القضاء الإداري كآلية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

ط د/ الزهرة بره جامعة البليدة 2 لونيسي علي
د/ زعبي عمار جامعة الوادي

****

ملخص:

لمّا كان للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية وانجاز برامج التنمية، فقد أعطى المشرّع لهذا النوع من العقود إطارا تنظيميا خاصا، عن طريق اخضاعها لطرق ابرام خاصّة وفي غاية التعقيد، خاصّة بالنسبة لطلب العروض الذي يعتبر القاعدة العامة في التعاقد.

إلاّ أن هذه الإجراءات غير كافية للحد من الإنتهاكات المستمرة لمبادئ المنافسة، مما استلزم ايجاد ضمانات فعالة من أجل تكريس وتجسيد هذه المبادئ، ومن ثم اضفاء نوع من الثقة لدى المتعاملين المتعاقدين الباحثين عن فرصة الدخول إلى الطلبات العمومية.

وتجسيدا لهذا الغرض نصّ المشّرع على إخضاع الصفقات العمومية لرقابة القضاء الإداري, وذلك عن طريق وضع آليات لتسوية المنازعات الناشئة عن الممارسات المنافية لقواعد المنافسة, خاصة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية

مقدمة :

يعتبر القضاء من أهم آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل زيادة حجم التجاوزات في هذا المجال وعجز أليات الرقابة الإدارية على احتوائها والحد منها، مما أستوجب اللجوء إلى القضاء باعتباره الأداة الأكثر فعالية.

فالصفقة العمومية باعتبارها عقدا تثير، بلا شك، منازعات على مستوى الإبرام أوأثناء التنفيذ، نتيجة تصادم مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد، مما استدعى وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات وكان ذلك عن طريق القضاء الإداري.

ويلعب القضاء الإداري دورا هاما في تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، إذ غالبا ما يتم اللجوء إليه بعد فشل محاولات التسوية الودية والوصول إلى حل رضائي، وهذا ما قضت به المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[(1)] بنصها على أن هذا النوع من المنازعات يسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، دون توضيح القضاء المختص بالنظر في هذه المنازعات ولا أنواع الدعاوى المرفوعة في هذا الإطار، وهذا ما دفعنا إلى التساؤل عن الأساليب التي اعتمدها القضاء الإداري لبسط رقابته في مجال الصفقات العمومية وبالتحديد عن مدى مساهمته في الحفاظ على قواعد المنافسة والشفافية في هذا المجال؟

ولمعالجة هذا الإشكال, وفي ظل عدم وجود نصوص قانونية خاصّة تنظم دور القضاء الإداري في تسوية المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية تمّ اللجوء إلى القواعد العامة من خلال تحديد كيفية تدخل قضاء الإلغاء لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى كيفية تدخل القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : تدخل قضاء الإلغاء لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية

يختص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية على أساس المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، والمادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية.

وقد تم الحسم بما لم يعد معه مجالا للشك على أن القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بموجب قرار محكمة التنازع في الجزائر الصادر بتاريخ 08 ماي 2000 الملف رقم 01 قضية رئيس بلدية الرايس حميدو ضد (ص.ج) والذي جاء فيه :

« النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية الرايس حميدو والمدعى عليه (ص . ج) وأن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية ».[3]

وحسب القواعد العامة، فإن الإختصاص في مجال منازعات الصفقات العمومية يعقد للقضاء الكامل تأسيسا على أن موضوع المنازعة صفقة عمومية أي علاقة تعاقدية لا مجال فيها لإختصاص قضاء الإلغاء،إلا أن القضاء الفرنسي لم يقم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية على إطلاقه، بل أقر إمكانية إلغاء بعض القرارات الإدارية المتعلقة بالصفقة في إطار ما يعرف بنظرية " القرارات الإدارية المنفصلة " التي تبنتها مختلف التشريعات الوضعية فيما بعد.

المطلب الأول : نظرية القرارات الإدارية المنفصلة كأساس للطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

توصل الفقه والقضاء الإداريين إلى وضع نظرية الأعمال المنفصلة التي مفادها أن الأعمال المتعلقة بالصفقات العمومية حتى إن كان موضوعها مرتبط مباشرة بالصفقات العمومية فإنها تعدّ أعمالا إنفرادية قابلة لدعوى الإلغاء إذا توافرت فيها عناصر القرار الإداري. فالقرار الإداري المنفصل هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف اتمامه، إلاّ أنه ينفصل عنه ويختلف في طبيعته، مما يجعل الطعن فيه بالإلغاء أمرا جائزا.

وتعرّف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها : " قرارات إدارية تكون جزءا من بنيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري، بناءا على ولايته الكاملة أوتخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على إنفراد".[4] كما يمكن تعريفها على أنها : " تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، تساهم في تكوين عقد من العقود الادارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به، وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن العملية العقدية".[5]

وتعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، ويرجع ذلك إلى تاريخ 11 ديسمبر 1903، حيث طُبّق مفهوم القرار الإداري المنفصل على قرار تمهيدي يتعلق بعقد خاص، ليتوسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في مجال العقود الإدارية فيما بعد في قرار " MARTIN " بتاريخ 04 أوت 1905، ويتعلق الأمر في هذه القضية بعقد امتياز وتسيير مرفق المواصلات بين مدير مقاطعة (LOIR ET CHER) وصاحب الإمتياز، حيث أن مدير المقاطعة أغفل اجراءا جوهريا يتمثل في ضرورة اخطار أعضاء المجلس بموضوع المداولة قبل 08 أيام من انعقادها، وعلى هذا الأساس قدم السيد "MARTIN " العضو المستشار العام طعنه ضد مداولات المجلس العام لمقاطعة (LOIR ET CHER) بعدم مشروعيتها، فقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسسا قبوله على أساس صفة وشخص السيد "MARTIN " الذي يعد طرفا أجنبيا على العقد، ليقضي في الأخير بأن المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الإمتياز وفقا للمعيار الشخصي.[6]

ومنذ صدور هذا القرار أصبح لكل شخص ذي مصلحة، متضرر من اجراء فردي سابق لإبرام العقد الإداري، أن ينازع في شرعيته أمام قاضي الإلغاء، حتى وإن كان من غير أطراف العلاقة التعاقدية، ذلك أن الأصل في ابتداع القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية كان بهدف تمكين غير المتعاقد من الطعن في هذه القرارات الماسة بالمصلحة الشخصية له، وبوصفه بعيدا عن العملية العقدية، فإنه لا يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد، وبذلك يتم إعطاؤه هذه الفرصة للطعن في هذه القرارات من خلال مواعيد دعوى الإلغاء.[7]

ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية في النظام القضائي الجزائري،[8] أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1968 في قضية شركة المعادن " سيدي معروف "، اعتبرت قرار سحب عقد امتياز من شركة المعادن قرارا متصلا باعتباره اجراءا تنفيذيا للعقد. أما قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي ومتعلقة بعقد امتياز، فقد اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا منفصلا، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18 أفريل 1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.[9]

المطلب الثاني : مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

لقد تم تصنيف القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية إلى صنفين، قرارات متعلقة بابرام الصفقة يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، وقرارات متعلقة بتنفيذها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، وبالتالي يختص بنظر منازعاتها القضاء الكامل.

وما يهمنا في هذه الدراسة، هي تلك القرارات المتعلقة بابرام الصفقة لأنها تمثل مجال تطبيق دعوى الإلغاء كما أنها المجال الذي تظهر فيه تجاوزات مبادئ حرية وشفافية المنافسة. وتعمل المصلحة المتعاقدة على اصدار هذه القرارات الإدارية أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، وتسمى

بالقرارات المنفصلة والمستقلة، وهي قرارات نهائية تخضع لما تخضع له القرارات النهائية من أحكام في شأن طلب تنفيذها أوإلغائها.

ومن أمثلة القرارات الممهدة للصفقة نجد :

1 - قرار الإعلان عن الصفقة العمومية

الإعلان عن الصفقة يعد شرطا جوهريا في قيام الصفقة، كما أنه الضمانة الحقيقية لتكريس مبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين. وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتباره قرارا اداريا منفصلا، وبالتالي فإن أي اخلال بأحكامه وشروطه يمكن أن يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء.[10] ومن أمثلة ذلك خلو الإعلان من إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أوصدوره مخالفا للشكليات والإجراءات المفروضة بنص المادة 65 من نفس المرسوم.

2 - قرار الحرمان من دخول الصفقة

خوّل القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة اصدار قرار حرمان بعض المتعاملين من دخول الصفقة ولو توفرت في عطاءاتهم كافة الشروط المتطلبة، بشرط أن يكون الحرمان مستندا إلى نص قانوني، ويأخذ الحرمان شكلين هما الحرمان الجزائي والحرمان الوقائي, فالحرمان الجزائي هو منع الشخص الطبيعي أو المعنوي من دخول الصفقة العمومية على سبيل الجزاء المستند إلى نص قانوني، ويكون في شكل عقوبة أصلية أو تبعية توقع على الراغب في دخول الصفقة، أو بناء على أخطاء تم إرتكابها في معاملات سابقة مع الإدارة كالغش أوالرشوة. أما الحرمان الوقائي فهو الذي يقرره القانون بمنع فئات معينة من المشاركة في الصفقات العمومية حماية للمصلحة العامة، ومن تطبيقاته منع موظفي الإدارة من تقديم عروض في إطار الصفقات العمومية.

ويجد هذا الإجراء أساسه القانوني في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي عددت حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. وبالتالي فإن أي مرشح يرى بأنه قد تم حرمانه من المشاركة دون وجه حق، يجوز له رفع دعوى إلغاء ضد قرار الحرمان باعتباره من القرارات المنفصلة عن الصفقة التي يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء.

3 - قرار الاستبعاد

يختلف قرار الاستبعاد عن قرار الحرمان في أن قرار الاستبعاد يأتي بعد قبول دخول المعني للصفقة العمومية ثم يستبعد لإحدى الأسباب، بينما في حال صدور قرار الحرمان فإن المتنافس لا يمنح فرصة دخول الصفقة أصلا.

ولم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح قرار الاستبعاد مطلقا، غير أنه بالرجوع الى اجراءات إبرام الصفقات العمومية نجد أن الإدارة يمكنها اللجوء إلى هذا الإجراء لعدة اسباب ومنها :

- سوء السمعة المهنية للمتعامل المتعاقد مما قد يؤثر على آدائه لإلتزاماته التعاقدية، ويمكن التأكد من سوء السمعة من خلال تصفح تعاقداته السابقة مع الادارة، فقد يكون قد سبق له التماطل أوالتهرب من تنفيذ التزاماته، أولجأ إلى استعمال الغش.[11]

- عدم مطابقة العرض المقدم لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام قانون الصفقات العمومية, أو لموضوع الصفقه.

- إذا لم يتحصل العرض على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.[12]

ولقد اعتبر القضاء الإداري قرار الإستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري، مما يخول لأصحاب الشأن الطعن فيه بالإلغاء.

4 - قرار المنح المؤقت

تطبيقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يخضع قرار المنح المؤقت للصفقة لمبدأ أساسي وهو المنح لصاحب أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، مما يضفي على الصفقة العمومية طابع الآلية بصفة مطلقة. غير أن تنظيم الصفقات العمومية قد أعطى للمصلحة المتعاقدة حق رفض العطاء - ولوكان الأفضل - إذا إقتضت الضرورة أو المصلحة العامة ذلك، وذلك في الحالات التالية[13]:

- إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المقبول، تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد يتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار.

- إذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا, مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار.

وقد صنّف القضاء الإداري قرار المنح المؤقت للصفقة ضمن القرارات الإدارية المنفصلة وأجاز الطعن فيه بالإلغاء حماية للطرف المتضرر الذي قد يحرم من الصفقة مع أنه الأجدر للفوز بها، لمجرد خطإ أو نتيجة تعسف من جانب الإدارة.

5 - قرار إلغاء الصفقة

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إلغاء الصفقة العمومية بعد إعلانها، ويتم اصدار قرار الإلغاء في حالتين:

- إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك، حيث أن الدافع إلى إبرام الصفقة العمومية هوتحقيق الصالح العام، فإذا ثبت للإدارة أن الصفقة لا تحقق منفعة أومصلحة عامة فإنها ستقوم بإلغائها.

- في حالة عدم جدوى العملية طبقا لنص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

وقد اعتبر القضاء الإداري قرار إلغاء الصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء امام القاضي الإداري إذا كان معيبا، كأن يكون إلغاء الصفقة مستندا إلى سبب صوري.

6 - قرار ابرام الصفقة

طبقا لنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن الصفقة لا تصح ولا تكون نهائية إلاّ إذا وافقت عليها السلطة المختصة. ويعد القرار الصادر بإبرام الصفقة قرارا إداريا منفصلا يخضع لإختصاص قاضي الإلغاء إذا توافرت الشروط المقررة لذلك، باعتبار أن الصفقة حال صدور هذا القرار لا تكون قد انعقدت بعد.(14)

ونشير إلى أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة قد يؤدي إلى إلغاء الصفقة، مما يؤثر على العلاقة التعاقدية ويثير عدة إشكاليات، خاصة إذا دخل العقد مرحلة التنفيد، وهذا ما أدى إلى تبني إجراءات الإستعجال ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية.

المبحث الثاني : التدخل عن طريق القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي

كأصل عام فإن كل القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار ابرامها تكون محلا لدعوى الإلغاء، إلاّ أنه مع اتساع النشاط التعاقدي وحرص المشرّع على تحقيق أهداف المصلحة العامة وتجسيد مبادئ المنافسة الشريفة والمساواة، فقد أصبحت دعوى الإلغاء بإجراءاتها الطويلة والمعقدة قاصرة عن الحد من الإنتهاكات المتكررة لمبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي تطلب تقرير الحق في رفع دعوى استعجالية تحمي القواعد والمبادئ الخاصة بابرام الصفقات العمومية. وكان ذلك عن طريق تكريس ما يعرف بالقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي.

المطلب الأول : مفهوم القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي

يمكن تعريف القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية على أنه اجراء قضائي تحفضي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل اتمام ابرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق اعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة.(15)

من خلال التعريف يبدو أن استعجال ما قبل التعاقد لا يكاد يخرج عن المفهوم العام للإستعجال في المواد الادارية، باعتباره قضاء يفصل في الطلبات المعروضة أمامه بأقصى سرعة ممكنة لاسيما ما تعلق بالوضعيات التي يُخشى أن تكون غير قابلة للإصلاح، لكنه يختلف عنه من حيث المساس بأصل الحق.(16)

واستعجال ما قبل التعاقد هو استعجال خصوصي، أوجده القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04 يناير 1992 تطبيقا لتعليمة الإتحاد الأوروبي تحت عنوان " طعن ورقابة " المؤرخة في 21 ديسمبر 1989. التي تهدف إلى السماح برقابة دقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال ابرام الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال، وقد تم تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين

الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي في نطاق المنافسة والعلانية بما يضمن ردع المخالفين في هذا المجال. (17)

أما المشرّع الجزائري فقد تبنى فكرة القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي في ظل القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وخصّص له المادتين 946 و 947 من الفصل الخامس تحت عنوان " الإستعجال في مادة ابرام الصفقات العمومية " من الباب الثالث بعنوان "الإستعجال". وقد جاءت هذه الخطوة متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي، ومع ذلك تعد خطوة محمودة تؤكد الرغبة في تطوير المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.(18)

ويسعى المشرّع الجزائري من خلال تقنين استعجال ما قبل التعاقد إلى تعزيز آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل الإنتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة، و إحجام المستثمرين عن التقدم بعطاءاتهم، نتيجة عدم ثقتهم في نزاهة الإجراءات المتبعة خلال ابرام الصفقات.

كذلك من دوافع تبني هذا النوع من الدعاوى، الرغبة في تأمين أكبر قدر ممكن من شفافية المنافسة، بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على ابرام العقد، مع قصور دعوى الإلغاء وعدم صلاحيتها لسد ذلك الفراغ. ويرجع هذا القصور إلى أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى ابرام العقد قبل بت القاضي في دعوى الإلغاء، فضلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافذة حتى يطلب أحد أطرافها إلغاءها أمام قاضي العقد.(19)

المطلب الثاني : الجوانب الإجرائية للقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي

إضافة للقواعد والإجراءات العامة التي تميّز القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية، فإن المشرّع قد خصّ القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي باجراءات مضبوطة، نتطرق إليها من خلال النقاط التالية :

1 - شروط دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد

إضافة إلى الشروط العامة التي تقتضيها الدعوة الإستعجالية،(20) فإن هناك شروطا خاصة تنفرد بها دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية تضمنتها المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: « يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أوسيبرم من طرف جماعة إقليمية أومؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد...»

من خلال هذا النص يتبين أنه للقيام بمباشرة الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية يجب توفر الشروط التالية :

أ - صفة المدعي

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أوسع وأشمل من مفهومها في القواعد العامة، وتكتسب هذه الصفة إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون :

- إكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة : إذ أنه وطبقا لنص المادة 946 " سالفة الذكر" يسمح لكل من له مصلحة في إبرام العقد، ويكون قد تضرر من جراء الإخلال بإلتزامات الإشهار أو المنافسة، بالإلتجاء إلى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي للمطالبة بحقوقه. ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالمترشحين الذين قدموا عروضهم إلا أنه تم استبعادهم أو إقصاؤهم أو لم يكونوا محل اختيار من طرف المصلحة المتعاقدة.

وعليه فإن هذه الدعوى لا تقبل من غير أطراف العقد، بمعنى أنه من لم يشارك في إجراءات الصفقة لا يمكن أن تكون له مصلحة في تحريك الدعوى. وقد طبّق القضاء الفرنسي هذه القاعدة حيث حكم بعدم قبول دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد المرفوعة من طرف أحد المستشارين البلديين، والمتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلنية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة.[21]

- إكتساب صفة المدّعي بحكم القانون : حيث أن المدّعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين المتضررين من خرق التزامات العلنية أو المنافسة، وإنما جهة رسمية أعطاها القانون حق رفع الدعوى الإستعجالية حماية لقواعد النزاهة والشفافية، حيث أنه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 نجدها قد سمحت للوالي - بصفته ممثلا للدولة على مستوى الولاية - ممارسة هذا النوع من الدعاوى. ويعد ذلك امتدادا طبيعيا لجملة الإختصاصات الممنوحة له بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، خاصة المادة 106 من قانون الولاية،[22] التي اعترفت للوالي بتمثيل الولاية أمام القضاء. إلا أن المادة 946 أضافت له اختصاصا آخر ألا وهو تمثيل كلا من البلدية[23] والمؤسسة العمومية المحلية أمام القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

ويؤخذ على المشرّع أنه أغفل تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بصفقات الجهات الإدارية المركزية، علما أن هذه الصفقات تخضع لنفس مبادئ المنافسة التي كرّسها تنظيم الصفقات العمومية.[24] كذلك من الإشكاليات التي تثيرها هذه المادة هو صعوبة علم الوالي بالمخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية المحلية، خاصة في ظل غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفيات تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة في المرحلة قبل التعاقدية.[25]

ب - ميعاد رفع الدعوى

يتضح من خلال نص المادة 946، أن المشرّع الجزائري لم يحدد صراحة أجلا أومدة زمنية معينة لرفع هذه الدعوى، ولكن يفهم من خلال استعماله لعبارة "إذا أبرم العقد أوسيبرم" أنّه يجيز رفع دعوى الإستعجال قبل إبرام العقد أوبعده، وبذلك يتقرر حق اللجوء إلى القضاء الإستعجالي سواء قبل إبرام الصفقة أوبعد إبرامها، ولكن إذا كان من المنطق اللجوء إلى هذا القضاء قبل إبرام العقد على أساس أن الغاية من هذه الدعوى في الأصل هو حماية قواعد الشفافية والمنافسة التي يكون مجالها في الغالب خلال فترة إبرام الصفقة، إلا أن السماح برفع هذه الدعوى بعد إبرام الصفقة يظهر التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى وإمكانية رفعها بعد عملية الإبرام.[26]

ونشير إلى أن القضاء الفرنسي وفي السنوات الأولى من تكريس القضاء الإستعجال ما قبل التعاقد، قبل النظر في هذه الدعاوى حتى بعد إبرام العقد، ولكنّه تراجع فيما بعد عن موقفه هذا وتبنى مبدأ آخر واستقر عليه، مفاده أنّ تطرق القاضي الإستعجالي إلى مشروعية العلنية والمنافسة بعد إبرام العقد يُخرجه من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

2 - أسس وأسباب الطعن في دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد

لقد حددت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالات التي ترد في إطارها الدعوى الإستعجالية، وذلك حينما يشوب عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية إخلالا بالتزامات الإشهار أوالمنافسة، ومنه فإن مخالفة شروط وإجراءات إبرام الصفقة يمكن أن تكون محلا لهذه الدعوى.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتبين أن المشرّع قد فرض جملة من الإلتزامات قصد حماية مبادئ المنافسة والشفافية في الصفقات العمومية. وعليه فإن أيّ تجاوز لهذه الإلتزامات يخوّل الطرف المتضرر حق رفع دعوى استعجالية, ومن أمثلتها.

- تعسّف الإدارة عند تحديد شروط المشاركة والإقصاء من الصفقة، وفي هذا الإطار اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها، بهدف حصر المنافسة بين عارضين معيّنين بذواتهم، ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة. مع الإشارة إلى أن المشّرع الجزائري أقرّ بأن أوجه تأسيس الدعوى الإستعجالية تتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، وبالتالي فقد أغفل الحالات التي تشكّل مساسا بهذه المبادئ والتي قد تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان ومن ضمنها مسألة اعداد دفتر الشروط وامكانية احتوائه على بنود مخالفة لقواعد المنافسة.[27]

- الإخلال بإلتزامات الإشهار والإعلان وذلك عند غياب الإشهار الصحفي كليا أوجزئيا اوصدوره بما يخالف الكيفيات والإجراءات المنصوص عليها في المواد 61، 62، 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- إختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب، حيث أن المشرّع حدّد آليات إبرام الصفقات العمومية في المواد من 39 إلى 52 من تنظيم الصفقات العمومية، فجعل من طلب العروض القاعدة العامة، وسمح باللجوء إلى التراضي كاستثناء، وبالتالي فإن أي مخالفة لهذه القواعد يمكن أن تكون محلا لدعوى استعجال ما قبل التعاقد ومثال ذلك اللجوء إلى التراضي دون توفر حالاته.

- الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد المنصوص عليها بموجب المواد من 53 إلى 58 من تنظيم الصفقات العمومية.

- الحرمان أو الإستبعاد من الصفقة دون وجه حق.

3 - سلطات القاضي في دعوى استعجال ما قبل التعاقد

إن طبيعة الدعوى الإستعجالية تقتضي اتخاذ القاضي الإداري لتدابير احترازية وقائية لتفادي وقوع ما لا يمكن تداركه في المستقبل، ويتجلى ذلك في دعوى استعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية حيث أنّ المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية منحت القاضي الإستعجالي جملة من السلطات ممثلة فيما يلي:

أ - سلطة الأمر

وهي سلطة تمنح للقضاء، لإلزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عنه، أو تهديدها للقيام بعمل أو الإمتناع عنه. وقد كان القضاء الفرنسي لا يعترف بهذه السلطة للقاضي تطبيقا للمبدأ الإجرائي " القاضي يحكم ولا يدير" المستند على مبدأ الفصل بين السلطات. ولكن القانون رقم 92-10 المؤرّخ في 04 يناير1992 أعطى للقاضي الإداري سلطة أمر الإدارة بأن تراعي الإلتزامات المفروضة عليها قانونا في مجال العلانية والمنافسة، وقد وضعت هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي عدّة مرّات في فرنسا حيث أمر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة ستراسبورغ إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلّق بقبول الترشيحات في استدراج عروض مقيد، مع وجوب مراعاة ما يقتضيه تقنين عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء.[28]

أمّا عن موقف المشرّع الجزائري فقد ظلّ إلى وقت قريب جدّا يرفض منح القاضي سلطة توجيه الأوامر، فنجده يصرّح في 24-04-2000 في قضيّة "رئيس بلدية درقينة" ضدّ "س-ع" بأنّ البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلاّ لأمر الآداء، غير أنّه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم08-09، وبالتحديد المادة 946 منه، فقد تمّ منح القاضي الإستعجالي مكنة توجيه أوامر للإدارة لتفي بالتزاماتها في مجال الإشهار والمنافسة ومثال ذلك توجيه أمر للإدارة بإعادة نشر الإعلان مستوفيا لكافة شروطه وبياناته الإلزامية.

ب - سلطة فرض الغرامة التهديدية

قد لا يكون الأمر الإستعجالي منتجا لآثاره، لذلك فقد تمّ تدعيمه بوسيلة ردعية تطبق على الملزم بالتنفيذ وتفرض عليه ضرورة الإستجابة لأمر المحكمة الإدارية، وتتمثل هذه الوسيلة في الغرامة

التهديدية التي تعدّ من أهم الوسائل التي تم استحداثها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواجهة الإدارة.

ففي حالة عدم امتثال المصلحة المتعاقدة لأوامر القاضي يمكن لهذا الأخير أن يفرض عليها غرامات تهديدية، تسري هذه الغرامات من تاريخ انقضاء الأجل المحدد مسبقا لأجل مثولها لهذه الأوامر وإعادة النّظر في إجراءاتها غير القانونية في عملية إبرام الصفقة.

ج - سلطة تأجيل إمضاء الصفقة

يملك قاضي الإستعجال ما قبل التعاقد بناءا على نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدّة لا تتجاوز 20 يوما، وهي نفس المدّة التي يستوجب فيها على المحكمة الإدارية الفصل في الطلبات طبقا لنصّ المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويحقق هذا التأجيل هدفا هاما مفاده تجنب الأمر الواقع الذي قد تفرضه الإدارة إذا ما سارعت إلى إمضاء العقد، فإعمال السلطات الممنوحة للمحكمة الإدارية مرهون بعدم الإمضاء على العقد، وإذا تمّ الإمضاء انقطعت إمكانية ممارسة هذه السلطات مما يفوّت الفرصة على المترشّحين المستبعدين بغير حقّ في تدارك الأمر.[29]

ويعدّ هذا الإجراء وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها من ناحية، كما أنّه سلطة خطيرة تشلّ عمليات العقد وتؤثّر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد من ناحية أخرى.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة الموجزة يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية :

- يتضح بأن القضاء الإداري بإبتكاره لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة وبإقراره لإمكانية اللجوء إلى قضاء الإلغاء فيما يخص القرارات الإدارية الممهدة لإبرام الصفقات العمومية يكون قد ساهم بدرجة كبيرة في حماية قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية.

- لقد تبنى المشرّع الجزائري القواعد الخاصة بقضاء الإستعجال ما قبل التعاقد بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعد ذلك خطوة ايجابية تعكس بوضوح حرص المشرّع على تجسيد آلية فعالة لمواجهة التجاوزات الحاصلة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية خاصّة بعد ثبوت قصور دعوى الإلغاء وعجزها عن معالجة الإنتهاكات المتكررة لمبادئ المنافسة والشفافية.

- يتمتع القاضي الإداري في إطار دعوى إستعجال ماقبل التعاقد بسلطات واسعة وغير مألوفة في ظل التشريعات الإجرائية السابقة, وتتمثل هذه السلطات في سلطة توجيه الأوامر للإدارة, سلطة فرض الغرامات التهديدية, وكذا سلطة تأجيل إمضاء العقد, وهذا ما جعل من هذه الدعوى أكثر فعالية في حماية حقوق المتعاقدين مع الإدارة.

هذا وبالرغم من أهمية التكريس التشريعي للقضاء الإستعجالي ماقبل التعاقدي, إلا أن هناك بعض الملاحظات والنقائص يجب الإشارة إليها ومن ضمنها:

- عدم تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بصفقات الجهات الإدارية المركزية.

- عدم توضيح الآلية المناسبة لتبليغ الوالي واعلامه بالتجاوزات الحاصلة في مراحل ابرام الصفقات العمومية التابعة للبلديات والمؤسسات العمومية المحلية الواقعة في دائرة اختصاصه.

- ضرورة توسيع سلطات قاضي الإستعجال ما قبل التعاقد لتشمل سلطتي إلغاء القرارات و البنود التعاقدية المخالفة لإلتزامات العلانية والمنافسة مثلما هو معمول به في التشريعات المقارنة.

- العمل على إدراج المنازعات المتعلقة بالصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الإقتصادية ضمن إختصاص القضاء الإداري, وذلك حتى يستفيد أطرافها من إجراءات دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي المقررتين لحماية مبادئ المنافسة والشفافية في مجال الصفقات العمومية.

الهوامش:

(1) المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(2) القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

(3) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، (مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009/2008، ص57.

(4) بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر تخصص قانون عام)، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص13.

(5) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2015/2014، ص54.

(6) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، (مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام)، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، نوقشت بتاريخ 2013/12/01، ص175.

(7) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص14.

(8) وقد عرفت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة تطبيقات واسعة في النظام القضائي الجزائري، خاصة في مجال نزع الملكية للمصلحة العامة، وفي مجال منازعات الإنتخابات التشريعية.

(9) بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، (مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ: 2013/10/20، ص202.

(10) تياب نادية , سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص54.

(11) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص181.

(12) المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

(13) المرجع نفسه.

(14) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص17.

[15] بزاحي سلوى، « رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، عدد 2012/01، ص31.

[16] بوشكيوة عثمان، « استعجال ما قبل التعاقد في مجال ابرام الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 30 نوفمبر و01 ديسمبر 2011، ص02.

[17] بن شيخ لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري (دراسة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص268.

[18] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة لنيل شهادة الدكتراه في العلوم تخصص قانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 23 نوفمبر 2013، ص253.

[19] بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص33.

[20] وتتمثل هذه الشروط في ضرورة توفر عنصر الإستعجال، عدم المساس بأصل الحق وعدم عرقلة تنفيذ قرار إداري.

[21] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص849.

[22] قانون رقم 12-07، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 29 فبراير 2012، ص05-25.

[23] نشير إلى أنه بموجب المادة 82 من قانون البلدية، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم بالتقاضي باسم البلدية ولحسابها.

[24] بودريوة عبد الكريم، « اشكالات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 30 نوفمبر و01 ديسمبر 2011، ص10.

[25] بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص37.

[26] تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص268.

[27] بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص10.

[28] مهنّد مختار نوح، مرجع سابق، ص874.

[29] بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق،ص7.