



جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق - تخصص قانون أعمال

إشراف الأستاذة :
قني سعدية

إعداد الطالبة :
بره الزهره

لجنة المناقشة

اللقب والإسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. دراجي المكي	محاضر قسم أ	جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي	رئيسا
أ. قني سعدية	محاضر قسم أ	جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي	مقررا ومشرفا
أ. عرارم جعفر	مساعد قسم ب	جامعة الشهيد حمّـة لخضر - الوادي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 1435/1436 هـ الموافق لـ : 2014/2015 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى من أوجب الله طاعتهما الوالدان الكريمين

أطال الله في عمرهما

إلى سندي في الحياة إخواني وأخواتي

وإلى أئزواجهم وأبنائهم

إلى من جمعني بهم محاسن الصدق ... وكاف لهم الفضل في تشجيعي على الدراسة

زملائي في العمل علي وهاجر

إلى زملاء الدراسة إلى كل الأهل والأصدقاء

أهدي هذا العمل المتواضع



شكر و عرفان

فيض الشكر وعظيم الإمتنان لله الذي منّ عليّ بنعمة العلم وألهمني هبة الصبر
ومنحني الصحة والقوة والعزم لإتمام هذا المشوار حتى نهايته
واعترافاً بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير إلى الأستاذة الفاضلة
قني سعدية التي أسعدتني بإشرافها على هذه المذكرة
كما أتقدم بخالص عبارات الشكر والعرفان إلى الأستاذ برة أحمد الذي لم يخل
علي بنصائحه القيمة وتوجيهاته الهادفة التي كانت لي خير سند في إنجازه هذا العمل
وإلى كل أعضاء لجنة المناقشة الذين سيتحملون عبء دراسة هذه المذكرة
وتقييمها
ويبقى الشكر موصول لكل من ساهم من قريب أو بعيد - ولو بكلمة تشجيع -
في إنجازه هذا العمل

فإلى كل هؤلاء أسجل عرفاني بالجميل وجزاهم الله عني خير جزاء

الزهرة 



مقدمة

تلجأ الإدارة العمومية لتحقيق أهدافها، المتمثلة أساساً في إشباع الحاجات العامة، إلى عدة وسائل تتيحها القوانين والتنظيمات، وتعتمد في مباشرة وظائفها على أساليب مختلفة في طبيعتها ووصفها القانوني، ويكون ذلك إما عن طريق إصدار قرارات إدارية، وإما بدخولها في روابط عقدية بهدف تحقيق نشاطها وتحملها لأعباء الخدمة العامة وتلبية حاجات الجمهور، وينتج عن هذه الروابط العقدية ما يسمى بالعقد الإداري، الذي يعتبر عقداً أو اتفاقاً يبرمه شخص معنوي عام، باستخدامه للسلطة العامة، بغرض تسيير المرفق العام، وحسب أساليب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطاً إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ومن ضمن هذه العقود نجد الصفقة العمومية التي تعد الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة من أجل إنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز، تسيير وتجهيز المرافق العامة، والوسيلة الأمثل لإستغلال وتسيير الأموال العامة وتحقيق التنمية في مختلف صورها.

ولما كانت الصفقة العمومية بهذه الأهمية فقد تم إخضاعها لنظام قانوني متميز مقارنة بالعقود الأخرى المبرمة سواء في إطار القانون الخاص أو العام، وهذا بالنظر إلى الخصائص والمميزات التي تطبع عمليات تكوينها، إبرامها و تنفيذها، لذلك فقد عرف قانون الصفقات العمومية - خاصة في السنوات الأخيرة - معاملة متميزة واهتماماً غير مسبوق من طرف المشرع، قصد وضع أحسن السبل وأفضل الإجراءات لبلوغ نظام متكامل يستجيب لأهداف التنمية التي تمثل الصفقات العمومية أهم وأبرز وسائل تحقيقها.

ومع فشل الخيار الإشتراكي المبني على سياسة الإقتصاد الميسر من طرف الدولة وإقرار التوجه نحو اقتصاد السوق، تبنى المشرع سياسة قانونية لتجسيد مبادئ هذا التوجه خاصة مبدأ حرية المنافسة بين المتعاملين وحياد الإدارة في إختيار أحسنهم لما يملكونه من مؤهلات مالية وتقنية، حيث تم اعتماد مجموعة من القواعد والأسس ذات الصبغة الليبرالية في النظام القانوني للدولة، تماشياً مع التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي عرفت البلاد نهاية الثمانينيات، وذلك باعتماد المنافسة الحرة كمبدأ أساسي لتنظيم الحياة الإقتصادية بشكل عام ومن ضمنها الصفقات العمومية.

ونتيجة لذلك تضافرت الجهود والأبحاث سواء على المستوى الفقهي أو العمل القضائي والتشريعي لسد الثغرات القانونية وإحباط التنظيم القانوني للصفقات العمومية منعا للتواطؤ وإقلاقا للباب أمام المنافسة غير الشرعية، التي تنتج عن انحراف بعض الموظفين العموميين باستجاباتهم لضغوطات وإغراءات سلطان المال، أو بسبب اتفاقات المترشحين فيما بينهم بتقديم عروض منخفضة القيمة أو اتحادهم الإحتكاري وتحريف الأسعار أثناء التنفيذ.

ومن أجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة، أدخل المشرع أحكاما جديدة في قانون الصفقات مستوحاة من قانون المنافسة، تضمنتها المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، التي فرضت التقيد بمبادئ المنافسة في عملية إبرام الصفقات العمومية، وذلك من خلال احترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وتدعيم مبدأ العلانية والشفافية في إجراءات التعاقد، بما من شأنه أن يقضي على البيروقراطية ويوسع من دائرة التنافس بخلق ضمانات حقيقية تبعث على إطمئنان المتقدم بالعطاء وبعث الثقة في تعاملات الإدارة العامة.

وفي المقابل فقد تضمن قانون المنافسة - بعد تعديله سنة 2008 - نصوصا تفيد بامتداد تطبيقه إلى مجال الصفقات العمومية من الإعلان عن المنافسة وإلى غاية المنح المؤقت للصفقة، وذلك بقصد إضفاء المزيد من الحماية لفكرة تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، والتي وقع عليها إختيارنا لتكون محور هذه الدراسة.

ويستمد موضوع الدراسة أهميته من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية باعتبارها الأداة الفعالة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية، وتبرز هذه الأهمية بصورة أوضح بالنظر لصلتها الوثيقة بالخرينة العامة، إذ أن الدولة ترصد لها اعتمادات مالية ضخمة بحكم تنوع وتعدد الهيئات الإدارية من جهة، وتنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى، مما استوجب إخضاعها لنظام قانوني محكم خاصة فيما يتعلق بطرق إبرامها، وذلك بهدف ترشيد النفقات العمومية والحد - قدر الإمكان - من السلوكات السلبية وهدر المال العام، كما تبرز أهمية الموضوع في كونه يربط بين مفهومي المنافسة والصفقات العمومية، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية لمعرفة مدى استجابة الصفقات العمومية، كأداة لتدخل الدولة في المجال الإقتصادي، لمبادئ هذا المجال المحكومة بقواعد المنافسة وفي مقدمتها مبدأ حرية المنافسة.

أما من الناحية العملية فتتمثل أهمية هذا الموضوع في محاولة الربط بين الجانب النظري والجانب العملي لمعرفة أسباب عدم التجانس بين الأحكام والنصوص القانونية التي تنادي بتطبيق مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وبين ما نشهده في الواقع من تنافس بين رجال الأعمال والمتعاملين الإقتصاديين على التعاقد في إطار الصفقات العمومية بصرف النظر عن مشروعية الوسائل التي يستخدمونها للظفر بهذه الصفقات، الأمر الذي جعل الشبهات تحوم بصفة رئيسية حول كيفية منح هذه الصفقات، فأصبح العام والخاص متيقنا بأن عملية التعاقد تتم بموجب صفقات باطنية تبرم في الكواليس، وما هو ظاهر يعد مجرد تمثيل شكلي لا غير، مما جعل ذوي النفوس النزيهة يعزفون عن الدخول في هذه المنافسات الشكلية.

ونظرا للأهمية التي يحضى بها موضوع تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة في الوقت الراهن، فقد أثار في نفسي فضولا علميا للتعمق في دراسته ومعرفة خباياه، وانطلقت في إختياري من دوافع ذاتية يتقدمها مجال التخصص، إذ تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من أهم موضوعات قانون الأعمال، وتمثل محور إهتمام الفقهاء والدارسين خاصة في الدول ذات النظم الليبرالية، إلى جانب رغبتني وميولي في التعمق في هذا الموضوع نظرا لحركيته وأهميته من جهة، وارتباطه بمجال عملي من جهة أخرى، بالإضافة إلى قلة الأبحاث القانونية والدراسات الأكاديمية التي تتناول فكرة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي الرغبة في المساهمة ولو بجزء يسير في إثراء المكتبة القانونية وحتى الإقتصادية.

أما بالنسبة للدوافع الموضوعية التي كان لها دور في تحريك عجلة البحث فترجع إلى أهمية إعتداد المنافسة الحرة في الإقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، حيث يعد هذا المبدأ من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تنثريه من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية باستخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا، وتضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة.

وتهدف هذه الدراسة إلى :

- تحديد مفهوم مبدأ حرية المنافسة ومبررات اللجوء إليه في مجال الصفقات العمومية.

- الوقوف على مختلف الإجراءات والآليات التي تبناها المشرع لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، سواء تلك المتضمنة في تنظيم الصفقات أو في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أو قانون المنافسة.

- تحليل النصوص القانونية المتعلقة بمنح الصفقات العمومية، لمعرفة مواطن الخلل الذي أدى إلى تفاقم ظاهرة المنح غير المؤسس وغير العادل للصفقات، وتحديد ما إذا كان ذلك الخلل يعود إلى قصور النصوص القانونية المنظمة لمجال الصفقات العمومية، أم إلى عدم وضع هذه النصوص موضع التطبيق؟

- البحث في مدى فاعلية النصوص المتعلقة بتكريس وتجسيد مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية، ومحاولة إيجاد الحلول المناسبة قصد إضفاء المزيد من الحماية لهذا المبدأ.

وانطلقت في معالجاتي لهذا الموضوع من عدة تساؤلات، تشكل في مجموعها الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة والمتمثلة في :

- ماهي الإجراءات و الآليات التي رصدتها المشرع لتكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟ و ما مدى فعاليتها للحد من الممارسات المخلة بهذا المبدأ ؟

والاجابة على هذه الإشكالية تحتل الفرضيات التالية :

- أولى المشرع الجزائري لموضوع حماية مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية عناية خاصة، وذلك من خلال عدة نصوص قانونية متضمنة في قانون الصفقات العمومية، قانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- شهد النظام القانوني الجزائري تكريس تشريعي غير مسبوق لمبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، حيث تم وضع مختلف الإجراءات والآليات الكفيلة بتجسيد هذه المبادئ و حمايتها.

- تتخلل النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية عدة ثغرات يمكن إستغلالها لإبرام صفقات غير مشروعة.

- إن تطبيق مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يستند إلى النصوص القانونية التي تضمنها تنظيم الصفقات العمومية والقوانين ذات الصلة، وإنما يستند إلى إعتبارات أخرى أساسها فكرة المصلحة.

والتحقق من مدى صحة هذه الفرضيات يقتضي إستخدام عدة مناهج قانونية أهمها المنهج التحليلي، وذلك بغرض إجراء دراسة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، و من ثمّ تبيان مختلف الآليات المكرّسة لمبدأ حرية المنافسة، مع الإشارة إلى النقائص التي تتخلل هذه النصوص، وتؤدي إلى المساس بقواعد المنافسة، كما تم اللجوء إلى المنهج المقارن في بعض المواضع وذلك من خلال مقارنة النصوص السابقة المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية بالنصوص الحالية من جهة، ومقارنتها في بعض الأحيان بالنصوص المتضمنة في القوانين المقارنة، ومنها القانون الفرنسي والقانون المصري، من جهة أخرى.

هذا إلى جانب إعتقاد المنهج التاريخي عند البحث في نشوء فكرة حرية المنافسة وتطور مفهومها بتطور التشريعات القانونية للدولة، خاصة تلك المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية. والمنهج الوصفي عند التعريف باللجان المختصة بالرقابة على الصفقات العمومية وكذا بالهيئات الإدارية المكلفة بمكافحة الفساد في هذا الإطار، وذلك من حيث تحديد تشكيلاتها، صلاحياتها ونظام سير أعمالها.

ومن أجل الإلمام بجوانب الموضوع إرتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول كيفية إمتداد حرية المنافسة إلى مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال التطرق لمفهوم مبدأ حرية المنافسة و تحديد الأساس القانوني لإعتماده في نطاق الصفقات العمومية ، وكذا التعرض لمختلف القيود الواردة على تطبيقه، ثم الوقوف عند أهم الإجراءات التي تبناها المشرّع من أجل تجسيد هذا المبدأ في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية، خاصة المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، باعتباره الإطار القانوني الذي تمت فيه هذه الدراسة. أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لدراسة أهم آليات الرقابة المفروضة على الصفقات العمومية، الإدارية منها والقضائية، والوقوف على أهم الضمانات التي توفرها من أجل حماية وتجسيد مبدأ حرية المنافسة وذلك من خلال استعراض أوجه الرقابة الإدارية التي تخضع لها الصفقة العمومية، الداخلية منها ممثلة في لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض، والخارجية ممثلة في لجان الصفقات والرقابة الوصائية وغيرها. وكذا التطرق إلى دور القضاء الإداري والجزائي في حماية هذا

المبدأ، خاصة في ظل زيادة حجم التجاوزات في هذا المجال وعجز آليات الرقابة الإدارية على احتوائها والحد منها.

وفي الأخير نشير إلى أننا بذلنا كل ما في وسعنا من أجل الإلمام بكل جوانب الموضوع وجعلها في قالب مبسط حتى يستفيد منها الجميع رغم الصعوبات العديدة التي اعترضت مشوارنا، والتي ترجع إلى صعوبة التحكم في الدراسة نظرا لشساعة الموضوع وتفرعه، مما دعانا إلى التركيز على دراسة بعض النماذج فقط، خاصة في تناولنا لآليات الرقابة على الصفقات العمومية، كما ترجع هذه الصعوبات إلى قلة وندرة المراجع التي تتناول فكرة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وحتى إن وجدت فتكون في شكل مقالات متفرقة يصعب على الباحث جمعها وتكييفها. هذا إلى جانب كثرة التعديلات التي شهدها قانون الصفقات وغموض المصطلحات التي استعملها المشرع، وتميزها بعدم الدقة والتحديد مما يفتح الباب واسعا للإحتمالات والإفتراضات. مع محدودية المدة المخصصة لهذه الدراسة مما جعلنا نتناول الموضوع بنوع من الإرتجال وعدم التركيز.

الفصل الأول

امتداد مبدأ حرية المنافسة إلى مجال الصفقات العمومية

عرّف المشرّع الصفقة العمومية بأنها عقد إداري مكتوب تبرمه الدولة، الولاية، البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية أو الهيئات المستقلة مع أحد الأشخاص القانونية الأخرى، عام أو خاص، طبيعي أو معنوي، وفق إجراءات محددة قانوناً، بهدف إنجاز أو تنفيذ أشغال عامة أو اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، على أن تسلك الإدارة المتعاقدة في ذلك أساليب القانون العام، حيث تخضع الصفقة العمومية لطرق إبرام خاصة وإجراءات في غاية التعقيد، كما تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية، و تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الإستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى.

وقد خضع نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتشريعات وتنظيمات مختلفة، تتوّعت نصوصها واختلفت مضمونها من مرحلة إلى أخرى. ومردّ ذلك جملة من الظروف السياسية والإقتصادية التي ميّزت كل مرحلة، وآخر ما توصل إليه التشريع الجزائري في هذا المجال هو المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

تزامنا مع هذا التطور التاريخي للمنظومة القانونية في مجال الصفقات العمومية، شهدت السياسة العامة للبلاد عدة تطورات منذ السبعينات، وإلى غاية اليوم، مرورا بمرحلة التسعينات التي تعد مرحلة متميّزة حاولت من خلالها البلاد مجازة المنظومة الإقتصادية العالمية الجديدة عن طريق تبني سياسة الإنفتاح على الممارسة الإقتصادية العالمية، واعتماد المنظومة الليبرالية ممثلة في اقتصاد السوق، التي جعلت من حرية التبادل واعتماد المنافسة الحرة، منهاجا رئيسيا.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، إنما تعداه إلى معالجة المسائل المرتبطة بتطبيق أحكام المنافسة وقواعد الشفافية الخاصة بإبرام الصفقات العمومية في نصوص قانونية أخرى، كقانون المنافسة و قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. ويتفحص تلك النصوص نجد أن المشرّع قد تبني إجراءات صارمة كفل من خلالها تكريس مبادئ المنافسة الحرة و النزاهة - على الأقل - من الناحية النظرية.

وتأسيسا على ماسبق سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، فنتطرق إلى تحديد مفهوم مبدأ حرية المنافسة و مختلف القيود الواردة عليه (المبحث الأول)، ثم نستعرض أهم الإجراءات والكيفيات المجسدة لهذا المبدأ (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المنافسة في مجال الصفقات العمومية بين الحرية والتقييد

تعد المنافسة الحرة سمة من سمات النظام الليبرالي الذي انتهجته الجزائر إثر الضغوطات التي تعرضت لها من طرف المؤسسات الدولية، خاصة في الميدان الإقتصادي، مما نتج عنه سعي الدولة لإعادة النظر في منظومتها القانونية بما يسمح بتكريس مبدأ حرية المنافسة في مختلف أوجه النشاط الإقتصادي، خاصة في مجال الصفقات العمومية، حيث سعى المشرع الجزائري إلى تحسين الإطار القانوني الخاص بها بما يضمن حماية وتفعيل مبدأ حرية المنافسة بين مختلف الأعوان الإقتصاديين، وذلك بإدخال أحكام جديدة ضمن تنظيم الصفقات العمومية مستوحاة من قانون المنافسة.

إلا أن هذه الأفكار الليبرالية الداعية إلى فتح المجال للتنافس في نطاق الصفقات العمومية لا يمكن تطبيقها بصفة مطلقة، مما استدعى تقييدها ببعض الضوابط والإستثناءات فرضتها المصلحة العامة من جهة، ومصلحة الإدارة المتعاقدة من جهة أخرى.

وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لهذه العناصر وذلك من خلال تحديد مفهوم المنافسة الحرة في نطاق الصفقات العمومية وكذا معرفة أهم النصوص القانونية المكرسة لها سواء في تنظيم الصفقات العمومية أوفي مختلف القوانين الأخرى (المطلب الأول)، كما سيتم التطرق إلى مختلف القيود التي أوردتها المشرع على هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية

إن إعتداد المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يعد من أهم المبادئ التي حرصت مختلف التنظيمات القانونية على تجسيدها خاصة تلك النظم المسيرة للتوجه الليبرالي القائم على الإقتصاد الحر، ذلك أن المنافسة بما تسهم به من إستقطاب لعدد كبير من العروض تتيح للإدارة المتعاقدة مجالا واسعا للإختيار، الشيء الذي يضمن حماية المال العام والمصلحة العامة من جهة، وحماية المتنافسين من تقلبات السوق، من جهة أخرى.

هذا وقد حرص المشرع الجزائري على تجسيد فكرة المنافسة، ويبدو هذا التوجه واضحاً من خلال التعديلات المتعاقبة لقانون الصفقات العمومية، لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

ومن أجل الإلمام بكافة النقاط السابقة سوف نتطرق إلى تحديد مفهوم مبدأ حرية المنافسة ومبررات الأخذ به في مجال الصفقات العمومية (الفرع الأول)، و كذا تحديد الأساس القانوني الذي تم على أساسه إخضاع الصفقات العمومية لهذا المبدأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف مبدأ حرية المنافسة ومبررات الأخذ به

لقد سبقت الإشارة إلى أن المنافسة تعد أحد الشروط اللازمة لإحتراف النشاط الإقتصادي، بما في ذلك الصفقات العمومية، و للتعقق أكثر في الموضوع، إرتأينا التطرق لتعريف المنافسة بصفة عامة، ثم تحديد مفهومها في مجال الصفقات العمومية، والوقوف على أهم المبررات الداعية لإعتماها و الأخذ بها.

أولاً : تعريف المنافسة

إن تحديد تعريف دقيق لمصطلح المنافسة يقتضي منا الوقوف على مختلف التعاريف التي وضعت لهذا المصطلح سواء من الناحية اللغوية، أو الإصطلاحية.

فالمنافسة لغة تعني الرغبة في الشيء والإنفراد به، أوالمغالبة على الشيء، وناfst في الشيء منافسة أي رغبت فيه، وتنافسوا فيه أي رغبوا، وفي قوله تعالى: ﴿حَتَامُهُ مِسْكٌ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ﴾⁽¹⁾ أي فليرغب الراغبون إلى طاعة الله تعالى.⁽²⁾

(1) الآية 26 من سورة المطففين.

(2) قاموس المعاني الجامع، www.almaany.com ، اطلع عليه بتاريخ : 2015/04/16، الساعة 21:35. وعارف صالح مخلف، وعلي مخلف حماد، « مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمنافسة »، مجلة جامعة الإيثار للعلوم القانونية والسياسية، بغداد، العدد 05، سنة 2005، ص258.

ونخلص إلى أن معنى المنافسة لغة يدور بين إرتفاع القيمة والمبالغة في الشيء والترغيب فيه والتسابق إليه، لذلك لا يتصور إلا أن تكون بين طرفين - على الأقل - يبذل كلا منهما جهده من أجل التفوق على الطرف الآخر.⁽¹⁾

أما من الناحية الإصطلاحية فقد تعددت التعاريف التي وضعت للمنافسة بتعدد نظرة الفقهاء إليها، فتم تعريفها على أنها : « تزام التجار أو الصناع على ترويج أكبر قدر ممكن من منتجاتهم أو خدماتهم من خلال جذب أكبر عدد ممكن من العملاء»،⁽²⁾ أو هي « العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون لنفس النشاط الإقتصادي ». ⁽³⁾

كما تم تعريفها على أنها : « تلك الوضعية التي يكون فيها المتعاملون الإقتصاديون أحرارا لعرض بضائعهم وخدماتهم في السوق، واختيار المتعاملين الذين يحصلون إلى جانبهم على سلع وخدمات. وبالتالي، يكون العارضون في تنافس لكي يتم تفضيلهم من طرف المستهلكين، وهؤلاء الآخرون في تنافس للوصول إلى العروض المحدودة ». ⁽⁴⁾

أما في القاموس القانوني فقد تم تعريف المنافسة على أنها « عملية التنافس الإقتصادي أو العرض المقدم من طرف عدة مؤسسات مختلفة ومتزاحمة لسلع وخدمات محاولة بذلك إشباع حاجات متشابهة، مع وجود حظوظ متقاربة وعكسية لدى هذه المؤسسات لكسب أو خسارة إمتيازات الزبائن ». ⁽⁵⁾

ونشير إلى أنه رغم تعدد التعاريف الفقهية للمنافسة إلا أنها جميعا تصب في قالب موحد مفاده أن المنافسة كظاهرة إنسانية عموما، وتجارية على وجه الخصوص، تعني السعي لتقديم الأفضل من قبل

(1) تيورسي محمد ، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دون طبعة، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص28.

(2) معين فندي الشناق، الإحتكارات والممارسات المقيدة للمنافسة (في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص25.

(3) بوكحيل ليلي، « دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة »، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، يومي 03 و 04 أفريل 2013، <http://dr.sassane.over.blog.com>، اطلع عليه بتاريخ: 2014/12/03، الساعة 21:50، ص02.

(4) تيورسي محمد، مرجع سابق، ص32.

(5) وقد تم تعريف مصطلح المنافسة من طرف مجلس الدولة الفرنسي كما يلي :

« la concurrence est le mode d'organisation sociale dans lequel l'initiation décentralisée des agents économique est de nature à assurer la meilleur efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité » راجع في ذلك، نفس المرجع، ص31.

الآخرين.⁽¹⁾ وذلك عن طريق مزاحمة المشروعات بعضها بعضا، بحثا عن التفوق وسعيا لتحقيقه، فهي عبارة عن لعبة إقتصادية يسعى إليها كل المتدخلين في الحياة الإقتصادية، إذ لا يمكن البحث عن تحقيق الربح والرفاهية الإقتصادية دون وجود منافسة مع الأطراف الأخرى التي تطمح إلى تحقيق نفس الهدف والغاية، فكل طرف إقتصادي يجب أن يلعب دوره مهما كانت قوته أضعفه.⁽²⁾

وعليه فالمنافسة تعتبر منهاجا متكاملا ونظاما محكما لبلوغ الرقي الإقتصادي والإجتماعي، حيث تسهم في تحقيق النمو والرفاهية وتحسين الأداء العام للإقتصاد في أي دولة.⁽³⁾

ثانيا: تعريف مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية

إذا كانت المنافسة - كما رأينا سابقا - تعني تنافس المصالح بين التجار والصناع، ومحاولة جذب الزبائن إليهم بأفضل الأسعار وأحسن جودة لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، فإن تحقيق هذه الغاية لن يتأتى إلا بإعتماد حرية المنافسة بين الممارسين للنشاط الإقتصادي، لأن الحرية هي جوهر المنافسة، فلا يمكن تصور منافسة حقيقية إلا في ظل وجود سوق يتعدد فيه الممارسون لنفس النشاط الإقتصادي وتُكفل فيه حرية ممارسة هذا النشاط.

ومنه فالمنافسة الحرة هي نظام إقتصادي يعبر عن مزاحمة بين منتجين وتجار دون تدخل من طرف الدولة، لأن مبدأ المنافسة الحرة يفترض أن يلعب كل متنافس دوره دون عوائق أو حواجز.⁽⁴⁾

أما في نطاق الصفقات العمومية فإن حرية المنافسة تعني حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة، وفق الحدود التي يرسمها القانون، وذلك من خلال فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود

(1) عارف صالح مخلف، وعلي مخلف حماد، مرجع سابق، ص258.

(2) آرزقي زوبير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 14/04/2011، ص10.

(3) وقد حاول بعض فقهاء الشريعة المحدثين صياغة تعريف شرعي للمنافسة، حيث عرفها أحدهم بأنها : « تسابق التجار والمنتجين على بذل غاية جهدهم في سبيل جلب وإنتاج أجود السلع والبضائع والمنتجات بالسعر المناسب بما يحقق مصالح المستهلكين، وفقا للقواعد والأصول الشرعية ». راجع في ذلك، تيورسي محمد، مرجع سابق، ص29.

(4) كسال سامية زوجة زايد، « مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة »، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، يومي 03 و 04 أفريل 2013، <http://dr.sassane.over.blog.com>، أطلع عليه بتاريخ: 2014/04/08، الساعة 20:25، ص06.

الإشتراك في المناقصة، فالمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم.⁽¹⁾

ومن مقتضيات هذا المبدأ فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية، المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، للتقدم بعروضهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها الإدارة وتحددها مسبقا، فلا يجوز لهذه الأخيرة أن تمنع أيا من الراغبين في التعاقد من الإشتراك في المناقصة مادامت شروطها تتوافر فيه.⁽²⁾

فإذا ما رغبت الإدارة - ممثلة في المصلحة المتعاقدة - في التعاقد فإن أول إجراء تنقيد به هو ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها ممن تتوافر فيهم المؤهلات اللازمة، وحتى يتحقق ذلك يجب أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية لتحديد الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدا، فلتلتزم الإدارة المتعاقدة بالملاءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف، وبين حرية المتنافس في نيل الصفة، وذلك بعدم إساءة استخدام سلطتها الإدارية في إنتقاء واختيار المتعاقد معها.⁽³⁾

ويجد مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، ويظهر ذلك في قرار محكمة النقض الفرنسية التي بينت مغزى هذا المبدأ بقولها: « إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا...».⁽⁴⁾

ثالثا: مبررات الأخذ بمبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية

إن إعتداد المنافسة الحرة في الإقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص يعد سمة من سمات النظام الليبرالي وقد تبنته غالبية التشريعات نظرا لعدة أسباب وإعتبارات أهمها:

(1) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص496.

(2) عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد، مرجع سابق، ص259.

(3) كتومحمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، جامعة الجزائر، العدد 02، سنة 2010، ص75.

(4) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ : 23 ماي 1988. راجع في ذلك، تياب نادية، « تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام »، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص04.

- فكرة الحرية الاقتصادية القائمة على أساس حرية المنافسة والتي تستدعي أن يكون النسيج الاقتصادي ذا ديناميكية تنافسية، وكذا فكرة المساواة بين الأفراد في الإنتفاع من خدمات المرافق العامة.⁽¹⁾

- إن المنافسة تساهم في إستقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين مما يؤدي إلى الحصول على أقل سعر ممكن وبالتالي تحقيق المصلحة المالية للإدارة.⁽²⁾

- إن حرية المنافسة تحرك كل القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تجيز الدخول إلى المناقصة للجميع دون إستثناء، ولأسيما المشاريع المتوسطة والصغيرة.

- إن المنافسة تجعل الإدارة ملّمة بكل معطيات السوق مما يفسح المجال لها للإختيار الدقيق المتنور، من بين العروض المقدمة.

- تضمن المنافسة حياد الإدارة ونزاهة الإجراءات، وتبعد شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها الذين توكل لهم مهمة القيام بإجراءات منح الصفقات.⁽³⁾

- إن إعتداد المنافسة الحرة من شأنه أن يوفر حماية فعّالة للمال العام، حيث سيسمح بالإستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة.⁽⁴⁾

- إن تحقيق مبدأ حرية المنافسة فيه حماية للمنافسة في حد ذاتها وللمتنافسين والمستهلك، بما يستتبع ذلك من حماية للسوق، بإعتباره المجال الخصب لممارسة المنافسة وحظر الممارسات المقيدة لها.⁽⁵⁾

وخلاصة القول فإن تبني مبدأ حرية المنافسة وتجسيده في مجال الصفقات العمومية يضمن فعالية أكبر للنشاط الاقتصادي، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق نتائج إيجابية لصالح الإقتصاد الوطني من

(1) عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد، مرجع سابق، ص259.

(2) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص500.

(3) نفس المرجع، ص501.

(4) كتو محمد الشريف، مرجع سابق، ص74.

(5) بوكحيل ليلي، مرجع سابق، ص03.

خلال إنعاش الحياة الاقتصادية، زيادة اليد العاملة وكذا حماية مصالح الدولة، وترشيد إستهلاك المال العام.⁽¹⁾

الفرع الثاني : الأساس القانوني لتطبيق مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن الإعتراف بمبدأ حرية المنافسة كأحد أهم مبادئ ممارسة النشاط الإقتصادي يعد إنعكاسا واضحا للأفكار التي تبنتها الجزائر وأكّدت عليها، من خلال إصدارها لعدة نصوص قانونية ذات طابع ليبرالي أهمها القانون رقم 01-88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية،⁽²⁾ والمرسوم رقم 201-88 الذي تضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرد بأي نشاط إقتصادي وإحتكار التجارة،⁽³⁾ وكذا القانون رقم 12-89 المتعلق بالأسعار⁽⁴⁾ الذي اهتم بتنظيم عملية تحرير أسعار المواد والخدمات وتضمن قواعد تتعلق بالمنافسة، كما تم إصدار القانون رقم 10-90 المتعلق بالنقد والقرض⁽⁵⁾ الذي أصبح لا يميّز بين البنوك العامة والبنوك الخاصة بإخضاعها لنفس النظام القانوني. إلى جانب كل ذلك صدر الأمر رقم 06-95 المتعلق بالمنافسة، وتم من خلاله التأكيد على أن الأسعار تحدد بصفة حرة إعتماذا على قواعد المنافسة، ليتم فيما بعد تكريس هذه الأفكار ستوريا عن طريق تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة بنص المادة 37 من دستور 1996.⁽⁶⁾

(1) عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد ، مرجع سابق، ص260.

(2) قانون رقم 01-88 ، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 02، الصادرة بتاريخ 13 يناير 1988، ص ص30-38.

(3) مرسوم رقم 201-88، مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، جريدة رسمية عدد 42، الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1988، ص ص1427، 1428.

(4) قانون رقم 12-89، مؤرخ في 05 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، جريدة رسمية عدد 29، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1989، ص ص765-757.

(5) قانون رقم 10-90، مؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 16، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1990، ص ص545-520.

(6) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، ص ص32-06.

أولاً : التكريس الدستوري لمبدأ حرية المنافسة

إن الضغوطات الدولية التي مورست على الجزائر في الميدان الإقتصادي، خاصة بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي،⁽¹⁾ وكذا سعيها الحثيث للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية (OMC)* أدى بالدولة الجزائرية إلى تبني سياسة الإنفتاح الإقتصادي كبديل للمبادئ التقليدية الموروثة عن النظام الاشتراكي، وتم تكريس هذا التوجه الجديد دستوريا بنص المادة 37 من دستور 1996 التي جاء فيها : « حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون ».

وبالتالي تم الإعتراف بمبدأ حرية التجارة والصناعة الذي يستند إلى فتح المبادرة للخواص وكذا تحرير التجارة الخارجية، ورفع الدعم عن الأسعار الأمر الذي أدى إلى انسحاب الدولة تدريجيا من الحقل الإقتصادي، ومن ثم الإعتراف ضمنيا بوجود الحرية التنافسية لجميع المتدخلين في الحياة الإقتصادية، إذ لا يمكن أن نتحدث عن ملامح حرية التجارة والصناعة دون الاعتراف بحرية النشاط الاقتصادي، وضمان ممارسته في جو تسود فيه روح التنافس وعقيدة الربح.⁽²⁾ ذلك لأن المنافسة الحرة مسألة ملازمة لحرية التجارة والصناعة وترتبط بها ارتباطا وثيقا.

والى جانب نص المادة 37 التي عبّرت بوضوح عن نية الدولة في تبني مبدأ حرية المنافسة، نجد مواد أخرى من الدستور تدعّم هذا المبدأ وتساعد على تجسيده ومنها نص المادة 21 التي تمنع على موظفي الدولة إستغلال مناصبهم لتحقيق مصالحهم الخاصة،⁽³⁾ وكذلك المادة 22 التي تعاقب على التعسف في إستعمال السلطة،⁽⁴⁾ والمادة 23 التي تلزم الإدارة بعدم التحيز أثناء آدائها لمهامها.⁽⁵⁾ وبهذا يكون الدستور قد أضفى حماية خاصة لمبدأ حرية المنافسة.

(1) تم التوقيع على هذا الاتفاق أثناء القمة الأوروبية المتوسطية، بمدينة فالنسيا الأسبانية بتاريخ : 22 أبريل 2002، وتمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159، المؤرخ في 27 أبريل 2005، جريدة رسمية عدد 31، الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2005، ص ص 03-219.

* إختصارا لتسميتها باللغة الفرنسية (Organisation mondial du commerce) وهي منظمة عالمية مقرها جنيف السويسرية، مهمتها الأساسية هي ضمان إنسياب التجارة العالمية بأكبر قدر من السلاسة والبسر والحرية.

(2) أرزقي زويير، مرجع سابق، ص 10.

(3) تنص المادة 21 من دستور 1996 على مايلي : « لا يمكن أن تكون الوظائف في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة ».

(4) تنص المادة 22 من دستور 1996 على مايلي : « يعاقب القانون على التعسف في إستعمال السلطة ».

(5) تنص المادة 23 من دستور 1996 على مايلي : « عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون ».

ولم يكتف المشرع بتكريس هذا المبدأ دستوريا، بل فرض تطبيقه من خلال عدة نصوص قانونية أخرى متعلقة بتنظيم الأنشطة الاقتصادية في الدولة، وما يهمنا هنا هوتلك النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، التي حرص المشرع من خلالها على تحسين الإطار القانوني لهذه الصفقات، بما يسمح بتجسيد حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة. ويظهر ذلك من خلال عدة نصوص متضمنة في تنظيم الصفقات العمومية، قانون المنافسة، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ثانيا : تكريس مبدأ حرية المنافسة في التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية.

في قراءة لأحكام مختلف تنظيمات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري نلاحظ حرص المشرع على تجسيد فكرة المنافسة حماية لمصالح التعاقد مع الإدارة، من جهة، وحماية المصلحة العامة، من جهة أخرى، وذلك عن طريق دفع التعاقد إلى توفير أفضل النوعيات وبأقل الأثمان، وإتاحة الفرصة أمام الإدارة لتلبية احتياجاتها من بين العروض المقدمة.

ويبدو هذا التوجه واضحا من خلال إستقراء النصوص القانونية المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية، وكذا من خلال التعديلات المتكررة التي مستها، ابتداء من أول قانون متعلق بالصفقات ووصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽¹⁾ الذي يعد نموذجا لتكريس المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية.

وسنحاول التطرق لمختلف التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ومدى تكريسها لحرية المنافسة في النقاط التالية :

(1) المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010، ص ص34-03. معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، المؤرخ في 01 مارس 2011، جريدة رسمية عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011، ص ص14، 15. والمرسوم الرئاسي رقم 11-222، المؤرخ في 16 يونيو 2011، جريدة رسمية، عدد 34، الصادرة بتاريخ 19 يونيو 2011، ص ص04. والمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ في 18 يناير 2012، جريدة رسمية عدد 04، الصادرة بتاريخ 26 يناير 2012، ص ص04-24. والمرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013، جريدة رسمية عدد 02، الصادرة بتاريخ 13 يناير 2013، ص ص05-07.

1 - الأمر رقم 67-90 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾

يعتبر أول تشريع للصفقات العمومية في الجزائر المستقلة، وقد كرس هذا القانون الثلاثية الشائعة في إبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في المناقصة، طلب العروض والتراضي، وذلك بموجب المواد 32، 42 و 60 على التوالي⁽²⁾، فجعل من المناقصة هي الأصل والأساس حفاظا على شفافية العملية التعاقدية، ونص على طريقة طلب العروض وجعلها بمثابة طريقة إستثنائية، يتم اللجوء إليها إذا كان موضوع الصفقة يتطلب مؤهلات تقنية وإمكانات مادية خاصة، كما إعتترف للإدارة المتعاقدة بإمكانية اللجوء إلى التراضي ضمن حالات معينة ذكرها على سبيل الحصر.⁽³⁾

و كان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الإشتراكي السائد آنذاك، يتمثل أساسا في حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية وتنفيذ المخططات الوطنية،⁽⁴⁾ وبالتالي لم يول اهتماما لتكريس حرية المنافسة.

2 - المرسوم رقم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي⁽⁵⁾

صدر هذا المرسوم بهدف تطبيقه على كافة أجهزة الدولة وهيئاتها ووحداتها في سياق توحيد النظام القانوني لصفقات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة، إنسجاما مع الخيار الإشتراكي الذي يقوم أساسا على وحدة القانون، ويظهر تطبيق قواعد المنافسة في هذا المرسوم من خلال الباب الثالث الذي تضمن طرق إبرام الصفقات العمومية، وقد حددها بطريقتين، أسلوب التراضي الذي يتم اللجوء إليه في حالات تضمنتها المادة 44، وأسلوب الدعوة للمنافسة التي تم تحديد أشكالها في المواد من 26 إلى 34، ويبدو

(1) الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 1967، ص ص 718-730.

(2) قنوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 10.

(3) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 14، 15.

(4) نسيغة فيصل، « النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها »، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 05، سبتمبر 2009، ص 112.

(5) مرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1982 ص ص 740-761. وقد جاء معلنا عن إلغاء 126 مادة من أصل 165 مادة تضمنها الأمر رقم 67-90، كما أعلن عن إلغاء 08 أوامر صدرت معدلة ومتممة للأمر 67-90. وهذا ما جعله محل إنققاد على أساس أنه كيف لمرسوم يحتل درجة أقل في هرم النصوص القانونية أن يعلن على إلغاء أمر يعلوه في الدرجة. راجع في ذلك، بوضياف عمار، مرجع سابق، ص ص 20-22.

الأخذ بمبدأ المنافسة بصورة جلية بموجب نص المادة 28 التي تنص صراحة على أن « الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عروضاً أفضل»⁽¹⁾.

3 - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽²⁾

أهم ما ميّز هذا المرسوم أن تطبيقه يقتصر على القطاع الإداري بالدولة دون القطاع الإقتصادي - ممثلاً في المؤسسات العمومية الإقتصادية- الذي أصبح خاضعاً للقانون الخاص، وقد خُصّص الباب الثالث منه لإجراءات إختيار المتعامل المتعاقد ونص على كيفيتين ممثلتين في التعاقد عن طريق التراضي والذي اشتمل بدوره على شكلين هما، التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة، والتعاقد عن طريق المناقصة والتي شملت بدورها عدة أصناف. وفي كلتا الطريقتين، تجسيداً لمبدأ حرية المنافسة، وقد تم تدعيم هذا المبدأ عن طريق إقرار مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين فلا أفضلية للقطاع العام على القطاع الخاص، وكذا إخضاع الصفقة للرقابة بمختلف أنواعها الداخلية، الخارجية ورقابة الوصاية، وذلك بهدف بعث شفافية أكبر على إبرام الصفقات العمومية.⁽³⁾

وما يمكن ملاحظته بالنسبة لهذه النصوص القانونية الثلاثة، أنها صدرت قبل صدور قانون المنافسة مما يدل على خضوع الصفقات العمومية لأحكام المنافسة حتى قبل صدور هذا الأخير، أي في ظل إعتناق الجزائر للنهج الإشتراكي. وقد تم تفسير ذلك بإتباع المشرع الجزائري لأحكام قوانين الصفقات العمومية الغربية التي تنتهج النظام الليبرالي مما جعل تكريس مبادئ المنافسة - في الغالب - نظري أكثر ما هو واقعي.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ ديباش سهيلة، « إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدية، 20 ماي 2013، ص 11.

⁽²⁾ مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991، ص 2211-2228، وقد كان هذا المرسوم محل انتقاد على أساس أنه أعلن عن إلغاء مواد من الأمر رقم 67-90 هي في الأصل ملغاة بموجب المرسوم رقم 82-145، راجع في ذلك، بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 25، 26.

⁽³⁾ بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 26، 27.

⁽⁴⁾ ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 19.

4 - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم⁽¹⁾

صدر هذا المرسوم في ظل انتهاج الجزائر لسياسة الإنفتاح الإقتصادي المبني على حرية المبادرة، لذلك فقد حاول المشرع من خلاله تجسيد هذا التوجه في صفقات المتعامل العمومي ويبدو ذلك من خلال نص المادة 20 منه التي تؤكد تبني المشرع كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية، يتعلق الأمر بالمنافسة التي إعتبرها كقاعدة عامة، والتراضي الذي أعتبر كاستثناء لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المحددة بالمادتين 37 و38.

وقد تضمن الفصل الرابع منه عدة مبادئ أوجب المشرع إحترامها عند إبرام المناقصة كضمان لنجاعة الصفقات، وتتمثل في مبدأ المنافسة، مبدأ المساواة، مبدأ الإشهار وكذلك الخضوع لدفاتر الشروط الإدارية.⁽²⁾

هذا وقد كرس المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، لأول مرة، مبادئ حرية المنافسة وذلك باستحداثه للمادة 02 مكرر بنصها: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ».

5 - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم

جاء هذا المرسوم كثمرة لتطور النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية التي سبقته، خاصة فيما يتعلق بضمان حرية المنافسة، حيث إشتمل على تعديلات تهدف إلى مواجهة الحالات التي تتعرض فيها المنافسة للتقييد والعرقلة وأكد على ضرورة توفير الضمانات اللازمة لتكريس مبدأ حرية المنافسة وذلك بإدراج أحكام جديدة مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الإقتصادي.⁽³⁾ ومن تلك القواعد، ما تضمنه نص المادة 02 منه⁽⁴⁾ التي أقرت بأن المؤسسات العمومية

(1) المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002، ص ص 03-23. المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، جريدة رسمية عدد 55، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003، ص ص 06-09. والمرسوم الرئاسي رقم 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، جريدة رسمية عدد 62، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008، ص ص 06-15.

(2) قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 148.

(3) كثر محمد الشريف، مرجع سابق، ص 74.

(4) المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

الإقتصادية وبرغم عدم خضوعها لأحكام هذا المرسوم، إلا أنه يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام صفقاتها على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب العمومي، المساواة في التعامل بين المترشحين، وشفافية الإجراءات. ولعل ما دعى المشرع إلى إتخاذ هذا الإجراء، هو كثرة الصفقات المشبوهة التي أبرمت في القطاع الإقتصادي نتيجة الإعتراف للمؤسسة الإقتصادية بحرية التعاقد.⁽¹⁾

كما حاول المشرع من خلال هذا المرسوم تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية بشكل أوسع وأعمق وهذا ما تضمنته المادة 03 بنصها « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ».

- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

ويقصد به فسخ المجال لكل من تتوفر فيه الشروط لتقديم عروضهم، حيث يقتضي هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بطلباتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط المحددة مسبقا،⁽²⁾ ولا يجوز للإدارة إقصاء أي منهم من المنافسة.

إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه، ذلك أن حرية المنافسة لا تعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءاتهم. فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد، على أساس مقتضيات المصلحة العامة،⁽³⁾ إلا أنه لا يمكنها إبعاد الراغبين في الإشتراك في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط المطلوبة من الناحيتين التقنية والمالية، وبذلك تقف الإدارة موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عدّ فعلها من قبيل المحاباة.⁽⁴⁾

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص30.

(2) كركادن فريد، « طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص04.

(3) حميدة أحمد سرير، « الصفقات العمومية وطرق إبرامها »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص09.

(4) زوزو زولبخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - تخصص قانون جنائي)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2012، ص196.

- مبدأ المساواة بين المتنافسين

مفاد هذا المبدأ أنه يجب التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة، من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والاجراءات المقررة دون تفرقة بينهم، أي أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا.⁽¹⁾ ويعد ذلك تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القانون المكرس دستوريا بموجب المادة 29 من دستور 1996.

والمساواة أمام المرفق العام تعني إقصاء كل تفضيل في إسناد الصفقة، وتقتضي كفالة حق تقديم العروض لكل من يستوفون الشروط المطلوبة، ودراستها وفق نفس الاجراءات والاشكال التي حددها القانون المعمول به دون تهميش أي عارض،⁽²⁾ فلا مفاضلة بينهم إلا على أساس الكفاءة الفنية، والمقدرة المالية على الإضطلاع بأعباء المشروع موضوع التعاقد.

وعليه فإن مبدأ المساواة له علاقة وطيدة بمبدأ حرية المنافسة، ذلك أن تحقق أحدهما مرتبط بتوفر الآخر، فالمساواة بما تحققه من تساوي الفرص بين كافة المرشحين يمكن اعتبارها مصدر للمنافسة الحرة والنزيهة، وفي المقابل فإن احترام مبدأ حرية المنافسة يؤدي إلى إلزامية المعاملة المماثلة لكل المعنيين بالصفقة. ومنه فالمساواة تمثل من جهة أساس ومصدر للمنافسة، ومن جهة أخرى وسيلة لتحقيقها وتكريسها.⁽³⁾

- مبدأ شفافية الإجراءات

تعتبر شفافية الإجراءات وعلانية المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية أمرا جوهريا يجب مراعاته على مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية.

(1) عوابدي عمار، القانون الإداري، (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص205.

(2) بلكعبيات مراد، « مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 20 ماي 2013، ص05.

(3) حميدة أحمد سرير، مرجع سابق، ص09.

وتعرّف الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يُمكن المتنافسين أوحثى غيرهم من ذوي المصلحة، من التأكد من أن عملية إبرام الصفقة وإختيار المتعاقد مع الادارة قد تم وفق إجراءات سليمة ووسائل واضحة ومحددة.⁽¹⁾

كما تعني الشفافية وضوح القواعد التشريعية والتنظيمية الخاصة بإبرام الصفقة العمومية، وسهولة الإطلاع على الممارسات الفعلية الخاصة بها.

يعد هذا المبدأ حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة إلتئها والتقيّد بها، ولن يتأتى لها ذلك إلاّ من خلال إطلاع المتنافسين على كل الوثائق الخاصة بالصفقة إبتداء من دفتر الشروط وإلى غاية المنح المؤقت، وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد والمواصفات المطلوبة للتعاقد، وكذا تمكينهم من حضور أعمال لجان فتح الأظرفة والإطلاع على نتائج المنح المؤقت للصفقة.

وتكريس مبدأ الشفافية في إجراءات الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي معترف به دستوريا مفاده أنه كلما زادت نسبة الشفافية كلما قلت نسبة الفساد.⁽²⁾

وعليه، فإن مبادئ الشفافية وحرية الترشح والمساواة بين المتنافسين قيم مترابطة ومتكاملة فيما بينها، بحيث لا يمكن تحقق أحدها إلاّ بتوفر الأخرى، وهي تشكل في مجموعها دعامة حقيقية لحرية المنافسة، وضمانة للإدارة لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية، من خلال إختيار المتعاقد الكفء الذي يراعي مصلحة الإدارة ويسعى لتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة.

ونظرا لأهمية هذه المبادئ ودورها في ضمان الشفافية والنزاهة في إبرام الصفقة العمومية فقد أكد المشرّع الجزائري على التقيد بها بموجب نص المادة 09 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،⁽³⁾ التي جاء فيها : « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية..... ».

(1) زوزو زولايخة، مرجع سابق، ص199.

(2) بلكعبيات مراد، مرجع سابق، ص03.

(3) قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 08 مارس 2006، ص ص04-15. متمم بالأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 50، صادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010، ص16. معدل متمم بالقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 غشت 2011، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 10 غشت 2011، ص04.

ومن تطبيقات مبادئ المنافسة الحرة ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ما أقرته المادة 125 في فقرتها 09، بنصها « وإذا كان العرض المالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة ».

وهذا النص مستوحى من المادة 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة،⁽¹⁾ التي تمنع عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق، إذ كان الهدف من وراء ذلك إبعاد مؤسسة ما أو عرقلة منتوجاتها من الدخول إلى السوق.

كذلك من النصوص المكرسة لمبادئ المنافسة، ما تضمنته الفقرة 08 من المادة 125 التي سمحت للجنة تقييم العروض، بإمكانية إقتراح رفض العرض المقبول إذا ثبت أن منح المشروع للمتعاقل المقبول، قد يؤدي إلى هيمنة هذا الأخير على السوق أو يتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت، ذلك لأن المتعاقل الحائز على مثل هذا العقد يمكن أن يستغل وضعيته الهيمنة بشكل تعسفي خلال فترة العقد، فنكون أمام حالة تعسف ناتجة عن وضعيته الهيمنة⁽²⁾ المحصورة بنص المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي تمنع أي شكل من أشكال تقييد المنافسة عن طريق التعسف الناتج عن وضعيته الهيمنة على السوق.⁽³⁾

ونشير في الأخير إلى أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، قد ساهم في تجسيد مبادئ حرية المنافسة في كافة نصوصه، خاصة تلك المتعلقة بكيفيات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية - كما سنرى لاحقا - إلى درجة أن هناك من اعتبر أن قانون الصفقات العمومية هو نفسه قانون المنافسة.⁽⁴⁾

(1) الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، ص 25-33. معذل ومتّم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008، ص 11-15. والقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010، ص 10، 11.

(2) زمال صالح، « إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص 06.

(3) تنص المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على مايلي : « يحضر كل تعسف ناتج عن وضعيته هيمنة على السوق أو إحتكار لها أو على جزء منها... »

(4) ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 19.

ثالثا : تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية

قد تتعرض المنافسة لبعض الممارسات التي تقيدّها أو تؤدي إلى الإخلال بها، وهذا ما جعل السلطة العامة في الدولة مجبرة أن تتدخل بصورة غير مباشرة لوضع حد لهذه التجاوزات، وكان ذلك عن طريق سن تشريعات تهدف إلى تنظيم البيئة التجارية ونشاطها وممارساتها، وتسعى إلى الحد من تمركز القوة الإقتصادية وسيطرتها على السوق، و من أهم تلك التشريعات ما يطلق عليه «قانون المنافسة»⁽¹⁾.

وقد تم تعريفه على أنه : « مجموعة من القواعد القانونية الموضوعية من قبل السلطة العامة قصد تنظيم الحياة الإقتصادية فيما بين المتعاملين الإقتصاديين، مع ضمان حقوقها والتزاماتها فيما بينها ومع غيرها»⁽²⁾.

وتبرز أهمية التشريعات التي تتناول المنافسة في أنها ليست أحكاما خاصة بنشاط إقتصادي معين تهدف إلى تغطيته وتناوله بالذات، بل تتضمن أحكاما عامة تهدف إلى تنظيم ممارسة النشاط التجاري بما يضمن السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية الإقتصادية.

ونظرا لأهمية التشريعات المتعلقة بالمنافسة، فقد تبنت معظم الدول عملية سنّها وتنظيمها، ومن بينها الجزائر، التي أصدرت أول قانون خاص بالمنافسة بعد الإصلاحات التي باشرتها بإنتهاجها نظام إقتصاد السوق المبني على المنافسة الحرة، وكان ذلك بموجب الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة،⁽³⁾ الذي تم إلغاؤه فيما بعد وتعويضه بالأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، حيث فصل المشرع الممارسات التجارية عن قانون المنافسة وأفرد لها قانونا خاصا تحت رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على

(1) تعد الولايات المتحدة الأمريكية من أكثر دول العالم نشاطا في مجال حماية المنافسة، حيث أصدرت تشريعات عديدة لتنظيمها منذ عام 1864، راجع في ذلك، معين فندي الشناق، مرجع سابق، ص 52، 57.

(2) شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 13.

(3) أمر رقم 95-06، مؤرخ في 25 يناير 1995، متعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09، مؤرخة في 22 فبراير 1995، ص 13-16.

الممارسات التجارية،⁽¹⁾ فيماخصّص قانون المنافسة للأحكام المتعلقة بمبادئ المنافسة والهيئة المشرفة على تطبيق قواعدها، ممثلة في مجلس المنافسة.*

ويطبق هذا القانون على الأشخاص والكيانات المختلفة التي تمارس نشاطا إقتصاديا معينا. وقبل التطرق إلى مجالات تطبيق قانون المنافسة الجزائري ومدى اعتبار الصفقات العمومية إحدى هذه المجالات، نشير إلى أن المشرع وفي معالجته لهذا الموضوع قد تأثر بالقضاء الإداري الفرنسي.⁽²⁾ وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد أن مسألة تطبيق قانون المنافسة على النشاط الإداري للشخص العام في فرنسا قد مرت بمرحلتين، مرحلة أولى تم خلالها إستبعاد تطبيقه على الشخص العام وذلك بحجة أن هذا القانون يتحدد مجال تطبيقه بالنشاط الإقتصادي دون النشاط الإداري للشخص العام، حيث كان الإعتقاد السائد آنذاك أن تصرفات وقرارات السلطة العامة لا تؤثر في السوق على إعتبار أنها سلطة تنظيمية خارج مجال السوق تهتم في المقام الأول بتنظيم المرافق العامة، كما أن مركزها لا يتجاوز حدود الطلب على الأموال والأشياء والخدمات، وبالتالي لا يتصور أن تخل بقواعد اللعبة في السوق لكونها طالبة وليست عارضة للأموال والخدمات.⁽³⁾

أما المرحلة الثانية فقد تم خلالها إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، حيث أقرّ القاضي الإداري الفرنسي فكرة نفاذ قانون المنافسة في مواجهة قرارات السلطات العامة، كما عمد إلى نزع الحصانة التي تتمتع بها اللوائح والتنظيمات العامة التي تخلّ بقانون المنافسة وذلك بمقتضى نظريتين سائدتين في القانون الأوروبي، ويتعلق الأمر " بنظرية الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة " و " نظرية التعسف التلقائي في وضعية الهيمنة ".⁽⁴⁾

(1) قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، ص ص 03-11.

* مجلس المنافسة هو جهاز يعمل على ضبط المنافسة في السوق، تم إستحداثه بموجب المادة 16 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة، كما تم تكييفه على أنه سلطة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلال المالي بموجب المادة 23 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(2) كتومحمد الشريف، مرجع سابق، ص 86.

(3) وإستنادا إلى ذلك، فقد رفض مجلس المنافسة في فرنسا مراقبة القرارات الإدارية التي تندرج في إطار إمتيازات السلطة العامة بحجة أن الإدارة لا تعتبر متعاملا إقتصاديا، كما أن القاضي الإداري رفض مراقبة تلك القرارات من زاوية قانون المنافسة، راجع في ذلك، نفس المرجع، ص 87.

(4) لمزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الإداري الفرنسي من تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام، راجع، نفس المرجع، ص ص 86-89.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة قبل تعديلها على مايلي: « يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام ».

ويتطبيق هذا النص تخرج الصفقات العمومية عن دائرة تطبيق قواعد قانون المنافسة، طالما أنها تصرفات إدارية يطبق عليها القانون الإداري ويرجع الفصل في منازعاتها لإختصاص القضاء الإداري، نظرا لما تتمتع به من خصائص تجعلها مرتبطة بممارسة صلاحيات السلطة العامة والمرفق العام.⁽¹⁾

وبذلك تم إستبعاد تطبيق قانون المنافسة على النشاط الإداري، غير أن هذا الإستبعاد لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه، ذلك أن هذا النشاط قد يتسم بالطابع الإقتصادي من حيث موضوعه، وبالتالي قد يكون له تأثير على المنافسة، وهذا ما أدى بالمشرع إلى تعديل نص المادة 02 بموجب القانون 08-12 المعدل والمتمم للأمر 03-03 عن طريق إدراج الصفقات العمومية ضمن النشاطات الخاضعة لتطبيق قانون المنافسة وذلك بنصها: «... تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: -

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة ».

فأصبح قانون المنافسة يسري في مواجهة المتنافسين على الصفقات، وكذا في مواجهة الإدارة المتعاقدة في حال إخلالها بمبادئ المنافسة، وهذا ما يثير عدة إشكالات، على أساس أن ممارسات الشخص العام التي تخل بالمنافسة في الصفقات العمومية تتعلق بالنشاط الإداري للمرفق العام، وبالتالي فإن الإختصاص فيها يعود للقضاء الإداري الذي يفصل فيها وفقا لقانون الصفقات العمومية، وهو ما أدى بالمشرع إلى إدراج فقرة أخيرة ضمن نص المادة 02، المذكورة سابقا، إستثنى فيها تطبيق قانون المنافسة على تصرفات الشخص العام إذا كان في ذلك إعاقة لأداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

ولهذا فإن الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية يمكن تقسيمها إلى صنفين :

(1) ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص10.

- ممارسات متصلة بأداء المرفق العام أو صلاحيات السلطة العامة تخرج عن إطار تطبيق قانون المنافسة ولا تخضع لرقابة مجلس المنافسة، ويعود إختصاص الفصل في المنازعات المتعلقة بها للقضاء الإداري تطبيقاً للقواعد العامة المحددة لتوزيع الإختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- ممارسات منفصلة عن امتيازات السلطة العامة، تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة وتخضع لأحكام قانون المنافسة وإختصاص مجلس المنافسة، وبذلك يتم إستبعاد القضاء الإداري بخصوص منازعاتها، طالما أن قرارات مجلس المنافسة خاضعة للطعن فيها أمام القضاء العادي وبالتحديد الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، إستناداً لنص المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.⁽¹⁾

ويعود سبب إنفصال هذه الممارسات عن إمتيازات السلطة العامة، إما لكونها صادرة عن الإدارة المتعاقدة بوصفها عوناً إقتصادياً يقوم بنشاط إقتصادي لا بوصفها سلطة عامة تمارس نشاطاً إدارياً، وإما لكونها صادرة عن المؤسسات المتنافسة، حيث أن تقدم هذه المؤسسات بعروض لنيل الطلبات العمومية يدل على أنها تمارس نشاطاً إقتصادياً بغض النظر عن كونها من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، لأن العبرة تكمن في إدراج العمل الذي تقوم به ضمن النشاط الإقتصادي.⁽²⁾

وفي حال تسببت هذه المؤسسات في الإخلال بقواعد المنافسة فإنها تخضع إلى متابعة مجلس المنافسة، حيث تم بموجب القانون 08-12 تعديل المادة 06 من الأمر 03-03 وذلك بإدراج عملية السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الممارسات المحصورة الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة⁽³⁾ وذلك بنصها: « تحضر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات والإتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أوفي جزء جوهري منها، لا سيما عندما ترمي إلى : -
- السماح بمنح صفة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة ».

وتتضح هذه الممارسات بصورة جلية في مجال صفقات البناء والأشغال العمومية، حيث تتفق المؤسسات المتنافسة، مسبقاً، على اقتسام الصفقات العمومية في السوق عن طريق تعيين مؤسسة تقترح

(1) ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 13.

(2) كتومحمد الشريف، مرجع سابق، ص 92، 93.

(3) وذلك طبقاً لنص المادة 44 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

أفضل عرض، ويكون ذلك بالتداول فيما بين هذه المؤسسات من أجل إقتسام المنافع، فتتخذ المصلحة المتعاقدة المعلنة عن الصفقة بهذه المنافسة الظاهرية والمدبرة ضمناً.⁽¹⁾

المطلب الثاني

القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

لقد تبنى المشرع الجزائري فكرة حرية المنافسة وأرسى قواعدها في مجال الصفقات العمومية بما يسمح بحرية المشاركة ودخول المنافسة لكل المتعاملين الإقتصاديين، ولكنه في المقابل وضع قيودا وضوابط لممارسة هذه الحرية، فنجد أن المشرع يتدخل من حين إلى آخر لتنظيم قواعد ممارسة الصفقات العمومية، عن طريق إرساء جملة من المبادئ الخاصة بمكافحة الفساد، الحفاظ على السيادة الوطنية وتحقيق مبدأ الأفضلية الوطنية، حتى لو كان في ذلك تقييد لمبدأ حرية المنافسة الذي تبناه المشرع الجزائري و فرض احترامه باعتباره أحد أهم المبادئ التي يجب التقيد بها أثناء عملية إبرام الصفقات العمومية.

ومن خلال هذا المطلب سوف نتناول بالدراسة مختلف القيود التي أوردها المشرع على مبدأ حرية المنافسة في الصفقات، وذلك من خلال حصر الفئات المحرومة من المشاركة في الصفقات العمومية (الفرع الأول)، استعراض القيود المتعلقة بطبيعة الصفقة (الفرع الثاني)، والنظر في مدى سلطة الإدارة المتعاقدة في تحديد معايير إختيار المترشحين لدخول الصفقة (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية

وضع المشرع الجزائري قيودا يترتب على إعمالها منع فئات معينة من المشاركة في الصفقات العمومية، فبمجرد توفر إحدى هذه الحالات يحرم المعني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من التقدم بعروض للتعاقد مع الإدارة، وبذلك يتقلص عدد المتنافسين، وهذا ما يشكل قيودا على حرية المنافسة.

وينقسم الحرمان إلى نوعين، حرمان جزائي وهو عبارة عن عقاب يتم إيقاعه على المتعاملين الإقتصاديين نتيجة إخلالهم ببعض الإلتزامات الملقاة على عاتقهم، وحرمان وقائي يتقرر لحماية المصلحة العامة من دون أن يكون فيه معنى الجزاء.⁽²⁾

(1) شرواط حسين، مرجع سابق، ص 28.

(2) عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد ، مرجع سابق، ص 262، 263.

أولا : الحرمان الجزائي

وهو 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 ارتكابها في معاملات سابقة مع الإدارة كالغش أو الرشوة.

ومن حالات الحرمان التي نص عليها المشرع الجزائري ما جاء في نص الأمر 96-22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج⁽¹⁾ في مادته 05 المعدلة بموجب المادة 07 من الأمر 03-01، والتي تمنع عملية عقد الصفقات العمومية من طرف أي شخص معنوي قام بارتكاب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المادتين 01 و 02 من الأمر نفسه، وذلك بنصها: «... يمكن أن تصدر الجهة القضائية، فضلا عن ذلك، لمدة لا تتجاوز 05 سنوات إحدى العقوبات الآتية أو جميعها : -

- الإقصاء من الصفقات العمومية...»

وبالرجوع إلى نص المادتين 01 و 02 المذكورتين سلفا، يتبين أن المخالفات التي يترتب عليها المنع من عقد الصفقات العمومية عديدة ومنها: التصريح الكاذب، عدم الحصول على التراخيص المشترطة أو عدم إحترام الشروط المقرنة بها، كل شراء أو بيع أو إستيراد أو تصدير أو حيازة السبائك الذهبية أو القطع النقدية أو الأحجار والمعادن النفيسة، دون مراعاة التشريع والتنظيم المعمول بهما.

هذا ويمكن كذلك الإقصاء من الدخول في الصفقات العمومية، كعقوبة تكميلية، في حالة الإدانة بإحدى الجرائم المنصوص عليها في الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب،⁽²⁾ حيث نصت المادة 19 منه على أنه: « في حالة الإدانة من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الأمر، يعاقب الجاني وجوبا بعقوبة تكميلية أو أكثر من العقوبات الآتية : -

- الإقصاء من الصفقات العمومية...»

(1) الأمر رقم 96-22، مؤرخ في 09 يوليو 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال

من وإلى الخارج، جريدة رسمية عدد 43، مؤرخة في 10 يوليو 1996، ص ص 10-13. معدل ومتمم بالأمر رقم 03-01، مؤرخ في 19 فبراير 2003، جريدة رسمية عدد 12، مؤرخة في 23 فبراير 2003، ص ص 17-20.

(2) الأمر رقم 05-06، مؤرخ في 23 غشت 2005، متعلق بمكافحة التهريب، جريدة رسمية عدد 59، صادرة بتاريخ 28 غشت 2005، ص ص 03-08.

ومن حالات الإقصاء نجد كذلك ما تضمنته المادة 62 من الأمر 96-31 المتضمن قانون المالية لسنة 1997،⁽¹⁾ التي تقضي بأن كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في غش جبائي، يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة 10 سنوات. وتطبيقاً لذلك، يجب أن يتضمن ملف العروض المحدد بنص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، تقديم صحيفة السوابق القضائية للمتعهد إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي، وللسمير أوالمدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي.⁽²⁾

كما نص الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة بموجب المادة 06 منه⁽³⁾ على عدم السماح بمنح الصفقة العمومية لأصحاب الممارسات المقيدة بالمنافسة. وما يمكن ملاحظته أن هذا النص فيه تقييد لمبدأ حرية المنافسة عن طريق حرمان فئة معينة من الدخول والمشاركة في الصفقات العمومية، إلا أنه في نفس الوقت يشكل حماية وتجسيذا لفكرة المنافسة بشكل عام، وهذا لكونه يحضر كل الممارسات التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها.

هذا وقد تضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236، في القسم الرابع منه تحت عنوان «حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية»، حالات إقصاء مؤقت أونهائي لمتعاملين إقتصاديين في وضعيات مختلفة، ورد وصفها وتحديدتها ضمن المادة 52، وتتمثل هذه الحالات في :

- الذين تنازلوا عن تنفيذ صفقة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 مكرر من نفس المرسوم.⁽⁴⁾

- الذين هم في حالة الإفلاس أوالتصفية أوالتوقف عن النشاط أوالتسوية القضائية أوالصلح.

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أوالتصفية أوالتوقف عن النشاط أوالتسوية القضائية أوالصلح.

(1) الأمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، متضمن قانون المالية لسنة 1997، جريدة رسمية عدد 85، صادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1996، ص ص 03-67.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 23 نوفمبر 2013، ص 66.

(3) وذلك بعد تعديلها بنص المادة 05 من القانون رقم 08 - 12 ، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

(4) تم إدراج هذه الحالة بعد تعديل المادة 52 المذكورة أعلاه بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- الذين كانوا محل حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الايداع القانوني لحسابات شركاتهم.
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع بعد إستنفاد إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 61 من هذا المرسوم.

و بالرجوع إلى أحكام هذه المادة نجدها تقر بأن كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتيازاً مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه، فإن تلك الأفعال أو المناورات من شأنها ان تكون سبباً كافياً لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق، كما أنها تشكل سبباً كافياً لإتخاذ أي تدبير ردعي آخر يمكن أن يصل إلى حد التسجيل في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية.⁽¹⁾

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.
- الأجانب المستفيدون من صفقة، وأخلوا بالتزامهم المحددة بنص المادة 24 من هذا المرسوم المعدلة والمتمة بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98،⁽²⁾ وفي قراءة لنص هذه المادة يتبين بأنها تتعلق بالمتعهدين الأجانب في إطار الصفقات الدولية، الذين يتعين عليهم الإستثمار في ميدان

(1) إستناداً لنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 صدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية، عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص32.

(2) وتطبيقاً لنص هذه المادة صدر القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لنموذج الالتزام بالإستثمار، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص ص22، 23.

النشاط نفسه في إطار شراكة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وكل إخلال بهذا الشرط يترتب جزاءات على المتعهد الأجنبي، ومن بين هذه الجزاءات تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزامها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعاقد في الصفقات العمومية.⁽¹⁾

وتطبيقا لنص المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236، صدر القرار الوزاري المؤرخ في 23 مارس 2011 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية،⁽²⁾ وقد صنّف هذا القرار حالات الإقصاء إلى صنفين، إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي، وكل صنف بدوره تم تقسيمه إلى صنفين، إقصاء تلقائي وإقصاء بموجب مقرر صادر عن الجهة المختصة، ويعود إختصاص إصدار مقرر الإقصاء إلى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة.

إن حالات الإقصاء التي أوردها المشرع تعد منطقية، تتعلق جلها بالالتزامات التي يتعين على الأعوان الإقتصاديين إحترامها سواء من الناحية الأخلاقية، أو ما تعلق منها بواجباتهم المهنية، ويهدف المشرع من خلالها إلى تكريس مبدأ مكافحة الفساد بكل أشكاله، عن طريق فتح مجال المنافسة أمام المتعاملين الذين هم في وضعية سليمة من جميع الجوانب الجبائية، التجارية، والجمركية، دون غيرهم.

فلا يجوز لأي متعامل مقصي الإحتجاج بمبادئ المساواة وحرية المنافسة والتذرع بها للسماح له بدخول الصفقة، لأن هذه المبادئ لا تعني الإعتراف بالحق المطلق واللامشروط للمتعامل للمشاركة في المنافسة، وإنما يتوقف ذلك على احترامه وتطبيقه لقوانين الدولة ذات العلاقة بتنظيم الصفقات العمومية، فبالرغم من أن إقرار حالات الإقصاء من الصفقات العمومية يشكل تقييدا لمبدأ حرية المنافسة، إلا أنه بالمقابل يضمن إجبار المتعاملين الإقتصاديين على الخضوع للنظام القانوني للدولة.⁽³⁾

(1) تياب نادية، «آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية»، مرجع سابق، ص 68.

(2) قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص 33، 34. و لمزيد من التفاصيل حول مضمون هذا القرار، راجع، بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 155-162.

(3) نفس المرجع، ص 160.

وتطبيقا للمواد سالفه الذكر، ومن أجل ضمان عدم تقدم أي شخص تتوفر فيه حالة من حالات الإقصاء للتعاقد مع الإدارة، ألزم المشرع كل عون يرغب في الدخول والمشاركة في الصفقة تقديم تصريح بالنزاهة عملا بأحكام المادتين 51 و 61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.⁽¹⁾

ثانيا : الحرمان الوقائي

هو الحرمان 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، وذلك تجنباً لتعارض المصالح، حيث أن الجمع بين صفة المتعاقد مع الإدارة وصفة الموظف العام قد يكون في غير صالح المرفق المتعاقد، لأنه في حالة السماح للموظف بالتعاقد مع الإدارة، سيمارس تأثيراً واضحاً على إبرام العقد وعلى تنفيذه، فضلاً عن كون الموظف العام على دراية سابقة بأمور الإدارة، ومطلعاً على تقنياتها وأساليبها مما يخلق نوعاً من التفضيل على حساب بقية المشاركين في الصفقة من غير الموظفين،⁽²⁾ ويؤدي إلى الإخلال بمبدأ حرية المنافسة، وبالتالي فإن الحرمان المطبق على الموظف العام فيه حماية للمصلحة العامة، وتكريس لمبدأ حرية المنافسة أكثر منه تقييداً لهذا المبدأ.

وغالباً ما تقرر التشريعات حرمان الموظفين العموميين وأعضاء المجالس النيابية والمجالس المحلية من المشاركة في الصفقات العمومية، وذلك درءاً لشبهة المحاباة من جهة الإدارة، وهو ما تضمنه قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 19 لسنة 1988 في مادته 39 التي تحظر على فئات معينة التقدم بالذات أو بالوساطة بعطاءات أو عروض للجهات العاملين بها، وذلك لتفادي التحيز والمجاملة في اختيار المتعاقد وبالتالي ضمان شفافية الصفقة.⁽³⁾

أما بخصوص التشريع الجزائري، فبالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح في تنظيم الصفقات العمومية يقضي بحرمان فئات موظفي الإدارة من التقدم بعروض في الصفقات العمومية،⁽⁴⁾ إلا أنه يمكن

(1) وقد تم تحديد نموذج التصريح بالنزاهة بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، والمحدد لنماذج رسالة العرض والتصريح بالإكتمال والتصريح بالنزاهة، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص ص 27-31.

(2) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 554.

(3) 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، ص 133.

(4) نفس المرجع، ص 133.

أن نستشف نية المشرع في منع الجمع بين صفة الموظف بالإدارة وصفة المتعاقد معها إستنادا إلى عدة نصوص قانونية نذكر منها :

- المادة 23 من دستور 1996 التي تقر بأن عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون، ويعتبر منع فئة العاملين بالإدارة من المشاركة في الصفقات العمومية أحد أهم ضمانات عدم تحيز الإدارة.

- الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية.⁽¹⁾ الذي تضمن في الفصل الثاني منه، المتعلق بواجبات الموظف من الباب الثاني المتعلق بالضمانات وحقوق الموظف وواجباته، عدة نصوص قانونية لم تنص صراحة على حرمان الموظف من التعاقد مع الإدارة ولكنها منعه من ممارسة أي مهام تتعارض مع وظيفته، وذلك من خلال نص المادة 42 التي فرضت على الموظف تجنب كل فعل يتنافى مع طبيعة مهامه،⁽²⁾ والمادة 43 التي تضمنت منع الموظف من ممارسة أي نشاط مريح،⁽³⁾ وكذلك المادة 45 التي منعت الموظف من إمتلاك مصالح - مباشرة أو بواسطة شخص آخر - قد تؤثر في إستقلاليته أو تشكل عائقا للقيام بمهامه.⁽⁴⁾

أما في إطار تنظيم الصفقات العمومية فإن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وإن لم ينص صراحة على حالة التنافي بين صفة الموظف وصفة المتعاقد مع الإدارة - كما سبق الإشارة إليه - إلا أنه يمكن إستنتاج حالة التنافي من خلال نص المادة 61 مكرر التي أستحدثت بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236، و التي نصت في فقرتها الثالثة بأنه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة، ولمدة خمس (05) سنوات أن تمنح عقدا بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، وبالتالي فإن الحرمان من التعاقد مع الإدارة يشمل حتى الموظفين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، فمن باب أولى أن

⁽¹⁾ أمر رقم 03-06، مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، جريدة رسمية عدد 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو 2006، ص ص 03-19.

⁽²⁾ تنص المادة 42 من الأمر رقم 03-06 على مايلي : « يجب على الموظف تجنب كل فعل يتنافى مع طبيعة مهامه ولو كان ذلك خارج الخدمة... »

⁽³⁾ تنص المادة 43 من الأمر رقم 03-06 على مايلي : « يخصص الموظفون كل نشاطهم المهني للمهام التي اسندت اليهم ولا يمكنهم ممارسة نشاط مريح في إطار خاص مهما كان نوعه... »

⁽⁴⁾ تنص المادة 45 من الأمر رقم 03-06 على مايلي : « يمنع كل موظف، مهما كانت وضعيته في السلم الإداري، أن يمتلك داخل التراب الوطني أو خارجه، مباشرة، أو بواسطة شخص آخر، بأية صفة من الصفات، مصالح من طبيعتها أن تؤثر على إستقلاليته أو تشكل عائقا للقيام بمهامه بصفة عادية في مؤسسة تخضع إلى رقابة الإدارة التي ينتمي إليها أو لها صلة مع هذه الإدارة، وذلك تحت طائلة تعرضه للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي. »

يطبق على الموظفين الذين يزاولون مهامهم، وعليه يمكن اتخاذ هذا النص كأساس لمنع الموظف من التقدم للتعاقد مع الإدارة في إطار الصفقات العمومية.

الفرع الثاني : القيود المتعلقة بطبيعة الصفقة

بالرغم من أن حرية المنافسة تقتضي فتح المجال لكل الراغبين في التعاقد مع الإدارة مهما كانت طبيعة الصفقة ومهما كان موضوعها، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض القيود فرضها الأسلوب المعتمد للتعاقد من جهة، كما تفرضها القواعد الخاصة بإختيار المتعامل المتعاقد من جهة أخرى.

أولا : القيود المتعلقة بالأسلوب المعتمد في التعاقد

يتسع مجال المنافسة ويضيق في إطار الصفقات العمومية تبعا للأسلوب الذي تعتمد الإدارة في التعاقد، فإذا كانت المناقصة المفتوحة تعني فتح باب المنافسة لجميع العارضين من دون قيود أو شروط، وبالتالي يتجسد فيها مبدأ حرية المنافسة بدرجة كبيرة، فإن الأمر يختلف في باقي الأصناف الأخرى، إذ أن الطبيعة الخاصة بكل صنف تفرض أن يقتصر الإشتراك في المنافسة على أفراد معينين دون غيرهم، فالمناقصة المحدودة مقصورة على المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا، والمناقصة الوطنية مفتوحة للمرشحين الوطنيين دون الأجانب، أما المزايدة فهي مخصصة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري دون غيرها، في حين نجد الإستشارة الإنتقائية تعد حكرا على المترشحين المؤهلين في الإنتقاء الأولي.⁽¹⁾

أما في أسلوب التراضي، فإن المصلحة المتعاقدة تتمتع بحرية في إختيار المتعامل المتعاقد، فيتم من خلاله تخصيص الصفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، وهذا بواسطة الإتفاق المباشر، مما يؤدي إلى إقصاء الكثير من المتنافسين⁽²⁾ ويشكل قيда على حرية المنافسة. وهذا ما جعل المشرع يقيد اللجوء إلى هذا الأسلوب بحالات إستثنائية و محددة على سبيل الحصر

(1) راجع المواد 29، 30، 31، 33 من الرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

(2) 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، ص30.

ثانيا : القيود المتعلقة بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد

تضمّن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 قواعد تفضيلية تسمح بتخصيص الصفقات العمومية لمتعاملين إقتصاديين دون غيرهم، مما جعل مجال المنافسة يقتصر على فئة محدودة من المتنافسين.

فأمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الهش، الذي يتميز بقلّة الكفاءة ونقص الإمكانيات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع، لجأ المشرّع إلى إدراج أحكام لحماية المتعامل الوطني، وذلك عن طريق تكريس مبدأ الأفضلية الوطنية. فأشارت المادة 54 إلى أنه عندما يكون الإنتاج أداة الإنتاج الوطني قادرة على الإستجابة لمتطلبات المصلحة المتعاقدة، فإن هذه الأخيرة عليها فتح مجال المنافسة في شكل مناقصة وطنية موجهة للمتعاملين الوطنيين دون الأجانب.

إلى جانب ذلك فإنه حتى في الصفقات الدولية، التي تكون محلا للتنافس بين مؤسسات وطنية وأخرى أجنبية، يُمنح فيها هامش الأفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وهذا ما أقرته المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236،⁽¹⁾ التي رفعت هامش الأفضلية إلى نسبة 25% بعدما كان محددا بنسبة 15% بنص المادة 19 من المرسوم الرئاسي 02-250. يأتي هذا التوجه تطبيقا لسياسة الحكومة الرامية إلى تفعيل أداة المنتج المحلي وحمايته، من جهة، ونتيجة للضغط الذي تمارسه المؤسسات الوطنية الخاصة من أجل الحصول على حصة في البرنامج الخماسي 2010/2014، من جهة أخرى.⁽²⁾

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، إذ أنه وتحت ضغط المؤسسات الوطنية الخاصة، تدخلت الحكومة بشكل أكثر عمقا بواسطة ما يعرف بالصفقات المحجورة التي يفتح فيها مجال التنافس لمؤسسات محددة دون غيرها، ويتجلى ذلك من خلال أحكام المرسوم الرئاسي 10-236، فالمادة 49 تجيز للبلديات والولايات والمؤسسات ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها بمناسبة إعلان مناقصاتها أن يكون هذا الاعلان محليا فقط، بحيث تتمكن المؤسسات القريبة منها بالمساهمة وحدها دون غيرها في هذه العقود، في حين أن المادة 55 فرضت على المصلحة المتعاقدة تخصيص الصفقات المتعلقة بالأشغال

⁽¹⁾ وتطبيقا لأحكام هذه المادة صدر قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص 26.

⁽²⁾ زمال صالح، مرجع سابق، ص 09.

ذات الطابع الحرفي إلى فئة الحرفيين دون غيرها، كما تم إحداث المادة 55 مكرر⁽¹⁾ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236، التي تم بموجبها إلزام المصلحة المتعاقدة بتخصيص نسبة 20% من مجموع حاجاتها للمؤسسات المصغرة،⁽²⁾ سواء تلك المنشأة في إطار الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، أو في إطار الصندوق الوطني للتأمين على البطالة، أو غيرها.

ويهدف المشرع من خلال هذا الإجراء إلى تحسين الأداء وتشجيع التنافسية لدى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وتكريس دورها في تنمية المشاريع العمومية وإنعاش النمو الإقتصادي.

إلا أنه بتفحص حيثيات هذه المادة نلاحظ بعض الغموض، إلى جانب إحتوائها بعض النقائص التي يجب تكميلتها.⁽³⁾ ومن ثم تبقى آليات تنفيذها غير دقيقة مما يفسح المجال لتطبيقها بطرق عشوائية، بحسب فهم كل مصلحة متعاقدة.⁽⁴⁾

ونشير إلى أن مفهوم الصفقات المحجوزة بإعتباره إستثناء وقيدا على مبدأ حرية المنافسة، كرسه المشرع لمواجهة المنافسة القوية لبعض المتعاملين الإقتصاديين، خاصة الأجانب الذين يملكون مؤهلات وتقنيات قد تجعلهم يحصلون على حصة الأسد من المشروعات المطروحة،⁽⁵⁾ كما أنه يعد ضمانا لحماية

⁽¹⁾ وتتص المادة 55 مكرر 1 على أنه : «عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصالح المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة، كما هي معرفة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فإنه يجب على المصالح المتعاقدة، إلا في الحالات الإستثنائية المبررة كما ينبغي، تخصيص هذه الخدمات لها حصريا، مع مراعاة أحكام هذا المرسوم.

يجب على المصلحة المتعاقدة تبرير الإستثناء المذكور في الفقرة السابقة، حسب الحالة، في التقرير التقديمي لمشروع الصفقة أو الإستشارة، المنصوص عليها في المادة 6 من هذا المرسوم.

يمكن ان تكون الحاجات المذكورة أعلاه، في حدود عشرين في المائة (20%) على الأكثر من الطلب العام، حسب الحالة، محل دفتر شروط منفصل أوحصة من دفتر شروط مخصص، بغض النظر عن أحكام المادة 11 (الفقرتان 7 و 8) من هذا المرسوم».

⁽²⁾ تعرّف المؤسسة المصغرة بأنها «مؤسسة إنتاج سلع أوخدمات، تشغل من عامل (1) إلى تسعة (09) عمال، وتحقق رقم أعمال أقل من عشرين (20) مليون دينار جزائري ويتجاوز مجموع حصيلتها السنوية عشرة (10) ملايين دينار». نقلا عن التجاني شمس الدين وعبادة عبد الرؤوف، «مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تنمية المشاريع العمومية، قراءة نقدية تحليلية للمادة 55 مكرر 1 من قانون الصفقات العمومية»، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية، العدد 05، سنة 2014، ص ص131، 139.

⁽³⁾ نفس المرجع، ص134.

⁽⁴⁾ وتطبيقا لنص المادة 55 مكرر 1 صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 أبريل 2014، المحدد لكيفيات تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، جريدة رسمية عدد30، صادرة بتاريخ 21 مايو 2014، ص ص07، 08.

⁽⁵⁾ زمال صالح، مرجع سابق، ص10.

المتعاملين الأقل تأهيلا، وخاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ودعما لها من أجل تعزيز دورها في تنمية المشاريع العمومية، ومن ثم في إنعاش الإقتصاد الوطني.

الفرع الثالث : سلطة الإدارة في تحديد معايير إختيار المرشحين

إذا كانت المصلحة المتعاقدة عند إعلانها عن إجراء الصفقة مقيدة بإتباع أسلوب معين، حيث تحترم فيه المبادئ والأسس التي يقوم عليها كل أسلوب سواء المناقصة أو التراضي، وبالأخص مبدأ حرية المنافسة، فإن ذلك لا يعني إطلاقا حرمان المصلحة المتعاقدة من حقها في فرض بعض الشروط للتأكد من قدرات المتعهدين على تنفيذ الصفقة. وهذا ما قضت به المادة 35 عن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بنصها : « لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة».

وتطبيقا لأحكام هذه المادة فقد حوّل المشرّع للإدارة إتخاذ جملة من الإجراءات بهدف تمكينها من الإختيار المتطور والسديد.

أولا : حق الإدارة في الإستعلام عن المتعهدين

إستنادا إلى نص المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فإنه يحق للإدارة أثناء مرحلة تقييم العروض - إن إقتضت الضرورة ذلك - أن تستعمل أي وسيلة قانونية متاحة للتأكد من قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية، حتى يكون إختيارها سديدا، لاسيما الإستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق التعامل معها، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.

وحتى يسهل على الإدارة الحصول على المعلومات الكافية وبأسرع وقت ممكن، فقد أوجب المشرّع بمقتضى نص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وضع بطاقة وطنية للمتعاملين الإقتصاديين، بطاقيات قطاعية، وبطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وتخصص هذه البطاقيات لتسجيل المعلومات المتعلقة بالمتعاملين الإقتصاديين، وتحين بإستمرار عن طريق جمع المعلومات المستجدة وتسجيلها، ويتم تبليغها بناء على طلب أية هيئة رقابة أو مصلحة متعاقدة أخرى.⁽¹⁾

(1) لمزيد من التفاصيل حول محتوى هذه البطاقيات وشروط تحيينها وتبليغها، راجع القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لمحتوى بطاقيات المتعاملين الإقتصاديين وشروط تحيينها، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص ص 25، 26.

ثانيا: حق الإدارة في فرض الشروط المالية والتقنية

بالرغم من خضوع الإدارة لمبدأ حرية المنافسة في اختيار المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا ينفي تمتع المصلحة المتعاقدة بقدر من الحرية بإعتبارها سلطة متعاقدة وصاحبة المصلحة في هذا الاختيار، فيحق لها وضع معايير وشروط لتأهيل المتنافسين، خاصة ما تعلق منها بالقدرات المالية والتقنية التي أكد المشرع الجزائري على وجوب توافرها في التعامل المتعاقد، بمقتضى المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وذلك بنصها: « يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات التعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية ».

هذا وفي إطار التأكد من القدرات المالية للمتنافسين على نيل الصفقة أوجب المشرع بنص المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات التي تتيح أحسن الشروط لإختيار المتعاملين معها، ويتم تحديد هذه الضمانات وكيفيات استرجاعها في دفاتر الشروط الخاصة بالصفقة. كما أوجب أن تشمل العروض المقدمة على كفالة تعهد تفوق 1% من مبلغ العرض،⁽¹⁾ ويمكن للإدارة طلب كل الوثائق التي توضح الوضعية المالية للمتعهد، مثل الحصيلة المالية، شهادة رقم الأعمال، المراجع المصرفية وغيرها. وتهدف المصلحة المتعاقدة من وراء طلب هذه الوثائق، وخاصة كفالة التعهد، إلى تحقيق جملة من الأهداف أهمها:

- ضمان ملاءة المتعهد في الصفقة، حيث تثبت هذه الوثائق الوفرة المالية الموجودة في خزينته.
- التأكد من حسن نية المتعهد وعزمه على تنفيذ العقد فيما لو رست الصفقة عليه، فهو يعلم بأنه سوف يخسر مبلغ التعهد في حال عدم مباشرته عملية التنفيذ.⁽²⁾

ونشير في الأخير إلى أن المغالاة في كفالة التعهد قد تؤدي بالمؤسسات، وخاصة الصغيرة، منها إلى الإحجام عن المشاركة في الصفقة مما ينعكس سلبا على مستوى المنافسة المطلوبة، ويؤدي إلى منح المؤسسات الكبرى أفضلية غير مباشرة، ويؤدي إلى خرق مبدأ حرية المنافسة.

أما بالنسبة للقدرات التقنية فإنه « من مصلحة الإدارة أن لا يدخل إلى المنافسة إلا متنافسون على درجة كافية من الإستعداد التقني، فلا جدوى من السعر الأقل، إذا كانت أهلية المتعاقد على درجة من

(1) وهذا ما قضت به المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 570.

السوء، حيث أن ذلك سوف ينعكس على حسن تنفيذه لإلتزاماته في النهاية، مما يمس بحسن سير المرفق بانتظام وإطراد».⁽¹⁾ وبالتالي فإن مبدأ الدخول المفتوح إلى المناقصة يجب أن يُوازن مع ضرورة توافر درجة معينة من المقدرة الفنية عند المتنافسين، وهو ما يفسر لجوء المصلحة المتعاقدة إلى اشتراط توافر خبرات تقنية معينة لدى المتنافسين، خاصة في المشاريع ذات الطابع الفني، ومن أمثلة تلك الشروط وجوب تقديم شهادة التخصص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في دخول الصفقات في ميدان البناء والأشغال العمومية والري، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289.⁽²⁾

وعادة ما يتم اشتراط درجة معينة من هذه الشهادة خاصة في المشاريع ذات الأهمية الكبيرة كإنشاء المواني والمطارات.*

وقد تشترط المصلحة المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من الوزير المعني فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات و ذلك للسماح لها بالمشاركة في الصفقات العمومية.

كما أنه، غالباً، ما تشترط المصلحة المتعاقدة على المؤسسات الراغبة في التعاقد معها، أن تكون قد قامت بإنجاز مشاريع مماثلة، وذلك حتى تضمن حسن تنفيذ مشاريعها وبأسرع وقت ممكن.

وفي الأخير نشير إلى أن تقييد مبدأ حرية المنافسة بهذه الضوابط من شأنه حصر التنافس بين أهل الخبرة والإختصاص ممن يشهد لهم بالكفاءة والسرعة في الأداء.⁽³⁾

(1) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 581.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية والري إمتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، جريدة رسمية عدد 79، مؤرخة في 01 ديسمبر 1993، ص 12-16. معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 07 أبريل 2005، جريدة رسمية عدد 26، مؤرخة في 10 أبريل 2005، ص 04-06.

* وكمثال على ذلك تم اشتراط حصول المؤسسات على شهادة التأهيل و التصنيف نشاط رئيسي أشغال عمومية - الدرجة الخامسة فما فوق- للمشاركة في المناقصة الوطنية المحدودة، المعلن عنها من طرف مديرية الأشغال العمومية لولاية الوادي، والخاصة بمشروع "تهيئة مفترق الطرق الكبير بالنخلة" ضمن عملية : انجاز الطريق الرابط دوار الماء/النخلة على مسافة 35 كلم.

(3) تياب نادية، « تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام»، مرجع سابق، ص 11.

المبحث الثاني

إجراءات تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

جاء قانون الصفقات العمومية في مجال اجراءات التعاقد لتكريس العمل بقواعد حرية المنافسة والشفافية والمساواة كضمان لتحقيق المنافسة العامة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة. يبدو ذلك جليا من خلال سن جملة من النصوص القانونية المحددة لكيفيات إبرام الصفقات العمومية والإجراءات الكفيلة بتحقيقها، إبتداء من الإعلان عن الصفقة وإلى غاية المنح المؤقت.

ومن خلال هذا المبحث سنتطرق لمختلف الإجراءات والكيفيات المكرسة لمبادئ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية، وذلك من خلال التعرض لمختلف إجراءات تجسيد هذه المبادئ سواء في قانون الصفقات أوفي قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (المطلب الأول)، كما سنعمل على دراسة مختلف أساليب وطرق إبرام الصفقات العمومية التي إعتدها المشرع الجزائري وتحديد دورها في تكريس مبدأ حرية المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تكريس حرية المنافسة من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية

تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية على احترام مبادئ المنافسة التي كرّسها المشرع الجزائري وأوجب الإلتزام بها من خلال تنظيم الصفقات العمومية، كما جاء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ليؤكد على ضرورة تجسيدها ووضع القواعد والإجراءات الكفيلة بتحقيقها بنص المادة 09 منه، والتي جاء فيها : « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

ويجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء ... ».

ومن خلال هذا المطلب سنتناول بالدراسة أهم الإجراءات المكرسة لهذه المبادئ وذلك من خلال تحديد كيفية الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء (الفرع الأول)، والتطرق لمختلف القواعد المجسدة لعلانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

إن مسألة تحديد شروط العقود الإدارية تختلف عما هي عليه في عقود القانون الخاص، حيث أن الشروط المرتبطة بالعقود الإدارية - بما فيها الصفقات العمومية - تحدّد عادة قبل عملية التعاقد، من طرف الإدارة وحدها وإبرادتها المنفردة، ويقتصر دور الطرف المتعاقد على تحديد موقفه من هذه الشروط إما بقبولها جملة أرفضها جملة وليس له أن يناقش أو يفاوض بشأنها. وهذا ما جعل الصفقة عقدا من عقود الإذعان، ومظهرا من مظاهر السلطة العامة.

وشروط التعاقد المعدة من طرف الإدارة مسبقا، تجمع في وثائق إدارية مكتوبة يطلق عليها مصطلح " دفاتر الشروط "،⁽¹⁾ تعدها المصلحة المتعاقدة بعد تحديد حاجاتها من العملية التعاقدية بدقة وموضوعية.

أولا : التحديد الدقيق لإحتياجات المصلحة المتعاقدة

تعد هذه المرحلة إحدى أهم مراحل إبرام الصفقة وأكثرها تأثيرا على المنافسة، فقبل إعداد دفتر الشروط وإفراغه في شكل وثيقة مكتوبة يجب على الإدارة المتعاقدة تحديد حاجاتها بصفة دقيقة، ويكون ذلك على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها المصلحة المتعاقدة مسبقا،⁽²⁾ وتعتبر من خلالها بكل وضوح عن الحاجات المراد الإستجابة لها من ناحية الكم والكيف، كما تعمل على ضبط هذه الحاجات وخاصياتها الفنية على نحو يساعد على إعداد دفاتر الشروط. وتنقيد سلطة الإدارة في ذلك بحدود الإحتياجات الفعلية والضرورية لسير المرفق العام بانتظام واطراد، وليس لها أن تتعدها.

ونظرا لأهمية هذه الخطوة ودورها في ضمان نجاعة الطلبات العمومية وتجسيد مبادئ الحرية والشفافية، فقد أولاهها المشرّع عناية خاصة، وذلك من خلال نص المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم

(1) عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 214.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 74.

10-236⁽¹⁾ التي اشتملت على شرح مفصّل للبند الواجب مراعاتها أثناء تعيين الطلب العام وتحديد شروطه، وكل خروج عن هذه الأحكام يعرّض دفتر الشروط للرفض من طرف لجنة الصفقات المختصة.

ومن ضمن النقاط التي ركّز عليها المشرّع في هذه المادة، هو منع المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى تخصيص الحاجات، المنصوص عليه بموجب المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، لأن ذلك سيؤدي إلى تجزئتها إلى عدة عقود، وبالتالي لن تقتضي إبرام صفقة عمومية مما يؤدي إلى إفلاتها من إجراءات المنافسة والإشهار، ومن ثم المساس بأهم المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، كما أن تجزئة الصفقة قد يؤدي إلى عدم خضوعها لآليات الرقابة، خاصة الرقابة الخارجية مما يفتح المجال واسعا للتلاعبات والتجاوزات.⁽²⁾

ويقتضي نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بأنه في حال قامت المصلحة المتعاقدة بعدة طلبات لخدمات متماثلة لدى نفس المتعامل، خلال سنة مالية واحدة، وكان مبلغ هذه الطلبات يفوق العتبة المالية المحددة للصفقة، فإنه على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة إبرام صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات، أما إذا لم تتمكن الإدارة من إبرام هذه الصفقة وعرضها على هيئة الرقابة الخارجية المسبقة خلال السنة المالية المعنية، وكانت هذه العمليات متعلقة بإقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، فإنها تبرم بشأنها صفقة تسوية، بصفة إستثنائية خلال السنة الموالية.⁽³⁾

تعكس هذه الإجراءات حرص المشرّع على إخضاع مختلف العمليات التعاقدية للرقابة حفاظا على المال العام وتكريسا لمبادئ المنافسة.

وبالرجوع إلى نص المادة 06 المذكور أعلاه، نجد أنه يشوبه نوع من الغموض والقصور مما جعله يثير عدة إشكاليات ويتعرض للعديد من الإنتقادات أهمها :

(1) المعدلة و المتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) 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 2014/2015، ص12.

(3) الفقرتين 13 و 14 من المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

- قد نكون أمام وجود عدة طلبات متماثلة وخلال نفس السنة المالية، ولكن لدى عدة متعاملين وليس متعامل واحد، فهل يعني ذلك أنها لا تقتضي إبرام صفقة وبالتالي تخرج من دائرة إختصاص لجان الرقابة الخارجية للصفقات ؟

- كيف يمكن إخضاع صفقات التسوية للجان الرقابة الخارجية مع العلم أن هذه الرقابة قبلية وقائية و صفقات التسوية تبرم خلال السنة الموالية، مما يتعذر معه تجسيد هذه الرقابة.

- أكد المشرّع بأن صفقات التسوية تكون بالنسبة لعمليات إقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، وبالتالي يبقى الإشكال قائما بالنسبة لعمليات الأشغال والدراسات التي تتم لدى نفس المتعامل وخلال نفس السنة، وكان مجموع مبلغها يفوق المبلغ المحدد بنص الفقرة الأولى من المادة 06 المذكورة أعلاه، فهل يمكن إجراء صفقات تسوية بشأنها أم أنها تفلت من الرقابة؟

وتبقى هذه الإشكاليات مطروحة مما يستوجب تدخل المشرّع لتوضيحها ورفع اللبس عما يشوبها من غموض،⁽¹⁾ وذلك لضمان تحديد دقيق لحاجات المصلحة المتعاقدة بما يكرس مبادئ حرية المنافسة.

كذلك من مخاطر عدم التحديد الدقيق لحاجات المصلحة المتعاقدة، لجوء هذه الأخيرة إلى الملاحق لتعديل بنود الصفقة في حال إختلالها، وهذا ما يزيد من تكاليف المشروع ويرهق الخزينة العامة للدولة، وأن الملاحق كأصل لا تخضع لأي نوع من الرقابة إلا في حالات محددة، مما يجعلها وسيلة لتنفيذ أغراض شخصية.

هذا ونشير إلى أن عملية تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة يتوقف عليها تحديد الأسلوب المعتمد لإختيار المتعامل المتعاقدا. وبالتالي فإن عملية التحديد هذه سيكون لها دور بارز في تكريس وتجسيد مبدأ حرية المنافسة على اعتبار أن طريقة التعاقد المختارة - حسبما تم التطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل - تؤثر في مجال المنافسة في الصفقات العمومية ضيقا واتساعا.

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص188.

ثانيا : إعداد دفاتر الشروط

يقصد بدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها، وكيفيات إختيار المتعامل المتعاقد معها.⁽¹⁾

بمعنى آخر، فإن دفاتر الشروط عبارة عن وثائق إدارية مكتوبة ومعدة مقدما تشتمل على شروط العقود الإدارية من شروط الإبرام والإنعقاد وشروط التنفيذ.⁽²⁾ وهي بذلك تبين شروط التعاقد ومواصفات أصناف المواد والأعمال المراد التعاقد عليها، بصورة وافية، وهذا ما قضت به المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وذلك بنصها: « توضح دفاتر الشروط، المحينة دوريا، الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات....»

واستنادا إلى ذلك لاتخلو صفقة عمومية من وجود دفاتر شروط، تحدد بموجبها كيفيات إبرامها وتنفيذها في إطار الأحكام التنظيمية والتشريعية المعمول بها، إلى جانب تحديدها للمعايير التقنية والمالية اللازم توافرها من أجل إنعقادها وتنفيذها، حيث تضبط هذه الدفاتر حقوق وواجبات كل طرف بالصفقة، مع حصرها للخدمات الواجب تنفيذها ومواصفاتها بدقة، وهذا درء لأي إحتجاج لاحق.⁽³⁾

وقد إختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط الإدارية، ولايزال الجدل مفتوحا حول هذه المسألة،⁽⁴⁾ في حين يرى الدكتور عوابدي عمار أن هذه الدفاتر تشكل جزءا لايتجزأ من العقد الإداري المتعلقة به، وينتج عن ذلك نتيجتين هامتين هما :

- إلزام السلطات الإدارية بتنفيذ الشروط التي تحويها دفاتر الشروط الإدارية بإعتبارها لوائح تنظيمية عامة.

- إلزام المتعاقد مع الإدارة بما ورد في هذه الدفاتر بمجرد توقيعه على العقد.⁽⁵⁾

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص142.

(2) عوابدي عمار، مرجع سابق، ص214.

(3) بن دعاس سهام، « مدى فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص03.

(4) قدوج حمامة، مرجع سابق، صص123، 124.

(5) عوابدي عمار، مرجع سابق، ص216.

وبالرجوع إلى نص المادة 10 سألقة الذكر نجد أن المشرع ميز بين ثلاث أنواع من دفاتر الشروط على النحو التالي :

1 - دفاتر البنود الإدارية العامة

وهي دفاتر إدارية مكتوبة ومعدة مسبقا، تتضمن مجمل الأحكام العامة المطبقة على جميع صفقات وعقود الأشغال العامة واللوازم والدراسات والخدمات.

وقد صدر قرار بتاريخ 21 نوفمبر 1964⁽¹⁾ يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، وتضمن هذا القرار أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية في كافة جوانبها وهو بذلك يعدّ بمثابة خارطة طريق شاملة وكاملة في مجال صفقات الأشغال.⁽²⁾ ونشير إلى أن هذا القرار لم يتم تحيينه منذ صدوره إلى غاية يومنا هذا.⁽³⁾

2 - دفاتر التعليمات المشتركة

تحدد هذه الدفاتر الأحكام والترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي تنتمي إلى نفس النوع، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات، ويتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني، ولا يمكن أن تتضمن خروجاً عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة.

3 - دفاتر التعليمات الخاصة

تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة، وتختلف هذه الشروط من صفقة إلى أخرى، حتى ولو كانت الإدارة المتعاقدة نفسها، فما صلح من شروط لصفقة معينة لا يصلح بالضرورة لصفقة أخرى، وإن دعت الضرورة إلى تضمين هذه الدفاتر بعض الاستثناءات عما جاء في دفتر الشروط

⁽¹⁾ قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية عدد 06، صادرة بتاريخ 19 يناير 1965، ص 46-64.

⁽²⁾ بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 143.

⁽³⁾ بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 139.

الإدارية العامة، أودفاتر التعليمات المشتركة، فيجب أن يعبر عن ذلك بشكل صريح لا يدع مجالا لأي إحتجاج.⁽¹⁾

ويفهم من ذلك أن للإدارة السلطة التقديرية في وضع الشروط المالية والتقنية لإختيار المتعاقد معها، وكذا إختيار الطريقة الملائمة للتعاقد، وهذا ما قد يمس بمبادئ المنافسة، حيث أن تعسف الإدارة في استخدام سلطتها هذه قد يؤدي إلى تقييد مبدأ حرية المنافسة، خاصة إذا كان الطلب موضوع دفتر الشروط موجه نحو منتج واحد أو متعامل إقتصادي محدد. وفي المقابل فإن عزوف الإدارة عن تحديد حد أدنى، على الأقل، من الشروط اللازمة للمشاركة في الصفقة، سوف يفتح المجال واسعا لإختيار المتعاقد معها وفق معايير غير قانونية كالمحاباة والرشوة.

ونشير إلى أن الإدارة عند تحديدها لإحتياجاتها وإعدادها لدفاتر الشروط، تخضع لرقابة لجان الصفقات المختصة قبل الإعلان عن المناقصة.⁽²⁾ وما خضوع دفاتر الشروط لهذه الرقابة إلا دليل على أهميتها بإعتبارها أول خطوة من خطوات إبرام الصفقات العمومية، يتوقف على صلاحها صلاح العملية التعاقدية برمتها، خاصة وأن دفتر شروط الصفقة هو المرآة العاكسة لموضوع الطلب ومدى جدّيته.⁽³⁾ وبالتالي كان من الواجب تقييد إجراءات إعداده بما يضمن تكريس فكرة المنافسة ضمن أقسامه ومواده.

الفرع الثاني : علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية

تعد العلانية من أهم القواعد التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات ، وقد أقرها المشرع الجزائري وفرضها ضمن تنظيم الصفقات العمومية وأكد على تجسيدها ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك كضمان لتحقيق المنافسة بين المترشحين للصفقة، دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة.

ويتجلى تحقيق مبدأ العلانية بصفة خاصة في عملية الإعلان عن الصفقة وإلزاميته بالنسبة للمناقصات والمزايدات، وكذا في تمكين كافة المترشحين على حد سواء من الإطلاع على الوثائق المتعلقة بالصفقة والحصول عليها، هذا بالإضافة إلى إستحداث المشرع، من خلال التنظيم الأخير للصفقات، بوابة إلكترونية من أجل تسهيل الحصول على المعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية.

(1) الواشني مريم، « مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص 06.

(2) المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتّمة بموجب المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(3) تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 74.

أولاً : إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية

يقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد، ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة، وهو بذلك يعد بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد مع الإدارة.⁽¹⁾

ويقصد به أيضا إخطار ذوي الشأن بالمنافسة، وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار، فهو وسيلة لإعلام المقاولين والمتعهدين والموردين.⁽²⁾

ويعد الإعلان خطوة ضرورية يهدف من خلالها المشرع إلى إضفاء الشفافية على العملية التعاقدية، وتوسيع دائرة المنافسة إلى أقصى ما يمكن، حيث يتم إعلام المعنيين بحاجة المصلحة المتعاقدة والشروط المطلوبة للتعاقد، مما يفسح مجال المنافسة لكل الراغبين في التعاقد، وبذلك يحول الإعلان بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المتعاملين، بحجة أنهم وحدهم اللذين تقدموا بعروض.⁽³⁾

كما تكمن أهمية الإعلان في كونه الوسيلة والآلية المثلى لضمان الشفافية والنزاهة أثناء إبرام الصفقات العمومية، على نحو يكفل حماية مصلحة الإدارة ومصلحة المتعاملين معها، ويحقق الوقاية من جرائم إهدار وتبديد المال العام.⁽⁴⁾

وقد أوجب المشرع ضرورة إستيفاء الإدارة لإجراء الإعلان إذا مارغت في التعاقد، وذلك وفقا لنص المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها : « يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية :

- المناقصة المفتوحة،
- المناقصة المحدودة،

(1) الواشني مريم، مرجع سابق، ص 02.

(2) زوزو زولبيخة، مرجع سابق، ص 200.

(3) بحري إسماعيل، مرجع سابق، ص 34.

(4) ويعد الإعلان الآلية المعتمدة من طرف غالبية الدول لتكريس المنافسة والوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية، وفي هذا الصدد أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري قانونا موحدا للمناقصات سنة 1993 أطلق عليه " القانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالمناقصات "، حيث أن أهم مبادئ هذا القانون هو دعوة أكبر عدد من المترشحين للمشاركة في المناقصة ، راجع في ذلك، بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص ص 149، 150.

- الدعوة إلى الإنتقاء الأولي،
- المسابقة،
- المزيدة «

وبذلك يعد الإعلان إجراء شكليا جوهريا تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة.⁽¹⁾

هذا ولم يكتف المشرع بإلزام الإدارة بإجراء الإعلان، بل فرض عليها بيانات إلزامية يجب أن يحويها هذا الأخير، حددها وضبطها المشرع بمقتضى المادة 46 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وتتمثل في الآتي :

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة (مفتوحة أو محدودة، وطنية أو دولية، أو مزيدة، أو عند الإقتضاء المسابقة)
- شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي
- موضوع العملية
- قائمة موجزة بالمستندات والوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المترشحين مع الإحالة لقائمة تفصيلية واردة في دفاتر الشروط ذات الصلة
- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها ومدة صلاحية العروض
- إلزامية كفالة التعهد عند الإقتضاء.
- الإشارة إلى ضرورة تقديم وثائق العرض في ظرف مزدوج مختوم تكتب فوقه عبارة " لايفتح "
- ومراجع المناقصة.
- ثمن الوثائق عند الإقتضاء

وقد ألزمت المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أن يتم نشر الإعلان وفق قواعد محددة يجب إحترامها تتمثل في :

⁽¹⁾ بوضياف عمار، مرجع سابق، ص146.

- أن يتم تحرير الإعلان باللغة الوطنية وبلغة اجنبية واحدة على الأقل، وهناك من يرى أنه من المفروض تطبيق هذا الشرط على المناقصات الدولية فقط، حفاظا ودعما للثوابت الوطنية المنصوص عليها بنص المادة 03 من الدستور، وخاصة اللغة العربية.⁽¹⁾
- يتم نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي " BOMOP ".⁽²⁾
- يتم نشر الإعلان في جريدتين يوميتين وطنيتين وموزعتين على المستوى الوطني، على الأقل، وتتم عملية النشر عمليا عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار " ANEP " المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية.⁽³⁾ وقد وضع هذا الشرط لزيادة الشفافية وضمان وصول الإعلان إلى أكبر عدد ممكن من المنافسين.

ولكن في الواقع قد يحدث العكس، خاصة بالنسبة لصفقات البلديات والولايات، حيث أن عملية النشر قد تتم على مستوى جرائد غير معروفة وقليلة الانتشار، مما يقلص دائرة المنافسة بسبب محدودية إنتشار الإعلان وفق هذه الجرائد، لهذا كان من المستحسن أن يتم نشر الإعلان في جريدتين إحداها وطنية والأخرى محلية أوجهوية .

هذا وتضمنت المادة 49 إمكانية الإعلان المحلي بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها عن طريق :

- نشر الإعلان عن المناقصة في يوميتين محليتين أوجهويتين
 - إلصاق إعلان المناقصة بمقرات : الولاية، كافة بلديات الولاية، غرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، المديرية التقنية المعنية في الولاية.
- ويخص هذا الإجراء صفقات الأشغال أو التوريدات والدراسات أو الخدمات التي يساوي مبلغها تبعا لتقييم إداري على التوالي خمسون مليون دينار جزائري (50.000.000 دج) أو يقل عنها، وعشرون مليون دينار جزائري (20.000.000 دج) أو يقل عنها.

(1) بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص41.

(2) وقد تم استحداث هذه النشرة بموجب المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 مايو 1984، والمتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 15 مايو 1984، ص716.

(3) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص08.

وغرض المشرع من ذلك هو توسيع دائرة العلم بالمناقصة المزمع إبرامها على المستوى المحلي، بغية الحصول على أكبر عدد ممكن من المتنافسين.⁽¹⁾

وقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 10-236، لأول مرة، إلى النشر الإلكتروني وذلك من خلال المادتين 173 و174. وسنفصل في كيفية استخدام هذه الطريقة ومدى جدواها من خلال الفقرة الثالثة من هذا الفرع.

وتنفيذا للشروط التي وضعها المشرع فإن الإدارة ملزمة باحترام شروط الإعلان من حيث المدة، وكيفية إجراءاته وإلا ترتب عن ذلك بطلان المناقصة، وهوما سار عليه القضاء الفرنسي حينما حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون والمتمثلة في اللصق على اللوحات المعدة لذلك. وفي ذلك يجب التنويه إلى أن البطلان لا يترتب إلا إذا خالفت الإدارة إجراء جوهريا مقررأ أساسا لمصلحة الأفراد، أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عليها البطلان ومثالها حدوث خطأ في الأرقام أو الأخطاء الحسابية.⁽²⁾

وللإشارة فإن التنظيم الحالي للصفقات العمومية لم يبين مدة الإعلان، بينما نجد أن الأمر 67-90 وضح بأن الإعلان ينشر قبل 20 يوما على الأقل من التاريخ المحدد لاستلام العروض، مع إمكانية تخفيض المدة إلى 10 أيام عند الاستعجال.

ثانيا : وضع الوثائق المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المرشحين

تدعيما لمبدأ علانية إجراءات الصفقة العمومية، ومن أجل ضمان وصول المعلومات الخاصة بالمنافسة إلى كل الراغبين في التعاقد، فرض المشرع بموجب المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وضع وثائق المناقصة تحت تصرف أي مؤسسة متعاهدة، كما نص على إمكانية إرسالها إلى أي مرشح يطلبها، وهنا يظهر تذبذب المشرع في استعماله للمصطلحات في نفس المادة، فاستعمل في الفقرة الأولى لفظ " مؤسسة " و في ذلك تضيق لدائرة المنافسة، ليعيد توسيعها في الفقرة الثانية باستعماله لمصطلح "المرشح".⁽³⁾

(1) الواشني مريم، مرجع سابق، ص03.

(2) نفس المرجع، ص04.

(3) تياب نادية، « تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام»، مرجع سابق، ص14.

وتحتوي هذه الوثائق على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنه من تقديم تعهدات مقبولة، خاصة فيما يتعلق بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة والمواصفات التقنية المطلوبة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم، والضمانات المالية والوثائق المطلوبة، واللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات وكيفية التسديد، والعنوان الدقيق، وآخر أجل لتقديم العروض وآجال إيداعها وتاريخ فتحها.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى هذه الوثائق نجدها تتضمن شرحا مفصلا لموضوع الصفقة مما يؤكد حرص المشرع على تطبيق مبدأ العلانية، ومنح الفرصة لجميع المتعاملين للإطلاع على شروط التعاقد، تجسيدا لمبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المرشحين.

ثالثا : إستحداث بوابة إلكترونية للصفقات العمومية

لم تعد وسائل الإعلان عن المناقصة مقتصرة على الوسائل التقليدية المعروفة كالنشر في الصحف والجرائد، فقد شهدت هذه الوسائل تطورا كبيرا، بحيث أصبحت الوسائل الإلكترونية الحديثة تلعب دورا لا يستهان به في هذا المجال، بعد أن أثبتت فوائد عملية كبيرة. فالإعلان عن المناقصة أصبح يتخطى الحدود الإقليمية للدول بمجرد عرضه على شبكة الأنترنت.⁽²⁾

وقد تم تكريس النشر الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية، لأول مرة في الجزائر، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بعد أن تم تجاهله في التنظيمات السابقة الخاصة بالصفقات العمومية، ويعد ذلك تدعيما لأسلوب التعاقد الإلكتروني، الذي اعتمده المشرع الجزائري في المنظومة المدنية منذ سنة 2005.⁽³⁾

وخصص المشرع لعملية الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية المادتين 173 و174 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فأقر بنص المادة 173 بأن تؤسس بوابة إلكترونية خاصة

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص149.

(2) سردوك هبية، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، دون طبعة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008، ص136.

(3) وقد إتجهت السلطات الجزائرية منذ بضعة سنوات إلى إعتماد مشروع الحكومة الإلكترونية، الذي يمكن المواطنين ومختلف المتعاملين من الإطلاع بسهولة على كل المعلومات وتبسيط الإجراءات التي تتم عادة بالمكاتب العادية للإدارة وتحويلها إلى تعامل افتراضي عبر الأنظمة المعلوماتية، راجع في ذلك، ورقلي. ن، «الحكومة ستراقب الصفقات العمومية ببوابة إلكترونية متخصصة»، يومية السلام اليوم، الجزائر، السنة الرابعة، العدد 930، بتاريخ : 2014/05/05 [http:// www.essalamonline.com](http://www.essalamonline.com)، أطلع عليه بتاريخ 2015/05/12، الساعة 10:25، ص03.

بالصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية، أما المادة 174 فقضت بأنه يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، كما حوّلت للمتعهدين والمرشحين إمكانية الرد بالطريقة نفسها.

وإذا كان اعتماد نشر المناقصات بالمواقع الإلكترونية أمراً يستحق الثناء، نظراً لمحاسنه العديدة ومسايرته للتطور التكنولوجي، إلا أن الإشكالية تثار بصدد الرد الإلكتروني من جانب المتعهد وما قد يسببه من مخاطر تسرب المعلومات وتعرضها للقرصنة، مما يفرض إحداث نظام معلوماتي قوي غير قابل للإختراق والقرصنة من شأنه ضمان سرية العروض وسرية الردود وحماية المتعهدين.⁽¹⁾

واستناداً إلى نص المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فقد صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية الخاصة بالصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.⁽²⁾

تتكفل هذه البوابة بنشر النصوص التشريعية والتنظيمية والإستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، إلى جانب قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين والمقصيين من المشاركة في الصفقات وكذا البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة، وقوائم الصفقات المبرمة والمؤسسات المستفيدة منها، كما تنشر تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية وقائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التأهيل والتصنيف والكفاءة، والأرقام الإستدلالية للأسعار.

وتسمح البوابة الإلكترونية كذلك بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وإبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، كما تعمل على تسجيل المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين معها وكذا تيسير تبادل المعلومات بين الطرفين.

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 147.

(2) قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 09 أبريل 2014، ص ص 27-31.

وستنافس هذه الوسيلة الصحف والجرائد اليومية في نشر الإعلانات الخاصة بالصفقات العمومية، حيث يتم نشر الإعلانات فيها في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.⁽¹⁾

وبذلك ستشكل هذه البوابة دعامة إضافية لتكريس مبدأ علانية وشفافية الإجراءات في نطاق الصفقات العمومية، وستمكن المتعاملين الإقتصاديين، وخاصة الأجانب منهم، من الإطلاع على كل ما يتعلق بالصفقات، وفي ذلك تجسيد لمبدأ حرية المنافسة والمساواة بين العارضين.

و يبقى الهاجس الأكبر هو كيفية تفعيل هذه الآلية في الممارسات الواقعية، خاصة وأن المشرع إكتفى بالنص على إمكانية اللجوء إليها دون إلزام المعنيين بذلك، مما جعل المصالح المتعاقدة تتحاشى العمل بها وتعتبرها قيда إضافيا، لذلك كان على المشرع إجبار الإدارة على التعامل بها، خاصة بالنسبة للإعلان عن المناقصات والإعلان عن المنح المؤقت الخاص بها.

المطلب الثاني

طرق ابرام الصفقات العمومية ودورها في تجسيد مبدأ حرية المنافسة

إذا كان اختيار المتعامل المتعاقد في القانون الخاص يتحدد بناء على المفاوضة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن الأمر مختلف بالنسبة للصفقات العمومية التي يكون اختيار المتعامل المتعاقد فيها على أساس اجراء المناقصة كمبدأ عام، وأجراء التراضي كاستثناء. وهذا ما قضت به المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 بنصها : « تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أووفق اجراء التراضي ».

ومن خلال هذا المطلب سوف نتطرق لدراسة هاتين الآليتين لتحديد مدى تجسيد كل منهما لمبدأ حرية التنافس في مجال الصفقات العمومية، ويتعلق الأمر بأسلوب المناقصة باعتبارها القاعدة العامة (الفرع الأول)، و أسلوب التراضي باعتباره كاستثناء (الفرع الثاني).

(1) ورقلي.ن، مرجع سابق، ص03.

الفرع الأول : إعتداد المناقصة كقاعدة عامة للتعاقد

تعدّ المناقصة أحد أهم أساليب اختيار المتعامل مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية، وقد تضمنتها مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري،⁽¹⁾ الذي اعتبرها القاعدة العامة والإجراء التقليدي لإبرام الصفقات العمومية، ونظم إجراءاتها بطريقة مفصلة حيث خصّص لها كمّا معتبرا من النصوص القانونية.

أولا : تعريف المناقصة

تعرف المناقصة على أنها جملة الإجراءات التي حددها المشرع للإدارة، وقيد بها سلطتها في اختيار المتعامل معها، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين بهدف الوصول إلى إبرام العقد مع المناقص الذي يقدم العرض الأقل سعرا والأفضل شروطا.⁽²⁾

أو هي مجموعة من الإجراءات تقرر القوانين واللوائح اتباعها بقصد الوصول إلى التعاقد الذي يقدم ويحقق أفضل الشروط المالية والفنية للإدارة.⁽³⁾

وقد عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 التي جاء فيها « المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفة للعارض الذي يقدم أفضل عرض ».

و يبدو من خلال هذه التعريفات أن سلطة الإدارة عند إتباعها لأسلوب المناقصة مقيدة بجملة من الإجراءات الطويلة والمعقدة، يجب على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بها ومراعاتها.

(1) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 19، 20.

(2) نفس المرجع، ص 59، 60.

وهذه الوسيلة لا يكاد يخلو منها أي من التشريعات المقارنة، وقد حرص المشرع الجزائري على تكريسها في جميع القوانين المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية. وذلك من خلال المادة 32 من الأمر رقم 67 - 90، المادة 33 من المرسوم 82 - 145، المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434، المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 والمادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، ولمزيد من التفاصيل حول تطور أسلوب المناقصة ضمن هذه القوانين، راجع، بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 117-125. و سردوك هبية، مرجع سابق، ص 83-101.

(3) عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 203.

وقد كانت المناقصة في بداية ظهورها تعتمد على آلية الإرساء على العطاء الأقل سعرا، إلى أن ظهرت عدة عيوب نتيجة الاعتماد على هذا المعيار الوحيد، وبرزت اتجاهات جديدة تنادي بضرورة التخفيف من جمود اجراءات التعاقد بطريق المناقصة وتطوير المبدأ التقليدي في إرسائها، ولن يتأتى ذلك إلا بمنح الإدارة العامة قدرا كافيا من الحرية يمكنها من إقامة التوازن بين الاعتبارات الفنية والاعتبارات المالية، وكذا إدخال معايير أخرى للمفاضلة بين العروض المقدمة إلى جانب معيار الثمن.⁽¹⁾ وذلك بغرض الحصول على أفضل العروض من جميع النواحي الفنية والمالية والتقنية وحتى الجمالية، و إقامة التوازن بين السعر والجودة.

و مع ذلك، فإن التطبيقات العملية لهذه الكيفية كثيرا ما تؤدي إلى التضحية بالكيف في سبيل الكم، كما أن هناك من التشريعات ومنها التشريع المصري من يكتفي بقيام المفاضلة بين العطاءات على أساس الثمن فقط.⁽²⁾

وقد ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة باعتماد هذا الأسلوب، واعتبره قاعدة عامة في التعاقد إذا تجاوزت قيمة الطلب العمومي العتبة المالية المحددة بنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، والتي أفادت بأنه إذا كانت قيمة العقد أو الطلب المزمع عقده تجاوز مبلغ ثمانية ملايين دينار جزائري (8.000.000 دج) بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، ومبلغ أربعة ملايين دينار جزائري (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات يجب أن يبرم في شكل صفقة عمومية، وقد ساهم هذا الإجراء في ضبط حرية القائمين على إبرام الصفقات العمومية في مختلف الإدارات، منعا لأي تلاعب بالأموال العامة أو سوء استغلالها.⁽³⁾

يتضح مما سبق ذكره، أن المناقصة تعتبر المجال الخصب والآلية المناسبة لتكريس مبادئ المنافسة، المنصوص عليها بموجب المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، و في مقدمتها مبدأ حرية المنافسة، خاصة إذا التزمت المصلحة المتعاقدة بكافة الإجراءات المقررة بموجبها.

(1) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 76.

(2) كركادن فريد، مرجع سابق، ص 04.

(3) بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 05.

ثانيا : أشكال المناقصة

بالرغم من أن قانون الصفقات قيّد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها باتباع أسلوب المناقصة كقاعدة عامة وأسلوب التراضي كاستثناء، إلا أنه في المقابل ومن أجل التخفيف والتلطيف من قسوة وصرامة إجراءات المناقصة التي تقيد الإدارة إلى أقصى حد ممكن، وضع لها أشكالا مختلفة تسمح للمصلحة المتعاقدة باختيار ما يناسب نشاطها وامكانياتها عند تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض.⁽¹⁾

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 بأن المناقصة يمكن أن تكون وطنية أو دولية، فالمناقصة الوطنية هي التي يفتح فيها مجال التنافس للمتعاملين الوطنيين فقط، أما المناقصة الدولية فهي مفتوحة للمتعاملين الأجانب إلى جانب الوطنيين، وبذلك يتسع مجال المنافسة ويتجسد مبدأ حرية المنافسة بصورة أكبر.

و قد ذكر المشرع أشكال المناقصة على سبيل الحصر لا المثال وهي : المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الإستشارة الإنتقائية، المزايدة، المسابقة.

وحسنا فعل المشرع بتعدد أشكال المناقصة، حتى يتسنى للمصلحة المتعاقدة اختيار الأسلوب الملائم. إلا أنه يؤخذ عليه أنه اوردها بشكل مقتضب، أحيانا، وبطريقة غامضة، أحيانا أخرى، كما أنه لم يضبط كيفية الإرساء التي يتطلبها كل شكل على حده، خاصة وأنها تختلف من شكل إلى آخر.⁽²⁾

إضافة إلى ذلك فقد وقع المشرع في خلط حين أدرج الأشكال السابقة للتعاقد تحت عنوان المناقصة، فإذا كانت المناقصة المفتوحة والمحدودة شكلان لا يمكن الاعتراض عليهما، فإن اعتبار المزايدة ضمن أشكال المناقصة أمر لا يستقيم. لأنه وبالرغم من إعتداد الأسلوبين على المعيار المالي لإختيار المتعامل المتعاقد، إلا أنهما يختلفان من حيث كون المناقصة تقوم على منح الصفقة لصاحب العرض الأقل سعرا، في حين أن المزايدة تقوم على منحها لصاحب العرض الأعلى سعرا.

كذلك فإن إدراج كل من الإستشارة الإنتقائية والمسابقة ضمن أشكال المناقصة أمر منتقد على أساس أن المناقصة وإن كانت تستند إلى معايير أخرى إلا أن أصلها وجوهرها هو الإعتداد على المعيار

(1) عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 206.

(2) بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 05.

المالي المتمثل في العرض الأقل ثمنا، بينما الإستشارة الإنتقائية والمسابقة يعتمدان على معايير أخرى متعددة أغلبها ذات طابع تقني وفني.

وعليه ونظرا للإنتقادات السابقة، كان ينبغي على المشرع أن يضع عنوانا أكثر دقة، ليتماشى مع كل أشكال التعاقد المذكورة بنص المادة 28 سالف الذكر، فقد يتم التنافس على أساس المعيار التقني كما قد يتم على أساس المعيار المالي، وحتى بالنسبة للمعيار المالي فقد يُعتمد العرض الأكثر عطاء، كما قد يُعتمد العرض الأقل عطاء. والعنوان المقترح للإحاطة بكل تلك الأشكال هو مصطلح « الدعوة للمنافسة » أو « الدعوة لتقديم العروض ».⁽¹⁾

1 - المناقصة المفتوحة

وهي المناقصة التي يفتح فيها باب التنافس أمام الجميع، دون قيود أو اشتراطات خاصة يجب أن تتوفر في من يتقدم بعطاءه. فيكون لكل من يجد نفسه قادرا على التعاقد مع الإدارة، أن يتقدم بعرضه الذي يقدم فيه السعر المناسب، والمواصفات الفنية والتقنية، ومستوى الخدمات التي يمكنه إنجازها.⁽²⁾

وقد عرّفها المشرع الجزائري بنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 كماليلي :

« المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا ».

وعليه فإن هذا النوع من المناقصات مفتوح لعدد غير محدود من المتنافسين، ممن يستجيبون للشروط والكيفيات المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة من خلال إعلان المناقصة. ويجسد تكريسا واضحا وصريحا لمبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية، عن طريق فتح باب المنافسة أمام أكبر عدد ممكن من المترشحين وطنيين كانوا أو أجانب، عموميين أو خواص فليس هناك شروط إنتقائية أو إقصائية، وبإمكان كل من توافرت فيهم الشروط العامة المؤهلة للمشاركة في المناقصة تقديم عروضهم.⁽³⁾

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 136، 137. وفيصل نسيغة، مرجع سابق، ص 115، 116.

(2) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 62، 63.

(3) ومثال ذلك، المناقصة الوطنية المفتوحة الخاصة بمشروع : "تجهيز 2000 مقعد بيداغوجي لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي" المعلن عنها تحت رقم 2015/002 ، والتي تم من خلالها فتح باب التنافس أمام جميع الممولين المؤهلين ، أصحاب التجارة بالجملة للتجهيزات في هذا الميدان، ممن يرغبون في إنجاز هذه العملية ويملكون رمز النشاط بالسجل التجاري المطابق لموضوع المناقصة.

2 - المناقصة المحدودة

عرفتها المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 على أنها : « المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً..... ».

ويظهر من خلال هذا التعريف أن المشرع اعترف للإدارة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة، باعتبارها صاحبة المصلحة، ومن صلاحياتها وضع الشروط والمعايير اللازمة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية.⁽¹⁾

وتلجأ الإدارة إلى هذا النوع من المناقصات في العمليات التي تتطلب درجة معينة من الكفاءة أو الخبرة، على أن تحدد الشروط والمؤهلات الخاصة المطلوبة في التعاقد، بصورة مفصلة، في دفاتر الشروط والإعلان الخاص بالمناقصة.⁽²⁾

وبالرغم من السلطة الممنوحة للإدارة، في هذا النوع من المناقصات، إلا أنها تلتزم بتحقيق قواعد المنافسة إلى أبعد حد ممكن، وذلك بحرصها على توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المنشغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع الصفقة.⁽³⁾

وبالتالي فإن أسلوب المناقصة المحدودة يؤدي إلى تقليص مبدأ حرية المنافسة بالقدر الذي يضمن للمصلحة المتعاقدة الحصول على الحد الأدنى من الجودة المطلوبة.⁽⁴⁾

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 129.

(2) ومثال ذلك، الاعلان عن المناقصة الوطنية المحدودة رقم : 2014/76، المتعلقة بمشروع « انجاز مدرجات بملعب الرياح الشطر الثاني »، والتي تم فيها تقييد المنافسة بشرط أن تكون المقاولات المشاركة مؤهلة في ميدان البناء (نشاط رئيسي الدرجة الثانية فما فوق). راجع الملحق الثاني من هذه الدراسة.

(3) سردوك هيبية، مرجع سابق، ص 65.

(4) نفس المرجع، ص 77.

3 - الإستشارة الإنتقائية

تم تعريفها بموجب المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بمائلي :

« الإستشارة الإنتقائية هي إجراء يكون المرشّحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولي.

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة و / أو ذات أهمية خاصة ...».

وتلجأ الإدارة إلى أسلوب الإستشارة الإنتقائية إذا كانت الأعمال موضوع التعاقد ذات طبيعة خاصة من حيث موضوعها وشروط تنفيذها، مما يبرر أن تكون المنافسة محدودة وتشمل المتعهدين الذين تمّ انتقاءهم باعتبارهم الأقدر على تنفيذ موضوعها. ومنه فإن هذا النوع من المناقصات تضيق فيه دائرة المنافسة لتقتصر على فئة معينة، يتم اختيارها من طرف المصلحة المتعاقدة لاعتبارات ومقاييس تقنية ومالية موضوعة مسبقا، تقتضيها ظروف العملية التعاقدية المعقدة والبالغة الأهمية.

وعليه فالإستشارة الإنتقائية، كآلية لإبرام الصفقات العمومية، تهدف إلى تحقيق التنافس بين مجموعة محدودة من المترشحين المدعوبين خصيصا لتقديم عروضهم، بعد أن تمّ انتقاؤهم بصفة أولية اعتمادا على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة بخصوص المتعاملين المتعاقدين معها،⁽¹⁾ وهذا ما يكفل قدرا من الحرية للمصلحة المتعاقدة يتمثل في الإعتراف لها بسلطة انتقاء المترشحين مسبقا.

وبما أن هذا الأسلوب من التعاقد فيه تقليص لمبدأ حرية المنافسة، فقد خصّه المشرّع بإجراءات محدّدة يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها، وتم تفصيل هذه الإجراءات بنص المادتين 31 و32 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، وبالرجوع إلى هاتين المادتين يتبيّن بأن الإستشارة الإنتقائية تمرّ بمرحلتين أساسيتين، فنقوم الإدارة بانتقاء المترشحين مسبقا كمرحلة أولى ثم تدعوهم لتقديم عروضهم وانتقاء أفضلهم في المرحلة الثانية.⁽²⁾

(1) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص17.

(2) لمزيد من الإيضاح حول معايير وإجراءات التعاقد بموجب الإستشارة الإنتقائية، راجع المادتين 31 و32 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدلتين والمتممتين بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

4 - المسابقة

عرف التنظيم الجزائري أسلوب المسابقة منذ صدور أول قانون منظم للصفقات العمومية وهذا تحت تسمية (المباراة) وتطور هذا الأسلوب بتطور التنظيمات المختلفة المتعلقة بالصفقات العمومية، بما فيها المرسوم الرئاسي رقم 10-236، حيث تم تعريفها بنص المادة 34 منه⁽¹⁾ على أنها :

« المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة..... ».

وبذلك تعدّ المسابقة شكلا من أشكال المناقصة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة عندما تريد إنجاز أعمال ذات سمة تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية تستوجب القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد، وهذا من أجل حصولها على أفضل العروض المقدمة من طرف المتنافسين ذوي المهارات الخاصة كرجال الفن والإبداع،⁽²⁾ كأن تريد جهة إدارية مثلا الاستفادة من الطاقة الشمسية في استخراج المياه الجوفية، أو تستهدف الحصول على لوحات فنية ذات طابع أثري لاستعمالها في أحد المتاحف الوطنية.⁽³⁾

وقد استعمل المشرع في نص المادة 34 سائلة الذكر مصطلح « رجال الفن »، فهل المقصود من ذلك قصر المسابقة على الأشخاص الطبيعيين دون سواهم ؟ فلا شك أن هذا المفهوم الضيق يتعارض مع مقتضيات مواد قانون الصفقات العمومية، خاصة نص المادة 28 التي تعتبر المسابقة شكلا من أشكال المناقصة، تقوم على مبدأ جوهرى يتمثل في حرية المنافسة مما يقتضي فتح مجال المنافسة لكل العارضين لتقديم عروضهم سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين. كذلك نص المادة 21 التي بيّنت أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، والمادة 03 التي تركز مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بما فيها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية. وعليه كان على المشرع التدخل لإصلاح الخطأ الذي ارتكبه بقصر المشاركة على الأشخاص الطبيعيين، خاصة وأنه لا يوجد مبرر لإقصاء الأشخاص المعنوية،⁽⁴⁾ كما يجب عليه أن يكون دقيقا في اختيار المصطلحات، بما يضمن عدم التعارض بين النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.

(1) المعدلة و المتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 69.

(3) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 144.

(4) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 70.

أما بالنسبة لإجراءات المسابقة فإنها تمرّ بنفس مراحل المناقصة خاصة في بدايتها مع اختلاف بسيط في التقييم النهائي للعروض، وتم تفصيل هذه الإجراءات بنص المادة 34 المذكورة أعلاه.

5 - المزايدة

يقصد بالمزايدة الطريقة والإجراء المقرر قانونا الذي تلتزم بمقتضاه الإدارة باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدّم أعلى عطاء ممكن.⁽¹⁾

فبالرغم من اعتبار كلا من المناقصة والمزايدة طريقتان أساسيتان لإبرام العقود الإدارية، و هدفهما واحد، ألا وهو تحقيق المصلحة العامة، إلا أنهما يختلفان من نواحي عديدة، ففي حين أن المناقصة تستهدف من يتقدم بأقل عطاء، وتلجأ إليها الإدارة عادة إذا كان موضوع العقد يتمثل في أشغال عامة أو توريد أو خدمات أو انجاز دراسات. فإن المزايدة تهدف إلى التعاقد مع صاحب أعلى عطاء، وتلجأ إليها الإدارة عندما تعتمد إلى بيع أو تأجير جزء من أملاكها، كتأجير البلديات للأسواق الأسبوعية، أو بيعها للأشياء المنقولة التي ألغى إستعمالها والعتاد الذي فقد صلاحياته التقنية.⁽²⁾

وقد اعتبر المشرع الجزائري المزايدة شكلا من أشكال المناقصة وعرفها بنص المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 على أنها : « المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهّد الذي يقدّم العرض الأقل ثمنا وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري ».

نلاحظ من خلال هذا التعريف، أن المشرع وقع في خطأ مزدوج، عندما أدرج المزايدة ضمن أشكال المناقصة، وعندما نص على أن المزايدة تمنح للمتعاقد الذي يقدّم أقل ثمن، بحيث أخلط بين المناقصة والمزايدة وهما مفهومان مختلفان كما سبق بيانه، فالهدف من المناقصة هو الحصول على أفضل سعر بغير مساس بجودة و محل العقد، أي الجمع بين أفضل الشروط المالية والفنية التي تتحقق بها مصلحة المرفق العام، أما الهدف من المزايدة فهو الحصول على أفضل وأعلى سعر أو عطاء.⁽³⁾

(1) عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 203.

(2) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 143.

(3) كركادن فريد، مرجع سابق، ص 06.

وقد ضيق المشرع الجزائري من مجال المنافسة بالنسبة لأسلوب المزايدة، حيث أنه قصر امكانية المشاركة على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري وبعد ذلك خروجاً عن القاعدة العامة الواردة بنص المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، التي تقر بأن المناقصة يمكن أن تكون وطنية أو دولية وباعتبار المزايدة شكلاً من أشكال المناقصة فمن المفترض أن تخضع لهذه القاعدة، وهناك من برّر هذا الخروج بالمحافظة على مبدأ السيادة على الأملاك الوطنية.⁽¹⁾

ونشير في الأخير إلى أن أسلوب المناقصة كطريقة للتعاقد في نطاق الصفقات العمومية يعدّ المجال الحقيقي لتكريس مبدأ حرية المنافسة بين المتعاملين الإقتصاديين، إلا أن هذا المجال يتسع ويضيق بحسب نوع المناقصة المعتمدة.

ثالثاً : إجراءات المناقصة

تمرّ الصفقة العمومية بمراحل طويلة حتى تظهر إلى حيز الوجود، خاصة فيما يتعلق بأسلوب المناقصة الذي اتخذته المشرع الجزائري كقاعدة عامة للتعاقد مع الإدارة، وخصّه بإجراءات معقدة ضماناً لفعالية ونجاح نظام المناقصة، وحرصاً على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الراشد للمال العام.

فبالرغم من تعدد أشكال المناقصة واختلافها إلا أنها تقوم جميعاً على المبادئ العامة والأساسية لهذا الأسلوب والمتمثلة في مبدأ حرية المنافسة، مبدأ المساواة بين المتنافسين ومبدأ العلانية، وتطبيقاً لهذه المبادئ فقد وضع المشرع إجراءات خاصة بعملية المناقصة يجب مراعاتها، وذلك لضمان الحصول على المتعاقد الكفء من جهة، وحسن استخدام المال العام والمحافظة عليه، من جهة أخرى.

وتبدأ عملية الإعداد للمناقصة بجملة من الإجراءات التحضيرية اللازمة بغرض توفير الغلاف المالي للصفقة، الذي يقتطع أحياناً من ميزانية الدولة، وأحياناً أخرى يقيّد ويحسب من ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع.⁽²⁾

(1) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص16.

(2) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص141.

بعد ذلك تمرّ المناقصة بإجراءات عديدة نستعرضها من خلال المراحل التالية :

1 - اعداد دفتر الشروط

تبدأ عملية تنفيذ المناقصة بتحديد الحاجيات المرتقبة من العملية التعاقدية تحديدا دقيقا في حدود الإحتياجات الفعلية والضرورية للمصلحة المتعاقدة، و منها يشرع في إعداد دفتر الشروط الخاص بالمنافسة.

ونظرا لأهمية هذه الخطوة ودورها في تكريس مبادئ المنافسة ومكافحة الفساد بجميع أشكاله، فقد نظمها المشرع وفق قواعد اجرائية محددة وأخضعها لنظام رقابي صارم، سبق التعرض له في المطلب الأول من هذا المبحث.

2 - الإعلان عن المناقصة

يعتبر أول إجراء تقوم به الإدارة من أجل إعلام الغير بإرادتها أو رغبتها في التعاقد، فتقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن المناقصة وبيان شروطها ومواصفات أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد بشأنها بصورة وافية وفقا للطرق المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.⁽¹⁾ حتى يتسنى لذوي الشأن التقدّم بطلباتهم.

ويعتبر الإعلان من أكثر الإجراءات ضمانا لتجسيد مبدأ حرية المنافسة، حيث أنه يهدف إلى توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المتنافسين الذين يتقدمون بطلباتهم على ضوء الشروط المعلن عنها، كما أن طريقة نشره تضمن المساواة بين المتنافسين باعتبار أنه يصدر في نفس الوقت وب نفس الوسيلة بالنسبة لكافة المتعاملين، وأن أي إجراء يخالف ذلك قد يؤدي إلى إبطال الصفقة بسبب خرق قواعد الإعلان.

⁽¹⁾ وبالتحديد المادتين 45 و 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وذلك وفق التفصيل الذي تم بيانه في المطلب الأول من هذا المبحث.

3 - مرحلة ايداع العروض

بعد الإعلان عن المناقصة في مختلف الوسائل القانونية، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المترشحين جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة، حتى يتمكنوا من تقديم تعهدات مقبولة مطابقة للمواصفات المطلوبة، مع منحهم مهلة محددة لتقديم عطاءاتهم من أجل الظفر بالصفقة.

وتعرف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة.⁽¹⁾

وقد نظم المشرع الجزائري عملية ايداع العروض ولكنه سكت عن تحديد الآجال والمواعيد اللازمة لذلك، سواء فيما يتعلق بميعاد تقديم العروض أو مدة صلاحيتها، وترك ذلك للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة لإختيار الأجل الذي يناسبها، مع إلزامها بمراعاة عناصر معينة، مثل تعقيد موضوع الصفقة والمدة التقديرية لتحضير العروض، وهذا ما قضت به المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 بنصها :

« يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات..... ».

كما أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية تمديد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا إقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة عليها إعلام المترشحين بكل الوسائل الممكنة.⁽²⁾

وكان من الأفضل لو أن المشرع قد وضع حدا أدنى ينبغي مراعاته وعدم النزول عليه بخصوص أجل ايداع العروض، وذلك حتى لا تبادر الإدارة بوضع حد قصير قد يحرم الكثير من المعنيين من ايداع عروضهم، خاصة إذا كانت الوثائق المطلوبة كثيرة وتتطلب وقتا طويلا لتحضيرها.⁽³⁾ ذلك أن الآجال الوجيزة أو القصيرة من شأنها أن تحد من المنافسة ونجاعة الدعوة إليها، وتؤثر على نوعية العروض المقدمة من قبل المتنافسين. وهوما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى التمديد في أجل ايداع العروض أو إعادة

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 150.

(2) الفقرة 02 من المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 151.

إجراءات الدعوة إلى المنافسة، وفي ذلك تضييع للوقت والجهد والمال. كما قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي باعتباره طريقاً إستثنائياً لإبرام الصفقات العمومية، وفي ذلك تقليص لحرية المنافسة.⁽¹⁾

هذا وقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة، عند اختيارها لأجل ايداع العروض، بفسح المجال واسعا أمام أكبر عدد ممكن من المتنافسين تجسيداً لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.⁽²⁾

ومن ضمانات تكريس مبادئ المنافسة في هذه المرحلة، أنّ المشرع قد اشترط أن يكون ايداع العروض في مكان واحد وفي مجال زمني موحد، حُدّد باليوم الأخير من مدة تحضير العروض.* هذا بالإضافة إلى إحاطة مضمون العروض بالسرية وعدم جواز الإطلاع عليها من قبل الغير.⁽³⁾

وتحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض ابتداء من تاريخ أول نشر للإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، ويتم في اليوم الأخير من هذه المدة ايداع العروض وفي الغالب تحدّد بالساعات من بداية هذا اليوم إلى آخره، وتتم عملية فتح الأظرفة التقنية والمالية في آخر ساعة من هذا التحديد، أما إذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمدّد إلى غاية يوم العمل الموالي، وهذا ما قضت به الفقرة 05 من المادة 50 سالف الذكر.

ويجب أن تقدّم العروض طبقاً للشروط والمواصفات التي تحددها المصلحة المتعاقدة سلفاً، كما يجب أن تشمل على عرض تقني وعرض مالي، ويوضع كل عرض في ظرف منفصل ومقفّل ومختوم ويبين فيه مرجع المناقصة وموضوعها، ويتضمنان عبارة « تقني » أو « مالي » حسب الحالة، ويوضع الطرفان في ظرف آخر مقفّل ويحمل عبارة « لا يفتح - مناقصة رقم..... موضوع المناقصة »، وذلك ضماناً لسرية العطاءات وشفافية المعاملات.⁽⁴⁾

(1) المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) الفقرة 04 من المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

* حسناً فعل المشرع بتحديد يوم واحد خاص بإيداع العروض وهو اليوم الأخير من مدة تحضير العروض، كما أن الساعة الأخيرة من ذلك اليوم تصادف ساعة انعقاد جلسة لجنة فتح الأظرفة، وفي ذلك ضمان لعدم التلاعب بالعروض المقدمة، لأنه في ظل التنظيم السابق للصفقات العمومية كانت مدة ايداع العروض تبدأ ابتداء من أول نشر للإعلان وإلى غاية يوم فتح الأظرفة، وبالتالي كان المجال واسعا للتلاعب من طرف المصلحة المتعاقدة، ليصل إلى إمكانية فتح الأظرف والإطلاع عليها قبل الميعاد القانوني للفتح.

(3) حميدة أحمد سرير، مرجع سابق، ص13.

(4) يحتوي كل من العرض التقني والعرض المالي على وثائق محددة تضمنتها المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236

المعدلة والمتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

لم يحدد المشرع كيفية ايداع العروض، وبالتالي إما أن تكون بالتسليم المباشر لدى المصلحة المتعاقدة مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته، أو عن طريق إرسالها بالبريد، وفي هذه الحالة العبرة بتاريخ الإستلام لا بتاريخ الإرسال، ويأخذ الواقع العملي بالأسلوبين.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أنه و طبقا لنص المادة 55 مكرر المحدثه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23-12 المعدل والمتّم للمرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، لا يمكن للمتعهدين تقديم أكثر من عرض واحد في كل إجراء لإبرام صفقة عمومية.

4 - مرحلة فحص العروض

أسند التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية هذه المهمة إلى لجنتين هما : لجنة فتح الأظرفه ولجنة تقييم العروض.⁽²⁾

فنتولى لجنة فتح الأظرفه مهمة فتح الأظرفه التقنية والمالية الخاصة بالعروض المقدمة، في جلسة علنية بناء على استدعاء من المصلحة المتعاقدة، وبحضور المتعهدين أو ممثليهم الذين يتم إعلامهم مسبقا عن طريق الإعلان وفي دفتر الشروط الخاص بالمناقصة بيوم وساعة فتح الأظرفه، وهذا ما يجسّد أهم ضمانات حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

ينحصر دور هذه اللجنة في تفريغ العطاءات وإثبات ما اشتملته من وثائق ومقدار العرض المالي الذي احتوته، وتحرر محضرا بذلك أثناء انعقاد الجلسة تضمنه تحفظات أعضائها ومقترحاتهم، ويجب أن يحمل المحضر توقيعات جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، وعند الإقتضاء تحرر اللجنة محضرا بعدم جدوى العملية.⁽³⁾

أما بالنسبة للجنة تقييم العروض فإنها تبدأ عملها من حيث إنتهى عمل لجنة فتح الأظرفه، فنتولى تحليل العروض المقدمة وبدائل العروض من أجل تقديم الاقتراحات للمصلحة المتعاقدة، وخولها المشرع

(1) تياب ناديه ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص94.

(2) وسيتم التعرض بالتفصيل لتشكيلة اللجنتين ودورهما وكيفية أداء المهام الخاصة بكل منهما في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه الدراسة، والمخصص للرقابة الإدارية على الصفقات العمومية.

(3) المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المعدلة و المتّممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 23-12. وكمثال على ذلك فقد تم اعلان عدم جدوى المناقصة الوطنية المحدودة رقم : 2014/76 المتعلقة بمشروع " انجاز مدرجات بملعب الرباح الشطر الثاني " نظرا لعدم تلقي أي عرض. راجع الملحق الثالث من هذه الدراسة.

في إطار ذلك صلاحية اقضاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولدنتر الشروط، لتقوم بعد ذلك بتحليل العروض الباقية من الناحية التقنية والمالية على مرحلتين لتحديد أفضلها وفقا لأحكام القانون.⁽¹⁾ وهذا ما يدل على رغبة المشرع في تطوير نظام المناقصة، باعتماده على معايير وشروط أخرى لإختيار المتعامل المتعاقد إلى جانب المعيار الأصلي المعتمد على عنصر الثمن، و من تلك المعايير ضرورة مراعاة شروط حماية البيئة وحماية اليد العاملة المحلية وغيرها، وإدراج مثل هذه الشروط يؤدي بالضرورة إلى عدم التركيز على عنصر الثمن، وإن كان سيبقى العنصر الفاصل في عملية الإسناد بعد تأهل العروض تقنيا.⁽²⁾

5 - مرحلة إرساء المناقصة

بعد التأكد من مطابقة العطاءات لشروط المناقصة ومواصفاتها يتم إرساؤها على صاحب العطاء الأفضل لإنجاز المشروع المعلن عنه، وهذا على ضوء ما يسفر عنه فحص وتقييم العروض

وبالرغم من أن المشرع أعطى للمصلحة المتعاقدة صلاحية فحص العطاءات. إلا أنه ليست لها الحرية المطلقة في عملية الاختيار والبت النهائي في العروض، إذ يجب عليها التقيد بجملة من الضوابط والمعايير المحددة سلفا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة، وذلك عملا بأحكام المادتين 38 و 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236.⁽³⁾

ويتم تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت الخاص بالصفقة للمتعاقد الحاصل على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي.⁽⁴⁾

ولا تبلغ في إعلان المنح المؤقت إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية للمتعهد الذي رست عليه المناقصة. أما فيما يخص المتعهدين الآخرين، فإنه على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية، للإتصال بمصالحها، في أجل أقصاه ثلاثة أيام (03) ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة.

(1) المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 200.

(3) الواشني مريم، مرجع سابق، ص 09.

(4) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 180.

وعملاً بأحكام المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236، فإن الإعلان عن المنح المؤقت يتم في نفس الجرائد التي تم فيها الإعلان عن المناقصة مع تحديد بعض البيانات من ضمنها الجهة المعنية بالتعاقد، موضوع المناقصة، إسم الفائز ورقم تعريفه الجبائي، مجموع نقاط العرض التقني والعرض المالي، السعر وآجال تنفيذ الصفقة. وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر إختيار الإدارة للعرض الفائز وهذا لإضفاء المزيد من الشفافية على العملية التعاقدية.⁽¹⁾

ويرى البعض أن المنح المؤقت للصفقة هو إجراء بيروقراطي من شأنه إطالة أمد المناقصة بدون فائدة، وقد تم دحض هذا الرأي من منطلق أنه إجراء مستوحى من المبادئ التي يقوم عليها نظام المناقصة، وفي مقدمتها مبدأ العلانية، الذي يتولد عنه حق المشتركين في الإطلاع على الإجراءات التي تم إتخاذها في مختلف مراحل إبرام الصفقة. كما أن الشفافية التي يضيفها إجراء المنح المؤقت تمكن المتنافسين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات المعنية، وتضمن حياد الإدارة وابعادها عن الشبهات، كما أنها تؤدي إلى تفعيل نظام الرقابة الذي نظمته المشرع في قانون الصفقات العمومية.⁽²⁾

6 - مرحلة إعتداد الصفقة

رغم الأهمية التي تحظى بها مرحلة إرساء المناقصة، إلا أن هذا الإرساء لا يعدو أن يكون مجرد اختيار مؤقت من قبل المصلحة المتعاقدة، ولا يكون نهائياً إلا بعد صدور قرار باعتماده من الجهة المختصة، وهذا ما قضت به المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها : « لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة ادناه.....»

ومنه فإن الصفقة لا تكون نهائية ولا تدخل حيز النفاذ إلا بعد الموافقة عليها واعتمادها من طرف السلطة المختصة، وذلك حسب التفصيل المذكور بنص المادة 08 أعلاه. وبموجب هذا الإعتداد يصبح العقد نهائياً وتدخل الصفقة مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ.

الفرع الثاني : اعتماد التراضي كاستثناء

تعتبر المناقصة بأشكالها المختلفة الأصل والقاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية بما تكفله من حق المشاركة لكل العارضين، غير أنه في بعض الحالات لا يمكن الإعتماد على هذا الأسلوب، نظراً

(1) راجع الملحق التاسع من هذه الدراسة المتضمن نموذج إعلان عن المنح المؤقت لصفقة عمومية بالجرائد.

(2) سردوك هيبية، مرجع سابق، ص 183، 184.

لأسباب موضوعية معينة تستدعي الخروج عن الإجراءات المألوفة في قانون الصفقات العمومية، وإتباع أسلوب أكثر مرونة دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر، ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي.⁽¹⁾

أولا : تعريف التراضي

التراضي أو الإتفاق هو ذلك الأسلوب الإستثنائي في التعاقد الذي تنتهجه السلطة المختصة دون التقيد بشكليات المناقصة، وذلك في إطار المناقشة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد، مع الإحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب، وبشرط الإلتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب. ففي هذه الحالة تتصرف الإدارة مثل فرد عادي، فتناقش بكل حرية وتختار من تريد.⁽²⁾

من خلال هذا التعريف يبدو أن التراضي كأسلوب للتعاقد يخول للإدارة التحرر من كافة القيود الشكلية والإجرائية المفروضة في أسلوب المناقصة، مما قد يؤدي إلى الإخلال بمبادئ المناقصة المذكورة بموجب نص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وفي مقدمتها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، لذلك فإن أغلب التشريعات التي تبنت هذا الأسلوب أولته عناية بالغة بأن ضببطت حالات اللجوء إليه، ونظمت قواعد وشروط إعماله.⁽³⁾

وقد تناول المشرع الجزائري كيفية التراضي كطريقة للتعاقد في مختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية،⁽⁴⁾ كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الذي كان أكثر دقة ووضوح في تحديد حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب والإجراءات المنظمة له.

فقضت المادة 25 منه بأن التراضي يعتبر أسلوبا استثنائيا لإختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية، وعرفته المادة 27 المعدلة والمتمة بموجب المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 وذلك كمايلي : « التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون

(1) وهو أسلوب للتعاقد تبنته أغلب التشريعات المقارنة، ومنها التشريع المصري بنص المادة 07 من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، وأطلق عليه مصطلح « الإتفاق المباشر ». راجع في ذلك، محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 60 وما بعدها.

(2) بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 06.

(3) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، ص 19.

(4) تم تعريف التراضي كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية بموجب المادة 60 من الأمر 67 - 90، والمادة 27 من المرسوم رقم 88-145، والمادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 434، والمادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250.

الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظّم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة ... ».

ونشير إلى أن استعمال المشرّع لمصطلح « التراضي » كان محل انتقاد، لأن التراضي هو أساس كل العقود سواء عقود القانون العام أو الخاص، ويجب أن يتحقق في النوعين. وبالتالي فإن أنسب مصطلح يوافق هذه الكيفية هو « الإتفاق المباشر » الذي استخدمه المشرّع المصري، أو « التفاوض » الذي استخدمه المشرّع الفرنسي.⁽¹⁾

ثانيا : اشكال وحالات التراضي

من خلال نص المادة 27 المذكورة أعلاه نجد أن المشرّع تبنى شكلين للتراضي، التراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة، وحدد الحالات الخاصة بكل شكل على سبيل الحصر.

1 - التراضي البسيط

عرفته الفقرة 02 من المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بنصها : « إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتماده إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم ».

من خلال هذا النص تم التأكيد على أن التراضي البسيط يعد صورة استثنائية لإبرام العقود الإدارية، يُسمح للمصلحة المتعاقدة باعتماده في حالات حصرية تناولتها أحكام المادة 43 من المرسوم ذاته، وهي حالات تنتم في معظمها بطابع السرية والإستعجال ويتطلب تنفيذها كفاءة عالية.

وبالرجوع إلى نص المادة 43 نجد أن المشرّع قد حاول صياغتها بصورة دقيقة وقطعية،⁽²⁾ حتى لا يترك مجالا للإدارة للتمادي في استخدام سلطتها التقديرية في اللجوء إلى هذا الإجراء، نظرا لخطورته ومايتمخض عنه من نتائج سلبية، في مقدمتها الإخلال بحرية المنافسة بين المتعاملين و تبديد المال العام. ويتم التعاقد عن طريق التراضي البسيط في الحالات التالية :

(1) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص19.

(2) يبدو ذلك من خلال التعديل الذي مسّ هذه المادة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12 - 23، المعدّل والمتمّم للمرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

أ - عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وبالرجوع إلى نص هذه المادة، نجد أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية قبل الشروع في تنفيذ الخدمات ولكن استثناءً سمح لمسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وذلك في حالة وجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، وترسل نسخة من المقرر المذكور إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى مجلس المحاسبة. ليتم فيما بعد إدراج هذه الخدمات ضمن صفقة تسوية خلال ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور، وذلك بشرط أن يفوق مبلغ العملية العتبة المالية المذكورة بنص المادة 06 من نفس المرسوم.⁽¹⁾

ب - عندما يتحتم على المصلحة المتعاقدة تنفيذ خدمات بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إبرام الصفقات، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط، مع ضرورة توفر الشروط التالية :

- ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال.

- ألا تكون تلك الحالات نتيجة مناورات للماطلة.

- أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى هذه الطريقة أثناء اجتماع الحكومة

ج - حالات الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار، فالمصلحة المتعاقدة قد تكون في وضعية استعجال تحتم عليها الدخول في رباط عقدي في وقت وجيز، وأي تأخير قد ينجم عنه ضياع مالها أو استثمارها، وهو ما يعني ضرورة اللجوء إلى أسلوب التراضي باعتباره أوفر للوقت، وذلك بعد تحقق الشروط التالية :

- أن يتعلق الإستعجال بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار.

- أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، وأن لا يتكيف وآجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة.

- ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال.

- ألا يكون الإستعجال نتيجة مناورات للماطلة من طرف الإدارة المتعاقدة.⁽²⁾

(1) المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 107.

وحسنا فعل المشرع عندما ضبط حالات الاستعجال بشروط محددة، وأوجب على المصلحة المتعاقدة تقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحققها عند كل رقابة تمارس على الصفقة العمومية، خاصة وأن فكرة الاستعجال فكرة مرنة، ويمكن استغلالها بصفة احتيالية، من طرف المصلحة المتعاقدة لعقد صفقات مشبوهة، حيث أنه عمليا يصعب تحديد وقياس مدى وجود الإستعجال من عدمه.

د - عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلاّ على يد متعامل متعاقد وحيد يحتكر النشاط موضوع التعاقد، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، أو لإعتبارات ثقافية أو فنية. وقد أصاب المشرع عندما أعفى المصلحة المتعاقدة من اجراءات المناقصة في هذه الحالة، لأن هناك متعامل وحيد وتتوفر فيه المواصفات التقنية المطلوبة ولا جدوى لهدر الوقت والمال في اجراءات المناقصة المعقدة.

هـ - في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان سير الإقتصاد أو توفير الحاجات الأساسية للسكان، ويتحقق ذلك عند حدوث كوارث طبيعية مثل الزلازل والفيضانات وتكون الإدارة في حاجة ماسة الى تمويل السكان بمواد استهلاكية في تلك المناطق المنكوبة، مما يحتم عليها اللجوء إلى الأحكام غير العادية في التعاقد، كأن تلجأ مثلا إلى ممون أوعدة ممونين لتزويدها بالمواد أو المنتجات.⁽¹⁾ ويشترط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الإستعجال غير متوقعة من المصلحة المتعاقدة، كما يشترط ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

و- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء الى التراضي كطريقة استثنائية لإبرام الصفقات، إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سالف الذكر.

ي - 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.

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 190.

ونشير إلى أن اعطاء أولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بطريق التراضي، حتى وإن كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي، فهو أمر في غاية الخطورة ويؤدي إلى الإخلال بمبادئ المنافسة المكرسة بموجب قانون الصفقات، ومبدأ حرية التجارة والصناعة المكرس بموجب المادة 37 من دستور 1996. لذلك كان على المشرع إعادة النظر في هذه الحالة بأن يدع المؤسسات العمومية حرة لتثبت وجودها وسط عالم كله منافسة، لا أن تحضى فيه مؤسسة معينة بامتياز أو أولوية أو حق حصري، فالتوجه الإقتصادي للدولة يرفض، من حيث الأصل، اعطاء أولوية ما لمؤسسة على حساب أخرى طالما كانت المؤسسات تنشط في نفس المجال.⁽¹⁾

ف - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سالف الذكر، وقد وردت هذه الحالة بشكل مطلق مما يفسح المجال واسعا للتفسير، لذلك كان على المشرع إعادة صياغتها بأكثر دقة ووضوح.

ونشير إلى أن حالات التراضي البسيط الواردة بنص المادة 43 اعلاه مذكورة على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب، كما أن التعاقد بموجب اجراء التراضي البسيط لا يمكن اعتماده في الصفقات الدولية وهذا ما قضت به المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.⁽²⁾

2 - التراضي بعد الاستشارة

هو ذلك الإجراء الذي يسمح بإبرام الصفقة العمومية بموجب استشارة بسيطة محدودة وبواسطة وسائل مكتوبة مخصصة لذلك دون الشكليات الأخرى،⁽³⁾ وقد حددت حالاته بموجب المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وهي حالات تنسم في أغلبها بطابع السرية لإرتباطها بصفقات

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص ص 191، 192.

(2) وذلك بعد تعديلها بنص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 المعدل والمتمّم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(3) المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمّم.

المؤسسات السيادية في الدولة، وتنفيذ بعض الخدمات ذات الطابع العسكري.⁽¹⁾ وتتمثل هذه الحالات فيمايلي :

أ - عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، ويتحقق ذلك عند استلام عرض واحد فقط أوإذا لم يتم استلام أي عرض، أو اذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو إذا لم يتم تأهيل أي عرض، ففي هذه الحالات أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي ولكنه لم يعفها من اجراء الإستشارة.⁽²⁾ كما فرض عليها استعمال نفس دفتر الشروط الخاص بالمناقصة، باستثناء كفالة التعهد وكيفية الإبرام والزامية نشر الإعلان عن المنافسة، وذلك من باب تخفيف إجراءات الإبرام.

هذا ومن أجل توسيع دائرة المنافسة واعطاء فرصة لكل المتعاملين، فقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة استشارة ثلاثة (03) متعاملين مؤهلين على الأقل، كما ألزمها باستشارة جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة ما لم تكن هناك حالة استثناء مبررة قانونا.

ب - في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

ج - في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية، وذلك لتعلق هذه العمليات بالأمن والدفاع الوطني مما يستدعي خضوعها لطابع السرية الذي يتنافى وعملية النشر المعروفة في المناقصة.

تحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة والأشغال المذكورة أعلاه بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني، حسب الحالة، والوزير المكلف بالمالية.⁽³⁾

(1) بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 06.

(2) وكمثال على ذلك فقد لجأت بلدية الرياح لأسلوب التراضي بعد الاستشارة، بعد عدم جدوى المناقصة الوطنية المحدودة رقم : 2014/76 المتعلقة بمشروع " انجاز مدرجات بملعب الرياح الشطر الثاني " نظرا لعدم تلقي أي عرض، وتم الإعلان عن الاستشارة تحت رقم : 2014/52. راجع الملحق الرابع من هذه الدراسة.

(3) وقد تم في هذا الشأن صدور القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 02 غشت 2011، والمحدد لقائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي لا تتطلب اللجوء إلى المناقصة، جريدة رسمية عدد 06، صادرة بتاريخ 12 فبراير 2012، ص 42، 41. وبالرجوع الى هذا القرار نجد أن قائمة العمليات التي تضمنها ليس لها طابع خاص يبرر ويستلزم اللجوء

د - في حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة والتي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.

هـ - في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أوفي إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط، في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى، و تكمن الحكمة من إدراج هذه الحالة ضمن حالات التراضي بعد الإستشارة في ضرورة احترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي.⁽¹⁾

هذه هي الحالات التي أوردها المشرع الجزائري ضمن أسلوب التعاقد بالتراضي بنوعيه، فبالرغم من ذكرها على سبيل الحصر إلا أنه يؤخذ على المشرع أنه تطرق إليها بنوع من الغموض وعدم الضبط بالإضافة إلى عامل التنوع و التوسع في هذه الحالات، وهذا من شأنه التأثير على العملية التعاقدية واعطاء الفرصة للمصلحة المتعاقدة لإستغلال هذه الثغرات باللجوء إلى هذا الإجراء دون مبرر حقيقي، ذلك أن استعمال عبارات مطّاطة مثل « وجود خطر يهدد استثمارا » أو « الأمن العمومي » يمنح للإدارة سلطة تقديرية غير محددة و يحصنها من أي تعقيب أو رقابة، وبالتالي يكثر التعاقد بهذا الأسلوب ويتحول الإستثناء إلى قاعدة، مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ حرية المنافسة ومن ثم استغلال المال العام استغلالا معيبا.

ثالثا : إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي

من خلال النصوص القانونية المنظمة لأسلوب التعاقد بطريق التراضي، يتبين أن المشرع الجزائري قد سمح للإدارة المتعاقدة بحق اختيار المتعامل المتعاقد دون حاجة لإتباع الإجراءات الشكلية المعقدة المتبعة في المناقصة بأنواعها.

= إلى التراضي وبالتالي افلاتها من إجراء الإعلان عن المنافسة المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية، راجع في ذلك، تيا ب نادية، «تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام»، مرجع سابق، ص14.
(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص195.

فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من أهم قيد ألا وهو عملية الإعلان عن المنافسة، ولكنه في المقابل لا يعفيها من كل القيود الشكلية المقررة في التعاقد، إذ أنه يلزمها باتباع إجراءات شكلية بسيطة سواء في التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.⁽¹⁾

ومن ضمن تلك القيود ماتضمنته المادة 43 المذكورة سابقا، من ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة، حسب الحالة، عند اللجوء إلى التراضي البسيط وذلك بخصوص المشاريع ذات الأولوية وذات الأهمية الوطنية، وكذلك المشاريع المتعلقة بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.⁽²⁾

كذلك من ضمن الشكليات المقررة، أن المشرّع ويمقتضى المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلن اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة على الصفقة، وبذلك يكون قد ألقى على عاتقها عبء اثبات توافر إحدى الحالات المنصوص عليها بموجب المادتين 43 و 44 من نفس المرسوم، حتى لا تسيء استغلال الرخصة الممنوحة لها، فتتخذ من التراضي أسلوبا قاعديا لإبرام تعاقداتها بقصد تغطية صفقاتها المشبوهة.

هذا وقد خصّ المشرّع أسلوب التراضي بعد الإستشارة ببعض الإجراءات الشكلية، ومن بينها خضوع دفتر الشروط الخاص بالإستشارة لتأشيرة لجان الصفقات العمومية والزامية توجيه الإدارة لخطاب رسمي لمجموعة من المتعاملين تدعوهم للمشاركة في المنافسة وتقديم عروضهم، كذلك وجوب الإعلان عن المنح المؤقت الخاص بالعملية، وذلك لضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن أمام لجنة الصفقات المعنية.⁽³⁾

وعليه فإن المصلحة المتعاقدة حتى في حالات التراضي تبقى مقيدة ببعض الإجراءات الشكلية مما يضمن الحفاظ على مبادئ المنافسة ولو بصورة جزئية.

من خلال ما سبق يتضح أن تنظيم الصفقات العمومية حدّد طرق إبرام الصفقات العمومية وحصرها في أسلوبين، فاعتبر المناقصة كقاعدة عامة وأولاه أهمية خاصة من خلال ضبط أشكالها

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 195.

(2) الفقرتين 06 و 08 من المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدّل والمتمم.

(3) وتطبيقا لذلك تم اعلان المنح المؤقت الخاص بالتراضي بعد الاستشارة لمشروع " انجاز مدرجات بملعب الرياح الشطر الثاني " تحت رقم : 2014/184. راجع الملحق الخامس من هذه الدراسة.

وتحديد إجراءاتها حرصاً منه على اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل الكفء القادر على تأدية الخدمة العامة بأقل التكاليف وأحسن التقنيات، كما فسخ مجالا من الحرية للإدارة لإعتماد أسلوب التراضي مع تقييدها ببعض الإجراءات حفاظاً على مبادئ المنافسة وشفافية الإجراءات.

الفصل الثاني

ضمانات تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

لما كان للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية وإنجاز برامج التنمية، فقد أعطى المشرع لهذا النوع من العقود إطاراً تنظيمياً خاصاً، عن طريق إخضاعها لطرق إبرام خاصة وفي غاية التعقيد، خاصة بالنسبة للمناقصة التي تعتبر القاعدة العامة في التعاقد.

إلا أن هذه الإجراءات غير كافية للحد من الانتهاكات المستمرة لمبادئ المنافسة، مما استلزم إيجاد ضمانات فعالة من أجل تكريس وتجسيد هذه المبادئ، ومن ثم إضفاء نوع من الثقة لدى المتعاملين المتعاقدين الباحثين عن فرصة الدخول إلى الطلبات العمومية، من خلال تحسين ظروف التعاقد و إضفاء الشفافية على قواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية. حيث غالباً ما يشتكي المتعاملون المتعاقدون من تحيز الإدارة لطرف على حساب الآخرين أو ما يعرف بالمحاباة، لذا كان لزاماً إدراج عدّة أحكام ونصوص قانونية تضبط هذه العملية وتكفل، خاصة، حقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة السلطات الواسعة المخولة للمصلحة المتعاقدة.

وتجسيدا لهذا الغرض نص المشرع على إخضاع الصفقات العمومية للرقابة الإدارية بأنواعها كإمتداد لسلسلة القيود التي تضبط عمل المصالح المتعاقدة في عملية إبرامها للصفقات العمومية، وذلك بغرض التأكد من إلزامها بالتقيد بأحكام تنظيم الصفقات العمومية، بما يكرّس المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية و حرية المنافسة و المساواة بين العارضين أوالمتنافسين.

هذا ومن أجل نجاعة عملية اختيار المتعامل المتعاقد وتجنباً لأي تعسف أوإخلال قد يحدث من قبل الإدارة، تم إخضاع الصفقات لرقابة القاضي الإداري، وذلك عن طريق وضع آليات لتسوية المنازعات الناشئة عن الممارسات المنافية لمبدأ المنافسة، خاصة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية.

و لما كانت الصفقات العمومية تشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، وفي نفس الوقت أهم وسيلة لتلبية الحاجات العمومية، فإنها تعد بذلك المجال الخصب لإنتشار الفساد بكل صوره، مما ألزم المشرع بضرورة وضع منظومة قانونية لمكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، عن طريق اتخاذ التدابير اللازمة للوقاية منها، و كذا وضع الإجراءات العقابية الكفيلة بردع المخالفين.

تأسيساً على ماسبق، نخصص هذا الفصل لدراسة أهم الضمانات التي أوجدها المشرع لحماية مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية، وذلك من خلال تحديد دور آليات الرقابة الإدارية (المبحث الأول)، وتحديد مجالات و طرق تدخل آليات الرقابة القضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

اخضاع الصفقات العمومية للرقابة الإدارية

إن الإدارة في ممارستها لنشاطها ترتبط وتتقيد بتحقيق أهداف محددة تسطرها في إطار السياسة العامة للدولة، لذلك يجب أن تخضع، أثناء ممارستها لذلك النشاط، لنظام رقابي مكثف للتحقق من مدى انجاز المهام المخططة ومدى بلوغ الأهداف المرسومة، إلى جانب التأكد من شرعية التصرفات والأعمال المتخذة في هذا الشأن.

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع الإدارة لنوعين من الرقابة عند قيامها بعملية إبرام الصفقات العمومية، رقابة داخلية ذاتية تمارسها الإدارة بنفسها (المطلب الأول) ورقابة خارجية تمارسها لجان وهيئات إدارية أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية

الرقابة الداخلية بصفة عامة هي تلك الرقابة الذاتية التي تمارسها الإدارة بنفسها على نفسها، وذلك بهدف تصحيح أخطائها وضمان السير الحسن لأعمالها ويستوي في ذلك أن تكون الرقابة شاملة تضم كل أعمال الإدارة في جوانبها المختلفة، أو أن تكون مخصّصة تنصب على جوانب معينة.

تكمن أهمية هذه الرقابة في كشف الانحرافات والتجاوزات لتداركها دون توقيع الجزاء، فهي تنبني على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات للتحقق من صحتها وسلامتها

وفي مجال الصفقات العمومية تمارس الرقابة الداخلية بواسطة لجنتين تم استحداثهما لهذا الغرض وهما لجنة فتح الأظرفة (الفرع الأول)، ولجنة تقييم العروض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: لجنة فتح الأظرفة

من أهم آليات تكريس مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية أن فتح الأظرفة الخاصة بالعروض المقدمة، يتم بطريقة علنية على يد لجنة دائمة هي لجنة فتح الأظرفة، التي تمثل أول رقابة داخلية تمارس على الصفة العمومية.

وتستمد هذه اللجنة شرعيتها من نص المادة 121 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها : « تحدث في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة... ».

يتضح من خلال نص هذه المادة أن إحداث لجنة فتح الأظرفة يعد أمرا إلزاميا على كل الهيئات التي لها صلاحية إبرام الصفقات العمومية، وتؤدي هذه اللجنة عملها بصفة دائمة وليست عابرة أو مؤقتة تعزيزا وضمانا لمبادئ المنافسة والشفافية.

ونظرا لأهمية الدور الذي تلعبه هذه اللجنة، لا بد أن تحتوي على تشكيلة تشتمل على عناصر ذات كفاءة، وأن تكون لها مهام محددة بدقة.

أولا : تشكيلة لجنة فتح الأظرفة

تنص الفقرة 2 من المادة 121 سالف الذكر على أن : « يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها ».

وبذلك فقد إعترف المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة بحرية اختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة من بين موظفيها مراعيًا في ذلك خصوصية كل إدارة أو هيئة عمومية.⁽¹⁾ وذلك أمر مستحسن خاصة مع تعدد وتنوع الهيئات المعنية بإبرام الصفقات العمومية⁽²⁾، حيث أن التشكيلة التي تصلح لهيئة ما، قد لا تصلح لهيئة أخرى، وبالتالي فإن المسؤول عن هذه الهيئات هو المؤهل لتحديد العناصر الكفأة القادرة على القيام بمهامها في إطار هذه اللجنة على أكمل وجه.

ومع ذلك فإن إطلاق الحرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة في تحديد تشكيلة لجنة فتح الأظرفة أمر منتقد من عدة نواحي أهمها :

- أن كل أعضاء اللجنة معينون بموجب مقرر من رئيس المصلحة والتعيين يتنافى والشفافية المطلوبة في عمل هذه اللجنة، بحيث أن العضو المعين يكون في الغالب وفيا لمن قام بتعيينه بغرض رد الجميل.⁽³⁾

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 245.

(2) وقد تم تحديد هذه الهيئات بنص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 154.

- أن المشرّع لم يقدّر عدد أعضاء اللجنة أو على الأقل حد أدنى معقول لا يمكن أن يقل عنه*، ذلك أن ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة من شأنه أن يحد من فعالية هذه اللجنة، حيث لا يمكن تصور أن تتكون من عضو أو عضوين فقط بالنظر لأهمية الدور المنوط بها. وما يزيد الأمور تعقيدا أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة تكون صحيحة مهما كان عدد أعضائها.⁽¹⁾

- أن المشرّع لم يحدد الشروط والمؤهلات اللازمة للعضوية مما يفتح المجال أمام مسؤول المصلحة المتعاقدة لاختيار من يشاء، من دون اعتبار لما يجب أن تتوفر فيهم من خبرة ودراية بما يتضمنه تنظيم الصفقات العمومية، وهذا ما يعكس طبيعتها كلجنة معاينة لما تم إيداعه من عروض، ويشكل عائقا أمام السير الحسن لأعمالها.⁽²⁾

ثانيا : مهام لجنة فتح الأظرفة

تضطلع لجنة فتح الأظرفة بمهام محددة تضمنتها أحكام المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 وتتمثل فيما يلي :

- تثبيت صحة تسجيل العروض على سجل خاص .
- إعداد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة .
- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة.
- تتوج جلساتها بإعداد محضر يتضمن أعمال اللجنة يوقعه جميع أعضائها الحاضرين، وتدرج فيه التحفيزات المقدمة من قبل الأعضاء .

* للإشارة فإن المشرع الفرنسي قام بتحديد عدد أعضاء لجنة المناقصة للجماعات الإقليمية وتشتمل على رئيس وخمسة أعضاء، وذلك حسب نص المادة 22 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي لسنة 2009.

⁽¹⁾ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص119.

⁽²⁾ موري سفيان ، « مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي»،

الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20

ماي 2013، ص06.

- دعوة المتعهدين كتابيا، عند الإقتضاء، لاستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء التصريح بالإكتتاب وكفالة التعهد، وذلك في أجل أقصاه 10 أيام تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.

- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها عند الإقتضاء.

- تحرر، عند الإقتضاء، محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31، 34، 44 من نفس المرسوم.

لكن يطرح إشكال بخصوص محضر عدم الجدوى الذي تحرره لجنة فتح الأظرفة، من ناحية مدى اعتباره قرارا نهائيا بعدم مواصلة إجراءات الصفقة من جهة، ومدى إمكانية الطعن فيه أمام القضاء من جهة أخرى؟.

فتنظيم الصفقات العمومية منح للجنة فتح الأظرفة الحق في الإعلان عن عدم جدوى العملية وتحرير محضر بذلك، لكن المنطق والقانون أيضا يجعلان السلطة التقديرية لإعلان عدم جدوى المناقصة من مهام السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية المحددة بنص المادة 08 من تنظيم الصفقات العمومية، ويتم ذلك بموجب إعلان عدم الجدوى الذي ينشر في الجرائد، والمشرع لم ينص على إمكانية الطعن في هذا الإعلان من قبل المرشحين.⁽¹⁾

أما بالنسبة لمحضر عدم الجدوى الصادر عن لجنة فتح الأظرفة فإن المشرع لم ينص على إمكانية الطعن فيه، ولكن بحكم كونه يتضمن قرارا إداريا فيمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري، هذا إذا كانت لجنة فتح الأظرفة تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري⁽²⁾، لكن الإشكال يثار عندما تكون لجنة فتح الأظرفة تابعة لمراكز 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 والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، فمحضر عدم جدوى المناقصة الصادر عن هذه المؤسسات لا يمكن أن يكون محل طعن أمام

(1) موري سفيان ، مرجع سابق، ص 08.

(2) وذلك طبقا لنص المادة 801 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، ص ص 03-95.

القضاء الإداري، لأن هذا الأخير يختص فقط بإلغاء القرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، وكذلك البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

فالمشرع الجزائري لم يعالج هذه المسألة وترك غموضا بعدم بته في الإختصاص، لأنه حتى وإن كان القضاء العادي هو المختص، فيبقى الإشكال قائما على أساس أن موضوع النزاع عقد إداري، والقضاء العادي غير مختص في العقود الإدارية.⁽¹⁾

وبالتالي كان على المشرع أن يكون أكثر دقة في تحديد مهام لجنة فتح الأظرفة لضمان شرعية إجراءات اللجوء إلى المناقصة ومصادقيتها وتلافي كل أنواع الفساد والتلاعب في مجال الصفقات العمومية.⁽²⁾

ثالثا : سير أعمال لجنة فتح الأظرفة

تجتمع اللجنة من أجل فتح الأظرفة التقنية والمالية بناء على استدعاء المصلحة المتعاقدة⁽³⁾ في آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض، في جلسة علنية، بحضور المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا في دفتر شروط المناقصة بتاريخ وساعة الفتح.

وقد خصّ المشرع الإستشارة الإنتقائية والمسابقة بإجراءات خاصة في عملية الفتح، ففي حالة إجراء الإستشارة الإنتقائية يتم فتح الأظرفة التقنية النهائية والمالية على مرحلتين، أما في حالة المسابقة فيتم فتح الأظرفة التقنية وأظرفة الخدمات والأظرفة المالية على ثلاث مراحل. ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية، كما أن الأظرفة المالية الخاصة بالمسابقة لا يتم فتحها إلا بعد ظهور نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم.

وحفاظا على سرية العروض يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها الأظرفة المالية إلى غاية فتحها.⁽⁴⁾

(1) موري سفيان ، مرجع سابق، ص 09.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 122.

(3) نشير إلى أن المشرع الجزائري وطبقا لنص المادة 123 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أكد بأن إجتماع لجنة فتح الأظرفة يكون بناء على استدعاء من المصلحة المتعاقدة، ولكنه لم يوضح مضمون هذا الاستدعاء ولم يبين تاريخ وأجال إرساله.

(4) المادة 123 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتّم.

هذا ولم يشترط المشرع نصابا محددا لإجتماع لجنة فتح الأطراف فنصّ على إمكانية وجواز عقد أعمالها أيا كان عدد الحاضرين.⁽¹⁾ وبالرغم من أن هذا المسلك منتقد على أساس تعارضه مع المبادئ العامة التي تحكم عمل مثل هذه اللجان،⁽²⁾ إلا أنه يجد مبرره من خلال تحقيق هدفين هما :

- التقليل من عمر إبرام الصفقة، ذلك أن إقرار إمكانية تأجيلها في حالة عدم توافر النصاب يعني إطالة مرحلة فتح الأطراف مما يؤدي إلى إطالة إبرام الصفقة ومن ثمّ المساس بمصلحة الإدارة المتعاقدة.⁽³⁾

- منع الإدارة من القيام بأيّ تلاعب في الفترة الممتدة بين الإجتماع المؤجل والإجتماع الذي سينعقد لاحقا.⁽⁴⁾

وهكذا تخضع الصفقة العمومية لرقابة داخلية تتجسد في لجنة دائمة لفتح الأطراف وهوما يكرس مبدأ شفافية الصفقة من جهة ويجسد مبدأ التسيير الجماعي من جهة أخرى، لذلك كان لابدّ من إعطاء عناية خاصّة لتنظيم هذه اللجنة وتحديد مهامها حتى تحقق الفعالية المرجوة، خاصة وأنها تعدّ أول خطوة للوقاية من مختلف أشكال التحايل والتلاعب.

الفرع الثاني: لجنة تقييم العروض

نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أن تحدث على مستوى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض لتمارس مهمة الرقابة الداخلية. وتشكل هذه اللجنة إطارا رقابيا داخليا مكملا لعمل لجنة فتح الأطراف، ويهدف المشرع من وراء فصل مهمة لجنة فتح الأطراف عن مهمة لجنة تقييم العروض إلى فرض منهجية منتظمة في إبرام الصفقات العمومية على مراحل، على أن تتحمل كل لجنة مسؤولياتها في حدود المهام المنوطة بها.⁽⁵⁾

(1) المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(2) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 195.

(3) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 247.

(4) جليل مونية، « الآليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في إطار التشريع الجزائري »، الملتقى الوطني

السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013،

ص 12.

(5) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 249.

ويعتبر الدور الذي تقوم به لجنة تقييم العروض دورا محوريا في إجراءات المناقصة، إذ تقوم بمهمة تقييم العروض المقدمة والمفاضلة بينها على أساس الشروط المحددة مسبقا في دفاتر شروط المناقصة، ومن ثم اقتراح منح الصفقة للمتعامل الذي تلتزم الإدارة بالتعاقد معه، لذلك من المفترض أن تحظى هذه اللجنة بعناية خاصة من خلال تحديد تشكيلتها وحصر المهام الموكلة لها.

أولا : تشكيلة لجنة تقييم العروض

تتشكل لجنة تقييم العروض من أعضاء مؤهلين يختارون لكفاءاتهم بموجب مقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة،⁽¹⁾ وبذلك فقد فرض المشرع تأهيلا وكفاءة معينة في الأشخاص المختارين لعضوية هذه اللجنة مما يعكس خطورة الدور المنوط بها، ويميزها على تشكيلة لجنة فتح الأظرفة.

ومع أن المشرع وضع معايير لانتقاء أعضاء هذه اللجنة، إلا أنه لم يلزم الإدارة بتشكيلة محددة مراعاة منه لإختلاف طبيعة كل هيئة من الهيئات المحددة في نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.⁽²⁾

وعلى كل، يجب أن تتوفر تشكيلة لجنة تقييم العروض على مجموعة من الإداريين ذوي كفاءة مهنية وقانونية مما يتناسب مع أهمية اللجنة وتعقيد دورها باعتبارها المسؤولة عن تحليل العروض والمفاضلة بينها.* ويستحب أن تكون تشكيلتها متنوعة تجمع خبراء ماليين وقانونيين وتقنيين، مساهمة في المهام الموكلة لها، ويشترط معرفتهم بمعايير التقييم التي يتضمنها دفتر الشروط.

وقد تم السماح للمصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، بإمكانية الإستعانة بكفاءات خارج تشكيلتها وتكليفها بإعداد تقرير يتعلق بتحليل العروض وتفصيل محتوياتها خاصة التقنية منها، بما ينير لجنة تقييم العروض ويساعدها في أداء مهامها.⁽³⁾

(1) الفقرة 01 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(2) سردوك هبية، مرجع سابق، ص 198.

* وتشكل هذه النقطة إشكالية كبيرة في واقع ممارسات المصلحة المتعاقدة، حيث أن أغلبية موظفي الإدارات يفتقرون إلى مثل هذه الكفاءة، مما يستلزم القيام بدورات تكوينية مكثفة حول قواعد وإجراءات إبرام الصفقات العمومية للقائمين على عملية إبرامها.

(3) الفقرة 03 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

ويؤخذ عن المشرع أنه لم يتم بتحديد عدد أعضاء هذه اللجنة، أو على الأقل تحديد الحد الأدنى لهذا العدد، وذلك قد يؤثر على أدائها لعملها، خاصة وأن تنظيم الصفقات العمومية لم يحدد النصاب القانوني الواجب توافره لصحة إجتماعاتها.

وتجدر الإشارة إلى أن العضوية في لجنة تقييم العروض تتنافى والعضوية في لجنة فتح الأظرفة،⁽¹⁾ وفي ذلك قطع لكل السبل التي من شأنها المساس بنزاهة وشفافية عملية إبرام الصفقة العمومية.

ثانيا: مهام لجنة تقييم العروض

تتمثل مهام لجنة تقييم العروض أساسا في فحص العطاءات المقدمة لتحديد أفضلها وفقا لأحكام القانون، ومن أجل تحقيق ذلك، تقوم اللجنة بتحليل العروض المقدمة وبدائل العروض، عند الإقتضاء، من أجل إبراز الإقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة، وقد تم تفصيل هذه المهام بنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236. و أول ما تقوم به اللجنة هو دراسة مدى مطابقة العروض المقدمة للشروط الواردة في دفتر الشروط، وعلى هذا الأساس يمكنها إقصاء العطاءات غير المطابقة لموضوع الصفقة أو محتوى دفتر الشروط، لتقوم بعد ذلك بدراسة وتحليل العروض الباقية على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط على مرحلتين :

مرحلة أولى يتم فيها ترتيب العروض من الناحية التقنية بالإعتماد على عدة أسس كشهادة التأهيل والتصنيف، اليد العاملة، التقنيات الحديثة، مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا المؤهلة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

أما المرحلة الثانية فيتم خلالها دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين وانتقاء إما العرض الأقل ثمنا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية التي لا تتطلب مؤهلات عالية، أو أحسن عرض من الناحية الإقتصادية إذا تعلق الأمر بخدمات معقدة. غير أن هناك من يتحفظ على إعتماد معيار الثمن الأقل بالنسبة للصفقات العادية على أساس أنه معيار هش من السهل تجاوزه والعبث به.⁽²⁾ ويبقى اختيار لجنة تقييم العروض مجرد اقتراح من شأنه تنوير الجهات المعنية قبل اختيارها للمتعاقل المتعاقد.

(1) الفقرة 02 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(2) جليل مونية، مرجع سابق، ص13.

ويمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أنه يترتب عن منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول أو يتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعنى بأي طريقة كانت، على أن يتم النص على هذه الحالة في دفتر الشروط لتكون قاعدة يعلمها كل مشارك في المنافسة.⁽¹⁾ ويبقى ذلك مجرد إقتراح، بمعنى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة قبوله أو رفضه، وهو ما يجعل من لجنة تقييم العروض لجنة إستشارية لا تملك سلطة إتخاذ القرار، ويدفعنا إلى التساؤل عن أهمية وجودها إذا كانت أعمالها غير ملزمة.⁽²⁾

ومع ذلك فإن مجلس الدولة في قراره رقم 14637 المؤرخ في 15/06/2004 ، قضية بلدية العلة ضد (ه.ع)، اعتبر بأن منح صفقة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض يعدّ خرقاً للقانون مستوجبا للتعويض.⁽³⁾

وإذا تبين أن العرض المالي للمتعامل الاقتصادي الذي تم إختياره وثبت فوزه بالمرتبة الأولى، منخفضا بشكل غير عادي، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها مفيدة وتدقق في المبررات المقدمة.⁽⁴⁾ وهذا ما يجسد ضمانة اضافية لحماية قواعد المنافسة، ذلك أن تطبيق الأسعار المنخفضة بشكل تعسفي يمثل إحدى الأعمال المحصورة بموجب قانون المنافسة،⁽⁵⁾

لكن بالرجوع إلى نص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يتبين أن المشرع أعطى هذه اللجنة إمكانية رفض العرض المنخفض دون ذكر الحد الأدنى الذي على أساسه يتم هذا الرفض، وقد يفتح هذا الإجراء المجال لإقصاء بعض المتنافسين على أساس أن عروضهم منخفضة إلى درجة غير معقولة، دون علمهم بالحد الأدنى الذي لا يجوز تجاوزه .

(1) هذه القاعدة تجد مصدرها في نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي تمنع تقييد المنافسة عن طريق التعسف في وضعية الهيمنة.

(2) تياب نادية، أليات مواجهة الفساد في مواجهة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص128.

(3) لمزيد من التفاصيل حول حيثيات القرار ، راجع، فايس جمال، الإجتهد الجزائري في القضاء الإداري، (قرارات المحكمة العليا،

قرارات مجلس الدولة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013، صص1254، 1255.

(4) الفقرة 10 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(5) المادة 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

هذا وقد تضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مهاماً أخرى للجنة تقييم العروض فيما يخص التعاقد عن طريق الاستشارة الإنتقائية والمسابقة، ففي حالة إجراء الاستشارة الإنتقائية، تقوم اللجنة في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنياً، من أجل إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، طبقاً لدفتر الشروط.⁽¹⁾

وفي حالة إجراء المسابقة، تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين المعتمدين وتدرس عروضهم المالية فيما بعد، لإنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية طبقاً لدفتر الشروط.⁽²⁾ وينتهي عمل لجنة تقييم العروض باقتراح العرض الفازر بالصفقة ليتم فيما بعد تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت، الذي يتم بموجبه إسناد الصفقة مؤقتاً للمتعامل الذي تتوفر فيه الشروط.

ويعاب على المشرع أنه لم يتطرق إلى حالة عدم قبول كل العروض من طرف لجنة تقييم العروض، فهل يجوز لها أن تحرر محضراً بعدم جدوى العملية؟ وكان عليه حسم الأمر خاصة وأن الواقع العملي يثبت إمكانية حصول هذه الحالة.

كما نلمس نوعاً من الإجحاف في حق المتعهدين الذين رفضت عروضهم يتجسد في عدم حصولهم على تسبب لهذا الرفض، والإكتفاء بمنحهم الحق في الطعن في المنح المؤقت أمام اللجنة المختصة طبقاً لنص المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236.⁽³⁾

ونشير إلى أن قانون الصفقات العمومية وتكريساً لمبدأ المنافسة والمساواة بين المترشحين لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في هذه المرحلة الحساسة سواء بعد فتح الأظرف أو أثناء تقييمهما، وذلك تطبيقاً لنص المادة 58 التي جاء فيها : « لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرف وأثناء تقييم العروض لإختيار الشريك المتعاقد، ما عدا في الحالات المنصوص عليها بموجب أحكام هذا المرسوم ».

(1) الفقرة 11 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(2) الفقرة 12 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص127.

وهكذا فإن المشرع الجزائري بإستحداثه لنظام الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية عن طريق لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض، يكون قد فرض رقابة سابقة على إبرام الصفقات بما يكفل شفافية الاجراءات ومبدأ الجماعية في تسيير الصفقة، وبما يضمن مشروعية المنافسة بين المترشحين.⁽¹⁾ إلا أن هذه الرقابة تبقى قاصرة وتفتقر إلى الفعالية المطلوبة خاصة وأن المشرع لم يعط العناية اللازمة لعمل هذه اللجان، والدليل على ذلك تخصيصه لعدد محدود من المواد لتنظيم الرقابة الداخلية، ومن ضمنها مادة واحدة وهي المادة 125 لتحديد تشكيلة وإختصاصات لجنة تقييم العروض وكذا نظام سير أعمالها.⁽²⁾

وكان الأجدر بالمشرع أن ينص على نظام داخلي يحكم لجان الرقابة الداخلية مثلما فعل مع لجان الصفقات، أوإضافة مواد أخرى لتنظيم الصفقات العمومية تكون أكثر تفصيلا، وهذا بهدف رفع اللبس والغموض الموجود حاليا حول تشكيلة هذه اللجان، و تحديد مهامها ونظام سير أعمالها.⁽³⁾

المطلب الثاني

الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية

يقصد بهذا النوع من الرقابة مجموعة الوظائف التي يمارسها جهاز خارجي عن الهيئة الخاضعة للمراقبة والمستقل تماما عنها، وذلك بهدف التحقق من مطابقة أعمالها وتصرفاتها للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ونظرا لمحدودية فعالية نظام الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية وقصوره في الحد من التجاوزات الخطيرة في هذا المجال، فقد تمّ اخضاع عملية ابرام وتنفيذ الصفقات العمومية لنظام رقابي خارجي تجسد بإنشاء لجان للرقابة على الصفقات على مختلف المستويات (الفرع الأول)، بالإضافة إلى أنواع أخرى من الرقابة الخارجية ومنها الرقابة الوصائية (الفرع الثاني).

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص250.

(2) موري سفيان ، مرجع سابق، ص12.

(3) جليل مونية، مرجع سابق، ص13.

الفرع الأول : الرقابة الممارسة من قبل لجان الصفقات العمومية

من أجل تفعيل أدوات الرقابة على الصفقات العمومية تم استحداث لجان على مستوى مختلف مؤسسات الدولة وأطلق عليها مصطلح " لجان الصفقات العمومية " * تختص بالرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية.

وهناك من اعتبر أن هذه اللجان تدخل في إطار الوحدات المساعدة الإستشارية على أساس أنها لا تصدر قرارات تنفيذية حين تزاوّل مهامها الرقابية، وإنما تصدر مقترحات وتوصيات إزاء ما ينكشف لها من أوجه الإنحراف في المنظمات الإدارية، فعملها يقتصر فقط على اعداد التقارير لتبيان الأخطاء ورسم سبل إصلاحها.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية الحالي نلاحظ تعدد وتنوع لجان الصفقات العمومية بتعدد وتنوع الإدارات الخاضعة لتنظيم الصفقات، وقد صنفها المشرع بالنظر إلى المهام الموكلة إليها إلى قسمين:

● لجان صفقات المصلحة المتعاقدة، ويندرج تحتها اللجان التالية :

- اللجنة الولائية للصفقات.
- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية.
- لجنة الصفقات لمراكز البحث والمؤسسات العمومية.
- لجنة الصفقات للهيئة الوطنية المستقلة.
- اللجنة الوزارية للصفقات.

● اللجان الوطنية والقطاعية للصفقات وتضم اللجان التالية :

- اللجان القطاعية للصفقات.
- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.
- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.
- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.

* وقد تم العمل بهذه اللجان منذ صدور أول تشريع للصفقات العمومية وهو الأمر رقم 67 - 90، حيث استحدثت ثلاث لجان ويتعلق الأمر باللجنة الولائية للصفقات، اللجنة الوزارية للصفقات، ولجنة صفقات المؤسسات الإستراتيجية.

⁽¹⁾ سردوك هبية، مرجع سابق، ص 204.

وأورد المشرع الجزائري حكما خاصا بشأن الرقابة الخارجية على الصفقات التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني، أشارت إليه المادة 129 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 ومفاده أن تخضع هذه الصفقات لرقابة قبلية من طرف لجنة أولجان موضوعة لدى وزارة الدفاع الوطني التي تحدد تشكيلتها وصلاحياتها.

ونظرا لأهمية هذه اللجان واختلاف مهامها سنتطرق لها بنوع من التفصيل من خلال استعراض تشكيلاتها المختلفة وتحديد مهامها ونظام سير جلساتها.

أولا : التشكيلات المختلفة للجان الصفقات العمومية ومعايير اختصاصها

حدد تنظيم الصفقات العمومية التشكيلات المختلفة للجان الصفقات العمومية تحديدا دقيقا، كما وضع معايير عضوية ومالية وجغرافية ينعقد على أساسها إختصاصها، ونظرا لتعدد وتنوع هذه اللجان، فإنه لا يسعنا التطرق إليها بأكملها في هذه الدراسة. لذلك سنكتفي بتناول بعض منها كنماذج، ونشير إلى بقية اللجان كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

1 - اللجنة البلدية للصفقات

تتكون لجنة الصفقات للبلدية طبقا لنص المادة 137 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 من :

- ❖ رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسيا .
- ❖ ممثل المصلحة المتعاقدة .
- ❖ ممثلين (2) منتخبين يمثلان المجلس الشعبي البلدي .
- ❖ ممثلين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة) .
- ❖ ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة .

وتختص لجنة الصفقات للبلدية بدراسة الصفقات التي تبرمها البلدية والتي يقل مبلغها عن مائتي مليون دينار (200.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 د.ج)

بالنسبة لصفقات الدراسات، وكل ملحق متعلق بهذه الصفقات ⁽¹⁾، بشرط ألا يفوق مبلغه إذا أضفنا إليه مبلغ الصفقة الأول الحد المخصص لإختصاص هذه اللجنة .

2 - اللجنة الولائية للصفقات

تتكون اللجنة الولائية للصفقات العمومية طبقا لنص المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 من :

- ❖ الوالي أو ممثله رئيسا .
- ❖ ثلاثة (3) ممثلين عند المجلس الشعبي الولائي، ولم يشر النص إذا كان هؤلاء منتخبين أو مختارين من جانب رئيس المجلس الشعبي الولائي.⁽²⁾
- ❖ ممثلين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة) .
- ❖ مدير التخطيط وتهيئة الإقليم للولاية .
- ❖ المدير الولائي للري .
- ❖ المدير الولائي للأشغال العمومية .
- ❖ المدير الولائي للتجارة .
- ❖ المدير الولائي للسكن والتجهيزات العمومية .
- ❖ المدير الولائي للمصلحة المعنية بالخدمة .

وينعقد اختصاص اللجنة الولائية للصفقات بخصوص دراسة الصفقات التي تبرمها الولاية والمديريات الولائية والتي يساوي مبلغها أو يقل عن مليار دينار (1.000.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال، وثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات اللوازم، ومائتي مليون دينار (200.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وستين مليون دينار (60.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الدراسات، وكل ملحق مرتبط بهذه الصفقات، بالإضافة إلى

⁽¹⁾ للإشارة فإن الملحق المتعلق بالصفقة لا يخضع لرقابة لجان الصفقات إلا بتوافر الشروط المذكورة بنص المادة 106 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

⁽²⁾ بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 259.

الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية والتي يفوق مبلغها الإختصاص المحدد للجان التابعة لها.⁽¹⁾

3 - اللجنة الوزارية للصفقات

- حددت تشكيلتها بموجب المادة 133 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 وتتكون من :
- ❖ الوزير المعني أوممثلة رئيسا .
 - ❖ ممثل المصلحة المتعاقدة .
 - ❖ ممثلين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة) .
 - ❖ ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة .

أما اختصاصها فهو محدد بالصفقات التي تبرمها الإدارة المركزية للوزارة مع تطبيق نفس المعيار المالي المحدد لإختصاصات اللجنة الولائية للصفقات.

ويتم تعيين أعضاء لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة ومستخلفوهم، باستثناء من عين بحكم وظيفته، من قبل ادارتهم بهذه الصفة، لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.⁽²⁾ ويتم ذلك بموجب مقرر من رئيس اللجنة، إذا كانت وزارية، ولائية أو بلدية، وبمقرر من السلطة الوصية بالنسبة لأعضاء لجان المؤسسات العمومية أو المؤسسة الإقتصادية.

أما بالنسبة للجان الصفقات الخاصة بالهيئات الوطنية المستقلة فتحدد تشكيلتها من طرف مسؤول الهيئة التابعة لها.⁽³⁾

⁽¹⁾ المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدلة و المتممة بموجب المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

⁽²⁾ المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

⁽³⁾ المادة 128 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، والمعدلة بموجب المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 13-03.

4 - اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات العمومية

نظم المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية اللجان الوطنية للصفقات وبيّن صلاحياتها وحدود اختصاصها، حيث قسمها إلى ثلاث لجان أساسية :

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.⁽¹⁾
- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم.⁽²⁾
- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.⁽³⁾

كما أضاف إلى هذه اللجان ما يعرف باللجان القطاعية للصفقات التي تم استحداثها بموجب المادة 142 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المدرجة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 وأخضعها لنفس الأحكام الخاصة باللجان الوطنية للصفقات.⁽⁴⁾

وتطبيقا لنص المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 ، يعين أعضاء اللجان الوطنية ومستخلفوهم بأسمائهم، بموجب قرار صادر عن وزير المالية بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته، ويختارون لذلك نظرا لكفاءتهم.⁽⁵⁾

(1) تم تحديد تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(2) تم تحديد تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) تم تحديد تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(4) تم تحديد تشكيلة هذه اللجان بموجب المادة 152 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 10 - 236 التي تم استحداثها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(5) وتطبيقا لنص المادة 153 المذكورة أعلاه، صدر قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، متضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص ص 17، 18. و قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، متضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص ص 19، 20. و قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، متضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011، ص ص 20، 21.

أما أعضاء لجان الصفقات القطاعية ومستخلفوهم فيتم تعيينهم بأسمائهم بموجب قرار من الوزير المعني، وذلك بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته . ويرأس اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات، في حالة غياب رؤسائها أُوحدوث مانع لهم، نواب الرؤساء.

أما بالنسبة لإختصاص هذه اللجان فهو محدد بدراسة الصفقات التي يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال، وثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات اللوازم، ومائتي مليون دينار (200.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وستين مليون دينار (60.000.000 د.ج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

وفي حالة إضافة ملحق لصفقة ما، وأصبح المجموع يفوق سقف صلاحية اللجنة التي درست الصفقة الأصلية يدرس الملحق من طرف لجنة الصفقات الأعلى مستوى.

وخلافا لما كان عليه الأمر في الرقابة الداخلية، فقد حرص المشرع على تحديد قائمة أعضاء لجان الصفقات العمومية تحديدا دقيقا، باستثناء لجان الهيئات الوطنية المستقلة. ونلاحظ كذلك من خلال التركيبة البشرية لهذه اللجان وصاية وزارة المالية بشكل واضح، حيث أنها ممثلة في كل اللجان، وهذا أمر طبيعي لما للصفقة العمومية من أثر على وضعية الخزينة واستخدام المال العام.⁽¹⁾ كما تم تحديد اختصاص هذه اللجان وفق معايير عضوية ومالية وأحيانا جغرافية، إلا أن الإحالة الدائمة والمستمرة على نصوص المواد 146-147-148 من قانون الصفقات العمومية أدى إلى تداخل في الاختصاص، لا سيما بين اللجنة الولائية للصفقات واللجنة الوزارية، ذلك أن المعيار المالي لاختصاصهما واحد، مما سيؤدي دون شك إلى تنازع إيجابي بين اللجنتين، وقد تم تقادي هذا الإشكال بإلزام المصلحة المتعاقدة، عند الإعلان عن المنح المؤقت، ذكر لجنة الصفقات المعنية بالنظر في الطعن⁽²⁾

ثانيا : إختصاصات لجان الصفقات العمومية

بالنظر إلى نصوص تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشرع قد ميّز في تحديده لاختصاص لجان الصفقات العمومية بين لجان المصلحة المتعاقدة من جهة واللجان الوطنية والقطاعية من جهة أخرى .

(1) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص253.

(2) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص ص49، 50.

1 - إختصاص لجان الصفقات للمصلحة المتعاقدة

جاءت المادة 132 من المرسوم رقم 10-236⁽¹⁾ بحكم عام ينطبق على جميع لجان الصفقات العمومية وعددت اختصاصاتها كما يلي :

أ - دراسة مشاريع دفاتر الشروط

تختص لجان الصفقات العمومية بدراسة مشاريع دفاتر الشروط قبل نشر إعلان المناقصة وذلك بتحديد مدى مطابقة هذه الدفاتر للمعايير المحددة طبقا لنص المادة 11 من ذات المرسوم، ومن هنا تظهر مدى فعالية هذه الرقابة في تجسيد مبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، خاصة وأن دفتر شروط المناقصة - كما رأينا سابقا - يتحدد على أساسه مدى فتح مجال المنافسة أمام المتعاملين الإقتصاديين، فقد تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية وتقوم بفرض شروط من شأنها حصر المنافسة في مجال ضيق، وفي هذا الشأن أوجب المشرع على لجان الصفقات التأكد من أن الطلب موضوع دفتر الشروط ليس موجها نحو منتج أو متعامل إقتصادي محدد.

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 132 مدة 45 يوما لدراسة مشروع دفتر الشروط، وهذه المدة - حسب رأي الأستاذ عمار بوضياف - مبالغ فيها ومن شأنها إطالة عمر الصفقة.⁽²⁾

ويتضح من صياغة المادة 132 أن المشرع استعمل عبارة " صدور مقرر التأشيرة " ولم يورد عبارة " رفض " كما هو الحال بالنسبة للمادة 141، وكان عليه الإشارة إلى إمكانية قيام اللجنة برفض منح التأشيرة، حتى لا يسود الاعتقاد، عند قراءة المادة، أن المنح صار أمرا مقضيا.

وفي حال صدور مقرر التأشيرة⁽³⁾ من طرف هذه اللجنة فإنها تكون صالحة لمدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ توقيعها، وإذا انقضى هذا الأجل تعرض دفاتر الشروط للدراسة من جديد على لجنة الصفقات المختصة، وتمدد صلاحية التأشيرة إلى مدة سنة واحدة في حال ما إذا قامت المصلحة المتعاقدة بإعادة إجراء إبرام صفقة أو بتطبيق دفتر شروط نموذجي.⁽⁴⁾

(1) المعدلة و المتممة بموجب المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 255.

(3) راجع الملحق الأول من هذه الدراسة المتضمن نموذج لمقرر تأشيرة دفتر الشروط.

(4) الفقرة 05 من المادة 132 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

ب - دراسة مشاريع الصفقات العمومية

تبسط هذه اللجان رقابتها من خلال دراسة مشاريع الصفقات، وذلك عن طريق فحص ملف الصفقة كاملاً، من دفتر الشروط وإلى غاية المنح المؤقت، بغية التأكد من مدى مطابقة إجراءات الإبرام للتنظيم المعمول به، وتتوج هذه الرقابة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين (20) يوماً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة اللجنة،⁽¹⁾ وهذا ما قضت به المادة 141 من نفس المرسوم.

ج - دراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت

طبقاً لنص المادتين 114 و 130 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 فإنه يمكن للمتعهد الذي يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة، في إطار المناقصة أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعناً أمام لجنة الصفقات المختصة وذلك في أجل 10 أيام ابتداءً من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت. يعد هذا الإجراء من أهم القواعد المكرسة لمبادئ المنافسة في نطاق الصفقات العمومية، حيث أنه يجبر الإدارة على العمل في إطار الشرعية والوضوح، ويبعدها عن كل شبهة للتحيز لطرف أو لآخر.⁽²⁾

وتصدر اللجنة رأيها في الطعن المقدم في أجل 15 يوماً ابتداءً من تاريخ إنقضاء أجل العشرة أيام، ويبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.⁽³⁾

ونشير إلى أن صلاحية البت في الطعون الناتجة عن المنح المؤقت مكفولة لكل لجان الصفقات العمومية ما عدا لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية ومراكز البحث والتنمية، حيث أن المشرع لم يعترف لها بهذا الإختصاص، وتقدم الطعون الخاصة بالصفقات التابعة لاختصاصها لدى لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو الوزارية أو القطاعية أو الوطنية وفق المعايير المحددة سابقاً.

(1) راجع الملحق السادس من هذه الدراسة المتضمن نموذج لمقرر تأشيرة صفقة عمومية.

(2) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 312.

(3) الفقرة 03 من المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23. راجع الملحق الثامن من هذه الدراسة المتضمن نموذج رد بخصوص طعن في المنح المؤقت الخاص بصفقة عمومية.

2 - إختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات العمومية

استنادا إلى نص المادة 143 من تنظيم الصفقات العمومية⁽¹⁾ تشترك اللجان الوطنية واللجان القطاعية في القيام بجملة من الصلاحيات العامة يمكن إجمالها فيما يلي :

- مساعدة المصالح المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية.
- المساهمة في إعداد وتنظيم الصفقات العمومية.
- مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

وخلافا لباقي لجان الصفقات فقد خص المشرع لجان الصفقات الوطنية واللجان القطاعية بجملة من الصلاحيات تشمل كل مراحل إبرام الصفقة، بدءا بالمرحلة التحضيرية، مروراً بمرحلة التنظيم، ووصولاً إلى مراقبة صحة الإجراءات التي تمّ إتباعها.

أ - الإختصاص الرقابي للجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات العمومية

خول تنظيم الصفقات العمومية للجان الوطنية والقطاعية مهمة الرقابة على مدى شرعية إبرام الصفقات العمومية التابعة لاختصاصها وذلك من خلال:

- دراسة مشاريع دفاتر الشروط الداخلة في نطاق اختصاصها.
- دراسة مشاريع الصفقات والملاحق التابعة لاختصاصها.
- دراسة الطعون التي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار المناقصة أو التراضي بعد الإستشارة.
- دراسة الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون، قبل أي دعوة قضائية، بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة، وهي مهمة خص بها المشرع لجان الصفقات الوطنية والقطاعية دون غيرها من اللجان الأخرى.⁽²⁾

(1) المعدلة و المتممة بموجب المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) الفقرة 03 من المادة 144 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

ب - الإختصاص التنظيمي للجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات

تضمنته المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽¹⁾ التي اعترفت بدور اللجان الوطنية واللجان القطاعية، بالنظر لمركزها وطبيعة مهامها، بممارسة جملة من الإختصاصات التنظيمية، حيث أصبحت هذه اللجان من مصادر التنظيم في الجزائر، وفي سبيل تحقيق ذلك تقوم بالمهام التالية :

- إقتراح أي إجراء من شأنه تحسين ظروف إبرام الصفقة العمومية.
- إعداد وإقتراح نظام داخلي نموذجي يحكم عمل لجان الصفقات العمومية حسب مقتضيات المادتين 140 و 156 من تنظيم الصفقات العمومية. واستنادا إلى ذلك، تمت المصادقة على النظام الداخلي النموذجي للجان الوطنية ولجان صفقات المصلحة المتعاقدة.⁽²⁾

ثالثا : سير أعمال لجان الصفقات العمومية

تخضع لجان الصفقات لقواعد عامة ومشاركة فيما يتعلق بتسييرها، تناولتها المواد من 157 إلى 172 من تنظيم الصفقات العمومية الحالي، كما أكد عليها النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية.

تجتمع لجان الصفقات بمبادرة من رئيسها في جلسة ليست علنية،⁽³⁾ ويمكنها أن تستدعي للإستشارة أي شخص ذي خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها.⁽⁴⁾ ولا تصح إجتماعاتها إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، وفي حال عدم اكتمال النصاب، تجتمع اللجنة من جديد في غضون الثمانية (8) أيام الموالية وتصح مداولتها حينئذ مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين. تتخذ القرارات دائما بأغلبية الأعضاء الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.⁽⁵⁾

ويتعين على أعضاء اللجنة أن يشاركوا شخصا في اجتماعاتها، ولا يمكن أن يمثلهم إلا مستخلفيهم،⁽⁶⁾ حيث يعين الرئيس أحدهم ليقدم تقريرا تحليليا عن ملف الصفقة، على أن يرسل إليه الملف

(1) المعدلة و المتممة بموجب المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) صدر هذا النظام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-118، مؤرخ في 16 مارس 2011، متضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 13 مارس 2011، ص 07-17.

(3) المادة 13 من النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية.

(4) المادة 158 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(5) المادة 159 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(6) المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

كاملا قبل ثمانية أيام من انعقاد الاجتماع المخصص لدراسته، أما بالنسبة للصفقات التي تدرسها اللجان الوطنية للصفقات، فإن التقرير التحليلي للملف يقدمه أحد موظفي الوزارة المكلفة بالمالية، وأحد الخبراء عند الحاجة، ويتولى رئيس اللجنة تعيين هذا الموظف خصيصا لكل ملف.⁽¹⁾

ونظرا لأهمية الدور المنوط بهذه اللجان وخطورته في نفس الوقت، فقد أوجب المشرع على كل شخص يشارك في اجتماعات اللجنة بأي صفة كانت، أن يلتزم بالسريّة المهنيّة.⁽²⁾

تتج الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات بمنح التأشيرة أو رفضها، إلا أنه في حالة الرفض يجب أن يكون قرارها معللا. و يتم الرد خلال عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة،⁽³⁾ أما بالنسبة للجان الوطنية واللجان القطاعية فيكون في غضون خمسة وأربعين (45) يوما على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجان.⁽⁴⁾ وإذا لم تصدر التأشيرة في الأجل المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس الذي يجمع اللجنة في غضون الثمانية أيام الموالية لهذا الإخطار، ويجب على هذه الأخيرة أن تثبت في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين.⁽⁵⁾

وفي حالة منح التأشيرة يجب تنفيذ الصفقة أو الملحق المؤشرين من قبل اللجنة المختصة خلال الثلاثة (03) أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم التأشيرة، وإذا انقضت هذه المهلة دون أن يتم التنفيذ تقدم الصفقة أو الملحق من جديد إلى اللجنة المختصة قصد الدراسة.

هذا وقد سمح تنظيم الصفقات العمومية للجنة الصفقات بمنح التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة، تكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة، وتكون غير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة، حيث يجب رفعها قبل البدء في التنفيذ، كما يمكنها تأجيل الصفقة لاستكمال المعلومات، وفي هذه الحالة توقف الآجال ولا تعود للسريان إلا ابتداء من يوم تقديم المعلومات المطلوبة.⁽⁶⁾

(1) المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) المادة 141 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(4) المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(5) المادة 168 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(6) المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

وفضلا عن ذلك، وفي جميع الحالات يجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية والسلطة الوصية عليها بالقرارات المتخذة وذلك بعد ثمانية أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة.

ومن جهة أخرى، فإن منح التأشيرة ليس له أثر ملزم على المصلحة المتعاقدة، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تعدل تماما عن ابرام الصفقة وتنفيذها بما لها من سلطة تقديرية مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة ومستجدات وتطورات العمل والنشاط الإداري، وفي حالة العدول، يجب عليها أن تعلم اللجنة المختصة بذلك.⁽¹⁾

ومثلما خول القانون للجنة الصفقات امكانية منح التأشيرة، فقد خولها كذلك إمكانية رفضها. وبما أن هذه اللجان ليست مختصة بإبرام الصفقات العمومية، وإنما تمثل فقط رقابة خارجية لاحقة، فإن تنظيم الصفقات العمومية يخول لكل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي، الوزير ومسؤول الهيئة الوطنية المستقلة حق تجاوز هذا الرفض، إذا فرضته اعتبارات ومعطيات وضرورات المصلحة العامة والتسيير الإداري الحسن.⁽²⁾

ونظرا لخطورة هذا الإجراء على مبدأ المشروعية، فقد أحاطه المشرع بجملة من الضوابط وهي :

- يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المعني ببناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك الرفض بمقرر معلل ويعلم الوزير المكلف بالمالية بذلك.
- يمكن للوالي في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية بذلك.
- يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم الوالي المختص بذلك .

وفي جميع الأحوال يجب أن تسلم نسخة من مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى لجنة الصفقات المعنية ومجلس المحاسبة.⁽³⁾

- إذا رفضت إحدى اللجان الوطنية أو القطاعية للصفقات منح التأشيرة، يمكن للوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، بناءً على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل، وترسل نسخة

(1) شقمطي سهام، « الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية في الجزائر»، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات

العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص21.

(2) نفس المرجع، ص24.

(3) المادة 170 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

من مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى اللجنة الوطنية أو القطاعية للصفقات، حسب الحالة، وإلى مجلس المحاسبة.⁽¹⁾

- لا يمكن إتخاذ مقرر التجاوز إلا في حالة رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة الأحكام التنظيمية وبالتالي وبمفهوم المخالفة لا يمكن إتخاذ هذا المقرر في حالة رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة الأحكام التشريعية.

- لا يمكن إتخاذ مقرر التجاوز بعد انقضاء أجل (90) يوماً ابتداءً من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة.⁽²⁾

وقد كان المشرع محل انتقاد نتيجة اقراره بإمكانية تجاوز رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة التنظيم دون التشريع، وذلك من عدة نواحي أهمها:⁽³⁾

- أن القانون المنظم للصفقات العمومية في حد ذاته عبارة عن تنظيم فكيف يمكن قبول تجاوزه؟
- أن السماح بتجاوز التنظيم يتعارض مع مبدأ دولة القانون التي تلزم كل هيئات الدولة، وعلى كل المستويات، أن تحترم قوانين الجمهورية وتنظيماتها وتعمل على تطبيقها لا تجاؤها.
- أن نص المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تعاقب كل موظف عمومي يمنح عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. وبالتالي فإن هذا النص أشار بوضوح إلى أن مخالفة التنظيم يمكن أن تشكل جريمة، فكيف يجيز تنظيم الصفقات العمومية إرتكابها؟

لهذا يقترح الأستاذ عمار بوضياف إلغاء أحكام التجاوز واستبدالها بإجراء جديد، يتمثل في عرض الأمر مرة ثانية، على لجنة خاصة أو على لجنة الصفقات ذاتها في شكل إعادة النظر، أو الإلتجاء إلى القضاء للفصل في الأمر.⁽⁴⁾

(1) المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

(2) المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 307، 308.

(4) نفس المرجع، ص 307.

الفرع الثاني : الرقابة الوصائية

هي تلك الرقابة الإدارية التي تمارسها السلطات الإدارية المركزية على الهيئات الإدارية اللامركزية،⁽¹⁾ وتعتبر هذه الرقابة من المقومات والأركان التي يستند عليها نظام اللامركزية الإدارية، وتلعب دورا مهما في تكريس إحترام مبدأ المشروعية وسيادة القانون، ذلك أن النظام الرقابي يشبه الجهاز العصبي الذي يعمل على تحسس مواطن الخطأ ومن ثم تجنبها وتفاديها.⁽²⁾

ونظرا لما لهذه الرقابة من دور في فرض تكريس وإحترام القانون، فقد تم تجسيدها في التنظيمات المختلفة الخاصة بالصفقات العمومية، وكان أولها المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ليتوالى النص عليها في بقية النصوص الأخرى وآخرها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الذي إعتبر الرقابة الوصائية كأحد آليات الرقابة على الصفقات العمومية وخصص لها المادة 127 منه. وقد ميز هذا الرسم بين الرقابة الخارجية ورقابة الوصاية في فرعين مستقلين، مع أن الثابت في فقه القانون العام، أن الوصاية الإدارية ما هي إلا نوع من أنواع الرقابة الإدارية الخارجية،⁽³⁾ لهذا السبب إرتأينا إدراج هذا النمط من الرقابة تحت عنوان الرقابة الخارجية.

أولا : تعريف الرقابة الوصائية

تعرف الرقابة الوصائية أو الوصاية الإدارية كما يطلق عليها البعض⁽⁴⁾ على أنها مجموعة من السلطات التي قررها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم، بقصد حماية المصلحة العامة، هذه الهيئات تملك إستقلالية عضوية ووظيفية يجب إحترامها من طرف سلطة الرقابة.⁽⁵⁾

(1) سردوك هيبه ، مرجع سابق، ص 201.

(2) بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص ص 165، 166.

(3) هيبه سردوك، مرجع سابق، ص 202.

(4) يرى بعض الفقهاء أن إستعمال مصطلح "الوصاية الإدارية" في غير محله نظرا للإختلاف الجوهرى بين نظام الرقابة الإدارية ونظام الوصاية الموجود أصلا في القانون الخاص والقائم على أساس نقص الأهلية، بينما يرى جانب آخر أنه يمكن الإحتفاظ بهذا المصطلح على إعتبار أن القانون الإداري قد إستعار كثيرا من مصطلحات القانون الخاص، ولكنها إكتسبت في القانون الإداري معنى مغايرا مثل العقود الإدارية، المسؤولية الإدارية، وغيرها من المفاهيم. نقلا عن بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 72.

(5) حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، (مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية)، مدرسة الدكتوراه للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ : 2013/07/03، ص 138.

أوهي رقابة المشروعية والملاءمة على تصرفات وأعمال الجهات اللامركزية الإقليمية أو المصلحية بواسطة الجهات المركزية، بغية الحفاظ على الصالح العام، وتحقيق مبدأ المشروعية والملاءمة على أعمال ونشاطات هذه الجهات، ولا يمكن ممارسة هذا النوع من الرقابة إلا في حدود ما هو منصوص عليه في القوانين.⁽¹⁾

والملاحظ أن هذه التعاريف تدور في مجملها حول الصلة التي تربط الجهات الإدارية المركزية بالهيئات الإدارية اللامركزية، من خلال عمليات الإشراف والمتابعة على أعمال ونشاطات، وحتى أشخاص وهيئات اللامركزية الإدارية، وبذلك تفرض إضفاء مبدأ المشروعية على أعمالها.

أما في مجال الصفقات العمومية فتهدف الرقابة الوصائية إلى التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والإقتصاد، والتأكد من كون العملية موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع.⁽²⁾

والرقابة الوصائية عموما تمارس بواسطة مفتشيات أنشئت خصيصا بهدف مراقبة وتقييم نشاطات المؤسسات والهيئات الموضوعة تحت الوصاية.⁽³⁾

وتمارس هذه الرقابة قبل البدء في تنفيذ الصفقة وأثناء تنفيذها وحتى بعد الإنتهاء منها، ولكن الذي يعنينا في دراستنا هذه، هي تلك الرقابة المقررة قبل البدء في تنفيذ الصفقة لأنها تعد من أهم ضمانات تكريس مبادئ المنافسة، وذلك من خلال بسط رقابتها على شروط صحة ونزاهة تحضير وإبرام الصفقة العمومية، ويتحدد على إثرها إما المصادقة على المداولة الخاصة بالصفقة أو إبطالها إذا كانت مشوبة بإحدى العيوب.

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص155.

(2) الفقرة 01 من المادة 127 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) MOULAI KAMEL, Les institutions de l'action publique locale en Algerie : cas des marchés publics dans la wilaya de TIZI-OUZOU, (these de doctorat en sciences économiques), département des sciences économiques, faculté des sciences économiques, sciences de gestion et des sciences commerciales, université MOULOUD MAMMARI DE TIZI-OUZOU, soutenue le 14/04/2015, p288.

والملاحظ أن المشرع لم يعط الأهمية الكافية لهذا النوع من الرقابة بدليل أنه خصص لها مادة واحدة فقط ضمن تنظيم الصفقات العمومية وهي المادة 127 سابقة الذكر. وهذا ما جعل هذه الرقابة تتسم بنوع من الغموض، حيث لم يحدد لا مضمونها ولا الكيفية التي تتم بها مما جعلها مفرغة من هدفها، واستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للرقابة الوصائية في قانوني البلدية والولاية لفهم هذا النوع من الرقابة.⁽¹⁾

ومن جهة أخرى، فقد أغفل تنظيم الصفقات العمومية النص على الجزاء المترتب في حالة عدم ممارسة هذه الرقابة إذ لم يجعلها ملزمة، وهذا ما يؤثر على فعاليتها.⁽²⁾

ثانيا : رقابة الوالي على الصفقات العمومية التابعة للبلدية كنموذج للرقابة الوصائية

يمارس الوالي بإعتباره جهة وصية على البلدية رقابة على أعمال البلدية وتصرفاتها وذلك طبقا لقانون البلدية،⁽³⁾ حيث تنص المادة 57 منه على أن بعض مداولات المجلس الشعبي البلدي لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي. وبالرجوع إلى قائمة المداولات المعنية بهذا الإجراء نجد من بينها المداولات المتعلقة بالميزانيات والحسابات، وبما أن المداولات الخاصة بالصفقات العمومية تندرج ضمن هذه الفئة، فإنها لن تكون نافذة إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي.

أما عن كيفية ممارسة هذه الرقابة ، فتكون طبقا للمادة 194 من قانون البلدية التي جاء فيها : « يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي. يرسل محضر المناقصة و الصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما».

وعليه يتعين على البلدية ارسال محضر المناقصة وملف الصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة، ويجب أن يكون ملف الصفقة كاملا يشتمل على دفتر الشروط، الإعلان عن المناقصة في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، محاضر التأشير على دفتر الشروط وعلى مشروع الصفقة من قبل لجان الرقابة الخارجية، محاضر فتح الأظرفة وتقييم العروض والمنح المؤقت للصفقة، ذلك حتى يتأكد الوالي من مدى مطابقة الصفقة للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص157.

(2) حابي فتيحة، مرجع سابق، ص140.

(3) القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 03 يوليو 2011،

ويمكن ان تسفر هذه الرقابة على إحدى النتائج التالية :

- المصادقة على الصفقة إذا كانت مطابقة للقواعد والإجراءات المعمول بها. وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر امرا بانطلاق الأشغال للمتعهد الذي حصل على الصفقة، ويبدأ حساب آجال انجاز الصفقة منذ ذلك التاريخ.⁽¹⁾

- اعادة ملف الصفقة لتصحيح الأخطاء وذلك إذا كانت المداولة أو احدى الوثائق المتعلقة بالصفقة تحتوي على بعض الاخطاء التي يمكن تداركها، كالأخطاء المادية مثلاً.

- إبطال المداولة، وذلك في حال اكتشاف مخالفة في الوثائق التعاقدية أو في إجراءات إبرام الصفقة، ويتم ابطال المداولة بقرار معطل.⁽²⁾

ونشير إلى أنه طبقاً لنص المادة 58 من قانون البلدية، على الوالي أن يعلن قراره خلال ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ ايداع المداولة بالولاية، فإذا انقضى هذا الأجل دون اصدار قراره، فإن المداولة تنفذ بقوة القانون.

وفي الأخير، نشير إلى أن هناك أنواع أخرى من الرقابة تخضع لها الصفقة العمومية من ضمنها الرقابة المالية التي أنشئت أساساً من أجل الحفاظ على المال العام وترشيده، و الرقابة التقنية التي تهدف إلى التأكد من مدى تحقق المردودية المرجوة، ومن أن المشروع تم انجازه وفقاً للمواصفات المطلوبة.

وبالرغم من أن الهدف الأساسي لهذه الأنواع من الرقابة لا يتمثل في تكريس مبادئ المنافسة، إلا أنه يمكن أن تساهم في تجسيد هذه المبادئ بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال فحصها للوثائق التعاقدية المتعلقة بالصفقة والتأكد من مطابقتها للإجراءات والشروط المعمول بها.

(1) راجع الملحق السابع من هذه الدراسة المتضمن نموذج لمداولة المجلس الشعبي البلدي متعلقة بالمصادقة على صفقة عمومية.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، ص156.

المبحث الثاني

اخضاع الصفقات العمومية للرقابة القضائية

يعتبر القضاء من أهم آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل زيادة حجم التجاوزات في هذا المجال وعجز آليات 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 أو أثناء التنفيذ، نتيجة تصادم مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد، مما استدعى وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات وكان ذلك عن طريق القضاء الإداري (المطلب الأول).

ولما كان للصفقة العمومية صلة وثيقة بالمال العام وحقوق الخزينة فقد كانت مجالا خصبا لتقشي واستفحال ظاهرة الفساد، مما استلزم تدخل آليات مكافحة الفساد لقمع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تدخل القضاء الإداري لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية

يلعب 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 المادتين 114 و 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁽¹⁾ بنصهما 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، مما استوجب اللجوء إلى القواعد العامة من خلال تحديد دور قضاء الإلغاء في فض منازعات الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ثم التطرق للقضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثاني).

(1) للإشارة فإن المادة 114 معدلة ومتممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، ومعدلة بموجب المادة 07 من

المرسوم الرئاسي رقم 13-03. و المادة 15 معدلة و متممة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

الفرع الأول : التدخل عن طريق قضاء الإلغاء

يختص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية على أساس المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 02 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 ».⁽¹⁾

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،⁽²⁾ إلا أن القضاء الفرنسي لم يقر 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.

أولا : 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، إلا أنه ينفصل عنه ويختلف في طبيعته، مما يجعل الطعن فيه بالإلغاء أمرا جائزا.

وتعرّف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها : " قرارات إدارية تكون جزءا من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري، بناء على ولايته الكاملة أوتخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على

(1) بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص57.

(2) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص198.

إنفراد⁽¹⁾. 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"⁽²⁾.

وتعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، ويرجع ذلك إلى تاريخ 11 ديسمبر 1903، حيث طُبِّق 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⁽³⁾، 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، ليقتضي في الأخير بأن المداولات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الإمتياز وفقا للمعيار الشخصي⁽⁴⁾.

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⁽⁵⁾.

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

(2) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، ص54.

(3) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص198 ، 199.

(4) 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.

(5) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص14.

ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية في النظام القضائي الجزائري،* 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 اجراء 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 أبريل 1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.⁽¹⁾

ثانيا : مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

لقد تم تصنيف القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية إلى صنفين، قرارات متعلقة بابرار الصفقة يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، وقرارات متعلقة بتنفيذها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، وبالتالي يختص بنظر منازعاتها القضاء الكامل.⁽²⁾

وما يهمننا في هذه الدراسة، هي تلك القرارات المتعلقة بابرار العقد 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 التمهيديّة للتعاقد، وتسمى بالقرارات المنفصلة والمستقلة، وهي قرارات نهائية تخضع لما تخضع له القرارات النهائية من أحكام في شأن طلب تنفيذها أو إلغائها.⁽³⁾

وقد أكد القضاء المصري على هذا الإتجاه في العديد من أحكامه، خاصة حكمه الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1997، إذ قررت محكمة القضاء الإداري بأن الأعمال التمهيديّة المتمثلة في وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العطاءات وكذا ارساء المناقصة، تتم بواسطة قرارات ادارية تتخذها جهة

* وقد عرفت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة تطبيقات واسعة في النظام القضائي الجزائري، خاصة في مجال نزاع الملكية للمصلحة العامة، وفي مجال منازعات الإنتخابات التشريعية.

(1) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص202.

(2) نفس المرجع، ص207.

(3) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص16.

الإدارة للإفصاح فيها عن إرادتها، فكل ما تتخذه من قرارات بهذا الصدد ويكون مخالفا للقوانين واللوائح أومشوبا بعييب اساءة استعمال السلطة، يخضع لرقابة قاضي الإلغاء.⁽¹⁾

ومن أمثلة القرارات الممهدة للصفقة نجد :

1 - قرار الإعلان عن الصفقة العمومية

الإعلان عن الصفقة - كما سبق توضيحه - 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.⁽²⁾ ومن أمثلة ذلك خلو الإعلان من إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، أوصدوره مخالفا للشكليات والإجراءات المفروضة بنص المادة 49 من نفس المرسوم.

2 - قرار الحرمان من دخول الصفقة

خول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة اصدار قرار حرمان بعض المتعاملين من دخول الصفقة ولو توفرت في عطاءاتهم كافة الشروط المطلوبة، بشرط أن يكون الحرمان مستندا إلى نص قانوني، ويأخذ الحرمان شكلين هما الحرمان الجزائي والحرمان الوقائي.⁽³⁾

ويجد هذا الإجراء أساسه القانوني في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي عدت 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.

(1) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص203.

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

(3) سبق التعرض، بالتفصيل، إلى الحرمان من المشاركة في الصفقة العمومية باعتباره من القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة، في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة.

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 أصلاً.

ولم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح قرار الاستبعاد مطلقاً، غير أنه بالرجوع إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية نجد أن الإدارة يمكنها اللجوء إلى هذا الإجراء لعدة أسباب ومنها :

- سوء السمعة المهنية للمتعاقد مما قد يؤثر على أدائه لإلتزاماته التعاقدية، ويمكن التأكد من سوء السمعة من خلال تصفح تعاقداته السابقة مع الإدارة، فقد يكون قد سبق له التماطل أو التهرب من تنفيذ التزاماته، أولجأ إلى استعمال الغش.⁽¹⁾

- عدم مطابقة العرض المقدم لموضوع الصفقة أو لمحتوى دفتر الشروط.⁽²⁾

- إذا لم يتحصل العرض على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط.⁽³⁾

ولقد اعتبر القضاء الإداري قرار الإستبعاد قراراً إدارياً منفصلاً لتوافره على مقومات القرار الإداري، مما يخول لأصحاب الشأن الطعن فيه بالإلغاء، هذا ما أكدته قرار مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 06 ماي 1931 في قضية (TANDUT)، حيث إعتبر قرار رفض الإدارة العامة التعاقد مع أحد الأشخاص قراراً إدارياً منفصلاً، وقبل دعوى الإلغاء المرفوعة ضده.⁽⁴⁾

4 - قرار المنح المؤقت

تطبيقاً لنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يخضع قرار المنح المؤقت للصفقة لمبدأ أساسي وهو المنح لصاحب العطاء الأفضل، مما يضيف على الصفقة العمومية طابع الآلية بصفة مطلقة. غير أن تنظيم الصفقات العمومية قد أعطى للمصلحة المتعاقدة حق رفض العطاء - ولو كان الأفضل - إذا إقتضت الضرورة أو المصلحة العامة ذلك، وذلك في الحالات التالية :

(1) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص 181.

(2) الفقرة 04 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(3) الفقرة 06 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

(4) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 204.

- إذا كان قبول العرض سيؤدي إلى هيمنة المتعامل المقبول على السوق، أو يتسبب في اختلال المنافسة.⁽¹⁾

- إذا كان العرض المالي للمتعامل المختار يبدو منخفضا بشكل غير عادي.⁽²⁾

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 خطأ أو نتيجة تعسف من جانب الإدارة.

5 - قرار إلغاء الصفقة

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

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

- في حالة عدم جدوى العملية طبقا لنص المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 .

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.⁽³⁾

6 - قرار إبرام الصفقة

طبقا لنص المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فإن الصفقة لا تصح ولا تكون نهائية إلا 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.⁽⁴⁾

(1) الفقرة 08 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدّل والمتمم.

(2) الفقرة 09 من المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدّل والمتمم.

(3) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص184.

(4) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص17.

ويتضح مما سبق، أن القضاء الإداري بإبتكاره لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة وإقراره لإمكانية اللجوء إلى قضاء الإلغاء فيما يخص القرارات الإدارية الممهدة لإبرام الصفقات العمومية يكون قد ساهم بدرجة كبيرة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.

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 التنفيذ، وهذا ما أدى إلى تبني إجراءات الإستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الثاني : التدخل عن طريق قضاء إستعجال ما قبل التعاقد

كأصل عام فإن كل القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار إبرامها تكون محلا لدعوى الإلغاء، إلا أنه مع اتساع النشاط التعاقدى وحرص المشرع 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 بإبرام الصفقات العمومية. وكان ذلك عن طريق تكريس ما يعرف بالقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد.

أولا : مفهوم القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد

يمكن تعريف القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية على أنه إجراء قضائي تحفزي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل اتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق اعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة.⁽¹⁾

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

(1) بزاحي سلوى، « رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري »، المجلة الأكاديمية

للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، عدد 2012/01، ص31.

بالوضعيات التي يُخشى أن تكون غير قابلة للإصلاح، لكنه يختلف عنه من حيث المساس بأصل الحق.⁽¹⁾

واستعجال ما قبل التعاقد هو استعجال خصوصي، أوجده القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04 يناير 1992 تطبيقا لتعليمة الاتحاد 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،⁽²⁾ وقد تم تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في نطاق المنافسة والعلانية بما يضمن ردع المخالفين في هذا المجال.

أما المشرع الجزائري فقد تبني فكرة القضاء بالإستعجالي ما قبل التعاقد في ظل القانون رقم 08-09 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.⁽³⁾

ويسعى المشرع الجزائري من خلال تقنين استعجال ما قبل التعاقد إلى تعزيز آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة، و إجحام المستثمرين عن التقدم بعتاءاتهم، 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 تشريعا 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

(1) بوشكيوة عثمان، « استعجال ما قبل التعاقد في مجال ابرام الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011، ص 02.

(2) بن شيخ لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري (دراسة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 268.

(3) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 253.

المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة وناذرة حتى يطلب أحد أطرافها إلغائها أمام قاضي العقد.⁽¹⁾

ثانيا : الجوانب الإجرائية للقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد

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

1 - شروط دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد

إضافة إلى الشروط العامة التي تقتضيها الدعوة الإستعجالية،* 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 بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أوسيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة 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 " سألقة الذكر " يسمح لكل من له مصلحة في إبرام العقد، ويكون قد تضرر من جراء الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة،

(1) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص33.

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

بالإلتجاء إلى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد للمطالبة بحقوقه. ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالمرشحين الذين قدموا عروضهم إلا أنه تم استبعادهم أو إقصاؤهم أو لم يكونوا محل اختيار من طرف المصلحة المتعاقدة.⁽¹⁾

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 طبق 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.⁽²⁾

- إكتساب صفة المدعي بحكم القانون : حيث أن المدعي 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 ممثلاً للدولة على مستوى الولاية - ممارسة هذا النوع من الدعاوى. وبعد ذلك امتدادا طبيعيا لجملة الإختصاصات الممنوحة له بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، خاصة المادة 106 من قانون الولاية،⁽³⁾ التي اعترفت للوالي بتمثيل الولاية أمام القضاء. إلا أن المادة 946 أضافت له اختصاصا آخر ألا وهو تمثيل كلا من البلدية⁽⁴⁾ والمؤسسة العمومية المحلية أمام القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

ويؤخذ على المشرع 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 كرسها تنظيم الصفقات العمومية.⁽⁵⁾ كذلك من الإشكاليات التي تثيرها هذه المادة هو صعوبة علم الوالي

(1) بودريوة عبد الكريم، « اشكالات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011، ص3.

(2) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص849.

(3) قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 29 فبراير 2012، ص ص 05-25.

(4) نشير إلى أنه بموجب المادة 82 من قانون البلدية، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم بالنقاضي باسم البلدية ولحسابها.

(5) بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص10.

بالمخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية المحلية، خاصة في ظل غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفية تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة في المرحلة قبل التعاقدية.⁽¹⁾

ب - ميعاد رفع الدعوى

يتضح من خلال نص المادة 946، أن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة أجلا أو مدة زمنية معينة لرفع هذه الدعوى، ولكن يفهم من خلال استعماله لعبارة "إذا أبرم العقد أوسيرم" أنه يجيز رفع دعوى الإستعجال قبل إبرام العقد أو بعده، وبذلك يتقرر حق اللجوء إلى القضاء الإستعجالي سواء قبل إبرام الصفقة أو بعد 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.⁽²⁾

ونشير إلى أن القضاء الفرنسي وفي السنوات الأولى من تكريس القضاء الإستعجال ما قبل التعاقد، قبل النظر في هذه الدعاوى حتى بعد إبرام العقد، ولكنه تراجع فيما بعد عن موقفه هذا وتبنى مبدأ آخر واستقر عليه، مفاده أن تطرق القاضي الإستعجالي إلى مشروعية العلنية والمنافسة بعد إبرام العقد يُخرجه من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.⁽³⁾

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 أو المنافسة، ومنه فإن مخالفة شروط وإجراءات إبرام الصفقة يمكن أن تكون محلا لهذه الدعوى.

وبالرجوع إلى الفصل الأول من هذه الدراسة يتبين أن المشرع قد فرض جملة من الإلتزامات قصد حماية مبادئ المنافسة والشفافية في الصفقات العمومية. وعليه فإن أي تجاوز لهذه الإلتزامات يخول الطرف المتضرر حق رفع دعوى استعجالية.

(1) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 37.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 268.

(3) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 39.

ونظرا لكوننا تطرقنا بإسهاب إلى مختلف الإجراءات والكيفيات الكفيلة بتجسيد هذه المبادئ وإلى شروط ممارستها وتحقيقها، فإننا سنكتفي في هذه النقطة بالذكر - باختصار - بمختلف هذه القواعد والإجراءات التي يمكن أن تؤدي إلى الإخلال بقواعد المنافسة، ومن أمثلتها:⁽¹⁾

- تعسف 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 معينين بذواتهم، ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة.⁽²⁾ مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أقر بأن أوجه تأسيس الدعوى الإستعجالية تتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، وبالتالي فقد أغفل الحالات التي تشكل مساسا بهذه المبادئ والتي قد تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان ومن ضمنها مسألة اعداد دفتر الشروط وإمكانية احتوائه على بنود مخالفة لمبدأ حرية المنافسة.⁽³⁾

- الإخلال بالتزامات الإشهار والإعلان وذلك عند غياب الإشهار الصحفي كليا أو جزئيا أو صدوره بما يخالف الكيفيات والإجراءات المنصوص عليها في المواد 45، 46، 49 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10.

- إختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب، حيث أن المشرع حدّد آليات إبرام الصفقات العمومية في المواد من 25 إلى 34 من تنظيم الصفقات العمومية، فجعل من المناقصة 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 35 إلى 40 من تنظيم الصفقات العمومية.

- الحرمان أو الإستبعاد من الصفقة دون وجه حق.

(1) لمزيد من التفاصيل حول مختلف هذه الإجراءات، راجع المبحث الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة.

(2) يزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 38.

(3) بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 10.

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 أن 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.⁽¹⁾ وقد كان القضاء الفرنسي لا يعترف بهذه السلطة للقاضي تطبيقاً للمبدأ الإجرائي " القاضي يحكم ولا يدير " المستند على مبدأ الفصل بين السلطات.⁽²⁾ ولكن القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04 يناير 1992 أعطى للقاضي الإداري سلطة أمر الإدارة بأن تراعي الإلتزامات المفروضة عليها قانوناً 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.⁽³⁾

أمّا عن موقف المشرّع الجزائري فقد ظلّ إلى وقت قريب جدّاً يرفض منح القاضي سلطة توجيه الأوامر، فنجده يصرّح في 24-04-2000 في قضية "رئيس بلدية درقينة" ضدّ "س-ع" بأن البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلاً لأمر الأداء، غير أنّه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، 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 مستوفياً لكافة شروطه وبياناته الإلزامية.⁽⁴⁾

(1) مهتّد مختار نوح، مرجع سابق، ص 871، 872.

(2) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 42.

(3) مهتّد مختار نوح، مرجع سابق، ص 874.

(4) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 42.

ب - سلطة فرض الغرامة التهديدية

قد لا يكون الأمر الإستعجالي منتجا لآثاره، لذلك فقد تمّ تدعيمه بوسيلة ردعية تطبق على الملزم بالتنفيذ وتقرض عليه ضرورة الإستجابة لأمر المحكمة الإدارية، وتتمثل هذه الوسيلة في الغرامة التهديدية التي تعدّ من الوسائل الهامة التي تم استحداثها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواجهة الإدارة.⁽¹⁾

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 بناء على نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة لا تتجاوز 20 يوما، وهي نفس المدة 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.⁽²⁾

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

تلك هي القواعد الخاصة بقضاء الإستعجال ما قبل التعاقد المكرّسة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تعكس بوضوح حرص المشرّع على تجسيد آلية فعالة لمواجهة التجاوزات الحاصلة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية.

(1) بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 08.

(2) نفس المرجع، ص 7.

المطلب الثاني

مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

تماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد، صدر في الجزائر القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. وكان صدوره نتيجة تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽¹⁾، المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003. وقد اشتمل هذا القانون على عدة نصوص خاصة بتجريم المخالفات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية .

هذا و تتعدد مظاهر الفساد في مجال الصفقات العمومية، فهي لا تقتصر على مجرد القيام بمنح الصفقات بطرق مشبوهة، وانما تتعداه إلى عدة مظاهر سلبية أخرى تتمثل في انفاق المال العمومي أو بالأحرى هدره وتبديده في مشاريع وهمية غير مطابقة للواقع، أو مشاريع غير مجدية اقتصاديا.⁽²⁾

ومن خلال هذا المطلب، سوف نستعرض مختلف جرائم الصفقات التي تضمنها القانون رقم 06-01 مع التركيز على الجرائم المخلة بمبادئ المنافسة (الفرع الأول)، فيما سنخصص الفرع الثاني لمعرفة أهم الآليات التي تم رصدها لمكافحة هذه الجرائم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

في اطار مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية تم تخصيص المواد 26، 27، 35 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته لتحديد الجرائم المتعلقة بها، حيث قضى المشرع من خلال هذه المواد بتجريم كل المخالفات المرتكبة عند ابرام أو تنفيذ الصفقة، أما المادة 71 من نفس القانون فقد قضت بإلغاء النصوص السابقة المتعلقة بجرائم الصفقات العمومية والمتضمنة في قانون العقوبات.⁽³⁾

بالرجوع إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فقد تم تصنيف هذه الجرائم إلى ثلاث صور :

⁽¹⁾ وقد تم التصديق، بتحفظ، على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19 أبريل 2004، جريدة رسمية عدد 26، بتاريخ 25 أبريل 2004، ص ص 12-39.

⁽²⁾ MOULAI KAMEL, op cit, p290.

⁽³⁾ المادتين 128 مكرر و 128 مكرر 1 من قانون العقوبات.

أولاً : جريمة الإمتيازات غير المبررة

جاء في نص المادة 26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁾ مايلي :

« يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

1 - كل موظف عمومي يمنح عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

2 - كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الإقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل ».

يتضح بأن هذه المادة متكونة من شقين وكل شق يكون جريمة على حده :

1 - جريمة المحاباة

نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 26 المذكورة أعلاه، وتقوم هذه الجريمة على توافر ثلاث أركان :

- **صفة الجاني** : يشترط أن يكون مرتكب هذه الجريمة موظفاً بالمفهوم الواسع للموظف الذي تضمنه نص المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁽²⁾.

(1) المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من القانون رقم 11-15 المعدل والمتمّم للقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

(2) وتنص المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته على ما يلي : « يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: (أ)

- **الركن المادي :** ويتمثل في قيام الجاني بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، ، على أن يكون الغرض من القيام بهذه الأعمال هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة. ويشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط، فإذا استفاد منه الجاني نفسه جاز أن يكون الفعل رشوة.⁽¹⁾

ومنه فالسلوك الإجرامي لهذه الجريمة محله القيام بإحدى النشاطات المذكورة أعلاه بطريقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكم هذه العمليات، وهي الأحكام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية. وما يعنينا في هذه الدراسة هونلك الأفعال المخالفة لقواعد إبرام الصفقات العمومية والتي قد تشكل جرائم مخلة بمبادئ المنافسة، وتتعلق تلك الأفعال أساسا بإجراءات إبرام الصفقة، كعمليات إبرامها، إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد وغيرها.

وإجمالاً، يمكن ذكر بعض الأمثلة عن الأفعال المكونة لجريمة المحاباة :

- اللجوء غير المبرر لأسلوب التراضي وذلك بهدف تخصيص الصفقة لمتعامل معين، أو اللجوء التعسفي إلى أسلوب المناقصة المحدودة مع أن خصائص المشروع والتقنيات التي يتطلبها انجازه لا يبرران حصر عدد المؤسسات المقبولة لتقديم العروض.⁽²⁾

- المساس بالقواعد المتعلقة بأشهار الصفقة، ومثال ذلك عدم نشر الإعلان أصلاً أو نشره بطريقة مخالفة لنص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

- المساس بالقواعد المتعلقة بإيداع العروض، حيث أن تحديد أجل ايداع العروض من اختصاص المصلحة المتعاقدة، والمشرع الجزائري لم يضع حداً أدنى لهذا الأجل، وهذا ما يفتح المجال للتلاعب من

= (ب) " موظف عمومي " :

1 - كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته،

2 - كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

3 - كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما.....»

⁽¹⁾ بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، طبعة 2004، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

ص 80.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص 77.

طرف الإدارة، بحيث يمكنها أن تقوم بتسريب بعض المعلومات المتعلقة بالصفقة إلى الشخص الذي تريد ترشيحه ثم تقوم بتقليص مدة ايداع العروض بغرض اقضاء بعض المنافسين لعدم تمكنهم من تحضير عروضهم.⁽¹⁾

- تسريب معلومات امتيازية لبعض المترشحين لتمكينهم من تحضير عروضهم وفق ما هو مطلوب وبالتالي الظفر بالصفقة محل التنافس.

- القيام بمفاوضات مع بعض المتعهدين بعد فتح الأظرفة للقيام بتعديل عروضهم بما يتناسب مع التعهدات الأخرى التي تم ايداعها وذلك لتعزيز حضورهم في الفوز بالصفقة.

- **الركن المعنوي :** جريمة المحاباة هي من الجرائم القصدية التي تتطلب توافر القصد العام وكذا القصد الخاص المتمثل في اعطاء امتيازات للغير مع العلم بأنها غير مبررة.⁽²⁾

أما بالنسبة للعقوبة المقررة لهذه الجريمة، فإنه وبحسب المادة 26 من القانون رقم 06-01 المذكورة أعلاه تتمثل في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات مع غرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي. أما الشخص المعنوي فتتمثل عقوبته في غرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج، وذلك طبقا لنص المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والمادة 18 مكرر من قانون العقوبات، هذا بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.⁽³⁾

2 - جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

تضمنتها الفقرة الثانية من المادة 26 سابقة الذكر، ولقيامها يجب توفر الأركان التالية :

- **صفة الجاني :** وقد اشترط المشرع أن يكون الجاني ضمن فئة التجار أو الصناعيين أو أصحاب الحرف أو المقاولين من القطاع الخاص، ثم اضاف عبارة " بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي "

(1) موري سفيان ، مرجع سابق، ص 09.

(2) جليل مونية ، مرجع سابق، ص 22.

(3) الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 49، صادرة بتاريخ 11 يونيو 1966، ص ص 702-756.

وبهذه الإضافة يكون المشرع قد عدل عن اشتراط صفة معينة في الجاني،⁽¹⁾ وكل ما هو مطلوب أن يقوم هذا الأخير بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات المذكورة في المادة.

- **الركن المادي :** ويتحقق عندما يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات المذكورة أعلاه مع استفادته من سلطة أو تأثير الأعوان التابعين لهذه الهيئات من أجل تحقيق الإمتيازات التالية : الزيادة في الأسعار ، التعديل في نوعية المواد والخدمات، التعديل في آجال التسليم والتموين .

- **الركن المعنوي :** تتطلب هذه الجريمة لقيامها توافر القصد العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وتوجه إرادته نحو استغلال هذا النفوذ لصالحه، والقصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع أنها غير مبررة.⁽²⁾

وبالنسبة للعقوبة المقررة لهذه الجريمة فهي نفس العقوبة المقررة لجريمة المحاباة.

ثانيا : جريمة الرشوة

الرشوة بوجه عام، هي الإتجار بأعمال الوظيفة أو الخدمة أو استغلالها بأن يطلب الجاني أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها أو أية منفعة أخرى لآداء عمل من أعمال وظيفته أو الإمتناع عنه.⁽³⁾

وتعد الصفقات العمومية مجالا خصبا لتفشي هذا النوع من الجرائم لذلك فقد عمد المشرع إلى تجريمها بمقتضى المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وذلك بنصها : « يعاقب بالحبس من عشرة (10) إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات الإقتصادية».

(1) بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 84.

(2) قاسمي آمال، « دور قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في تكريس قواعد الشفافية في مجال الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس المدية، 20 ماي 2013، ص 13.

(3) بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 35.

وتقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على توافر الأركان التالية :

- **صفة الجاني** : لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون الجاني موظفا عموميا بمفهوم المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

- **الركن المادي** : ويتمثل في قيام الجاني بالقبض الفعلي أو مجرد محاولة قبض أجرة أو منفعة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق، ولم يحدد المشرع طبيعة المنفعة أو الفائدة التي يقبضها الجاني فتكون إما مادية كالحصول على مبلغ مالي أو قطعة أرض أو معنوية مثل الدعاية للجاني بغرض الفوز بالانتخابات التي ترشح لها.⁽¹⁾ ويستوي أن يستفيد الجاني من هذه المنفعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة، كما يستوي أن يستفيد منها هو شخصيا أو شخص غيره.

- **الركن المعنوي** : تقتضي هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في قبض الأجرة أو المنفعة مع العلم أنها غير مبررة وغير مشروعة.⁽²⁾

وتطبق على مرتكبي هذه الجريمة عقوبة الحبس من عشرة إلى عشرين سنة وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.

وبالرجوع إلى نص المادة 27 سالف الذكر يمكن استنباط الملاحظات التالية:⁽³⁾

- أن المشرع شدد من عقوبة الرشوة بغرض الوقاية من الفساد.

- اتساع مجال التجريم ليشمل كل من قبض أو حاول أن يقبض، لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

- اتساع نطاق التجريم ليشمل مرحلة الإبرام والتنفيذ بالنسبة للصفقات والعقود والملاحق.

إلا أنه عند مقابلة المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يبرز لنا خلا عضويا يتمثل في عدم ذكر المادة 27 لبعض الجهات المذكورة بالمادة 02

(1) قاسمي أمال ، مرجع سابق، ص14.

(2) بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص88.

(3) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص ص344، 345.

ويتعلق الأمر بمراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.*

ثالثا : جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

تنص المادة 35 من القانون رقم 01-06 على أن : « يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف يأخذ أو يتلقى إما مباشرة وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أيا كانت ».

وتقوم جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية على توافر الأركان التالية:

- **صفة الجاني** : يجب أن يكون الجاني موظفا عموميا بالمفهوم الذي بيناه سابقا، كما اشترط المشرع أن يكون الجاني وقت ارتكاب الفعل مشرفا بصفة كلية أو جزئية على إبرام الصفقات، أو أن يكون موظفا عموميا مكلفا بإصدار أذن الدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتها.

- **الركن المادي** : يتمثل في قيام الجاني بأخذ أو تلقي فائدة من الأعمال التي يديرها أو يشرف عليها، أو كان أمرا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفيتها بمعنى أن يحصل على منفعة من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات التي تدخل في نطاق اختصاصه ، وبالتالي فالسلوك الإجرامي في هذه الجريمة يتمثل في أخذ أو تلقي فائدة أو الإحتفاظ بها، ولم يحدد المشرع طبيعة المنفعة أو الفائدة فيجوز أن تكون مادية أو معنوية.

- **الركن المعنوي** : تعد من الجرائم العمدية التي لا بد من توافر القصد الجنائي لقيامها، والقصد المتطلب هنا هو القصد الجنائي العام الذي يتمثل في اتجاه نية الجاني للحصول على المنفعة أو الفائدة.⁽¹⁾

* و تشير إلى أنه لم يتم تدارك هذا الخلل بالرغم من تعديل القانون رقم 01-06 بالقانون رقم 11-15 ، أي بعد صدور المرسوم

الرئاسي رقم 10-236.

⁽¹⁾ زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص127.

وتطبق على مرتكبي هذه الجريمة عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات.

وجدير بالذكر أن هذه الجريمة كانت تعد صورة من صور الرشوة، يعاقب مرتكبوها بموجب المادة 123، الملغاة من قانون العقوبات.

الفرع الثاني : آليات مكافحة جرائم الصفقات العمومية

عهدت الجزائر لهيئات إدارية وقضائية مهمة مكافحة الفساد بصفة عامة، فقبل إحالة مرتكبي الفساد على القضاء الجزائي تتدخل هيئات إدارية بغرض البحث والتحري للتأكد من وجود صفقات مشبوهة وذلك بحكم المهام المسندة إليها، والسلطات التي منحها المشرع إياها .

أولا : الهيئات الإدارية المكلفة بمكافحة جرائم الصفقات العمومية

أنشأ المشرع الجزائري هيئات إدارية لمكافحة الفساد بصفة عامة، ويندرج ضمن إختصاصها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، مهمة مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، وفي هذا الإطار سنتطرق إلى دور كل من المفتشية العامة للمالية، مجلس المحاسبة، والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته .

1 - المفتشية العامة للمالية

تعتبر المفتشية العامة للمالية مصلحة تابعة لوزارة المالية تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، تم إستحداثها لأول مرة بموجب المرسوم رقم 80 - 53 المؤرخ في 1983/03/01، وأعيد تنظيمها في أكثر من مناسبة، كان آخرها صدور المرسوم التنفيذي رقم 92 - 78 المؤرخ في 1992/02/22 المحدد لإختصاصاتها.⁽¹⁾

ومن بين الأهداف الأساسية التي وجدت من أجلها المفتشية العامة للمالية، هو ضمان التسيير الأمثل والفعال للإعتمادات المالية واستعمالها استعمالا عقلانيا من قبل المؤسسات الموضوعة تحت

(1) مرسوم تنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992، يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 26 فبراير 1992، ص ص 411-414.

تصرفها، وقمع كل جرائم الإختلاس والتبذير والتلاعب بالأموال العمومية، وذلك عن طريق فرض رقابة صارمة على المحاسبين العموميين والآمرين بالصرف.⁽¹⁾

وباعتبار الصفقات العمومية وسيلة لتنفيذ النفقات العمومية فإنها تخضع لرقابة هذه الهيئة، وهذا بغرض التأكد من شرعية الإجراءات المتبعة ومطابقتها للتشريع والتنظيم المعمول بهما. ويظهر هذا الدور الرقابي من ناحيتين :

أ - فحص الصفقة من الناحية الشكلية، وذلك عن طريق⁽²⁾ :

- جمع المعلومات والإستفسار عن الطريقة التي حدّدت بها الحاجات العامة.
- البحث في طريقة إبرام الصفقة، ففي حال أبرمت عن طريق التراضي، تبحث اللجنة عن الأسباب الجديّة والحقيقية التي أدت إلى تبني هذه الطريقة، نظرا لخطورة هذا الإجراء وإخلاله بمبدأ حرية المنافسة.
- التأكد من سرية المناقصة، وذلك من خلال التأكد من أنه لم يحدث أي إفشاء للمعلومات أو تفاوض مع أحد المتعهدين إلى غير ذلك من الأفعال المنافية والمخلّة بمبادئ الصفقات العمومية .
- تحديد الأهداف المتوخاه من الصفقة حتّى لا يتم رصد إتمادات مالية لصفقة لا تعود بأي فائدة.
- الإطلاع على دفاتر الشروط لمعرفة مدى تطابقها مع القوانين والتنظيمات السارية المفعول، وتفحص سجلات العروض.

ب - فحص الصفقة من الناحية الموضوعية وذلك عن طريق :

- مراقبة مراحل إبرام الصفقة العمومية بدءا بإجتماع لجنة الصفقات الخاص بالمصادقة على دفتر الشروط إلى غاية إرساء الصفقة، وذلك من خلال تفحص مدى إحترام النصوص التنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

- معاينة محضر لجنة الصفقات والتأكد من قرار تعيين اللجنة وشرعية إجتماعاتها .

(1) جليل مونية، مرجع سابق، ص15.

(2) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص185.

- التأكد من مطابقة العروض لدفتر الشروط، ومن أن إختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة قد تم بطريقة موضوعية وشرعية .

هذا بالإضافة إلى عدة مهام أخرى خاصة بمراقبة تنفيذ الصفقة وتتبع الإعتمادات المالية المرصودة لها.

ويلاحظ أن المفتشية العامة للمالية لها حق الرقابة فقط ولا تملك حق معاقبة مرتكبي التجاوزات، كما أن إقتراحاتها يمكن أن ألا تكون محلا لأي متابعة، فالمفتش عندما يلاحظ أي مخالفة يكتفي فقط بإعلام السلطة السّلمية أو الوصية قصد إتخاذ التدابير الضرورية، ولا يمكنه حتى إيقاف الفعل غير المشروع إلى حين إبلاغ هذه السلطات، وهذا من شأنه أن يحدّ من فعالية عمل المفتشية كجهاز للرقابة.⁽¹⁾

2 - مجلس المحاسبة

كانت نشأته بموجب دستور 1976، وتم تشكيله بصفة فعلية سنة 1980، ويعتبر هيئة رقابية بعيدية على الأموال العامة تتمتع بصلاحيات واسعة في مكافحة الفساد، وتعتمد سياسة مجلس المحاسبة في الوقاية من جرائم الصفقات العمومية على الشفافية في الرقابة بهدف التحقق من الإستعمال الشرعي والسليم للأموال العمومية.⁽²⁾

ويتمتع المجلس بصلاحيات واسعة يمكن إجمالها في النقاط التالية :

- التدقيق في حسابات الهيئات العمومية والتأكد من سلامة الأرقام والبيانات الواردة في الميزانية والحسابات الختامية للمؤسسات .
- مراقبة جميع المعاملات التي تقوم بها الجهة الخاضعة للرقابة خاصة الرقابة على الإنفاق بكل خطواتها .

- ضبط وكشف المخالفات المالية وجرائم الفساد المالي، من خلال اتخاذ التدابير التالية :

- التحقق من عدم مخالفة الأجهزة الإدارية للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور، القوانين والمراسيم.

(1) جليل مونية، مرجع سابق، ص16.

(2) زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص205.

- التحقق من كل تصرف خاطئ صادر عن عمد أو إهمال أو تقصير يترتب عليه صرف أو تبديد أموال الدولة أو ضياعها.
 - الكشف عن جرائم الإختلاس، تبديد الأموال، ومختلف المخالفات المالية والتحقيق فيها، ومن ثم دراسة نواحي القصور في نظام الرقابة الداخلية التي أدت إلى وقوعها، وإقتراح وسائل علاجها.
- يبدو أن الرقابة الممارسة من طرف المجلس عبارة عن رقابة مالية بالدرجة الأولى، و مع ذلك فهو يقوم بدور مهم بخصوص حماية مبادئ المنافسة، من خلال مراقبته لعملية إبرام الصفقة العمومية وكيفيات اختيار المتعامل المتعاقد.

وطبقا لنص المادة 27 من القانون المتعلق بمجلس المحاسبة⁽¹⁾ فإنه متى لاحظ المجلس أثناء ممارسة رقابته وقائع يمكن وصفها جزائيا يرسل الملف إلى النائب العام المختص إقليميا بغرض المتابعات القضائية، ويطلع وزير العدل بذلك، وكذلك الأشخاص المعنيين والسلطة التي يتبعونها.⁽²⁾

كما تم منح الإختصاص القضائي لمجلس المحاسبة وتم إصطباغ قراراته بالصبغة التنفيذية قياسا على قرارات الجهات القضائية الإدارية، مما يضيف الصرامة على نتائج أعماله ويكفل إحترامها حفاظا على المال العام. وبالرغم من ذلك، يبقى دور المجلس محدود نتيجة اصطدامه بعدة عراقيل، من بينها تبعيته للسلطة التنفيذية وعدم فعالية الأدوات التي يمتلكها، لهذا ينبغي العمل على تفعيل دوره الرقابي بمنحه إستقلالية عن السلطة التنفيذية.⁽³⁾

3 - الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

أسست هذه الهيئة كآلية لضمان الوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة 17 من القانون رقم 01-06 وذلك بنصها: « تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد و مكافحته، قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد»، وحددت طبيعتها القانونية بموجب المادة 18 من نفس القانون بنصها: « الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتوضع لدى رئيس الجمهورية.

(1) الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، جريدة رسمية عدد 39، مؤرخة في 23 يوليو 1995، ص ص 03-18. معدل ومتمم بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010، ص ص 04-08.

(2) جليل مونية، مرجع سابق، ص 17.

(3) نفس المرجع، ص 18.

تحدد تشكيلة الهيئة وتنظيمها وكيفية سيرها عن طريق التنظيم « . وقد تم تنظيم عمل هذه الهيئة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06 - 413 المؤرخ في 2006/11/22 الذي يحدد تشكيلها وتنظيمها وكيفية سيرها⁽¹⁾

وبالرجوع لأحكام هذا المرسوم وكذا أحكام القانون رقم 06-01 نجد أن هذه اللجنة أعتبرت بمثابة آلية من الآليات الوطنية لمواجهة الفساد، مهمتها إقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد وتقديم توجيهات في هذا المجال مع إحترام التدابير التشريعية والإدارية وإعداد البرامج التوعوية لمواجهة هذه الظاهرة، ويحق لها في إطار أدائها لمهامها الإطلاع على التقارير الخاصة بالتصريح بالممتلكات للموظفين العموميين، كما يحق لها الإستعانة بالنيابة العامة في إجراء تحرياتها وجمع الأدلة في الوقائع التي لها صلة بالفساد.

يمكن للجنة الحصول على كل المعلومات والوثائق التي لها صلة بتحقيقاتها من الإدارات العمومية والقطاعين العمومي والخاص. و كل سلوك يؤدي إلى عرقلة مهامها يصنّف على أساس أنه « جريمة إعاقة سير العدالة » ويرتب إجراءات عقابية على مرتكبيه.⁽²⁾

وطبقا لنص المادة 22 من القانون رقم 06-01 فإنه يتعين على الهيئة عنما تتوصل إلى وقائع ذات وصف جزائي أن تحول الملف إلى وزير العدل الذي يختص بتحريك الدعوى العمومية عند الإقتضاء، وتثير هذه المادة عدة إشكاليات من حيث أن المشرّع لم يعترف لهذه الهيئة بأهلية اللجوء مباشرة إلى القضاء بصدد الوقائع التي تشكل جريمة، بل يتعين عليها إحالة الملف المشبوه إلى وزير العدل الذي يملك وحده أمر تحريك الدعوى العمومية، فكيف يلزم القانون الهيئة برفع يدها على الوقائع ذات الوصف الجزائي من جهة ويتيح لها الإستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في الوقائع من جهة أخرى.

ومنه يمكن القول أن المشرّع لم يمنح هيئة الوقاية من الفساد ومكافحته اختصاصات قضائية وإنما جعلها مجرد وسيط للوصول إلى الجهة القضائية المختصة، وهذا الإجراء يؤدي إلى الحد من فعالية دور

(1) مرسوم رئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، جريدة رسمية عدد 74، صادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006، ص ص 17-20.

(2) قاسمي آمال، مرجع سابق، ص 09.

هذه الهيئة وإطالة مدة المتابعة القضائية، لذلك كان من الأفضل تمكين هذه الهيئة من صلاحية إحالة الملف مباشرة على العدالة وفي ذلك إختزال للوقت والإجراءات.⁽¹⁾

ثانيا : أساليب التحري الخاصة بالكشف عن جرائم الصفقات العمومية

إن الكشف عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، يتطلب القيام بجملة من إجراءات البحث والتحري من قبل الشرطة القضائية باعتبارها صاحبة الإختصاص في الكشف عن الجرائم كافة، والهدف من هذه الإجراءات هو كشف الجرائم ومعرفة كافة الظروف التي إرتكبت فيها، وكذا التحري عن كافة المعلومات الخاصة بوقوعها.

ومن أجل مواكبة ومسايرة التطور الكبير في أشكال الإجرام في العصر الحديث لا سيما جرائم الفساد، فقد أدرج المشرع الجزائري أساليب جديدة للتحري ضمن قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾ وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته سماها بأساليب التحري الخاصة. و من ضمنها :

1 - أسلوب إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور

مكّن المشرع الجزائري ضابط الشرطة القضائية من صلاحية إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات وإلتقاط الصور للكشف عن جرائم الصفقات العمومية، على الرغم من تناقضها مع النصوص القانونية المقررة لحماية الحق في حماية الحياة الخاصة.⁽³⁾

ويعرف هذا الأسلوب على أنه تتبع سري ومتواصل للمجرم أو المشتبه به قبل وبعد إرتكابه الجريمة ثم القبض عليه متلبسا بها ويشمل :

- إعتراض المراسلات عن طريق وسائل الإتصال السلكية واللاسلكية.

- إلتقاط الصور عن طريق وضع أجهزة تصوير صغيرة الحجم وإخفائها في أماكن خاصة لإلتقاط صور شخص أوعدة أشخاص مشتبه بهم.

(1) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص309.

(2) الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد48، صادرة بتاريخ 10 يونيو 1966، ص ص622-700.

(3) وفي مقدمتها نص المادة 39 من دستور 1996 التي جاء فيها : « لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون.

سرية المراسلات و الإتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة ».

- تسجيل الأصوات ويتم عن طريق وضع رقابة على الهواتف وتسجيل الأحاديث التي تتم عن طريقها أو وضع ميكروفونات حساسة تستطيع إلتقاط الأصوات وتسجيلها على أجهزة خاصة، وقد يتم أيضا عن طريق إلتقاط إشارات لا سلكية أو إذاعية سواء في أماكن خاصة أو عمومية.⁽¹⁾

وبالرغم من إقراره لهذه الأساليب، فإن المشرّع يعاقب على اللجوء إلى إستعمالها إذا تم بطرق غير مشروعة. كما أنه يقيدها بضرورة حصول ضابط الشرطة القضائية على إذن من وكيل الجمهورية وضرورة الإلتزام بالسر المهني.⁽²⁾

2 - أسلوب التسرّب أو الإختراق

يعد التسرّب أو الإختراق تقنية جديدة، إستخدمها المشرّع بموجب المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 من قانون الإجراءات الجزائية والمادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتسمح هذه التقنية لضابط أو عون الشرطة القضائية بالتوغل داخل الأماكن أو التنظيمات التي يصعب دخولها، لكشف نوايا الجماعات الإجرامية، وذلك تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق هذه العملية.

فالتسرّب عملية منظمة بدقة تستهدف أوساطا معينة بهدف مراقبة أشخاص مشتبّه فيهم، وكشف أنشطتهم الإجرامية، وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية للمتسرّب وتقديم نفسه على أنه فاعل أو شريك، ويسمح لضابط أو أعوان الشرطة القضائية بأن يستعملوا لهذا الغرض هوية مستعارة وأن يرتكبوا عند الضرورة أفعالا تساعد في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.

ولا يتم اللجوء إلى هذا الإجراء إلاّ عند الضرورة الملحة التي تقتضيها إجراءات التحري والتحقيق، ونظرا لخطورته فقد قيده المشرّع بعدة ضوابط من بينها ضرورة الحصول على إذن من وكيل الجمهورية المختص، وأن تتم العملية تحت إشرافه ومراقبته، أما القيد الآخر فهو إلتزام المتسرّب بعدم الكشف عن هويته الحقيقية في أي مرحلة من مراحل الإجراءات مهما كانت الأسباب إلا لرؤسائهم السلميين، لأن ذلك

(1) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص214.

(2) راجع المواد 65 مكرر 05 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية.

سيؤدي إلى إفشال الخطة المتبعة في القبض على المشتبه فيهم وتعرض العضو المكشوف عن هويته للخطر.⁽¹⁾

3 - الترصد الإلكتروني

نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء، كتقنية جديدة من تقنيات التحري في جرائم الفساد في المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته دون قانون الإجراءات الجزائية، ويقصد به اللجوء إلى جهاز إرسال يكون غالبا سوارا إلكترونيا يسمح بترصد حركات المعني بالأمر في الأماكن التي يتردد عليها.⁽²⁾

وتعتبر هذه الوسيلة خطوة جديدة لمسايرة التطورات التي عرفها المجتمع الدولي في مجال مكافحة الجريمة وإثباتها عن طريق الاستعانة بوسائل تكنولوجية وإلكترونية متقدمة.

ويترتب على كشف جرائم الصفقات العمومية سواء بوسائل الكشف الإدارية أوبتدخل الشرطة القضائية عن طريق وسائل التحري الخاصة، إحالة مرتكبيها على القضاء الجزائي قصد محاكمتهم على الأفعال المنسوبة إليهم .

ولم يتطرق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى كيفية رفع الدعوى إلى المحكمة الجزائية، كما لم يشر إلى القواعد الإجرائية المتبعة أمامها، وفي ذلك إحالة ضمنية إلى القواعد العامة التي تحكم الإجراءات أمام المحاكم الجزائية.⁽³⁾

وهكذا تتنوع وتتعدد آليات الرقابة على الصفقات العمومية، ويتجلى الهدف من تكثيفها في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية من جهة، وتجسيد مبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد من جهة ثانية، وضمان منافسة مشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين، بما يبعد الصفقة عن كل شبهة، ويحقق الهدف المنشود ألا وهو ترشيد النفقات العمومية والحفاظ على المال العام.

(1) زوزو زولبخه، مرجع سابق، ص164.

(2) بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص219.

(3) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، ص357.

خاتمة

يعتبر تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية من أكبر التحديات التي تواجه الدول ذات النظم الليبرالية بما فيها الجزائر لأنه يتطلب منظومة تشريعية صارمة وأنظمة رقابية فاعلة.

لذلك كان المشرع الجزائري حريصا على ايجاد الإجراءات والآليات القانونية التي من شأنها ضمان تكريس وتجسيد هذا المبدأ، خاصة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، والدليل على ذلك سعيه المتواصل لتوفير منظومة قانونية متكاملة تحكم العمل التعاقدي في مختلف أشكاله وأنواعه، فقتن الوسائل التي يتم بها هذا التعاقد وأعطى من الإمتيازات ما يخدم المصلحة العامة من جهة، ومصلحة المتعامل المتعاقد من جهة أخرى، بما في ذلك السهر على تطبيق مبادئ حرية المنافسة والشفافية والمساواة بين المتنافسين.

ومن باب الموضوعية، يجب الاعتراف بأن المشرع الجزائري وفق إلى حد بعيد في تقنين الإجراءات والضمانات اللازمة لتكريس حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، حيث أن النصوص القانونية المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية على إختلاف أنواعها ودرجاتها كفيلة بتجسيد وحماية هذا المبدأ - على الأقل - من الناحية النظرية .

ومع ذلك فإن هذه الدراسة مكنتنا من تسجيل بعض الثغرات التي قد تؤدي إلى المساس بتطبيق مبدأ حرية المنافسة أو الإخلال به، إذا تم استغلالها بطرق احتيالية، ويمكن اختصارها في النقاط التالية :

- عدم إمكانية تطبيق مبدأ حرية المنافسة بصفة مطلقة، مما دفع المشرع إلى ادراج أحكام استثنائية تشكّل في مجملها قيودا وخروجا على هذا المبدأ، وذلك بغرض تحقيق أهداف أخرى ذات أولوية من ضمنها تجسيد مبدأ الأفضلية الوطنية، تفعيل أداة المنتج المحلي وحمايته، تكريس مبدأ مكافحة الفساد وحماية المال العام ، هذا إلى جانب حماية مبدأ حرية المنافسة في حد ذاته من المنافسة غير المشروعة.

- فسح مجال واسع من الحرية للمصلحة المتعاقدة لوضع الشروط والمواصفات اللازمة للتعاقد، مما قد يؤدي إلى تعسفها في تحديد تلك الشروط، وحصر مجال التنافس بين عدد محدد من المتعاملين، خاصة في ظل هشاشة النظام الرقابي المطبق على دفتر الشروط. حيث أن المشرع لم ينص على

اختضاعه لرقابة القضاء الإستعجالي ماقبل التعاقدى واكتفى بالنص على الرقابة الممارسة من طرف لجنة الصفقات.

- بدائية نظام إشهار الصفقات العمومية في الجزائر، حيث مازال يعتمد على النشر الصحفي الورقي الذي يتميز بمحدوديته وقصوره في إيصال المعلومة إلى المتعاملين المتنافسين، و على الرغم من اعتماد المشرع لطريقة النشر الإلكتروني بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236، إلا أنه لم يضع الآليات اللازمة لتفعيلها والعمل بها، خاصة وأنه إكتفى بالنص على إمكانية اللجوء إليها دون إلزام المعنيين بذلك.

- عدم تحديد مدة تحضير العروض، وترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة لإختيار الأجل الذي يناسبها، وبالتالي قد تبادر هذه الأخيرة إلى وضع مدة قصيرة مما يحرم الكثير من المعنيين من إيداع عروضهم، ذلك لأن الآجال الوجيزة أو القصيرة من شأنها أن تحد من المنافسة ونجاعة الدعوة إليها.

- الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تتميز أسلوب المناقصة، قد تؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى النفور من هذا الأسلوب واللجوء للتعاقد عن طريق التراضي رغم عدم توفر حالاته.

- التوسع وعدم الضبط بخصوص تحديد حالات التعاقد عن طريق التراضي المذكورة بنص المادتين 43 و 44 قد يكون وسيلة لمنح السلطة التقديرية للإدارة للجوء إلى هذا الأسلوب في التعاقد دون مبرر حقيقي، مما يؤدي إلى حصر التنافس بين عدد محدود من المتعاملين، ومن ثم الإخلال بمبدأ حرية المنافسة واستغلال المال العام استغلالا معيبا.

- قصور آليات الرقابة الداخلية ممثلة في لجنتي فتح الأطراف وتقييم العروض وافتقارها إلى الفعالية المطلوبة، بالنظر إلى الغموض الذي يكتنف تشكيلة اللجنتين وكيفية آدائهما لمهامهما، إضافة إلى عدم التنسيق والإنسجام فيما بينهما، مما يوحي بأن المشرع لم يول العناية اللازمة لعمل هاتين اللجنتين.

- خطورة إجراء " تجاوز رفض تأشيرة الصفقة العمومية "، بالرغم من إحاطته بجملة من الضوابط من قبل المشرع، لأنه يحدّ من فاعلية لجان الصفقات العمومية ويشكّل مساسا بمصداقيتها.

- الغموض الذي يشوب آلية الرقابة الوصائية، حيث خصّص لها المشرع مادة واحدة فقط، ولم يحدد لا مضمون هذه الرقابة ولا الكيفية التي تتم بها، كما أغفل النص على الجزاء المترتب في حال عدم ممارستها، مما جعلها مفرغة من هدفها و تفتقر إلى الفعالية المرجوة.

- غموض النصوص القانونية المكرسة لقضاء إستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، حيث أنّ المادتين 946 و 947 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تضمنتا أحكاما مقتضبة تحتاج إلى مزيد من التفصيل والتوضيح، كما أن السماح برفع هذه الدعوى بعد عملية إبرام الصفقة يظهر التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به وامكانية رفعها بعد عملية الإبرام، ذلك أن تطرق القاضي الإستعجالي إلى مشروعية العلنية والمنافسة بعد إبرام العقد، يخرج من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

- نقص فعالية الهيئات المكلفة بمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية وعجزها عن بلوغ الأهداف المرجوة منها، ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها :

- تبعيتها للسلطة التنفيذية وعدم تمتعها بالاستقلالية.
- حساسية السلطة التنفيذية اتجاه الدور الرقابي الذي تمارسه هذه الهيئات.
- عدم فعالية الأدوات التي تمتلكها، حيث تتمتع بحق الرقابة فقط، ولا تملك حق معاقبة مرتكبي التجاوزات وبالتالي لا يمكنها اتخاذ أي تدبير ردي.

- تداخل عدة نصوص قانونية مختلفة الأطر والمضامين في مسألة تنظيم الصفقات العمومية قد يؤدي إلى عدم تجانس الأحكام التي تخضع لها عملية إبرامها، وتعارضها في بعض الأحيان، كما أن تنوع هذه النصوص وتعدد أدى إلى تنوع وتعدد آليات الرقابة المطبقة عليها، خاصة تلك المتعلقة بالتأكد من مدى صحة ومطابقة عملية إبرام الصفقات لمبادئ المنافسة والإشهار، ومنها رقابة لجان الصفقات العمومية، رقابة مجلس المنافسة و الرقابة الممارسة من طرف الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته والإشكال يكمن في كيفية معالجة حالة اتباع وتحريك هذه الطرق في آن واحد، ذلك أنها قد تنتهي إلى اصدار أوامر متناقضة وفي أوقات تقريبا واحدة مما يؤدي بالضرورة إلى استحالة تنفيذها وينتهي الأمر إلى طريق مسدود قد يؤثر سلبا على المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ونشير إلى أن تجاوزات مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يرجع إلى قصور النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية فحسب، بل يمكن أن يكون نتيجة التقصير في تطبيق هذه النصوص حيث أن أغلبية موظفي الإدارات القائمة على عملية إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية يفتقرون إلى الكفاءة اللازمة لآداء هذه المهام، وذلك نتيجة عدم تمكنهم من الإلمام بالنصوص القانونية العديدة و المتفرقة المنظمة لهذه العملية، حيث يصعب حتى على دارسي القانون الإحاطة بها، فمبالك بالموظف العادي الذي لم يتلق تكويناً في هذا المجال.

كذلك من خلال البحث في القرارات القضائية المتعلقة بالمنازعات في إطار الصفقات العمومية تبين وجود شح كبير في القرارات المتعلقة بمنازعات الإبرام، كما أنه من خلال إتصالي ببعض الإدارات التي لها صلاحية إبرام الصفقات -على المستوى المحلي- لاحظت غياب شبه كلي للمنازعات القضائية المتعلقة بعملية إبرام الصفقات العمومية ويرجع ذلك للأسباب التالية :

- أغلب الطعون الناتجة عن المنح المؤقت يتم تسويتها على مستوى لجان الصفقات المختصة.
- نقص الوعي لدى المتعاملين مع الإدارة وعدم درايتهم بالمزايا التي توفرها النصوص الموضوعية والإجرائية المتضمنة في تنظيم الصفقات العمومية و القوانين ذات الصلة، مما ينتج عنه هدر حقهم في الطعن الإداري والقضائي المكفول بموجب تلك النصوص.
- وقد يكون ذلك نتيجة وجود اتفاق ضمني بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين معها على أساس توزيع الصفقات بينهم بالتداول من أجل اقتسام المنافع مقابل، عدم لجوئهم إلى طرق الطعن المنصوص عليها بموجب القانون، أي الإتفاق على أن تكون المنافسة شكلية فقط.

وبناء على ماتقدم ذكره يمكن إدراج التوصيات والإقتراحات التالية :

- عصرنه نظام اشهار الصفقات العمومية واعتماد التكنولوجيا الحديثة في عملية نشر وتبادل الوثائق المتعلقة بعملية إبرامها، وذلك من خلال تفعيل دور البوابة الإلكترونية الخاصة بالصفقات العمومية التي تم تأسيسها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وإلزام الإدارات المعنية على التعامل بها باعتبارها تشكّل دعامة إضافية لتكريس مبدأ العلانية والشفافية، مع ضمان توفير نظام معلوماتي قوي غير قابل للإختراق والقرصنة.

- وضع حد أدنى ينبغي مراعاته وعدم النزول عليه بخصوص مدة الإعلان عن المنافسة وتحضير العروض، وذلك حتى يتمكن المعنيين من تحضير عروضهم والمشاركة في المنافسة.
- الدقة في ضبط وتحديد حالات اللجوء إلى التراضي بما لا يدع مجالاً للشك أو الريب، مع تجريم حالات اللجوء التعسفي لهذه الطريقة في التعاقد وتشديد عقوبتها.
- وضع نظام داخلي يحكم لجان الرقابة الداخلية أو إضافة مواد أخرى لتنظيم الصفقات العمومية تكون أكثر تفصيلاً بشأن تشكيلة هذه اللجان وتحديد مهامها و نظام سير أعمالها.
- تفعيل دور لجان الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية، الداخلية منها والخارجية وتحديد تشكيلاتها ومهامها بدقة، وتحقيق الإنسجام والتكامل فيما بينها، بما يحقق الهدف المنشود ألا وهو ضمان مشروعية إبرام الصفقة العمومية، ومن ثم تكريس مبادئ المنافسة والحفاظ على الأموال العمومية.
- إعادة النظر في أحكام تجاوز رفض تأشير الصفقة العمومية عن طريق استبداله بإجراء آخر يكون أكثر تناسباً، مثل عرض الأمر على لجنة أخرى خاصة أو على لجنة الصفقات ذاتها في شكل "إعادة نظر".
- الفصل بين القضاء الاستعجالي ماقبل التعاقد والقضاء الاستعجالي التعاقدى وتحديد إختصاص كل نوع على حدى.
- 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.
- تفعيل دور الهيئات المكلفة بمكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية، وذلك عن طريق تدعيمها بالوسائل المادية والبشرية لتمكينها من القيام بعملها، وكذا منحها صلاحيات أوسع مما هي عليه حالياً، بجعل قراراتها ملزمة ومنحها سلطة الردع لمرتكبي المخالفات، ذلك أن فعالية الرقابة تشترط وجود الجزاء.
- فرض شروط صارمة تتعلق بالنزاهة والكفاءة اللازمة للتعيين في الوظائف التي يشرف أصحابها على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية ، وعلى الجهات الإدارية المعنية القيام بدورات تكوينية مكثفة ودورية

لموظفيها حول قواعد واجراءات ابرام وتنفيذ الصفقات، خاصة في خضم التعديلات العديدة والمستمرة لتنظيم الصفقات العمومية.

- مراجعة مختلف النصوص القانونية المنظمة لعملية ابرام وتنفيذ الصفقات العمومية، والتنسيق فيما بينها بما يحقق التجانس والانسجام في الجوانب الموضوعية والإجرائية، خاصة في ظل التعديل المرتقب لتنظيم الصفقات العمومية.

وفي الأخير نشير إلى أنه وبالرغم من الترسانة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لضمان تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا من حيث ما يتعرض له من ممارسات احتيالية فادحة على المستوى العملي، والتي ثبت فيها تواطؤ موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين على السواء، مما جعل مجال الصفقات العمومية مرتعا لجرائم الرشوة والمحاباة رغم السعي الحثيث للمشرع للتصدي لها من خلال تجنيد مختلف الوسائل القانونية والمؤسسية.

وعليه فإن الإهتمام بالمنافسة في وقتنا الحالي لا يمكن أن ينظر إليه من جهة النصوص القانونية الموضوعية من قبل المشرع، وإنما لابد من النظر إليه من أرضية الواقع التي تثبت بوضوح فشل هذه النصوص في الحد من الانتهاكات المستمرة لهذا المبدأ، مما يستدعي دق ناقوس الخطر والدعوة لتظافر كافة الجهود للبحث في سبل تدعيم وتفعيل حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية.

قائمة المصادر والمراجع

I - المصادر

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : النصوص القانونية

01 - الدساتير

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

02 - القوانين

1. قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، جريدة رسمية عدد 02، صادرة بتاريخ 13 يناير 1988.
2. قانون رقم 89-12، مؤرخ في 05 يوليو 1989، يتعلق بالأسعار، جريدة رسمية عدد 29، صادرة بتاريخ 19 يوليو 1989.
3. قانون رقم 90-10، مؤرخ في 14 أبريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 18 أبريل 1990.
4. قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، صادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.
5. القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 08 مارس 2006. متمم بالأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 50، صادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010. معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 غشت 2011، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 10 غشت 2011.
6. القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
7. القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، صادرة بتاريخ 03 يوليو 2011.

8. القانون رقم 07-12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 29 فبراير 2012.

03 - الأوامر

1. الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 48، صادرة بتاريخ 10 يونيو 1966.

2. الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 49، صادرة بتاريخ 11 يونيو 1966.

3. الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 27 يونيو 1967.

4. الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09، صادرة بتاريخ 22 فبراير 1995.

5. الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، جريدة رسمية عدد 39، صادرة بتاريخ 23 يوليو 1995. معدل ومتمم بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 50، صادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

6. الأمر رقم 96-22، المؤرخ في 09 يوليو 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، جريدة رسمية عدد 43، صادرة بتاريخ 10 يوليو 1996. معدل ومتمم بالأمر رقم 03-01، مؤرخ في 19 فبراير 2003، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 23 فبراير 2003.

7. الأمر رقم 96-31، المؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997، جريدة رسمية عدد 85، صادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1996.

8. الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003. معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، صادرة بتاريخ 02 يوليو 2008. والقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46، صادرة بتاريخ 18 غشت 2010.

9. الأمر رقم 05-06، المؤرخ في 23 غشت 2005، المتعلق بمكافحة التهريب، جريدة رسمية عدد 59، صادرة بتاريخ 28 غشت 2005.

10. الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية عدد 46، صادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

04 - النصوص التنظيمية

أ - المراسيم الرئاسية

1. المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1982.

2. المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 مايو 1984، المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 15 مايو 1984.

3. مرسوم رقم 88-201، مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، جريدة رسمية عدد 42، صادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1988.

4. المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002. المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، جريدة رسمية عدد 55، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003. والمرسوم الرئاسي رقم 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، جريدة رسمية عدد 62، صادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008.

5. المرسوم الرئاسي رقم 05-159، المؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل سنة 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من رقم 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به، جريدة رسمية عدد 31، صادرة بتاريخ 30 أبريل 2005.

6. المرسوم الرئاسي رقم 06-413، المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 74، صادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

7. المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، صادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010. معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي

رقم 11-98، المؤرخ في 01 مارس 2011، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 06 مارس 2011. والمرسوم الرئاسي رقم 11-222، المؤرخ في 16 يونيو 2011، جريدة رسمية، عدد 34، صادرة بتاريخ 19 يونيو 2011. والمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ في 18 يناير 2012، جريدة رسمية عدد 04. صادرة بتاريخ 26 يناير 2012. والمرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013، جريدة رسمية عدد 02، صادرة بتاريخ 13 يناير 2013.

ب - المراسيم التنفيذية

1. مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991.
2. مرسوم تنفيذي رقم 92-78، مؤرخ في 22 فبراير 1992، يحدد اختصاصات المفتشية العامة للمالية، جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 26 فبراير 1992.
3. مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية للبناء والأشغال العمومية والري إمتلاك شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، جريدة رسمية عدد 79، مؤرخة في 01 ديسمبر 1993. معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 07 أبريل 2005، جريدة رسمية عدد 26، صادرة بتاريخ 10 أبريل 2005.
4. مرسوم تنفيذي رقم 11-118، مؤرخ في 16 مارس 2011، متضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 16، صادرة بتاريخ 13 مارس 2011.

ج - القرارات الوزارية

1. قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية عدد 06، صادرة بتاريخ 19 يناير 1965.
2. قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، متضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
3. قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، متضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.

4. قرار مؤرخ في 23 مارس 2011، متضمن تعيين أعضاء اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
5. القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية، عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
6. القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لنموذج الالتزام بالإستثمار، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
7. قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
8. القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لنماذج رسالة العرض والتصريح بالإكتتاب والتصريح بالنزاهة، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
9. قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، يتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
10. القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لمحتوى بطاقيات المتعاملين الإقتصاديين وشروط تحيينها، جريدة رسمية عدد 24، صادرة بتاريخ 20 أبريل 2011.
11. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 02 غشت 2011، والمحدد لقائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي لا تتطلب اللجوء إلى المناقصة، جريدة رسمية عدد 06، صادرة بتاريخ 12 فبراير 2012.
12. قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسيرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 09 أبريل 2014.
13. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 29 أبريل 2014، المحدد لكيفيات تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، جريدة رسمية عدد 30، صادرة بتاريخ 21 مايو 2014.

II - المراجع

أولا : الكتب

1. بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004.
2. _____ ، العقود الإدارية ، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
3. بن شيخ لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري (دراسة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
4. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، طبعة 2004، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
5. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
6. تيورسي محمد ، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
7. سردوك هبية، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، دون طبعة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2008.
8. شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
9. عوابدي عمار، القانون الإداري، (النشاط الإداري)، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
10. فايس جمال، الإجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، (قرارات المحكمة العليا، قرارات مجلس الدولة)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.
11. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

12. محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2003.
13. معين فندي الشناق، الإحتكارات والممارسات المقيدة للمنافسة (في ضوء قوانين المنافسة والإتفاقيات الدولية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
14. مهذ مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

ثانيا : الرسائل والمذكرات الجامعية

01 - رسائل الدكتوراه

أ - باللغة العربية

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

ب - باللغة الأجنبية

2. MOULAI KAMEL, Les institutions de l'action publique locale en Algerie : cas des marchés publics dans la wilaya de TIZI-OUZOU, (these de doctorat en sciences économiques),departement des sciences économiques,faculte des sciences économiques, sciences de gestion et des sciences commerciales, université MOULOUD MAMMARI DE TIZI-OUZOU, soutenue le 14/04/2015.

02 - مذكرات الماجستير

1. آرزقي زوبير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2011/04/14.
2. 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.

3. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عام)، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.
4. 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.
5. حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، (مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية)، مدرسة الدكتوراه للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ : 2013/07/03.
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.
7. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - تخصص قانون جنائي)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012/2011.

ثالثا : المجلات والدوريات

1. التجاني شمس الدين وعبادة عبد الرؤوف، « مساهمة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في تنمية المشاريع العمومية، قراءة نقدية تحليلية للمادة 55 مكرر1 من قانون الصفقات العمومية»، مجلة أداء المؤسسات الجزائرية ، العدد 05، سنة 2014.
2. بزاحي سلوى، « رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد01، سنة 2010.
3. عارف صالح مخلف وعلي مخلف حماد، « مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة »، مجلة جامعة الإيثار للعلوم القانونية والسياسية، بغداد، العدد 05، سنة 2005.
4. كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، العدد 02، سنة 2010.

5. نسيغة فيصل، « النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها »، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 05، سبتمبر 2009.

رابعا : الملتقيات العلمية

1. الواشني مريم، « مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

2. بلعبيبات مراد، « مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

3. بن دعاس سهام، « مدى فعالية قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

4. بودريوة عبد الكريم، « اشكالات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011.

5. بوشكيوة عثمان، « استعجال ما قبل التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011.

6. تياب نادية، « تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام »، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدينة، 20 ماي 2013.

7. جليل مونية، « الآليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في إطار التشريع الجزائري »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

8. حميدة أحمد سرير، « الصفقات العمومية وطرق إبرامها »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

9. ديباش سهيلة، « إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013.
10. زمال صالح، « إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة ، يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013.
11. شقمطي سهام، « الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية في الجزائر »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013.
12. قاسمي آمال، « دور قانون الوقاية من الفساد و مكافحته في تكريس قواعد الشفافية في مجال الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس المدينة، 20 ماي 2013.
13. كركادن فريد، « طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013.
14. موري سفيان، « مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

خامسا : المحاضرات

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

سادسا : مواقع الإنترنت

1. كسال سامية زوجة زايدي، « مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة »، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، يومي 03 و 04 أفريل 2013، <http://dr.sassane.over.blog.com>، أطلع عليه بتاريخ: 2014/04/08، الساعة 20:25.
2. بوكحيل ليلي، « دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة »، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، يومي 03 و 04 أفريل 2013، <http://dr.sassane.over.blog.com>، اطلع عليه بتاريخ : 2014/12/03، الساعة 21:50.
3. قاموس المعاني الجامع، www.almaany.com، اطلع عليه بتاريخ : 2015/04/16، الساعة 21:35.
4. ورقلي. ن، « الحكومة ستراقب الصفقات العمومية ببوابة إلكترونية متخصصة »، يومية السلام اليوم، الجزائر، السنة الرابعة، العدد 930، بتاريخ : 2014/05/05، <http://www.essalamonline.com>، اطلع عليه بتاريخ 2015/05/12، الساعة 10:25.

فهرس المحتويات

الفهرس

4.....	مقدمة
10.....	الفصل الأول : امتداد مبدأ حرية المنافسة إلى مجال الصفقات العمومية
12.....	المبحث الأول : المنافسة في مجال الصفقات العمومية بين الحرية والتقييد
12.....	المطلب الأول : مفهوم حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية
13.....	الفرع الأول : تعريف مبدأ حرية المنافسة ومبررات الأخذ به
13.....	أولا : تعريف المنافسة
15.....	ثانيا: تعريف مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية
16.....	ثالثا: مبررات الأخذ بمبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية
18.....	الفرع الثاني : الأساس القانوني لتطبيق مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية
19.....	أولا : التكريس الدستوري لمبدأ حرية المنافسة
20.....	ثانيا : تكريس مبدأ حرية المنافسة في التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية
28.....	ثالثا : تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية
32.....	المطلب الثاني : القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية
32.....	الفرع الأول : الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية
33.....	أولا : الحرمان الجزائي
37.....	ثانيا : الحرمان الوقائي
39.....	الفرع الثاني : القيود المتعلقة بطبيعة الصفقة
39.....	أولا : القيود المتعلقة بالأسلوب المعتمد في التعاقد
40.....	ثانيا : القيود المتعلقة بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد
42.....	الفرع الثالث : سلطة الإدارة في تحديد معايير إختيار المرشحين
42.....	أولا : حق الإدارة في الإستعلام عن المتعهدين
43.....	ثانيا: حق الإدارة في فرض الشروط المالية والتقنية

المبحث الثاني : إجراءات تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية	45
المطلب الأول : تكريس حرية المنافسة من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية	45
الفرع الأول : الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء	46
أولا : التحديد الدقيق لإحتياجات المصلحة المتعاقدة	46
ثانيا : إعداد دفاتر الشروط	49
الفرع الثاني : علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية	51
أولا : إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية	52
ثانيا : وضع الوثائق المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المرشحين	55
ثالثا : إستحداث بوابة إلكترونية للصفقات العمومية	56
المطلب الثاني : طرق إبرام الصفقات العمومية ودورها في تجسيد مبدأ حرية المنافسة	58
الفرع الأول : إعتناء المناقصة كقاعدة عامة للتعاقد	59
أولا : تعريف المناقصة	59
ثانيا : أشكال المناقصة	61
ثالثا : اجراءات المناقصة	67
الفرع الثاني : اعتماد التراضي كاستثناء	73
أولا : تعريف التراضي	74
ثانيا : اشكال وحالات التراضي	75
ثالثا : إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي	80
الفصل الثاني : ضمانات تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية	83
المبحث الأول : اخضاع الصفقات العمومية للرقابة الإدارية	85
المطلب الأول : الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية	85
الفرع الأول: لجنة فتح الأظرفة	85
أولا : تشكيلة لجنة فتح الأظرفة	86

87	ثانيا : مهام لجنة فتح الأظرفة
89	ثالثا : سير أعمال لجنة فتح الأظرفة
90	الفرع الثاني: لجنة تقييم العروض
91	أولا : تشكيلة لجنة تقييم العروض
92	ثانيا: مهام لجنة تقييم العروض
95	المطلب الثاني : الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية
97	أولا : التشكيلات المختلفة للجان الصفقات العمومية ومعايير اختصاصها
101	ثانيا : إختصاصات لجان الصفقات العمومية
105	ثالثا : سير أعمال لجان الصفقات العمومية
109	الفرع الثاني : الرقابة الوصائية
109	أولا : تعريف الرقابة الوصائية
111	ثانيا : رقابة الوالي على الصفقات العمومية التابعة للبلدية كنموذج للرقابة الوصائية
113	المبحث الثاني : اخضاع الصفقات العمومية للرقابة القضائية
113	المطلب الأول : تدخل القضاء الإداري لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية
114	الفرع الأول : التدخل عن طريق قضاء الإلغاء
	أولا : نظرية القرارات الإدارية المنفصلة كأساس للطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية
114	
116	ثانيا : مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية
120	الفرع الثاني : التدخل عن طريق قضاء إستعجال ما قبل التعاقد
120	أولا : مفهوم القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد
122	ثانيا : الجوانب الإجرائية للقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد
128	المطلب الثاني : مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية
128	الفرع الأول : صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية
129	أولا : جريمة الإمتيازات غير المبررة

132	 ثانيا : جريمة الرشوة
134	 ثالثا : جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية
135	 الفرع الثاني : آليات مكافحة جرائم الصفقات العمومية
135	 أولا : الهيئات الإدارية المكلفة بمكافحة جرائم الصفقات العمومية
140	 ثانيا : أساليب التحري الخاصة بالكشف عن جرائم الصفقات العمومية
143	 خاتمة
149	 قائمة المصادر والمراجع
.....	 الملاحق
160	 فهرس المحتويات

خلاصة

إن اعتماد المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يعد من أهم المبادئ التي حرصت مختلف النظم القانونية على تكريسها خاصة في الدول المسائرة للتوجه الليبرالي ، ومن ضمنها الجزائر التي إعتبرت مبدأ حرية المنافسة إمتدادا لمبدأ حرية التجارة والصناعة الذي تم تبنيه منذ التسعينيات كنتيجة للانتقال من النظام الموجه إلى نظام إقتصاد السوق.

وقد أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغاً لفكرة تكريس حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال عدة نصوص قانونية أهمها تنظيم الصفقات العمومية، قانون المنافسة، وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، ويبدو هذا الإهتمام بصورة أوضح من خلال التعديلات العديدة والمتعاقبة التي مست تنظيم الصفقات العمومية، حيث حاول في كل مرحلة تدارك الأخطاء والفراغات الواردة في القوانين السابقة، وآخر ماتوصل إليه المشرع الجزائري في هذا المجال هو المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتّم، الذي حقّق تقدماً غير مسبوق بقراره لمبادئ حرية المنافسة والشفافية والمساواة. تجسد ذلك من خلال الإجراءات والكيفيات التي تم اعتمادها لإبرام الصفقات العمومية، بداية من اعداد دفاتر الشروط والإعلان عن الرغبة في التعاقد إلى غاية إجراء اعتماد الصفقة والمصادقة عليها، وكذا من خلال الضمانات التي توفرها آليات الرقابة المطبّقة على الصفقات العمومية، الإدارية منها والقضائية.

إلا أن الواقع العملي أثبت قصوراً في فعالية هذه الإجراءات وعدم كفايتها للحد من التجاوزات المستمرة أثناء إبرام الصفقات، ويرجع ذلك إلى عدم الإلتزام بتطبيق النصوص القانونية من جهة، وإلى استغلال الثغرات الموجودة بهذه النصوص من جهة أخرى.

Conclusion

L'adoption de la concurrence libre dans le domaine des marchés publics est l'un des plus importants principes que les systèmes juridiques ont pris soin de consacrer, surtout dans les pays adoptant du système libéral, tel que l'Algérie qui considère que le principe de la liberté de concurrence est une extension au principe de la liberté de la commerce et de l'industrie que l'Algérie a adopté depuis les années quatre-vingt-dix au cours de la transition d'un système planifié à un système d'économie de marché.

Le Législateur algérien s'est fortement intéressé à l'idée de consacrer la liberté de la concurrence dans le domaine des marchés publics travers de nombreux textes juridiques, tels que, l'organisation des marchés publics, la loi de concurrence, la loi de la prévention et de la lutte contre l'immoralité. Cet intérêt semble plus clair à travers les modifications nombreuses et successives touchant l'organisation des marchés publics. Alors, on essaie à chaque période de remédier les erreurs et les lacunes contenues dans les lois précédentes. Le résultat final du Législateur algérien dans ce domaine est le décret présidentiel n° 10-236 portant réglementation des marchés publics modifié et complété qui a réalisé un progrès sans précédent car il a avoué les principes de la liberté de concurrence et de l'égalité. Ce fait s'est concrétisé à travers les procédures utilisées pour régler les transactions publiques, en commençant par le cahier des charges et l'annonce du désir de se contracter jusqu'à l'adoption de la transaction. Et à travers, aussi, Les garanties fournies par les mécanismes de contrôle exercés sur les marchés publics administratifs ou juridiques.

Cependant, pratiquement, on a prouvé l'inefficacité de ces procédures et son insuffisance de mettre fin aux transgressions continues au cours de la réalisation des marchés publics. Ces transgressions sont dues , d'une part, au manque d'engagement à l'application des lois, et d'autre part à l'exploitation de nombreuses lacunes dans ces lois.