختلاف في تفسير النصوص فيما يتعلق بوقت رفع الدعوى نتيجة عدم وضوح النص و تعارض بعض المراسيم الصادرة في هذا المجال .

فبعض الاحكام اشترطت رفع الدعوى قبل ابرام العقد طبقا للمادة 22 من التقنين بمعنى إذا رفعت بعد إبرام العقد لا يمكن قبولها ، و البعض الاخر أجاز رفعها حتى بعد إبرام العقد .

كما أثارت مدة 10 أيام الممنوحة للإدارة للرد على طلب المدعي و التي بمرورها دون رد يعد رفض ضمنى للطلب يجيز رفع الدعوى ضدها طبقا للمادة 241 ف 21 من التقنين ، حفيظة بعض الفقه على أساس أن الإدارة يمكن أن تسارع إلى إبرام العقد قبل إنقضاء هذه المدة لرفض الدعوى المرفوعة ضدها ، هذا مايشكل ثغرة كبيرة وتهديدا حقيقيا لدعوى القضاء المستعجل قبل التعاقدية .

intérêts susceptibles d'être atteints, notamment l'intérêt public, et décider de ne pas l'accorder lorsque ses conséquences négatives pourraient dépasser ses avantages. La demande peut également être présentée par le ministère public lorsque la Commission européenne a notifié à l'État les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations mentionnées au

premier alinéa a été commise. 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.

Le président de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

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.

2° Lorsque ces marchés sont des contrats administratifs, l'article L. 551-2 du Code de justice administrative est applicable" .

¹ Lajoie Christophe , op , p 71.

لهذا السبب فسرت بعض المحاكم الإدارية هذا النص تفسيراً دقيقاً حيث قبلت الدعوى حتى بعد توقيع العقد و قبل انقضاء مدة 10 أيام المحددة قانوناً¹ .

غير أن مجلس الدولة الفرنسي رفض هذه الحلول على اعتبار أنها ستفقد غايتها و فعاليتها بعد إبرام العقد ، لذا لا يمكن للقاضي الإداري ممارسة هذه السلطات بعد إبرام العقد.

رابعاً: وجود إخلال فعلي بالالتزامات التعاقدية أو ما قبل التعاقد كالإشهار و المنافسة إذ يعتبر القضاء الفرنسي عدم مراعاة نشر الاعلانات لدى الجهات المحددة أو خرق القواعد المتعلقة بمدة استلام العروض من حالات مخالفة قواعد العلانية².

كما يعتبر خرق لقواعد المنافسة عدم احترام الإدارة للشروط الواردة في العقد أو الإجراءات المقررة قانوناً للقيام بعملية بيع الممتلكات العامة . في حين لا يعتبر المخالفات التي تمس بمشروعية إجراءات إبرام العقد التي لا تؤثر على قواعد العلانية و المنافسة ضمن المخالفات التي يمكن الطعن فيها أمام قاضي الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية³.

خامساً: الطعن المسبق أمام الإدارة المتسببة في هذا الإخلال ، أي أن المشرع الفرنسي تبنى قاعدة القرار المسبق ، إذ لا يمكن للطاعن اللجوء إلى القاضي الاستعجالي إلا إذا رفضت الإدارة صراحة طلباته التي توجه بها إليها أولاً ، ليطلب منها مراعاة التزاماتها المتعلقة بالعلانية و المنافسة و تصحيح مخالفاتها المرتكبة في هذا الشأن⁴ .

الفرع الخامس : سلطات القاضي الإداري في الاستعجال ما قبل التعاقد في التشريع الفرنسي .

تمنح المادة **L. 511.1** لرئيس المحكمة الإدارية (كقاضي فرد فاصل في الدعوى الاستعجالية) سلطات واسعة و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية و اتفاقيات تفويض المرفق العام .

أما المادة **L. 511.2** فانها تمنح القاضي الإداري سلطات أقل في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و الوضع في المنافسة ، التي تخضع بمقتضاها الصفقات العمومية الى احكام قانون الاتحاد الأوروبي في القطاعات المنظمة بمقتضى قانون 92-13 .

و عمل المشرع الفرنسي بموجب قانون 2000/06/30 المدمج في قانون القضاء الإداري على تقوية سلطة القاضي الإداري بتوجيه أوامر للإدارة في اطار الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية من خلال السلطات المهمة التي منحت له في هذا الصدد⁵ .

¹ Aldo Sevino , op , p 31 .

² حسين طاهري، مرجع سابق، ص 7 و8.

³ René Chapus , op , p 112

⁴ Aldo Sevino , op , p 33

⁵ Lajoie Christophe , op , p 76 .

و يتمتع القاضي الإداري الفرنسي في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية بخمس سلطات
و هي :

أولا : سلطة الإلغاء

يمكن للقاضي الإداري الفرنسي في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية إلغاء جميع
القرارات الإدارية المرتبطة بعملية المنح¹ كما يمكنه إلغاء عملية الإبرام برمتها².
كأصل عام فإن كل القرارات المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار إبرام هذه
الأخيرة هي محل لدعوى الإلغاء، غير أنه يمكن رفع دعوى استعجالية بشأن هذه القرارات، إذ
سمح القانون الفرنسي بإخطار القاضي الإداري وفي هذا الشأن أصدر مجلس الدولة الفرنسي
قرار بتاريخ 22 جوان 2001 يوقف تنفيذ قرار إستبعاد شركة bourbonnaise للأشغال
والبناء من إبرام الصفقة.

كما يمكن له إلغاء القرارات و الشروط و التعليمات المدرجة في العقد التي تتجاهل
الالتزامات المذكورة و للقاضي الاستعجالي في هذا الاطار أن يأمر بنشر الإعلان عن المناقصة
إن لم تقم الإدارة بذلك أو باعادة النشر إن كان النشر الأول غير مشروع³.

ثانيا : سلطة التعديل

يمكن للقاضي الفاصل في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية أن يلغي بعض بنود العقد
المخالفة للالتزامات الإشهار أو المناقصة أو أن يعدل فيها ، وهذا ما خلص إليه مفوض الحكومة
في مجلس الدولة Bergeal في القضية رقم 23693 بتاريخ 24 اكتوبر 2001 حيث
أشار إلى أن " ... القاضي الإداري الفرنسي في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية مختص
لإلغاء بنود العقد مهما كان عددها و طبيعتها و محتواها ... " ⁴.

ثالثا : سلطة تأجيل إمضاء العقد

منح المشرع الفرنسي القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية سلطة
إضافية تمثلت في الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة عشرون (20) يوما كحد أقصى و ذلك ما
نصت عليه المواد L. 511.1 الفقرة الثالثة و L. 511.2 الفقرة الثالثة⁵.

رابعا : سلطة توجيه أوامر للإدارة

¹ TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement .
CE, 13 novembre 2002, n° 245303, OPHLM de la communauté urbaine du Mans.

TA Pau, 7 mars 1994, n° 94-0222, M. Schmeltz c/ CCI Tarbes.

² CE, 3 novembre 1995, n° 152484, district de l'agglomération nancéienne .
CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville .

³ René Chapus , op , p 114 .

⁴ Aldo Sevino , op , p 92.

⁵ TA Nancy, 12 août 1993, n° 93750, SARL Norit France ; TA Grenoble, 11 janvier 1994,
n°933521, société routière Chambard .

من أهم السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الفرنسي في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية ، سلطة توجيه الأوامر للإدارة المتعاقدة للإمتثال للالتزاماتها¹ ، و في هذا الإطار يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة بإعادة إجراء طلب العروض² .

كما يمكن له أن يأمر الإدارة بإعادة السير في إجراءات الإبرام إنطلاقاً من مرحلة يحددها هو بناء على المخالفات التي يقف عليها في تلك الإجراءات³ . و يمكن له أيضاً أن يأمر الإدارة المتعاقدة بأن تعيد تقييم العروض أو أن تعيد صياغة دفتر الشروط⁴ .

فبالنسبة لمخالفة العلانية و المنافسة التي يمكن أن ترتكب عند إبرام عقود الشراء العام و عقود تفويض المرفق العام في مجال بعض القطاعات الخاصة كالماء و الطاقة و المواصلات و الإتصالات ، لرئيس المحكمة الإدارية توجيه أمر للإدارة المتسببة في هذه المخالفات بأن تراعي التزاماتها المفروضة عليها قانوناً في مجالي العلانية و المنافسة في إبرام عقود الشراء العام ، أو عقود تفويض المرفق العام خلال مدة قانونية محددة تحت طائلة غرامة مالية طبقاً لنص المادة **L. 511.2** من قانون القضاء الإداري و ذلك خاصة إذا تم إبرام العقد قبل انقضاء المدة الواجب احترامها و التي أمر فيها القاضي بوقف التنفيذ بل له في هذا الإطار أن يأمر الإدارة بتصرفات محددة تكون مطابقة مع منطق المنافسة وفق ما نص عليه القانون⁵ .

و تطبيقاً لذلك قضى رئيس المحكمة الإدارية بـ Strasbourg بتوجيه أمر لإحدى الجماعات المحلية بإعادة الإجراءات الخاصة بقبول الترشيح باستخدام إجراء طلب العروض مفتوح بدل طلب العروض المقيد لمخالفة ذلك معطيات العملية التعاقدية ، كما نوهت المحكمة إلى ضرورة مراعاة ما يستوجبه قانون عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء ، كما أمر القاضي الإداري عمدة أحد المقاطعات تحت الغرامة التهديدية باحترام الاجراءات المقررة قانوناً للقيام ببيع ممتلكات عقارية تابعة للمقاطعة⁶ .

خامساً : سلطة الأمر بغرامة تهديدية

لدفع الإدارة إلى الإمتثال بالتزاماتها ، يمكن للقاضي الإداري أن يقضي بغرامة تهديدية سنتاولها بالتفصيل لاحقاً⁷ . فالقاضي الإداري الاستعجالي يمكن ان يقرن أوامره بغرامة تهديدية بناء على طلب الطاعن لضمان احترام قواعد المنافسة و العلانية إذا تعلق الخرق بمجال إبرام عقود في قطاع الماء أو الطاقة ، أو النقل أو الاتصالات ، بينما لا يمكن له فرض هذه الغرامة إذا تعلق الأمر بمخالفة هذه الالتزامات في مجال إبرام عقد أشغال أو توريد في غير القطاعات السابقة كعقود الشراء العام الأخرى و عقود التفويض .

¹ Aldo Sevino ,op , p 94 .

² CE, 6 novembre 1998, n° 194960, AP-Hôpitaux de Marseille .

³ TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement.

⁴ CE, 19 mars 1997, n° 17140, société Bull.

⁵ حسين طاهري ، مرجع سابق ، ص 9 .

⁷ TA Versailles, 23 octobre 1997, société Plastic Omnium c/ SICTOM région Isle-Adam.

و في هذا الصدد فان القاضي الاستعجالي لا يراقب إلا مدى احترام الالتزام بقواعد العلانية و المنافسة أي يتوقف بسلطته عند حد النطق بشرعية أو عدم شرعية الاجراءات او عدم الإختصاص بالعقد و التدخل بالامر بوقف تنفيذه و تنفيذ كل القرارات المرتبطة به دون أن يتعدى الى الغاء العقد ككل¹.

المطلب الثاني : تبني المشرع الجزائري للاستعجال ما قبل التعاقد .

بعد أن تعرفنا على مفهوم و أصل الاستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا ، سنخصص هذا المطلب لنتناول فيه تبني المشرع الجزائري للاستعجال ما قبل التعاقد من خلال توضيح أسباب هذا التوجه و الخصوصيات التي تميز الاستعجال ما قبل التعاقدى في الجزائر .

الفرع الأول : موقف المشرع الجزائري قبل صدور ق.م.إ .

خص المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد ، و على نقيض القانون السابق و الذي نظم الدعوى الاستعجالية بمادة واحدة فقط و هي المادة 171 ، الدعوى الاستعجالية بباب كامل و هو الباب الثالث و يتضمن ستة فصول تشمل المواد من 917 إلى 948 ، كما وسع المشرع في القانون الجديد من سلطات القاضي الاستعجالي المختص بالفصل في الدعوى سواء تعلق الأمر بحالة الاستعجال او حالة الاستعجال الفوري أو حالة الاستعجال القسوى².

و المُتتبع لحركة التشريع الجزائري يلاحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الاجراءات المدنية و الإدارية 08 – 09 حيث جاء هزيعاً جدياً في هذا المجال ولم يتضمن إلا مادة وحيدة في قانون الاجراءات المدنية السابق هي المادة 171 التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية و الإدارية على حد سواء رغم الاختلاف الكبير بينهما.

أما القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة 01/98 و القانون 01/98 المتعلق بالمحكمة الإدارية فلم يتناول كليهما بأي شكل القضاء الاستعجالي الإداري وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في المجال التطبيقي إلى غاية صدور القانون 08-09³.

الفرع الثاني : إدراج الاستعجال ما قبل التعاقد في قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

لعل من بين أهم القواعد الإجرائية التي حملها القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية انه خصص مادتين لمنازعات الصفقات اثناء مرحلة الإبرام . و حمل الفصل الخامس عنوان : " الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات " و جاء في المادة 946 : " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية .

¹ حسين طاهري ، مرجع سابق ، ص 11

² الزين عزري ، الزين عزري ، الأعمال الإدارية و منازعاتها ، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر – بسكرة ، 2010 ، ص 79 .

³ لحسن بن الشيخ آث ملويا ، رسالة في الاستعجال الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2015 ، ص 98 .

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد او سيبرم من طرف جماعة إقليمية او مؤسسة عمومية محلية .

يجوز اخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

يمكن للمحكمة الادارية ان تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته و تحدد الاجل الذي يجب أن يمتثل فيه .

و يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الاجل المحدد .
و يمكن لها كذلك و بمجرد اخطارها ان تأمر بتأجيل امضاء العقد الى نهاية الاجراءات و لمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما " ¹ .

إذا فالفقرة الأولى قد حددت صنف منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في اختصاص قضاء الاستعجال بقوة القانون ، والتي تتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام الصفقة العمومية بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار و المنافسة . و أن ما يؤكد هذا كذلك الفقرة الثالثة من نفس المادة التي نجدها تنص على " **يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد** " ، و أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة الإبرام هي التي تكون قبل إبرام عقد الصفقة العمومية و أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هي التي تكون بعد إبرام عقد الصفقة العمومية ² .
إن جميع الإجراءات التي تتبع في مرحلة الإبرام ، و التي تتمثل في الكيفية التي يتم على ضوءها إبرام الصفقة العمومية ، أو تأهيل المرشحين أو الإقصاء من المشاركة أو اختيار المتعامل المتعاقد ، فان كل ذلك له علاقة بإجراءات الإشهار و المنافسة و ذلك تقيدا باحترام مبادئ الحرية و المساواة و الشفافية (حرية الوصل للطلبات العمومية ، مساواة في معاملة المرشحين ، و شفافية الإجراءات) . و من أجل هذا وضع تنظيم الصفقات العمومية لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام .

إن المصلحة المتعاقدة و هي تقوم بمختلف إجراءات الإبرام للصفقة العمومية ، فان تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية ، إذ كل إجراء تقوم به تجسده ضمن قرار إداري معين . و أن هذه القرارات التي تجسد إجراءات الإبرام تلك ، تتمثل أساسا في قرارات الإعلان عن الصفقة العمومية ، قرارات المنح المؤقت ، القرارات الخاصة بالتصديق على الصفقة العمومية ، و قرارات إلغاء الصفقة العمومية التي تتخذ قبل إبرامها و قرار إبرام الصفقة العمومية في حد ذاته . فكل تلك القرارات ضرورية في تكوين عقد الصفقة العمومية و لكنها غير مرتبطة به ، فهي تعد قرارات إدارية منفصلة ³ .

¹ فريدة أبركان ، الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية أو الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد، الملتقى الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الاداري، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011.

² عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الثاني الجوانب التطبيقية للدعوى الادارية ، دار الجسور ، الجزائر ، 2013 ، ص 251 .

³ أمينة غنية ، قضاء الاستعجال في المواد الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 112 .

و يظهر من هذه الفقرة أن المشرع قد خول لكل ذي مصلحة في إبرام الصفقة العمومية ، أو أي متضرر من أي إجراء من تلك الإجراءات المتعلقة بالإبرام ، أن يلجأ إلى قضاء الاستعجال و يطعن فيه ، وأن صاحب المصلحة أو المتضرر هنا يتمثل في الغير (غير المتعامل المتعاقد) لأن المنازعة يمكن أن تنشأ قبل إبرام عقد الصفقة العمومية و هنا المتعامل المتعاقد لم يتم التعرف عليه بعد ، و إن كانت المنازعة قد نشأت بعد إبرام عقد الصفقة العمومية فإن المتعامل المتعاقد يجب أن تتوفر فيه الصفة و المصلحة ، و لا يكون الاكتفاء بالمصلحة فقط ¹ .

و قد نصت المادة 946 من ق.إ.م.إ على هذه الحالة واضحة المبدأ في فقرها الأولى بقولها " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة ، و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات " .

و يرى الأستاذ مسعود شيهوب أن صياغة هذه المادة غير دقيقة من الناحية الشكلية ، فهي حسب رأيه تتحدث عن جواز إخطار المحكمة الإدارية و الصحيح جواز رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية من جهة ، و من جهة أخرى فإنها لم تحدد طبيعة العريضة التي نصت على أن المحكمة الإدارية تخطر بها ، بحيث لا ندري هل المقصود هو العريضة البسيطة المذيلة أمر أو عريضة قضائية ترفع وفقا للإجراءات المقررة للعرائض الاستعجالية و هذا ما يرجحه الأستاذ شيهوب ² .

و بالعودة إلى نص المادة 946 ، فإن الحالة التي تناولتها هذه المادة تتعلق بمخالفة الاجراءات المسبقة لإبرام الصفقات العمومية و العقود الإدارية بصفة عامة ، و لا سيما قواعد الإشهار التي تضمن الشفافية و مساواة المتنافسين ، فلكل من له مصلحة أن يرفع دعوى استعجالية يلتزم فيها أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة بالامتنال لالتزاماته في أجل معين ، و للمحكمة الإدارية أن تحكم بذلك كما لها أن تحكم بغرامة تهديدية تسري ابتداء من انتهاء الاجل ³ .

كما يمكن لها أن تأمر فور تسجيل الدعوى أن تأمر بتأجيل امضاء العقد الى نهاية الاجراءات (م 946 الفقرات 2،3،4،5 ق.إ.م.إ) و يفصل القاضي الاستعجالي في الدعوى في أجل أقصاه عشرون 20 يوما من تاريخ رفع الدعوى م 947 ق.إ.م.إ .

الفرع الثالث : أسباب تبني المشرع الجزائري القضاء لاستعجالي في الصفقات العمومية
لعل أهم الأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين القضاء الاستعجالي قبل التعاقد

هي :

² مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ، نظرية الاختصاص ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2013 ، ص 77 .

² حسين طاهري ، مرجع سابق ، ص 14 .

³ فريدة أبركان مرجع سابق .

أولاً : تنامي الأهمية القانونية و الاقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة ، و المبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض . فالخزينة العمومية باتت بوابة رئيسية لتمويل الصفقات العمومية .

ثانياً : الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية و المنافسة التي يرفضها تنظيم الصفقات العمومية ، مما أدى إلى إبرام و تنفيذ عقود تقوم على اللامشروعية و هو ما أثر سلباً على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن التقدم بعبءاتهم اعتقاداً منهم أن معايير الاختيار المبينة على قواعد العلانية و المنافسة و المساواة غير متوفرة¹.

ثالثاً : رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية بعد أن ثبت أن هناك فراغاً تشريعياً فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية و وقائية سابقة لإبرام العقد . فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد طهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن ذلك أن الإدارة تسارع فغي أغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بت القاضي في دعواه ، فضلاً أن الغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة و نافذة ، و هو ما أكده مفوض الحكومة " روميو " في قضية Martin بقوله " إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية ... " ².

الفرع الرابع : الهدف من إدراج منازعات مرحلة الإبرام ضمن قضاء الإستعجال التعاقدى.

تتميز مرحلة إبرام الصفقات العمومية بإجرائين هما إجراءات الإشهار و المنافسة و الإجراءات المتعلقة بالاختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة .

و نظراً لأهمية العقود الإدارية عموماً و منها الصفقات العمومية ، من مختلف الجوانب الاقتصادية و الاجتماعية فقد أحاط القانون عملية إبرامها و عقدها بالعديد من القيود و الإجراءات ، و ذلك بغرض :

- حماية المال العام .

- ضمان مبدأ المساواة .

- تمكين الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها ، عن طريق دعم مبدأ المنافسة .

إن منازعات الصفقات العمومية التي خصها المشرع الجزائري بالقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدى هي منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام ، على أن يتم الفصل فيها بسرعة ، و ذلك لاعتبارات أهمها المحافظة على المال العام ، وعلى الوقت ، و على أهمية موضوع مشروع الصفقة العمومية³.

فتوقف المشروع الي غاية الفصل النهائي في منازعة دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام أمام قاضي الموضوع ، أي وفقاً للإجراءات العادية التي ليس لها طابع الإستعجال و من ثم فلا بد أن استنفذ المنازعة جميع طرق الطعن المقررة قانوناً حتى يتسنى استئناف المشروع من جديد ، مما جعل موضوع الصفقة يفقد أهميته و تكون قد زالت الغاية من إيجاده ، و زادت قيمته المالية ، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى استدراك ذلك في

¹ حسين طاهري ، مرجع سابق ، ص 17

² فريدة أركان ، مرجع سابق .

³ زيدان فوزية ، مرجع سابق ، ص 18 .

ظل قانون الاجراءات المدنية و الادارية فخص منازعات ابرام الصفقات العمومية بإجراءات الاستعجال القانوني ، وهذا حماية للمصلحة المتعاقدة بأن يتم إنجاز المشروع ضمن آجاله تحقيقا للنفع العام ، و لمصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له تنفيذ التزاماته و لا يبقى في الانتظار ، و كذلك لمصلحة الغير القائم بالطعن حتى يحدد مصيره بالنسبة للصفقة العمومية في أقرب الآجال ، و ذلك بالفصل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة الابرام الصفقة العمومية بسرعة ، مقتديا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي سبقه بتنظيم هذا النوع من المنازعات و مقتبسا من نصوصه¹.

الفرع الخامس : مميزات الاستعجال ما قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية .
إن أهم ما يميز هذا النوع من الاستعجال ما يلي :

أولاً: دعوى قضائية قبل تعاقدية .
هذه الدعوى تحرك في مرحلة الابرام لأنها تهدف إلى الإنقاص من المخالفات التي تمس قواعد الإعلان و المنافسة ، فلها دور وقائي يحول دون تحريك دعوى الإلغاء بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه و بمجرد إبرام العقد تفقد الدعوى قيمتها القانونية².

ثانياً : دعوى استعجالية غير مرتبطة بدعوى في الموضوع .
القاعدة العامة في الشروط الشكلية لقبول الدعوى الاستعجالية التي تطعن في القرارات الإدارية هي أن يتم رفع دعوى موازية في الموضوع و ذلك ما نصت عليه المادة 926 من ق.إ.م.إ. " يجب أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره ، تحت طائلة عدم القبول ، بنسخة من عريضة الدعوى في الموضوع " . غير أن هذه القاعدة لا تنطبق على الاستعجال ما قبل التعاقدية حيث أن الطاعن في صحة إجراءات منح الصفقة العمومية غير مطالب بأن يرفع دعوى في الموضوع بالموازاة مع الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية .

ثالثاً: القاضي الاستعجالي يبت في الموضوع .
من المستقر قانونا و قضاء و فقها أن القاضي الاستعجالي حال نظره في الدعوى الاستعجالية لا يمس بأصل الحق و ينحصر دوره في اتخاذ الاجراءات ذات الطابع الوقائي التي تمكن من الحفاظ على الحق المراد حمايته من أي مساس لا يمكن تداركه و ذلك إلى حين يتم الفصل في دعوى الموضوع و قد أشارت المادة 918 من ق.إ.م.إ. إلى هذا الشرط صراحة " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة . لا ينظر في أصل الحق ، و يفصل في أقرب الآجال " .
غير أن القاضي الاستعجالي في الاستعجال ما قبل التعاقدية خوله المشرع أن ينظر في الموضوع و لأن يبت فيه في حدود الصلاحيات التي منحت إليه بموجب المواد 946 و 947 من ق.إ.م.إ. .

رابعا : حجية الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد .
إن الحكم الذي يصدر عن قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد ، و الذي يتعلق بالبت في منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الابرام ، هو حكم قطعي ، فاصل في أصل

¹ زيدان فوزية ، مرجع سابق ، ص 19 .

² مبروكة بوقصة ، مرجع سابق ، ص 39 .

الحق ، ومن ثم فهو يتميز بنفس حجية الحكم الذي يصدر عن القضاء الاداري (قضاء الموضوع) و يحوز حجية الشيء المقضي فيه ، فهو ليس بحكم مؤقت و لا يعلق بتدابير وقائية كما هو الحكم الصادر عن القضاء الاستعجالي و هذا ما كرسته المادة 300 من ق.إ.م. التي جاءت ضمن الكتاب الاول المتضمن الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية ، هذا كقاعدة عامة ، وإذا تضمن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد الغاء قرار اداري صادر عن المصلحة المتعاقدة ، فان هذا الحكم يأخذ بالإضافة الى ذلك حجية الحكم بالإلغاء الذي له الحجية العامة و المطلقة في مواجهة الكافة و جميع السلطات العامة في الدولة ¹ .

كما أن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد يحمل نفس خصائص الحكم الاستعجالي ، فهو مشمول بالنفذ المعجل ، و غير قابل للمعارضة و لا الاعتراض على النفاذ المعجل ، أما عن طرق الطعن و إن كان المشرع لم يفرده بإجراءات خاصة و من ثم فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الاستعجالية ضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية دون الخوض في تفاصيلها و هذا عكس المشرع الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الاستعجالي الاداري لمناعات الصفقات العمومية في هذا النطاق بكونها أحكاما تصدر ابتدائيا نهائيا ² .

خامسا : آجال الفصل المقررة لمنازعات الاستعجال ما قبل التعاقد .

إن المشرع قد حدد آجال الفصل في منازعات الصفقات العمومية ضمن قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد بعشرين (20) يوما من تاريخ إخطاره بالعريضة الافتتاحية و ذلك ضمن المادة 947 من ق.إ.م. التي تنص على " تفصل المحكمة الادارية في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه " . و هي المدة نفسها التي أخذ بها المشرع الفرنسي ³ .

و إن مدة عشرون يوما للفصل في المنازعة مسألة مهمة لصالح المصلحة المتعاقدة ، ومشروع الصفة العمومية ، ولصالح المتعامل المتعاقد ، و لصالح الغير ، حتى لا تتعطل مصالح كل واحد منهم ، كل فيما يخصه إلا أن المشرع لم يرتب أي جزاء إجرائي على تجاوز هذه المدة في الفصل ، إلا أن هذه المدة جد قصيرة لا تتفق و أهمية المنازعة و تطوراتها ، كما أن مدة الفصل في حقيقة الأمر تخضع للسلطة التقديرية لهيئة القضاء النازرة في المنازعة و تدخل في صميم صلاحياتها ، باعتبار أن كل منازعة تختلف عن غيرها ، و لكل منازعة وقت خاص بها ، و ذلك بالنظر الى موضوع المنازعة و ما تتضمنه من وثائق و ما تحتاجه من دراسة و مناقشة للدفع المثارة ، لأن الفصل هنا يكون في أصل الحق و بالنظر كذلك على حجم الملقاة على كاهل هيئة القضاء ⁴ .

¹ حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 54 .

² حسين طاهري ، مرجع سابق ، ص 20 .

حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 56³ .

⁴ عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 2008 ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009 ، ص

إن المشرع الجزائري غير معتاد على تحديد مدة الفصل في المنازعات القضائية و كان يشترط فقط بأن يتم الفصل في أقرب الآجال إلا أنه ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده قد حدد مدة الفصل في نوع معين من الدعاوى كما هو عليه الحال في هذا المقام.

الفرع السادس : علاقة الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد بالطعن الموقوف .

قد يبدو أن الطعن الإستعجالي الذي يكون موضوعه طلب وقف تنفيذ قرار إداري المنصوص عليه في المادة 919 من القانون 08-09 ينافس الإستعجالي السابق للتعاقد نظرالعدم اقتصره على المتعاقدين ويمكن استعماله لاسباب غير مخالفة قواعد الإشهار والمنافسة¹ . كما أن البت فيه أسرع إلا أن الإستعجالي السابق للتعاقد يظل اوسع نطاقا لأنه يشمل كل إجراءات إبرام العقود والصفقات في حين تظل القرارات القابلة للانفصال وحدها عرضة للطعن فيها لتجاوز السلطة والتي تكون محلا للطعن الاستعجالي الموقوف والأصح استعمال عبارة " تعليق " باعتباره موقفا مؤقتا وهي مرادفة لما جاء في النص الفرنسي للمادة 919 أعلاه suspension وبعد توقيع العقد يصبح الطعن غير ذي موضوع وقد مكن الطعن الاستعجالي الموقوف من سد ثغرات الطعن الاستعجالي بتعليق إبرام العقد فالأول يهدف الى تعليق إبرام العقد في حين يهدف الثاني الى الغائه ويظل الثاني وسيلة غير طبيعية لمنازعات العقود والصفقات العمومية تتيح للقاضي بدل إلغاء صفقات منجزة التصدي والتدخل قبل خرق المشروعية ويمكن القول بأنه أي الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد وسيلة فعالة تخدم تجسيد مبادئ الصفقات العمومية و قد أرسى مجلس الدولة الفرنسي من خلال اجتهاده مفهوم الاستعجالي السابق للتعاقد العمل وغير العملي فأقر بإمكانية قبول الطعن بعد التعاقد من طرف الطاعن الذي استعمل حقه في الطعن قبل التعاقد ولم ينفعه ذلك بسبب جهله لرفض عرضه وتوقيع الإدارة على العقد إخلالها بالتزاماتها القانونية² .

¹ أمال يعيش تمام ، حاحة عبد العالي ، دعوى وقف تنفيذ القرارات الادارية بناء على أمر إستعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ، مجلة المفكر ، العدد الرابع ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة .

² سلامي عمور ، الوجيز في قانون المنازعات الادارية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2009 ، ص 123 .

المبحث الثاني : قواعد الاختصاص النوعي في الصفقات العمومية و اشكالاته

لعل من أهم المسائل التي تثير الإشكال في مجال منازعات الصفقات العمومية هي مسألة الاختصاص النوعي و ذلك نظرا لطبيعة الهيئات التي يسري عليها تطبيق الصفقات العمومية .

و لما كان الاختصاص من النظام العام الذي لا تصح إجراءات التقاضي إلا بصحته ، كان لزاما علينا أن نخصص هذا المبحث لدراسة هذه المسألة بشكل من التفصيل سيما و أن الاختصاص النوعي في منازعات الصفقات العمومية يثير العديد من الاشكالات القانونية التي وجب تناولها .

في هذا الإطار تم تقسيم المبحث إلى مطلبين نتطرق في الأول لقواعد الاختصاص النوعي في مجال الصفقات العمومية بينما نخصص الثاني للاشكالات القانونية للاختصاص النوعي في مجال الصفقات العمومية .

المطلب الأول : قواعد الاختصاص النوعي في مجال الصفقات العمومية

تعتبر قاعدة الاختصاص أهم شروط قبول الدعوى الإدارية ، بحيث لا يتطرق القاضي الإداري إلى البحث عن احترام الشروط الأخرى إلا إذا تبين أنه نوعيا و إقليميا ¹ .

الفرع الأول : التصنيف القانوني للصفقات العمومية

تعريف العقد الاداري :

اختلف الفقه و القضاء الاداريين حول وضع تعريف محدد للعقد الاداري و يبقى التعريف الذي وضعته المحكمة الادارية العليا في مصر هو التعريف المتداول و الذي جاء فيه أن العقد الإداري هو " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، و أن تظهر في الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص " ² .

و يقوم العقد الإداري على وجود طرفين أحدهما على الأقل شخص من أشخاص القانون العام و الذي يهدف لتحقيق المصلحة العامة ، و يخضع للنظام القانوني المطبق عليه قواعد القانون العام و تكون المحكمة الإدارية هي المختصة بالمنازعات التي تتعلق به ³ .

حيث يمكن للهيئات الإدارية المركزية ومنها الوزارات ، أن يخول لها القانون العام القيام بأعمال مثل ابرام الصفقات العمومية ، و التي تحتاج إليها الإدارة المركزية قد انجاز الأشغال العامة المتمثلة في انشاء الطرق الكبرى مثل الطرق السيارة و كذا إنجاز المرافق العمومية

¹ رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011 ، ص 80 .

² الزين عزري ، الأعمال الإدارية و منازعاتها ، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر -بسكرة ، 2010 ، ص 32 .

³ Laurent Richer , Droit des contrats Administratifs , 6 édition , Lexenso, Paris, France , 2008 , p 21 .

الكبرى مثل تشييد الموانئ و المطارات غير ذلك من الأشغال التي تحتاجها الإدارة المركزية في حدود اختصاصها القانوني¹.

و قد دفع وجود الفراغ التشريعي الخاص بضمان الشفافية للمتعاملين بالمشروع الجزائري لإيجاد هذا الحل القضائي الإستعجالي في ق.إ.م.إ. بعدما كان لا يوجد أي نص قانوني ينظم هذه المسألة الجوهرية و المهمة بهدف فرض التطبيق الصارم لأحكام تنظيم الصفقات العمومية و العقود الإدارية².

إن هذا التصنيف يتم بتدخل المشرع سواء لاعتبارات ذاتية بالعقد او لاعتبارات اخرى فإذا كان التشريع قد حدد طابع العقد المبرم فلا يملك طرفا العقد تعديا هذه الطبيعية ايا كانت الشروط التي تضمنها العقد و يتحقق التحديد التشريعي للعقود الإدارية بطريقتين مختلفتين بصورة صريحة او ضمنية فقد يحدد القانون بعض العقود و يعتبرها ادارية و بهذا يضيف الطابع الإداري على العقد مباشرة و صراحة كما تحدد طبيعة العقد الإداري بصورة ضمنية و غير مباشرة و يتحقق ذلك اذا نص القانون على اختصاص القضاء الاداري بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد او طائفة من عقود الإدارة العامة³.

اما الصفقات العمومية في الجزائر فانه لم يتم تصنيفها ضمن العقود الإدارية عن طريق التشريع و هذا لغياب النص الصريح او الضمني رغم ان الصفقات العمومية تم تنظيمها بموجب مرسوم رئاسي خاص ، بالإضافة الى تحديد نصوص قانونية خاصة بها في مجال اجراءات القضاء الإداري و ذلك في الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁴.

الفرع الثاني : المعايير القضائية للعقد الاداري و مدى مطابقتها على الصفقات العمومية

بالإضافة الى التصنيف القانوني للعقود الادارية هناك عقود ادارية بطبيعتها و ذلك لخصائصها الذاتية و ما تحتويه من عناصر تميزها عن غيرها من عقود القانون الخاص و ذلك بتوفر ثلاثة شروط أساسية لا تتوفر في عقود القانون الخاص مصدرها الاجتهادات القضائية و تبناها الفقه بعد ذلك ، بل إن الرأي الغالب في الفقه قد أجمع كذلك على اعتبار العقد عقدا اداريا يختص به القضاء الإداري ان تتوفر فيه ثلاثة شروط اساسية : وهي ان تكون الإدارة طرفا فيه و أن يكون العقد متعلق بمرفق عام و ان يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

و انطلاقا من الاجتهاد القضائي و الرأي الغالب في الفقه نستخلص معايير العقد الاداري و لتي تتمثل في :

¹ عمر بوجادي ، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، 2011 ، ص 257 .

² حورية بن أحمد ، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2010-2011 ، ص 48 .

³ مصطفى حساين ، الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري في تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015 ، ص 17 .

⁴ مصطفى حساين ، المرجع نفسه ص 19 .

(1) المعيار العضوي : الذي يشترط ان تكون الادارة طرفا في العقد .
(2) المعيار الموضوعي : و الذي يشترط صلة العقد بالمرفق العام و ان يتضمن وسائل القانون العام او شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص
و تعريف الصفقات العمومية من شأنه ان يبرز لنا المعايير التي تتمتع بها الصفقات العمومية و من ثم البحث عن مدى تطابقها مع شروط العقد الإداري من أجل ذلك كان الرجوع الى نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 " 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 و الوازم و الخدمات و الدراسات " .

1 – المعيار العضوي : المعيار الأول يشترط من أجل امكانية اعتبار العقد اداريا يجب ان يكون احد اطرافه شخصا من اشخاص القانون العام و ان العقد المبرم بين شخصين من اشخاص القانون الخاص لا يمكن اعتباره عقدا اداريا .

و تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه : " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :

- الدولة
 - الجماعات الإقليمية
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
 - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ، عندما تكلف بانجاز عملية ممولّة / كليا أو جزئيا ، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية
- و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة " .

الفرع الثالث : مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية

انطلاقا من نص المادة 6 السابقة نرى أن المشرع قد أدرج صنفين من الهيئات ضمن تلك التي يسري عليها تنظيم الصفقات العمومية .

الصنف الأول و يضم الدولة ، الجماعات الإقليمية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري . و تمثل هذه الهيئات الإدارة العمومية كالهيئات الوطنية المستقلة ، الولايات ، البلديات ... الخ ، و هذه الهيئات لا خلاف بشأنها باعتبارها اشخاص معنوية من اشخاص القانون العام و تعبر عن المعيار العضوي المشترط في العقود الإدارية.

و الصنف الثاني يضم المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري . و هي المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي و التجاري بحيث أن المؤسسات العمومية

الاقتصادية قد أعفاها المشرع في المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 من الخضوع لأحكام ابرام الصفقات العمومية¹.

ان هذه المؤسسات تم انشاها بموجب القانون رقم 88-01 ابتداء من المادة 44 و ما بعدها و التي جاءت ضمن الباب الثالث الساري المفعول ، و تختلف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في أن الأولى تسند لها مهمة تسيير المرافق التجارية و الصناعية اما الثانية فهي تسند لها مهمة تسيير المرافق الإدارية.

و قد تم تصنيف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ضمن اشخاص القانون الخاص و اخضاعها في معاملتها و تنظيمها و تسييرها لقواعد القانون الخاص باستثناء علاقتها مع الدولة فإنها تخضع للقانون العام هذا ما كرسته المادة 45 من القانون 88-01².

و التساؤل الجوهري في هذا المقام هو ما طبيعة العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ؟ و هل تدخل في نطاق العقود الإدارية أم في نطاق العقود الخاصة ؟

اختلف فقهاء القانون في الاجابة على هذا التساؤل و انقسموا الى رأيين:

أ- **الرأي الاول :** إن هذا الرأي من الفقه يرى أن المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري يمكنها ابرام عقود ادارية بالرغم من صفتها الخاصة و ذلك كاستثناء عن القاعدة العامة اخذا بالمعيار المادي الذي يركز على طبيعة النشاط و موضوعه في تحديد القواعد المطبقة على تلك المؤسسات العمومية ، في حين يرى آخرون و استنادا الى المادتين 55 و 56 من القانون رقم 88-01 فان المشرع قد جمع بين معيارين اثنين المعيار العضوي من جهة لأن التصرف تم باسم الدولة و معيار التمييز بين اعمال السلطة و اعمال التسيير من جهة اخرى فالمؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري تتصرف هنا باعتبارها وكيل عن الدولة لأن قيامها بالعمل باسم هذه الأخيرة و لحسابها³.

و هذا الرأي له جذوره في الفقه المقارن و اجتهاد القضاء الفرنسي الذي اعتبر العقود التي تبرمها أشخاص خاصة عقودا ادارية خروجا عن المعيار العضوي بشرط ان يكون تعاقد الفرد الخاص او الهيئة الخاصة لحساب و مصلحة الإدارة و هذا الاتجاه المستقل في القضاء الفرنسي

¹ عز الدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية ، دار النشر جيطلي ، برج بو عريريج ، 2012 ، ص 96

² رشيد خلوفي ، القضاء الإداري ، تنظيم و اختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002 ، ص 46 .

³ عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 101 .

منذ أن قررته محكمة النزاع في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1963/07/08 و هو حكم PEYROT إلا ان هذا الإستثناء مقتصر على عقود الأشغال العامة فقط ¹.

و يرى جانب من الفقهاء الجزائريون أن كل صفقة هي عقد إداري ، لاحتوائها على بنود غير مألوفة في القانون العام ، و لذا جاء في رد الأستاذ بوشعير على الذين شككوا في الطبيعة الادارية لصفقات المتعامل العمومي ، الذي أخضع لأحكامه أشخاصا من القانون الخاص أن " هذه الافتراضات لا أساس لها طالما أن النظام الجديد أبقى على تلك الشروط غير المألوفة " ثم يضيف مما يؤكد الإبقاء على الطبيعة الادارية للعقد " .

هذا الرأي أخذ به كل من الأستاذة ليلي زروقي و الأستاذ حمدي باشا عمر اللذان يريان بدورهما أنه بموجب التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية فان الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري تعتبر عقودا إدارية ².

و كرس مجلس الدولة نفس الاتجاه في قرار جاء فيه " ...حيث أن المسألة تتعلق بنزاع حول صفقة عمومية ، و بهذا فانه و طباق للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم بموجب المرسوم 51/84 المؤرخ في 24/02/1982 فان القضاء الاداري هو وحده المختص " ³.

ب-الرأي الثاني : يذهب هذا الرأي الى أن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري هي اشخاص من القانون الخاص و تخضع اساسا لأحكام هذا القانون و من ثم فان عقودها لا تعتبر من قبيل العقود الادارية بل تعتبر من قبيل العقود الخاصة و هذا بصفة مطلقة ترسيخا للمبدأ المتضمن في المعيار العضوي .

و من هنا يمكن القول أن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عندما تكون ممولة كليا او جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة فإنها تعتبر عقدا اداريا يدخل في نطاق الصفقات العمومية و تخضع لقواعد القانون العام و هذا استثناء عن القاعدة وفقا لما تقدم و اذا تخلف هذا الشرط (شرط التمويل المالي من الخزينة العمومية) فان العقد لا يدخل في نطاق الصفقات العمومية و يعتبر عقدا اداريا مهما اطلق عليه من تسميات .

¹ محمد فقير ، رقابة القاضي الاداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل ايرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن ، الملتقى الوطني السادس حول " دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " ، جامعة الجزائر ، 2013 .

² عمار بوضياف ، المعيار العضوي و اشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد الخامس ، جامعة ورقلة ، 2011.

³ قرار بتاريخ 2007/12/09 ، رقم الملف 45 / قضية (ب. ك. ع) ضد بلدية زمورة.

" ...حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في نزاع ، يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا تواليا للفصل فيه ..."

الفرع الرابع : المعيار العضوي أساساً لتحديد النزاع الإداري.

أولاً : طبيعة المعيار العضوي وفقاً للنصوص القانونية.

عكس فرنسا ، فان معيار الاختصاص في الجزائر تشريعي و ليس قضائي ، و المقصود بالمعيار العضوي هو ان العبرة في تحديد اختصاص المحاكم الادارية بالإدارة المدعية او المدعى عليها فكلما كانت الدولة او الولاية او البلدية او المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا في النزاع كلما انعقد الاختصاص للمحاكم الادارية بغض النظر عن طبيعة النشاط¹ .

لقد نصت المادة 2/800 على اختصاص المحاكم الدارية " بالفصل في اول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة او الولاية او البلدية او احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية طرفا فيها " . وفي ذلك نشاط الادارة لا يهم في تحديد الجهة المختصة . فلا يعتد في النظام الجزائري إذن بالتمييز بين أعمال السلطة و أعمال التسيير، ولا بالتمييز بين النشاطات التي تشكل مرفقا عاما والتي لا تشكل مرفقا عاما، ولا بالتمييز بين التسيير العام والتسيير الخاص، ولا حتى بالمعيار الحديث (القانون الواجب التطبيق).

و لقد تبنى المشرع الجزائري معيارا مغايرا لجميع هذه المعايير. وهو معيار يتسم بالبساطة مقارنة مع هذه المعايير التي لاحظنا إشكالاتها الكثيرة في فرنسا سواء على مستوى تحديد المفهوم أو على مستوى عدم استقرار القضاء على معيار واحد جامع مانع .

وتظهر بساطة المعيار العضوي في الجزائر، في كون المتقاضي يعرف مسبقا أن المحاكم الإدارية هي المختصة بنظر دعواه كلما كانت موجهة ضد أحد الأشخاص المعنوية العامة ذات الطابع الإداري البحت (دولة، ولاية، بلدية، أو مؤسسة عمومية إدارية) مع بعض الاستثناءات التي أشارت إليها المادة (802 مكرر .إ.م.إ) أو نصوص خاصة متفرقة² .

إن هذا المعيار يشبه إلى حد كبير أول معيار طرح في فرنسا بعيد الثورة الفرنسية، حيث كان الاختصاص يعود إلى جهات القضاء الإدارية كلما كان "النزاع متعلقا بالإدارة" إذ كانت المحاكم العادية ممنوعة من نظر المنازعات الإدارية وفقا لقوانين 1790 إلا بموجب نص صريح.

و تنص المادة السابعة (07) من ق.إ.م. الملغى: " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى، في جميع القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو إحدى البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، طرفاً فيها... " ، والتي تقابلها كذلك المادة 800 من ق.إ.م.إ.:

" 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 عمار بوضياف ، المعيار العضوي و اشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مرجع سابق .

² عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 105 .

كما تشير المادة 901 منه على اختصاص مجلس الدولة في الفصل في المنازعات المتعلقة بإلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

وبذلك نرى بان ق.إ.م.إ قد كرس المعيار العضوي كأساس لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي بحيث تعتبر بذلك المادة 2/800 من ق.إ.م.إ كأساس لتحديد النزاع الإداري.

ثانيا : طبيعة الاختصاص النوعي في منازعات الصفقات العمومية

المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تعود لاختصاص القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي المنصوص عليه بالمادة 800 ق.إ.م.إ ذلك لأن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية هي حتما طرفا في النزاع لكونها طرفا في العقد¹.

وفي مجال الصفقات العمومية فقد حددت المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا الأشخاص العمومية و الأشخاص المعنوية العامة التي تخضع عقودها لنظام الصفقات العمومية و بالتالي تكون عقودا إدارية ، و حددت هذه الأشخاص على سبيل الحصر و هي :

- الدولة ،
- الجماعات الإقليمية ،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .
- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية .

و هذا يعني أن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري بصدد منازعات الأشخاص المعنوية ذات الطابع التقليدي و هي الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية و هم ما يتماشى مع المعيار العضوي .

و كذلك ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بخصوص منازعات الهيئات الوطنية المستقلة و المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية و الصناعية عندما تكلف هذه المؤسسات بانجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة و هو ما يعد خروجاً عن المعيار العضوي . و هنا يتضح أن المشرع الجزائري خرج عن المعيار العضوي ، وأخذ بمعيار الأموال العامة ، فعلى الرغم من أن المعيار العضوي غير متوفر في عقود المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي ، إلا أنه اعتبر عقودها عقودا ادارية ، مما يترتب بالتالي اختصاص القضاء الإداري ، و يكن شريطة أن تكون العمليات التعاقدية محل النزاع ممولة بأموال عمومية².

¹ عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الأول الإطار النظري للمنازعات الإدارية ، دار الجسور ، الجزائر ، 2013 ، ص 72.

² قرار بتاريخ 2007/11/13 ، رقم الملف 42 ، قضية (ق.ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمين " ... الجهة القضائية المدنية هي المختصة بالفصل في نزاع منصب على صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص و غير ممولة بمساهمات نهائية من ميزانية الدولة ... " .

المطلب الثاني : الاشكالات القانونية للاختصاص النوعي في مجال الصفقات العمومية

تثير منازعات الصفقات العمومية جملة من الاشكالات القانونية سنحاول التعرض اليها من خلال طرح مسألة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري (الفرع الأول) و الاشكالات الناتجة عنها (الفرع الثاني) وأخيرا عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : مسألة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

من الواضح أن المشرع بموجب المادة 6 من المرسوم 15-247 أدمج مرة أخرى أشخاصا قانونية اختلفت من حيث طبيعتها و من حيث مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له ، عن الأشخاص القانون العام و نعني بذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي المذكورة بصريح نص المادة 6 مع توافر الشروط التي سنشير إليها¹ .

و هذه المؤسسات ذات النشاط الربحي تعد في نظر القانون تاجرة أي شخص من أشخاص القانون الخاص لا العام و عليه فالقاعدة العامة أن أشخاص القانون العام فقط هم المعنيون بتنظيم الصفقات العمومية كالدولة و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لأنها تباشر جميعا نشاطا لا يهدف الى تحقيق الربح و انما يسعى لتلبية حاجات عامة للأفراد فان ارادات أحد هذه الجهات و منها المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري التعاقد في شكل صفقة مموله من الخزينة العمومية خضعت لتنظيم الصفقات من بداية الصفقة و حتى النهاية . و قد حرص المشرع منذ قانون الصفقات لسنة 1967 حتى 2015 و الجاري به العمل الآن أن يجمع كل اشخاص القانون العام لتحكم بمنظومة تعاقدية واحدة بعنوان " تنظيم الصفقات العمومية " ² .

بينما تخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري للقانون الخاص كأصل عام إذا ارادت التعاقد للقانون التجاري و اذا حدث نزاع او خصومة بينها و بين احد الأفراد او الشركات عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي اي المحكمة العادية³ .

فالدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كلها تمثل اشخاص القانون العام فقرارات هذه الهيئات قرارات ادارية . و من يعمل فيها يكتسب صفة الموظف العام طبقا للقواعد المقررة و في القانون الأساسي للوظيفة العامة و تستعمل امتيازات السلطة العامة . بينما المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي عبارة عن تاجر في المنظمة

¹ عمار بوضياف ، المعيار العضوي و اشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مرجع سابق .

² عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 24 .

³ القرار الصادر عن محكمة التنازع في 17/07/2007 ملف رقم 17 فهرس رقم 02 لأين قررت باختصاص القضاء الاداري في نزاع متعلق بدين مترتب عن توريد بضاعة من طرف أحد الأشخاص الإدارية بناء على طلبه من هذا الأخير عملا بالمعيار العضوي في الصفقات العمومية .

التجارية سعى لتحقيق الربح و يخضع للقانون التجاري و معرض للإفلاس و امواله قابلة للحجز .

من المادة اعلاه نستنتج ان القاعدة العامة هي خضوع المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي في نشاطها العقدي للقانون التجاري . غير أنه قد تخضع استثناءا لتنظيم الصفقات العمومية إذا توافرت الشروط التالية :

- 1- أن تكلف المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي من قبل السلطات العمومية و عبر الهيئات المسيرة في المؤسسة بانجاز عملية .
- 2- أن يقع تمويل المشروع محل التكاليف كليا أو جزئيا و بساهمة مؤقتة أو نهائية على عاتق الدولة أو الولاية أو البلدية . و هو ما يعني أن الأموال المخصصة للمشروع ستحملها الخزينة العمومية لذا بات لزاما خضوع العقد لتنظيم الصفقات العمومية . فتخضع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لما تخضع له المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري أنه مصدر التمويل واحد و هو الخزينة العمومية فكما تعلق الأمر بتمويل واحد و هو الخزينة العمومية . فكما تعلق الأمر بتمويل تتحمله الخزينة و جب ضبط النشاط العقدي و اخضاعه لطرق ابرام محددة و إجراءات طويلة و لا يأتي ذلك طبعاً إلا بخضوعها لتنظيم الصفقات العمومية .

و الغرض واضح من خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لتنظيم الصفقات العمومية و هو المحافظة على المال العام و ترشيد النفقات العمومية خاصة و أن الأمر يتعلق بأموال الخزينة ، و الدولة أو الجماعة الإقليمية هي الطرف الممول للمشروع و بإلزام المؤسسة في حال توافر شروط الخضوع بإبرام الصفقة وفقا للأحكام المتعلقة بتنظيم الصفقات تتجسد الوحدة من حيث المنظومة القانونية التي تحكم العقد بين المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي¹ .

الفرع الثاني : الإشكالات الناتجة عن مد تنظيم الصفقات العمومية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

تطرقنا سابقا إلى أن المرسوم الرئاسي 15-247 و بموجب المادة 6 منه مد أحكام تنظيم الصفقات العمومية للقطاع الصناعي و التجاري و ذلك ضمن شروط و في حالات محددة . غير أن هذه الشمولية لمجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية المكروسة بموجب المادة المذكورة ستحدث اشكالات عملية على المستوى القضائي في غاية من التعقيد و بالتحديد في مجال الاختصاص النوعي .

فإذا كانت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري طرفا في الصفقة و تعلق الأمر باستثمار ممول من قبل ميزانية الدولة أو الولاية أو البلدية مثلا فطبقا للمادة 6 من المرسوم 15-247 فان هذا العقد يخضع لتنظيم الصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو التنفيذ او ممارسة السلطات فإذا حدث نزاع بخصوص هذه الصفقة طرحت

¹ قرار مجلس الدولة قد أعمل هذا الأساس (معيار الوكالة) و اعتمد عليه في بعض الإجهادات القضائية من بينها القرار الصادر بتاريخ 2001/05/14 ملف رقم 332 فهرس رقم 275 بين ديوان الترقية و التسيير العقاري لوهرا ن ضد مؤسسة الأشغال لعين تيموشنت ، المنازعة حول صفقة عمومية متضمنة انجاز 1180 مسكنا بوهران حيث جاء في حيثيات الحكم "... و أن تمويل المشروع من طرف الخزينة العامة ... و بالتالي ذلك يفتح الإختصاص للقضاء الإداري" .

اشكالية الاختصاص القضائي فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي ام القاضي الاداري طالما نعيش اليوم في الجزائر تنظيمًا قضائيًا مزدوجًا .

(1) فرضية عقد الاختصاص للقضاء العادي :

إن الاجابة على السؤال المطروح و المتعلق بتحديد جهة الاختصاص القضائي في حال نشوب نزاع او حدوث خصومة ليست على قدر من السهولة بالنظر لأثارها من الناحية القانونية ، فلو سلمنا أن الاختصاص سيعقد للقاضي العادي اعتبارا من ان المنازعة لا نجد أحد اطرافها شخص من اشخاص المحددين حصرا في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و هي الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري بل ان احد اطرافها مؤسسة ذات الطابع تجاري أو صناعي و الطرف الثاني شركة أو فرد و من ثم نقر بالاختصاص للقاضي العادي .

غير أن هذا الحل و ان كان يكرس المعيار العضوي المعمول به في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المادة 800 منه و هي امتداد تاريخي للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الأولى لسنة 1966 ، فانه يطرح اشكالية أن الصفقات العمومية تنطوي على احكام على الغالب بجدها مقننة و ثابتة في تنظيم خاص و هي مجموعها قواعد تنطوي على الطابع الإداري المحض بما يجعلها تختلف اختلافا كبيرا عن العقود المدنية و التجارية . و ما قد يضعف من درجة اعترافنا و قناعتنا باختصاص القاضي العادي بالفصل في منازعة تتعلق بصفقة عمومية أن هذا الاختصاص قد ينجم عنه تأثر القاضي العادي بروح القانون الخاص و هو يحكم في النزاع المعروف عليه رغم مات للصفقة من صلة وثيقة بمجال القانون العام لا الخاص¹ .

(2) فرضية عقد الاختصاص للقضاء الإداري :

يثور الإشكال أيضا اذا ما نحن أسندنا الاختصاص للقاضي الإداري اعتبارا من ان المنازعة تدور حول صفقة عمومية و هذه الاخيرة عقد اداري فوجب ان ينظر فيها القاضي الاداري . غير أن مثل هذا الحل من شأنه أن يهز المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع قواعد الاختصاص بين جهات القضاء العادي و جهات القضاء الإداري و هو من النظام العام فنكون امام اختصاص للقاضي الإداري رغم أن أحد أطراف المنازعة مؤسسة ذات طابع صناعي و تجاري² .

لذلك ذهب أستاذنا الدكتور محمد الصغير بعلي الى الحكم على هذا التعدد المفرد للمؤسسات المشمول بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي 12-250 بعدم الجدوى .

1 قرار محكمة التنازع رقم 45 المؤرخ في 09/12/2007 قضية موضوعها صفقة عمومية بين بلدية زمورة و السيد (أ.س) حيث جاء في نص القرار " ...حيث أن البلدية لا تمارس أنشطة تجارية و ليس لها صفة التاجر بمفهوم المدلة الأولى من القانون التجاري ...و أن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع يكفي لجعل القاضي الاداري مختصا للفصل فيه ...و الحال أن مقتضيات المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية هي الواجبة التطبيق ..." .

2 قرار محكمة التنازع رقم 42 المؤرخ في 13/11/2007 قضية موضوعها صفقة عمومية مبرمة مؤسسة الناء (ق.ج) و الشركة الجزائرية للتأمين وحدة بشار حيث جاء في نص القرار " ... فإن الشركة الجزائرية للتأمين ليست شخصا من أشخاص القانون العام و إنما مؤسسة عمومية ذات طابع صناعية و تجاري و غير مكلفة في النزاع الحالي بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمات من ميزانية الدولة (المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24/07/2002 المعدل و المتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية) ... و أن اختصاص الفصل في هذا النزاع يرجع وجوبا إلى الجهة القضائية المدنية "

و نحن نؤيده فيما ذهب اليه و ما سجله من ملاحظة بخصوص المبالغة في ذكر الجهات المعنية بتنظيم الصفقات العمومية و تعددها .

و اذا كانت الوحدة القانونية فيما تعلق بالعقود أو الصفقات مقبولة في مرحلة الاشتراكية اين وجدنا مرسوم 82-145 يطلق الوصف "جميع" و "كل" فان هذه الوحدة تصبح عديمة الجدوى و الفائدة في مرحلة تكرست فيها الازدواجية و القانونية و الازدواجية القضائية .

غير أن ما يشفع للمشرع الزامه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية ضمن الشروط المحددة أعلاه و هذا بالنظر لجانب تمويل الصفقة كون أن جهة التمويل الدولة أو الولاية أو البلدية . و بناء عليه نرشد فرضية عقد الاختصاص لجهة القضاء الإداري تكريسا للمعيار العضوي بالنظر ليس لطرف النزاع و انما للطرف الممول للمشروع أو الصفقة .

و رجوعا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد المشرع اعترف للمحكمة الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، فهذه الفقرة 2 من المادة 804 اعترفت باختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بعقد الأشغال العامة و حددت اختصاص المحكمة بمكان التنفيذ و هذه الفقرة 3 من ذات المادة أقرت اختصاص المحكمة الإدارية في مجال العقود الإدارية عامة مهما كانت طبيعتها و هذا بالنظر لمكان ابرام العقد و تنفيذه¹ .

الفرع الثالث : عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية .

جاءت المادة 9 من المرسوم الرئاسي 15-247 صريحة في اعلانها بعدم خضوع المؤسسات العمومية الاقتصادية كأصل عام لتنظيم الصفقات العمومية و هذا امر طبيعي طالما كانت هي الأخرى مؤسسات تسعى في نشاطها لتحقيق الربح و يحكمها القانون التجاري ، حيث جاء فيها " لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام ابرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب ... " .

غير ان المشرع و لدواعي محاربة الفساد و إضفاء شفافية أكثر على هذه الصفقات و اقرار مبدأ حرية الاستفادة من الطلب و المشاركة في العملية التعاقدية و ضمانا لتحقيق المساواة بين العارضين ألزم بموجب هذه المادة المؤسسات العمومية الاقتصادية بإعداد اجراءات ابرام الصفقات العمومية مع مراعاة المبادئ المشار اليها و عرض هذه الإجراءات على الهيئات المخولة لاعتمادها كوثيقة داخلية تتعلق بالمؤسسة .

¹ عز الدين كلوفي ، مرجع سابق ، ص 108 .

الفصل الثاني

سلطات القاضي

الإداري في الدعوى

الإستعجالية ما قبل

التعاقدية في

الصفقات العمومية

الدارس للنظام القانوني لمنازعات الصفقات العمومية في الجزائر يجدها قد توزعت بين النص العام ممثلا في القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة، وبين النص الخاص ممثلا في المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .

و في هذا الصدد فقد تم تفعيل دور القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية ، لذلك منحه المشرع الجزائري سلطات واسعة لم يعهدها القضاء الاستعجالي من قبل ، هذه السلطات تمكن القاضي الإداري من حماية حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية .

و لتوضيح هذه السلطات الممنوحة للقاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية وجب التطرق إلى الدعوى الإدارية الاستعجالية بشكل عام و الجوانب المتعلقة بالاستعجال ما قبل التعاقدية بشكل خاص .

هذا ما سنعالجه من خلال مبحثين :

المبحث الأول : الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية .

المبحث الثاني : سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية .

المبحث الأول : الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية

إن المتعارف عليه أن إجراءات التقاضي طويلة و معقدة ، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى ضياع الحقوق و إحداث أضرار يصعب إصلاحها مستقبلا ، و في مجال الصفقات العمومية فإن إبرام العقد سيحرم باقي المتعهدين من حقه في الطعن في الإجراءات التي تمت على أساسها الصفقة ، و هنا تبرز أهمية الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية .

و تتميز الدعوى الإدارية الاستعجالية عن الدعوى الإدارية العادية بالعديد من الخصائص و من جهتها تتميز الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية عن الدعوى الإدارية الإستعجالية الأخرى بدورها بميزات .

و سنركز في معرض هذه الدراسة على الشروط العامة للدعوى الإدارية الاستعجالية و ذلك في المطلب الأول و تلك التي تختص بها الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية و ذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الشروط العامة الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية

لرفع الدعوى الإدارية الاستعجالية لا بد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يتطلب القانون توفرها في الدعوى الإدارية وشروطا خاصة تنفرد بها الدعوى الإدارية في الصفقة العمومية.

الفرع الأول : الشروط الشكلية

أولا : العريضة

حتى تقبل العريضة يجب أن ترفع وفقا للمادة 815 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ما يليها و التي بدورها تحيلنا على مواد أخرى مشتركة بين الدعوى المدنية و الدعوى الإدارية ، و تكون العريضة مكتوبة موقعة من محام و متضمنة البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من اسم و لقب و موطن المدعي و المدعي عليه و الجهة القضائية و عرض موجز للوقائع و المستندات إن وجدت و نفس البيانات عندما يتعلق الأمر بمجلس الدولة، إلا انه يجب توقيعها من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة ما عدا الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹.

كما يجب أن تكون العريضة مكتوبة و ذلك ضمانا للدقة و تثبيتا لطلبات المدعي و يجب أن تأخذ الكتابة شكل عريضة لكي يعتد بها و تودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة مقابل وصل ثم تسجل في سجل خاص². و يتضح من هذا أن العريضة إذا استوفت ما ذكرناه سابقا تتحقق الغايات المرجوة منها فيستطيع المدعي عليه معرفة المدعي اسما و موطننا و

¹ مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص 254 .

² محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الإدارية ، دار العلوم ، عنابة ، الجزائر ، 2009 ، ص 182 .

بالتالي يستطيع مواجهته و اتخاذ كل ما يصد به دعواه كما أن الوقائع و الأسانيد المحددة التي تميز الدعوى القضائية الإدارية عن أي طلب آخر أو برقية أو إرسالية تحصر النزاع حتى للقاضي الإداري نفسه، و يستطيع بذلك الفصل في النزاع و بالنسبة لتوقيع المحامي فهو ضروري على الرغم من أن الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية غير مجبرة على ذلك و هذا لما تتوفر عليه هذه الأخيرة من إطارات قانونية قادرة على الدفاع على مصالحها و مثال على ذلك المستشارين القانونيين و إطارات مصلحة المنازعات القانونية فهي بعض منها .

ثانيا : وجوب تقديم العريضة على يد محامي

تتميز المنازعة الإدارية باختلاف موضوعها و اختلاف التشريع أو التنظيم الواجب التطبيق عليها . فالمنازعة الإدارية تتعلق أحيانا بالقرار الإداري و أحيانا بالصفقات العمومية و العقود الإدارية و تتعلق بالمسؤولية على أساس الخطأ أو على المخاطر¹ . و من هنا فإن وجوبية التمثيل بواسطة محام في المادة الادارية سيكون لها فوائد جمة بشكل عام فيقوم باعتباره من أعوان القضاء و من خلال عريضة افتتاح الدعوى أو من خلال المذكرات بمساعدة القاضي في الوصول إلى حكم أو قرار عادل بفصل في النزاع و يكشف عن نص تنظيمي لم ينشر في الجريدة الرسمية و يستدل به و يستدل بقرار إجتهادي لمجلس الدولة و غير ذلك من المواضع² .

و تنص المادة 815 من ق.إ.م.إ على أنه " مع مراعاة أحكام المادة 827 أدناه ، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام " . و تنص المادة 827 على ما يلي " تعفى الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء أو الدفاع أو التدخل ... " .

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية

أولا : الاستعجال

لقبول الطلب المستعجل في مجال الصفقات العمومية فانه ينبغي توفر مجموعة من الشروط حيث يتمثل الشرط الأول في توفر حالة الاستعجال وهو المبرر الداعي لسلوك سبيل الدعوى المستعجلة ، في حين يؤكد الشرط الثاني جدارة هذه الدعوى بأن ينضرها القاضي. بحيث تنص المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه " يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف

¹ عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 285

² عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 286

الاستعجال تبرر ذلك " 1 .

و لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للاستعجال رغم انه يعتبره شرطا جوهريا لرفع الدعوى و يعود ذلك إلى صعوبة وضع تعريف موحد و الاستعجالية في المواد 919 ، 920 ، 924 ، 925 شامل لفكرة الاستعجال التي غالبا ما تتداخل مع العديد من المصطلحات المشابهة كالضرورة و السرعة و الخطر الوشيك .
و يعرف الفقه الإداري الاستعجال بأنه "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو انه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد"
ويملك القاضي الفاصل في الدعوى سلطة تقدير مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق، و من طبيعة الحق ذاته و من الظروف المحيطة بالدعوى . ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام الصفقة و بدء في تنفيذها .
1) توفر حالة الاستعجال :

يعد الاستعجال شرطا أساسيا لقبول الدعوى أمام القضاء الإداري وقد نص عليه المشرع الجزائري في الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية دون أن يوضح الحالات التي يتوفر فيها ظرف الاستعجال بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقضاء الاستعجالي، الذي يستشفها من خلال ظروف ووقائع كل منازعة تعرض عليه فهو مبدأ مرن غير محدد يقدر في وصفه للواقعة و الظروف التي تتغير بتغير الزمان و المكان و تطور المجتمع، و يعد الاستعجال متوفرا إذا أحاط بالحق المراد المحافظة عليه خطر داهم يستوجب رده بسرعة غير ممكنة من التقاضي العادي² .

و الحقيقة أن أية محاولة من المشرع لتعريف حالة الاستعجال أو وضع صياغة قائمة حصرية لها يعني تقييد سلطة القاضي لأنه الأقرب من معايشة الواقع أكثر من المشرع. الذي لا يستطيع مهما تنبأ أن يحصي جميع حالات الاستعجال . و بالتالي فحالة الاستعجال تنشأ من طبيعة الحق المراد صيانتها و من الظروف المحيطة بها فلا يمكن أن يكون من فعل الخصوم و لا بناء على الاتفاق المسبق للأطراف فلا يتوفر عنصر الاستعجال بمجرد رغبة الأطراف على الحصول على حكم سريع¹ .

¹ شعبان رشيد ، شيخي علاوة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2013 ، 15 .

² مسعود شيهوب ، مرجع سابق ، ص 136 .

ثانيا : عدم المساس بأصل الحق

الأصل العام أن القضاء المستعجل يتدخل لاتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية لا تمس بأصل الحق فيكفي لرفع الدعوى الاستعجالية احتمال وجود الحق، إذ يقتصر دور القاضي الاستعجالي على بحث الأمر الظاهر الذي يدل على احتمال وجود الحق أو عدم وجوده من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم. وهو ما اشترطته المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على انه: "يأمر القاضي الاستعجالي بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق.....".

تم الاستئناف أمام مجلس الدولة فقضى بأنه: "في الحالة التي عليها الدعوى يجب القول أن القاضي الإداري الفاصل في المسائل المستعجلة غير مختص للفصل في الدعوى الأصلية للمجلس الشعبي البلدي المستأنف لمساس بأصل الحق" ².

ثالثا : شرط الجدية

يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هنالك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فان لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة. وترتبط جدية الطلب بوجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته، فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية فإنه لا محل لرفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا.

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

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

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

المطلب الثاني : الشروط الخاصة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

¹ شعبان رشيد، شبيخي علاوة، مرجع سابق، ص 16
² أقر مجلس الدولة الجزائري هذا الشرط في قراره رقم: 123277 بتاريخ 2007/12/9 حيث أنه وفي إطار إيصال قنوات صرف المياه القذرة إلى قرية "تالة" من قبل بلدية "شلاطة" عارض ملاك الأراضي إتمام الأشغال، فرفعت البلدية دعوى أمام القاضي الاستعجالي طالبت فيها بتوجيه أمر للملاك بعدم التعرض لإتمام الأشغال فصرح قاضي أول درجة بعدم اختصاصه باعتبار أن الطلب المستأنف يمس بأصل الحق.

يقتضي بحث الشروط الخاصة العودة إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتجسد الشروط فيما يلي:

الفرع الأول : صفة المدعي و المدعى عليه

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوماً أوسع و أشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في القواعد العامة، فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون صفة اكتساب المدعي بحكم المصلحة حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية طبقاً للفقرتين الأولى و الثانية من المادة 946 ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد المنافسة بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق¹.

وبناء عليه فإن الدعوى لا تقبل كلياً من الأشخاص الغرباء عن عمليات إبرام العقد كالتنظيمات المهنية، و المتعاقدين من الباطن، و منظمات حماية البيئة، و على العكس تقبل الدعوى التي يرفعها المرشحين الذين حرموا من دخول الصفقة دون وجه حق، و المرشحين المستبعدين منها وكذا الأشخاص الذين لم يشتركوا في الصفقة لخلل في قواعد العلانية².

أولاً : الشروط الموضوعية المتعلقة بالطاعن

لا يتاح الطعن لكل من له مصلحة كما هو معروف في العامة بل يقتصر الأمر على عدة جهات . و المشرع الجزائري في المادة 946 حصر حق إخطار المحكمة الإدارية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من الإخلال بالإضافة إلى الوالي ، مما يشكل تضيقاً لمجال ممارسة هذا الطعن و تفسيراً براقماتياً للنص .

- أ- **الطعن المقدم من المترشح المستبعد** : المترشح الذي قدم عرضاً و لم يتم اختياره بإمكانه تقديم الطعن في أي مرحلة من إجراءات الإبرام أو المؤسسة التي لم يسمح لها بتقديم عرض في مناقصة محدودة و قد يجتمع باقي المرشحين لتقديم طعن جماعي.
- ب- **المترشح المهم** : يمكن استعمال الطعن من طرف المترشح الذي حرم أصلاً من الترشح بسبب خرق قواعد الإشهار و المنافسة ، وتخصص الطاعن يكفي لقيام المصلحة في إبرام العقد و لا يطلب منه اثبات انه ترشح للعقد فقد اعتبر مجلس الدولة ان المتنافس المستبعد هي صفة تكون لكل طاعن له مصلحة في إبرام العقد حتى و لو لم يقدم ترشيحه³، أو لم يقبل ترشحه أو أنه قدم عرضاً غير مناسب أو غير قانوني أو غير مقبول ، كما يمكن استعمال الطعن من طرف المتعاملون الذين لم يتم تجدد عقودهم⁴.

¹ تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص ، 160 .

² فتحي عكوش ، مرجع سابق ، ص 85 .

³ حليلة بروك ، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية ، مجلة المفكر ، العدد 11 كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، ص 304.

⁴ Droit public des affaires , le référé précontractuel , Edition CE, 19 Mars 1997 , N 163293 ,

Wolter Kluwer , Reuil Malmaison , France 2012 , p 2278

ت- المتعامل الفائز : قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن في القرار المؤرخ في 2011/12/23 أين إعتبر أن المؤسسة التي أعلن عن بالصفقة لم تتضرر من جراء مخالفة قواعد الأشهار و المنافسة التي يخضع لها العقد و ليس لها مصلحة في الطعن في اجراءات ابرامه و بالتالي فهي ليست مؤهلة لطلب الغائه استنادا الى المادة -511 L 1 من قانون القضاء الاداري (و هي المادة المقابلة للمادة 946 من ق.إ.م.إ) و ليس لها إلا الحق في سحب عرضها قبل ابرام العقد إذا تبين لاحقا عدم صحة الاجراءات التي قد تؤدي الى الغائه ¹.

من الظاهر أنه لا يمكن تصور ما هي مصلحة المرشح الذي تم اختياره في الطعن في اجراء أدى إلى فائده و من الصعب تصور الاسباب الاخلاقية التي قد تدفعه لذلك ، فهناك أسباب أخرى قد تكون الخشية من الغاء العقد في مرحلة متقدمة من تنفيذه و عدم الحصول على تعويض خاصة إذا كان الالغاء هو نتيجة لعدم المشروعية ، أو الرغبة في الربح أكبر كأن تكون المصلحة المتعاقدة قلمت بالتخصيص لكن المرشح الطاعن لم يحصل إلا على عدد معين فقط من الحصص فيطعن في الاجراءات للحصول على المزيد و هو حال القضية التي فصل فيها المجلس استنادا الى القرار اعلاه و قد كان المجلس حكم في قرار سابق² أن الفائز بالعرض له مصلحة في ابرام العقد وفق اجراءات قانونية .

و انتقد الفقه في فرنسا هذا المسلك و اعتبره تشددا من طرف القاضي الاداري الذي حشر الفائز بالصفقة في زاوية ضيقة و حرمه من تحريك القاضي الاستعجالي بسبب كونه المتحصل على الصفقة ، و أنه محكوم عليه بتوقيع عقد قد يلغى بسبب مخالفات تعرف عليها المرشح الفائز ، أما المتعامل الثانوي فليس له الحق في الطعن لأنه ليس له مصلحة في ابرام العقد ³.

ث- ممثل الدولة : من الشائع أن الوالي يحيل قرارات المجالس المحلية غير المشروعة على قاضي الموضوع ، لكنه و طبقا للمادة 2/946 من ق.إ.م.إ له الحق كممثل للدولة في استعمال الطعن و تحريك القاضي الاستعجالي قبل التعاقد و ذلك إذا تعلق الأمر بعقد يبرم من طرف جماعة اقليمية او مؤسسة عمومية محلية ، دون أن يثبت المصلحة أو تضرره من الاخلال بقواعد الاشهار و المنافسة . و الواقع أن الطعن الذي يتقدم به الوالي نادر الحدوث لأنه ليست لديه المعلومات الكافية عن المرحلة السابقة للتعاقد و لا يعلم بالصفقة الا بعد تلقيه المداولة التي وافقت عليها ، أو الشكوى التي قد يقدمها مرشح متضرر ⁴.

غير أن نص هذه المادة يطرح العديد من الإشكاليات القانونية:

فتحي عكوش ، مرجع سابق ، ص 87¹

² CE , 08 Aout 2008 , n 307146 , op . cit , p 274.

³ CE , Avis contentieux , 11 Avril 2012, Marceau Lang , Prosper Weil et autres , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative , Editions Dalloz , Paris , France , 2013 , p 909-910

⁴ حليلة بروك ، مرجع سابق ، ص 306.

أ- إن كان الوالي حارسا لشفافية الصفقات العمومية المحلية فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة حصرا في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية ؟

فكأن المشرع الجزائري يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها.
ب- كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات العمومية المحلية, في غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفية تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة؟
و هو النقد نفسه الذي يواجهه نظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه الدعوى ، نظرا لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية.

و نوافق الأستاذة بومقورة سلوى عندما تقول أن أهم إشكالية تطرحها هذه الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هي التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد و إمكانية رفعها بعد إبرام العقد حيث تنص المادة 946 فقرة 2 : " يتم هذا الاخطار.....إذا أبرم العقد أو سيبرم"

فالمنطق الوقائي يفرض بان ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجبه أمرا للمتسبب للامتثال لالتزاماته، أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و6 من المادة 946. أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى ؟¹

ثانيا : صفة المدعى عليه

المدعى عليه في هذه الدعوى هو الذي ينسب إليه الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة. بالتالي هذا الإخلال لا يكون إلا من الجهة صاحبة الصفقة العمومية كما تحددها المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية، و هي:

-الإدارات العمومية.

-الهيئات الوطنية المستقلة.

-الولايات.

-البلديات.

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .

الفرع الثاني : وجود إخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة .

يعتبر انتهاكا لقواعد العلانية والمنافسة ما يلي:

أولا : خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية

¹ سلوى بومقورة ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الاداري، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011

يعد الإشهار الصحفي عن الصفقة إجراء جوهريا طبقا لنص المادة 61 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام¹ و هو ما يضمن مبدأي العلانية و حرية المنافسة .

ويعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا , أو قيامها بإعلان معيب فتنشره في جريدة يومية واحدة في حين أن المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تشترط نشره في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية وبلغة أجنبية موزعتين علي المستوى الوطني، كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 65 عيبا من عيوب العلانية والمنافسة ، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة، والأشكال الثانوية التي لا تؤثر فعليا على العقد والتي يمكن تصحيحها لاحقا، فلا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلا².

كما اعتبر القضاء الإداري كل خرق للقواعد المتعلقة بمدد استلام العروض مخالفا لقواعد العلانية اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب حدد المشرع الجزائي إجراءات إبرام الصفقات العمومية من المادة 40 إلى المادة 78 من تنظيم الصفقات العمومية، وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها.

لذا فان استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة, و مثاله أن تقوم الإدارة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة طبقا لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للجوء إلى التراضي في نص المادة 43 من تنظيم الصفقات العمومية.

و في فرنسا و من خلال دراسة تحليلية لإثتان و تسعون (92) قرارا صادرا عن مجلس الدولة الفرنسي و ثمانية عشر (18) قرار صادر عن المحاكم الإدارية منذ 1994 تتمحور حول

¹ المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق .

² الأمر الاستعجالي رقم الفهرس 16/536 لجلسة يوم 20/06/2016 القضية رقم 16/479 مكتب الدراسات التقنية و المعمارية و العمرانية الممثلة في صاحبها (ع . ك) ضد ولاية بسكرة و مديريةية التجهيزات العمومية لولاية بسكرة .

بتاريخ 2016/06/01 رفع مكتب الدراسات التقنية و المعمارية و العمرانية الممثلة في صاحبها (ع . ك) دعوى ادارية استعجالية ضد ولاية بسكرة و مديريةية التجهيزات العمومية لولاية بسكرة ملتصا الأمر بتوقيف اتمام اجراءات المنح المؤقت للصفقة رقم 2015/59 المتعلقة بانجاز مقر المقاطعة الادارية بأولاد جلال و التي استفاد منها مكتب الدراسات التقنية و الاقتصادية وحدة بسكرة .

و قد استندت جهة الادعاء على الاخلال بقواعد المنافسة و الاشهار حيث لم تستدعي لجلسة فتح الاظرفة و معايير تقييم العروض التي تم تطبيقها تخالف تلك المنصوص عليها في دفتر الشروط .

و قد قضت المحكمة في قرارها بان " ... و فيما يخص تقييم العروض المالية تم على اساس 15 نقطة لكون الصفقة تتعلق بالدراسة فقط دون المتابعة و بذلك فان المنح المؤقت للصفقة محل النزاع جاء وفقا لالتزامات الاشهار و المنافسة لذلك قررت المحكمة القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس ... " .

هذا المضمون ، من بينها القضية المؤرخة في 29 ديسمبر 1997 الخاصة بمقاطعة باريس¹ ويتعلق موضوع القضية بعدم تحديد مضمون الصفة العمومية في الإشهار تطبيقاً لنص المادة 314 و 314 مكرر من قانون الصفقات العمومية الفرنسي² .

ثانياً : المواصفات و الخصوصيات التقنية

يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية انتهاكاً لقواعد المنافسة ، وعلى هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفة عند الإعلان عنها، بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة .

فلا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تضع دفترًا للشروط يلتبس على المقاس مترشح و احد بهدف توجيه الصفة إليه ، أو أن تقبل عرضاً و تستبعد آخر خراج القواعد المعلن عنها³ .

ثالثاً : الحرمان أو الاستبعاد من الصفة دون وجه حق

يقصد بالحرمان من دخول الصفة الحظر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون كالمصلحة العامة أو الإفلاس أو عدم الوفاء بالواجبات الجبائية ، وهو ما يطلق عليه المشرع الجزائري مصطلح "الإقصاء" فان طبقت الإدارة هذا الإجراء على مرشح ما دون سند قانوني كان له حق رفع الدعوى الاستعجالية .

أما الاستبعاد من الصفة فيكون بإخراج عطاء بعينه من دائرة المنافسة، بعد استلامه لعدم مطابقته للمواصفات التقنية أو لعدم توقيعه من صاحبه... الخ، أو إذا تبين أن العرض المقبول يمكن أن يؤدي إلى هيمنة على السوق أو اختلال في المنافسة أو إذا اتضح أن العرض المالي المختار منخفض بشكل غير عادي. فان تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي⁴ .

¹ نوال زيات ، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2013 ، ص 37 .

² CE,29 décembre 1997,département de paris : « L'avis d'appel à la concurrence pour un contrat de maîtrise d'œuvre doit , en application des articles 314 et 314 bis du CMP , indiquer l'objet du marché et le contenu de la mission . L'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis de l'appel à la candidature ne peut regardée comme ayant satisfait aux obligations de la publicité et le marché qui a été cnclu doit être annulé » .

³ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 83 .
⁴ الأمر الاستعجالي رقم الفهرس 17/176 لجلسة يوم 2017/03/06 في القضية رقم 17/138 مؤسسة البناء و الري لصاحبها (م . ح . أ) ضد بلدية بسكرة .

بتاريخ 2017/02/08 رفعت مؤسسة البناء و الري لصاحبها (م . ح . أ) دعوى ادارية استعجالية ضد بلدية بسكرة ملتزمة من خلالها وقف اجراءات الاستشارة المتعلقة بانجاز اشغال مياه الشرب بحي المنيرة .

و قد بررت جهة الادعاء ذلك بان بلدية بسكرة كانت قد اعلنت على استشارة تتعلق بانجاز اشغال مياه الشرب بحي المنيرة و ان المدعية هي من قدمت احسن عرض و قد تم ابرام عقد بين الطرفين غير ان بلدية بسكرة قامت بالإعلان عم استشارة ثانية في ذات المشروع .

رابعاً : الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد

لم يغفل المشرع الجزائري عن ضبط معايير اختيار المتعاقد مع الإدارة ، فجاءت المواد : 39 ، 38 ، 37 ، 36 ، 35 و 40 لتؤكد على إلزامية التأكد من مؤهلات المرشحين ، كما منعت المادة 58 المصلحة المتعاقدة من التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد ، فان ثبت عدم التزام الإدارة بمعايير الاختيار ، كان ذلك دليلاً سافراً على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة .

و قد اعتبرت المحكمة الإدارية بتاريخ 10/06 /1993 « marne Chàlon_sur » بأن صفقة الدراسات المبرمة بين « le cabinet Oth » و « sivomat » باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض¹ .

الفرع الثالث : طبيعة القرارات المطعون فيها (القرارات الإدارية القابلة للانفصال) .
أولاً : تعريف القرارات الإدارية القابلة للانفصال .

القرار المنفصل هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري و يستهدف اتمامه إلا انه ينفصل عن هذا العقد و يختلف عنه في طبيعته فهو قرار يساهم بإبرام العقد نظراً لأنه يمهد لهذا لإبرام ، فهو لا دخل له في نطاق الرابطة التعاقدية مما يجيز الطعن عليه بالإلغاء و استقلاله عن العقد² .

و اعتبر القضاء الإداري أعمالاً منفصلة كل الأعمال التي تسبق العقد الإداري ، و في هذا الصدد فان أعمال المصادقة على العقد الإداري من الأعمال المنفصلة المتعلقة بإبرام العقد الإداري و هو عمل انفرادي يصنف ضمن القرارات الإدارية إذا توفر فيه عنصري التنفيذ و المساس بمركز قانوني³ .

و تتجسد صور القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري في عدة أشكال منها ما يتصل بشكل إبرام هذا العقد ، ومنها ما يتصل بالمراحل السابقة على الإبرام⁴ ، و ما يهمننا في دراستنا الحالية هو القرارات الممهدة لإبرام العقد .

ثانياً : القرارات الممهدة لإبرام العقد

في البداية يجب التمييز بين العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة و بين الاجراءات التي تمهد بها هذا العقد أو تهئ له ، فهذه الاجراءات قرارات من السلطة المختصة ، و لها خصائص

و قد قضت المحكمة ب " ... و حيث يبدو من الاوجه المثارة في دعوى الحال من شأنها تبيري الغاء القرار الإداري المتضمن الغاء الاعلان المؤقت للصفحة المسندة الى مقاوله المدعي... و في الموضوع الامر بوقف اجراءات الاستشارة المتعلقة بانجاز أشغال ... " .

¹ زيدان فوزية ، مرجع سابق ، ص 88 .

² أمال حسيني ، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرارات الإدارية القابلة للانفصال ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص 5 .

³ رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية – تنظيم و اختصاص القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 77 .

⁴ حسيني أمال ، مرجع سابق ، ص 9 .

القرار الإداري كونها إفصاحا عن إرادتها الملزمة بناء على سلطتها العامة¹. فهي تعتبر القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية أثناء المراحل التمهيدية للعقد أي قبل إبرامه و هو ما يصرح عليه بالقرارات المنفصلة مثل ذلك قرارات لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض² (طبقا لتنظيم الصفقات العمومية الجديد 15-247 فقد تم دمج اللجنتين في لجنة واحدة لفتح الأظرفة وتقييم العروض) .

و تتمثل مهمة لجنة لفتح الأظرفة وتقييم العروض حسب ما أشرنا إليه سابقا في المبحث التمهيدي ، في التأكد من مطابقة العروض المقدمة من العارضين لدفتر الشروط من الناحية الشكلية المتعلقة أساسا بملف الترشيح و قد حددت المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247 الوثائق التي يجب أن يتضمنها ملف الترشيح و التي تراقبها اللجنة في هذه المرحلة . كما تقوم اللجنة في مرحلة ثانية بدراسة العروض التقنية و المالية إما في جلسة واحدة بالنسبة لطلب العروض المفتوح أو لدراسة الملف التقني أولا ثم في وقت لاحق العرض المالي للعروض من التي استوفت الشروط التقنية بالنسبة لطلب العروض المحدود أو المسابقة .

ثالث : القرارات الصادرة لإبرام العقد (المنح المؤقت)

لقد أوجد المرسوم الرئاسي 10-236 المذكور سابقا إجراء جديد هو المنح المؤقت للصفقة ، و يعتبر المنح المؤقت إجراء اعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين و الجمهور باختيارها المؤقت و غير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي و التقني و طبقا للمادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية و يجب أن ينشر في الإعلان مجموعة البيانات و العناصر كاسم و لقب العارض أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقولة و موضوع الصفقة و سعرها و آجال التنفيذ و بصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار الإدارة للفائز المعلن عنه ، و يجب ذكر هذه العناصر بدقة تفاديا لأي لبس حتى يمكن لباقي المتعهدين من ممارسة حقوقهم في الطعن³.

رابعا : ضوابط نشر المنح المؤقت للصفقة العمومية

بعد ارساء الصفقة على صاحب العطاء الافضل شروطا و الاقل سعرا من بين العطاءات الاخرى ، كقاعدة عامة تبلغ نتائج تقييم العروض التقنية و المالية في اعلان المنح المؤقت للصفقة ، و لا تبلغ في اعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية و المالية امن منح الصفقة مؤقتا ، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الاعلان أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية و المالية بالاتصال بمصالحها في اجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الاول لنشر اعلان المنح المؤقت للصفقة⁴.

¹ حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، الطبعة الثانية ، دار أبو المجد ، القاهرة ، مصر ، 2001 ، ص 433 .

² أحمد محمود جمعة ، العقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2002 ، ص 440 .

³ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 296 .

⁴ المادة 4/82 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق .

و يدرج اعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي تم فيها اعلان الصفقة مع تحديد كل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة ¹ .

الفرع الرابع : الآجال القانونية لرفع الدعوى.

نصت المادة 946 في فقرتها 2 و 3 على ما يلي : " يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد او سيبرم من طرف جماعة إقليمية او مؤسسة عمومية محلية . يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد " .

من خلال نص المادة السابقة الذكر نستنتج أن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا معيناً بل ربط ميعاد رفع الدعوى بأجلين هما قبل إبرام العقد و إذا أبرم العقد ، و يكون المشرع الجزائري في هذا الشأن قد إقتبس حرفياً من المشرع الفرنسي في المادة L. 551-1 و شأنه شأن المشرع الفرنسي لم يوضح ما المقصود بعبارة " إذا أبرم العقد " بينما الدعوى متعلقة بالاستعجال ما قبل التعاقدية فالمفترض أنه بإبرام العقد يصبح لا محل لرفع هذه الدعوى .

و لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلاً أو مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيبرم، ثم أردفت في فقرتها الثالثة بأنه: " يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد " .

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

فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد ، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمراً للمتسبب للامتثال لالتزاماته، أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقاً للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 ، أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى؟

و لرفع اللبس و الغموض الذي شاب هذه المادة و يجب علينا الرجوع إلى الاجتهادات القضائية خاصة للقضاء الإداري الفرنسي السابق في هذا المجال ، فلقد قبلت بعض المحاكم الإدارية في فرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الاستعجالي قبل التعاقدية ، غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبني مبدأ مستقراً مفاده أن تطرق القاضي الاستعجالي إلى مشروعية العلانية و المناقسة بعد إبرام العقد، يخرج من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

و في هذا الصدد أقر مجلس الدولة الفرنسي في قراراته مبدأ أن " القاضي الإداري الذي ترفع أمامه دعوى إستعجالية ما قبل تعاقدية بعد إمضاء العقد يجب أن يقضي بعدم قبولها " ²

¹ المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق .

² CE, 22 mars 2000, n° 211861, commune de Sottevilleles- Rouens.

CE, 28 mai 2003, n° 251719, société PK7 Certinomis.

أما إذا تم إضفاء العقد أثناء سير الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية و قبل أن يفصل القاضي فيها فان مجلس الدولة الفرنسي أقر برفض الدعوى لأنها أصبحت بدون موضوع¹.

وعلى هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية .
غير أن إبداع القاضي الإداري الفرنسي الخلاق أبي إلا أن يبتكر اجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية و منازعاتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 16/07/2007 في قضية «Tropic» والتي تتلخص وقائعها في أنه على إثر دعوة للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ «Pointe à Pitre» العرض الذي تقدمت به شركة «Tropic» فرفعت شركة «Rugoway» باعتبارها مرشحة للصفقة دعوى إستعجالية تطلب فيها إلغاء قرار رفض عرضها و قرار المنح حيث رفض القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كلياً. استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه: "يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية لحقهم في مخاصمة العقد ذاته " إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو إخلال بالعلانية و المنافسة².

ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:
أ- إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات قبل أو بعد إبرام العقد .

ب- حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكرا على أطراف العقد وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأسا على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد.

الفرع الخامس : التظلم الإداري المسبق أولا : تعريف التظلم الإداري المسبق

لم يعرف المشرع الجزائري التظلم الإداري المسبق في قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد كسابقه إلا أن الفقه عرفه بأنه " طلب أو شكوى ترفع من قبل المتظلم على السلطة الادارية المختصة من أجل مراجعة العمل الاداري المتظلم منه إما بسحبه أو إلغاءه أو تعديله " .

و هو نوعان تظلم إداري رئاسي يرفع أمام الرئيس الإداري الأعلى لمصدر القرار الإداري و تظلم إداري ولائي يرفع أمام مصدر القرار الإداري نفسه³ .

لقد كان قانون الإجراءات المدنية لدى إصداره سنة 1966 يشترط لقبول جميع الطعون بالالغاء ، سواء تلك المقامة أمام الغرف الادارية بالمجالس القضائية أو الغرف الادارية بالمحكمة العليا

¹ CE, 30 juin 1999, n° 203135, SA Groupe Partouche.

CE, 13 juin 2005, n° 275468, société Vasconi Associés Architectes .

² طارق بجادي ، مرجع سابق ، ص 61

³ الزين عزري ، مرجع سابق ، ص 88 .

، ضرورة اللجوء – مسبقا – إلى الطعن أمام الإدارة. أما ق.إ.م. فقد نص في المادة 830 منه على أنه " يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 329 أعلاه..."¹.

فلم يعد التظلم الإداري المسبق شرطا إلزاميا بل أصبح جوازيا و إختياريا كقاعدة عامة ، غير أن هذه القاعدة وضع لها المشرع الجزائري بعض الاستثناءات ، فعلى صعيد المنازعات الضريبية ، على سبيل المثال ظل التظلم الإداري وجوبيا و هذا مراعاة منه للطابع الخاص لهذا النوع من المنازعات²، نصت على ذلك المواد 1/329 و 2/331 و 1/334 و 2/337 و 2/339 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة³.

فهل منازعات الصفقات العمومية خاصة في مرحلة الإبرام يشترط فيها التظلم الإداري المسبق و هل يجوز اللجوء الطعون القضائية دون المرور أولا عبر الطعون الإدارية ؟

ثانيا : شرط التظلم المسبق في منازعات الصفقات العمومية

جاء في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 : " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت... أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة...".

من المادة المذكورة يبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك ، فالإدارة هنا لم تبرم الصفقة و لم توقع بعد بل لا يجوز قانونا توقيعها في هذه المرحلة⁴.

و الملاحظ من نص المادة 82 المذكورة أن المشرع إستعمل عبارة "يمكن" مما يدل على أن الطعن الذي يرفع أمام لجنة الصفقات المختصة جوازيا من جهة ومن جهة أخرى فإنه يمكن رفع الدعوى الإدارية الاستعجالية قبل التعاقدية بالموازاة مع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة أو بمفردها باعتبارها ليست شرطا للجوء الى القضاء الإداري .

الفرع السادس : مجال إختصاص القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية قل التعاقدية
بعد استيفاء المدعي شروط الدعوى يأتي دور القاضي الاستعجالي لممارسة السلطات المخولة له قانونا.

أولا: تحديد المقصود بالتزام الإشهار .
تبرم الصفقة العمومية وفق أسلوب المناقصة كقاعدة عامة أو أسلوب التراضي

¹ محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق ، ص 172 .

² عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الثاني ، ص 364 .

³ سلامي عمور ، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2009 ، ص 90 .

⁴ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، مرجع سابق ، ص 298 .

في سبيل الحصول على أكثر عدد من العروض و التمكن من اختيار الأفضل يفرض أسلوب المناقصة (طلب العروض) احترام جملة من الإجراءات من بينها واجب الإشهار. و الذي يقصد به عملية الإعلان عن الصفقة وعن المنح المؤقت لها - عندما يكون ذلك ممكنا - باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وفي جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني . إضافة إلى إمكانية الإعلان في يوميتين محليتين أو جهويتين . ويتضمن الإعلان بيانات إلزامية للصفقة تتعلق بموضوعها و الهيئة التي أعلنت عنها و شروطها .

كما يتضمن الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة المعايير التي اختير على أساسها المترشح الفائز مع دعوة بقية المترشحين للاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم العروض. و يكتسي محتوى الإشهار أهمية بالغة و أساسية في مرحلة إعداد الصفقات العمومية ، فالجهات القضائية الإدارية التي تطرح عليها معظم القضايا تربط ما إذا كان الإشهار كافيا بالقدر اللازم بالنظر للوسائل الإعلامية المختارة بالإضافة إلى التزام المصلحة المتعاقدة بضمان منافسة حقيقية من خلال العوامل المختلفة المستغلة في الإعلان عن الصفقة و مت بين هذه العوامل ماهية الصفقة و مقاييسها الأساسية التي تسمح لكل مترشح التعرف على الصفقة .

ثانيا : تحديد المقصود بالتزامات المنافسة.

تنص المادة 03 من تنظيم الصفقات العمومية على أن الهدف من وضع هذا القانون هو ضمان التوازن بين حماية المال العام من جهة و فعالية و نجاعة الخدمات المقدمة من جهة أخرى و تؤكد أن ذلك يتم من خلال احترام بعض المبادئ التي من أهمها حرية المنافسة.

إن القواعد التي تخرج عن موضوع الإشهار أو المنافسة لا تدخل في اختصاص القضاء الإستعجالي السابق للتعاقد، ولا يمكنه تجاوز هاتين المسألتين فلا يراقب مسألة اختصاص الإدارة المتعاقدة بإبرام الصفقة أو وصفه الموقع أو العيوب التي تشوب تنفيذ العقد أو العيوب الشكلية في الإجراءات كغياب الاستشارة أو عدم قانونية لجنة العروض وبالتالي فهو مقيد في هذا المجال بالتشريع ، لكن القضاء الإداري في فرنسا وسع من رقابته واعتبر أن كل خرق للقواعد حتى الإجراءات منها إذا كان لها تأثير على إختيار المتعامل المتعاقد قد تخضع لرقابة القاضي الإستعجالي¹ .

¹ CE , du 13 maes 1998 , SA Transport GALIERO : « la non communication d'information qu'une entreprise sollicitait sur le kilométrage du réseau et sur la masse clonale du personnel à reprendre a rompu l'égalité des candidats au profil de tous les candidats n'ont pas été mis à meme de prendre connaissance des éléments essentiels de la convocation leur permettant d'apprécier les charges du contractant et d'élaborer une offre satisfaisante

المبحث الثاني : سلطات القاضي الإداري

الدعوى الإدارية هي وسيلة قانونية تسمح للقاضي استعمال صلاحياته و سلطاته المخولة له قانوناً قصد احترام مبدأ المشروعية ، و كذا محاولة التوفيق بين متطلبات المصلحة العامة من جهة و المحافظة على الحقوق و حريات الأفراد في مواجهة الإدارة و امتيازاتها من جهة ثانية . و مهمة القاضي لا تقتصر على الفصل في الدعوى و بيان حكم القانون بل الأمر يتعدى ذلك إلى وجوب تنفيذ الحكم لكي يأخذ طريقه إلى التطبيق العملي .

و صلاحيات قاضي الاستعجال الإداري تضاهي تلك المعروفة لدى القاضي العادي الناظر في الأمور المستعجلة بل و قد تزيد خاصة في مجال الصفقات العمومية . هذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاث مطالب نخصص الأول للسلطات التحفظية للقاضي الاستعجالي و الثاني للسلطات القطعية للقاضي الاستعجالي أما المطلب الثالث فنتناول فيه مدى حجية الحكم في الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية و الطعون الواردة عليه .

المطلب الأول : السلطات التحفظية للقاضي الاستعجالي

إنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد منح للقاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية سلطات واسعة ومتعددة تمكنه من رقابة الإدارة العامة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، بحيث تتجسد هذه السلطات في حالة ثبوت المخالفة في حق الإدارة.

يتمتع القاضي الإداري بمجموعة من السلطات التحفظية الهامة التي تؤهله للفصل في الدعوى الاستعجالية، نتطرق لها فيما يلي:

يملك القاضي الإداري طبقاً للمادة 946 من ق.إ.م.إج ، سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية، ووقف كل القرارات والإجراءات المتصلة بعملية الإبرام، ونحاول شرح كل سلطة على حدة.

الفرع الأول: سلطة الأمر

هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، ومن المستقر عليه في فرنسا والجزائر منذ زمن طويل أنّ القاضي الإداري لا يستطيع إلزام الإدارة بأن تقوم أو تمتنع عن آراءها وأن يحل محلها من أجل القيام بعمل يكون من صميم اختصاص الإدارة، إضافة إلى عدم إمكانية توجيه تهديدات مالية، وهذا ما أكد عليهم مجلس الدولة الفرنسي في حكمة الصادر في 29-01-1970 والذي جاء فيه: "...حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة"، لكن المشرع الفرنسي تدارك هذا الوضع بعد ذلك ليتدخل في 08-02-1995 حيث أصدر قانون 04-01-1995 الذي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة ولكن ضمن حدود، فلا يوجه القاضي الأمر للإدارة إلا إذا إقترن حكمه بإجراء يجب اتخاذه من جانبها، كأن يأمر الإدارة بإعادة نشر الإعلان إذا كان غير مشروع . و لقد مر الاجتهاد القضائي الجزائري بمرحلتين :

- أ- **مرحلة ما قبل صدور القانون 09/08** : إعتبر القضاء الإداري أن القاضي لا يملك أن يوجه أوامر للإدارة و يظهر ذلك في العديد من القرارات التي أصدرها ¹ .
 أستند القضاء الإداري في رفضه توجيه أوامر للإدارة إلى مبدئين هما :
 (1) أساس نظري قائم على مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والإدارية .
 (2) أساس عملي قائم على عدم جدوى أو فاعلية ما يصدر من أوامر طالما أنه لا يملك الوسائل الملموسة لإجبار الإدارة على تنفيذ أوامره .
- ب- **مرحلة ما بعد صدور القانون 09-08** : بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أصبح من الممكن توجيه أوامر للإدارة تقتضيها تنفيذ أحكامه و قراراته ، كما أن إقرار الغرامة التهديدية يعد أداة قانونية فعالة لفرض تنفيذ الأوامر القضائية .
 ومن الأحكام التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تؤكد على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة ما نصت عليه المادة 946 منه " يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يتمثل فيه" .
 وبالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها فيما يخص المنافسة و الشفافية في إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية أو يوجه لها أمر بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول المناقصة دون وجه حق، مما يجعل القاضي الاستعجالي يسلط الضوء على جوهر الحق ليستنبط منه ما مدى مخالفة الإدارة لالتزامات الإشهار و المنافسة، بحيث يعد خروجاً عن طبيعة القضاء الاستعجالي و المتمثلة في عدم المساس بأصل الحق ² .
 وبالتالي يعدّ تدعيماً لدور القاضي الإداري، فقد جعل له ق.إ.م.إ سلطة توجيه تدابير تنفيذ ضدّ الأشخاص المعنوية العامة استناداً للمواد من 978 إلى 988 من هذا القانون.
- إن دراسة هذه المادة تجعلنا نبدي عدة ملاحظات بشأنها ، نذكر منها:
- هذه الفقرة بدأت بعبارة " يمكن " ، معنى ذلك أن هذه سلطة جوازية تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة الإدارية.
- كذلك هذه الفقرة تركت للمحكمة السلطة التقديرية لتحديد الأجل الذي يلزم فيه المخالف باحترام الالتزامات القانونية المفروضة في مجال الإشهار و المنافسة.

¹ قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/07/15 والذي جاء فيه " ... ليس في امكان القاضي أن يصدر أوامر أو تعليمات للإدارة فهو لا يستطيع أن يلزمها بالقيام بعمل ..."

² أمال يعيش تمام ، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2012 ، ص 223 .

إن أبسط ما يمكن قوله بشأن هاتين الملاحظتين أن تطبيقهما مرتبط بمدى استقلالية المحكمة الإدارية خاصة و أنها في مواجهة السلطة العامة (وزارة، ولاية ...)¹.

-إضافة إلى الملاحظتين أعلاه، فإن الإشكال يطرح في حالة عدم الالتزام بهذا الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية.
لقد تنبه المشرع لذلك، فأورد الفقرة 05 من المادة ذاتها و التي تتعلق بسلطة توقيع الغرامة التهديدية، وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية .

الفرع الثاني : سلطة الوقف

يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، وهي سلطة مهمة وخطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف هو وجود أسباب جدية تبيح له اتخاذ هذا القرار أما فيما يخص صعوبة إصلاح القرار الذي ينتج عن تنفيذ القرار المتصل به، إذ م.د.ف. قرّر صراحة عدم اشتراطه ضمن الشروط الضرورية لذلك، لأنه بتقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحد من فعالية سلطات القاضي الإداري ويضع عليه قيودا تتعلق بضرورة وجود الضرر².

وهذا ما نصت عليه المادة 946 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ " ... ويمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما " ، يعني القاضي يقف كل الإجراءات المتعلقة بالصفقة، ويخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الاستعجالي الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعى. وسبق التّعرض لهذه السلطة كنظام إجرائي هو وقف تنفيذ القرارات خاصة إذا صدر في حق المتعهد قرار يخل بقواعد المنافسة والإشهار، أما في الحالة التي لم يصدر أي قرار في حقّه وتبين له أن إجراءات الصفقة مخالفة لمبادئ الحرية والإشهار، فالقاضي إذا قبل الطّلب يأمر بالوقف وذلك لتفادي إبرام العقد مع من اختارته الإدارة لأنّه إذا أبرمت الصفقة وشرع في تنفيذها فإنّه قد يصعب فيما بعد تفادي الآثار المترتبة عن ذلك³.

الفرع الثالث : الغرامة التهديدية .

أولاً: تعريف الغرامة التهديدية

يجب الإشارة بداية إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف الغرامة التهديدية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الادارية ، ه و القضاء الإداري تاركاً ذلك للفقهاء و القضاء .

¹ فريدة مزياي، أمانة سلطاني، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة و الاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية و الادارية، مجلة المفكر، العدد السابع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2010

² فريدة مزياي، أمانة سلطاني، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة و الاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية و الادارية، مجلة المفكر، العدد السابع، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2010 .

³ آمال يعيش تمام، عبد العالي حاحة، قراءة في سلطات القاضي الإداري الاستعجالي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية و الادارية 08-09، مرجع سابق، ص 226.

لذا بالرجوع إلى الفقه و القضاء المقارن يمكن أن نعرفها بأنها " مبلغ من المال يحكم القاضي به على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقترنا بتلك الغرامة " ¹.

فهي إجراء الهدف منه ضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث أن القاضي يستطيع بناءً على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينياً خلال مدة معينة، فإذا تأخر كان ملزماً بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام.

و كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة في حالة إمتناعها عن تنفيذ أحكامه، وهذا ما جاء في قراره المؤرخ في 27-01-1933 " ... حيث أنه إذا كان للقاضي الحق في بيان الحقوق والالتزامات المتقابلة للأطراف وكذا التعويض المستحق، فإنه لا يمكن أن يتعدى ذلك ويتدخل في تسيير المصالح العامة، ويوجه تحت التهديد بعقوبات مالية ... "

أما بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري فقد أكد في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقاً لاجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً ومجلس الدولة حالياً ^[x] وهذا ما أكد عليه قرار م.د.ج بتاريخ 10-04-2000 والذي جاء فيه: " ... حيث أنه في الوضع الحالي للتشريع والاجتهاد القضائي لا يمكن النطق ضد الولاية أو البلدية بغرامة تهديدية " ².

إلا أنه بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية حول للقاضي الإداري سلطة فرض الغرامة التهديدية في حالة إمتناع الإدارة عن تنفيذ الإلتزام بعمل أو الإمتناع عنه دون مبرر شرعي.

ومن ذلك الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها: "مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ الإلتزام الواقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي، بناءً على طلب الدائن"، فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ التزامها بأداء مبلغ من المال عن كل فترة زمنية عن كل تأخير وهو ما يمكن أن يحملها على الإلتزام بمبادئ الإشهار والعلانية . وما يستنتج من هذه الفقرة أن المشرع قد منح القاضي الاستعجالي السلطة التقديرية في فرض الغرامة من عدمه في حال انقضاء الأجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لالتزامها .

و قد أصدرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في هذا الشأن قرار بتاريخ 13/04/1997 في قضية ب.م ضد بلدية الأغواط ، و قد جاء في حيثياته ما يلي : " حيث أن رفض الامتثال لمقتضيات قرارات الغرفة الإدارية للمجالس و المحكمة العليا الحائزة على قوة الشيء المقضي

¹ الزين عزري ، مرجع سابق ، ص 104 .

² آمال يعيش تمام ، سلطات القاضي الاداري في توجيه أوامر للإدارة ، مرجع سابق ، ص 224 .

فيه و الذي يصدر عن سلطة عمومية يعد من جهة تجاوزا للسلطة و من جهة أخرى عنصرا منتجا لمسؤولية السلطة العمومية " ¹ .

ثانيا : خصائص الغرامة التهديدية

أ- **خاصية التبعية** : أي لا يتصور وجودها إلا بوجود حكم أو قرار قضائي بالالتزام ، بمعنى أنها تدور وجودا او عدما مع الحكم الالزامي ، فتصح و تبطل بابطاله .

و هذا ما جاء في نص المادة 980 من ق.إ.م.إ على انه "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها إتخاذ أمر بالتنفيذ ... أن تأمر بغرامة تهديديه مع تحديد تاريخ سريان مفعولها " وفي هذا الشأن نصت المادة 946 / 4 و 5 على " أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته وتحدّد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه . ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديديه تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد " .

ب- **خاصية التهديد القسري** : و هي روح الغرامة التهديدية حتى يبادر المحكوم عليه بتنفيذ و تصل هذه الخاصية إلى ذروتها عند الحكم بالغرامة القطعية لعدم وجود أمل للمحكوم عليه بتعديلها ، مع جواز تحويل الغرامة الوقتية على غرامة قطعية و لا يجوز العكس ²

ت- **خاصية التحكم** : بمعنى لا يشترط في تحديدها وجود ضرر و لا يتم تقديرها على أساسه بل للقاضي كل السلطة في تحديد وجودها حتى بغياب طلب الخصوم متى رأى ملائمة ذلك مع الحكم ، و له سلطة تقدير قيمتها و شكلها و بدء سريانها و مدتها ، وهنا يظهر الطابع التحكمي لها ³ .

ثالثا : ملاحظات حول الغرامة التهديدية

من خلال دراسة المادة 946 في فقرتها 05 يمكن أن نبدي الملاحظات التالية:

- إن سلطة توقيع الغرامة التهديدية لا تطبق إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة عند توجيهها الأمر بالامتثال للالتزامات الإشهار و المنافسة ؛ بمعنى أنه لا يمكن للمحكمة الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال لتلك الالتمامات و توقيع الغرامة التهديدية .
 - كذلك يطرح إشكال آخر في حالة امتناع المخالف عن الالتمام رغم توقيع الغرامة ، فما هي الوسائل المخولة للقاضي الاستعجالي لإجباره على الالتمام؟
- هذا ما يدفع إلى إعادة النظر في هذه السلطات و ضرورة دعمها حتى تؤدي الغرض منها ، كأن يتم توقيعها في حق الموظف الممتنع باعتبار الإدارة العامة شخص معنوي يعبر عن إرادته شخص طبيعي

¹ محمد فقير ، مرجع سابق ، ص 18 .

² الزين عزري ، المرجع نفسه ، ص 105 .

³ الزين عزري ، المرجع نفسه ، ص 105 .

ما تجدر الإشارة إليه، بخصوص السلطتين أعلاه : سلطة توجيه الأمر و سلطة توقيع الغرامات التهديدية هو أنه حتى يتم توقيعهما فإنه لا بد من ثبوت المخالفة في حق المدعى عليه (الإدارة العامة صاحبة الصفقة) وهذا لا يتحقق إلا إذا نظر القاضي في موضوع الدعوى و هو ما قد يشكل مساساً بأصل الحق كشرط لقبول الدعوى الاستعجالية لكن ذلك يبرر و يؤكد في الوقت ذاته الطبيعة شبه الاستعجالية للدعوى المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية.¹

المطلب الثاني : السلطات القطعية للقاضي الاستعجالي

تتضمن السلطات القطعية سلطة تأجيل إمضاء الصفقة، و سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية، و سنتعرض لكل سلطة على حدا.

الفرع الأول : سلطة تأجيل إمضاء الصفقة

بمجرد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة فإنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد، ويقصد بإمضاء العقد في هذا المجال توقيع الإتفاقية، بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الذي تم إختياره دون إحترام إجراءات المنافسة والإشهار، وبالتالي فقد خولت المادة 946 للقاضي سلطة تأجيل أو تعليق إمضاء الصفقة إلى غاية إتمام الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوم . ويعدّ هذا التأجيل وسيلة ضغط على الإدارة لتنفيذ التزاماتها.²

الفرع الثاني : سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية .

هذه السلطة من صنع القضاء الإداري الفرنسي، حيث تمكن القاضي الإداري الاستعجالي أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه، إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفضيلي، إذ السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري الاستعجالي في اتخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبحث في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية، وأهم شروطها أنّ القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد يقوم بإجراء تحقيق أو إنتداب خبرة أو إثبات حالة، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري، كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظلّ سلمية حتى تفصل فيها محكمة الموضوع، والهدف منها إيجاد دعوى فعالة يتم بواسطتها فصل في موضوع النزاع محاط بحالة من الاستعجال ممّا ينتج عنه أنّ هذا القضاء ليس قضاء استعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعدّه المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام الصفقات العمومية³

إلا أنّه أمام كل هذه الإمتيازات المتعدّدة والمتنوّعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى فقد ثار نقاش في فرنسا حول تكييف هذه الدعوى، هل تنتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء ؟

¹ محمد فقير ، مرجع سابق ، ص 19 .

² محمد فقير ، مرجع سابق ، ص 11 .

³ فريدة أبركان ، مرجع سابق ، ص 23 .

إستقرّ الرّأي على اعتبارها من قبيل دعاوى القضاء الكامل، لأنّها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة، علماً أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبيت في طلبات التعويض، لأن ذلك يبقى تماماً من إختصاص قضاء القانون العام.

حسب تعبير المحكمة الإدارية المدنية "ليل":

(...le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun.....).

في الحقيقة إنّ هذا الإتّساع في سلطات القاضي الإداري قد دفع بالبعض إلى طرح إشكالية جوهرية، تتمثل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى المستعجلة أن يبيت بما لم يطلبه الخصوم، إذا كان يشكل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه ؟

نعم يمكنه ذلك، كأن يطلب مثلاً وقف إبرام العقد فيقوم القاضي الإداري بوقف كل القرارات المتّصلة بإبرام هذا الأخير، بإعتباره يشكل نتيجة منطقية لعملية الوقف¹.

أمّا فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية، أن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة، فيجب أن تكون مقترنة بإحتمال فرض غرامة تهديديه على الإدارة، وإلا فإن إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية².

على خلاف السلطتين السابقتين المذكورتين أعلاه واللتين يتمتع بهما القاضي الإداري في مادة الرقابة على إجراءات إبرام الصفقة العمومية، فإن هذه السلطة الأخيرة (سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد) هي سلطة وقائية يباشرها القاضي بمجرد إخطاره بالدعوى و لا يحتاج فيها للتأكد من ثبوت المخالفة³.

و يرى الاستاذ بودريوة أن تنظيم قانون الصفقات العمومية ينص على إمكانية البدء في تنفيذ العقد قبل إبرامه استجابة لضرورات معينة، إلا أنّ ذلك يتنافى مع إمكانية رفع دعوى استعجالية، أين لا تُجدي نفعاً بعد الإمضاء على العقد. فقد تتحجج الإدارة بالطابع الإستثنائي للمشروع و تبدأ في تنفيذه لتواري المخالفات التي ارتكبتها و المتعلقة بمبدأ المنافسة و ضرورة الإشهار فتقلت بالتالي من الرقابة واحتمال بطلان الإجراءات⁴.

المطلب الثالث : حجية الحكم في الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية و الطعون الواردة عليه .

سنتطرق في هذا المطلب إلى حجية الأوامر الصادرة عن القاضي الاستعجالي في الدعوى ما قبل التعاقدية و تشكيلة الحكم في الدعوى الاستعجالية و مدى إمكانية الطعن في هذه الأوامر .

الفرع الأول : حجية الحكم في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية

سلوى بومقورة، مرجع سابق، ص 17¹

ليلي بوكحيل، مرجع سابق، ص 12²

محمد فقير، مرجع سابق، ص 12³

زيدان فوزية، بن يحي و هيبه، مرجع سابق، ص 50-51⁴.

يكتسي الأمر الصادر من المحكمة الإدارية في مجال الدعوى الادارية شبه الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية حجية تلزم أطراف الدعوى ، فهذا الحكم قطعي و فاصل في أصل الحق و له نفس حجية الحكم الصادر من طرف قاضي الموضوع ، فلا يعتبر حكم مؤقت و لا يتعلق بتدابير مؤقتة كما هو الحال عليه في القضاء الاستعجالي بالطبيعة ، و هذا ما كرسته المادة 300 من ق.إ.م.إ و تنص على أنه " يكون القاضي الاستعجالي مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه ، و في حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه " ¹.

فإذا أخطرت المحكمة الإدارية بالدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية فإن لها أن تأمر بتأجيل إمضاء الصفقة بمجرد إخطارها كإجراء احترازي ثم تدرس الملف فتصدر أمرا بالزام المخالف بالامتثال للالتزامات الإشهار و المنافسة التي يفرضها القانون إذا ثبتت لها المخالفة ، كما يمكنها الأمر بتوقيع الغرامات التهديدية كما سبق بيانه.

أما إذا ثبت لها عدم حصول أي مخالفة فإنها ترفض الدعوى.

الفرع الثاني : قابلية القرارات الاستعجالية في الدعوى السابقة للتعاقد للطعن .

إذا كان الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية في مجال الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية يكتسي حجية تلزم أطراف الدعوى فهل يقبل هذا الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية الطعن فيه خاصة إذا علمنا أن المادتين 946 و 947 ق.إ.م.إ لم تتعرض لذلك مقارنة مع المواد من 919 إلى 938 بخصوص توقيف القرارات الإدارية ؟

كما سبق الذكر، فإن كل من المادة 946 و المادة 947 من ق.إ.م.إ قد سكتت عن بيان إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية في مجال الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية . هذا ما يدفعنا إلى الرجوع للقواعد العامة. و بالرجوع للمادة 949 ق.إ.م.إ بخصوص الطعن بالاستئناف فهي تجيز استئناف الأوامر الاستعجالية الصادرة عن المحاكم الإدارية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك و تحدد لهذا الغرض أجل أقصر من أجل الاستئناف العادي هو أجل خمسة عشر (15) يوما يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر إلى المعني أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا. ²

من هذه المادة نستنتج أيضا إمكانية الطعن في الأمر بالمعارضة ، لكن الإشكال يثور إذا ما رجعنا للمادة 953 ق.إ.م.إ و التي تذكر حق الطعن بالمعارضة في القرارات و الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية و مجلس الدولة دون أن تشير إلى الأوامر ³.

¹ حورية بن أحمد ، مرجع سابق ، ص 23 .

² سلامي عمور ، مرجع سابق ، ص 221 .

³ عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، نظرية الدعوى الادارية ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 ، ص 113 .

و يرى الاستاذ مسعود شيهوب أن المشرع قد ترك غموضاً فيما يتعلق بمبدأ قابلية الأوامر التي يصدرها القاضي تطبيقاً للمادة 946 للطعن بالاستئناف ، و مصدر هذا الغموض حسب رأي الاستاذ شيهوب نابع من أنه في حالات أخرى نص صراحة على القابلية للطعن (مثلاً في حالة التسبيق المالي) و الحالات الأخرى و منها هذه الحالة فإنه لم ينص عليه ، و أكثر من ذلك ، يضيف الاستاذ شيهوب ، فإنه نص في المادتين 936 و 937 من ق.إ.م. إ. على الأوامر القابلة للاستئناف ، و على تلك غير القابلة للاستئناف و لا توجد مادة الصفقات العمومية المنصوص عليها بالمادة 946 ق.إ.م. إ. ضمن لأي من الفئتين¹.

و هذا التناول من طرف المشرع انتقده الاستاذ شيهوب ، فهو يعيب عليه هذه المنهجية غير الموحدة ، إذ كان عليه ، حسب رأي الاستاذ شيهوب ، أن يتبع منهجية واحدة سواء بالنص فقط على الأوامر غير قابلة للطعن و ما عداها فهو قابل للطعن أو العكس فينص على أن الأوامر الاستعجالية قابلة للطعن إلا في حالات أو مواد معينة و يذكرها و كل ذلك مع مراعاة النصوص الخاصة².

و يعتقد الاستاذ شيهوب أن الأوامر الصادرة في مادة الصفقات العمومية بموجب المادة 946 ق.إ.م. إ. تكون قابلة للطعن بالاستئناف طالما نصت المادة الموالية على أجل الفصل في الدعوى ، و بطبيعة الحال فإن ميعاد الاستئناف و إجراءاته يخضع للقواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الاستعجالية ، طالما لم ينص المشرع على أحكام خاصة³ . و في هذا الصدد نجد أن المشرع الفرنسي قد فصل في مسألة الطعن في الأوامر الإستعجالية ما قبل التعاقدية و ذلك بنص المادة R. 551-4 من قانون القضاء الإداري و التي تنص على أن :

"La décision du président du Tribunal administratif ou du magistrat qu'il délègue est susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'État, dans la quinzaine de sa notification ."

بمعنى أن الأوامر الإستعجالية قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة و بالتالي فهي لا تقبل الإستئناف⁴ . كما أن جميع التدابير الإحترازية التي يأمر بها القاضي الإداري لا تقبل الطعن إلا بطريق النقض أمام مجلس الدولة⁵ طبقاً لأحكام المادة R. 551-2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي .

¹ مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 142 .

² عمار عوابدي ، مرجع سابق ، ص 115 .

³ مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 143 .

⁴ CE, 28 février 2001, n° 228125, ville de Marseille.

⁵ (CE, 28 décembre 2001, n° 223047, Lacombe .

CE, 29 mars 2004, n° 258114, communauté de communes du Centre littoral .

CE, 2 juin 2004, n° 264325, commune de Dijon .

إذا كان التعديل الدستوري لسنة 1996 يعد بداية ثورة تشريعية في الجزائر نظرا لما إستحدثته من قواعد قانونية في مجالات عدة ، فان صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008 يعد نقلة نوعية نحو الإزدواجية القضائية بحيث خص المشرع المنازعة الإدارية بأحكام قانونية مستقلة و قد نال القضاء الاستعجالي حظوة قانونية فائقة و لعل أهم المواضيع المستحدثة فيه الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال العقود الادارية و الصفقات العمومية .

و رغم أن هذه الخطوة جاءت متأخرة مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي إستحدث الاستعجال ما قبل التعاقد منذ سنة 1992 ، إلا أنه يعد إتجاها محمودا يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية بحيث سد فراغا كان سائدا خاصة في مجال منازعات ابرام الصفقات العمومية .

غير أن هذا التركيز غير المسبوق في الجزائر و ما تضمنه من منح القاضي الاداري مساحة واسعة من السلطات ، لم يخلو من بعض العيوب و النفاصن نوجزها كما يلي :

- (1) أغفل المشرع معالجة الاشكالات القانونية المتعلقة بمسألة الاختصاص النوعي الناتجة عن الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي و التي طبقا للمعيار العضوي لا تعد العقود التي تبرمها عقودا إدارية هذا التضارب يبرز بشكل بين قانون الإجراءات المدنية و الادارية و تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام .
- (2) عدم الانسجام بين آجال الطعون الإدارية و القضائية في الصفقات العمومية مما قد يؤدي إلى تضارب بين قرارات لجنة الصفقات العمومية المختصة و أوامر القاضي الاداري .
- (3) منح للوالي المكنة القانونية في الطعن في إجراءات إبرام صفقات الإدارات و المؤسسات المحلية لكنه لم يحدد الأطر القانونية التي تضمن للوالي العلم بالانتهاكات المتوقعة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية لهاته الهيئات .
- (4) إستثنى الصفقات العمومية التي تبرمها الهيئات الجهوية أو المركزية من الخضوع لرقابة القاضي الاداري مما يشكل عيبا جسيما نرجو من المشرع أن يتداركه مستقبلا خاصة وان الصفقات العمومية التي تبرمها الهيئات المركزية أكثر أهمية من حيث الجاني المالي من تلك التي تبرمها الهيئات المحلية .
- (5) عدم توضيح طبيعة الإخطار المنصوص عليه في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فمن خلال إطلاعنا على بعض الأوامر الإستعجالية ما قبل التعاقدية تبين لنا أن الإجراء المتبع هو تقديم عريضة لا تختلف عن العرائض الأخرى .
- (6) على خلاف المشرع الفرنسي الذي طور في هذه التقنية القضائية الجديدة منذ تبنيتها سنة 1992 بإحداث عدة تعديلات و تخصيص إجراءات خاصة بالدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية ، فان المشرع الجزائري منذ صدور من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008 و ما تضمنه من المادتين 946 و 947 لم يساير نظيره الفرنسي و بقيت عدة مسائل عالقة خاصة فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة في هذه الدعوى الاستعجالية التي تحمل طابعا خاصا .

(7) منح المشرع الجزائري سلطات واسعة للقاضي الإداري الاستعجالي في الدعوى ما قبل التعاقدية مقارنة بسلطاته في الدعوى الاستعجالية الأخرى لكن هذه السلطات ما زالت منقوصة مقارنة بسلطات نظيره الفرنسي الذي منحه المشرع الفرنسي إمكانية التعديل في بنود الصفقة و إلغاء القرارات و البنود التعاقدية المخالفة لالتزامات العلانية و المنافسة .

(8) أغفل المشرع البت في مسألة الطعن في الأوامر الاستعجالية الصادرة في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية فلا هي مشمولة في المواد التي ترد عليه الطعون و لا هي مبينة بنص المادتين 946 و 947 المذكورتين أنفا .

و في ختام دراستنا لدور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية نود أن نشد على يدي المشرع الجزائري الذي تجاوز بعض المحظورات التقليدية في القوانين السابقة و لعل أهمها توجيه القضاء أوامر للإدارة و ذلك من منطلق الفصل بين السلطات و نرجو أن يتدارك النقائص التي تشوب هذه الدعوى الجديدة من خلال :

- (1) توحيد النظام القانوني فيما يتعلق بالمعيار المتبع لتحديد طبيعة النزاع الإداري .
- (2) وضع إجراءات خاصة بالدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية .
- (3) منح القاضي الإداري الإختصاص بالنظر في منازعات جميع الصفقات العمومية بما فيها تلك المبرمة من الهيئات المركزية .
- (4) توسيع صلاحيات القاضي الإداري لتشمل إلغاء القرارات و البنود التعاقدية المخالفة للالتزامات .

أولا : النصوص التشريعية و التنظيمية

أ. التشريع الأساسي :

(1) المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتضمن دستور الجزائر ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 76 لسنة 1996 ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد رقم 25 لسنة 2002 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 63 لسنة 2008 ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 16-10 المؤرخ في مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 14 الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016 .

ب. التشريع العادي :

(1) الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52 ، الصادرة بتاريخ 07 جوان 1967 المعدل و المتمم بالأمر رقم 69-32 المؤرخ في 22 ماي 1969 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 70-57 المؤرخ في 6 أوت 1970 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 71-84 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 72-12 المؤرخ في 18 أبريل 1972 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 74-9 المؤرخ في 30 جانفي 1974 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 76-11 المؤرخ في 20 فبراير 1976 .

(2) الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 14 لسنة 2006 بتاريخ 08 مارس 2006 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 بتاريخ 01 سبتمبر 2005 ، المعدل و المتمم بالقانون 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44 بتاريخ 10 أوت 2011 .

(3) الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 13 يوليو 2013 المتعلق بالمنافسة ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 36 بتاريخ 02 يوليو 2008 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010 .

(4) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 21 بتاريخ 25 فبراير 2008 .

ت. النصوص التنظيمية :

(1) المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 15 ، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1982 ، المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 84-51 المؤرخ في 25 فبراير 1984 ، الجريدة

- الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 9 لسنة بتاريخ 28 أبريل 1984 ، المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 86-126 المؤرخ في 13 مايو 1986 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 20 بتاريخ 14 مايو 1986 ، المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 13 بتاريخ 30 مارس 1988 ، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 91-320 المؤرخ في 14 سبتمبر 1991 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 44 بتاريخ 25 سبتمبر 1991 .
- (2) المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52 لسنة 2002 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 55 لسنة 2003 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 62 لسنة 2003.
- (3) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 58 لسنة 2010 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 14 لسنة 2011 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 يونيو 2011 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 34 لسنة 2011 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 4 لسنة 2012 ، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 2 لسنة 2013 .
- (4) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 لسنة 2015 .
- (5) المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 57 لسنة 1991 ، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-178 المؤرخ في 26 يونيو 1994 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 42 بتاريخ 29 يونيو 1994 ، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 96-54 المؤرخ في 22 يناير 1996 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 6 بتاريخ 24 يناير 1996 .

Les Lois

- 1) Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, articles 1 et 13, Journal officiel du 1er juillet 2000 en vigueur le 1er janvier 2001 ; ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, article 27 1°, Journal officiel du 19 juin 2004 ; loi n° 2004-806 du 9 août 2004, article 153 II, Journal officiel du 11 août 2004 ; ordonnance n° 2005-649 du 6 juin

2005, article 39, Journal officiel du 7 juin 2005 en vigueur le 1er septembre 2005 .

- 2) Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP .
- 3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- 4) Arrêté n ° 2005-649 du 06 juin 2005 relatif aux opérations conclues par certains organismes publics ou privés non soumis au droit des transactions publiques.

ثانيا : الكتب

أ- باللغة العربية :

- (1) ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليلة ، الجزائر ، 1998 .
- (2) أحمد محمود جمعة ، العقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2002 .
- (3) الزين عزري ، الأعمال الإدارية و منازعاتها ، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي و أثره على حركة التشريع ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر -بسكرة ، 2010 .
- (4) أمينة غنية ، قضاء الاستعجال في المواد الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 .
- (5) حسين طاهري ، قضاء الاستعجال فقها وقضاء ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2005 .
- (6) حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة ، الطبعة الثانية ، دار أبو المجد ، القاهرة ، مصر ، 2001 .
- (7) رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الادارية ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011 .
- (8) رشيد خلوفي ، القضاء الإداري ، تنظيم و إختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002 .
- (9) سلامي عمور ، الوجيز في قانون المنازعات الادارية ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2009 .
- (10) شرواط حسين ، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر 03-03 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 .
- (11) عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 2008 ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2009 .
- (12) عبد الفتاح مراد ، شرح قانون حماية المنافسة - منع الممارسات الاحتكارية ، دار الهناء ، القاهرة ، مصر ، 2001 .

- 13) عز الدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية ، دار النشر جيطلي ، برج بو عريريج ، 2012.
- 14) عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، نظرية الدعوى الادارية ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 .
- 15) عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الأول الإطار النظري للمنازعات الإدارية ، دار الجسور ، الجزائر ، 2013.
- 16) عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية ، القسم الثاني الجوانب التطبيقية للدعوى الادارية ، دار الجسور ، الجزائر ، 2013.
- 17) عمار بو ضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، الطبعة الخامسة ، دار الجسور ، الجزائر ، 2017.
- 18) قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2006 .
- 19) لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الاستعجال الاداري ، دار هومة ، الجزائر ، 2008.
- 20) لحسن بن الشيخ آث ملويا ، رسالة في الاستعجال الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2015 .
- 21) محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2005 .
- 22) محمد الصغير بعلي ، الوسيط في المنازعات الادارية ، دار العلوم ، عنابة ، الجزائر ، 2009 .
- 23) مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية ، نظرية الاختصاص ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2013 .
- 24) يوسف شلالة ، المعجم العملي للمصطلحات القانونية و التجارية و المالية ، دار المعارف ، الاسكندرية ، مصر .

ب- باللغة الأجنبية :

- 1) Aldo Sevino , Le memento du référé précontractuel , Edition EYROLLES , Paris , France , 2009 .
- 2) Benoit Francis – Paul , Le droit administratif Français , édition Dalloz , Paris , 1968 .
- 3) Bergeal(Catherine), Lenica(Frédéric): contentieux de marchés public, imprimerie nationale, édition paris, 2004.
- 4) Guedon Julien , La publicité dans le marchés publics préalable indispensable à l'achat public , mémoire pour DESS management du secteur public , 2004.

- 5) Lajoie Christophe , Droit des marchés publics , Berti édition , Alger , 2007 .
- 6) Laurent Richer , Droit des contrats Administratifs , 6 édition , Lexenso, Paris, France , 2008 .
- 7) Mérignhac, ordonnances sur requête et des référés, 2ème partie, les référés, Toulouse, soubiron éditeur, 1924.
- 8) Patricia Grelier Bessmann: le mémento des marchés publics des travaux, éditions eurolles, parais, 2002.
- 9) René Chapus , Droit du contentieux administratif ,12 édition , Edition Montchrestien , 2006.

ثالثا : الرسائل و المذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه :

- 1) أمال يعيش تمام ، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2012 .
- 2) تباب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، 2013
- 3) عمر بوجادي ، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر ، أطروحة دكتوراه ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، 2011.

ب- مذكرات ماجستير :

- 1) حمزة خضري ، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2005 .
 - 2) حورية بن أحمد ، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2011 .
 - 3) عز الدين كلوفي ، نظام المنازعات في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بجاية ، 2012
 - 4) فتحي عكوش ، قواعد منازعات العقود الإدارية في القضاء الإداري الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الأغواط ، 2015 .
 - 5) نوال زيات ، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2013 .
- ت-مذكرات الماستر :

- (1) حسيني آمال ، دور القاضي الاداري في الرقابة على القرارات الادارية القابلة للانفصال ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2012-2013 .
 - (2) زيدان فوزية ، بن يحي وهيبة ، دور القضاء الاستعجالي في حماية حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2015 .
 - (3) طارق بجادي ، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية ، مذكرة لتيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2013 .
 - (4) مبروكة بوقصة ، الإستعجال في الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ورقلة ، 2015 .
 - (5) مصطفى حساين ، الطبيعة القانونية لعقود المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري في تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015 .
- باللغة الاجنبية :

- 1) Guedon Julien , La publicité dans le marchés publics préalable indispensable à l'achat public , mémoire pour DESS management du secteur public , 2004.

رابعا : المقالات العلمية

- (1) عمار بوضياف ، المعيار العضوي و اشكالاته القانونية في ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد الخامس ، جامعة ورقلة ، 2011
- (2) آمال يعيش تمام ، حاحة عبد العالي ، دعوى وقف تنفيذ القرارات الادارية بناء على أمر إستعجالي على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ، مجلة المفكر ، العدد الرابع ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة .
- (3) آمال يعيش تمام ، عبد العالي حاحة ، قراءة في سلطات القاضي الاداري الاستعجالي وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ، مجلة المنتدى القانوني ، العدد السادس ، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة ، جامعة بسكرة ، 2009 .
- (4) حليلة بروك ، دور الطعن الاستعجالي السابق على التعاقد في مكافحة الفساد في العقود و الصفقات العمومية ، مجلة المفكر ، العدد الحادي عشر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2014 .
- (5) فريدة مزباني ، آمنة سلطاني ، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الاداري للإدارة و الاستثناءات الواردة عليه في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، مجلة المفكر ، العدد السابع ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2010 .
- (6) طعمة الشمري ، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، الكويت .

7) علي قصير ، بونعاس نادية ، تفعيل دور القاضي الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مجلة المفكر ، العدد الحادي عشر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة .

باللغة الأجنبية :

1) Boutaleb kouider , concurrence la nécessite de l'application, des normes de qualité , laboratoire de droit fondamental ,2001, p

خامسا : الملتقيات و الأيام الدراسية

1) عباس زواوي ، طرق و اساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، يوم دراسي حول " قراءة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام "

2) ليلي بوكحيل ، دور القاضي الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة ، الملتقى الوطني السادس حول " حرية المنافسة في التشريع الجزائري " ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2013

3) سهيلة ديباش ، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية ، الملتقى الوطني السادس حول " حرية المنافسة في التشريع الجزائري " ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2013

4) صالح زمال ، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في حماية المال العام ، الملتقى الوطني السادس حول " دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " ، جامعة الجزائر ، 2013 .

5) ميمون خيرة و بوشعور محمد حريري ، المنافسة و الية حمايتها من الاعمال المنافسة لها ، الملتقى الدولي الرابع حول " المنافسة و الاستراتيجيات التنافسية للمؤسسات الصناعية خارج قطاع المحروقات في الدول العربية " ، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف ، 2011 .

6) نادية تياب ، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام ، الملتقى الوطني السادس حول " دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " ، جامعة الجزائر ، 2013 .

7) محمد فقير ، رقابة القاضي الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري و التشريع المقارن ، الملتقى الوطني السادس حول " دور الصفقات العمومية في حماية المال العام " ، جامعة الجزائر ، 2013 .

8) فريدة أبركان ، الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية أو الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد، الملتقى الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الإداري، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011.

9) سلوى بومقورة ، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الإداري، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011.

سادسا : المجالات القضائية

- 1) مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل ، العدد 08 ، سنة 2006 .
- 2) مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل ، العدد 09 ، سنة 2009 .

سابعا : القرارات و الأحكام القضائية

- 1) المحكمة الإدارية بسكرة ، أمر إستعجالي رقم 01140 بتاريخ 2015/12/14 ، مؤسسة النقل (أبناء ع) ضد ديوان الخدمات الجامعية بسكرة .
- 2) المحكمة الإدارية بسكرة ، أمر إستعجالي رقم 00141 بتاريخ 2016/02/22 ، مؤسسة النقل (ط.م) ضد ديوان الخدمات الجامعية بسكرة .
- 3) المحكمة الإدارية بسكرة ، أمر إستعجالي رقم 00536 بتاريخ 2016/06/20 ، مكتب الدراسات التقنية (ع.ع) ضد ولاية بسكرة .
- 4) المحكمة الإدارية بسكرة ، أمر إستعجالي رقم 0176 بتاريخ 2017/03/06 ، مؤسسة الأشغال (م.ح) ضد بلدية بسكرة .
- 5) المحكمة الإدارية بسكرة ، أمر إستعجالي رقم 0404 بتاريخ 2017/05/15 ، مؤسسة الأشغال (م.ح) ضد بلدية بسكرة .

Jurisprudence :

- 1) CE, 3 novembre 1995, n° 152484, district de l'agglomération nancéienne . legifrance.gouv.fr
- 2) CE, 19 mars 1997, n° 17140, société Bull. legifrance.gouv.fr
- 3) CE, 6 novembre 1998, n° 194960, AP-Hôpitaux de Marseille.legifrance.gouv.fr
- 4) CE, 13 novembre 2002, n° 245303, OPHLM de la communauté urbaine du Mans. legifrance.gouv.fr
- 5) CE, 20 octobre 2006, n° 289234, commune d'Andeville .
- 6) CE, 19 mars 1997, n° 17140, société Bull. CE, 3 novembre 1995, n° 152484, district de l'agglomération nancéienne . legifrance.gouv.fr
- 7) TA Nancy, 12 août 1993, n° 93750, SARL Norit France .
- 8) TA Grenoble, 11 janvier 1994, n°933521, société routière.
- 9) TA Pau, 7 mars 1994, n° 94-0222, M. Schmeltz c/ CCI Tarbes. legifrance.gouv.fr
- 10) TA Versailles, 23 octobre 1997, société Plastic Omnium c/ SICTOM région Isle-Adam . legifrance.gouv.fr
- 11) TA Lyon, 11 juillet 2002, n° 0202689 et 0202690, société Avenance Enseignement . legifrance.gouv.fr

ملخص:

تتمحور هذه الدراسة الموسومة بـ " دور القضاء الإداري الإستعجالي ما قبل التعاقد في حماية مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية " حول الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على عملية إبرام الصفقات العمومية حيث أن المشرع منحه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مكنة قانونية لم تكن متاحة في إطار قانون الإجراءات المدنية السابق و تتمثل في استحداث الاستعجال ما قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية و الصفقات العمومية . و في هذا الصدد فقد منح المشرع القاضي الإداري سلطات واسعة لا سيما إصدار الأوامر للإدارة للامتثال لالتزاماتها في حالة الإخلال بقواعد المنافسة و سلطة تأجيل إمضاء و سلطة توجيه غرامة تهديدية للإدارة .

Résumé :

Cette étude intitulé " Le rôle du juge des référés précontractuels dans la garantie de la concurrence e dans les marchés publics " est à propos du contrôle exercé par le juge administratif sur la procédure de passation des marchés publics.

Le législateur a permis au juge administratif de disposé d'un outil juridique pour faire face au manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence , les pouvoirs du juge des référés précontractuel sont étendue il peut ainsi ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations , suspendre la passation du contrat , différer la signature du contrat et il peut aussi prononcer une astreinte provisoire .

مقدمة	3
المبحث التمهيدي: تكريس حرية المنافسة في الصفقات العمومية	8
المطلب الأول: النظام القانوني للصفقات العمومية	8
الفرع الأول: التعريف التشريعي للصفقات العمومية	8
الفرع الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية	14
المطلب الثاني: ماهية مبدأ حرية المنافسة	26
الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية المنافسة	26
الفرع الثاني: تكريس حرية المنافسة في الصفقات العمومية	30
الفرع الثالث: مظاهر تكريس حرية المنافسة في الصفقات العمومية	34
الفرع الرابع: الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة	36
الفرع الخامس: مبادئ منح الصفقة ضماناً لحرية المنافسة	40
الفصل الأول: مفهوم القضاء الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقد في الصفقات العمومية	43
المبحث الأول: تعريف و نشأة القضاء الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقد	45
المطلب الأول: نشأة و تطور القضاء الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقد في فرنسا	45
الفرع الأول: تعريف القضاء الاستعجالي في الصفقات العمومية	45
الفرع الثاني: نشأة الإستعجال ما قبل التعاقد في فرنسا	47
الفرع الثالث: النصوص القانونية المنظمة للإستعجال ما قبل التعاقد	50
الفرع الرابع: شروط إنعقاد الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا	57
الفرع السابع: سلطات القاضي الاستعجالي في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا	58
المطلب الثاني: تبني المشرع الجزائري للإستعجال ما قبل التعاقد	62
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري قبل صدور ق.م.إ	62
الفرع الثاني: إدراج الإستعجال ما قبل التعاقد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية	63
الفرع الثالث: أسباب تبني المشرع الجزائري القضاء للإستعجال في الصفقات العمومية	66
الفرع الرابع: الهدف من إدراج منازعات مرحلة الإبرام ضمن قضاء الإستعجال التعاقدية	67
الفرع الخامس: مميزات الإستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية	68
الفرع السادس: علاقة الطعن الإستعجالي السابق للتعاقد بالطعن الموقوف	70
المبحث الثاني: قواعد الاختصاص النوعي في الصفقات العمومية و إشكالاته	72
المطلب الأول: قواعد الاختصاص النوعي في مجال الصفقات العمومية	72
الفرع الأول: التصنيف القانوني للصفقات العمومية	72
الفرع الثاني: المعايير القضائية للعقد الإداري ومدى مطابقتها على الصفقات العمومية	74
الفرع الثالث: مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية	75
الفرع الرابع: المعيار العضوي أساساً لتحديد النزاع الإداري	79
المطلب الثاني: الإشكالات القانونية للاختصاص النوعي في مجال الصفقات العمومية	82
الفرع الأول: مسألة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري	82
الفرع الثاني: الإشكالات الناتجة عن مد تنظيم الصفقات العمومية للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري	84
الفرع الثالث: عقود المؤسسات العمومية الاقتصادية	86
الفصل الثاني: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية	88

90.....	المبحث الأول : الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية.....
90.....	المطلب الأول : الشروط العامة الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية.....
90.....	الفرع الأول : الشروط الشكلية.....
92.....	الفرع الثاني : الشروط الموضوعية.....
95.....	المطلب الثاني : الشروط الخاصة للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية.....
95.....	الفرع الأول : صفة المدعي و المدعى عليه.....
100.....	الفرع الثاني : وجود إخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة.....
103.....	الفرع الثالث : طبيعة القرارات المطعون فيها (القرارات الإدارية القابلة للانفصال).....
106.....	الفرع الرابع : الأجل القانونية لرفع الدعوى.....
108.....	الفرع الخامس : التظلم الاداري المسبق.....
111.....	الفرع السادس : مجال إختصاص القاضي الاداري في الدعوى الإستعجالية قل التعاقدية... ..
112.....	المبحث الثاني : سلطات القاضي الاداري.....
112.....	المطلب الأول : السلطات التَّحفظية للقاضي الاستعجالي.....
112.....	الفرع الأول: سلطة الأمر.....
115.....	الفرع الثاني : سلطة الوقف.....
116.....	الفرع الثالث : الغرامة التهديدية.....
119.....	المطلب الثاني : السلطات القطعية للقاضي الاستعجالي.....
119.....	الفرع الأول : سلطة تأجيل إمضاء الصفقة.....
120.....	الفرع الثاني : سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية.....
121.....	المطلب الثالث : حجية الحكم في الدعوى الإدارية الاستعجالية ما قبل التعاقدية و الطعون الواردة عليه.....
121.....	الفرع الأول : حجية الحكم في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية.....
122.....	الفرع الثاني : قابلية القرارات الاستعجالية في الدعوى السابقة للتعاقد للطعن.....
125.....	الخاتمة.....
129.....	قائمة المصادر و المراجع.....
137.....	الملخص.....
138.....	الملاحق.....

الملاحق

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 245303

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7 / 5 SSR

M. Stirn, président

M. Bouchez, rapporteur

M. Piveteau, commissaire du gouvernement

lecture du mercredi 13 novembre 2002

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 17 avril et 30 avril 2002 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS, dont le siège est ... (72005) ; l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 2 avril 2002 par laquelle le président du tribunal administratif de Nantes, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la décision du 5 mars 2002 écartant la société Michel X... de la procédure de passation, sur appel d'offres ouvert, du marché relatif à la démolition (lot n° 2) des tours Jean Bart au Mans, a enjoint à l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS de suspendre la procédure de passation de ce marché et de procéder à un nouvel appel d'offres ayant le même objet et l'a condamné à payer la somme de 1 000 euros à la société Michel X... en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
2°) de rejeter la requête présentée par la société Michel X... en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;
3°) de condamner la société Michel X... à lui payer la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code du travail ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Bouchez, Conseiller d'Etat,

- les observations de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin, avocat de l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS et de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat de la société Michel X...,

- les conclusions de M. Piveteau, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : "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./ 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 (...)./ Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations" ;

Considérant que, par une ordonnance du 2 avril 2002, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, statuant sur le fondement de ces dispositions à la demande de la société Michel X..., a, d'une part, annulé la décision du 5 mars 2002 par laquelle la commission d'appel d'offres de l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS a écarté la candidature de cette société à l'appel d'offres ouvert lancé en vue de la passation d'un marché relatif à la démolition des tours Jean Bart au Mans, et a, d'autre part, enjoint à l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS de suspendre la procédure de passation de ce marché et de procéder à un nouvel appel d'offres ayant le même objet ;

Considérant que l'article 45 du code des marchés publics, qui fixe de manière limitative la liste des renseignements, documents et attestations pouvant être exigés à l'appui des candidatures présentées en vue de la passation d'un marché public, ne mentionne pas l'attestation par laquelle, en application des articles L. 341-6, L. 341-6-4 et R. 341-36 du code du travail, le cocontractant indique s'il a ou non l'intention de faire appel, pour l'exécution du contrat, à des salariés de nationalité étrangère et, dans l'affirmative, certifie que ces salariés sont ou seront autorisés à exercer une activité professionnelle en France ; que les certificats et déclarations sur l'honneur mentionnés au 4° de l'article 45 du code des marchés publics et précisés à l'article 46 de ce code ont pour seul objet de vérifier le respect par les candidats de leurs obligations en matière d'impôts et de cotisations sociales ; que les dispositions des articles susmentionnés du code du travail n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de prescrire que la formalité qu'elles prévoient est accomplie dès le stade de la présentation des candidatures à un marché public ; qu'ainsi, en estimant que la commission d'appel d'offres de l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS n'a pu légalement écarté la candidature de la société Michel X... au motif que cette société n'avait pas souscrit l'engagement de respecter les articles L. 341-6 et L. 341-6-4 du code du travail qu'exigeait de façon illégale l'article 3-A du règlement de consultation, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit ; que le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont était ainsi entaché le règlement de la consultation avait pour conséquence l'irrégularité de celle-ci dans son ensemble et justifiait, par suite, qu'il soit enjoint à l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS de suspendre la procédure de passation du marché et de procéder à un nouvel appel d'offres, et que soit annulée par voie de conséquence la décision de la commission d'appel d'offres écartant la candidature de la société Michel X..., sans que puisse être utilement invoquée la circonstance que cette candidature aurait dû être rejetée au motif que l'attestation sur l'honneur produite par cette société en application du 6° de l'article 45 du code des marchés publics comportait une omission que n'avait d'ailleurs pas relevée la commission d'appel d'offres ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la société Michel X..., qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamnée à payer à l'OFFICE PUBLIC

D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS la somme que celui-ci demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de condamner l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS à payer à la société Michel X... la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : La requête de l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS est rejetée.

Article 2 : L'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS versera à la société Michel X... la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'OFFICE PUBLIC D'HABITATIONS A LOYER MODERE DE LA COMMUNAUTE URBAINE DU MANS, à la société Michel X... et au ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer.

Tribunal administratif de Lyon

N° 0202689 0202690

Inédit au recueil Lebon

M. Bézard, président

M. Bézard, c. du g., rapporteur

lecture du jeudi 11 juillet 2002

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

La société AVENANCE ENSEIGNEMENT, dont le siège est situé 61-69, rue de Bercy à PARIS (75012), a saisi le tribunal administratif d'une requête, présentée par Me BLANCPAIN, avocat aux conseils, et par Me SOULIER, avocat au barreau de LYON, enregistrée au greffe le 21 juin 2002, sous le n° 0202689 ;

La société AVENANCE ENSEIGNEMENT demande au président du tribunal administratif, en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler la décision du 12 juin 2002 par laquelle la ville de LYON a rejeté son offre,
- d'ordonner la suspension de la procédure de passation du marché public à bons de commande de fabrication et de livraison des repas pour les restaurants scolaires de la ville de LYON à intervenir avec la société SODEXHO,
- d'ordonner à la ville de LYON de reprendre la procédure en examinant l'ensemble des offres selon les critères hiérarchiquement définis par le règlement de consultation ;

Les parties ont été régulièrement averties de l'audience publique qui a eu lieu le 9 juillet 2002 ;

L'audience a été présidée par M. BEZARD, président de la 3ème chambre du tribunal administratif, statuant en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, assisté de Mlle X..., greffière :

A cette audience, après lecture de son rapport par M. BEZARD, ont été entendues les observations de :

- Me SOULIER et BLANCPAIN, avocats de la société requérante,
- M. Y..., représentant la ville de LYON,
- Me SYMCHOWICZ, avocat de la société SODEXHO ;

Après avoir examiné les requêtes ainsi que les pièces produites et jointes au dossier, et vu les textes suivants :

- le code général des collectivités territoriales,
- le code des marchés publics,
- le code de justice administrative, et notamment son article L. 551-1 ;

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 des marchés publics et des conventions de délégation de service public. 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. Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. (...) Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (...)" ;

Considérant que la requête n° 0202689 et la requête n° 0202690 présentées par la société AVENANCE ENSEIGNEMENT sont dirigées contre la même procédure de passation de marché et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre afin de statuer par une seule ordonnance ;

Considérant que la société AVENANCE ENSEIGNEMENT demande au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision du 12 juin 2002 par laquelle la ville de LYON a rejeté son offre, de suspendre la procédure de passation du marché public à conclure avec la société SODEXHO en vue de la fabrication et de la livraison des repas pour les restaurants scolaires de la ville de LYON, d'ordonner à la ville de LYON de reprendre la procédure en examinant l'ensemble des offres selon les critères hiérarchiquement définis par le règlement de consultation des entreprises ; qu'en cours d'instance, elle a expressément conclu à l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres du 28 mai 2002 ;

Considérant qu'il a été statué sur les conclusions de la société requérante tendant à la suspension du marché public litigieux jusqu'au jugement de l'affaire au fond par ordonnance en date du 21 juin 2002 ;

Sur les conclusions de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT dirigées contre "l'intervention" de la société SODEXHO :

Considérant que la société SODEXHO a intérêt au maintien de la procédure de passation du marché présentement critiquée ; qu'elle a été mise en cause à l'initiative du tribunal en vertu du pouvoir inquisitorial qui est le sien dans la conduite de l'instruction en vue de prévenir une tierce opposition ; que, par suite, ladite société est devenue partie à l'instance ; qu'ainsi, les conclusions de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT tendant à ce que son "intervention" ne soit pas admise sont dépourvues d'objet et ne peuvent, dès lors, être accueillies ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par la ville de LYON et par la société SODEXHO :

Considérant, d'une part, que la ville de LYON soutient que la requête de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT est irrecevable dans la mesure où il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'examiner l'appréciation portée à l'issue de la consultation sur les mérites respectifs de chacun des candidats ; que, toutefois, dans sa requête introductive d'instance, après avoir exposé son argumentation, la société requérante soutient à la page 10 que la commission d'appel d'offres a méconnu les "obligations de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics" et sollicite, pour ce motif, la mise en oeuvre des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que cette demande entre clairement dans le champ des pouvoirs dévolus au juge du référé précontractuel ; qu'ainsi, et alors même que sa demande poursuivrait subsidiairement une autre finalité - ce qui, en tout état de cause, n'est pas démontré -, la fin de non-recevoir opposée par la ville de LYON sur ce point doit être écartée ; Considérant, d'autre part, que la société SODEXHO fait valoir que la requête de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT est irrecevable, faute pour elle d'avoir formulé des conclusions dirigées contre l'avis de la commission d'appel d'offres du 28 mai 2002 dans sa requête introductive d'instance et pour ne l'avoir fait expressément qu'en cours de procédure ;

Considérant que les conclusions présentées initialement par la société AVENANCE ENSEIGNEMENT, en particulier celles tendant à l'annulation de la décision du 12 juin 2002 par laquelle la ville de LYON a rejeté son offre et celles tendant à ce qu'il soit fait injonction à la

ville de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres entrent, à l'évidence, dans le champ des attributions dévolues au juge du référé précontractuel par le 2ème paragraphe de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'ainsi, la requête présentée initialement par la société requérante est recevable ; qu'en présentant, le 5 juillet 2002, une demande expresse tendant à l'annulation de l'avis émis le 28 mai 2002, par la commission d'appel d'offres, la société AVEVANCE ENSEIGNEMENT n'a fait que tirer les conséquences de son exposé figurant à la page 6 de sa requête introductive d'instance, où elle fait précisément valoir que "saisi sur le fondement de l'ancien article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le juge des référés doit annuler la délibération d'une commission d'appel d'offres ayant écarté l'offre d'un candidat et retenu celle d'un autre en se fondant sur un critère qui n'était pas prévu dans les documents de la consultation" et n'a fait, en réalité, que réparer une omission matérielle ; que, dans ces conditions, ledit moyen étant manifestement formulé dans ses écritures initiales, elle ne peut être regardée comme ayant transgressé la règle de l'immutabilité de la demande en justice, ni soumis au juge du référé précontractuel un litige distinct en cours de procédure, passible d'une régularisation au regard du droit de timbre ; dès lors que la délibération en cause se rattache bien au marché contesté et que cette demande est bien au nombre de celles qui peuvent être examinées sur le fondement du 2ème paragraphe de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'ainsi, la fin de non recevoir invoquée par la société SODEXHO, qui a pu présenter des observations sur ce point avant la clôture de l'instruction, tirée de ce que la règle de l'immutabilité du litige aurait été transgressée par la société requérante, doit être écartée ;

Sur le bien-fondé de la demande :

Considérant que pour démontrer que la procédure suivie par la ville de LYON méconnaît les obligations de mise en concurrence qui lui incombent et a violé le principe d'égal accès des entreprises à la commande publique, la société AVENANCE ENSEIGNEMENT fait valoir que la commission d'appel d'offres qui s'est réunie le 28 mai 2002 a méconnu les dispositions de l'article 53-II du code des marchés publics et l'article 4-1 du règlement de consultation des entreprises en ne respectant pas, au profit de la société SODEXHO, la hiérarchie des critères résultant dudit règlement ;

Considérant qu'aux termes de l'article 53-II du code des marchés publics applicable en matière d'appels d'offres : "Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Les critères doivent avoir été définis et hiérarchisés dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence" ; et qu'aux termes de l'article 4-1 du règlement de consultation des entreprises relatif aux critères d'attribution du marché : "Les critères de jugement des offres sont les suivants, classés par ordre décroissant : 1 - Prix du repas 2 - Valeur technique concernant : La qualité nutritionnelle et organoleptique de la prestation. L'aspect hygiénique de la prestation, 3 - Les moyens humains mis en oeuvre pour assurer la prestation propre à la ville de LYON" ;

Considérant que, pour classer l'offre de la société SODEXHO en première position, la commission d'appel d'offres a motivé son choix par la circonstance, "que nonobstant le critère du prix, certes important, il convenait tout autant de s'attacher à l'analyse du critère de la qualité des propositions ainsi qu'aux conditions qui sont de nature à permettre d'atteindre des objectifs qualitatifs : l'appréciation des moyens en personnels propres" et la constatation que "la dimension qualitative affichée était équivalente pour SODEXHO et AVENANCE et inférieure pour SCOLAREST" et que "les garanties apportées en matière de personnel étaient nettement supérieures dans l'offre SODEXHO par rapport aux offres d'AVENANCE et SCOLAREST" ; que la relation ainsi effectuée des travaux et de la démarche intellectuelle suivie par la

commission d'appel d'offres pour opérer son choix ne procède pas, à l'évidence, d'une logique d'analyse fondée sur une appréciation hiérarchisée de critères classés par ordre d'importance décroissante, dès lors que le critère du prix, pourtant prioritaire selon le règlement de consultation, se trouve en quelque sorte neutralisé et mis entre parenthèses au profit des critères n° 2 et 3 jugés tout aussi importants et que le classement des offres ne découle, en fait, que d'une comparaison entre la valeur technique et les moyens humains ; que, ce faisant, la commission d'appel d'offres a violé l'article 53-II du code des marchés publics et les règles que la ville de LYON s'était fixées à elle-même dans le règlement de consultation des entreprises ; que le comportement ci-dessus relevé de la commission d'appel d'offres constitue une méconnaissance des obligations de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et du principe d'égal accès des entreprises à la commande publique qui s'imposait à la ville de LYON et qu'il appartient au juge du référé précontractuel de sanctionner ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'annuler la décision du 12 juin 2002 par laquelle la ville de LYON a rejeté l'offre de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT, de suspendre la procédure du marché en cours en tant que la commission d'appel d'offres a placé en numéro 1 l'offre de la société SODEXHO, d'annuler l'avis émis par la commission d'appel d'offres le 28 mai 2002, et d'enjoindre à la ville de LYON de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres par la commission d'appel d'offres, selon les règles qu'elle a élaborées dans le règlement de consultation des entreprises ;

Sur les frais irrépétibles :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative "Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation." ;

Considérant que les dispositions précitées s'opposent à ce que la société SODEXHO, qui succombe dans l'instance, puisse obtenir le remboursement des frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés ; qu'il y a lieu, en revanche, de condamner la société SODEXHO à verser la somme de 750 euros à la société AVENANCE ENSEIGNEMENT sur le fondement de ces mêmes dispositions ;

Article 1er : La décision de la ville de LYON du 12 juin 2002 rejetant l'offre de la société AVENANCE ENSEIGNEMENT est annulée.

Article 2 : La poursuite de la procédure de passation du marché public à bons de commande en vue de la fabrication et livraison de repas pour les restaurants scolaires, l'élaboration de menus, l'achat de denrées alimentaires, la fabrication et la livraison des repas destinés aux restaurants des écoles élémentaires et maternelles publiques de la ville de LYON est suspendue en tant qu'elle procède du classement des offres opéré par la commission d'appel d'offres dans sa séance du 28 mai 2002.

Article 3 : L'avis de la commission d'appel d'offres du 28 mai 2002 est annulé.

Article 4 : Il est enjoint à la ville de LYON de reprendre la procédure de passation du marché susvisé au stade de l'examen des offres par la commission d'appel d'offres selon les critères hiérarchisés énumérés dans le règlement de consultation des entreprises.

Article 5 : Les conclusions de la société SODEXHO tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La société SODEXHO est condamnée à verser sept cent cinquante euros (750 euros) à la société AVENANCE ENSEIGNEMENT en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 7 : La présente ordonnance sera notifiée conformément aux dispositions de l'article R. 751-3 du code de justice administrative.

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 157304

Publié au recueil Lebon

SECTION

M. Gentot, président

M. de Lesquen, rapporteur

M. Chantepy, commissaire du gouvernement

Mes Cossa, Brouchet, SCP Vier, Barthélémy, Avocat, avocats

lecture du vendredi 3 novembre 1995

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête, enregistrée le 28 mars 1994 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, dont le siège est Centre Kennedy BP 350 à Tarbes cedex (65003), représentée par son président ; la Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance en date du 7 mars 1994, notifiée le 11 mars, par laquelle le président du tribunal administratif de Pau, agissant en vertu de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sur la demande de M. Y..., a annulé l'ensemble des opérations du concours organisé par elle en vue de l'extension de l'aérogare de Tarbes-Ossun-Lourdes ;

2°) de rejeter la demande d'annulation du concours présentée par M. Y... devant le président du tribunal administratif ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 et le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 ;

Vu la loi modifiée du 9 avril 1898 relative aux chambres de commerce et d'industrie, le décret n° 91-739 du 18 juillet 1991 et l'arrêté ministériel du 26 décembre 1991 relatif notamment aux règles financières applicables aux chambres de commerce et d'industrie ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. de Lesquen, Auditeur,
- les observations de Me Cossa, avocat de la Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, de Me Brouchet, avocat de M. Y... et de la SCP Vier, Barthélemy, avocat de M. X...,
- les conclusions de M. Chantepy, Commissaire du gouvernement ;

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours

administratives d'appel dans la rédaction résultant de la loi du 29 janvier 1993 : "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. 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 (...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du marché ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ; (...) Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés" ;

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 ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'acte d'engagement relatif au contrat de concepteur liant le groupement d'architectes dirigé par M. X..., retenu comme lauréat à l'issue du concours contesté, à la Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées a été signé par le président de cette compagnie consulaire le 17 janvier 1994 ; qu'à dater de l'accomplissement, conforme à l'article 44 du code des marchés publics qui lui est applicable, de cette formalité, qui a constitué la "conclusion du contrat" au sens de l'article L. 22 précité, la procédure instituée par cet article ne pouvait plus être mise en jeu ; que, par suite, la demande introduite le 18 février 1994 devant le président du tribunal administratif de Pau, en vertu de l'article L. 22, par M. Y..., candidat non retenu au concours, tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution du contrat correspondant, était irrecevable ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens soulevés par la chambre requérante, celle-ci est fondée à soutenir que le président du tribunal administratif de Pau a commis une erreur de droit en faisant droit à cette demande et en annulant par son ordonnance du 7 mars 1994 l'ensemble des opérations du concours entrepris en vue de l'extension de l'aérogare de Tarbes-Ossun-Lourdes, y compris la désignation du groupement lauréat ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler l'ordonnance attaquée ; que, la demande présentée par M. Y... n'étant plus susceptible d'être examinée au fond, il n'y a pas lieu à renvoi ;

Sur l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner M. Y... à verser à M. X... la somme de 10 674 F qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, les dispositions mentionnées plus haut font obstacle à ce que la chambre requérante, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamnée à payer à M. Y..., la somme qu'il demande à ce titre ;

Article 1er : L'ordonnance du Président du tribunal administratif de Pau en date du 7 mars 1994, annulant l'ensemble des opérations du concours de concepteurs organisé par la Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées pour la modernisation et l'extension de l'aérogare de Tarbes-Ossun-Lourdes et condamnant la chambre à payer 2 000 F à M. Y... au titre de l'article L. 8-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, est annulée.

Article 2 : M. Y... est condamné à payer à M. X... la somme de 10 674 F au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 3 : Les conclusions de M. Y... relatives à l'application de ce même article sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées, à M. Y..., à M. X... et au ministre des petites et moyennes entreprises, du commerce et de l'artisanat.

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 152484

Publié au recueil Lebon

SECTION

M. Gentot, président

M. de Lesquen, rapporteur

M. Chantepy, commissaire du gouvernement

SCP Lesourd, Baudin, SCP Guiguet, Bachellier, de la Varde, Avocat, avocats

lecture du vendredi 3 novembre 1995

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête, enregistrée le 4 octobre 1993 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour le District de l'agglomération nancéienne, dont le siège est 22-24 Viaduc Kennedy à Nancy (54035), représenté par son président habilité par une délibération du conseil de district en date du 19 juin 1992 portant délégation de pouvoir ; le District de l'agglomération nancéienne demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler par voie de cassation l'ordonnance rendue en référé par le vice-président du tribunal administratif de Nancy le 20 septembre 1993 et annulant, en vertu de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, et à la demande de la société Norit-France, l'ensemble de la procédure d'appel d'offres suivie pour le remplacement du charbon actif de filtration et affinage de la station de traitement d'eau potable exploitée sous l'autorité du district ;

2°) de rejeter la demande d'annulation présentée au juge des référés par la société Norit-France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. de Lesquen, Auditeur,
- les observations de la SCP Lesourd, Baudin, avocat du District de l'agglomération nancéienne et de la SCP Guiguet, Bachellier, de la Varde, avocat de la société Norit-France,
- les conclusions de M. Chantepy, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dans la rédaction résultant de la loi du 29 janvier 1993 : "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. 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 (...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut

ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du marché ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...). Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés" ;

Considérant qu'en application de ces dispositions le vice-président du tribunal administratif de Nancy, statuant en référé, a, sur la demande de la société Norit-France, annulé "l'ensemble des étapes de la procédure d'appel d'offres" organisée par le District de l'agglomération nancéienne en vue du remplacement du charbon actif utilisé dans ses installations de traitement d'eau potable, par une ordonnance en date du 20 septembre 1993 ;

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

Considérant que si l'expert, commis par le juge des référés par ordonnance avant-dire-droit du 12 août 1993 conformément aux dispositions de l'article R.158 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, a présenté des conclusions excédant les limites de sa mission et dont l'impartialité est contestée par le District de l'agglomération nancéienne, il résulte des termes mêmes de l'ordonnance attaquée en date du 20 septembre 1993 que le juge des référés n'a pas fondé sa décision sur les conclusions de l'expert, mais s'est borné à utiliser les informations contenues dans le rapport d'expertise pour compléter celles figurant par ailleurs dans le dossier qui lui était soumis ; que, par suite, les irrégularités dont seraient entachées les conclusions de ce rapport d'expertise sont sans influence sur la régularité de l'ordonnance attaquée ;

Sur la recevabilité de la demande présentée au juge des référés par la société Norit-France :

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 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 ;

Sur la légalité de l'ordonnance attaquée :

Considérant que les normes réglementaires relatives aux caractéristiques exigées pour l'eau destinée à la consommation humaine constituent des prescriptions minimales et ne font pas obstacle à ce que, dans l'appel d'offres précédant la passation d'un marché concernant les produits nécessaires au bon fonctionnement d'une installation de traitement de l'eau potable, l'autorité compétente fixe des spécifications supérieures aux normes en vigueur ; que toutefois, si de telles spécifications ont pour effet de réduire la variété des produits qui y répondent et par suite de limiter la concurrence entre les fournisseurs possibles, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public d'alimentation en eau potable ; qu'en relevant que les spécifications techniques fixées par l'article 2-4 du cahier des clauses techniques particulières ne sont pas indispensables pour respecter les normes en vigueur relatives à la qualité de l'eau potable, l'ordonnance attaquée n'a pas méconnu le droit de l'autorité compétente d'adopter des spécifications supérieures à ces normes et n'est, par suite, pas entachée d'erreur de droit sur ce point ;

Considérant que l'ordonnance attaquée énonce que l'ensemble des spécifications techniques contenues dans les articles 2-3 et 2-4 du cahier des clauses techniques particulières ont pour résultat d'écartier du marché l'ensemble des charbons actifs traités à la vapeur en privilégiant un

seul type de charbon actif traité chimiquement ; qu'en estimant qu'il appartenait au District de l'agglomération nancéienne d'établir que de telles spécifications étaient justifiées par les nécessités propres au service public dont il a la charge, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'en jugeant, dans ces conditions, que le choix de telles spécifications constituait un manquement aux obligations de mise en concurrence au sens des dispositions de l'article L.22 précité du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le juge des référés n'a pas procédé à une qualification juridique erronée des faits qui lui étaient soumis ;

Sur l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le District de l'agglomération nancéienne à verser à la société Norit-France la somme de 15 000 F qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : La requête du District de l'agglomération nancéienne est rejetée.

Article 2 : Le District de l'agglomération nancéienne versera à la société Norit-France la somme de 15 000 F au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au District de l'agglomération nancéienne, à la société Norit-France, au ministre de l'intérieur, au ministre de l'économie, des finances et du plan et au ministre de l'environnement.

Conseil d'État

N° 289234

Publié au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

Mme Hagelsteen, président

M. Julien Boucher, rapporteur

M. Casas, commissaire du gouvernement

SCP CELICE, BLANCPAIN, SOLTNER ; SCP BORE ET SALVE DE BRUNETON, avocats

lecture du vendredi 20 octobre 2006

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 janvier et 1er février 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE D'ANDEVILLE, représentée par son maire, domicilié en cette qualité 1, rue Jean-Jaurès à Andeville (60 570) ; la COMMUNE D'ANDEVILLE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 2 janvier 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens, saisi en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de passation de la convention relative à la gestion d'un service de restauration scolaire, d'un centre de loisirs et d'un pôle jeunes et lui a enjoint de reprendre intégralement la procédure d'attribution de cette convention ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé précontractuel engagée, de rejeter la demande présentée par la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise devant le tribunal administratif d'Amiens ;

3°) de mettre à la charge de la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise une somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Julien Boucher, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de la COMMUNE

D'ANDEVILLE et de la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise,

- les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

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 des marchés publics (...) et des conventions de délégation de service public./ 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./ Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. ;

Considérant que la COMMUNE D'ANDEVILLE se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 2 janvier 2006 par laquelle le juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Amiens, saisi par la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise, a, par application des dispositions précitées, annulé la procédure de passation de la convention ayant pour objet la gestion de la restauration scolaire, du centre de loisir et du pôle jeunes de la commune et enjoint à celle-ci de reprendre intégralement la procédure d'attribution de la convention ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : 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. ; qu'il résulte de ces dispositions que pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité ; qu'ainsi, en se bornant, pour analyser la convention passée par la COMMUNE D'ANDEVILLE comme une délégation de service public, à relever que celle-ci avait pour objet l'organisation et la gestion, d'une part, de la restauration scolaire destinée aux enfants de l'école primaire et, d'autre part, d'un centre de loisirs et d'un pôle jeunes pour les enfants et les jeunes de 3 à 17 ans, sans se prononcer sur le point, qui était débattu devant lui, de savoir si la rémunération du cocontractant était substantiellement liée aux résultats de l'exploitation de ces services ou assurée au moyen d'un prix payé par la commune, le juge des référés précontractuels n'a pas suffisamment motivé sa décision et n'a pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la COMMUNE D'ANDEVILLE est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la

Fédération des oeuvres laïques de l'Oise devant le tribunal administratif d'Amiens ;

Sur la recevabilité de la demande de la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise devant le tribunal administratif d'Amiens :

Considérant que la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise, candidate à l'attribution de la délégation de service public litigieuse, est susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de cette délégation ; que, par suite, elle est au nombre des personnes habilitées à agir devant le juge des référés précontractuels en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, dès lors, doit être écartée la fin de non-recevoir tirée par la COMMUNE D'ANDEVILLE du défaut d'intérêt donnant qualité pour agir à la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise ;

Sur la qualification du contrat :

Considérant qu'il résulte de l'instruction d'une part, que le contrat envisagé a pour objet de confier au cocontractant la gestion du service public de la restauration scolaire destinée à l'école primaire, du centre de loisir et du pôle jeunes de la COMMUNE D'ANDEVILLE et, d'autre part, que si le cocontractant de la COMMUNE D'ANDEVILLE perçoit une rémunération fixe versée par la commune, les trois-quarts de ses recettes, environ, sont constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers ; que la rémunération calculée selon ces modalités est, dans ces conditions, substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, eu égard à son objet et aux modalités de rémunération du cocontractant, le contrat envisagé doit être analysé comme une délégation de service public et non, comme le soutient la COMMUNE D'ANDEVILLE, comme un marché public ;

Sur la régularité de la procédure de passation du contrat :

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. ; qu'aux termes de l'article L. 1411-12 du même code : Les dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public : (...) c) Lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 euros ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 euros par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2. Les modalités de cette publicité sont fixées par décret en Conseil d'Etat. ;

Considérant qu'une délégation de service public entre dans le champ des dispositions précitées du c) de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales lorsque, soit le montant prévisionnel de l'ensemble des sommes à percevoir par le délégataire, qu'elles soient liées ou non au résultat de l'exploitation du service, et quelle que soit leur origine, n'excède pas 106 000 euros pour toute la durée de la convention, soit ce montant n'excède pas 68 000 euros par an et la durée de la convention ne dépasse pas trois ans ; qu'il résulte de l'instruction que le montant prévisionnel des sommes à percevoir par l'attributaire de la délégation de service public envisagée par la COMMUNE D'ANDEVILLE - constituées, ainsi qu'il a été dit plus haut, d'une

redevance versée par les familles ainsi que de participations de la commune, du département et de la caisse d'allocations familiales - est, quelles que soient les hypothèses retenues quant à la fréquentation attendue, supérieur à 106 000 euros ; que, dès lors, la COMMUNE D'ANDEVILLE n'est pas fondée à soutenir que la passation de la délégation litigieuse n'était pas soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ;

Considérant qu'aux termes de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné./ Cette insertion précise la date limite de présentation des offres de candidature, qui doit être fixée un mois au moins après la date de la dernière publication./ Elle précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature ; qu'il n'est pas contesté que la délégation de service public envisagée n'a pas été soumise par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans les conditions prévues par ces dispositions ; que la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise, laquelle, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de cette délégation de service public, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment, est, par suite, fondée à soutenir que la COMMUNE D'ANDEVILLE a méconnu les obligations de publicité qui lui incombent ;

Sur la mise en oeuvre des pouvoirs conférés au juge des référés précontractuels par l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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 ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la COMMUNE D'ANDEVILLE une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que la COMMUNE D'ANDEVILLE demande au titre des frais de même nature exposés par elle ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 2 janvier 2006 du juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Amiens est annulée.

Article 2 : La procédure de passation de la convention de délégation du service de la restauration scolaire, du centre de loisirs et du pôle jeunes de la COMMUNE D'ANDEVILLE est annulée.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la COMMUNE D'ANDEVILLE est rejeté.

Article 4 : La COMMUNE D'ANDEVILLE versera à la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNE D'ANDEVILLE, à la Fédération des oeuvres laïques de l'Oise et à l'association Initiatives laïques d'éducation populaire.

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 152484

Publié au recueil Lebon

SECTION

M. Gentot, président

M. de Lesquen, rapporteur

M. Chantepy, commissaire du gouvernement

SCP Lesourd, Baudin, SCP Guiguet, Bachellier, de la Varde, Avocat, avocats

lecture du vendredi 3 novembre 1995

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête, enregistrée le 4 octobre 1993 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour le District de l'agglomération nancéienne, dont le siège est 22-24 Viaduc Kennedy à Nancy (54035), représenté par son président habilité par une délibération du conseil de district en date du 19 juin 1992 portant délégation de pouvoir ; le District de l'agglomération nancéienne demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler par voie de cassation l'ordonnance rendue en référé par le vice-président du tribunal administratif de Nancy le 20 septembre 1993 et annulant, en vertu de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, et à la demande de la société Norit-France, l'ensemble de la procédure d'appel d'offres suivie pour le remplacement du charbon actif de filtration et affinage de la station de traitement d'eau potable exploitée sous l'autorité du district ;

2°) de rejeter la demande d'annulation présentée au juge des référés par la société Norit-France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'article 75-I de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. de Lesquen, Auditeur,
- les observations de la SCP Lesourd, Baudin, avocat du District de l'agglomération nancéienne et de la SCP Guiguet, Bachellier, de la Varde, avocat de la société Norit-France,
- les conclusions de M. Chantepy, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dans la rédaction résultant de la loi du 29 janvier 1993 : "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. 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 (...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut

ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du marché ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...). Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés" ;

Considérant qu'en application de ces dispositions le vice-président du tribunal administratif de Nancy, statuant en référé, a, sur la demande de la société Norit-France, annulé "l'ensemble des étapes de la procédure d'appel d'offres" organisée par le District de l'agglomération nancéenne en vue du remplacement du charbon actif utilisé dans ses installations de traitement d'eau potable, par une ordonnance en date du 20 septembre 1993 ;

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

Considérant que si l'expert, commis par le juge des référés par ordonnance avant-dire-droit du 12 août 1993 conformément aux dispositions de l'article R.158 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, a présenté des conclusions excédant les limites de sa mission et dont l'impartialité est contestée par le District de l'agglomération nancéenne, il résulte des termes mêmes de l'ordonnance attaquée en date du 20 septembre 1993 que le juge des référés n'a pas fondé sa décision sur les conclusions de l'expert, mais s'est borné à utiliser les informations contenues dans le rapport d'expertise pour compléter celles figurant par ailleurs dans le dossier qui lui était soumis ; que, par suite, les irrégularités dont seraient entachées les conclusions de ce rapport d'expertise sont sans influence sur la régularité de l'ordonnance attaquée ;

Sur la recevabilité de la demande présentée au juge des référés par la société Norit-France :

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 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 nancéenne, 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 nancéenne n'est, par suite, pas fondé à soutenir que la demande présentée par la société Norit-France au juge des référés aurait été irrecevable ;

Sur la légalité de l'ordonnance attaquée :

Considérant que les normes réglementaires relatives aux caractéristiques exigées pour l'eau destinée à la consommation humaine constituent des prescriptions minimales et ne font pas obstacle à ce que, dans l'appel d'offres précédant la passation d'un marché concernant les produits nécessaires au bon fonctionnement d'une installation de traitement de l'eau potable, l'autorité compétente fixe des spécifications supérieures aux normes en vigueur ; que toutefois, si de telles spécifications ont pour effet de réduire la variété des produits qui y répondent et par suite de limiter la concurrence entre les fournisseurs possibles, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public d'alimentation en eau potable ; qu'en relevant que les spécifications techniques fixées par l'article 2-4 du cahier des clauses techniques particulières ne sont pas indispensables pour respecter les normes en vigueur relatives à la qualité de l'eau potable, l'ordonnance attaquée n'a pas méconnu le droit de l'autorité compétente d'adopter des spécifications supérieures à ces normes et n'est, par suite, pas entachée d'erreur de droit sur ce point ;

Considérant que l'ordonnance attaquée énonce que l'ensemble des spécifications techniques contenues dans les articles 2-3 et 2-4 du cahier des clauses techniques particulières ont pour résultat d'écartier du marché l'ensemble des charbons actifs traités à la vapeur en privilégiant un

seul type de charbon actif traité chimiquement ; qu'en estimant qu'il appartenait au District de l'agglomération nancéienne d'établir que de telles spécifications étaient justifiées par les nécessités propres au service public dont il a la charge, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'en jugeant, dans ces conditions, que le choix de telles spécifications constituait un manquement aux obligations de mise en concurrence au sens des dispositions de l'article L.22 précité du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, le juge des référés n'a pas procédé à une qualification juridique erronée des faits qui lui étaient soumis ;

Sur l'application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner le District de l'agglomération nancéienne à verser à la société Norit-France la somme de 15 000 F qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : La requête du District de l'agglomération nancéienne est rejetée.

Article 2 : Le District de l'agglomération nancéienne versera à la société Norit-France la somme de 15 000 F au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au District de l'agglomération nancéienne, à la société Norit-France, au ministre de l'intérieur, au ministre de l'économie, des finances et du plan et au ministre de l'environnement.

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 194960

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7 /10 SSR

Mme Aubin, président

Mme Lagumina, rapporteur

Mme Bergeal, commissaire du gouvernement

lecture du vendredi 6 novembre 1998

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat le 18 mars 1998, présentés pour l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE, dont le siège est ... représentée par son directeur général en exercice ;

l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler sans renvoi une ordonnance en date du 26 février 1998 par laquelle le président du tribunal administratif de Marseille a, d'une part, annulé la décision du 31 décembre 1997 écartant la candidature de la société Fresenius à une procédure de passation d'un marché sur appel d'offres ouvert, lancée par le service central de la pharmacie et du médicament de l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE pour la fourniture de dispositifs médicaux stériles à usage unique, le 29 octobre 1997, et d'autre part, ordonné à l'exposante de procéder à un nouvel appel d'offres pour le même objet ;

2°) de condamner la société Fresenius à lui payer une somme de 30 000 F en application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 ; Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu la loi n° 97-216 du 11 mars 1997 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de Mme Lagumina, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Vier, Barthélemy, avocat de l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE,
- les conclusions de Mme Bergeal, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE soutient que le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Marseille, dans son ordonnance du 26 février 1998, a omis de statuer sur le moyen tiré de ce que le règlement de consultation imposait que les attestations produites en photocopie par la requérante fussent certifiées conformes ; qu'en affirmant que la circonstance que le document fourni fut une photocopie portant la date du 18 décembre 1997 écrite à la main ne constituait pas un motif permettant légalement d'écartier une candidature à un marché, le vice-président délégué a suffisamment répondu à ce moyen ; que, par suite, l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX

DE MARSEILLE n'est pas fondée à soutenir que l'ordonnance du vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Marseille est insuffisamment motivée ;
Considérant que si l'ordonnance attaquée mentionne l'article R. 241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, relatif à la procédure d'instruction du pourvoi prévu par l'article L. 22 de ce code, le magistrat délégué n'a pas fondé sa décision sur un moyen tiré d'office de l'application de ces dispositions réglementaires ; qu'il n'avait donc pas à en informer les parties en vertu de l'article R. 153-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;
Considérant qu'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 sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que, dans le cadre de ce contrôle, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché ; que, par suite, en retenant que l'application des dispositions de l'article 27 de la loi du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail clandestin qui posent un nouveau critère de recevabilité des offres ne sont pas étrangères aux obligations de publicité et de mise en concurrence, le viceprésident délégué n'a pas entaché l'ordonnance attaquée d'une méconnaissance du champ d'application de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27 de la loi du 11 mars 1997 précitée : "Tout candidat à un contrat ou marché passé par une personne morale de droit public (...) doit attester qu'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire" ; que le décret du 31 mai 1997 pris pour l'application de cette loi prévoit qu'il s'agit d'une attestation sur l'honneur ; que le règlement de consultation précise "qu'à titre de règle pratique, les photocopies peuvent être certifiées conformes par le candidat ... (la date et la signature obligatoirement en original)" ; que la circonstance que l'attestation fournie par la société Fresenius au titre de la loi du 11 mars 1997 était une photocopie non certifiée conforme ne saurait légalement justifier à elle seule le rejet de sa candidature dès lors qu'il s'agit d'un document que la société établit elle-même et que l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE avait la possibilité de lui demander de régulariser sa candidature au cours de la phase précontentieuse prévue à l'article R. 241-21 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; que, dès lors, l'ordonnance attaquée n'est pas entachée d'erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Marseille a, d'une part, annulé la décision du 31 décembre 1997 de l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE écartant la candidature de la société Fresenius à une procédure de passation d'un marché sur appel d'offres ouvert, lancée le 29 octobre 1997 par le service central de la pharmacie et du médicament de l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE pour la fourniture de dispositifs médicaux stériles à usage unique, et, d'autre part, ordonné à l'exposante de procéder à un nouvel appel d'offres pour le même objet ;

Sur les conclusions de l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE tendant à l'application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 :

Considérant que les dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que la société Fresenius qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamnée à payer à l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE MARSEILLE la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Article 1er : La requête de l'ASSISTANCE PUBLIQUE - HOPITAUX DE MARSEILLE est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'ASSISTANCE PUBLIQUE - HOPITAUX DE MARSEILLE, à la société Fresenius et au ministre de l'intérieur.

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 171140

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7 /10 SSR

M. Groux, président

M. de Lesquen, rapporteur

M. Chantepy, commissaire du gouvernement

lecture du mercredi 19 mars 1997

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu le recours sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés le 19 juillet 1995 et 3 août 1995 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentés par le **MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE LA PECHE ET DE L'ALIMENTATION** ; celui-ci demande au Conseil d'Etat d'annuler l'ordonnance du 26 juin 1995 par laquelle le président du tribunal administratif de Paris, statuant sur le fondement de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, a, d'une part, suspendu la passation du marché qu'il envisage de conclure pour la réalisation d'un "système intégré de gestion et de contrôle des aides agricoles communautaires au niveau départemental" et, d'autre part, lui a enjoint de mettre fin à la procédure d'appel d'offres sur performances qui a été engagée en vue de la passation de ce marché et de procéder, si nécessaire, à un nouvel appel public à concurrence ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;

Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;

Après avoir entendu en audience publique :

- le rapport de M. de Lesquen, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat du **MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE LA PECHE ET DE L'ALIMENTATION** et de Me Gatineau, avocat de la Société anonyme Bull,

- les conclusions de M. Chantepy, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, "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. - 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 (...). - Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées

à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations..Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés" ; qu'aux termes de l'article R. 241-21 du même code : "Toute personne habilitée à introduire un recours dans les conditions prévues à 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" ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au président du tribunal administratif de Paris que le MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE LA PECHE ET DE L'ALIMENTATION a engagé une procédure d'appel d'offres restreint sur performances en vue de la passation d'un marché portant sur la réalisation d'un "système intégré de gestion et de contrôle des aides agricoles communautaires à niveau départemental" ; que la société Bull, qui, étant candidate à l'obtention de ce marché et était susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du contrat, avait un intérêt à conclure ce dernier ; que, dès lors, le président du tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit en regardant comme recevable la demande dont la société Bull l'avait saisi, en application de l'article L. 22 précité ;

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 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 99 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable en l'espèce. "Il est procédé à un appel d'offres sur performances pour des motifs d'ordre technique ou financier, lorsque la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme d'exigences de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint Les offres sont examinées par la commission d'appel d'offres prévue à l'article 83 Chaque candidat est entendu par la commission, dans des conditions de stricte égalité définies préalablement. A la suite de cette audition, les candidats peuvent préciser, compléter ou modifier leur offre ..." ;

Considérant qu'il ressort des pièces soumises au président du tribunal administratif que, parmi les dix-neuf candidats que la commission d'appel d'offres avait sélectionnés le 15 novembre 1994, trois seulement présentèrent une offre avant la date limite du 19 décembre 1994 fixé par le règlement ; qu'une de ces offres n'était d'ailleurs pas conforme au cahier des charges du projet de marché ; que le ministre a alors décidé, sur proposition de la commission d'appels d'offres, de réviser le cahier des charges afin de pouvoir procéder à une nouvelle consultation ; qu'en estimant que la personne responsable du marché avait porté atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats en permettant aux candidats sélectionnés de présenter de nouvelles propositions, alors qu'au contraire, la reprise de la procédure avait pour objet de permettre à l'ensemble des candidats sélectionnés de présenter des offres adaptés aux nouvelles caractéristiques du programme, le président du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, le ministre est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée du président du tribunal administratif de Paris ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par application de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 de régler l'affaire au fond ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande ;

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 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 a 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 ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu d'enjoindre au MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE LA PECHE ET DE L'ALIMENTATION, sur le fondement de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de demander aux trois candidats retenus de remettre des offres sur la base de ce cahier des clauses administratives particulières, ni de prévoir d'autres mesures particulières d'exécution ;
Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 et de condamner l'Etat à payer à la société Bull une somme de 25 000 F, au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce que la société Bull, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamnée à payer à l'Etat la somme qu'il demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Article 1er : L'ordonnance du président du tribunal administratif de Paris du 26 juin 1995 est annulée.

Article 2 : La passation du marché que le ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation envisage de conclure pour la réalisation d'un "système intégré de gestion et de contrôle des aides agricoles communautaires à niveau départemental" est suspendue.

Article 3 : Les décisions qui se rapportent à la passation du marché, prises postérieurement à la communication, le 2 mai 1995, du cahier des clauses administratives particulières, sont annulées.

Article 4 : Le surplus des conclusions du recours du MINISTRE DE L'AGRICULTURE, DE LA PECHE ET DE L'ALIMENTATION est rejeté.

Article 5 : L'Etat paiera à la société Bull une somme de 25 000 F, au titre de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991.

Article 6 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation et à la société Bull.