

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم حقوق

تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ:

محالبي مراد

إعداد الطالبين :

- بن وارث ليندة
- سعداوي ليدية

لجنة المناقشة:

- /قلى أحمد ، أستاذ محاضر (ب) جامعة مولود معمري تيزي وزو رئيسا
- /محالبي مراد ، أستاذ مساعد (أ) جامعة مولود معمري ، تيزي وزو..... مشرفا و مقررا
- /ابراهيمى صفيان، أستاذ مساعد (ا) جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة... /... /... 2017

الإهداء

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل ورزقنا الإرادة

والتحمل والقدرة على المثابرة أهدي ثمرة جهدي.

إلى أعز ما أملك في هذه الدنيا، إلى التي جعل الله الجنة تحت أقدامها، و التي غمرتني بعطفها

وحنانها وأنارت لي درب حياتي بحبها إلى التي لم تبخل علي يوماً بنصيحة أو دعوة

صالحة ريحانة قلبي، أمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى الذي رباني على الفضيلة والأخلاق، و علمني أرقى المبادئ لأفود بها صراع الحياة

وجعلها منهجا في مساري إلى الذي منحني من جهده وعنايته، إلى من اكتوى بلسعات الدنيا من

أجلنا، إلى مرشدي ومعلمي أبي الحبيب أطال الله في عمره " أسأل الله أن يحفظهما لي".

إليكما أهدي عملي هذا وألتمس حسن الجزاء.

إلى أعز ما وهبني الله إخوتي و أخواتي و أزواجهم وأولادهم " حفظهم الله ".

إلى جميع الأهل والأقارب.

إلى جميع صديقاتي .

إلى كل أساتذتي الكرام وأخص بالذكر الأستاذ المشرف "محالبي مراد "

وإلى كل من جمعني بهم القدر في مشواري الدراسي ...

وإلى كل من وسعه قلبي ولم تسعه ورقتي.

سعداوي ليديّة

الإهداء

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل ورزقنا الإرادة

والتحمل والقدرة على المثابرة أهدي ثمرة جهدي.

إلى أعز ما أملك في هذه الدنيا، إلى التي جعل الله الجنة تحت أقدامها، و التي غمرتني بعطفها

وحنانها وأنارت لي درب حياتي بحبها إلى التي لم تبخل علي يوماً بنصيحة أو دعوة

صالحة ريحانة قلبي، أمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى الذي رباني على الفضيلة والأخلاق، و علمني أرقى المبادئ لأفود بها صراع الحياة

وجعلها منهجا في مساري إلى الذي منحني من جهده وعنايته، إلى من اكتوى بلسعات الدنيا من

أجلنا، إلى مرشدي ومعلمي أبي الحبيب أطال الله في عمره " أسأل الله أن يحفظهما لي".

إليكما أهدي عملي هذا وألتمس حسن الجزاء.

إلى أعز ما وهبني الله إخوتي و زوجاتهم وأولادهم " حفظهم الله".

إلى زوجي العزيز و أهله

إلى جميع الأهل والأقارب.

إلى جميع صديقاتي .

إلى كل أساتذتي الكرام وأخص بالذكر الأستاذ المشرف " محالبي مراد "

وإلى كل من جمعني بهم القدر في مشواري الدراسي ...

وإلى كل من وسعه قلبي ولم تسعه ورقتي.

بن وارث ليندة

كلمة شكر

نشكر الله عز وجل الذي منحنا العقل وألهمنا الصبر ومكننا من تخطي الصعاب
لإتمام هذا العمل على أحسن حال،
فالشكر الأول والأخير لله سبحانه صاحب الفضل علينا.
نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إتمام هذا العمل
سواء كانت المساهمة من الناحية العلمية أو المعنوية.
ونتقدم بأسمى عبارات الشكر لأساتذتنا الكرام وخاصة الأستاذ المشرف:
"محالبي مراد"
الذي لم يبخل علينا بالنصائح والإرشادات
لكل هؤلاء نقول لكم شكرا.

قائمة بعض المختصرات :

باللغة العربية	
الجريدة الرسمية	ج ر
صفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص ص
دون صفحة	د.ص
دون دار النشر	د د ن
دون بلد النشر	د ب ن
دون تاريخ المناقشة	د ت م
دون سنة النشر	د س ن

مقدمة

يعد قانون تنظيم الصفقات العمومية رائد في استعمال تقنية المنافسة كوسيلة لتحقيق الاستعمال الأمثل والأنجع للأموال العمومية، فهو الوسيلة المثلى التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية لتحقيق برامجها، ويمثل آلية أساسية في النمو الاقتصادي ما يجعلنا ندرك بسهولة أهمية للصفقات العمومية في اقتصاد بلادنا¹.

وبالنظر إلى التنظيمات التي مرت بها الصفقات العمومية يمكن القول بأنه عرف الكثير من التطورات حسب التغيرات التي عرفتها البلاد حيث صدر لها أول تنظيم أساسي في هذا المجال سنة 1967 وقد بدأ واضحا أن هذا التشريع مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي مع بعض الخصوصيات الراجعة إلى الهيكلة القانونية الاشتراكية، و صدر بعد ذلك الأمر 90-74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 التي تضمن إعادة هيكلة تنظيم الصفقات العمومية التي صدرت بعده الكثير من النصوص التنظيمية وصولا إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي ظهر لضرورة إعادة النظر في القوانين المنظمة لها في مراحل الاقتصادية في محاولة السيطرة على كيفية صرف المال العام وتشديد الرقابة للحد من جرائم الفساد وتبديد الأموال العامة، وهو ما تعرفه الجزائر حاليا من خلال إعادة النظر في الترسانة القانونية. تزامنا مع هذا التطور التاريخي للمنظومة القانونية للبلاد في مجال الصفقات العمومية شهدت السياسة العامة لبلادنا عدة تغيرات منذ السبعينيات وقد تدعمت كما ونوعا مرور بمرحلة التسعينيات إلى اليوم الذي تحاول فيه مجارة المنظومة الاقتصادية العالمية التي جرت من حرية التبادل واعتماد المنظومة الليبرالية ممثلة في اقتصاد السوق واعتماد المنافسة منها رئيسي لها².

¹ - جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول علي شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة -1- بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2015، ص01.
² - سعيد فؤاد، امتداد قانون المنافسة الى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مشروع أولي لمذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014.

إن الاعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الأنشطة الاقتصادية للمتعامل العمومي بوجه خاص يحولها من ركائز النظام الاقتصادي في الدولة لما توفره من حماية فعالة للمال العام حيث يسمح بالاستغلال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد في الإدارة العامة.

من أجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة في الصفقات العمومية، فإن المشرع أدخل أحكاما في قانون الصفقات لسنة 2015 مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل، قانون خاص بالنشاط الاقتصادي، وفي المقابل عمد المشرع إلى إدراج أحكام ذات صلة بقواعد القانونية العام في صلب قانون المنافسة الذي يحكم النشاط الاقتصادي والتجاري، وذلك بقصد إضفاء مزيدا من الحماية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية. هكذا يمكن استنباط نقاط التقاطع بينها من حيث الضمانات المتعلقة بحرية الوصول للصفقات العمومية و المساواة بين المتنافسين وتوفير العلانية والشفافية لإجراء الصفقات. إذا نصت المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247¹ المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

"لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

لقد أصبحت مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات لأن مبادئ أساسية للطلب العمومي بل أصبحت خاصية للصفقات العمومية، وهذه المبادئ تطبق على كل الصفقات العمومية مهما كان محلها ومبلغها.

¹- مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 ديسمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر 20 سبتمبر سنة 2015 .

وهكذا فقد أصبح لزاما على المصلحة المتعاقدة أن تضمن المنافسة في الصفقة مهما كانت إجراءات الإبرام وفي كل مراحل الصفقة بين كل المتعهدين المتقدمين بعروض، بدون أي تمييز بينهم.

وقد عرف النظام المتعلق بإبرام الصفقات العمومية بالجزائر إصلاحا مهما لأجل مسايرة التطورات التي عرفتها البلاد من خلال تحرير الاقتصاد وتنمية القطاع الخاص وعصرنة الإدارة، وقد حظ هذا الإصلاح مرحلة الأخيرة بالمصادقة على المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقد عرفت الصفقة العمومية في المادة 02 من هذا المرسوم على أنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به لتبرم مقابل مع متعاملين، اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات".

وقد جاء هذا المرسوم بإجراءات تهدف إلى تأمين شفافية تدابير الصفقات العمومية، وضمان حرية المنافسة، وتخفيف الممارسات المتعلقة بتدابير الصفقة العمومية ومحاربة الغش والرشوة والفساد وضمان النفقات العمومية وتبسيط وتحسين طرق إبرام الصفقات وتنمية النسيج الاقتصادي، وفي مقابل هذا نجد أن الصفقات العمومية من أكبر القنوات المستهلكة للأموال العامة وتعد من الوسائل الهامة في تلبية الطلبات العمومية، فالإدارة العامة تلجأ إلى استعمال الصفقات العمومية كوسيلة قانونية لتقديم الخدمات العمومية، فتحقيق هذه الأخيرة لا يكون إلا بإتاحة الفرصة للجميع في تقديم الخدمات دون تمييز وفقا للحدود التي يوطرها القانون وهذا ما يعرف "بحرية المنافسة" التي تعتبر من أهم الركائز التي تقوم عليها الصفقة العمومية التي تشتمل على ثلاثة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، والتي من خلالها يمكن توسيع نطاق المنافسة من أجل الوصول إلى الأفضل.

فمن المتعارف عليه أن تكريس مبدأ المنافسة يعتبر من أهم العوامل التي تؤدي إلى خلق بيئة تنافسية فعالة ولا يكون ذلك إلا في إطار احترام المبادئ الأساسية لحرية المنافسة التي تهدف إلى تعزيز الشفافية والمساواة في ولوج الطلبات العمومية.

ولكون حماية مبدأ المنافسة ضرورة حتمية للتدعيم الفعالية الاقتصادية حفاظا على حقوق المتعاملين الاقتصاديين وجب القضاء على كل ممارسة و من شأنها المساس بالسير العادي للصفقة والإخلال بمبدأ ألعنافسة وفي هذا الصدد لم يتردد المشرع في منح الهيئات القضائية مجموعة من الصلاحيات للتصدي لكل الممارسات المناهية للمنافسة والتي من شأنها المساس بالسير العادي للسوق، وهذا لضمان المنافسة بين جميع المتعاملين في إطار يغلب عليه التنظيم بغية ضمان استقرار النظام الاقتصادي.

تبرز أهمية هذا الموضوع العلمي في كونه يهدف إلى تحليل وتشخيص مبدأ حرية المنافسة من خلال تكريسه في مجال الصفقات العمومية ومدى حضورها وكيفية حمايتها قانونيا في صورة خرقها، وتحديد امتدادها زمنيا باعتبار أنها مرحلة سابقة عن مسألة تنفيذ الصفقة العمومية، لكن ما يلاحظ رغم أهمية هذه المرحلة في حياة الصفقة العمومية إلا أن القضايا المتعلقة ظلت قليلة رغم النصوص القانونية القليلة المنظمة لها وأول النصوص القانونية المهمة بالصفقات العمومية، الأمر 67-90¹ بتاريخ 17-06-1967 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.

ومن جهة أخرى الإطلاع على مختلف الآليات القانونية والضمانات التي اعتمدها المنظم، سواء بموجب تنظيم الصفقات العمومية أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأجل حماية المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية بما يضمن اختيار أحسن المتعاملين الاقتصاديين لأداء الخدمة العمومية، وكذا ردع لكل مظاهر الفساد والقضاء على انتشاره،

- امر رقم 67-90 المؤرخ في 9 ربيع الاول عام 1387 الموافق 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52
¹ صادر في 27 يونيو 1967. (ملغي)

ولا يتجلى ذلك إلا بالإطلاع على النصوص القانونية وتحليلها وإجراء دراسة نقدية للخروج عملية جديدة.

الأسباب التي دفعت بنا لاختيار هذا الموضوع تكمن في سببين هما:

الأول موضوعي، يتمثل أساسا في تحديد الآليات القانونية التي صدرها المشرع الجزائري لتحقيق الأهداف المكرسة لمبدأ حرية المنافسة وتقييمها والوقوف على مدى فعاليتها. أما الثاني فهو ذاتي، بما أن موضوع قيد الدراسة "تكريس مبدأ حرية المنافسة في المجال الصفقات العمومية" حديث عهد بالمجال الاقتصادي عامة وفي مجال الصفقات العمومية خاصة تسمح حادثة الموضوع للباحث بالخوض والتعمق وإبراز الدور المنوط في ترقية وتطوير الاقتصاد الوطني.

وتتمحور الأهداف الرئيسية لموضوع الدراسة "تكريس مبدأ حرية المنافسة في المجال الصفقات العمومية" فيما يلي :

1. بتبيان أهم المراحل الصفقة العمومية ابتداء من الإعداد إلى الإبرام ومدى إخضاع كل منها لمبدأ حرية المنافسة.
 2. تحديد العراقيل والعقبات التي تقف حائلا دون نجاح مبدأ حرية المنافسة في تحقيق المساواة والنزاهة بين المرشحين في كل المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية.
- بصدد إعدادنا لهذا الدراسة صادفتنا جملة من الصعوبات والتي تتمثل في:

1. قلة البحوث القانونية التي تعالج موضوع مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، على اعتبار أن تنظيم الصفقات العمومية كثير التعديل لطبيعته الاقتصادية، والمشرع ما يسعى دائما إلى إعادة تكييف القانون بما يتلاءم حفاظا على المال العام.
2. قلة المراجع المتخصصة في موضوع المنافسة في مجال الصفقات العمومية انطلاقا من المعطيات السالفة الذكر يمكننا طرح الإشكالية التالية:

ما هي الضمانات التي رصدها المشرع لتكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وما مدى فعاليتها للحد من الممارسات المخلة بهذا المبدأ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة نذكر منها:

1. ما مدى تكريس مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية؟

2. ما هي حدود مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

تتطلب منا الإجابة على هذه الإشكالية، الاعتماد على المنهج الوصفي، وهذا بجمع وتقديم مختلف المعلومات حول مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

والمنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بدراستنا.

هذا ويقتضي من الأمر البحث والتدقيق في مبدأ تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فقد قسمناه إلى فصلين، بحيث نتعرض إلى الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة الصفقات العمومية (الفصل الأول)، الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية (الفصل الثاني).

الفصل الاول

الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في

الصفقات العمومية

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تشكل الصفقات العمومية أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية، فهي تحتل مجال واسع من أعمال الدولة لذلك وجب على المشرع إضفاء الشفافية والنزاهة عليها وهذا لا يتحقق إلا بوجود منافسة بين المتعاملين المتعاقدين، وهذا ما سنحاول إبرازه في (المبحث الأول) من خلال إجراءات الإعداد في إطار احترام قواعد المنافسة، وكذلك من خلال مظاهر تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية و الاستثناءات الواردة عليها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إجراءات الإعداد في إطار احترام قواعد المنافسة

نظرا لأهمية الصفقات العمومية من مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، لقد أحاط قانون تنظيم الصفقات العمومية عملية إبرامها بالعديد من القيود والإجراءات، وذلك بغرض حماية المال العام، وضمان مبدأ المساواة وتمكين الإدارة من اختيار أفضل المتعاقدين معه.

وضع المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقة العمومية، حيث فتح المجال أمام المتنافسين لتقديم عروضهم من أجل تمكينهم الإطلاع على المعلومات التي تتعلق بالصفقة وذلك من خلال إتباع جملة من المبادئ الأساسية المتمثلة في مبدأ العلنية والشفافية وكذا مبدأ المنافسة و المساواة بين المتنافسين، والهدف من هذه المبادئ هي إعلام جميع المتنافسين ومنحهم لذلك أجلا محدد كافي وإخضاعهم لقواعد المنافسة دون التمييز بينهم، وبناء على هذا المبدأ فإن المصلحة المتعاقدة عليها، إتباع نفس الكيفيات الإبرام التي نص عليها القانون.

ومنه سنتناول كيفية إجراءات إبرام الصفقة العمومية (المطلب الأول)، و مراحل إبرام الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

كيفية و إجراءات إبرام الصفقة العمومية

منح المشرع طريقة طلب العروض أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فنجده تحرص دوما على تحقيق التوافق والانسجام فوضع عدة أساليب وإجراءات تلجأ إليها الإدارات العمومية في التعاقد، يأتي على رأسها نظام المناقصة الذي كان لمدة طويلة الأسلوب المعتمد في إبرام عقود الصفقات العمومية، إلا أن التحولات التي حصلت في

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المناقصة قادت إلى السماح باللجوء إلى حلول أكثر مرونة من خلال تبني أسلوب طلب العروض والاتفاق المباشر (التراضي).¹

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نصت المادة 39 على أن: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة أو وفقا لإجراء التراضي"

فالإدارة تلتزم عند إبرامها للصفقات العمومية باعتمادها مبدأ المنافسة وذلك باللجوء إلى كيفية طلب العروض التي تعتبر كمبدأ العام في الإبرام (الفرع الأول) ويصفه استثنائية الحق في اللجوء إلى كيفية التراضي في حالات محددة قانونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طلب العروض أساس المنافسة لإبرام الصفقات العمومية.

أضحى طلب العروض، الأسلوب الأكثر استعمالا في أغلب دول العالم في الوقت الراهن، نظرا لما ينطوي عليه من محاسن مقارنة بالسليبيات.²

غير أن المشرع الجزائري اعتمد بإجراء طلب العروض في حالة الخدمات التي تتطلب مؤهلات التقنية وإمكانيات مالية كافية، خلافا لأسلوب المناقصة الذي ينحصر العمل بها في الصفقات التوريدات البسيطة من النوع العادي فقط.³

يعتبر أسلوب طلب العروض، الأسلوب الطبيعي لاختيار المتعامل المتعاقد في عقود الصفقات العمومية⁴ وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

¹ - قفيفة جمال، سلطة الإدارة العمومية في اختيار المتعامل المتعاقد معها في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017، ص 63.

² - مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 52.

³ - قذوج حمامة، تطبيق الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام (إدارة ومالية عامة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، الجزائر، 2009-2010، ص 63

⁴ - Zouamia rachid, roualt marie christiane, droit administratif berti éditions, alger, 2009, P 180.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

أولاً: تعريف طلب العروض

طلب العروض هو إجراء عادل لاختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد مع الإدارة العمومية كما أنه إجراء نسبياً جد فعال لأنه يسمح بالحصول على عروض المتنافسين للمشاركة في الصفقات العمومية.¹

ويعرف أيضاً طلب العروض على أنه "ذلك الإجراء الذي بموجبه تختار السلطة العمومية (المصلحة المتعاقدة) أحسن عرض اقتصادي بعد الدعوة إلى المنافسة وبدون التفاوض. وعلى أساس معايير موضوعية النوعية السعر القيمة التقتية أجل التسليم المعيار البيئي²..."

كما أن طلب العروض هو أسلوب من أساليب التعاقد حيث الإدارة لها صلاحية في حرية الاختيار المتعاقد معها في إطار المنافسة دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأقل.

فطبقاً للمادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.³

¹ – mabin ominique, marchés publics , edition studyrama, France, 2013, p 81.

² – moraemd deviller jacqueline, droit administratif des bien, moutcherstion lextenso édition, paris, 7ème édition, 2012, p 561.

³ – تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في المجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 85.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

و لقد سجلنا أن المشرع الجزائري قد ادمج (غير مصطلح المناقصة إلى طلب العروض من خلال أحكام المرسوم رقم 15-247).¹

وكذلك توضح لنا أن الإرساء يكون على المتعامل الذي يقدم أحسن عرض *meilleure la offre* وليس على الذي يقدم أقل عطاء *moins disant*.²

هذا ويبين المشرع من خلال نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن المصلحة المتعاقدة فيه لنوعية المواد وأجال التنفيذ وإضافة إلى الضمانات المقدمة والخدمات ما بعد الإنجاز، وغيرها من المعايير التي تحدد حسب الطبيعة الصفقة وموضوعها.³

فهناك معيارين جديان يضافان إلى معايير الموضوعية يؤخذان بعين الاعتبار عند القيام بعملية اختيار المتعامل المتعاقد هما "معيار أحسن عرض اجتماعي" الذي يرمي إلى تفصيل عروض المؤسسات التي تلتزم بنشاطات الإدماج أو مكافحة البطالة.

معيار "أحسن عرض بيئي" شرط أن يكون له علاقة بموضوع الصفقة.⁴

حيث أن تقنية أسلوب طلب العروض يهدف إلى التعاقد مع أحسن مترشح و أفضل عرض من الناحية الاقتصادية و الفنية، دون أن يكون هنالك أي تناقض مع المترشحين مراعاة لمقتضيات لمبدأ المنافسة و الشفافية النزيهة.⁵

¹ - أكروم مريم، محاضرات بعنوان: التزام المصلحة المتعاقدة بأعمال المنافسة في الصفقات العمومية جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، المنشور على الموقع الإلكتروني.

http://www.conseil.concurrene.dz/wp-content/uploads/2015/12/travaux_akorum_meriem.pdf

² - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 66.

³ - المادة 78 من المرسوم رقم 15-247.

⁴ - morand de viller, jaqueline op, cit, p561.

⁵ - aubyjean-marier- bon pierre- auby jean- bernard, eneyer philippe, Droit administratif des biens, DALLOZ, PARIS 6eme éditio 2011. p 278 .

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ثانيا: أشكاله أو أنواعه

ينقسم أسلوب طلب العروض بموجب المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن القانون الصفقات العمومية المعدل و المتمم: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا ويمكن أن يتم حسب الأشكال التالية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة .

فإذا كان وطنيا معناه أن الصفقة تكون مقصورة على المتعاملين الوطنيين أو المقيمون بالجزائر، أما إذا كان دوليا فهذا يعني بأن الصفقة تكون مفتوحة لكل المتعاملين سواء أكانوا مقيمين بالجزائر أو أجانب غير مقيمين فيها.¹

1. طلب العروض المفتوح: في طلب العروض المفتوح تطبق المنافسة في صدور الكاملة بحيث يفتح المجال لجميع المرشحين المستوفين لأبسط الشروط²، حيث نصت عليها المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أن الطلب العروض المفتوح هو "إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا" حيث تكرر المنافسة الحرة والكاملة بينهم من خلال معاملتهم على قدر المساواة طوال مراحل عملية إبرام الصفقة فإذا لم تحترم فيه المصلحة المتعاقدة قواعد المنافسة من منافسة شريفة ونزيهة، ومساواة بين المرشحين، وشفافية في الإجراءات فاستدراج العروض يجب أن يستعمل كغطاء لاختيار تم بالعمل من طرف الإدارة لأسباب غير مشروعة كالمحاباة مثلا.²

¹- مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 60.

²- أكروم مريام، المرجع السابق، دص .

²- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 77.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ولعل من سلبيات طلب العروض المفتوح أنه إجراء طويل بالنسبة للمصلحة المتعاقدة فهو يبني على عدّة مراحل مختلفة.¹

2. طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات الدنيا نصت عليها المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 علي انه : "إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الأجراء بتقديم تعهده ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة،

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية و المالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع".

و نستنتج مما سبق أن طلب العروض مفتوح مع اشتراط قدرات الدنيا هو مقيد، لأنه يسمح لعدد معين من المؤسسات فقط تقديم عرض.² حيث يسمح لكل مترشح توفر فيه الشروط المحددة مسبقا ان يقدم

عرض(قدرات المالية أو المادية أو المهنية) مسبقا من طرف الإدارة كاشتراط توفر حد أدنى من الخبرة والإمكانيات المعتبرة (توفر خبر مهنية لا تقل عن 10 سنوات مثلا أو امتلاك إمكانيات معين) وذلك نظرا لأهمية الصفقة وتعقيدها³ وإن لم تتوفر فيه هذه الشروط الخاصة لا يمكنهم المشاركة في المنافسة.

كما يسمح لطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا أن تتلقي عروض تقنية متنوعة مما يسهل انتقاء أفضل عرض لكن من عيوبه أن يجري ببطء مما يستغرق وقت طويل في التحضير مقارنة مع طلب العروض المفتوح.⁴

¹ – mabin dominique, op,cit, p180.

² – voir zouamia rachid, op.cit, p 180.

³ – بعلي محمد صغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائري، طبعة 2005، ص 31.

⁴ – بوضياف عمار، شرح تنظيمات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسية المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له، الطبعة الثالثة، دار جسر النشر والتوزيع ، الجزائر، 2010، ص 136.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

فالمصلحة المتعاقدة تلجأ إليه عندما ترغب في القيام بمشروعات ضخمة، أو ذات أهمية فنية كبيرة، كمثل مطار أو ميناء، بحري أو اقتناء أجهزة إلكترونية أو عملية دقيقة، وغيرها من العمليات التي تحتاج إلى دارجة عالية من الكفاءة والخبرة، فالإدارة لها حرية الاختيار إحدى شكلين.¹

3. طلب العروض المحدود: (الاستشارة الانتقائية) هو إجراء قليل الاستعمال من

ظرف المصالح المتعاقدة نظرا الطول أجال إجراءاته، فهو يختلف عن طلب العروض المفتوح في مرحلة انتقاء أولي للمترشحين قبل تقديمهم لعروضهم.²

عرفته المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل و المتمم: « إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد.....».

لقد أجاز المشرع من خلال نص المادة 45 أعلاه القيام بالإستشارة، من خلال قائمة مفتوحة للمتعاملين تعدها المصلحة المتعاقدة سلفا على أساس انتقاء أولي، بناء على معطيات تملكها تتعلق بإنجاز عمليات هندسية مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عملية اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري هذه قائمة مفتوحة (الانتقاء الأولي) يجب تجديدها ا كل ثلاث سنوات ما يفي إدخال إضافات عليها.³

وهو ما كان متعرف عليه قبل المرسوم 15-247 بالاستشارة الانتقائية فالمترشحون ينتقون أوليا هم من يقدمون عرض فقط. وتتم على مرحلتين أساسيين هما الانتقاء الأولي (يتم وفق طريقتين)، الدعوة لتقديم العروض وكذلك ميز القانون هنا وحسب المادة 45 من

¹ - عليوات ياقوت، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائري، 2008-2009، ص 92.

4-Mabin dominique, op ,cit ,P87.

³ - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 80.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تنظيم قانون الصفقات العمومية بين نوعين من هذه الدعوة على مرحلة واحدة أو على مرحلتين¹.

❖ على مرحلة واحدة: يكون ذلك عندما تعتمد المصلحة المتعاقدة إلى وضع مواصفات تقنية مفصلة معدة استناد إلى مقاييس يرد بلوغها أو متطلبات وظيفته.

❖ على مرحلتين: تمثل هذه الحالة الاستثناء إذا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب الاستشارة الانتقائية على مرحلتين: عندما يتعلق الأمر ببرنامج وظيفي، و لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى مع لجوئها لصفقة دراسات².

4. طلب العروض المسابقة: فتعتبر المسابقة شكل من أشكال طلب العروض وتنصب على عمليات الهندسة تستوجب مهارات فنية وتقنية معتبرة، فهي بذلك تخص مجالات تصميم المشاريع وتنفيذها، ويتم تقييمها من طرف لجنة التحكيم وضع المسابقة بعد المفاوضات لأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وتكون المسابقة حصرا أما محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا³.

عرف طبقا لنص المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنها: "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعاده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة.

¹ - ظريفي نادية، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، بتاريخ 2016/02/23، على الموقع الإلكتروني <http://www.4niv-msila.dz>، بتاريخ 20 أبريل 2016.

² - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 81.

³ - ظريفي نادية، المرجع السابق.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء المسابقة لاسيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلمات".

فيلاحظ على التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري أنه قصر المشاركة في المسابقة على الأشخاص الطبيعية (رجال الفن) ويستبعد الأشخاص المعنوية من المنافسة، فيمكن ممارسة العمليات موضوع المسابقة بواسطة أشخاص اعتبارية فبإمكان بعض رجال الفن ممارسة أنظمتهم من خلال مؤسسات معنوية يشكلونها، وعليه يقترح أن تتم إعادة صياغة النص أعلاه على النحو التالي: "المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعية أو المعنوية في منافسة..."¹

ثالثا: تمييز طلب العروض عن المناقصة

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جعل طلب العروض قاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية إلا أن هذا المشرع لا يزال يبني المناقصة ولم يستغن عنها بشكل كامل بالرغم من عدم تسميتها باسمها.

تعرف المناقصة على أنها "الطريقة أو الإجراء الذي يلتزم الإدارة بمقتضاه باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أقل عطاء ممكن، ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة لقيام بأعمال معينة كما هو الحال في عقود الأشغال العامة، أو القيام بالشراء التوريد أو النقل مثلا".²

يكمن وجه الاختلاف بين طلب العروض والمناقصة في أن الإدارة لها صلاحيات في اختيار المتعامل المتعاقد معها في إطار المنافسة الذي يقضي اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وعدة معايير موضوعية من بينها معيار السعر، دون إلزامها

¹ - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 148.

² - عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2014، ص 203، أنظر أيضا سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الخامسة، 1991، ص 240.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

بمبدأ الآلية في الإرساء في حين أن المناقصة تقدم على معيار وحيد وهو السعر وتتميز بالآلية الإرساء على العطاء الأقل سعرا¹.

لقد اعتبر المشرع الجزائري المناقصة والمزايدة أحد أشكال إجراء طلب العروض في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 رغم الخلل في الترجمة بين النصين العربي والفرنسي وهذا الخطأ لأن المناقصة والمزايدة لا يمكن أن يكون شكلا من أشكاله، كونها يقومان على معيار واحد وهو معيار السعر².

تجدر الإشارة على أن طلب العروض يقدم على إسناد الصفقة على موازنة عدة معايير موضوعية بما فيها من المعيار السعر، وليس بالضرورة إرساء الصفقة على مقدم أقل سعر، بل يكون إرساء الصفقة الذي يقدم أفضل عرض من الناحية التقنية والمالية.

وحسب ما فعل المنظم بإقصائه للمناقصة والمزايدة من أشكال طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و لم توجد أية إشارة لمصطلح "المناقصة" ولا "مزايدة" ضمن أحكام هذا المرسوم، وهذا ما يدل على أن المنظم لا يزال يتبنى أسلوب المناقصة.

رابعاً: مبررات فقد المناقصة لمكانتها كقاعدة عامة في اختيار المتعامل المتعاقد.

أخذ المشرع الجزائري أسلوب المناقصة العامة في كل تنظيمات الصفقات العمومية المتعاقبة، إلا أن أهميتها اختلفت من قانون إلى آخر غير أن هذا الأسلوب كان جد محدود حيث اقتصر على التوريدات البسيطة من نوع العادي³.

وبالتالي هذا الأسلوب المعتمد في اختيار المتعامل المتعاقد كان الأقل استعمالاً من غيره في الواقع العملي⁴.

ومن أبرز مبررات تراجع أسلوب المناقصة وأهمها مايلي:

¹ – rachid laurent, droit des contrats administratifs, dectenso, édition, 8eme édition, l.g.d.j, paris, 2012.

² – قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 69.

³ – قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 74.

⁴ – محيوأحمد، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2005 ص 367.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

من خلال تجربة أسلوب المناقصة سجلنا أن نتائج جد سيئة، لأن العرض المالي و التقني الأقل كلفة، ليس دائما هو الأفضل، فلا يكفي أن يكون السعر ضعيفا، بل يجب أن يؤدي الخدمة بطريقة سلمية.

إن المناقصة لا تسمح بتقسيم النوعية الحقيقية و القدرات التقنية للمتعاقد المستقبلي، في حين أن معيار التقنية يعد أكثر أهمية من السعر في بعض الأحيان.¹ كما أن الواقع العملي أثبت أن المتعامل الذي يقترح أقل الإثمان هو العارض الذي لا يتوفر إمكانيات والخبرة اللازمة لتنفيذ المشروع المماثل، وهذا ما سينعكس سلبا على تنفيذ الصفقة وعلى نوعية أداء الخدمة². إن التنافس في إطار المناقصة قد يكون نظريا مما هو الحقيقي.

وإن الإدارة قد تجد نفسها أمام عارضين متفقين مسبقا فيما بينهم على الأسعار التي يقترحونها.³

الفرع الثاني: أسلوب التراضي

رغم الأهمية التي تكتسبها طلب العروض، إلا أن هناك حالات محددة تتطلب الاستعجال في إبرام الصفقات العمومية ولا يمكن معها اللجوء إلى الأسلوب طلب العروض، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أسلوب التراضي البسيط فما مفهومه؟ وماهي الحالات التي يمكن اللجوء إليه ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة؟⁴

¹- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 75.

²- بوضياف عمار، المرجع السابق، ص ص 126-127.

³ - voir: rachid lourent, op.cit, p 493

⁴ - محمد سالم، تكريس مبدأ حرية المنافسة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص إدارة مالية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، 2014-2015، ص 10.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

أولاً. تعريف أسلوب التراضي:

يعرف التراضي على أنه: "ذلك النظام الذي يسمح للإدارة بأن تتفق مباشرة مع المتعاقد معها دون اللجوء إلى أساليب طلب العروض أو المناقصات أو المزايدات العامة وذلك في العقود التي لا يمكن فيها أعمال وتطبيق هذه الأساليب"¹ ويسمى هذا الأسلوب أيضاً بإسم اتفاق المباشر وهو أسلوب أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي سيتعاقد معه. إن لم يحقق أسلوب طلب العروض في بعض الأحوال الخاصة في تطبيقها العملية فطريقة طلب العروض تتم ببطء وطول إجراءات، فلا يمكن اعتماد عليها في حالي الاستعجال.²

فالأسلوب التراضي يعفى الإدارة من أهم قيد من القيود ألا وهو الإعلان والإشهار، فالمصلحة المتعاقدة لها حرية في اختيار المتعاقد معها، فتقوم إجراءات التراضي في أجل لا تتعدى ثلاثة أشهر كحد أقصى تسمى صفقة التسوية طبقاً لنص المادة 23 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.³

وبناء على نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من قانون الصفقات العمومية على أنه التراضي "إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى منافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي بشكل التراضي البسيط، أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وينظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة...."

ويلاحظ مما سبق أن التراضي بهذا المعنى هو صلاحية الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد دون الدعوة إلى المنافسة، لهذا يعتبر إجراء خطيراً لأنه يفتح المجال واسعاً للإدارة

¹ - محمد سالم، المرجع السابق، ص 10.

² - عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 209.

³ - دراجي سهام، قاضي أسمهان، إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 08.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تجاوز القانون لذلك كان من وجب حصر الحالات التي تسمح للإدارة اللجوء إلى التراضي البسيط و الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.¹

المظهر المميز لطريقة التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد انه يعفى الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة وهذا لاختيار المتعاقد معه²

ثانيا: أشكال أسلوب التراضي:

لقد قسم المشرع بموجب المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التراضي إلى نوعين: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

1. التراضي البسيط:

إجراء تراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقد لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هذه الحالات هي:

• **حالة الاحتكار:** عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا من قبل متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعيته احتكارية، كإنفراد مثلا بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو الاعتبارات الفنية وثقافية وتوضح الخدمات المعينة بموجب قرار مشترك بين الوزير المتعلق بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.³ والاحتكار نوعان:

أ. **الاحتكار القانوني:** هو الذي يكون بنص قانون إما بنص تشريعي أو بنص

تنظيمي، يمنح مؤسسة حق حصريا للقيام بالخدمات العمومية، فتجد الإدارة نفسها مضطرة لاقتناء حاجياتها عن طريق هذه المؤسسة.

¹ - مداخلة جليل مونية ، الأليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في اطار التشريع الجزائري، الملحق الوطني السادس حول دور القانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس مدينة، 2013.

² - بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعات والقضائية و الفقهية، ط1، جسر للنشر والتوزيع،الجزائر،2007، ص132.

³ - بعبط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في اطار مدرسة الدكتوراه دولة المؤسسات، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2013، 01-2014، ص56.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ب. الاحتكار الواقعي: هذا الاحتكار يفرضه واقع السوق ولا يتم بنص قانوني، فينفرد المتعامل الاقتصادي الوحيد بالخدمات، الذي يمتلك الطريقة التكنولوجية، والذي يكون موضوعها اقتناء قطعة صناعية ضرورية لتشغيل تجهيزات سبق اقتناءها من طرف متعامل اقتصادي سينفرد بصناعتها.¹

• حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم:

في حالات الاستعجال الملح معلل داهم يتعرض ملك أو استثماره قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.²

• حالة تموين المستعجل:

في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.³ ومن الأمثلة على التموين المستعجل الموجه لتلبية الاحتياجات الأساسية لمواطنين، حالة حدوث كوارث الطبيعية تفرض على الدولة أو أجهزتها سرعة لتلبية حاجياتها.

• حالة المشروع ذو الأولوية و الأهمية الوطنية:

عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي اولوية وذي أهمية وطنية وفي هذه الحالة نخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية إلى موافقة المسبقة من مجلس الوزراء.⁴ إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار.

ولموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان المبلغ الصفقة يقل عن المبلغ.

• عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداء الوطنية للإنتاج:

¹ - خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 168.

² - بعبط عائشة، المرجع السابق، ص 56 - أنظر أيضا مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 67.

³ - مرجع نفسه، ص 57.

⁴ - مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 67.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

يتطلب اللجوء إلى التراضي البسيط، وفقا لهذه الحالة، الحصول أيضا على موافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين (10.000.000.00 دج) وإلى موافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن هذا المبلغ.¹

2. التراضي بعد الاستشارة:

يتطلب هذا الإجراء استشارة مجموعة من المتعاملين والتي تثبت بوسيلة كتابية ملائمة وحددت حالاته المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وهي:

• حالة عدم جدوى طلب العروض:

بإمكان المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لاختيار المتعامل المتعاقد معها، وفي حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية أي في حالة تم الإعلان عن طلب العروض للمرة الثانية ولم تتلقى أي عرض أو أنها تلقت عروضاً غير مطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.²

• حالة الصفقات الدراسات و اللوازم والخدمات الخاصة:

طبيعة الخاصة لهذه الصفقات تعطي الحق للإدارة في إبرامها بإتباع إجراءات التراضي بعد الاستشارة وليس للإجراءات طلب العروض، ويتم تحديد خصوصية هذه الصفقات على أساس موضوعها أو ضعف مستوى المنافسة أو بناء على الطابع السري للخدمات.³

لم يحدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 قائمة اللوازم والخدمات الخاصة بل ترك الأمر تحديدها إلى صدور قرار وزاري المشترك بين الوزير المعني والوزير المالية.

¹- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص ص 113-114.

²- المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 15.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

• حالة الصفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في

الدولة:

المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يحدد طبيعة هذه الأشغال ولا المؤسسات المعنية بإبرام صفقاتها عن طريق التراضي بعد الاستشارة، لقد ترك الأمر لتحديدها من قرار وزاري بصدور عن الوزير المكلف بالمالية.

قصد المشرع إعفاء المؤسسات السيادية (المؤسسات الدفاع الوطني، المالية، خارجية والعدل)، من إبرام صفقاتها عبر إجراء طلب العروض كون هذا النوع من الصفقات يغلب عليه طابع السرية الذي يتنافى إجراء النشر الذي يميز طلب العروض¹.

• حالة صفقات الدراسات أو اللزوم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل

الفسخ:

أدرج المشرع هذه الحالة لغاية تجنب المصلحة المتعاقدة هدر الوقت لانطلاق المشاريع وبالتالي تلجا الى التراضي بعد الاستشارة لكسب الوقت والابتعاد عن إجراء طلب عروض جديد بعد فسخ الصفقة الأولى².

• حالة العمليات المنجزة في اطار إستراتيجية التعاون الحكومي او في اطار

الاتفاقيات الثنائية.

الحالة الأولى الحكمة من إدراج هذه الحالة ضمن حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في تكريس احترام الدولة لالتزاماتها ذات طابع الخارجي³. فالمصلحة المتعاقدة يتعين عليها في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقيات المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، قصر مجال الاستشارة على المؤسسات الدولة المعينة.

¹- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 117.

²- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 118.

³- بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 203.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الحالة الثانية هي الحالة إبرام اتفاقيات مضمونة تحويل ديون إلى المشاريع فينبغي على المصلحة المتعاقدة قصر الاستشارة على المؤسسات البلد المقدم للأموال¹.

المطلب الثاني

مراحل إبرام الصفقة العمومية

باعتبار أن الصفقة العمومية في الجزائر تطبيقا لتنظيم الصفقات العمومية تمر بمراحل طويلة وبعده إجراءات، تبدأ بالإعلان عن الصفقة وتنتهي بمصادقة المصلحة المتعاقدة على الإرساء حرص المشرع من خلال مواد كثيرة وردت في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أن تدفع الإدارة المتعاقدة إلى تجسيد نجاعة طلبات العمومية و استعمال حسن المال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين والشفافية المعاملة، العقود وعلانية الصفقة العمومية².

وتتم الصفقة بمرحلتين: أولها المرحلة الإعدادية وتحصر غلاف مالي ومرحلة أخرى تسمى مرحلة ظهور الصفقة للعلن وإتباع مراحلها وسوف نتطرق في هذا المطلب مرحلة الإعلان وإيداع العروض في (الفرع الأول) ومرحلة فحص العروض وإرساء الصفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرحلة الإعلان وإيداع العروض

أولاً: مرحلة الإعلان نصت عليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247
يعد الإعلان عن الصفقة إجراء جوهريا وأساسيا بالنسبة لأسلوب طلب العروض³. وهي مرحلة الأولى والأساسية في عملية إبرام الصفقات العمومية وهو بمثابة خط الرئيسي المميز

¹ - مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 68.

² - محمد سالم، المرجع السابق، ص 14.

³ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 246.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

لها على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة تسعى إلى إيجاد التنافس الحقيقي بين الراغبين في التعاقد معه¹.

يقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة والمكان والزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض².

ويعرف الإعلان على أنه: "الدعوة علنية للمؤسسات المعنية لموضوع طلب العروض أو المناقصة لتقديم عروضها، قصد إجراء منافسة بينها، واختيار العرض الأكثر ملائمة، حسب الشروط المحددة في دفتر الشروط وفي الإعلان"³.

كما يهدف الإعلان عن الصفقة إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري حيث يتم الإعلان المعنيين (المقاولين، الموردين...إخ)
مما يفسح المجال للمنافسة بينهم، ويضمن احترام مبدأ المساواة، ويسمح للإدارة باحترام أفضل العروض المترشحين⁴.

ثانياً: مرحلة الإيداع العروض نصت عليه المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم
247_15:

في هذه المرحلة تتاح الفرصة أمام المتنافسين في إيداع عروضهم لدى مصلحة المتعاقدة، وكحماية للمنافسة بين العرضيين أوجب تنظيم الصفقات العمومية أن يكون الإيداع في مكان واحد وفي مجال زمني موحد وبالإضافة إلى إحاطة مضمون العروض

¹ - محمد سالم، مرجع سابق، ص 246.

² - بحري سماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، 2008-2009، ص 36.

³ - نقلا عن خرشي النوي، المرجع السابق، ص 203.

⁴ - فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، سنة 2008 ص ص 110-131.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

بالسرية، وعدم جواز الإطلاع عليها من قبل الغير حتى الميعاد المقرر للتقييم، وذلك بغرض إيداع العرض هي ظرف العادي مغلق لا يدل على إسم صاحبه.¹

فالعطاءات تعرف بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام بها وفقا للمواصفات المطروحة في ملف طلب العروض وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه و إبرم العقد فيما أرسيت عليه الصفقة.²

وبخصوص مضمون العروض فقد نصت المادة 67 من المرسوم رقم 15-247 حيث أوجبت أن تشمل التعهدات على كل من العروض التقني والمالي ويوضع كل عرض في ظرف منفصل ومقلل يبين كل منهما مرجع طلب العروض وموضوعها ويتضمنان عبارة تقني أو مالي ويوضع الظرفان في ظرف خارجي مقفل ويحمل عبارة "لايفتح" إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وذلك بتحديد رقم، وموضوع الطلب العروض، وترسل هذه الاظرفة عن طريق البريد المضمون الوصول³

يتم إيداع العروض في أجل نسبي يتعلق أساس بالتعقيد وبصفة عامة فإن المدة المرتبطة بشكل جوهري بالسماح لأكبر عدد ممكن من المتنافسين من المشاركة وهي قابلة للتمديد شريطة إعلان المترشحين بذلك إلى عدد تحديد الآجال الأدنى منصوصا في العمليات المعقدة يؤدي إلى لجوء المصلحة المتعاقدة إلى وضع أجل ضيق قصد استقطاب عدد قليل من المتنافسين.⁴

¹ - سعيد فؤاد، مرجع سابق، ص34.

² - خلف الجبوري محمود، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014، ص 68.

³ - سعيد فؤاد، المرجع السابق، ص34.

⁴ - خلاطو فريد، الصفقات العمومية، مفتش عام للمالية، استاذ مساعد لكلية العلوم الاقتصادية، وعلوم التسير، جامعة منشوري قسنطينة، ملئقي حول التسير الجماعات المحلية 09-10 جوني 2008، ص30.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الفرع الثاني: مرحلة فحص العروض وإرساء الصفقة

تتم مصلحة فحص العروض بواسطة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، حيث يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة الذي يوافق آخر يوم من أجل تحضير العروض وإذا صادف هذا اليوم عطلة، يمدد ذلك إلى غاية يوم العمل الموالي، وهذا بحضور كافة المتعاهدين الذين يتم إعلامهم مسبقاً من خلال إعلان المنافسة أو بواسطة رسالة موجهة لهم¹ وطبقاً لنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل والمتمم "يتم فتح الأظرف من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب أحكام المادة 160 من هذا المرسوم، وبهذه الصفة تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية:

- تثبيت صحة تسجيل العروض،
- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب الترتيب تاريخ وصول الأظرفة وملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتحفظات المحتملة، تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض،
- توقع بالحروف الأولى على الوثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال،
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين،
- والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة،
- تدعو المرشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء، كتابياً عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية

¹ - المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

التبريرية، في أجل أقصاه عشر (10) أيام إبتداء من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يمكن من أمر، تستثني من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض،

- تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في المحضر إعلان عدم جدوى الإجراء، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم،

- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم".

بعد ذلك تلجأ لجنة ففتح الأظرفة وتقييم العروض وطبقا لنص المادة 72 من المرسوم نفسه إلى إقصاء العروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط.

أ. المرحلة الأولى: يتم خلال هذه المرحلة إجراءات تقييمية للعروض التقنية وذلك وفقا لجدول التتقيط تضعه المصلحة المتعاقدة مسبقا ضمن دفتر الشروط الخاص. وموضوع الصفة وبالتالي يتم استبعاد العروض التي لم تحصل على علامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وعلى أساس ذلك فإن المصلحة المتعاقدة تضع جملة من المؤشرات تخصص لكل واحدة منها نقطة معينة تتمكن من خلالها تقييم القدرات التقنية والتي تختلف باختلاف موضوع الصفة وعادة تشمل المؤشرات على مايلي:

- خبرة المتعهد في موضوع الصفة وأجل التنفيذ
- الوسائل المالية والمادية و البشرية
- سمعة المتعهد خلال إنجاز المشاريع
- درجة تأهيل المتعهد.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ب. المرحلة الثانية: وعلى إثر نتائج التقييم يتم فحص ودراسة العروض المالية للمتأهلين حيث يتم مراجعة التفصيلة لها ونظرا لأهمية النواحي المالية من الصفقة العمومية. ويتم تقييمها على أساس:

• معيار السعر فقط أي العرض أقل سعرا، فهذه الحالة ترد على الصفقات البسيطة ولا تنطوي على تعقيدات، كالتوريدات الدورية لنوع معين من المنتجات،
• أو على أساس العرض أقل ثمنا من بيع العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية

• وعلى أساس أفضل عرض، أي العرض الذي تحصل على أعلى نقطة، من الناحية التقنية، كحالة إنجاز أشغال أو خدمات أو دراسات ذات أهمية كبيرة.
بعد ذلك يقوم اللجنة بإصدار التوصية اللازمة في شأن أفضل العروض فنيا وماليا، وتحرر محضر يتضمن إجراءاتها وتوصياتها يتم رفعه للسلطة المختصة لتقرر ما تراه.¹
لقد جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وقبله المراسيم السابقة في تنظيم الصفقات العمومية، تنظيم جديد يتمثل في الحكم المؤقت لصفقة لنفس الوسائل النشر التي أعلن فيها عن طلب العروض وهذا بغرض إعلام المتنافسين والجمهور عن النتائج التي أسفرت عنها عملية المنافسة وتمكينهم من تقديم طعونهم ضد اختيار المصلحة المتعاقدة، بحيث لا يكون الحائز حائزا بصورة نهائية إلا بعد انتهاء أجل الطعون والفصل فيها.²

المبحث الثاني

¹ - عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، د د ن، د ب ن، 2007، ص 646. وانظر أيضا فريد كركدان، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، دراسة المقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري، مداخلة القيت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول قانون الصفقات العمومية في مجال المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة يوم 20 ماي 2013، ص 13- انظر أيضا ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، مصر، طبعة 2004، ص ص 73-74،

² - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 96.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

مظاهر تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية والاستثناءات الواردة عليها

باعتبار أن حرية المنافسة هي فتح الباب للتسابق الشريف و النزيه أمام كل متعامل يرغب الاشتراك في طلب العروض وفق لشروط الموضوعه مسبقا لدى المصلحة المتعاقده. فهذا المعنى تتطلب أن يعامل كل المترشحين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء امتيازات لأحدهم دون المتنافسين الآخرين وقد جاء هذا المبدأ تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة وبتكريس المبدأ في جميع المجالات الاقتصادية وذلك بتوسيع نطاق المنافسة، ومنه سوف نتناول إلى الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء (المطلب الأول)، وإلزام المصلحة المختصة بضرورة الإعلان عن الصفقة العمومية (المطلب الثاني) والاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية المنافسة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء

باعتبار الصفقة عقد من العقود الإذعان فإن المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن طلب العروض تقوم بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بها بإرادتها المنفردة باعتبارها صاحبة سلطة عامة والوثيقة التي تحدد شروط التعاقد هي "دفتر الشروط" الملحق بالعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها مع مراعاة التشريع والتنظيم المعمول به حفاظا على الشفافية. ومن خلاله سوف نتناول إعداد دفتر الشروط في (الفرع الأول) وأصناف دفتر الشروط في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إعداد دفتر الشروط

إن اختيار طريقة لإبرام صفقات العمومية يتطلب تحديدا دقيقا و واضحا للحاجيات قبل أي إعلان عن الصفقة.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

يجب على أعوان الإدارة أن يبذلوا عناية عند إعداد الحاجات، لكي يتم إبرام صفقات تستجيب للمتطلبات المرجوة منها في ظل احترام تعدد العروض.

ولقد نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الفقرة 01 "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة"، و الفقرة 03 "ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها أو كمياتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية ...".

يجب ان يكون تحديد الحاجات مفصلا بشكل واضح وفما يتعلق بالمنتوج يجب أن توضح كل المقاييس والمعايير المرتبطة به دون توجيه للحاجات نحو منتج معين . كما يجب أن تراعي الإدارة عند اللجوء إلى تخصيص الصفقات وجود المنافسة بين مختلف المتعاملين وذلك من خلال تبسيط اجراءات اعداد و ابرام الصفقات وهو ما يسمح لأكبر عدد من المؤسسات بتقديم عروضها، خاصة ترقية دخول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للصفقات العمومية.

وهذا ما ذهبت اليه المادة 31 من المرسوم التنفيذي 247/15¹

• دفاتر الشروط

يعتبر دفتر الشروط وثيقة رئيسية ذات أهمية خاصة تحدد فيها بصورة دقيقة ومفصلة الحاجات²، وجمع الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها.³ فعندما تقوم الإدارة بإعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل

¹ - المادة 31 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - موسى صادقي، إشكالية إعداد دفاتر الشروط وتحديد الحاجات، مديرية البرمجة ومتابعة الميزانية، لولاية بسكرة، ص 2.

³ - محمد سالم، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

خبرتها الداخلية المؤهلة وتجنيدها كل إدارتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر الشروط يحقق الأهداف المسطرة.¹

ويعتبر دفتر الشروط أساسا تكوين الصفقة حيث يحدد بموجبه كيفية إبرام وتنفيذ الصفقات في إطار الأحكام التنظيمية وله أهمية بالغة باعتباره المرحلة الختامية في الإعداد لصفقة العمومية من حيث تعريف الطلب العمومي، وعن طريقه تقدم المصلحة المتعاقدة حاجياتها من حيث طبيعتها وخاصيتها الفنية.

ويستمد دفتر الشروط أهمية من صيغته الوجوبية والمعبرة عن علوية الإدارة بالمقارنة مع وضع المتعاقد معها، إذا أن هذا الدفتر يحمل جمل منها الشروط الغير المألوفة في العقود الإدارية وعلى الأساس هذه الشروط هي التي تكييف الصفقات العمومية كعقود إدارية.²

تعتبر الصفقة بحد ذاتها عقد الذي يربط بين الطرفين وهو الشريعة التي بحكم العلاقة التعاقدية *RELATION CONTRACTUELLE* الناشئة بينهما، فلا يمكن وجود صفقة دون دفتر الشروط فهو الذي يشير إلى صلب الصفقة، ولهذا يعطى دفتر الشروط هذه الأهمية كبيرة كمرجع من مراجع الصفقة غير أن دفتر الشروط تحكم جزء هام من قواعد المنافسة الخاصة بكل صفقة³ لذا يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد بدقة تحقيقا لمبدأ الشفافية الإجراءات وحتى بالنسبة لأسلوب التراضي ينبغي إعداده وإبلاغه لجميع المترشحين.⁴

وباعتبار أن دفتر الشروط هو مجموعة من البنود يتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها، الشروط المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يعتمد عليها في اختيار المتعاقد وكيفية التنقيط بالنسبة للعارضين التقني والمالي، كما تقتضي تحديد الخدمات و السلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفيذ الصفقة.⁵

¹ - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 150.

² - سعيد فؤاد، المرجع السابق، ص 13.

³ - محمد سالم، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - موسى صادقي، المرجع السابق، ص 2.

⁵ - تياب نادية، المرجع السابق، ص 74.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

فيمكن القول أن دفتر الشروط يشكل جزء مهما وأساسيا في ملف الصفقة، وأن الأهمية التي تعطى في إعدادة يسهل على الإدارة التسيير الحسن والشفافية في عملية الاختيار.

الفرع الثاني: أصناف دفاتير الشروط

يشتمل دفتر الشروط، طبقا لنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل والمتمم، على ثلاثة أصناف من الدفاتير هي، دفاتير البنود الإدارية العامة، ودفاتير التعليمات التقنية المشتركة، ودفتر التعليقات الخاصة.

أولا: دفاتير البنود الإدارية العامة

يعد جزءا أساسيا في العقود الإدارية تتضمن بنود تنطبق على كافة عقود الإدارات العامة¹. ويتضمن هذه الدفاتير مجموعة من الشروط العامة المطبقة في كل مجالات الصفقات العمومية، مجال الأشغال أو لوازيم أو الدراسات أو الخدمات، فكل مجال دفتر بنود إدارية توطره، وهي بنود دائمة يتم الموافقة عليه بمرسوم تنفيذي، وتتطرق الدفاتير البنود الإدارية العامة من حيث المحتوى إلى صيغ إبرام الصفقات العمومية، الضمانات والوثائق التي يجب على المتعاقد تقديمها، تسيير الأشغال، النفقات، وأنواع الدفع وتسوية النزاعات².

ثانيا: دفاتير التعليمات المشتركة

هي تلك الدفاتير التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازيم و الخدمات والتي تكون قد تمت الموافقة عليها من قبل الوزير المعني³.

¹- المرجع نفسه، ص 74.

²- قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 60.

³- بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 151.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ويقصد بترتيبات التقنية هنا، ما يتعلق بطبيعة السلع المتعلقة والأساليب التكنولوجية المنهجية والإجراءات التأمينية والأمنية، وبالتالي هذه الدفاتر لا تحتوي على الضوابط القانونية، التي تتكفل بها دفاتر البنود الإدارية العامة.¹

ثالثا: دفاتر التعليمات الخاصة

يعني تلك الدفاتر الخاصة بكل صفقة يعتمد في تحديدها على كل من دفاتر المشتركة وتحتوي على معلومات متعلقة بالمشروع من حيث الموضوع والأهمية والكميات والآجال الخاصة به، وصيغ الإبرام وكيفيات إجراء المنافسة ومكان سحب إيداع العروض، وتقييم العروض وتقييمها، وتلقي العرائض شأن الاختيار المؤقت للمتعاقل المتعاقد وغير ذلك مما يهم المنافسة الخاصة بصفة ما.²

يخضع هذا نوع من الدفاتر اجباريا إلى تأشيرة لجنة الصفقات والغرض من هذا هو مراقبة مطابقة المعايير والشروط التي تتضمنها هذه الدفاتر للقوانين والتنظيمات المعمول بها من جهة، ومن جهة أخرى التأكد من أن معايير الاختيار ليست معدة على مقياس متعاقل معين، الأمر الذي ينجم عنه خرق فاضح لمبدأ المنافسة الحرة والنزيهة.

المطلب الثاني

إلزام المصلحة المختصة بضرورة الإعلان عن الصفقة العمومية

وضع المشرع مجموعة من المبادئ من بينها طلب العروض أساس المنافسة والمساواة لإبرام الصفقات العمومية ومن شأنها اختيار المتعاقل الذي يقدم أفضل عرض، ولكي تكون منافسة شريفة ونزيهة يجب أن يقرر الإعلان كقاعدة العامة عن طلب العروض وعدم التمييز بين المتنافسين، وبعد الإعلان إلزامي وضروري لآلية تحقيق فضاء واسع لتوفير المعلومات بين المتنافسين، فبذلك يهدف إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري، وعليه سنتناول في

¹ - خرشي نوي، المرجع السابق، ص 191.

² - المرجع نفسه، ص ص 151، 192.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

(الفرع الأول) إلى المبدأ المساواة بين المتنافسين، وإلى ضبط المنافسة من خلال وسائل وأجال نشر لإعلان عن المنافسة في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مبدأ المساواة بين المنافسين.

لإبرام الصفقات العمومية يجب أن يكون قائما على احترام مبادئ حرية التعاقد في المجال الخدمات العامة والمساواة في معاملة المترشحين والشفافية في الإجراءات، فكرة المنافسة لا بد أن ترعي مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة للمرافق.¹

فالمبدأ المساواة هو من أهم المبادئ الدستورية التي أوجدت تطبيق لها في القانون الاقتصادي منذ فترة طويلة بموجبه تعديل الدستور لسنة 2008.²

كما نصت عليها المادة 43 من دستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم على أن: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون تعمل الدولة على تحسين المناخ الأعمال وبتشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون المستهلكين".

ويقصد بهذا المبدأ أن يعامل كل المواطنين معاملة متساوية، إذا كانوا في نفس المراكز القانونية، وأما في المجال الصفقات العمومية فيقصد به معاملة جميع المشتركين في اجراء طلب العروض أو (المناقصة) معاملة متساوية قانونا وفعلا، ومثال ذلك لايجوز السماح لأحد المتنافسين بالإطلاع على ملف طلب العروض دون بقية المتنافسين.³

ولا تكفي للإدارة أن تكفل حرية المنافسة لجميع من يمارسون نشاط موضوع الصفقة أو طلب العروض، حتى يتحقق لها الوصول إلى أفضل متعاقد بل يجب عليها إعمال مبدأ

¹ - بجادي طارق، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014، ص 10.

² - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 76 صادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم الي غاية القانون رقم 16 01، المؤرخ في 06 مارس ج ر عدد 14 صادر في 7 مارس 2016.

³ - قفيقة جمال، المرجع السابق، ص 27.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المساواة بين جميع مقدمين العروض بحيث تكون المفاضلة بينهم على أساس الكفاءات الفنية والمقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء موضوع الصفقة.¹

ومهما يكن يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتصرف وفق لأحكام قانون الصفقات العمومية وتتعامل مع جميع المترشحين على قدم المساواة بالنسبة للإعلام شروط الصفقة ومعايير الانتقاء المفاوضات، الإجراءات، والمواعيد المقررة فلا يمكن ابتعاد أي عرض دون أن تتم دراسة إذا كان مستوفيا لجميع الشروط القانونية.²

ومن خلال مبدأ المساواة يترتب على تطبيقه نتيجة قانونية هامة وهي أن لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تخلق وسائل غير قانونية تميز بها بين المتقدمين للمناقصة أو لصلب العروض كما لا تجوز لها منح امتيازات أو وضع عقبات أمام بعض المتعاملين المتعاقدين³. سواء كانت وسائل التمييز التي تضعها الإدارة قانونية كإعفاء أحد المتنافسين من دفع التأمين أم من تقديم وثيقة من الوثائق المطلوبة أو واقعية كإقدام المصلحة المتعاقدة على خلق وضع قانوني يضع بعض المتنافسين في أوضاع أفضل أو في وضع أسوأ من غيرهم ويحدث هذا عادة بطريقة غير مباشرة عن طريق عدم إتباع وسائل إعلان أو بالأساليب التي تنص عليها القانون، وفي الحالتين سواء كانت وسائل التمييز قانونية أو واقعية فهي غير مشروعة.⁴

لقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ وجسده في تنظيمات الصفقات العمومية المتعاقبة كما أورده ضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهو مبدأ تنبهه، أيضا معظم النظم القانونية المقارنة، فنذكر على سبيل المثال المشرع المصري، الذي كرسه في قانون المناقصات والمزايدات بموجب المادة 02 من القانون المصري التي نصت على أنه: "تخضع كل من

¹ - محمد سالم، المرجع السابق، ص 27.

² - قفيفة جمال، المرجع، ص السابق 28.

³ - محمد سالم، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - الشراوي سعاد ، تنوع وتزايد وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر القهر إلى الإتفاق والمكافأة، القسم الثاني عقود إدارية متنوعة وعقود اقتصادية واتفاق والمكافأة، القسم الثاني عقود إدارية متنوعة وعقود إقتصادية وإتفاقيات بين أشخاص عامة، مجلة الأمن والقانون تصدرها كلية الشرطة بدبي السنة الخامسة، العدد الأول، لسنة 1997، ص 282.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المنافسة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة¹.

كما أشرنا سابقا في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في المادة 05 منه: "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن المال العام، يجب أن ترعى في الصفقات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام المرسوم"

ويظهر المبدأ المساواة في معاملة المترشحين في:

1. الإعلان وطني أو محلي حسب الحالة.

2. عناصر الاختيار المتعامل تكون موضوعية وغير موجهة.

3. التطبيق الصارم والعادي بطريقة التقييد التقني حسب الدفتر الشروط وبالتالي يعد

هذا المبدأ أكثر أهمية لكونه مرتبط بمبدأ حرية المنافسة من جهة ومن جهة أخرى من أكثر المبادئ عرضة للانتهاك نظرا لما يتعرض له المتعاقد من ممارسات فادحة من المستوى العملي².

باعتباره ركيزة أساسية تقوم عليها عملية انتقاء المتعامل المتعاقد في نطاق الصفقات العمومية³.

الفرع الثاني: ضبط المنافسة من خلال وسائل أجال نشر الإعلان عن المنافسة

إنّ المشرع الجزائري أعطى للمصلحة المتعاقدة إمكانية اختيار طريقة إبرام الصفقة العمومية بحيث على الإدارة بتبرير اختيارها أمام كل هيئة وقائية مختصة وذلك من أجل المحافظة

¹ - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 28.

² - بن شعلال محفوظ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ضمانات الشفافية أم حواجز تقييدية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الإقتصادية، المركز الجامعي تامنغاست، الجزائر.

³ - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 29.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

على التوازن مصالح الطرفين ويتحقق ذلك استخدمت فكرة المنافسة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية.¹

بحيث أن فكرة المنافسة تقوم على فكرة إعلان الصفقة حيث يتم الإعلان وفق الإجراءات المحددة وتختلف باختلاف إبرام الصفقة.²

حيث نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ما يلي:

"يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
- طلب العروض المحدود،
- المسابقة،

كما أكدت المادة 62 من نفس المرسوم محتوى الإعلان يجب أن يتضمن البيانات الإلزامية الآتية: "تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم الجبائي، كيفية طلب العروض شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي موضوع العملية قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة..."

طبيعة البيانات تؤكد رغبة المشرع الأكيدة في تجسيد مبدأ العلانية خاصة وأن المشرع قد جعل منها بيانات إلزامية، لما يعني بمفهوم الموافقة أنها بيانات جوهرية يترتب على عدم مراعتها البطلان.³

وبفرضه هذه البيانات في كل إعلان عن طلب العروض أيا كان شكلها فيكون المعنيين بالمنافسة على الصفقة فرصة المشاركة وهذا بإطلاعهم على الجهة المعنية وموضوع

¹ - محمد سالم، المرجع السابق، ص 29.

² - زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 17.

³ - تيايب نادية، المرجع السابق، ص 14.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الصفقة، ومجال المشاركة وأجالها والوثائق المطلوبة وتبقى مرة أخرى تجسيد مبدأ الشفافية والمساواة بين المتنافسين يتمثل أوعية نشر الإعلان في مختلف الوسائل النشر والإشهار وان يجب نشر الاعلان طلب العروض إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (B.O.M.O.P) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني وأن يحرر الإعلان بلغة العربية وبلغة الاجنبية واحدة على الأقل¹.

يمكن الاعلان طلب العروض الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذلك طابع الإداري الموضوعية تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات الأشغال توريدات ودراسات وخدمات التي تساوي مبلغها مائة مليون دينار (100.000.000دج) أو يقل عنها. أن يتم محل الإشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:

- نشر الإعلان عن الطلب العروض في جريدتين يوميتين محليتين أوجهيتين.
- إصاق إعلان عن طلب العروض بالمقررات المعنية: للولاية، لكافة للبلديات، الولايات، غرفة التجارة والصناعة، والحرف، والفلاحة و المديرية التقنية المعنية في الولاية.²

أجاز المشرع الفرنسي إبرام الصفقات العمومية بالوسائل الإلكترونية LA «

DEMATERIALISATION DES PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES

« PUBLIC IN الترجمة الحرفية لمصطلح « LA DEMATERIALISTION » تعني إزالة

طابع المادي وضدها « MATERIAL » وهذا يفصل تطور التكنولوجي في الميدان الإعلام

والاتصالات وغير أن نجد المشرع قد سمح للمصالح التعاقد اللجوء إلى الطرق الإلكترونية

لوضع الوثائق الدعوة المنافسة تحت تصرف المترشحين ويتلخص المضمون العقد

الإلكتروني في أن يتحول عن استخدام الوسائل العادية المادية في تحرير و صياغة العقود

الإدارية عموما والصفقات العمومية على وجه الخصوص (القلم، الورق، الأظرفة) إلى

¹ - المادة 65 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - المادة 65 الفقرة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة.¹ و هذا ما نصت عليه المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أما عن المدة المخصصة للإشهار للصفقة، فيها 20 يوما على الأقل من التاريخ المحدد للاستلام العروض في الحالات العادية و 10 أيام في الحالات المستعجلة، وهذا طبقا للمادة 33 من الأمر 67-90 إلا أن هذه المدة أصبحت تخضع بعد ذلك السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة.²

كما يعتبر الإشهار فكرة قانونية واقتصادية ضمن ناحية القانونية فهو ركن قانوني في مجال إجراءات الإعلان عن الصفقة التي تفوق العتبة كما يمثل الالتزام الاساسي للمصلحة المتعاقدة وهذا من خلال وضع الجميع أمام المنافسة والمساواة ، أما من ناحية الاقتصادية يعتبر إشهار هو عنصر أساسي يرفع عجلة التنمية من خلال إضفاء شفافية والقضاء على الفساد والرشوة لاسيما في المجال الصفقات العمومية.³

المطلب الثالث

الاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية المنافسة

حرية منافسة من المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، حرص المشرع على تكريسها سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في قوانين أخرى، إلا أن هناك فئات يمنع عليها الدخول في طلب العروض التي تجريها الإدارة العمومية ويكون هذا منع إما لأسباب قانونية (الفرع الأول) أو المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المنع لأسباب يفرضها القانون.

يتمثل في منع الشخص الطبيعي أو المعنوي من دخول الصفقة العمومية على سبيل الجزاء المستند إلى نص قانوني، ويكون في شكل عقوبة أصلية أو تبعية توقع على الراغب في

¹ خضري حمزة، مرجع سابق، ص 123- انظر ايضا قفيقة جمال، مرجع سابق، ص 123.

² قفيقة جمال، مرجع سابق، ص 88.

³ زيات نوال، مرجع سابق، ص 88 .

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الدخول الصفقة.¹ لهذا يشترط دائما تقديم شهادة سوابق العدلية في ملف كل مترشح لنقوم إلى التنافس على الصفقات العمومية، إذ تعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص المعنوي،² ومن حالات الحرمان التي ينص عليها المشرع الجزائري ما جاء في نص 96-22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصة بصرف وحركة رؤوس الأموال من والي الخارج،³ المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 19 فبراير 2003 في مادة الخامسة على أنه تطبيق على الشخص المعنوي الذي ارتكب هذه المخالفات عقوبة المنع من إبرام الصفقات العمومية لا تتجاوز 5 سنوات يتضمن القانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03⁴ المؤرخ في 19 يوليو 2003، والمتعلق بالمنافسة في المادة 05 منه حظر للممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى السماح بمنح الصفقات العمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.

لقد نص المرسوم الرئاسي لسنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات مرفق العام صراحة على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية و بموجب المادة 75 التي جاء فيها "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

¹ - بره الزهرة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية حقوق، الجامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي 2014-2015، ص 33.

² - المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247

³ - الأمر رقم 96-22 مؤرخ في 09 يوليو 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف رؤوس الأموال من و إلى الخارج، ج ر عدد 43، مؤرخة في 10 يوليو 1996، ص ص 10-13، معدل و متمم بالأمر رقم 03-01 مؤرخ في 19 فبراير 2003، ج ر عدد 12، مؤرخة في 23 فبراير 2003، ص ص 17-20.

⁴ - امر رقم 03-03، مؤرخ في يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم الى غاية القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج ر عدد 43 صادر في جويلية 2003 .

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية و قبل نفاذ أجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 74 أعلاه" وهذا بالرجوع إلى القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية الصادر عن وزير المالية، نجد قد حدد بموجب المادة 02 منه كيفية الإقصاء من الصفقات العمومية، حيث نصت على أن الإقصاء يكون بصفة المؤقتة أو نهائية، كما يكون تلقائياً أو بمقرر في حين تناولت المواد 03-04-05 حالات الإقصاء التلقائي ومدته، بينما تطرقت المادتين 07-08 لحالات الإقصاء النهائي.¹

نلاحظ مما سبق أن لتطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية تقتصر فقط على المتعاملين اقتصاديين الذين يحترمون النصوص التشريعية أما المتعاملين الاقتصاديين الذين خرق قواعد قانونية ملزمة، فهذه الفئة تم إقصاءهم من المنافسة.

الفرع الثاني: المنع لأسباب تفرضاها المصلحة المتعاقدة.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بقدر من الحرية في ممارسة حرمان بعض الأشخاص من التقديم الصفقة في ممارسة سلطاتها في استبعاد عروضهم التي تثبت عدم قدرتهم التقنية أو المالية لإعداد الأعمال المطروحة وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة تخصص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والري². وكذا المؤسسات الأجنبية وهو ما أكدته عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 93-298 المعدل و المتمم³ وفي حالة تعلق الامر بفئة المهندسين والخبراء او مكاتب الدراسات فنجد

¹ - قرار وزاري مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1737 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17 صادر في 16 مارس سنة 2016.

² - بن شعلال محفوظ المرجع السابق.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 14-139 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014، يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج ر، عدد 26، صادر بتاريخ 7 يناير سنة 2014.

الفصل الأول: الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ان المنظم يشترط الحصول علي الترخيص المسبق لإبرام الصفقات الدراسات مع احدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن وال عمران الاشغال العمومية و الموارد المائية، وهذا طبقا لنص المادة 01 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 68-652¹ وبفضل هذه الشروط فيمكن للإدارة من اختيار أحسن المتعاملين لتنفيذ الصفقات العمومية، واستبعاد بعض المتعاملين الذين ليس لديهم مؤهلات المالية والتقنية من أجل تنفيذ الصفقة.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 68-652، مؤرخ في 26 ديسمبر 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقود أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج ر عدد 2، صادر في 7 يناير 1969، معد ل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-176، المؤرخ في 20 ماي 2002، ج ر عدد 37، صادر بتاريخ 26 ماي 2002.

الفصل الثاني

الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في

الصفقات العمومية

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

باعتبار حرية المنافسة من الحريات العامة التي يجب احترامها ت حقيقا لدولة والقانون، فقد تدخل المشرع الجزائري ليضع الميكانيزمات الضرورية لحماية مبدأ المنافسة النزيهة الرقابة القضائية المكرسة لذلك.

يسعى القضاء بمختلف أقطابه وأقسامه إلى حماية حرية المنافسة لاسيما مع تفشي ظواهر الرشوة و الفساد.

القضاء الإداري في الجزائر يسعى بدوره للحد من آثار الفساد و حماية مبدأ المنافسة رغم أن مجال هذا المبدأ هو القانون التجاري بالأساس لاسيما من خلال الرقابة علي العقود الإدارية و التي تأتي علي رأسها الصفقات العمومية التي تعد المجال الخصب لمثل تلك التصرفات المعيبة.

فالعقود الإدارية: وسائل قانونية تستعملها الإدارة العامة لذلك لابد أن تراعي فيها معايير الجودة والنوعية... لكن إذا تركت المسالة بدون قيود فسيكون ذلك سببا للتعسف . لذلك فالعقود الإدارية تقوم على مبادئ أساسية أهمها: النزاهة، المساواة، العلانية... وتتمتع الإدارة العامة فيها ببعض الامتيازات الخاصة من حيث سلطتها في استبعاد بعض المعطاءات، حيث أننا نعلم أن الإدارة العامة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية إنما لابد لها أن تتقيد بالشروط و الإجراءات التي يفرضها عليها القانون لاختيار المتعامل المتعاقد.

مع ذلك يبقى له مجال من الحرية تستعمل في سلطاتها التقديرية لاختيار الأفضل من بين العروض المقدمة أمامها تحت رقابة القضاء.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

فإذا ثبت عدم حياد الإدارة العامة أو إخلالها بالقواعد التي يحددها القانون لاسيما منها ما يمس بحرية المنافسة امكن اعمال وسائل الرقابة القضائية (القضاء الإداري).

وبموجب ما تقدم سنحاول إن نبرز في هذا الفصل إخضاع الصفقات العمومية للرقابة الإدارية في (المبحث الأول) وإخضاع الصفقات العمومية للرقابة القضائية في (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

إخضاع الصفقات العمومية للرقابة الإدارية

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

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

المطلب الأول

الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية

تعرف الرقابة الداخلية بأنها رقابة ذاتية للإدارة على نفسها، لذلك تعتبر أكثر تعمقا وتغلغلا في صميم النشاط الإداري، وفي ذات الوقت تسعى فيه لمنع الانحراف وتحديد أسبابه وسائل معالجته، وما من شك الرقابة الداخلية من شأنها أن تؤدي إلى ضبط و إقاع العمل وأحكام السيطرة عليه ، حيث يكون السهل من إكتشاف الخطأ كما تكرر الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وضمان المنافسة شريفة ونزيهة ومشروعة تكفل المساواة بين المتنافسين بما يبعد عن الصفة العمومية كل الشبهات¹.

¹ - بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2007.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

و بهذا خصص المشرع الجزائري المواد 159 الى 162 من المرسوم الرئاسي 15-247 الاحكام القانونية لرقابة الداخلية ، و لعل اهم ما يميز به القانون هو احداث لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض بدل نظام اللجنتين الذي كان معتمدا في كل قوانين الصفقات العمومية السابقة التي كانت تنص على احداث لجنتين هما لجنة فتح الاظرفة و لجنة تقييم العروض .

و عليه سنتناول في هذا المطلب لجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض في(الفرع 1) و اللجنة التقنية في (الفرع 2).

الفرع الأول : لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

بالرجوع إلى المرسوم الملغى¹، تقوم الرقابة الداخلية وجوبا لجنتان دائمتان تتشأن على مستوى كل مصلحة المتعاقدة، تسمى الأولى لجنة فتح الأظرفة والثانية لجنة تقييم العروض طبقا لنص المادتين 121 في فقرتها الأولى التي نصت على أنه: "تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة المتعاقدة"، والمادة 125 من هذا المرسوم 10-236 التي نصت على أنه: "تحدث لدى كل المصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض... " لكنه تراجع بعد إصداره للمرسوم الرئاسي رقم 15-247²، عن ذلك و أوكل مهمة الرقابة الداخلية لجنة واحدة دائمة تسمى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب نص المادة 160 من هذا المرسوم، التي نصت على مايلي: "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة واحدة دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الإقتضاء تدعى في صلب النص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض..."

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 اكتوبر سنة 2010 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 اكتوبر 2010، المعدل والمتمم الي غاية المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 (ملغى).

² - المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

أولاً: تشكيل اللجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

تشكل اللجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين ومؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يتم اختيارهم على أساس كفاءتهم، أما بخصوص البلديات لا يمكن للمنتخبين أن يكونوا أعضاء في هذه اللجنة، لكونهم ليسوا موظفين تابعين لهذه الهيئة، تطبيقاً لتعليمات المديرية العامة للميزانية وطبقاً لنص المادة 162 من المرسوم 15-247، يقوم المسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، بتحديد تشكيلة اللجنة المذكورة، وذلك في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة مؤداه أنه لا يمكن أن يتعارض التنظيم القانوني لعمل وسير هذه اللجنة الذي يصدره مسؤول المصلحة المتعاقدة مع الأحكام المقررة بقوة القانون والتمثلة في عدم اشتراط نصابا معيناً لانعقاد اللجنة عندما تمارس مهمة فتح الأظرفة حسب ما نصت عليه المادة 02/162. وإثبات اشغال اللجنة في سجلين خاصين برقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالحروف الأولى حسب ما نصت عليه المادة 03/162 من تنظيم الصفقات العمومية.¹

من خلال استقراء المواد المخصصة لهذه اللجنة نلاحظ بعض الغموض يتمثل في عدم تحديد عدد أعضائها وترك مهمة ذلك لمسئولة لمصلحة المتعاقدة المادة 2/162 حيث تكون لها السلطة التقديرية في اختيار عدد الأعضاء الذين تريدهم،² كما جاء في نص الفقرة الثانية من نص المادة 162 فقرة 02. ان «اجتماعات اللجنة فتح الاظرفة و تقييم العروض تصح مهما كان اعضائها الحاضرين ». وبذلك يكون المنظم قد أضفى مرونة

¹ - خضري حمزة، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، مداخلة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي حول نظام القانوني الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 15-247، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، بتاريخ 23/02/2016، على الموقع الإلكتروني <http://www-univ-msilf.dz> بتاريخ 20 أبريل 2016، د ص.

² - بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق نظام L.MD تخصص قانون جنائي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017، ص 121.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

واسعة على أعمال اللجنة ولعل هدف من ذلك يكمن حرصه على ضمان إلى احترام أجال فتح الأظرفة وتقييمها، وكذا عدم إطالة عمر إبرام الصفقة العمومية وعرقلة سير المرفق العام.

إلا أن ما يثير الجدل في هذا الشأن، هو عدم تحديد الحد الأدنى تصح به إجتماعات هذه اللجنة، إذا من غير المعقول أن تصح إجتماعات اللجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أثناء فتح العروض بالحضور العضو واحد فقط.¹

وبما أن المرسوم لم يشير في المادة 162 إلى كيفية استدعاء أعضاء اللجنة ولا تحديد تاريخ إرساء الاستدعاء فإن هذا قد يفسر على أنه منح الحرية المطلقة للإدارة و سلطة واسعة سواء فيما يخص سلطة تعيين من جهة واحدة و هذا ما يتنافى مع مبدأ الشفافية فيما يتعلق بتحديد تاريخ اجتماع اللجنة و كذلك عدم تقييد الإدارة بنصاب معين و محدد و كيفية الاستدعاء الأعضاء إلى اللجنة، وهذا من شأنه أن ينقص فعالية هذه الرقابة التي تعتبر الخطوة الأولى لرقابة من مختلف الأشكال التحاليل والتلاعب.²

ثانيا: مهام اللجنة دائمة لفتح الأظرفة وتقييم العروض

بعد تخلي المشرع الجزائري عن لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض وإستبدالها بلجنة واحدة دائمة هي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وبالرغم من كون مهام هذه اللجنة بقيت نفسها على مستوى المرسوم الرئاسي 15-247 مع الفرق أنها أصبحت مكلفة بالمهمتين معا، بمعنى مهمة فتح الأظرفة ومهمة تقييم العروض (تحليل العروض وبدائل الأسعار الاختيارية ... طبقا لنص المادة 160)، لكن المشرع قد اكتفى بنص المادة 161 من

¹ - قيفة جمال، المرجع السابق، ص 133.

² - موري سفيان، مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم الدراسي في إطار فعاليات الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، الجامعة يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013 على الموقع الإلكتروني: www.bibliodroit.com بتاريخ 12 أوت 2013 دص.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المرسوم بإدراج أن عمل هذه اللجنة إداري وتقني تعرضه في شكل رأي مبرر على مسؤول المصلحة المتعاقدة الذي يتبقى له سلطة منح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى إذ لم تستوفي الشروط أو الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقتة للصفقة، من دون الإحالة لنص المادتين 71 و72 اللتان بينتا مهام هذه اللجنة على التفصيل الذي كانت تتضمنه المادة 122 من المرسوم السابق، وينتهي إلى عرض عملها على المصلحة المتعاقدة في شكل إقتراح أو إقتراحات ومنه فهذه اللجنة دور ثلاثي، الأول تقني، الثاني تقييمي، الثالث إشتشاري¹.

أ. الدور الإداري:

تكفل اللجنة المحدثه طبقا لنص المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 بالقيام بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة، وبالتالي وتطبيقا لأحكام المادتين 71-72 من المرسوم السالف الذكر، تقويم اللجنة بالمهام الآتية:

تثبيت صحة تسجيل العروض على سجل الخاص، تعد قائمة ترتيب العروض حسب تاريخ وصولها مع توضيح مبالغ المقترحة، إعداد وصف مفصل للوثائق المكتوبة لكل عرض، التوقيع بالأحرف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة، تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة يوقعه جميع الأعضاء اللجنة الحاضرين مع تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين مع تضمينه التحفظات إن وجدت، توجيه الدعوة كتابية للمترشحين أو المتعهدين عن طريق المصلحة المتعاقدة لإستكمال عروضهم عند الإقتضاء بإستثناء المذكرة التقنية التبريرية وكل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة

¹ - يدو حكيم ، الأليات الإدارية لحماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص الإدارة والمالية العامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، ، نشرت بتاريخ 18 جوان 2016، ص

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

بتقييم العروض في أجل 10 أيام من تاريخ فتح الأظرفة تحت طائلة رفض عروضهم،
تقترح على المصلحة المتعاقدة إعلان عدم جدوى إجراء طلب العروض عند الاقتضاء.

1. تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض حصة فتح الاظرفة بعمل إداري يتمثل في القيام بعملية فتح أظرفة العروض التقنية والمالية في الأجل منصوص عليه في دفتر الشروط، والذي يوافق تاريخ وآخر ساعة الإيداع العروض، وتجري عملية فتح الأظرفة في جلسة علنية يحضرها المترشحين أو المتعهدين حسب الحالة، الذين تكون المصلحة المتعاقدة عملت على دعوتهم عن طريق رسائل الموجهة لكل واحد منهم.¹ وهو من شأنه أن يكرس مبدأ الشفافية، ويساهم في تثبيت مبدأ التسيير الجماعي للصفقات، بما يعود في نهاية الأمر إلى مكافحة الفساد المالي والحد منه.²

2. فتقوم فتح الملفات الترشيحات بصفة منفصلة، وفي حالة طلب العروض المحدودة (الاستشارة الانتقائية) يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والعروض المالية على مرحلتين، أما في حالة المسابقة، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاثة مراحل، فلا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية كونها تقتضي بالسرية لضمان لعدم إفشاء بعض التقنيات التي تتضمنها بعض العروض.

كما لا يتم فضلا عن ذلك فتح الأظرفة المالية للمسابقة، إلا بعد تقييم نتيجة الخدمات من قبل لجنة تحكيم وعند قيامها بعملية فتح الأظرفة، يتوجب على اللجنة تسجيل أشغالها في سجلين خاصين برقمها الأمر بالصرف، ويؤشر عليهما بالحروف الأولى.³

¹ - المادة 5/66 والمادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² - بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 252.

³ - المادة 03/162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

بالرجوع إلى المرسوم الملغى 10-236، كان يدرج الملف الإداري ضمن العرض التقني، وكان يستلزم على لجنة فتح الأظرفة أن تقدم وصفا للوثائق التي يتكون منها العرض التقني، لاسيما فيما يتعلق بمستخرج من صحيفة السوابق العدلية.

المراجع المصرفية التصريح بالنزاهة، الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الإجتماعي CNAS، CACOBATPH، CASNOS، وعلى العموم كل الوثائق اللازمة المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم رقم 10-236.

بعد صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نصت المادة 69 علي مايلي:

"لا تطلب الوثائق التي تبرر المعلومات التي يحتويها التصريح بالترشح الامن الحائز علي الصفة العمومية التي يجب عليه تقديمها في اجل اقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ اخطاره، وعلى اي حال، قبل نشر اعلان المنح المؤقت للصفة.

وإذا لم تقدم الوثائق المذكورة اعلاه في اجل المطلوبة او تبين بعد تقديمها انها تتضمن معلومات غير مطابقة لتلك المذكورة في التصريح بالترشيح، يرفض العرض المعني وتستأنف المصلحة المتعاقدة اجراء منح الصفة.

وإذا اكتشفت المصلحة المتعاقدة، بعد امضاء الصفة، ان المعلومات التي قدمها صاحب الصفة العمومية زائفة، فإنها تأمر بفسخ الصفة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه.

الدور التقييمي:

بعد إنتهاء عملية فتح العروض التقنية والمالية، تلجأ إلى تقييم العروض وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 72 من المرسوم 15-247 يتم تقييم العروض من خلال قيمها بالمهام الأتية:

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

1. إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعهد لهذا الشأن.

2. تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير المشار إليها في دفتر الشروط:

المرحلة الأولى: (التقييم التقني)

تقوم اللجنة بتقييم العروض التقنية، وترتيب العروض وتقصي العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا المنصوص عليها في دفتر الشروط، وكما تشترط المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط علامة الدنيا وتشترط العلامة القصوى ، وتدرج مجموعة من المعايير وكل معيار تعطية علامة معينة، وبعدها تحسب تلك العلامات في كل عرض تقني فإذا كانت العلامة أقل من الحد الأدنى فإن المتعهد صاحب هذا العرض يقصى وأما إذا كانت تقوم علامة الحد الأدنى أكثر فإن العرض التقني يؤهل إلى المرحلة الثانية.¹

المرحلة الثانية: (العروض المالية)

وهي المرحلة الحاسمة حيث يتم من الناحية المالية مراجعة حسابية تفصيلية للعروض المالية وتتم أيضا عملية تصحيح الأخطاء الحسابية الوحدوية إن وجدت والإجمالية نظرا لأهمية النواحي المالية في الصفقة العمومية ولكون الثمن يمثل محل الوفاء من جانب الإدارة في ما بعد.²

وفي هذه المرحلة تقوم اللجنة بدراسة العروض المالية للمتعهدين التي تم انتقاؤها أولا تقنيا مع مراعاة التخفيضات المحتملة في العروض للقيام طبقا لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض

¹ - بهي لطيفة، أليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الندوة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد الأول، 2013، ص 197.

² - خلف الجبوري محمد، المرجع السابق، ص 111.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية للدفتر الشروط بانتقاء اما العرض الاقل ثمنا اذا تعلق الامر بالخدمات العادية و يعني هذا يتم انتقاء المؤسسة التي اجتازت العرض التقني وقدمت أقل سعر. وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إذا كان الاختيار قائما اساسا على الجانب التقني للخدمات. و في هذه المرحلة يتم جمع النقطة التقنية والنقطة المالية، والمؤسسة التي تحصل على أكبر المجموعة يتم اختبارها.¹

وبالإضافة إلى ذلك كله تتأكد اللجنة من الكفاءة المالية والفنية والسمعة المهنية عن طريق الوثائق المقدمة والمشروعات المنفذة سابقا وشهادات التأهيل والتصنيف المهني،² المدرجة في ملف العرض وليس على أساس إشاعات وأقاويل والجدير بالذكر أن الجزائر تعتمد في عملية منح شهادات التصنيف المهني والتأهيل على أساس رقم الأعمال المسجل من طرف المقاول وليس على أساس إمكانياته الحقيقية مما جعل باب المقولات مفتوحا لكل من هب ودب، وإرتفاع حالات التحايل والتلاعب، لذلك من المستحسن إنشاء مجلس، توكل إليه مهمة المراقبة الميدانية لقدرات المقاولين المادية، والبشرية، سد المختلف أساليب الغش المحتملة.³

ج الدور الإستشاري:

فضلا عن مهمني فتح الأظرفة وتحليل العروض، منحت لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض دورا استشاريا، وهذا طبقا للمادة 06/72 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن تقترح على المصلحة المتعاقدة بتقييم العروض مايلي:

¹ طويرات عبد الرحمن، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في إطار فعاليات الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013، الموقع الإلكتروني www.bibliodroit.com بتاريخ 12 أوت 2013، ص 13.

² علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2003-2004، ص 56.

³ علاق عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 56.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

1. كما تقوم بالاقتراح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكيلا تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو يحل بالمنافسة في القطاع المعني (بشرط أن يبين هذا قرار في بنود دفتر الشروط).
 2. إذا كان السعر المقدم من قبل المتعامل المتعاقد في عرضه المالي (سعر واحد أو أكثر) يبدو منخفضا بشكل غير عادي، لطلب من اللجنة عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابيا تقديم التبريرات و التوضيحات.
 3. هناك في الحالة المذكورة في النقطة السابقة الذكر "رقم 2" يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد تلقيها الجواب المتعهد و بعد أن تقر اللجنة بأن جواب غير مبرر، يرفض العرض بمقرر معلل.
 4. إذا أقرت أن العرض المالي للمتعامل المختار مؤقتا مبالغ فيه بنسبة لمرجع أسعار تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض العرض، كذلك يتعين الإجراء السابق لمقرر معلل.
 5. الإعلان عن عدم الجدوى طلب العروض، في حالة عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط بعد تقييم العروض.¹
- للمصلحة المتعاقدة صلاحية في رفض أو قبول الاقتراح المقدم من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لأن المنظم منح السلطة التقديرية واسعة في هذا شأن عند استعماله المصطلح "تقترح"، فاللجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ماهي سوى لجنة استشارية لا تملك سلطة إتخاذ القرار، وعليه يبقى تقرير عام إبرام الصفقة من عدمه من حق المصلحة المتعاقدة وحدها ممثلة في إحدى الأشخاص المذكورة في نص المادة 04، والذي ينبغي عليها أن تتصرف وفقا لمقتضيات المصلحة المتعاقدة.²

¹ - المادة 40 من المرسوم 15-147.

² - قفيفة جمال، المرجع السابق، 141.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الفرع الثاني: اللجنة التقنية

تنص المادة 160/فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه:

"يمكن للمصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية بإعداد تقرير العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"

هذه اللجنة استحدثت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويتضح من النص المادة 2/160، أن إنشاء المصلحة المتعاقدة لهذه اللجنة، ليس إلزامياً حيث يعد أمر إنشائها من عدمه لتقدير المصلحة المتعاقدة والدليل على ذلك استعمال المنظم لمصطلح «يمكن».

المصلحة المتعاقدة تقوم بتحديد تشكيلة هذه اللجنة التقنية، فأعضاءها هم من الخبراء اللذين يمتلكون مؤهلات لأبأس بها في ميدان معين، وهو ما يضمن دراسة وافية ودقيقة للعروض. اللجنة التقنية تلعب دوراً هاماً في إعداد تقرير وتحليل العروض لتسهيل عملية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ولا يزيد عن هذا الحد، حيث تبقى صلاحية ترتيب العروض والمفاضلة بينهما من اختصاص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وحذف دون سواها.

إن مهمة هذه اللجنة تقف عن دراسة العروض تقنية، وإعداد تقرير تحليل العروض لفائدة اللجنة لفتح الأظرفة وتقييم العروض بمعنى أن عملها تقني محض. فإنشائها يرمي إلى تحقيق الأهداف والمبادئ التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية بما يضمن إختيار أحسن المتعاملين الإقتصاديين لتنفيذ الصفقة، وأي قرار تتخذه لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وبناء على أعمال هذه اللجنة يجعل مسؤولية المصلحة المتعاقدة قائمة.¹

¹ - قفيفة جمال، المرجع السابق، ص 142.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المطلب الثاني

الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية

خصص المشرع الجزائري المواد 165 إلى 202 من المرسوم الرئاسي 15-247، وتتمثل هذه الرقابة في التأكد من احترام المصالح المتعاقدة للنصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية عند إبرام الصفقة، كما يهدف هذا النوع من الرقابة حسب المادة 163¹ إلى تحقيق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بها والتحقق من مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بطريقة نظامية.

اعتمد المشرع الجزائري مبدأ اللامركزية في تحديد اختصاص هيئات الرقابة الخارجية للصفقات العمومية، وذلك بمنح كل هيئة رقابة الاختصاص بشروط معينة عن طريق استخدام نظام التأشيرة على ملف الصفقة كشرط لمباشرة المصالح الملف المتعاقد لإجراءات التعاقد.

حيث وبعد الإطلاع على الأحكام الجديدة للرقابة الخارجية في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 سجلنا الملاحظة التالية:

ألغى القانون 15-247 نهائياً اللجان الوطنية للصفقات العمومية وهي اللجنة الوطنية لصفقات الاشغال، واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، واللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة وتخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى، قسم القانون الجديد اللجان المكلفة بالرقابة إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة والقسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

¹ - المادة 163 من المرسوم 15-247.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى الرقابة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة (الفرع الأول)، وإلى الرقابة المركزية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة

تنص المادة 165 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "تحدث لدى كل المصلحة المتعاقدة المذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية ..."

بالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية الحالي نلاحظ تعدد وتنوع لجان الصفقات العمومية متخصصة، اعتمد في إسناد الاختصاص لكل واحد منها على معياران، واحد عضوي والآخر مالي.

أولاً: اللجنة الجهوية للصفقات

استحدثت اللجنة الجهوية للصفقات بموجب المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 من أجل تقديم مساعداتها في ظل تحضير الصفقات العمومية.

حددت تشكيلتها بموجب المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم:

- الوزير المعني أو ممثله، رئيساً،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري... الخ) عند الاقتضاء،
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة،

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

- تختص اللجنة الجهوية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتير الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصلحة الخارجية الجهوية للإدارات المركزية¹ وذلك في حدود السقف المالي المنصوص عليه في المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وبالتالي حتى ينعقد الاختصاص لهذه اللجنة بممارسة رقابتها على الصفقات المصالح الخارجية للإدارة المركزية تجب أن يكون مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة يساوي أو يقل عن مستويات المالية التالية :
- دفتر الشروط أو صفقة الأشغال تفوق المبلغ التقديري الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار (1.000.000.000) وكذلك كل مشروع ملحق لهذه الصفقة في حدود المستوى المبني في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر الشروط أو صفقة لوازم يفوق المبلغ التقدير الإداري للحاجات ولهذه الصفقة ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) وكذلك كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.
- دفتر الشروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم ،
- دفتر الشروط أو الصفقة دراسات، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجة أو الصفقة مائة مليون دينار (100.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم،
- لا يمكن للجنة الجهوية ممارسة رقابة على المشاريع الملاحق إلا إذا كان مبلغ الملحق أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز نسبة 10% من المبالغ الأصلية للصفقات المذكورة أعلاه وهذا طبقاً لنص المادة 139 من نفس المرسوم.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ثانياً: لجنة الصفقات المؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المذكور في المادة 06 من نفس المرسوم.

في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 (ملغى)، كانت هذه اللجنة تختص بالرقابة على الصفقات العمومية التي يبرمها المركز الوطني للبحث والتنمية.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 نجد قد تم إخراج هذا المركز من قائمة الهيئات والمؤسسات الخاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية¹.

حددت تشكيلاتها بموجب المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل والمتمم:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيساً،
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله،
- ممثلين اثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية العامة، المحاسبة)،
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حيث موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء،
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة،

تختص اللجنة برقابة الصفقات التي تبرمها كل من المؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، بتوافر المعيار المالي المنصوص عليه في المادتين 139 و184 من نفس المرسوم، وعليه قد ينعقد اختصاص هذه اللجنة بممارسة الرقابة على صفقات المؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير المركز التابع لها، ينبغي أن يكون مبلغ التقدير الإداري الحاجات أو الصفقة ويساوي أو يقل عن:

¹ - راجع نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وكذا نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

- صفقة الأشغال تفوق مبلغها مليار دينار (1,000,000,000 دج) وكذا كل مشروع مكلف بهذه الصفقة،
- صفقة اللوازم يفوق مبلغها ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، صفقة خدمات يفوق مبلغها مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) وكذا مشاريع ملحق بهدف الصفقة.
- صفقة الدراسات يفوق مبلغها مائة مليون دينار (100.000.000 دج) و كذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة .
- إن المشرع في صفقة الدراسات قد رفع الحد المالي، فقد كانت صفقة الدراسات في المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 106 يقل أو يساوي ستون مليون دينار (60.000.000 دج) ¹.
- لا يمكن للجنة الصفقات المؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري بالرقابة على كل مشروع ملحق بالصفقة، إلا إذا كان مبلغ الملحق أو مبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق يتجاوز نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة. ²

ثانيا: اللجنة الولائية للصفقة

حددت تشكيلة بموجب المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم:

- الوالي أو ممثله، رئيسا،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي،

¹- المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247.

²- المادة 139 من المرسوم نفسه .

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

- ممثلان إثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب الموضوع الصنفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء،
- مدير التجارة بالولاية.

تختص هذه اللجنة من نفس المادة المذكورة أعلاه بالرقابة على دفاتير الشروط و الصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية التي تساوي قيمتها المالية أو تفوق مليار (1.000.000.000 دج) في حالة صفقات الأشغال، وثلاثة مائة مليون (300.000.000 دج) في حالة صفقات اللوازم، ومائتي مليون (200.000.000 دج) في حالة صفقات الخدمات، ومائة مليون (100.000.000 دج) في حالة صفقات الدراسات حسب المادة 184 من نفس المرسوم، زيادة عن ذلك تختص اللجنة الولائية للصفقات العمومية بدراسة المشاريع دفاتير الشروط الصفقات التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجيات أو الصنفقة مائتي (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم وخمسين مليون (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات وعشرين مليون (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

رابعا: اللجنة البلدية للصفقات

تعتبر اللجنة البلدية للصفقات العمومية هيئة من هيئات الرقابة تتولى عملية رقابية عند إبرام الصفقات على مستوى البلدي، تقوم بدراسة المشاريع خاصة بالبلدية¹.

¹ - بن بشر وسيلة، ظاهرة الفساد المالي والإداري في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013-2014. ص 156.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

حددت تشكيلة بموجب المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 المعدل والمتمم:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا،
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،
- منتخبين اثنين (02) يمثلان المجلس الشعبي البلدي،
- ممثلين اثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء.
- يتضح من خلال ما سبق ان تشكيلة اللجنة البلدية المنصوص عليها في المادة 174 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية تمس فئات متعددة لا تنحصر فقط في المجال البلدي حيث تتوع العضاء بين البلدية و وزارة المالية و المصلحة التقنية. فضلا عن المصلحة المتعاقدة و هذا التنوع يخدم فكرة الرقابة الخارجية و يزيد من نجاعتها و فعاليتها.¹
- تمارس اللجنة البلدية للصفقات اختصاصها في مجال الرقابة على الصفقات المنصوصة عليها سابقا ، بدراسة مشاريع دفاتير الشروط و الصفقات و الملاحق الخاصة بالبلديات و يكون ذلك في حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 139 و المادة 173 و ذلك حسب الحالات .
- مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الاشغال او اللوازم ،
- خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الخدمات.
- عشرين مليون دينار (20.000.000 دج) لصفقة الدراسات.

¹ - بن بشير وسيلة، المرجع السابق، ص17.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

خامسا: لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

- استحدثت لجنة للصفقات على مستوى المؤسسات المحلية لكل من الولاية و البلدية بموجب المادة 122 مكرر من المرسوم الرئاسي 08-338 الصادر سنة 2008 المعدل و المتمم للمرسوم 2002-250. و حرص المنظم على بقائها في تنظمات الصفقات العمومية التالية لهذا المرسوم، و هذا اكدته المادتان 138 و 175 على التوالي ، من المرسومين الرئاسيين رقم 10-236 لسنة 2010، و رقم 15-247 لسنة 2015.

- تتمثل اللجنة المذكورة بشخصية اعتبارية الاستقلالية عن باقي اللجان و لها وجود ذاتي منفصل عن كل الولاية و البلدية و بالرغم من انها قد تكون منشأة من طرفها . فتشريع الادارة المحلية في الجزائر اعترف بكل من الولاية و البلدية بانشاء مؤسسات عمومية محلية لتلبية الحاجات العامة¹.

- حددت تشكيلة بموجب المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل و المتمم :

- ممثل السلطة الوصية، رئيسيا .
- المدير العام أو مدير مؤسسة أو ممثله.
- ممثل منتخب المجلس المجموعة الإقليمية المعنية .
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة).

- ممثل عن مصلحة التقنية المعنية للخدمة للولاية ، حسب الموضوع الصفقة (بناء ، اشغال العمومية، الري)، عند الاقتضاء .

¹- بوضياف عمار ، المرجع السابق ، ص279.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

- تختص هذه اللجنة من نفس المادة المذكورة أعلاه بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمؤسسة ، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها حسب الحالة، في المادتين 139 و 173 ضمن الحدود السقف المالي، أي يجب أن يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجيات أو الصفقة عن المستويات الآتية:

- مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة للصفقات الأشغال العمومية،
- خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات،
- عشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات.

الفرع الثاني: رقابة المركزية

أخضع المنظم نظام الرقابي الذي يمارس على مستوى المركزي ، بواسطة لجان قطاعية للصفقات (أولاً)، و كذا لسلطة الوصائية في المصلحة المتعاقدة (ثانياً)، ويعود ذلك لضخامة الأغلفة المالية لبعض الصفقات العمومية.

أولاً: اللجنة القطاعية للصفقات العمومية: (commission sectorielle des marches publics)

أنشأت اللجنة القطاعية لصفقات لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23¹ المؤرخ في 18 يناير 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 (ملغى).

-أكد المادة 179 من نفس المرسوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة لسنة 2015 على ضرورة إستحداث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات تعني برقابة ودراسة المشاريع دفاتر الشروط الصفقات والملاحق المقدمة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 من نفس المرسوم .

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغى)، ج ر عدد 04 صادر في 26 يناير 2012.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

حددت تشكيلة المادة 185 من المرسوم 15-247 المعدل و المتمم :

- الوزير المعني أو ممثلة رئيسا،
- ممثل الوزير المعني، نائب الرئيس ،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ممثلان (02) عن القطاع المعني،
- ممثلان (02) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)
- ممثلا عن الوزير المكلف بالتجارة.

زيادة على مشاريع دفاتر الشروط وصفقات الأشغال التي تبرمها الإدارة المركزية، والتي يفوق مبلغها اثثة عشر دينار (12.000.000 دج) ودفاتير الشروط وصفقات الدراسات و الخدمات التي تبرمها الإدارة المركزية التي يفوق مبلغها ستة مليون دينار(6.000.000 دج).

وفي الأخير تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات إما بمنح التأشيرة أو رفض التأشيرة وذلك يكون بمقرر حسب المادة 189 من المرسوم 15-247.

ثانيا: رقابة الوصائية

تعد رقابة الوصاية من قبل الرقابة الخارجية، تمارس هذه الرقابة على الجهات الإدارية المركزية التي تتمتع بإستقلالية لكن هذه الإستقلالية لايعني لإستقلال تام بل تبقى تحت إشراف ووصاية الجهات المركزية.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

1. تعريف الرقابة الوصائية

يعود مصطلح الرقابة الوصائية في أصوله إلى قواعد القانون المدني، إذ يحضنا القصر وعديمي الأهلية لكن في المجال الإداري له مفهوم يختلف عن مفهومه في القانون الخاص، فالوصاية الإدارية لا يرجع تقريره إلى نقص أهلية الشخص اللامركزي وإنما يدل على الرقابة التي تمارسها الجهات الإدارية المركزية على أعمال وأشخاص وأجهزة الجمعيات المحلية.¹

تعرف الوصاية الإدارية على أنها مجموعة من السلطات التي قررها القانون لسلطة على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم، يقصد حماية المصلحة العامة، هذه الهيئات تملك إستقلالية عضوية ووظيفة يجب إحترامها من طرف سلطة الرقابية²، وهي رقابة المشروعة والملاءمة على تصرفات وأعمال الجهات اللامركزية الإقليمية أو المصلحية بواسطة الجهات المركزية، بغية الحفاظ على المصالح العام، و تحقيق مبدأ المشروعية و الملائمة على الاعمال و نشاطات هذه الجهات، ولا يمكن ممارسة هذا النوع من الرقابة إلا في حدود ما هو منصوص عليه في القوانين.³

2. تكريس رقابة الوصائية في مجال إبرام الصفقات العمومية:

لم يخصص قانون الصفقات العمومية حيز كبير للرقابة الوصائية القبلية، حيث تناولها التنظيم الحالي في مادة وحيدة، تتمثل غاية رقابة الوصائية التي تمارسها السلطة الوصية في التحقيق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة.

¹ - وليد ونسي دور فعاليات الصفقات العمومية في حماية الأموال العامة، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر اكاديمي ميدان العلوم الاقتصادية و التجارية و العلوم التسيير، دراسة حالة الخزينة العمومية بالوادي جامعة الشهيد محمد لخضر بالوادي، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير في العلوم الإقتصادية، 2014-2015، ص 50.

² - حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية)، مدرسة الدكتوراه للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2013/07/03. ص ص 173-183.

³ - تياب نادية، المرجع السابق، ص 155.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تختص اللجنة القطاعية في إطار الصلاحيات الممنوحة لها في المادة 180 من المرسوم 15-147 فيما يأتي:

- تراقب صحة الإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- تقوم بمساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير و إتمام ترتيب الصفقات العمومية.
- تساهم في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية،
- تفصل اللجنة القطاعية للصفقات في مجال الرقابة ، بتوفر معرّين العضوي و المالي.

من جانب العضوي تختص اللجنة القطاعية طبقاً لنص المادة 182 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والطعون الموجهة ضد اختيار الإدارة للمتعاقد مهما، لكي يتحقق هذا اختصاص يجب أن يكون الطرف صاحب الصفقة هو إحدى الأجهزة أو المؤسسات العمومية المحلية أو الوطنية .

كاستثناء تقوم اللجنة القطاعية بدراسة الملفات التابعة لقطاع آخر وذلك عندما ما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية، في إطار صلاحيتها، لحساب دائرة وزارية أخرى.¹

أما من جانب المالي تختص اللجان القطاعية في مجال الرقابة على دفاتر الشروط والصفقات إلا بتوفر المستوى المالي وذلك حسب المادة 184 من المرسوم 15-247 كما يلي:

"دفتر شروط او صفقة اشغال يفوق مبلغ التقدير مليار دينار(1.000.000.000 دج).وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة بحدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم .

¹ - المادة 181 من المرسوم الرئاسي 15-247 .

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

- دفتر الشروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير ثلاثمائة دينار (300.000.000 دج) وكذلك كل المشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- دفتر الشروط أو صفقة خدمات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- دفتر الشروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) وكذلك مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود مستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم .

- دفتر شروط أو صفقة اشغال أو لوازم للإدارة المركزية، يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم،

- دفتر شروط أو صفقة دراسات أو الخدمات للإدارة المركزية يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ستة ملايين دينار (6.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم،

- صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن ان يرفع تطبيقه المبلغ الاصلي الي مقدار المبالغ المحددة اعلاه، او اكثر من ذلك،
- ملحق يرفع مبلغ الاصلي للصفقة الي المستويات المحددة اعلاه، او اكثر من ذلك
في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرس

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تمارس هذه الرقابة قبل البدء في تنفيذ الصفقة وأثناء تنفيذها وحتى بعد الإنتهاء منها، ولكن الذي يعنينا في دراستنا هذه، هي تلك الرقابة المقررة قبل البدء في تنفيذ الصفقة لأنها تعد من أهم ضمانات تكريس مبادئ المنافسة، وذلك من خلال بسط رقابتها على شروط صحة ونزاهة تحضير إبرام الصفقة العمومية، وتحديد على إثرها إما المصادقة على المداولة الخاصة بالصفقة أو إبطالها إذا كانت مشبوهة بإحدى العيوب.¹

ومن أبرز مثال عن الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية ما جاءت به المادة 194 من قانون البلدية²، حيث نصت على أنه "يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي، يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفق بالمداولة المتعلقة بهما".

وفقا لهذا النص، يتوجب على البلدية إرسال الملف الكامل للصفقة إلى الوالي حتى تتمكن من فرض رقابة على الصفقة العمومية.

¹- بره الزهرة، المرجع السابق، ص 111.
²- قانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، صادر في 3 يوليو 2011 .

المبحث الثاني

إخضاع الصفقات العمومية للرقابة القضائية

يعتبر القضاء من أهم آليات الرقابة على الصفقات العمومية، في ظل زيادة حجم تجاوزات في هذا المجال و عجز آليات الرقابة الإدارية على احتوائها والحد منها، مما استوجب اللجوء إلى القضاء باعتباره الأداة الأكثر فعالية.

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

ولما كان للصفقة العمومية صلة وثيقة بالمال العام، وحقوق الخزينة فقد كانت مجالاً خصباً لتفشي واستفحال ظاهرة الفساد، مما إستلزم تدخل القضاء الجزائي لحماية الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تدخل القضاء الإداري لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده ينص على أنه يمكن اللجوء إلى القضاء أثناء المراحل التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية، وذلك في حالة مخالفة الأشكال والإجراءات المقررة قانوناً في هذه المراحل. و لهذا يتعين التطرق في هذا الفرع إلى نقطتين

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

هما: التدخل عن طريق قضاء الإلغاء (الفرع الأول)، ثم التدخل عن طريق قضاء إستعجال ما قبل التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدخل عن طريق قضاء الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء في الجزائر من أكثر الدعاوى الإدارية انتشارا واستعمالا لدى المتعاقدين هذا ماجعل المشرع يولي دعوى الإلغاء القدر الكبير للاهتمام، فله دور في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.

أولا: تعريف دعوى الإلغاء

لتوضيح وتحديد مفهوم دعوى الإلغاء نتطرق إلى عدة تعريفات نذكر منها:

دعوى الإلغاء هي: "الدعوى القضائية المرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية الإدارية الفرق الإدارية أو مجلس الدولة التي تستهدف إلغاء قرارا إداري بسبب عدم مشروعيته لما يشوب أركانه عيب من العيوب".¹

دعوى الإلغاء هي: "الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ويرفعها ذو الصفة والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بالإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة".²

دعوى الإلغاء هي: "الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون".¹

¹ - بعلي محمد صغير، القضاء الإداري دعوى إلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، 2007، ص 31.

² - عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ص 314.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

وقد عرف الفقيه الفرنسي Delaubadere دعوى الإلغاء بأنها: "طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري".²

ثانياً: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء:

تشمل هذه الدعوى المرفوعة من طرف المتعهد الطاعن في هذا الصدد كل القرارات الإدارية المتخذة في عملية اختيار المتعاقد القابلة للفصل، و المتعلقة بعمليات و اجراءات تحضير ابرام و انعقاد العقود الادارية اجمالاً، حيث يطلب فيها إلغاء قرارات نصت عليها الإدارة ولم تكن مشروعة أو طلبات تتعلق بالمنح المؤقت للصفقة أو طلبات تتعلق بمنح الصفقة إمتيازات غير مبررة.³

ويشترط لرفع الدعوى إلغاء بعض الشروط الشكلية والشروط الموضوعية من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

أ. **الشروط الشكلية:** تعرف شروط الشكلية إصطلاحاً بـ"شروط القبول"، وهي تكتسي أهمية بالغة، لأن تختلف أي منها سينجز عنه لا محالة عدم القبول الدعوى شكلاً دون النظر في موضوعها.⁴

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. شرط توجيه دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل وليس العقد ذاته.

2. تقديم طلب الإلغاء من غير المتعاقد.

¹ - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 31.

² - delaubadere atdrè verzia (5-C) gaudement (y) traite de droit, administratif, paris, 1999, p 536

³ - بوجلال فتحي - زعلاني رمزي، دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة

الماستر في القانون تخصص قانون عام (منازعات إدارية)، كلية حقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 54.

⁴ - تياب نادية، المرجع السابق، ص 230.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

3.التنظم الإداري المسبق.

4.رفع دعوى الإلغاء القرار الإداري المنفصل في ميعاد.

5.شروط المصلحة في دعوى الإلغاء.

ب. **الشروط الموضوعية:** بعد تأكد من توفر الشروط الشكلية، وينتقل بعد ذلك إلى النظر في موضوع الدعوى للتحقيق من مدى تأسيس الطعن من الناحية الموضوعية فيتم إلغاء القرار إذا كان معيباً أو رفض الطعن (الدعوى) موضوعاً لعدم التأسيس، إن الشروط الموضوعية للقرار الإداري المنفصل لا تعتبر في الشروط لرفع الدعوى، بل هي في حقيقة الأمر شروط لقبولها،¹ وتتمثل أساساً في العيوب الخمسة التي تطل أركانها² وهي كما يلي:

• عيب عدم الاختصاص:

- عيب عدم الاختصاص الشخصي.
- عيب عدم الاختصاص الموضوعي.
- عيب عدم الاختصاص المكاني.
- عيب عدم الاختصاص الزمني.

• عيب مخالفة الشكل والإجراءات:

- ركن الشكل.
- ركن الإجراءات.
- عيب مخالفة القانون.
- عيب السبب.

¹- مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 131، أنظر بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011، ص 30.

²- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، الأسباب والشروط منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص 519.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

- انعدام الوجود المادي للوقائع.

- عدم تناسب الوقائع مع مضمون القرار.

- خطأ في التكييف القانوني للواقعة.

- عيب الانحراف بالسلطة.

فيمكن القول أن القاضي يحمي مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء التي تستهدف غايتين إحداهما جوهرية وثانيتها ثانوية، في المقام الأول تحقيق مبدأ المشروعية لتحقيق المصلحة العامة والخاصة والغاية الثانوية تتمثل في حماية حقوق الأفراد وحريتهم من التعسف.¹

وبالنتيجة فإن اقتصار دور قاضي الإلغاء على تقدير قيمة القرارات المنفصلة عن الصفقة دون أن تمتد رقابته إلى إمكانية البحث عن قيمة الصفقة في حد ذاتها لا يحول دون مطالبة الأطراف ببطالانها إسنادا إلى إلغاء القرار المنفصل، مما يبقى إمكانية انعكاس أثر إلغاء القرار المنفصل عليها أمرا نظريا بحتا.²

الفرع الثاني: التدخل عن طريق قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد

إن الانتهاكات الخطيرة لقواعد الإشهار والمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية تعد من الأسباب التي تؤثر سلبا على المناخ الاستثماري وهذا من خلال إحجام المستثمرين عن التقدم بطلباتهم من جهة وتمديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى و هذا وإسنادا إلى نص المادة 946³ فقرة 2 من قانون اجراءات المدنية و الادارية :

¹ - علي خطاوي شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 273.

² - بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 41.

³ - المادة 946 فقرة 2 من قانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، الجريدة الرسمية المؤرخ في 23 افريل 2008.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

القضاء الإداري الإستعجالي يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالإخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية.

أولاً: تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد

يعرف الاستاذ راتب الاستعجال على أنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلتزم دوره بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعده".¹

وكذلك عرفه الاستاذ merignhac بأنه "إجراء يكون الهدف منه الفصل في أقصى سرعة ممكنة للقضايا المستعجلة و في حالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها ولكن فقط بطريقة المؤقتة دون المساس بأصل الحق"² في حين عرفته المحكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والإستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به عدوان يبدو المهلة الأولى بأنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت"³

كما يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة

¹ - نقلا عن لحسن بن شيخ أث ملوية، اللتقى في قضاء الإستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 13.

² - نقلا عن لحسن بن شيخ ملوية، مرجع نفسه، ص 13.

³ - نقلا عن بزاحي سلوى، «رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجاية، السنة 2001، 2013، المجلد 05، العدد 1، ص 13.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقات العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة.¹

ثانيا: أسباب التكريس القانوني للإستعجال قبل التعاقد

إن المتتبع لحركة التشريع الجزائري يلاحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الإستعجالي الإداري على مادة تعاقد النصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 فقانون إجراءات المادة السابقة 90-23 جاء هزيلا جدا في هذا المجال، ولم يتضمن إلا مادة واحدة هي المادة 171، التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الإستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء رغم الإختلاف الكبير بينهما.²

أما القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة رقم 98-01³ والمحاكم الإدارية رقم 98-02⁴ ومحكمة التنازع رقم 98-03⁵، فلم نتناول بأي شكل القضاء الإستعجالي الإداري وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في المجال التطبيقي إلى غاية صدور القانون رقم 08-09.

الأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين إستعجالي قبل التعاقد في هذه المرحلة بذات نذكر منها:

تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية لصفقة العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي نهجتها الدولة، والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض، فالخزينة العمومية بانته بوابة رئيسية لتمويل الصفقات العمومية.

¹ - نقلا عن محمد فقير، «مداخلة بعنوان رقابة القاضي الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري»،

جامعة الجزائر، الملتقى الوطني السادس بتاريخ 30 ماي 2011

² - القانون 90-23 قانون الإجراءات المدنية المؤرخ 18 أوت 1990.

³ - قانون عضوي 98-01 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق لـ 30 مايو سنة 1998 يتعلق بإختصاص مجلس الدولة.

⁴ - القانون رقم 98-02 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق لـ 30 مايو 1998 المتعلق بالأحكام الادارية.

⁵ - القانون 98-03 المؤرخ في 3 جوان 1998 المتعلق بإختصاصات محكمة التنازع.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

الانتهاكات الخطيرة في قواعد العلنية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ العقود تقوم أساسا على اللامشروعية، وهو ما أثر سلبيا على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن تقديم بعطاءاتهم من جهة ظنا منهم أنها لن تحظى بالقبول سلفا أدى معيار الاختبارات تنافي في قواعد العلنية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن تركز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى.

رغبة المشرع في تأمين أكثر قدر من الشفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية بعد أن تثبت أن هنالك فراغا تشريعيًا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيح وقائية سابقة على إبرام العقد فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصل عن العقد ظهرت كطعن كقيم لفترة طويلة من الزمن ذلك أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعوى في حكم نهائي، وذلك فصلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافاذة حتى يطلب أحد أطرافها إلغائها أمام قاضي العقد، وهو ما أكدته المفوض "روميو" في قضية MARTIN بقوله: "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية ..."¹

تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطور كبيرا في حماية مبادئ المساواة العلنية، والمنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق أليست متكاملين هما التشريع والإجتهد القضائي وهو ما سيأتي بيانه في معرض الحديث عن سلطات القاضي كإداري في دعوى الإستعجالي.²

ثالثا: شروط قبول الدعوى الإستعجالية

¹ - نقلا عن الطماوي محمد سليمان، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي مصر، 1998 ص ص 186-187.

² - بومقورة سلوى، المرجع السابق، ص 8.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

لرفع الدعوى الإستعجالية لابد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي تتطلب القانون توفرها في الدعوى الإستعجالية وشروط خاصة تنفيذها الدعوى الإستعجالية في الصفقة العمومية.

1. الشروط العامة لرفع الدعوى الإستعجالية:

أ. وجود الحالة الإستعجال: أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى حالة الإستعجال في نصوص المواد 921، 920، 924 منه دون أن يعرف هذه الحالات يترك المجال واسعا لاجتهاد القضاة في تحديد مفهوم الحالة بحالة¹.

ويعرف الفقه الإداري الإستعجالي بأنه: "الضرورة التي لا تحتل تأخير، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في انتقائي رفع الدعوى بطريقة المعتدة حتى مع تقصير المواعيد."²

ويملك القاضي الفاصل في الدعوى لسلطة تقدير مدى وجود الحالة الإستعجالية من ظاهر الأوراق ومن طبيعة الحقل ذاته، ومن الظروف المحيطة بالدعوى، ففي حالة الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق المدعي يخشى ضياع إذ تم إبرام الصفقة وبدء تنفيذها.³

ب. عدم المساس بأصل الحق

يقتصر دور القاضي الإستعجالي الإداري في تسوية حالة مستعجلة عن طريق الأمر بتدابير تحفظي دون أن يتعرض للموضوع أي أصل حق الذي يبقى من اختصاص القاضي الموضوع، ويكون ذلك عن طريق إصدار أوامر تكون حجيتها لفترة زمنية محددة،

¹ - حمدان عيسى، القضاء الإداري الإستعجالي، مجلس قضاء بجاية، 2009، ص 03.

² - لحسن بن شيخ أث ملوية، مرجع السابق، ص 08.

³ - لحسن بن شيخ أث ملوية، مرجع نفسه، ص 09.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تنتهي هذه الفترة مبدئياً بصدور حكم في الموضوع، كما يجوز لقاضي الرجوع عن الأمر المتخذ بناء على طلب كل من له مصلحة، وذلك متى ظهرت مقتضيات جديدة طبقاً لنص المادة 932 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ويكون أمر الصادر تطبيقاً لهذه المادة غير قابل لأي طعن طبقاً لنص المادة 936 من نفس القانون.¹

ج. شرط الجديدة

يكفي لنشأة الدعوى الإستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو يثبت جدية طلب المدعي، فإن لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة وترتبط جدية الطلب بمسألتين هما:

- وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته،
- فعلى القاضي التأكد من احتمال الوجود مساس أو إخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة طبقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- أما مبدأ المنافسة فيقتضي إفساح المجال أمام المهتمين بالصفقة على سواء دون التفرقة أو إقصاء أو تهميش لتقديم عروضهم وتنص المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية و التفويضات المرفق العام:

"مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"

2. الشروط الخاصة لرفع الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية:

للبحث عن الشروط الخاصة بالدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية يقتضي بالرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتجسد هذه الشروط فيما يلي:

¹ - المادة 936 من القانون 08-09 .

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

صفة المدعي: تكتسب صفة المدعي في الدعوى الإستعجالية بناء على المصلحة الخاصة بالمدعي أو بحكم القانون الذي يكسب هذه الصفة لصاحبها.

-اكتساب الصفة بناء على المصلحة : حيث يتم اكتساب هذه المصلحة بجمع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقود الذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية طبقاً لفقرتين الأولى و الثانية من المادة 946 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹.

-اكتساب الصفة بناء على القانون: إن المدعين في هذه الحالة لا يكون احد المتنافسين المتقدمين بالعروض بل يكون احد الأشخاص العامة الرسمية بحيث يمنح له القانون صراحة حق تحريك الدعوة الإستعجالية الموضوعية قبل التعاقدية في حالة خرق في القواعد العلانية و المنافسة من اجل المحافظة على المصلحة العامة و قد خولت المادة 946 /2 للوالي باعتبارها ممثلاً للدولة على مستوى الولاية إخضار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة إذا ابرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية².

- وجود إخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة : يعبر انتهاك لقواعد العلانية و المنافسة ما يلي:

-خرق قواعد الإعلان عن الصفقة .

-مخالفة المواصفات و الخصوصيات التقنية .

-اختيار الإجراءات إبرام غير مناسب.

¹ - عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص108.

² - بوجلال فتحي - زعلاني رمزي ، المرجع السابق ، ص 66.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

-الحرمان أو استبعاد من الصفقة دون وجه حق.

-الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد.

-الأجل القانوني لرفع الدعوى : لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا و مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت في فقرتها الثالثة بأنه « يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد »¹.

المطلب الثاني.

تدخل القضاء الجزائي لحماية الصفقات العمومية

بالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون 06-01² المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحة يظهر أن المشرع قد شدد على التذكير على أهم مبادئ الصفقات العمومية مركزا على مبدأ الشفافية في الإجراءات وعلانية المعلومات وقواعد المنافسة.

كما أكد النص على ضرورة إختيار معايير موضوعية ودقيقة لانتقاء المتعامل المتعاقد عند إبرام كل صفقة ومنه سوف نقوم بدراسة هذا المطلب من خلال فرعين صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية (الفرع الأول) والعقوبات الخاصة بجرائم الصفقات العمومية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية

¹ - المادة 946 الفقرة الثالثة من القانون 09/08، المرجع السابق.

² -القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحه،الجريدة الرسمية عدد14، صادر في 8 مارس 2006، المعدل والمتمم (متمم بالامر 10-05 المؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد 50 صادر في 01 -09- 2010، ومعدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 غشت، ج ر عدد 44 صادر في 10 غشت 2011).

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

أوحى المشرع ضمن القانون الوقاية من المفاصد ومكافحته رقم 06-01 المعدل والمتمم أهمية خاصة لمسألة المكافحة الفساد في الصفقات العمومية من خلال تجريمه لكل سلوكات والأفعال المادية نزاهتها وشفافيتها.

ويمكن حصر هذه الجرائم في ثلاث جرائم تفصيلا.

أولا: جريمة منح الإمتيازات غير مبرر للغير

إن أساس المادة 26 من قانون رقم 06-01 هو منح إمتيازات غير مبرر في الصفقات العمومية، وقد وضحت هذه المادة أن الجريمة تقوم على أساس إفادة الغير فهو الإمتيازات الغير المستحق، فالتمعن في مدلول هذه المادة نجد أنها أعطتها مدلولاً واسعاً يشمل كل إمتياز مهما كان نوعه سواء كان في صورته مادية كالنقود أو أوراق مالية، أو ذو طبيعة كالحصول على ترقية كما يمكن أن تنجسد في تزويد أحد المترشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من إعداد وعرضه بطريقة تحقيق له الفوز بها.¹

وبرجوع إلى الممارسة الميدانية يمكن أن يتمثل الإمتياز غير مبرر في إفادة المستفيد من الصفقة بمعلومات امتيازية، وقد يتمثل في مجرد خرق حكم من أحكام قانون الصفقات العمومية، يحتمل ان يترتب عنه الإخلال بالمساواة بين المترشحين، وعموماً يتحقق الإمتياز الغير مبرر عندما يستفيد مترشح من الصفقة دون المرور بإجراء الوضع في المنافسة مخالفة للمترشح والتنظيم.² وعليه فإن أركان هذه الجريمة تتمثل في:

1. صفة الجاني: تعترض أن يكون الجاني في جريمة منح الامتيازات غير مبررة في

مجال الصفقات العمومية وفقاً لنص المادة 26 الفقرة 01 من قانون الفساد، أن يكون

¹ - محمد سالم، المرجع السابق، ص. 69-70 .

² - بوسقيعة احسن ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، جرائم الفساد ، جرائم المال والاعمال ، جرائم التزوير ، الطبعة الثالثة ، دارهومة ، الجزائر ، 2012، ص142.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

موظف عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في هذه الجريمة وفي باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون.¹

وجاءت المادة 02 من قانون 01-06 مفهوم واسع للموظف العام بأنه "كل شخص يشغل منصب تشريعيًا أو تنفيذيًا أو قضائيا أو في أحد المجال الشعبة المنتخبة سواء أكان معين أو منتخب دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته"

2. **الركن المادي:** يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني لإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعة أو تأشيرة مخالفة الإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات.

3. **الركن المعنوي:** منح امتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر قصد الجنائي العام بعنصرية العلم و الإرادة وهذا ما تؤكدته المادة 01-26 من ق.و.ق.م بنصها: "كل موظف عمومي يمنح، عمدا ..."

ويجب الإشارة إلى أن القصد الجنائي العام لا يكفي لوحده لقيام هذه الجريمة وإنما يشترط أيضا القصد الجنائي الخاص المتمثل في منح الغير امتيازات مع العلم أنها غير مبررة²، بحيث يمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار عملية والوعي التام بالجاني لمخالفة الأحكام التشريعية أو التنظيمية، فتقوم جريمة حتى ولو كان من أعطى إمتيازًا غير مبرر لا يبحث عن فائدته الخاصة وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية.³

¹ - بليلي محمد لمين، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق، جامعة ألكلي محند أولحاج البويرة، 2014، 2015، ص 28 .

² - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 121.

³ - بوسقيعة أحسن، المرجع نفسه، ص 121.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

ومتلما هو الحال بالنسبة للركن المادي ففي القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجريمة للمتهم.

ثانيا: إستغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على إمتيازات غير مبررة

يقصد بهذه الجريمة في القانون "تمتع الشخص بنفوذ فعلي لدى السلطات العامة أو إحدى الجهات الخاصة لرقابتها".¹

كما يعرف النفوذ بأنه: "القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه العاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادرا على توجب القرارات أو الإجراءات بطرق غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني"²

تشير المادة 26 في فقرتها الثانية من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إلى جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية.³

وقد كانت هذه الجريمة مدرجة بنص المادة 128 مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون الفساد.

تقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية على 3 أركان هي:

1. صفة الجاني

¹- ياسر كمال، جرائم الرشوة وإستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 141.

²- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 142.

³- المادة 26 الفقرة 02 من قانون رقم 06-01 .

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

باستقراء المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أعلاه يتضح بأن المشرع الجزائري اشترط صفة معينة في الجاني المرتكب لجريمة استغلال النفوذ أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص بمعنى أن يكون عونا اقتصاديا من القطاع الخاص ثم عدل عن النشاط صفة معينة بأن أصناف عبارة: "بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي" فالمطلوب هنا أن يكون الجاني عونا اقتصاديا خاصا لا يهتم بعد ذلك ان كان شخصا طبيعيا أو معنويا يعمل لحسابه أو لحساب غيره.¹

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد استغل في قانون المنافسة مصطلح "المؤسسة" بدلا من مصطلح "العون الاقتصادي".

أ. المقصود بالشخص الطبيعي

يقصد بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم عقدا مع المؤسسات والهيئات العمومية ويجوز على صفة تاجر أو حرفي وعادة ما يتم التعاقد معهم بشأن إنجاز بعض الأشغال أو تقديم خدمات بسيطة مثل ما يتعلق بأشغال الترميم أو اقتناء تجهيزات بسيطة للإدارة.²

ب. المقصود بالشخص المعنوي

الشخص المعنوي عموما هو الشركات والخدمات والتجهيزات ومقاولات الأشغال والذين يحوزون على سجل تجاري ولهم إمكانية ومؤهلات مالية ومادية تسمح لهم بإجراء الصفقات العمومية أو عقود مع المؤسسات والهيئات العمومية.³

2. الركن المادي لجريمة استغلال النفوذ

¹ - بن بشير وسيلة، المرجع السابق، ص 28.

² - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال الوطنية، الجزائر، 2002، ص 249.

³ - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 117.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإبرام الجاني عقداً أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة.¹

بالنسبة للصفقات العمومية فإن يوجد عادة في يد هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة أو المكتب ويتكون من مهندسين وتقنيين وأعوان إداريون توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة مثل تحضير الإعلان عن النداء للمنافسة، تحضير اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وإرسال استدعاء إلى أعضائها، مراجعة دفتر الشروط، إعداد دراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها وهذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة.²

تتشرط المادة 26-02 من قانون رقم 06-01 لكي يتحقق الركن المادي للجريمة، أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات التابعة لها من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقها عادة أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو خدمات أو أجال التسليم أو التموين.³

3. الركن المعنوي لجريمة استغلال النفوذ

تعد جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على الامتيازات غير مبررة من الجرائم العمدية التي يشترط فيها توافر القصد الجنائي العلم والإرادة.

¹ - بليلي محمد لمين، المرجع السابق، ص 42.

² - زوزو زولبخة، جرائم الصفقات العمومية وأليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، ص ص 86-87.

³ - المادة 26 الفقرة 02 من القانون رقم 06-01، السالف الذكر.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

أ. القصد العام:

هذه الجريمة تشترط توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وإستغلال هذا النفوذ لفائدته، وينصرف علمه كذلك إلى العناصر المكونة للواقعة الإجرامية فيلزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي يسعى للحصول على مزية منها هي سلطة العامة أو جهة خاضعة لإشرافها.

ب. القصد الخاص:

تتطلب هذه الجريمة توافر القصد الجنائي الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع علمه أنها غير مبررة وهي:

- الزيادة في الأسعار،
- التعديل في نوعية المواد،
- التعديل في نوعية الخدمات،
- التعديل في أجل التسليم،
- التعديل في أجل التموين.

لذلك يمكن القول أن القصد الجنائي توافر بمجرد اتجاه إرادة الجاني إلى استغلال نفوذ أو سلطة أو تأثيرا لأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة .

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

على القاضي أن يبين في الحكم أركان الجريمة ولا بد من إبراز القصد الجنائي في الحكم الذي يمكن استخلاصه من اعتراف المتهم أو اللجوء الى القرائن.¹

ثالثا: الرشوة

الرشوة أو قبض العمولات من الصفقات العمومية، وهي فعل أو جريمة المنصوص والمعاقب عليها من خلال نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد، وهي جريمة التي كان ينص عليها القانون من خلال المادة 128 مكرر 01 والملغاة بموجب قانون الفساد.

تقتضي هذه الجريمة بقيامها أن يرتكبها الموظف العمومي ويمثل النشاط الإجرامي لهذه الجريمة بمحاولة القبض أو القبض الفعلي للعمولة، وذلك بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات إبرام أو تنفيذ عقد صفقة أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام وقد سميت هذه العمولة بالأجرة أو الفائدة² كما تعرف الرشوة كذلك بأنها: "سلوك ينطوي على طلب أو قبول أو أخذ نقود أو أية فائدة أخرى من جانب موظف أو من في حكمه وذلك لنفسه أو لغيره مقابل أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل أو الإخلال بواجبات الوظيفة مع علمه لذلك"،

فجريمة الرشوة عموما تفترض مساهمة شخصين:

1. موظف أو من حكمه يطلب أو يقبل ما يعرض عليه أو وعد بها مقابل قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل من أعمال وظيفته أو الإخلال بواجباته يسمى (المرتشي).
2. الشخص الآخر، وهو صاحب المصلحة أو الحاجة الذي يتقدم بالعطية أو الوعد بها إلى الموظف أو من في حكمه، ليؤدي له العمل، أو يمتنع عنه، أو يقبل ما يطلبه

¹ - بركة أم الخير، الفساد في الصفقات العمومية، مذكرة لإستكمال شهادة ماستر أكاديمي ميدان: العلوم القانونية والسياسية، الشعبة حقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، قسم الحقوق، 2013-2014 ص 39.

² - المادة 27 من القانون 06-01، السالف الذكر.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المرتشي منه، ويسمى "الراشي" لكن قد يتوسط بين المرتشي والراشي طرف ثالث يسعى في إتمام الاتفاق بينهما على الرشوة، ويسمى وسيطا أو الرائش الذي يكون بمثابة رسول أحد الطرفين إلى الآخر.¹

كغيرها من الجرائم الفساد تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على أركان وهي:

1. صفة الجاني

لقيام هذه الجريمة يجب أن يكون الجاني موظفا عموميا بمفهوم المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته² الذي يجوز قانونا لإبرام الصفقات العمومية لصالح الدولة أو إحدى المؤسسات الواردة في المادة 27 من القانون 06-01 وبمناسبة الإبرام الصفقة فقد يرتكب أحدهم جنحة الرشوة أثناء قيامه بالتعاقد إذا يعد هذا في حكم الموظف العام، كما يجب توافر صفة الموظف العمومي وقت ارتكاب الرشوة لا قبل ذلك.

2. الركن المادي

يقوم الركن المادي بهذه الجريمة وفقا للمادة 27 بما قيام الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها، سواء لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة وذلك بمناسبة تحضير إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ أو عقد أو ملحق³. ولم يحدد المشرع طبيعة المنفعة أو الفائدة التي يقبضها الجاني فتكون إما مادية كالحصول على

¹ - بوعزة نصيرة، مداخلة حول جريمة الرشوة في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مخبر مالية، بنوك وإدارة الأعمال ينظم الملتقى الوطني حول حكومة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري يوم 06-07 ماي 2012، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، العنوان الإلكتروني:

nadira.bouaza@yahoo.fr د ص،

² - بره زهرة، المرجع السابق، ص 133.

³ - معاشو فطة، جريمة الرشوة في ظل القانون رقم 06/01، ملتقى وطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق، جامعة تيزي

وزو، 2009، ص 21.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

مبلغ مالي أو قطعة أرض أو معنوية مثل الدعاية للجاني بغرض الفوز بالانتخابات التي ترشح لها.¹

3. الركن المعنوي

يشترط لقيام جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني فيتمثل في العلم والإرادة، ويتحقق اتجاه إرادة الجاني إلى القبض أو محاولة القبض الأجرة أو المنفعة مع علمه بأنها غير مبررة وغير مشروعة.²

الفرع الثاني: العقوبات الخاصة بجرائم الصفقات العمومية

باستقراء النصوص القانونية التي تنظم أحكام الجرائم نجد أن المشرع الجزائري فرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، والعقوبات المقررة للشخص المعنوي، وهذا راجع لخصوصية الشخص المعنوي فالعقوبات المقررة لشخص طبيعي لا يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي لذا ميز القانون بين العقوبات لكل منهما:

أولاً: العقوبات الخاصة لشخص الطبيعي

1. العقوبات المقررة لجريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية:

بالرجوع إلى أحكام نص المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجد أن المشرع يعاقب على جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من مائتي ألف دينار

¹ - بره زهرة ، مرجع نفسه، ص 133.

² - شروفي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص 49.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

(200.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو تموين.

أما في حالة ما إذا كان مرتكب هذه الجنحة موظفا عاما، يمارس وظيفة عليا في الدولة أو ضابطا عموميا، فإن منصبه يعد طرفا بالنسبة له لترتفع بموجبه إلى الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة مع الاحتفاظ بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة وهذا تطبيقا بما جاء في نص المادة 48 من نفس القانون.¹

2. العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين.

تطبيق نفس الأحكام المقررة لجنحة المحاباة سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة أو بالعقوبات كما تطبق عليها كافة الأحكام المطبقة على جنحة محاباة حسب الظروف المشددة والإعفاءات من العقوبة وتخفيفها والعقوبات التكميلية الصادرة ولرد والمشاركة والشروع وإبطال العقود والصفقات عما تطبق عليها الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة.²

3. العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

لقد كان المشرع أكثر تشددا في عقاب الشخص الطبيعي على هذه الجريمة بباقي الجرح حيث اعتبر فعل الرشوة في الصفقات العمومية جنحة مغلطة، وهذا راجع للأثار الخطيرة التي تنتج عن هذه الجريمة والتي تمس أساسا بالمال العام ونحط من هيئة الدولة والإدارة الدولة، كما أنها تعيق التنمية المحلية لكونها تعرقل المشاريع العمومية في هذا المجال.

¹ - أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: دور القانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20/05/2013 موجودة على الموقع الإلكتروني www.univ-medea.dz

² - المادة 52 من القانون رقم 06-01، سالف الذكر.

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

إذ يعاقب المشرع الجنائي مرتكب جنحة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، بعقوبة مشددة تتراوح من 10 سنوات إلى 20 سنة حبسا وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.¹

ثانيا: العقوبات المقررة للشخص المعنوي

نصت المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على مايلي "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص الخاضعين للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون عن ذلك".

بعد استقرار نص هذه المادة يفهم بأن المشرع الجزائري حمل الشخص المعنوي مسؤولية جزائية عن الجرائم الصفقات العمومية حيث حصر، مجال هذه المسؤولية لشخص المعنوي من القانون الخاص واستثنى بمقتضى هذا النص كل من الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام بالإضافة إلى ذلك ما يتضح من النص هذه المادة أن المسؤولية الجزائية لشخص المعنوي تترتب عن الجرائم المرتكبة لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه.²

نجد أن المشرع قد شدد في العقوبات الخاصة بالشخص المعنوي في هذه الحالة لمبدأ يعاقب الشخص المعنوي والمسير كفاعلين أصليين وكأن كل منهما مستقلين عن بعضهما البعض، وهذا بتنافي مع طبيعة العلاقة بينهما، فالاستقلال المنصوص عليه هو الاستقلال في الذمة المالية الموجهة للشخصية المعنوي لشركة أو المؤسسات، أما القرارات والتصرفات الموجهة للمسؤولية فلا يوجد هناك فرق بين الشخص المعنوي والطبيعي، لأن هذا الأخير هو الذي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي.

¹ - المادة 27 من القانون رقم 06-01، سالف الذكر

² - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 143

الفصل الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

كما نص المشرع الجزائري على المسؤولية الجزائية لشخص المعنوي على الجرائم الفساد ضمن أحكام قانون الفساد الذي يحيل إلى قانون العقوبات من حيث تحديد العقوبة. فقد قررت الغرامة المالية كعقوبة أصلية المحددة من (01) مرة إلى (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة لشخص الطبيعي، ومنه تكون الغرامة المالية للشخص المعنوي تتراوح ما بين 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج.

وهذه المادة أحوالتا إلى المادة 18 مكرر من القانون 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم والأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات والتي نجدها نص على ما يلي:

"العقوبات التي تطبق على شخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح هي:

1. الغرامة التي تساوي مرة (1) إلى خمسة (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة

لشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة،

2. واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي،
- غلق المؤسسة أو الفرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية، بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا، أو لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،

نشر وتعليق الحكم الإدانة ..."

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد عدل القواعد التقليدية التجريم والعقاب وأتى بآليات الجديدة التي تتسم بالملائمة من الجرائم الفساد لحماية المال العام . و أصبحت المصلحة العامة في مناط التجريم و العقاب عن طريق تطبيق مبدأ الملائمة في تجريم بهدف بغية ردع المخالفين بكل صرامة في مجال الصفقات العمومية.

على ضوء ما قدم من خلال هذا العرض يمكن القول بأن مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية يعتبر من المبادئ الهامة، التي أولادها المشرع أهمية كبيرة، ولمبدأ حرية المنافسة قيمة حقوقية ردفية لحرية المبادرة الخاصة، التي تضمن أغلب الدساتير الحالية الحق في ممارستها ومن بينها الدستور الجزائري، على أساس أن حق الأشخاص في مزاوله نشاطهم كفاعلين اقتصاديين لا يأتي إلا إذا كان مؤطر بضمانات قانونية فعالة في مجال الصفقات العمومية، أتضح لنا جليا حجم الترسانة القانونية الموضوعية أساسا للحيلولة دون خروج عملية إبرام الصفقات العمومية عن إطارها القانوني، ومن ثمة تبينت أهمية هذا الموضوع في البحث عن الآليات المعتمدة كضمانات في الوصول إلى اختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين وتوفير أفضل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة ومنه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية.

ولعل أهم الأدوات القانونية في تحقيق ذلك والتي تطرقنا لها بالتفصيل، طرق إبرام الصفقات العمومية المتمثلة في أسلوب التراضي كاستثناء، وهو ما يجسد أثر حرية المنافسة بين المتعاملين المترشحين لنيل الصفقة وتقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين بناء على احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المترشحين.

إن المشرع قد حرص على تكريس مبدأ المنافسة، من خلال الآليات القانونية التي رصدها لها من تحديد للحاجيات وإعداد لدفاتر الشروط ومعاملة متساوية للمترشحين لإنجاز موضوع الصفقة، ومنه تحقيق أكثر فاعلية للطلبات العمومية واعتبار للدور الذي يلعبه القضاء الإداري كقضاء قانوني إلى خلق القواعد القانون في إطار المبادئ العامة للقانون وقواعد العدل والإنصاف وتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وضمن حقوق المتعامل الاقتصادي مع الإدارة، بالرغم من تكريس المشرع المكلف إيجاد الضمانات القانونية والقضائية التي من شأنها ضمان حرية المنافسة في الصفقة العمومية، الإهتمام الواضح من قبل المشرع الجزائري بتجسيد مبدأ حرية المنافسة في

مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال سن العديد من المواد في تنظيم الصفقات العمومية.

وضع قيود على عائق المصلحة المتعاقدة لجبرها على احترام تجسيد المنافسة تخصص مجال هام في منظومة القضاء بكل فروحه لحماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.

تفعيل دور الإعلام الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية لتجسيد أكثر شفافية في مرحلة إبرام الصفقات العمومية للسماح واعطاء فرصة لأكبر عدد ممكن من الراغبين في المشاركة في طلب العروض.

لكن على الرغم من النصوص القانونية وتعدد الجهات الرقابية التي تعمل من أجل ضمان تكريس المنافسة والشفافية، إلا أن الصفقة العمومية لازالت عرضة للعديد من الجرائم الماسة للصفقات العمومية بمختلف صوره وأنواعه في ظل عدم ملائمة نظام الحماية الذي تم وضعه في إقامة الثقة وزرع الأخلاقيات المهنية واحترام إجراءات الإبرام ارتأينا أن نتقدم بمجموعة من الاقتراحات للمساهمة في الإثراء موضوع المنافسة في الصفقة العمومية والتي سنوجزها فيما يلي:

فسح المجال لكل المتعاملين الاقتصاديين الذين منحهم القانون حق المشاركة في طلب العروض (الصفقة العمومية) بالحد من العراقيل الادارية.

تكريس ميدانيا المعاملة الالكترونية.

تفعيل الرقابة المالية في كل مراحل إبرام الصفقات العمومية .

تفعيل الرقابة السياسية(المنتخبين المحليين).

تفعيل الرقابة السلطة الوصائية.

❖ أولاً: المراجع باللغة العربية:

❖ الكتب القانونية:

1. بعلي محمد صغير ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائري، طبعة 2005.
2. _____، القضاء الاداري دعوى الالغاء، دار العلوم للنشر وتوزيع، عنابة، 2007.
3. بوسقيعة احسن ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ،جرائم الفساد، جرائم المال والاعمال ، جرائم التزوير ، الطبعة الثالثة ، دارهومة ، الجزائر ، 2012.
4. _____، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار الهومة، الجزائر، 2011.
5. _____، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2007.
6. _____، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال الوطنية، الجزائر، 2002.
7. بوضياف عمار ، شرح تنظيمات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسية المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التنظيمية له ، دارجسور النشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2010.

8. _____، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعات و القضائية و
الفقهية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
9. حمدان عيسى، القضاء الإداري الاستعجالي، مجلس القضاء، بجاية، د س ن.
10. خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار
الخدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
11. خلف الجبوري محمود ، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و
التوزيع، الأردن، 2014.
12. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار
الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الخامسة، 1991
13. _____ ، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي،
القاهرة، 1985.
14. _____ ، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي مصر،
1998.
15. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، د د ن، د ب ن، 2007.
16. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، الأسباب والشروط
منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثالثة 2008.

17. عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الكتب القانونية ،
2005.
18. علي خطاوي شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة
للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
19. عوابدي عمار ، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2014.
20. _____ ، النظرية العامة للمنازعة الإدارية في النظام القضائي
الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية.
21. لحسن بن شيخ أث ملوية، الملتقى في قضاء الإستعجال الإداري، دار هومة،
الجزائر، 2007.
22. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة
الاسكندرية، مصر، طبعة 2004.
23. محيو أحمد ، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2005.
24. ياسر كمال، جرائم الرشوة وإستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية،
2008.

ثانيا: الرسائل الجامعية :

. رسائل لنيل اطروحة دكتوراه:

1. بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق نظام L.M.D تخصص قانون جنائي للأعمال، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2017.
2. ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في المجال الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، فرع قانون عام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
3. جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، اطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة-1 بن يوسف بن خدة، 2015.
4. عليوات ياقوت، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، الصفقات في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائري، 2009.
5. قدوج حمامة، تطبيق الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام (إدارة ومالية عامة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.

ب. مذكرات الماجستير.

1. بحري سماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، 2009.
2. بعيط عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في ايطار مدرسة الدكتوراه فرع دولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر 2014.
3. بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011.
4. بن بشر وسيلة، ظاهرة الفساد المالي والإداري في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.
5. بوزيرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون السوق، جامعة جيجل، 2007.

6. حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية)، مدرسة الدكتوراه للحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
7. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وأليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012.
8. علاق عبد الوهاب، الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع قانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2004.
9. قفيفة جمال، سلطة الإدارة العمومية في إختيار المتعامل المتعاقد معها في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017 .
10. مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2008.

11. زيات نوال ، الإشهار في الصفقات العمومية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير

في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013

ج. مذكرات الماستر.

1. بجادي طارق، ضمانات تحقيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية،

مذكرة مكملة من متطلبات لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية

الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.

2. بركة أم الخير، الفساد في الصفقات العمومية، مذكرة لإستكمال شهادة ماستر

أكاديمي ميدان: العلوم القانونية والسياسية، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ، قسم الحقوق، 2015.

3. بره الزهرة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج

ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال،

كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي 2015.

4. بليلي محمد لمين، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في التشريع

الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق،

جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، ، 2015.

5. بوجلال فتحي - زعلاني رمزي، دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة

في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص

قانون عام (منازعات إدارية)، جامعة 8 ماي 1945، كلية حقوق والعلوم السياسية،
2016.

6. دراجي سيهام، قاضي إسمهان، إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في
التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص إدارة ومالية، كلية
الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.

7. سعيد فؤاد، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،
لمذكرة مكتملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، كلية
الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014.

8. شروفي محترف، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد،
مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عش، 2007.

9. محمد سالم، تكريس مبدأ حرية المنافسة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-
236، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستير في العلوم القانونية، تخصص إدارة مالية، كلية
الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة 2015.

11. وليد ونسي، دور فعاليات الصفقات العمومية في حماية الأموال العامة، مذكرة
مقدمة لاستكمال شهادة ماستر اكادمي ميدان العلوم الاقتصادية و التجارية والعلوم
التسيير. دراسة حالة الخزينة العمومية بالوادي جامعة الشهيد محمد لخضر بالوادي،
كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير في العلوم الإقتصادية، 2015.

12. يدو حكيم ، الأليات الإدارية لحماية المال العام في إطار الصفقات العمومية،
مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، تخصص الإدارة والمالية العامة، كلية

الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، قسم القانون العام، 18 جوان 2016.

ثالثا:المقالات

أ. المجالات

1.بزاحي سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدى مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05، العدد01-2012،ص. ص 29 47 .

2.بن شعلال محفوظ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ضمانات الشفافية أم حواجز تقييدية، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الإقتصادية، المركز الجامعي، تامنغست، الجزائر، عدد 09 سنة سبتمبر2015، ص. ص 63 74.

3.بهي لطيفة، أليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الندوة الدراسات القانونية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد الأول، 2013، ص. ص 01 24.

4.الشرقاوي سعاد ، تنوع وتزايد وتحول الإدارة المعاصرة من الأمر القهر إلى الإتفاق والمكافأة، القسم الثاني عقود إدارية متنوعة وعقود إقتصادية وإتفاق والمكافأة، القسم

الثاني عقود إدارية متنوعة وعقود إقتصادية وإتفاقيات بين أشخاص عامة، مجلة الأمن والقانون تصدرها كلية الشرطة بدبي السنة الخامسة، العدد الأول، لسنة 1997.

5. نسيغة فيصل ، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الإجتهد القضائي، تصدر عن جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، 2008، ص. ص 110-131 .

ب. المداخلات:

1. أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: دور القانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20/05/2013 موجودة على الموقع الإلكتروني www.univ-medea.dz

2. أكروم مريام، محاضرات بعنوان : التزام المصلحة المتعاقدة بأعمال المنافسة في الصفقات العمومية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، المنشور على الموقع الإلكتروني

www.conseil.concurrene.dz.p.contemt/updlds/2015/12/tra

vaux.akorum.merem.pd

3. بوعزة نضيرة، مداخلة حول جريمة الرشوة في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مخبر مالية، بنوك وإدارة الأعمال ينظم الملتقى الوطني حول حكومة الشركات كآلية للحد من الفساد المالي والإداري يوم 06-07 ماي 2012، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، العنوان الإلكتروني: [.nadi.bona33a@yahoo.fr](mailto:nadi.bona33a@yahoo.fr)

4. جليل مونية ، الأليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في ايطارالتشريع الجزائري، الملتقى الوطني السدس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية حقوق، جامعة يحيى فارس المدية، 20 ماي 2013.

5. خضري حمزة، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، مداخلة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي حول نظام القانوني الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 15-247، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، بتاريخ 2016/02/23، على الموقع الإلكتروني <http://www-univ-msilf.dz> بتاريخ 20 أبريل 2016 ص.ص 01 07.

6. خلاطو فريد، الصفقات العمومية، مفتش عام للمالية، استاذ مساعد لكلية العلوم الاقتصادية، وعلوم التسيير، جامعة منشوري قسنطينة، ملتقى حول التسيير الجماعات المحلية 09-10 جونفي 2008، ص. ص 110 131.

7. طويرات عبد الرحمن، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في إطار فعاليات الملتقى الوطني السادس حول "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013، الموقع الإلكتروني www.bibliotdroit.com بتاريخ 12 أوت 2013.

8. ظريفي نادية، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، اليوم الدراسي حول التنظيم الجديدة للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، بتاريخ 23/02/2016، على الموقع الإلكتروني <http://www.4niv-msila.dz>، بتاريخ 20 أفريل 2016، ص. ص 01 15.

9. فريد كركدان، طرق واجراءات ابرام الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري، مداخلة اقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول

دور قانون الصفقات العمومية في مجال المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة يوم 20 ماي 2013، ص.ص 01 15.

10. محمد فقير ، مداخلة بعنوان رقابة القاضي الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري جامعة الجزائر، الملتقى الوطني السادس بتاريخ 30 ماي 2011 بالمركز الجامعي الوادي، ص ص 01 20.

11. معاشو فطة، جريمة الرشوة في ظل القانون رقم 01/06، ملتقى وطني حول مكافحة الفساد وتبيض الأموال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، يومي 10 11 مارس 2009، ص ص 12 36.

12. موري سفيان، مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي، مداخلة أقيمت بمناسبة يوم الدراسي في إطار فعاليات الملتقى الوطني السادس حول: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، الجامعة يحي فارس بالمدينة، يوم 20 ماي 2013، ص ص 01 16، على الموقع الإلكتروني: www.bibliotdroit.com

بتاريخ 12 اوت 2013.

13. موسى صادقي، إشكالية إعداد دفاتر الشروط وتحديد الحاجات، مديرية البرمجة ومتابعة الميزانية، لولاية بسكرة.

رابعاً: النصوص القانونية

أ. الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم الي غاية صدور القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2006، ج ر عدد 14 صادر 73 مارس 2016.

ب . الاوامر و القوانين:

1. امر رقم 67-90 المؤرخ في 9 ربيع الاول عام 1387 الموافق 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 صادر في 27 يونيو 1967 (ملغى)

2. القانون 90-23 قانون الإجراءات المدنية المؤرخ 18 أوت 1990.

3. الأمر رقم 96-22 مؤرخ في 09 يوليو 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف رؤوس الأموال من و إلى الخارج، ج ر عدد 43، مؤرخة في 10 يوليو 1996، معدل و متمم بالأمر رقم 03-01 مؤرخ في 19 فبراير 2003، ج ر عدد 12، مؤرخة في 23 فبراير 2003.

4. قانون رقم 98-01 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق لـ 30 مايو سنة 1998 يتعلق باختصاص مجلس الدولة.

5. القانون رقم 98-02 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق لـ 30 مايو 1998 المتعلق بالإحكام الإدارية.

6. القانون 03-98 المؤرخ في 3 جوان 1998 المتعلق باختصاصات محكمة
التنازع.
7. القانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات
المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية المؤرخ في 23 أبريل 2003.
7. امر رقم 03-03، مؤرخ في يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم الي غاية
القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج ر عدد 43 صادر في
جويلية 2003.
8. قانون رقم 01-06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد
ومكافحته، ج ر عدد 14، صادر في 8 مارس 2006، المعدل والمتمم (متمم
بالامر 05-10 المؤرخ في 26 غشت 2010 ج ر عدد 50 صادر في 01-09-
2010 ومعدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 غشت، ج ر عدد 44
صادر في 10 غشت 2011).
9. قانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات
المدنية و الادارية، ج ر عدد 21 مؤرخ في 23 افريل 2008.
10. قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو، يتعلق بالبلدية، ج ر 37، صادر في 3
يوليو 2011.

ب.النصوص التنظيمية

- المراسيم الرئاسية

1. المرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم الي غاية المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 (ملغي).

2. المرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 المؤرخ في 18 يناير 2012، معدل ومتمم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ملغي)، ج ر عدد 04 صادر في 26 يناير 2012.

3. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 صادر في 20 سبتمبر 2015 .

-المراسيم التنفيذية

1. مرسوم تنفيذي رقم 68-652، مؤرخ في 26 ديسمبر 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقود أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج ر عدد 2، صادر في 7 يناير 1969، معدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي

2. مرسوم تنفيذي رقم 14-139 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014، يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج ر، عدد 26، صادر بتاريخ 7 يناير سنة 2014.

- القرارات الوزارية

1. قرار وزاري مؤرخ في 7 ربيع الأول عام 1737 الموافق 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كفايات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17 صادر في 16 مارس سنة 2016.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

❖ Ouvrage:

- AUBY Jean-Marie – BON Pierre –AUBY Jean- Bernard – TERNEYRE Phelippe , Droit administratif des biens , DALLOZ , PARIS 6eme édition 2011 .
- Delaubadere Atdrè Verzia (5-C) Gaudement (Y) Traite De Droit, Administratif, Paris, 1999.
- Mabin Ominique, Marches Publics, Edition, Studyrama, France, 2013.
- Moraemd Deviller Jacqueline, Droit Administratif Des Biens, Moutcherstion Lextenso Edition, Paris, 7ème Edition, 2012.

- Rachid Laurent, Droit Des Contrats Administratifs, Dectenso, Edition, 8eme Edition, L.G.D.J, Paris, 2012
- Zouamia Rachid, Roualt Marie Christiane, Droit Administratif Berti Editions, Alger, 2009.

الصفحة	فهرس المحتويات
1	المقدمة العامة
7	الفصل الاول الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية
8	مقدمة
9	المبحث الأول إجراءات الإعداد في إطار احترام قواعد المنافسة
9	المطلب الأول كيفية و إجراءات إبرام الصفقة العمومية
10	الفرع الاول طلب العروض أساس المنافسة لإبرام الصفقات العمومية
19	الفرع الثاني اسلوب التراضي
25	المطلب الثاني مراحل إبرام الصفقة العمومية
25	الفرع الاول مرحلة الإعلان وإيداع العروض
28	الفرع الثاني مرحلة فحص العروض وإرساء الصفقة
31	المبحث الثاني مظاهر تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية والاستثناءات الواردة عليها
31	المطلب الأول الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء
32	الفرع الاول إعداد دفتر الشروط
34	الفرع الثاني أصناف دقاتير الشروط
35	المطلب الثاني الزام المصلحة المختصة بضرورة الاعلان عن الصفقة العمومية
36	الفرع الاول مبدأ المساواة بين المنافسين.
38	الفرع الثاني ضبط المنافسة من خلال وسائل أجل نشر الإعلانات عن المنافسة
41	المطلب الثالث الاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية المنافسة

41	المنع لأسباب يفرضها القانون.	الفرع الأول
43	المنع لأسباب يفرضها المصلحة المتعاقدة	الفرع الثاني
45	لضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	الفصل الثاني
46		مقدمة
48	إخضاع الصفقات العمومية للرقابة الإدارية	المبحث الأول
48	الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية.	المطلب الأول
49	لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض	الفرع الأول
56	اللجنة التقنية	الفرع الثاني
59	الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية	المطلب الثاني
60	رقابة لجنة الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة	الفرع الأول
67	رقابة المركزية	الفرع الثاني
73	إخضاع الصفقات العمومية للرقابة القضائية	المبحث الثاني
73	تدخل القضاء الإداري لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.	المطلب الأول
74	التدخل عن طريق قضاء الإلغاء	الفرع الأول
77	التدخل عن طريق قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد	الفرع الثاني
84	تدخل القضاء الجزائي لحماية الصفقات العمومية	المطلب الثاني
84	صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية	الفرع الأول
93	العقوبات الخاصة بجرائم الصفقات العمومية	الفرع الثاني
97		خاتمة
100		قائمة المراجع
118		الفهرس

المُلخَص

تتمحور الدراسة حول بحث أسس وركائز الحماية القانونية المستمدة من المنظومة التشريعية والتنظيمية المؤطرة لممارسة حرية المنافسة، ودور الهيئات القضائية في تقييدها، مع مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها قواعد المنافسة المقررة في ميدان الصفقات العمومية والتي لها هدف مزدوج، بحيث تسعى إلى تكريس حقوق ومصالح المترشحين في اوصول لنيل الصفقات العمومية والمساواة بينهم في هذا الشأن، بالموازاة مع مراعاة ما تقتضيه مسؤولية المقررين العموميين من حرية وسلطات عند وضع الصفقة محل للمنافسة بهدف إنجاح المشاريع التي يتوقف عليها حسن سير المرافق عليها حسن سير المرافق العمومية وإستمراريتها حفاظا على المال العام.

حرص المشرع الجزائري على خلق أليات لحماية مبدأ المنافسة، وهذا من خلال وجوب مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ورغم وجود هذه مبادئ وتطبيقا في مجال الصفقات العمومية نجد عدة إنتهاكات وتجاوزات في هذا المجال وهذا ما يسمى بالفساد وهو متمثل في جرائم ما يسمى بجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية وهي تتمثل في: جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، جريمة الرشوة ورأينا أن المشرع قد شدد في العقوبات المالية التي تعد من أهم الجزاءات المطبقة على مرتكبي الجرائم الصفقات العمومية والتي تمس الجاني في ذمته المالية وذلك من شأنه القضاء على هذه الجرائم أو على الأقل الحد منها بكافة الطرق السبل القانونية المتاحة وتحقيق لمبدأ المنافسة.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، المنافسة، الفساد، المقررين العموميين،

الطلبات العموميين، المال العام.