وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحيى فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص: إدارة ومالية

من إعداد الطالبين:

- بن ساعد بلال
- بوزيدة خالد

تحت إشراف الأستاذة:

- أعمر الشريف آسية

أعضاء لجنة المناقشة:

د/ محمد الأمين مهري.....رئيسا
د/ أعمر الشريف آسية.....مشرفا ومقررا
أ/ موساوي مليكة.....مناقشا

السنة الجامعية 2018/2017

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

نتقدم في هذا المقام بخالص شكرنا وتقديرنا إلى الأستاذة الدكتورة "**أعمر الشريف آسية**" شاكرين إياها على كل ما بذلته من نصح وتوجيه في سبيل إنجاز هذه المذكرة فجزاها الله عنا خير الجزاء.

كما نتوجه بالشكر إلى أعضاء اللجنة الموقرة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

ولا يفوتنا أن نتوجه بالشكر لكل من ساعدنا ومد يد العون لنا من الأساتذة والزملاء.

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الكريمين حفضهما الله

وإلى إخوتي و أخواتي الأعزاء

وإلى زوجتي الكريمة وابنتي أسيل

وإلى كل أساتذة و طلبة كلية الحقوق بجامعة الدكتور يحيى فارس بالمدية

خالـــد

إهـــداء

أهدي هذا العمل إلى كل من:

الوالدين الكريمين

إلى جميع إخوتي وأخواتي

إلى كل الأصدقاء و الزملاء

إلى جميع الأساتذة الذين تشرفت بالدراسة على أيديهم

إلى طلاب العلم في كل مكان

إلى العمال في كل مكان

بـلال

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية وسيلة أساسية لتطبيق برامج الدولة وسياستها في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتقديم الخدمات العامة، وتستمد أهميتها من ارتباطها الوثيق بالأموال العمومية وتحقيق المصلحة العامة، وقد أولاها المشرع أهمية بالغة وخصّها بتنظيم مستقل ومتميّز ينظم مختلف مراحلها و إجراءاتها و المبادئ التي تقوم عليها.

و تعد مرحلة الإبرام من أهم المراحل التي تمر الصفقة العمومية حيث تقوم خلالها المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد الذي يتمتع بالإمكانيات والمؤهلات اللازمة التي تمكنه من تنفيذ موضوع الصفقة على أكمل وجه و بالتالي إشباع حاجات المصلحة المتعاقدة، و من أهم الشروط التي يتوقف عليها حسن اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها هو احترام مبدأ المنافسة الذي يتيح لها فرصة الاختيار والمفاضلة بين عدة عروض، إذ أن المقصود بهذا المبدأ هو إعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه الشروط المطلوبة ليتقدم بعرضه[1]، دون أي قيود أو عراقيل من قبل المصلحة المتعاقدة أو إساءة استعمال سلطتها الإدارية في انتقاء واختيار المتعاقد معها[2].

ويعتبر تنظيم الصفقات العمومية رائدا في تبني مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية نظرا لما يثيره من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات ما يسمح للمصلحة المتعاقدة باختيار الأفضل لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية والاستخدام الأمثل لمواردها، و لقد أولى المشرع الجزائري لمسألة حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة عبر مختلف تنظيمات الصفقات العمومية المتتابعة من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة باحترامه، بدءا من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[3] الذي كرّس الثلاثية الشائعة في إبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في المناقصة وطلب العروض والتراضي، وجعل من المناقصة الأصل والأساس لإبرام الصفقة العمومية والتي لا يمكن أن تتم إلا من خلال الإشهار الذي هو عبارة عن دعوة إلى المنافسة، حيث جاء في المادة

---

(1) - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 122.

(2) - محمد شريف كتو، مقال بعنوان حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 75.

(3)- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد52، مؤرخة في 27 يونيو سنة 1967.

33 منه « تجري المناقصة دائما بعد الالتجاء إلى المنافسة بواسطة الصحافة أو لصق الإعلان في الأماكن التي يتردد عليها العموم كثيرا أو بجميع وسائل الإشهار الأخرى »، أما في المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، المنظم لصفقات المتعامل العمومي[1] فيظهر تبني مبدأ المنافسة من خلال طرق إبرام الصفقات العمومية، ويبدو ذلك واضحا بصورة جلية في نص المادة 28 منه التي تنص على أن « الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عروضا أفضل »، وأما المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2]فنص على أن الصفقة العمومية تبرم وفق إجراء التراضي أو المناقصة، كما أبقى على إلزامية الإشهار وفق المادة 41 منه، ولعل أهم ما تضمنه هذا المرسوم والذي يعتبر تدعيما لمبدأ المنافسة هو إقراره لمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين فلا أفضلية للقطاع العام على القطاع الخاص[3]، وفي المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[4] استمر المشرع على نفس النهج و اعتبر أسلوب المناقصة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية، وقد كرّس المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية [5] لأول مرة مبادئ حرية المنافسة وذلك باستحداثه للمادة 2 مكرر التي تنص على أنه « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات »، وبعد ذلك جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[6] وكرّس المبادئ السابقة في المادة 03 منه إضافة إلى اعتبار المناقصة كقاعدة

---

(1)- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل سنة 1982، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 مؤرخة في 13 أفريل سنة 1982.

(2)- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخة في 13 نوفمبر سنة 1991.

(3)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، سنة 2017، ص 38.

(4)- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 مؤرخة في 28 يوليو سنة 2002.

(5)- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 مؤرخة في 9 نوفمبر 2008.

(6)- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 مؤرخة في 7 أكتوبر سنة 2010.

عامة في الابرام، وهو ما يكرّسه أيضا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية [1] الذي جاء كثمرة لتطور النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية التي سبقته حيث تنص المادة 05 منه على أنه « لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم »، حيث تعتبر هذه المبادئ الأسس التي يقوم عليها مبدأ المنافسة، كما استبدل هذا المرسوم مصطلح المناقصة بطلب العروض واعتبره القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية.

و يقصد بمبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي فتح مجال المشاركة أو المنافسة للعارضين ومنح الفرصة لكل من توافرت فيه شروط المشاركة حسب الإعلان المنشور، وبالشروط والكيفية الواردة في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة،[2] ولا يتأتى هذا إلا بعدم إقصاء أي مترشح يستوفي الشروط المنصوص عليها وعدم منح أي امتياز لأحد المترشحين يجعله في مركز أقوى من المترشحين الآخرين، أما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين فيقصد به وضع جميع المترشحين بنفس الطريقة على حد سواء من حيث تقييم عروضهم وبالتالي يمنع التمييز بين المترشحين بحيث يصبح جميع المتنافسين في مركز واحد سواء أكانوا خواص أو عموميين، وطنيين أو أجانب، أي خضوع جميع المترشحين لنيل الصفقة لنفس الإجراءات والقوانين المطبقة في اختيارهم، وأما مبدأ شفافية الإجراءات فيقصد به إطلاع كل المترشحين على حد سواء على جميع الإجراءات المتعلقة بالإشهار والإعلام، وأن توضح جميع المعلومات والمواصفات اللازمة المتعلقة بالصفقة ابتداء من الإعلان عن الصفقة والشروط المحددة في دفتر الشروط وعملية المنح المؤقت أو النهائي[3].

ورغم أن المشرع الجزائري قد تبنى مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية بما يسمح بحرية المشاركة والدخول في المنافسة للمتعاملين الاقتصاديين إلا أن هذا المبدأ ليس على اطلاقه إذ ترد عليه بعض الاستثناءات تتعلق أساسا بحالات الحرمان من المشاركة في الصفقات العمومية، سواء كان هذا الحرمان

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015.

[2]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 78.

[3]- أعمر الشريف آسية، اتفاقية دراسة مشاريع البناء ومتابعة إنجازها في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 146.

جزائيا أو وقائيا، أو لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة إعمالا لسلطتها التقديرية، إضافة إلى منح هامش للأفضلية للمنتوجات ذات الأصل الجزائري، وضرورة الالتزام بالاستثمار في شراكة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، إضافة إلى الصفقات المحجوزة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

و إضافة إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية كرّس المشرع الجزائري آليات قانونية أخرى لحماية مبدأ المنافسة، حيث مدّد تطبيق قانون المنافسة باعتباره ينظم ويضبط المنافسة في السوق إلى مجال الصفقات العمومية بموجب القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة[1]، وبذلك تمّ إخضاع الصفقات العمومية إلى رقابة مجلس المنافسة، كما يرتبط موضوع حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ارتباطا وثيقا بجهود الدولة لحماية الأموال العامة وبذلك تخضع الصفقات العمومية إلى رقابة مجلس المحاسبة الذي يعتبر المؤسسة العليا للرقابة البعدية على أموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العامة، حيث يقوم بالتدقيق في شروط استعمال هذه الهيئات للموارد ومدى احترامها للقوانين والتنظيمات المعمول بها لا سيما في مجال الصفقات العمومية، وفي إطار جهود الدولة لمكافحة الفساد الذي تمثل الصفقات العمومية مجاله الخصب أنشأ المشرع الجزائري الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته كسلطة إدارية مستقلة تعمل على مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد عموما وفي مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص، ولتعزيز حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية تدخل المشرع بوضع آليات تسمح بتدخل القضاء الاداري من خلال سلطة إلغاء القرارات الإدارية اللامشروعة، كما استحدث آلية قضائية جديدة لحماية مبدأ المنافسة متمثلة في الدعوى الاستعجالية في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد المنافسة والإشهار، بالإضافة إلى ذلك دعّم المشرع الجزائري النصوص القانونية ذات الطابع الجزائي بإصدار القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته لمكافحة مظاهر الفساد عموما وفي مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص، بحيث جرّم الأفعال والتصرفات التي تخل بالمبادئ التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية.

[1] - القانون رقم08-12 المؤرخ في25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36 مؤرخة في 2 يوليو 2008.

و رغم تكريس المشرع لمبدأ المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية إضافة الى الدور الرقابي للمؤسسات الادارية و كذا الرقابة القضائية المكرسة لضمان احترام هذا المبدأ ، إلا أن الفساد في مجال الصفقات العمومية ينتشر بشكل رهيب وتتنوع صوره على الخصوص في مرحلة الإبرام، حيث تسند الصفقات العمومية إلى متعاملين بطرق غير قانونية، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن فعالية هذه الآليات المرصودة لحماية هذا المبدأ.

و تتمثل أهمية البحث في موضوع حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية في الدور الكبير الذي تؤديه هذه الأخيرة في تحقيق التنمية الاقتصادية، وارتباط تحقيق الصفقات العمومية لأهدافها باحترام مبدأ المنافسة، لأنه يمنح المصلحة المتعاقدة إمكانية اختيار المتعامل الذي يتوفر على الإمكانيات والمؤهلات التي تسمح له بإنجاز الخدمة المطلوبة على أكمل وجه من جهة، ومن جهة أخرى فإن إعمال هذا المبدأ من شأنه ترشيد النفقات العامة من خلال الاستخدام العقلاني للموارد.

و عليه فإن الهدف من الدراسة هو توضيح مختلف آليات الحماية التي قررها المشرع لمبدأ المنافسة وتقييم مدى فعاليتها.

ويرجع اختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب ذاتية و أخرى موضوعية

تتمثل الأسباب الذاتية في قناعتنا بأهمية الصفقات العمومية في تنفيذ برامج الدولة، ودور مبدأ المنافسة في حماية المال العام و ترشيد النفقات العامة، إضافة إلى الاختصاص المهني الذي يفرض علينا الإلمام بأحكام تنظيم الصفقات العمومية خاصة ما تعلق منها بضرورة احترام مبدأ المنافسة.

أما عن الأسباب الموضوعية فتتمثل في الرغبة في البحث في مجال الصفقات العمومية باعتبارها من أهم مواضيع القانون العام، والسعي إلى إبراز مواطن الخلل والثغرات القانونية التي تؤدي إلى خرق مبدأ المنافسة مما يؤدي إلى ضياع الأموال العامة وعدم تحقيق الصفقات العمومية لأهدافها.

و قد واجهتنا بعض الصعوبات في إعداد هذه المذكرة تتمثل أساسا في تشعب الموضوع من جهة و ضيق الوقت من جهة أخرى.

و بناءً على ما سبق نتناول هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية: **ما هو الإطار القانوني لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي من خلال دراسة مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بحماية مبدأ المنافسة وتحليل الأحكام التي تتضمنها و الثغرات التي تتخللها.

و ارتأينا تقسيم مذكرتنا إلى فصلين، حيث تناولنا في الفصل الأول الحماية الإدارية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وقسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول حماية مبدأ المنافسة من خلال تقييد إبرام الصفقة العمومية ، وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى دور المؤسسات الإدارية في حماية مبدأ المنافسة، أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الآليات القضائية لحماية مبدأ المنافسة، بحيث تناولنا في المبحث الأول دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة، أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى دور القضاء الجزائي في حماية مبدأ المنافسة.

الفصل الأول

الحماية الإدارية لمبدأ المنافسة

في الصفقات العمومية

لقد أولى المشرع لموضوع حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة، من خلال حرصه على التزام المصالح المتعاقدة بهذا المبدأ عبر مختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية، بداية من التحضير و الإعداد لها، ثم الإعلان عن الصفقة واستلام عروض المترشحين المتنافسين وفحصها وتقييمها، وصولا إلى اختيار المتعامل المتعاقد وإبرام الصفقة، كما أخضع مختلف هذه المراحل لعمليات رقابية متعددة.

كما قام المشرع بإنشاء وتنظيم مجموعة من السلطات الإدارية المستقلة، والتي تؤدي دورا مهما في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، حيث يمكن اعتبارها آليات قانونية تكفل حماية هذا المبدأ من خلال تدخلها عن طريق الرقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية.

وعليه سنتناول في هذا الفصل الحماية الإدارية التي قررها المشرع لحماية مبدأ المنافسة في إطار إجراءات إبرام الصفقة العمومية (مبحث أول)، و نتناول الحماية الإدارية لمبدأ المنافسة من خلال رقابة المؤسسات الإدارية (مبحث ثاني).

المبحث الأول : حماية مبدأ المنافسة من خلال تقييد إبرام الصفقة العمومية

تتم عملية إبرام الصفقات العمومية وفق مراحل وإجراءات متعددة، إضافة إلى ضرورة التقيد بجملة من الضوابط والشروط التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، و لعل أهم هذه الضوابط هو ضرورة احترام مبدأ المنافسة، الذي أولاه المشرع عناية خاصة في تنظيم الصفقات العمومية بهدف حمايته.

وعليه سنحاول في هذا المبحث تبيان كيف كرّس المشرع هذا المبدأ عبر مختلف المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية بداية من مرحلة تحضير الصفقة (مطلب أول)، ثم من خلال طرق إبرام الصفقة العمومية (مطلب ثاني)، وبعد ذلك عند دراسة وتحليل العروض(مطلب ثالث)، وأخيرا عند ممارسة عملية الرقابة على الصفقة العمومية (مطلب رابع).

المطلب الأول: التزام الإدارة باحترام مبدأ المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة

يتعين على المصالح المتعاقدة عند إبرام صفقاتها أن تراعي جملة من القيود والإجراءات التي منها ضرورة احترام مبدأ المنافسة عند التحضير لإبرام الصفقة[1]، وفيما يلي سنحاول تبيان أوجه الحماية التي أقرها المشرع لمبدأ المنافسة خلال هذه المرحلة وذلك عند قيام المصلحة المتعاقدة بتحديد الحاجات (فرع أول)، و إعداد دفتر الشروط (فرع ثاني)، ثم الإعلان عن الصفقة (فرع ثالث).

الفرع الأول: احترام مبدأ المنافسة عند تحديد الحاجات

تناول المشرع عملية تحديد الحاجات في المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي تنص « تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتوج أو متعامل اقتصادي محدد، وفي حالة تحصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب إتباعها، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة، بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصص أو إجراء لكل حصة، في حالة حاجات جديدة، يمكن المصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق، طبقا لأحكام المواد من 135 إلى 139 من هذا المرسوم وإما إطلاق إجراء جديد، يمنع تجزئة الحاجات بهدف تفادي الإجراءات الواجب إتباعها وحدود اختصاص لجان الصفقات المنصوص عليها في هذا الباب».

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 238.

ومن هذا النص نستنتج أن المشرع ألزم المصالح المتعاقدة بضرورة تحديد الحاجات الواجب تلبيتها قبل الشروع في عملية إبرام الصفقة بأي إجراء، سواء عن طريق طلب العروض أوعن طريق التراضي، وتستند هذه المصالح في تحديد حاجياتها على مواصفات تقنية تقوم بإعدادها وفق سلطتها التقديرية، إما على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها، وإما على أساس متطلبات وظيفية، وحماية لمبدأ المنافسة وحتى لا تتعسف المصالح المتعاقدة في استعمال سلطتها التقديرية عند تحديد المواصفات التقنية ألزم المصالح المتعاقدة بأن تكون تلك المواصفات التقنية موضوعية وغير تمييزية، بحيث لا يجب أن توضع تلك المواصفات بما يتفق مع إمكانيات و مؤهلات متعامل معين، أو بما يتطابق مع منتوج محدد، فالمصلحة المتعاقدة يحظر عليها بأي شكل من الأشكال أن تضع شروطا تقنية أو مالية لا تهدف إلى تحقيق الصفقة المطلوبة، بل إلى التضييق في مجال المنافسة أو إقصاء أحد المرشحين[1]، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بأنه تشكل إخلالا بالتزامات الوضع في المنافسة الخصوصيات التقنية التي تتعدى المعايير المذكورة في التنظيمات المطبقة والتي لا تبررها ضروريات الخدمة العامة والتي ينتج عنها تقليص المنافسة بين الممونين[2].

كما يجب على المصالح المتعاقدة عند اللجوء إلى تحصيص الصفقات احترام مبدأ المنافسة بين المتعاملين، والسماح لأكبر عدد ممكن من المتعاملين الترشح للصفقة، ولا تستهدف من خلال سلطتها التقديرية في التحصيص منع متعاملين من المشاركة، أو تفضيل بعض المتعاملين.

الفرع الثاني: احترام مبدأ المنافسة عند إعداد دفتر الشروط

إن دفتر الشروط عبارة عن وثيقة رسمية تضعها الإدارة المعنية بالصفقة أو المشروع بإرادتها المنفردة، وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفيات اختيار المتعاقد معها[3].

وتظهر أهميته من خلال مضمونه ومحتواه، فهو يتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة، وطريقة منحها، والوثائق المكونة لها والمطلوبة من المرشحين، والأسس التي يعتمد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد، وكيفية التنقيط للعرضين التقني والمالي، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة، والتزامات المتعامل المتعاقد، وأحكام الكفالة والتعويض والتأمينات والغرامات والفسخ والتسبيقات، وكيفية الدفع بالنسبة للخدمات المنجزة، ولذا فهو يحتل أهمية بالغة في ظل قانون الصفقات العمومية،

---

(1)- بومقورة سلوى، مقال بعنوان مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15،العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017 ص 291.

(2)- قرار مجلس الدولة الفرنسي في 3 نوفمبر 1995، قضية دائرة المركز السكني لمدينة نانسي، نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 190.

(3)- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 242.

فقبل أي دعوة للمنافسة، وحتى في إطار التراضي، يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر الشروط بعناية لتعريف المرشحين المهتمين بطبيعة ومحتوى الخدمات التي تكون محلا للصفقة[1].

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247،المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجده قد بيّن محتوى دفاتر الشروط في المادة 26 منه[2]، وفرض على المصلحة المتعاقدة أن تضع دفتر الشروط تحت تصرف المرشحين أو المتعهدين، كما بإمكانها أن ترسله إلى المرشح الذي يطلبه[3].

إن إعداد دفاتر الشروط و تضمينها لشروط محددة يخضع لها جميع المتعاملين، يكرس مبدأ المساواة في الترشح للصفقة العمومية، بحيث يكون لجميع المتعاملين المعلومات الضرورية حول الصفقة، و هو ما يمكِّنهم من إعداد عروض مقبولة حسب الشروط التي وضعتها المصلحة المتعاقدة، كما يضمن إعداد دفتر الشروط حياد الإدارة، وعدم ازدواجية معايير قبول العروض، أو تعسف الإدارة في وضع شروط إضافية و تطبيقها على بعض المرشحين للصفقة دون غيرهم، و دفتر الشروط بتحديده لشروط الإبرام مسبقا، يحمي مبدأ المنافسة منذ البداية و قبل الإعلان عن الصفقة، كما أن خضوعه لرقابة لجنة الصفقات العمومية المختصة يعتبر ضمانة إضافية لاحترام هذا الدفتر للتشريع المعمول به.

الفرع الثالث: إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية تحقيقا لمبدأ المنافسة

الإعلان إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المترشحين، وهو موضوع أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام وضمان المساواة بين المترشحين،[4] حيث تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر

---

(1)- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص 446.

(2)- تنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي « توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة وهي تشمل على الخصوص ما يأتي

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية »

(3)- المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،مرجع سابق.

(4)- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 63.

2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على 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.
- التراضي بعد الاستشارة، عند الاقتضاء».

ومن هذا النص يتضح لنا أن المشرع فرض اللجوء إلى الإشهار بنشر إعلان طلب العروض بأشكاله المختلفة، وهذا حتى يفتح فرصة المنافسة أمام جميع العارضين، ويجسد مبدأ علنية وشفافية الصفقة، وكذلك مبدأ المساواة بين المتنافسين[1]، وقد فصّل المرسوم الرئاسي رقم 15-274 في قواعد الإعلان، فنص على أن تحرير طلب العروض يكون باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، وأن ينشر في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأن ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، ولتسهيل الوصول إلى المعلومات وتوسيع دائرة العلم، تم استحداث البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، حيث تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، والذين يمكنهم الرد عليها بنفس الطريقة[2]، وحسنا فعل المشرع، لأن ذلك يعد تجسيدا للنشر الواسع للصفقات العمومية، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الشفافية، وزيادة عدد المرشحين المتنافسين، مما يفتح المجال واسعا أمام الإدارة لاختيار أحسنهم خدمة للمصلحة العامة[3].

وأما عن بيانات الإعلان الإلزامية فقد أشارت إليها صراحة المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام « يجب أن يحتوي طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية: - تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،- كيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، - موضوع العملية، - قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، - مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض، - مدة صلاحية العروض، - إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر، -تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومراجع طلب العروض، - ثمن الوثائق عند الاقتضاء ».

---

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص250.

[2]- المادتين 203 و204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[3]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 430.

وبهذه القواعد جسّد المشرع مبدأ العلانية والشفافية في التعاقد، بفرض نشر الإعلان وتحديد مضمونه، ووجوب وصوله إلى المعنيين به سواء عن طريق الإشهار الصحفي أو الإلكتروني[1]، وفي ذلك حماية لمبدأ المنافسة لأنه يمكّن المترشحين من معرفة كل ما يتعلق بموضوع الصفقة ومواصفاتها وشروطها الاقتصادية والتقنية والمالية، والوثائق المطلوبة من المتعهدين وآجال تحضير العروض وإيداعها، إضافة إلى المعايير المعتمدة في التقييم، وهذا ما يمنحهم الفرصة لتحضير عروض مقبولة تؤهلهم للدخول في المنافسة بهدف الظفر بالصفقة.

المطلب الثاني: تجسيد مبدأ المنافسة من خلال تقييد إبرام الصفقات العمومية

تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام « تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي »، ومن هذا النص يتبين لنا أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباع طرق محددة في إبرام صفقاتها، بحيث يكون لإتباع هذه الطرق بالغ الأثر في اختيار المتعامل المتعاقد، وينعقد الاختصاص للمصلحة المتعاقدة فقط في اختيار الكيفية المناسبة من بين الكيفيات المحددة قانونا، من خلال البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق أهدافها المسّطرة.

وبناء على ما تقدم، فإن إبرام الصفقة العمومية يتم وفق إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة (فرع أول)، أو استثناءا وفق إجراء التراضي (فرع ثاني).

الفرع الأول: إجراء طلب العروض (القاعدة العامة)

يعتبر طلب العروض أهم أسلوب لإبرام الصفقة، باعتباره القاعدة العامة، حيث يتطلب إتباع إجراءات محددة تمثل قيودا للمصلحة المتعاقدة، بهدف الوصول لأكبر عدد ممكن من المترشحين المحتملين، وفيما يلي سنتطرق إلى تعريف طلب العروض (أولا)، ثم نتطرق إلى بيان أشكاله (ثانيا).

أولا: تعريف طلب العروض

لقد عرّفته المادة40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أن « طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء»، ومن هذا النص يتضح لنا أن أسلوب طلب العروض يقوم أساسا على المنافسة، كما أنه يسمح للمصلحة

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 255.

المتعاقدة بالاطلاع على عدة عروض، والمفاضلة بينها على أساس معايير موضوعية مختلفة، منحها المشرع صلاحية تقديرها.

ثانيا: أشكال طلب العروض

رجوعا للمادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجدها بيّنت بوضوح أشكال طلب العروض، وأشارت أنه يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا، وهو ما يترتب عنه أن مجال المنافسة قد يتسع وقد يضيق على حسب نوع طلب العروض المعلن عنه، ويأخذ طلب العروض أحد الأشكال التالية:

1- طلب العروض المفتوح: تنص المادة43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن « طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا »، فهذا الشكل يكفل لكل عارض مؤهل أن يقدم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فهو إجراء يوجه إلى كل المتنافسين بدون حصر أو تخصيص أو استثناء، بحيث يحق للجميع سحب دفاتر الشروط وبالتالي تقديم عروضهم للمشاركة في الإجراء، وعلى أساس ذلك فإنه يضمن أوسع ما يمكن توفيره من مشاركة واحترام للمبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسعتها و سهولة المشاركة للوصول للطلبية العامة[1].

2-طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: عرّفته المادة44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أنه « إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة »، وهكذا اعترف المشرع للإدارة المتعاقدة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية[2]، فطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وإن اتخذ طابع العلانية إلا أنه موجه على الخصوص لفئة تتوفر فيها شروط تراها المصلحة المتعاقدة ملائمة أو ضرورية لحسن إنجاز المشروع دون أن يتعلق الأمر بأشخاص معينين أو معروفين مسبقا[3].

---

[1]- النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص 156.
[2]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 201.
[3]- النوي خرشي، مرجع سابق، ص 158.

3- طلب العروض المحدود: تنص المادة45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن « طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة منهم، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة، ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلتين طبقا لأحكام المادة 46 أدناه، وإما على مرحلة واحدة»، ففي هذا الشكل تكون المنافسة محدودة، وتجري بين المرشحين الذين اختارتهم المصلحة المتعاقدة (5 مترشحين فقط)، وتلجأ الإدارة المتعاقدة إلى أسلوب طلب العروض المحدود في حال اشتراطها لمواصفات تقنية في العمل أو المادة محل التعاقد أو نجاعة معينة بما يبرر أن المنافسة ستكون جد محدودة وتشمل المتعهدين الذين اتصلت بهم دون سواهم باعتبارهم الأقدر على تنفيذ موضوع هذه العملية الخاصة أو المعقدة[1].

4-المسابقة: تنص المادة47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن «المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة»، ومن خلال هذا النص يمكن القول بأن أسلوب المسابقة يجسد مبدأ المنافسة بشكل واضح وفعّال لأنه يقوم على خلق جو تنافسي بين ذوي الخبرة (رجال الفن) في مجالات معينة لا سيما في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة والمعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات للوصول إلى الفائز الذي قدم أحسن عرض.

و يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم، تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين، وتحدد تشكيلة لجنة التحكيم بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، ويرسل رئيس لجنة التحكيم محضر الجلسة مرفقا برأي معلل يبرز عند الاحتمال ضرورة بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة، وفي هذه الحالة يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تخطر الفائز أو الفائزين كتابيا لتقديم التوضيحات المطلوبة وتكون الأجوبة المكتوبة جزءا لا يتجزأ من عروضهم[2].

---

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 205.

[2]- المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

إن عروض المترشحين في إجراء المسابقة تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية وفنية خاصة، ولذلك لا بد أن يتم تقييمها من طرف لجنة تحكيم خاصة تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني وهذا من شأنه أن يضمن تقييما موضوعيا دقيقا لعروض المترشحين، فضلا عن التنافي بين العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وبين العضوية في لجنة التحكيم الأمر الذي يعزز الشفافية ويخدم مبدأ المنافسة.

الفرع الثاني: إجراء التراضي (الاستثناء)

ترد هذه الكيفية كوسيلة للتخفيف من القيود المفروضة على المصلحة المتعاقدة في إجراء طلب العروض، الذي يستوجب شكليات معقدة، ومدة طويلة لا تتناسب مع بعض الظروف والحالات[1].

وقد عرّفته المادة41 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنه « إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة». ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع كرّس أسلوب التعاقد بطريق التراضي، معترفا للمصلحة المتعاقدة بعدم إتباعها وتقيدها بالإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض[2]، ويأخذ التراضي شكل التراضي البسيط (أولا)، أو شكل التراضي بعد الاستشارة (ثانيا).

أولا: التراضي البسيط

إن التراضي البسيط يشكل طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية، ولهذا قام المشرع بتحديد حالاته على سبيل الحصر، وذلك في نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي تنص على ما يلي:« تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط:- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية، أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضع الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

- في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان و لا يسعه التكيف مع آجال

---

[1]- قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 116.
[2]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 223.

إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

– في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

– عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

– عندما يتعلق الأمر برقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

– عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري »، ومن خلال هذا النص نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة لذا وجب التغاضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول، ويبقى أنها مقيّدة بهذه الحالات على سبيل الحصر حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة[1].

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

هذا الإجراء كذلك هو أسلوب مرن تتحرر فيه المصلحة المتعاقدة من الإجراءات والشكليات الواجبة الإتباع في إجراء طلب العروض، وهو أسلوب يحتوي عل قدر من المنافسة، وقد حددت المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 231.

وهي «– عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

– في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

– في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة.

– في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب روض جديد.

– في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع أو هبات عندما تنص اتفاقية التمويل المذكورة على ذلك وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى ».

ومما سبق يمكن لنا أن نتبيّن أوجه الحماية التي أقرها المشرع لمبدأ المنافسة من خلال تحديده لطرق إبرام الصفقة وذلك كما يلي:

– أن المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية استمر على وتيرة تثبيت القاعدة العامة في مجال الصفقات العمومية، وهي وجوب فتح سبل المنافسة، وفتح مجال تقديم العروض لأكبر عدد ممكن من العارضين[1].

– أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تبرر اختيارها عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة و هذا تطبيقا لنص المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وهذا يعتبر كضمان لمبدأ المنافسة، لأنه من الممكن أن يكون اختيار طريقة الإبرام فيه إخلال بالمنافسة أو الحد منها، وقد يصل الأمر إلى حد إلغاء المنافسة في بعض الأحيان[2]، وذلك مثل إبرام الصفقة عن طريق التراضي خارج الحالات المنصوص عليها قانونا

– أن المشرع حدّد الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى إجراء التراضي، فالمصلحة المتعاقدة لا تتمتع بالحرية الكاملة في اختيار هذا الإجراء لإبرام الصفقة، فهذا التحديد يشكل ضمانا للمترشحين، إذ يحميهم من تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال حريتها في اختيار إجراء التراضي لإبرام الصفقة.

---

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص195.

[2]- محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص 57.

المطلب الثالث: احترام مبدأ المنافسة عند إعداد الصفقة العمومية

بعد قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة، وسحب دفتر الشروط من قبل المترشحين، يشرع المتعهدون في إيداع عروضهم بغية الفوز بالصفقة (فرع أول)، ليتم بعد ذلك فحص هذه العروض(فرع ثاني) وتقييمها من طرف المصلحة المتعاقدة (فرع ثالث)، وذلك لانتقاء العرض الأحسن من بينها، ليتم بعد ذلك الإعلان عن المنح المؤقت لصاحب أحسن عرض (فرع رابع)، ثم المصادقة على الصفقة من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة (فرع خامس)، وفيما يلي سنتناول هذه المراحل والخطوات مع إبراز أهمية كل مرحلة، وصلتها بمبدأ المنافسة.

الفرع الأول: احترام مبدأ المنافسة عند تقديم العروض

لقد حدّد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما يجب أن تشتمل عليه العروض، وبيّن كيفية تقديمها، وذلك في المادة رقم 67 منه[1]، و يلتزم المترشحون بإيداع عروضهم في المدة المحددة لاستلام العروض، فبعد انتهاء هذه المدة لا يقبل أي عرض، وفي حالة قيام المصلحة المتعاقدة باستلام عرض خارج الآجال المحددة أو السماح لمترشح بتعديل عرضه بعد انقضاء هذه الآجال فإن ذلك يعتبر خرقا لمبدأ المساواة بين المترشحين ومساسا بمبدأ المنافسة، و على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بضمان سرية العروض.

وبالرجوع إلى المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجدها تنص على أنه « يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة، مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها، والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة، تخبر المتعهدين بذلك بكل الوسائل، تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالإستاد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوبا، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة، أو في بوابة الصفقات العمومية، ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين، ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من

[1]- تنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي « يجب أن تشتمل العروض على ملف الترشح، وعرض تقني، وعرض مالي، يوضع ملف الترشح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض وموضوعه وتتضمن عبارة ملف الترشح أو عرض تقني أو عرض مالي، وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل ويحمل عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض طلب العروض رقم ...موضوع طلب العروض»

المتنافسين »، وما يمكن ملاحظته إزاء هذا النص، أنه لم يحدد أجلا معينا لإيداع العروض، إلا أنه أدرج بعض العناصر التي يمكن على أساسها تحديد أجل تحضير العروض ، كما بين نقطة انطلاقها، وإمكانية تمديدها في حالة الضرورة، مع إلزام المصلحة المتعاقدة بأن يكون الأجل الذي حدّدته كافيا، بحيث يفسح المجال واسعا أمام المنافسة .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الدكتور عمار بوضياف وغيره من الباحثين، من أنه كان يتعين على المشرع وتفاديا لأي إخلال بمبدأ المنافسة أن يحدد أجلا أدنى ينبغي مراعاته وعدم النزول عليه، كأن يذكر مثلا 15 يوما على الأقل أو 20 يوما تبدأ في اليوم الموالي من تاريخ نشر أول إعلان طلب العروض وهذا حتى لا تبادر الإدارة بوضع أجل قصير قد يحرم الكثير من المعنيين من إيداع عروضهم[1].

الفرع الثاني: احترام مبدأ المنافسة عند فحص العروض

بعد تقديم العروض، تقوم المصلحة المتعاقدة بفحص دقيق لجميع العروض، من أجل التأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها، وفي هذه المرحلة فإن المصلحة المتعاقدة مقيدة بجملة من القيود، يجب أن تضعها في الحسبان وتتصرف في نطاقها، ولا يتسنى للمصلحة المتعاقدة القيام بفحص العروض، إلا من خلال لجنة مختصة تقوم بإنشائها لهذا الغرض تسمى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ولذلك سوف نتطرق إلى تشكيلة هذه اللجنة (أولا)، ثم إلى قواعد فتح العروض (ثانيا).

أولا: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تنص المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه «تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة، واحدة أو أكثر، مكلفة بفتح الأظرفة وتقييم العروض، والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين، تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم»، ومن خلال هذا النص يمكن إبداء الملاحظات التالية:

1- اعتماد نظام تعدد لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذا من أجل معالجة ظاهرة تراكم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض، التي عرفتها بعض المصالح المتعاقدة أثناء سريان قانون الصفقات العمومية الملغى، ومن ثم يسمح التنظيم الجديد بإحداث أكثر من لجنة عل مستوى المصلحة المتعاقدة الواحدة، من أجل ضمان السرعة والفعالية في عمل اللجنة.

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 260.

2- لا يجوز أن يعين ضمن أعضاء اللجنة إلا الموظفون المؤهلون، غير أن النص لم يبين شروط التأهيل وطبيعته ومواصفاته، وإن نص في المادتين 211 و212 على التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويرجع تقدير كفاءة الموظفين وتأهيلهم لعضوية اللجنة إلى المصلحة المتعاقدة وحدها، ومن ثمَّ فإن المشرع أراد معالجة بعض الحالات التي ثبت فيها تعيين أعوان غير مؤهلين للقيام بالصلاحيات المنوطة بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

3- اشترط النص أن يكون كل أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، من بين الموظفين التابعين للمصلحة المتعاقدة، وهذا الشرط ينظر له من زاويتين إيجابية وسلبية: فمن الناحية الإيجابية فإنه بذلك يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من خارج المصلحة المتعاقدة، لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة، بقدر ما تتعلق ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على المصالح المتعاقدة[1]. وأما من الناحية السلبية فإنه على خلاف بعض التشريعات المماثلة، والتي راعت الجوانب القانونية والمالية والتقنية اللازمة لإبرام الصفقات العمومية، ما دفعها للنص على ضرورة الاهتمام بتلك الجوانب، من خلال ضمان تمثيل قانوني ومالي وتقني، يعكس العضوية المتكاملة للجان فتح الأظرفة وتقييم العروض [2].

4- إن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ليست لجنة عارضة أو مؤقتة، تكلف بمهمة ثم تزول وتحل، بل هي لجنة قارّة وثابتة أو دائمة كما وصفها النص [3].

5- بعد اعتماد نظام ازدواجية لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض وذلك طبقا للمادتين 121 و125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[4]، والذي فصل بين اللجنتين فصلا تاما وجعل العضوية في أحدهما سببا مانعا للعضوية في الأخرى، نص التنظيم الجديد على تكليف لجنة واحدة للقيام بفتح أظرفة المتنافسين وتقييمها.

كما تنص المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه « يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ، وقواعد تنظيمها وسيرها، ونصابها ، في إطار الإجراءات القانونية و التنظيمية المعمول بها، غير أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في

---

[1]- خضري حمزة، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، أعمال اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر2015، ص 1 وما بعدها.

[2]- صادقي عباس، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 21.

[3]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 284.

[4]-المادتين 121 و 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد مؤرخة في 7 أكتوبر 2010، (ملغى).

حصة فتح الأظرفة تصح مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء»، ومن خلال هذا النص نلاحظ بعض الغموض فيما يخص هذه اللجنة، حيث لم يحدد المشرع عدد أعضائها، وترك مهمة ذلك للمصلحة المتعاقدة، التي تكون لها السلطة التقديرية في اختيار عدد الأعضاء الذين تريدهم، كما أن اجتماعاتها تصح مهما كان عدد الحاضرين في حصة فتح الأظرفة، إذ أنه يصح الاجتماع بحضور عضو واحد فقط، وهذا يتنافى مع مبدأ الشفافية، فكيف يتمكن هذا العضو من التحقق من جميع البيانات والتسجيلات[1]، كما أن المشرع لم يبين كيفية استدعاء الأعضاء، وهذا كله من شأنه أن يشكل عائقا أمام السير الحسن لعمل اللجنة.

ومما سبق يمكننا القول بأن المشرع لم يولي الأهمية اللازمة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض رغم أنها أول جهة رقابية ترمي إلى التحقق من مشروعية الصفقة ومدى مطابقتها للقوانين والتنظيمات التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية، وفي تقديرنا أن اعتماد نظام ازدواجية لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض يخدم مبدأ المنافسة أفضل من اعتماد لجنة واحدة يناط بها مهمة فتح عروض المتنافسين وتقييمها، لأن عمل لجنة تقييم العروض يعتبر بمثابة رقابة على عمل لجنة فتح الأظرفة.

ثانيا: قواعد فتح العروض

يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة، وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المرشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة أوعن طريق رسالة موجهة للمرشحين أو المتعهدين المعنيين، ويعتبر هذا الإجراء ضمانة إضافية لعلنية الجلسة من شأنه أن يكفل تحقيق الشفافية في أشغال اللجنة، ويمنع كل التلاعبات التي يمكن أن تحدث أثناء سير أشغالها، لأن فتح العروض و الكشف عن مضمونها يكون أمام ممثلي المؤسسات المشاركة في الصفقة ، حيث يتم التأكد من توفر جميع الوثائق المطلوبة في ملف الترشح بصفة علنية وفق ما تضمنه الإعلان عن الصفقة ، و هذا ما يشكل ضمانة لعدم تحيز الإدارة و رفضها لأي عرض دون مبرر، حيث تكلف اللجنة بتطبيق هذه القواعد على كل أشكال طلب العروض، إلا أن المشرع قد خص إجرائي طلب العروض المحدود والمسابقة بأحكام خاصة تتعلق بكيفية فتح العروض فيهما، فبالنسبة لطلب العروض المحدود يطلب في البداية من المترشحين تقديم ملف ترشح فقط، وعلى إثر تقييم هذا الأخير، تتم دعوة المرشحين الذين وقع عليهم الاختيار الأولي إما لتقديم عرض تقني وعرض مالي، إذا كان طلب العروض المحدود على مرحلة واحدة، وإما لتقديم

[1]- بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق نظام ل.م.د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 122.

عرض تقني أولي فقط، إذا كان طلب العروض المحدود على مرحلتين، وفي هذه الصورة الأخيرة تتم عملية تقييم العرض التقني أولا، وبناء على تقييمه يتم تحديد أصحاب العروض الذين يسمح لهم بتقديم عروض تقنية نهائية، وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بفتح أظرفة العروض التقنية النهائية وتقييمها، ثم فتح أظرفة العروض المالية للمرشحين الذين قبلت عروضهم التقنية، وتقوم بتقييمها بعد ذلك[1]، أما بالنسبة للمسابقة فبعد استلام ملفات المتنافسين ،يتم أولا فتح ملفات الترشيحات و أظرفة العروض التقنية فقط، وبعد ذلك تفتح أظرفة عروض الخدمات في جلسة غير علنية، وعلى إثر تقييم الخدمات من قبل اللجنة المختصة بذلك (لجنة تحكيم)، يتم فتح أظرفة العروض المالية[2].

الفرع الثالث: احترام مبدأ المنافسة عند تقييم العروض

بعد الفراغ من عملية فتح الأظرفة، تعمل اللجنة على تحليل العروض بغية تقييمها، وتحديد الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة، وقد بيّنت المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مهام اللجنة فيما يتعلق بتقييم العروض، ومن خلالها يتبين أن اللجنة في هذه المرحلة تقوم بتقييم العروض (أولا)، وبعد ذلك تعمد إلى اختيار وتأهيل المتعامل المتعاقد(ثانيا).

أولا: احترام مبدأ المنافسة عند تقييم العروض التقنية والمالية: فيتم الترتيب التقني للعروض، وتحديد تلك التي لا تتأهل إلى مرحلة الفتح المالي، وإقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا المحددة في دفتر الشروط، و في هذه المرحلة على لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض السهر على إخضاع جميع العروض لنفس المعايير و نظام التنقيط المحددة بدفتر الشروط دون تمييز أو تفضيل لأي عرض، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن تغيير معايير انتقاء العروض أو الأخذ بمعيار لم يكن منصوصا عليه في تنظيم الاستشارة أو التخلي عن أحد المعايير سارية المفعول أثناء الإجراء إخلال بالتزامات الوضع في المنافسة[3].

كما منع المرسوم الرئاسي رقم15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب المادة80 منه أي تفاوض مع المتعهدين أو

---

[1]- المادتين 45 و46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2]- المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[3]- قرار مجلس الدولة الفرنسي في27أفريل 2009، قضية رئيس مجلس الشيوخ ضد شركة paris ouest، نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 191.

العارضين بعد فتح العروض، وفي مرحلة تقييم هذه العروض، وهذا حرصا منه على ضبط الإدارة المتعاقدة أكثر على التقيد بالشروط المعلن عنها، والمعايير الواردة في دفتر الشروط[1].

ثانيا: احترام مبدأ المنافسة عند اختيار وتأهيل المتعامل المتعاقد: إن اختيار المتعامل المتعاقد على أسس موضوعية يعد تجسيدا حقيقيا لمبدأ المنافسة، وتشمل معايير اختيار المتعامل المتعاقد أهم المؤشرات والدلائل التي تتضمنها العروض والتي يستخلص منها معرفة وتحديد مدى قدرة المتعامل الاقتصادي على توفير الخدمة المطلوبة من المصلحة المتعاقدة من مختلف الجوانب، ومن هذا المنطلق تسعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض إلى قياس العروض ووزنها بناء على المعايير المحددة سلفا[2]، و تحديد صاحب العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية.

وتنتهي أشغال اللجنة بجملة من الاقتراحات التي ترفع إلى المصلحة المتعاقدة، التي تملك كامل الصلاحية في اتخاذ القرار المناسب المتعلق بالصفقة العمومية، ويمكن أن تتخذ اقتراحات اللجنة الصور التالية:

1-اقتراح إقصاء ترشيحات وعروض المرشحين: وهو ما تضمنته المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أن «وبهذه الصفة تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام الآتية: إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام هذا المرسوم و/أو لموضوع الصفقة ».

2- اقتراح عدم جدوى الإجراء: وهو ما تضمنته المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض« تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في المحضر عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط»، ويعتبر إعلان عدم جدوى الإجراء آلية من آليات الشفافية ويخدم مبدأ المنافسة لأنه يقضي بإعادة إجراءات إبرام الصفقة من جديد في حالة عدم استلام أي عرض أو عدم مطابقة أي عرض لمحتوى دفتر الشروط، إلا أن المصلحة المتعاقدة قد تتعسف في استعمال هذا الإجراء من خلال إعلان عدم جدوى الإجراء بالرغم من أنها استلمت عروضا مطابقة لما تم الإعلان عنه.

3- اقتراح رفض العرض المقبول: وذلك منعا لحدوث وضعية احتكارية، أو بسبب انخفاض العرض المالي للمتعهد، أو بسبب المبالغة فيه، والهدف طبعا من هذه السلطة المعترف بها للجنة هو محاربة كل

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 295.
[2]- صادقي عباس، مرجع سابق، ص 43.

أشكال المنافسة غير المشروعة، خاصة وأن اللجنة تحتوي على خبرات بإمكانها كشف كل الممارسات السلبية [1].

4- اقتراح المنح المؤقت للصفقة: ويكون ذلك لصاحب العرض المناسب.

ومما سبق يمكن القول بأن إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة احترام المعايير المحددة مسبقا عند تقييم العروض التقنية والمالية، أو عند اختيار المتعامل المتعاقد من شأنه أن يمثل ضمانة حقيقية لمبدأ المنافسة.

الفرع الرابع: الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلامي بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفاصيله وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط[2]، فبعد تقييم العروض و اختيار المتعامل المتعاقد تسند الصفقة مؤقتا إلى المتعامل المتعاقد الذي قدّم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، و يتم الإعلان عن هذا الإسناد بقرار تتخذه المصلحة المتعاقدة، حيث يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز، وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية[3]، ويسمح نشر قرار المنح المؤقت في نفس الوسائل التي تم بها الإعلان عن طلب العروض، بمعرفة الجميع بهوية الفائز بالصفقة ومعايير اختياره، وهو ما يمنحهم فرصة الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة عن طريق التظلم أمام لجنة الصفقات المختصة، ما يعد ضمانة حقيقية لشفافية الصفقة وحرية المنافسة [4].

الفرع الخامس: احترام مبدأ المنافسة عند المصادقة على الصفقة

آخر مرحلة من مراحل إبرام الصفقة العمومية هي مرحلة المصادقة عليها أو اعتمادها من قبل السلطات المختصة، لإضفاء الطابع النهائي عليها، وهو ما تقضي به المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام « لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه،

---

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص291.

[2]- المرجع نفسه، ص 296.

[3]- تنص المادة رقم 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العامعلى ما يلي «يجب على المصلحة المتعاقدة للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة، أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة، عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتا»

[4]- بومقورة سلوى، مرجع سابق، 285.

حسب الحالة: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية»، و هذا الإجراء يعتبر ضمانة إضافية على التزام المصلحة المتعاقدة باحترام معايير اختيار المتعامل المتعاقد من خلال رقابة مسؤول المصلحة المتعاقدة على سلامة الإجراءات قبل المصادقة على الصفقة .

المطلب الرابع: دور الرقابة على الصفقات العمومية في حماية مبدأ المنافسة

تنص المادة161 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي« تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة، قبل دخولها حيز التنفيذ، وقبل تنفيذها، وبعده، تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية، ورقابة خارجية، ورقابة الوصاية».

حيث تشكل هذه الرقابة أداة إضافية لضمان تقيد المصلحة المتعاقدة بقواعد و أحكام إبرام الصفقة العمومية في مختلف المراحل و على الخصوص ما تعلق باحترام مبدأ المنافسة ، و ما يبرر أهمية هذه الرقابة أنها تتم قبل إبرام الصفقة ، وبما أنه قد تم التطرق إلى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في المطلب السابق، باعتبارها الآلية المعتمدة في الرقابة الداخلية القبلية على الصفقات العمومية، تقتصر دراستنا في هذا المطلب على بيان دور الرقابة الخارجية (فرع أول) والرقابة الوصائية (فرع ثاني) في حماية مبدأ المنافسة.

الفرع الأول: الرقابة الخارجية

تمارس هذه الرقابة ، لجان متخصصة تقوم بالتحقيق في مدى مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما وتتوج بمنح أو رفض منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة[1]، وتختص هذه اللجان في مجال الرقابة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط، والصفقات، والملاحق، ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون، وهو ما تقضي به كل من المادتين169 و 182 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقد حدّد هذا الأخير اختصاص لجان الصفقات العمومية وفق معيارين، عضوي ومالي.

يعد منح التأشيرة الآلية القانونية التي تمارس من خلالها لجان الصفقات مهامها الرقابية، وهي مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات العمومية الداخلة ضمن اختصاصها،[2] فتقوم هذه اللجان

---

[1]- تنص المادة رقم 195من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العامعلى ما يلي « اللجنة مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات الداخلة ضمن اختصاصها »

[2]- المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و تراقب مدى التزام المصلحة المتعاقدة باحترام مبدأ المنافسة، حيث تنص المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 التضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه « يمكن اللجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها، وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللا، ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما، تعاينها اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة، إذا كان ذلك مبررا بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم»، ومن خلال هذه المادة يمكن القول أن الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات تشكل حماية فعالة وحاسمة لمبدأ المنافسة، إذ أن كل إخلال بهذا المبدأ يترتب عنه رفض منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة، وإعادة الإجراءات من جديد و مثال ذلك مخالفة الأحكام المتعلقة بالإعلان عن الصفقة الذي يشكل سببا كافيا لرفض منح التأشيرة.

إلا أن المادة 200 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تضمنت أحكاما إضافية من شأنها أن تقلل من فعالية هذه الرقابة، إن لم يكن القضاء عليها كليا، حيث أنه بإمكان الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتجاوز رفض منح التأشيرة بموجب مقرر معلل، يبلغ إلى كل من مجلس المحاسبة ، والوزير المكلف بالمالية، ولجنة الصفقات المختصة، وقد ميّز المرسوم بين الأحكام التشريعية التي لا يمكن تجاوزها، وبين الأحكام التنظيمية التي يمكن تجاوزها،[1] فبتطبيق هذه الأحكام يمكن للمصلحة المتعاقدة تجاوز المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأكمله، لأنه من الأحكام التنظيمية وفي تقديرنا فإن إعطاء مسؤول المصلحة المتعاقدة صلاحية إصدار مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة المعلل بمخالفة الأحكام التنظيمية يعد تعطيلا لعمل لجان الصفقات المختصة، و يفتح المجال واسعا لمخالفة مبدأ المنافسة حيث بإمكان مسؤول المصلحة المتعاقدة مخالفة أي إجراء يتعلق بالمنافسة أو بالشفافية أو بمعايير المنح لأنه يعلم مسبقا أن بإمكانه تجاوز رفض منح التأشيرة.

الفرع الثاني: الرقابة الوصائية

تعتمد هذه الرقابة على الصلاحيات الموكلة للوصاية، فبموجب قانون البلدية الذي منح والي الولاية صلاحيات ممارسة رقابة الشرعية والمشروعية على مداولات المجالس الشعبية البلدية، وذلك طبقا للمادة194 من قانون البلدية[2]، والتي تتجسد بالمصادقة على المداولات، يمكن للوالي أن يدفع بعدم الشرعية بالنظر في إجراءات إبرام الصفقة، كما يمكن أن يدفع بعدم شرعية المداولة بوسائل خارجية عنها

[1]- المادة 200 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2]- المادة 194 من القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر عدد 37، مؤرخة في 2011-07-30.

مثل عيب عدم اختصاص المتداولين بشأنها، وفي هذا الإطار تمارس السلطة الوصائية الرقابة على الصفقة بهدف إضفاء رقابة قبلية على إبرام العقود، والتأكد من احترام الإجراءات التعاقدية ومطابقتها للتنظيم والتشريع المعمول بهما، ومدى استجابتها لضرورات ومبادئ فعالية الطلبات العمومية، وينتج حتما عن تدخل هذه السلطات إما المصادقة على الصفقة أو تصحيحها أو إلغائها [1].

و عليه يمكن القول أن رقابة السلطات الوصية تساهم في رفع الاختلالات التي تشوب الصفقة و تقييم مدى نظاميتها، و رقابة مدى احترام مبدأ المنافسة من خلال اختيار الإجراء الأنسب الذي تبرم بموجبه الصفقة، إضافة إلى التحقق من شفافية الإجراءات والمساواة بين المترشحين، حيث تعتبر هذه الرقابة تدعيما للرقابة الممارسة من طرف هيئات الرقابة الداخلية والخارجية [2].

[1]- طلاش خليدة، إصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر: نظام الرقابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 76.
[2]- المرجع نفسه، ص 79.

المبحث الثاني: دور المؤسسات الإدارية في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

إضافة إلى الأحكام والقواعد التي كرّسها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية والتي من شأنها ضمان احترام مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية قام المشرع بإخضاع الصفقات العمومية إلى رقابة مجموعة من الهيئات والمؤسسات الإدارية، والتي تقوم بدور مهم في حماية مبدأ المنافسة من خلال الرقابة التي تقوم بها على الصفقات العمومية، وتتمثل هذه الهيئات في مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط المنافسة في السوق (مطلب أول)، وكذا مجلس المحاسبة باعتباره الهيئة العليا المكلفة بالرقابة على الأموال العامة (مطلب ثاني)، إضافة إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته باعتبارها الجهاز المختص بمتابعة جرائم الفساد(مطلب ثالث).

المطلب الأول: حماية مبدأ المنافسة من خلال رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية

أدرجت الصفقات العمومية ضمن مجال تطبيق أحكام الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم[1]، و بالتالي أخضعت لرقابة مجلس المنافسة باعتباره الجهة المكلفة قانونا بضبط السوق وحماية المنافسة، وهو عبارة عن سلطة إدارية مستقلة يتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي ويوضع لدى الوزير المكلف بالتجارة[2]، وفضلا عن الدور الذي يلعبه كهيئة استشارية مهمتها تقديم المشورة فيما يتعلق بمشاريع القوانين والنصوص التنظيمية التي لها علاقة بالمنافسة، يتمتع المجلس بسلطة اتخاذ القرارات وإبداء الرأي حول جميع المسائل المتعلقة بضبط المنافسة في السوق و حمايتها، سواء كان ذلك بمبادرة منه عن طريق التدخل التلقائي، أو كلما طلب منه ذلك من طرف الأشخاص المؤهلة قانونا لإخطاره، كما يملك المجلس حق إصدار مقررات وأوامر مؤقتة تهدف إلى وضع حد للممارسات غير التنافسية[3]، و بذلك فان الصفقات العمومية فيما يخص احترام مبدأ المنافسة تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية و قواعد قانون المنافسة، وعليه نتطرق من خلال هذا المطلب إلى بيان مدلول مبدأ المنافسة في كل من تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة (فرع أول) ، ثم نتناول اختصاص مجلس المنافسة بالرقابة على الصفقات العمومية (فرع ثاني)، وبعد ذلك نتطرق إلى وسائل مجلس المنافسة في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية (فرع ثالث).

---

[1]- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20-7-2003، المعدل والمتمم.

[2]- المادة 23 المعدلة من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3]- المادتين 34 و45 من الأمر رقم 03-03، يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة

إن اختلاف الطبيعة القانونية لكل من تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة يؤدي إلى اختلاف مدلول مبدأ المنافسة في كل منهما، حيث أن المنافسة في قانون الصفقات يمكن النظر إليها من زاوية قانونية وزاوية اقتصادية، فهي من الزاوية القانونية مجموع القواعد والإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة إتباعها من أجل إيجاد المقاول أو المورد أو مقدم الخدمات الذي يستطيع تأمين الخدمات العامة بشكل جيد، ومن الزاوية الاقتصادية فهي نظام إنتاج مبني على الحرية الصناعية والتجارية على اعتبار أن لكل شخص الحرية في ممارسة التجارة واختيار نوع النشاط الذي يريده، وتختزل المنافسة في الصفقات العمومية البعدين السابقين أي البعد القانوني والبعد الاقتصادي فالمنافسة هي من جهة عبارة عن إتباع جملة من الإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد بقصد إشباع حاجيات المرفق العام، ومن جهة أخرى هي حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول للطلبات العامة، وعليه فإن المنافسة هنا تقتضي أن يعمل المشتري العمومي على تسهيل مهمة المرشحين المحتملين لنيل الصفقة في تقديم ترشيحاتهم وعروضهم بكل حرية ومعاملتهم على قدم المساواة وفي ظل شروط وإجراءات واضحة وشفافة، بينما ينظر إلى معنى المنافسة في القانون المتعلق بها من زاوية حرية الدخول في السوق لكل المؤسسات والمقاولات وممارسة نشاطها الاقتصادي فيه بحرية ودون تقييد، مما يقتضي رفع الحواجز والقيود التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة وتزييف قاعدة العرض والطلب بواسطة الممارسات التي تقيد المنافسة وتؤدي إلى الاحتكار كالاتفاقات المحظورة واستعمال المؤسسات لهيمنتها الاقتصادية تعسفيا بقصد الاحتكار،[1] وعليه يمكن القول أن حرية المنافسة تتضمن بالإضافة إلى حرية انتقال الأشخاص، احترام حرية القيام بالمشاريع وأن لا تكون هناك حواجز تحظر الدخول إلى السوق وحرية حركة عوامل الإنتاج، وعدم إعاقة حركة رؤوس الأموال، أو تضييق حرية وحركة انتقال السلع أو الخدمات[2]، و عليه ورغم اختلاف مدلول المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية و قانون المنافسة الا أنهما يتفقان في ضرورة احترام المنافسة للوصول إلى الطلبات العمومية دون وضع أي قيود.

[1]- محمد شريف كتو، مرجع سابق، ص 76.

[2]- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 116.

الفرع الثاني: خضوع الصفقات العمومة لرقابة مجلس المنافسة

إذا كان تطبيق قانون المنافسة على الممارسات المقيدة للمنافسة في قطاعات الإنتاج والتوزيع والخدمات يعتبر أمرا طبيعيا ومنطقيا لتأثير تلك الممارسات على قانون العرض والطلب في السوق، فإن تطبيق قانون المنافسة على ممارسات الشخص العام التي تخل بحرية المنافسة في الصفقات العمومية يحتاج إلى توضيح لكون هذا النوع من الممارسات المخلة بحرية المنافسة لا يتعلق أساسا بالنشاط الاقتصادي وإنما يتعلق بالنشاط الإداري للمرفق العام، وبالتالي فإن الممارسات المخلة بحرية المنافسة في الصفقات العمومية تكون من اختصاص القضاء الإداري الذي يفصل فيها وفق قانون الصفقات العمومية، ولهذا نجد أن المشرع استثنى تطبيق نص المادة الثانية من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على تصرفات الشخص العام التي تتم في إطار ممارسة أداء مهام المرفق العام وصلاحيات السلطة العامة ومن ضمنها صلاحيات الشخص العام في تنظيم وإبرام الصفقات العمومية[1]، حيث تنص على أنه «تطبق أحكام هذا الأمر على ...الصفقات العمومية بدءا من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة غير أنه لا يجب أن يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية » وعلى هذا الأساس فإن مجلس المنافسة يرفض النظر في القرارات الإدارية التي يتخذها الشخص العام والرامية إلى إدارة المرفق العام وممارسة السلطة العامة ويعتبرها قرارات إدارية مرتبطة بالنشاط الإداري مما يبعد هذا الشخص من مجال اختصاص المجلس الذي يراقب فقط الممارسات التي يرتكبها الأعوان الاقتصاديون في سياق مباشرة أنشطتهم الاقتصادية مهما كانت صفتهم سواء كانوا من القطاع العام أو من القطاع الخاص[2]، و هذا ما صرّح به مجلس المنافسة في قرارات عديدة نذكر منها القرار رقم 16-2015 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014.11.13 المتعلق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد) ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه والمتعلق بالصفقات العمومية في ما يخص إسنادها، والذي صدر فيه قرار عن المجلس بعدم الاختصاص[3].

---

[1]- محمد شريف كتو، مرجع سابق، ص 85.

[2]- المرجع نفسه، ص 91.

[3]- قرار رقم 16-2015 الصادر عن مجلس المنافسة بتاريخ 2014.11.13، المتعلق بالإخطار الذي تقدمت به الشركة ذات المسؤولية المحدودة (ميد) ضد المعهد الوطني للأراضي والسقي وصرف المياه، قضية رقم 26-2003، النشرة الرسمية للمنافسة رقم 8، 2015، ص 46-48، متاحة على الموقع www.conseil-concurrance.dz.

الفرع الثالث: وسائل مجلس المنافسة في حماية مبدأ المنافسة

ينحصر نطاق رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام فقط، من الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي، وتنصب الرقابة التي يمارسها المجلس في هذه المرحلة على الممارسات المنافية للمنافسة (أولا)، إضافة إلى عمليات التجميع الماسة بالمنافسة (ثانيا)، وذلك بغرض وضع حد لها.

أولا: قمع الممارسات المنافية للمنافسة

إن ما يميز الممارسات المقيدة للمنافسة المتعلقة بالصفقات العمومية بأنها قد ترتكب من طرف المشتري العمومي بوصفه عونا اقتصاديا، أو من العارض، أو كليهما، فاهتمام المشرع بمختلف هذه الممارسات جاء من منطلق الصلة المباشرة للصفقات العمومية بالمنافسة، كما أنها تشكل اعتداء على المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية،[1] وتتمثل هذه الممارسات في الاتفاقات المحظورة، والتخفيض المفرط للأسعار، والتعسف في وضعية الهيمنة.

1- الاتفاقات المحظورة: حسب مقتضى المادة 6 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم، فإنه تحظر كل الممارسات والاتفاقيات والاتفاقات 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 لا سيما عندما ترمي إلى – السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة[2].

ويتضح من خلال هذا النص أن الداعي إلى منع هذه الممارسات هو إخلالها بقواعد المنافسة ضمن الصفقات العمومية،[3] فعادة ما يلجأ إليها أصحاب العروض عند إجراء اتصالات بينهم من أجل تقديم السعر نفسه أو أسعار متقاربة، وفي كثير من الأحيان يقوم المتعاملون الاقتصاديون باقتسام الصفقات العمومية عن طريق تعيين متعامل يقترح أفضل عرض و يمثل البقية دور المنافسين فقط على أن يتم التداول بينهم، وهذا هو الاتفاق المحظور، فتتخدع المصلحة المتعاقدة بهذه المنافسة الظاهرية، ومن أجل وضع حد لهذه الممارسات يتعين إثبات وجودها فعلا، وهو أمر على درجة كبيرة من الصعوبة، خاصة مع التطور الحاصل في وسائل الاتصال ، كما أن هذه الاتفاقات بين المتعاملين الاقتصاديين تتسم بالسرية و يصعب كشفها.

---

(1)- صياد ميلود، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل سنة 2008)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015، ص 15.

(2)- المادة 6 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(3)- صياد ميلود، مرجع سابق، ص 37.

2- التخفيض المفرط للأسعار

إن مبدأ حرية الأسعار من أهم المبادئ المكرسة بموجب الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، مع العلم أن المشرع قد سبق اهتمامه بالأسعار حتى قبل إصدار القوانين المتعلقة بالمنافسة، وذلك بالنظر إلى أن قضية الأسعار تكتسي أهمية كبيرة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين في عقود الصفقات العمومية.

إن حرية تحديد الأسعار نفسها تعتبر من أهم مظاهر صحة المنافسة، وأن السعي إلى تقييد حرية تحديد السعر هو في النهاية تعطيل لحرية التنافس، لذلك نجد أن قانون المنافسة تصدى لجميع الممارسات غير الشرعية للأسعار التي من شأنها الإضرار بالمنافسة، وخاصة التخفيض غير العادي للسعر بما لا يتوافق مع السعر التداولي في السوق[1]، وفي هذا الإطار نصت المادة 6 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم على حظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما ترمي إلى- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها[2].

وفي مجال الصفقات العمومية فقد يعمد بعض المتعاملين الاقتصاديين إلى تخفيضات من أجل تعزيز حظوظهم في الفوز بالصفقة، وهذا أمر مقبول بقوة في مجال الأعمال، إلا أن الأمر قد يصل إلى حد المبالغة فيه لإبعاد منافسيه من الحصول على الصفقة، أي تكسير الأسعار إلى درجة يستحيل معها أن يحصل أي متنافس على صفقة في وجود متعامل متعاقد يهدف إلى إبعاد كل خصومه الاقتصاديين من مجال معين للوصول إلى هيمنة بواسطة عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لانخفاض السعر[3]، و في غالب الأحيان فإن المتعاملين الاقتصاديين الذي يمارسون مثل هذه التصرفات بالتخفيض المفرط للأسعار يستفيدون فيما بعد و نتيجة لتواطؤ المصالح المتعاقدة من بنود مراجعة الأسعار و كذا الملاحق في إطار الصفقة لتعويض الخسارة التي يمكن أن تلحق بهم نتيجة عدم التوافق بين سعر الصفقة و السعر المنخفض الذي يعرضه المتعامل المتعاقد.

3- التعسف في وضعية الهيمنة

عرّف المشرع وضعية الهيمنة في المادة 3 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم بنصه « هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها

---

[1]- بن بدرة عفيف، حق المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 55.
[2]- المادة 6 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.
[3]- محمد خرفان، مرجع سابق، ص 91.

عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها، أو ممونيها »[1]، ومن خلال هذا النص يتضح أن مفهوم الهيمنة الاقتصادية يرتكز على عاملين مهمين هما استقلالية المؤسسات في التحرك، والقدرة على منع المنافسة من الحدوث أي عرقلتها[2].

إن الحجم الكبير للمؤسسة والذي يسمح لها باكتساب مركز قوي في السوق غير ممنوع في حد ذاته وإنما يمنع القانون التعسف في استعمال هذه القوة الاقتصادية، خاصة عندما يكون الهدف منها الحد أو الإخلال بحرية المنافسة ونزاهتها، وذلك يتم عن طريق إقصاء المتنافسين الآخرين من ممارسة النشاط الاقتصادي في السوق، وهو ما نصت عليه المادة 07 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم « يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها»[3].

غير أنه بمقارنة هذه الأحكام مع ما تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد هذا الأخير قد ذهب إلى أبعد من ذلك في سبيل حماية مبدأ المنافسة، حيث أنه بإمكان لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة، أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط[4]، فمجرد قيام الاحتمال بالإخلال بالمنافسة يؤدي إلى رفض العرض المقبول.

ثانيا: مراقبة عمليات التجميع الماسة بالمنافسة (التركيز الاقتصادي)

لقد أجاز تنظيم الصفقات العمومية للمتعامل المتعاقد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا إمكانية أن يتقدم بعرضه ويلتزم بمقتضى الصفقة، إما بصفة منفردة وإما في إطار تجمع مؤقت[5].

و تعتبر عمليات التجميع والاندماج من التصرفات والاستراتيجيات التجارية التي هي مكسب من مكاسب حرية المنافسة، وأنه لا يطرح المشكل في تواجدها ضمن السوق، وإنما يطرح المشكل في درجة تواجدها، حيث يعتبر التركيز الوجه الآخر للاحتكار، بل قد يكون مرادفا له، لذلك نص المشرع على ضرورة مراقبة التركيز الاقتصادي لتفادي المساس بالمنافسة،[6] وقد اقتصر المشرع في المادة 15 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم، على بيان الوسائل التي يتحقق بها التجميع الاقتصادي في نظر قانون

---

(1)- المادة 3 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.
(2)- بن بدرة عفيف، مرجع سابق، ص 148.
(3)- المادة 7 من الأمر رقم 03-03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.
(4)- المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.
(5)- المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع السابق.
(6)- بن بدرة عفيف، مرجع سابق، ص 153.

المنافسة، والتي تتمثل في اندماج مؤسستين أو أكثر، الحصول على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات، إنشاء مؤسسة مشتركة.

والتجميع الاقتصادي ليس محظورا في حد ذاته، وإنما يتعلق الحظر بتأثير التجميع على المنافسة، وهو ما ذكرته المادة 17 من نفس الأمر بنصها على أن « كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر » ومن خلال هذا النص، فإن إمكانية تأثير التجميع الاقتصادي على المنافسة قد يكون من خلال تعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما أو تصبح في وضعية احتكار، ويظهر التجميع الاقتصادي كممارسة مقيدة للمنافسة عند القيام به بهدف الاستحواذ على الصفقات في مجال معين [1].

ومن خلال تطرقنا إلى دور مجلس المنافسة في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية نلاحظ بأن مجلس المنافسة لا يكون مختصا بالنظر في الممارسات المنافية للمنافسة التي ترتكبها المصلحة المتعاقدة إذا كانت مبررة بممارسة امتيازات السلطة العامة، وهذا ما يحول دون فعالية الرقابة التي يمارسها مجلس المنافسة لأن كثيرا من هذه الممارسات تفلت من رقابته، وما يؤكد ذلك هو القرارات الكثيرة التي قضى فيها مجلس المنافسة بعدم اختصاصه بالنظر في ممارسات المصالح المتعاقدة لارتباطها بمهام المرفق العام وامتيازات السلطة العامة، إضافة إلى صعوبة إثبات الممارسات المخلة بمبدأ المنافسة لأن الاثبات ضروري أمام مجلس المنافسة.

المطلب الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية

يعتبر مجلس المحاسبة أداة رقابية على صرف الأموال العامة و مدى احترام الهيئات العمومية للقوانين و التنظيمات المعمول بها في مجال النفقات العمومية، حيث تعتبر الصفقات العمومية من أهم مجالات صرف النفقات العمومية، و تم التأكيد على إخضاع ملفات الصفقات العمومية لرقابة مجلس المحاسبة، من خلال المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنصها « وتخضع الملفات التي تدخل في اختصاص لجان الصفقات للرقابة البعدية، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها »[2]، و عليه سوف نتناول دور مجلس المحاسبة في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال التطرق إلى مفهوم مجلس المحاسبة (فرع أول)، ثم وسائل المجلس في حماية مبدأ المنافسة (فرع ثاني).

---

[1]- صياد ميلود، المرجع السابق، ص 53.

[2]- المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفرع الأول: مفهوم مجلس المحاسبة

أعلن عن قيام مجلس المحاسبة بعد الاستقلال بموجب المرسوم رقم 63-127 المتضمن تنظيم وزارة المالية[1]، ولكنه لم يتجسد في أرض الواقع، وتم تأسيس مجلس المحاسبة فعليا عام 1980 بموجب القانون رقم 80-05، المتعلق بممارسة وظيفة الرقابة المالية من طرف مجلس المحاسبة[2]، وذلك تطبيقا للمادة 190 من دستور 1976.

وفي إطار دستور 1989، وبموجب المادة 160 منه، تم تعديل القانون 80-05 بموجب القانون رقم 90-32، المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة[3]، والذي تمت مراجعته هو الآخر بموجب الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة[4]، ليتم تعديل هذا الأخير بعد ذلك بموجب الأمر رقم 10-02[5]

وفي ما يلي نتطرق إلى تعريف مجلس المحاسبة (أولا)، ثم إلى تنظيمه (ثانيا).

أولا: تعريف مجلس المحاسبة

يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وبهذه الصفة يدقق في شروط استعمال الهيئات للموارد والوسائل المادية والأموال العامة التي تدخل في نطاق اختصاصه، ويقيم تسييرها، ويتأكد من مطابقة عمليات هذه الهيئات المالية والمحاسبية للقوانين والتنظيمات المعمول بها [6].

ثانيا: تنظيم مجلس المحاسبة

يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية من الناحية العضوية والوظيفية، ويتشكل من هياكل قضائية وأخرى إدارية، تتمثل الهياكل القضائية للمجلس في رئيس المجلس الذي يعين بموجب مرسوم رئاسي، والغرف وهي إما ذات اختصاص وطني أو إقليمي، إضافة إلى كتابة الضبط، في حين يتولى النيابة

---

(1)- المرسوم رقم 63-127، المؤرخ في 19 أفريل 1963، المتضمن مصالح وزارة المالية، ج ر ، عدد 23 لسنة 1963.

(2)- القانون رقم 80-05، المؤرخ في 1 مارس 1980، يتعلق بممارسة وظيفة الرقابة المالية من طرف مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 10، مؤرخة في 4 مارس 1980، (ملغى).

(3)- القانون رقم 90-32، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 53، مؤرخة في 5 ديسمبر 1990، (ملغى).

(4)- الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 يوليو 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 39، مؤرخة في 23 يوليو 1995.

(5)- الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 غشت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 95-20 والمتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 50، مؤرخة في 1 سبتمبر 2010.

(6)- المادة 2 من الأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، مرجع السابق.

العامة في مجلس المحاسبة الناظر العام، أما الهياكل الإدارية فتتألف من الأمانة العامة، والأقسام التقنية، والمصالح الإدارية.

ثالثا: صلاحيات مجلس المحاسبة

لتمكين مجلس المحاسبة من القيام بمهامه على أكمل وجه، منحه المشرع العديد من الصلاحيات نوجزها كما يلي:

– حق الاطلاع على كل الوثائق التي من شأنها أن تسهل رقابة العمليات المالية والمحاسبية، أو اللازمة لتقييم تسيير المصالح والهيئات الخاضعة لرقابته.

– الدخول إلى جميع الأماكن والمحلات التي تشملها أملاك الجماعات العمومية، أو أية هيئة خاضعة لرقابة المجلس.

– يحق للمجلس الاستماع إلى أي عون في الجماعات والهيئات الخاضعة لرقابته.

– يمكن له أن يطلب من السلطات السلمية لأجهزة الرقابة الخارجية المؤهلة لرقابة الهيئات الخاضعة لرقابته الاطلاع على كل المعلومات أو الوثائق أو التقارير التي تمتلكها، أو تعدها عن حسابات هذه الهيئات وتسييرها.

– يمكن مجلس المحاسبة إشراك أعوان القطاع العام المؤهلين لمساعدته في أعماله المادية، كما يمكنه استشارة اختصاصيين، أو تعيين خبراء، من شأنهم إفادته أو مساعدته في أشغاله.

– له أن يجري كل التحريات الضرورية، من أجل الاطلاع على المسائل المنجزة، بالاتصال مع إدارات من القطاع العام.

– لا يمكن الاحتجاج بالطريق السلمي، أو السر المهني كذريعة لعدم التعاون مع قضاة مجلس المحاسبة [1].

الفرع الثاني: وسائل مجلس المحاسبة في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تنصب رقابة مجلس المحاسبة على الصفقة العمومية منذ اعتمادها إلى غاية تنفيذها، فيتأكد من تكريس المبادئ التي تقوم عليها الصفقة بكل أنواعها، ومدى احترامها للشروط والمعايير المستعملة لاختيار أفضل العروض، كما يقوم المجلس بالتحقق من وجود لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض، وكذا

[1]- أنظر المواد 55 و 56 و57 و58 و59 من الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

القرار الذي يحدد تكوينها وطريقة عملها[1]، ويقوم مجلس المحاسبة بنوعين من الرقابة، رقابة إدارية تنصب على مختلف العمليات المالية، ورقابة قضائية تتعلق بالأخطاء والمخالفات التي تكون خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تسري على استعمال وتسيير الأموال العمومية.

و بالرجوع إلى رقابة تسيير النفقات محل الصفقات العمومية، يسهر مجلس المحاسبة من خلال غرفة الانضباط على معاينة أعمال التسيير التي تتم خرقا لقواعد إبرام الصفقات العمومية، ولهذا فهو يعاين الممارسات غير الشرعية والمتعلقة منها بـ:

– سوء اختيار صيغة الإبرام الملائمة أو عدم تبرير الصيغة المختارة، و مثال ذلك لجوء المصلحة المتعاقدة إلى صيغة التراضي خارج الحالات المنصوص عليها قانونا.

– اللجوء إلى التحصيص غير المبرر، و مثال ذلك قيام المصلحة المتعاقدة بتجزئة الصفقة لتجنب الإجراءات التي يفرضها طلب العروض ومختلف عمليات الرقابة.

– عدم القيام كما يجب بما تستدعيه قواعد المنافسة والإشهار بالإضافة إلى استبعاد بعض العروض بدون وجه حق أو سوء ترتيبها، ومن ذلك مثلا الإعلان عن الصفقة الذي لا يتوفر على جميع البيانات الإلزامية التي يتطلبها القانون.

– عدم تحرير محاضر الفتح والتقييم بتاتا، أو عدم تحريرها في أوانها، إضافة إلى التعسف في استعمال إعلان عدم جدوى العروض[2].

وفي نفس السياق تحقق الغرفة في مدى قانونية منح التأشيرات من قبل هيئات الرقابة القبلية، أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية، هذه الرقابة من شأنها إضافة المزيد من الحماية على احترام أحكام تنظيم الصفقات العمومية لأنه يسد الطريق أمام كل محاولة لإعطاء تأشيرة غير قانونية.

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن رقابة مجلس المحاسبة تساهم في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال الرقابة المشددة التي يفرضها على مختلف الوثائق المتعلقة بالصفقة و التي تفرض على مختلف الهيئات ضرورة التقيد بالإجراءات و الأحكام المعمول بها، إلا أن هذه الرقابة تبقى بعدية و غير مباشرة.

---

[1]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 205.
[2]- طلاش خليدة، مرجع سابق، ص 125.

المطلب الثالث: حماية مبدأ المنافسة من خلال رقابة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته

تطبيقا لمقتضيات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في 31 أكتوبر 2003 بنيويورك، والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 04-128 المؤرخ في 19-4-2004[1]، عمدت الجزائر إلى إصدار القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم[2]، والذي نص في الباب الثالث منه على تنصيب الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته (فرع أول)، ثم نتطرق إلى وسائل الهيئة في حماية مبدأ المنافسة (فرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته

لقد حرص المشرع على إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وأولاها أهمية بالغة من خلال تحديد طبيعتها، وتشكيلتها، وتنظيمها، والصلاحيات المخولة لها، ونتناول في هذا الفرع تعريف الهيئة (أولا)، ثم نتعرض إلى بيان مهامها (ثانيا).

أولا: تعريف الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته

هي هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، تعمل على تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد، وتعتبر سلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتوضع لدى رئيس الجمهورية[3].

ثانيا: مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته

بالرجوع إلى المادة 20 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم نجدها قد حدّدت المهام التي تقوم بها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بنصها على أنه «تكلف الهيئة لا سيما بالمهام التالية:

1- اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

---

[1]- مرسوم رئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أفريل سنة2004، بتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003، ج ر عدد 26 مؤرخة في 25 أفريل سنة 2004.

[2]-القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر عدد 14 مؤرخة في 8 مارس سنة 2006، المعدل والمتمم.

[3]- المادتين 17و18 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2- تقديم توجيهات تخص الوقاية من الفساد لكل شخص أو هيئة عمومية أو خاصة واقتراح تدابير خاصة منها ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وكذا التعاون مع القطاعات المعنية العمومية والخاصة في إعداد قواعد أخلاقيات المهنة.

3- إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد.

4- جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها، لا سيما البحث في التشريع والتنظيم والإجراءات والممارسات الإدارية عن عوامل الفساد لأجل تقديم توصيات لإزالتها.

5- التقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته والنظر في مدى فعاليتها.

6- تلقي التصريحات بالممتلكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها وذلك مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه في فقرتيها 1و 3.

7- الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد.

8- ضمان تنسيق ومتابعة النشاطات والأعمال المباشرة ميدانيا على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بإحصائيات وتحاليل متصلة بمجال الوقاية من الفساد ومكافحته التي ترد إليها من القطاعات والمتدخلين المعنيين.

9- السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات و على التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني و الدولي.

10- الحث على كل نشاط يتعلق بالبحث عن الأعمال المباشرة في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته وتقييمها ».

الفرع الثاني: وسائل الهيئة لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

في سبيل قيام الهيئة بالمهام الموكلة إليها والمتعلقة أساسا بالوقاية من الفساد ومكافحته، مكّنها المشرع من الاستعانة بأي إدارة أو مؤسسة أو هيئة، وكل خبير أو مستشار يمكن لهم إفادة الهيئة في مجال نشاطها[1]، كما منحها العديد من الوسائل والصلاحيات، فهي تقوم بدراسة التصريحات بالممتلكات

[1]- المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 74 مؤرخة في 22 نوفمبر 2006،المعدل والمتمم.

التي تختص الهيئة بتلقيها(أولا)، وتملك حق الاطلاع على كل الوثائق والمعلومات التي يمكن أن تكشف عن أفعال الفساد (ثانيا)، وفي حالة اطلاعها على وقائع تحمل وصفا جزائيا تقوم بتحويل الملف إلى وزير العدل قصد تحريك الدعوى العمومية (ثالثا).

أولا: دراسة التصريحات بالممتلكات

تملك الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته سلطة دراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريح بالممتلكات لأعضاء المجالس المنتخبة، وباقي الموظفين الذين تختص الهيئة بتلقي تصريحاتهم، وفي حالة اكتشاف الهيئة أن هناك تضخم غير مبرر لثروة أحد الموظفين فمن حقها إعلام وزير العدل لتحريك الدعوى العمومية.

و المشرع رأى أنه من المناسب تخصيص قسم أو جهاز مستقل لمعالجة مسألة تلقي التصريحات بالممتلكات وذلك لأهمية هذه الآلية في مكافحة الفساد، لأنه عن طريقها يتم التحقق من مدى تضخم الثروة من عدمه، وبالتالي تفعيل وكشف جريمة الإثراء غير المشروع[1].

ثانيا: حق الاطلاع على الوثائق والمعلومات

نصت المادة 21 من القانون رقم 06-01 على ضرورة تزويد الهيئة بالمعلومات والوثائق، حيث بإمكانها أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص، أو من كل شخص طبيعي أو معنوي أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد، وكل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات أو الوثائق يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة[2].

ثالثا: إمكانية إخطار وزير العدل

يمكن للهيئة أن تتدخل في عملية الرقابة على الصفقات العمومية، من خلال الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري حول الصفقات التي تحوم حولها شبهة الفساد، و تحويل الملفات التي تتضمن وقائع حول إبرام، أو تنفيذ صفقات عمومية معينة بإمكانها أن تأخذ وصفا جزائيا، طبقا لقانون العقوبات والقوانين المكملة له، إلى وزير العدل حافظ الأختام قصد تحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء[3].

والشيء الملاحظ في هذا المجال أن الهيئة غير مؤهلة لتحويل الملف مباشرة إلى النائب العام المختص إقليميا، وإنما ألزمها المشرع بضرورة تبليغ وزير العدل بذلك، والذي يعود له إخطار النيابة

(1)- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 495.
(2)- المادة 21 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.
(3)- المادتين 20 و22 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

العامة لتحريك الدعوى العمومية، كما يلاحظ أن لوزير العدل سلطة تقديرية في إخطار النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية من عدمها[1].

فمن خلال هذه الوسائل تعمل الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته على كشف ومتابعة جرائم الفساد بصفة عامة، والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على وجه الخصوص، حيث يمكن للهيئة في إطار ممارسة مهامها أن تطلب من الهيئات والمؤسسات التي تقوم بإبرام صفقات عمومية أية وثائق أو معلومات تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد التي ترد إليها معلومات بشأنها، كما ألزم المشرع بقانون مكافحة الفساد الهيئات المعنية بضرورة تزويد الهيئة بأية معلومات أو وثائق تطلبها وفي حالة الامتناع غير المبرر فإن ذلك يشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة، وعلية فإن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته تقوم بدور مهم في الحد من الإخلال بمبدأ المنافسة من خلال التصدي للجرائم التي يترتب عنها إخلال بهذا المبدأ، مثل جريمة المحاباة أو قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية.

ورغم أهمية هذه الرقابة التي تمارسها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إلا أن رقابتها تبقى محدودة وغير فعالة في مكافحة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، و ذلك راجع لعدم صلاحيتها لإخطار النيابة العامة مباشرة قصد تحريك الدعوى العمومية، إضافة إلى الحجم الهائل للصفقات التي يتم إبرامها وصعوبة وصول المعلومات إليها بشأن التصرفات و الممارسات المخلة بالمنافسة في الصفقات العمومية.

[1]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 495.

خلاصة الفصل

لقد سعى المشرع الجزائري إلى تكريس مبدأ المنافسة من خلال النص على قواعد تحضير الصفقات العمومية، بدءا بتحديد الحاجات ثم إعداد دفتر الشروط ثم الإعلان عن الصفقة، كما حدد طرق و إجراءات الإبرام من خلال النص على طلب العروض بمختلف أشكاله كأصل عام باعتباره أداة بعث المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، و حدد حالات اللجوء إلى التراضي بنوعيه باعتباره الاستثناء سعيا منه لعدم انحراف الإدارة بهذا الإجراء و استخدامه خارج الحالات المحددة، و ما يمكن الاشارة اليه هو مسألة السلطة التقديرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في تحديد الحاجات العمومية و إعداد دفتر الشروط، حيث يمكن للمصلحة المتعاقدة إساءة استغلال هذه السلطة بتوجيه الصفقة العمومية نحو متعامل معين، كما حدد المشرع مختلف الإجراءات التي ينبغي على الإدارة التقيد بها في استقبال و فحص و تقييم عروض المتعاملين الاقتصاديين سعيا منه لوضع حدود و ضوابط تقلل من حالات اقصاء و استبعاد العروض دون مبررات واقعية و قانونية، كما أخضع إبرام الصفقات العمومية لمختلف عمليات الرقابة كضمانة إضافية لاحترام مبدأ المنافسة حيث تعتبر رقابة لجان الصفقات العمومية رقابة حاسمة وعملية، أما بخصوص دور الهيئات الإدارية في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية فما يمكن قوله هو أن دور مجلس المنافسة و رغم أهميته في متابعة الممارسات المخلة بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية إلا أن رقابته تبقى محصورة في متابعة التصرفات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون، لأن قرارات المصلحة المتعاقدة المرتبطة بمهام المرفق العام و إمتيازات السلطة العامة تخرج من نطاق اختصاصه، كما أن إثبات التصرفات المخلة بمبدأ المنافسة أمام مجلس المنافسة صعبة لأنها في أغلبها سرية، و بخصوص دور مجلس المحاسبة فهو مهم في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية نظرا للرقابة التي يمارسها على الوثائق الخاصة بالصفقة، لكن تبقى حمايته غير مباشرة لأنها عبارة عن رقابة بعدية على إبرام الصفقات العمومية، و بخصوص دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته فرغم المهام المسندة لها و الآليات المكرسة لها، إلا أن دورها في الكشف عن التصرفات المخلة بالمنافسة يبقى محدودا نظرا لصعوبة وصول المعلومات إليها حول الممارسات المخلة بالمنافسة في الصفقات العمومية والحجم الهائل للصفقات العمومية التي تقوم بها الهيئات العمومية.

الفصل الثاني

الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

لقد قام المشرع الجزائري بتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية عبر مختلف المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية، وحرصا منه على التزام المصالح المتعاقدة باحترام هذا المبدأ فقد أخضع الصفقات العمومية لعمليات رقابية متعددة داخلية و خارجية و وصائية، و منح المترشحين أو المتعهدين فرصة الطعن أمام إحدى لجان الصفقات المختصة في حالة ما إذا كان هناك إخلال بمبدأ المنافسة في القرارات التي تتخذها المصالح المتعاقدة والمتعلقة بالمنح المؤقت أو إلغائه أو بإعلان عدم جدوى الإجراء أو إلغائه، كما أنه أخضع الصفقات العمومية لرقابة مجموعة من الهيئات والمؤسسات الإدارية.

ولضمان حماية أكبر لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية فقد منح المشرع الجزائري للقاضي الإداري صلاحية النظر والفصل في الدعاوى التي ترفع ضد الانتهاكات أو الخروقات المخلة بمبدأ المنافسة، و لا يقتصر تدخل القضاء في سبيل حماية مبدأ المنافسة على القاضي الإداري فقط الذي تأخذ أحكامه طابعا وقائيا، بل إن المشرع أعطى للقاضي الجزائي إمكانية التدخل لحماية مبدأ المنافسة بموجب القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته من خلال تجريم الأفعال والتصرفات التي تؤدي إلى خرق وتعطيل قواعد الشفافية والمنافسة التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية.

و عليه سنتناول في هذا الفصل دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال (مبحث أول)، ونتناول دور القضاء الجزائي في حماية ذات المبدأ (مبحث ثاني).

المبحث الأول: دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

يتدخل القاضي الإداري في سبيل حماية مبدأ المنافسة عن طريق دعوى الإلغاء في إطار نظرية القرارات الإدارية المنفصلة، والتي تسمح لقاضي الإلغاء بفحص مشروعية القرارات الإدارية التي تصدرها المصالح المتعاقدة أثناء عملية إبرام الصفقات العمومية، كما أن المشرع قد نظّم أحكاما خاصة بالاستعجال في مادة الصفقات العمومية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و عليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء (مطلب أول)، و بعد ذلك نتطرق إلى حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال الدعوى الاستعجالية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال رفع دعوى الإلغاء

تجد دعوى الإلغاء أساسها في نص المادة 161 من الدستور والتي تنص على ما يلي (ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية)[1]، كما تستمد أساسها أيضا من المواد 9، 10،11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم[2]، بالإضافة إلى المواد801، 901، 902، 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

وتعرّف دعوى الإلغاء على أنها الدعوى التي يرفعها صاحب المصلحة أو من ينوب عنه أمام القضاء المختص، وخلال الميعاد المقرر قانونا لرفع الدعوى، طالبا فيها إبطال قرار إداري يعتقد عدم مشروعيته[4]، كما أن دعوى الالغاء يجب أن توجه ضد قرار إداري منفصل عن عقد الصفقة العمومية وهو ما سنتناوله في (فرع أول)، ولإمكانية رفع دعوى الإلغاء لا بد من توافر مجموعة من الشروط، وهو ما سنتناوله في (فرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية القابلة للانفصال في إطار الصفقة العمومية

الأصل أن تدخل القضاء لفرض رقابته لا يكون إلا على مراكز قانونية مكتملة الآثار، أو بتعبير آخر إن الاستنجاد برقابة القضاء الإداري لا يكون إلا عند صدور قرار نهائي واجب التنفيذ، لكن نظرا لخطورة الإجراءات المتخذة في إطار عملية إبرام الصفقات العمومية وعلى اختيار المتعامل المتعاقد وعلى

---

[1]- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

[2]- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 39 مؤرخة في 7 جوان سنة 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4 مارس2018، ج ر عدد 15 مؤرخة في 7 مارس2018.

[3]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل سنة 2008.

[4]- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 98.

شفافية الإجراءات ونزاهتها، تمّ إقرار حق الطعن بالإلغاء ضد بعض القرارات التي يتم اتخاذها أثناء عملية إبرام الصفقات العمومية في إطار ما يعرف بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، و من هنا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف القرارات الإدارية المنفصلة (أولا)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى أنواع القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقة العمومية (ثانيا).

أولا: تعريف القرارات الإدارية المنفصلة

تعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي وذلك بتاريخ 11 ديسمبر 1903، حيث طبّق مفهوم القرار الإداري المنفصل على قرار تمهيدي يتعلق بعقد خاص، ليتوسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في مجال العقود الإدارية في ما بعد في قرار (مارتان) بتاريخ 4 أوت 1905، حيث تتلخص وقائع وإجراءات هذه القضية في أن السيد مارتان بصفته مستشار بمحافظة (Loir–et–Cher)، أدرج دعوى إلغاء ضد مداولات شهر أوت 1902.1901.1900 الخاصة بامتياز خط حافلة كهربائية (Tramways)، وركّز السيد مارتان في دعواه على أن المحافظ لم يوزع على أعضاء المجلس تقرير مطبوع يخص مسألة الامتياز ثمانية أيام قبل تاريخ المداولة، ومنع بذلك أعضاء المجلس من ممارسة صلاحياتهم بكل موضوعية، فدفعت الإدارة بأن المداولات المطعون فيها أدّت إلى إبرام عقد وأنه لا يمكن أن تكون محل إلغاء، بل تخضع لاختصاص قاضي العقد، إلا أن مجلس الدولة لم يستجب لدفوع الإدارة وطبق نظرية القرارات المنفصلة وحكم بقبول دعوى السيد مارتان من أجل تجاوز السلطة بقرار أصدره في 4 أوت 1905، ومنذ صدور هذا القرار أصبح يحق لكل شخص يعتبر أنه متضرر من إجراء فردي سابق لإبرام العقد الإداري بصفة نهائية أن ينازع في شرعيته أمام قاضي الإلغاء من أجل تجاوز السلطة، لكن اشترط في الطاعن أن تكون له مصلحة [1].

ولقد تعددت محاولات تعريف القرارات الإدارية المنفصلة، ومنها أن القرار الإداري المنفصل هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا ، فهو قرار يسبق عملية الإبرام نظرا لأنه يمهد لها، فهو لا يدخل في نطاق الرابطة التعاقدية، مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء استقلالا عن العقد[2]، ويمكن تعريفها أيضا على أنها القرارات الإدارية التي تتخذ بمناسبة إبرام صفقة عمومية تهدف للتمهيد لإبرام الصفقة أو لإبرامها أو لعدم إبرامها، تصدر هذه القرارات عن المصلحة المتعاقدة نفسها أو عن الجهة التي خولها القانون

[1]- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 254.
[2]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 357.

سلطة إصدارها، تكون هذه القرارات رغم صلتها بالصفقة قائمة بذاتها وقابلة لإحداث آثار قانونية منفصلة عنها فتقبل الطعن فيها استقلالا أمام قاضي تجاوز السلطة [1].

ثانيا: أنواع القرارات الإدارية المنفصلة في الصفقة العمومية

ترتبط عملية إبرام الصفقات العمومية بمجموعة من القرارات التي يمكن أن يكون فيها إخلال بمبدأ المنافسة إذا كانت مشوبة بإحدى عيوب المشروعية، مما يرتب إمكانية الطعن فيها بالإلغاء من قبل المتعامل الاقتصادي، وتتمثل هذه القرارات في ما يلي:

1- قرار الإعلان عن الصفقة: الإعلان عن الصفقة شرط جوهري حتى يصل أمر الصفقة إلى علم كل من تتوافر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها، وما استقر عليه قرار مجلس الدولة الفرنسي أن قرار الإعلان عن الصفقة العمومية قرار إداري منفصل، وقد رتّب بطلان قرارات الإعلان إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانونا، ومثال ذلك الإعلان عن طلب العروض في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و إغفال نشره في صحيفتين وطنيتين يجعل منه مشوبا بعيب مخالفة الشكل والإجراء الذي يتطلبه القانون، مما يجوز الطعن فيه بالإلغاء حماية لمبدأ المنافسة لأنه لم يحقق الغرض منه وهو الوصول إلى أكبر عدد ممكن من المترشحين.

2-قرار الحرمان من المشاركة: لقد خول القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة إذا كان مستندا إلى نص قانوني، ولو توافر في الشخص كل المؤهلات المطلوبة، وذلك تطبيقا لنص المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية، وقد كيّف القضاء قرار الحرمان من دخول الصفقة على أنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء، فيمكن للشخص الذي حرم من دخول الصفقة العمومية الطعن بالإلغاء إذا كان الحرمان مؤسسا على نص قانوني وثبت أن الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة في هذا النص، أو ثبت إلغاء النص القانوني أو تعديله [2].

3- قرار الاستبعاد: أجاز القانون للمصلحة المتعاقدة استبعاد العروض في حالات محددة، كأن تقدم العروض ناقصة أو خارج الآجال المحددة، أو إذا كان العرض المالي منخفض بشكل غير عادي أو مبالغ فيه، أو إذا ترتب على منح الصفقة لصاحب العرض المقبول وضعية هيمنة أو إخلال بالمنافسة،وقد اعتبر القضاء الإداري قرار الاستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري وترتيبه لآثار قانونية بذاته تتمثل في الحرمان من التعاقد مع الإدارة وهو ما يخول أصحاب الشأن

[1]- شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 16.
[2]- تياب نادية، مرجع سابق، ص 221.

الطعن ضده بالإلغاء[1]، فاستبعاد المصلحة المتعاقدة لعرض مترشح بحجة أنه غير مطابق للمواصفات المطلوبة أو لمحتوى دفتر الشروط و الواقع أنه غير ذلك يجعل من هذا القرار مشوبا بعيب مخالفة القانون، وبالتالي يجوز الطعن فيه بالإلغاء لعدم مشروعيته.

4- قرار المنح المؤقت: هو قرار إداري كونه يتضمن إنشاء مركز قانوني جديد للمتعامل المتعاقد الذي منحت له الصفقة مؤقتا، وبذلك يعتبر هذا القرار من القرارات القابلة للانفصال والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام الجهة القضائية المختصة[2]، كأن لا يتم نشر قرار المنح المؤقت إطلاقا، أو أن ينشر في جرائد غير التي نشر فيها الإعلان عن الصفقة، أو لا يتضمن كل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة مؤقتا، مما يجعله مشوبا بعيب مخالفة الشكل والإجراء وبالتالي إمكانية الطعن فيه بالإلغاء.

5- قرار إبرام الصفقة: لقد حددت المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجهة المخول لها قانونا إبرام الصفقات العمومية، وذلك بالنسبة لكل هيئة من الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية، ويعرّف قرار إبرام الصفقة بأنه القرار الذي يكون محله اعتماد نتائج الإرساء من قبل جهة الإدارة المختصة بعد صدور قرار اللجنة المكلفة بالإرساء يؤدي هذا القرار إلى إنشاء العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل و به يكتمل رضا طرفي العقد، و وفقا لأحكام مجلس الدولة الفرنسي فإنه لا يبرر الطعن في قرار الإبرام إلا لسببين، إما لعدم الاختصاص وإما لعدم إتباع المختص بالتوقيع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون[3]، ومثال ذلك قيام الأمين العام للولاية بإمضاء قرار إبرام الصفقة في حين أن ذلك من اختصاص الوالي يجعل من هذا القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص وبالتالي يمكن الطعن فيه بالإلغاء، إلا إذا كان الأمين العام مفوضا من الوالي.

6- قرار إلغاء الصفقة: قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إلغاء الصفقة أيا كانت طريقة إبرامها، إما بدواعي المصلحة العامة، وإما لعدم جدوى الإجراء، و قد اعتبر القضاء الإداري هذا القرار بأنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري وذلك عندما يتم تقرير عدم الجدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانونا، أو يكون استناد المصلحة المتعاقدة لإحدى حالات عدم الجدوى صوري[4]، ومثال ذلك قيام المصلحة المتعاقدة بإلغاء إجراء طلب العروض بدواعي المصلحة العامة في حين أن الغرض الحقيقي من ذلك هو تحقيق أغراض شخصية أو محاباة لأحد المترشحين، الأمر الذي يجعل من هذا القرار مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وبالتالي عدم مشروعيته.

---

[1]-تياب نادية، مرجع سابق، ص 224.
[2]- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 276.
[3]- شريف سمية، مرجع سابق، ص 35.
[4]- تياب نادية، مرجع سابق، ص226.

7- قرار التصديق على الصفقة: حيث تخضع بعض المصالح في إبرام صفقاتها إلى رقابة الوصاية تمارس في صورة التصديق على الصفقة، ويشكل قرار الوصاية بالتصديق أو عدم التصديق قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة، ومن أمثلة قرارات التصديق على الصفقة ما نصّت عليه المادة 194 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية « يصادق على محضر المناقصة والصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي، يرسل محضر المناقصة والصفقة العمومية إلى الوالي مرفقان بالمداولة المتعلقة بهما».

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

حتى يمكن رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية غير المشروعة يتعين توافر جملة من الشروط بحيث يترتب على عدم توافرها عدم قبول الدعوى، وتنقسم هذه الشروط إلى شروط شكلية (أولا)، وشروط موضوعية (ثانيا).

أولا: الشروط الشكلية لرفع دعوى الإلغاء

هي جملة الشروط التي يتطلبها القانون حتى يمكن للقضاء الفصل في موضوع الدعوى، وفي حالة تخلف أي شرط منها يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى، وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

1- الصفة والمصلحة: إن دعوى الإلغاء باعتبارها دعوى قضائية لا يمكن قبول النظر والفصل من طرف جهة القضاء المختص بها إلا إذا توافرت في رافعها مصلحة جدية وصفة قانونية، فهكذا لا يمكن رفع دعوى الإلغاء بدون شرط المصلحة في رافعها تطبيقا لمبدأ لا دعوى بدون مصلحة، فلا بد من توافر شرط المصلحة والصفة القانونية، أي أن تكون لرافع دعوى الإلغاء مصلحة شخصية و مباشرة وحالة في رفع دعوى الإلغاء، وتكون وتتحقق المصلحة في رفع دعوى الإلغاء عندما يمس القرار إداري نهائي بآثاره القانونية المتولدة حقا أو مصلحة جوهرية يحميها القانون شخصية مباشرة للطاعن، والمصلحة في رفع الدعوى الإلغاء قد تكون مادية أو معنوية، أما الصفة القانونية فهي في هذه الدعوى تندمج وتمتزج بالمصلحة، حيث صاحب الصفة القانونية في رفع دعوى الإلغاء هو نفسه صاحب المصلحة.

2- أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري: فيجب أن يكون موضوع الطعن قرارا إداريا نهائيا له مواصفات القرار الإداري باعتباره عملا قانونيا انفراديا صادرا عن إحدى السلطات المختصة وبإرادتها المنفردة وذلك بقصد إحداث وتوليد آثار قانونية عن طريق إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية[1].

[1]- عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص 160 وما بعدها.

3- شرط الميعاد: يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن ترفع خلال مدة معينة، فالمصلحة العامة تقتضي وضع مواعيد وآجال لرفع دعوى الإلغاء حتى تحظى القرارات الإدارية بالاستقرار[1]، وقد وحّد قانون الإجراءات المدنية والإدارية ميعاد رفع دعوى الإلغاء محددا إياه بأربعة أشهر سواء أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة، ويسري هذا الأجل من تاريخ تبليغ القرار الإداري الفردي مثل قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصفقة، ومن تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي مثل الإعلان عن المنح المؤقت أو إعلان إلغاء الإجراء.

4- التظلم الإداري: يعتبر التظلم الإداري وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية الذاتية، وكذلك وسيلة من وسائل حل المنازعات الإدارية وديا دون اللجوء إلى القضاء، ونلاحظ بأنه لم يعد التظلم شرطا إلزاميا لقبول دعوى الإلغاء و إنما أصبح جوازيا واختياريا[2]، حيث تنص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه « يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه »، وعلى خلاف القانون السابق فإن التظلم يجب أن يكون ولائيا فقط إذ يجب أن يرفع إلى الجهة الإدارية نفسها التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه، ويثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل ويرفق مع العريضة، وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية تنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه « زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة »، ومن هنا يخول لكل عارض مشارك في المنافسة أن يتقدم بطعن أمام لجنة الصفقات العمومية وليس أمام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وبهذا الإجراء مكّن المشرع الجزائري المتعهدين المعنيين والذين قدّموا عطاءاتهم من حقهم في رفع طعن أمام لجنة الصفقات المعنية خلال 10 أيام من نشر الإعلان، وعلى من رفع الطعن إثبات وجه خرق القانون أو التنظيم أو صورة التمييز بين المتنافسين، وتصدر لجنة الصفقات المعنية رأيها خلال 15 يوما من انتهاء الأجل المحدد لرفع الطعن ويبلغ هذا الرأي إلى كل من الطاعن و المصلحة المتعاقدة [3].

---

[1]- تياب نادية، مرجع سابق، ص 233.

[2]- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص 173.

[3] - المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ثانيا: الشروط الموضوعية لرفع دعوى الإلغاء

يقصد بها مجموعة الحالات والعيوب التي تشوب القرار الإداري وتجعله غير مشروع أي قرار إداري مخالف للقانون بمعناه العام، فبعد أن تتحقق الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء ينعقد الاختصاص للقاضي المختص بدعوى الإلغاء في فحص وتحليل القرار الإداري من حيث مدى مشروعيته أو عدم مشروعيته، وتتمثل هذه العيوب في ما يلي:

1- عيب عدم الاختصاص: يمكن تعريفه بأنه انعدام القدرة أو الصفة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين باسم ولحساب الإدارة العامة بصفة شرعية، ولعيب عدم الاختصاص صور ومظاهر تتنوع بتنوع صور ومظاهر وعناصر الاختصاص ذاته، فقد يكون عدم الاختصاص شخصيا، وقد يكون زمانيا، وقد يكون مكانيا، وقد يكون موضوعيا، ويتدرج عيب عدم الاختصاص وفقا لاختلاف درجات خطورته وجسامته في الخروج على القانون ومبدأ الشرعية من عيب عدم الاختصاص البسيط إلى عدم الاختصاص الجسيم [1].

2- عيب السبب: يقصد به انعدام الوقائع المادية أو القانونية، أو وقوع خطأ في تقديرها وتكييفها وتفسيرها خلال صدور قرار إداري معين من قبل سلطة إدارية مختصة.

3- عيب مخالفة الشكل والإجراءات: هو عدم الالتزام و القيام بالشكليات والإجراءات المطلوب القيام بها عند إصدار قرار إداري معين.

4- عيب مخالفة القانون: يقصد به خروج القرار الإداري عن أحكام ومبادئ قواعد القانون في مضمونه وموضوعه أو محله عن أحكام ومبادئ وقواعد القانون في معناه العام الواسع.

5- عيب الانحراف في استعمال السلطة: يصيب القرار الإداري عيب الانحراف في استعمال السلطة إذا كانت السلطة الإدارية مصدرة القرار تستهدف غرضا أو أغراضا غير الغرض الذي منحت وأعطيت سلطة إصدار القرار [2].

ومما سبق يمكننا القول بأن دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة المخلة بمبدأ المنافسة، تعتبر آلية مهمة لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، فمن خلالها يمكن للقاضي الإداري أن يقوم بإلغاء القرارات الإدارية التي تتضمن إحدى عيوب اللامشروعية السابق ذكرها، غير أن ما يعاب على هذه الآلية هو طول إجراءاتها.

---

[1] - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 175.

[2] - المرجع نفسه، ص 175 وما بعدها.

المطلب الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال الدعوى الاستعجالية

لضمان حماية مبدأ المنافسة الذي تقوم عليه عملية إبرام الصفقات العمومية بغية استدراج أكبر عدد ممكن من العروض لاختيار صاحب العرض الأفضل من بينها، تدخل المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و منح الاختصاص لقاضي الاستعجال للتدخل في حالة ما إذا حدث إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية، ،و عليه سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الاستعجال في مادة الصفقات العمومية (فرع أول)، ثم إلى شروط رفع الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية (فرع ثاني)، وأخيرا سلطات القاضي الاستعجالي(فرع ثالث).

الفرع الأول: مفهوم الاستعجال في مادة الصفقات العمومية

تنص المادة 946 على ما يلي« يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد ».

يعتبر هذا النص الإطار القانوني الذي يحكم الاستعجال في مادة الصفقات العمومية، وفي ما يلي نتناول تعريف الإستعجال في مجال الصفقات العمومية (أولا)، ثم خصائصه (ثانيا).

أولا: تعريف الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

يمكن تعريف الاستعجال في مجال الصفقات العمومية بأنه إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعّال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة [1].

ثانيا: خصائص الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

تتميز الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية بمجموعة من الخصائص تتمثل في ما يلي:

1- تقنية قضائية قبل تعاقدية: يتم تحريك هذه الدعوى في مرحلة الإبرام، لأنها تهدف إلى الحد من المخالفات التي تمس قواعد العلانية والمنافسة، بحيث يكون لها دور وقائي.

[1]- بزاحي سلوى، مقال بعنوان رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص 31.

2- الدعوى الاستعجالية تخول للقاضي الإداري سلطات هامة: يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الاستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري، تتمثل هذه السلطات في الأمر، الوقف، تأجيل إبرام الصفقة.

3- يبت القاضي الإداري في الموضوع: القاعدة العامة أن القاضي الإداري لا يمس بأصل الحق، وإنما يتخذ التدابير الاستعجالية الفورية والضرورية فقط، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية أي ينظر في الموضوع [1].

الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية

لرفع الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية لابد من توافر مجموعة من الشروط الشكلية (أولا) والموضوعية (ثانيا).

أولا: الشروط الشكلية

تخضع الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية للشروط الشكلية التي تخضع لها الدعوى الاستعجالية بصفة عامة، الا أنه و باستقراء نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تظهر خصوصية هذه الدعوى من حيث صفة المدعي و من حيث ميعاد رفعها.

1- صفة المدعي: تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أوسع وأشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في القواعد العامة، فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون.

أ – اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة: مكنت المادة 946 كل من له مصلحة في إبرام الصفقة العمومية أن يحرك هذه الدعوى أمام المحاكم الإدارية، بمعنى أن كل مترشح قد تضرر من جراء خرق قواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية أن يكون مدعيا في هذه الدعوى.

ب- اكتساب صفة المدعي بحكم القانون: فقد خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، غير أن نص المادة يطرح العديد من الإشكالات القانونية:

- إذا كان الوالي حارسا لشفافية الصفقات العمومية المحلية فمن يحرس الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية وكأن المشرع يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان شفافيتها، وبتعبير آخر صفقات

[1]- 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، 2010-2011، ص 54.

الهيئات المركزية تبقى من دون وصي يضمن قانونيتها علما أن هذه الصفقات تخضع لنفس قواعد الشفافية والنزاهة وتسري عليها المبادئ الواردة في تنظيم الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد، لذا كان من باب أولى نظرا لأهميتها وضخامة سقفها المالي تحديد الجهات الإدارية الموكل لها حق إخطار الجهة القضائية المختصة (مجلس الدولة)، أو بصورة أدق رفع الدعوى الاستعجالية.

– كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات العمومية في غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفيات تبليغه أو إعلامه بهذه التجاوزات[1].

2– ميعاد رفع الدعوى الاستعجالية: لم ينص المشرع على ميعاد محدد لرفع الدعوى لكن يجب على المدعي أن يرفع دعواه قبل إبرام الصفقة أو العقد بالرغم من كون الفقرة الثانية من المادة 946 تتحدث عن حالة إبرام القد أو أنه سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، ويستنبط من المادة 946 نفسها بأن الدعوى واجبة الرفع قبل إبرام الصفقة العمومية أو العقد تبعا لما يلي:

– كون الفقرة الثالثة من المادة 946 أجازت إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد، وبمفهوم المخالفة فإنه لا من غير الجائز إخطارها بعد إبرام العقد.

– كون التدابير التي بإمكان قاضي الاستعجالات أن يتخذها والمنصوص عليها في الفقرات من 4 إلى 6 من المادة 946 هي تدابير قبل عملية إبرام العقد.

– كون المادة 946 مقتبسة من نص المادة 551–1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، والتي تتحدث في فقرتها الأخيرة عن إخطار القاضي قبل إبرام العقد[2].

ثانيا: الشروط الموضوعية

تتعلق هذه الشروط بأسباب الطعن أو أوجه تأسيس الدعوى الاستعجالية، وتتمثل في شرطين هما الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، وحدوث ضرر للعارض أو إمكانية حدوثه بسبب ذلك الإخلال.

1– الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة: يقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلنية التزام الإدارة بالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب[3]، أما إجراء الوضع في المنافسة فمعناه إحجام

[1]- تياب نادية، مرجع سابق، ص267.
[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 198.
[3]- عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 204.

المصلحة المتعاقدة عن عرقلة أي مترشح لتقديم عرضه وأن تعامل المترشحين أو المتعهدين على قدم المساواة تحت طائلة اعتبارها مخلة بالتزامات الوضع في المنافسة، وأن تكون جميع الإجراءات واضحة ولا يشوبها أي غموض، وأن لا تتسبب في التقليص من المنافسة بأن يحجم عدد من المتعاملين عن تقديم عروضهم بسبب عدم وضوح الإجراءات [1].

إن جوهر اللجوء إلى قضاء الاستعجال في مادة الصفقات العمومية يرتبط أساسا بقواعد المنافسة والإشهار، ويعتبر انتهاكا لهذه القواعد ما يلي:

أ- **خرق قواعد الإعلان:** فيعد انتهاكا لقواعد الإعلان عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة العمومية مطلقا، أو قيامها بإعلان معيب، أو عدم تضمين الإعلان للبيانات الإلزامية.

ب- **اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب:** ومثاله قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة مع متعامل وحيد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة طبقا لإجراء التراضي في غياب الحالات الداعية للجوء إليه.

ج- **مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية:** يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب البقية انتهاك لقواعد المنافسة، وعلى هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة [2].

د- **الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق:** فالحرمان أو الاستبعاد يجب أن يستند إلى نص قانوني، فإذا تعسفت الإدارة في ذلك جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.

هـ- **الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد:** فإن ثبت عدم التزام الإدارة بمعايير الاختيار كان ذلك دليلا سافرا على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة[3].

2- حدوث ضرر للعارض أو إمكانية حدوثه بسبب ذلك الإخلال: هذا الشرط مشار إليه صراحة في المادة 946 بنصها « والذي قد يتضرر من هذا الإخلال » ويلاحظ أن النص لم يكتف بالضرر الواقع فعلا بل جعل الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة يكون أيضا في الضرر الاحتمالي، ولقد حكمت المحكمة الإدارية لكلارمون فيرون Clermont Ferrand بتاريخ 6 فيفري 1998 في قضية alstom transport بأن " الأشخاص المؤهلين للتداعي هم من لهم مصلحة في إبرام العقد والذين قد

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 163.

[2]- محمد فقير، مداخلة بعنوان رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن- آلية وقائية لحماية المال العام- الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية، ص 9 وما بعدها.

[3]- بزاحي سلوى، مرجع السابق، ص 38.

يتضرروا بواسطة إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة ولتقدير مدى توافر هذا الشرط ليس للقاضي البحث عما إذا كان العارض قد تضرر فعليا أم لا من عدم المراعاة المدعى بها ويكفي أن يكون من الممكن أن يكون كذلك " [1].

الفرع الثالث: سلطات القاضي الاستعجالي

بتوافر الشروط المشار إليها ينعقد الاختصاص للقاضي الاستعجالي للفصل في الدعوى، وخصوصية الاستعجال في مجال الصفقات العمومية فرضت على المشرع تحديد آجال الفصل في المنازعة بـ 20 يوما من تاريخ إخطار المحكمة الإدارية بالعريضة الافتتاحية التي يجب أن تكون مسببة، وذلك بالإشارة إلى وجود إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة، و أن ذلك الإخلال منسوب إلى المصلحة المتعاقدة، وأننا بصدد ضرر فعلي أو احتمالي، ويكون المدعي هنا الشخص المتضرر من ذلك الإخلال أو الذي قد يتضرر منه والذي يكون إما شخصا طبيعيا أو معنويا، وكذا والي الولاية عندما تكون المصلحة المتعاقدة في الصفقة هي جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، و تمنح المادة 946 للقاضي الاستعجالي السلطات التالية:

أولا: سلطة توجيه أمر للإدارة: يملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة بالامتثال لالتزاماتها في مجالي العلانية والمنافسة، كأن يأمرها بنشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية، أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الإلزامية أو يوجه لها أمرا بقبول مرشح محروم أو مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق، وهو ما يجعله يتدخل في أصل الحق وينظر في جوهر الدعوى خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي، وهو ما يدعونا إلى تسمية هذه الدعوى بشبه الاستعجالية.

ثانيا: سلطة القاضي في فرض الغرامة التهديدية: الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرّها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد من 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية، وقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي بناء على طلب الدائن، فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة الممتنعة أو المتماطلة عن تنفيذ التزاماتها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام، وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد العلانية والمنافسة، وعلى هذا الأساس نصّت المادة 946 في فقرتها4 و 5 على أنه « يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن تمتثل فيه، ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد ».

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 193.

ثالثا: سلطة تأجيل إمضاء الصفقة لمدة 20 يوما: منحت الفقرة 6 من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما، ويعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها، وهي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد[1].

و مما سبق يمكننا القول بأن الدعوى الاستعجالية آلية مهمة وفعالة لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، لأنها دعوى وقائية وسابقة على عملية إبرام العقد، ويملك القاضي الإداري فيها صلاحيات واسعة، فيستطيع القاضي أن يؤجل إبرام الصفقة لمدة 20 يوما، وأن يأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها في مجال المنافسة و الإشهار ويحدد لها أجلا لذلك، وإذا لم تمتثل خلال الأجل المحدد فرض عليها الغرامة التهديدية كوسيلة ضغط لإجبارها على القيام بالتزاماتها.

[1]- بزاحي سلوى، مرجع سابق ، ص 42.

المبحث الثاني: دور القضاء الجزائي في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

نظرا لخطورة جرائم الصفقات العمومية على الاقتصاد الوطني والأموال العامة، وما تمثله من معاني الاتجار بالوظيفة العامة باعتبارها من جرائم ذوي الصفة التي يرتكبها الموظف العمومي، إضافة إلى مساسها بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، كان لزاما على المشرع التصدي لمثل هذه الجرائم التي تمثل اعتداء صريحا على مبدأ المنافسة عن طريق وضع نصوص قانونية تهدف لمتابعة ومعاقبة مرتكبيها، وإقرار أحكام إجرائية خاصة تساهم في الكشف عن مرتكبيها، بالإضافة إلى وضع مجموعة من التدابير الوقائية التي تضمنها القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وتأتي هذه الأحكام و التدابير تدعيما للآليات القانونية والقضائية التي تسمح بتدخل القاضي الإداري لحماية مبدأ المنافسة، ومن هذا المنطلق سنتطرق في هذا المبحث إلى بيان الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية والتي فيها إخلال بمبدأ المنافسة (مطلب أول)، ثم نتناول التدابير التي أقرها المشرع للوقاية من هذه الجرائم (مطلب ثاني)، وبعد ذلك نتطرق إلى أساليب الكشف عن هذه الجرائم (مطلب ثالث).

المطلب الأول: جرائم الصفقات العمومية المخلة بمبدأ المنافسة

تشكل الصفقات العمومية أهم قناة تتحرك فيها الأموال العامة، لذلك تعد مجالا خصبا للفساد بمختلف صوره، ومن هنا قام المشرع بتجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية التي ترتكب أثناء إبرام الصفقات العمومية، وفيما يتعلق بحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية عاقب المشرع على جريمة المحاباة أو منح الامتيازات غير المبررة (فرع أول)، كما يعاقب على جريمة قبض العمولات أو الرشوة في مجال الصفقات العمومية (فرع ثاني).

الفرع الأول: جريمة منح الامتيازات غير المبررة (المحاباة)

يقصد بالامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية الامتيازات التي لا تستند إلى أساس قانوني، أي تلك المتحصل عليها من دون وجه حق نتيجة مخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما في ميدان الصفقات العمومية، و قد عاقب المشرع الجزائري على هذه الجريمة بموجب المادة 26 فقرة 1 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم حيث تنص على أنه: «يعاقب بالحبس من سنتين(2) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج كل موظف يمنح عمدا للغير امتيازا غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات»،[1]ونشير إلى أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تنص على معاقبة كل موظف عمومي يقوم

[1]- المادة 26 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، وكانت هذه المادة تعتبر خرق أي حكم من أحكامها عنصرا ماديا للجريمة المعاقب عليها بمقتضاها، ومجرد غرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير يعد عنصرا معنويا لهذه الجريمة، وعليه فإن المتدخلين في مجال إبرام الصفقات العمومية لا سيما المطالبين بالتأشير عليها وجدوا أنفسهم مضطرين إلى قضاء أوقات طويلة للتدقيق فيما يقومون به من أعمال الرقابة على مدى احترام هذه الصفقات لكل الإجراءات المنصوص عليها قانونا، مما أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع سيما الهامة منها ذات البعد الاستراتيجي، ونظرا لهذه الاعتبارات فإن التعديل الذي مسّ المادة 26 فقرة 1 ضيّق مجال تطبيقها وذلك كشكل من أشكال رفع التجريم عن طريق حصره في مخالفة الإجراءات المتعلقة بحرية الترشح للصفقات العمومية، والمساواة بين المترشحين، وشفافية الإجراءات[1]، ومن هنا ستتم دراسة أركان هذه الجريمة (أولا)، ثم العقوبات المقررة لها (ثانيا).

أولا: أركان الجريمة

تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان هي الركن المفترض، والركن المادي، والركن المعنوي، وفي ما يلي بيان ذلك.

1- **صفة الجاني:** تعتبر جريمة المحاباة من جرائم ذات الصفات، إذ أنها لا تقع إلا من موظف عمومي، ووفقا لنص المادة 26 فقرة 1 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم فإنه يفترض أن يكون الجاني في هذه الجريمة موظفا عموميا، وهذه الصفة تمثل الركن المفترض لهذه الجريمة، وقد تمّ تعريف الموظف العمومي في المادة 02 فقرة ب من نفس القانون حيث تنص على أنّ الموظف العمومي هو « – كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته،

– كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

– كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أومن في حكمه طبق للتشريع والتنظيم المعمول بهما »، وفضلا عن ذلك يشترط أن يكون للموظف العمومي شأن في إبرام الصفقات أو تأشيرها أو مراجعتها[2].

---

[1]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 17.

[2]- أحسن بوسقيعة، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص جرائم الفساد جرائم المال والأعمال جرائم التزوير ، الجزء الثاني، الطبعة السادسة عشر، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 165.

2- الركن المادي: يعتبر الركن المادي لأي جريمة بمثابة مظهرها الخارجي الذي يبرزها إلى الوجود، و يقتضي الركن المادي لهذه الجريمة قيام الجاني بمنح امتياز غير مبرر للغير بعمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، وذلك بمناسبة إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، ويتحلل هذا الركن إلى العناصر التالية:

أ- منح امتياز غير مبرر للغير: يتحقق الامتياز غير المبرر للغير عندما يستفيد أحد المترشحين من صفقة دون المرور بإجراء الوضع في المنافسة مخالفة للتشريع والتنظيم، كما يتحقق بحصول المترشح على معلومة امتيازية لا سيما فيما يتعلق بمضمون العملية أو تكلفتها أو عدد المنافسين أو صفاتهم و ومؤهلاتهم، ويشترط أن يكون الغير هو المستفيد من الامتياز وليس الجاني، ولو كان الجاني هو المستفيد من الامتياز غير المبرر لتحول الفعل إلى جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية أو رشوة حسب الحالة [1].

ب- مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات: إن هذه الأحكام لا تنحصر في المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية فقط، بل يقصد بها مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة وشفافية الإجراءات أيا كان مرجعها، سواء كان قانون مكافحة الفساد أو الأمر المتعلق بالمنافسة أو القانون التجاري، وفيما يخص المبادئ الواجب مراعاتها فهي مبدأ حرية الترشح الذي يعتبر حقا لكل من تتوفر فيه شروط الترشح، ومبدأ المساواة بين المترشحين ومثاله اشتراط كفاءات فنية عالية غير متكافئة بالمقارنة مع العمل المطلوب، أو حرمان المترشح من إيداع عرضه قبل انقضاء الأجل المحدد، وأيضا تفضيل مؤسسة لا تتوفر على الشروط المقبولة لترشحها على مؤسسة أخرى يحتمل فوزها بالصفقة وذلك من أجل الاستفادة من العقد المبرم، وكذا مبدأ شفافية الإجراءات ويظهر الإخلال فيه خاصة بما تعلق بإجراءات الإعلان وإشهار الصفقة العمومية[2]، فيتعين على القاضي أن يحدد في حكم الإدانة نص أو النصوص التشريعية أو التنظيمية التي لم تحترم مع تعيين ما إذا كان الحكم الذي لم يتم مراعاته متعلقا بحرية الترشح أو بالمساواة بين المترشحين أو بشفافية الإجراءات.

ج – المناسبة: أن يتم منح الامتياز غير المبرر للغير عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق[3]، ولا يمكن إعطاء امتيازات للغير ما لم يكن هناك تلاعب بالإجراءات ومخالفتها بشكل متعمد ومقصود للوصول إلى النتيجة، وما يمكن ملاحظته أن المادة 26 فقرة 1 لم تحدد من يكون الغير، وعليه يمكن أن يكون الغير مؤسسة عمومية .

---

(1)- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 166.
(2)- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 28.
(3)- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 189.

3- الركن المعنوي: تعتبر جريمة المحاباة جريمة قصدية، ينبغي أن يتوفر في الجاني القصد العام الذي يشمل العلم والإرادة، ومعناه أن الجاني يعلم بأن القانون يمنع إعطاء امتيازات غير مبررة للغير من خلال مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، ومع ذلك يتعمد فعل ذلك من أجل الوصول إلى أغراض شخصية، وهذا ما يعرف بالقصد الخاص الذي يعتبر شرطا إضافيا في بعض الجرائم حيث لا يكفي القصد العام، وبالنسبة للقصد الجنائي في جريمة المحاباة يمكن التمييز بين مرحلتين:

- مرحلة ما قبل تعديل المادة 26 فقرة 1 بموجب القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011[1]، فكان النص يشترط توافر القصد الخاص إلى جانب القصد العام، فلا تقوم الجريمة بمجرد قيام الجاني بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية، والذي لا يعدو أن يكون مجرد خطأ إداري يسأل عنه مرتكبه تأديبيا، وإنما يشترط بالإضافة إلى ذلك أن يكون الغرض من خرق النصوص التي تحكم الصفقات العمومية هو تمييز وتفضيل أحد المتنافسين عن غيره دون تبرير ذلك، ففي هذه الحالة يبحث القاضي عن توافر القصد الخاص المتمثل في الغرض من مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية وهو إعطاء امتياز غير مبرر للغير، وهي مسألة يصعب إثباتها.
- مرحلة ما بعد تعديل المادة 26 فقرة 1، حيث تخلى النص عن اشتراط القصد الخاص لقيام جريمة المحاباة واكتفى بوجود القصد العام المتمثل في العلم و الإرادة [2].

أ- العلم بأركان الجريمة: ويقصد به أن يكون الجاني على علم بكافة العناصر الداخلية المشكلة للجريمة، ومن قبيل ذلك علم الجاني أنه موظف عمومي أو من في حكمه، وأنه مختص بالعمل الوظيفي والذي هو قوام السلوك الإجرامي أي أن يعلم بأنه مختص بإبرام أو تأشير العقود أو الصفقات أو الاتفاقيات أو الملاحق.

ب- إرادة السلوك الإجرامي: لا يكفي أن يكون الموظف عالما بارتكاب الجريمة بل يجب أن تتجه إرادته إلى تحقيق وإتيان أحد صورتي النشاط الإجرامي التي نص عليها المشرع وهما إبرام أو تأشير عقد أو صفقة أو ملحق أو اتفاقية خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات[3].

---

[1]- القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 44 مؤرخة في 10 أوت 2011.
[2]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 30.
[3]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 116.

ثانيا: العقوبات المقررة للجريمة

تعاقب المادة 26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على جنحة المحاباة بالحبس من سنتين(2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

الفرع الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

تعتبر هذه الجريمة صورة من صور الرشوة، كان منصوصا عليها في المادة رقم 128 مكرر 1 من قانون العقوبات الملغاة، ونظرا لخطورتها وتأثيرها على نزاهة العمل الإداري وخاصة ما تعلق منه بعملية إبرام وتنفيذ العقود الإدارية بما فيها الصفقات العمومية، وما تمثله هذه الأخيرة من ميدان خصب لانتشار الفساد بنوعية المالي و الإداري لصلتها الوثيقة بالمال العام، حيث تعتبر آلية لصرف الميزانية العامة، اضطر المشرع إلى الاحتفاظ والإبقاء عليها من خلال النص عليها في المادة 27 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1]، وفي ما يلي نتناول أركان هذه الجريمة (أولا)، ثم العقوبات المقررة لها(ثانيا).

أولا: أركان الجريمة

تنص المادة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على أنه « يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية » [2]، ومن خلال هذا النص نستنتج أن هذه الجريمة تقوم على ثلاثة أركان:

1- صفة الجاني: تشترط المادة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم صراحة صفة خاصة يجب توافرها في الجاني المرتكب لجريمة الرشوة في الصفقات العمومية وهي أن يكون موظفا عموميا « يعاقب بالحبس...كل موظف عمومي...» وذلك حسب ما هو معرف بالمادة 02 فقرة ب من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته[3].

---

[1]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 159.
[2]- المادة 27 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.
[3]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 159.

2- الركن المادي: يتحقق هذا الركن عند قبض أو محاولة قبض الموظف العمومي عمولة « أجرة أو منفعة » لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

ويتحلل هذا الركن إلى عنصرين:

أ- النشاط الإجرامي: يتمثل في قبض أو محاولة قبض عمولة، وقد عبّر عنها المشرع بعبارتي أجرة أو منفعة، ويمكن أن تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية، و تقدم هذه الأجرة أو المنفعة إلى الموظف العمومي نفسه الذي هو الموظف العمومي بمفهوم قانون الوقاية من الفساد، أو إلى غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ب- المناسبة: تقتضي هذه الجريمة أن يقبض الجاني عمولته بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها وهي الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية [1].

3- الركن المعنوي: تتطلب الجريمة توافر القصد الجنائي العام المتمثل في قبض أو محاولة قبض الأجرة أو المنفعة مع العلم أنها غير مبررة وغير مشروعة[2]، فيقوم الجاني بقبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة من أجل تحقيق مصلحته الخاصة من خلال هذه الصفقة أو الملحق، وهذا نتيجة الإرادة الآثمة للجاني وهذا ما يشكل القصد العام، ويشترط زيادة على ذلك توافر القصد الخاص المتمثل في المتاجرة بالوظيفة، ولم يشترط أن تكون هذه الوظيفة تدخل ضمن اختصاصه بل اكتفى بأن يكون هذا الموظف مكلفا بالتحضير أو التفاوض، فالقبض أو محاولة القبض لأجرة أو منفعة بشكل مباشر أو غير مباشر لفائدة المرتشي أو غيره بهدف المتاجرة بالوظيفة كافية لقيام الركن المعنوي [3].

ثانيا: العقوبات المقررة للجريمة

تعاقب المادة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على قبض العمولات من الصفقات العمومية بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

---

[1]- ، أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ص 209.
[2]- المرجع نفسه، ص 210.
[3]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 81.

ومن خلال ما سبق يمكننا القول بأن قيام المشرع بتجريم منح الامتيازات غير المبررة، وكذلك الرشوة في مجال الصفقات العمومية يعد تكريسا للحماية الجزائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية نظرا لأن هذه الجرائم تقوم على إخلال صريح بهذا المبدأ، إضافة إلى أن التجريم المسبق لهذه الجرائم يحقق فكرة الوقاية وبالتالي يحول دون ارتكاب هذه الجرائم.

المطلب الثاني: تدابير الوقاية من جرائم الصفقات العمومية

تعتبر التدابير الوقائية جزءا من السياسة الجنائية المنتهجة من قبل المشرع، وتهدف إلى تفادي وقوع الجرائم بصفة عامة، وجرائم الصفقات العمومية بصفة خاصة، و فيما يلي سنتطرق لهذه التدابير وفقا لما ورد في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حيث نتناول تدابير الوقاية المتعلقة بالموظفين (فرع أول)، ثم نتناول تدابير الوقاية المتعلقة بالمصلحة المتعاقدة (فرع ثاني).

الفرع الأول: التدابير المتعلقة بالموظفين

المقصود بالموظفين في هذا المقام كل الأعوان المتدخلين في تحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية، وذلك طبقا لما ورد في المادة 2 فقرة ب من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم ، والتي وسّعت من مدلول الموظف، وقد نص هذا القانون على ضرورة تبني معايير موضوعية لاختيار الموظفين (أولا)، كما ألقى على عاتق الموظفين أداء بعض الالتزامات من بينها واجب التصريح بالممتلكات (ثانيا).

أولا: التوظيف: يعد الموظف العام الأداة المرتكبة لجرائم الصفقات العمومية، لذلك فأولى أساليب الوقاية يجب أن تبدأ به، فالسياسة المنتهجة لمكافحة الفساد تبدأ بتطوير نظم التوظيف التي يجب أن تقوم على معايير موضوعية لاختيار الموظفين وترقيتهم [1].

وقد فرض القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مجموعة من المعايير والشروط التي يتعين اعتمادها وأخذها بعين الاعتبار عند كل توظيف أو تعيين [2]، فاختيار الأصلح يعد من أهم مقتضيات

---

[1]- نادية تياب، مرجع سابق، ص 18.

[2]- تنص المادة 3 من القانون رقم 06-01 المعدل والمتمم «تراعى في توظيف مستخدمي القطاع العام وفي تسيير حياتهم المهنية القواعد الآتية: مبادئ النجاعة والشفافية والمعايير الموضوعية مثل الجدارة والإنصاف والكفاءة، الإجراءات المناسبة لاختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي المناصب العمومية التي تكون أكثر عرضة للفساد، أجر ملائم بالإضافة إلى تعويضات ملائمة، إعداد برامج تعليمية وتكوينية ملائمة لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح والسليم لوظائفهم وإفادتهم من تكوين متخصص يزيد من وعيهم بمخاطر الفساد ».

سير المرافق العامة، فالموظف غير الكفؤ يكون ولا ريب في ذلك سببا في إعاقة السير المنتظم، وعاملا محركا لارتكاب الجرائم، كما يحرم مرافق الدولة من أفضل العناصر البشرية التي تعد وسيلة فعالة في زيادة أدائها[1]، ويلعب التكوين في هذا الإطار دورا مهما، لأن الموظفين القادرين على تأدية مهام معينة في الوقت الحاضر، قد يصبحون غير قادرين على ذلك في المستقبل إذا تغيرت الشروط والظروف[2]، وهذا ما يؤكد عليه تنظيم الصفقات العمومية الذي ألزم الموظفين والأعوان المكلفين بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية بتلقي تكوينا مؤهلا في هذا المجال، والاستفادة من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف [3].

ثانيا: التصريح بالممتلكات: يعتبر التصريح بالممتلكات من بين الآليات التي تبناها المشرع في إطار سياسة مكافحة الفساد خاصة الذي يمس الصفقات العمومية، من خلال متابعة الذمة المالية للموظفين العموميين، ومعرفة حالات الثراء السريع الذي قد يكون سببه التورط في إبرام بعض الصفقات المشبوهة [4] ويكون هذا الإجراء ملازما لجميع مراحل الوظيفة العامة، بداية من التنصيب في الوظيفة أو بداية العهدة الانتخابية، ويجدد عند كل زيادة مالية معتبرة، وصولا إلى انتهاء الوظيفة أو نهاية العهدة الانتخابية، ويعد الإخلال بهذا الواجب جريمة يعاقب عليها القانون طبقا لنص المادة رقم 36 من القانون رقم 06-01 المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: التدابير المتعلقة بالمصلحة المتعاقدة

إن هذه التدابير تقع على عاتق المصالح المتعاقدة، التي يتعين عليها التقيد والالتزام بها ضمانا لنزاهة وشفافية التسيير، وصيانة للمال العام، وتتمثل فيما يلي:

أولا: احترام قواعد الشفافية والمنافسة في مجال الصفقات العمومية: أكّد المشرع على مجموعة من المبادئ الواجب احترامها ومراعاتها في التعاقد، كما أكّد على ضرورة إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية قصد تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة، حيث تنص المادة 9 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم على ما يلي:« يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

---

[1]- نادية تياب، مرجع سابق، ص 21.

[2]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 78.

[3]- المواد 211 و 212 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[4]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 132.

ويجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

– علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

– الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.

– معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

– ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية ».

ثانيا: وضع مدونات قواعد سلوك الموظفين: من أجل مكافحة الفساد، تعمل الدولة، والمجالس المنتخبة، والجماعات المحلية، والمؤسسات، والهيئات العمومية، وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية، على تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها، لاسيما من خلال وضع مدونات وقواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم والنزيه والملائم للوظائف العمومية والعهدة الانتخابية [1].

وقد تضمن تنظيم الصفقات العمومية نصوصا هامة في هذا المجال، حيث تم النص على إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تقوم بإعداد مدونة أدبيات و أخلاقيات المهنة لفائدة الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، حيث يقوم هؤلاء الأعوان بالاطلاع على المدونة ويتعهدون باحترامها من خلال تصريح، إضافة إلى إمضائهم على التصريح بعدم وجودهم في حالة تضارب المصالح[2].

وخلاصة القول أن الخروج عن الأخلاقيات في مجال الوظيفة العامة بصفة عامة، والصفقات العمومية بصفة خاصة، يظهر في سوء استعمال السلطة التقديرية التي تمنحها النصوص القانونية لأعوان الدولة في اتخاذ القرار من عدمه، خاصة في المسائل التي يصعب التكهن بالتغيرات التي تطرأ عليها نظرا لمرونتها، واختلافها باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، مما يجعل من المستحيل حصر جميع الحالات

[1]- المادة 7 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.
[2]- المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الممكنة في نص تشريعي واحد، وعليه فسوء استعمال تلك السلطة يؤثر سلبا على الأخلاقيات، وذلك راجع لنقص الشفافية في أعمال الإدارة وقراراتها[1].

ثالثا: الشفافية في التعامل مع الجمهور: إن انعدام مبدأ الشفافية في التعامل مع الجمهور يعد مؤشرا على وجود أعمال غير مشروعة، وخرق الأحكام والتشريعات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية[2]، ولهذا فرض القانون على الإدارات والمؤسسات العمومية تبسيط الإجراءات الإدارية، ونشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارات العمومية، والرد على عرائض وشكاوى المواطنين، وتبيين طرق الطعن المعمول بها، خاصة عند الإخلال بقواعد إبرام الصفقات العمومية.

و مما سبق نخلص إلى أن المشرع قد أحسن بالنص على هذه التدابير الوقائية، ولا شك أن الالتزام بها من شأنه أن يساهم في احترام مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وبالتالي الحيلولة دون وقوع جرائم الفساد.

المطلب الثالث: أساليب الكشف عن جرائم الصفقات العمومية

إن استفحال ظاهرة الفساد في الصفقات العمومية جعل من الوسائل الكلاسيكية في البحث والتحري عن الجرائم تظهر عقيمة مقارنة مع استخدام الوسائل الحديثة التي تطورت أنماطها مع تطور الجريمة، فقد تزايدت أخطارها على الصعيد الوطني والدولي، مما أدى إلى البحث عن سبل جديدة لمكافحة جرائم الصفقات العمومية، تمثلت في استحداث وسائل بحث وتحري تتعدى فعاليتها الأساليب المعهودة[3]، وبالرجوع إلى القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته نجده قد نص على أساليب التحري الخاصة بموجب المادة 56 منه، وبمقتضاها منح المشرع صلاحيات أوسع للضبطية القضائية من أجل الكشف عن هذه الجرائم، وذلك باعتماد أسلوب الترصد الإلكتروني (فرع أول)، وأسلوب التسرب (فرع ثاني)، إضافة إلى التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد (فرع ثالث).

---

[1]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 166.

[2]- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011-2012، ص 198.

[3]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 171.

الفرع الأول: الترصد الإلكتروني

يعرّف هذا الأسلوب بأنه تتبع سري ومتواصل للمجرم أو المشتبه فيه، قبل وبعد ارتكابه للجريمة، ثم القبض عليه متلبسا بها[1]، و يتمثل هذا الأسلوب في ما يلي:

أولا: اعتراض المراسلات: و هو عملية مراقبة سرية للمراسلات السلكية واللاسلكية في إطار البحث عن الجريمة وجمع الأدلة أو المعلومات حول الأشخاص المشتبه فيهم في ارتكابهم أو مشاركتهم في ارتكاب الجريمة [2].

ثانيا: تسجيل الأصوات: هو النقل المباشر والآلي للموجات الصوتية بنبراتها ومميزاتها الفردية وخواصها الذاتية، بما تحمل من عيوب في النطق إلى شريط التسجيل لحفظ الإشارات الكهربائية على هيئة مخطط مغناطيسي، بحيث يمكن إعادة سماع الصوت والتعرف على مضمونه[3].

ثالثا: التقاط الصور: هو تلك العملية التقنية التي يتم بواسطتها التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص وإن تواجدوا في مكان خاص، ويطلق على هذه التقنية التصوير الفوتوغرافي لما يتم بأجهزة دقيقة [4].

فمتى وصل إلى علم وكيل الجمهورية أن أحد المدراء أو المسؤولين يقوم بإبرام صفقات مشبوهة خاصة تلك التي تبرم بطريق التراضي، مع استفادته من رشاوى أو هدايا ويصعب كشفه بسهولة، يقوم وكيل الجمهورية بالترخيص لضباط الشرطة القضائية باستعمال مثل هذه الإجراءات، من أجل كشف هؤلاء الجناة، وذلك بمراقبة الخطوط الهاتفية أو وضع أجهزة تسجيل الأصوات داخل المكاتب.

كما يمكن أخذ صور عن الأعمال التي يقوم بها الجاني عند اتفاقه مع شركائه في إبرام الصفقة المشبوهة متلبسا مثلا باستلام نسخة من دفتر شروط الصفقة، ويمكن أيضا اعتراض المراسلات بواسطة قرصنة البريد الالكتروني للشخص الجاني، أو البريد العادي له الوارد والصادر [5].

---

[1]- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 214.

[2]- زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص 158.

[3]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 262.

[4]- تياب نادية، مرجع سابق، ص 337.

[5]- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 273.

الفرع الثاني: التسرب

يقصد به الانضمام أو الانخراط في صفوف المشتبه فيهم من طرف ضابط أو عون شرطة قضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية، من أجل الوقوف على مدى ضلوع المشتبه فيهم لارتكاب جرائم الفساد، وخاصة إبرام صفقات مخالفة للتشريع ويصعب إثباتها بأدلة مادية[1].

وهذا الأسلوب هو أسلوب استثنائي لا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة التي يقتضيها التحري أو التحقيق في إحدى الجرائم المحددة على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية[2]، فيتم تسريب ضابط شرطة قضائية بترخيص من وكيل الجمهورية على أنه موظف في المصلحة التي يشرف الجاني عليها، بهدف التغلغل ضمن الشبكة أو الأشخاص الذين يقومون بإبرام صفقات مشبوهة، للحصول على أدلة تكشف هوية المتورطين في تلك الصفقات[3].

الفرع الثالث: التعاون الدولي

تتعدد مظاهر التعاون الدولي لأجل ملاحقة جرائم الفساد لتشمل المساعدة القانونية المتبادلة، والاعتراف بحجية الأحكام الجنائية الدولية، وتسليم المجرمين، وغيرها من الوسائل التي أشارت إليها أغلبية الاتفاقيات الدولية، كما أكدت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الإداري بالخصوص.

ومن بين آليات التعاون الدولي نجد:

– المساعدة القانونية المتبادلة. والتي نص عليها المشرع تحت عنوان تقديم المعلومات في المادة 60 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

– التعاون القضائي. والتي نص عليها المشرع في المادة57 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته.

– تسليم المتهمين و المجرمين.

–استرداد عائدات جرائم الفساد.

---

(1)- المادة 65 مكرر 12 من القانون رقم 17-07، المؤرخ في 27 مارس سنة 2017، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 20 مؤرخة في 29 مارس سنة 2017.

(2)- المادة 65 مكرر 11 من القانون 17-07.

(3)- بن عودة صليحة، مرجع سابق، ص 277.

– التسليم المراقب، وقد عرّفه المشرع في المادة 2 فقرة ك من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بنصه على أن « التسرب هو الإجراء الذي يسمح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة أو تحت مراقبتها بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه »[1].

و مما سبق نخلص أن أساليب التحري الخاصة هي آليات مهمة للكشف و التحري عن جرائم الصفقات العمومية بصفة عامة و الجرائم الماسة بمبدأ المنافسة بصفة خاصة نظرا لما تتميز به هذه الجرائم من خصوصية من حيث صعوبة اكتشافها.

[1]- المادة 2 من القانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

خلاصة الفصل

ما يمكن قوله بخصوص دور القضاء في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، هو أن دور القضاء الإداري يتجسد أولا في دعوى الإلغاء حيث تعتبر آلية مهمة في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، إلا أن فعاليتها تبقى محدودة نظرا لطول إجراءاتها، و المتعاملين المتضررين من القرارات الإدارية المخلة بمبدأ المنافسة يحجمون عن رفع دعوى لإلغائها خوفا من انتقام هذه الأخيرة و تعسفها ضدهم بمناسبة إبرام صفقات لاحقة، و يتجسد دور القضاء الإداري ثانيا بالدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية و هي آلية عملية أكثر فعالية في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية و تشكل ضمانة حقيقية لعدم الإخلال به نظرا لكونها ترفع قبل إبرام العقد و تتميز بسرعة الفصل فيها، لكن يبقى في الواقع و كما سبق ذكره في حديثنا عن دعوى الإلغاء أن المتعاملين يتجنبون اللجوء إلى القضاء الإداري خوفا من انتقام الإدارة، أما بخصوص دور القضاء الجزائي في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، فلا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه الآليات الوقائية التي اقرها المشرع في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته لكن يبقى الدور الردعي للتجريم هو الذي يشكل حماية هامة لمبدأ المنافسة من خلال تجريم التصرفات المخلة به في الصفقات العمومية ، مثل تجريم الرشوة في مجال الصفقات العمومية و المحاباة أو منح امتيازات غير مبررة، و قد ضمّن المشرع الجزائري قانون الوقاية من الفساد و مكافحته آليات تحري خاصة لتسهيل البحث و الكشف عن جرائم الفساد بما فيها جرائم الصفقات العمومية ، و تعتبر هذه الآليات مهمة في الكشف عن جرائم الفساد المخلة بمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية نظرا لخصوصية هذه الجرائم من حيث سريتها و صعوبة اثباتها.

خاتمة

إن إعمال مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من شأنه أن يحقق العديد من المزايا سواء بالنسبة للمصالح المتعاقدة أو للمتعاملين الاقتصاديين، حيث أنه يتيح للمصلحة المتعاقدة إمكانية المفاضلة بين عدة عروض لاختيار العرض الأحسن من بينها، كما أنه يساهم في ترشيد النفقات العمومية و تحقيق الصفقات العمومية لأهدافها، كما أن هذا المبدأ يضمن حياد الإدارة أو المصالح المتعاقدة في معاملة المترشحين، وضمان حقوقهم في الوصول إلى الطلبات العمومية، وقد سعى المشرع الجزائري إلى حماية هذا المبدأ من خلال وضع جملة من الآليات القانونية و القضائية، و من خلال تطرقنا إلى هذه الآليات توصلنا إلى النتائج التالية:

فبالنسبة لتنظيم الصفقات العمومية فقد سعى المشرع إلى حماية مبدأ المنافسة من خلال إلزام المصالح المتعاقدة بضرورة احترام هذا المبدأ عند تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط، كما نص على إلزامية الإعلان عن الصفقة، وقام بتحديد طرق إبرام الصفقة حيث جعل أسلوب طلب العروض الذي يقوم على المنافسة هو القاعدة العامة والأصل في إبرام الصفقات العمومية واعتبر إجراء التراضي أسلوبا استثنائيا لا تلجأ إليه المصالح المتعاقدة إلا في الحالات التي يحددها القانون، كما قام بإخضاع الصفقات العمومية إلى عمليات رقابية مختلفة وعلى الخصوص رقابة لجان الصفقات العمومية، ومع ذلك توجد بعض النقائص في أحكام تنظيم الصفقات العمومية المتعلقة بحماية مبدأ المنافسة، منها إمكانية إساءة المصلحة المتعاقدة لسلطتها التقديرية بما يخل بهذا المبدأ، فالمشرع لم يحدد المقصود بالمواصفات التقنية التي تستند إليها المصلحة المتعاقدة عند تحديد الحاجات مما يعني ترك المجال مفتوحا للمصلحة المتعاقدة لتحديد حاجاتها بطرقة تتلاءم مع بعض المتعاملين، كما أن المشرع منح المصلحة المتعاقدة المجال لإعمال سلطتها التقديرية عند إعداد دفتر الشروط بحيث أنها قد تتعسف في استعمال هذه السلطة و تتخذ من دفتر الشروط وسيلة لمفاضلة مترشح ما، بإدراج معايير وشروط تتناسب مع مؤهلات هذا المرشح، كما أن المشرع توسع في حالات التراضي، و لم يحددها بدقة مثل حالة الاستعجال مما يفتح المجال للمصلحة المتعاقدة للتحجج بحالة الاستعجال بهدف اللجوء إلى إجراء التراضي دون وجود مبررات فعلية، إضافة إلى أن المشرع لم يولي الاهتمام الكافي بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض حيث أنه لم يبين كيفية استدعاء أعضائها و لم يحدد النصاب القانوني الذي تصح معه اجتماعاتها مع العلم بأن أشغالها تكتسي أهمية بالغة فهي من تتولى فتح عروض المترشحين وتقييمها، وهي أول جهة رقابية، مما يفسح المجال

أمام مسؤول المصلحة المتعاقدة لعدم استدعاء بعض أعضائها أو استدعاء العدد الذي يتحكم فيه للقيام بتجاوزات تؤدي إلى خرق مبدأ المنافسة، كما أن منح مسؤول المصلحة المتعاقدة صلاحية إصدار مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة المعلل بمخالفة الأحكام التنظيمية يؤدي إلى تعطيل عمل لجان الصفقات المختصة ويسمح لمسؤول المصلحة المتعاقدة بمخالفة مبدأ المنافسة أو أي حكم تنظيمي آخر مادام على علم مسبق بإمكانية تجاوز رفض منح التأشيرة.

و في ما يتعلق بالهيئات والمؤسسات الإدارية ورغم أهمية الرقابة التي تقوم بها في حماية مبدأ المنافسة إلا أن هناك العديد من النقائص و العراقيل التي تحول دون فعالية هذه الرقابة، فمجلس المنافسة غير مختص بالنظر والفصل في الممارسات المنافية للمنافسة التي تقوم بها المصالح المتعاقدة والمرتبطة بممارسة صلاحيات السلطة العامة، إضافة الى صعوبة إثبات الممارسات المخلة مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أما مجلس المحاسبة فإن الرقابة التي يمارسها هي رقابة بعدية وغير مرتبطة بحماية مبدأ المنافسة مباشرة، وأما بخصوص رقابة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته فإن الإشكال الحقيقي يكمن في كيفية إخطارها أو توصلها إلى التصرفات أو الجرائم المخلة بمبدأ المنافسة وعدم صلاحيتها بتحويل الوقائع التي تتضمن وصفا جزائيا إلى النيابة العامة مباشرة لتحريك الدعوى العمومية.

و أما بالنسبة للقضاء الإداري فرغم أهمية دعوى الإلغاء في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية إلا أنها من الناحية العملية تأخذ وقتا طويلا للفصل فيها، الأمر الذي يؤدي بالمتعاملين إلى الإحجام عن استخدام هذه الوسيلة، وتبقى الدعوى الاستعجالية هي الوسيلة الأكثر عملية لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية نظرا لما يتمتع به القاضي الاستعجالي من سلطات واسعة، ولما تتسم به من سرعة في الفصل فيها، وأما بالنسبة للقضاء الجزائي فرغم أهميته في حماية مبدأ المنافسة إلا أن صعوبة اكتشاف الجرائم والأفعال المخلة بمبدأ المنافسة نظرا لتميزها بطابع السرية تؤثر على فعالية هذه الرقابة، ويضاف إلى ما سبق إحجام المتعاملين الاقتصاديين عن إخطار المؤسسات الإدارية أو الجهات القضائية خوفا من انتقام المصالح المتعاقدة مستقبلا.

من خلال ما سبق يمكننا القول أن الآليات التي وضعها المشرع الجزائري لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ورغم النقائص المسجلة بخصوصها إلا أنها تضمن حماية لمبدأ المنافسة نظرا لتعددها وتواجدها عبر مختلف المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقات العمومية، غير أن فعاليتها تتفاوت من

آلية إلى أخرى تبعا لخصوصية كل آلية، ويبقى وعي الموظفين المكلفين بإبرام الصفقات العمومية وتحليهم بروح المسؤولية العامل الأساسي الذي يساهم في ضمان احترام مبدأ المنافسة.

و بناء على ما سبق وتبعا للنقائص المذكورة ارتأينا تقديم الاقتراحات التالية:

– وضع ضوابط ومعايير دقيقة في تنظيم الصفقات العمومية لتحديد حدود و نطاق السلطة التقديرية

الممنوحة للمصلحة المتعاقدة حتى لا تنحرف في استعمالها بما يخل بمبدأ المنافسة.

– تحديد وضبط المصطلحات في تنظيم الصفقات العمومية حتى لا يفتح المجال للتفسير الذاتي لها (مثل مصطلح المصلحة العامة، الاستعجال، المواصفات التقنية).

– ضرورة إحداث آليات تضمن سرية العروض وعدم التلاعب أو المساس بها أو الاطلاع عليها خاصة أثناء فترة إيداع العروض على مستوى المصلحة المتعاقدة.

– ضرورة تحديد أجل أدنى لتحضير وإيداع العروض الغير محدد في تنظيم الصفقات العمومية الحالي، لمنع المصلحة المتعاقدة من الإخلال بمبدأ المنافسة عن طريق تحديد أجل قصير لا يسمح بمشاركة أكبر عدد ممكن من المترشحين.

– ضرورة تحديد عدد أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وكيفية استدعائهم و النصاب القانوني الذي تصح معه الاجتماعات.

– إلزام المصلحة المتعاقدة بالأخذ برأي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على اعتبار أنها تتمتع بالخبرة الكافية لاختيار العرض الأحسن، فلا يقبل أن تنتهي أشغالها بمجرد اقتراح للمصلحة المتعاقدة يمكن أن تقبله أو ترفضه.

– تقديم تعويض مناسب للمكلفين بإبرام الصفقات العمومية و متابعتها على مستوى المصالح المتعاقدة لتفادي إغرائهم أو شراء ذممهم.

– إحداث آليات فعالة لإخطار المؤسسات الإدارية تضمن سرية الإخطار وتحمي المتعاملين الاقتصاديين من انتقام المصلحة المتعاقدة في حال التبليغ عن التجاوزات.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص جرائم الفساد جرائم المال والأعمال جرائم التزوير ، الجزء الثاني، الطبعة السادسة عشر، دار هومة، الجزائر، 2017.

2- النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018.

3- تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008

5 - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2012.

6- عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014،

7- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017.

8- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006.

9- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2016،

10- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009.

ثانيا: الرسائل العلمية

1- رسائل الدكتوراه

1- أعمر الشريف آسية، اتفاقية دراسة مشاريع البناء ومتابعة إنجازها في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.

2- بن بدرة عفيف، حق المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

3- بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق نظام ل.م.د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017.

4- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2013.

5- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.

6- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.

2- رسائل الماجستير

1- 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، 2010-2011.

2- بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون العام فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

3- شريف سمية، رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016

4- صادقي عباس، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2016-2017.

5- صياد ميلود، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل سنة 2008)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015.

6- محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014.

7- طلاش خليدة، إصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر: نظام الرقابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012-2013.

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

ثالثا: المقالات

1- بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

2- بومقورة سلوى، مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15،العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2017.

3- محمد شريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2، 2010.

رابعا: المداخلات

1- خضري حمزة، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، أعمال اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.

2- محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن- آلية وقائية لحماية المال العام- الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية، 2013.

خامسا: القوانين و التنظيمات

1- القوانين

1- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 39، مؤرخة في 7 جوان سنة 1998، ، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 4 مارس 2018، ج ر عدد 15 مؤرخة في 7 مارس 2018.

2- القانون رقم 80-05، المؤرخ في 1 مارس 1980، يتعلق بممارسة وظيفة الرقابة المالية من طرف مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 10، مؤرخة في 4 مارس 1980، (ملغى).

3- القانون رقم 90-32، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990، المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 53، مؤرخة في 5 ديسمبر 1990، (ملغى).

4- القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر عدد 14، مؤرخة في 8 مارس سنة 2006 ، المعدل والمتمم.

5- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل سنة 2008.

6- القانون رقم08-12 المؤرخ في25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36 مؤرخة في 2 يوليو 2008.

7- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر37، مؤرخة في 30-07-2011.

8- القانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 44 مؤرخة في 10 أوت 2011.

9- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

10- القانون رقم 17-07، المؤرخ في 27 مارس سنة 2017، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 20، مؤرخة في 29 مارس سنة 2017.

2- الأوامر

1- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد52، مؤرخة في 27 يونيو سنة 1967 (ملغى).

2- الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 يوليو 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 39، مؤرخة في 23 يوليو 1995 المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 25 مؤرخة في 20 يوليو سنة 2003، المعدل والمتمم.

4- الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 غشت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 95-20 والمتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 50، مؤرخة في 1 سبتمبر 2010.

3- المراسيم

أ- المراسيم الرئاسية

1- المرسوم رقم 63-127، المؤرخ في 19 أفريل 1963، المتضمن مصالح وزارة المالية، ج ر ، عدد 23 لسنة 1963.

2 - المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل سنة 1982، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 مؤرخة في 13 أفريل سنة 1982.

3- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52 مؤرخة في 28 يوليو سنة 2002 (ملغى).

4- المرسوم الرئاسي رقم 04-128 مؤرخ في 19 أفريل سنة2004، بتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003، ج ر عدد 26 مؤرخة في 25 أفريل سنة 2004.

5- المرسوم الرئاسي رقم 06-413 مؤرخ في 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، ج ر عدد 74 مؤرخة في 22 نوفمبر سنة 2006 ، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64، المؤرخ في 7 فيفري2012، ج رعدد 8 مؤرخة في 15 فبراير سنة 2012 .

6- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 مؤرخة في 9 نوفمبر 2008.

7- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 مؤرخة في 7 أكتوبر سنة 2010 (ملغى).

8- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر سنة 2015.

ب- المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخة في 13 نوفمبر سنة 1991 (ملغى).

سادسا: مواقع الأنترنت

1- النشرة الرسمية للمنافسة، العدد 8 سنة 2015، متاحة على الموقع -www.conseil .concurrance.dz

الفهرس

العنـــــــــــــوان	الصفحة
مقدمة	2
الفصل الأول: الحماية الإدارية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	
المبحث الأول: **حماية مبدأ المنافسة من خلال تقييد إبرام الصفقة العمومية**	10
المطلب الأول: التزام الإدارة باحترام مبدأ المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة	10
الفرع الأول: احترام مبدأ المنافسة عند تحديد الحاجات	11
الفرع الثاني: احترام مبدأ المنافسة عند إعداد دفتر الشروط	11
الفرع الثالث: إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية تحقيقا لمبدأ المنافسة	12
المطلب الثاني: تجسيد مبدأ المنافسة من خلال تقييد إبرام الصفقات العمومية	14
الفرع الأول: إجراء طلب العروض (القاعدة عامة)	14
الفرع الثاني: إجراء التراضي (الاستثناء)	17
المطلب الثالث: احترام مبدأ المنافسة عند إعداد الصفقة العمومية	20
الفرع الأول: احترام مبدأ المنافسة عند تقديم العروض	20
الفرع الثاني: احترام مبدأ المنافسة عند فحص العروض	21
الفرع الثالث: احترام مبدأ المنافسة عند تقييم العروض	24
الفرع الرابع: الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة	26
الفرع الخامس: احترام مبدأ المنافسة عند المصادقة على الصفقة	27
المطلب الرابع: دور الرقابة على الصفقات العمومية في حماية مبدأ المنافسة	27

الفرع الأول: الرقابة الخارجية	27
الفرع الثاني: الرقابة الوصائية	28
المبحث الثاني: دور المؤسسات الإدارية في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	**30**
المطلب الأول: حماية مبدأ المنافسة من خلال رقابة مجلس المنافسة على الصفقات العمومية	30
الفرع الأول: مفهوم مبدأ المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة	31
الفرع الثاني: خضوع الصفقات العمومة لرقابة مجلس المنافسة	31
الفرع الثالث: وسائل مجلس المنافسة في حماية مبدأ المنافسة	32
المطلب الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية	36
الفرع الأول: مفهوم مجلس المحاسبة.	37
الفرع الثاني: وسائل مجلس المحاسبة في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	38
المطلب الثالث: حماية مبدأ المنافسة من خلال رقابة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته	40
الفرع الأول: مفهوم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته	40
الفرع الثاني: وسائل الهيئة لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	41
خلاصة الفصل	44
الفصل الثاني: الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	
المبحث الأول: دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	**47**
المطلب الأول: حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال رفع دعوى الإلغاء	47
الفرع الأول: مفهوم القرارات الإدارية القابلة للانفصال في إطار الصفقة العمومية	47

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة	51
المطلب الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال الدعوى الاستعجالية	54
الفرع الأول: مفهوم الاستعجال في مادة الصفقات العمومية	54
الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية	55
الفرع الثالث: سلطات القاضي الاستعجالي	58
المبحث الثاني: دور القضاء الجزائي في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	**60**
المطلب الأول: جرائم الصفقات العمومية المخلة بمبدأ المنافسة	60
الفرع الأول: جريمة منح الامتيازات غير المبررة (المحاباة)	60
الفرع الثاني: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية	64
المطلب الثاني: تدابير الوقاية من جرائم الصفقات العمومية	66
الفرع الأول: التدابير المتعلقة بالموظفين	66
الفرع الثاني: التدابير المتعلقة بالمصلحة المتعاقدة	67
المطلب الثالث: أساليب الكشف عن جرائم الصفقات العمومية	69
الفرع الأول: الترصد الإلكتروني	70
الفرع الثاني: التسرب	71
الفرع الثالث: التعاون الدولي	72
خلاصة الفصل	73
خاتمة	75
قائمة المراجع	79
فهرس	86