وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـــامـــعـــة يـــحـــي فـــارس- بـــالـــمـديـــة-

كـلـــيـة الـحـقـوق و الـعـلـوم الـسـيـاسـيـة

ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: دولة ومؤسسات

من إعداد الطالبين:

مصطفى لطرش

عبد الرزاق سدات

تحت إشراف الأستاذة:

أعمر الشريف آسية

أعضاء لجنة المناقشة:

أ/ ذبيـــــح زهيـــرة..... رئيـــــــــسا

أ/ أعمر الشريف آسية..... مشرفا ومقررا

أ/ جبـــــار رقيـــــة.....عضـوا مناقشـا

السنة الجامعية: 2021/2020

شكـــر

نشكر الله عز وجل على توفيقنا في انجاز هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من أمدنا بيد المساعدة من

قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيبة،ونخص بالذكر الأستاذةالمشرفة

أعمر الشريف آسيةعلى مساعدتها لنا

وفي الأخير نشكر كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد .

وشكـــرا

مقدمـــة

مقدمة

تشكل المنافسة قاعدة أساسية في هيكلة نظام اقتصاد السوق، القائم على مبدأ الحرية الاقتصادية، فهي من سنن الفطرة الكونية للبشر، غايتها التفوق في مجالات الأعمال والنشاطات أيا كانت طبيعتها، وقد لازمت المنافسة النشاط الاقتصادي خاصة، حتى اتصفت بكونها أحد الشروط اللازمة لاحترافه[1].

لذلك يعتبر مبدأ المنافسة من لأهم المبادئ التي يرتكز عليها النظام الاقتصادي في الدولة، بما توفره من حماية فعالة للمال العام، بحيث تستعمل الأموال العمومية بشكل عقلاني.

ولقد عرفت المنافسة لغة بأنها الرغبة في الشيء، والانفراد به، كما أنها ظاهرة إنسانية، تعني تقديم الأفضل بين الآخرين[2].

والمنافسة في الشريعة الإسلامية وبعد التصور القرآني للنعم التي يلقاها المؤمنون حثهم الله سبحانه وتعالى على التنافس في عمل الخير حتى ينلونها، وفي ذلك **قوله تعالى "ختامه مسك وبذلك فليتنافس المتنافسون"[3]**.

أما المنافسة في الصفقات العمومية، يمكن النظر إليها من زاوية قانونية وزاوية اقتصادية، فهي من الزاوية القانونية مجموع قواعد والإجراءات الإدارية، يجب على الإدارة إتباعها

---

[1]– بن سالم خيرة،الأليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل درجة دكتوره في العلوم تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2017–2018، ص1.

[2]– بعيط عائش، ضمان مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، دولة ومؤسسات، كلية الحقوق بن عكنون، مدرسة دكتوره دولة ومؤسسات فرع الجلفة، جامعة الجزائر 01، 2013–2014، ص07.

[3]– الآية 26، سورة المطففين.

من أجل إيجاد المقاول أو المورد أو مقدم الخدمات الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة بشكل جيد، ومن الزاوية الاقتصادية فهي نظام إنتاج مبني على الحرية الصناعية والتجارية، اعتبارا أن لكل شخص الحرية في ممارسة التجارة واختيار نوع النشاط الذي يريده، وتختزل المنافسة البعدين السابقين، فالمنافسة من جهة عبارة عن إتباع جملة من القواعد والإجراءات الإدارية لاختيار المتعاقد بقصد إشباع حاجيات الموفق العام ومن جهة أخرى هي حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول للطلبات العمومية.

كما أن إعمال المنافسة الحرة في الصفقات العمومية يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض والتنوع في الخيارات تسمح للإدارات العمومية بالاستخدام الموارد العمومية استخداما عقلانيا ورشيدا، ويضفي على طلباتها قدرا من المنافسة والشفافية والنزاهة[1].

ويعتبر تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر رائدا في تبني مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، ويتضح هذا من خلال صدور العديد من القوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، أولها كان الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2]، والذي اعتمد المناقصة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية والتي لا يمكن أن تتم إلا من خلال الإشهار الذي يعتبر بمثابة دعوة للمنافسة، حيث نصت المادة 33 منه "تجري المناقصة دائما بعد الالتجاء إلى المنافسة بواسطة الصحافة أو لصق الإعلان في

[1]- كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد2، كلية الحقوق، جامعة بني يوسف بن خدة، الجزائر 201، ص75 و76.

[2]- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1976، يتضمن قانون الصفقات العمومية ج ر عدد 52 مؤرخة في 27 يونيو 1967.

الأماكن التي يتردد عليها العموم كثيرا أو بجميع وسائل الإشهار الأخرى"، ليأتي بعدها المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم لصفقات المتعامل العمومي[1]، الذي كرس مبدأ المنافسة من خلال طرق إبرام الصفقات العمومية، إذ تنص المادة 28 منه على أن "الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عروضا أفضل"، وعلى إثر التوجه السياسي والاقتصادي الذي شهدته الجزائر بعد صدور دستور 1989، والتخلي عن النظام الاشتراكي، كان لا بد من وضع نظام قانوني يتكيف مع المعطيات السياسية والاقتصادية الجديدة التي تبنت مبدأ المنافسة من خلال حرية الصناعة والتجارة، ونتيجة لهذا تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2] فنص على أن الصفقة العمومية تبرم وفق إجراء التراضي أو المناقصة، كما أبقى على إلزامية لإشهار 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]، وإثر التحول الاقتصادي وتبني نظام اقتصاد السوق والتخلي عن الاقتصاد الموجه، صدر المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[4]، مسايرا لتوجهات الدولة نحو تحرير النشاط الاقتصادي، وتجسيدا لمبدأ عدم التمييز بين المتعاملين الوطنيين الأجانب، إلا أن

---

[1]- المرسوم 82-145، المؤرخ في 10 أفريل 1982، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 15 مؤرخة في 13 أفريل 1982.

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

[3]- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017، ص30.

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

هذا الأخير عرف تعديلا بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[1]، حيث كرس لأول مرة مبادئ حرية المنافسة، وذلك باستحداثه للمادة 2 مكرر التي تنص على أنه "لضمان نجاعة الطلبات العمومية ولاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية لإجراءات"، ومن أجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة ومحاربة الفساد الذي تزايدت ظاهرته في مجال الصفقات العمومية صدر الموسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[2]، والذي أدخل أحكام جديدة مستوحاة من قانون المنافسة، كما كرس أيضا المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية في المادة 3 منه، إضافة إلى اعتماد أسلوب المناقصة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية، وكان ختام هذه القوانين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام[3]، الذي جاء لتعزيز المنافسة أكثر والبحث عن تنافس أكبر وأوسع، حيث تنص المادة 5 منه "لضمان ونجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام أن تراعى في الصفقات العمومية، مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم" حيث هذه المبادئ، تشكل في مجملها مبدأ المنافسة.

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 متوفرة في 09 نوفمبر 2008.

[2]- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 8 مؤرخة في 07 أكتوبر 2010.

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

وتتمثل أهمية البحث في موضوع ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية أن هذه الأخيرة تعد من أهم المجالات التي تحتاج إلى اعتماد مبدأ المنافسة وذلك بالنظر إلى الإجراءات والمراحل المختلفة والعديدة التي يمر بها إبرام الصفقة العمومية، بالإضافة إلى ارتباطها بالخزينة العمومية، فقصد الحفظ على المال العام وترشيد إنفاقه بما يحقق المصلحة العامة والتنمية الاقتصادية لا بد من ضمان المنافسة الحرة والنزيهة في عملية إبرام الصفقات العمومية.

وعليه فإن الهدف من الدراسة، توضيح وتحديد لآليات التي كفلها المشرع من خلال مرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات الموفق العام لمبدأ المنافسة.

ويرجع اختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية تتمثل لأسباب الذاتية في رغبتنا للإطلاع أكثر على موضوع الصفقات العمومية المعروف بمجاله الخصب وكذاك من أجل التحكم في التسيير المالي الإداري وتجسيده في مهامي الوظيفية.

أما عن الأسباب الموضوعية تتمثل في الرغبة منا البحث في مجال الصفقات العمومية باعتبارها أهم عقود القانون العام التي تستخدمها الدولة كوسيلة للإنفاق العام من أجل القيام بأعباء المرافق العامة وتسييرها، والعمل على كشف مواطن الخلل والثغرات القانونية التي تؤدي إلى الإخلال بمبدأ المنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية، مما يجعلها مشوبة بلا مشروعية.

وقد واجهتنا بعض الصعوبات في إعداد هذه المذكرة تتمثل أساسا في تشعب الموضوع من جهة، وقلة المراجع المعالجة للإصلاحات الجديدة المتعلقة بالصفقات العمومية بالاستثناء المداخلات والملتقيات حول الصفقات العمومية.

وبناءا على ما سبق نتناول هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية:**إلى أي مدى ضمن المشرع مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي من خلال دراسة مختلف النصوص القانونية التي لها علاقة بضمان مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وتحليل الأحكام التي تتضمنها.

ولقد قمنا بتقسيم هذه المذكرة إلى فصلين حيث تطرقنا في الفصل الأول ضمان مبدأ المنافسة من خلال إجراءات الصفقة العمومية وقسمناه إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ضمان مبدأ المنافسة من خلال الإجراءات السابقة للتعاقد وفي المبحث الثاني تناولنا ضمان مبدأ المنافسة من خلال قواعد إبرام الصفقة العمومية، أما الفصل الثاني تناولنا فيه الضمانات المؤسساتية والقضائية لمبدأ المنافسة، حيث تناولنا في المبحث الأول دور المؤسسات الإدارية في ضمان مبدأ المنافسة، أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة.

الفصل الأول

ضمان مبدأ المنافسة من خلال

إجراءات الصفقات العمومية

الفصل الأول: ضمان مبدأ المنافسة من خلال إجراءات الصفقات العمومية

يعتبر موضوع مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، من المواضيع التي أولاها المشرع عناية خاصة ،من خلال حرصه على إلزام المصالح المتعاقدة بتطبيق هدا المبدأ على إجراءات إبرام صفقاتها ،ابتداء من مرحلة قبل الإعلان عن الصفقة ، وصولا الى المنح النهائي للصفقة .

كما فرض على المصلح المتعاقدة ، ان تراعي جملة من المبادئ تقوم عليها الصفقة العمومية ، تحقيقا نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام .

و علية سنتطرق في هدا الفصل ضمانات مبدأ المنافسة من خلال إجراءات السابقة للتعاقد (مبحث أول)، و نتناول ضمانات مبدأ المنافسة من خلال قواعد إبرام الصفقة العمومية .

المبحث الأول: ضمان مبدأ المنافسة من خلال إجراءات السابقة للتعاقد

تمر الصفقة العمومية في الجزائر طبق لتنظيم الصفقات العمومية بمراحل طويلة حتى تدخل حيز التنفيذ، تبدأ بمرحلة تجهيز الصفقة العمومية وتنتهي بمرحلة اعتماد الصفقة أو المصادقة عليها ،ويعتبر إعمال مبدأ المنافسة خلال هذه المراحل ضمان لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وبطبيعة الحال لا يتحقق ذلك إلا إذا تم تطبيق المبادئ العامة في إبرام الصفقة العمومية والتي كرستها المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[1]،وعليه نتناول في هذا المبحث ،ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة تجهيز الصفقة العمومية (مطلب أول)، وضمان مبدأ المنافسة من خلال المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة تجهيز الصفقة العمومية

طبقا للسلطات المخولة قانونا للمصلحة المتعاقدة، وفي إطار ضمان مبدأ المنافسة في إعداد ملف الصفقة العمومية، ألزمها (مصلحة المتعاقدة) بإتباع قواعد إجرائية دقيقة قبل أي إجراء للتعاقد، حيث تتمثل هذه الإجراءات في تحديد الحاجات العمومية (فرع أول) وإعداد دفتر الشروط (فرع ثاني).

الفرع الأول: ضمان مبدأ المنافسة في تحديد الحاجات العمومية

نظم المشرع عملية تحديد الحاجات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا من خلال نص المادة 27 منه والتي تنص "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها

[1]- المادة5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نفس مرجع السابق.

مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، 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 أن لا 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 للحصص المنفصلة، بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصص أو إجراء لكل حصة، في حالة حاجات جديدة، يمكن للمصلحة 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".

ما يمكن استقراؤه من خلال نص هذه المادة ،أن المشرع أكد على ضرورة تحديد الحاجات الواجب تلبيتها من طرف المصلحة المتعاقدة تحديدا دقيقا قبل أي إعلان عن الصفقة والدعوة للتعاقد، سواء عن طريق إجراء طلب العروض أو عن طريق إجراء التراضي، وهذا يعد ضمانة حقيقة لمبدأ المنافسة لأن إلزام المصلحة المتعاقدة بإتباع الإجراءات الشكلية لمنح الصفقة أو إتباع الإجراءات المكيفة،يكشف عنه تحديد الحاجات، ونتيجة لذلك يكون لهذه الأخيرة تأثير حاسم على حرية الوصول المرشحين للطلبات العمومية، وبالتالي فإن تحديد الحاجات خطوة أساسية في عملية الطلب العمومي، لأن التحديد غير المدروس أو الخاطئ للحاجات يؤدي بالنتيجة إلى تشويه المنافسة وإساءة استخدام المال العام[1]، وتستند المصلحة المتعاقدة في تحديد

[1]– لحول كمال، اختيار المشاريع العمومية دراسة مشاريع الطريق السيار "شرق غرب" مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص تسيير المالية العامة، "كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة ابوبكربلقايد، تلمسان، 2013–2016، ص87.

حاجاتها على مواصفات تقنية، تقوم بإعدادها وفقا سلطتها التقدرية، إما على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها، وإما على أساس متطلبات وظيفية، وضمانا لمبدأ المنافسة وحتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها التقديرية عند تحديد المواصفات التقنية ،ألزمها بأن تكون تلك المواصفات موضوعية وغير تمييزية بما يتطابق مع إمكانيات و مؤهلات متعامل اقتصادي معين أو بما يتطابق مع منتوج محدد لأن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المنافسة ،ويترتب عليه إلغاء إجراءات منح الصفقة بكامل، إلا أنه يجب الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة مقيدة في مسألة وضع شروط المنافسة، إذ يحضر عليها بأي شكل من الأشكال وضع شروط تقنية أو مالية لا تهدف إلى تحقيق الصفقة العمومية، بل تهدف إلى تضيق في مجال المنافسة أو إقصاء أحد المترشحين[1].

وفي حال لجوء المصلحة المتعاقدة إلى تحصيص الحاجات المراد تلبيتها في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة[2]، على أن تراعي وجود منافسة بين مختلف المتعاملين، وسماح للأكبر عدد ممكن لترشح للصفقة، وحتى تكون منافسة شريفة ونزيهة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة عليها، كما يجب النص على التحصيص في دفتر الشروط[3].

[1]– بومقورة سلوى، مقال بعنوان "مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص291.

[2]– المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام ،مرجع سابق.

[3]– المادة 31/ ف3و 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المنظمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

الفرع الثاني: ضمان مبدأ المنافسة عند إعداد دفتر الشروط

يعرف دفتر الشروط على أنه وثيقة رسمية تضعها الإدارة بإرادتها المنفردة، وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعاقد معها[1].

وتظهر أهميته من خلال مضمونه ومحتواه، فهو يتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة وطريقة منحها، والوثائق المكونة لها والمطلوبة من المترشحين، والأسس التي يعتمد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد، وكيفية التنقيط للعرضين التقني والمالي، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ الصفقة، و التزامات المتعامل المتعاقد، وأحكام الكفالة والتعويض والتأمينات والغرامات والفسخ والتسبيقات وكيفية الدفع بالنسبة للخدمات المنجزة ، ولهذا فهو يحتل أهمية بالغة في ظل قانون الصفقات العمومية، فقبل أي دعوة للمنافسة، وحتى في إطار التراضي، يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر الشروط بعناية لتعريف المترشحين المهتمين بطبيعة ومحتوى الخدمات التي تكون محلا للصفقة[2].

وبالرجوع لمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2016 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبتحديد في نص المادة 26 منه نجد أن دفاتر الشروط تنقسم إلى ثلاث أنواع كمايلي:

---

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص142.

[2]- حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتورة علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2017، ص446.

أولا: دفاتر البنود الإدارية العامة

تحدد هذه الدفاتر الأحكام الإدارية العامة التي تخص كل نوع من أنواع الصفقات كتبيان لأحكام الملزمة لكل طرف، وتحديد لاختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية[1].

ثانيا: دفاتر التعليمات التقنية المشتركة

تحدد هذه الدفاتر الشروط التقنية المشتركة الخاصة بكل صفقة، وهي تتمم دفاتر البنود الإدارية العامة، كما أنها تحدد بالنسبة لكل طائفة من الصفقات، كيفية تحديد السعر وشروط تسديد التسبيقات والتخليص، ويجب أن يصادق الوزير المختص على دفاتر التعليمات المشتركة[2]

ثالثا: دفاتر التعليمات الخاصة

تحدد هذه الدفاتر الشروط الخاصة بكل صفقة، لاسيما المعلومات التي تتعلق بكيفيات إجراء المنافسة، ومكان سحب وإيداع العروض وتنقيطها وتقييمها، وتلقي العروض بشأن الاختيار المؤقت للمتعامل المتعاقد، وغير ذلك بما يهم ضمان المنافسة الخاصة بصفقة بعينها[3]، كما أن المصلحة المتعاقدة عند إعداد دفتر التعليمات الخاصة يجب تضمينها بمجموعة من الأحكام التي تكرس المنافسة وذاك عن طريق هذه الدفاتر لدراسة لجان الصفقات العمومية ومنحها تأشيرة الموافقة،ومن بين الأحكام الإلزامية التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية التي يجب أن

[1]– عادل دبيح، دور دفاتر الشروط في حماية الشروط المبادئ الأساسية لنجاعة الصفقة العمومية، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الولي حول الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15–247 يومي 18–19 أكتوبر 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، ص7.

[2]– عادل دبيح، مرجع نفسه، ص9.

[3]– النور الخرشي الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص83.

تتضمنها دفتر هي تحديد الحاجات، إمكانية اللجوء إلى التخصيص من عدمه، آجال تحضير العروض، معايير اختيار المتعامل المتعاقد[1].

و بناءا على ما سبق ذكره ،فإن إعداد دفاتر الشروط و تضمينها لمجموعة من الأحكام يخضع لها جميع المتعاملين دون مفاضلة يضمن مبدأ المنافسة ،حيث يكون لجميع المتنافسين المعلومات الكافية و الضرورية الخاصة بالصفقة ، و هو ما يمكنهم من إعداد عروض مقبولة حسب الشروط التي حددتها المصلحة المتعاقدة.

المطلب الثاني: ضمان مبدأ المنافسة من خلال المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية

تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي " لضمان ونجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية، مبادئ حرية للوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام هذا المرسوم" ومن هذا النص يتبين لنا أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بمراعاة مبادئ محددة في إبرام صفقاتها والتي تشكل في مجملها مبدأ المنافسة، بحيث يترتب على مراعات هذه المبادئ أثر بالغ على مبدأ المنافسة، وبالتالي اختيار المتعامل المتعاقد معها.

بناء على ما سبق ذكره سنتناول مدى ضمان مبدأ المنافسة من خلال مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (فرع أول)، ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين (فرع ثاني)، ثم مبدأ شفافية الإجراءات (فرع ثالث).

[1]- فتيحة حابي، النظام القانوني للصفقات العمومية إنجاز الأشغال العامة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013-2014، ص78.

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

يقصد بهذا المبدأ فتح مجال المنافسة ومنح فرصة لكل من توفرت فيهم الشروط الموضوعية بالمشاركة، وذلك حسب الإعلان المنشور، وبالشروط الواردة في دفتر المتعلق بالصفقة من أجل تقديم عروضهم أمام المصلحة المتعاقدة[1].

ونظرا لأهمية هذا المبدأ في ضمان منافسة شريفة ونزيهة، فقدوضع المشرع ضمانات تضمن تجسيده على أرض الواقع، و من بين هذه الضمانات إلزام المصلحة المتعاقدة بإتباع إجراءات الإشهار، وبأن يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي لكل من طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء[2].

وذلك حتى يتمكن كل عارض من دخول المنافسة تحقيقا لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية والمنافسة النزيهة والشريفة ،وبتالي ضمان مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية الذي يترتب عليه ضمان مبدأ المنافسة.

فهذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه، إذ ترد عليه بعض الاستثناءات التي تجعل من المصلحة المتعاقدة مضطرة لعدم تطبيق واحترام هذا المبدأ ، ولا يعد ذلك حساسا بمبدأ المنافسة، وكما هو معلوم الاستثناء هو تأكيد للقاعدة لا نفي لها، وحتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المصلحة وتمتعها بالامتيازات السلطة العامة ،وجب عليها أن تستند في خروجها عن القاعدة العامة إما على نص قانوني وذلك بالإلزام المترشحين بتقديم تصريح بنزاهة، وإما

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص78.

[2]– المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

على أسباب عملية كوضع شروط وضوابط من شأنها حصر مجال المنافسة في أهل الخبرة والاختصاص[1]، وبهذا يكون المشرع قد ضمن مبدأ المنافسة بين المترشحين ،حيث لا يدخل المنافسة إلى المترشحين النزهاء أو من لهم الخبرة والاختصاص من أجل تقديم عروضهم والظفر بالصفقة العمومية.

الفرع الثاني: احترام مبدأ المساواة بين المترشحين

يعتبر هذا المبدأ مكمل لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومضمونه أن تقف المصلحة المتعاقدة حيال الطلبات العمومية والعروض المقدمة موقف الحياد، فلا يجوز لها كأصل عام التفضيل والتمييز بين العارضين إلا ضمن الأطر التي حددها القانون[2].

وإذ كان مبدأ المنافسة من المبادئ التي أقرها وكرسها تنظيم الصفقات العمومية، فهذا المبدأ لا يكون له وجود و لا يتحقق على أمر الواقع إلا إذا تم إعماله مع مبدأ المساواة، والذي يعني بأن لكل من يحقق له المشاركة في الصفقات العمومية المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين دون تفضيل أو تمييز لمتنافس على آخر[3].

ويستند هذا المبدأ إلى فتح المجال لكل المتنافسين لإيداع عروضهم الملمة بسرية، والذي يكون في زمان ومكان واحد، ضمانا لمبدأ المنافسة، والغاية من هذا المبدأ أن يعامل جميع العارضين في طلب العروض معاملة متساوية قانونا وفعلا، ولا يجوز أن يسمح لأحد المنافسين للاطلاع على ملف طلب العروض دون بقية المتنافسين، أو أن تقوم المصلحة المتعاقدة

---

[1]– عطوي مريم، مقال بعنوان "قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية وفقا للقانون الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة .لمين دباغين، المجلد 4، العدد2، 2019، ص105.

[2]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص81.

[3]– تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوره في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص62.

بمفاوضات أو مساومات مع أحدهم على شروط وطرق التعاقد[1] وعليه فبمجرد تحقيق هذا المبدأ يضمن مبدأ المنافسة بين المتنافسين ،لأنه يمكن كل عارض من دخول مجال المنافسة وتقديم عرضه أمام المصلحة المتعاقدة من أجل الظفر بالصفقة العمومية.

الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

يقصد بهذا المبدأ وضوح الإجراءات والإعلام المسبق للمتنافسين بشأن معايير الاختيار، وضرورة الإعلان عنها بالطرق المحددة، وتمكين المترشحين من إيصال عروضهم، وحضور جلسات فتح الأظرفة وتقييم العروض، والاطلاع على نتائج التقييم و الاختيار، وفتح المجال للطعن في القرارات المتخذة والأعمال المتعلقة بإجراءات طلب العروض[2].

ويعتبر مبدأ شفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية مبدأ جوهري، لأنه يسمح بممارسة الرقابة بفعالية وعلى مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية، والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بتنظيم الصفقات العمومية، إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهريا ومرئيا[3].

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ،نجد أن المشرع حرص على إعمال بمبدأ الشفافية، حيث

---

[1]- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة 6، ديوان المطبوعات الجامعية 2014، ص205.

[2]- النور الخرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، "دون طبعة" دار خلدونية للنشر والتوزيع، 2011، ص493.

[3]- دراج عبد الوهاب، مقال بعنوان قواعد المنافسة في مرحلة تكوين الصفقة العمومية في الحفاظ على المال العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 10، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2018، ص17.

ألزم المصلحة المتعاقدة بالإخطار العارضين بتاريخ وساعة فتح الأظرفة، والتي تكون في جلسة علنية بحضور كافة المترشحين أو ممثلين عنهم وإعلامهم مسبقا بذلك[1] ،وفي حال إخلال المصلحة المتعاقدة بهذه الإجراءات يمكن لكل مترشح أن يرفع طعن بإلغاء الإجراء أمام اللجنة المختصة، وعلى هذا الأساس يعد مبدأ الشفافية ضمانا لمبدأ المنافسة.

بناء على ما سبق تناوله، نخلص إلا أن هذه المبادئ الثلاث مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين، ومبدأ الشفافية في الإجراءات التي تقوم عليها إبرام الصفقات العمومية تشكل في مجملها مبدأ المنافسة ،فأي إخلال بهذه المبادئ يؤدي إلى نتيجة حتمية ألا وهي الإخلال بمبدأ المنافسة.

[1]– المواد 64و66و70، من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق

المبحث الثاني: ضمان مبدأ المنافسة خلال قواعد إبرام الصفقة العمومية

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة من خلال تنظيم الصفقات العمومية أن تبرم صفقاتها العمومية وفقا قواعد شكلية محددة، تتمثل في إجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، والذي يمثل فيه مبدأ المنافسة قدرا كبيرا من تكريس (مطلب أول)، وحتى تظهر الصفقة للوجود يتوجب على المصلحة المتعاقدة أن تتبع مراحل عديدة يحترم فيها مبدأ المنافسة (مطلب ثاني)، وحتى تدخل الصفقة حيزا التنفيذ لا بد من المصادقة عليها من طرف الجهات الإدارية المختصة (مطلب ثالث).

المطلب الأول: اعتماد طلب العروض كأساس للإبرام الصفقة العمومية

تنص المادة 34 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات الموفق العام على ما يلي "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".

يتضح من خلال النص أن المشرع ألزم لمصلحة المتعاقدة بإبرام صفقاتها وفق لإجراء طلب العروض والذي يشكل القاعدة العامة، كما أجاز لها واستثناءا أن تلجأ إلى إجراء التراضي للإبرام صفقاتها، وكما هو معلوم أن الاستثناء يؤكد القاعدة العامة لا نفي لها، و لقد عرفت المادة 40 من المرسوم رقم 15-247 المذكور أعلاه أن "طلب العروض هو ذلك الإجراء الذي سيهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعاهدين يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية..."

وعليه سنتناول مدى ضمان مبدأ المنافسة من خلال أنواع طلب العروض (فرع أول) ، ثم نتطرق إلى الاستثناءات الواردة عليه (فرع ثاني).

الفرع الأول: أنواع طلب العروض

يتم من خلاله التطرق إلى طلب العروض المفتوح (أولا)، ثم طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا (فرع ثاني)، طلب العروض المحدود (فرع ثالث)، المسابقة (فرع رابع).

أولا: طلب العروض المفتوح تكريس حقيقي لمبدأ المنافسة

عرفته المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا" ،فهذا الشكل يضمن مبدأ المنافسة كونه إجراء يكفل لكل عارض توفر فيه الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة من خلال إعلان طلب العروض، فيكون باب المنافسة مفتوح بين العارضين، دون إقصاء أو تمييز أو انتقاء ،حيث يحق للجميع المتنافسين سحب دفاتر الشروط وبالتالي تقديم عروضهم أمام المصلحة المتعاقدة، وعلى أساس ذلك فإنه يضمن أوسع ما يمكن توفيره من مشاركة واحترام المبادئ العامة التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقة العمومية[1].

ثانيا: طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا حصر لمجال المنافسة

عرف المشرع طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقوله "طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط المؤهلة، والتي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا

[1]- النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية وتقديمية وتكميلية الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص156.

قبل إطلاق لإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة"، يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن المشرع ضيف من مجال إعمال بمبدأ المنافسة ولونسبيا، وهذا من خلال اعترافه للمصلحة المتعاقدة بقدر من الحرية في وضع وتحديد الشروط مسبقا في إعلان طلب العروض، بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية[1]، فهذا لنوع يكفل لكل عارض تتوفر فيه بعض القدرات التقنية والمالية والمهنية أن يدخل غمار المنافسة ،وبالتالي تقديم عرضه أمام المصلحة المتعاقدة من أجل الظفر بالصفقة، مثلا قد تشترط المصلحة المتعاقدة ضمن الشروط الدنيا المؤهلة حيازة المرشح على شهادة التصنيف و التأهيل المهنيين درجة 3 في مجال الأشغال العامة، أو شهادة تثبت إنجاز مشاريع مشابهة للمشروع طلب العروض خلال السنوات الخمس الأخيرة، والهدف من وضع هذه الشروط من طرف المصلحة المتعاقدة ليس إقصائيا ولا يمس بمبدأ المنافسة، وإنما لتعزيز المنافسة بين المتنافسين حتى تكون نزيهة وشريفة من شأنها تضمن نجاعة الطلبات العمومية وتحقيق الهدف المنشود من وراء إبرام الصفقة العمومية.

ثالثا: طلب العروض المحدود

تنص المادة 45 من المرسوم الراسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي "طلب العروض المحدود هو إجراء استشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل المدعوين وحدهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة منهم، وتنفذ المصلحة المتعاقدة لانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة، أو ذات أهمية خاصة، ويجري اللجوء أي طلب العروض المحدود، عند ما تسلم العروض التقنية، إما

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص201.

على مرحلتين طبقا للأحكام المادة 46 أدناه ، وإما على مرحلة واحدة"، ففي هذا النوع يتناقص فيه مجال المنافسة بوضوح باعتباره إجراء ينطوي على التعقيد، لأنه يخص إيجاز عمليات مركبة أو ذات أهمية خاصة، حيث تقتصر المنافسة على المرشحين الذين تم انتقاؤهم الأولي من طرف المصلحة المتعاقدة بخمسة مرشحين منهم، ونظرا لخطورة هذا نوع من إجراءات إبرام الصفقات العمومية على مبدأ المنافسة نجد أن المشرع قيدة المصلحة المتعاقدة في حال اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند اشتراطها المواصفات تقنية في العمل أو المادة، بما يبرر أن المنافسة تكون محدودة وتشمل المتعهدين الذين اتصلت بهم دون سواهم باعتبارهم لأقدار على تنفيذ موضوع هذه العملية الخاصة و المعقدة[1]، وهذا القيد يعتبر كضمان لمبدأ المنافسة لأنه يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المصلحة العامة في كل الحالات إلى طلب العروض المحدود بهدف تضيق مجال المنافسة واقتصاره على فئة معينة تعرفهم مسبقا.

رابعا: المسابقة

لقد عرفت المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنها "إجراء يضع رجال الفن في المنافسة 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"، و من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع ضيق مجال المنافسة في هذا الأسلوب وحصره في فئة معينة (رجال الفن) من أجل تقديم مخططات أو مشروع وهذا حسب البرنامج الذي أعدته المصلحة

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق ص205.

المتعاقدة، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة ، وما يلاحظ أن المشرع استعمل مصطلحات فضفاضة قد تسيئ المصلحة المتعاقدة غي تفسيرها وبالتالي قد تحيد عن الهدف من إبرام الصفقة عن طريق أسلوب المسابقة، وبالتالي إخلال بمبدأ المنافسة، ولتفادي هذا الاختلال حدد المشرع المجالات التي يمكن أن تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب المسابقة ،والتي ذكرها على سبيل الحصر متمثلة في مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات، و بحصر هذه المجالات يكون المشرع قد ضمن مبدأ النافسة

الفرع الثاني: استثناءات الواردة على طلب العروض

تنص المادة 39 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي "تبرم الصفقات العمومية وفق لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع اعترف للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقاتها وفق إجراء التراضي كاستثناء عن القاعدة العامة، ولقد عرف المشرع إجراء التراضي من خلال نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المذكور أعلاه أنه "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة".

و عليه سنتناول مدى ضمان مبدأ المنافسة في إجراء التراضي من خلال أشكاله، التراضي البسيط (أولا) ،ثم التراضي بعد الاستشارة (ثانيا).

أولا: التراضي البسيط

تستبعد المصلحة المتعاقدة كليا لمبدأ عند إجراء التراضي البسيط، فتقوم مباشرة بإختيار المتعامل المتعاقد معها دون الخضوع للقواعد الشكلية المعتمدة في إجراء طلب العروض، بعد التفاوض معه، ولكون هذا الإجراء ينطوي على مخاطر قد تؤدي إلى الإخلال بمبدأ المنافسة، نجد أن المشرع حدد المجالات التي يمكن أن تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التراضي البسيط، وهذا من خلال نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي حددها حصرا دون سواها ولا يجوز القياس عليها، أو ربط بين حالة أخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة[1]،

وهذا يعتبر كضمان لمبدأ المنافسة، لأنه يمكن أن تسيء المصلحة المتعاقدة في استخدام سلطتها بصفتها صاحبة المصلحة للجوء إلى إجراء التراضي البسيط في كل الأحوال بهدف التملص من الإجراءات المعقدة المقررة في أسلوب طلب العروض، أو بهدف منح الصفقة لمتعاملين تعرفهم مسبقا مقابل حصول على امتيازات.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

على خلاف ما فعله المشرع في طرق إبرام الصفقات العمومية ،لم يعطي تعريفا محددا لإجراء التراضي بعد الاستشارة، لكنه بين أنه شكل من أشكال التراضي إلى جانب التراضي البسيط، وهذا ما تضمنته المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بنصها على "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل الملائمة المكتوبة".

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص201.

ولهذا يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو محدودا من المنافسة والتي تنعدم في التراضي البسيط[1].

وحتى تكون منافسة شريفة ونزيهة ، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة أن يكون المنح المؤقت للصفقة محل نشر[2]، وهذا تكريس لشفافية الإجراءات والذي يخدم مبدأ المنافسة.

وبالرجوع إلى نص المادة 51 من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نجدها قد حددت الحالات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ فيها إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة، وهي كالآتي:

- حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

- حالة الصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

- حالة الصفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

- حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في أطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هيبات.

- حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال العروض الجديد.

---

[1]- دراج عبد الوهاب، مرجع سابق، ص25.

[2]- المادة 8/52 من المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

وبتحديد هذه الحالات يكون المشرع قد وضع حد لتعسف الإدارة المتعاقدة في استعمال سلطتها وحريتها في اختيار إجراء التراضي للإبرام الصفقة، وبالتالي يكون قد ضمن منافسة حرة نزيهة وشريفة، إضافة إلى ذلك يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تبرر اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة عليها، وهذا تطبيقا لنص المادة 60 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، وهذا يعتبر كضمان لمبدأ المنافسة، لأنه من الممكن أن يكون اختيار طريقة إبرام فيه إخلال بمبدأ المنافسة، وقد يصل الأمر إلى حد إلغاء المنافسة في بعض الأحيان، ومثال ذلك إبرام الصفقة عن طريق التراضي خارج الحالات المنصوص عليها قانونا[2].

المطلب الثاني: ضمان مبدأ المنافسة من خلال مراحل إبرام الصفقة العمومية

نتناول في هذا المطلب ، مدى إعمال و ضمان مبدأ المنافسة في كل من عملية الترشح للصفقة العمومية (فرع أول)، مرحلة إيداع العروض (فرع ثاني)، مرحلة فرص العروض (فرع ثالث)، مرحلة تقييم العروض (فرع رابع).

الفرع الأول: عملية الترشح للصفقة العمومية

نتطرق في هذا الفرع الى ضمان مبدأ المنافسة في كل من مرحلة الإعلان عن الصفقة العمومية (أولا) ، ثم من خلال رسائل الإعلان عن الصفقة (ثانيا).

---

[1]- المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2]- محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية حقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص57.

أولا: مرحلة الإعلان عن الصفقة كآلية لضمان مبدأ المنافسة

الإعلان إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة في التعاقد 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[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نجدها قد نصت على "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".

يتضح من نص المادة أن المشرع فرض اللجوء إلى الإشهار، ونشر الإعلان طلب العروض بأشكاله المختلفة، وهذا حتى يفسح المنافسة أمام جميع العارضين، وتجسيد مبدأ علنية وشفافية الصفقة، وكذلك مبدأ المساواة بين المتنافسين[2]، وهذا بطبيعة الحال يعتبر ضمانه لمبدأ المنافسة.

وأما عن بيانات الإعلان، فقد نصت عليها المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "يجب أن يحتوي إعلان طالب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:

[1]- تياب نادية، مرجع سابق، ص63.

[2]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص250.

– تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها،ورقم تعريفها الجبائي،– كيفية طلب العروض،– شروط التأهيل أو انتقاء الأولي، – موضوع العملية، – قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، – مدة تحضير العروض، – إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر، – تقديم العروض في ظرف مغلق بالأحكام تكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومراجع طلب العروض، ثمن الوثائق عند الاقتضاء" وبفرض هذه البيانات في كل من إعلان عن طلب العروض أيا كان شكله، يكون المشرع قد كفل للمعنيين بالمنافسة على الصفقة فرصة للمشاركة فيها، وهذا بالإطلاع على الجهة المعينة، وموضوع الخدمة ومجال المشاركة وآجالها، والوثائق المطلوبة والكفالة، وهو بذلك قد جسد مبدأ العلانية ومبدأ المساواة[1] وبالتالي ضمان مبدأ المنافسة

ثانيا: وسائل الإعلان

تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جردتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني" و من هذا النص يتضح لنا أن المشرع حدد اللغة التي يحرر بها إعلان طلب العروض، كما حدد بدقة الوسيلة التي ينشر فيها إجباريا، وهذه ضمانة لمبدأ المنافسة من خلال فتح مجال المنافسة أمام المتنافسين، واستقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين لدخول غمار المنافسة وتقديم عروضهم من أجل الظفر بالصفقة، وللإشارة أن مختلف إعلانات

[1]– عمار بوضياف،مرجعنفسه، ص156،157.

الصفقات العمومية تتم من خلال الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، وهذه ضمانة إضافية لمبدأ المنافسة، لأنه يمكن للمصلحة المتعاقدة صاحبة المصلحة أن تسيء في استخدام سلطتها التقديرية، وتلجأ إلى جرائد يومية وطنية لا تحضييبمقروئية كبيرة لنشر إعلان طلب العروض، بهدف تضييق مجال المنافسة ، وبهذا تكون قد أخلت بهذه الأخيرة، كما يمكن أن يكون إعلان العروض محل إشهار محلي، وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة 65 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كالآتي "يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعية تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي،مائة مليون دينار (100.000.00 دج) أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار (50.000.00 دج) أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية: – نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، وإلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعينة ،الولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرق التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة للولاية، المديرية التقنية المعينة في الولاية" نستخلص من هذه المادة أن المشرع قيد المصلحة المتعاقدة في حالة اللجوء إلى الإشهار المحلي لإعلان طلب العروض،وفق المعيار المالي بغرض ضمان مبدأ المنافسة لأنه يمكن أن تلجئ المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المصلحة إلى إشهار المحلي للإعلان طلب العروض بنية تضيق مجال المنافسة في كل الحالات، إضافة إلى ذلك وسع في وسائل النشر وحددها بدقة بهدف منح فرصة المنافسة أمام جميع المتنافسين واستقطاب أكبر عدد ممكن من المنافسين وبالتالي يكون المشرع قد ضمن مبدأ المنافسة.

ولتسهيل الوصول إلى المعلومات وتوسيع دائرة العلم بها، ثم استحداث بوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، حيث تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة للمنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بطريقة إلكترونية، والذين يمكنهم الرد عليها بنفس الطريقة[1]،حسنا فعل المشرع، لأن ذلك يعد تجسيدا للنشر الواسع للصفقات العمومية، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الشفافية وزيادة عدد المشاركين المتنافسين، مما يفتح مجال واسع أمام الإدارة لاختيار أحسنهم خدمة للمصلحة العامة[2].

الفرع الثاني: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة إيداع العروض

بعد مرحلة الإعلان التي تعد جوهرية وإلزامية، تأتي مرحلة إيداع العروض من طرف المتنافسين الراغبين في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة وذلك وفق لمبدأ المنافسة والذي يتجسد من خلال تمكين المترشحين من الوثائق (أولا)، ثم آجال تحضير العروض (ثانيا)، ثم سرية العروض المودعة (ثالثا).

أولا: تمكين المترشحين من الوثائق المتعلقة بالصفقة

تنص المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يلي "تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، ويجب أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليها المعنيين لذلك، ويجب أن يسحب دفتر الشروط في إطار تجمع مؤقت للمؤسسات من طرف الوكيل أو من

[1]- المادتين 203،204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام، المرجع السابق.

[2]- حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 430

طرف ممثله المعين لذلك، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها"، يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المصلحة المتعاقدة وتكريسا لمبدأ المنافسة ، ملزمة بضمان حرية الوصول للطلبات العمومية ،و فتح باب المشاركة عن طريق تمكين المعنيين بالأمر بالحصول على كل الوثائق المتعلقة بالإجراء طلب العروض، ووضعها تحت تصرفهم، وإرسالها لمن يطلبها، وبات من الضروري أن تتضمن هذه الوثائق كل المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية، وهذا بغرض تمكينهم من إيداع عروض مقبولة، تستوفي كافة الشروط المطلوبة في الصفقة[1] .

وبالرجوع لنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[2] نجدها قد تضمنت شرحا مفصلا لموضوع الصفقة، مما يؤكد حرص المشرع على إعال مبدأ المنافسة من خلال منح الفرصة لكل المتنافسين بالاطلاع على شروط التعاقد والتي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة.

ثانيا: آجال تحضير العروض

تنص المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها، على المصلحة المتعاقدة أن تمدد أجل تحضير العروض، إذ اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة تخبر المتعهدين بذلك بكل الوسائل، تحدد المصلحة المتعاقدة

[1]- قارة سماح، تفصيل مبدأ المنافسة، قراءة في الصفقات العمومية، أعمال الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945 قالمة، يوم 15،16 مارس 2015، ص3.

[2]- أنظر المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق

أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر الإعلان المنافسة عندما يكون مطلوب 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 الأكبر عدد ممكن من المتنافسين ..."، وما يمكن استقراؤه من خلال هذا النص أن المشرع لم يحدد أجلا محددا للإيداع العروض وإنما جاء بصفة عامة، ملزما المصلحة المتعاقدة بأن يكون اجل الذي حددته كافيا لتحضير العروض بحيث يفسح المجال واسعا أمام المتنافسين وبالتالي استقطاب أكبر عدد ممكن من المترشحين، وهذه ضمانة لمبدأ المنافسة لأنه يمكن لكل مرشح تتوفر فيه الشروط المطلوبة للإيداع عرضه وعلى رغم من ذلك لم يعطي للمصلحة المتعاقدة الحرية المطلقة في تحديد الآجال ، وإنما أدرج بعض العناصر التي يمكن على أساسها تحديد أجل تحضير العروض، كما بين نقطة انطلاقها، وإمكانية تحديدها في الحالة الضرورة، ولضمان مبدأ المنافسة ألزمها (مصلحة المتعاقدة) بإعادة إخطار المتعهدين بكافة الطرق، كما ألزم المترشحين بإيداع عروضهم في المحددة لاستلام العروض، فبعد انتهاء هذه المدة لا يقبل أي عرض ،وفي حال قيام المصلحة المتعاقدة بالاستلام عرض خارج آجال المحددة أو سماح لمرشح بتعديل عرضه بعد انقضاء هذه اجال فإن ذلك مساس بمبدأ المساواة بين المترشحين وإخلالا بمبدأ المنافسة ، لأن آخر يوم من أجل تحضير العروض يوافق تاريخ وآخر ساعة للإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الدكتور عمار بوضياف وغيره من الباحثين، من أنه كان ينبغي على المشرع و تفادي لأي إخلال بمبدأ المنافسة أن يحدد آجلا أدنى ينبغي مرعاته، وعدم

النزول عليه، كأن يذكر مثلا 15 يوما على الأقل أو 20 يوم 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].

ثالثا: سرية العروض المودعة

لضمان منافسة شريفة ونزيهة في إيداع العروض اشترط المشرع على المصلحة المتعاقدة على أن يكون إيداع العروض ملم بسرية تامة، وهذا بوضع ملف الترشح والعرض المالي والتقني في أظرفة منفصلة ومقفلة بالأحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض، وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بالأحكام ومغفل يحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح لأظرفة وتقييم العروض[2].

الفرع الثالث: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة فحص العروض

بعد انتهاء أجل الإعلان عن تقديم العروض، تأتي مرحلة فحص العروض ، حيث يتم فتح الأظرفة المقدمة من طرف المترشحين وفحصها، ولا يتسنى للمصلحة المتعاقدة القيام بذلك إلا من خلال لجنة مختصة تقوم بإنشائها لهذا الغرض تسمى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ولذلك سوف نتطرق إلى مدى ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة فحص العروض من خلال تشكيلة اللجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض (أولا) ، ثم إلى سير عمل اللجنة (ثانيا).

---

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص260.

[2]– المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247 المنظم تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

أولا: تشكيلة اللجنة

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 الموضوع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم" يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قام بدمج لجنتين فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض اللتين كانتا منفصلتين في إطار المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية[1](ملغى)، لتصبح لجنة دائمة واحدة أو أكثر تحت تسمية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، كجهة رقابية تهدف إلى التحقق من مشروعية الصفقة ومدى مطابقتها للقوانين والتنظيمات التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية، وفي تقديرنا أن إعماد نظام ازدواجية لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض ، يضمن مبدأ المنافسة أفضل من اعتماد لجنة واحدة يسند لها مهمة فتح عروض المتنافسين وتقييمها، لأن عمل لجنة تقييم العروض يعتبر بمثابة رقابة على عمل لجنة فتح الأظرفة، كما اشترط أن يكون أعضائها موظفون مؤهلون منتمون إلى المصلحة المتعاقدة، إلا أن هذا الشرط لا يخدم مبدأ المنافسة، لأن فيه مساس بالاستقلالية اللجنة وفعاليتها وشفافية عملها، ولضمان مبدأ المنافسة كان يفترض أن يكون من

[1]- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

بين أعضاء اللجنة موظفون لا ينتمون إلى المصلحة المتعاقدة، ولا يخضعون لسلطة الرئاسة لمسؤول المصلحة المتعاقدة[1].

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 والتنظيمية المعمول بها، غير أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة تصح مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان الشفافية الإجراءات" نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع لم يحدد عدد أعضاء اللجنة وترك مهمة ذلك للمصلحة المتعاقدة، التي تكون لها السلطة التقدرية في اختيار عدد أعضاء، كما أن اجتماعاتها تصح مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين في حصة فتح الأظرفة، إذ أنه يصح الاجتماع بحضور عضو واحد فقط، وهذا يتنافى مع مبدأ الشفافية[2] ، وبالتالي لا يضمن مبدأ المنافسة، كما أن المشرع لم يبين كيفية استدعاء اللجنة، وهذا كله يشكل عائق أمام سير عمل اللجنة التي أسندت لها مهمة مشروعية الصفقة، ومدى مطابقتها للقوانين والتنظيمات المعمول بها في مجال إبرام الصفقات العمومية.

[1]- بوضياف خير، مقال بعنوان الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية، وفق لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، التفويضات المرفق العام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018، ص99.

[2]- بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق نظام ل.م.د، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص122.

ثانيا: إعمال مبدأ المنافسة عند فتح العروض

تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بفتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية، خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة، وتدعوا المصلحة المتعاقدة كل المترشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة في إعلان المنافسة، أو عن طريق رسالة موجهة للمترشحين أو المتعهدين المعنيين[1]، ويعتبر هذا ضمانة لمبدأ المنافسة لأن المصلحة في ظل هذه الإجراءات الخاصة لفتح الأظرفة لا تستطيع أن ترفض أي عرض دون مبرر، حيث تتبع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض هذه الإجراءات على كل أشكال طلب العروض، أما في حالة إجراء طلب العروض المحدود، يطلب في بداية من المترشحين تقديم ملف الترشح فقط وعلى إثر تقييم هذا الأخير يتم دعوة المترشحين الذين وقع عليهم الاختيار الأولي، وإما لتقديم عرض تقني أولى فقط إذ كان طلب العروض المحدود على مرحلتين، وفي هذه الصورة الأخيرة يتم تقييم العرض تقني أولا، وبناءا على تقيمه يتم تحديد أصحاب العروض الذين سمح لهم بتقديم عروض تقنية نهائية، وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بفتح أظرفة العروض التقنية النهائية وتقييمها[2] ، أما بالنسبة للمسابقة فبعد استلام ملفات المتنافسين، يتم أولا فتح ملفات الترشيحات وأظرفة العروض التقنية فقط، وبعد ذاك تفتح أظرفة عروض الخدمات في جلسة غير علنية وعلى إثر تقييم الخدمات من قبل لجنة تحكيم يتم فتح أظرفة عروض المالية.

[1]– المادة 70/ف1 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2]– المادتين 45 و46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نفس المرجع.

الفرع الرابع: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة تقييم العروض

بعد انتهاء مرحلة فتح الأظرفة،تعمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مع مراعاة احترام مبدأ المنافسة على تقييم العروض وتحديد الاقتراحات التي يتوجب عليها تقديمها للمصلحة المتعاقدة، وقد بينت المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1] مهام اللجنة، فما يتعلق بمرحلة تقييم العروض ومن خلالها يتضح لنا أن اللجنة في هذه المرحلة تقوم بتقييم العروض التقنية والمالية (أولا) ، ثم تعمل إلى اختيار المتعامل المتعاقد (ثانيا).

أولا: إعمال مبدأ المنافسة عند تقييم العروض التقنية والمالية

يتم في أول ترتيب التقني للعروض، وتحديد تلك التي لا تتأهل إلى مرحلة الفتح المالي، وإقصاء العروض التي لا تتحصل على العلامة الدنيا المحددة في دفتر الشروط، ويتوجب على لجنة فتح الأظرفة تقييم العروض، وإعمالا بمبدأ المنافسة أن تخضع جميع العروض المنافسين لنفس معايير المحددة في دفتر الشروط، دون تمييز أو تفضيل أي عرض على آخر، وفي حال عدم إلتزام اللجنة بهذه المعايير أو تغييرها يترتب عليه إخلال بمبدأ المنافسة ، ولضمان مبدأ المنافسة ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المترشحين دفتر الشروط وكل الوثائق الضرورية المتعلقة بالصفقة ، وهذا طبقا لنص المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا حتى يتأكد العارضين من أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لم تخل بمعايير التقييم ونظام التنقيط المنصوص عليها في دفتر الشروط.

[1]- المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ثانيا: إعمال بمبدأ المنافسة عند اختيار وتأهيل المتعامل المتعاقد

يجب على المصلحة المتعاقدة تحري الدقة والموضوعية في اختيار المتعامل المتعاقد معها القادر على إنجاز الصفقة، وذلك تحقيقا للهدف المنشود من إبرام الصفقة، ألا وهو تحقيق للمصلحة العامة والحفاظ على المال العام، إذ يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحترم مبدأ المنافسة، فبعد دراسة وتقييم العروض المقدمة من طرف المترشحون تتضح الرؤية لدى المصلحة المتعاقدة ، ليتم بعد ذلك اختيار المتعامل المتعاقد، معتمدة في ذلك أسس ومعايير تم النص عليها في تنظيم الصفقات العمومية[1]، والتي تعتبر في حد ذاتها ضمانة لمبدأ المنافسة في اختيار المتعامل المتعاقد، فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة مخالفتها، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2]، حيث جاءت بصيغة الإلزام فهي قاعدة آمرة.

تنتهي عملية تقييم العروض بانتقاء اللجنة العارض الذي ترشحه فائزا في المنافسة، فتعد محضرا بذلك، ويوقعه أعضائها، ويتم اقتراحه على المصلحة المتعاقدة التي تتمتع بصلاحية البث النهائي في هذا المقترح[3].

---

[1]- تياب نادية، مرجع سابق، ص79.

[2]- المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[3]- تنص المادة 1/4 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام "لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة: - مسؤول الهيئة العمومية، - الوزير، - الوالي، - رئيس المجلس الشعبي البلدي،- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية".

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

المطلب الثالث: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة المصادقة على الصفقة العمومية

يتم من خلال هذا المطلب التطرق إلى إعمال قاعدة المنح المؤقت ودورها في ضمان مبدأ المنافسة (فرع أول) ،ثم نتناول الطعن في المنح المؤقت (فرع ثاني).

الفرع الأول: إعمال قاعدة المنح المؤقت ودورها في ضمان مبدأ المنافسة

بعد تقييم العروض ، ينجم عنه اختيار العارض الذي عليه الصفقة ، ويتم إعلان عن هذا المنح المؤقت (أولا)، ثم تمكين العارضين بعدها من ممارسة إجراءات الطعن (ثانيا).

أولا: الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلامي، بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي للمتعاقد، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفاصيله وفق للمعايير المحددة في دفتر الشروط[1].

فبعد تقييم العروض واختيار المتعامل المتعاقد تصدر المصلحة المتعاقدة قرارا بمنح الصفقة لمن فاز في تقييم المنافسة، وقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وهذا

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص296.

بالإعلان عنه في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عند ما يكون ممكنا مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بالاختيار حائز الصفقة[1].

ويسمح نشر قرار المنح المؤقت في نفس الوسائل التي تم فيها الإعلان عن طلب العروض بمعرفة الجميع بهوية الفائز بالصفقة ومعايير اختياره، وتكمن أهمية هذه الإجراء في تمكين المتنافسين من التأكد من صحة المقارنات التي أجرتها المصلحة المتعاقدة بين عرض كل منهم وعرض من رسي عليه لاختيار مؤقتا، بالإضافة إلى تمكينهم من معرفة ما آلت إليه عروضهم وعروض منافسيهم، فضلا عن فتح المجال أمامهم لتقديم الطعون بشأن اختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة بما يضفي الشفافية على أعمال الإدارة[2]، وهذا من شأنه ضمانة بمبدأ المنافسة.

ثانيا: الطعن في منح المؤقت ضمانة حقيقية لمبدأ المنافسة

زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، خولت المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للمتعهد حق التظلم أمام لجان الصفقات العمومية المختصة ،حيث نصت على "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة، أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى، أو إلقاء إجراء في إطار طلب العروض، أو إجراء التراضي أن يرفع طعن لدى لجنة الصفقات المختصة".

[1]- المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2]- بن سالم خيرة، مرجع سابق، ص247.

إن العمل بإجراء المنح المؤقت ،يترتب عليه حقوق للمترشحين، ويرفع هذا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام،ابتداءا من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي ، أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 173-184 وأدناه ، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد تاريخ المحدد لرفع الطعن إلى اليوم الموالي[1]، وتصدر لجنة الصفقات قرارها في أجل خمسة عشر (15) يوم ابتداء من تاريخ انقضاء أجل عشرة أيام يبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن، وفي حالة الطعن لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء ثلاثون (30) يوم ابتداءا من تاريخ نشره لإعلان المنح المؤقت للصفقة[2].

مما سبق يمكن القول أن الطعن ضمانة للمتعامل المتقاعد في حالة ما إذا رغب في ممارسة هذا الحق الذي كفله المشرع، وأجبر الإدارة على العمل في إطار الشرعية والوضوح بما يكفل المساواة، ويبعدها عن كل شبهة للتحيز لطرف المتنافس على حساب آخر[3].

الفرع الثاني: المنح النهائي واعتماد الصفقة والمصادقة عليها

إن المنح المؤقت لا يعد المرحلة الأخيرة من مراحل إبرام الصفقة العمومية، بل يجب اعتماد الصفقة وهذا لإضفاء الطابع النهائي والرسمي لها ، وهو ما تفتضيه المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات

---

[1]- المادة 3/82 و4 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[2]- المادة 413/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع نفسه.

[3]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص136.

العمومية وتفويضات المرفق العام ، إذ نصت على أنه "لا تصح الصفقات العمومية ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه حسب الحالة: – مسؤول الهيئة العمومية، – الوزير والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي، – المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية".

يمكن أن نستخلص من نص المادة ، أن الحائز المؤقت على الصفقة يبقى في وضع غير تعاقدي قبل اعتماده من طرف الجهات الإدارية المختصة، وإذ تم احترام المبدأ المنافسة الحرة في كل المراحل السابقة فإن مرحلة المنح النهائي للصفقة ،تعتبر تحصيل حاصل ولا يمكن الحياد عن هذا المبدأ إلا في حالة تماطل الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، وفي هذه الحالة يملك المتعاقد المتضرر طريق القضاءلاستفاء حقوقه[1]،

[1]– عيساوي محمد، مقال بعنوان مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة أكلي محند أو لحاج، البويرة، المجلد 06، العدد02، 2020، ص1438.

الفصل الثاني

الضمانات المؤسساتية والقضائية

لمبدأ المنافسة

الفصل الثاني: الضمانات المؤسساتية والقضائية لمبدأ المنافسة

لإعطاء موضوع ضمان مبدأ المنافسة أكبر أهمية في مجال الصفقات العمومية، فقد أولى المشرع هذا الموضوع عناية خاصة وذلك من خلال حرصه الشديد على إنشاء وتنظيم مجموعة من الهيئات الإدارية المستقلة، والتي تقوم بدور مهم في ضمان مبدأ المنافسة، باعتبارها وسيلة قانونية تراقب عمل المصالح المتعاقدة خلال عملية إبرام الصفقة العمومية.

كما أخضع المشرع أعمال الإدارة غير المشروعة لرقابة قضائية التي من شأنها أن تدعم وتعزز ضمان مبدأ المنافسة عبر مختلف مراحل الصفقة العمومية.

من خلال هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى دور المؤسسات الإدارية في ضمان مبدأ المنافسة (مبحث أول) ثم إلى الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة (مبحث ثاني)

المبحث الأول: دور المؤسسات الإدارية في ضمان مبدأ المنافسة

لضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، قام المشرع بإخضاع تلك الصفقات إلى رقابة مجموعة من الهيئات والمؤسسات الإدارية، والتي تلعب دور مهما في وضع حد من الإخلال بالمنافسة من خلال الرقابة التي تقوم بها على الصفقات العمومية، وتتمثل هذه الهيئات في مجلس المنافسة والذي بدوره ينظم ويضبط المنافسة في السوق (مطلب أول)، وكذا مجلس المحاسبة باعتباره الهيئة العليا المكلفة بالرقابة على الأموال العامة (مطلب ثاني)، بالإضافة للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته المختصة بمتابعة جرائم الفساد (مطلب ثالث)

المطلب الأول: دور مجلس المنافسة في ضمان مبدأ المنافسة

يظهر دور مجلس المنافسة في ضمان مبدأ المنافسة من خلال وجود ترابط بين قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة وذلك لضرورة تنظيم الصفقات العمومية لمجموعة من المبادئ أهمها مبدأ المنافسة والذي تم النص عليه بموجب الأمر رقم 03/03[1] المعدل والمتمم المتعلق بالمنافسة، وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم مجلس المنافسة (فرع أول) ثم إلى آليات مجلس المنافسة لضمان مبدأ المنافسة(فرع ثاني)

[1]- المادة 02 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر، عدد 43، مؤرخة في 2003/07/20 المعدل والمتمم.

الفرع الأول: مفهوم مجلس المنافسة

لأهمية هذه المؤسسة في ضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، سنتناول في هذا الفرع تعريف مجلس المنافسة (أولا)، ثم صلاحياته(ثانيا)، إضافة إلى القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة(ثالثا)

أولا: تعريف مجلس المنافسة:

يعتبر مجلس المنافسة بأنه هيئة أو سلطة إدارية مستقلة يتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي يوضع لدى وزير التجارة يخول لضمان حرية المنافسة في السوق[1].

ثانيا: صلاحيات المجلس في ضمان مبدأ المنافسة

تتجلى صلاحيات مجلس المنافسة من خلال اعتباره هيئة استشارية إدارية وقضائية في مجال المنافسة.

1- الاستشارة الإدارية لمجلس المنافسة:

حيث يبدي مجلس المنافسة آراءه واقتراحاته في كل المسائل المتعلقة بالمنافسة للحكومة كما يستشار في المسائل نفسها من قبل الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية فيمجال الصفقات العمومية لتفادي الإخلال المنافي للتشريع والتنظيم المعمول به، ويستشار في كل مشروع تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة ويقوم بالتحقيق والدراسة والخبرة ومباشرة كل الأعمال لوضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة[2].

[1]- المادة 23 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.
[2]- المواد 35، 36، 37 من الأمر رقم 03/03،المعدل والمتمم، مرجع سابق.

كما يمكن للمجلس بطلب من المدعي أو الوزير المكلف بالتجارة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة في حالة الظروف المستعجلة أو الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة[1].وهذا يدل ضمنيا على تدخله في كل مراحل إبرام الصفقة العمومية إلى غاية المنح النهائي، وهذا شيء إيجابي في ضمان مبدأ المنافسة.

1- الاستشارة القضائية لمجلس المنافسة:

يمكن للجهات القضائية الاعتماد أو الاستعانة برأي المجلس للفصل في النزاعات المتعلقة بالمنافسة فالقاضي الإداري يمكن أن يطلب رأي مجلس المنافسة في القضايا المرتبطة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر، وهذا بعد إجراء الاستماع الحضوري إلا إذا كان المجلس قد درس القضية مسبقا، وكذلك إمكانية مجلس المنافسة أن يطلب من الجهات القضائية تبليغه بالمخاطر والتقاريرالمتعلقة بالتحقيق للوقائع المرفوعة إليه[2].

وعليه فإن التعاون والتنسيق بين الجهات القضائية ومجلس المنافسة في مجابهة الممارسات المخلة بمبدأ المنافسة هو حماية للنظام التنافسي بالرغم من عدم إلزامية آراء هذا الأخير على الجهات القضائية.

ثالثا: القرارات الصادرة عن المجلس وإجراءات الطعن فيها

لضمان مبدأ المنافسة من التجاوزات الخطيرة والمتعلقة بالمنافسة يمكن لمجلس المنافسة أن يترجم عمله في إصدار مجموعة من القرارات حسب حجم التجاوزات، وللحفاظ على المصلحة العامة وحماية حقوق المتنافسين يمكن للأطراف المعنية أو الوزير المكلف بالتجارة للطعن في

[1]- المادة 46 من الأمر رقم 03/03 ، المعدل والمتمم ، المرجع نفسه.
[2]- المادة 38 من الأمر رقم 03/03 ، المتعلق بالمنافسة ، المعدل والمتمم ، المرجع نفسه.

تلك القرارات أمام الجهات القضائية إذا كانت غير مشروعة، ولتوضيح أكثر سنتطرق إلى ما يلي:

1- قرارات مجلس المنافسة

يصدر مجلس المنافسة قراراته في شكل غرامات مالية تكون نافذة فورا في آجال يحددها المجلس عند عدم تطبيق الأوامر مع إمكانية نشر هذه القرارات وتوزيعها أو تعليقها مع تبليغها إلى الأطراف المعنية لتنفيذها عن طريق محضر قضائي وترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة[1]، وبالتالي فشفافية إجراءات مجلس المنافسة في إصدار القرارات تلعب دور كبير في وضع حد للإخلال بالمنافسة خاصة في مجال الصفقات العمومية.

2- إجراءات الطعن على قرارات مجلس المنافسة

يمكن للأطراف المعنية أو الوزير المكلف بالتجارة أن يطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة ولا يترتب على الطعن أي أثر موقف لهذه القرارات، إلا أنه يجوز لرئيس مجلس قضاء الجزائر في اجل 15 يوما أن يوقف تنفيذ التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و46 في حالة الظروف والوقائع الخطيرة[2].

الفرع الثاني: آليات مجلس المنافسة لضمان مبدأ المنافسة

تتمثل آليات مجلس المنافسة على الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام من خلال قمع الممارسات المنافية للمنافسة(أولا) ومراقبة عمليات التجميع الماسة بالمنافسة(ثانيا)

[1]- المواد 45، 47 من الأمر رقم 03/03 ، المتعلق بالمنافسة ، المعدل والمتمم ، مرجع سابق.
[2]- المادة 63 من الأمر 03/03 ، المتعلق بالمنافسة ، المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

أولا: قمع الممارسات المنافية للمنافسة

اهتم المشرع بهذه الممارسات وأعطى لها قيود عند استعمالها باعتبارها تشكل اعتداء على المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية ومن بين هذه الممارسات الاتفاقات المحظورة، والتخفيض المفرط للأسعار، وكذا التعسف في وضعية الهيمنة.

1-الاتفاقات المحظورة:

تعرف هذه الاتفاقات المحظورة:"بأنها كل تنسيق بين المشروعات أو أي عقد اتفاق ضمني أو صريح وأيا كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق، إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عليه من شأنها أن تمنع أو تقيد أو تحرف المنافسة"[1].

نجد مدلول الاتفاقات المحظورة في نص المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم[2]، والتي من خلالها 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 فيه لا سيما عندما ترمي إلى السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.

وعليه فالهدف من منع هذه الممارسات هو وضع حد للإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

[1]- معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 133.
[2]- المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم ، مرجع سابق.

01- التخفيض المفرط للأسعار

تعتبر قضية الأسعار أحد أهم القضايا والأكثر اهتماما بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين في مجال عقود الصفقات العمومية، ولذلك فقد نص المشرع من خلال المادة 06 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم التي تمنع جميع الممارسات غير الشرعية للأسعار التي تعرقل تحديدها حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

وفي مجال الصفقات العمومية فقد يعتمد بعض المتعاملين الاقتصاديين إلى تخفيضات من أجل تعزيز حظوظهم في الفوز بالصفقة، وهذا الأمر مقبول بقوة في مجال الأعمال، إلا إن الأمر قد يصل إلى حد المنافسة فيه لإبعاد منافسيه من الحصول على الصفقة، أي تكسير الأسعار إلى درجة يستحيل معها أن يحصل أي منافس على الصفقة[1]، مما قد يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المنافسة.

02- التعسف في وضعية الهيمنة

حسب مقتضيات المادة 03 فقرة ج من الأمر 03/03 المعدل والمتمم تعرف عملية الهيمنة على أنها:" الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام المنافسة وتعطيلها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها." ومن خلال هذا النص يتضح أن مفهوم

[1]- محمد خرفان،مرجع سابق،ص91.

الهيمنة الاقتصادية يتركز على عاملين مهمين هما استقلالية المؤسسات في التحرك، والقدرة على منع المنافسة من الحدوث أي عرقلتها.[1]

وحسب مفهوم المادة 07[2] من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم أن القانون لا يمنع من اكتساب مركز قوي في السوق وإنما يمنع التعسف في استعمال هذه القوة الاقتصادية، خاصة عندما يكون الهدف منها الإخلال بحرية المنافسة ونزاهتها.

إضافة إلى ما جاءت به أحكام المادة 07 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم في حظر المنافسة التعسفية في السوق فإن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 حسب مادته 4/72 قد ذهب إلى حد أبعد من ذلك في سبيل ضمان مبدأ المنافسة من خلال إمكانية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني يشكل تعسف في وضعية الهيمنة على السوق، أو تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط[3].

ثانيا: مراقبة عمليات التجميع الماسة بالمنافسة

تعتبر عمليات التجميع والاندماج من التصرفات والاستراتيجيات التجارية التي هي مكسب من مكاسب حرية المنافسة، وأنه لا يطرح إشكال في تواجدها ضمن السوق وإنما يطرح

[1]- بن بدرة عفيف، قانون المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016 ، ص 148.
[2]- المادة 07 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم، مرجع سابق.
[3]- المادة 72 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

المشكل في درجة تواجدها، حيث يعتبر التركيز الوجه الآخر للاحتكار، بل قد يكون مرادفا له، لذلك نص المشرع ضرورة مراقبة التركيز الاقتصادي لتفادي المساس بالمنافسة[1].

وحسب نص المادة 17 من الأمر رقم 03/03 المعدل والمتمم أنه "كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على السوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه أجل ثلاثة (3) أشهر" ويتضح من خلال هذا النص أن التجميع ليس محظورا في حد ذاته وإنما يتعلق الحظر بتأثير التجميع على المنافسة.

وفي مجال الصفقات العمومية أجاز المرسوم الرئاسي رقم 15-247 للمتعامل المتعاقد إمكانية تقديم عرضه إما بصفة منفردة أو في إطار تجميع مؤقت للمؤسسات[2]، وهذا ما يؤكد شرعية التجميع في هذا المجال إلا ما كان منه يمس بالمنافسة.

ومن خلال ما سبق صحيح أن مجلس المنافسة يلعب دور فعال في ضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية من خلال إصداره قرارات صارمة ضد الممارسات المخالفة لمبدأ لمنافسة التي قد ترتكبها المصالح المتعاقدة عند إبرامها للصفقات العمومية، ولكن عندما يتعلق الأمر بممارسة المصلحة المتعاقدة إمتيازاتالسلطة العامة أو المرافق العام يحول دوره دون فعالية، لأن استعمال أو توجه المصلحة المتعاقدة لتلك الامتيازات العامة يصعب إثبات الممارسات المخالفة لمبدأ المنافسة[3].

---

[2]- المادة 37 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

[3]- بلال بن ساعد، خالد بوزيد، حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إدارة ومالية، جامعة يحي فارس بالمدية، السنة الجامعية 2018/2017، ص 36.

المطلب الثاني: دور مجلس المحاسبة في ضمان مبدأ المنافسة

تعتبر الصفقات العمومية من أهم مجالات صرف النفقات العمومية وأكثرها واهتماما في بناء المشاريع الاقتصادية في البلاد، ولحماية هذه النفقات أنشأ المشرع الجزائري مؤسسة دستورية تسمى مجلس المحاسبة التي يتمثل دورها في رقابة صرف الأموال العامة وكذا مدى احترام الهيئات العمومية للقوانين والتنظيمات المعمول بها وعليه لمعرفة دور مجلس المحاسبة في ضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، سنتناول في هذا المطلب مفهوم مجلس المحاسبة (فرع أول) ثم نتعرض إلى آليات مجلس المحاسبة لضمان مبدأ المنافسة (فرع ثاني)

الفرع الأول: مفهوم مجلس المحاسبة

أنشئ مجلس المحاسبة لأول مرة بموجب القانون 05/80 المؤرخ في أول مارس 1980 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة[1] تطبيقا للمادة 90 من 1976 ثم تمت مراجعة بموجب القانون رقم 90-32 المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره[2]، والذي تمت مراجعة هو الآخر بموجب الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة[3] قبل أن يتم تعديله بموجب الأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010[4]

وفي هذا الإطار سنتطرق إلى تعريف مجلس المحاسبة (أولا) ثم إلى صلاحيات مجلس المحاسبة (ثانيا)

---

[1]- القانون رقم 80-05 المؤرخ في 01 مارس 1980 يتعلق بممارسة وظيفة الرقابة الحالية من طرف مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 10، مؤرخة في 04 مارس 1980 (ملغى)

[2]- القانون رقم 90-32 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بتنظيم وسير مجلس المحاسبة، ج ر، عدد 53 مؤرخة في 05 ديسمبر 1990(ملغى)

[3]- الأمر رقم 95-20 المؤرخ في 17 يوليو 1995 يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر، عدد 39 مؤرخة في 23 يوليو 1995 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 01 ديسمبر 2010

أولا: تعريف مجلس المحاسبة

يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وبهذه الصفة يدقق شروط استعمال الهيئات للموارد والوسائل المادية والأموال العامة التي تدخل في نطاق اختصاصه، وتسيرها ويتأكد من مطابقة عمليات هذه الهيئات المالية والمحاسبة للقوانين والتنظيمات المعمول بها[1].

ثانيا: صلاحيات مجلس المحاسبة

منح المشرع لمجلس المحاسبة العديد من الصلاحيات تمكنه من القيام بمهامه في أحسن الظروف نذكر أهمها ما يلي:

01- يحق للمجلس إجراء كل التحريات الضرورية من أجل الإطلاع على المسائل المنجزة عن طريق الاتصال مع الإدارة ومؤسسات القطاع العام ومهما تكن الجهة التي تعاملت معها.

02- يحقق له فحص السجلات ودفاتر المستندات وجداول وبيانات التحصيل والصرف.

03- يحق للمجلس كذلك الاستماع إلى أي عون في الجماعات والهيئات الخاضعة لرقابته.

04- لا يمكن الاحتجاج بالطريق السلمي أو السر المهني كذريعة لعدم التعاون مع قضاة مجلس المحاسبة[2].

[1]- المادة 02 من الأمر رقم 95-20 يتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم، ج ر، عدد 39 مؤرخة في 23 يوليو 1995

[2]- راجع المواد من 55 إلى 59 من الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة ،المرجع نفسه.

الفرع الثاني: آليات مجلس المحاسبة في ضمان مبدأ المنافسة

لتوضيح دور مجلس المحاسبة في ضمان مبدأ المنافسة سنتناول في هذا الفرع رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية (أولا) ثم نعرض المسائل المتعلقة بالرقابة في مجال الصفقات العمومية(ثانيا).

أولا: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية

تنصب رقابة مجلس المحاسبة على الصفقة العمومية عند اعتمادها إلى غاية تنفيذها فيتأكد من مدى تكريس المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية بكل أنواعها وكذا مدى احترامها للشروط والمعايير المستعملة لاختيار أفضل العروض، كما يقوم بالتحقيق من وجود لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض وكذا القرار الذي يحدد تكوينها وطريقة عملها[1].

ثانيا: المسائل المتعلقة بالرقابة في مادة الصفقات العمومية

يمارس مجلس المحاسبة رقابته على أعمال تسيير ابرام أو قواعد ابرام الصفقات العمومية عندما يتعلق الأمر بالمسائل التالية:

1- سوء اختيار صيغة الإبرام والملائمة أو عدم تبرير الصيغة المختارة ومثال ذلك لجوء المصلحة المتعاقدة إلى صيغة التراضي خارج الحالات المنصوص عليها قانونا.

2- اللجوء إلى التخصيص غير المبرر، مثاله قيام المصلحة المتعاقدة بتجزئة الصفقة لتجنب الإجراءات التي يفرضها طلب العروض ومختلف عمليات الرقابة.

[1]- صليحة بن عودة، مرجع سابق، ص 205.

3- عدم قيام المصلحة المتعلقة بما تستدعيه قواعد المنافسة والإشهار بالإضافة إلى استبعاد بعض العروض بدون وجه حق أو سوء ترتيبها، ومثاله الإعلان عن الصفقة الذي لا يتوفر على جميع البيانات الإلزامية التي يتطلبها القانون[1].

4- عدم تحرير محاضر الفتح والتقييم بتاتا أو عدم تحريرها في أوانها.

5- التعسف في إعلان عدم الجدوى وكذا اللجوء التعسفي للمحلق أو تضخيم الأسعار.

6- عدم نظامية التدوين في السجلات الخاصة بالصفقات ومسكها.

7- عدم تطبيق عقوبات التأخير أو الإعفاء منها بمبررات غير مقنعة[2].

وعليه نستطيع أن نقول أن مجلس المحاسبة له دور كبير في ضمان المنافسة وذلك من خلال إلزام الهيئات والإدارات باحترام إجراءات الصفقات العمومية وفرض رقابته الدقيقة على مختلف الوثائق المتعلقة بالصفقة، وزيادة على ذلك لتوفره على إطارات وخبراء في الجانب المالي والمحاسبي والقضاء المحاسبي لكن تبقى رقابته بعدية غير مباشر على إبرام الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في ضمان مبدأ المنافسة

لقد ألزمت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الصادرة في 31 أكتوبر 2003 بنيويورك جميع دول الأعضاء بإنشاء هيئة أو عدة هيئات مستقلة ومتخصصة للوقاية من الفساد ومكافحته وهو ما تبنته الجزائر في إنشاء تلك الهيئة بعد المصادقة عليها بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي

[1]

[2]- خليدة طلاش، اصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر نظام الرقابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتورة فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2013/2012،ص125.

رقم 04-128[1] التي تم تنصيبها بصدور القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم[2]، وعلى ضوء هذا القانون سوف نتطرق إلى مفهوم الهيئة الوطنية (فرع أول) ثم إلى آليات الهيئة في ضمان مبدأ المنافسة(فرع ثاني)

الفرع الأول: مفهوم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

لإعطاء الهيئة أكثر أهمية حرص المشرع على تحديد طبيعتها وتشكيلتها وتنظيمها والمهام المخولة لها ولذا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الهيئة الوطنية(أولا) وبيان المهام المخولة لها (ثانيا).

أولا: تعريف الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

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

ثانيا: مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

استنادا إلى نص المادة 20 من القانون رقم 06-01 [4] تجدها قد حددت المهام التي تقومبها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته بنصها:" تكلف الهيئة لا سيما بالمهام التالية:

1- اقتراح سياسة شاملة والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العمومية.

[1]- المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أفريل سنة 2004 يتضمن 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 2004.

[2]- المادة 17 من القانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جر، عدد 14 مؤرخة في 08 مارس سنة 2006.

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

[4]- المادة 20 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

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

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

4- جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقائة 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 عدم فعاليتها.

6- تلقي التصريحات بالممتلكات الخاصة بالموظفين العموميين بصفة إدارية، ودراسة واستغلال المعلومات الواردة فيها والسهر على حفظها وذلك مع مراعاة المادة 06 أعلاه في فقرتها 1 و3

7- الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع عن الوقائع ذات العلاقة بالفساد.

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

9- السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفسادعلى الصعيدين الوطني والدولي.

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

الفرع الثاني: آليات الهيئة لضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

حيث منح المشرع الهيئة للقيام بمهامها العديد من الآليات فهي تقوم بدراسة التصريحات بالممتلكات التي تختص الهيئة بتلقيها (أولا) وتملك حق الإطلاع على الوثائق والمعلومات (ثانيا) وفي حالة الكشف على وقائع تحمل وصفا جزائيا بإمكانها إخطار وزير العدل قصد تحريك الدعوى العمومية.(ثالثا)

أولا: دراسة التصريحات بالملكيات

تقوم الهيئة عن طريق قسم متخصص بدراسة ومعالجة التصريحات بممتلكات المسؤولين وأعضاء المجالس المنتخبة والموظفين الذين تختص الهيئة بتلقي تصريحاتهم وفي حالة اكتشاف أي إثراء غير مشروع تقوم الهيئة بإعلام وزير العدل لتحريك الدعوى العمومية.[1]

ثانيا: حق الإطلاع على الوثائق والمعلومات

يمكن للهيئة أن تطلب من الإدارات والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام أو الخاص، أو من كل شخص طبيعي أو معنوي أي وثيقة أو معلومة تراها مفيدة في الكشف عن أفعال الفساد وكل رفض متعمد وغير مبرر لتزويد الهيئة بالمعلومات أو الوثائق بشكل جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة[2].

[1]- المادتين 12 و13 من المرسوم الرئاسي رقم 12-64 يبين مهام لكل هيكل من هياكل الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد المؤرخ في 2012/02/07، ج ر، العدد 8

[2]- المادة 21 من القانون رقم 06-01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق

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 العمومية وتحويل الملفات التي تتضمن وقائع مشبوهة حول الإبرام أو تنفيذ الصفقة وتحمل وصف جزائي طبقا لقانون العقوبات والقوانين المكملة له إلى وزير العدل حافظ الأختام قصد تحريك الدعوى العمومية[1].

وعليه فإن الآليات والصلاحيات الممنوحة للهيئة هي ذات طابع استشاري وقائي وليس قمعي عقابي إذ لا يمكنها اتخاذ إجراءات ردعية أو أية قرارات صارمة بخصوص قضايا الفساد.

وبخصوص دور الهيئة الوطنية في ضمان مبدأ المنافسة يبقى محدود وغير فعال، نظرا لصعوبة وصول المعلومات إليها حول الممارسات المخلة بالمنافسة، والحجم الهائل التي تقوم بها الهيئات العمومية[2]، وكذلك لعدم صلاحيتها لإخطار النيابة العامة مباشرة قصد تحريك الدعوى العمومية بالرغم أنها تتمتع بالشخصية المعنوية وهذا ما يشكل تقيدها في مكافحة الجرائم المخلة بالمنافسة.

[1]- المادتين 20 و22 من القانون 06-01 المعدل والمتمم مرجع سابق
[2]- بلال بن ساعد، خالد بوزيد، مرجع سابق، ص 44

المبحث الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة

يعتبر القضاء من أهم آليات التي تضمن مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وخاصة في ظل زيادة حجم التجاوزات في هذا المجال وعجز آليات الإدارة على احتوائها والحد منها، مما يحتم اللجوء إلى القضاء باعتباره الأداة الأكثر فعالية من مرحلة الإبرام على الصفقة إلى تنفيذها، وبناء على هذا العجز فرض على المشرع سن قواعد قانونية أخرى لتكريس هذه المبادئ كضمانات تكميلية عن طريق الدعاوى أمام القضاء الجزائي (مطلب ثاني)

المطلب الأول: الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري

تتحمل المصلحة المتعاقدة المسؤولية في اختيارها لطريقة إبرام الصفقة العمومية والمتعامل المتعاقد أمام الجهات القضائية والتي بدورها تتحقق مدى شرعية الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقة من خلال النظر في الدعوى المعروضة أمامها، لذى يتجسد العمل القضائي الإداري لضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية من خلال رفع دعوى الإلغاء في إطار فحص مشروعية القرارات الإدارية(فرع أول) ودعوى الاستعجال عندما يتعلق الأمر بالإشهار والإعلام بالمنافسة(فرع ثاني) وكذا دعوى التعويض في إطار جبر الأضرار التي تلحق بالمتنافسين (فرع ثالث).

الفرع الأول: دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية

تعرف دعوى الإلغاء بأنها الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ويرفعها ذو الصفة والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة[1].

وعليه تتميز دعوى الإلغاء بما يلي:

- أن القاضي الإداري سلطته تقتصر على إلغاء القرار غير المشروع فقط دون تعديله أو استبداله.
- الحكم في دعوى الإلغاء له حجية مطلقة يجوز التمسك به من له مصلحة ولو لم يكن طرف في الدعوى.
- دعوى الإلغاء دعوى موضوعية تخاصم القرار الإداري في ذاته وليس مخاصمة الإدارة[2].

ولرفع دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية يجب أن يكون القرار الإداري منفصلا عن عقد الصفقة العمومية (أولا) ولا بد كذلك من توافر مجموعة من الشروط لإمكانية رفعها (ثانيا)

أولا: طبيعة القرارات الإدارية المنفصلة

لمعرفة طبيعة القرارات الإدارية المنفصلة يستوجب علينا تعريفها ثم تبيان أنواع القرارات المعنية بدعوى الإلغاء.

---

[1]- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ص 314.

[2]- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، طبعة 2، الجزائر 2009، ص 485.

1- تعريف القرارات الإدارية المنفصلة:

تعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي وذلك بتاريخ 1903/12/11، حيث طبق 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 1905/08/04 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 إذا كانت له ثمة مصلحة[1].

ويمكن تعريفها بأنها تلك القرارات التي تستهدف التمهيد لإبرام العقد والسماح بإبرامه أو الحيلولة دون إبرامه والقرارات الممهدة لعقد الصفقات العمومية تعتبر قرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة بطبيعتها هاته للطعن عن طريق دعوى الإلغاء[2].

2- القرارات الإدارية المنفصلة المعنية بدعوى الإلغاء

ينصب عمل قاضي الإلغاء في مجال الصفقات العمومية لضمان مبدأ المنافسة على مجموعة من القرارات التي تكون مسبوقة بإحدى عيوب المشروعية وتمس بالنظام التنافسي وتتمثل هذه القرارات في ما يلي:

[1]- حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014، ص 254

[2]- خيرة بن سالم، مرجع سابق، ص 249

أ- **قرار الإعلان عن الصفقة:**

إن انعقاد الصفقة العمومية لا يكون صحيحا إلا بإجراء الإعلان الذي يعد شرطا جوهريا لما يضمنه من شفافية عليها لذا يمكن للمتعهد بالصفقة أن يرفع دعوى الإلغاء في حالة الإخلال بأحكام الإعلان ذلك لأنه يرتب أثر قانونيا بذاته يؤدي إلى إبرام الصفقة واختيار المتعامل أو المتعاقد مع الإدارة، مثاله عدم نشر الإعلان في صحيفتين وطنيتين مما يجعله يحرم عدد كبير من المتنافسين بما يخل بمبدأ المنافسة.

ب - قرار المنح المؤقت للصفقة:

اعتبر القضاء الإداري الفرنسي قرار المنح المؤقت قرارا إداريا منفصلا لتوافر على جميع خصائص القرار الإداري، لذا يجوز الطعن فيه بالإلغاء[1]، لكون قرار المنح المؤقت للصفقة يعد من ضمن القرارات الإدارية المنفصلة عندما يكون مشوبا بعيب الإجراء والشكل يمكن للمتعاقد الطعن فيها بالإلغاء حماية لحقوقه.

ج- **قرار الحرمان من دخول الصفقة:**

قد كيف 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].

[1]- نادية تياب، مرجع سابق، ص 223
[2]- نادية تياب، مرجع سابق، ص 221

د- **قرار الإستبعاد عن الصفقة العمومية:**

لقد خول القانون للمصلحة المتعاقدة من خلال المادة 1/72 من المرسوم الرئاسي إمكانية أو سلطة إصدار قرار يستبعد بعض عروض المترشحين لأسباب موضوعية أهمها عدم مطالبتها لدفتر الشروط أو لموضوع الصفقة وكذلك إمكانية رفض العروض المقبولة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وحتى حالتين:

- إذ ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة السوق.
- إذا ثبت أن المتعهد المعني قد تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

لذلك اعتبر القضاء الإداري أي 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 الطعن ضده بالإلغاء[1].

هـ - قرار إبرام الصفقة:

وفقا لأحكام مجلس الدولة الفرنسي فإنه لا يبرر الطعن في قرار إبرام الصفقة إلا لسببين، إما لعدم الاختصاص وإما لعدم إتباع المختص بتوقيع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون[2].

وبالتالي يمكن الطعن بالإلغاء ضد قرار إبرام الصفقة معيب بعيب عدم الاختصاص.

[1]- المرجع نفسه، ص 221 وما بعدها.

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

و-قرار إلغاء الصفقة:

اعتبر القضاء الإداري قرار إلغاء الصفقة بأنه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء أما القضاء الإداري وذلك عندما يتم تقرير عدم الجدوى خارج الحالات المنصوص عليها قانونا أو يكون الاستناد المصلحة المتعاقدة لإحدى حالات عدم الجدوى ضروري[1]، ومثاله إلغاء المصلحة المتعاقدة الصفقة بهدف تحقيق أغراض شخصية أو محاباة بين المترشحين، مما يجعل هذا القرار مشوبا بعيب انحراف السلطة وبالتالي يمكن الطعن فيه بالإلغاء.

ز- قرار التصديق على الصفقة:

حيث تخضع بعض المصالح في إبرام الصفقات إلى رقابة الوصاية تمارس في صورة التصديق على الصفقة ومثاله في نص المادة 194 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية يصادق على محضر المناقصة أو الصفقة العمومية عن طريق مداولة المجلس الشعبي البلدي..." وبالتالي عدم التصديق يشكل قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة.

ثانيا: شروط قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة

لا يمكن أن ترفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية غير المشروعة إل وفق شروط معينة حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية منها شروط شكلية[2]وأخرى شروط موضوعية

[1]- تياب نادية، مرجع سابق، ص 226

[2]- المادة 13من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/23 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، سنة 2008.

1- الشروط الشكلية لرفع دعوى الإلغاء:

تعرف هذه الشروط اصطلاحا بشروط القبول هي تكتسي أهمية بالغة بالنسبة للجهات القضائية حتى ينعقد اختصاصها للبت في دعوى الإلغاء وتتمثل الشروط الشكلية فيما يلي:

أ- الصفة والمصلحة:

حيث اشترطت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقبول دعوى الإلغاء توفر عنصري الصفقة والمصلحة سواء كان شخص طبيعي أو معنوي[1] وقد تمتزج الصفة بالمصلحة في آن واحد، وفي الصفقات العمومية فالمدعي الذي يرفع دعوى الإلغاء مثلا ضد قرار المنح المؤقت للصفقة غير مشروع وهو ذاته مصلحة تعود عليه بالنفع أولا وهو نيل الصفقة.

ب-توجيه دعوى الإلغاء ضد قرار إداري وليس العقد ذاته

حسب نص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن رفع دعوى الإلغاء يستوجب وجود قرار إداري صادر من جهة إدارية مختصة يحمل جميع مواصفات القرار الإداري حتى يتعين على الجهات القضائية (المحاكم الإدارية) الفصل فيها.

ج- رفع دعوى الإلغاء في الآجال المحددة قانونا:

لقد حددت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ميعاد رفع دعوى الإلغاء بأربعة (4) أشهر، تسري من تاريخ تبليغ القرار الإداري الفردي مثل قرار

[1]- الماد 13من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر،عدد21،سنة 2008.

الحرمان أو الاستبعاد من دخول الصفقة، ومن تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي التنظيمي مثلا الإعلان عن المنع المؤقت أو قرار إلغاء الصفقة.

2- الشروط الموضوعية لرفع دعوى الإلغاء:

الشروط الموضوعية هي مجموعة من الحالات والعيوب التي تشوب القرار الإداري المنفصل وتجعله غير مشروع ومخالف للقانون بشكل عام ،وتتمثل هذه العيوب في ما يلي:

أ- عيب عدم الاختصاص:

يقصد به انعدام القدرة والأهلية والصفة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين باسم ولحساب الإدارة العامة بصفة غير شرعية، ولعيب عدم الاختصاص صور ومظاهر تتنوع بتنوع صور وعناصر الاختصاص ذاته فقد يكون عدم الاختصاص شخصيا وقد يكون زمنيا، وقد يكون مكانيا، وقد يكون موضوعيا ويأخذ عيب الاختصاص الجسم وغيب الاختصاص البسيط[1]

وحسب نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنه:" لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة.[2]" وبالتالي فإن القرار القاضي بإبرام الصفقة العمومية هو قرار منفصل فإن تخلف ركن الاختصاص فيه وصدر من غير المختص المحددين في نص المادة 4 أعلاه كان مشوبا بعيب عدم الاختصاص وكان اعتداء صريحا على مبدأ المنافسة.

[1]- عمار عرابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص192

[2]- أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي، رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ب-**عيب مخالفة الشكل والإجراء:**

هو عدم الالتزام بالشكليات والإجراءات المنصوص عليها قانونا عند إصدار القرار الإداري والتوقيع عليه[1]، ومثال ذلك إبرام الصفقات العمومية بإتباع مجموعة من الإجراءات اللازمة، فإن تخلف أي إجراء كان القرار الصادر بإبرام الصفقة معيب بعيب الإجراء مما يجعله قابلا للطعن فيه بالإلغاء، لكونه يمس بمبدأ المنافسة.

ج- **عيب السبب:**

هو انعدام الحالة أو الواقعة المادية أو القانونية خلال صدور قرار معين، مثاله إصدار المصلحة المتعاقدة قرار الحرمان من الصفقة على كل من ثبت عليه غش أو تماطل في عقود الصفقات عمومية سابقة وإن ثبت العكس في ذلك كانت الوقائع المادية معيبة بعيب السبب وكانت مساسا بمبدأ المساواة والمنافسة بين المرشحين.

د- **عيب مخالفة القانون:**

يقصد به خروج القرار الإداري عن أحكام ومبادئ قواعد القانون في مضمونه وموضوعه أو محله[2].

ويعد خرقا لمبدأ المنافسة في هذا العيب عندمخالفةالقوانين المنظمة لعملية إبرام الصفقات العمومية وكذا التفسير الخاطئ للقانون كتفسير المصلحة المتعاقدة حالات صيغة التراضي بشكل خاطئ.

[1]- عمار عوابدي نظرية القرارات الإدارية، الطبعة الثانية، 1999، ص193
[2]- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية، الطبعة الثانية 1999، المرجع نفسه، ص 194

- **عيب الانحراف في استعمال السلطة:**

يقصد به استعمال الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غرض أو أغراضا غير الغرض الذي من أجله منحت وأعطيت سلطة إصدار القرار[1]، ويظهر المساس بمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية كأن يتم إصدار قرار يستبعد بعض عروض المرشحين لأسباب غير موضوعية أو لأسباب لا تتعلق بالمصلحة العامة وإنما الغرض منها تحقيق أغراض شخصية غير مشروعة.

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

تجد دعوى الإستعجال في مجال الصفقات العمومية أساسها في نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي بمثابة الإطار القانوني الذي يحكم الاستعجال في ذلك المجال.

ويمكن تعريف الاستعجال في مجال الصفقات العمومية بأنه إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة[2] وفي ما يلي: سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط رفع الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية (أولا) ثم إلى سلطات قاضي الاستعجال (ثانيا)

[1]- عمار عوابدي، المرجع نفسه، نفس الصفحة

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

أولا: **شروط رفع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية:**

بالإضافة للشروط العامة في قبول كل الدعاوى الاستعجالية والمتمثلة في شرط عنصر الاستعجال، شرط عدم المساس بأصل الحق وشرط الجدية، فهنالك شروط شكلية وموضوعية خاصة تميز هذه الدعاوى العمومية في مادة الصفقات العمومية والتي تضمنتها المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها:" يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي ستخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام ....."[1]

للبحث عن هذه الشروط الخاصة وجب التقيد بتلك المادة 941 المذكورة أعلاه على النحو التالي:

1- **الشروط الشكلية:**

تظهر خصوصية الدعوى الاستعجالية في مادة الصفقات العمومية في شروط شكلية من حيث صفة المدعي ومن حيث أجل رفعها.

أ- **صفة المدعي:**

تأخذ الصفة في الدعوى الاستعجالية مفهوما أوسع وأشمل من شرط الصفة الذي تعرفه القواعد العامة فهي تكتسب إما بحكم المصلحة الخاصة بالمدعي أو بحكم القانون التي تمنح لممثل الدولة (الوالي).

[1]- المادة 946 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

- **اكتساب الصفة بحكم المصلحة:**

تتمثل المصلحة حسب المادة 946[1] في عدم تمكين المتنافس من استفاء حقه في الاشتراك في المنافسة ونيل حظوظه كاملة للفوز بالصفقة على قدم المساواة، وبالتالي تتضرر المصلحة بمجرد الإخلال بقواعد العلنية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية.

- **اكتساب الصفة بحكم القانون:**

فقد اشترطت المادة 2/946[2]على الوالي باعتباره ممثل للدولة على مستوى الولاية إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهارية والمنافسة إذ أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، غير أنه هناك إبهام يشوب هذا النص من حيث عدم تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى بالنسبة للصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية تكون هذه الصفقات تخصص لها اعتمادات مالية معتبرة نظرا لأهميتها، لذا كان على المشرع تحديد الجهة الإدارية من أجل إخطار الجهات القضائية بها.

ب-**ميعاد رفع الدعوى الاستعجالية:**

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة أجل أو معاد رفع دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية، ولكن باستقراء المادة 2/946 و3 تبين أنه يتم اخطار المحكمة الإدارية إذا أبرم العقد أو سيبرم أو قبل إبرامه، وذلك يقرر حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي سواء قبل إبرام الصفقة أو بعد إبرامها، ولكن إذا كان من المنطق اللجوء إلى هذا القضاء قبل إبرام العقد على أساس الغاية من هذه الدعوى في الأصل هو حماية قواعد الشفافية والمنافسة التي يكون مجالها في

[1]- المادة 946 فقرة 2 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
[2]- المادة 946 فقرة 2 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

الغالب خلال فترة إبرام الصفقة إلا أن السماح برفع هذه الدعوى بعد إبرام الصفقة يظهر تناقض صريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى وإمكانية رفعها بعد عملية الإبرام[1].

2- الشروط الموضوعية:

وتتمثل في شرطين هما الإخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة وحدوث ضرر للعارض أو إمكانية حدوثه بسبب ذلك الإخلال.

أ- الإخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة:

حيث يقصد بالتزامات الإشهار التزام الإدارة بالإعلان مسبقا عند تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب، أما إجراء الوضع في المنافسة يقصد به إحجام 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[2].

يعتبر الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة انتهاكا لقواعد العلانية والمنافسة في ما يلي:

- **خرق قواعد الإعلان:**

يعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم القيام بالإعلان عن الصفقة مطلقا أو قيامها بإعلان معيب فتنشره مثلا في جريدة يومية واحدة في حين المادة 62 تشترط نشرها في جريدتين

[1]- نادية تياب، مرجع سابق، ص 268.

[2]- لحسن بن شيخ آث ملويا، رسالة في الإستعجالاتالإدارية، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار هومة، 2016، ص 163

وطنيتين، كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية عيبا من عيوب العلانية والمنافسة.

- **مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية:**

يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب البقية انتهاكا لقواعد المنافسة وعلى هذا الأساس اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع المواصفات للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة[1].

- **اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب:**مثالهاستخدام تقنيات الإبرام غير تلك المنصوص عليها قانونا.
- **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.
- **الإخلال بقواعد اختيار المتعامل للمتعاقد:** حيث إذا أثبت عدم التزام الإدارة بمعايير الاختبار، كان ذلك دليل على خرق صارح وخطير لمبدأ المنافسة.

ب-**حدوث ضرر للعارض أو إمكانية حدوثه بسبب ذلك الإخلال:**

هذا الشرط أشارت إليه المادة 946 صراحة بنصها:" والذي قد يتضرر من هذا الإخلال." حيث يمكن من تضرر بواسطة إخلال بالتزامات الإشهار أو الوضع في المنافسة اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.

[1]- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2012/2010

ثانيا: سلطات قاضي الاستعجال:

لقد خولت المادة 4،5/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاضي الاستعجال سلطات تتوافق بين متطلبات المصلحة العامة والمحافظة على حقوق وحريات الأفراد في مواجهة الإدارة والذي جاء في نصها:" يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزامه...ويمكن لها الحكم بغرامة تهديدية ... ويمكن لها بمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات والمدة لا تتجاوز عشرون (20) يوما" وبناء على النص يتضح لنا أن قاضي الاستعجال يملك ثلاث سلطات سنتطرق إليها ما يلي:

1- سلطة الأمر بالامتثال:

سلطة الأمر هي إلزام المصلحة المتعاقدة باتخاذ سلوك معين، بانجاز عمل أو امتناع عن عمل، والأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال كأن يلزم الإدارة نشر الإعلان عن الصفقة في الصحف اليومية أو إعادة نشره مستوفيا لبياناته الالزامية أو يوجه أمر بقبول مرشح محروم أو قد استبعد دون وجه حق من الدخول في المنافسة.

2- سلطة الحكم بالغرامة التهديدية:

ومن أجل ضمان تنفيذ القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية أقر المشرع للقاضي الإداري سلطة توقيع الغرامة التهديدية، حيث يستطيع القاضي الإداري بناء على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزاماته عينا، خلال مدة معينة فإذا تأخر كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معين عن كل فترة زمنية من الإخلال بالالتزام[1]. وعلى هذا الأساس مكنت المادة

[1]- خيرة بن سالم، مرجع سابق، ص 295

4،5/946 لقاضي الاستعجال الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد بناء على سلطته التقديرية وفق أطر قانونية.

3- سلطة تأجيل إعطاء عقد الصفقة:

فقد منحت المادة 6/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إعطاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما بحيث لا يمكن في أي حال من الأحوال إبرام الصفقة خلال فترة الوقف بما يجعل هذه السلطة ذات أهمية معتبرة وخطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية[1].

وما يمكن قوله حول السلطات المخولة لقاضي الاستعجال في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي سلطات تفتقد معنى الإلزامية من خلال استعمال المشرع عبارة:" يمكن للمحكمة الإدارية" وبالتالي يمكن لقاضي الاستعجال التجاوز عن هذه السلطات وعدم استعمالها في حال إثبات وجود خروقات تمس المنافسة.

الفرع الثالث: دعوى التعويض:

حيث تستمد دعوى التعويض أساسها القانوني باعتبارها من دعاوى القضاء الكامل، بصفة صريحة من الفقرة الثانية من المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تستمدها أيضا بصفة غير مباشرة من المواد 949، 800، 953، 960 من نفس القانون وهذا لأن هذه المواد تشير إلى إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وعلى هذا الأساس القانوني سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الدعوى (أولا) ثم إلى شروط رفع الدعوى (ثانيا).

[1]- خيرة بن سالم، مرجع سابق، ص 290

أولا: تعريف دعوى التعويض

تعرف دعوى التعويض على أنها دعوى شخصية ذاتية يرفعها صاحب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وفقا للإجراءات الشكلية المقررة قانونا للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل لإصلاح الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن النشاط الإداري الضار،سلطات القاضي فيها واسعة بحيث يبحث عن مدى وجود الحق ثم من ما إذا صاحبه فعلا قد تضرر ثم نسبة الضرر ثم تقدير التعويض بعدها الحكم بالتعويض[1].

ثانيا: شروط رفع دعوى التعويض

لرفع دعوى التعويض في مجال الصفقات العمومية لا بد من توافر شرطين أساسيين، بالإضافة للشروط العامة المعهودة في جميع الدعاوى الإدارية وهي:

1- أن يصدر القرار عن الإدارة بوصفها جهة تعاقدية:

بمعنى أن القانون يشترط في العقد الإداري أن يكون حضور المعيار العضوي كشرط أساسي لقيام العقد الإداري مع احترام أحكام المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[1]- سعيد بوعلي، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014، ص 194

2- أن يتعلق القرار بالصفقة:

ويقصد بذلك القرارات المركبة والمتصلة بالعملية الإدارية العقدية في مرحلة الإبرام وتنفيذ الصفقة والداخلة في تكوينها، وأن تصدر في مواجهة المتعامل المتعاقد مع الإدارة[1].

وعليه يمكن القول بأن دعوى التعويض لها أهمية كبيرة في ضمان مبدأ المنافسة كون أن القاضي يحمي الحقوق المكتسبة للمتنافسين ويقرر مسؤولية الإدارة والحكم عليها بالتعويض في حال المساس بمبدأ المنافسة.

المطلب الثاني: الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الجزائي

لا يقل دور القضاء الجزائي أهمية عن الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في الرقابة على الصفقات العمومية، حيث يبرز من خلال إرسائه للمبادئ العامة التي تحكم تنظيم الصفقات العمومية وكذا محاربة ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، وتتجلى هذه الأخيرة في الجرائم المرتكبة في مجال الصفقات العمومية سواء كان في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، منه نتناول في هذا المطلب الجرائم الماسة بمبدأ المنافسة (فرع أول) ثم نعرج إلى العقوبات المقررة لها قانونا (فرع ثاني).

الفرع الأول: الجرائم الماسة بمبدأ المنافسة

نظم المشرع الجزائري الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية والمخلة بمبدأ المنافسة في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته من خلال المواد 26،27 في إطار سعي المشرع إلى حماية المال العام تحثيثا للمصلحة العامة وكذا ضمانا لحماية المبادئ التي

[1]- عبد اللطيف رزايقية، مقال بعنوان :دعاوى الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 8، العدد 01، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2019، ص 269

تقوم عليها الصفقات العمومية وعليه نعالج في هذا الفرع جريمتين جريمة المحاباة (أولا) وجريمة الرشوة(ثانيا).

أولا: جريمة منح الامتيازات غير المبررة (جريمة المحاباة)

تعرف جريمة المحاباة في الصفقات العمومية بأنها تفضيل مترشح لصفقة عمومية على مترشح آخر دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقة، فهي الجنحة التي تثبت إفادة الغير بامتياز غير مبرر[1]، وتجد أساس هذه الجريمة في المادة 26 من القانون 06-01 والتي جاءت تحت عنوان الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية ولا تقوم هذه الجريمة إلا بتوافر ثلاث أركان:

1- الركن المفترض(صفة الجاني): لقيام جريمة المحاباة تتطلب أن يكون القائم بها موظف عمومي، وهو ما نصت عليه المادة 26 فقرة 1 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وجاءت بعبارة "كل موظف عمومي" والموظف العمومي هو حسب ما عرفته المادة 02 فقرة .ب.من نفس القانون التي تنص أن 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 بهده الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل او بعض رأسمالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية.

[1]- زليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى 2016، دار الراية.للنشروالتوزيع، عمان، 2015، ص 26

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"[1].

2- **الركن المادي:** يقتضي هذا الركن قيام الجاني بمخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات، بمناسبة إبرام أو .تأشيرعقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق على أن يكون الغرض من القيام بهذه الأعمال هو إفادة الغير بامتيازات غير مبررة ويشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاطفإذا استفاد منه الجاني نفسه جاز أن يكون الفعل رشوة[2].

وفي هذا الإطار يتجلى المساس بضمان مبدأ المنافسة في هذه الجريمة أثناء إعداد الصفقة مثل اللجوء غير المبرر لشراء الفواتير وفيه تتم تجزئة الصفقة من خلال تحرير فواتير مزورة خاصة منها المتعلقة ببيانات الإعلان من خلال تضليل المترشحين على حساب تقديم امتيارات لطرف على حساب آخر، وبالتالي إخلال بالمنافسة أو تكون في شكل آخر وذلك بمنح امتيازات للغير وتمكينه من الحصول على معلومات التي تمكنه من إقصاء بقية المتنافسين والظفر بالصفقة، وذلك خلافا لما يفرضه مبدأ الشفافية الذي يمنع التفاوض بين المترشحين إضافة إلى ذلك اللجوء التعسفي لطلب العروض المحدود.

3- **الركن المعنوي:** يشترط لقيام هذه الجريمة توفر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، حيث أن يعلم الجاني بكافة العناصر الداخلية المشكلة للجريمة واتجاه إرادة السلوك الإجرامي لتحقيق أحد صورتي النشاط الإجرامي التي تتمثل في إبرام أو تأثير عقد أو صفقة أو

[1]- المادة 02 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مرجع سابق
[2]- عبد العالي حاحة،مرجع سابق، ص 210.

ملحق أو اتفاقية خلافا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بجريمة الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات[1].

ثانيا: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

يعرف البعض جريمة الرشوة بأنها طلب أو قبول منفعة مادية أو شخصية أو وعد بهذه المزية في سياق ممارسة الوظيفة العامة من خلال القيام بعمل يشكل انتهاك للقانون أو وعد أو قبول منفعة مادية للموظف العمومي في مقابل الطلب[2].

نجد أساس هذه الجريمة في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومن هذا المنطلق تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية على ثلاث أركان:

1- **الركن المفترض(صفة الجاني):**

اشترطت المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته صراحة صفة مرتكب جريمة الرشوة في الصفقات العمومية وهي أن يكون موظفا عموميا وحصرته بعبارة:" كل موطف عمومي يتمتع بسلطة إشراف أو إدارة مؤسسة..." حسب ما هو معرف في المادة 02 فقرة ب من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والمشار إليها في جريمة المحاباة.

2- **الركن المادي:** يقوم هذا الركن على عنصرين أساسيين:

أ- **النشاط الإجرامي:** يتمثل في قبض الجاني أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها طبيعية أو معنوية سواء كان لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

[1]- عبد العالي حاحة، مرجع نفسه، ص117.
[2]- خالد رمضان عبد العالي سلطان، جرائم الرشوة في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة) طبعة 01، دار النهضة العربية القاهرة، 2009، ص 28

ب- **المناسبة:** تقتضي هذه الجريمة أن يقبض الجاني عمولة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية[1].

3- الركن المعنوي: يشترط القيام هذه الجريمة لكونها جريمة عمدية بتوافر القصد الجنائي العام للجاني والمتمثل في العلم والإرادة أي اتجاه الجاني إلى قبض الأجرة أو المنفعة مع علمه بأنها غير مبررة وغير مشروعة[2].

وفي هذا الإطار يتجلى المساس بمبدأ المنافسة في هذه الجريمة أثناء تحضير الصفقة أو إجراء المفاوضات قصد إبرامها أو تنفيذها، وبالتالي تظهر أثناء اعتماد المصلحة المتعاقدة على إجراء التراضي الذي يقوم أساسا على ركن التفاوض، مثاله كأن تتفاوض المصلحة المتعاقدة بمنح صفقة لمتعامل اقتصادي لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة في دفتر الشروط مقابل مزية غير مستحقة.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للجرائم الماسة بمبدأ المنافسة

تشكل جريمتي المحاباة والرشوة في مجال الصفقات العمومية اعتداء صريحا بمبدأ المنافسة ولوقف هذا الاعتداء قام المشرع بمتابعة ومعاقبة كل من يرتكب هذا النوع من الجرائم وعليه سنتناول في هذا الفرع العقوبة المقررة لجريمة المحاباة(أولا) ثم العقوبة المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية (ثانيا)

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة السادسة عشر دار هومة، الجزائر، 2017، ص 201

[2]- المادة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،مرجع سابق

أولا: العقوبات المقررة لجريمة المحاباة

حسب نص المادة 26 فقرة 01 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نجد أن العقوبة المقررة لجريمة المحاباة في حالة الإدانة بالحبس من سنتين (2) إلى عشرة (10) سنوات وبغرامة مالية تتراوح من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة

تعاقب المادة 27 على قبض العمولات في الصفقات العمومية في حالة الإدانة بالحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة مالية من **1.000.000 دج** إلى **2.000.000 دج.**

وما يمكن انتقاده حول هذه العقوبات أن العقوبة المقررة لجريمة المحاباة هي عقوبة غير كافية لوقف وردع المجرمين من الإقدام على ارتكابها ،وبالتالي هي غير كافية للنهوض بمبدأ المنافسة، وعليه يمكننا أن نتساءل لماذا لم يعاقب المشرع جريمة المحاباة كما عاقب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية رغم تواجدها بكثرة وخطورتها في ميدان الصفقات العمومية؟

وعليه مما تقدم ذكره صحيح أن القضاء الجزائي يلعب دورا مهم قي دعم وتعزيز ضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وذلك بعد تجريمه للتصرفات الماسة بمبدأ المنافسة وباعتباره كذلك آلية وقائية علاجية تمنع من ارتكاب هذه الجرائم ،لكن سرية الصفقات العمومية وخبرة الموظفين في ذلك الميدان يحول دوره دون فعالية نظرا لصعوبة اكتشاف جميع الأفعال المخلة بمبدأ المنافسة.

خاتمـــة

خاتمة

بعد دراستنا لموضوع ضمانات مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية من خلال الآليات القانونية والقضائية التي كرسها المشرع في سبيل ضمان منافسة حقيقية وفعالة بين المرشحين فقد عمدنا إلى تدوين هذا الموضوع بجملة من النتائج المتوصل إليها كالتالي.

بداية بضمان مبدأ المنافسة من خلال إجراءات الصفقة العمومية فقد نص المشرع على إعمال مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية إلا في مرحلة إبرام الصفقات بنص المادة 02 من الأمر رقم 03 – 03 المعدل والمتمم، بدءا من نشر الإعلان إلى غاية المنح النهائي وسعيا منه في ضمان ذلك المبدأ فقد ألزم المصالح المتعاقدة باحترام تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط، ولأهمية مرحلة إبرام الصفقة العمومية في ضمان مبدأ المنافسة فقد أولاها المشرع بعناية خاصة، وألزم المصالح االمتعاقدة بمراعاة جملة من المبادئ والمرتكزات التي تشكل في مجموعها أساس قيام مبدأ المنافسة، متمثلة في حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، المساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات وهذا من أجل تجسيد نجاعة الطلب العمومي، كذلك ولضمان مبدأ المنافسة من خلال قواعد إبرام الصفقات العمومية، فقد اعتمد المشرع على طلب العروض كأساس لإبرام الصفقة الذي يفتح مجال المشاركة أمام المتنافسين الراغبين للظفر بالصفقة وفق الشروط المطلوبة، كما اعتمد على التراضي كاستثناء لإبرام الصفقة العمومية الذي لا يمكن أن تلجأ إليه الإدارة أو المصالح المتعاقدة إلا وفق حالات محددة قانونا، إضافة إلى ذلك من أجل ضمان مبدأ المنافسة من خلال مراحل إبرام الصفقة، فقد نص على إلزامية الإعلان عن الصفقة عبر مختلف وسائل المتاحة لديها، ومن خلال هذه المراحل أخضع المشرع الصفقات العمومية إلى عملية رقابية متعلقة بالرقابة القبلية المتمثلة في رقابة اللجان الداخلية المكونة من لجنة واحدة

تقوم بفحص وتقييم العروض وفق دفتر الشروط وكما حرص المشرع على إعمال قاعدة المنع المؤقت ونشره حسب الشروط المحددة قانونا قبل الوصول إلى المنح النهائي والمصادقة على الصفقة، وعليه بالرغم من أهمية الإجراءات القانونية في قيام مبدأ المنافسة إلا أنه هناك بعض النقائص والتجاوزات التي تطال على مبدأ المنافسة ويمكن ذكر بعض منها كما يلي:

ـ عدم خضوع مرحلة تجهيز الصفقة (تحديد الحاجات، إعداد دفتر الشروط) لمبدأ المنافسة بناءا على نص المادة 02 من الأمر رقم 03 – 03 المتعلق باالمنافسة المعدل والمتمم، رغم أهمية هذه المرحلة في إعداد الصفقة العمومية.

. التوسع في إعمال المصلحة المتعاقدة للسلطة التقديرية في تحديد الحاجات وإعداد دفتر الشروط قد يؤدي إلى إساءة استعمالها بما يخل بمبدأ المنافسة.

. غموض مصطلحات تنظيم الصفقات االعمومية (المواصفات التقنية الاستعجال الملح، الأهمية الوطنية، المصلحة العامة) دلالة على منع السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تفسيرها حسب أهوائها.

ـ التوسع في اختيار إجراء التراضي على حساب إجراء طلب العروض في أغلب الصفقات العمومية الاستراتيجية التي ترصد لها مبالغ ضخمة لمحرر الاستعجال والأهمية الوطنية الذي يجرم العديد من المتعاملين الاقتصاديين من الولوج للطلب العمومي.

. إلزام المصالح المتعاقدة بالتعامل مع الوكالة الوطنية للنشر والإشهار (ANEP) دون سواها، يشكل احتكار للإشهار.

. افتقار تشكيل لجان اللرقابة الداخلية لقواعد تنظيمية في كيفية استدعاء أعضائها وتسير أشغالها وتحديد نصاب أعضائها في حالة اجتماعها، ونظامها الداخلي، زيادة على الصبغة الاستشارية للقرارات الصادرة عنها رغم أهميتها في ضمان مبدأ المنافسة خلال مرحلة فحص وتقييم العروض.

. التجاوز في رفض التأشيرة يعطل عمل اللجان وبالتالي عطالة مبدأ المنافسة.

وأما فيما يتعلق بالضمانات المؤسساتية والقضائية لمبدأ المنافسة، أخضع المشرع الصفقات العمومية لجملة من الآليات الرقابية متعلقة بالرقابة البعدية المتمثلة في رقابة مجلس المحاسبة، وكذا رقابة مجلس المنافسة، بالإضافة إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، والتي زودها بآليات وسلطات للكشف والحد من أي تعدي على مبدأ المنافسة في الصفقةة العمومية وزيادة على ذلك في سبيل تعزيز ضمان مبدأ المنافسة وخوفا من عجز المؤسسات الإدارية في مجابهة الممارسات المقيدة للمنافسة خلال مراحل إبرام الصفقة العمومية، سن المشرع قواعد قانونية أخرى تكرس هذا المبدأ كضمانة تكميلية عن طريق رقابة القضاء الإداري بعد رفع الدعاوى أمامه والمتمثلة في دعوى الإلغاء، ودعوى الاستعجال، بالإضافة إلى دعوى التعويض هذا من جهة ومن جهة أخرى قام بتركيب جزاءات ردعية وعقوبات على الجرائم الماسة بالمنافسة من خلال الدعاوي المرفوعة أمام القضاء الجزائي، ومع ذلك تبقى الرقابة الإدارية والقضائية هي الأخرى معرضة للعراقيل والنقائص نذكر أهمها ما يلي:

. عدم اختصاص مجلس المنافسة بالنظر والفصل في الممارسات المنافية للمنافسة عند ممارسة المصلحة المتعاقدة امتيازات السلطة العامة أو المرفق العام بسبب صعوبة إثبات الممارسات المحتلة بمبدأ المنافسة.

. رقابة مجلس المحاسبة هي رقابة غير مباشرة وبالتالي لا تفي بالغرض المنشود.

. عدم صلاحية االهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إخطار النيابة العامة مباشرة قصد تحريك الدعوى العمومية عندما تتوصل إلى وقائع مشبوهة حول إبرام أو تنفيذ الصفقة.

. غياب الصبغة الإلزامية للقرارات الصادرة عن تلك المؤسسات الإدارية دليل على عدم فاعليتها في ميدان الصفقة العمومية.

ـ منح السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال في إصدار الأوامر قد يؤدي إلى عدم إصدارها في حال إثبات إخلال بقواعد الإشهار والمنافسة.

. عدم قدرة قاضي االجزائر في اكتشاف جميع الجرائم المخلة بمبدأ المنافسة نظرا لخبرة الموظفين في الميدان وسرية الصفقة العمومية.

ومن أجل تحقيق فعالية أكبر في مجال الصفقات العمومية وتفادي أي نقص في الجانب الإجرائي أو الجانب الرقابي للإدارة والقضاء وجب علينا تقديم جملة من الاقتراحات والتوصيات أهمها:

ـ إعادة النظر في مرحلة تجهيز الصفقة لعدم خضوعها لمبدأ المنافسة لأن المساس بالمنافسة يبدأ من هذه المرحلة.

ـ يجب تحديد حدود نطاق السلطة التقديرية سواء كانت ممنوحة للمصلحة المتعاقدة أو سلطات أخرى لها علاقة بالصفقات العمومية حتى لا تتعسف في استعمالها.

ـ ضرورة ضبط المصطلحات المستعملة في تنظيم الصفقات العمومية حتتى لا يفتح المجال أمام المصلحة المتعاقدة في تفسيرها حسب أهوائها (الأهمية الوطنية، المصلحة العامة، الاستعجال الملح، المواصفات التقنية).

ـ ضرورة توسيع إجراء طلب العروض في جميع إبرام الصفقات العمومية لضمان أكثر لحرية المنافسة والتقليل من اختيار إجراء التراضي الذي أصبح يشكل خطرا على الاقتصاد الوطني بحجة الاستعجال الملح والأهمية الوطنية.

ـ ضرورة توسيع فضاءات الإشهار عبر مختلف الوسائل الرسمية والوسائط الالكترونية كشبكات التواصل الاجتماعي المختلفة ذات الاستقطاب الواسع والسريع لإضفاء شفافية أكبر.

ـ ضرورة سن قواعد تنظيمية في كيفية تشكيل لجان الرقابة الداخلية وتسيير أشغالها وتحدد نصاب أعضائها، مع تكريس الصبغة الإلزامية للقرارات الصادر عنها، زيادة على ذلك يجب إعمال مبدأ الفصل لأعضاء لجنة فحص الأظرفة وتقييم العروض في لجنتين مستقلتين على ما كانت عليه في المرسوم الرئاسي رقم 10 – 236 (الملغي) لإعطاء شفافية أكبر.

ـ ضرورة التخلي عن إجراء تجاوز قرار رفض التأشيرة الذي يفرغ الرقابة من قيمها القانونية.

إعادة النظر في الدور الرقابي للمؤسسات الإدارية خاصة منها الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد يجب منحها سلطة الضبط القضائي لإعطاء ضمانة أكبر لمبدأ المنافسة.

. ضبط الاختصاص القضائي لقاضي التعويض لتفعيل رقابته على احترام مبدأ المنافسة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

الكتب

1- عمار عوابدي ،نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري ، الطبعة الثانية، دار هومة ،للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزاءر ،1990.

2- عبدالرحمان بربارة ،شرح قانون الإجراءات الإدارية و المدنية ،منشورات البغدادي ،الطبعة الثانية،الجزائر ،2009.

3- خالد رمضان عبد العالي سلطان جرائم الرشوة في العقود التجارة الدولية ،(دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى دار النهضة العربية ، القاهرة ،2009.

4- معين فندي الشناف،الإحتكار و الممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء القوانين و الإتفاقيات الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ،2010.

5- النوي خرشي،تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية ،بدون طبعة،دارالخلدونيةللنشر و التوزيع،الجزائر،2011.

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

7- سعيد بوعلي ،منازعات الإدارية في ضل القانون الجزائري ،دار بلقيس للنشر ، الجزائر ،2014.

8- زوليخةزوزو ، جرائم الصفقات العمومية أليات مكافحتها في التشريع الجزائري ،الطبعة الأولى ،دار الراية للنشر و التوزيع ،عمان ،2015.

9- لحسين بن شيخ أث ملويا ، رسالة في الإستعجالات الإدارية ، الجزء الثاني،بدونطبعة،دار هومة، الجزائر،2016 .

10- أحسن بوسقيعة ،الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد ،جرائم المال و الأعمال،جرائم التزوير ، الجزء الثاني،الطبعة السادسة عشر، دار هومة، الجزائر ،2017.

11- عمار بوضياف،شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة ،جسور لنشر و التوزيع، المحمدية ،الجزائر،2017.

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

13- عمار عوابدي، النظرية العامة للنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري،الجزءالثاني،نظرية الدعوى الإدارية،ديوانالطبوعات الجامعية،

ثانيا: الرسائل العلمية

1- رسائل الدكتوراه

2- عبدالعاليحاحة ،آليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،علوم في الحقوق تخصص قانون عام،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،2012-2013.

3- تيابنادية،اليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه ،في العلوم ،كلية الحقوق و العلو السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2013.

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

5- عفيف بن بدرة ،حق المؤسسة في منافسة مشروعة ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،في القانون الخاص ، كلية الحقوق ،ابو بكر بلقايد ، تلمسان ،2016-2017.

6- صليحة بن عودة ،الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية و الرقابة في التشريع الجزائري ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،في الحقوق نظام ل.م.د ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة ابو بكر بلقايد ،تلمسان،2016-2017.

7- خيرة بن سالم ،الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة جيلالي ليابس ،سيدي بلعباس ،2017-2018.

1. رسائل الماجستير

3- حورية بن أحمد، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المعلقة بالصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص القانون العام ، كلية الحقوق ،جامعة ابو بكر بلقايد ،تلمسان ،2010-2011 .

4- عائشة بعيط ،ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة ماجستيرفي إطار مدرسة الدكتوراه دولة و مؤسسات،كلية الحقوق بن عكنون، مدرسة دكتوراه دولة و مؤسسات فرع الجلفة ،جامعة الجزائر 1 ،2013-2014 .

5- كال لحول ،اختيار المشاريع العمومية دراسة مشروع طريق السيار (شرق غرب)،مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية و التسيير و العلوم التجارية جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ،2013-2014.

6- محمد خرفان ،اختيار المتعامل في قانون الصفقات العمومية الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع قانون أعمال ،كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،2013-2014.

7- فتيحة حابي ،النظام القانوني للصفقات العمومية إنجاز الأشغال العامة في ضل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2013-2014.

8- سمية شريف ،رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع قانون المنازعات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2016.

9- مذكرات الماستر

1. بلال بن ساعد ،حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ،مذكرة لنيل شهادة ماستر تخصص إدارة و مالية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المدية ،2017-2018

ثالثا : المقالات

1. محمد شريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية ، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ،2010 .
2. سلوى بزاحي ،رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني السنة الثالثة ،المجلد 5 ،العدد 1 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،2012.
3. سلمى بومقورة ،مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية ،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ،المجلد 15 ،العدد 10 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باجي المختار ، عنابة ،2017.

4. – بوضياف خير، الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية، وفق لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، التفويضات المرفق العام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 3، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018.

5. عبد اللطيف رزايقية ،دعاوى الصفقات العمومية ، مجلة الاجتهاد في الدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد8، العدد 1 ،جامعة العربي بن المهيدي ، أم البواقي ،2019 .

6. مريم عطوي ، بعنوان قواعد المنافسة في الصفقات العمومية وفق القانون الجزائري ، مجلة النبراس للدراسات القانونية ، المجلد 4 ،العدد 2 ،جامعة محمد لين دباغين ،سطيف 2 ،2019.

7. عبد الوهاب دراج ، دور إعمال المنافسة في مرحلة تكوين الصفقات العمومية في الحفاظ على المال العام من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ،المجلد 1، العدد 10 ،جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ،2019.

8. محمد عيساوي ، مبدأ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب طلب العروض ،مجلة الدراسات القانونية المقارنة ،جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ،المجلد6، العدد 2 ،2020.

رابعا : المداخلات

1- سماح قارة ، تفعيل مبدأ المنافسة قراءة في الصفقات العمومية ، أعمال الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة و ضبط السوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 1945 ،قالمة ،يومي 15 و 16 مارس 2015.

2- عادل دبيح ،دور دفاتر الشروط في حماية المبادئ الأساسية لنجاعة الطلبات العمومية، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام في

ضل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، يومي 18و 19 اكتوبر 2019 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة المسيلة.

خامسا: القوانين والتنظيمات

1-القوانين

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

- القانون رقم 90-32، المؤرخ في 4 ديسمبر 1990،المتعلق بتنظيم و سير مجلس المحاسبة ، ج ر عدد53 ، مؤرخة في 5 ديسمبر 1990،(ملغى).

- القانون رقم 06-01 ، المؤرخ في 20فبراير 2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ،ج ر عدد 14 ، مؤرخة في 08 مارس 2006 ، المعدل و المتمم .

- القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 ، مؤرخة في 23 أفريل 2008

2 - الأوامر

- الأمر رقم 67-90 ، المؤرخ في 17 يونيو 1967 ،يتضمن قانون الصفقات العمومية ، ج ر عدد 52 ، مؤرخة في 27 يونيو 1967 ،(ملغى) .

- الأمر 95-20 ، المؤرخ في 17 يوليو 1995 ، المتعلق بمجلس المحاسبة ، ج ر عدد 39 ، المؤرخة في 23 يوليو 1995 ، المعدل و المتمم .

- الأمر 03-03 ، المؤرخ في 19 يوليو 2003 ، يتعلق يالمنافسة ، ج ر عدد 25 ، مؤرخة في 20 يوليو 2003 ، المعدل و المتمم .

- الأمر رقم 10-02 ، المؤرخ في 26 غشت 2010 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 95-20 و المتعلق بمجلس المحاسبة ،ج ر عدد 50 ،1 سبتمبر 2010.

3 - المراسيم

أ - المراسيم الرئاسية

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

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

3- المرسوم الرئاسي رقم 04-128 ، المؤرخ في 19 أفريل 2004 ، يتضمن التصديق ،بتحفظ عل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 اكتوبر 2003 ، ج ر عدد 26 ، مؤرخة في 25 افريل 2004

4- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 ، المؤرخ في 26 اكتوبر 2008 ، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،ج ر 62 ،مؤرخة في 9 نوفمبر 2008.

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

6- المرسوم الرئاسي رقم 12- 64 ، المؤرخ 17 فبراير 2012، يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22نوفمبر 2006 اللذي يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كيفيات سيرها .

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

ب - المراسيم التنفذية

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

الفهرس

الفهرس

شكر

مقدمة 2

الفصل الأول: ضمان مبدأ المنافسة من خلال إجراءات الصفقات العمومية 9

المبحث الأول: ضمان مبدأ المنافسة من خلال إجراءات السابقة للتعاقد 10

المطلب الأول: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة تجهيز الصفقة العمومية 10

الفرع الأول: ضمان مبدأ المنافسة في تحديد الحاجات العمومية 10

الفرع الثاني: ضمان مبدأ المنافسة عند إعداد دفتر الشروط..... 13

المطلب الثاني: ضمان مبدأ المنافسة من خلال المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية ... 15

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية 16

الفرع الثاني: احترام مبدأ المساواة بين المترشحين 17

الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات 18

المبحث الثاني: ضمان مبدأ المنافسة خلال قواعد إبرام الصفقة العمومية 20

المطلب الأول: اعتماد طلب العروض كأساس للإبرام الصفقة العمومية 20

الفرع الأول: أنواع طلب العروض 21

الفرع الثاني: استثناءات الواردة على طلب العروض 24

المطلب الثاني: ضمان مبدأ المنافسة من خلال مراحل إبرام الصفقة العمومية 27

الفرع الأول: عملية الترشح للصفقة العمومية.....28

الفرع الثاني: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة إيداع العروض 31

الفرع الثالث: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة فحص العروض.....35

الفرع الرابع: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة تقييم العروض 38

المطلب الثالث: ضمان مبدأ المنافسة في مرحلة المصادقة على الصفقة العمومية 40

الفرع الأول: إعمال قاعدة المنح المؤقت ودورها في ضمان مبدأ المنافسة 40

الفرع الثاني: المنح النهائي واعتماد الصفقة والمصادقة عليها 43

الفصل الثاني: الضمانات المؤسساتية والقضائية لمبدأ المنافسة 45

المبحث الأول: دور المؤسسات الإدارية في ضمان مبدأ المنافسة.....46

المطلب الأول: دور مجلس المنافسة في ضمان مبدأ المنافسة.....46

الفرع الأول: مفهوم مجلس المنافسة 47

الفرع الثاني: آليات مجلس المنافسة لضمان مبدأ المنافسة.....49

المطلب الثاني: دور مجلس المحاسبة في ضمان مبدأ المنافسة.....54

الفرع الأول: مفهوم مجلس المحاسبة 54

الفرع الثاني: آليات مجلس المحاسبة في ضمان مبدأ المنافسة 56

المطلب الثالث: دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في ضمان مبدأ المنافسة....57

الفرع الأول: مفهوم الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.....58

الفرع الثاني: آليات الهيئة لضمان مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية. 60

المبحث الثاني: الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة..... 62

المطلب الأول: الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري..... 62

الفرع الأول: دعوى الإلغاء في مجال الصفقات العمومية 63

الفرع الثاني: الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية..... 71

الفرع الثالث: دعوى التعويض:..... 78

المطلب الثاني: الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الجزائي 80

الفرع الأول: الجرائم الماسة بمبدأ المنافسة 80

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للجرائم الماسة بمبدأ المنافسة 84

خاتمة..... 87

قائمة المراجع 93

الفهرس 102