

الاستعجال ما قبل التعاقدي في مادة الصفقات العمومية Pre-Contractual Urgency in Public Procurement

بشير محمد أمين

مخبر المرافق العمومية والتنمية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

Maitreamine@yahoo.fr

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

بلميلود نور الدين*

مخبر المرافق العمومية والتنمية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

noureddine.belmiloud@dl.niv-sba.dz

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbes, Algeria

- تاريخ الإرسال: 2024/10/20 - تاريخ القبول: 2024/12/26 - تاريخ النشر: 2025/07/29

الملخص: نظرا لكون المصلحة المتعاقدة قد تخل بقواعد الإشهار والمنافسة مما يجعلها تحيد عن تكريس مبدأ العلانية والمنافسة فإن المشرع الجزائري نص ولأول مرة على الاستعجال ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية بموجب المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واعتبره استعجال بحكم القانون متى توافرت شروطه. وقد منح القاضي الاستعجالي المختص بنظر هذه الدعوى سلطات جد هامة تمثلت في سلطة الأمر وسلطة توقيع غرامة تهديدية وسلطة قطعية وذلك بغرض إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة التقيد بالأحكام الإجرائية والموضوعية المنصوص عنها في قانون الصفقات العمومية ومن ثم حماية عملية الإبرام وذلك بإسناد الصفة العمومية للمترشح الكفاء. **الكلمات المفتاحية:** المصلحة المتعاقدة - قواعد الإشهار والمنافسة - الاستعجال ما قبل التعاقدي - الاستعجال بحكم القانون.

Abstract: Considering that the contractual interest can violate the rules of publicity and competition, which makes it derogate from the consecration of the principle of publicity and competition, the Algerian legislator stipulated for the first time the pre-contractual urgency in the field of the public order in accordance with articles 946 and 947 of the code of civil and administrative procedure and considers it as haking up the rule of law when its conditions are met. The summary judge responsible for hearing this case was granted very significant powers represented by the power to order, the power to impose a threat of fine and a peremptory power, with the aim of obliging the contracting interest to comply with the procedural and substantive provisions stipulated in the law on public contracts and authorizations of public utility, and then protect the process of conclusion by awarding the public contract to the qualified candidate

Keywords: contractual interest - advertising and competition rules - pre-contractual urgency – legalurgency.

* المؤلف المرسل: بلميلود نور الدين

مقدمة:

نظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها الصفقات العمومية باعتبارها من أهم العقود التي تبرمها الدولة في مختلف هياكلها على أساس أنها تساهم في العملية الاقتصادية من جهة، وتساهم في تجسيد مبدأ استمرار المرافق العامة من جهة أخرى، بما يساهم في المحافظة على المال العام فقد أولاه المشرع الجزائري أهمية خاصة وذلك بتنظيم جميع أحكام وإجراءات إبرامها، وتكتسي المنازعات في مجال الصفقات العمومية أهمية كبيرة لارتباطها بالمال العام وبالمصلحة العامة وبالمرفق العام.

ويمكن تقسيم منازعات الصفقات العمومية إلى ثلاثة منازعات، منازعات ترفع أمام لجنة الصفقات العمومية ومنازعات ترفع أمام القضاء الإداري الاستعجالي ومنازعات ترفع أمام قضاء الإلغاء.

وما نستهدف دراسته في هذا الإطار هو التركيز على الاستعجال ما قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية والذي حدد المشرع الجزائري إطاره القانوني بموجب المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 2008/02/25 وهذا من أجل مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية بما يكرس المبادئ التي تقوم عليها، ويؤمن أكبر قدر من الشفافية والمنافسة باعتبارها أداة لتجسيد المخططات التنموية للدولة وإشباع الحاجيات العامة.

ولعل من الدوافع التي فرضت على المشرع الجزائري سن أحكام قانونية تتعلق بالاستعجال ما قبل التعاقدي هو حماية العارضين في مرحلة حاسمة وهي مرحلة الإبرام من جهة وتنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقات العمومية، ولضبط المنازعة في هذه المرحلة حدد شروطها الشكلية والموضوعية والآجال والسلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال المنظورة أمامه الدعوى، فجعل بذلك الاستعجال وفق القانون وليس بحكم الطبيعة بحيث يؤول الاختصاص للقاضي الاستعجالي بنظرها، لكن هل الأحكام والإجراءات التي سنها المشرع الجزائري المتعلقة بالدعوى الاستعجالية في مرحلة ما قبل التعاقد كفيلة باحترام المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقات العمومية؟

وقد حملتنا على دراسة هذا الموضوع عدة دوافع أهمها حداثة الموضوع التي تسببت في عدم الوعي الكافي لأحكامه فضلا عن قلة الدراسات في هذا المجال وندرة الاجتهاد القضائي بسبب حداثة نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبما أن الأمر مرتبط بنصوص تشريعية تعين علينا اتباع المنهج التحليلي من أجل شرح الأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وفي القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما اتبعنا المنهج المقارن في موطن واحد من البحث بغرض الإلمام بالموضوع وإثراء الموضوع.

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر قدرنا معالجة الموضوع من خلال بحثين سنتناول في المبحث الأول: شروط رفع دعوى الاستعجال، وفي المبحث الثاني السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال ودوره في الوقاية من الفساد.

المبحث الأول: شروط رفع دعوى الاستعجال

كل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 بإدراج تعديلات كثيرة منها إقرار الحق في رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد وقد حفيها بقواعد استثنائية ترتبط بشروط رفع الدعوى، فدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد على غرار كل الدعاوى الاستعجالية الأخرى المقررة قانوناً تقتضي لمباشرتها شروط عامة وأخرى خاصة ومن ثم فإنه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين سنتناول في المطلب الأول (الشروط العامة) وفي المطلب الثاني (الشروط الخاصة).

المطلب الأول: الشروط العامة لرفع دعوى الاستعجال

تتخصر الشروط العامة في ثلاثة شروط هي شرط الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق وشرط عدم مخالفة النظام العام.

الفرع الأول: شرط الاستعجال

لما كان الاستعجال يوفر حماية مؤقتة للمدعي بالحق الظاهر¹، فقد اعتبره المشرع من أهم الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية ولدراسته من الناحية القانونية يتعين علينا الوقوف على مدلوله وتقديره وإثباته.

أولاً: تعريف الاستعجال

فقد عرف بعض الفقهاء الاستعجال بأنه: (هو الخطر المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم درؤه بالسرعة اللازمة، وهذا لا يكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده)².

بينما المشرع الجزائري لم يعرف الاستعجال وإنما أشار بموجب نص المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى جوازية اللجوء إلى القضاء المستعجل.

¹ - بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، 2009، منشورات بغداددي، ص 218.

² - عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الطبعة الثالثة، 2023، دار بلقيس، ص 154.

ثانيا: تقدير الاستعجال

إن عنصر الاستعجال ينبغي أن يتوفر أمام المحكمة الابتدائية وأمام الاستئناف، ومن ثم فإن زوال الاستعجال أمام الجهة الاستئنافية على الرغم من قيامه أمام المحكمة فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى القضاء بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى.

وينبغي استمرار قيام شرط الاستعجال إلى غاية نظر الدعوى الاستعجالية فإن زال قبل ذلك وجب القضاء بعدم اختصاص القضاء الاستعجالي³.

فالاستعجال كشرط من شروط الاختصاص بالدعوى المستعجلة هو شرط مستمر لا يلزم توافره فقط عند رفع الدعوى المستعجلة فحسب وإنما يلزم توافره خلال كافة مراحل الدعوى ووقت صدور الأمر المستعجل فيها.

فإذا توافر الاستعجال في الدعوى فإن هذا الوصف لا يزول عنها ولو تراخى الخصم في إقامة الدعوى المستعجلة ذلك أن تراخيه قد يرجع إلى كون أنه كان يود حل النزاع بطريقة ودية.

ويستخلص قاضي الاستعجال من خلال وقائع الدعوى ما إذا كان التأخير في رفع الدعوى الاستعجالية يعتبر دليلا على تنازل الخصم عن الحماية الاستعجالية المؤقتة الأمر الذي يزيل وصف الاستعجال عن الدعوى أم أن ذلك التأخير كان لسبب لا يدل على التنازل ومن ثم عدم زوال وصف الاستعجال عن الدعوى.

فحالة الاستعجال تتعلق بنزاع لا يمكن الفصل فيه من خلال قاضي الموضوع ذلك أنه مرتبط عادة بواقعة سرعان ما تتغير معالمها أو خطر وشيك الوقوع يصعب جبره ويستحيل إصلاحه عند حدوثه⁴.

والاستعجال بحسب الأصل هو مسألة قانونية بحتة على اعتبار أنه قد ورد النص عليها في المادة 183 من ق إ م إ في حين أن المحكمة العليا تعتبر فكرة الاستعجال فكرة متصلة بالواقع وهي تمنح للقضاة السلطة التقديرية للتعامل مع عنصر الاستعجال وجودا وعدما.

³ - طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن، دار الخلدونية، 2005، ص 10.

⁴ - جدي سليمة، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 10، العدد 1، 2017، ص 306.

ثالثا: إثبات الاستعجال

حسم المشرع الجزائري مسألة الإثبات في مجال الاستعجال فجعل عبء الإثبات على المدعي طبقا للمادة 925 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: "يجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية".

فإثبات الطابع الاستعجالي هو مسألة جوهرية يتعين إبرازها من خلال تبيان كافة العناصر المادية والمقنعة لتمكين قاضي الاستعجال الإداري من تقدير هذا الطابع⁵.

هذا وإن كان الرأي الراجح من الفقه يرى بأن الاستعجال من مسائل الواقع تندرج تحت السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال إلا أن هذا لا يعني استبعاد رقابة المحكمة العليا بشأن الأمر الاستعجالي لا سيما فيما يتعلق بضرورة تسبيب الحكم وذكر العناصر التي ركز عليها قضاؤه بشأن توفر عنصر الاستعجال⁶.

الفرع الثاني: عدم المساس بأصل الحق

طبقا للمادة 303 من ق إ م إ فإن قاضي الأمور المستعجلة لا ينظر في أصل الحق ذلك أن تدخله استعجاليا يهدف لحماية الحق وليس إثباته أو إسناده، فإن تبين له من ظاهر المستندات أن الحكم يمس بأصل الحق يصرح بعدم اختصاصه⁷، على اعتبار أن هذه المسألة من اختصاص قاضي الموضوع.

أولا: مفهوم عدم المساس بأصل الحق

المراد بعدم المساس بأصل الحق هو المنع من إصدار أي أمر أو حكم التصدي لحالة الاستعجال من شأنه التأثير على الحكم الفاصل في الموضوع مما يؤثر على الحقوق والآثار القانونية فمسألة عدم المساس بأصل الحق من النظام العام وأساس اختصاص القضاء الاستعجالي وهي من بين أهم الشروط التي تحكم القضاء الاستعجالي⁸.

⁵- مقيمي ريمة، القضاء الاستعجالي الإداري وفقا للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة ماجستير، تخصص قانون الإدارة العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، ص 13.

⁶- بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر -دراسة تحليلية مقارنة- مذكرة ماجستير-، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري قسنطينة، قسم القانون العام، 2007/2008، ص 17.

⁷- سعودي زهير، القضاء الاستعجالي العادي، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 07، العدد 01، ماي 2020، ص 703.

⁸- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 02، 2012، كليك للنشر، ص 307.

ثانيا: أصل الحق

يمكن تعريف أصل الحق بأنه السبب القانوني الذي يحكم حقوق والتزامات الأشخاص أو طرفي النزاع في مواجهة بعضهما البعض، فلا يجوز المساس بهذه الحقوق بالتأويل أو التفسير أو التعديل مما يعتبر مساس بهذا الحق⁹، وعلى التشكيلة التي تنظر الدعوى الاستعجالية ترك جوهر النزاع لقاضي الموضوع، وعند تسبيب الحكم الاستعجالي ينبغي على القاضي الابتعاد عن المصطلحات التي تفيد المساس بأصل الحق، ولما كان القضاء الاستعجالي بحسب طبيعته يعتبر مصدرا قانونيا للتنفيذ المعجل وليس هناك داعي في طلبه من الجهة القضائية التي نظرت فيه فلا داعي للنص عليه في الحكم¹⁰.

الفرع الثالث: عدم المساس بالنظام العام

لم يعط لنا المشرع الجزائري تعريفا للنظام العام إلا أن الأستاذ: عبد الرزاق السنهوري عرفه بأنه (مجموعة القواعد التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصالح الأفراد)¹¹.

ومما سبق نخلص إلى أنه لا يجوز للقاضي الاستعجالي المساس بأوجه النزاع التي لها علاقة بالنظام العام والتي قد تثار أثناء سير الدعوى الاستعجالية، وينتج عن ذلك أنه كلما كان مفهوم النظام العام واسعا كلما ضاقت مجالات النظر في الدعوى الاستعجالية أمام القضاء الإداري والعكس صحيح¹².

هذا وللقاضي الاستعجالي أن يثير قاعدة النظام العام من تلقاء نفسه وهو يتمتع في ذلك بكامل السلطة التقديرية، والتزام القاضي بإثارة الوجه الخاص بالنظام العام مقيد بضرورة أن تكون الدعوى مقبولة وأن يكون الوجه المتعلق بالنظام العام بارزا بحيث يستطيع القاضي التعرف عليه من خلال ملف الدعوى والمستندات¹³.

وأن يكون لهذا الوجه تأثير بحيث يترتب عليه إنهاء النزاع إما بقبول طلبات المدعي أو برفضها وحتى يكون الوجه المثار المتعلق بالنظام العام مقبولا ينبغي أن يحدد تحديدا دقيقا وإعلام الخصوم به طبقا لمبدأ وأن يكون لهذا الوجه تأثير بحيث يترتب عليه إنهاء النزاع إما بقبول طلبات المدعي أو برفضها وحتى

⁹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 10-11-12.

¹⁰ - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 220.

¹¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث الثقافي بيروت، لبنان، 1964، ص 399.

¹² - بوضياف عادل، نفس المرجع، ص 307.

¹³ - عدو عبد القادر، الوجه الخاص بالنظام العام في المنازعات الإدارية، الجامعة الإفريقية أدرار، مجلة الحقيقة، العدد 33، ص 491.

يكون الوجه المثار المتعلق بالنظام العام مقبولا ينبغي أن يحدد تحديدا دقيقا وإعلام الخصوم به طبقا لمبدأ الوجاهية حسب ما تقتضيه المادة 03/03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومنحهم أجلا كافيا لتقديم ملاحظاتهم.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

قد يعين القانون صراحة قاضي الاستعجال للفصل في قضايا معينة ويريد المشرع من وراء ذلك أن تعالج بشيء من السرعة والمرونة ويمكن أن يمنح القانون اختصاصا خارقا للعادة لقاضي الاستعجال للفصل في مسائل تتعلق بالموضوع أو لإنهاء النزاع في الموضوع¹⁴، ولرفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد اشترطت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شروط شكلية وأخرى موضوعية.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لدعوى الاستعجال قبل التعاقد

انطلاقا من مقتضيات المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن هذه الشروط تنحصر في تحديد صفة المدعي، ويكفي لتوافر المصلحة ومن ثم قبول الدعوى أن يكون نشاط الشركة أو المؤسسة وفقا لمبدأ التخصص متوافقا مع موضوع العقد أو المناقصة¹⁵.

أولا: تحديد صفة المدعي

تكتسب صفة المدعي إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون¹⁶.

1/ اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة

تعتبر الدعوى مقبولة شكلا إذا ما جاءت مرفوعة ممن له مصلحة في إبرام الصفقة العمومية والذي قد يتضرر من جراء خرق قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية وهذا ما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها "... من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال ...".

ويقصد بعبارة "كل من له مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من هذا الإخلال" المتعهد والشخص الذي أقصي من طرف السلطة الإدارية المعنية.

¹⁴ - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - ترجمة المحاكمة العادلة-، طبعة رابعة منقحة، موفم للنشر، ص 262.

¹⁵ - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هوم، ص 308.

¹⁶ - بومقورة سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الاستعجال الإداري، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، يومي 09 و 10 مارس 2011، ص 03.

وهناك من يرى بأن الأمر يتعلق في هذه الحالة بالمرشحين الذين قدموا عروضهم إلا أنه تم استبعادهم أو إقصائهم أو لم يكونوا محل اختيار من قبل المصلحة التعاقدية¹⁷.

ولا يشترط القانون إثبات الضرر الناجم عن الإخلال بقواعد الإشهار أو المنافسة وإنما يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق¹⁸.

ويقصد بالضرر بصفة عامة المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا والسلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه.

ويمكن للقاضي الاستعجالي تقدير الضرر من خلال مراقبة أسباب إقصاء المرشح وذلك بتفحص الشروط المنصوص عنها في دفتر الشروط، ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات الضرر بل يكفي أن يكون للمدعي فرصة لرسو الصفقة عليه فيما لو لم يرتكب هذا الخرق.

2/ اكتساب الصفة بحكم القانون

يعد مكتسبا لهذه الصفة كل جهة رسمية خولها القانون صراحة الحق في تحريك الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في حال خرق قواعد المنافسة والشفافية¹⁹.

وقد منح المشرع الجزائري هذه الصفة للوالي فأعطى له الحق في إثارة هذه الدعوى باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية، إلا أن هناك عدد من النقاط القانونية يستوجب مراجعتها واستدراكها مستقبلا من خلال تعديل النص تتمثل في:

أ/ إذا كان الوالي حارسا لشفافية الصفقات العمومية على المستوى المحلي فمن هي الجهة التي خولها القانون حراسة شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة حصرا في المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية ولذلك فقد كان حري بالمشرع الجزائري تحديد جهات الإخطار في هذه الحالة²⁰.

¹⁷ - محمد علي حسون وحنان نواصرية، دعوى استعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري، مجلة رسالة الحقوق، كربلاء العراق، 2018، ص 254.

¹⁸ - دهمية مروان، دعوى استعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة التمكين الاجتماعي، جامعة عمار ثلجي الأغواط، المجلد 102، العدد 03، سبتمبر 2020، ص 128.

¹⁹ - سلوى بومقورة، المرجع السابق، ص 10.

²⁰ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة السادسة، 2021، جسر للنشر، ص 232.

ب/ بالنظر إلى سلطة وزير المالية في تحيين المبالغ المالية للصفقات العمومية كان على المشرع أن يمنح له صفة المدعي في دعوى الاستعجال قبل التعاقد.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

يتم اللجوء إلى قضاء الاستعجال في مجال الصفقات العمومية متى تم الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار.

أولاً: الإخلال بقواعد الإشهار

يقصد بالإشهار في مجال الصفقات العمومية أن تبادر المصلحة المتعاقدة إلى إخطار أصحاب الشأن برغبتها في التعاقد وإنجاز مشروع عام بعنوان الصفقة وفتح مجال المنافسة للعارضين بغرض تقديم ترشيحاتهم.

وبغرض تكريس مبدأ العلانية نص المشرع الجزائري في المادة 61 من المرسوم 15/247 على إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية واعتبره إجراء جوهري، كما نص في المادة 40 من المرسوم 247/15 على أن "طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين"، وبذلك نستشف بأن التنافس يفرض على الإدارة المتعاقدة ضرورة قيامها بإعلام جميع المتنافسين عن رغبتها في التعاقد وذلك باعتماد أسلوب الإشهار لتمكينهم من تقديم عروضهم²¹، وفقاً للشروط المعلن عنها وتمنح لهم فترة مقبولة للتحضير وتطلعهم على الفائز وتمكنهم من ممارسة حق الطعن²²، هذا وقد حدد قانون الصفقات العمومية 247/15 الإجراءات الواجب اتباعها من قبل المصلحة المتعاقدة بغية إعلان رغبتها في التعاقد، فمن خلال الإعلان تحقق الإدارة أكبر قدر ممكن من العروض الجيدة سواء بالكفاية الفنية أو بالسعر²³، ومن ثم فإن القضاء الاستعجالي في مرحلة ما قبل التعاقد يعتبر ضماناً هامة لحماية عملية إبرام الصفقات العمومية من الانتهاكات التي تمس بقواعد الإعلان والمنافسة.

²¹ - عمار بوضياف، سلوى بوشلاغم، وجوب إشهار طلب العروض في التنظيم الصفقات العمومية الجزائري وإشكالية مقرر التجاوز، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، المجلد 13، العدد 03، 2020، ص 4.

²² - عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلام) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15 الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، ص 230.

²³ - سهام بن دعاس، حماية القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد لعملية إبرام الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، المجلد 11 العدد 01، أبريل 2020، ص 369.

ثانيا: الإخلال بقواعد المنافسة

يعتبر إخلالا بقواعد المنافسة استبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة على الرغم من توافر الشروط المطلوبة في المترشح، ومن ثم فمتى لجأت المصلحة المتعاقدة إلى استبعاد أي مترشح دون مبررات قانونية فإن ذلك يتيح لهذا المترشح الحق في اللجوء إلى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد، وقد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 11 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الإدارات العمومية بتسبيب قراراتها إذا كانت في غير صالح المواطنين وتبيين طرق الطعن فيها²⁴.

ويندرج تحت دائرة الإخلال بقواعد المنافسة سوء تطبيق قواعد اختيار المتعامل المتعاقد نتيجة عدم احترام معايير اختيار المتعامل المتعاقد المنصوص عنها في المواد من 53 إلى 58 من قانون الصفقات العمومية والمتمثلة في إلزامية التأكد من مؤهلات المترشحين، كما يعتبر إخلالا بقواعد المنافسة إدراج عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب البقية²⁵.

وفضلا عن ذلك قد منعت المادة 80 من المرسوم 247/15 المصلحة المتعاقدة القيام بأي تفاوض مع المتعهدين أثناء تقييم العروض لاختيار المتعامل المتعاقد أو أثناء فتح الأظرفة، ومن ثم فمتى أخلت المصلحة المتعاقدة بمعايير الاختيار اعتبر ذلك خرقا لمبدأ المنافسة.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن قيام الإدارة بإدراج مواصفات تقنية معقدة بغرض حصر المنافسة بين فئة معينة من المنافسين فإن تلك ممارسة تنطوي على المساس بقواعد المنافسة²⁶.

المبحث الثاني: سلطات قاضي الاستعجال ودوره في الوقاية من الفساد

نظرا لما تكتسبه قواعد الإشهار والمنافسة من أهمية بالغة في إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية وتأثير هذه القواعد على الاستثمارات بوجه عام سواء كانت استثمارات وطنية أو أجنبية، فقد استجاب المشرع لهذا التوجه فنص على قواعد الإشهار والمنافسة.

ومن منطلق الانتهاكات الخطيرة لهذه القواعد فقد منح المشرع الجزائري القاضي الاستعجالي عدة سلطات²⁷، فأصبح له بذلك دور يلعبه في الوقاية من الفساد.

²⁴ - مقيمي ريمة، المرجع السابق، ص 107.

²⁵ - مقيمي ريمة، المرجع السابق، ص 107.

²⁶ - سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 371.

²⁷ - المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الأول: سلطات قاضي الاستعجال

من خلال استقراءنا لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا بأن المشرع الجزائري قد منح للقاضي الإداري الاستعجالي سلطات تحفظية وسلطات قطعية.

الفرع الأول: سلطات تحفظية

أولاً: سلطة الأمر

يقصد بسلطة الأمر تلك السلطة التي يتمتع بها القاضي الإداري قصد إلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه²⁸.

ولما بات من المتفق عليه أن القانون الإداري لم يعد قانوناً اجتهادياً فحسب أين يظهر فيه التعاون بين المشرع والقاضي الإداري²⁹، فقد منح المشرع الجزائري المحكمة الإدارية سلطة توجيه أوامر للإدارة وذلك في ثلاث حالات مختلفة منها الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية³⁰، فلها أن تأمر الطرف المعني الذي أحل بالتزاماته التعاقدية بالامتنثال لها ومن بين هذه الإخلالات قيام الإدارة بالنشر في جريدة واحدة ولذلك أجاز المشرع للمحكمة الإدارية أن تأمر الإدارة المعنية باستيفاء إجراءات النشر وتحدد له أجلاً للامتثال³¹، كما يستطيع القاضي الإداري أن يأمر الإدارة بأن تنشر إعلاناً عن العقد في حالة عدم قيامها بذلك أو أن تعيد النشر إذا كان النشر السابق غير قانوني.

ثانياً: سلطة توقيع غرامة تهيديّة

ترتباً على ما سبق بيانه في سلطة الأمر فإن المحكمة الإدارية تمنح الطرف المخل بالتزاماته أجلاً للامتثال له وإذا انقضى هذا الأجل دون أن يمتثل لها أن تسلط غرامة تهيديّة يبدأ سريانها من تاريخ انتهاء الأجل المحدد³².

²⁸ - عرافة زوييدة، دور القاضي الإداري الاستعجالي في حل منازعات الصفقات العمومية قبل الإبرام، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة يحيى فارس المدية، العدد 05، جوان 2018، ص 268.

²⁹ - Roland de Bbasch le Juge administratif et linjonction la fin dun tabou la semaine juridique de N 16 , 17 AVRIL 1996 , 13924 , P 6.

³⁰ - أما الدعويين الآخرين هما: حالة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية والدعوى المستعجلة الخاصة بحماية الحريات الأساسية في حالة الاستعجال القصوى.

³¹ - المادة 65 من المرسوم 15-247.

³² - المادة 65 من المرسوم 15-247.

ويستعمل مصطلح الغرامة التهديدية في القضاء الجزائري للدلالة على التهديدات المالية التي ينطق بها القضاء بغرض إلزام الممتنعين من أجل تنفيذ التزاماتهم، هذا وقد أدى الانتشار الواسع والخطير لظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأوامر الموجهة لها من قبل القضاء الإداري للدفع بالمشروع إلى إقرار جوازية الأمر بالغرامة التهديدية ضد الإدارة من طرف القاضي الإداري، وحتى وإن أقر المشروع هذه السلطة للقاضي الإداري إلا أنه في هذه المنازعة الاستعجالية لا يملك سلطة تقديرية في قبول أو رفض توقيع غرامة تهديدية بل يجب عليه تسليطها على المخل بالتزاماته، وهذه الغرامة التهديدية قد يكون منصوص عنها في نفس الأمر القاضي بإلزام المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وقد تكون لاحقة لهذا الأمر أي بعد انقضاء الأجل المحدد.

ثالثا: سلطة التأجيل

طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يمكن للمحكمة الإدارية وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما.

ولعل الغاية من وراء منح سلطة التأجيل للمحكمة الإدارية الاستعجالية هو تمكينها من إقامة توازن بين الإدارة والمتعامل المتعاقد ذلك أنه إذا لم يتم تأجيل توقيع الصفقة فهناك احتمال الشروع في تنفيذها تزامنا مع إجراءات سير الدعوى أمام القضاء وإلى أن يصدر الأمر قد تترتب نتائج يصعب تداركها فيما بعد.

ويكتسي أمر التأجيل الطابع التحفظي فهو يصدر قبل الفصل في الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية والمتعلقة بالإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة فالمحكمة الإدارية وقبل المرافعة تأمر بالتأجيل مؤقتا لمدة لا تتجاوز 20 يوم وهي نفس المدة المحددة للفصل في القضية.

ومن خلال نص المادة 946 من ق إ م إ لاحظنا أن المشروع لم يشير إلى الآثار المترتبة في حالة تجاوز الأجل المحدد في النص.

الفرع الثاني: سلطات قطعية

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى سلطات القاضي القطعية في ظل قانون العدالة الإدارية الفرنسية وفي التشريع الجزائري.

أولاً: في ظل قانون العدالة الإدارية الفرنسية

بموجب المادة 2/1551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسية تم منح القاضي الإداري سلطات قطعية تمثلت في سلطته لإلغاء القرارات المرتبطة بإبرام العقد والتي تدخل في تكوين العقد وتكون قابلة للانفصال عنه إذا ما كانت مشوبة بمخالفة القواعد المتعلقة بالمنافسة والعلانية، كما تم منحه أيضاً ومن باب أولى سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية المرتبطة بالصفقات العمومية إذا ما تضمنت عنصر تفضيلي لمعامل متعاقد على حساب المتعاملين المتعاقدين الآخرين³³.

ثانياً: في ظل التشريع الجزائري

بإجراء مقارنة بين ما نصت عليه المادة 2/1551 من قانون العدالة الإدارية الفرنسية مع ما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن هذه الأخيرة جاءت مخالفة لها من حيث المضمون ذلك أن المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي الاستعجالي سلطات من أجل إلغاء القرارات التي تدخل في تكوين العقد كما لم يمنحه سلطة من أجل إبطال الشروط ذات الصلة بالصفقة العمومية وكانت مخالفة لقواعد العلانية والمنافسة، لكن في المقابل فإن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد منحت القاضي الاستعجالي سلطة قطعية لما أعطت ممثل الدولة أو الطرف المضرور من العقد الإداري حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي من أجل المطالبة بإبطاله وهذا في حقيقة الأمر يدخل في إطار قضاء الموضوع ولا يدخل في نطاق قضاء الاستعجال³⁴.

المطلب الثاني: دور القاضي الاستعجالي في الحماية

إذا كان المشرع الجزائري قد أفصح بموجب نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال فإنه يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق أهداف معينة تتجلى في مقاصده لحماية المال العام بما يضمن حقوق الأجيال الحالية والمستقبلية، كما يهدف إلى حماية الموظف العام من الفساد.

الفرع الأول: حماية المال العام

لما ارتبطت الصفقات العمومية بأنواعها بالخزينة العمومية فإنه كان لزاماً إخضاعها للرقابة الداخلية والخارجية عبر كامل المراحل سواء قبل الإبرام أو أثناء التنفيذ أو بعد التنفيذ³⁵، بهدف ترشيد النفقات

³³ - دهمّة مروان، المرجع السابق، ص 135.

³⁴ - عمار بوضياف، شرح قانون الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 233.

³⁵ - المواد من 159 إلى 164 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

العمومية والحد من التصرفات التي تؤدي لإهدار المال العام³⁶، فالغاية من وراء إصدار قانون الصفقات العمومية هو الموازنة بين تلبية الطلب العمومي والاستعمال العقلاني والرشيد للمال العام.

وزيادة في الحرص على المال العام كرس المشرع الجزائري بمقتضى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقابة قضائية بموجب دعوى استعجالية ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في حالة الإخلال بقواعد الإعلان والمنافسة فحولت قاضي الاستعجال سلطة الأمر وسلطة التأجيل وسلطة توقيع غرامة تهديدية والهدف من هذه الرقابة الاستعجالية هي أنها وقائية تهدف إلى وأد كل محاولة لتبديد المال العام والتي قد تبدأ من خلال عدم احترام الإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.

فالصفقات العمومية تعتبر آلية هامة لتجسيد الاستثمارات والمشاريع العمومية وترصد لها أغلفة مالية ضخمة ولذلك كان من الضروري إرفاقها بإجراءات قانونية تحصنها وتضمن حماية المال العام ومنع تبديده بأي شكل من الأشكال³⁷، فإن كان تفعيل هذه الآلية يعرقل نسبيا العمل الإداري بانتظام واضطراب، إلا أن إقرارها له دور آخر ايجابي من شأنه المحافظة على المال العام والحد من الفساد³⁸.

فعدم تقيد المصلحة المتعاقدة بنشر الإعلان الخاص بالصفقة حتى يتمكن جميع المتعاملين المهتمين بتقديم عروضهم في الوقت المحدد يعتبر إخلالا لقواعد الإعلان الذي يمس بالمال العام بطريقة غير مباشرة، ذلك أن عدم تحقيق العلم حسب ما ينص عليه القانون سيؤدي إلى تقديم عدد قليل من طلب العروض فيجعل المصلحة المتعاقدة أمام خيارات محدود من أجل التعاقد، وقد يكون طلبا وحيدا فيفتح الباب للريبة بأن هناك اتفاق مسبق بينه وبين الموظف القائم على الصفقة على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة ستقبل بأي عرض يتم تقديمه من طرف هذا المتعامل مما يشكل إهدارا للمال العام.

الفرع الثاني: حماية للموظف العام

لما كان العمل الإداري تحفه بعض الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها الموظفون المكلفون بإبرام الصفقات العمومية كأن يغفلوا عن القيام ببعض الإجراءات كالإخلال بقواعد المنافسة والعلانية فاعتبرها المشرع الجزائري من قبيل الأخطاء القابلة للجبر إذ أجازت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

³⁶ - براهيمى سهام وبراهيمى فايزة، الصفقات العمومية كآلية لترشيد النفقات العمومية والاستغلال الأمثل للمال العام، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر 2018، ص 308.

³⁷ - حاحة عبد العالي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، (مداخلة مقتبسة من أطروحة الدكتوراه للباحث حاحة عبد العالي الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013)، ص 1، الموقع الإلكتروني: <https://dsp.univ-biskra.dz>، تاريخ التصفح: 2024/09/28، الساعة: 12 سا 58 دقيقة.

³⁸ - ثابتى بوحانة، دور القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي طاهر سعيدة، العدد 06، جوان 2016، ص 415.

للطرف المضرور أن يلجأ إلى القاضي الاستعجالي بمباشرة دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بغرض إنصافه وحمل المصلحة المتعاقدة على تصحيح الإجراءات من خلال استخدام القاضي الاستعجالي للسلطات المخولة له بمقتضى المادة السالفة الذكر وهي سلطة الأمر وسلطة التأجيل وسلطة توقيع غرامة تهديدية.

فمن خصائص دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد هو أنها دعوى وقائية ذلك أنها تقي المتعامل المتعاقد الذي لحقه ضرر من جراء إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات وقواعد الإعلان والمنافسة من جهة، ومن جهة أخرى تقي الموظفين المسؤولين عن إبرام الصفقة من المساءلة الجزائية فإن حصل وامتنعت المصلحة المتعاقدة في صورة امتناع موظفيها عن تنفيذ الأوامر الاستعجالية الصادرة في مواجهتها كأن يصدر أمر بتأجيل توقيع العقد فيتم تجاوز سلطة القضاء والقيام بإمضاء العقد ووضع الصفقة حيز التنفيذ فإن ذلك يجعل قرار التسريع في توقيع العقد مشوب بعيب انحراف في استعمال السلطة أو خطأ في القانون³⁹، من جهة ومن جهة ثانية يجعل الموظف العام محل متابعة جزائية وتحت طائلة العقاب، فنخرج بذلك من دائرة الدعوى الوقائية إلى الدعوى العلاجية باستخدام أساليب الردع العام من خلال متابعة الموظف العام بإحدى الجناح المنصوص عليها في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ومن هذه الجناح:

أولاً: جناح المحاباة

نصت عليها المادة 1/26 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المؤرخ في: 2006/02/20 والمعدلة بموجب القانون رقم: 11-15 المؤرخ في: 2011/08/02 ويعاقب عليها بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من: 200000 إلى 1000000 دج وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من: 1000000 إلى 5000000 دج وذلك طبقاً للمادة 53 من قانون مكافحة الفساد والمادة 18 مكرر 01 من قانون العقوبات.

وتطبق على هذه الجناح كافة الأحكام المطبقة على رشوة الموظف العمومي بشأن الظروف المشددة والإعفاء من العقوبة والعقوبات التكميلية والمصادرة والرد والمشاركة والشروع ومسؤولية الشخص المعنوي وإبطال العقود والصفقات⁴⁰.

³⁹ - بروتوكول حليمية، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة العدد 11، ص 310.

⁴⁰ - بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة عشر، 2013/2012، دار هوم، ص 161.

ثانيا: جنحة قبض العمولات من الصفقات العمومية

هذه الجنحة معاقب عليها بموجب المادة 27 من قانون مكافحة الفساد إذ نصت على عقوبة الحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من: 1000000 إلى 2000000 دج وتطبق على الشخص المعنوي غرامة من: 2000000 إلى 10000000 دج وذلك طبقا للمادة 53 من قانون مكافحة الفساد والمادة 18 مكرر 01 من قانون العقوبات.

ثالثا: جنحة التقليل من شأن الأحكام القضائية

هذه الجنحة المعاقب عليها بموجب نص المادة 147 من 2 من قانون العقوبات والتي تنص "الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية والتي يكون من طبيعتها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله".

وعقوبتها مكرسة بمقتضى المادة 144 من قانون العقوبات وهي الحبس من 03 أشهر إلى 12 شهرا وبغرامة من: 50000 دج إلى 500000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

الخاتمة

لما كانت الصفقات العمومية باعتبارها آلية هامة لتطبيق السياسة الاقتصادية والإدارية فإن الدولة تضخ فيها أموال طائلة ولذلك فإن المشرع الجزائري قد نضمها بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام والذي تضمن نصوص ذات طابع إجرائي ونصوص ذات طابع موضوعي وكرس مبادئ أساسية تقوم عليها الصفقات العمومية منها مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي ومبدأ المساواة ومبدأ الشفافية.

وبغرض التكريس الصارم لهذه المبادئ فقد اعتبر المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه في حالة الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة فإن ذلك يعتبر استعجالا قانونيا فيحق لكل من له صفة رفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الإداري الاستعجالي الذي يفصل فيها في أجل عشرون يوما تسري من تاريخ إخطارها بتشكيلة جماعية وهي نفس تشكيلة الحكم الذي تنتظر في دعوى الموضوع حسب ما تقتضيه المادة 917 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن لم يتوفر الاستعجال في الطلب أو كان غير مؤسس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب أما إذا كان الطلب لا يندرج ضمن اختصاصه فيقضي بعدم الاختصاص النوعي عملا بالمادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتمتع القاضي الإداري بالاستعجالي بمناسبة نظره في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بعدد من السلطات فله سلطة توقيع غرامة تهديدية بغرض إلزام المصلحة المتعاقدة على الامتثال، كما اعترف له المشرع الجزائري بأحقية في توجيه أوامر للإدارة بعدما كان ذلك محظورا فضلا عن سلطته في تأجيل العقد إلى غاية استيفاء الإجراءات وكذا تمتعه بسلطة إبطال القرارات غير المشروعة التي تدخل في تكوين العقد.

مما سبق نجد بأن المشرع الجزائري قد وسع في اختصاصات القاضي الإداري الاستعجالي بحكم القانون وذلك بأن أدرج ضمن هذه الاختصاصات الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقدية حماية لصاحب المصلحة وحسنا فعل ذلك على اعتبار أن قضاء الاستعجال يتميز بالسرعة في معالجة القضايا مما يحقق توازن بين التطبيق الصارم للنصوص ذات الطابع الإجرائي والموضوعي المنصوص عنها في قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام وتحقيق المصلحة المرجوة من وراء الصفقة دون أي تأخير، ومن خلال هذه الدراسة خلصنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج

1/ لقد أوجب المشرع الجزائري من أجل رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد شروط عامة تتمثل في الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وعدم المساس بالنظام العام، كما اشترط توافر شروط خاصة شكلية (الصفة) وموضوعية (الإخلال بقواعد الإشهار وقواعد المنافسة).

2/ بعد أن كان محظورا على القاضي الإداري توجيه أوامر وتوقيع غرامة تهديدية في مواجهة الإدارة تراجع المشرع الجزائري عن هذا الاتجاه في ظل سياسة الدولة الجديدة الرامية إلى استقطاب الاستثمار الوطني والأجنبي وذلك بغرض إحداث توازن حقيقي بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد فأجاز للقضاء الإداري توجيه أوامر للإدارة وأن تسلط عليها غرامة تهديدية لتنفيذ التزاماتها.

3/ تفاديا للاستمرار في إجراءات إبرام الصفقة والشروع في تنفيذها أجاز القانون للقاضي الإداري أن يؤجل توقيع الصفقة.

التوصيات

1/ ضرورة وضع نص قانوني يعطي للقاضي الإداري مكنة قانونية تسمح له بإلغاء القرارات الإدارية والبند التي تدخل في تكوين الصفقة المخالفة لقواعد الإشهار والمنافسة على غرار ما فعله المشرع الفرنسي.

2/ وضع نص خاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد اختصاص مجلس الدولة في مجال الاستعجال ما قبل التعاقد بالنسبة للصفقات العمومية المركزية وذلك عند مخالفة قواعد المنافسة والإشهار.

3/ إذا كانت القاعدة العامة هي أن الدعوى الاستعجالية المرتبطة بإثارة مخالفة قواعد المنافسة والإشهار تثار قبل إمضاء الصفقة فإن حصر رفع الدعوى في هذه الفترة فقط غير كافٍ للتصدي لجميع المخالفات المرتبطة بمخالفة قواعد المنافسة والإشهار لا سيما إذا أظهرت المصلحة المتعاقدة سوء نية بأن قامت بالإسراع غير المبرر في إبرام الصفقة تهرباً من أن ترفع ضدها دعوى استعجالية ما قبل التعاقد كما هو مقرر في النص الحالي لذلك وجب التصدي ومعاملة المصلحة المتعاقدة بنقيض قصدها وذلك بقبول الدعوى حتى بعد المصادقة على الصفقة، ومن ثم وجب وضع نص خاص لسد هذا الفراغ التشريعي.

4/ نظراً لوجود خصائص وشروط ذات طابع إجرائي منوطة بدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد تختلف عن تلك المرتبطة بالدعوى العادية وجب تأطير دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد بنص إجرائي خاص مسايرة للتشريع الفرنسي.