

جامعة مولود معمري- تيزي وزو –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق – نظام ل.م.د

آليات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون العون الإقتصادي

إشراف الأستاذ:
مراد محالبي

إعداد الطالبة:
ياسمين بوعنان

لجنة المناقشة:

- أ/ براهيم صفيان، أستاذ مساعد "أ"، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو.....رئيسا
- أ/ محالبي مراد، أستاذ مساعد "أ"، جامعة مولود معمري ، تيزي وزومشرفا و
مقررا
- أ/ سي محي الدين صليحة، أستاذة مساعدة "ب" جامعة مولود معمري، تيزي وزو...ممتحنة

2017-2016

كلمة الشكر

نشكر الله سبحانه و تعالى،
إبتداءاً، و إعترافاً بالفضل
و

الجميل نتوجه بالشكر الجزيل
إلى الأستاذ المشرف " الأستاذ
محالبي مراد "

الذي أشرف على هذا العمل و
إتبعني فيه بالنصائح

و الإرشادات، و أخذ
بيدياًثناء إنجازة خطوة
بخطوة

إلى أن تمّ و إكتمل. نفع الله
به العلم و طلابه،
و جزاه الله عني كل خير

إهداء

إلى أمي الحبيبة و أبي العزيز

إلى أخي الوحيد يانيس

إلى أخواتي الثلاثة ليندة، صارة و ليزا

و باقي عائلتي و أصدقائي كلّ باسمه

مقدمة

المقدمة:

الصفات العمومية من اهم عقود الإدارة التي تبرمها الدولة، هي عصب الحياة العمومية لما لها من أهمية في تنفيذ الطلبات العمومية التي يركز عليها كل النشاط العمومي من أشغال عمومية و توريد حاجيات المرافق العامة و القيام بالخدمات و الدراسات لفائدة الأشخاص المعنوية العامة، فهي مرتبطة إرتباطا وثيقا بالخزينة العامة و المال العام، حيث تكلف اعتمادات مالية ضخمة نتيجة تعدد الهيئات الإدارية.

فأن ما لا شك فيه أن هذه الأموال الضخمة لا بد أن تكون محلا لجلب متعاملين إقتصاديين على اختلاف أنواعهم و أشكالهم لمحاولة تحقيق رغباتهم في الربح من جهة و تحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى، مع ترشيد نفقات المال العام محل الصفقات، إذ يمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية و تحقيق التوازنات الاقتصادية.

إن الصفقات العمومية تعتبر المحرك الفعال للإستثمار الوطني و ذلك من أجل صرف أموال الخزينة في المشاريع الضرورية للنهوض بالبنى التحتية و الحيوية تلبية لحاجيات الفرد و المجتمع، لذلك نجد الصفقات العمومية تكلف الدولة أموال طائلة بالنظر إلى تنوع الصفقات العمومية من جهة، وكثرة الجهات الإدارية المتصلة بها من جهة ثانية، فهي تعد من إحدى التصرفات القانونية الأكثر تعقيدا و حساسية في الواقع العملي، و لأنها عملية قانونية تستوجب شكلا معينا و توفر شروط خاصة في إعدادها و تنفيذها، لذا أحاطها المشرع بجملة من المبادئ و القواعد القانونية الصارمة، إنطلاقا من قانون تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول، المقرر بموجب المرسوم الرئاسي، رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، إذ قرر القواعد الجوهرية و الإجراءات التفصيلية و الشروط الواجب مراعاتها عند إعداد الصفقات العمومية، و معايير إختيار المتعامل المتعاقد، و وضع الضمانات الكفيلة بحسن تنفيذ الصفقة.

لقد أولى المشرع الجزائري لتحقيق مبدأ حرية المنافسة بإعتبار الصفقات العمومية معيارا حقيقيا لشفافية المناخ الإستثماري و وسيلة فنية لتطبيق برنامج الحكومة في مجال التنمية الإقتصادية و الإجتماعية و تقديم الخدمات العمومية، فالتسيير الراشد في هذا المجال يتطلب عدم التمييز، المساواة، الشفافية و النزاهة الكاملة.

حيث تقوم الصفقات العمومية على نظام طلب العروض كنظام أصلي، و نظام التراضي كنظام إستثنائي، يتولى إبرامها و تحضيرها و تنفيذها موظفون متواجدون في مختلف الهيئات الإدارية للدولة.

و بغض النظر عن أية طريقة اعتمدت عليها المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية فإنها تدخل حيز التنفيذ، و يترتب عليها مجموعة من الحقوق و الإلتزامات إلى جانب

السلطات المعهودة للإدارة لممارستها على المتعامل المتعاقد من أجل تحقيق المصلحة العامة من جهة، و تنفيذ الصفة العمومية وفقا للنصوص القانونية من جهة أخرى، حيث تعتبر السلطة الإدارية بصفة عامة الذراع الأيمن للدولة كونها هي مكلفة بتسيير مصالحها و ممتلكاتها و تنفيذ رغباتها و تحقيق أهدافها.

المشرع الجزائري أيضا لم يغض النظر على الرقابة على الصفقات العمومية باعتبار مجالها واسع و أنشطتها الإستثمارية كثيرة، مما يؤدي إلى سهولة تفشي الفساد فيها، لذلك نظم الرقابة الداخلية و الخارجية وقاية من الفساد و مكافحته.

من هذا السياق أنتقل لطرح الإشكالية المتمثلة في: ما هي الإجراءات و الأليات المكرسة لإبرام الصفقات العمومية؟ و ما مدى فعاليتها لتحقيق مبدأ حرية المنافسة؟ و فيما يكمن دور القضاء في حماية هذا المبدأ؟

الفصل الأول:

إبرام الصفقة العمومية و مدى
تكريس حرية المنافسة

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع الجزائري على تكريسها فهي تفتح المجال للأشخاص الطبيعية و المعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية، دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول الى إرسال العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاص

لذاك سنحاول تقديم مدى شفافية إجراءات إبرام الصفقة و الإستثناءات الواردة على مبادئ المنافسة من خلال التعرف إلى مفهوم مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)

تكون الإدارة مجبرة على إتباع إجراءات شكلية لتحقيق مبدأ المنافسة هذا ما ستطرق اليه في اللإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

مبدأ حرية المنافسة ضروري و إلزامي في مجال الصفقات العمومية، حيث أقر التشريع و القضاء لهذا المبدأ، حيث تعرض لها الدستور الجزائري ضمينا من خلال النص مثلا على حرية الصناعة و التجارة (المادة 37 منه) و أيضا يعاقب القانون في إستعمال السلطة (المادة 22)، تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها، حيث جاء التشريع بنصوص أكد فيها ضرورة إحترام مبدأ حرية المنافسة بشكل عام و في الصفقات العمومية بشكل خاص.¹

فإن حرية المنافسة هي إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيهم الشروط لتقديم عروضهم، و يكون من حق كل شخص إستيفي الشروط أن ترسو عليه الصفقة.

حيث أخذ بمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية لعدة مبررات فمن ناحية إبرام الصفقات العمومية يجب أن يكون قائما على إحترام مبادئ حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة و المساواة في معاملة المترشحين، حرية الترشيح و الشفافية في الإجراءات، فحرية المنافسة لا بد أن تراعي مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة المرافق.²

المطلب الأول: ضمان حرية المنافسة من خلال مبادئ تطبيق الصفقات العمومية

¹ - المادة 37 من الدستور الجزائري 1996.
² - مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2005، ص500.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

تنص المادة 05 من قانون تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول لطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم"¹ ، حيث من خلال هذه المادة أبرز المشرع الجزائي مبادئ أساسية وجب مراعاتها لإستكمال الصفقة العمومية، و لتحقيق الإعتبارات المرتبطة بالعدالة في حماية حقوق الراغبين في الحصول على صفقات عمومية، كما أن تنص المادة 09 من قانون تنظيم الصفقات العمومية: "لا تخضع المؤسسات العمومية الإقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب، و مع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها، على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المترشحين و شفافية الإجراءات، و العمل على إعتماها من طرف هيئاتها الإجتماعية"²

الفرع الأول: شفافية الإجراءات

يعتبر مبدأ الشفافية حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة أن تكرسه عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، كما يعد هذا المبدأ آلية من آليات الحكم الراشد، حيث تبرز أهمية الشفافية في إظهار الجريمة و مرتكبيها في نص المادة 01 من قانون العقوبات على أنه: "لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن بدون نص".

حيث أن القضاء الإداري مختص في حالة وجود إخلال بشروط و إجراءات تنظيم الصفقة العمومية، أو إختصاص القاضي الجزائي في حال إرتكاب جريمة من بداية القيام بإجرائها و بعد تنفيذها.³

يعتبر العمل بالشفافية حماية و ضمان من قبل الإدارة الراشدة، التي يتعامل بمرونة و حكمة و الخضوع للقانون و إشتراكها لجميع المتعاملين الفاعلين في هذه العملية، لهذا تعتبر شفافية الإجراءات و إختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية أمراً جوهرياً لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواء الإدارية منها و المالية بفعالية، و على مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية، و تعرف الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يمكن المتنافسين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد من أن عملية إبرام الصفقة و إختيار المتعاقد مع الإدارة قد تم وفق إجراءات سليمة و وسائل واضحة و محددة.

¹ - المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 50.

² - المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247

³ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الجامعة، 2000، ص 62

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

فإن الشفافية في الإجراءات تشكل دعامة حقيقية لحرية المنافسة و ضمانة للإدارة لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية و الوصول إلى أهداف الفعالية، من خلال إختيار المتعاقد الكفئ الذي يراعي مصلحة الإدارة و يسعى لتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة.¹

الفرع الثاني: المساواة بين المترشحين

عن طريق تطبيق مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فإن المساواة أمام المرفق العام يقضي كل تفصيل في إسناد الصفقة و بالتالي يمكن إعتبارها مصدر المنافسة، لهذا فإن إحترام المنافسة يؤدي إلى إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة إذن هي في نفس الوقت أساس المنافسة و وسيلة لخدمة المنافسة.²

فإن المساواة في معاملة المترشحين يقوم على عدم التمييز من خلال فتح الباب للمشاركة لكل من تتوفر فيه الشروط المطلوبة و دراستها وفق نفس الإجراءات و الأشكال التي حددها القانون المعمول به، و كون المشرع قد إشتراط السيرة و السلوك الحسن في المترشحين فإن هذا لا يمس بالمبدأ، بقدر ما يعززه من خلال تشجيع المتعاملين على النزاهة و التمتع بالمسؤولية.

تنص المادة 375³ من قانون الصفقات العمومية على: "يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون:

- الذين رفضوا إستكمال عروضهم، أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71، 74 من تنظيم الصفقات العمومية.

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين كانوا محل حكم قضائى حاز قوّة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

¹ - مراد بلعبيات، مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20ماي 2013، ص03.

² - محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص66.

³ - المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- الذين لا يستوفون واجبتهم الجبائية و شبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شاركهم.
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعد ما كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش و مرتكبي المخالفات الخطيرة لتشريع و التنظيم في مجال الجبائية و الجمارك و التجارة.
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الإجتماعي."
- و هذا ما يبين أن مبدأ المساواة بين المترشحين لا يعني الأخذ بالضوابط التي يجب أن يتجلى بها في ما يخص ملفه التقني و الإقتصادي و الصفة و الشروط القانونية.
- إن هذا المبدأ يفيد إلى أنه يجب التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة، من حيث الشروط المطلوبة و المواعيد و الإجراءات المقررة دون تفرقة بينهم، أي أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا و فعلا، فالمساواة بما تحققه من تساوي الفرص بين كافة المترشحين يمكن إعتبارها مصدر للمنافسة الحرة و النزاهة.¹

المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبادئ المنافسة

حارس المشرع الجزائري على تكريس مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية و ذلك لأهميتها في تنظيمها، لكن في بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم إحترام المبدأ دون أن يعتبر إخلالا منها لمبدأ حرية المنافسة، إذ نجد عادة ما تحدد نصوص بعض القوانين فيئات يمنع عليها الدخول في المنقصات التي تجريها الإدارات العمومية لإرتكابها جرائم أو مخالفات و يكون ذلك تطبيق لنص قانوني (الفرع الأول)، أو لأسباب عملية فقد تحدد المصالح المتعاقدة بعض الشروط و يؤدي فرضها جعل مجال المنافسة محصور على فئات محددة (الفرع الثاني) و لا يعتبر ذلك إخلالا منها بمبدأ حرية المنافسة.

¹ - عمار عوابدي، قانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء 2، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 205

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

و بالرغم من أن المشرع أخذ بمبدأ حرية المنافسة في كل طرق إبرام صفقات، فقد أخضعه لبعض الضوابط من بينها:

الفرع الأول: المنع لأسباب قانونية

تنص المادة 62 من الأمر رقم 31-96¹ التي تقضي بأن: "كل شخص حكم عليه قضيا بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة 10 سنوات".

فهي قيود يفرضها المشرع و يترتب على إعمالها منع المعنيين بها المشاركة في الصفقات العمومية، لذلك يشترط تقديم صحيفة السوابق القضائية إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي و للمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي.

من أجل إنتقاء أفضل المتعاملين، جاء مرسوم رئاسي رقم 15-247، في القسم الرابع منه تحت عنوان "حالات افقضاء من المشاركة في الصفقات العمومية"، حسب أحكام المادة 275² يلاحظ أنها تتعلق بكل متعامل إقتصادي يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي يمنح أو تخصيص بصفقة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر مكافئة أو إمتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عرض أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه.

فإن يقضى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الإقتصاديون المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، أصحاب المخالفات الخطيرة لتشريع و التنظيم في مجال الجباية و الجمارك و التجارة.³

أيضا الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الإجتماعي

و نجد أيضا الأجانب المستفيدون من صفقة و أخلوا بالتزاماتهم، و يتعلق الأمر بالمتعهدين الأجانب في إطار الصفقات الدولية الذين يتعين عليهم الإستثمار في ميدان النشاط نفسه في إطار شراكة خاضعة للقانون الجزائري، يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون، و كل

¹ - أمر رقم 31-96 مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية سنة 1997، الجريدة الرسمية عدد 85.

² - المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

³ - زوليغة زوزو، جرائم الصفقات العمومية و آليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مربح، ورقلة، 2011-2012، ص 199.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

إخلال بهذا الشرط يترتب عليه جزاءات، و من بين هذه الجزاءات تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعاقد في الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة

يحق للمصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط الخاصة بالمناقصة رغم أن مبدأ حرية المنافسة من المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات، خاصة الشروط التي تتعلق بالقدرة المالية و الفنية، فلها الحق في إستبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المطروحة في المناقصة، فإن المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية و الرّي، يتوجب عليها تقديم شهادة التخصيص و التصنيف المهنيين، و ذلك تطبيقاً لأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289¹، و ألزمت بها المؤسسات الأجنبية أيضاً و هو ما أكدت عليه حيث نصت على: "غير أنه يتعين على المؤسسات مجموعات المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصيص و التصنيف المهنيين التي تسلمها السلطات الرسمية للبلد المتواجد فيه مقر المؤسسة، أو مجموعة المؤسسات المصادق عليها من قبل السلطات القنصلية الجزائرية"، و لأهمية هذه الشهادة و إرتباطها بضمان حسن التنفيذ فقد عدل المشرع الشروط التي يمنح على أساسها التصنيف و ذلك في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-114 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-289، مستنداً إلى المعايير التالية:

- العدد الإجمالي لعمال المؤسسة أو مجموع المؤسسات لسنة الأخيرة المصرح به لصندوق الضمان الإجتماعي، الذي يظهر فيه عدد عمال التأطير التقني المتكون من إطارات جامعية، أعوان تحكم نوي الإختصاص المتصل بنشاط البناء و الأشغال العمومية و الرّي، و يجب أن يمثل التأطير المصرح به على الأقل لدى صندوق الضمان الإجتماعي ما بين 10% و 20% من العدد الإجمالي للعمال، و بذلك يرفع من درجة الكفاءات المتخصصة في هذا الميدان، بما يحسن بدرجة التنفيذ.

- وسائل التدخل المادية الخاصة بالمؤسسة أو مجموعة مؤسسات.

- رأس مال المؤسسة أو مجموعة المؤسسات.

- رفع الأعمال المحقق في قطاع السكن و الأشغال العمومية و الرّي كما هو مبين في الحصيلة الجبائية و مستخرج جدول الضرائب لسنوات الثلاث المحاسبية الأخيرة.

¹ - مرسوم تنفيذي، رقم 93-389، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، جريدة رسمية، عدد 79، بتاريخ 1993، معدل و متمم بمرسوم تنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 07 أبريل 2005، جريدة رسمية عدد 26، بتاريخ 2005.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- الشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب أو أصحاب المشاريع التي يثبت فيها أهمية الأشغال التي تنجزها المؤسسة أو مجموعة المؤسسات، و تكاليفها و نوعيتها التقنية و كذا إحترام آجال الإنجاز المحددة في العقد.

- كل الوثائق التي قد تشترطها المصلحة المتعاقدة، كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة السجل التجاري، الحصائل المالية و المراجع المصرفية.

- الشهادات الجبائية و شهادات هيئات الضمان الإجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين و المتعهدين الأجانب الذين عملوا في الجزائر.

أما فيما يتعلق الأمر بصفقات الأشغال فقد أورد المشرع إستثناء على قاعدة تسليم الشهادات، حيث أجاز تأخير تقديمها على أن لا يتجاوز تاريخ إمضاء الصفقة، و لكن لا يفوت الفرصة على الراغبين في الترشح من تقديم تعهداتهم في الآجال المحددة للإيداع حرصا على توسيع المنافسة خاصة و أن إستخراج تلك الشهادات و إعداد تجديدها يتطلب وقتا طويلا.¹

المبحث الثاني: الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة

في مجال العقود الإدارية (الصفقات العمومية) يجب على الإدارة المتعاقدة إتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية حيث يظهر دور المتعامل العمومي في تكريس مبدأ المنافسة في سبيل تحقيق الحاجات اللازمة² و لضمان مبادئ المنافسة و تحقيق حرية المنافسة تقوم الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد و تمنح الفرص لكل المتنافسين لإيداع عروضهم متى توفرت فيهم الشروط القانونية، و تعتبر هذه الإجراءات ملزمة ذلك أنها تلعب دورا هاما في إقرار المساواة كما أنها تحدد من بدء الصفقة مجال التنافس حولها.

المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الإنتقاء

لتكريس المنافسة يجب على المتعامل العمومي إعداد جميع الوسائل اللازمة و ذلك في مرحلة الإعداد للصفقة العمومية، فالمنافسة بطريقة تحديد الإدارة لحاجياتها و ضبط محتوى دفتر الشروط كما تحدد أيضا بطرق منهجية من المتعامل العمومي و عن طريق الإعلام بالصفقة.³

¹ - المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 114-05، مؤرخ في 07 أفريل 2005، جريدة رسمية، عدد26، بتاريخ2005.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص43

³ - صالح زمال، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، ملتقى الصفقات العمومية لكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2013، ص04

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

يدل معنى المادة 11 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية الذي أخضع إبرام الصفقات العمومية لثلاث مبادئ أساسية هي:

- المساواة أمام الطلب العمومي وتكافؤ الفرص و شفافية الإجراءات و اللجوء إلى المنافسة، هذا يبين أنه مهما كانت الطريقة فالمتعامل العمومي ملزم مبدئيا بإعطاء مبدأ المنافسة مجاله الأوسع.

- لا يتحقق تكريس المنافسة في الصفقات العمومية إلا عن طريق لجوء المصلحة المتعاقدة للمنافسة و ذلك بالإعتماد على المبادئ الثلاث المذكورة في المادة 11 من المرسوم الرئاسي

15-247 " كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية و لأحكام هذا المرسوم مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموال عمومية بأي شكل كان ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب و المساواة في التعامل مع المرشحين و شفافية الإجراءات و العمل على إعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة.¹

إن المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن المناقصة تقوم بإعداد الشروط و الأحكام المتعلقة بإرادتها المنفردة بإعتبارها صاحبة سلطة عامة و الوثيقة التي تحدد شروط التعاقد هي "دفتر الشروط" الملحق بالعقد المبرم بين المتعاقد و الإدارة.

الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط و أنواعه

دفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة و تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة و بمختلف جوانبها و شروط المشاركة و الأسس التي يتم الإعتماد عليها في إختيار المتعاقد و كيفية التنفيذ بالنسبة للعارضين التقني و المالي، فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة عمومية تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة و تجند كل إدارتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة، و يقضي على المصلحة المتعاقدة إعدادة بدقة تحقيقا لمبدأ شفافية الإجراءات.²

حيث يتم إحالة دفتر الشروط للجنة الصفقات المعنية للمصادقة عليه و ذلك تطبيقا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 " توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا، الشروط التي تبرم و تنفذ و فق الصفقات العمومية، و هي تشمل على الخصوص مايلي:

¹- المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.
²- حمامة قدوح، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة الثالثة، الجزائر، 2008، ص26.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال او اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية¹

الفرع الثاني: إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن الصفقات العمومية

الإعلان يحول بين قصر عقودها على طائفة معينة من المترشحين، حيث يعتبر الإعلان من أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، يتعين على المصالح المتعاقدة الالتزام بالمبدأ في جميع مراحل إبرام الصفقة، فهو ضروري حتى يكون مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلا عن طريق الإعلان.²

يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و جاء فيها:

" يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح.

- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا.

- طلب العروض المحدود.

- المسابقة.

- التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء"³

يعتبر الإعلان إجراء شكلي جوهري يجب على المصالح المتعاقدة مراعاته في كل أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة الوطنية أو الدولية، و أيضا إذا رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الإستشارة الإنتقائية أو المسابقة أو المزايدة.

¹ - المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - شريف بن ناهي، تطور النظام القانوني لصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراة، معهد العلوم الإدارية و القانونية، جامعة الجزائر، 1991، ص220.

³ - المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

إن الإعلان عن المناقصة يتم بطريقة كتابية على الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني و يتم أيضا الإعلان عن الصفقات بالطريقة الإلكترونية، إذ تعتبر هذه الوسيلة أكثر إستخداما في وقتنا الراهن، حيث نصت المادة 1/65 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 على: "يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة، على الأقل. كما ينشر، إجباريا، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) و على الأقل، في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني"¹

و لتوسيع دائرة المنافسة بين أكبر عدد ممكن من العارضين أجاز المشرع إجراء الإشهار المحلي لمناقصات البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها.

جعل المشرع بيانات إلزامية و طيعية، هذه البيانات تأكد رغبة المشرع في تجسيد مبدأ العلانية، بما يعني أنها بيانات جوهرية، فعلى المصالح المتعاقدة إحترام الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان من حيث المدة و الكيفية، حيث تنص المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15² على "يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر و أجاز الإنجاز و كل العناصر التي سمحت بإختيار حائز الصفقة العمومية.

يمكن إعلان طلبات عروض الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها و التي تتضمن صفقات أشغال أو الوازم و دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار(000 100 000 دج) أو يقل عنها، و خمسين مليون دينار (000 000 50 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محالي، حسب الكيفيات الآتية:

* نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و

* إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:

- للولاية

- لكافة بلديات الولاية

¹ - المادة 1/65 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، سالف الذكر.

² - المادة 65 فقرة 2 و 3 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، سالف الذكر.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- لغرف التجارة و الصناعة، و الصناعة التقليدية و الحرف، و الفلاحة للولاية،

- للمدرية التقنية المعنية في الولاية".

ألزام المشرع المصالح المتعاقدة وضع وثائق المناقصة تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد، كما تستطيع أن ترسل هذه الوثائق إلى أي مترشح يطلبها في إطار ما يسمى بدفتر شروط المناقصة.

المطلب الثاني: تكريس مبدأ المنافسة في مراحل إداع العروض و إرساءها

تم إخضاع مرحلة فرز العروض الفنية لجملة من النصوص التشريعية المكرسة لمبادئ المنافسة و المساواة و الشفافية، حيث أن عملية فرز العروض تعني دراسة الشيء بكل دقة و عمق و من ثم الاختيار حسب معايير موضوعية لإختيار العرض المقبول من الناحية الفنية.

كل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض يمكن أن تستعين بها المصلحة المتعاقدة لحاجات لجنة تقديم العروض، حيث تقوم اللجنة بإقصاء العروض الغير مطابقة لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط¹

فقد أفادت المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه " تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة و تحليل العروض و البدائل و الأسعار الاختيارية، عند الإقتضاء، تدعى في صلب النص (لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض)، و تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون كفاءتهم.

يمكن المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، الحاجات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض².

و بمراعاة المنهجية و المعايير المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنها تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين:

- في المرحلة الأولى تقوم بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

1 - محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص57
2 - المادة 160 من المرسوم رقم 15-247، سالف الذكر.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- في المرحلة الثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم للقيام، طبقا لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، و إما أحسن عرضا من حيث المزايا الاقتصادية، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

جاء في قانون الصفقات العمومية إحداث لجنة تقويم العروض على مستوى كل مصلحة متعاقدة، و هذا من أجل تحليل و تقويم كل العروض المقدمة وصولا للأحسن العرضين المنحة الصفقة من جهة، و إستكمالا لتناسق عمليات الرقابة الداخلية من جهة أخرى.

إذا أثبتت المصلحة المتعاقدة أنه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في إحتلال المنافسة في القطاع المعني، في هذه الحالة يمكن للجنة تقديم العروض أن تقترح للمصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول.¹

و كذلك بالنسبة للعرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقت، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفرضه بقرار معلل، إذا كان يبدو منخفضا بشكل غير عادي و ذلك بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها ملائمة، و التحقيق من التبريرات المقدمة.

الفرع الأول: مرحلة إيداع العروض و تقييم العطاءات و فحصها

أولا: مرحلة إيداع العروض و تقييم العطاءات

تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المتنافسين كل الوثائق المتعلقة بالصفقة، يسمح لهم بتقديم العروض مع إمكانية إرساءها إلى المترشح الذي يطلبها، و تحتوي هذه الوثائق على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة للمواصفات المطلوبة، و بعد الإطلاع على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتهم من أجل الظفر بالصفقة. و لحماية المنافسة بين العارضين أوجب التنظيم أن يكون في مكان واحد و في مجال زمني واحد و بسرية، و لا يجب الإطلاع عليها من قبل الغير حتى الميعاد المقرر للتقييم.

حيث تعرف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الأفراد إلى الصفقة و أيضا تحديد السعر الذي يقترحه، و الذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لورست عليه الصفقة.²

تنص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون

¹ - محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص15.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص150

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إسناد إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.

و يعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم إستلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات¹

يجب أن تكون عروض المتقدمين مطابقة لدفتر الشروط الخاصة لكل صفقة المتقدم إليها حتى تتم إيدعها خلال المدة المحددة لتقييم العطاءات.²

إن المشرع لم يضع أجل محدد لإستقبال العروض، بل ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد الأجل الأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

العروض و التعهدات التي يجب أن يقدموها المترشحين و ذلك حسب نص المادة 67³ من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فيما يلي: "يجب أن تشتمل العروض على ملف الترشيح و عرض تقني و عرض مالي، ما يوضع ملف الترشيح و العرض التقني و العرض المالي في أضرفة منفصلة و مقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة و مرجع طلب العروض و موضوعه، و تتضمن عبارة (ملف الترشيح) أو (عرض تقني) أو (عرض مالي)، حسب الحالة، و توضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام و مغفل و يحمل عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض، طلب العروض رقم ...، موضوع طلب العروض)

1- يتضمن ملف الترشيح مايلي:

- تصريح بالترشيح.

- تصريح بالنزاهة.

- القانون الأساسي للشركات.

- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بالتزام المؤسسة.

- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشحين أو المتعهدين، أو عند الإقتضاء، المناولين:

¹ - المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - أحمد فاضل، العقود الإدارية، كتاب صادر عن الوزارة الداخلية، المديرية العامة للتكوين و الإصلاح الإداري، الجزائر، ص57.

³ - المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

أ/ قدرات مهنية: شهادة التأهيل و التصنيف، إعتقاد و شهادة الجودة، عند الإقتضاء.

ب/ قدرات مالية: وسائل مالية مبررة بالحصائل المالية و المراجع المصرفية.

ج/ قدرات تقنية: الوسائل البشرية و المادية و المراجع المهنية.

2- يتضمن العرض التقني ما يلي:

- تصريح بالإكتتاب

- كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني: مذكرة تقنية تبريرية و كل وثيقة مطلوبة تطبيقاً لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم.

- كفالة تعهد تعدّد حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 من هذا المرسوم.

- دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة (قري و قبل) مكتوبة بخط اليد.

3- يتضمن العرض المالي ما يأتي:

- رسالة تعهد.

- جدول الأسعار بالوحدة.

- تفصيل كمي و تقديري.

- تحليل السعر الإجمالي و الجرافي.

ثانياً: مرحلة فحص العطاءات

في هذه المرحلة يتم فحص دقيق لجميع العطاءات المقدمة، و يتم فحص كل عطاء وحده، للتأكد من مطابقته للشروط المعلن عنها، فهي ملزمة بقيود يجب أن تضعها في الحسبان و إحترامها لتحقيق المصلحة العامة.¹

ضماناً لمبدأ الشفافية الذي كرسه التنظيم الجديد للصفقات العمومية، لهذا أسند هذا التنظيم مهمة فحص العطاءات و تحليلها إلى لجنة تسمى لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض.

* لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض:

¹ - نادية تياب، آليات مواجهة فساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في علوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص94.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة و تحليل العروض و البدائل و الأسعار الاختيارية، عند الإقتضاء، تتدعى في صلب النص "لجنة فتح و تقييم العروض" ، و تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءاتهم.

يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض و قواعد تنظيمها و سيرها و نصابها، في إطار الإجراءات القانونية و التنظيمية المعمول بها.

و لمساعدتها يمكن للمصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحجرات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض.

تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بعمل إداري و تقني حيث تقوم بفتح الأظرفة بتحليل العروض و البدائل و الأسعار الاختيارية، و تعرض أعمالها على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه، أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة و تصدر في هذا الشأن رأيا مبررا.

إن إجتماعات لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في حصة فتح الأظرفة، تصح مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، و يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء، و تسجل لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة و تقييم العروض في سجلين خاصين برقمهما الأمر بالصرف و يأشر عليهما بالحروف الأولى، و ذلك حسب نصوص المواد 160، 161 و 162 من المرسوم الرئاسي 15-247¹.

تجتمع لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض على مرحلتين، و تقوم في كلى المرحلتين بمهام معين:

أولاً: في مرحلة فتح الأظرفة:

حسب المادة 271 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن مهامها يتمثل في:

¹ - المواد 160، 161 و 162 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

² - المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- تثبت صحة تسجيل العروض
- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول الأظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى و مبالغ المقترحات و التخفيضات المحتملة.
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عارض.
- توقع بالحروف الأولى على الوثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب إستكمال.
- تحرر المحضر أثناء إنعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، و الذي يجب أن يتضمن التحفيزات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- تدعو المرشحين أو المتعهدين، عند الإقتضاء، كتابيا عن طريق البلدية، إلى إستكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة، أو غير الكاملة المطلوبة، بإستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه، عشرة 10 أيام إبتداء من تاريخ فتح الأظرفة.
- و مهما يكن من أمر تستثنى من طلب الإستكمال كل الوثائق الصادرة عن التتعهد و المتعلقة بتقييم العروض.
- تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الإقتضاء في المحضر، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي المنصوص أعلاه.
- ترجيع عن طريق البلدية الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الإقتصاديين، عند الإقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه.

ثانيا: في مرحلة تقييم العروض

- حسب نص المادة 172¹ من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن مهامها يتمثل في:
- إقصاء الترشيحات أو العروض غير مطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لنص المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه أو لموضوع الصفقة، لا تفتح أظرفة العروض التقنية و المالية و الخدمات عند الإقتضاء المتعلقة بالترشيحات المقصاة.
 - تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير و المنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، و تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض، مع

¹ - المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، و تقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين اللذين تم تأهيلهم تقنيا، مع مراعاة تخفيضات المحتملة في عروضهم.

- تقوم طبقا لدفتر الشروط بإنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، التمثل في العرض:

1. الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، و في هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

2. الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، و في هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

3. الذي تحصل على أعلى نقطة إستنادا إلى ترجيه عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الإختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

- تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت، و يجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق البلدية كتابيا التبريرات و التوضيحات التي تراها ملائمة، و بعد التحقيق من التبريرات المقدمة تقترح على البلدية أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الإقتصادية، و ترفض البلدية هذا العرض بمقرر معلل.

- إذا أقرت أن العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، تقترح على البلدية أن ترفض هذا العرض و ترفض البلدية هذا العرض بمقرر معلل.

- ترد عند الإقتضاء عن طريق البلدية الأظرفة المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصائها إلى أصحابها دون فتحها، و في حالة طلب العروض المحدود يتم إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إستنادا إلى ترجيح عدة معايير.

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

- و في حالة إجراء المسابقة تقترح اللجنة على البلدية قائمة بالفائزين المعتمدين و تدرس عروضهم المالية فيما بعد لإنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، إستنادا إلى ترجيح عدة معايير.

الفرع الثاني: مرحلة إرساء العروض

إن إجراء طلب العروض يتكفل به لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض، و يجري في جلسة عمومية و في يوم العمل الذي يلي مباشرة التاريخ المحدد لإيداع العروض، يفتح في ساعة محددة، لهدف المناقصة و الظروف الخارجية المشتملة على ظروف العروض، و تحرر قائمة تبين فيها الوثائق التي تشمل عليها كل واحدة.¹

بعد ذلك ينسحب المتنافسون و العموم من القاعة بعد إتمام هذه الإجراءات المذكورة سابقا، ثم يتداول أعضاء مكتب المنافسة و يحضرون قائمة المترشحين المقبولين، فتفتح و يقرأ محتواها بصوت عالي.

و بذلك تلغى العروض التي تخالف الشروط المتفق عليها في دفتر الشروط، و يفتح الطرف المشتمل على بيان السعر الأقصى، بحيث لا تخصص لأية صفقة لمن يعرض سعرا يزيد عليه.²

و هذه هي مرحلة إرساء المناقصة و يبقى شرط تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أقل الأثمان قائما، و في الأخير يتعين على مكتب المناقصة، تثبيت نتائج هذه المناقصة في محضر تذكر فيه بالتفصيل الظروف التي جرت فيها العملية.

¹ - مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي و المقارن، دار المطبوعات الجامعية، ص81.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعية، 2000، ص77-78.

الفصل الثاني:

ضمانات تحقيق مبدأ حرية
المنافسة و دور القضاء في
حماية هذا المبدأ

إعتبرت الصفقات العمومية بمثابة الأداة و الوسيلة المثلى التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها، فهي تحتل نسبة معتبرة من الموارد المالية، و تمثل آلية أساسية في النمو الإقتصادي، مع مراعاة تحقيق مبدأ حرية المنافسة، غير أن هذا المبدأ لا يعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين و إختيار المترشحين و كفاءتهم على أساس المصلحة العامة، حيث وجب في إبرام الصفقات العمومية إجراء طلب العروض و إجراء التراضي، و ذلك سعياً للإستجابة للأهداف المسطرة مسبقاً و هي التسيير الجيد للأموال العمومية.

و لتحقيق مبدأ حرية المنافسة كرس المشرع آليات لضمان ذلك، و إستناداً إلى ذلك إرتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه الضمانات بالنسبة لقواعد و شروط إبرام الصفقة، أما في المبحث الثاني سنتطرق إلى كيفية مبدأ حرية المنافسة.

المبحث الأول: الضمانات لقواعد و شروط إبرام الصفقة العمومية

رجل الإدارة مرتبط في أداء مهامه بالقوانين و الأنظمة التي تقيده، و كل ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة و إختيار أكفأ المتعاقدين و بأفضل عرض، حيث يملك المتعاقد في ظل القانون الخاص إبرام العقود التي يريد لها ضمن مبدأ سلطان الإدارة و أهلية التعاقد بشرط عدم مخالفة محل تعاقد للنظام العام و الآداب العامة، تفرض إبرام الصفقات العمومية الإستجابة للأهداف المسطرة مسبقاً و التي تدور أغلبها حول التسيير الجديد للأموال العمومية، فهدفها هو تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و مراعاة توازن مصالح الطرفين.

تنص المادة 59¹ من القانون الصفقات العمومية على أنه: "يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، إختيار كيفية إبرام الصفقات".

فإن الإدارة تتصرف على أساس شروط محددة تعتبر ضمانات قانونية لتجسيد المبادئ العامة التي تحكم سير عملية إبرام الصفقات العمومية، من مبادئها الأساسية: هي حماية المال العام من المخاطر سوء التسيير و الإستعمال أو التحويل عن وجهته المقصودة و ضمان مبدأ المساواة و عدم التمييز بين المتعاملين، و تمكين الإدارة من إختيار أفضل المترشحين للتعاقد معها، فإن تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و المحافظة على توازن مصالح

¹ - المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر

الأطراف المتعاقدة و التسيير الجيد للأموال العمومية فهي من الأهداف الأساسية في إبرام الصفقات العمومية.

إذا كانت القاعدة العامة في عملية إختيار المتعامل المتعاقد هي الدعوى إلى المناقصة، فإن بعض الحالات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية يكون للإدارة الحرية في إختيار المتعاقد معها عن طريق التراضي، و هو إجراء تخصص الصفقة فيه لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، و هو قاعدة إستثنائية في إختيار المتعامل المتعاقد.¹

و رغم تقييد حرية الإدارة في إختيار المتعامل المتعاقد معها إلا أن هذا لا يمنع الإدارة من التحقق من الشخص المتعامل المتقدم للتعاقد معها من أجل ضمان الأفضل للتعاقد معه و إقصاء اللذين لا تتوفر فيهم الشروط.

فمن خلال ما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث كما يلي:

(المطلب الأول) سيتضمن قاعدة المنافسة العامة في إختيار المترشحين، و (المطلب الثاني) قاعدة المساواة و حرية الوصول للطلبة العمومية.

المطلب الأول: قاعدة المنافسة العامة في إختيار المترشحين

يملك المتقاعد في ظل القانون الخاص إبرام العقود التي يريدتها ضمن مبدأ سلطان الإدارة و أهلية التعاقد و بشرط عدم مخالفة محل التعاقد للنظام العام و الأداب، إن حرية الإختيار في ظل القانون العام و لا سيما العقود الإدارية، ذلك أن رجل الإدارة مرتبط في أدائه لحركته و مهامه بالقوانين و الأنظمة التي تقيده، و كل ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة و إختيار أكفأ المتعاقدين و بأفضل عرض.²

إن إختيار أفضل العارضين و أكفؤهم يجب أن يتم وفق إدراج قاعدة هامة ألا و هي الدعوة للمنافسة، إعتمدت في قوانين الصفقات العمومية تماشياً مع التوجهات السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية للبلاد.³

إن إبرام الصفقات العمومية تفرض الإستجابة للأهداف المسطرة مسبقاً و التي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية كذلك من أهدافها تفضيل المصلحة العامة على

¹ - عارف صالح مخلف، علي مخلف عماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية، العدد 05، ص 258.

² - محمد جمال، الوجيز في القانون الإداري، 2003، ص 261.

³ - حمادة قدوح، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعيين الطبعة الثانية، 2006، ص 05.

المصلحة الخاصة و المحافظة على توازن مصالح الطرفين، و قد نصت المادة 39¹ من قانون الصفقات العمومية على مايلي: " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي"، نستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري تبني كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية هي: إجراء طلب العروض كقاعدة عامة، أو وفق إجراء التراضي كاستثناء.

الفرع الأول: طلب العروض (المنافسة) أسلوب أساسي لإبرام الصفقات العمومية

إن أساليب إختيار تتحصر في أسلوبين رئيسيين و هما: إجراء طلب العروض من جهة و التراضي من جهة أخرى، فإن النظام القانوني لصفقات العمومية قد وضع لهذين الأسلوبين قواعد و شروط لضمان صحتها قانونيا و ملائمتها لإحتياجات المصلحة المتعاقدة من خلال التعرض بالتفصيل لخصائص كل أسلوب على حدى، فإن الهدف من وراء وضع نظام للمنافسة كشرط جوهري لإبرام عقود الإدارة العامة و الصفقات العمومية خاصة الوصول إلى تحقيق إختيار أفضل للمتعاقدين، فإن طلب العروض هو الطريقة التي تلجأ إليها الإدارة العامة في إبرام عقودها الإدارية ذات النمط الإعتيادي و البسيط، كما هو الطريقة التي تستعملها الإدارة العمومية عندما تريد بيع أو تأجير شيء من أملاكها.

بما أن طلب العروض (المنافسة) يشكل الأصل العام و الإجراء التقليدي لإبرام الصفقات العمومية، يتميز بالإشهار و المنافسة، يكون مفتوحا لكل من تتوفر فيه الشروط بإمكانية المشاركة فيه، و يكون مقيدا إذا كان لا يشارك فيه إلا الأشخاص المرخص لهم من طرف الإدارة.²

أولا: تعريف طلب العروض (المنافسة):

عرف المشرع الجزائري طلب العروض في فحوى المادة 40³ من قانون الصفقات العمومية أن طلب العروض هو: "إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، إستنادا إلى معايير إختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"، و يعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم إستلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقديم العروض، عند مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

¹ - المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر
² - شريف شريفي، المنافسة العامة كأسلوب تعاقد في قانون البلدية، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، 19 أفريل 2012، ص 08.
³ - المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

و ما ينبغي الإشارة إليه أن تعريف "طلب العروض" مقارنة بتعريف "المنافسة" سابقا توسع من جهة المعايير التي ينبغي الإعتماد عليها في منح الصفقة العمومية، لاسيما منها تلك المتعلقة بالمزايا الاقتصادية، و من جهة أخرى إستبعد كل شكل من أشكال المفاوضة، و ذلك أسوة بالقانون الوضعي الفرنسي الذي نص على:

« L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation sur la base de critères objectifs préalablement portés a la connaissance de candidats »¹

و نضيف أيضا أن المشرع الجزائري أخذ مأخذ طلب العروض كأصل عام بصورة ضمنية لا صريحة.

تستعمل المصلحة المتعاقدة عدة معايير تتعلق بالناحية المالية للعرض و التقنية فيه، ك نوعية المواد و أجل التنفيذ، إضافة إلى الضمانات المقدمة، و الخدمات ما بعد الإنجاز، و غيرها من المعايير التي تحدد حسب طبيعة الصفقة و موضوعها لتحديد أفضل عرض، فإن المشرع يحاول منح نوع من المرونة و الفعالية للمصلحة المتعاقدة و في حدود معينة، بما يسمح لها بالتحرك من أجل تحقيق الهدف المرجو بنوع من الحرية دون أن ينسى أنه لابد من رقابتها لتعاملها بالمال العام.

ثانيا: أشكال طلب العروض

إعتمادا على نص المادة 242 من قانون الصفقات العمومية التي تنص على: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، و يمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح
- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا
- طلب العروض المحدودة
- المسابقة."

(1) طلب عروض مفتوح:

¹ - code des marchés publics, francais, decret N975-2006 du 1^{er} aout 2006, modifier, article33.

² - المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

إستنادا على نص المادة 143¹ من قانون الصفقات العمومية التي تعرف طلب عروض مفتوح على أنه: " طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً".

و لذا فإنها تتطلب العلانية التامة، و تلتزم المصلحة المتعاقدة عند إتباع هذا الطريق في الصفقات العمومية بأن تتعاقد مع من يقدم أفضل عرض، إن طلب العروض يؤدي إلى تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض.

إن طلب عروض مفتوح يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروط إنتقائية أو إقصائية، و بإمكان من توفرت فيهم شروط المشاركة تقديم العرض، فإنه قد يضم أطراف أجنبية إذا كان طلب العروض وطنيا أو دوليا.²

ففي هذا النوع من طلب العروض الدخول للمنافسة حر، و هو مشروط فقط بمقارنة الأسعار المعروضة، و من ثمة فإن الأخذ بهذا الأسلوب يسمح بفتح المنافسة بين عدد كبير من الأفراد أو الشركات تطبيقا لمبدأ حرية المنافسة، بحيث يتم إتاحة الفرص لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعبء.³

طلب عروض مفتوح يكرس مبدأ المنافسة و يسمح بالبحث عن أفضل إقتصاد للصفقة العمومية و بفعالية كبيرة، كما أنه يشكل وسيلة موضوعية لتحقيق إختيار أمثل و غير متحيز، و لكنه يفترض وقتا طويلا و تحضيرا مهما.

إن الإدارة تلجأ إلى هذا النوع من طلب العروض في المشاريع أو الأعمال التي لا تتطلب خبرة فنية دقيقة و معمقة، كأشغال التنظيف و الصبغ و التجهيز ... إلخ، و تتم الإحالة هنا على النحو آلي من حيث المبدأ على صاحب أقل عرض، لأنه من المفروض أن جميع المقاولين قادرين على تنفيذ العمل محل الصفقة ما دام لا يتضمن جوانب فنية معقدة، و مع ذلك فإن الإدارة لا تفقد سلطتها التقديرية في تقديم العروض فنيا أو قيميا، فإذا تبين لها أن من يريد التعاقد غير متقن لعمله أو ساورتها شكاوى من المعاينة الفنية للعرض، في مقدارته الفنية جاز لها إستبعاده من طلب العروض.⁴

(2) طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا:

يعبر عليه بالفرنسية ب: « Appel d'offre restreint »

1 - المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

2 - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص488-490

3 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص103

4 - هبة سردوك، المنافسة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص62

طلب الفروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، و لا يتم إنتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة، تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية و المهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، و تكون متناسبة مع طبيعة و تعقيد و أهمية المشروع و هذا حسب نص المادة 144 من قانون الصفقات العمومية.

مما يمكن الإشارة إليه في هذا الخصوص أن "عدم الإنتقاء القبلي" أورده قانون الصفقات العمومية و التفويضات المرفق العام الجزائري الجديد ضمن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

3- طلب العروض المحدود:

يعبر عنها بالفرنسية: « consultation selective »

يعتبر طلب العروض المحدود إجراء لإستشارة لإنقائية و هذا حسب نص المادة 245 من قانون الصفقات العمومية، يكون المرشحون الذين تم إنتقاءهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمترشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد إنتقاء أولي، بخمسة 05 منهم، و تنفيذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة.

و يجري اللجوء إلى طلب العروض المحدودة، عند تسلم العروض التقنية، على مرحلتين:

1. على مرحلة واحدة:

عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية

2. على مرحلتين:

إستثناء عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفة دراسات.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بإستشارة مباشرة للمتعاملين الإقتصاديين المؤهلين و المسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس إنتقاء أولي، بمناسبة إنجاز

1 - المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

2 - المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات إقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، و في هذه الحالة يجب تحديد الإنتقاء الأولي كل ثلاث سنوات.

و يجب أن يتم النص على الإنتقاء الأولي و الإستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط.

تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة. إضافة أيضا إلى ما جاء في نص المادة 146 من قانون الصفقات العمومية حيث أن في حالة طلب العروض المحدود على مرحلتين تتم دعوة المترشحين الذين جرى إنتقائهم الأولي في مرحلة أولى برسالة إستشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي.

و يمكن للجنة فتح الأطراف و تقييم العروض، فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، أن تطلب كتابيا، بواسطة المصلحة المتعاقدة، من المرشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.

4- المسابقة:

عرفتها المادة 247² بأنها الإجراء الذي يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة. و هي تتم بموجب جملة من الإجراءات المنظمةة بموجب المادة أعلاه التي يتبين من خلال إستقراءها بأن المسابقة إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني مما يجعل المادة مقيدة جدا مقارنة بالغرض المرجو من الإجراء المتمثل في إبرام المناقصة التي قد تتم من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين.

الفرع الثاني: التراضي أسلوب إستثنائي في إبرام الصفقات العمومية

جعل المشرع الجزائري من طريقة طلب العروض بأشكاله المختلفة أصلا و قاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية، متخذا إياه وسيلة تمكنه من تكريس المبادئ التي إرتكز عليها لتأمين مشروعية الصفقة و شفافيتها، لكن بالمقابل و لأسباب موضوعية أقر للمصلحة المتعاقدة في حالات و ظروف محددة الحق في إختيار المتعامل التي ستتعاقد معه بأسلوب

1 - المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

2 - المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

إبرام إستثنائي يحررها من تلك الشكليات و القواعد الإجرائية التي يقوم عليها طريقة طلب العروض يتمثل في أسلوب التراضي.¹

و نذكر أيضا في هذا الصدد أن إختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن إختصاصات المصلحة المتعاقدة و ينتج عن ذلك أن المصلحة المتعاقدة ليس لها الحق في اللجوء إلى كيفية التراضي إلا في الحالات المحددة بموجب القانون، فهذه الكيفية رغم أنها قد جاءت للتخفيف من التقيد حرية الإدارة في التعاقد، غير أن الإدارة وجدت نفسها أكثر تقييدا بتحديد المشرع للحالات تحديدا دقيقا، و قد أتاح للإدارة هامشا معتبرا في حرية إختيار الطرف المتعاقد.²

1. تعريف التراضي:

يطلق عليه بالفرنسية ب: « Gré a gré »، هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، و ذلك حسب نص المادة 341 من قانون الصفقات العمومية، من هذا نستخلص أن إتباع الإدارة لأسلوب التراضي يعتبر إستثناء عن الأصل العام المتمثل في طلب العروض، إذ هذا الأسلوب يعفي الإدارة من الخضوع لإجراءات الطويلة التي تفرضها طريقة طلب العروض.

إن التراضي كأسلوب إستثنائي لإبرام الصفقات العمومية في الجزائر شكل قياس على مجموعة من المظاهر أسلوبا تميزي بطابع خاص جعله لا ينسجم من توجهات تنظيم الصفقات العمومية و لا يخدم أسسه العامة، و يقوم هذا الأسلوب في إطار المناقشة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد، مع الإحتفاظ بحرية كاملة في إختيار المتعاقد المناسب بشرط الإلتزام بقواعد المنظمة لهذا الأسلوب.⁴

و يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، و تنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

2. أشكال التراضي:

ينقسم التراضي إلى شكلين هما: التراضي البسيط و التراضي بعد الإستشارة

(أ) التراضي البسيط:

1 - محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص32.

2 - نادية طياب، مرجع سابق، ص19.

3 - المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

4 - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص109.

المقصود بالتراضي البسيط هو قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل إقتصادي بمجرد تطابق إرادتيهما على محلها في إحدى الحالات المقررة قانوناً و يتحتم فيها اللجوء إلى هذا الطريق بسبب عدم جدوى الطرق الأخرى الناتجة عن وضعية معينة سائدة السوق ذاتها أو بسبب ضيق الوقت مما لا يسمح باللجوء إلى غيرها من الطرق.¹

نجد الحالات التي تجعل المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى التراضي البسيط المتمثلة في:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبارات تقنية أو لإعتبارات ثقافية و فنية، و توضح الخدمات المعنية بالإعتبارات الثقافية و الفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة و الوزير المكلف بالمالية.

- في حالة الإستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد إستثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد يجسد في الميدان، و لا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الإستعجال، و أن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة و لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية و ذوي أهمية وطنية تكتسي طابعاً إستعجالياً، بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة و لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، و في هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشر ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، و إلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السابق الذكر.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الإدارة الوطنية للإنتاج.

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري حق حصرياً بالقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص134.

الفصل الثاني: ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة و دور القضاء في حماية هذا المبدأ

و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و هذا حسب النص المادة 149 من قانون الصفقات العمومية.

كما تضيف على هذا النحو المادة 250 من قانون الصفقات العمومية على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط أن:

- تحدد حاجاتها
- تتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي
- تختار متعاملا إقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الإقتصادية
- تنظيم المفاوضات
- تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية
- و هذا إحتراما لأحكام المنصوص عليها قانونا.

ب) التراضي بعد الإستشارة:

هو أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصا، بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في طلب العروض.

التراضي بعد الإستشارة يختلف عن التراضي البسيط عن كونه يضمن قدرا و لو قليلا من المنافسة التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط، و هذا الأخير يتم بالتفاوض مع شخص يعينه دون غيره، فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الإستشارة مع مجموعة من الأشخاص.³

أشار المشرع الجزائري حالات التراضي بعد الإستشارة في نص المادة 451 من قانون الصفقات العمومية و تتمثل في:

الحالة الأولى:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، و هذا عندما يكون الدعوى لطلب العروض غير مجدي أو إذا كانت العروض المتسلمة بعد تقديمها غير مطابقة لدفتر الشروط.

1 - المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

2 - المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

3 - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص146.

4 - المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

إضافة إلى ذلك بينت المادة 152 من قانون الصفقات العمومية في هذه الحالة أنه تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة الإستشارة، و بنفس دفتر الشروط بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، و يمكن المصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض و لا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية، و إذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم، و تستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض.

و إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس شروط المنافسة، فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة و إطلاق طلب عروض جديد.

الحالة الثانية:

في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، و تحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

الحالة الثالثة:

في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة

الحالة الرابعة:

في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، و كانت طبيعتها لا تتلائم مع أجال طلب عروض جديد.

الحالة الخامسة:

في حالة العمليات المنجزة، في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار إتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية و تحويل الديوان إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص إتفاقات التمويل المذكورة على ذلك و في هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تنحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

المطلب الثاني: قاعدة المساواة و حرية الوصول للطلبية العمومية

¹ - المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

تطبيق مبدأ المنافسة يحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فالمساواة أمام المرفق العام تقضي على كل تفضيل للمترشحين في إسناد الصفقة و بالتالي يمكن إعتبارها مصدر المنافسة، لذلك فإحترام المنافسة يفرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة و وسيلة للخدمة المنافسة¹، هي تفتح المجال لكل الأشخاص الطبيعية و المعنوية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم وفق مجموعة من الشروط محددة مسبقا من طرف الهيئات المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية، مع بقاء هذه الهيئات في موقف حياديا إزاء المتنافسين غير أن هذا المبدأ لا يعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين و كفاءتهم على أساس المصلحة العامة.

إن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إستبعاد غير الأكفئ من التعاقد حيث لها الحق في إستخدام هذا الحق في كافة مراحل العمالية التعاقدية، طبقا لشروط أعدتها مسبقا و يكون حق الإستبعاد بنصوص قانونية أو بشروط تضعها المصلحة المتعاقدة.²

لم يقتصر المشرع في تنظيمه لمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية على تنظيم الصفقات العمومية فقط، بل إعتد أيضا على قانون المنافسة الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الإقتصادية و تحسين معيشة المستهلكين، فعلى الرغم من أن النصوص لم تتضمن أي مقتضى للإحالة أو الربط بين أحكامها حيث من المتيسر إستنباط عناصر التقاطع بين أحكامها سواء من حيث الضمانات المتعلقة بحرية التحول للطلبات العمومية أو المساواة بين المتنافسين و توفير العلانية و الشفافية لإجراء الصفقات.³

الصفقات العمومية متعددة الأشكال و مختلفة رغم ذلك فإنها تقوم جميعها على هذه المبادئ العامة المتمثلة في حرية الترشح و المساواة بين المتنافسين، فإحداثا و تطبيقا لهذه المبادئ بين العارضين، وضع المشرع إجراءات خاصة لإبرام الصفقة العمومية لأنه من المقرر أن المتعاقد مع الإدارة لا يمكن أن يتم إختياره إلا بإعمال إجراءات محددة بموجب تنظيم قانوني.

فهل للإدارة كامل الصلاحية في تحديد معايير إختيار المترشحين، و هذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول)، و سنرى أيضا في (الفرع الثاني) القيود التي ترد على مبدأ المساواة.

الفرع الأول: حقوق الإدارة في إختيار المترشحين

مقابل الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد و التي حددتها كافة القوانين المنظمة للصفقات العمومية، و الكامنة أساسا في تنمية رصيده الإقتصادي و المحافظة على توازنه المالي حمله

1 - سعيدة عيشاوي، نبيلة خير الدين، تنفيذ الصفقات العمومية و المنازعات التي تتخللها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشرة، 2005-2008، ص 08-09

2 - هبة سرديك، مرجع سابق، ص 166.

3 - حمزة خضري، منازعة الصفقات العمومية في تشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 10.

المشرع مسؤوليات و إلتزامات موضوعية و ذاتية غير مألوفة في القانون الخاص، بإعتباره الدعامة و الركيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري، فإنه يجب أن تتدخل الإدارة بإعتبارها سلطة متعاقدة و صاحبة المصلحة في إختيار المتعامل المتعاقد معها، بحيث تصنع معايير و شروطا لتأهيل المتنافسين، كما يحق لها حرمان بعضهم من الحصول على الصفقة و هذا في حالات معينة.¹

الإدارة ملزمة بالخضوع لعدة قيود يتوجب عليها مراعاتها و إحترامها و عدم الخروج عنها، و لها أن تمارس السلطات و الإمتيازات الممنوحة لها بغرض تحقيق المصلحة العامة أمام متطلبات المرفق العام، إن العقد الإداري تتصرف أثاره قبل العملية التعاقدية و ذلك بالنظر إلى المصلحة التي تحميها الإدارة الراغبة في التعاقد، فتنطلق من هدف تحقيق المصلحة العامة و حماية المال العام.

تتجسد السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد عند عملية إبرام الصفقة العمومية لموظفيها في الإعدادات الإفرادي لدفتر الشروط الذي يتضمن شروط التعاقد التي تخص العقد بذاته، حيث يجسد دفتر الشروط بحق مظهر من مظاهر ممارسة إمتيازات السلطة العامة، لأن المصلحة المتعاقدة عندما تضع شروطا ما في دفتر الشروط معين لا يجوز للمتعامل المتعاقد التفاوض بشأنها أو طلب تعديلها.²

تملك الإدارة السلطة في إختيار المتعامل المتعاقد وفق كفيات و طرق رسمها لها القانون مسبقا، و ذلك للطبيعة الخاصة للصفقات العمومية و أهميتها في مختلف الجوانب الإقتصادية و الإجتماعية، و أحاط القانون عملية إبرامها و عقدها بالعديد من القيود و الإجراءات، و ذلك بفرض تحقيق أفضل الشروط المالية بما يكفل الوفر المالي للخزينة العامة، و تحقيق المصلحة العامة، بتمكين الإدارة من إختيار أفضل المتقدمين لتعاقد معها و ضمان مبدأ المساواة.³

إذا كانت المصلحة المتعاقدة عند إعلانها عن إجراء صفقة عمومية مقيدة بإتباع أسلوب معين، حيث تحترم فيه المبادئ و الأسس التي يقوم عليها كل أسلوب سواء المناقصة أو تراضي، فإنه قد تم الإعراف لها بحق التأكيد من قدرات المتعهدين و مواصفاتهم المرجعية حتى يكون إختيارها لهم سديدا.

1 - محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص37.

2 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص144.

3 - عباس زواوي، الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراة، تخصص قانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص49.

و تطبيقاً لنص المادة 156 من قانون الصفقات العمومية التي تنص على: "تستعلم المصلحة المتعاقدة أثناء تقييم الترشيحات عند الإقتضاء، عن قدرات المتعهدين حتى يكون إختيارها لهم إختياراً سديداً، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية، و لا سيما لدى مصالح متعاقدة أخرى و إدارات و هيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، و لدى البنوك و الممثلات الجزائية في الخارج"، لذا تمسك بطاقة وطنية للمتعاملين و بطاقات قطاعية على مستوى كل مصلحة متعاقدة و تحين بإنتظام، أما محتوى هذه البطاقات و شروط تحيينها فتحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية.²

يحق للمصلحة المتعاقدة حق حرمان بعض الأشخاص من التقدم للصفقة العمومية أو في ممارسة حق إستبعاد عروضهم و هذا يمس بشكل واضح بمبدأ المساواة و الحرية في الوصول لطلبية العمومية. و قد يكون هذا المنع و الحرمان كجزاء بسبب التنفيذ المعيب لإلتزام سابق و هو ما يعرف بالحرمان الجزائي، كما يمكن أن يكون كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة، تتخذه الإدارة مراعاة منها لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، و يطلق عليه الحرمان الوقائي.

و يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين و المتعهدين التقنية و المهنية و المالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية. يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية لها علاقة بموضوع الصفقة و متناسبة مع مداها، و ذلك حسب نص المادة 54 من قانون الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ المساواة

أعطى المشرع الأولوية للمؤسسات الصغيرة بأن ألزم المصلحة المتعاقدة، إذ أمكن تلبية طلباتها من قبل هذه المؤسسات أن تخصص لها الصفقات حصرياً، حيث نص القانون في الصفقات المحجوزة على تخصيص الصفقات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية في الأحوال و الظروف العادية للحرفيين كما هم معروفون في التشريع و التنظيم المعمول به دون سواهم، و هذا من أجل النهوض بسياستها في إنعاش البيئة الوطنية و المحلية بمنتجات و خدمات وطنية و إنجاح سياسة إدماج و تشغيل الشباب في الحياة الإقتصادية.³

نجد أيضاً جملة من الإستثناءات فيما يخص أسلوب المناقصة و أسلوب التراضي.

علماً أن أسلوب المناقصة يتضمن عدة أشكال، ومنها ما تحتم طبيعة الخاصة أن الخاصة أن يقتصر الإشتراك فيه على أفراد معينين دون غيرهم، نجد مثلاً المزايدة الخاصة بالنسبة

¹ - المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سالف الذكر.

² - هبة سرديوك، مرجع سابق، ص 59-60.

³ - صالح عارف، مرجع سابق، ص 105.

للمترشحين الوطنيين دون الأجانب و المناقصة المحدودة مقصودة على أفراد معينين في نجد أن الإستشارة الإنتقائية تعد حركاً على المتأهلين في الإنتقاء الأولي.

فيما يخص أسلوب التراضي فإن الإدارة حرة في إختيار المتعامل المتعاقد دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للمنافسة و هذا بواسطة الإتفاق المباشر مما يؤدي إلى إقصاء الكثير من المنافسين لنيل الصفقة عن طريق أسلوب التراضي.¹

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد و تستعلم عن قدرات المتعامل المتعاقد التقنية و المالية و التجارية حتى يكون إختيارها سديداً، مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية خاصة لدى مصالح متعاقدة أخرى و إدارات و هيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، و لدى البنوك و الممثلات الجزائية في الخارج.

و نجد أيضاً الأفضلية الوطنية، حيث رفع هامش أفضلية لصالح المؤسسات الأجنبية ليصبح 25 بالمئة، و تستفيد منه المؤسسات الأجنبية في حالة التجمع مع مؤسسة جزائرية و بقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع، و هذا يأتي تشجيعاً على إرساء سوق وطنية قادرة على تلبية حاجيتها في سبيل تحقيق الإكتفاء الذاتي، و دفعا للحياة الإقتصادية بالسعي لإنجاح رجال أعمال جزائريين على مستوى معين من المقدرة لخضوض غمار المنافسة.²

يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة 10 سنوات كل شخص يحكم عليه بمقرر قضائي نهائي يثبت تورطه في الغش الجبائي، و يمنع أيضاً من المشاركة في الصفقات العمومية، كل شخص معنوي قام بإرتكاب مخالفة أو محاولة مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج، كمخالفة التصريح الكاذب.

يجب على الأشخاص و الشركات الذين هم في حالة تسوية قضائية أن يحصلوا على ترخيص مسبق من الإدارة ليتمكنوا من تقديم العروض، و بناءً على ذلك فإن الشخص الذي تم إشهار إفلاسه وفقاً لأحكام القانون التجاري لا يجوز له أن يتقدم لإبرام عقد الأشغال العامة طبق لمبدأ حرية المنافسة، و ذلك حسب نص المادة 03 فقرة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة الخاصة بصفقات الأشغال العامة لسنة 1994.³

من الواضح تكريس لمبدأ المساواة و الشفافية، من خلال تحديد الطلبات و التثبت من القدرة و التقنية و المالية للعارض و كفاءات تقييمها لإختيار المتقدم الأحسن للعرض، و خلصنا إلى أن أعمال مبدأ المساواة لا يطبق على إطلاقه و إنما يوجد عليه إستثناء يتعلق بالنهوض بالمنتوج

¹ - علي دين زيدان، محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص405.

² - ناصر لباد، مرجع سابق، ص416.

³ - أنيسة سعاد قرشي، نظام القانوني، لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص81.

الوطني و هو أمر مقبول و منطقي في كل دولة تتمتع بسيادة و تحرص على مصالحها الوطنية و الوقاية من الفساد و مكافحته.

المبحث الثاني: حماية مبدأ حرية المنافسة

إن إبرام الصفقات العمومية يجب أن يكون قائما على إحترام مبادئ حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة و المساواة في معاملة المترشحين و الشفافية في الإجراءات، فحرية المنافسة لا بد أن تراعي مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة للمرافق، فإن إعتقاد مبدأ حرية المنافسة يضمن تعدد العطاءات و ضرورة إختيار الأفضل، و بالتالي فيه حرية المنافسة ذاتها و المتنافسين و المستهلك، مما يتتبع ذلك حماية السوق بإعتباره مجال هذه المنافسة من خلال خطر الممارسات المقيدة للمنافسة كخطر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة الإقتصادية و خطر عمليات الإحتكار بهدف رفع الأسعار.

إن حرية المنافسة ليست مطلقة بل هي نسبة ترد عليها عدة قيود تمنح الإدارة سلطة رفض بعض العطاءات¹ لأنها قد تمارس بتعسف أو بإفراط مما قد يضر بها، بذلك ينبغي حماية المنافسة من الممارسات المنافسة أو المقيدة لها و فرض القواعد التي تحكم السوق أو المتدخلين فيه سواء تعلق الأمر بالمنافسين أو بالمتعاملين، حيث تبني المشرع لحماية المنافسة في الصفقات العمومية عدة آليات، سواء تلك المتضمنة في تنظيم الصفقات أو في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته أو قانون المنافسة، فإن القضاء يسعى حمايتها بإعتبارها من الحريات العامة الضرورية و ذلك تحقيقا لدولة الحق و القانون.²

القضاء الإداري يبادر جاهدا إلى الحد من عواقب الفساد و ذلك حماية لحرية المنافسة، فقد تدخل المشرع الجزائي لوضع الميكانيزمات الضرورية و التي من أهم ضمانتها الرقابة القضائية، من هذا سنتطرق في (المطلب الأول) إلى دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، أما في المطلب الثاني سنتطرق إلى الإجراءات الجزائية لضمان مبدأ حرية المنافسة في ظل قانون الفساد.

المطلب الأول: القضاء الإداري كضامن لتكريس مبدأ حرية المنافسة

تراعي الإدارة معايير الجودة و التوعية في إستعمال العقود الإدارية، حيث يراقب القضاء الإداري أعمال الإدارة و يفحص مدى مشروعيتها تطبيقا لمبدأ المشروعية الذي تقوم عليه المنازعات الإدارية في مختلف الأنظمة القضائية الإدارية المقارنة، و منها القضاء الإداري

¹ - محمد شريف كتو، حماية المنافسة من الممارسة المنافسة، مجلة الإدارة، العدد 23، الجزائر، 2001، ص 60.

² - مسعود شيهوب، مبادئ العامة للمنازعات الإدارية، جزء 1، الجزائر، 1999، ص 27.

الجزائري الذي يختص بالفصل في المنازعات مهما كانت طبيعتها متى كان أحد أطرافها الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، حيث يعتبر القضاء من أهم آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل زيادة حجم التجاوزات في هذا المجال.

إن القضاء الإداري يلعب دورا هاما في تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، إذ غالبا ما يتم اللجوء إليه بعد فشل محاولات التسوية الودية و الوصول إلى حل رضائي، و تبعا لذلك إستحدث المشرع الجزائري قانون المنافسة لأنه يحكم التنافس بين الأعوان الإقتصاديين و زاد من تفعيله على مستوى السوق لما له من دور في ضبط السوق التنافسية و خاصة محاربة الممارسات المنافية للمنافسة و التجمعات الإقتصادية.

و نجد أيضا حماية القاضي الإداري لمبدأ المنافسة يستدعي هو الآخر رقابة لمشروعية قرارات مجلس المنافسة و ذلك لمنحه المشرع سلطات و تقدير مشروعية قرارات مجلس المنافسة.

إن التسليم بإختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد المنافسة على الأشخاص العامة يدعون أو يثير التساؤل حول كيفية تصرف مجلس المنافسة.

عندما يعرض عليه الإخطار يتعلق بموقف ممارسة غير مشروعة بسبب كونها محل أو نتيجة لتصرف الإداري الذي طعن في عدم مشروعية أمام القاضي الإداري، و لكن بواسطة العودة إلى الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة القائمة على إستقلالية هذه الهيئات القضائية،

هذه الإستقلالية لمجلس المنافسة، هي التي تجعله يعالج النزاع بعيدا عن قضاء الهيئات القضائية، و إنما وفق ما يراه من خلال التحقيق في القضية و في حدود ما يملكه من السلطات.¹

إن حرية المنافسة مقيدة بشروط و إجراءات يفرضها القانون و التي تختلف حسب نوع طلب العروض، لذلك وجب تدخل و أعمال آليات الحماية و الرقابة، و من ثم يبقى للإدارة مجال من الحرية تستعمل فيه سلطاتها التقديرية لإختيار لأفضل، مما إستوجب اللجوء إلى القواعد العامة من خلال تحديد دور قضاء الإلغاء على منازعات الصفقات العمومية (الفرع الأول) ثم التطرق للقضاء الإستعجالي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قضاء الإلغاء كوسيلة لحماية مبدأ المنافسة

¹ - نادية تياب، مرجع سابق، ص11.

إن القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، و تعرف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها: "قرارات إدارية تكون جزءا من بنیان عملية قانونية تدخل في إختصاص القضاء العادي أو الإداري، بناءا على ولايته الكاملة أو تخرج عن إختصاص أي جهة قضائية، و لكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية و يقبل الطعن فيها بالإلغاء على إفراد"¹.

إن رقابة القضاء الإداري على الصفقات العمومية يقصد بها الرقابة التي يمارسها القضاء عن طريق الطعون المرفوعة لديه، و يعتبر قسم القضاء شامل المختص الوحيد في مراقبة عقود الصفقات العمومية، بينما نجد أن قسم قضاء الإلغاء مجاله محدود في هذا النوع من المنازعات على أساس أن دعوى الإلغاء لا يمكنه أن توجه ضد العقود الإدارية، و لا يمكن الإستناد إلى مخالفة الإدارة لإلتزاماتها التعاقدية في مجال قضاء الإلغاء، إلا أنه إستثناء قد يختص قضاء في مراقبة الصفقات العمومية من خلال مراقبة مشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة في مختلف مراحل إنعقاد العقد، فإن صلاحية القاضي الإداري في دعوى الإلغاء تتحدد بالبحث عن مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري.²

إن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للصفقة أو لدفتر الشروط مثل القرارات الصادرة بتوقيع أحد الجزاءات التعاقدية، كغرامات التأخير مثلا أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغاء، دائما يدخل في منطقة العقد.

و أيضا بالنسبة للمتعاقل المتعاقل مع الإدارة، فإذا كان يستطيع أن يستعمل الطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة إنعقاد العقد و يؤسسه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية، فإن الوضع هنا يختلف تماما لأن كل أعمال التنفيذ التي تكون له مصلحة في الطعن فيها، إنما تخالف الشروط العقدية، و مخالفة العقد لا يمكن أن يبنى عليه الطعن بالإلغاء، حيث يجوز للمتعاقلين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تصدر عنها بإعتبارها سلطة عامة.³

قد تكون الإدارة غير مخيرة على إستمرار علاقتها التعاقدية مع المتعاقل معها و يملك السلطة التقديرية في إنهاء العقد الإداري لتحقيق كل مصلحة عامة، لهذا لا يجوز للإدارة تحت غطاء المصلحة العامة أن تعمل على إزاحة متعاقل و إحلال متعاقل آخر محله و إلا يكون قرار فسخ العقد.⁴

¹ - سماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص30.

² - عمار بوضيافن مرجع سابق، ص183.

³ - محمد سليمان طموي، القضاء الإداري، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص615.

⁴ - عمور سلامي، الوجيز في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق و جامعة الجزائر، 2008، ص33.

من أهم الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء تتمثل في صدور القرار إداريا لأن موضوع دعوى الإلغاء هو القرار الإداري المشوب بعدم المشروعية، و عليه يبدو غريبا كيفية خضوع الصفقة العمومية لقضاء الإلغاء رغم أنها عقدا و ليست قرارا، لأن قضاء العقود الإدارية و مسؤولية الإدارة على أعمالها التعاقدية هو الإختصاص الأصيل للقضاء الكامل، حتى و لو كان النزاع يتعلق بطلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة إتجاهه، و لا تقبل دعوى الإلغاء إلا إذا إجتمعت شروط، الأول متعلق بالقرار الإداري محل الطعن بالإلغاء، و هو عمل قانوني صادر بالإدارة المنفردة للإدارة بهدف إحداث آثار قانونية، كما يشترط المشرع في أطراف الدعوى شروط الصفة، المصلحة، الأهلية، كما تتطلب دعوى الإلغاء شرط عريضة الدعوى و شرط الميعاد.¹

لتحريك دعوى الإلغاء يجب توفر:

- أن يقدم طلب من غير التعاقد.
 - أن ترفع دعوى في الميعاد المقرر لرفعها و فقا الإجراءات و الشروط المتعلقة برفع دعوى الإلغاء.
 - أن ترفع على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه و ليس أساس مخالفة الإدارة لإلتزامتها التعاقدية.
 - أن يكون القرار المراد إلغائه من القرارات القابلة للإلغاء، فالقرارات الإدارية المنفصلة و المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية لا يمكن إلغاؤها إلا إذا كانت صادرة عن السلطة الإدارية بوصفها سلطة عامة و ليست إدارة متعاقدة.²
 - أن يكون القرار المراد إلغائه متعلقا بالعقد لأنها تمثل مجال تطبيق دعوى الإلغاء كما أنها المجال الذي تظهر فيه تجاوزات مبادئ حرية و شفافية المنافسة، و تعمل المصلحة المتعاقدة على إصدار هذه القرارات الإدارية أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، و تسمى بالقرارات المنفصلة و المستقلة، و هي قرارات نهائية تخضع لما تخضع له القرارات النهائية من أحكام في شأن طلب تنفيذها أو إلغائها.
- نذكر بعض الأمثلة للقرارات المهمة للصفقة:

1. قرار الإعلان عن الصفقة العمومية: يعد شرطا جوهريا في قيام الصفقة، كما أنه الضمانة الحقيقية لتكريس مبدأ حرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين، و بالتالي أي إخلال بأحكامه و شروطه يمكن أن يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء.¹

¹ - نادية طياب، مرجع سابق، ص22.

² - صالح عرف، مرجع سابق، ص96.

2. قرار الحرمان من دخول الصفقة: أي مرشح يرى بأنه قد تم حرمانه من المشاركة دون وجه حق، يجوز له رفع دعوى إلغاء ضد قرار الحرمان بإعتباره من القرارات المنفصلة عن الصفقة التي يمكن أن تركز محلاً لدعوى الإلغاء.

3. قرار الإستبعاد: بالرجوع إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية نجد أم الإدارة يمكنها اللجوء إلى هذا الإجراء لعدة أسباب من بينها:

- عدم مطابقة العرض المقدم لموضوع الصفقة أو لمحتوى دفتر الشروط

- سوء السمعة المهنية للمتعامل المتعاقد مما قد يؤثر على أدائه للإلتزاماته التعاقدية

- عدم حصول العرض على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط.

4. قرار المنح المؤقت: إن القضاء الإداري صنف قرار المنح المؤقت للصفقة ضمن القرارات الإدارية المنفصلة و أجاز الطعن فيه بالإلغاء حماية للطرف المتضرر الذي قد يحرم من الصفقة مع أنه الأجدر للفوز بها بإعتباره صاحب العطاء الأفضل.

5. قرار إلغاء الصفقة: و ذلك إذا ثبت للإدارة أن الصفقة لا تحقق منفعة أو مصلحة عامة فإنها ستقوم بإلغائها.²

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة أمام قاضي الإستعجال

1. تعريف قضاء الإستعجال:

إن المشرع الجزائري قد أوجد مجموعة من التدابير و الساليب القانونية التي من شأنها أن تضمن إحترام قواعد المنافسة و العلانية من جهة، و تحول دون إرتكاب المخالفات للقواعد و الإجراءات القانونية الواجب إتباعها من قبل المتعاملين و تساعد على إكتشافها و إستجلائها من جهة أخرى، حيث أن اللجوء إلى القضاء المستعجل أصبح من الأمور الحيوية الأساسية نظرا للحاجة الملحة بالنسبة للمواطنين و المتقاضين، حيث نظم المشرع الجزائري أحكام الإستعجال الإداري في مادة الصفقات العمومية بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادتين 946-947 منه، و ذلك بهدف تعزيز آليات حماية المال في إطار الصفقات العمومية، على أساس أن قضاء الإستعجال، من شأنه أن تشكل وقاية من جرائم الفساد، حيث المادة 946 منه على: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حلة الإخلال بالإلتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

¹ - وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2013، ص54.

² - وسيلة بن بشير، مرجع سابق، ص203.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من لم مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يضرر في هذا الإخلال، و كذلك كممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد...¹

يختص القاضي الإداري الإستعجالي في النظر في الدعاوى الإستعجالية التي ترفع بشأن نزاعات الصفقات العمومية، و هو إجراء قضائي خاص، الهدف منه حماية القواعد العلانية و المنافسة عن طريق إعطاء القاضي الإداري صلاحيات واسعة و غير مألوفة في إجراءات القضائية الإستعجالية العادية.

و نجد أيضا تعريف الأستاذ "ميرينهاك Merighin hak" حيث يرى أن القضاء الإستعجالي هو: " إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة و التي تشير فيها السندات و الأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها لكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق " ²، و عرفته أيضا محكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم إختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر و الإستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى بأنه بغير حق و منع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت".³

و بهذا يمكن تعريف القضاء الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية بأنه إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية و ذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة و غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة.

إضافة لما سبق فإن القضاء الإداري و بإعتبار أن إختصاصه في منازعات العقد الإداري شاملا لأصل تلك المنازعات و ما يتفرع عنها، يستوي في ذلك ما يأخذ منها صورة قرار إداري و ما يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري و من مقتضى ذلك أن القضاء الإداري يفصل في الوجه المستعجل من هذه المنازعة لا على إعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغاء بل على إعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص839.

² - لحسين بن شيخ أث ملوية، الملتقى في قضاء الإستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص13.

³ - نفس المرجع السابق، ص13.

كما يمكن أيضا للمحكمة الإدارية الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد، و يمكن كذلك أن تامر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز 20 يوما.¹

2. شروط الدعوى الإستعجالية:

لحماية حقوق المتقاضين المهددة بخطر محقق، أو الحفاظ على مراكزهم القانونية، سبق القول أن الدعوى الإستعجالية تعتبر من الوسائل الناجعة، حيث تعتبر إجراء تحفظي مستعجل و خاص، الهدف منه حماية قواعد العلنية و المنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة و ذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة.²

و لرفع الدعوى الإستعجالية يجب توافر مجموعة من الشروط العامة و الخاصة تنفذ بها الدعوى الإستعجالية في الصفة العمومية.

أولاً: الشروط العامة

أ) الإستعجال: يعتبر عنصر الإستعجال شرطاً أساسياً في كل دعوى إستعجالية إدارية، يجب توافره حتى ينعقد إختصاص القاضي الإداري الإستعجالي إذ أن الإستعجال هو الذي يحدد الجهة القضائية المختصة، و كذا الإجراءات المتبعة أمامها لأن سرعة الإجراء تتطلب قضاءً متخصصاً، و تحديداً قواعد إجرائية ذات طبيعة سريعة، حيث يعتبر مستعجلاً كل ما لا يقبل تأجيله، و يعرف الإستعجال لغة بأنه مأخوذ من عجل، عجل و عجلة، و هو السرعة و ضد البطء، و إستعجله هو بمعنى إستحثه و أمره أن يعدل سبقه و تقديمه.

إن المشرع الجزائري لم يورد تعريفاً للإستعجال رغم أنه يعتبره شرطاً جوهرياً لرفع الدعوى الإستعجالية في المواد 919، 921، 924، 925 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية، و يعود ذلك لصعوبة وضع تعريف موحد و شامل لفكرة الإستعجال.

نجد مثلاً نص المادة 919 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية: "يجوز للقاضي الإستعجالي أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الإستعجال تبرر ذلك، و متى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك

¹ - إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 58-59.

² - فاروق محمد معلقي، نظرية الأعمال المتصلة و المنفصلة و تطبيقاتها في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2014، ص 317.

جدي حول مشروعية القرار، عندما يقضي بوقف التنفيذ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الأجل، ينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب".¹

لم توضع بصفة مباشرة الحالات التي يتوفر فيها ظرف الإستعجال بل تركت ذلك لسلطة التقديرية للقضاء الإستعجالي الذي يستشفيها من خلال ظروف و وقائع كل منازعة تعرض عليه، فهو مبدأ مرن غير محدد يقدر في وصفه للواقع و الظروف التي تتغير بتغيير الزمان و المكان و تطور المجتمع.²

ما يمكن إضافته هو أن الإستعجال كشرط الإختصاص بالدعوى المستعجلة، هو شرط مستمر لا يلزم توافره خلال كافة مراحلها و وقت صدور الأمر المستعجل فيها.

ثانيا: عدم المساس بأصل الحق

لم يعرف الفقه القانوني الجزائري أصل الحق و لكننا بالمقابل نجده يعتمد على قرار شهير صادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18/12/1985 تحت رقم 35444 الذي ينص على ما يلي: "... إن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به، هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق و الإلتزامات بالتفسير و التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو يأسس قضاؤه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق".³

يعتبر هذا الشرط بديهي يتفق مع الطابع المؤقت للتدبير الذي يمكن أن يأمر به، و ترتيبا على ذلك يحظر على قاضي الإستعجال إبطال قرار ما، أو القضاء بالتعويض مع الفوائد، فإن الأصل العام أن القضاء المستعجل يتدخل لإتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية لا تمس بأصل الحق.

حيث يكفي لرفع الدعوى الإستعجالية إحتمال وجود الحق أو عدم وجوده، من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم⁴، و هو ما إشتراطته المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها على أنه: "يأمر القاضي الإستعجالي بتدابير مؤقتة لا ينظر في أصل الحق..." فهو السبب القانوني الذي يحدد حقوق و إلتزامات كل من الطرفين قبل الآخر و لا

1 - عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، دار البغدادى، الطبعة الثانية، ص33.

2 - المرجع السابق، ص38.

3 - محمد براهيمى، القضاء المستعجل، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2005، ص96.

4 - خميس السيد إسماعيل، القضاء المستعجل و قضاء التنفيذ طبقا لأحداث التعديلات، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2005، ص19.

يجوز أن يتناول الحقوق و الإلتزامات بالتفسير و التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني.

ثالثا: شرط الجدية

يتعين أن يكون إدعاء طالب وقف التنفيذ قائما بحسب الظاهر على أسباب جديدة تبرره بمعنى يكون هناك إحتمال الأحقية الطاعن فيها يطلبه و تظهر الجدية المطاعن من العيوب التي يبني عليها الطعن و هي عيب عدم الإختصاص، أو عيب الشكل، أو عيب مخالفة القانون، أو خطأ في تأويله أو تطبيقه، أو إساءة إستعمال السلطة.¹

لكي تنشأ الدعوى الإستعجالية يكفي أن يكون هناك إحتمال لوجود حق و هو ما يثبت جدية الطلب المدعي و إذ لم يكن الأمر وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة، و لكي يكون الطلب جدي يجب:

- وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته

- يجب أن يتبين للقاضي من خلال الوقائع ما من شأنه أن يعطي إحتمال لوجود هذا الحق

* الشروط الخاصة:

أ) صفة المدعي: جاء في نص المادة 946² من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتحرر من هذا الإخلال، و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية"، نستخلص من هذه المادة أن الأشخاص الذين لهم الحق في إخطار المحكمة الإدارية هم: كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من الإخلال الوالي.

صاحب المصلحة: تتمثل المصلحة في عدم تمكين المتنافس من إستفاء حقه في الإشتراك في المنافسة و نيل حظوظه كاملة للفوز بالصفقة على قدم المساواة و بالتالي تتضرر المصلحة بمجرد أن يسبب الإخلال بقواعد العلنية و المنافسة يؤدي إلى الإنتقاص من فرصة المتنافس في نيل الصفقة، حيث لا تقبل دعوى الإستعجال قبل التعاقد إلا إذا توفرت المصلحة لدى الطاعن، و هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، فهذه المنفعة تشكل الدافع وراء الدعوى و الهدف من تحريكها، فلا دعوى بدون مصلحة.³

¹ - محمد بن ناصر، محافظ الدولة، إجراءات الإستعجال في المادة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، عدد 04، 2003، ص 21.

² - المادة 946 من القانون رقم 08-09 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 25 فيفراير 2008، جريدة رسمية، العدد 21، مؤرخ في 23 أفريل 2008.

³ - أمينة غاني، قضاء الإستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص 264.

بصفة عامة يقصد بالضرر المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه إنتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه، و تقدير ما إذا ترتب عن الإخلال بالإلتزامات ضرر ليس بالأمر السهل.¹

الوالي:

حولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي بإعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية اخطار المحكمة الادارية في حالة الإخلال بالإلتزامات الإشهار و المنافسة إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، إذ يجوز لكل ممثل للدولة سواء على مستوى الولاية أو المؤسسة العمومية أن يثير دعوى القضاء المستعجل الموضوعي قبل التعاقد، إذا لمس خرق للإلتزامات العلانية و المنافسة.

ب) إخلال بالإلتزامات الإشهار و المنافسة:

إن المنازعات محل رقابة قاضي الإستعجال، هي القرارات الإدارية التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام، ذلك أن خرق قواعد الإشهار و المنافسة، يعني صدور قرارات الإعلان عن الصفقة، المنح المؤقت، التصديق، رقابة منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام بسبب الإخلال بقواعد العلانية و المنافسة، تتم بالطعن في إحدى القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة.²

بعد الإشهار الصحفي لإعلان عن الصفقة إجراء جوهريا، و هو ما يتضمن مبدأي العلانية و حرية المنافسة، و يعد من قبيل إنتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا، أو قيامها بإعلان معيب.

إن الإخلال بالإلتزامات الإشهار و المنافسة يعتبر إنتهاك لقواعد العلانية و المنافسة، و بالتالي خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية، مخالفة المواصفات و الخصوصيات التقنية، حرمان أو إستبعاد من الصفقة دون وجه حق، و أيضا الإخلال بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد.

ج) المبعاد:

¹ - لحسن بن شيخ أث ملوية، مرجع سابق، ص64.
² - عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير للقانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، امعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص127.

فيما يخص الأجل القانوني لرفع الدعوى، فإن مشروع الجزائري لم يحدد مدة زمنية أو أجلا لرفع الدعوى، و هذا ما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية في فقرتها الثانية بأنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".¹

3. سلطات قاضي الاستعجال:

أ- سلطة في توجيه الأوامر:

منح المشرع الجزائري قاضي الاستعجال الإداري صراحة صلاحية توجيه أوامر للإدارة، تتضمن هذه الأوامر إلزام مصلحة المتعاقدة بالإمتثال لالتزامات الإشهار و المنافسة التي أخلت بها، و بذلك تتنوع الأوامر، كالأمر بنشر الإعلان عن الصفقة بالإشهار الصحفي، إعادة النشر مستوفيا للشروط القانونية كالبيانات الإلزامية، أو بقبول مرشح ثم إستبعاده دون مبرر مقبول أو إستبعاد مرشح مقبول لعدم توفر شروط قبوله.²

بالرجوع إلى نص المادة 230 من القانون الصادر 04 جانفي 1992 نستنتج أنها سمحت للقضاء المحاكم الإدارية و محاكم الإستئناف و مجلس الدولة بإصدار الأوامر في مواجهة الإدارة، بمعنى أن القاضي المختص بالدعوى يستطيع أن يأمر الإدارة بأن تراعي التزاماتها المنصوص عليها في القانون في مجال العلنية و المنافسة خلال إبرام الصفقات العمومية و عقود إحتياز المرافق العامة.

ب- الوقف:

في سلطة القاضي الإداري بوقف إبرام الصفقات العمومية و وقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، و يشترط لتقرير هذا الوقف أن تكون أسباب جدية تبيح له إتخاذ هذا القرار، فإن مجلس الدولة قدر أنه لو وجد شرط الضرر غير قابل للإصلاح لأذى إلى الحد من فعالية القاضي الممنوحة له في مجال الدعوى.³

و أيضا بتقرير شرط الجدية يؤدي على الحد من فعالية سلطات القاضي الإداري و يضع عليه قيودا يتعلق بضرورة وجود الضرر، و هذا ما نصت عليه المادة 946/ الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " و يمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات لمدة لا تتجاوز 20 يوما"

1 - عيسى حمدان، القضاء الإداري الإستعجالي، مجلس قضاء بجاية، بجاية، 2009، ص03.

2 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص221.

3 - سيد أحمد محمد جدالله، مرجع سابق، ص239.

ج- سلطة الحكم بالغرامة التهديدية:

استقر الفقه و القضاء في الجزائر على أن الغرامة التهديدية، تعتبر وسيلة قانونية، و اعتبارها " مبلغ مالي يوقعه قاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ إلتزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي بناء على طلب الدائن"، حيث تظهر الممارسة العملية أن الإدارة في الكثير من الأحيان لا تستجيب لأحكام القضاء، فقد تماطل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الأوامر التي أصدرها قاضي الإستعجال خلال المدة المحددة، و تفاديا لذلك فإن القاضي الإداري يلجأ إلى فرض الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية للضغط على المصلحة المتعاقدة لتنفيذ هذه الأوامر و أداء إلتزاماتها.¹

إن القاضي الإداري الجزائري كان في بداية الأمر لا يستطيع أن يأمر الإدارة في حالة إمتناعها عن تنفيذ الأحكام و القرارات الإدارية، و هذا ما يستشف من خلال العديد من الأحكام في هذا الشأن بعد جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقا لإجتهد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا و مجلس الدولة حاليا.

بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإنه لم يترك أي مجال للشك في سلطة قاضي الإستعجال في فرض الغرامة التهديدية على المصلحة المتعاقدة.

المطلب الثاني: حماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في ظل قانون الفساد

مجال الصفقات العمومية يتميز بالإتساع و الهيمنة على الأنشطة الإستثمارية للدولة لكثرة المشاريع التي تسعى لتنفيذها في الساحة الإقتصادية و الإجتماعية، مما يجعلها ميدانا خصبا لتفشي الفساد بمختلف مظاهره، الأمر الذي أدى إلى إزدياد أهمية مكافحة الفساد المصاحب للصفقات العمومية،² التي تعتبر أكثر المجالات التي مسّها الفساد الإداري و المالي بإعتبارها من أهم القنوات المستهلكة للأموال العامة، و تعد من الوسائل الهامة في تلبية الطلبات العمومية و خدمة الصالح العام، إذا ما أسيء إستغلالها عن طريق الإتجار بها أو الإخلال بواجب النزاهة فيها كنا أمام الصفقات مشبوهة ترتب عنها أضرار خطيرة و تكمن خطورتها في كون الحق المعتدي عليه هو المال العام و نزاهة الوظيفة العامة، حيث يستغل الموظف العمومي مركزه القانوني للإخلال باليسر الحسن و النزاهة للوظيفة العامة و هذا عن طريق إستغلال نفوذه و إخلاله بمبادئ التنظيم و المنافسة بقبضة عمولات مقابل إرساء الصفقة.

¹ - جعفر محمود الغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2000، ص83.

² - سمير بلحيرش، الوقاية على تقسيم و زيادة الأشغال و الخدمات في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد صديق بن يحيى، 2012، ص138.

صور الفساد المتفشية في الصفقات العمومية متعددة و هي مصاحبة لجميع مراحل إبرام الصفقة العامة ابتداءً من إختيار طريقة إبرامها و مروراً بإجراءاتها و شكلياتها و إنتهاء بإختيار المتعامل المتعاقد ثم تنفيذ الصفقة، كل هذه المراحل هي عرضة لمخاطر الفساد.

إن قانون 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، يهدف إلى دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد و تعزيز الشفافية و النزاهة في تسير القطاعين العام و الخاص و تسهيل و دعم التعاون الدولي و المساعدة التقنية، و مواجهة ظاهرة الفساد و مكافحة الأفعال الإجرامية، و التي يمكن تصنيفها إلى جنحة المحاباة و جنحة الإستفادة من إمتيازات غير مبررة (فرع 1) و جريمة الرشوة (فرع 2)

الفرع الأول: جنحة المحاباة و جنحة الإستفادة من الإمتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية

أولاً: جنحة المحاباة

أو جنحة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، فهو تفضيل أحد المتنافسين على غيره، أو إعطاء أحد المتعاملين مع الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية إمتيازات غير مبررة.¹

حيث تنص المادة 26 فقرة الأولى من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته على: "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج : كل موظف عمومي يمنح عمداً، للغير إمتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأثير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة لأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية التشريح و المساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات".

1. أركانها:

تقوم جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على ثلاثة أركان و هي:

أ. صفقة الجاني:

¹ - أحمد دغيش، جرائم متعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، الملتقى الوطني السادس، حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية، 2013، ص14.

إن جنحة المحاباة تتطلب أن يكون القائم بها موظفا عموميا، و هذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة و في باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون.

عرف قانون الفساد من خلال المادة 02 فقرة ب من القانون رقم 01 06 المؤرخ في 20 فيفري 2016، الموظف العمومي على:

- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة و سواء كان معنيا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته

- كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أي مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما.¹

ب. الركن المادي:

يتمثل في قيام الجاني في إبرام صفقة عمومية أو إتفاقية، أو ملحق أو تأثيره أو مراجعة دون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل و ذلك بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير.²

هذا الركن هو المظهر الذي تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجي، و يقصد به إتيان الفعل المجرم المعاقب عليه، و بدون وجود هذا الركن لا يمكن إعتبار الفعل أو الترك جريمة تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، و الركن المادي يقوم أساسا على وجود فعل أو سلوك يتنوع أو يختلف باختلاف الجرائم على تعددها و كثرتها، فقد يكون الفعل إيجابيا أو سلبيا، كما يمكن أن يكون لحظيا أو مستمرا، كما يمكن أن يكون مفاجئا أو جاء نتيجة الإعتياد على القيام به، كما قد يكون مشكلا من فعل واحد أو من سلسلة من الأفعال.

تنص المادة 01/26 على أن الركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين أساسيين هما النشاط الإجرامي، و الغرض منه، و هما كالتالي:

- السلوك الإجرامي:

¹ - زوليخة زوزو، مرجع سابق، ص32.
² - سعيد كامل، شرح قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص420.

يعتبر السلوك إجراما عند قيام الجاني بإبرام العقد أو الملحق أو الصفقة العمومية أو تأشيرها أو مراجعتها، مخالفا الأحكام التشريعية و التنظيمية، الجاري بها العمل ، لاسيما تلك القواعد المقررة بموجب قانون تنظيم الصفقات العمومية، إضافة للقواعد و المبادئ المعتمدة من طرف قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، بشأن إبرام الصفقات العمومية.¹

- الغرض من السلوك الإجرامي:

لا تقوم الجريمة بوجود السلوك الإجرامي فقط، بل يجب أن يكون الغرض من هذا الفعل، و هو منح الغير إمتياز غير مبررا كما يشترط كذلك أن يكون الغير، سواء كان شخص طبيعى أو معنوي، هو المستفيد من هذه الإمتيازات و ليس الجاني نفسه.

يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف من مخالفة هذه النصوص هو تبجيل أحد المتنافسين على غيره، مثل تعمد زيادة تنفيذ العروض التقنية و المالية بالنسبة لأحد المتنافسين على الصفقة بصفة غير مستحقة.²

ج- الركن المعنوي:

تعتبر جريمة المحاباة من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام و الخاص.

إذ يشترط في القصد العام إنصراف إرادة الجاني من خلال الإدراك الشامل و الواعي التام، مع علمه بأنه يخالف نصوص القانون الجنائي.

بينما يتمثل القصد الجنائي الخاص في نية الموظف العمومي إعطاء إمتيازات للغير، مع علمه بأنها غير مبررة، و لا يستحقها ذلك الغير، بموجب التشريعات و الأنظمة المعمول بها في هذا المجال.³

و هذا ما تؤكدته المادة 01/26 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته بنصها: "كل موظف عمومي يمنح، عمدا..."

ثانيا: جنحة الإستفادة من نفوذ الأعوان العمومية للحصول على إمتيازات غير مبررة

¹ - العربي بلحاج، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، 435.

² - عبد الله أهيبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزائر، 2011، ص394-395.

³ - عبد الله أهيبية، مرجع سابق، ص401.

أشار المشرع الجزائري إلى هذه الجريمة في المادة 02/26 أن قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب... كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو أجار التسليم أو التموين".

أمثلة على ذلك:

- زيادة في الأسعار: لو كان العقد يتمثل في تزويد البلدية بأجهزة كمبيوتر السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة و أستغل البائع بعلاقته برئيس البلدية لتسويق بضاعته بسعر 70.000 دج للوحدة

- التعديل في نوعية المواد: لو أبرم البائع عقد لتزويد البلدية بأجهزة كمبيوتر من نوع IBM، أ.ب.م فتم تزويدها بأجهزة من نوع آخر أقل جودة و على أساس نفس السعر.

- التعديل في نوعية الخدمات: لو تم إبرام عقد بصيانة أجهزة الكمبيوتر التابعة للبلدية كل ثلاث أشهر على أن يقوم بها مهندسون مختصون، فلا يقوم المتعامل المتعاقد مع البلدية إلا بصيانة واحدة في السنة يجربها تقنيون.

- التعديل في آجال التسليم و التموين: لو تم الإتفاق على تسليم أجهزة الكمبيوتر للبلدية في أجل شهر من إبرام العقد غير أنه لا يتم تسليمها إلا بعد مرور سنة على إبرام عقد.¹

هذه الجنحة تتكون من ثلاث عناصر أساسية و هي: صفة الجاني، الركن المادي، الركن المعنوي.

1. صفة الجاني:

إشترط المشرع الجزائري أن تكون صفة معينة في الجاني المرتكب لهذه الجريمة، و هي إما أن يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص، بمعنى أن يكون عنوانا إقتصاديا من القطاع الخاص ثم عدل عن إشتراط صفة معينة بأن أضاف عبارة : "بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي".

¹ - زوليغة زوزو، مرجع سابق، ص147.

2. الركن المادي:

لا يكون الجاني موظفا عموميا حيث يكون الموظف طرفا في العلاقة أو عنصر أساسيا لقيام الجريمة.

و بذلك فإن الركن المادي لجريمة إستغلال النفوذ من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة أساسا على إستغلال الجاني ما يتمتع به الموظف العمومي أو أي عون من أعوان الدولة من سلطة أو نفوذ له من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة.¹

و يتمثل هذا الركن من السلوك الإجرامي و الغرض منه:

أ. السلوك الإجرامي:

إن السلوك الإجرامي هنا يقوم بإستغلال الجاني للسلطة أو نفوذ أعوان الدولة أو المؤسسات و الهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام صفقة أو عقد مع هذه المؤسسات أو الهيئات، و قد يكون صاحب النفوذ رئيسا أو مديرا أو مسؤول مختص بإبرام الصفقات.

ب. الغرض من ارتكاب السلوك الإجرامي:

إن الغرض من ارتكاب جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين، هو الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة، أو التعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل، معنى ذلك الحصول على إمتيازات غير مبررة.²

3. الركن المعنوي:

يشترط في جريمة إستغلال الأعوان العموميين، القصد الجنائي العام و القصد الجنائي الخاص

و يتمثل القصد الجنائي العام في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة و إستغلال هذه النفوذ لفائدته. أما القصد الجنائي الخاص، يتمثل في نية الجاني الحصول على إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

¹ - حسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الأعمال جرائم التزوير، جزء 02، دار هومة، الجزائر، 2003، ص94.

² - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المخلة بالمصلحة العامة و الجرائم الواقعة على الأموال و ملحقاتها، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص10.

تعد الرشوة من أخطر الجرائم المخلة بحسن سير الإدارة الحكومة، فهي إنحراف الموظف من أداء وظيفة من أجل تحقيق مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة، و تؤدي على فقدان المواطنين الثقة في عدالة و نزاهة الدولة، إن الرشوة دليل قاطع على تفشي الفساد و الظلم في إدارة مصالح الدولة و الأفراد.

حيث تعتبر من أكثر الجرائم شيوعا في مجال الصفقات العمومية و هي مدخل لفساد جمّة كونها تهدف إلى إثراء البعض بغير الحق سواء عن طريق المتاجرة بالوظيفة العامة أو عن طريق إهدار الثقة في الإدارة العامة.

إن الرشوة تعرف بأنها: " إلتجار الموظف العام (أو القائم بخدمة عامة) بوظيفة أو إستغلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الإمتناع عنه أو الإخلال بواجباته"¹

و تعرف أيضا أنها تتمثل في : " الإلتجار بأعمال الوظيفة أو الخدمة أو إستغلالها بأن يطلب الجاني أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها أو أية منفعة أخرى لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الإمتناع عنه".

حيث نصت المادة 27 من قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحة على: "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، و بغرامة 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، أجره 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 و التجاري، أو المؤسسات العمومية أو الإقتصادية".²

هذه الجريمة تتطلب لقيامها أركان و هي:

أولاً: أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

1. صفة الجاني:

يجب أن تتوفر صفة الموظف العمومي بمفهوم قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، لاسيما الموظف الذي يجوز له قانونا إبرام تنفيذ العقود و الصفقات العمومية، لصالح الدولة أو إحدى المؤسسات الواردة في نص المادة 27 من القانون المذكور أعلاه.

¹ - نبيلة عيساوي، جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قصدي مبراح، قالمة، يومي 24 25 أبريل 2007، ص04.

² - مسعود بوصنبورة، الرشوة، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قصدي مبراح، قالمة، يومي 24 25 أبريل 2007، ص05.

2. الركن المادي:

يتطلب هذا الركن عنصرين و هما النشاط الإجرامي و المناسبة.

أ) النشاط الإجرامي:

إن النشاط الإجرامي في جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية، يتمثل في قبض أو محاولة قبض عمولات، و هي أجرة أو منفعة مهما كان نوعها من طرف الموظف العمومي، سواء لنفسه أو لغيره أو بصفة مباشرة أو غير مباشرة.¹

يطلق على مرتكب هذه الجريمة بالمرتشي، إذ يقوم بالمتاجرة بالوظيفة العامة مقابل منفعة مادية أو أدبية يحصل عليها ذلك المرتشي.

ب) المناسبة:

تتمثل في مقابل الرشوة و هي المنفعة أو الأجرة مهما يكن نوعها، و تكون غير مشروعة، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بإسم الدولة، أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.²

إن مناسبة قبض العمولة تكون محددة في مرحلة تحضير أو إجراء مفاوضات بشأن إبرام صفقة أو عقد أو ملحق.

إن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الأجرة أو المنفعة التي يمكن أن تكون مقابلا للرشوة، و بهذا فقد تكون المنفعة التي يقبضها المرتشي لقاء الإتجار بوظيفته ذات طابع مادي أو معنوي.

3. الركن المعنوي:

إن المشرع الجزائري يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني و المتمثل في إنصراف إرادة المرتشي إلى قبض أو محاولة قبض الأجرة أو الفائدة أو العمولة، مع العلم بأنها غير مشروعة، و أنه يعلم بأن ما يقوم به هو متاجرة بالوظيفة.¹

¹ - حسن بوصقيعة، مرجع سابق، ص151.

² - مسعود بوصنبورة، مرجع سابق، ص51.

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية

تشدد المشرع الجزائري في عقاب الشخص الطبيعي، فإن عقوبة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وفقا للمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته هي: الحبس من 10 إلى 20 سنة و غرامة مالية من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج. فيما يخص الشخص المعنوي فتتمثل العقوبة في الغرامة من: إثنين مليون إلى عشرة مليون دج.

¹ - نادية قاسم بيطون، الرشوة و تبييض الأموال من جرائم أصحاب البقات البيضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص44.

الخاتمة:

من خلال دراستنا و على ضوء ما تقدم، يتبين لنا تعدد الآليات لتحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

بداية يجب على الصفقات أن تراعي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات، تعتبر هذه المبادئ حماية و ضمان من قبل الإدارة الراشدة التي تتعامل بمرونة و حكمة و الخضوع للقانون، و اشتراكها لجميع المتعاملين الفاعلين لهذه العملية، و إلا تتعارض للمسائلة القانونية على أساس نظرية عيب في الإجراءات أو إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف في استعمال السلطة.

يتضح لنا أن عملية تكوين عقد الصفقة العمومية يحتاج إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية من حيث إعداد دفتر الشروط للصفقة، تحديد حاجياتها و الطريقة الناجعة لإبرام الصفقة، و تحتاج أيضا إلى البحث في الآليات الإدارية و الجزائية لضمان تطبيق مبدأ حرية المنافسة، و المنح العادل للصفقات العمومية التي تعتبر الركيزة الأساسية للنهوض بالإقتصاد الوطني و في نفس الوقت هي الثغرة و الوسيلة الفعالة في إختلاس المال العام و بالتالي ضرب الإقتصاد الوطني.

يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد حصر طرق إبرام الصفقات العمومية في طريقتين، طلب العروض كأصل عام و التراضي كاستثناء، و إذا كانت أشكال التعاقد عن طريق طلب العروض حددها المشرع حصرا في قانون الصفقات العمومية، فإنه بالنسبة لإجراء التراضي فرغم تحديد حالاته، إلا ان هذا التحديد قد يكون وسيلة لمنح السلطة التقديرية للإدارة لإبرام صفقات دون إتباع مختلف الإجراءات و الشروع مباشرة في إختيار المتعامل الذي تتوفر فيه الحالات المنصوص عليها في القانون.

حيث تتمتع المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات بسلطات واسعة نابعة من مركزها التعاقدى الممتاز في مواجهة المتعاقد معها، هذا المركز يجد مبرره في وجوب تقديم المصلحة العامة التي تمثلها المصلحة المتعاقدة على المصلحة الخاصة التي تعود إلى المتعامل المتعاقد، و هو ما يضمن حسن إنشاء و سير المرافق العمومية بانتظام و اطراد، و تتجلى هذه السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في كافة مراحل الصفقة العمومية منذ إبرامها حتى إكمال تنفيذها.

و لا ننسى الجانب الوقائي و دوره الكبير في الحد من جرائم الفساد في الصفقات العمومية، و أن التقيد بمبادئ الصفقات العمومية كفيل بنحسينها من مختلف أفعال و سلوكات الفساد، و تطبيقا للنصوص القانونية الجزائية المتعلقة بالصفقات العمومية، و القوانين المتعلقة بالوقاية من الفساد و مكافحته، بمعاقبة كل شخص يتمتع بصفة موظف عمومي يقوم بانتهاك الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

(أ) الكتب:

- لحسين بن شيخ أث ملوية، **الملتقى في قضاء الإستعجال الإداري**، دار هومة، الجزائر، 2007.
- محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، دار الجامعية، 2000.
- أحمد فاضل، **العقود الإدارية**، كتاب صادر عن الوزارة الداخلية، المديرية العامة للتكوين و الإصلاح الإداري، الجزائر.
- محمد براهيم، **القضاء المستعجل**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2005.
- العربي بلحاج، **أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- أمينة غاني، **قضاء الإستعجال في المواد الإدارية**، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.
- حسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي الخاص**، جرائم الأعمال جرائم التزوير، جزء 02، دار هومة، الجزائر، 2003.
- حمادة قدوح، **عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2006.
- حمادة قدوح، **عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة الثالثة، الجزائر، 2008.
- خميس السيد إسماعيل ، **القضاء المستعجل و قضاء التنفيذ طبقاً لأحداث التعديلات**، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2005.
- سعيد كامل، **شرح قانون العقوبات**، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.

- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، دار البغدادي، الطبعة الثانية.
- عبد الله أهيبية، شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام، الجزائر، 2011.
- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- علي دين زيدان، محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
- عمار عوابدي، قانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء 2، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- عمور سلامي، الوجيز في المنازعات الإدارية، كلية الحقوق و جامعة الجزائر، 2008.
- عيسى حمدان، القضاء الإداري الإستعجالي، مجلس قضاء بجاية، بجاية، 2009.
- فاروق محمد معليقي، نظرية الأعمال المتصلة و المنفصلة و تطبيقاتها في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2014.
- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعية، 2000.
- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي و المقارن، دار المطبوعات الجامعية.
- محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- محمد جمال، الوجيز في القانون الإداري، 2003.
- محمد سليمان طموي، القضاء الإداري، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المخلة بالمصلحة العامة و الجرائم الواقعة على الأموال و ملحقاتها، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006.

- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005.
- مسعود شيهوب، مبادئ العامة للمنازعات الإدارية، جزء 1، الجزائر، 1999.
- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2005.
- مهند مختار نوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- نادية قاسم بيظون، الرشوة و تبييض الأموال من جرائم أصحاب البقات البيضاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- هبة سرديوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

ب) الرسائل و المذكرات الجامعية:

- شريف بن ناحي، تطور النظام القانوني لصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراة، معهد العلوم الإدارية و القانونية، جامعة الجزائر، 1991.
- نادية تياب، آليات مواجهة فساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة في علوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
- عباس زواوي، الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراة، تخصص قانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003.
- زوليغة زوزو، جرائم الصفقات العمومية و آليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مربح، ورقلة، 2011-2012.
- حمزة خضري، منازعة الصفقات العمومية في تشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005.

- سعيدة عيشاوي، نبيلة خير الدين، تنفيذ الصفقات العمومية و المنازعات التي تتخللها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشرة، 2005-2008، ص08-09

- أنيسة سعاد قريشي، نظام القانوني، لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

- سماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

- وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري و المالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2013.

- عز الدين كلوفي، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير للقانون، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، امعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

- جعفر محمود الغربي، طرق إجبار المدين على التنفيذ العيني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2000.

- سمير بلحيرش، الوقاية على تقسيم و زيادة الأشغال و الخدمات في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد صديق بن يحيى، 2012.

ج) المقالات

- عارف صالح مخلف، علي مخلف عماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية، العدد 05.

- محمد شريف كتو، حماية المنافسة من الممارسة المنافية، مجلة الإدارة، العدد 23، الجزائر، 2001.

- محمد بن ناصر، **محافظ الدولة**، إجراءات الإستعجال في المادة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، عدد 04، 2003.

(د) ملتقيات

- مراد بلكعيبات، **مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية**، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدية، 20 ماي 2013.

- صالح زمال، **إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية**، ملتقى الصفقات العمومية لكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2013.

- شريف شريفي، **المناقصة العامة كأسلوب تعاقد في قانون البلدية**، الملتقى الوطني الأول حول دور البلدية في التنمية المحلية، المركز الجامعي النعامة، 19 أفريل 2012.

- أحمد دغيش، **جرائم متعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد و مكافحته**، الملتقى الوطني السادس، حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية، 2013.

- نبيلة عيساوي، **جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد**، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قصدي مرباح، قالمة، يومي 24 25 أفريل 2007.

- مسعود بوصنبورة، **الرشوة**، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، كلية الحقوق، جامعة قصدي مرباح، قالمة، يومي 24 25 أفريل 2007.

(هـ) النصوص القانونية

- المرسوم الرئاسي رقم 15- 247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 50.

- أمر رقم 96- 31 مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية سنة 1997، الجريدة الرسمية عدد 85.

- مرسوم تنفيذي، رقم 93-389، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، جريدة رسمية، عدد 79، بتاريخ 1993، معدل و متمم بمرسوم تنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 07 أبريل 2005، جريدة رسمية عدد 26، بتاريخ 2005

- القانون رقم 08-09 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، جريدة رسمية، العدد 21، مؤرخ في 23 أبريل 2008.

- المرسوم التنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 07 أبريل 2005، جريدة رسمية، عدد 26، بتاريخ 2005.

ثانيا: باللغة الفرنسية

¹ - code des marchés publics, francais, decret N975-2006 du 1^{er} aout 2006, modifier, article 33.

الفهرس

كلمة الشكر

الإهداء

المقدمة

الفصل الأول: إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: ضمان حرية المنافسة من خلال مبادئ تطبيق الصفقات العمومية

الفرع الأول: شفافية الإجراءات

الفرع الثاني: المساواة بين المترشحين

المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبادئ المنافسة

الفرع الأول: المنع لأسباب قانونية

الفرع الثاني: المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة

المبحث الثاني: الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة

المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الإنتقاء

الفرع الأول: تعريف دفتر الشروط و أنواعه

الفرع الثاني: إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن الصفقات العمومية

المطلب الثاني: تكريس مبدأ المنافسة في مراحل إداع العروض و إرساءها

الفرع الأول: مرحلة إيداع العروض و تقييم العطاءات و فحصها

الفرع الثاني: مرحلة إرساء العروض

الفصل الثاني: ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة و دور القضاء في حماية هذا

المبدأ

المبحث الأول: الضمانات لقواعد و شروط إبرام الصفقة العمومية

المطلب الأول: قاعدة المنافسة العامة في إختيار المترشحين

الفرع الأول: طلب العروض أسلوب أساسي لإبرام الصفقات العمومية.....	
الفرع الثاني: التراضي أسلوب إستثنائي في إبرام الصفقات العمومية.....	
المطلب الثاني: قاعدة المساواة و حرية الوصول للطليبة العمومية.....	
الفرع الأول: حقوق الإدارة في إختيار المترشحين.....	
الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ المساواة.....	
المبحث الثاني: حماية مبدأ حرية المنافسة	
المطلب الأول: القضاء الإداري كضامن لتكريس مبدأ حرية المنافسة	
الفرع الأول: قضاء الإلغاء كوسيلة لحماية مبدأ المنافسة	
الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة أمام قاضي الإستعجال	
المطلب الثاني: حماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في ظل قانون الفساد.....	
الفرع الأول: جنحة المحاباة و جنحة الإستفادة من الإمتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية.....	
الفرع الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية	
خاتمة	
قائمة المراجع	