

الملتقى الوطني

ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالإقتصاد الوطني
من خلال تنظيم الصفقات العمومية

كلية الحقوق - بودواو
السنة الجامعية 2017 / 2018



كلية الحقوق - بودواو
يومي 20 - 21 نوفمبر 2017

ISBN: 978-9931-9750-0-7

30 Mars 2021

جامعة أمحمد بوقرة بومرداس

كلية الحقوق

المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الموسوم بـ

" ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالإقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات

العمومية"

يومي 20 و 21 نوفمبر 2017

الكلمة الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين،

الحمد لله الذي أعاننا ووفقنا لإتمام إعداد هذه المسطرة الإجرائية التي تضم أهم الأوراق البحثية التي عرضت في إطار التظاهرات العلمية المبرمجة خلال الموسم الجامعي 2017-2018 بكلية الحقوق ببودواو -جامعة أمحمد بوقرة -بومرداس الهادفة إلى خلق التواصل الفعال والمستمر بين مكونات الحقل الجامعي و تبادل الخبرات مع مختلف الجامعات الوطنية، تم برمجة هذا الملتقى الوطني على اعتبار أن الصفقات العمومية أهم قناة للتصرف في الأموال العمومية بهدف تنفيذ سياسات الدولة والتي تتجز من خلالها برامج التنمية، وأنها في نفس الوقت من أهم الأدوات الفعالة التي تساهم في النهوض والرفي بالإقتصاد الوطني. وفي هذا الصدد ارتأت كليتنا تنظيم ملتقى وطني بتاريخ 20 و 21 نوفمبر 2017 تحت عنوان " ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالإقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية "، بقاعة المحاضرات بكلية الحقوق ببودواو .

والغاية المرجوة من هذه التظاهرة العلمية هو استشراف أهم الرهانات والتحديات للارتقاء بتنظيم الصفقات العمومية نحو العصرية، بترسيخ قيم الشفافية وتكريس آليات المنافسة لتحقيق النجاح في الطلب العمومي باحترام شروط الاقتصاد التنافسي المبني على الشراكة المثمرة بين القطاع العام والخاص وترشيد استعمال الأموال العمومية بالتخفيف من تكاليف هذه العقود طبقا للمعايير الدولية.

عرفت الصفقات العمومية في الجزائر نقلة نوعية على مستوى تنظيمها بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام

الذي ارتقى بتنظيم الصفقات العمومية، حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة وطرق الطعن كدعامات لدولة الحق والقانون والتأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية.

إن التعديلات المدرجة في هذا المرسوم تتدرج ضمن نظرة ديناميكية وفعالة تهدف إلى السماح لقطاع الصفقات العمومية أن يكون له إطار قانوني يتماشى مع الواقع وكفيلا بتكريس ميكانيزمات التنظيم والنجاعة الاقتصادية لإضفاء الشفافية على العمل الإداري والصفقات العمومية بالأخص وضمان الاستعمال الأمثل للأموال العامة.

انطلاقا مما سبق يأتي هذا الملتقى الوطني ليسلط الضوء على أهم التدابير والمستجدات التي جاء بها التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، فهل وفق المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في معالجة الإختلالات والنقائص التي كانت تعترى التنظيمات السابقة؟ و ما مدى تحقيقه لهدفي ترشيد النفقات العمومية والقضاء على الفساد من جهة، وبين ضرورة النهوض بالاقتصاد الوطني من جهة أخرى؟.

ولمناقشة إشكالية الملتقى تم إقتراح أربعة محاور مصوغة كالآتي:

المحور الأول: الإطار القانوني للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- المبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؛

- تعريف الصفقة العمومية؛

- مجال تطبيق الصفقة العمومية؛

- مفهوم تفويض المرفق العام؛

- الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام؛

- التكوين في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المحور الثاني: تحديد الحاجات ودفاتر الشروط.

- التحديد المسبق للحاجات قبل الشروع في إبرام الصفقة العمومية.

- مراحل و آليات إشباع حاجات المصلحة المتعاقدة.

- دفتر الشروط كآلية لتحقيق شفافية الإجراءات.

المحور الثالث: طرق وإجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

- طرق إبرام الصفقات العمومية (طلب العروض، إشكالية التراضي)
- إجراءات إبرام الصفقات العمومية : الإشهار، فتح الأظرفة ، تقييم العروض...
- تنفيذ الصفقة العمومية: الأسعار، كفيات الدفع، الضمانات، الملاحق، المناولة...
- المعاملات الإلكترونية في الصفقات العمومية: الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.

المحور الرابع: الرقابة وتسوية منازعات الصفقات العمومية.

- الرقابة الداخلية: لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض
- الرقابة الخارجية : رقابة لجان الصفقات العمومية، الرقابة الوصائية
- الرقابة التكميلية: المحاسب العمومي، المراقب المالي، المفتشية العامة للمالية، مجلس المحاسبة.
- سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .
- الرقابة القضائية: القضاء الإداري، القضاء الجنائي.
- مكافحة الفساد: من خلال التعليق على المواد 88 حتى 94 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.
- التحكيم.

نظرا للأهمية البالغة لموضوع هذا الملتقى تم تسجيل أكثر من 200 طلب مشاركة من مختلف جامعات الوطن والهيئات الإدارية و المؤسسات الاقتصادية المختصة والمهتمة بهذا المجال، و بعد دراسة هذا الكم الهائل من المداخلات من طرف اللجنة العلمية للملتقى تم قبول 78 مداخلة توزعت على الجلسات العلنية و الورشات .

أشرف على الافتتاح الرسمي لأشغال الملتقى الوطني السيد رئيس جامعة بومرداس الدكتور الأستاذ بن تليس عبد الحكيم، و السيد عميد كلية الحقوق الدكتور الأستاذ بن الصغير عبد العظيم، باشرت الجلسات والورشات أشغالها لمدة يومين حيث تم إثراء ومناقشة إشكالية الملتقى بحضور نخبة من الباحثين والأساتذة المحاضرين و الطلبة . تم استخلاص عشرة (10) توصيات ،علها تساهم في إثراء و تفعيل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

من خلال فعاليات هذا الملتقى الوطني ، تبينت أهمية البحث عن الآليات المعتمدة للوصول إلى إختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين وتوفير أفضل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة ومنه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية من خلال إحترام مبدأ المنافسة من طرف جميع الفاعلين في هذا المجال.

فإصلاح نظام الصفقات العمومية يندرج في إطار مواكبة الإدارة العمومية للتغيرات الجارية بإعتبار أن متطلبات التحديث وحسن الحكامة والإنتفاع الإقتصادي يقتضي التوفر على نظام للصفقات يأخذ بعين الإعتبار ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الإدارة والقطاع الخاص في إطار شراكة متوازنة يتوخى منها إنجاز أعمال بجودة عالية وبكلفة مناسبة.

في هذا الصدد نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم ».

وبناء على ما سبق عرضه، ومساهمة في مساعي عصرنة نظام الصفقات العمومية وترقية المنافسة في الجزائر لترشيد النفقات العمومية و تحقيق الإقلاع للإقتصاد الوطني، تم استخلاص من طرف أعضاء اللجنة جملة من التوصيات ،علها تساهم في إصلاح ما يعترى النظام الحالي من نقائص و ثغرات:

*التعريف بالمصطلحات التقنية في بداية النصوص التنظيمية المرتبطة بموضوع الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام؛

* تفعيل العمل بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على غرار الكثير من الدول يزيد من تكريس قيم الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية رغم صدور القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية؛

* تكوين الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و أصحاب العروض أو المتعاملون المتعاقدون في المجال الإلكتروني من خلال تقديم تكوينات في التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؛

* من أجل تكريس فعالية دور لجنة فتح الأطرقة وتقييم العروض في ضبط المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإنه يتعين الإهتمام والتركيز على تكوين أعضائها و تحسين المستوى وتحديث المعارف،

وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم لتحقيق أكثر فعالية في تقييم العروض وإنتقاء أفضلها من الناحية الإقتصادية و هذا للوصول إلى النجاعة في الطلبات العمومية.

* تحديد نسبة العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، الذي يبدو منخفضاً بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار؛

* تحديد نسبة العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار؛

* يجب تثمين احترام البيئة وأخذ بعين الإعتبار أهداف التنمية المستدامة و تفعيلها على مستوى لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض، لتأمين الفعالية في الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام و حماية البيئة؛

* الدعوة إلى إيجاد آليات للتنسيق والتعاون بين المصالح المتعاقدة و أجهزة الرقابة الخارجية خاصة مع المراقب المالي ؛

* إعداد كتب وجيزة ودلائل إرشادية لإجراءات و كفاءات إبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ؛

* الرفع من قيمة العقوبات المالية لمرتكبي المخالفات المنافية للمنافسة و إعطائها الطابع الردعي؛

من خلال ما سبق، يتبين لنا أن تنظيم الصفقات العمومية في بلادنا قد عرف نقلة نوعية منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الذي إرتقى بتنظيم الصفقات العمومية حيث رسخ قيم الشفافية وعزز آليات المنافسة و طرق الطعن كدعوات لدولة الحق والقانون.

في الأخير، نتمنى أن نكون قد وفقنا في بلوغ الأهداف المرجوة من خلال فعاليات هذا الملتقى الوطني من خلال هذه المسطرة الإجرائية، شاكرين لكل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاح هذه التظاهرة العلمية الوطنية و إنجاز هذه المسطرة الإجرائية المتضمنة أوراق بحثية لأساتذة و دكاترة و باحثين و طلبة مشاركين من كل أنحاء الوطن في هذا الملتقى، عسى الله تعالى أن يجزل لهم الثواب، ويجعله في موازينهم من العمل الصالح الذي لا ينقطع، إنه سميع مجيب.

وفقنا الله، ومنه نستمد العون والحمد لله خالق الكون عليه نعقد الأمل ومنه نتوخي التوفيق. نسأله دائماً

أن يأخذ بأيدينا للخير والسداد.

فهرس المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
27 -8	المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلبات العمومية د. جليل مونية (جامعة بومرداس)
35 -28	مبدأ حرية المنافسة كضمانة لحماية المال العام عند إبرام الصفقات العمومية د. زيدان عبد النور (المركز الجامعي - تيبازة)
42 -36	قراءة في مدى فعالية تعديلات قانون الصفقات العمومية وفق أحكام المرسوم الرئاسي 247-15 د. بن ورزق هشام (جامعة سطيف 2)
53 -43	عقد التفويض تجسيد للشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص د. زوية سميرة (جامعة بومرداس)
69 -54	الاختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية د. قوتال ياسين - د. جبايلي صبرينة (جامعة خنشلة)
83 -70	تفويض المرفق العام في الجزائر - حالة تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه د. بقار سلمى (جامعة بومرداس)
95 -84	مكانة مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة في التشريع الجزائري - د. زعي عمارة (جامعة الوادي) - ط. د. بره (جامعة البلدة 2)
104 -96	مدى فعالية مبدأ المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية د. سي يوسف قاسي (جامعة البويرة)
117 -105	إخضاع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة في التشريع الجزائري د. بوهنتالة أمال - ط. د. قداش سلوى (جامعة باتنة 1)
127 -118	تقييد التفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين للوقاية من الفساد في الصفقات العمومية د. احميداتو محمد (جامعة الجزائر 1)
137 -128	الدعوى إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية إلكترونيا - دراسة مقارنة - د. ولد عمر الطيب (جامعة تيارت)
160 -138	الضوابط القانونية لإبرام ملحق الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247-15 د. بولقواس ابتسام (جامعة خنشلة)
170 -161	الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية د. بوخالفة فيصل (جامعة سطيف 2)
178 -171	التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري د. دعاس حميدة (جامعة سطيف 2)
188 -179	التوجه للإدارة الإلكترونية كآلية لترشيد النفقات العمومية د. مانع سلمى (جامعة بسكرة)

200 -189	الصفقات العمومية ذات الإجراءات المكيفة ضماناً لحماية المال العام د. زمال صالح (جامعة تبسة) - ط.د. بوكوية مريم (جامعة البليدة 02)
210 -201	خصوصية اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 د. خلوفي خدوجة (جامعة البويرة)
221 -211	نحو تعزيز الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 د. سليمان السعيد (جامعة جيجل)
233 -222	سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام الوجه الجديد لإشراف و رقابة الدولة على مجال الصفقات العمومية د. شريف سمية (جامعة تيزي وزو)
245 -234	آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية د. بن زيد فتحي (جامعة سطيف 2)
255 -246	رقابة القضاء الإداري على إبرام الصفقات العمومية د. لفقير بولنوار (جامعة برج بوعريش)
266 -256	آليات الوقاية من الفساد في إطار الصفقات العمومية د. دندن جمال الدين (جامعة الجزائر 1)
273 -267	تنظيم الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 د. تريعة نوار (جامعة بومرداس)
282 -275	دور لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في تكريس الشفافية وحماية المال العام د. أونيسي ليندة - ط.د. مزياي سهيلا (جامعة خنشلة)

جامعة أمحمد بوقرة - بومرداس

كلية الحقوق

مداخلة بعنوان: المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلبات العمومية

الدكتورة جليل مونية أستاذة محاضرة *أ*-

مقدمة

تم التأكيد في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام، وهي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

و بهذا يعد تنظيم الصفقات العمومية الرائد في استعمال تقنية المنافسة، كوسيلة أو أداة لتحقيق الاستعمال الأمثل والأنجع للأموال العمومية، فهو الأداة والوسيلة المثلى التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها، فهو يحتل نسبة معتبرة من الموارد المالية ويمثل آلية أساسية في النمو الاقتصادي⁽¹⁾، ما يجعلنا ندرك بسهولة الثقل المالي للصفقات العمومية في اقتصاد بلادنا، اقتصاد بلد يسير في طريق النمو، لم تكتمل بعد بوضوح معالم منظومته القانونية والاقتصادية بل حتى نظامه السياسي.

فالصفقات العمومية تعتبر معيارا حقيقيا لشفافية المناخ الإستثماري ووسيلة فنية لتطبيق برنامج الحكومة في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتقديم الخدمات العمومية، فالتسيير الراشد في هذا المجال يتطلب أساسا إضافة إلى تكريس المبدأ الأساسي للمنافسة مبادئ أخرى تعزز هذا الأخير وهي: عدم التمييز، المساواة، النزاهة والشفافية.

إن إعمال المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة، بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع الخيارات، تسمح للإدارات العمومية بإستخدام الموارد العمومية إستخداما عقلانيا رشيدا، ويضفي على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة. وهي كذلك بما تتيحها المؤسسات من فرص للوصول لتلك الطلبات، تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حريتي التجارة و الصناعة.

لهذه الأسباب فقد أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة، وذلك من خلال قانونين أساسيين: هما قانون الصفقات العمومية، الذي يهدف إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري

والمنافسة لنيل الطلبات العمومية، وقانون المنافسة، الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة، تحديد قواعد حمايتها لزيادة الفعالية الإقتصادية و تحسين معيشة المستهلكين.

هكذا يمكن إستنباط نقاط التقاطع بينهما من حيث الضمانات المتعلقة بحرية الوصول للصفقات العمومية أو المساواة بين المتنافسين و توفير العلانية و الشفافية لإجراء الصفقات.

لقد إستعمل المشرع الجزائري مصطلح " المنافسة " في أول النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية ونعني بالخصوص الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967⁽²⁾.

من أجل فهم الإشكاليات التي تطرحها المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإنه لا بد أن نلم بالإطار العام الذي تشكلت فيه الصفقات العمومية مع مراعاة الأبعاد التاريخية، السياسية والاقتصادية التي توضح تطور قانون الصفقات العمومية في الجزائر⁽³⁾.

إن القوانين التي نصمت الصفقات العمومية منذ الإستقلال تضمنت في محتواها إحدى آليات المنافسة بطريقة محتشمة واكبت التطورات والتحولت السياسية والإقتصادية التي شهدتها البلاد.

حاليا، فإن آليات المنافسة نجدها في قوانين أخرى غير قانون الصفقات العمومية. و من أهم التعديلات التي أدخلت على القانون المتعلق بالمنافسة هو وضع مجلس المنافسة، الذي كان يخضع لسلطة رئاسة الحكومة تحت سلطة وزير التجارة، حيث تم تكليفه بمهمة ضبط السوق، و توسيع صلاحياته لتشمل على وجه الخصوص وهذا لأول مرة الصفقات العمومية.

في هذا السياق، فإن التعديلات المدرجة في النص الجديد، وهو قانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، تندرج ضمن نظرة ديناميكية و فعالة تهدف بالسماح لقطاع التجارة أن يكون له إطار قانوني يتماشى مع الواقع، وكفيلا بتكريس ميكانيزمات التنظيم ومراقبة السوق لضمان حرية المنافسة و ذلك بتوسيع مجال اختصاص مجلس المنافسة ليشمل ميدان الصفقات العمومية باعتبارها مصدرا محتملا للممارسات المناهية للمنافسة.

وانطلاقا من هذه المعطيات فان الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمحور أساسا حول:

- هل تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الضمانات اللازمة لحرية المنافسة ؟

تضمن المرسوم الرئاسي رقم 08-338 لأول مرة مبادئ حرية المنافسة في الصفقات العمومية خلافا للتنظيمات السابقة في المادة 2 مكرر التي تنص " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال

الحسن للمال العام يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لهذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات"، إلا أنها وإن لم تذكر صراحة فإن هذه المبادئ تطورت في ظل التنظيمات المتعاقبة لهذا المجال.

من أجل تحقيق الاعتبارات المرتبطة بالعدالة في حماية حقوق الراغبين في الحصول على صفقات عمومية، أخضعها المشرع لجملة من المبادئ الأساسية لإضفاء الشفافية على العمل الإداري، والتي من شأنها تحقيق المصلحة العامة بالدرجة الأولى والمصلحة الخاصة، ذلك لا يتم إلا بتكريس مبدأ حرية المنافسة وحياد الإدارة.

المبحث الأول : تكريس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

مقتضى هذا المبدأ هو إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المختصين بنشاط معين ترمي المصلحة إلى إنجازه، في التقدم بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون التمييز بينهم، وحظر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول إلى الطلب العمومي أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين مما يحرمهم من منافع المنافسة.

فإذا كانت العقود الإدارية بشكل عام يتم تكوينها وانعقادها مثل العقود المدنية والتجارية عند تلاقى رضا كل من الطرفين المتعاقدين في جميع عناصر وشروط العقد و ذلك في صورة إيجاب وقبول، فإن الصفقات العمومية التي تعد إحدى أهم عقود الإدارة تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث عملية الإبرام في طريقة التعبير والإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية، حيث تتم عملية التعبير عن إرادة الإدارة المتعاقدة في شكل عقد مركب، فلا يمكن التعبير عن إرادة الإدارة إلا بعد إتباع مجموعة من الإجراءات الضرورية، ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة ترد عليها عدة قيود تحد من حريتها في عملية الإبرام وتكوين الصفقة ذاتها من حيث وجوب إحترام القواعد الأساسية التي تحكم الصفقة العمومية والمعبر عنها بوضوح ضمن أحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، وهي مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

إن أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة عند إحترامها لمبدأ المنافسة الشريفة تكمن مجملها في:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية و التي لا تكون إلا بالزامية إجراء النشر الصحفي والتأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية وفقا للمادة 203 والمادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.

- معايير موضوعية و دقيقة لإتخاذ القرارات الصائبة المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

المطلب الأول: الإعلان إجراء شكلي جوهري

جاء تنظيم الصفقات العمومية في مجال إجراءات التعاقد ليكرس العمل بهذه القواعد التي تعد من قبيل النظام العام ولا يمكن مخالفتها، وهذا كضمان لتحقيق المنافسة العامة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة.

فالتساؤل الذي يطرح في هذا المجال، ماهي الآليات الضرورية لتحقيق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في مجال إجراءات منح الصفقة؟ وما هي الضمانات الكفيلة باحترامه؟.

إن تحقيق مبدأ الشفافية يتجلى في إجراءات منح الصفقة وحياد الإدارة خاصة في عملية الإعلان و إلزاميته بالنسبة للطلبات العروض، وكذا إدخال العمل بإجراء المنح المؤقت في تنظيم الصفقات العمومية وما يترتب عنه من حقوق للمترشحين للصفقة مثل الحق في الطعن ومعارضة قرار المنح.

يقصد بالإعلان هو إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض.

فإذا رغبت المصلحة المتعاقدة في التعاقد، فإن أولى خطواتها هي الإعلان عن شروط العقد ويعد هذا الإعلان بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد، فقد حرص القضاء الإداري في مصر على تكييف الإعلان كدعوة للتعاقد، إذ قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1967/12/02 بما يلي " إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايمة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة للتعاقد" (4).

هذا الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بموضوع الإعلان التي تنشره الإدارة للإفصاح عن حاجياتها، ومن ناحية أخرى فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا، فالتزامات وشروط الإعلان أو الدعوة للمنافسة يرتبها تنظيم الصفقات العمومية، فهي

موضوعه أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام، وكل هذا ضمانا للمساواة في المعاملة وحرية دخول المترشحين لإبرام صفقة عمومية⁽⁵⁾.

هذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة ، عند الإقتضاء."

وبذلك فإن مبدأ الإعلان عن المنافسة قد ورد النص عليه بصيغة الإلزام، و يتضح ذلك بفرض المشرع اللجوء للإشهار بنشر إعلان طلب العروض بأشكاله المختلفة دون إجراء التراضي، حتى يفتح فرصة المنافسة أمام جميع المترشحين ويجسد مبدأ المساواة بينهم .

ألزم المشرع الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد وجوبا وفقا للطرق المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وقد اشترط المشرع الإعلان عن الرغبة في التعاقد عن طريق الإشهار الصحفي وجوبا سواء كانت طريقة التعاقد طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا أو طلب العروض المحدود أو المسابقة أو التراضي بعد الاستشارة عند الإقتضاء⁽⁶⁾، فالمادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام نصت على أنه يحزر الإعلان باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما أدرج المشرع في الفقرة 2 من المادة 65 أنه يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة. فالنص على إمكانية النشر لا يسمح لمقدمي العروض من معرفة مكانتهم بالنسبة للفائز بالعرض، فهذا الأمر لا يضمن لعملية الإبرام كل الشفافية اللازمة وينتج عن هذا تحريف لمسار حرية الوصول للطلبات العمومية، وبالتالي فتح المجال لممارسات غير نزيهة.

ضف إلى ذلك، إلزامية تقديم المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 158 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بداية كل سنة مالية قائمة بكل الصفقات المبرمة خلال السنة المالية السابقة وكذا المستفيدين منها والبرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الانطلاق فيها خلال السنة المعنية مع إمكانية التعديل أثناء نفس السنة مع إجبارية نشر المعلومات المذكورة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة، وتعفى من هذا الإجراء الصفقات العمومية التي تكتسي طابعا خصوصيا لا يمكن نشرها.

Selon le principe de publicité, tout marché public doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective, l'acheteur public doit ainsi publier: Les programmes prévisionnels des achats et leur mise à jour; les avis des appels d'offres; les résultats des appels d'offres; les extraits des procès verbaux des séances d'examen des offres; et les rapports d'achèvement de l'exécution des marchés.

الفرع الأول : إلزامية إجراء النشر الصحفي و التأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية:

يعتبر الإشهار الصحفي وفق هذا النحو إجراء شكليا جوهريا، تلزم الإدارة بمراعاته سواء كانت طريقة التعاقد طلب العروض المفتوح أو طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا أو طلب العروض المحدود أو المسابقة أو التراضي بعد الاستشارة عند الإقتضاء⁽⁷⁾، ونظرا لأهمية الإعلان لكون أن طلب العروض لا يتم إلا به وأن التعاقد لا يتم كقاعدة عامة إلا بإتباع أسلوب طلب العروض بما يؤدي إلى نتيجة مفادها أن لا تعاقد حاصل دون إعلان، فقد فصل المشرع في قواعد الإعلان وهذا بموجب المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ففرض ما يلي:

1. تحرير إعلان طلب العروض باللغة الوطنية، أو بلغة أجنبية.
2. أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.
3. أن ينشر الإعلان على سبيل الجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP"⁽⁸⁾

ومن الملاحظ أنه لم يتم الإشارة إلى طريقة النشر الإلكتروني في هذه المادة رغم أهميتها من الناحية العملية وانتشارها في كثير من الدول كوسيلة فعالة للإعلان "La dématérialisation des marchés publics "

لقد تم التأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 247-15 وذلك من خلال المادة 203 التي تنص على أنه تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كل فيما يخصه.

أما تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية فقد نصت عليه المادة 204 بالصيغة التالية : "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية حسب الجدول الزمني المذكور سابقا.

كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكيف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية، وهو ما من شأنه إضفاء شفافية عالية على القطاع، كما يساهم بشكل فعال في التسريع من وتيرة سير إجراءات الإبرام.

إن وجود نصوص كهذه في تنظيم الصفقات العمومية، إنما يدلّ على مسابرة المشرع للتطور التكنولوجي الحديث.

الملاحظة التي يمكن إبدائها في هذا الشأن أن الإعلان الإلكتروني غير ملزم للمصالح المتعاقدة عكس الإعلان الصحفي والإعلان في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي، ويتضح ذلك من استعمال المشرع لكلمة "يمكن" في المادة 204 من المرسوم الرئاسي الأخير رقم 15-247 في الفقرة الثالثة منه أن كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكيف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية، إلا أن هناك إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، أمام ما تشهده من تطور رهيب في هذا المجال، فالرد العادي يضمن سرية أكثر و ثقة في نفوس المتعهدين إذ يفرض وجود ظرف تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ولا يفتح إلا في جلسة علنية، ضف إلى ذلك عدم تكوين الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويننا مؤهلا في هذا المجال، و في المقابل عدم اهتمام وعلم المرشحين والمتعهدين بالصفقات العمومية إمكانية الرد على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية .

وزيادة على ما تم ذكره، فالمتعهدين في الصفقات العمومية لا تطلب منهم الوثائق التي يمكن للمصلحة المتعاقدة طلبها بطريقة إلكترونية.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة، إختيار أحسن عرض من حيث الامتيازات الإقتصادية في حالة صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية للجوء:

* لإجراء المزاد الإلكتروني العكسي بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي.

* للفهارس الإلكترونية للمتعهدين في إطار نظام اقتناء دائم تنفيذاً لعقد برنامج أو عقد طلبات وهذا حسب المادة 206 منه.

و لقد سبق التأكيد على نزع الصفة المادية " La dématérialisation des marchés publics " في القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وطريقة تبادل المعلومات إلكترونياً بين المتعاملين الإقتصاديين والمصالح المتعاقدة ؛ الذي جاء لتفعيل نص المادة 173 من المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236.

فموجب هذا القرار تتكفل البوابة عموماً بنشر النصوص التشريعية والتنظيمية والإستشارات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية وقائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين والمقصيين من المشاركة في الصفقات وكذا البرامج التقديرية لمشاريع المصالح المتعاقدة و قوائم الصفقات المبرمة والمؤسسات المستفيدة منها. كما تنشر تقارير المصالح المتعاقدة المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية وقائمة المؤسسات التي سحبت منها شهادة التصنيف و الكفاءة و الأرقام الاستدلالية للأسعار.

و تقوم البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية - التي تهدف إلى السماح بنشر و مبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وإبرام الصفقات العمومية بطريقة إلكترونية - بتسجيل المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين فيها و أيضاً تسيير تبادل المعلومات بين الطرفين.

و في هذا الإطار ينص القرار الوزاري على أن يصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية في إطار احترام سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية و سريتها عن طريق نظام ترميز الوثائق مع إلزامية تتبع و تعقب تبادل المعلومات.

و يكون تبادل الوثائق إلكترونياً بين المصالح المتعاقدة و المتعاملين الإقتصاديين متعلقاً أساساً بدفاتر الشروط ونماذج التصريح بالاكنتاب والإعلانات عن المناقصات والمنح المؤقتة للصفقات العمومية أو إلغائها بالنسبة للمصالح المتعاقدة والتصريح بالاكنتاب والتعهد بالاستثمار والعروض التقنية والمالية بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين.

وفي هذا الخصوص يتوجب على المصالح المتعاقدة عند الإعلان عن وثائق المنافسة بالطريقة الإلكترونية أن تحدد عنوان تحميل الوثائق في الإعلان الصحفي حيث يمكن للمتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية الرد على إعلانات المنافسة إلكترونياً مع إمكانية إيداع نسخة بديلة من العرض على حامل مادي ورقي أو إلكتروني في الآجال القانونية.

و لا يتم فتح النسخة البديلة إلا إذا كان العرض المرسل بالطريقة الالكترونية يحمل فيروسا أو لم يصل في الآجال القانونية أو لم يتمكن من فتحه.

ويتم نشر إعلانات طلبات العروض والدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة في البوابة الإلكترونية في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد.

الفرع الثاني: مضمون الإعلان:

يشترط تنظيم الصفقات العمومية أن يتضمن الإعلان بيانات إلزامية حددها وضبطها في نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وتتمثل هذه البيانات الإلزامية في ما يلي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها و رقم تعريفها الجبائي ،
- كيفية طلب العروض،
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
- موضوع العملية،
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،
- مدة صلاحية العروض،
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر،
- تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " ومراجع طلب العروض،
- ثمن الوثائق عند الإقتضاء.

بفرضه لهذه البيانات في كل إعلان طلب العروض أيا كان شكله، يكون المشرع قد كفل للمعنيين حرية المشاركة والإطلاع على جميع المعلومات والوثائق التي تسمح بتجسيد مبدأ حرية الولوج للصفقات العمومية في ظل الشفافية والمساواة بين المتنافسين.

إذا بادرت الإدارة المعنية لنشر إعلان طلب العروض بالكيفية المذكورة سلفا تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد، وهذا من باب إضفاء الشفافية والوضوح على قواعد المنافسة بين مختلف العارضين⁽⁹⁾.

قد فرض المشرع بموجب المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تزويد المترشحين بكل المعلومات الدقيقة خاصة فيما تعلق بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة و المواصفات التقنية المطلوبة، والمقاييس التي يجب توفرها في المنتجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم والضمانات المالية والوثائق

المطلوبة، واللغة الواجب استعمالها في تقديم التعهدات وكيفيات التسديد، الأجل المحدد لتحضير العروض و تاريخ إيداع العروض و شكلية الحجية المعتمدة فيه والعنوان الدقيق و آخر أجل لتقديم العروض، كل هذه المعلومات تسمح بتقديم عروض في أحسن الظروف باحترام مبدأ المنافسة وحرية اللوج للمعلومة ضمانا لشفافية إجراءات إبرام الصفقة.

يترتب عن إلزامية الإعلان بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم إحترامها الأشكال الجوهرية هو بطلان طلب العروض برمته، وهو ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي حينما حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون وهي اللصق على اللوحات المعدة لذلك⁽¹⁰⁾ ولا يترتب البطلان إلا إذا تمت مخالفة إحدى الأشكال الجوهرية المقررة أساسا لمصلحة الأفراد كضمان قانوني لفائدتهم، أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث خطأ في الأرقام أو الأخطاء الحسابية التي من السهل أن ينتبه إليها المترشح⁽¹¹⁾.

و بهذا يتعين على الإدارة في حالة تقديم التوضيحات والبيانات إلى أي متنافس بطلب من هذا الأخير، تمكين بقية المتنافسين الآخرين (الذين سحبوا ملفاتهم)، من نفس البيانات والتوضيحات في نفس اليوم وحسب نفس الشروط ونفس وسيلة التبليغ، وذلك بواسطة إحدى الطرق القانونية للتبليغ في هذا المجال.

ينطبق نفس الوضع بالنسبة لتنظيم زيارة إلى المواقع، فالمحاضر المعدة بشأنها، وبالنظر لما تحتويه من بيانات توضيحية، يتعين تبليغها إلى جميع المتنافسين المعنيين بالأمر، بالتساوي فيما بينهم، وكذا إلى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

المطلب الثاني: إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية

يتم التطرق في هذا الفرع إلى الإجراءات السابقة للمنح المؤقت و إلى إجراء إرساء الصفقة.

الفرع الأول: الإجراءات السابقة للمنح المؤقت:

بعد مرحلة الإعلان عن طلب العروض، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أية مؤسسة أو مترشح يسمح لهما بتقديم العروض، كل الوثائق المتعلقة بالصفقة مع إمكانية إرسالها إلى المترشح الذي يطلبها، وبعد إطلاعهم على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتهم من أجل الظفر بالصفقة.

أولاً- تقديم العروض:

تعرف العطاءات بأنها العروض المالية والتقنية التي يقدمها المرشحين في الصفقة وفقا للمواصفات المطروحة في دفتر الشروط، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة (12).

لقد منحت السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في إختيار الأجل الذي يناسبها، لكن بشرط مراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات وهذا ما نصت عليه المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد هذا الأجل المحدد لإيداع العروض إذا إقتضت الظروف ذلك، مع ضرورة إخطار المترشحين بكل الوسائل.

تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة، عندما يكون مطلوباً، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية . ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط، قبل تسليمه للمتعهدين.

ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض . وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي.

في حالة الإجراءات المحدودة، يحدد أجل تحضير الترشيحات وتاريخ وآخر ساعة لإيداع الترشيحات وتاريخ وساعة فتح أظرفة ملفات الترشيحات، حسب الشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

ثانياً- الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء:

إضافة إلى عنصر الآجال، يجب أن تقدم العروض طبقا لدفتر الشروط والمواصفات التي تحددها المصلحة المتعاقدة سلفا وترد هذه الشروط عادة في دفاتر تسمى بدفاتر الشروط (Les cahiers des charges).

إن المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن طلب العروض تقوم بإعداد الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، لذا يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر الشروط بدقة تحقيقاً لمبدأ شفافية الإجراءات، ويتم إعداده حتى بالنسبة لصفقات التراضي.

إن مشاريع دفاتر الشروط تخضع لدراسة لجنة الصفقات المختصة قبل إعلان طلب العروض.

ما يلاحظ على أحكام هذا المرسوم هو إحساس المشرع بأهمية وخطورة دفاتر الشروط باعتبارها أول حلقة من حلقات إبرام الصفقات العمومية وصلاحيات هذه الخطوة يؤدي إلى صلاح المراحل اللاحقة، خاصة وأن دفتر الشروط هو المرآة العاكسة التي تتضمن موضوع الطلب ومدى جديته.

دفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها.

وفقاً للمادة 26 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإن دفاتر الشروط، المحينة دورياً توضح الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية، وهي تشمل، على الخصوص، ما يأتي:

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

الفرع الثاني: المنح المؤقت و إرساء الصفقة:

إن المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الاختيار والبت النهائي في العروض، إذ يجب عليها التقيد في هذه المرحلة بجملة من الضوابط و الثوابت تحددها سلفاً و تعلن عنها، عملاً بأحكام المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام التي تنص على ما يلي: " يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة و غير تمييزية، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة . ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

1 / إما إلى عدة معايير، من بينها :

- النوعية،

- آجال التنفيذ أو التسليم،

- السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال،
 - الطابع الجمالي والوظيفي ،
 - النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين و النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،
 - القيمة التقنية،
 - الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية ،
 - شروط التمويل، عند الاقتضاء، وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية.
- ويمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.
- 2/ إما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك.

لا يمكن أن تكون قدرات المؤسسة موضوع معيار إختيار . وتطبق نفس القاعدة على المناولة. يمكن أن تكون الوسائل البشرية والمادية الموضوعة تحت تصرف المشروع موضوع معايير إختيار. في إطار الصفقات العمومية للدراسات، يستند إختيار المتعاملين المتعاقدين أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات".

كما يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية، مهما يكن إجراء الإبرام المختار، متلائما مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته و هذا حسب المادة 79 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

كل هذا يفيد وجوب تخصيص المصلحة المتعاقدة للصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة، ولن يتأتى ذلك إلا بالتأكد من قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية حتى يكون إختيارها لهم سديداً. ولقد تم إدراج لأول مرة إجراء المنح المؤقت للصفقة في المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بعد إتمام إجراءات فحص العروض وانتقائها وإختيار أفضل متعهد فيصدر قرار منح مؤقت لهذه الصفقة التي رست عليه في انتظار إتمام إجراءات التصديق والاعتماد والرقابة الخارجية عن طريق عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة وهذا ليكرس أكثر مبدأ الشفافية.

فحسب المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة. وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا.

و تعزيزا لطرق الطعن التي هي دعامة لدولة الحق و القانون جاء المرسوم الرئاسي الجديد رقم-247
15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ليرتقي بتنظيم الصفقات العمومية و ذلك
بترسيخ قيم الشفافية وتعزيز آليات المنافسة خاصة في المادة 82 منه التي نصت على أنه يجب على
المصلحة المتعاقدة، للسماح للمتعهدين ممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة،
أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة
العمومية مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي عند الإقتضاء وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم
التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة.

ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في
النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ
القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 منه .

كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المترشحين والمتعهدين
الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الإتصال بمصالحها
في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج
كتابيا.

إن إدخال العمل بإجراء المنح المؤقت يترتب عنه حقوق للمترشحين للصفقة مثل الحق في الطعن
ومعارضة قرار المنح و هذا ما نصت عليه المادة 82 المذكورة سالفاً.

كما أدرج في الفقرة 2 من المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه يتم الإعلان عن
المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد
السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة، و بذلك يكون قد أضفى على إبرام
الصفقات شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتاً بالصفقة مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط لتمكين
المتنافسين الآخرين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات العمومية بالرغم أن بعض الجهات تعتبر إجراء
المنح المؤقت وجهاً آخر للبيروقراطية⁽¹³⁾، باعتباره لا يعدو أن يكون اختياراً مؤقتاً من قبل المصلحة
المتعاقدة ولا يكون نهائياً إلا بعد صدور قرار اعتماده من الجهة المختصة، حيث أن قرار إرساء الصفقة على
أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليس إلا إجراء تمهيدياً، أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى
لاحقة وتختص بها هيئة أخرى لذا تعد هذه المرحلة أهم مراحل الصفقة من الناحية القانونية⁽¹⁴⁾.

المبحث الثاني : مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

يقضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين أن لا تنطوي معايير إختيار العروض على طابع تمييزي، وبالتالي فهو يعد ضمانا للمنافسة الحرة في الصفقات العمومية، وهو بذلك التزام المصلحة المتعاقدة بعدم القيام بأي فعل من شأنه التمييز بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة طلب العروض الذي تم طرحه (15)، إذ تلتزم الإدارة بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا بـ:

- شروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقات العمومية (16).

- ومعايير إرساء الصفقة كآليات لتقديم العروض (17).

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية بما يضفي الشفافية على عملية الإبرام، ويمتد ليشمل الحالة التي تستشير فيها المصلحة المتعاقدة المتعهدين، حيث لا يتمكن الغير من معرفة العرض الذي تقدم به أي طرف، كما لا يجوز تسريب المعلومات الإمتيازية بغرض تقديم عروض مقبولة سواء تم ذلك من قبل أعضاء لجنة فتح الأظرفة و تقييمها أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالصفقات.

* ومن تطبيقات هذا المبدأ ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد:

1- إلزام المؤسسات العمومية الإقتصادية و كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية مهما كان وضعها القانوني باحترام مبدأ المساواة:

ومن أجل ذلك ألزم المشرع الجزائري في المادة 9 و 11 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كل من المؤسسات العمومية الإقتصادية و كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموال عمومية بأي شكل كان، ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة.

2- يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة ، إستنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/ أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية . ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد وهذا وفقا للفقرة الرابعة من المادة 27.

3- استناد المصلحة المتعاقدة عند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومنتاسبة مع مداها و هذا حسب المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

4- يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها حسب نص المادة 78 ، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة . ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية .

5- تمكين الإدارة المترشحين من الحصول على الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقة على قدم المساواة وهذا ما نصت عليه المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام : " تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط و الوثائق المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، و يمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها" .

يجب أن تتضمن هذه الوثائق كل المعلومات المتعلقة بالصفقة وهذا حسب نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 " -يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لا سيما ما يأتي:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر ذلك.

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية، حسب الحال،

- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين،

- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها،

- كفاءات التسديد،

- كل الكفاءات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة ،

- الأجل الممنوح لتحضير العروض،

- أجل صلاحية العروض،

- آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه،

- ساعة فتح الأظرفة،

- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات.

6- يعتبر أجل تحضير العروض من بين النقاط المؤثرة على المنافسة، والذي نصت عليه المادة 66 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنصها على أنه " ومهما يكن من أمر فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين ".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري استعمل الآجال المحددة لتحضير العروض كمعيار لتفعيل المنافسة وجلب اهتمام أكبر عدد من المشاركين للترشح للصفقة المعلن عنها من قبل المصلحة المتعاقدة. كما أن هذه الآجال يجب أن تسمح بما يلي:

* تكريس منافسة حقيقية و شريفة،

* الحصول على عروض كثيرة و متنوعة،

* تأمين نجاعة الطلبات العمومية،

* ضمان ترشيد النفقات العمومية.

7- حسب المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 و ضمانا لتطبيق مبدأ المساواة في معالجة و تقييم عروض المرشحين قد تقترح لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت . و يجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

ما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة . وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية. وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.

رغم أهمية هذا المبدأ إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات احتيالية من طرف موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملون الاقتصاديون على السواء، ما جعل مجال الصفقات العمومية مجالا خصبا لجرائم الرشوة والمحاباة رغم السعي الحثيث للمشرع الجزائري للتصدي لها و مكافحتها عبر مختلف التعديلات التي مست تنظيم الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الحوصلة العامة:

إن إصلاح نظام الصفقات العمومية يندرج في إطار مواكبة الإدارة العمومية للتغيرات الجارية باعتبار أن متطلبات التحديث وحسن الحكامة والانفتاح الإقتصادي يقتضي التوفر على نظام للصفقات يأخذ بعين الاعتبار ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الإدارة والقطاع الخاص في إطار شراكة متوازنة يتوخى منها إنجاز أعمال بجودة عالية وبكلفة مناسبة.

في هذا الصدد نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على أنه: « لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم ».

إن التسيير الراشد للصفقات العمومية يتطلب أساسا إضافة إلى تكريس المبدأ الأساسي للمنافسة مبادئ أخرى تعزز هذا الأخير و هي:

- عدم التمييز.
 - المساواة.
 - النزاهة والشفافية وهذا يعتبر معيارا حقيقيا لشفافية المناخ الاستثماري.
 - النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة.
 - حماية البيئة.
- و تجدر الإشارة إلى أن لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض من أهم الأدوات القانونية لتحقيق ذلك، كونها تتشكل من **موظفين** مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم ، حيث تعمل هذه اللجنة على تحليل العروض على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- فهي تقوم طبقا لهذا الأخير بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وأجال الإنجاز و البيئة و التنمية المستدامة والشفافية و المساواة، و بهذا تعتبر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض آلية من آليات حماية المنافسة و بالتالي نجاعة الطلب العمومي.

الهوامش :

^{1/} AOUADIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUAR Rachid, Gestion active des marchés publics, I. S. G. P, Alger, avril 2003, p 2.

^{2/} الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 27 جوان 1967.

^{3/} BENNADJI Cherif, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse pour le doctorat d'Etat ،université d'Alger, 1991.

^{4/} محمد أحمد عبد النعيم ، المرجع السابق ، ص 78 و ما يليها.

^{5/} ALFONSO Jean , « La notion de marché public » , revue du conseil d'Etat numéro 03-2003, p 59.

^{6/} المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، السالف الذكر.

^{7/} المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، السالف الذكر.

^{8/} أنظر المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 12/05/1984 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي .

^{9/} بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 116 .

^{10/} الطماوي سليمان محمد ، ، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، مصر، 1991، ص249 .

^{11/} محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 992، ص10.

^{12/} الجبوري محمود خلف ، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 1988 ، ص57 .

^{13/} لباد ناصر، مرجع سابق، ص415 .

^{14/} الجبوري محمود خلف، مرجع سابق، ص63 .

^{15/} BOY.L, La Concurrence et les Marchés Publics, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, soutenue le 19 novembre 1999, p: 93.

^{16/} Op.cit, pp: 96-103.

^{17/} Op.cit, pp: 104-108.

مخطط المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلب العمومي.

المبادئ الأساسية لضمان نجاعة الطلب العمومي (المادة 5)

مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:

ومن تطبيقات هذا المبدأ ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد:

- 1- إلزام المؤسسات العمومية الإقتصادية وكل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية مهما كان وضعها القانوني بإحترام مبدأ المساواة (المادة 9 و المادة 11).
- 2- يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، إستنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية . ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل إقتصادي محدد وهذا وفقا للفقرة الرابعة من المادة 27.
- 3- إستناد المصلحة المتعاقدة عند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها وهذا حسب المادة 54 .
- 4- يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها حسب نص المادة 78، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية.
- 5- تمكين الإدارة المترشحين من الحصول على الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقة على قدم المساواة وهذا ما نصت عليه المادة 63.
- 6- يعتبر أجل تحضير العروض من بين النقاط المؤثرة على المنافسة، والذي نصت عليه المادة 66 الفقرة 04 منها على أنه " ومهما يكن من أمر فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين".
- 7- حسب المادة 72 و ضمانا لتطبيق مبدأ المساواة في معالجة وتقييم عروض المرشحين قد تقترح لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت . ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية أي قاعدة الإشهار والإعلان المادة 65.

- الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت بإختيار حائز الصفقة.

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.

- إعتداد معايير موضوعية و دقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

- إلزامية إجراء النشر الصحفي و التأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية وفقا للمادة 203 و المادة 204.

- إلزامية تقديم المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 158 بداية كل سنة مالية قائمة بكل الصفقات المبرمة خلال السنة المالية السابقة وكذا المستفيدين منها والبرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الإنطلاق فيها خلال السنة المعنية مع إجبارية نشر المعلومات المذكورة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة.

عملية إبرام الصفقات العمومية تقوم على حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المتنافسين ضمانا لشفافية الإجراءات

المركز الجامعي مرسلني عبد الله - تيبازة

مداخلة بعنوان: مبدأ حرية المنافسة كضمانة لحماية المال العام عند إبرام الصفقات العمومية

الدكتور زيدان عبد النور أستاذ محاضر قسم " ب "

مقدمة:

بعدما تبنت الجزائر نظام الاقتصاد الحر المبني على حرية التجارة والصناعة والاستثمار، وذلك من أجل زيادة الفعالية الاقتصادية وتطوير مناخ الأعمال والاقتصاد الوطني على الخصوص، فقد اعتبرت هذه الحرية مبدأ دستوريا لا يمكن الحياد عنه تحقيقا للصالح العام عموما.

وغني عن البيان أن المال العام يشكل مبتغا لكل متعامل اقتصادي (وطني أو أجنبي) في الاستفادة منه نظرا لضخامته وضخامة المشروعات التي يتناولها.

وفي سبيل تنمية واستثمار وإدارة المال العام، وضع المشرع سبيلا لذلك لتنفيذ مشاريع الدولة وجماعاتها المحلية وجميع المؤسسات العمومية ذات الصلة، عن طريق قانون الصفقات العمومية الذي تضمن طرقا وأساسا قانونية وتنظيمية وجب اتباعها من أجل ذلك الغرض.

ولعل في مبدأ حرية المنافسة ضمانة قانونية تسمح بحماية المال العام وترشيد إنفاقه من خلال آليات تتجسد من خلالها الشفافية والنزاهة في إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية.

لأجل ذلك، اعتبر المشرع المنافسة المشروعة حق ومبدأ في إبرام الصفقات العمومية في جميع مراحلها، فإلى أي مدى تعتبر ضمانة كافية لحماية المال العام في إبرام الصفقات العمومية؟

لذلك سوف نحاول الإجابة على هذا التساؤل من خلال عرض النقاط التالية.

أولا: مبدأ حرية المنافسة

لما انتهجت الجزائر نهج اقتصاد السوق الحر من منطلق قانون المنافسة سنة 1995 فقد أرست بذلك قواعد المنافسة الحرة، فأكد دستور 1996 مبدأ حرية التجارة والصناعة أحد أهم مبادئ المنافسة. وفي تعديل 2016 للدستور نصت المادة 48 منه على: " حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية

الاقتصادية الوطنية. تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.¹

فمبدأ حرية المنافسة يقتضي فتح السوق أمام كل شخص لممارسة المنافسة في سوق معينة أو قطاع نشاط معين، وهذا المبدأ يرتكز على دعامتين أساسيتين هما: مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ حرية الأسعار.

وحرية المنافسة تقتضي الممارسة الفعلية لمختلف الأنشطة الاقتصادية في مفهوم قانون المنافسة. وقد حمى المشرع بموجب قانون المنافسة المنافسة ذاتها، من خلال تحديد شروط ممارستها في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة لها من أجل زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين¹.

ومعلوم أن المنافسة نزعة فطرية ندعوا إلى بذل الجهد في سبيل التفوق، وهي الكفاح بين الأقران والنظر من أجل الحصول ونيل المنافع، وفي القرآن الكريم بعدما التصوير القرآني للنعمة التي يلقاها المؤمنون، حثهم سبحانه وتعالى على عمل الخير حتى ينالوها، وفي ذلك ورد في الآية الكريمة: " ختامه مسك وفي ذلك فليتنافس المتنافسون "².

وفي الاصطلاح تعرّف المنافسة عند فقهاء القانون على أنها: " التنافس بين عدة متعاملين اقتصاديين في نفس السوق بغية الوصول إلى الزبائن قصد إشباع حاجاتهم من المنتجات والخدمات". كما تم تعريفها على أنها: " طريقة للتنظيم الاجتماعي حيث تؤدي مبادرة الأعوان الاقتصاديين غير الممركزة إلى ضمان الفعالية المثلى في تخصيص الموارد النادرة للمجموعة". وهذا التعريف أقره مجلس المنافسة الفرنسي، وهو تعريف جامع وواسع له نظرة شاملة للمنافسة يحقق معها أهدافها البعيدة ضمن مجالات واسعة تتعلق أساسا بالتنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدولة، وتعتبر منهاجا لإحداث التوازن الضروري والفعال لاستغلال الموارد وعناصر الإنتاج العائدة للمجموعة وتأمينها والمحافظة عليها من أي تبذير أو تضييع³.

ومن خلال هذا تعمل المنافسة على تحقيق الكفاءة الاقتصادية التي تعني توفير السلع والخدمات بأقل الأسعار وبأفضل نوعية والبحث الدائم والمتواصل عن فرص للتمييز والتفوق للمتنافسين من الاستفادة من مختلف عروض الصفقات العمومية، والتي سوف تؤدي في نهاية المطاف إلى زيادة الفعالية الإنتاجية وتحسين القدرة التنافسية للمتعاملين الاقتصاديين، مما يسمح بتسيير المال العام أحسن تسيير بالحصول على أفضل العروض بأخفض الأثمان.

ولتحقيق هاته الغاية يجب أن تكون المنافسة الأصل العام دائما والطريق الغالب في إبرام الصفقات العمومية، مما يتطلب تشجيعها وتنميتها وتوسيعها لمختلف القطاعات الاقتصادية، ومحاربة الأساليب والممارسات التي تقيدتها وتحد من فعاليتها ومفعولها.

ثانيا: الصفقات العمومية أحد مواضيع قانون المنافسة

الدارس لأحكام قانون المنافسة يلاحظ أنه إلى زمن قريب لم تكن الصفقات العمومية أحد مواضيع قانون المنافسة بشكل واضح وصريح ضمن نصوصه القانونية، لأنه إثر تعديل قانون المنافسة بموجب القانون رقم 05/10 المؤرخ في 2010/08/15 تم تعديل نص المادة الثانية منه لتصبح تنص على أنه: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: ... الصفقات العمومية بدءا من تاريخ نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. غير أنه، لا يجب أن يعيق تطبيق هذه الأحكام، أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية."

وبالتالي أضحت الصفقات العمومية بجميع مراحلها تخضع لأحكام قانون المنافسة وهي أحد مجالاته من حيث الموضوع، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد صارت الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مخاطبة بأحكام قانون المنافسة عندما تباشر أعمال المصلحة المتعاقدة في إطار الصفقات العمومية أو ممارسة أي نشاط خاضع لأحكام قانون المنافسة، فتعد المصلحة المتعاقدة مجال لتطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص حسب نص المادة 3 من قانون المنافسة.

أما من حيث الممارسات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية فقد نص المشرع في المادة 6 من قانون المنافسة على أن السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة للمنافسة يعتبر ممارسة محظورة بمفهوم قانون المنافسة.

كما أن قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16) نص ضمن أحكام مواده على مبدأ المنافسة في الاستفادة من عروض الصفقات العمومية، انطلاقا من نص المادة 39 منه التي أرست قاعدة عامة في كيفية إبرام الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض، أين يتم تلقي العروض المختلفة من متعاملين اقتصاديين متنافسين بطبيعة الحال أيهم تمنح له الصفقة.

كما أكدت المادة 40 منه كذلك، على أن طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، وفيما يخص طلب العروض المحدودة أكدت

المادة 3/45 منه على أن المصلحة المتعاقدة تنفذ الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة بخصوص الدراسات أو العمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة⁴.

ومنه يتضح جليا أن المشرع الجزائري اعتمد وكّرّس مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية كقاعدة عامة عليها استثناء يقضي فيها هذا المبدأ خدمة للمصلحة العامة في حالات استثنائية فقط.

فقد قيد القانون الإدارة كأصل في إبرام الصفقات العمومية فأجبرها على إقامة المنافسة عن طريق إجراء المناقصة للوصول إلى الحصول على أفضل العروض بأقل العروض وأقل الأثمان.

وفي ذات السياق سار المشرع في العقاب وسياسة مكافحة الفساد من خلال القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فقد نص على أنه: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ".

كما أن هذا القانون أرسى حكما مهما في المادة 6 منه فيما يخص إلزام المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي اللجوء إلى طريق الصفقات العمومية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية. وهو بهذا النص ألزم الشركات العمومية الخاضعة لأحكام القانون التجاري لإبرام تلك العقود وفقا لقانون الصفقات العمومية⁵، وبالتالي تخضع في هذه الحالة إلى أحكام قانون المنافسة.

غير أن هذا القانون استثنى إبرام هذه العقود من مبدأ المنافسة عندما يتعلق الأمر بإجراء التراضي كما نصت عليه المادة 41 منه على أنه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...".

وبهذا فإن الصفقات العمومية انطلقا من إعدادها إلى إبرامها ثم تنفيذها، وعلى العموم في جميع مراحلها، تعتبر بلا نزاع أحد المواضيع التي تخضع للمنافسة الحرة كأصل، وهذا انطلقا من فكرة حماية المال العام.

ثالثا: دور مبدأ حرية المنافسة في حماية المال العام

إن إبرام الصفقات العمومية تفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للمال العام، وتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وفي الوقت ذاته المحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق كل هذا جعلت المنافسة كمبدأ لتقادي التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية ، وأيضا لدفع المتعامل مع الإدارة لتوفير أفضل النوعيات بأفضل الأثمان⁶، وبالتالي نصل لنتيجة ترضي الطرفين، وتحقق المصلحة العامة الأساسية وهي حماية المال العام بكيفية تحقق مصالح الطرفين ولا غبن فيها.

وبذلك تتحقق المنافسة من خلال توفر شروط أساسية تتمثل في غياب آثار التسلط والسيطرة، ثم تجانس المواد وفي الأخير حرية المشاركة وانتشار الإعلام⁷.

فقد جاء قانون الصفقات العمومية من أجل إرساء سياسة حكيمة لإبرام الصفقات العمومية بغرض ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الجيد للمال العام، فأوجب احترام مبادئ حرية الحصول على الطلبية العمومية والمساواة في التعامل بين المكتتبين وشفافية مراحل الإبرام⁸.

فالتواطؤ في طلبات العروض التي تطرحها المصلحة المتعاقدة هو طريقة المتنافسين للتآمر على رفع الأسعار في حالة زيادة الطلب على السلعة أو الخدمة، حيث يتم الاتفاق على اقتسام العروض أو تقاسم فوائدها وأرباحها، وذلك من خلال الاتفاقات أو الاتفاقيات التي من شأنها التأثير على السير الطبيعي لعروض الصفقات العمومية بمختلف صيغها⁹.

والحقيقة أن مجرد طرح طلبات العروض هو تأكيد على إذكاء وتعزيز المنافسة في الصفقات العمومية، مما يستلزم معه ضرورة التقيد بأحكام المنافسة في السوق، من خلال قانون العرض والطلب، وكل إخلال بهذه القواعد يترتب عنه إخلال بالمنافسة الحرة لاسيما عند إبرام اتفاقات تهدف إلى تحديد وتعيين من سيستفيد من المنح النهائي للصفقة بصفة مسبقة¹⁰....

من أجل ذلك، كان لمبدأ حرية المنافسة دور مهم جد في حماية ورقابة المال العام عند إبرام الصفقات العمومية، وتقادي انعدام المنافسة أو الإخلال بها أو تقييدها أو حتى نفيها تماما. وذلك من خلال الحصول على عدة متعاملين اقتصاديين متنافسين، وتلقي أكبر قد ممكن من العروض التنافسية التي من خلالها تستطيع المصلحة المتعاقدة من اقتناء أفضل العروض بأقل الأثمان المعروضة، أما إذا كان طريق إبرام الصفقات العمومية خال من هذا الإجراء، فإنه لا يحصل التنافس ولا يمكن الحصول على أكثر من عرض،

وبالتالي تنعدم المنافسة ويمكن أن يؤثر ذلك سلبا في حماية المال العام، من خلال التعاقد مع شخص قد تغيب فيه المصلحة العامة من جانب عدم وجود سعر منافس أو عرض جيد.

وبالتالي فإن مبدأ حرية المنافسة يعتبر ضامنة كافية إن تم الالتزام بجميع أحكامه ومقتضياته بكل نزاهة وبكل شفافية وأمانة، لحماية وحسن تسيير وإدارة المال العام. هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن ما قرره المشرع ضمن أحكام قانون الممارسات التجارية ما يضمن احترام مبدأ شفافية ونزاهة كل ممارسة تجارية ومن بينها عرض وإبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، باعتبارها ممارسات تخضع في أحكامها العامة لهذا القانون، وفيها بحق ضمانة لمبدأ حرية المنافسة بطريقة مباشرة أيضا¹¹.

هذا وإن في الأحكام العقابية والجزائية التي وضعها المشرع عموما ضمانة كافية للالتزام بأحكام المنافسة الحرة والنزيهة في حماية المال العام، فقد نص في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنه: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ". فهذه النصوص دعائم كافية حتى ينتج مبدأ حرية المنافسة دوره في الوصول لتلك الحماية المبتغاة من تقرير أحكامه في مجال الصفقات العمومية.

خاتمة:

في الأخير يمكن القول أن مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، أحد المبادئ والحقوق التي كفلها الدستور ويحميها القانون، لأن المنافسة حرة من الحريات الاقتصادية وتعني حق الدخول إلى السوق أو ممارسة حرية العرض دونما قيود بما حاصله حظر تكوين عوائق لدخول منافسين إلى سوق معينة أو إقصاء منافسين من سوق معينة. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن مجال الصفقات العمومية انطلاقا من موضوعاتها المتعلقة بالمال العام، التي يسعى المشرع بكل ما من شأنه حمايته وصيانته وتسييره تسييرا جيدا، فإن مبدأ حرية المنافسة كأحد أهم المبادئ التي بها نصل إلى تحقيق تلك الغايات العظيمة، يمكن القول بحق أنه يعتبر ضمانة مهمة جدا من خلالها يتم الوصول لتحقيق تلك الأهداف النبيلة لا سيما عند تكريسه في ذلك المجال على نطاق واسع وفي جميع الحالات والمراحل بنصوص قانونية آمرة، وتعزيزه بنصوص قانونية رادعة في المجال الجزائي عند كل إخلال له.

ففتح المجال للمنافسة في هذه العقود يكرس المبدأ المذكور، ويساعد في ضمان حماية المال العام من خلال بسط المجال لأكبر عدد ممكن من المتنافسين لتقديم أفضل العروض وأجودها وبأقل الأثمان لإنجاز المشاريع ذات النفع العام من تمويل المال العام.

غير أن تدخل الدولة خدمة للمصلحة العامة التي تستدعي وتقتضي-في أحيان قليلة لا يجب توسيع نطاقها- المساس به وتقييده من قبل السلطات العامة إلى درجة تتعدم فيها المنافسة، وهو الأمر الذي يجب تفاديه بقدر الإمكان وإلى أقصى الدرجات حتى لا تختلط المصلحة الشخصية وتزول اعتبارات المنافسة المشروعة لحماية المال العام في صفقات المصلحة المتعاقدة.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم.
- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- د. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي- الجزائر. بلا طبعة، سنة 2010.
- د. علال طحطاح، التزامات العون الاقتصادي في ظل قانون الممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1- كلية الحقوق، نوقشت سنة 2014.
- باطلي غنية، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 12.
- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بلا طبعة، سنة 2004.
- شمسية عبد الكريم الكفاوي، التنظيم القانوني للمنافسة التجارية في القانون الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مؤتة- الأردن، سنة 2005.

الهوامش:

- 1- وهذا ما نصت عليه المادة 1 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم- الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 2003.
- 2- الآية 26 من سورة المطففين.
- 3- د. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي- الجزائر. بلا طبعة، سنة 2010. ص 8.
- 4- جاءت العديد من نصوص المرسوم الرئاسي 247/15 تتضمن بصريح العبارة تبني المشرع لأحكام مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية من بينها نص المادة 72 و 74 و 80 و 82 وغيرها. وهذا دليل على وجوب التقيد بأحكام حرية المنافسة في إبرام تلك الصفقات والاستفادة منها حسب ما تقتضيه المنافسة الحرة والنزيهة.
- 5- باطلي غنية، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 12، ص 246.
- 6- قدوح حماسة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2004، بلا طبعة، ص 5.
- 7- نفس المرجع، ص 5.
- 8- باطلي غنية، المرجع السابق، ص 345.
- 9- شمسية عبد الكريم الكفاوي، التنظيم القانوني للمنافسة التجارية في القانون الأردني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، جامعة مؤتة- الأردن، سنة 2005، ص 26.
- 10- نفس المرجع.
- 11- لقد أرسى المشرع الجزائري قواعد قانونية تنظم وتحكم الممارسات التجارية بموجب القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، فتضمن مبدئين مهمين هما مبدأ شفافية الممارسات التجارية ومبدأ نزاهة الممارسات التجارية، وكل خرق لأحكام هذين المبدئين أو أحدهما يترتب عنه حتما خرق أحكام المنافسة الحرة. وهذه القواعد كانت في الأصل منصوص عنها ضمن أحكام قانون المنافسة لسنة 1995 ثم تم تعديل هذا القانون فأضحت أحكام الباب الرابع منه وبعض أحكام الباب الخامس قانون قائم بذته هو المذكور آنفا. ولتفصيل أكثر أنظر- د. علال طحطاح، التزامات العون الاقتصادي في ظل قانون الممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1- كلية الحقوق، نوقشت سنة 2014، ص 2 وما بعدها.

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان المداخلة: قراءة في مدى فعالية تعديلات قانون الصفقات العمومية وفق أحكام المرسوم الرئاسي

247-15

أستاذ محاضر قسم أ بن ورزق هشام

مقدمة

تلعب العقود التي تبرمها الإدارة دورا هاما في تحقيق أهداف المصلحة العامة، ذلك أن تلبية احتياجات المرفق العام قد تستلزم نوع من التعاون بين الإدارة والقطاع الخاص، بشكل لا يصلح معه الطابع الالزامي والانفرادي للقرار، مما يفرض اللجوء إلى أسلوب التعاقد. كما أن الاستفادة من خدمات الشركات الأجنبية يفرض ضرورة التعاقد معها، فلا يمكن الاستفادة من خدماتها عن طريق القرار، لأنها غير ملزمة باحترام ذلك القرار. (1)

فضلا عن أن إحترام مبدأ الحرية الفردية يستوجب أكثر أسلوب التعاقد وبيئته عن أسلوب القرار قدر الإمكان، فقد اتجهت مفاهيم التسيير الحديث إلى تطبيق طرق ومناهج القطاع الخاص على الإدارة العامة، مما يعني تشجيع الإدارة العامة للعمل بآليات التعاقد. (2)

ووفق هذا السياق ونظرا للأهمية المتزايدة للعقود الإدارية والتي من بين أشهرها الصفقات العمومية، أحاط القانون عملية إبرامها وعقدها بالعديد من القيود والإجراءات، وذلك بغرض حماية المال العام، وضمان مبدأ المساواة وتمكين الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها.

ويعد التنظيم القانوني للصفقات العمومية أداة أساسية لأجل مراقبة إنفاق المال العام، ذلك أن الالتزامات المالية المترتبة على الإدارة في الصفقات العمومية تنفذ من خزينة الدولة وتكلفتها عادة مبالغ ضخمة، مما يحتم على المشرع وضع إجراءات صارمة لضمان إنفاق الأموال العمومية للمصلحة العامة والتقليل من الفساد، لكن ذلك قد يؤدي تعقيد الإجراءات لإبرام الصفقات العمومية إلى قلة الاستثمار مما ينتج عنه تعطيل المشاريع التنموية.

ولهذا فإن تنظيم الصفقات العمومية لا بد أن يراعي تحقيق هدفين يبدو أنهما متناقضين ظاهريا، فمن جهة لا بد من الحفاظ على المال العام والحصول على أفضل خدمة بأقل ثمن، ومن جهة أخرى لا بد من

مراعاة تشجيع الاستثمار وعدم عرقلة المشاريع، ومن هنا تبرز الصعوبة في وضع قانون ينظم الصفقات العمومية ويراعي كل هذه الاعتبارات.

لذلك عرف النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر تطورات عديدة، كانت في كل مرة تبحث عن التوازن المطلوب بين حماية المال العام من جهة وتسهيل نشاط المتعاملين الاقتصاديين من جهة أخرى، كان آخرها المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ألغى المرسوم الرئاسي 10-136 وجاء بأحكام جديدة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العمومي.

ووفق هذا السياق تطرح هذه المداخلة إشكالية: ما مدى فعالية التعديلات التي أدرجها المرسوم الرئاسي 15-247 في تجسيد المبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية؟

ونحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال بحث عناصر الخطة التالية:

أولا/ تعليق على الجوانب الشكلية للمرسوم الرئاسي 15-247

01/ صدور أحكام الصفقات العمومية بموجب مرسوم رئاسي

02/ الأسلوب اللغوي للمرسوم الرئاسي غامض وغير مباشر

03/ الأسلوب اللغوي للمرسوم الرئاسي غامض وغير مباشر

ثانيا/ قراءة في الأحكام الموضوعية لقانون الصفقات العمومية الجديد

01/ اغفال المرسوم الجديد إدراج المبادئ الحديثة لتنظيم الصفقات العمومية

02/ ضبط طرق إبرام الصفقات العمومية بشكل أفضل

03/ تنظيم أحسن للرقابة الخارجية القبلية

أولا/ تعليق على الجوانب الشكلية للمرسوم الرئاسي 15-247

يعد التنظيم القانوني للصفقات العمومية أداة أساسية لمراقبة إنفاق المال العام، لذلك يتم في كل مرة تعديل النصوص المنظمة للصفقات أو إلغائها تماما، بحثا عن الفعالية والنجاعة وتماشيا مع المستجدات. وقد عرف النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر تطورات عديدة، ابتداء بصدور الأمر رقم 67-90،⁽³⁾ ثم المرسوم رقم 82-145،⁽⁴⁾ وصولا إلى المرسوم التنفيذي رقم 91-434،⁽⁵⁾ ثم المرسوم الرئاسي 02-250،⁽⁶⁾ والمعدل بالمرسوم الرئاسي 10-136،⁽⁷⁾ ثم المرسوم الرئاسي 13-03،⁽⁸⁾ وأخيرا المرسوم الرئاسي 15-247،⁽⁹⁾ الذي ألغى المرسوم الرئاسي 10-136 وجاء بأحكام جديدة في تنظيم الصفقات العمومية وكذا تفويض المرفق العمومي.

ويمكن تقديم مجموعة من الملاحظات حول شكل وصياغة المرسوم الرئاسي 15-245 وفق ما يلي:

01/ صدور أحكام الصفقات العمومية بموجب مرسوم رئاسي: استنادا إلى المادة 125 من الدستور، وبعد الإشارة إلى 42 نص قانوني وتنظيمي:

تتضمن أحكام الصفقات العمومية قواعد قانونية بالمعنى الموضوعي، لذلك تعتمد بعض الدول إلى إصدارها بقانون (التشريع المصري مثلا)

كما أضاف المرسوم في باب تفويضات المرفق العام أحكام جديدة لتفويض المرافق زيادة على المنصوص عليها في عديد القوانين: مثل قانون البلدية 10-11، قانون الولاية 07-12، فهل يعدل المرسوم الرئاسي القانون!؟

02/ تقسيم معيب للأبواب والفصول بالمرسوم الرئاسي

أ/ قسم المرسوم الرئاسي 15-247 إلى خمسة أبواب :

* أحكام تطبيق على الصفقات العمومية (المواد 1-206) 206 مادة

* الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام (المواد 207-210) 4 مواد

* التكوين في الصفقات العمومية (المواد 211-212) مادتين

والملاحظ أن محتوى هذا الباب يدخل في أحكام الصفقات فلماذا لا توضع مع الباب الأول؟

* سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والاحصاء الاقتصادي... مادتين

* حكام مختلفة وانتقالية (المواد 215-220) 6 مواد

ب/ ترتيب المواد والفصول بشكل يفتقر إلى معيار محدد مثلا:

* وضع المادة 4 ضمن القسم الأول المخصص للتعريف ومجال التطبيق قبل المادة 5 التي تبين هدف تنظيم الصفقات.

* تحدد المادة 28 قاعدة إجازة الصفقات العمومية وهي من بين الأحكام التمهيديّة، لكننا نجدتها في قسم : شكل وموضوع الصفقات...

* بدأت أحكام المرسوم بذكر الاستثناءات على تطبيق إجراءات الصفقات (المواد 7-12) ثم تضع القاعدة في المادة 13 تحت عنوان القسم الفرعي : الإجراءات المكيفة وهذا العنوان غير مفهوم .

03/ الأسلوب اللغوي للمرسوم الرئاسي غامض وغير مباشر

وردت بالمرسوم الرئاسي عديد الأخطاء في الترجمة: مثلا بالمواد 3، 12، 23 ترجمة خاطئة، فبدل الحاجيات نص المرسوم على الخدمات.

كما استعمل المرسوم الرئاسي لغة غير مباشرة تصعب الفهم، فمثلا:

- جاءت صياغة المادة 13 " كل صفقة...، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة... " الصياغة بمفهوم المخالفة.
- تحديد مستويات اختصاص لجان الرقابة الخارجية: الصياغة بمفهوم المخالفة. (المادتين 173، 184)

ثانيا/ قراءة في الأحكام الموضوعية لقانون الصفقات العمومية الجديد

يمكن تقديم مجموعة من الملاحظات حول موضوع المرسوم الرئاسي 15-247 وفق ما يلي:

01/ اغفال المرسوم الجديد المبادئ الحديثة لتنظيم الصفقات العمومية

يعد التنظيم القانوني للصفقات العمومية أداة أساسية لأجل مراقبة إنفاق المال العام، حيث تقيد حرية الإدارة في إبرامها للصفقة العمومية وفي اختيار المتعاقد معها لأنواع شتى من الإجراءات من أجل ضمان ترشيد النفقات العامة، ومن أجل ضمان نجاعة الطلبات العمومية وضمان حسن استعمال المال العام بني المرسوم الرئاسي 15-247 وفق ما نصت عليه المادة الخامسة منه على مبادئ:

* حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

* المساواة في معاملة المترشحين

* شفافية الإجراءات

لكن المرسوم الرئاسي أغفل متابعة التطورات الحادثة في التشريعات المقارنة، مثلا أضاف التشريع التونسي،⁽¹⁰⁾ والمغربي⁽¹¹⁾ والفرنسي مبادئ جديدة: مثل خضوع إبرام الصفقات العمومية لقواعد الحكامة الجيدة، واحترام البيئة وأهداف التنمية المستدامة.⁽¹²⁾

02/ ضبط طرق إبرام الصفقات العمومية بشكل أفضل

جاء في المرسوم الرئاسي 15-247 بتوضيح أن طلب العروض يعد قاعدة الإبرام والتراضي الاستثناء. وحذف نمط المزايدات لعدم تناسبه مع مفهوم الصفقات، وكذا توحيد لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض في لجنة واحدة، تسهيلا للإجراءات.

كما قام بإلزام الإدارات العمومية بتكوين أعوانها في مجال الصفقات العمومية.

03/ تنظيم أحسن للرقابة الخارجية القبلية

حدد المرسوم الرئاسي 15-247 مجموعة من اللجان التي تتكفل بممارسة الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة، وحدد تشكيلة كل هذه اللجان واختصاصاتها إما حسب معيار موضوعي أو معيار مالي، حيث تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستويات أدنى من اختصاص اللجنة القطاعية، التي تختص هي كذلك بصفقات المصالح المركزية وبصفقات جميع المصالح المتعاقدة التي تتجاوز عتبة مالية محددة. ويمكن تقسيم هذه اللجان إلى لجان تنشأ على المستوى المركزي أو الجهوي ولجان ذات بعد إقليمي محلي.

وقد جاءت مجموعة من النصوص الجديدة في مجال الرقابة في قانون الصفقات العمومية حيث تم:

- إلغاء اللجان الوطنية وتحويل صلاحياتها إلى اللجان القطاعية مع ضبط أفضل، ونص المرسوم الرئاسي 15-247 على إحداث لدى كل دائرة وزاوية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حالات معينة، كما تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستويات مالية أقل من مستويات اختصاص اللجنة القطاعية. وقد أحال قانون الصفقات العمومية على النظام الداخلي لتحديد كيفية ممارسة الرقابة على صفقات العمومية لمجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني وفق القواعد التي يسنها لكل منهما.

- إنشاء لجان جهوية بالنسبة للهيئات ذات البعد الجهوي، وتتشكل هذه اللجنة من الوزير المعني أو ممثله رئيسا للجنة، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الإقتضاء، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

وتختص اللجنة الجهوية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون ضد المنح المؤقت لصفقات هذه المصالح، وفق مستويات القيم المالية حسب نص المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 كالتالي:

* دفتر شروط أو صفقة أشغال يساوي أو يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار (1.000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، يتجاوز أو يقل عن نسبة 10 بالمئة من المبلغ الأصلي للصفقة.

* دفتر شروط أو صفقة لوازم يساوي أو يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، يتجاوز أو يقل عن نسبة 10 بالمئة من المبلغ الأصلي للصفقة.

* دفتر شروط أو صفقة خدمات يساوي أو يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار (200.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، يتجاوز أو يقل عن نسبة 10 بالمئة من المبلغ الأصلي للصفقة.

* دفتر شروط أو صفقة دراسات يساوي أو يقل مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار (100.000.000 دج)، وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة، يتجاوز أو يقل عن نسبة 10 بالمئة من المبلغ الأصلي للصفقة.

ويجب الإشارة إلى أن تجاوز دفتر شروط أو الصفقات القيم المالية المحددة يمنح الإختصاص للجنة القطاعية ويخرج عن رقابة اللجنة الجهوية.

-وضع لجان على المستوى الإقليمي.

- تحديد اختصاص اللجان الرقابية على أساس المعيار العضوي والمعيار المالي.

الهوامش:

(1) - محمد عبد الواحد الحميلي، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998. ص ص. 03-04.

(2) - Dreyfus Françoise, (la nouvelle gestion publique : nouvel instrument du clientélisme ?), droit publique, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1997, p.97.

(3) - الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 52 المؤرخة في 27 يونيو 1967.

(4) - المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 15 المؤرخة في 13 أبريل 1982.

(5) - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 57 المؤرخة في 13 نوفمبر 1991.

(6) - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 52 المؤرخة في 28 يوليو 2002.

(7) - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 58 المؤرخة في 7 أكتوبر 2010.

- (8) - المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 02 المؤرخة في 13 يناير 2013.
- (9) - المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- (10) - الأمر 1039-214 المؤرخ في 13 مارس 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية، العدد 22، ص.629.
- (11) - مرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 20 مارس 2013 يتعلق بالصفقات العمومية، المملكة المغربية، والمعدل والمتمم بالمرسوم 2.13.656 صادر في 19 أغسطس 2013، المملكة المغربية.
- (12) - يضيف التشريع الفرنسي للصفقات العمومية عبارة توجيهات الاتحاد الأوروبي.

جامعة أمحمد بوقرة-بومرداس- كلية الحقوق

عنوان المداخلة: عقد التفويض تجسيد للشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص الأستاذة: زوية سميرة

مقدمة:

تنشئ الدولة و تسير المرفق العام، و لما كانت الدولة هي مصدر إنشاء المرافق العامة عن طريق القوانين و التنظيمات فانه من المفروض أنها هي المسيرة لها. لكن هذه المرافق العامة و هذا النوع من التسيير أثبت عجزه و بحثه عن المردودية الاجتماعية فقط مما أثقل كاهل الدولة خاصة مع تعدد أوجه تدخلها و تزايد النفقات⁽¹⁾.

لذا أصبحت مشاركة القطاع الخاص في تمويل و تشغيل المشروعات العامة أو المرافق العامة أمرا هاما في الوقت الحاضر و ذلك لاعتبارات تجارية ، مالية، و فنية و إدارية. هذه المشاركة أصبحت أمرا واقعا في العديد من المشروعات التأسيسية في أي دولة. فكان على الدولة إيجاد طرق بديلة تتلاءم مع الاختيارات الإيديولوجية (المستعملة في النظام الليبرالي) كخصوصية المرافق و عقود تفويض المرفق بصفة عامة، طرق و إن اختلفت أشكالها إلا أنها تقوم على فكرة موحدة هي تفعيل دور الخواص في عملية التنمية و الارتقاء بدورهم من الدور المنفذ للسياسات الاقتصادية إلى دور الشرك الاقتصادي⁽²⁾.

و كنتيجة للأهمية التي أصبحت تكتسيها الشراكة بين القطاع العمومي و القطاع الخاص و حاجتها إلى ضوابط قانونية واضحة توفر الحماية الضرورية لمصالح الطرف العمومي (المفوض) و الطرف الشريك (المفوض له) و الطرف المستفيد (المرتفق). نص المشرع الجزائري على تقنية التفويض في المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ينظم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.⁽³⁾ و عليه ستمحور مداخلتني حول تحديد مفهوم عقد تفويض المرفق العام، و التحديات التي يواجهها مثل هذا النمط في التسيير.

المبحث الأول: مفهوم تفويض المرفق العام

المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العام و الأسس التي يقوم عليها

أولا : تعريف تفويض المرفق العام

تعتبر الخدمة العمومية في تعريفها الشمولي نشاطا تزاوله السلطة العمومية بكيفية مباشرة (الدولة، الجماعة المحلية) أو سلطة أخرى تقع تحت مراقبتها و في هذه الحالة نتحدث عن خدمة عمومية

مفوضة، بهدف تلبية حاجة ذات مصلحة عامة للمرفق العمومي، من حيث اللوجية و الجودة و السعر الملائم، و من حيث حماية مصالح المستهلكين.

ويعرف عقد تفويض المرفق العام بأنه العقد الذي يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطا بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق. كما يمكن أن يعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت و اكتساب أموال ضرورية للمرفق⁽⁴⁾. فعرفه المشرع الجزائري في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، و ذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف و يتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية من استغلال المرفق العام.

و تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية .

و بهذه الصفة، يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام.

تحدد كفيات تطبيق أحكام هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي".

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع لم يحدد صفة المفوض له، فهل يقتصر الأمر على الشخص المعنوي الخاص فقط . يبقى الأمر مطروح الى غاية صدور المرسوم التنفيذي، بالإضافة إلى ضرورة تحديد طبيعة المرافق العامة القابلة للتفويض.

ثانيا: الأسس التي يقوم عليها تفويض المرفق العام

وفق التشريعات المقارنة التي صدرت بصدد تفويض المرفق العام فان هذا الأخير يشترط لتحقيقه توفر مجموعة من الشروط التي من دونها لا نكون أمام تفويض للمرفق العام . و يتعلق الشرط الأول بموضوع التفويض ، إذ يجب أن ينصب التفويض على مرفق عام، أما الشرط الثاني فيوجب أن يتم التفويض من خلال علاقة تعاقدية بين الجهة العامة صاحبة التفويض و بين المفوض له، و يلزم الشرط الثالث أخيرا أن تتضمن عملية التفويض استغلال المرفق العام و أن يرتبط المقابل المالي للمفوض إليه بنتائج الاستغلال.

1-المرافق العامة القابلة للتفويض:

يجب أن يكون النشاط الذي يتم تفويضه مرفقا عاما، و من المعلوم أن الأنشطة التي تتولاها الإدارة أو يمكن أن تعهد للغير بتحقيقها ليست كلها مرافق عامة.

فالمرفق العام يقوم على عنصرين يتمثل العنصر الأول بكون النشاط يشكل مشروعا عاما يخضع لإشراف الدولة، أما العنصر الثاني فيتمثل باستهداف هذا النشاط تحقيق النفع العام. و إذا كان العنصر

الأول للمرفق العام لا يثير صعوبة في صدد تحديد كون النشاط يشكل مرفقا عاما. فان العنصر الثاني ألا و هو عنصر استهداف النفع العام قد تثير عملية تحديده صعوبة في بعض الحالات. لأن فكرة النفع العام ليست بالفكرة الجامدة و الثابتة و إنما تتسم بالمرونة.

فهي تتغير بتغير الزمان و المكان، و تتأثر بالأفكار السائدة في المجتمع. فحيث يوجد نص في التشريع أو النظام المتعلق بالمشروع يحدد صفته أو طبيعته بأنه مرفق عام ، فان غالبية الفقهاء يرون أن هذا النص يزيل كل صعوبة و يوفر جهد البحث عن معيار لتحديد طبيعة النشاط الذي يمارسه المشروع.(5)

فلا يتحقق تفويض المرفق العام إلا في حال شكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما، و بشرط أن يكون المرفق العام قابلا للتفويض إذ توجد مجموعة من المرافق السيادية التي لا يجوز تفويضها .

وتشكل المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري الجزء الأكبر من المرافق العامة موضوع التفويض، على اعتبار أن الطبيعة الاقتصادية لهذه المرافق تساهم بصورة كلية أو جزئية في تمويل المرافق العامة من قبل المستفيد من خدماته. و يمكن تطبيق تقنية التفويض على المرافق العامة ذات الطابع الإداري، حيث أكد مجلس الدولة الفرنسي في رأي استشاري على إمكانية تفويض إدارة المرافق العامة الإدارية و ليس فقط المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري(6).

و هناك من يرى عكس ذلك ،فلا يتصور أن تعهد الإدارة إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق إداري لما في ذلك من خطورة تمتد أثارها إلى المنتفعين، كما أن المرافق العامة الإدارية عادة لا تستدرج في نشاطها القطاع الخاص بحكم عدم استهدافها الربح الذي هو المعيار المحرك لهذا القطاع. رغم أن هناك من يرى أن محل عقد التفويض الإداري لا يقتصر فقط على المرافق العامة الاستثمارية، بل يستعمل أيضا في المرافق العامة الإدارية مثل امتياز الطرق، النقل المدرسي، امتياز المستشفيات(7).

2- وجود علاقة تعاقدية :

للعلاقة القائمة بين صاحب التفويض و المفوض له طبيعة تعاقدية. فمانح التفويض هو شخص عام يمكن أن يكون الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة . و المفوض له هو شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا. و يطلب من الأخير إدارة و استغلال المرفق العام موضوع العقد.

أما بالنسبة لطبيعة عقود تفويض المرفق العام فإنها تعد عقود إدارية، لتوفرها على الشروط التي تتطلبها هذا النوع من العقود، فأحد أطراف عقود التفويض و هو الجهة التي تمنح التفويض لابد من أن يكون جهة إدارية، لتوفرها على الشروط التي تتطلبها هذا النوع من العقود، كما أن الموضوع الذي تنصب عليه عقود التفويض يتضمن تنفيذ مرفق عام، و أخيرا فان هذه العقود تخول مانح التفويض امتيازات السلطة.، و بذلك تكون عقود تفويض المرفق العام مستوفية للشروط المطلوبة لاكتساب الصفة الإدارية.

3- استغلال المرفق و الارتباط بين المقابل المالي و نتائج الاستغلال

يشترط لقيام تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام بأن يقوم المفوض له بتشغيل المرفق العام و استغلاله متحملا المخاطر المترتبة على ذلك. و هذا الشرط ليس بالفكرة الجديدة و إنما ارتبطت بنشوء عقود امتياز المرفق العام.

إن اشتراط ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال لا يعني أن يرتبط هذا المقابل بالكامل بنتائج الاستغلال و إنما يمكننا أن نتصور أن يشمل المقابل للمتعاقد على أكثر من مصدر بعضها يرتبط بنتائج الاستغلال و البعض الآخر يكون بصورة ثمن يحصل عليه المتعاقد من الإدارة أو من مصادر أخرى.

و يتولى المفوض له تشغيل المرفق العام و استغلاله، و يقتضي عليه أن يتحمل مخاطر التشغيل. و إذا اقتصر دور المفوض له على إدارة المرفق دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية، فلا نكون بصدد عقد تفويض المرفق العام. كأن يتولى الشخص الخاص إدارة المرفق العام لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلال المرفق، كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في المرفق، فلا تعد هذه العقود تفويض مرفق عام.

و يتولى المفوض له استغلال المرفق العام على نفقته، و يلقي على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، و في بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام. و يقابل ذلك حصول صاحب التفويض على التعريفات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات المرفق العام، أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة. (8).

المطلب الثاني: صور تفويض المرفق العام

إن التطور في تسيير و إدارة المرافق العمومية في الجزائر قد أدى نوعا ما إلى الانتقال من التسيير المباشر إلى التسيير غير المباشر، من خلال اعتماد لعدة أساليب أخرى تتماشى و الطبيعة الاقتصادية و الاجتماعية للمجتمع، مما أدى ذلك إلى الوصول بوجود ما يعرف بالمردودية النسبية لهذه المرافق، من خلال تحقيق حاجيات المواطن البسيط خاصة بعد الانفتاح على السوق و العولمة، و التي ضربت بجذورها في أعماق الاقتصاد، مما أدى بالضرورة إلى التخلي عن بعض الأساليب كالتسيير المباشر للمرافق العمومية، إلا بعض المرافق العمومية ذات الخصوصية، إذ لا تستطيع الدولة أن تتخلى عنها.

تتعدد أنواع عقود تفويض المرفق العام حسب مساهمة المفوض له في إنشاء المرفق و استغلاله، و حجم المخاطر التي يتحملها و نطاق السيطرة و الرقابة التي تمارسها الجهة مانحة التفويض على المرفق، لذا فإن فكرة التفويض لا تكون بدرجة واحدة بالنسبة لأنواع عقود تفويض المرفق العام جميعه. فنصت المادة 210 من المرسوم 15-247 على صور عقد التفويض من امتياز، إيجار، الوكالة المحفزة، التسيير و سنركز على أهم صور عقد التفويض.

1- عقد امتياز المرفق العام

يعد عقد امتياز المرفق العام من أهم تطبيقات عقود تفويض المرفق العام ، و قد احتل هذا النوع من أساليب مشاركة القطاع الخاص دورا بارزا منذ فترة مبكرة في تشييد و تسيير كثير من المرافق العامة و لاسيما مرافق البنية التحتية.

ويعرف على أنه عقد أو اتفاق تكلف الإدارة العامة المانحة سواء كانت الدولة أو الجماعات المحلية بموجبه شخصا طبيعيا أو شخص معنوي من القانون العام ، أو من القانون الخاص (شركة) يسمى صاحب الامتياز بتسيير مرفق عمومي لمدة محددة ، و يقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عماله و أمواله و متحملا المسؤولية الناجمة عن ذلك. و في المقابل يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد، يدفعه المنفعين الذين استفادوا من خدمات هذا المرفق.

2- عقد الإيجار

هذا الأسلوب استعمل في الجزائر خاصة على مستوى الجماعات المحلية، بحيث يجيز قانون البلدية كراء أملاكها و لاسيما منها المنشآت و التجهيزات و ذلك عن طريق إجراء المزايدة مثل كراء الأسواق، كراء حقوق الوقوف، كراء المسالخ البلدية.

المبحث الثاني: التحديات التي يواجهها تفويض المرفق العام

تشكل عقود تفويض المرفق العام عقودا إدارية، تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها هذه العقود، و التي تتميز بالعلاقات غير المتساوية بين المفوض له و الشخص العام مانح التفويض، فيتمتع الأخير بامتيازات السلطة العامة التي تجد مصدرها في موضوع العقد الذي يرتبط بتنفيذ مهمة مرفق عام، و هذه المهمة تبرر استخدام أساليب خاصة بهدف تأمين احترام المبادئ التي تخضع لها المرافق العامة.

المطلب الأول: احترام المبادئ التي تخضع لها المرافق العامة

يستهدف المرفق العام تحقيق النفع العام أو أداء خدمة عامة، فالغرض من إنشائه هو إشباع حاجة عامة للأفراد، فمن غير المتصور وجود مرفق عام إذ لم ينطوي نشاطه على منفعة عامة، و يستهدف المرفق العام دوما و في جميع الأحوال تحقيق النفع العام. لهذا كان من الضروري احترام المبادئ الضابطة لسير أو عمل المرفق العام (ضمان استمرارية سير المرافق العامة بانتظام و اطراد، المساواة أمام المرافق العامة، مسايرة المرافق العامة للتغيير و التعديل وفقا لمقتضيات المصلحة العامة المتغيرة).

و يذكر أن هذه المبادئ إنما تميز المرفق العام بوضوح تام على المشروع الخاص، و اقتضتها طبيعة الأشياء و أملاها الهدف الذي تسعى إليه المرافق العامة و الاعتبارات العملية و العدالة الاجتماعية قبل كل شيء. فنصت المادة 209 من المرسوم 15-247 على: ".....و زيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه ، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية و المساواة و قابلية التكيف."

أولاً: مبدأ استمرارية المرفق

تتطلب الأهمية التي تكتسبها المرافق العمومية في الحياة اليومية للمرتفقين تحقيق مبدأ الاستمرارية، ذلك أن احترام هذا المبدأ تفرض أن تعمل المرافق العمومية بكيفية مستمرة و منتظمة.

فينبغي أن يعمل كل مرفق عمومي بصورة منتظمة و دون توقف خارج ما هو منصوص عليها في القوانين الجاري بها العمل، و بحسب حاجيات المرتفقين و انتظاراتهم.

ففي هذه المرحلة التي تعرف تطورا متسارعا للحاجيات و التكنولوجيات، تقتضي الاستمرارية، أيضا إجراء العديد من التعديلات يستلزم ملاءمة هذه المرافق مع الحاجيات و التطورات.

يستهدف المرفق العام تحقيق النفع العام أو أداء خدمة عامة، فمن غير المتصور وجود مرفق عام إذ لم ينطوي نشاطه على منفعة عامة، و يستهدف المرفق العام دوما و في جميع الأحوال تحقيق النفع العام.

فنصت المادة 3 من القانون 02-01 المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة قنوات ،: "يعتبر توزيع الغاز و الكهرباء نشاطا للمرفق العام و تهدف مهمة المرفق العام إلى ما يلي: تمويل الزبائن غير المؤهلين في أحسن شروط الإنصاف في المعاملة و الاستمرارية"⁽⁹⁾

ونصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 03-232: ".....يجب أن تساهم أهداف المرفق العمومي للمواصلات السلوكية و اللاسلوكية بما يلي: ديمومة تقديم الخدمات العمومية...."⁽¹⁰⁾

ثانياً: مبدأ المساواة

يؤسس مبدأ المساواة الذي يجب أن تخضع له المرافق العمومية، دولة الحق، و هو يهم في المقام الأول ولوج المواطنين المرتفقين إلى المرافق العمومية ، كما يهم في المقام الثاني اشتغال هذه المرافق. و يفرض هذا المبدأ ألا يكون هناك أي تمييز بين المرتفقين، فينبغي أن يستفيد كل واحد من المرافق العمومية.

إن المساواة أمام المرفق العمومي و المساواة في الولوج حاسمان إذن و يحددان في تحقيق ما يطبق عليه "مهمة المرفق العمومي". غير أن هذه المساواة في الولوج و في المعاملة لا تمنع من التمييز بين أساليب العمل تبعا لتتوع وضيعيات و حاجيات المرتفقين، و ذلك بهدف القضاء على الفوارق الاقتصادية و الاجتماعية.

ويقوم هذا المبدأ على أساس التزام الجهات القائمة على إدارة المرافق بأن تؤدي خدماتها لكل من يطلبها من الجمهور ممن تتوفر فيهم شروط الاستفادة منها دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين ، أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي.

لقد اهتم المشرع الجزائري بهذا المبدأ و كرسه في جميع الدساتير الجزائرية من دستور 1963 إلى غاية دستور 1996 مع آخر تعديل لسنة 2016. فنصت المادة 32 على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام

القانون. و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرف، أو الجنس، أو الرأي ، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي."

ثالثا: مبدأ قابلية المرافق العامة للتكيف:

ليس من المصلحة العامة في شيء أن تبقى المرافق العامة تقدم خدماتها بالطرق التقليدية التي بدأت بها و أن تحافظ على تنظيمها القانوني كما هو ، بل على العكس من ذلك فالإدارة العامة متجددة و متطورة تواكب كل جديد. و بمقتضى هذه القاعدة التي قررها القضاء الإداري تتمكن جهة الإدارة من إجراء التغييرات و التعديلات على أوضاع المرافق العامة و طرق إدارتها و شروط الانتفاع من خدمات هذا المرفق.

لقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال عدة نصوص نذكر المرسوم رقم 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الإدارة و المواطن، حيث تنص المادة 6 منه : " تسهر الإدارة دوما على تكيف مهامها و هياكلها مع احتياجات المواطنين و يجب أن تضع تحت تصرف المواطنين خدمة جيدة".⁽¹¹⁾

المطلب الثاني: السلطات التي تتمتع بها السلطة مانحة التفويض

تتمتع الإدارة في عقود تفويض المرفق العام بالسلطات التقليدية التي تحوزها في عقودها الإدارية، و هذه السلطات ثابتة لها في هذا النوع من العقود⁽¹²⁾. فلم تعد الإدارة هي الفاعل ، بل أصبحت هي المراقب، فالمرفق يفوض لفاعل خارجي .

فالإدارة مانحة التفويض لها سلطات استثنائية تفرضها كشخص من أشخاص القانون العام، و طبيعة العقد فضلا عن محله و غرضه، حماية لفئة المنتفعين و ضمانا لاستمرار السير الحسن للمرفق العام. و إشباعا للحاجة الملحة لتحقيق المنفعة العامة. و هي حاجة تفر بموجبية استخدام الوسائل القانونية للقانون العام، فمتطلبات هذه المنفعة تسمح للأشخاص العامة استعمال بعض السلطات بصفة انفرادية في مواجهة المتعاقد معها، و التي تكون محظورة في القانون الخاص.

أولا: حق الرقابة و التوجيه

يقصد بسلطة الرقابة ، التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه. و تسمح للإدارة بالسهر على حسن تنفيذ العقد ، و تتم حسب الأشكال المحددة في دفتر الشروط، في حين يفهم من سلطة التوجيه أن الإدارة تقوم بإصدار التعليمات للملتزم بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عنها.

و بما أن المفوض له يقوم بإدارة مرفق عام فانه لا يمكن أن يترك و شأنه يديره كما يشاء في حرية مطلقة ، إنما لا بد أن يخضع في ذلك لإشراف الإدارة حتى تتأكد أن المرفق العام دائما في حدود الغرض الذي يستهدفه أصلا، و هو إشباع حاجة جماعية لا يستطيع النشاط الفردي أن يشبعها في كفاية تامة.

فلا يعتبر لجوء الإدارة المكلفة بإدارة المرافق العامة إلى الغير للقيام به نيابة عنها تنازلا منها أو تخليا عن المرفق العام، فليس من شأن الطريقة المعتمدة أن يؤثر على طبيعة المرفق ، أو أن يزيل دور الدولة في الرقابة والإشراف و تحمل المسؤولية، بل تبقى ضامنة و مسؤولة قبل الأفراد عن إدارته و استغلاله.

والإدارة طرفا في العقد بصفتها سلطة عامة من واجبها ضمان سير المرافق العامة و استغلالها و إدارتها، و الذي يتحقق من خلال ما لها من حق الإشراف و الرقابة و التدخل وفق مقتضيات المصلحة العامة، حتى و لو كانت متناقضة مع دفتر الشروط، و حتى في غياب نص قانوني، و هي حقوق لا يمكن للإدارة التنازل عنها، كما لا يمكن للمفوض له الاحتجاج بإخلالها للشروط العقدية كونها تناول نظاما قانونيا خاصا متعلقا بمرفق عام.

ثانيا: حق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقد دون التوقف على إرادة الملتزم

من المسلم به أنه تملك جهة الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها في العقود الإدارية سلطات لا يملكها المتعاقد في نطاق علاقات القانون الخاص، و هي سلطات ترتد إلى فكرة المرفق العام و ما يقتضيه سيره و انتظامه ، ثابتة للجهة الإدارية حتى و إن لم ينص عليها العقد.

ويمكن أن ينصب التعديل على أحد العناصر التالية:

- حجم أو نوعية الخدمات المنفق عليها، -شروط التنفيذ المتفق عليها،-مدة التنفيذ.

إن فكرة استمرار المرفق العام و قابليته للتغيير تفرض دائما حدوث تغيير في ظروف العقد و ملابساته و طرق تنفيذه، دون أن يحتج على ذلك بقاعدة "الحق المكتسب"، أو قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" يتعين على الإدارة عند ممارسة سلطة التعديل أن تكون متوخية صالح المرفق لا مضايقة المفوض له أو إحلال غيره محله بشروط أكثر نفعا لها، ما دام المفوض له قائما بتنفيذ التزاماته على وجه مرض.

ثالثا: حق توقيع الجزاءات على المفوض له

إن كان المبدأ العام في تنفيذ العقود هو "حسن النية" حيث يلقي على عاتق المتعاقدين عدم الإخلال بالتزاماتهما واجبا مشتركا، فضلا عن ضرورة الحفاظ على سير المرافق العامة، فإن الإخلال بأي جزء تعاقدي في عقد التفويض الإداري تتولد عنه جزاءات شديدة لا تستهدف فقط إعادة التوازن بين التزامات الطرفين. إنما التنفيذ الضروري للالتزام بدقة ، و خلافا لما هو معمول به في القانون الخاص فإن تنفيذ الجزاءات على المفوض له لا يستلزم اللجوء إلى القضاء، إنما منح كسلطة للإدارة المانحة للتفويض تمارسها إذا ما قصر المفوض له في تنفيذ التزاماته سواء بالامتناع أو التأخر في التنفيذ، أو التنفيذ غير المرضي، أو إحلال غيره في التنفيذ ، و ذلك تحت رقابة القضاء.

وتملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات بنفسها عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء مسبقا، و دون الحاجة إلى إثبات حدوث ضرر معين، حيث أن هذا الأخير يفترض وقوعه كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته.

ويختلف هدف الجزاءات التي توقعها السلطة الإدارية على المفوض له عن هدف الجزاءات التي تطبق على العقد المدني التي تستهدف إصلاح الأخطاء التعاقدية و تعويض المتعاقد، بالتالي إعادة التوازن إلى الالتزامات المتبادلة التي تنشأ بين الطرفين ، و من ثمة لا يوجد في الجزاءات المدنية معنى العقوبة، أما

في عقد الامتياز الإداري تستهدف فضلا عن ذلك ضمان سير المرافق العامة التي يخدمها العقد بانتظام و اطراد. (13)

وتملك السلطة المانحة إنهاء عقد التفويض بإرادتها المنفردة خارج إطار العقوبات التي تفرضها على المفوض له، و ذلك بدافع تحقيق المصلحة العامة. و في هذه الحالة على السلطة المانحة أن تبني قرارها على وجود مصلحة عامة تقوم بتحديد طبيعتها ، كما يقتضي تعويض المفوض له تعويضا عادلا. و تتحقق المصلحة التي تبرر إنهاء عقد التفويض عند فرض نظام جديد على عقد التفويض، بحيث يصبح صاحب التفويض فاقدا للشروط و للمؤهلات المهنية و الفنية و المالية التي يتطلبها النظام القانوني الجديد. كما تتحقق المصلحة العامة عند إعادة تنظيم المرفق العام أو تطوير الوسائل الفنية المعتمدة أو تطوير سياسة الشخص العام (14).

خاتمة:

إن عقد التفويض ما هو في حقيقته إلا طريقة من طرق إدارة المرافق العامة، فإدارة المرفق بهذا الأسلوب إنما تؤدي إلى تحرير الإدارة من قيود الإدارة المباشرة و تعقيدها ، لأن المفوض لهاذا كان شخص من أشخاص القانون الخاص سيتبع طرق هذا القانون في الإدارة و إضافة إلى ذلك ، فان هذه الطريقة تخفف عن عائق الإدارة، إذ تعفيها من إدارة بعض المرافق، مما يؤدي إلى تفرغها للمرافق الأخرى، كما أنها ترفع عن كاهل الموازنة العامة النفقات اللازمة لإدارة المشروعات محل عقد التفويض، و مع ذلك ، فان هناك عيوباً تكتنف عقود التفويض ، إذ من الممكن أن يكون المفوض له شركات قوية في رأسمالها و أرباحها و نفوذها، و هي تؤثر في الإدارة لتخضع لمطالبها و رغباتها .

بالإضافة إلى أن هناك العديد من أشكال العوائق التي تحول دون التطبيق الفعلي و التلقائي لهذا الإطار القانوني الناقص و لاسيما في غياب صدور المراسيم التطبيقية.

و يمكن اعتبار توسيع مجال تدخل القطاع الخاص في المرافق العمومية، إذا لم يكن تأطيره القانوني محكما بما يكفي، بمثابة تملص للدولة من مسؤوليتها مع ما يصاحب ذلك من مخاطر اجتماعية تتهدد المستخدمين و المواطنين المرتفقين على حد سواء.

الهوامش:

(1) - ضريفي نادية، تسيير المرفق العام و التحولات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، ص12.
 (2) - بلسيط سمية ، عقد امتياز خدمات النقل البحري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص: تخصص القانون البحري والنشاطات المينائية ، جامعة وهران ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012-2013، ص.أنظر كذلك: مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة: الامتياز -الشركات المختلطة-البوت-تفويض المرفق العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص7. قد يظن البعض أن مفهوم الخصخصة قاصر على نقل ملكية المرافق العامة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، في حين أن مفهومها يشمل إدارة المرافق العامة من قبل أشخاص القانون الخاص ، و للمفهوم الأخير أهمية كبيرة ، لأن الخصخصة عن طريق الإدارة تحافظ على ملكية الدولة لمرافقها العامة، و توفر إدارة مرنة لهذه المرافق ، و تحقق إنتاجية عالية.

(3) - مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

(4) - أصدر المشرع المغربي القانون رقم 05-45 لسنة 2006 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة و الذي ينص في مادته الثانية على تعريف التدبير المفوض للمرافق العامة و الذي ينص في مادته الثانية على : عقد يفوض بموجبه شخص معنوي عام خاضع للقانون يسمى المفوض لمدة محدودة ، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى المفوض إليه ، يخول حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا.

أما بالنسبة لتونس فان المشرع التونسي عرف تفويض المرفق العام و الذي يسمى بنظام اللزمة في المادة الثانية من القانون رقم 23 لسنة 2008 المتعلق بنظام اللزمت بأن اللزمة على معنى هذا القانون هي العقد الذي يفوض بمقتضاه شخص عمومي يسمى مانح اللزمة لمدة محددة ، إلى شخص عمومي أو خاص يسمى صاحب اللزمة، التصرف في مرفق عمومي أو استعمال أو استغلال أملاك أو معدات عمومية و ذلك بمقابل يستخلصه لفائده من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد.

عرف المشرع الفرنسي تفويض المرفق العام بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 1168-2001المسمى بقانون murcef التي عرفت تفويض المرفق العام بأنه: عقد يعهد من خلالها شخص معنوي عام للغير-المفوض له- سواء أكان عاما أم خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصور جوهرية بنتائج استثمار المرفق. و المفوض له قد يكون مكلف ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق. أنظر: أبو بكر أحمد عثمان ، عقود تفويض المرفق العام: دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014-2015، ص81-ص83.

(5) - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص84.

(6) - مروان محي الدين القطب ، مرجع سابق، ص444. أنظر كذلك:

=Mohammed AMINE BEN ABDALLAH, la gestion déléguée du service public au maroc.<http://aminebenabdallah-hautefort.com>

*la gestion déléguée du service public a pour objet divers domaines, elle peut s'appliquer indifféremment selon que le service public est administratif ou industriel et commercial.

(7) - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على درجة الماجستير في القانون: فرع قانون العقود، جامعة تيزي وزو، 2012-2013، ص53.

(8) - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص448.

RICHERlaurent , Droit des contrats administratifs , 2edition, LG.D.J,1999,p432.

Bien que le délégataire ne soit pas nécessairement rémunéré par l'utilisateur, la définition de la convention de délégation de service public qui a été retenue implique que l'exploitation du service procure des recettes. Un service n'est donc déléguable qu'à cette condition. P432.

(⁹) - مرسوم تنفيذي رقم 02-01، المؤرخ في 5 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوتات، ج ر عدد 8، الصادرة في 6 فيفري 2002.

(¹⁰) - مرسوم تنفيذي رقم 03-232، المؤرخ في 24 يونيو 2003، يحدد مضمون الخدمة العامة للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و التعريفات المطبق عليها و كيفية تمويلها، ج ر عدد 39.

(¹¹) - مرسوم تنفيذي رقم 88-131، مؤرخ في 4-7-1988 الذي ينظم العلاقات بين الإدارة و المواطن، جريدة رسمية عدد 27.

(¹²) - تتمتع الإدارة في عقود تفويض المرفق العام بالسلطات التقليدية التي تحوزها في عقودها الإدارية، و هذه السلطات ثابتة لها في هذا النوع من العقود. أما في عقد البوت و نظرا لجنوره الانجلوسكسونية فان ممارسة الإدارة لسلطاتها التقليدية ينص عليها داخل العقد، لذا فان المستثمرين لا يقبلون عادة بممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة في نطاق عقد البوت، و أن الإدارة من النادر أن تلجأ لممارسة هذه السلطات خارج التأطير العقدي كما هو حاصل بالنسبة لعقود تفويض المرفق العام. أنظر: أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية: عقود البوت و عقود الشراكة دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، 2014، ص 26.

(¹³) - أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 98-105.

(¹⁴) - مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 499.

جامعة عباس لغرور خنشلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مداخلة بعنوان: الاختلالات المعيارية في تحديد مفهوم الصفقات العمومية

للدكتور: ياسين قوتال

الدكتورة: جبايلي صبرينة

مقدمة:

تمارس الإدارة العامة نشاطاتها ذات الطابع الإداري المادي أو القانوني ، بأدوات مختلفة من حيث طبيعتها ووصفها القانوني ، يقصد من ورئها إحداث آثار قانونية عن طريق الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء وتتمثل في القرار والعقد الإداري ، هذا الأخير يعد من أهم الأعمال الإدارية لكونه اتفاق يبرم بين الإدارة كسلطة قائمة على تحقيق المصلحة العامة وبين الأفراد أو الشركات الخاصة بهدف إنجاز عمل معين يحقق المنفعة العامة بشكل مباشر، فالعقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت مدنية أو إدارية لا تأخذ صفة الإدارية إلا إذا كانت مرتدية رداء السلطة العامة ، فنتمتع بامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها و لا تخضع إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما هو الحال في القانون الخاص، ومن هنا تتجلى مدى أهمية العقود الإدارية في نشاطات الإدارة كوسيلة من وسائل الإدارة العامة في تسيير المرافق العامة (1) .

إلى جانب ذلك تشهد الدولة بمفهومها الحديث تطورا مستمرا في مختلف مجالات الحياة سوا على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي ، بما فرض عليها بسط سيطرتها على مختلف الميادين وكان لزاما على الدولة أن توسع من وعائها الاجتماعي أو الوظيفي ليشمل الجوانب المتعلقة بالأعمال التجارية والاقتصادية إلى جانب الأعمال التقليدية الموكلة لها، خاصة في ظل تحول العالم من الاشتراكية المقيدة إلى الرأسمالية المنفتحة والقائمة أساسا على تحرير رؤوس الأموال(2) .

وعلى اعتبار أن العقود الإدارية ما هي إلا اتفاق بين الإدارة مع آخرين على القيام بمهام عامة ينشأ بينها عقد يحدد حقوق وواجبات كل من الطرفين ، ويرجع الفضل الكبير في إيجاد مثل هذه الأنواع من العقود الإدارية إلى أحكام القضاء وخاصة مجلس الدولة الفرنسي ، والذي يعطي الضوء الأخضر للمشرع لتبني بعض الأحكام القضائية في مادة العقود الإدارية وتحديدًا في الصفقات العمومية، رغم أن قواعدها القانونية ما تزال في مجموعها ذو طبيعة قضائية ، تتطور باستمرار لتستجيب لحاجيات المرافق العامة المتجددة.

لهذا يمكن اعتبارها ذات دور فعال في انجاز المشاريع الإستراتيجية ، في مختلف الميادين وأهمها على الإطلاق في هذا القرن بالنسبة لبلادنا الجزائر هو الطريق السيار (شرق - غرب) وكذلك محطات تحلية المياه والجامع الكبيرالخ (3).

لذلك فان **الهدف** الأسمى من وراء هذه الدراسة هو :

تسليط الضوء أكثر على مضمون أهم النصوص القانونية والدراسات المنظمة لهذا المجال، بالنظر لارتباطه المباشر بجانب حماية الأموال العامة للدولة ، والمساعدة من اجل التطوير والنهوض باقتصاديات الدول ، إلى جانب محاولة توضيح بعض مواطن الثغرات المتعلقة بموضوع الدراسة وخاصة على مستوى التشريعي ، من اجل الوصول إلى اعتماد **مفهوم شامل للصفقات العمومية** .

منهج الدراسة: إن المنهج المناسب لمثل هذه الدراسة التي تتضمن التحليل والنقد والاستنتاج، هو المنهج الاستدلالي ، واستعنا بالمنهج الاستدلالي في تحليل النصوص من أجل إبراز الإنجازات المحققة والنتائج المسجلة والصعوبات التي واجهتها والسلبيات التي أفرزتها ولا تزال تميز هذا المجال ومدى انعكاسه السلبي على تحديد مفهوم للصفقة .

والدراسة هذه ترمي للإجابة على **الإشكالية** المتعلقة بتحديد أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بمفهوم الصفقة العمومية وبخاصة فيما تعلق بمسألة تعريف الصفقة من **حيث الأطراف** وتحديد المصلحة المتعاقدة في صورة المؤسسة العمومية وبعض الصورة القريبة لها ، إلى جانب نقطة أخرى متعلقة بتعريف الصفقة متمثلة في موضوع الصفقة وخاصة ما تعلق بمسالتين مهمتين وهما : **الجانب المالي والأسعار** المرتبطين بها .وفقا للخطة التالية :

المبحث الأول: الاختلال المعياري الشكلي في تحديد مفهوم الصفقة العمومية .

المبحث الثاني: الاختلال المعياري المادي " الموضوعي " في الصفقة العمومية .

المبحث الأول : الاختلال المعياري الشكلي في تحديد مفهوم الصفقة العمومية .

يختلف فقه القانون الإداري في الاتفاق على تحديد معيار جامع مانع يحدد مفهوم العقد الإداري بما فيه الصفقة العمومية ، وان كان السبب الرئيس في هذا يعود إلى الطبيعة التكوينية الخاصة للعقد أو للصفقة .

ومن بين المعايير المعتمدة في تحديد مفهومها نجد المعيار الشكلي العضوي (4) والذي يأخذ بعين الاعتبار الإطار الشكلي المكون للصفقة من خلال التركيز على طريقة الكتابة أو تحريرها وهذا عنصر مهم في مسألة إثبات العمل التعاقدية ، إلى جانب أطراف الصفقة باعتباره عنصر مميز للعقود الإدارية وللصفقة عن العقود المدنية والتي يدخل في إطارها أشخاص القانون العام ، رغم ما يسجل على هذين العنصرين من تذبذب وتبيان لموقف المشرع الجزائري في مختلف نصوص الصفقات العمومية من 1969 (5) إلى غاية المرسوم الرئاسي 247/15 .

لذلك سنتناول هذه الجزئية من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : طريقة الإثبات التعاقدية في الصفقة " كتابة " .

المطلب الثاني : أطراف الصفقة - المصلحة المتعاقدة -

المطلب الأول : طريقة الإثبات التعاقدية في الصفقة " كتابة " .

من منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى ، و بالنظر للدور الكبير والرائد للقضاء الإداري في تكريس هذا التعريف كان علينا أن نسوق أولا التعريف التشريعي للصفقة العمومية من طرف المشرع الجزائري وتبيان النقاط التي تكون محل إشكالات من حيث المفهوم القانوني في النقاط التالية :

عرف المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية المرسوم 236/10 في مادته 04 الصفقة على

النحو التالي :

" الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، وتبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " .وهو نفس التعريف الموجود في المادة 02 من المرسوم 247/15 ، إلا أننا نسجل الإضافة التالية "تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين " .

- انطلاقا من هذا التعريف التشريعي في المادتين ، فإننا نسجل الملاحظات التالية :

01- المشرع الجزائري أكد الصفة الشكلية في الصفقات العمومية وهي الكتابة(6) ، على أساس أن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية ، لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة .

02- الاستثناء الوارد على القاعدة :

أ- الوارد في نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 247/15 والمادة من المرسوم 236/10 والتي تستثني من هذا الإطار التصرفات العقدية المبرمة بين الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها ، رغم أن العقد مكتوب واحد أطرافه شخص من القانون العام ، الأمر الذي يطرح إشكالية التكييف القانوني لها من جهة ومن جهة أخرى الإجراءات المطبقة على هذا التصرف العقدي والجهة القضائية المختصة عند النزاع ، إلى جانب طرح إشكال فقهي يتمثل في أن كل العقود الإدارية ليست صفة عمومية على عكس الصفة هي عقد إداري بامتياز .

ب- إذا كان المشرع الجزائري قد شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة ، فإنه أورد استثناء على القاعدة حددته المادة 07 من المرسوم الرئاسي 236/10 بقولها : " تبرم الصفقات العمومية قبل أيّ شروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة يمكن للوزير أو المسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني أن يرخّص بمقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفة ، ترسل نسخة من هذه الرخصة إلى الوزير المكلف بالمالية " .

كما تنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 " ...في حالة الاستعجال الملح بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو الأمن العمومي يمكن الهيئة العمومية ... أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وترسل نسخة من المقرر ... إلى مجلس المحاسبة والى وزير المالية "

انطلاقا من نصّ المادتين أعلاه يتبيّن لنا أنّ المشرع جعل الأصل والقاعدة في الصفة العمومية في هذا الصدد أنّ يكون التنفيذ عملية لاحقة على الإبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة طبقا لمادة 03 من المرسوم 247/15 ، فلا تنفيذ إلا بعد توقيع الصفة من الجهة المخولة قانونا بذلك .

غير أنّ المشرع منح ترخيصا للمصلحة المتعاقدة مكنها من إجراء تنفيذ العقد أو الصفة قبل عملية الإبرام ، وعلّق الأمر على ترخيص يمنح من الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفة أو الوالي المختص إقليميا أو مسؤول الهيئة المستقلة وهذا بموجب مقرر معلل ، وأضاف إلى ذلك مسؤول الهيئة العمومية بدل مسؤول الهيئة المستقلة ورئيس المجلس الشعبي البلدي (7) حسب التعديل الأخير لقانون الصفقات ، وان يحتوي المقرر على جملة من الأسباب تسوغ اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام .

ولا شك أنّه لا يمكن اللجوء لهذا الأسلوب أو هذا الترخيص إلا في حالات محدّدة لذلك جاء نص المادة أعلاه بعبارة: " ... في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة... " وأضاف في التعديل

الأخير " ...في حالة الاستعجال الملح بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدانأو الأمن العمومي ."

ويبقى للمصلحة المتعاقدة أن تتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص ، ويقع عليها عبء تبرير وجه الخطر ، نطاقه وأثاره . كما تبين في حالات أخرى جانب المساس بالملك محاولة منها لإقناع الجهات المعنية (الوزير أو الوالي أو مسؤول الهيئة العمومية أو رئيس المجلس البلدي) بهدف إصدار الترخيص .
وإذا صدر الترخيص من الجهة المركزية أو المحلية وجب إرسال نسخة منه لوزير المالية أو **مجلس المحاسبة (8)**، بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العامة ، وإلا ما كان أن يلزما لوزير المعني أو الوالي المختص إقليميا أو مسؤول الهيئة العمومية بإرسال نسخة من الترخيص لوزير المالية أو مجلس المحاسبة .

كما فرضت المادة **07** من المرسوم **236/10** إعداد صفقة تصحيحية خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر ، إذا كان موضوع الصفقة يفوق المبالغ المذكورة في المادة **06 /01** ، بما يؤكد مرة أخرى على أهمية الكتابة ، فرغم أن التنفيذ بدأ وقطع شوطا معتبرا، فهذا لا يعني إهمال عنصر الكتابة بل لا بدّ من إجراء وإعداد صفقة تصحيحية ، إلا أن المشرع في المادة **12 /04** من المرسوم الرئاسي **247/15** ممددة أجال تصحيح الصفقة إلى مدة **06** أشهر من تاريخ التوقيع واصطلح على هذا العمل بالصفقة العمومية على سبيل التسوية .

ج - كما أن المشرع في المرسوم **247/15** أضاف حالة أخرى تدخل ضمن استثناءات الكتابة في الصفقة العمومية وهي الحالة المنصوص عليها في المادة **23** بعنوان الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية والتي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار ، خاصة في مجال استرداد المنتجات والخدمات ، وان كان الاعتبار هنا هو طبيعة المنتج وتقبل الأسعار ووفرتها في السوق ، على أن يقوم الوزير المعني بالتنسيق مع لجنة تؤسس لهذا الغرض برئاسة المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل الاقتصادي ، ثم تصحح هذه الإجراءات بصفقة تسوية **(9)** خلال مدة **03** أشهر من تاريخ الشروع في تنفيذ الخدمة .

المطلب الثاني : أطراف الصفقة - المصلحة المتعاقدة -

في إطار تحديد تعريف للصفقة من طرف المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية للصفقة العمومية، لم يتم هذا الأخير بتحديد كل العناصر الواجب توافرها في تعريف جامع مانع للصفقة في نص المادة **04** و **02** ، والتي حددنا عليها الملاحظات السابقة عليها ، المشرع اغفل في تعريف في المادة السابقة **04** و **02** تحديد أطراف الصفقة وان كان البعض يرى انه مذكور بموجب كلمة عقد أي طرفي العقد لكن مادامنا في مجال القانون الإداري والذي يجب أن يتم فيه تحديد المصطلحات بدقة إلى جانب خطورة وأهمية مجال الصفقات من الناحية المالية وجب الاحتراس بتحديد طرفي الصفقة العمومية .

المشروع اشر إلى هذه النقطة في نص المادة 02 من المرسوم 03/13 والمادة 06 من المرسوم 247/15 ، وان كنا نسجل الملاحظات التالية على هذه المادة :

أ- الأصل أن المادة 02 تأتي من حيث الترتيب بعد المادة 04 من المرسوم 236/10 ، على اعتبار أن هذه الأخيرة تحدد شق من تعريف الصفقة والمادة 02 تحدد الشق الثاني ، وان كان المشروع استدرك هذا الأمر في المرسوم 247/15 .

ب- المادة 02 من المرسوم 03/13 تم زيرها ومن ثم تعديلها في العديد من المرات ، وفي كل مرة يخرج علنيا المشروع بقائمة محددة على سبيل الحصر بأطراف الصفقة ، وكان آخرها المادة 06 من المرسوم 247/15 .

ج- المشروع الجزائري في نص المادة 02 قام بالعديد من الإضافات في أطراف الصفقة دون أن يأخذ بعين الاعتبار مسالة طبيعة الإدارية لعقد الصفقة العمومية ولخصوصية هذا المجال ، وان كنا نسجل في القانون الجديد 247/15 دقة أكثر في التعداد رغم وجود نفس الإشكال السابق لكن على نطاق ضيق .

د- المشروع لم يحدد كل أطراف الصفقة وإنما قام بتحديد طرف الأساس فيها ألا وهو المصلحة المتعاقدة (10) ، وان كان قد حدد المتعامل المتعاقد في نص آخر وهو المادة 21 والمتعامل الثانوي في نص المادة 107 ، وفي المرسوم 247/15 بتسمية أخرى في المادة 02 بالمتعامل الاقتصادي .

هـ- المشروع بموجب نص المادة 02 حدد المصلحة المتعاقدة بشكل عام دون أن يحدد بدقة طرفي المصلحة المتعاقدة بما يتفق مع بقية المواد في المرسوم والتطبيق العملي ، وهنا اقصد تحديد الجهة المسؤولة على الموافقة على الصفقة خاصة بعد عملية الإرساء النهائي لصفقة والمنح المؤقت لها وان كان انه أشار إليها بموجب المادة 08 من نفس المرسوم والمادة 04 من المرسوم 247/15 ، ومن جهة الثانية المصلحة المتعاقدة وهي الهيئة صاحبة المشروع وهي المشرفة بالكامل على الصفقة العمومية .

و- المشروع في نص المادة الثانية من المرسوم 03/13 حدد مستويات للمصلحة المتعاقدة ، وان كان هذا التحديد محل انتقاد وملاحظات منها :

• المشروع أقحم نفسه في تحديد المصالح المتعاقدة ومختلف أنواعها مثل الإدارات العامة - الهيئات الإدارية المستقلة - الجماعات المحلية - المؤسسات العمومية .

• فيما يتعلق بالمؤسسات العمومية حسب القاعدة العامة وعلى اعتبارها مرافق عامة تمتاز بكل خصائص المطلوبة في أي مرفق عام من النظام القانوني ، إلا أن المميز فيها أن المؤسسات العمومية تتنوع وتحدد في ثلاث أنواع وهي :

المؤسسة العمومية الإدارية والمؤسسة العمومية الصناعية التجارية ، وهذين النوعين من المؤسسات العمومية من حيث التطبيق القانوني تختلف ، فنجد المؤسسة العمومية الإدارية تخضع لقواعد القانون الإداري ، بينما المؤسسة الصناعية التجارية ذات تطبيق المختلط للقانون وان كان القانون الخاص هو المطبق في تعاملاتها ، وهنا يطرح إشكال بالنسبة للمؤسسات غير خاضعة للقانون الإداري محل إعرابها القانوني كطرف في

الصفقة العمومية ، طبيعة المؤسسة لا تسمح بذلك ومن جهة أخرى المشرع تجاوز كل هذا ونص عليها في نص المادة 02 .

• بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي من حيث عملية إصدارها للقرارات لا يمكن إضفاء الصفة الإدارية عليه هذا من جهة ومن جهة أخرى على الطاقم البشري العامل بها ، وهذا الأمر ينسحب على منازعاتها بالنظر للمعيار العضوي الشكلي المحدد لأطراف المنازعة في المجال الإداري طبقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

لذا نجد أن هذا التصنيف الذي يأخذ الطابع العام والشامل لتحديد أطراف الرئيسة في الصفقة خاصة المصلحة المتعاقدة والمكرس بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي 13-03 سيؤدي إلى العديد من الإشكالات ذات الطابع العملي والقضائي المعقدة ، خاصة إذا كانت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تعد احد الأطراف المكونة للمصلحة المتعاقدة وكان الأمر يتعلّق باستثمار ممول من قبل ميزانية الدولة ، وهذا ما يتطابق مع نص المادة 02 من المرسوم 02-250 ،

لذلك نجد أن هذا العقد والذي تكون فيه المؤسسة العمومية الصناعية التجارية طرفا فيه يخضع من حيث التنظيم للصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو الرقابة أو التنفيذ أو ممارسة السلطات (سلطات المصلحة المتعاقدة) .

وإزاء هذا الوضع القانوني نطرح إشكال حول الجهة التي تكون مختصة بالنظر في المنازعات ، إذا ما كان احد أطرافها مؤسسة صناعية تجارية ؟

* إذا ما قلنا أن المنازعة تؤول للقضاء العادي على اعتبار أن الأطراف المشكلة لها من أشخاص القانونية العادية والغير مذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا تكرسا للمعيار العضوي المعتمد عليه في قانون المرافعات أو الإجراءات ، في المقابل نجد أن هناك نص خاص يظهر في شكل قانون الصفقات العمومية يختلف من حيث الطبيعة والتنظيم والعمل على النصوص القوانين العادية والمدني والتجاري ، وهنا نجد أن القاضي العادي يجد نفسه بين خيارين الأرجح أن يميل هذا الأخير إلى تحديد طبيعة المنازعة إلى منازعة تؤول للقضاء العادي .

* ولكن من جهة أخرى نجد أن تنظيم الصفقات العمومية والذي ينظم مثل هذه الأعمال الإدارية يعطي الاختصاص للقضاء الإداري ، رغم لما لهذا التحديد من مخاطرة في إيجاد اختلال في المعيار العضوي لتحديد قواعد الاختصاص الإداري ، لهذا نجد أن الدكتور محمد الصغير بعلي يرى أن هذا التعداد يعد شكل من أشكال التعداد المفرط دون جدوى والمكرس في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 13/03 بعدم الجدوى. * ونحن نؤيّد فيما ذهب إليه وما سجله من ملاحظة. وندعو المشرّع إلى إخراج المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والصناعية من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. رغم التعديلات المسجلة من قبل المشرع في التعديل 15/247 وفي المادة 06 إلا أننا نسجل انه حافظ على الوضع السابق شرحة إلا انه أضاف ما يسمى المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع التجاري ، كأن المشرع أحسن بأنه في

إخراج في تحديد المؤسسات العمومية الصناعية أو التجارية الصناعية ، رغم انه استثنى في ذلك المؤسسة الاقتصادية بنص المادة 09 ويبقى على المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية المعنية بالمادة 06 و08 وبنفس الإشكال السابق في مسألة الاختصاص القضائي(11) .

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، فهذه الفقرة 02 من المادة 804 اعترفت باختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بعقد الأشغال العامة وحددت اختصاص المحكمة بمكان التنفيذ ، كما أن الفقرة 03 من ذات المادة أعطت الاختصاص للمحكمة الإدارية في مجال العقود الإدارية عامة بغض النظر عن طبيعتها وان كان الأساس يعطى لمكان إبرام العقد أو تنفيذه .

إلا انه وبالنظر للتعارض بين التشريعين قانون الإجراءات الإدارية والمدنية والصفقات ، إلا أن قانون الإجراءات مازال يستخدم التقسيم الكلاسيكي السابق للمؤسسة والمحدد في المادة 800 من خلال المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية ، وبالتالي إخراج كل الأصناف خاصة المذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

وهذا الأمر سي طرح العديد من الإشكالات العملية بتفعيل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، خاصة بين المحاكم الإدارية والعادية إذا ما كانت احد الأطراف المؤسسات المذكورة في المادة 02 والخارجة عن نطاق المحصور في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

- المشرع في المرسوم السابق 236/10 في المادة 02 ادخل المؤسسات الصناعية في مجال الصفقات العمومية كطرف أساس في الصنف كصلحة متعاقدة وهو الأمر الذي يطرح إشكالية مقارنة بالمؤسسات الصناعية التجارية ، رغم استدراكه في التعديل الأخير المرسوم 03/13 في المادة 02 المعدلة والتي عدلت ، وان كان المشرع أعلن القطيعة مع المؤسسات العمومية الصناعية في مجال الصفقات إلا انه حافظ وبطريقة غير مباشرة على نفس القواعد الناظمة للصفقات إذا ما تعلقت بأطراف المذكورة في المادة السابقة رغم تأكده على هذا الوضع باستبعاد المؤسسة الاقتصادية من هذا المجال في المرسوم 247/15 في المادة 09 .

- كذلك المشرع في نص المادة 02 من المرسوم 03/13 أضاف أنواع أخرى تلحق بالمصالح المتعاقدة دون أن يحدد المعيار الذي على أساسه يمكن التمييز فيما بينها مقارنة بمختلف معايير التمييز بين باقي المرافق الأخرى ، وهنا اقصد مثلا : النظام القانوني أي القواعد المنظمة لهذا المرفق ، لهذا فإننا نكون أمام هذه الأنواع في حيرة وتساؤل حول أساس هذا الفرز للمرافق بهذه الطريقة مثل : مراكز البحث والتنمية والمؤسسات ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات ذات الطابع العلمي والمهني أو العلمي والتقني ، وان كان الهدف من وراء ذلك هو تضيق دائرة التعامل المالي لها وحمايتها ومراقبتها وتقليل من عمليات

الفساد المالي الذي يمس بهكذا صفقات والمؤسسات وان كان هذا على حساب تحديد مفهوم دقيق للصفقة العمومية ، رغم أن هذه الحالة مستبعدة في المادة 06 من المرسوم 247/15 (12) .

المبحث الثاني: الاختلال المعياري المادي " الموضوعي " في الصفقة العمومية

إذا كان المعيار العضوي الشكلي يطرح العديد من الإشكالات العملية والنظرية " القانونية " في مجال الصفقات العمومية ، فان الأمر يدفعنا للرجوع إلى معيار آخر كوسيلة أخرى لتحديد دقيق لمفهوم الصفقة العمومية وهذا من خلال المعيار الموضوعي المادي .

هذا المعيار ورغم اعتماده على العديد من الجوانب في تحديده لمفهوم التعاقد الإداري في الصفقة ، إلا انه اصطدم بدوره بالعديد من الإشكالات القانونية النابعة من تنظيم الصفقات ورؤية المشرع لهذا المجال ، والتي تظهر في : طرق ومجالات إبرام الصفقة و العتبة المالية وأسعار الصفقة .

لذلك سنتناول هذه الجزئية وفقا للمطالب التالية :

المطلب الأول: مجالات وطرق إبرام الصفقة .

المطلب الثاني: الجانب المالي - العتبة المالية - في الصفقة .

المطلب الثالث: أسعار الصفقة العمومية .

المطلب الأول : مجالات وطرق إبرام الصفقة

المشرع الجزائري من خلال المادة 04 و 02 من المرسومين 236/10 و 247/15 على التوالي ، حدد مجالات التي تكون فيها الصفقة العمومية ، وهي بدورها المنصوص عليها في نص المادة 13 من المرسوم 236/10 والمادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهي :

انجاز الأشغال - اقتناء اللوازم - انجاز الدراسات - تقديم الخدمات .

في هذه النقطة نسجل ملاحظتين هامتين :

أ- المشرع في تحديده لمجالات الصفقات العمومية بموجب المادة 13 و 29 ، نص وحدد على الإطار العام الموضوعي لكل مجال سواء تعلق الأمر بصفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات بل وفصل فيها إلا انه ما يعاب على المشرع انه اغفل مجال الخدمات بالتحديد وان اعتمد على التحديد السلبي " تعريف الخدمات بالخدمات " ، أي انه ما يخرج من مجال الأنواع الأخرى فانه يدخل في مجال الخدمات ، وان كان هذا تحديد غامض يجب تداركه بما يسمح من توضيح مجالات هذه النقطة ، والتي تفتح باب الاجتهاد ومن ثم التضارب بين مختلف المصالح المتعاقدة عند اللجوء إلى هذه العملية .

ب- المشرع عندما أقحم نفسه في مجال تعريف الصفقة العمومية ومن ثمة تحديد مجالاتها ، اغفل في هذا السياق ولو بالإشارة إلى نقطة اعتبرها مهمة في تحديد الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية وهي طرق إبرام الصفقة ما دام انه تطرق إلى مجالات الصفقة العمومية ، وهنا المشرع يحيلنا إلى المادة 25 من المرسوم 236/10 و المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، والتي تحدد طريقتين للإبرام حسب حرفية النص وهما : المناقصة كقاعدة عامة أو طلب العروض (13) إلى جانب التراضي كإجراء استثنائي ، وهنا نسجل الملاحظات التالية :

المشروع الجزائري وطيلة التسلسل الزمني والتطور لقانون الصفقات العمومية من سنة 1967 إلى يومنا هذا مازال يصر على مصطلح المناقصة كطريقة لإبرام الصفقة وان كانت هذه التسمية منتقدة من طرف العديد من الفقهاء القانون الإداري لكونها لا تستقيم من الناحية اللغوية ولا الاصطلاحية ولا القانونية ، والسبب أن كل التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الفرنسي يستخدم مصطلح المنافسة أو طلب العروض في كل أنواع المختلفة ، وهذا الأمر تؤكدونه المادة 26 من نفس القانون المرسوم 236/10 بأنها تقصد من وراء المناقصة اختيار العروض المقدمة من قبل المترشحين .

كما أن هذا المصطلح لا يستقيم قانونا كون التداخل بين مفهوم المناقصة كقاعدة عامة وبقيّة الأنواع الأخرى التي تندرج في إطار مثل : المزايدة والاستشارة الانتقائية والمسابقة والمحددة في نص المادة 28 من المرسوم ، وان كان المشرع استدرك هذا الأمر بموجب التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية في المادة 39 منه وكرس التسمية الدقيقة والتي تتماشى مع هذا المجال ، إلا انه ادخل العديد من الأنواع المنضوية تحت إطار طلب العروض تختلف من حيث التسمية عن التسميات السابقة انطلاقا من نص المادة 42 من المرسوم 247/15 .

المطلب الثاني : الجانب المالي - العتبة المالية - في الصفقة .

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية ، ذلك أنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات وأيا كانت قيمة و مبلغ الصفقة بما ينطوي عليه إبرام الصفقة في مراحل طويلة. لاشك أن إجبار الإدارة على التعاقد في كل الوضعيات والحالات بحسب الكيفية المبيّنة في قانون الصفقات العمومية وما تفرضه من إشهار وإجراءات ورقابة وقيود سيبيعت بطنًا كبيرًا في أداء العمل الإداري ، ذلك أن الإدارة كما تتعاقد بمبالغ كبيرة وضخمة تتعاقد أيضا بمبالغ بسيطة ، وإن كان إلزامها بالخضوع لأحكام تنظيم الصفقات مقبولًا وسائغًا ومطلوبًا بل وضروريًا، فإن الأمر لا يكون كذلك إن تعلّق الأمر بمبلغ بسيط ، ويعود من حيث الأصل للمشرع صلاحية تحديد الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد صفقة عمومية مع إمكانية تغيير هذا الحد بين الفترة والأخرى لأسباب اقتصادية. ومع إمكانية تغيير هذا الحد بين صفقة وأخرى فما صلح كحد لعقد الخدمات لا يصلح كحد لعقد الأشغال العمومية بما تتطلبه هذه الأخيرة من أموال

ضخمة.

ويبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية تخضع لقانون الصفقات، هو ترشيد النفقات العامة ، فكلما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تكشف للجمهور وتعلن من حيث الأصل ، كما تخضع لأطر رقابة محددة (14).

أما إذا المبلغ الناتج عن التعاقد بسيطاً فلا داعي من إرهاب جهة الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق قانون الصفقات العمومية عند ما تريد مثلاً شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ بسيطة.

لكنه في المقابل يطرح إشكالية من الناحية الفقهية كون انه من خصائص الصفقة العمومية الاعتبار المالي أو ما يعبر عنه **بالعتبة المالية** ، باعتبارها العنصر المميز في الصفقة العمومية ، وكما اشرنا إليه سابقاً رغم سعي المشرع على تحديد هذا السعر بحسب نوع المجال المخصص للصفقة وتطوره تبعاً ، حسب التطورات الاقتصادية والتضخم المسجل في الدولة إلا أننا نسجل الملاحظات التالية :

أ- المشرع في تحديد لعتبة المالية في نص المادة 06 من المرسوم 03-13 و المادة 13 من المرسوم 247/15 يقول :

ب- " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه أو يقل عنه..... لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم " ، وهنا نسجل حسب المادة أن أي صفقة تساوي أو تقل عن العتبة المالية المحددة في نص المادة 06 و 13 لا يجوز إبرام صفقة عمومية وكان بالأحرى من المشرع توخي الدقة في استخدام مصطلح يساوي والاكتفاء فقط بمصطلح يقل كمنقطة احتساب العتبة المالية في الصفقة .

ت- العتبة المالية في الصفقة تعطي لنا إشكالية الفرق بين الصفقة العمومية والعقد الإداري أي الجدلية بين هل كل صفقة عمومية عقد إداري أم أن كل عقد إداري صفقة ؟ وان كانت الإجابة على هذه الجدلية على النحو التالي :

• ليس كل عقد إداري صفقة عمومية والعكس صحيح ، على أساس أن الفارق الجوهرى بينهما هو الاعتبار المالي كون العقود الإداري لا تشترط عتبة مالية معينة على عكس الصفقات تشترط ذلك .

ث- سلطة وزير المالية في تحيين (15) مبالغ الصفقة :

نص المشرع على هذه المسألة في المادة 06 من المرسوم 03/13 والمادة 22 من المرسوم 247/15 "يمكن تحيينها بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسمياً " . انطلاقاً من هذه الفقرة نجد أن المشرع لم يراعي ويحترم التدرج القانوني في مسألة تعديل قانون الصفقات وقاعدة توازي الأشكال بحكم أن قانون الصفقات صدر بموجب مرسوم والتعديل يكون بنفس الأداة لكن المشرع أجاز للوزير المالية تعديل القانون فيما يتعلق بالعتبة المالية للصفقة وتحيينها بما يتفق معدل التضخم بموجب قرار إداري وكان بالأحرى تعديل هذه النقطة بموجب مرسوم رئاسي .

المطلب الثالث : أسعار الصفقة العمومية

السعر في الصفقة العمومية الدافع للتعاقد إلى جانب انه الالتزام الأساس للمصلحة المتعاقدة والحق الرئيس للمتعاقد ، لهذا نجد أن المشرع الجزائري في قانون الصفقات اهتم بهذا المجال ، باعتباره كما اشرنا سابقا العنصر المميز للصفقة العمومية عن العقود الإدارية .

وان كان المشرع لم يقم نفسه في تعريف السعر إلا أن المتفق عليه أن السعر هو المقابل المادي لخدمة معينة أو المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة (16).

بالنسبة لأسعار الصفقة هنا نسجل الملاحظات التالية :

• أسعار الصفقة تتصرف لمسالتين هما : اجر المتعامل المتعاقد والى مسالة التسوية المالية أي كفيات الدفع ، كون هناك خلط بين المسالتين وكان بالأحرى بالمشرع وخاصة في مسالة اجر المتعامل في نص المادة 63 و 96 من المرسوم 247/15 الدقة في المصطلح والقول " تحديد أسعار الصفقات العمومية وفقا للكيفيات الآتية " .

• من بين أنواع أسعار الصفقة السعر الجزافي هذا الأخير يمتاز بالتحديد المسبق والنهائي كنتاج للاتفاق دون أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الطارئة على الصفقة رغم تفضيل المشرع هذا النوع على بقية الأنواع الأخرى ، لكن بالرجوع إلى دفتر الشروط الأشغال العامة لسنة 1964 نجد أن هذه الصرامة تخف مع إمكانية مراجعة أو تعديل السعر .خاصة إذا تعلق الأمر بأشغال الإضافية لحسن تنفيذ الصفقة المادة 30 من دفتر الشروط أو التغييرات الطارئة الماسة بالصفقة العمومية خاصة إذا ما تعلق بممارسة الإدارة لامتيازاتها

• رغم أن السعر الجزافي الإجمالي يعتبر حل مسكن للتأخر في التكنولوجيا والذي يحتاج إلى إدارة تتمتع بالكفاءة القدرة على الرقابة ، ومن جانب آخر يعتبر عاما استقرار مالي ضد التحولات التي تطرأ على الصفقة كما انه يعتبر سبب مقيد للصفقات العمومية طويلة الأجل . ومن ثمة فهو وسيلة طرد للمستثمرين الأجانب خاصة أن الكثير من هؤلاء يلتجئون إلى العديد من مكاتب الدراسات التي تؤكد على سلبية هذه الطريقة كما أن هذه الطريقة وان كانت محبذة عند المشرع إلا أنها تعتبر خطيرة في مجال عقود التراضي خاصة عندما يفرض المحتكر مبالغ كبيرة حسب تقديره ترهق الدولة .

• إلى جانب السعر الجزافي هناك كيفيات أخرى لتحديد سعر الصفقة وان كانت تحمل في طياتها خطورة على المصلحة المتعاقدة وجب إعادة النظر فيها من قبل المشرع الجزائري مثل : الأسعار على أساس نفقات المراقبة والتي تمتاز بعدم التحديد في سعرها قبل تنفيذ الصفقة خروجها عن القواعد العامة في تحديد السعر قبل التنفيذ وهذا لطبيعة موضوع الصفق في حد ذاته فتكتفي الإدارة بمراقبة كل نفقات المتعامل إلى جانب هامش الربح من اجل تحديد سعر النهائي للصفقة ، ورغم الخطورة المحدقة بالصفقات القائمة على هذا النوع

خاصة الصعوبات الميدانية والتعقيد والصعوبات المالية والتي تتطلب إدارة على أعلى مستوى من التقنية والمراقبة لتجنب التلاعب المتعامل بأسعار الصفقة

• أسعار الصفقات المختلفة والخاضعة لمسالة التعديل فيها من خلال تفعيل بند المراجعة والتحيين ففي مسالة المراجعة نجد أنها تطرح العديد من الإشكالات والتي تشكل عائق في تنفيذ الصفقة منها :

- مسالة المراجعة في حد ذاتها لا تحترم مبدأ المنافسة بحكم تغير في السعر الأولي للصفقة بالزيادة أو النقصان .

- المراجعة لا تأخذ بعين الاعتبار ثوابت الثمن أو بعض العوامل الداخلية مثل : الأرباح الإنتاجية أو اللجوء إلى المتعامل الثانوي .

كما أن المراجعة تعترضها صعوبات تتمثل في ما يلي :

• تأخر في نشر الأرقام الاستدلالية(17) المادة 69 من المرسوم 23/12 و 103 من المرسوم 247/15.

• وان تم نشر الأرقام الاستدلالية يتطلب تفعيلها موافقة وزير المالية والوزير المعني وهذا تعارض مع القاعدة العامة في النشر في الجريدة الرسمية المادة 04 القانون المدني .

- مجال تطبيق المراجعة زمنيا محدد بموجب المادة 67 من المرسوم 236/10 و 101 من المرسوم 247/15 ، إلا انه يطرح إشكالات في هذا السياق فيما يتعلق بمسالة نهاية الأجل التعاقدية والأشغال لم تنتهي وسجل تأخر هنا القاعدة العامة :

- أن المراجعة تتم حسب الأجل السابقة قبل انتهاء الأجل التعاقدية لكن بعد هذه الأجل والصفقة لم تنتهي هنا نجد أن المشرع لم ينص على عدم مراجعة الأسعار، وإنما الأسعار المفعلة هي الأسعار السابقة قبل انتهاء الأجل إذا كان الخطأ من قبل المتعامل حسب المادة 71 من المرسوم 236/10 و 105 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

- أما الإشكال إذا كان الخطأ أي التأخر بسبب المصلحة المتعاقدة أو خارج إرادة المتعاقدين لا نجد نص صريحا في ذلك لكن بمفهوم المخالفة لنص المادة 71 و 105 يجوز له المطالبة بذلك .

- أما مسالة التحيين فنجد إشكالية تطرح فيها تتمثل في :

تحديد نقطة انطلاق عملية التحيين ومدنها الزمنية إذا تعلق الأمر بمسالة الفترة التي يغطيها صلاحية العروض والمحددة بنص المادة 67 من المرسوم 236/10 خاصة أننا نجد اختلاف وتبان في هذه المسالة في الكثير من التطبيقات العملية للمصالح المتعاقدة وغالبيتها تحدها من تاريخ آخر اجل لإيداع العروض إلى غاية انتهاء المدة الزمنية المحددة في إعلان المنافسة والبعض يسمها بمدة التزام المتعهدين إلا انه من المنطق أن يكون بادية احتسابها من تاريخ الإيداع وليس من تاريخ آخر اجل للإيداع حتى نعطي قوة وصرامة وجدية في الترشح ، ومن ثم الالتزام ببند الصفقة بالنسبة للمتعهدين لاحتمالية انسحاب المتعهد الفائز بالصفقة ومن ثمة إمكانية الرجوع إلى بقية المتعهدين ، وفائدة أخرى فيما يتعلق بإمكانية تغير الأسعار

في الفترة الممتدة بين تاريخ الإيداع وآخر اجل للإيداع ومن ثم إمكانية حرمان المتعهد من مسالة تحيين الأسعار ، إلا أن المشرع في القانون الجديد المرسوم 247/15 وفي المادة 02/100 حدد المجال بتاريخ آخر لصلاحيّة العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية

الخاتمة:

بناء على ما سبق بيانه ، فان مسالة تحديد مفهوم الصفقة العمومية بناء على المعيار الشكلي والموضوعي يطرح العديد من الإشكالات القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بمسالتين مهمتين في عقد الصفقة وهما أطراف الصفقة والجانب المالي ، إلى جانب الطبيعة أو التكييف القانوني لها . لذا نقترح بعض التوصيات لحدّا أن يأخذ بها المشرع الجزائري منها :

01- إعادة النظر في تصنيفات المصالح المتعاقدة الواردة في نص المادة 06 ، بما يتفق ومعياري الاختصاص الإداري لها .

02- إعادة دمج أنواع الصفقات العمومية مع باقي عناصر تعريف الصفقة الوارد في نص المادة 02 .

03- تصحيح اللغوي لمصطلح تحديد العتبة المالية : أكثر من بدل اقل أو يساوي .

04- إعادة النظر في مسالة تحيين الأسعار وأرقامها الاستدلالية والتأخر المسجل فيها وخاصة مسالة إصدارها وتفعيلها على ارض الواقع .

05- إعادة النظر في الإطار الزمني لعملية التحيين لتشمل تاريخ إيداع العروض وليس آخر اجل لإيداع العروض .

06- إدراج مادة في قانون الصفقات في مجال المراجعة الأسعار، تعالج الفراغ القانوني الوارد في حالة التأخير في الأشغال وفوات الآجال التعاقدية وكان هذا بسبب المصلحة المتعاقدة أو خارج عن إرادة المتعاقدين .

الهوامش :

- 01- نسيم بني عامر ، مقال بعنوان " فسخ العقد الإداري من جهة الإدارة " ، مجلة محاماة نت " مجلة قانونية الكترونية " www.mohamah.net ، تاريخ التصفح " 2017/10/09 ساعة 10.45 .
- 02- سبكي ربيحة ، مذكرة ماجستير " سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص:04.
- 03- أكلي نعمة ، مذكرة ماجستير " النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص: 02 .
- 04- تعريف المعيار الشكلي " هو النظر إلى الشيء المعرف من الناحية العضوية أي بالنظر إلى الصفة أو شكل الشخص الذي اتخذ الإجراء أو مارس النشاط فان كان التصرف صادر من شخص يتخذ الشكل الإداري يكون الإجراء إداري " .
- 05- التسلسل الزمني لتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا على النحو التالي:
- قانون الصفقات الأول أمر 90/67 .
- المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي(82-145) .
- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 343/91 .
- المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .
- المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .
- المرسوم الرئاسي 15/247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .
- 06- لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الكتابة كدليل إثبات في الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود من المادة 323-332 من القانون المدني 10/05 .
- 07- المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15/247 حددت السلطة المختصة بالموافقة والتوقيع " الأمر بالصرف " من خلال " مسؤول الهيئة العمومية - الوزير - الوالي- رئيس المجلس الشعبي البلدي - المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية - الجهة المفوضة بالتوقيع " .
- 08- تعريف مجلس المحاسبة " يعتبر مجلس المحاسبة المؤسسة العليا للرقابة البعيدة لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومي ، حيث يتمتع باختصاص إداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة إليه ، كما يتمتع بالاستقلال الضروري، ضمانا للموضوعية والحياد والفعالية في أعماله " .
- 09- المشرع في تنظيم الصفقات العمومية استخدم مصطلحين لاستدراك عنصر كتابة في الصفقة هما :
" صفقة التسوية و صفقة تصحيحية " .
- 10- تعطي للمصلحة المتعاقدة العديد من السلطات تحدد في : " متابعة تنفيذ الصفقة وتوقيع الجزاءات أثناء تنفيذ الصفقة " لمزيد من التفصيل انظر إلى : سبكي ربيحة ، المرجع السابق .
- 11- د/ بعلي محمد الصغير ، الوجيز في المنازعات الإدارية ، دار العلوم ن عناية الجزائر ، سنة 2005 ، ص:235 و 236 .

- 12- المرجع نفسه ، ص ص : 237- 239 .
- 13- تعرف المادة 40 طلب العرض بأنه " هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث مزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء " .
- 14- اكرور ميريام ، مذكرة ماجستير " السعر في الصفقات العمومية " كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2008/2007 ، ص : 01 و 02 .
- 15- تعرف تحيين أسعار الصفقة " هو عبارة عن عملية إعادة حسابية للسعر، إلى جانب إعادة تفعيله وتأهيله ومراجعته قبل تنفيذ الأشغال أو صدور ods " .
- * التضخم " هو الزيادة المجمعة في المعروض من المال في الدخل المالي أو الأسعار. او التضخم هو الارتفاع المفرط في المستوى العام للأسعار."
- 16- الفرق بين الأسعار والتسوية المالية " كفيات الدفع " : هو أن الأسعار هي المبالغ المالية المحددة لعرض المتعهد أو المتعامل الاقتصادي ، أما كفيات الدفع هي كيفية تسديد المصلحة المتعاقدة المستحقات المالية للمتعامل بعد تنفيذه للأشغال المرتبطة بالصفقة " .
- 17- الأرقام الاستدلالية تعرف على أنها " مجموعة أرقام مرتبطة بمعاملات لبعض الأدوات التي تستخدم في عملية تنفيذ الصفقة وتستعمل هذه الأرقام في تحيين ومراجعة أسعار الصفقة خاصة في مجال البناء والأشغال والري " .

جامعة أمحمد بوقرة-بومرداس - كلية الحقوق

عنوان المداخلة: تفويض المرفق العام في الجزائر - حالة تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه.

الدكتورة بقار سلمى

مقدمة:

تفويض الخدمات والمرافق العامة، تقنية قديمة المنشأ مؤداها التنازل عن تسيير هذه الخدمات أو المرافق لأحد الأشخاص الخاضعة للقانون العام أو الخاص، تلجأ إليها أغلب دول العالم وتأخذ غالبا شكل عقود امتياز، غير أن الشيء الجديد هو مصطلح " التفويض " في حد ذاته، الذي جاء به الفقه والقضاء الفرنسي لأول مرة.

أما في الجزائر، فيعتبر قانون المياه الحالي¹ أول قانون يفتح المجال لتفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير للمتعاملين العموميين أو الخواص، بموجب المادة 104 منه. وباعتبار أن تفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير أسلوب مستحدث في قطاع الموارد المائية بموجب قانون المياه، نتساءل عن تعريف تسيير تفويض الخدمات العمومية للمياه؟ وعن آلية الحصول عليه؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنحاول التطرق إلى النقاط التالية:

المبحث الأول: مفهوم تسيير تفويض الخدمات العمومية للمياه.

المبحث الثاني: اتفاقية تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه.

المبحث الأول: مفهوم تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه

إنّ التفويض كأسلوب منتهج لتسيير المرافق العامة ومن ثمّ الخدمة العمومية وإنّ بدأ أسلوبا حديثا، إلا أنه في الواقع ليس بهذه الحداثة من حيث التطبيق، بل إنه امتداد لامتياز المرفق العام، ويعد في الوقت الراهن أحد أهم السياسات المنتهجة من قبل الدول المتقدمة وتلك التي في طور النمو على حد السواء. ويرى الأستاذ رشيد زوايمية²، بأنّ لتفويض الخدمة العمومية la délégation de service public مفهوم مزدوج، فهو:

♦ يمثل تصرفا قانونيا un acte juridique بموجبه تنتقل السلطة العامة تسيير الخدمة العمومية لشخص خاص.

♦ ويمثل أيضا نتيجة لهذا التصرف القانوني le résultat d'un tel acte، أي طريقة لتسيير الخدمة العمومية، حيث يضمن الشخص الخاص أداء مهمة هي في الأصل (تقليديا) منوطة بهيئة عامة. ويأخذ انتقال (أيلولة) الخدمة العمومية la dévolution de service public، في هذا الإطار أحد الشكلين التاليين:

♦ **تفويض اتفاقي une délégation conventionnelle:** وهو إجراء تعاقدى يشمل الكثير من النشاطات الممارسة بصفة حصرية من طرف القطاع العام فيما سبق.

♦ **تفويض أحادي الجانب une délégation unilatérale:** حيث تمنح الهيئة العامة مهمة الخدمة العمومية لخواص، بنفس الطريقة المعتمدة في التفويض الاتفاقي، غير أنّ هذا التفويض يكون نتيجة تصرف أحادي الجانب من السلطة العامة وليس عقدا.

فما هو الوضع بالنسبة للمشرع الجزائري؟ لا سيما فيما يخص تفويض الخدمة العمومية للمياه والتطهير؟

في الجزائر، بعد صدور دستور 1989، كرسّت العديد من النصوص الإنتقال التعاقدى la dévolution conventionnelle للخدمة العمومية، لاسيما ما نصت عليه المادتين 132 و 138 من قانون البلدية³، والمادة 130 من قانون الولاية⁴ وكذا تعليمة وزير الداخلية رقم 94-842/03 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري⁵، وقد تعلق الأمر في أغلب الأحيان بالامتيازات⁶.

غير أن قانون المياه هو الذي كرس، للمرة الأولى سنة 2005، كما يبدو، مفهوم التفويض الاتفاقي للخدمة العمومية la notion de délégation conventionnelle de service public⁷، إذ نص على مصطلح " تفويض " صراحة مميّزا إياه عن مصطلح " امتياز ".

المطلب الأول: تعريف تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه

لقد استعمل الفقه الفرنسي مصطلح التفويض في نفس الحقبة الزمنية التي استعملته فيها النصوص التنظيمية، حيث استعمل لأول مرة من طرف الأستاذ J-F. Auby، في ثمانينات القرن الماضي في كتابه "المرافق العامة المحلية"، واعتبره الإطار العام الذي يجمع كل العقود التي تتضمن تفويض التسيير⁸ كما يعتبره Carole Chenuaud-Frazier: " التقنية التي تسمح بالتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام، وذلك عن طريق عقود معروفة من ذي قبل كالامتياز، الإيجار، التسيير... وغيرها"⁹. وعليه وفقا لهذه التعاريف يشمل التفويض كل تلك العقود التي تتنازل بموجبها الإدارة عن تسيير المرفق العام، سواء تعلق الأمر

بالامتياز la concession، الإيجار l'affermage، الإدارة غير المباشرة la régie intéressée، وعقد التسيير la gérance. وهذا ما ذهب إليه الأستاذ R. CHAPUS أيضا¹⁰.

وعليه يرتكز تفويض المرفق العام أساسا على مجموعة من العناصر تتمثل في:

- ◆ وجود مرفق عام، والمرفق العام في الحالة المدروسة هو المرفق العام للمياه.
- ◆ تسيير المرفق من طرف شخص آخر غير السلطة العامة مانحة التفويض، قد يكون شخصا معنويا خاصا أو شخصا معنويا عاما، وهذا ما نصت عليه المادة 101 من قانون المياه.
- ◆ تسيير المرفق من طرف المفوض له يكون بشكل فعلي، يمارس سلطته الكاملة في التسيير وليس مجرد مساهمة، ويكون إما كلياً أو جزئياً، (المادتان 101 و 104 من قانون المياه).
- ◆ العلاقة بين السلطة العامة المفوضة والمفوض له علاقة تعاقدية تبين التزامات وحقوق الطرفين بصفة دقيقة، تأخذ غالبا شكل اتفاقية، وهذا ما ذهب إليه قانون المياه أيضا.

إلا أنه وإن توصلنا إلى استنباط هذه العناصر من التعاريف الفقهية وإسقاطها على تفويض الخدمة العمومية للمياه، لا يمكننا تجاهل أن هذه التعاريف لا تبين إن كانت تقنية التفويض تشكل فئة قانونية مستقلة بذاتها أم أنه مجرد امتياز لمرفق عام كما ذهب إليه بعض الفقهاء، أو أنه يشمل مجموعة واسعة تضم تلك العقود التي تلجأ إليها الإدارة عند التعاقد معها مع الغير، كما ذهب إليه البعض الآخر؟

إن رفض الاعتراف بتقنية التفويض كتعبير جديد أو كفئة قانونية مستقلة في نظرية العقود الإدارية، لم يصمد إزاء الرأي الغالب في الفقه، فالأستاذ C. DOUENCE لرأى في هذه التقنية ولادة لفئة جديدة من العقود الإدارية، كذلك فقد رأى الأستاذ CH. BETTINGER أن هذه التقنية هي تسمية لفئة ونوع من تقنيات عقدية تطبق على نشاط اقتصادي خاص يتمثل في استغلال أنشطة ترتبط بمرفق عام أو أيضا بمصلحة عامة¹¹. بالنسبة لتفويض الخدمة العمومية للمياه، ميزت المادة 101 من قانون المياه، بين امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه وتفويض تسيير هذه الخدمات، فهل يعني ذلك أن المشرع الجزائري قد جزم بأن تقنية التفويض فئة قانونية مستقلة عن الامتياز وباقي العقود الإدارية؟

في الواقع ينظر إلى مفهوم التفويض في الجزائر بصفة تقريبية، حيث يبدو أن محرروا النصوص القانونية لا يتحكمون في خصائص النظام المطبق عليه، أضف إلى ذلك أنهم لا يتحكمون في المصطلحات القانونية، ففي النصوص القانونية الجزائرية مشكلة مصطلحات، إذ أن المشرع يجد في الكثير من الأحيان صعوبة في تحديد المصطلح المناسب للدلالة على نفس التقنية.

وقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام¹²، ليجيب عن تساؤلاتنا في هذا الخصوص حيث نصت المادة 210 منه أن التفويض يمكن أن يأخذ شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير، كما يمكن أن يأخذ أشكالا أخرى.

أما فقها فيعرف الأستاذ زوايمية، التفويض كما يلي:

" يمكن تعريف تفويض المرفق العام بأنه العمل التعاقدى الذي بموجبه يمنح شخص اعتباري خاضع للقانون العام متمتع بمسؤولية تنظيم مرفق عام، تسييره لشخص عام أو خاص، ترتبط عائداته بشكل كبير بنتائج الاستغلال...".¹³

وبناء على كل ما تقدم، وكذا مواد قانون المياه الحالي المتضمنة تقنية التفويض، لاسيما المواد 101، 104، 105، 106 و 107 منه، يمكننا تعريف تفويض الخدمة العمومية للمياه، كما يلي:

" تفويض الخدمة العمومية للمياه اتفاقية بموجبها يحول شخص من القانون العام (الدولة ممثلة بوزارة الموارد المائية، المؤسسات العمومية صاحبة الامتياز) تسيير واستغلال هذه الخدمات (نشاطات الخدمة العمومية للماء أو للتطهير، بالإضافة إلى بناء منشآت الري أو إعادة تأهيلها واستغلالها في إطار عمليات الشراكة)، بصفة كلية أو جزئية، بكل مسؤولياتها وما تتحمله من أرباح وخسائر، لمعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية، أو لفرع أو فروع استغلال منشأة لهذا الغرض، وذلك عن طريق عرضها للمنافسة، في نطاق معين ووفق شروط ومسؤوليات يلتزم بها، لمدة معينة، وذلك مقابل أجر أو تسعيرة خدمة يدفعها المنتفعون لقاء خدمات ذات نوعية ".

المطلب الثاني: خصائص تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه

على ضوء هذا التعريف المقدمة نستخلص خصائصا لتفويض الخدمة العمومية للمياه، تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: خصائص متعلقة بإجراءات تفويض تسيير الخدمة العمومية للمياه: تتمثل فيما يلي:

أولاً: وجود شخص معنوي عام: يمنح تفويض الخدمة العمومية للمياه بموجب اتفاقية من طرف الدولة (وزارة الموارد المائية) أو من المؤسسات العمومية صاحبة الامتياز (الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير لا غير).

ثانياً: تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنوية عامة أو خاصة: وهذا ما نصت عليه المادتين 101 و 104 من قانون المياه، حيث يفوض تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص، كما يمكن أن تفوض أيضا لفرع أو عدة فروع استغلال لكل من الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير.

ثالثاً: تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه إجراء تعاقدي: حيث يفوض كل أو جزء من تسيير الخدمات العمومية للمياه للأشخاص المعنوية بموجب اتفاقية، بعد عرضها للمنافسة.

الفرع الثاني: خصائص متعلقة بطبيعة تفويض تسيير الخدمة العمومية للمياه: وتتمثل فيما يلي:

أولاً: الطابع المالي- الاقتصادي: لقد غلب البنك الدولي الطابع المالي على تقنية التفويض عندما اعتبرها وسيلة تسوية بين تأدية لخدمات مفروضة أصلاً على الجماعة العامة من جهة، ورغبات القطاع الخاص في تحقيق منفعة مادية من جهة أخرى¹⁴. ونلاحظ أن المشرع بين أن العائدات قد تكون أجراً، تحدد ككيفية دفعه في العرض للمنافسة، أو تسعيرة خدمة يدفعها المنتفعون بالخدمة العمومية للمياه. وقد بين الأستاذ شعبان بن أفزوح أنّ طريقة تحصيل الأجر هي أحد الفوارق التي يميّز بها بين الصفقة العمومية وتفويض خدمة العمومية، حيث أن هذا الأخير يركز على نتائج استغلال المرفق، وما ينطوي عنه من عنصر المخاطرة¹⁵، حيث أن الأجر في الصفقة العمومية يدفع من قبل الإدارة المتعاقدة، في حين في تفويض الخدمة العمومية، يحصل المفوض له على أجره من قبل المنتفعين.

فهل تعمد المشرع الجزائري الأخذ بطرق مختلفة لحصول المفوض له الخدمة العمومية للمياه على عائداته، من أجر ورسوم مدفوعة من المنتفعين، لأنه لا يفرق بين الصفقة العمومية والتفويض؟ أم ليفتح المجال ليأخذ التعاقد أشكالاً مختلفة من حيث التطبيق في الواقع؟ أم لأنه لا يتحكم بمفهوم التفويض كتقنية قائمة بذاتها لتسيير المرافق العمومية؟ في الواقع، إنّ المعيار المحدد للتفويض، والمتمثل في حصول المفوض له على أجره من طرف المنتفعين¹⁶، لم يصبح معياراً حاسماً، كما كان عليه في تسعينيات القرن الماضي، إذ أن تطورات الاجتهاد القضائي الفرنسي خاصة، أسفرت عن التخفيف من ثقل هذا المعيار، حيث سمح بتفويض مرافق عامة لقاء أجر تدفعه حصراً الإدارة العمومية¹⁷.

وبحسن نية، نفترض أن المشرع الجزائري قد تبنى في المادة 105 من قانون المياه، موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث، فيما يتعلق بعائدات (أجر) المفوض له تسيير الخدمة العمومية للمياه.

ثانياً: الطابع الكلي أو الجزئي: قد يفوض تسيير الخدمة العمومية للمياه بصفة كلية أو قد يقتصر على جزء منه فحسب.

ثالثاً: الصيغة الخطية: إن عملية تفويض الخدمات العمومية للمياه، التي تتم بموجب اتفاقية، لا يمكن أن تتم إلا بصفة خطية، وهذا ما يؤكد المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 04 نوفمبر 2010، المحدد لكيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير¹⁸.

رابعاً: المدة المحدودة: يفوض تسيير الخدمات العمومية للمياه، لمدة محدودة، ولم ينص قانون المياه ولا النصوص التنظيمية له على مدة تفويض الخدمات العمومية للمياه، إلا أن هذه الأخيرة قد قدرت في اتفاقيات تفويض الخدمات العمومية للمياه عادة بخمس (05) سنوات تبدأ من تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، تكون عادة قابلة للتجديد، وهذا على خلاف امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه الذي يمنح للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام لمدة ثلاثين (30) سنة، والتي تنص عليها النصوص التنظيمية صراحة.

من خلال هذه الخصائص، يتبين لنا أن تفويض الخدمة العمومية للمياه تقنية مستحدثة بموجب هذا القانون، بكونها عمل تعاقدى يأخذ شكل اتفاقية منفصل عن امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه.

المبحث الثاني: اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه

على اعتبار أن تفويض الخدمة العمومية للمياه عبارة عن اتفاقية بين الإدارة المفوضة والشخص المعنوي المفوض له هذه الخدمة، بات من الضروري دراسة هذه الاتفاقية. وأول ما يمكن ذكره، هو أن اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه تخضع للقواعد والشروط العامة لإبرام العقود، إلا أنه بالإضافة إلى هذه الشروط العامة المطبقة على جميع العقود الإدارية، لابد من توفر شروط خاصة بهذه الاتفاقية. ولذلك سنحاول من خلال نصوص المواد من 104 إلى 110 من قانون المياه استنباطها ودراستها في ما يلي:

المطلب الأول: إبرام اتفاقية تفويض الخدمة العمومية للمياه:

إن إبرام اتفاقية تفويض الخدمات العمومية يستدعي وجود أطرافا متعاقدة، موضوعا لهذه الأخيرة وإجراءات لابد من احترامها بغية الوصول إلى اتفاقية صحيحة وقانونية.

الفرع الأول: أطراف الاتفاقية تتمثل أطراف الاتفاقية، في الجهة الإدارية المفوضة، والمفوض له تسيير الخدمة العمومية للمياه.

أولاً: المفوض: يمكن أن يكون المفوض إما:

- **الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة:** والتمثلة في وزارة الموارد المائية، ويكلف وزير الموارد المائية حينئذ بالتوقيع على الاتفاقية، ويتولى المفوض في هذه الحالة تفويض الخدمات المعنية لأشخاص معنوية خاضعة للقانون العام أو القانون الخاص.

- **صاحب الامتياز:** والتمثل في الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير، ويوقع المدير العام للمؤسسة العمومية المعنية حينئذ على الاتفاقية بعد مداولة مجلس التوجيه والمراقبة المعني¹⁹، ويتولى المفوض في هذه الحالة تفويض الخدمة العمومية المعنية إما لأشخاص اعتبارية عامة أو خاصة أو لفرعه أو عدة فروع له أنشأت لهذا الغرض.

ثانياً: المفوض له: تتمتع الجهة المفوضة بحرية اختيار الشخص الذي ستفوض له الخدمة العمومية للمياه، إلا أن هذه الحرية مقيدة بوجود تفويضها لأحد الأشخاص من بين الأشخاص التالية:

- **أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام أو القانون الخاص:** وقد بينت المادة 104 أنه لابد من توفر مؤهلات مهنية في هؤلاء المتعاملين، كما لابد أن يحوزوا ضمانات مالية كافية. يحددها المرسوم التنفيذي رقم 14-139 المؤرخ في 20 أفريل 2014، الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين²⁰.

- فرع أو عدة فروع استغلال منشأة لهذا الغرض: إن صاحب الامتياز المتمثل في الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير هما من لهما صلاحية تفويض كلا أو جزءا من نشاطاتهما لأحد فروعهما أو عدة فروع للاستغلال منشأة لهذا الغرض، حيث ينشأ هذا الفرع أو هذه الفروع أصلا لأجل أن تفوض لها الخدمات العمومية للمياه المعنية إما بصفة كلية أو جزئية. مثاله: شركة المياه والتطهير للجزائر SEAAL.

الفرع الثاني: موضوع الاتفاقية

يتمثل موضوع اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه، في تفويض كل أو جزء من تسيير الخدمات العمومية للماء أو التطهير، على أن يوضح في متنها محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له حسب الخدمة المقدمة، شروط تنفيذ هذه الخدمات، التزامات المفوض له، مدة التفويض، كيفية دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة، معايير تقييم نوعية الخدمة.

الفرع الثالث: إجراءات الاتفاق

إن تفويض الخدمات العمومية للمياه وإن كان يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للمفوض له، فإن وجوده وهدفه الأصلي مرتبط بتحقيق المصلحة العامة، لذلك من الطبيعي أن يمر هذا التفويض بمراحل وإجراءات من شأنها ضمان تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في الآن نفسه. وفي هذا السياق تنص المادتان 105 و 107 من قانون المياه على الإجراءات التالية:.

أولاً: العرض على المنافسة:

يتم تفويض الخدمة العمومية للمياه عن طريق عرضها للمنافسة، ولم يبين قانون المياه الكيفية التي يتم بها العرض للمنافسة، إلا أن هذا العرض لا بد أن يخضع لمبادئ من شأنها أن تحمي عملية التفويض والمرفق المستغل من الفساد والمحسوبية. غير أنه لا بد من التمييز في عند العرض للمنافسة، في هذا المقام، بين حالتين:

1- في حالة كون المفوض له شخصا مغنوبا خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص:

لا بد أن يحترم في هذه الحالة إجراء العرض للمنافسة، وما يمكن الإشارة إليه، هو عدم إخضاع محرروا النصوص المتعلقة بالمنافسة في الجزائر، العقود الإدارية بصفة عامة وعقود تفويض الخدمات العمومية بصفة خاصة إلى قواعد المنافسة، فأحكام المادة 2 من الأمر المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، تخضع سوى الصفقات العمومية لهذه القواعد²¹، ونعتقد أن هذه الثغرة كامنة في القانون الجزائري على اعتبار أن المشرع يطبق على التفويض إجراءات الصفقات العمومية لأنه لا يتحكم بتقنية التفويض، كونها تقنية مستحدثة في قانون المياه.

إلا أنه بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تم إخضاع التفويض لنفس القواعد المطبقة على الصفقات العمومية حيث تنص المادة 209 منه على خضوع اتفاقيات تفويض المرفق العام، لإبرامها إلى نفس مبادئ

الصفقات العمومية المتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات²²، وزيادة على ذلك، يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف.

لذلك إن كان البعض سيرى أنه لا جدوى من النص على تطبيق قواعد المنافسة على الصفقات العمومية و عقود التفويض في الآن نفسه، على اعتبار أن تقنية التفويض لا تختلف عن الصفقة العمومية، لأن هذه الأخيرة تشكل أيضا وسيلة لتنفيذ المرفق العام، غير أن هذا التقارب بين الصفقة العمومية والتفويض وإن وصل في بعض الأحيان إلى حد التطابق بينهما بسبب خضوع التفويض لنظام الصفقات العمومية لاسيما من حيث الإعلان والمنافسة والشفافية والمساواة على الأقل، يمكن الرد عليه بتبيان أن التفويض مفهوم مستقل عن الصفقة العمومية، حيث يختلف عنها من عدة أوجه، يمكن تلخيصها فيما يلي²³:

- يبقى الاستثمار المعيار الحاسم في تكوين تقنية التفويض التي لا تقوم إلا لأن عائدات المستثمر، ترتبط بصورة أساسية بالاستثمار، فتقنية التفويض تستهدف مباشرة تحقيق مرفق عام عبر تسييره واستثماره مباشرة، بالإضافة إلى المخاطر والأعباء التي تنتج عن هذا الاستثمار، في حين أن الصفقة العمومية تستهدف تأمين خدمات والقيام بأشغال تدخل في احتياجات المرفق العام.

- كما أن وجود المنتفع يشكل أحد المعايير في التمييز بين الصفقة العمومية وتقنية التفويض. ففي الصفقة العمومية ليس هناك منتفع باعتبار أن الجماعة العامة تبقى المستفيد الوحيد من تنفيذ الصفقة. بينما في تقنية التفويض يبقى المستهلك أو المنتفع هو المستفيد من خدمات المرفق العام. وإن كانت بعض الصفقات العمومية تؤول بالدرجة الأولى للمنتفعين - كالصفقات العمومية للشق الطرقات السريعة مثلا- فإن الجماعة العامة هي الوسيط في تأمين هذه الخدمات.

- مبدأ الاعتبار الشخصي، فإذا كانت تقنية التفويض تخضع لقواعد المنافسة العلنية والمساواة إضافة إلى آلية استدراج العروض المطبقة في نظام الصفقات العمومية، إلا أن الجماعة العامة تبقى متمتعة بحرية التفاوض ومن ثم اختيار المستثمر خلافا لما عليه الحالة في الصفقة العمومية.

- إن الملتزم في الصفقة العمومية يعمل كوكيل عن الجماعة العامة أي باسمها ولحسابها، خلافا لما هي عليه الحالة في تقنية التفويض حيث يعمل المستثمر باسمه ولحسابه.

2- في حالة كون المفوض له فرع أو عدة فروع لصاحب الامتياز أنشأت لهذا الغرض:

في هذه الحالة لا يجبر صاحب الامتياز، المفوض لكل أو جزء من الخدمة العمومية للمياه لأحد فروع، على احترام الإجراءات الخاصة بالعرض للمنافسة. ويدعى هذا النوع من اتفاقيات التفويض التي لا تخضع لهذه الإجراءات ب: التفويض « *in house* » adélégation « *in house* » - حيث يمكن للسلطة المفوضة أن تعهد، بكل حرية، تسيير الخدمة العامة إلى هيئة تمارس عليها سلطتها الرقابية. وتكون فعليا معفاة من احترام إجراءات الإعلان والعرض للمنافسة²⁴.

ثانيا: التوقيع والموافقة على اتفاقية التفويض:

1- التوقيع على الاتفاقية:

بعد اختيار المفوض له المناسب، لا بد من التوقيع على اتفاقية تفويض الخدمات العامة للمياه من طرف المفوض والمفوض له، ويختلف الشخص المعني بالتوقيع بصفته مفوضا باختلاف الجهة المفوضة، فنميز بين حالتين:

- لما يكون المفوض وزارة الموارد المائية: يكلف وزير الموارد المائية حينئذ بالتوقيع على الاتفاقية.
- لما يكون المفوض صاحب الامتياز: المتمثل في الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير، ويوقع المدير العام للمؤسسة العمومية المعنية حينئذ على الاتفاقية بعد مداولة مجلس التوجيه والمراقبة المعني.

2- الموافقة على اتفاقية التفويض:

صدر بهذا الخصوص المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 04 نوفمبر 2010، المحدد لكيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير²⁵، وميّز من حيث كيفية الموافقة على الاتفاقية بدورها، بين حالتين:

- في حالة كون المفوض له شخصا معنويا خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص: يوافق على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، في هذه الحالة، بموجب مرسوم تنفيذي.
- في حالة كون المفوض له فرع أو عدة فروع لصاحب الامتياز أنشأت لهذا الغرض: يوافق على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه في هذه الحالة بقرار مشترك بين وزير الداخلية ووزير الموارد المائية.

المطلب الثاني: تنفيذ اتفاقية تفويض تسيير الخدمة العمومية للمياه

لم ينص قانون المياه على كيفية تنفيذ اتفاقية لتفويض، غير أنه يمكننا استنتاج أنّ عملية التفويض ما هي إلا تبادل لمصالح مزدوجة بين الجهة المفوضة من جهة، وللمفوض له المستثمر من جهة أخرى، حيث لا بد أن تحقق لصالح المفوض أفضل خدمات عمومية للمياه ومن ثم تحقيق المصلحة العامة أولا وقد يضاف إليها على وجه التبعية تحقيق أرباح مادية، أما بالنسبة للمفوض له فلا بد أن تحقق له أكبر قدر من العائدات والأرباح، وذلك كله يستلزم وجود توازن بين المصلحتين، ولا يتم ذلك إلا بتحديد واضح لالتزامات وحقوق كل من أطراف الاتفاقية:

الفرع الأول: التزامات وحقوق المفوض له

طيلة مدة التفويض يمنح المفوض له الصلاحيات والامتيازات الضرورية لتسيير الخدمات العمومية للمياه في ظروف اقتصادية ملائمة (حقوقه)، وتفرض عليه بالمقابل (التزامات).

• **التزامات المفوض له:** يعتبر المفوض له مسؤولا عن حسن سير واستغلال الخدمات المفوضة، ولذلك يكون ملزما بتسييرها التزام الرجل الحريص، تحت مسؤوليته وبتحمله جميع الأعباء والمخاطر، وفقا لبنود العقد. وإن تعددت هذه الالتزامات، إلا أننا يمكن أن تصنيفها إلى:

1- **التزامات متعلقة باستغلال الخدمات العمومية للمياه:** من التزامات المفوض له، الالتزام بالتسيير الحسن للخدمات العمومية للمياه، فالمفوض له مسؤول عن تنفيذ الخدمات العمومية للمياه أمام الجهة المفوضة والغير على حد السواء، كما يتعين عليه أيضا أن يغطي مسؤوليته المدنية وكذا الأخطار التي يمكن أن تحدث خلال فترة التفويض عن طريق اكتتاب عقود التأمين المناسبة.

2- **التزامات متعلقة باحترام القواعد والشروط التي تحكم المرفق العام:** يلتزم المفوض له بتسيير الخدمات العمومية للمياه احترام المبادئ التي تسيير وفقها المرافق العامة عامة، فيتعين عليه بذلك احترام مبدأ المساواة بين المنتفعين، ومبدأ الاستمرارية، واحترام النظام والتشريع المعمول بهما خلال مدة التفويض.

- **حقوق المفوض له:** تتمثل حقوق المفوض له الخدمة العمومية للمياه، في:
 - الحق في تنفيذ مشروعه واستغلال المرفق حتى انتهاء المدة المتفق عليها في اتفاقية التفويض.
 - الحق في الحصول على مقابل مالي.
 - الحق في تعويض عادل بناء على فكرة التوازن المالي،
 - الحق في الحماية، وذلك بمنح المفوض له طيلة مدة التفويض أو في جزء منها حقا مانع أو حصريا.

الفرع الثاني: التزامات وحقوق الجهة المفوضة:

على غرار المفوض له تسيير الخدمات العمومية للمياه، تلتزم الجهة المفوضة هي الأخرى بالتزامات وتتمتع بحقوق نلخصها فيما يلي:

• الالتزامات الجهة المفوضة:

تعد حقوق المفوض له في الآن نفسه التزامات الجهة المفوضة، وتوزع هذه الالتزامات على مرحلتين:

1- مرحلة ما قبل التفويض:

تتمثل التزامات الجهة المفوضة في هذه المرحلة في احترام إجراءات العرض على المنافسة وإبرام اتفاقية التفويض، وفقا لما تنص عليه المواد 105، 106، 107 و 108 من قانون المياه.

2- مرحلة تنفيذ التفويض:

تتمثل التزامات الجهة المفوضة في هذه المرحلة في احترام البنود الواردة في اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه، لاسيما تمكين المفوض له من تسيير الخدمات المفوضة، بالتنازل له عن الهياكل الضرورية لذلك وعدم القيام بأي تصرف من شأنه أن يحرمه هذا الحق، إلا إذا كانت المصلحة العامة هي التي تفرض ذلك.

• حقوق الجهة المفوضة:

للجهة المانحة لتفويض الخدمات العمومية للمياه، حقوق مستمدة من طبيعة المرفق العام هي: حق الرقابة الذي ينتج عنه حق فرض العقوبات في حالة إخلال المفوض له بالتزاماته والتمثلة في الغرامات المالية، التنفيذ بواسطة الإدارة أو الوضع تحت الحراسة، الفسخ، العزل والعقوبات الجزائية، إلى جانب حق التعديل، وحق الاسترداد.

المطلب الثالث: إنهاء اتفاقية تفويض تسيير الخدمة العمومية للمياه

تنتهي اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه إما بنهاية مدتها أو تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها وهي النهاية الطبيعية (العادية) للعقود الإدارية أو قبل نهاية مدتها لأسباب عدة، وهي النهاية غير الطبيعية (غير العادية) أو المبسترة.

الفرع الأول: النهاية الطبيعية لاتفاقية تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه

تنتهي اتفاقية تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه، بسبب تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها أو لانتهاء المدة المتفق عليها دون تجديدها، والتي تقدر على العموم في الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال، لاسيما مع الأشخاص المعنوية الخاصة الأجنبية، التي تتخذ عادة شكل التسيير مفوض، بخمس (05) سنوات يبدأ سريانها من تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، وإن تقديرا لهذه المدة، جاء قياسا على المدد، التي تضمنتها عقود التسيير المبرمة في هذا المجال على أرض الواقع، حيث أنه لا قانون المياه، ولا نصوصه التنظيمية، حددت مدة معينة لتفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه.

الفرع الثاني: إنهاء الاتفاقية قبل نهاية مدتها: النهاية غير الطبيعية أو المبسترة

وقد تنتهي هذه الاتفاقية بإنهاء الجهة المفوضة لها عن طريق الفسخ أو الإلغاء كجزء لإخلال المفوض له بالتزاماته أو لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك (الفسخ عن طريق الإدارة)، أو بفسخه بواسطة القاضي (الفسخ القضائي)، بناء على طلب أحد طرفيه إذا أصبح المشروع خاسرا دون أمل في إصلاحه، أو كعقوبة يحكم بها القاضي كذلك نتيجة إخلال أحد الطرفين الجسيم بشروط وأحكام الاتفاقية، أو بسبب القوة القاهرة، كما قد تنتهي بإرادة الأطراف المتعاقدة (الفسخ باتفاق الطرفين)، وقد تنتهي إعمالا لنصوص قانونية تقضي بفسخ العقود الإدارية بقوة القانون دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك (الفسخ بقوة القانون).

خاتمة:

إنّ التفويض كأسلوب منتهج لتسيير المرافق العامة ومن ثم الخدمة العمومية وإن بدا أسلوبا حديثا، إلا أنه في الواقع ليس بهذه الحداثة من حيث التطبيق، بل إنه امتداد لامتياز المرفق العام، ويعد في الوقت الراهن أحد أهم السياسات المنتهجة من قبل الدول المتقدمة وتلك التي في طور النمو على حد سواء، كونه يعتبر من بين أنجع الحلول القانونية والاقتصادية للأزمات المالية والتقنية التي تعيشها بلدان العالم ومرافقها العامة، بما فيها الجزائر.

وإن قانون المياه هو الذي كرس، للمرة الأولى سنة 2005، مفهوم التفويض الاتفاقي للخدمة العمومية إذ نص على مصطلح " تفويض " صراحة مميّزا إياه عن مصطلح " امتياز"، وقد جاء قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق لعام لسنة 2015 ليرفع اللبس عن بعض الجوانب الخاصة بالتفويض، رغم ذلك يبقى الأمر غير كافيا للتطبيق السليم لتفويضات المرفق العام على أرض الواقع.

قائمة المراجع:

• المراجع باللغة العربية:

• الكتب:

1-الدكتور وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009

• الأطروحات:

1-سلمى بقار، النظام القانوني لاستثمار الموارد المائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق- تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق سعيد حمدين، السنة الجامعية 2015-2016.

• النصوص القانونية:

1- قانون رقم 90-08 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية (ج ر العدد 15 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1990، ص 488).

2- قانون رقم 90-09 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية (ج ر العدد 15 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1990، ص 504).

3- قانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه (ج ر عدد 60 الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 2005، ص 3).

4- مرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (ج ر العدد 50 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 3).

- 5- مرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتعلق بإنشاء الجزائرية للمياه (ج ر عدد 24 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2001، ص 4-11).
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 01-102، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتعلق بإنشاء الديوان الوطني للتطهير (ج ر عدد 24 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2001، ص 11-17).
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 10-275 المؤرخ في 04 نوفمبر 2010، المحدد لكيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير (ج ر العدد: 68، الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2010، ص: 16 وما يليها).
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 14-139 المؤرخ في 20 أبريل 2014، (ج ر العدد: 26، الصادر بتاريخ : 07 ماي 2014، ص: 6 إلى 10).
- 9- تعليمة وزير الداخلية رقم 94-03/842 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري (غير منشورة).

• المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 - AUBY J-F, Les services publics locaux, P.U.F, Que Sais Je, 1^{ere} édition, Paris, 1982.
- 2- BENAKZOUH Chabane, Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (position théoriques et cas pratiques), RASJEP, Nouvelle série N 01, Mars 2011
- 3- CHAPUS. R, Droit administratif général, Tome 1, 10^{me} édition, Montchrestien, Paris, 1996
- 4- CHENUAUD-FRAZIER Carole, La notion de délégation de services publics- Revue de droit public, N : 01, Paris, 1995.
- 5- ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012.
- 6- CE, 15 avril 1996, N 168325, Préfet des Bouches-du-Rhône, c/ Commune de Lambesc, www.rajf.org
- 7- CE, 7 Novembre 2008, N 291794, Département de la Vendée, www.rajf.org.

الهوامش:

- 1- قانون رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بالمياه (ج ر عدد 60 الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 2005، ص 3).
2-ZOUAIMIA Rachid, La délégation de service public au profit de personnes privées, Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012, P : 4-5.
- 3- قانون رقم 90-08 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية (ج ر العدد 15 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1990، ص 488).
- 4- قانون رقم 90-09 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية (ج ر العدد 15 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1990، ص 504).
- 5- تعليمة وزير الداخلية رقم 94-03/842 المؤرخة في 7 ديسمبر 1994، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري (غير منشورة).
- 6 - Voir ZOUAIMIA Rachid, Op. Cit, P : 59 à 65.
- 3-ZOUAIMIA Rachid, Op. Cit, P : 74.
- 8 -AUBY J-F, Les services publics locaux, P.U.F, Que Sais Je, 1^{ère} édition, Paris, 1982, p : 10.
- 9-Carole CHENUAUD-FRAZIER, , La notion de délégation de services publics- Revue de droit public, N : 01, Paris, 1995. p : 176.
- 10 -CHAPUS. R, Droit administratif général, Tome 1, 10^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1996, p : 516.
- 11- الدكتور وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص: 62.
- 12- ج ر العدد 50 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 3.
- 13 -ZOUAIMIA Rachid, Op. Cit, P : 68-69.
- 14- الدكتور وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص: 71.
- 15 - BENAKZOUH Chabane, Les mutations des contrats publics en droit algérien : de la concession au contrat complexe de partenariat (position théoriques et cas pratiques), RASJEP, Nouvelle série N 01, Mars 2011, p :84.
- 16-CE, 15 avril 1996, N 168325, Préfet des Bouches-du-Rhône, c/ Commune de Lambesc, www.rajf.org
- 17- CE, 7 Novembre 2008, N 291794, Département de la Vendée, www.rajf.org
- 18- الجريدة الرسمية العدد: 68، الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2010، ص: 16 وما يليها.
- 19- انظر بهذا الخصوص المادتين: 13 و 17، من المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتعلق بإنشاء الجزائرية للمياه (ج ر عدد 24 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2001، ص 4-11) والمادتين: 15 و 19، من المرسوم التنفيذي رقم 01-102، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتعلق بإنشاء الديوان الوطني للتطهير (ج ر عدد 24 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2001، ص 11-17).
- راجع أيضا سلمى بكار، النظام القانوني لاستثمار الموارد المائية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق- تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق سعيد حمدين، السنة الجامعية 2015-2016.
- 20- الجريدة الرسمية العدد: 26، الصادر بتاريخ : 07 ماي 2014، ص: 6 إلى 10.
- 21- ZOUAIMIA Rachid, Op. Cit, P : 82.
- 22- المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- 23- د. وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص: 502 إلى 510.
- 24-ZOUAIMIA Rachid, Op. Cit, P : 81.
- 25 ج ر العدد 68 الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 2010، ص 16.

عنوان المداخلة : مكانة مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة في التشريع الجزائري -

د/ عمار زعبي

ط د/ الزهرة بره

جامعة الشهيد حمّـه لخضر الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة 2 لونيبي علي

مقدمة:

يعد مبدأ حرية المنافسة من أهم المبادئ التي حرصت مختلف النظم القانونية على إقرارها، خاصة في الدول المسائرة للتوجه الليبرالي ومن ضمنها الجزائر، حيث أولى المشرع الجزائري عناية خاصة لفكرة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وذلك من خلال التنصيص عليها في عدة قوانين، نذكر منها: قانون الصفقات العمومية، قانون المنافسة، وكذا قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

تجلى هذا الإهتمام أكثر من خلال التعديلات العديدة والمتعاقبة التي مسّت تنظيم الصفقات العمومية، إذ سعى المشرع في كل مرة إلى تدارك الأخطاء و سدّ الثغرات الواردة في القوانين السابقة، وآخر ما توصل إليه المشرع الجزائري في هذا المجال هو المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁽¹⁾.

إن الإعتراف بمبدأ حرية المنافسة كأحد أهم المبادئ النازمة للنشاط الإقتصادي يعد إنعكاسا واضحا للأفكار التي تبنتها الجزائر وأكدت عليها، من خلال إصدارها لعدة نصوص قانونية ذات طابع ليبرالي أهمها القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، والمرسوم رقم 88-201 الذي تضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الإشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرد بأي نشاط إقتصادي وإحتكار التجارة، وكذا القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار⁽²⁾ الذي اهتم بتنظيم عملية تحرير أسعار المواد والخدمات وتضمن قواعد تتعلق بالمنافسة، كما تم إصدار القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض الذي أقرّ عدم التمييز بين البنوك العامة والبنوك الخاصة بإخضاعها لنفس النظام القانوني. إلى جانب كل ذلك صدر الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، وتم من خلاله التأكيد على أن الأسعار تحدد بصفة حرة إعتقادا على قواعد المنافسة، ليتم فيما بعد تكريس هذه الأفكار دستوريا عن طريق تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة بنص المادة 37 من دستور 1996⁽²⁾ والتأكيد عليها بنص المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي كفلت حرية ممارسة الاستثمار والتجارة لكافة المتعاملين الإقتصاديين دون

استثناء بشرط التقيد بحدود وضوابط القانون، وذلك بنصها : « حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون ».

يعالج هذا البحث المكانة التي أولاها المشرع لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ويطرح الأشكال التالي: هل حظي مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري بالمكانة اللائقة التي تسمح له بضمان الشفافية والنزاهة والتنافس الشريف بين مختلف المتعاملين في ميدان الصفقات العمومية؟ للإجابة على هذا الاشكال، حاولنا الإلمام بمختلف المراحل التي مرّت بها عملية تكريس مبدأ حرية المنافسة في القوانين الخادمة لهذا الهدف. وذلك من خلال ثلاث محاور.

أولاً: تكريس مبدأ حرية المنافسة في القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية

حرص المشرع الجزائري على تجسيد فكرة حرية المنافسة في مختلف القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية حماية لمصالح المتعاقد مع الإدارة، من جهة، وحماية للمصلحة العامة، من جهة أخرى، وذلك عن طريق دفع المتعاقد إلى توفير أفضل الأنواع وبأقل الأثمان، وإتاحة الفرصة أمام الإدارة لتلبية إحتياجاتها من بين العروض المقدمة. وسنحاول التطرق لمختلف هذه القوانين ومدى تكريسها لمبدأ حرية المنافسة في النقاط التالية :

1/ الأمر رقم 67-90 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية⁽³⁾ ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة

يعتبر أول تشريع للصفقات العمومية في الجزائر المستقلة، وقد كرس هذا القانون الثلاثة الشائعة في إبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في المناقصة، طلب العروض والتراضي، وذلك بموجب المواد 32، 42 و 60 على التوالي⁽⁴⁾، فجعل من المناقصة هي الأصل والأساس حفاظا على شفافية العملية التعاقدية، ونص على طريقة طلب العروض وجعلها بمثابة طريقة إستثنائية، يتم اللجوء إليها إذا كان موضوع الصفقة يتطلب مؤهلات تقنية وإمكانات مادية خاصة، كما إعترف للإدارة المتعاقدة بإمكانية اللجوء إلى التراضي ضمن حالات معينة ذكرها على سبيل الحصر.

وكان الهدف من إصدار هذا النص في ظل النظام الإشتراكي السائد آنذاك، يتمثل أساسا في حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية وتنفيذ المخططات الوطنية،⁽⁵⁾ وبالتالي لم يول الاهتمام الكافي لتكريس حرية المنافسة.

2/ المرسوم رقم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي⁽⁶⁾ ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة

صدر هذا المرسوم بهدف تطبيقه على كافة أجهزة الدولة وهيئاتها ووحداتها في سياق توحيد النظام القانوني لصفقات وعقود الإدارات والمؤسسات العامة، إنسجاما مع الخيار الإشتراكي الذي يقوم أساسا على وحدة القانون، ويظهر تطبيق قواعد المنافسة في هذا المرسوم من خلال الباب الثالث الذي تضمن طرق إبرام الصفقات العمومية، وقد حددها بطريقتين، أسلوب التراضي الذي يتم اللجوء إليه في حالات تضمنتها

المادة 44، وأسلوب الدعوة للمنافسة التي تم تحديد أشكالها في المواد من 26 إلى 34، ويبدو الأخذ بمبدأ حرية المنافسة بصورة جلية بموجب نص المادة 28 التي تنص صراحة على أن « الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عرضاً أفضل». ومع ذلك فقد تضمنت المادة 24 من هذا المرسوم تقييدا لرية المنافسة عن طريق اعطاء الأولوية في اختيار المتعامل المتعاقد للقطاع العام على حساب القطاع الخاص وللمتعامل الوطني على حساب الأجنبي.

3/ المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽⁷⁾ ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة

أهم ما ميّز هذا المرسوم أن تطبيقه إقتصر على القطاع الإداري بالدولة دون القطاع الإقتصادي - ممثلا في المؤسسات العمومية الإقتصادية- الذي أصبح خاضعا للقانون الخاص، وقد خُصص الباب الثالث منه لإجراءات إختيار المتعامل المتعاقد ونص على كيفيتين ممثلتين في التعاقد عن طريق التراضي والتعاقد عن طريق المناقصة، وفي كلتا الطريقتين تجسيد لمبدأ حرية المنافسة، وقد تم تدعيم هذا المبدأ عن طريق إقرار مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين فلا أفضلية للقطاع العام على القطاع الخاص، وكذا إخضاع الصفقة للرقابة بمختلف أنواعها الداخلية، الخارجية ورقابة الوصاية، وذلك بهدف بعث شفافية أكبر على إبرام الصفقات العمومية.⁽⁸⁾

وما يمكن ملاحظته بالنسبة لهذه النصوص القانونية الثلاثة، أنها صدرت قبل صدور قانون المنافسة مما يدل على خضوع الصفقات العمومية لمبادئ المنافسة حتى قبل صدور القوانين التي تنظمها، أي في ظل إعتناق الجزائر للنظام الإشتراكي. وقد تم تفسير ذلك بإتباع المشرع الجزائري لأحكام قوانين الصفقات العمومية الغربية التي تنتهج النظام الليبرالي مما جعل تكريس مبادئ المنافسة - في الغالب - نظري أكثر ما هو واقعي.⁽⁹⁾

4/ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم⁽¹⁰⁾ ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة

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

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

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

5/ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم⁽¹¹⁾ ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة

جاء هذا المرسوم كثمرة لتطور النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية التي سبقته، خاصة فيما يتعلق بضمان حرية المنافسة، حيث إشتل على تعديلات تهدف إلى مواجهة الحالات التي تتعرض فيها المنافسة للتقييد والعرقلة وذلك بإدراج أحكام جديدة مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الإقتصادي. ومن تلك القواعد، ما تضمنه نص المادة 02 منه⁽¹²⁾ التي أقرت بأن المؤسسات العمومية الإقتصادية وبرغم عدم خضوعها لأحكام هذا المرسوم، إلا أنه يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام صفقاتها على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب العمومي، المساواة في التعامل بين المترشحين، وشفافية الإجراءات. وما دعى المشرع إلى إتخاذ هذا الإجراء، هو كثرة الصفقات المشبوهة التي أبرمت في القطاع الإقتصادي نتيجة الإعتراف للمؤسسة الإقتصادية بحرية التعاقد.

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

6/ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومدى تكريسه لمبدأ حرية المنافسة

أكد هذا المرسوم على ضمان الاجراءات الكفيلة بتجسيد مبدأ حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية وذلك من خلال نص المادة 05 التي جاءت بنفس صياغة المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، وتتمثل هذه الاجراءات في: ضمان حرية الوصول للطلبات العمومية، إقرار المساواة بين المتنافسين وضمان شفافية الإجراءات الخاصة بإبرام الصفقة العمومية.

- ضمان حرية الوصول للطلبات العمومية

ويقصد به فسخ المجال لكل من تتوفر فيهم الشروط لتقديم عروضهم، مما يقتضي إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط المحددة مسبقا، ولا يجوز للإدارة إقصاء أيا منهم من المنافسة.

إلا أن هذا الاجراء لا يطبق على إطلاقه، ذلك أن حرية الوصول للطلبات العمومية لا تعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءاتهم. فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد، على أساس مقتضيات المصلحة العامة، إلا أنه لا يمكنها إبعاد الراغبين في الإشتراك في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط المطلوبة من الناحيتين التقنية والمالية، وبذلك تقف الإدارة موقفا حياديا إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عدّ فعلها من قبيل المحاباة.⁽¹³⁾

- اقرار المساواة بين المتنافسين

ويقصد بذلك وجوب التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة، من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والاجراءات المقررة دون تفرقة بينهم، أي أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا. وفي ذلك تجسيد لمبدأ حرية المنافسة والمساواة أمام المرفق العام تعني إقصاء كل تفضيل في إسناد الصفقة، وتقتضي كفالة حق تقديم العروض لكل من يستوفون الشروط المطلوبة، ودراستها وفق نفس الاجراءات والاشكال التي حددها القانون المعمول به دون تهميش أي عارض،⁽¹⁴⁾ فلا مفاضلة بينهم إلا على أساس الكفاءة الفنية، والمقدرة المالية على الإضطلاع بأعباء المشروع موضوع التعاقد.

- ضمان شفافية إجراءات ابرام الصفقة العمومية

تعرف الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يُمكن المتنافسين أوحثي غيرهم من ذوي المصلحة، من التأكد من أن عملية إبرام الصفقة وإختيار المتعاقد مع الادارة قد تم وفق إجراءات سليمة ووسائل واضحة ومحددة.⁽¹⁵⁾ كما تعني الشفافية وضوح القواعد التشريعية والتنظيمية الخاصة بإبرام الصفقة العمومية، وسهولة الإطلاع على الممارسات الفعلية الخاصة بها. وتكريس الشفافية في إجراءات ابرام الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي مفاده أنه كلما زادت نسبة الشفافية قلت نسبة الفساد.

يعد هذا الاجراء أمرا جوهريا يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاته في جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية.، ولن يتأتى لها ذلك إلا من خلال إطلاع المتنافسين على كل الوثائق الخاصة بالصفقة ابتداء من دفتر الشروط وإلى غاية المنح المؤقت، وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد والمواصفات المطلوبة للتعاقد، وكذا تمكينهم من حضور أعمال لجان فتح الأظرفة والإطلاع على نتائج المنح المؤقت للصفقة.

وعليه، فإن ضمان حرية الترشح وقرار المساواة بين المتنافسين وتجسيد الشفافية والعلانية، اجراءات مترابطة ومتكاملة فيما بينها، بحيث لا يمكن تحقق أحدها إلا بتوفر الأخرى، وهي تشكل في مجموعها دعامة حقيقية لحرية المنافسة، وضمانة للإدارة لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية، من خلال اختيار المتعاقد الكفاء الذي يراعي مصلحة الإدارة ويسعى لتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة.

من تطبيقات مبادئ المنافسة الحرة ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ما أقرته المادة 72 التي أكدت بأنه إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن طريق المصلحة المتعاقدة، كتابيا، التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة. وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية. وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.

هذا النص مستوحى من المادة 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة،⁽¹⁶⁾ التي تمنع عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق، إذ كان الهدف من وراء ذلك إبعاد مؤسسة ما أو عرقلة منتجاتها من الدخول إلى السوق.

كذلك من النصوص المكرسة لمبادئ المنافسة، ما تضمنته المادة 72 سابقة الذكر التي سمحت للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بإمكانية إقتراح رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المقبول، تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد يتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت، ذلك لأن المتعاقل الحائز على مثل هذا العقد يمكن أن يستغل وضعية الهيمنة بشكل تعسفي خلال فترة العقد، فنكون أمام حالة تعسف ناتجة عن وضعية الهيمنة المحضورة بنص المادة 07 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، والتي تمنع أي شكل من أشكال تقييد المنافسة عن طريق التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق.

ونشير إلى أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، قد ساهم في تجسيد مبادئ حرية المنافسة في كافة نصوصه، خاصة تلك المتعلقة بكيفيات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية حيث حدّد طرق إبرام الصفقات العمومية وحصرها في أسلوبين، فاعتبر إجراء طلب العروض كقاعدة عامة وأولاه أهمية خاصة من خلال ضبط أشكاله وتحديد إجراءاته حرصا منه على اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعاقل الكفاء القادر على تأدية الخدمة العامة بأقل التكاليف واحسن التقنيات، ويعتبر هذا الإجراء المجال الخصب والآلية المناسبة لتكريس مبادئ المنافسة خاصة إذا إلترمت المصلحة المتعاقدة بكافة الإجراءات المقررة بموجبها بما فيها الاعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء، الزامية الاعلان عن الصفقة العمومية ووضع الوثائق المتعلقة بالمنافسة تحت تصرف المترشحين دون تمييز، كما فسح مجالا من الحرية للإدارة لإعتماد أسلوب التراضي مع تقييدها ببعض الإجراءات حفاظا على مبادئ المنافسة وشفافية الإجراءات ولو بصورة جزئية.

ثانيا : امتداد قانون المنافسة الى مجال الصفقات العمومية

قد تتعرض المنافسة لبعض الممارسات التي تقيدها أوتؤدي إلى الإخلال بها، وهذا ما جعل السلطة العامة في الدولة مجبرة أن تتدخل بصورة غير مباشرة لوضع حد لهذه التجاوزات، وكان ذلك عن طريق سن تشريعات تهدف إلى تنظيم البيئة التجارية ونشاطها وممارساتها، وتسعى إلى الحد من تمركز القوى الإقتصادية وسيطرتها على السوق، و من أهم تلك التشريعات ما يطلق عليه قانون المنافسة وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية الموضوعة من قبل السلطة العامة قصد تنظيم الحياة الإقتصادية فيما بين المتعاملين الإقتصاديين، مع ضمان حقوقها والتزاماتها فيما بينها ومع غيرها.⁽¹⁷⁾ وتبرز أهمية التشريعات التي تتناول المنافسة في أنها ليست أحكاما خاصة بنشاط إقتصادي معين تهدف إلى تغطيته وتناوله بالذات، بل تتضمن أحكاما عامة تهدف إلى تنظيم ممارسة النشاط التجاري بما يضمن السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية الإقتصادية.

ونظرا لأهمية هذه التشريعات فقد تبنت معظم الدول عملية سنها وتنظيمها، ومن بينها الجزائر، التي أصدرت أول قانون خاص بالمنافسة بعد الإصلاحات التي باشرتها بإنتهاجها نظام إقتصاد السوق المبني على المنافسة الحرة، وكان ذلك بموجب الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة،⁽¹⁸⁾ الذي تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، حيث فصل المشرع الممارسات التجارية عن قانون المنافسة وأفرد لها قانونا خاصا تحت رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،⁽¹⁹⁾ فيما حُصص قانون المنافسة للأحكام المتعلقة بمبادئ المنافسة والهيئة المشرفة على تطبيق قواعدها، ممثلة في مجلس المنافسة.

أما بخصوص مجالات تطبيق قانون المنافسة ومدى إعتبار الصفقات العمومية إحدى هذه المجالات فقد نصت المادة 02 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة قبل تعديلها على مايلي: « يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميين، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام ».

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

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

- الصفقات العمومية، بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة». فأصبح قانون المنافسة يسري في مواجهة المتنافسين على الصفقات، وكذا في مواجهة الإدارة المتعاقدة في حال إخلالها بمبادئ المنافسة، وتطبيق هذا النص يثير العديد من الاشكالات على أساس أن ممارسات الشخص العام التي تخل بالمنافسة في الصفقات العمومية تتعلق بالنشاط الإداري للمرفق العام، وبالتالي فإن الإختصاص فيها يعود للقضاء الإداري الذي يفصل فيها وفقا لقانون الصفقات العمومية، وهو ما أدى بالمشرع إلى إدراج فقرة أخيرة ضمن نص المادة 02، المذكورة سابقا، إستثنى فيها تطبيق قانون المنافسة على تصرفات الشخص العام إذا كان في ذلك إعاقة لآداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

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

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

- ممارسات منفصلة عن امتيازات السلطة العامة، تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة وتخضع لأحكام قانون المنافسة وإختصاص مجلس المنافسة، وبذلك يتم إستبعاد القضاء الإداري بخصوص منازعاتها، طالما أن قرارات مجلس المنافسة خاضعة للطعن فيها أمام القضاء العادي وبالتحديد الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، إستنادا لنص المادة 63 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.⁽²⁰⁾

ويعود سبب إنفصال هذه الممارسات عن إمتيازات السلطة العامة، إما لكونها صادرة عن الإدارة المتعاقدة بوصفها عونا إقتصاديا يقوم بنشاط إقتصادي لا بوصفها سلطة عامة تمارس نشاطا إداريا، وإما لكونها صادرة عن المؤسسات المتنافسة، حيث أن تقدم هذه المؤسسات بعروض لنيل الطلبات العمومية يدل على أنها تمارس نشاطا إقتصاديا بغض النظر عن كونها من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، لأن العبرة تكمن في إدراج العمل الذي تقوم به ضمن النشاط الإقتصادي.⁽²¹⁾

وفي حال تسببت هذه المؤسسات في الإخلال بقواعد المنافسة فإنها تخضع إلى متابعة مجلس المنافسة، حيث تم تعديل المادة 06 من الأمر 03-03 بموجب المادة 05 من القانون 08-12 وذلك بإدراج عملية السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن الممارسات المحضرة الخاضعة لرقابة مجلس المنافسة وذلك بنصها: « تحضر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات والإتفاقيات 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 منها، لا سيما عندما ترمي إلى : -

- السماح بمنح صفة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة».

وتتضح هذه الممارسات بصورة جلية في مجال صفقات البناء والأشغال العمومية، حيث تتفق المؤسسات المتنافسة، مسبقا، على اقتسام الصفقات العمومية في السوق عن طريق تعيين مؤسسة تقترح أفضل عرض، ويكون ذلك بالتداول فيما بين هذه المؤسسات من أجل إقتسام المنافع، فتتخذ المصلحة المتعاقدة المعلنة عن الصفقة بهذه المنافسة الظاهرية والمديرة ضمنا.⁽²²⁾

ثالثا : دور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تجسيد مبدأ حرية المنافسة

تماشيا مع السياسة الدولية الرامية إلى مكافحة الجرائم المتعلقة بالفساد، صدر القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.⁽²³⁾ وكان صدوره نتيجة تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003⁽²⁴⁾.

نصّ المشرع من خلال هذا القانون على ضرورة التقيد بمبادئ الشفافية والمساواة وحرية بلوغ الصفقات العمومية وأكد على دورها في ضمان نزاهة عملية إبرام الصفقة العمومية، وذلك بموجب نص المادة 09 منه التي جاء فيها : « يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.....».

وقد اشتمل هذا القانون على عدة نصوص خاصة بتجريم المخالفات المرتكبة عند إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية تضمنتها المواد 26، 27، 35 منه، وتم تصنيف هذه الجرائم إلى ثلاث صور : جريمة منح امتيازات غير مبررة بمناسبة إبرام صفقة عمومية، جريمة الرشوة، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

هذا وقد أنشأ المشرع الجزائري هيئات إدارية لمكافحة الفساد بصفة عامة، ويندرج ضمن اختصاصها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، مهمة مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، من أهمها المفتشية العامة للمالية، مجلس المحاسبة، والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التي تم تأسيسها كآلية لضمان الوقاية من الفساد ومكافحته بموجب المادة 17 من القانون رقم 06-01، وحددت طبيعتها القانونية بموجب المادة 18 من نفس القانون بنصها: « الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتوضع لدى رئيس الجمهورية. تحدد تشكيلة الهيئة وتنظيمها وكيفية سيرها عن طريق التنظيم ». وقد تم تنظيم عمل هذه الهيئة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06 - 413 المؤرخ في 22/11/2006 الذي يحدد تشكيلها وتنظيمها وكيفية سيرها.⁽²⁵⁾

وفي الأخير نشير إلى أن المشرع الجزائري تبنى مبدأ حرية المنافسة وأرسى قواعده في مجال الصفقات العمومية بما يسمح بحرية المشاركة ودخول المنافسة لكل المتعاملين الإقتصاديين، ولكنه في المقابل وضع قيودا وضوابط لممارسة هذه الحرية، لأن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه بصورة مطلقة، فنجد أن المشرع يتدخل من حين إلى آخر، عن طريق إرساء جملة من المبادئ الخاصة بمكافحة الفساد، الحفاظ على السيادة الوطنية وتحقيق مبدأ الأفضلية الوطنية، حتى لو كان في ذلك تقييد لمبدأ حرية المنافسة.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة توصلنا الى النتائج التالية :

- تبنى المشرع الجزائري مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية بشكل تدريجي تبعا للسياسة المنتهجة في البلاد، ففي ظل النظام الاشتراكي كان تكريس هذا المبدأ بشكل محدود نظرا لوجود عدة ضوابط وقيود، ليتم فيما بعد تجسيده بشكل صريح اثر تبني الدولة لسياسة الانفتاح الاقتصادي.
- كان المشرع الجزائري حريصا على ايجاد الآليات القانونية التي من شأنها ضمان تكريس وتجسيد مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، تجلى ذلك من خلال عدة نصوص قانونية في مقدمتها دستور 1996، قانون الصفقات العمومية، قانون المنافسة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.
- ووفق المشرع الجزائري الى حد بعيد في تقنين الاجراءات والضمانات اللازمة لتكريس حرية المنافسة خاصة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، وتجسد ذلك من خلال الإجراءات والكيفيات التي تم اعتمادها لإبرام الصفقات العمومية، بداية من اعداد دفاتر الشروط والإعلان عن الرغبة في التعاقد إلى غاية إجراء اعتماد الصفقة والمصادقة عليها، وكذا من خلال الضمانات التي توفرها آليات الرقابة المطبقة على الصفقات العمومية، الإدارية منها والقضائية.
- بالرغم من الترسانة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لضمان تجسيد مبدأ حرية المنافسة إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا على المستوى العملي، مما جعل مجال الصفقات العمومية مرتعا لجرائم الرشوة والمحاباة. ويرجع ذلك إلى عدم الإلتزام بتطبيق النصوص القانونية من جهة، وإلى استغلال الثغرات الموجودة بهذه النصوص من جهة أخرى، مما يستدعي دق ناقوس الخطر والدعوة لتظافر كافة الجهود للبحث في سبل تدعيم وتفعيل حرية المنافسة في نطاق الصفقات العمومية.

الهوامش:

- (1) المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص ص 03-48.
- (2) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 المعدل والمتمم، صادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، ص ص 06-32.
- (3) الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 1967، ص ص 718-730.
- (4) قودج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 10.
- (5) نسيغة فيصل، « النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها »، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 05، سبتمبر 2009، ص 112.
- (6) مرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1982 ص ص 740-761.
- (7) مرسوم تنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991، ص ص 2211-2228.
- (8) بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص ص 26، 27.
- (9) ديباش سهيلة، « إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص 19.
- (10) المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 52، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2002، ص ص 03-23.
- (11) المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010، ص ص 03-34.
- (12) المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.
- (13) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - تخصص قانون جنائي)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2012، ص 196.
- (14) بلكعبيات مراد، « مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية »، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص 05.
- (15) زوزو زوليخة، مرجع سابق، ص 199.
- (16) الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003، ص ص 25-33. معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية عدد 36، الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008، ص ص 11-15. والقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010، ص ص 10، 11.
- (17) شرواط حسين، شرح قانون المنافسة، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 13.

- (18) أمر رقم 06-95، مؤرخ في 25 يناير 1995، متعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09، مؤرخة في 22 فبراير 1995، ص 13-16.
- (19) قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، مؤرخة في 27 يونيو 2004، ص 03-11.
- * مجلس المنافسة هو جهاز يعمل على ضبط المنافسة في السوق، تم إستحداثه بموجب المادة 16 من الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة، كما تم تكييفه على أنه سلطة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلال المالي بموجب المادة 23 من الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة.
- (20) ديباش سهيلة، مرجع سابق، ص 13.
- (21) كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، العدد 02، سنة 2010، ص 92، 93.
- (22) شرواط حسين، مرجع سابق، ص 28.
- (23) قانون رقم 01-06، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 14، صادرة بتاريخ 08 مارس 2006، ص 04-15.
- (24) وقد تم التصديق، بتحفظ، على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19 أبريل 2004، جريدة رسمية عدد 26، بتاريخ 25 أبريل 2004، ص 12-39.
- (25) مرسوم رئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، جريدة رسمية عدد 74، صادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006، ص 17-20.

جامعة أكلي محند أولحاج البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان المداخلة: مدى فعالية مبدأ المنافسة في مجال إبرام الصفقات العمومية

الدكتور سي يوسف قاسي

مقدمة

وضع المشرع عدة مبادئ تقوم عليها عملية إبرام الصفقات العمومية، ولا شك أن مبدأ المنافسة يعد من أهم الوسائل الأساسية والجوهرية لازدهار الحياة التجارية بصفة خاصة، وكافة جوانب الحياة بشكل عام بهدف تطوير الفعالية الاقتصادية.

فالمنافسة عندما تكون قائمة على أسس سليمة مبنية على النزاهة فإنها تكون بمثابة أداة لتكريس المساواة بين المترشحين، وتلغي بذلك كل مظاهر المحاباة⁽¹⁾.

يقتضي النظر للدور المهم الذي يقوم به مبدأ المنافسة في مجال اختيار المتعامل المتعاقد، الكشف عن مضمونه، وعن المبررات التي أدت إلى الأخذ به، وكذا تبيان حدود الأخذ بهذا المبدأ، مع إبراز مدى سلطة المصلحة المتعاقدة في استبعاد بعض المترشحين

من ولوج باب المنافسة على الصفقات العمومية، وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: محتوى ومضمون مبدأ المنافسة

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من أهم المبادئ التي شدد المشرع الجزائري على ضرورة احترامها وذلك من خلال تكريسها في قانون المنافسة رقم 03-03⁽²⁾، حيث قضت المادة 6 منه باستبعاد كل الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات والاتفاقيات التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها في نفس السوق، كحالة تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين الاقتصاديين مثلا، مما يحرم البعض منهم من منافع المنافسة. وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز إقصاء أي مترشح متى كانت تتوفر فيه الشروط القانونية الواجب إتباعها للولوج إلى المنافسة.

يقصد بحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، أن الدخول إلى الطلب العمومي يجب أن يتم بكل حرية وبدون تحيز. فالشخص العمومي يقع عليه التزام يتمثل في الامتناع عن خلق أو المساهمة في ترسيخ أي جو غير تنافسي، كما أنه لا يجوز إبعاد أي مترشح من خلال اللجوء إلى شروط أخرى لم ينص عليها القانون⁽³⁾.

تتحقق حرية المنافسة بفتح باب التسابق الشريف والنزيه أمام كل متعامل يرغب الاشتراك في طلب العروض. فهي بهذا المعنى تتطلب أن يعامل كل المترشحين الراغبين في التعاقد على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء امتيازات لأحدهم دون المتنافسين الآخرين، بل يجب أن تكون شروط الاشتراك واحدة بالنسبة للجميع⁽⁴⁾. وسواء أكانت وسائل التمييز قانونية أو واقعية فهي غير شرعية. ومن أمثلة الأولى إعفاء أحد المترشحين من دفع التأمين، المطلوب دفعه من طرف الآخرين. ومن أمثلة الثانية عدم إتباع وسائل الإعلان عن طلب العروض أو المناقصة بالأساليب التي نص عليها القانون⁽⁵⁾.

إن سلطة الإدارة في قبول المترشحين في نطاق طلب العروض المفتوح أو المناقصة المفتوحة هي سلطة مقيدة دائما⁽⁶⁾، فنجدها من جهة ملزمة باستبعاد كل متنافس لم يحترم أو لم يراعي الأصول والضوابط الضرورية للمنافسة، كحالة عدم تقديمه لعطائه في المدة المنصوص عليها لتقديم العروض. ومن جهة أخرى، لا يكون للإدارة أي سلطة تقديرية تستعملها لإقصاء أي مترشح إذا كان هذا الأخير تتوفر فيه كافة الشروط اللازمة لدخوله ساحة المنافسة⁽⁷⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن المنافسة الحرة ترتكز على فكرة الليبرالية الاقتصادية " Le libéralisme économique"⁽⁸⁾ القائمة أساسا على حرية المنافسة والمساواة بين الأفراد، ووقوف الإدارة (الدولة) موقفا حياديا تجاه المتنافسين. ويتولد عن ذلك نتيجة هامة، هي أن الإدارة ليست حرة في أعمال سلطتها التقديرية في رفض أو قبول أي عرض قبل حلول أجل فتح الأظرفة⁽⁹⁾.

الفرع الثاني : مبدأ المنافسة ومبررات الأخذ به

للمنافسة في الصفقات العمومية بعدين، بعد قانوني وبعد اقتصادي. فمن الناحية القانونية، هي مجموعة القواعد والإجراءات التي يجب على الإدارة إتباعها من أجل انتقاء أحسن متعامل باستطاعته تأمين الحاجات العامة. أما من الناحية الاقتصادية، هي حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول إلى الطلب العمومي⁽¹⁰⁾. لذلك يقع على المصلحة المتعاقدة الالتزام بالملاءمة بين مصلحتها في الظفر بأحسن عرض يضمن لها تنفيذ الصفقة في أفضل الظروف، وبين حرية كل مترشح في الوصول إلى الصفقة العمومية، وذلك بامتناعها عن إساءة استعمال سلطتها الإدارية في انتقاء المتعاقد معها.

إن مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة في حقيقة الأمر عديدة، وتتمثل أساسا فيما يلي⁽¹¹⁾:

أولاً: تحقيق المصلحة المالية للمصلحة المتعاقدة

أثبتت التجربة العملية أن المنافسة تلعب دوراً مهماً في استدراج أكبر عدد ممكن من المترشحين الراغبين في التعاقد، الأمر الذي يمكن الإدارة من الحصول على أقل سعر ممكن إذا تعلق الأمر بمناقصة. وبالتالي المحافظة على مصلحة الخزينة العمومية، غير أن هذا لا يتأتى إلا بالتحديد المحكم والمسبق للحاجيات، واحترام الالتزامات المتعلقة بالمنافسة⁽¹²⁾.

ثانياً: المحافظة على النزاهة في عملية إبرام الصفقة

نظراً لاحتمال عدم الثقة بين المصلحة المتعاقدة وموظفيها، فإن المنافسة من شأنها ضمان مصداقية ونزاهة عملية اختيار المتعامل المتعاقد. فهي تمنع شبهة المحاباة⁽¹³⁾ في منح الصفقات. فالتجارب أثبتت أن فسح المجال للإدارة في أعمال سلطتها التقديرية في اختيار المتعاقد معها أدى إلى الكثير من الفساد وتجاوز السلطة وهذا بالنظر إلى القضايا التي طرحت على القضاء الجنائي⁽¹⁴⁾.

ثالثاً: خدمة مصلحة المتنافسين

تعد المنافسة ضماناً أساسية لحرية دخول المتنافسين إلى طلب العروض لا سيما المفتوح منه. فهي بذلك تجيز ولوج كافة إلى المشاريع الصغيرة والمتوسطة منها بحسب شروط العطاء.

رابعاً: إمام الإدارة بكل معطيات السوق

تمكن المنافسة المصلحة المتعاقدة من الاطلاع على معطيات السوق وظروفه، الأمر الذي يمكن من الاختيار السليم والدقيق لأفضل العروض. ولتحقيق ذلك يتوجب على المصلحة المتعاقدة، أن تقف موقف الحياد تجاه المترشحين، وأن تمتنع عن كل تصرف يخل بها أو يعرقلها، وعدم استعمالها لسلطتها التقديرية لاستبعاد العارضين، إلا في حدود ما يسمح به ت ص ع، ووفقاً للمعايير المحددة في دفتر الشروط. وإلا تعرضت للانتقاد وتلقي الطعون وحتى المحاكمة أمام القضاء الإداري⁽¹⁵⁾، وما قد ينجم عن ذلك من مضیعة للوقت وتعطيل في انطلاق تنفيذ المشاريع.

خامساً: إقرار القوانين صراحة بضرورة الأخذ بمبدأ المنافسة

تتص معظم القوانين والتنظيمات الخاصة بالصفقات العمومية، على ضرورة تكريس مبدأ المنافسة الحرة، وإعطاء فرص متساوية ومتكافئة لكافة المترشحين الذين تسمح لهم مؤهلاتهم وقدراتهم المالية والفنية بتنفيذ الصفقات العمومية. وبالتالي ما يبقى على المصلحة المتعاقدة سوى التقيّد بانتقاء أفضل عرض يحقق معايير العطاء المعلن عنها في دفتر الشروط⁽¹⁶⁾، وكذا التوفيق بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تسهر على إدارته وتسييره، وبين حق كل مترشح في التنافس للظفر بالصفقة العمومية. وكل هذا يتطلب منها امتناعاً عن إساءة استخدامها لسلطاتها وانحرافها في اختيار المتعاقد معها⁽¹⁷⁾.

غير أن مبدأ حرية المنافسة لا يمكن أن يؤخذ على إطلاقه، إذ هنالك عدة استثناءات ترد على هذا المبدأ والتي تسمح للمصلحة المتعاقدة بالتدخل واستعمال سلطتها في رفض بعض العروض، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

الفرع الثالث: مبدأ المنافسة وحدود المصلحة المتعاقدة في استبعاد بعض العروض

إذا كان الأصل في المنافسة حريتها، فإن هذا لا يعني إطلاقا الانعدام التام لسلطة الإدارة في تقدير صلاحية المتقدمين وكفاءتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، وهذا ما تؤكد المواد 53 إلى 58 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام¹⁸، إذ تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في استبعاد بعض المتعهدين من ولوج باب المنافسة إذا ثبت لديها تورطهم في غش أو تلاعب أو إخلال بالتزامات سابقة، ويكون استبعادها لهم في هذه الحالة جزاء لما اقترفوه من ممارسات غير نزيهة، وهو ما يسمى بالاستبعاد الجزائي، وإما أن يكون استبعادها لهم بهدف تهيئة الظروف الملائمة للمنافسة، كحرمان أحد المتعاملين إذا قدرت أنه غير جدير بالثقة نتيجة للتحري عن إمكانياته وقدراته، وهو ما يسمى بالحرمان الوقائي¹⁹ ولا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة.

وعلى العموم فإن المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مرغمة على عدم احترام مبدأ حرية المنافسة في بعض الحالات على النحو الذي ذكرناه أعلاه دون أن يكون في ذلك إخلال بمبدأ المنافسة، بل على العكس من ذلك فإن تصرفها هذا فيه خدمة لمبدأ المنافسة الشريفة والنزيهة²⁰.

أولاً: الحرمان الجزائي

إن أسباب المنع الجزائي أو القانوني تتمثل في القيود التي يقرها المنظم، والتي من شأنها أن تقصي بعض المترشحين من الدخول إلى المنافسة التي تعلن عنها المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، وهذا المنع قد يكون منصوص عليه في القانون كعقوبة أصلية أو كعقوبة تبعية. لهذا يشترط دائما تقديم شهادة السوابق العدلية في ملف كل مترشح يتقدم إلى التنافس على صفقة عمومية، إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي، وللمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي²¹.

لقد نص المرسوم الرئاسي الجديد المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام صراحة على حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بموجب المادة 75 منه، والتي جاء فيها:

" يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و74،

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

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

- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية ،
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،
- الذين قاموا بتصريح كاذب،
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع،
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من المرسوم الرئاسي 15-247، بحيث تظم هذه القائمة كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص مكافئة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
- الأجانب المستفيدون من صفقة، وأخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من هذا المرسوم (الالتزام بالاستثمار)".

هذا وبالرجوع إلى القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الصادر عن وزير المالية⁽²²⁾، نجده قد حدد بموجب المادة 02 منه كيفية الإقصاء من الصفقات العمومية، حيث نصت على أن الإقصاء يكون بصفة مؤقتة أو نهائية. كما يكون تلقائيا أو بمقرر. في حين تناولت المواد 3، 4، 5 حالات الإقصاء التلقائي ومدته، بينما تطرقت المادتين 7 و8 لحالات الإقصاء النهائي.

وحرصا منها على عدم ولوج المتعاملين الاقتصاديين المقصيين باب التنافس على الصفقات العمومية، فقد ألزمت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بمسك قائمة لهؤلاء المتعاملين، يتم تبليغها إلى جميع المصالح المتعاقدة أو نشرها في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية⁽²³⁾. كما اشترط بموجب المادتين 67 و89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-289، على كل مترشح يرغب في المشاركة في إجراء طلب العروض تقديم تصريح بالنزاهة.

يستنتج من خلال ما سبق أن تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية يقتصر فقط على المتعاملين الاقتصاديين الذين يحترمون النصوص التشريعية المذكورة أعلاه، وهو شيء منطقي، إذ لا مجال للسماح بمشاركة متعاملين اقتصاديين سبق لهم خرق قواعد قانونية ملزمة. فهذه الفئة من المتعاملين يتم إقصائهم من المنافسة مؤقتا الى غاية تسوية وضعيتهم واستنفاذهم للعقوبة التي سلطت عليهم بموجب القانون.

ثانيا: الاستبعاد الوقائي

هذا الاستبعاد يكون لشروط تفرضها الإدارة العمومية، يصدر به قرار إداري يمنع بعض الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من الدخول في المنافسة التي تعلن عنها الإدارة بقصد إبرام صفقة عمومية، ويكون هذا الاستبعاد بناء على ما تملكه المصلحة المتعاقدة من سلطة تقديرية في هذا الشأن ووفقا لمقتضيات المصلحة العامة⁽²⁴⁾.

طبقا لما جاء في المادتين 53 و54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن حق المصلحة المتعاقدة في فرض بعض الشروط الخاصة بطلب العروض يبقى قائما، وبخاصة فيما يتعلق بالقدرة المالية والفنية للمتعاقل، فإذا ثبت لديها أن هذا الأخير لا تتوفر فيه المقدرة المالية والفنية المطلوبة جاز لها استبعاده، وهو ما يفسر إلزامية تقديم شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات⁽²⁵⁾، وتلك التي ترغب في إنجاز صفقات عمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري؛ وكذا المؤسسات الأجنبية، وهو ما أكدت عليه المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289 المعدل والمتمم⁽²⁶⁾.

وفي حالة تعلق الأمر بفئة المهندسين والخبراء، أو مكاتب الدراسات، فنجد أن المنظم يشترط الحصول على الترخيص المسبق لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران، الأشغال العمومية، والموارد المائية، وهذا طبقا لنص المادة الأولى والمادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 68-652⁽²⁷⁾.

والواقع إن تقييد المنافسة بهذه الشروط يمكن الإدارة إلى حد بعيد من اختيار أكفأ وأحسن المتعاملين لتنفيذ الصفقات العمومية هذا من جهة. ومن جهة أخرى يسمح للإدارة باستبعاد بعض المتعاملين الذين يثبت لديها عدم كفاية مؤهلاتهم المالية والتقنية لتنفيذ الصفقة⁽²⁸⁾.

ثالثا: الحرمان المرتبط بطبيعة الصفقة

يتضمن أسلوب طلب العروض عدة صور تختلف كل واحدة منها عن الأخرى من حيث الإجراءات، والأشكال المتبعة لاختيار المتعاقل المتعاقل، منها ما يحصر الاشتراك في الصفقات العمومية على متعاملين اقتصاديين معينين، كحالة طلب العروض المحدود أو المناقصة المحدودة اللتان تقتصر المشاركة فيهما على من تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة، والاستشارة الانتقائية التي تقتصر على متعاملين محددين بعد انقضاء أولي⁽²⁹⁾. وتكون مثل هذه المناقصات في المشاريع التي تتطلب السرعة في الإنجاز، أو الأعمال المحتركة التي لا تتوفر إلا عند أشخاص معينين أو شركات محددة.

أما بالنسبة لأسلوب التراضي، فالإقصاء فيه واسع للمتعاملين، كون الإدارة تتمتع فيه بحرية تكاد تكون مطلقة في اختيار من يتعاقل معها من بينهم. وبالتالي تتعدم المنافسة.

خاتمة

إن مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية يهدف إلى جلب أكبر عدد من المتعاملين الاقتصاديين، لاختيار من بينهم الأحسن والأفضل، لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة سواء تعلق الأمر بالأشغال، أو اللوازم، أو الخدمات، أو الدراسات، وذلك وفقا لدفتر

شروط مالية وتقنية وفنية معد مسبقا، كون الصفقة العمومية تكتسي صفة المال العام.

فإذا كانت هناك مناقصات مفتوحة لعدد غير محدد من المترشحين الراغبين في التعاقد مع المصلحة المعنية، وهو م يفتح المجال للمنافسة أمام العارضين، بل وحتى ولو كانت المناقصة محدودة، وهي التي يكون الاشتراك فيها مقصورا على البعض دون الآخر من المتعاملين، فإن ذلك لا يعطي الحق في استبعاد مبدأ المنافسة بينهم، الأمر الذي يعني أن إجراء طلب لعروض يبقى القاعدة العامة، إلا أن هناك من الصفقات التي تشكل استثناء، كالتعاقد عن طريق التراضي (البسيط أو بعد الاستشارة).

فإذا كانت هناك خدمات معينة، ولا يوجد إلا متعاملا وحيدا محتكرا للنشاط ويتوفر على المواصفات المطلوبة، فمن المنطق ألا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى اتباع إجراءات المناقصة، بل وحتى الاستشارة، عندما لا يمكن تنفيذ تلك الخدمات إلا منه.

الهوامش:

(1) ريم علي إحسان محمد العزاوي: وسائل إبرام العقود الإدارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2014، ص. 100.

(2) أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43 صادر بتاريخ 20 جويلية 2003. (معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010).

(3) MAMAVI Olivier, Les coulisses des marchés publics, éditions L'harmattan, Paris, France, p.26. Voir aussi: LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, Gualino éditeur, Lextenso éditions, Paris, 3^{ème} édition 2008, p.71.

وانظر: جابر جاد نصار: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، طبعة 2004، ص. 139.

(4) خضري حمزة: آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/204، ص. 92؛ وانظر صياد ميلود: امتداد قانون = المنافسة إلى الصفقات العمومية بالجزائر (تعديل 2008)، منكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص. 17 و 18.

(5) قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، بأن الإدارة لا يمكنها خلق وسائل تمييز قانونية، ولا واقعية، التي بإمكانها تفضيل بعض المتنافسين أو وضعهم في وضع أسوأ من غيرهم. كإعفاء متنافس من دفع التأمين (كفالة التعهد)

وفرضها على الآخرين مثلا .

CE.2 décembre 1942, société ouvrière de bâtiments et de travaux publics, p339

- نقلا عن سعاد الشراوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1995، ص. 376.

(6) خضري حمزة، مرجع سابق، ص. 97.

(7) مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2005، ص. 497.

(8) انظر: أحمين شفير: محاضرات في الحوكمة في مجال الحماية الاجتماعية، المدرسة العليا للضمان الاجتماعي، الجزائر، غير منشورة.

(9) ريم علي إحسان محمد العزاوي، مرجع سابق، ص. 104.

(10) محمد شريف كتو: حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد2، سنة2010، ص. 76.

(11) انظر: مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 500 و 501؛ ريم عاي إحسان محمد العزاوي، مرجع سابق، ص. 105 و 106.

(12) POLI Jean- François: Droit administratif des biens, ELLIPIES édition marketing S. A, Paris, France, 2003, p.100.

(13) جريمة المحاباة أو كما يسميها البعض بجريمة إعطاء امتيازات غير مبررة، تتميز عن باقي جرائم الفساد الأخرى (رشوة، استغلال النفوذ...)، بأنها جريمة خاصة بمجال المتعامل في الصفقات العمومية. أما فيما يخص مدلولها اللغوي فيقوم على فكرة التفضيل والفرز عن الغير، ويكون هذا التفضيل غير مبرر إذا لم يرتكز على سبب موضوعي أو على أساس مصلحة شرعية. ولعل من بين صورها الأكثر شيوعا في مجال إبرام الصفقات العمومية، تقديم = معلومة لأحد المترشحين دون الآخرين.

انظر: علة كريمة: الركن المادي لجريمة المحاباة في مرحلة إبرام الصفقة، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، المنعقد يومي 24 و 25 أبريل 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس، الجزائر، ص. 71 وما بعدها.

(14) BENNADJI Cherif: Marchés publics et corruption en Algérie, NAQD, Revue d'études et critique sociale, N° 25, Algérie 2008, pp.137 et ce qui suit.

(15) ZOUAIMIA Rachid - ROUAULT Marie Christine: Droit administratif, BERTI éditions, Alger, Algérie, Edition 2009, p.182.

(16) ريم علي إحسان محمد العزاوي، المرجع السابق، ص. 106.

(17) محمد الشريف كتو، مرجع سابق، ص. 75.

(18) مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(19) محمود عاطف البني: العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، الطبعة الأولى 2007، ص. 136 و137؛ وانظر محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006، ص. 120.

(20) نادية نياب: تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام، مداخلة أقيمت بمناسبة =

الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس - المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص. 7.

(20) المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

(22) قرار وزاري مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 17، صادر في 16 مارس سنة 2016.

(23) راجع نص المادة 6 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 2015، يحدد كليات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 17، صادر بتاريخ 16 مارس 2016.

(24) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 173؛ وانظر جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص. 144.

(25) يوجب المرسوم التنفيذي رقم 14-139، على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، (مرسوم تنفيذي رقم 14-139 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014 الجريدة الرسمية عدد 26، صادر بتاريخ 7 مايو سنة 2014).

(26) يوجب المرسوم التنفيذي رقم 93-289، على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين، (مرسوم تنفيذي رقم 93-289، مؤرخ في 28 نوفمبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 79، صادر بتاريخ 01 ديسمبر سنة 1993، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-114، المؤرخ في 07 أبريل 2005، الجريدة الرسمية عدد 26 صادر بتاريخ 10 أبريل 2005).

(27) مرسوم تنفيذي رقم 68 - 652، مؤرخ في 26 ديسمبر 1968، يتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن = يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، الجريدة الرسمية عدد 2، صادر في 7 يناير 1969، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-176، المؤرخ في 20 ماي 2002، الجريدة الرسمية عدد 37، صادر بتاريخ 26 ماي 2002.

(28) وهو ما ذهب إليه قضاة مجلس الدولة في كل من مصر وفرنسا. فقد قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن " الوزارة لها الحق وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لديها عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء هذه الأعمال، وقرارها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية، ولا يطعن عليه إلا إذا شابته عيب إساءة استعمال السلطة " حكمها في القضية رقم 1738 س 6 ق، بتاريخ 20 مارس 1956، مجموعة المبادئ س 10 قاعدة رقم 284، ص. 271.

وراح قضاء مجلس الدولة الفرنسي في نفس الاتجاه، بحيث يرى أن قرارات الإدارة بالحرمان إنما تصدر عن سلطة تقديرية، ولا يجوز للقضاء أن يعقب عليها مهما كانت الظروف التي يصدر بمناسبةها قرار الحرمان "

CE.5 juillet 1902 VauthiRec .p. 500.

-نقلا عن: جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص. 147

(29) بحري إسماعيل: الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص. 26. وانظر محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص. 63.

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باتنة 1 - الحاج لخضر -

عنوان المداخلة: إخضاع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة الحرة في التشريع الجزائري

سلوى قداش

طالبة دكتوراه

أمال بوهنتالة

أستاذة محاضرة " أ "

مقدمة

نظرا لانتشار الجرائم الاقتصادية التي تقف حاجزا لحركة تطور و ازدهار الاقتصاد الوطني، والتي تهدد كافة المجالات بما فيها عقود الصفقات العمومية، فقد حدد المشرع جملة من المبادئ الواجب احترامها ومراعاتها بما يضمن النزاهة والشفافية وحرية الوصول للطلبات، ولعل أهم هذه المبادئ مبدأ حرية المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين.

وقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ المنافسة الحرة في جميع الأنشطة الاقتصادية بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والذي يهدف إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل الممارسات المقيدة للمنافسة بهدف زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين.

وعليه سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على المبادئ المكرسة لإعمال مبادئ المنافسة ضمن الصفقات العمومية، إضافة إلى الآليات القانونية التي أوجدها المشرع لحمايتها وكذا تبيان الاتفاقات المنافسة لها في مجال الصفقات العمومية، وعلى ضوء ذلك تتمحور الإشكالية الرئيسية للموضوع في: فيما تتمثل مجالات الارتباط بين قانون المنافسة وعقود الصفقات العمومية، ولماذا أعاد المشرع تنظيم الصفقات العمومية ضمن قانون المنافسة على الرغم من إيجاد تشريع خاص بها؟

المحور الأول: مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

لقد كان من أهم دوافع المشرع الجزائري في سن قانون المنافسة هو تنظيم السوق وضبطها مما يتماشى والتنمية الاقتصادية للبلاد وذلك بمواجهة كل الممارسات المنافسة للمنافسة خاصة تلك التي تعرقل عمليات إبرام الصفقات العمومية وما تسببه من فساد وإهدار للمال العام، لذلك أقر المشرع الجزائري مجموعة من المبادئ التي تركز حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وهو ما سنتطرق له في الفرع الأول من هذا المحور، في حين خصصنا الفرع الثاني منه إلى الاتفاقات المقيدة لهذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

نص المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون رقم 08-12 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة¹ على أنه ".... تطبق أحكام هذا الأمر على.... الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة غير أنه يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية"

فانطلاقا من المادة السابقة يجب أن تكون الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية مبنية على مبدأ المنافسة الحرة، ولضمان تطبيق أحكام هذه المادة كرس المشرع الجزائري جملة من المبادئ الأساسية تهدف إلى إعمال مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية وهو ما سنتطرق له من خلال العنصر الأول من هذا الفرع، غير أن إعمال مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لا يتم بصفة مطلقة بل أورد المشرع مجموعة من الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ نظرا لما تتطلبه المصلحة العامة وهو ما سنخصص له العنصر الثاني من هذا الفرع.

أولا: مبادئ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية

نصت المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام² على " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

لقد حرص المشرع الجزائري من أجل ضمان فعالية إجراءات الصفقات العمومية عن طريق ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام على مجموعة من المبادئ نصت عليها المادة السالفة الذكر و المتمثلة في مبدأ الوصول إلى الطلبات العمومية ومبدأ المساواة فضلا على ضرورة تكريس مبدأ الشفافية والتي في مجملها تعتبر من مقتضيات مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية وهي ما سنبرزها بشيء من التفصيل من خلال الفقرات الثلاث الآتية:

1. مبدأ الوصول إلى الطلبات العمومية

يقصد بمبدأ الوصول إلى الطلبات العمومية منح الحق لكل المقاولين والموردين وأصحاب الدراسات المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط أن يتقدموا بعبءاتهم وفقا للشروط التي تضعها الإدارة، ولا يجوز لها أن تبعد أي من الراغبين في الاشتراك إذا توافرت فيه الشروط القانونية.³

ويعتبر هذا المبدأ وليد القضاء الإداري الفرنسي، حيث أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 بقولها " إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة

دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا.⁴

ومن أجل تحقيق هذا المبدأ الذي تسعى المصلحة المتعاقدة لتحقيقه ينبغي تحديد بدقة حاجات المصلحة المتعاقدة وهو ما نصت عليه المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره، حيث يتم تحديدها من حيث طبيعتها طبقا لمواصفات تقنية مفصلة والتأكد من نطاق اختصاصها النوعي والمكاني قبل البدا بإجراءات التعاقد فضلا عن التأكد من وجود إتمادات مرصودة للصرف.

كذلك يعتبر من بين مقتضيات هذا المبدأ كيفية إبرام الصفقات العمومية والتي تتم عن طريق إجراء طلب العروض كأصل عام وبالتراضي كاستثناء، على أن يكون اختيارها لكيفية الإبرام بالبحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة وفقا لأحكام القانون.⁵

ويظهر أيضا تجسيد مبدأ الوصول إلى الطلبات العمومية عن طريق إلزام المشرع للمصلحة المتعاقدة وضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية وممارسة هؤلاء حق الرد على الدعوة للمنافسة بنفس الطريقة طبقا للمادة 204 من المرسوم رقم 15-274 السالف ذكره.

2. مبدأ المساواة

يقصد بمبدأ المساواة معاملة المتنافسين على حد سواء دون تفرقة بينهم سواء من حيث الشروط والمواعيد، فلا يجوز للإدارة أن تقبل المناقصة من شخص لم تتوافر فيه الشروط أو يقبل منه العرض بعد اقبل الميعاد المحدد لجميع المتنافسين.⁶

ويتجسد هذا المبدأ من خلال الإعداد المسبق لدفاتر الشروط، وتتمثل هذه الأخيرة في وثيقة تتضمن مجموعة من البنود المتعلقة بالصفقة وكذا السياسة المتبعة في كيفية إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، حيث يشترط إعدادها من طرف الإدارة بدقة لازمة قبل كل دعوة للمنافسة .

كما يتجسد أيضا مبدأ المساواة من خلال طريقة اختيار المتعامل والتي ينبغي فيها على المصلحة المتعاقدة اختيار المتعامل بكل حرية مع ضرورة احترام المعايير التي وضعها المشرع في المواد 53 و54 و60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره ، حيث ألزمها تأهيل المرشحين والمتعهدين بدقة وموضوعية ودراسة العروض وتكوين فكرة عن المتعاقد الأقدر والأنسب من حيث الإمكانيات المادية والبشرية والضمانات التي يقدمها وفقا لمعايير غير تمييزية.

3. مبدأ الشفافية

عرفت هيئة الأمم المتحدة مبدأ الشفافية على انه "حرية تدفق المعلومات معرفة بأوسع مفاهيمها أي توفير المعلومات والعمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم واتخاذ القرارات المناسبة واكتشاف الأخطاء".⁷

وقد جاء القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁸ في المادة 09 منه ليؤكد لنا في المادة التاسعة منه على ضرورة تطبيق هذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية، حيث نص على وجوب تأسيس إجراءاتها على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وطبقا لمعايير موضوعية.

ويعتبر من أهم ما يجسد هذا المبدأ ما يسمى بعملية الإشهار والتي تعتبر وجوبية طبقا للمادة 61 من المرسوم 15-247 السالف ذكره في الحالات الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

كما اوجب المشرع طبقا للقانون المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية أن يتضمن الإشهار البيانات الإلزامية⁹ والتي تتمثل في: تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي، كيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، موضوع العملية، قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدة تحضير العروض، ومكان إيداع العروض، إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر، تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومراجع طلب العروض.

كما اشترط المشرع ضرورة نشر هذا الإعلان في جريدين يوميتين وطنيتين على الأقل إحداها باللغة العربية وأخرى بلغة أجنبية على أن يتم ذلك عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، فضلا عن النشر إجباريا في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي.

أما بالنسبة للصفقات العمومية الدولية يجب نشر الإعلانات عن العروض باللغتين العربية والفرنسية إلى جاني لغة أجنبية أخرى ذلك تطبيق لتعليمية رئيس الحكومة رقم 08 المؤرخة في 26-12-2006 .

إضافة إلى ذلك ألزم المشرع المصالح المتعاقدة بوضع الوثائق تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد، والتي تتضمن شرحا مفصلا لموضوع الصفقة ورغبة منه في إضفاء العلانية والشفافية على الصفقات المراد إبرامها.¹⁰

ثانيا: القيود الواردة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن تكريس مبادئ حرية المنافسة لا يتم بصفة مطلقة نظرا لوجود استثناءات تتطلبها المصلحة العامة نص عليها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره وسنبينها بشيء من التفصيل من خلال هذا العنصر.

1_ المنع من المشاركة في تقديم العروض

من خلال استقراء نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره اتضح لنا انه يحق للإدارة أن تقوم بإقصاء بعض الأشخاص من المشاركة في تقديم عروضهم بالرغم من توافر شروط المشاركة ولا يعد

هذا تعارضا مع مبدأ المنافسة الحرة متى كان هذا المنع بناء على نص قانوني، حيث حددت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وقد يتم الإقصاء من المشاركة إما بشكل نهائي أو مؤقت وبصفة تلقائية أو بمقرر بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين المحددين في المواد 2-3-4 من القرار الوزاري المؤرخ في 19-12-2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية¹¹.

قد يكون أيضا المنع من المشاركة في تقديم العروض راجع لشروط تفرضها المصلحة وأبرزها ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات بالنسبة لصفقات الدراسات مما يؤدي إلى حصر المنافسة بين أهل الخبرة والاختصاص وهو ما يعتبر تقييدا لحرية المنافسة.¹²

2_ هامش الأفضلية للمنتج الوطني

تناول المشرع الجزائري معيار الأفضلية للمنتج الوطني الذي من شأنه تعطيل مبدأ المساواة بين المشاركين بموجب الأمر 67-90 المتضمن الصفقات العمومية - ملغى -¹³ غير أنه لم يحدد هامش الأفضلية للمنتج الوطني واستمر في هذا التمييز لصالح المؤسسات الوطنية من خلال المادة 24 من المرسوم رقم 82-145¹⁴ التي رتبت للمتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منح الصفقات للمتعامل العمومي.

وبصدور المرسوم الرئاسي 02-250¹⁵ تراجع المشرع عن مسألة الأفضلية الوطنية ضمن المادة 19 وجعل هامش الأفضلية لا يفوق عن 15 بالمائة للمنتج ذي الأصل الجزائري.

في حين إن المرسوم الرئاسي 10-236¹⁶ قد رفع هامش الأفضلية ليصبح 25 بالمائة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وقد ابقى المشرع على نفس النسبة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمقدرة ب 25 بالمائة لهامش الأفضلية للمنتج الجزائري طبقا لنص المادة 83 منه.

3_ الحق في الاستعلام والاطلاع لدى المصالح المتعاقدة

يحق للمصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره أن تستعلم على قدرات المتعهدين بكافة الوسائل القانونية ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي والبنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.

كما أوجد المشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية مختلف أنواع الرقابة الداخلية منها والخارجية وهو ما تؤكدته المواد 159، 160، 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره، حيث نوع المشرع الجزائري ما بين رقابة إدارية وأخرى مالية إلى جانب استحداث الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته. وقد نجم هن كثرة هذه الرقابة عدم الفاعلية وعدم تحقيق الشفافية بدليل تحجج المشاركين في معظم المسابقات بوجود تجاوزات جمة.

الفرع الثاني: الاتفاقات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية

حظر المشرع الجزائري الاتفاقات المقيدة للمنافسة بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم السالف ذكره في المادة السادسة منه ، وبناء على ذلك حاولنا إسقاط هذه الاتفاقات التي حظرها المشرع واعتبرها معرقله لحرية المنافسة على الاتفاقات التي يمكن أن تحدث من قبل المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية ، وعليه سنطرق أولا إلى تعريف الاتفاقات المقيدة للمنافسة في العنصر الأول من هذا الفرع في حين خصصنا العنصر الثاني منه للاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

أولا: مفهوم الاتفاقات المنافسة للمنافسة

تعرف الاتفاقات المنافسة للمنافسة في عموميتها على أنها " كل تنسيق في السلوك بين مشروعين أو أكثر أو بين شخصين أو أكثر أو أي عقد أو اتفاق صريح أو ضمني يرتبط بالنشاط الاقتصادي أيا كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق، إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عليه من شأنها أن تمنع أو تقيد أو تحد من المنافسة".¹⁷

وعليه فالاتفاقات التي تتم بين المؤسسات لا تشكل في الأصل العام إخلالا بالمنافسة لكونها تشكل في حد ذاتها محركا للحياة التجارية والاقتصادية، إلا أن الواقع العملي ضمن السوق التنافسية أكد على أن المنهج الذي اتبعه المشرع ضمن المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم اتسم بالصواب بحيث أقر على وجود استثناء على هذا الأصل العام عن طريق حظر هذه الاتفاقات إذا كانت تحد أو تقيد أو تمنع المنافسة في السوق.

وتجب الإشارة هنا إلى أن هذا الحظر كان نتيجة الآثار السلبية التي امتدت إلى غاية ضرب النمو الاقتصادي للدولة، خصوصا وان هذه الاتفاقات في تطور وتغير مستمر، فالصور التي عددها المشرع حاليا لم تكن إلا نتيجة سلسلة من التحولات التي ترافق بشكل طردي التغيرات الاقتصادية وعليه فإن صور هذه الاتفاقات لم تعرف استقرارا، ومن هذا المنطلق لم يجعل المشرع الجزائري هذه الصور التي تضمنتها المادة 06 المذكورة أعلاه على سبيل الحصر بل نص عليها على سبيل المثال.

وقد عرفت هذه الاتفاقات انتشارا واسعا بين تعاملات المؤسسات الاقتصادية واستطاعت بشكل كبير اختراق مجال الصفقات العمومية من خلال ما يسمى بالتواطؤ أو "العطاءات التواطئية" هذه الأخيرة حاول المشرع محاربتها عن طريق جعلها صورة من صور الاتفاقات المحظورة وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في العنصر الآتي.

ثانيا: الاتفاقات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية - العطاءات التواطئية -

تعتبر ظاهرة التواطؤ في مجال الصفقات العمومية من الممارسات المقيدة للمنافسة والتي قد تؤدي إلى الإضرار بهيكل السوق الاقتصادي، بالإضافة إلى تعطيل فعالية المنافسة الحرة ومنه المساس بالاقتصاد العام للدولة، مما دفع بالمشرع إلى حظرها و تجريمها بموجب القانون، وعليه سنتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف التواطؤ فضلا عن التطرق إلى أشكاله في مجال الصفقات العمومية.

1. تعريف التواطؤ في مجال الصفقات العمومية

يتحدد مجال التواطؤ في الصفقات العمومية في تقاسم الأسواق أو تحديد الأسعار مما يؤدي بالمصلحة المتعاقدة إلى الوقوع في الغلط من حيث تحديد المتعامل الأنسب لانجاز المشروع، ومن التعريفات التي يمكن تقديمها بصدد هذا الموضوع هو التعريف الذي تقدمت به هيئة الأمم المتحدة، حيث عرفتها كما يلي " العطاءات التواطئية هي الطريقة التي يمكن للمتنافسين المتأمرين أن يرفعوا بشكل فعلي الأسعار حيثما تمنح عقود الأعمال عن طريق طلب العطاءات التنافسية، وبالأساس فإنه يتعلق بالحالة التي يوافق فيها المتنافسون مسبقا على من يفوز بالعطاء وبأي سعر بما يفوض غرض الدعوة إلى تقديم العطاءات ذاته الذي يتمثل في الحصول على سلع أو خدمات بأكثر الأسعار والشروط ملائمة".

كما عرفها آخرون التواطؤ في مجال الصفقات العمومية على انه " هو فعل صادر عن مجموعة مؤسسات اقتصادية بغرض توجيه قرار المصلحة المتعاقدة محافظين في نفس الوقت على ظاهر السوق التنافسي".¹⁸

وعليه بناء على هذين التعريفين يمكن القول أن التواطؤ في مجال الصفقات العمومية سببه المؤسسات التي تحاول التلاعب بالمصلحة المتعاقدة عن طريق تحديد الفائز بالصفقة بصورة مسبقة، ناهيك عن التلاعب بأموال الدولة التي تستنزف بطريقة غير قانونية بحيث تصبح تكاليف المشاريع المنجزة من طرف المتعاقد أعلى من التكاليف الحقيقية.

2. أشكال التواطؤ في مجال الصفقات العمومية

تتمثل أشكال التواطؤ ضمن الصفقات العمومية فيما يلي:

أ. **العروض التكميلية والصورية - عروض التغطية -** : وهو الأسلوب أو التقنية الأكثر استخداما من طرف المؤسسات الاقتصادية، حيث تتفق المؤسسات التي يربطها اتفاق منافي للمنافسة على تقديم عروض لإيهام المصلحة المتعاقدة على وجود التنافس والمحافظة على ظاهر السير الحسن للعبة العرض و الطلب ضمن السوق دون أن يكون له وجود فعلي ضمن السوق التنافسي¹⁹، بينما هذه المؤسسات في الحقيقة قامت بتحديد الفائز بشكل مسبق عن طريق جعله يقدم أفضل العروض للمصلحة المتعاقدة وفي نفس الوقت تتنازل أصحاب العروض الأخرى بتقديم عروض غير موفقة وصوريه. ويتم فيما بعد تبادل الأدوار في كل مرة ما بين الشركات المتواطئة في الحصول على صفقات المشاريع بهذه الطريقة.²⁰

ب. العروض غير الجادة: تتمثل العروض غير الجادة في العروض التي تصدر عن مؤسسات لا ترغب حقا في رسو الصفقة العمومية عليها، إنما تهدف من خلال عملها هذا تثبيت عملية مشاركتها وحضورها الدائم والمتواصل أمام المصلحة المتعاقدة.²¹

في الواقع هذا النوع من العروض لا يمكن تصنيفه في خانة التواطؤ، إلا أن عملية تبادل المعلومات وتأكيد المشارك مقدم العطاء على عدم تضمن عطائه على الجدية لبقية المتنافسين وأنه لا يشكل خطر على بقية المتنافسين يجعل منه اتفاق منافي للمنافسة.

وعليه ينبغي على المصلحة المتعاقدة أن تكون يقظة لاكتشاف هذه الاتفاقات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، بهدف المحافظة على جو تنافسي بين المتعاملين وصيانة المال العام للدولة .

المحور الثاني: آليات حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

سنتطرق من خلال هذا المحور إلى دور القضاء في حماية مبدأ المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية في الفرع الأول منه فضلا عن دور مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة في ردع الممارسات المقيدة للمنافسة بما فيها تلك التي يمكن أن تتخلل عقود الصفقات العمومية كونها تدخل في نطاق تطبيق قانون المنافسة بموجب المادة 02 منه وهذا من خلال الفرع الثاني من هذا المحور.

الفرع الأول: دور القضاء في حماية المنافسة في الصفقات العمومية

إن دور القضاء الإداري في مكافحة الفساد لجرائم الصفقات العمومية له من الأهمية في كل مراحل الصفقة، فعملية إبرامها ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف المصلحة المتعاقدة إلى غاية تنفيذ الصفقة لذلك فرقابة هذه القرارات تخضع للقضاء الإداري وعليه سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى دور القضاء الإداري العادي في حماية الصفقات العمومية في العنصر الأول منه، فضلا عن دور القضاء الإداري الاستعجالي في حمايتها في العنصر الثاني منه.

أولا: دور القضاء الإداري العادي

إن القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية ومقارنة بالعقود الخاصة التي يسودها مبدأ سلطان الإرادة، فإن حرية الإدارة في مجال العقود الإدارية مقيدة، حيث ألزم المشرع بإبرامها وفق طرق وكيفيات محددة قانونا أو أي مخالفة لذلك تمنح معها للمتعامل إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء قراراتها والتعويض عن الأضرار.

هذا وتجب الإشارة إلى أن الدعاوي الإدارية في مجال الصفقات العمومية تختلف حسب كل مرحلة من مراحلها وهو ما سنوضحه فيما يلي:

1. تصنيف منازعات الصفقات العمومية

تصنف منازعات الصفقات العمومية إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء أو قضاء فحص وتقدير المشروعية ودعوى التفسير في مجال الصفقات العمومية وهو ما سنبينه بشيء من التفصيل من خلال العناصر الثلاث الآتية:

أ. **منازعات القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية:** القضاء الكامل هو صاحب الاختصاص الأصيل في مجال الصفقات العمومية وهو اختصاص شامل ومطلق لكل المنازعات المتعلقة بالحقوق والالتزامات الناشئة عن الصفقة العمومية²²، ويدخل تحت هذا النوع من القضاء الدعاوي المتعلقة ببطان العقود والدعاوي المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة وهي كثيرة جدا ، وتكاد تغطي على بقية أنواع المنازعات الأخرى وهي المنازعات المتعلقة بالمبالغ الناتجة عن الأشغال الإضافية، الدعاوي المتعلقة بالفسخ القضائي، الدعاوي المتعلقة بالتعويض عن الأضرار، الدعاوي المتعلقة بتوقيف الأشغال بحجة عدم وجود اعتمادات مالية، الدعاوي المتعلقة بمبالغ الضمان، الدعاوي المتعلقة بمراجعة الأسعار والدعاوي المتعلقة بالفوائد التأخيرية.

وتتحدد سلطات القاضي الإداري في منازعات القضاء الكامل في مجال الصفقات العمومية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في ما يأتي:

✓ سلطة الحكم ببطان العقد

✓ سلطة إبطال التصرفات المنافية لبند العقد

✓ سلطة فسخ العقد

✓ سلطة إلزام الإدارة بالتعويض

ب. **منازعات قضاء الإلغاء في مجال الصفقات العمومية:** الأصل العام أن الاختصاص في مجال الصفقات العمومية يعود للقضاء الإداري وتحديدا بموجب دعوى القضاء الكامل على أساس أن موضوعها عبارة عن علاقة تعاقدية، ومع ذلك فقط منح القانون الإداري للقاضي سلطة الإلغاء على أساس نظرية القرارات الإدارية المنفصلة²³، وهو استثناء عن الأصل العام لأن المشرع ركز على الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية من الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي لها، وبموجبها أصبح يحق لكل متضرر من إجراء فردي سابق لإبرام العقد الإداري بصفة نهائية أن يتنازع في شرعية القرار أمام قاضي الإلغاء.

ت. **منازعات فحص وتقدير المشروعية ودعوى التفسير في مجال الصفقات العمومية:** وهي المنازعات التي تختص أساسا بالقرارات الإدارية للتأكد من مدى صحتها ومطابقتها للقانون أو للتأكد من مضمونها لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار غامضا وغير واضح، وهذه الدعاوي يمكن إعمالها في حالة القرار المنفصل.²⁴

ثانيا: دور القضاء الإداري الإستعجالي

إن دعاوي القضاء العادي قد تستغرق مدة زمنية طويلة لا تتناسب و بعض الحالات المستعجلة التي يتطلبها الانتهاك الواقع بخصوص حرية المنافسة في الصفقات العمومية فإذا ابرم العقد وشرع في تنفيذه فقد يرتب نتائج يصعب فيما بعد التحكم فيها لإعادة الحال إلى ما كان عليه سابقا.

ولهذا كان لا بد من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي بهدف محاربة الاتفاقات المنافية للمنافسة من طرف المترشح الذي لم ترسو عليه الصفقة العمومية نتيجة لتواطؤ مجموعة من المؤسسات مقدمة عروض التغطية.

تتمثل السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجال في مجال الصفقات العمومية في ما يلي:

1. سلطة توجيه أمر للإدارة: يحق للقاضي الاستعجالي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية توجيه أوامر للإدارة بهدف إلزامها وتقييدها بالعلنية والشفافية²⁵، كأمره لها بنشر الإعلان عن الصفقة في جريدتين يوميتين بالفرنسية والعربية أو أمره لها بقبول مترشح استبعد دون وجه حق.

2. سلطة فرض غرامة تهيدييه: تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على المصلحة المتعاقدة، ولا تسري إلا بعد مرور المدة المحددة من طرف القاضي المختص²⁶ إلا أن الملاحظ من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه في حالة امتناع المصلحة المتعاقدة عن الالتزام فما هي الآليات الممنوحة للقاضي الاستعجالي لإجبار المصلحة على الالتزام، لذلك ينبغي على المشرع تدارك هذا الفراغ القانوني بخصوص سلطات القاضي في هذا المجال.

الفرع الثاني: دور مجلس المنافسة في حماية المنافسة في الصفقات العمومية

باعتبار مجلس المنافسة هو السلطة المكلفة بضبط السوق وردع الممارسات المقيدة للمنافسة ومعاقبة المساس بمبدأ المنافسة الحرة نظرا لسلطات التي يتمتع بها في اتخاذ القرارات والأوامر وفرض العقاب في الأعمال المعروضة أمامه وهو ما جاء في المواد 6-7-8-10-12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث أحييت صلاحية ردع الممارسات المقيدة للمنافسة للمجلس بموجب المادة 44 من الأمر 03-03 السابق الذكر الذي أصبح بموجبها المجلس يلعب دور القاضي، فيمكن لمجلس المنافسة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة، ولتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه بفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصالح الاقتصادية العامة.

ويعتبر ردع الممارسات المقيدة للمنافسة الاختصاص الرسمي والأصلي لمجلس المنافسة، إلا أن المشرع استثنى من نطاق اختصاص المجلس بعض الممارسات رغم أنها تعتبر من قبيل الممارسات المقيدة للمنافسة وتركها من اختصاص القضاء وذلك من خلال المادة 13 و14 من الأمر 03-03 السابق الذكر وتتمثل في:

- إبطال الاتفاقيات والعقود التي تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين والتي تهدف إلى الإخلال بحرية المنافسة.
- فرض المسؤولية الجزائية على الأشخاص الطبيعيين المتعلقة بعقوبة الحبس تكريسا لمبدأ إزالة العقوبة بالسجن نظرا لما قد تسببه في تعطيل النشاط الاقتصادي.

خاتمة

وفي الختام فقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تبيان أهم مجالات ارتباط قانون المنافسة بالصفقات العمومية والتي تمثلت في :

✓ إعمال مبادئ المنافسة والتقييد بها أثناء قيام الإدارة باختيار المتعاقد الذي سيعهد له انجاز المشروع محل الصفقة العمومية، والتمثلة في مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية ومبدأ المساواة بين المرشحين وكذا مبدأ الشفافية في إبرام عقود الصفقات العمومية.

✓ الاتفاق المنافي للمنافسة الذي يعتبر في حد ذاته ممارسة محظورة نتيجة لأثارها السلبية على السوق التنافسية واستطاعه هذا الاتفاق أن يمتد إلى مجال الصفقات العمومية، وهو ما يشكل خطرا كبيرا على الاقتصاد العام كون هذه الأخيرة تتميز بالحساسية لارتباطها بالمال العام .

ومن هذا المنطلق كان لا بد على المشرع التدخل لحظر الممارسات المنافية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية وهو ما فعله بموجب قانون المنافسة.

وعلى الرغم من الجهود المبذولة من طرف المشرع والتي تبنتها النصوص القانونية المعالجة لموضوع دراستنا هذه، فإن الأمر لا يخلو من تقديم جملة من الاقتراحات كحلول لسد الثغرات والنقائص المتعلقة بهذا الموضوع. والتمثلة في ما يلي:

✓ على المصلحة المتعاقدة أن تحرص في حد ذاتها على احترام قانون المنافسة وتفعيل إجراءات قانون الصفقات العمومية.

✓ إعادة النظر في قانون المنافسة الذي يعتبر حلقة في سلسلة التدخلات التي حددها المشرع الجزائري لمحاربة ظاهرة التواطؤ ضمن الصفقات العمومية، إذ خصها بمادة واحدة والتمثلة في المادة 06 دون التطرق إلى تحديد أشكالها وطرق إثباتها.

✓ وجوب إدراج عقوبات أكثر جزم بالنسبة للتواطؤ في الصفقات العمومية كالمنع من المشاركة في تقديم العروض أمام المصالح المتعاقدة لمدة معينة.

الهوامش:

- ¹ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003. المعدل و المتمم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 36 الصادرة في 02 جويلية 2008. والقانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 46 الصادرة في 18 أوت 2010.
- ² المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 50، المؤرخة في 20-09-2015.
- ³ بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 132.
- ⁴ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 62، 63.
- ⁵ المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره.
- ⁶ عبد الحكيم احمد محمد عثمان، المناقصة وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 151.
- ⁷ عبد الرحمان طويرات، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة المدية، بتاريخ 22 ماي 2013، ص 2.
- ⁸ القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20-03-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المؤرخة في 08-03-2006 المعدل والمتمم بالقانون 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 44، المؤرخة في 2011.
- ⁹ المادة 61 من القانون رقم 15-247 السالف ذكره.
- ¹⁰ تياب نادية، مرجع سابق، ص 77.
- ¹¹ القرار الوزاري المؤرخ في 19-12-2015 المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17 المؤرخة في 16-03-2016.
- ¹² المواد 1 و 7 من المرسوم التنفيذي رقم 68-652 المؤرخ في 26-12-1968 المتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 02 المؤرخة في 07-01-1968 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-176 المؤرخ في 20-05-2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 37، المؤرخة سنة 2002.
- ¹³ الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 26-06-1967 المتضمن للقانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 52 المؤرخة في 27-06-1967.

¹⁴ المرسوم التنفيذي رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 15 المؤرخة في 13-04-1982.

¹⁵ المرسوم الرئاسي رقم 02-205 المؤرخ في 28-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 52 المؤرخة في 28-07-2002.

¹⁶ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 58 المؤرخة في 07-10-2010.

¹⁷ مختور دليلة تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 17.

¹⁸ Ladjel OMAR. Les indices de collusion en matière des marchés publique. Journée d'étude sur le thème « les indices de collusion en matière des marchés publique. 16-12-2015. P2.

¹⁹ Ladjel OMAR. Op.cit.p 03.

²⁰ عياد كرافلة او بكر، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، 2012-2013، ص 58.

²¹ عياد كرافلة، مرجع سابق، ص 59.

²² خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مقال منشور على النت: [http://fdsp.univ-](http://fdsp.univ-biskra.dz)

[biskra.dz](http://fdsp.univ-biskra.dz)

²³ بن بشير وسيلة ، مرجع سابق ، ص 198.

²⁴ المادة 901 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25-02-2008 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادرة سنة 2008 المعدل و المتمم.

²⁵ المادة 978 من القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم السالف ذكره.

²⁶ المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم السالف ذكره.

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة

تقييد التفاوض بين المصلحة المتعاقدة

والمعاملين المتعاقدين للوقاية من الفساد في الصفقات العمومية

د. احميداتو محمد أستاذ محاضر - أ -

مقدمة

من الناحية الاقتصادية، تشكل الصفقات العمومية أداة لإنجاز مشاريع الدولة في كل القطاعات. أما من الناحية المالية، فإن كل ميزانية التجهيز للدولة تمر عبر الصفقات العمومية وهي تمثل مبلغ كبير من النفقات العمومية.

من الناحية القانونية، تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات حددها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، الذي وضع مبادئ تركز عليها هذه الإجراءات.

زيادة عن تنظيم الصفقات العمومية، وضع قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وكذلك قانون المنافسة، قواعد ومبادئ تخضع لها الصفقات العمومية، الهدف منها جميعا هو تفادي الممارسات اللاقانونية في مجال الصفقات العمومية وكذلك الوقاية من الفساد، وهذا نظرا لحجم مبالغ النفقات العمومية التي تنفق عبر الصفقات العمومية والتي قد تكون محل تحويلات وسرقات من طرف الموظفين.

وضع القانون عدة أحكام لتأطير التفاوض المباشر بين الإدارة، وهي المصلحة المتعاقدة، والمتعهد في مرحلة إبرام الصفقات العمومية تهدف إلى تقييد مجال المفاوضات المباشرة وهذا لفرض احترام المبادئ التي تقوم عليها المنافسة بصفة عامة وإجراءات إبرام الصفقات العمومية بصفة خاصة وتفادي الانحرافات.

تشكل مبادئ إبرام الصفقات العمومية (المبحث الأول) الأساس القانوني الذي يركز عليه تنظيم الصفقات العمومية لتقييد التفاوض في مختلف إجراءات إبرام الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المبادئ والقواعد المؤطرة للتفاوض في الصفقات العمومية

للقاية من الفساد وتفاذي انحرافات الموظفين العموميين والخالص وكذلك المتعاملين الاقتصاديين، أخضع المشرع إجراءات إبرام الصفقات العمومية إلى قواعد ومبادئ وردت في ثلاثة نصوص مهمة وهي تنظيم الصفقات العمومية (أولا) وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته (ثانيا) وكذلك قانون المنافسة (ثالثا).

أولا - مبادئ إبرام الصفقات العمومية الواردة في قانون الصفقات العمومية

وضعت المادة 5 من تنظيم الصفقات العمومية ثلاثة (3) مبادئ تحكم الصفقات العمومية وهي :

- مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية؛
- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين للصفقات العمومية؛
- مبدأ شفافية الإجراءات وهذا ضمن احترام أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

تهدف هذه المبادئ أساسا للإلتزام بالمساواة بين كل المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية، فيما يخص المشاركة فيها بتقديم العروض وكذلك التساوي من حيث المعاملة وتقييم العروض. كما تهدف هذه المبادئ إلى إضفاء الشفافية في الإجراءات التي تسمح بمراقبة عمل الإدارة في كل مراحل إبرام الصفقات العمومية.

ثانيا- قواعد إبرام الصفقات العمومية الواردة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

وردت عدة قواعد تخص إبرام الصفقات العمومية في القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته² المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010³ وبالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 2 غشت سنة 2011⁴. في هذا الإطار وحسب السيد قاضي احمد (KADI Ahmed)، فإن تنظيم الصفقات العمومية مرتبط بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁵.

لقد نصت المادة 9 من القانون المذكور على أنه يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على ما يلي :

- قواعد الشفافية؛
- قواعد النزاهة؛
- قواعد المنافسة الشريفة؛
- المعايير الموضوعية.

كما يجب على القواعد المذكورة أن تركز بصفة خاصة ما يلي :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية؛
 - الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء؛
 - إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية؛
 - معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية؛
 - ممارسة كل طرف الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.
- تندرج هذه القواعد في إطار أهداف قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الرامية إلى تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص المذكورة في المادة الأولى من نفس القانون.

ثالثا- مبادئ إبرام الصفقات العمومية الواردة في قانون المنافسة

يهدف الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة⁶، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008⁷ والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 18 غشت سنة 2010⁸، إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل الممارسات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين.

طبقا للمادة 2 المعدلة من قانون المنافسة، تطبق أحكام هذا القانون بصفة عامة على النشاطات الصناعية والفلاحية والتجارية وكذلك على الصفقات العمومية ابتداء من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

يتضمن القانون ثلاثة مجالات تمارس فيها المنافسة وهي حرية الأسعار (1) والممارسات المقيدة للمنافسة (2) والتجميعات الاقتصادية (3).

1- فيما يخص الأسعار

وضعت المادة 4 من قانون المنافسة مبدأ عام مفاده أن أسعار السلع والخدمات تحدد بصفة حرة واعتمادا على قواعد المنافسة. ولكن نفس المادة تنص على أنه يمكن للدولة أن تقيد المبدأ العام لحرية الأسعار وفقا للشروط المحددة في القانون.

مبدأ حرية الأسعار يطبق في مجال الصفقات العمومية لأن السعر يشكل عنصرا جوهريا في الصفقات العمومية. كما أنه مذكور مع البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الصفقات العمومية التي نصت عليها المادة 95 من تنظيم الصفقات العمومية. . لقد نصت هذه المادة على ذكر "المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري، حسب الحالة". كما يجب حسب المادة نفسها إدراج "بند تحيين ومراجعة الأسعار" ضمن البيانات التكميلية للصفقة.

2- حظر الممارسات المقيدة للمنافسة

طبقا للمادة 6 المعدلة من قانون المنافسة، تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه.

ذكرت المادة سبع (7) حالات على سبيل المثال تشكل ممارسات مقيدة للمنافسة، من بينها اثنتان تخص الصفقات العمومية وتتمثل فيما يلي :

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها؛
- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب الممارسات المقيدة.

3- مراقبة التجميعات الاقتصادية

يتمثل المجال الثالث للمنافسة في التجميعات الاقتصادية. لا يهتم هذا المجال الصفقات العمومية مباشرة ولكن وجود التجميعات يؤثر بصفة غير مباشرة على الصفقات العمومية من خلال تقليص المتعهدين في هذه الصفقات أو من خلال وجود وضعية احتكار أو شبه احتكار ترغم المصالح المتعاقدة إلى اللجوء إلى التراضي البسيط أو إلى التراضي بعد الاستشارة عوض طلب العروض مثلا، هذا نا يؤدي إلى تضيق مجال المنافسة.

بهذه القواعد، يساهم قانون المنافسة بحماية الصفقات العمومية من الاختلاسات والفساد. لهذه المبادئ والقواعد أهمية كبيرة لما تمثله من إطار قانوني تلتزم به الإدارة والمتعاملين الاقتصاديين عند إبرام الصفقات العمومية، من جهة، ويرتكز عليه المشرع لوضع قواعد التفاوض التي تمكن من تفادي الوقوع في الممارسات اللاقانونية وفي الفساد، من جهة أخرى.

المبحث الثاني

تقييد التفاوض في مختلف إجراءات إبرام الصفقات العمومية

يسمح تنظيم الصفقات العمومية بالتفاوض في مختلف إجراءات إبرام هذه الصفقات ولكن في حدود ضيقة جدا وهذا لمنع كل تجاوز أو انحراف عن المبادئ والقواعد التي تحكم الصفقات العمومية وكذلك للوقاية من الفساد.

تختلف الأحكام المتعلقة بالتفاوض حسب طبيعة الإجراء المتبع لإبرام الصفقات العمومية. في هذا الإطار، تخص الأحكام المتعلقة بالتفاوض الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار (أولا) وكذلك الصفقات المبرمة حسب إجراء طلب العروض (ثانيا) وإجراء المسابقة (ثالثا) وأخيرا إجراء التراضي (رابعا).

أولا - التفاوض في الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار

لقد استتنت المادة 23 تطبيق تنظيم الصفقات العمومية على الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار، وهذا بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها وكذلك بحكم مدى توفر المنتجات والخدمات المذكورة في السوق والممارسات التجارية المطبقة عليها. سبب هذا لإجراء هو أن أحكام تنظيم الصفقات العمومية معقدة وطويلة وهي بهذا ليست مكيفة مع العناصر المذكورة والتي تفرض السرعة في اتخاذ القرار.

تحدد قائمة المنتجات والخدمات التي تدخل ضمن الصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة وكذلك الوزير المعني.

فيما يخص التفاوض في الصفقات المذكورة أعلاه، تكلف لجنة وزارية مشتركة خاصة بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد. في هذا الصدد، يقوم الوزير المعني بتأسيس هذه اللجنة التي تتشكل من أعضاء مؤهلين في مجال موضوع الصفقة ويترأسها ممثل المصلحة المتعاقدة.

ثانيا - التفاوض في إجراء طلب العروض

كقاعدة عامة، يمنع تنظيم الصفقات العمومية التفاوض في إجراء طلب العروض (1) ولكنه يسمح بطلب توضيح وتفصيل فحوى العروض كاستثناء (2).

1- التفاوض في إجراء طلب العروض كقاعدة عامة

كما عرفت المادة 40 من تنظيم الصفقات العمومية طلب العروض كما يلي: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيارية موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء ". يعتبر إجراء طلب العروض القاعدة العامة، طبقا للمادة 39 من التنظيم المذكور. من هذا التعريف يستنتج أن إبرام الصفقة العمومية عن طريق إجراء طلب العروض يجب أن يتم دون مفاوضات كقاعدة عامة.

2- السماح بتوضيح وتفصيل فحوى العروض في إجراء طلب العروض كاستثناء

لقد أكدت الفقرة الأولى من المادة 80 من تنظيم الصفقات العمومية على منع التفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض ولكن في نفس الوقت نصت على السماح بالتفاوض في المجالات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية كاستثناء. في هذا الإطار، جاء في الفقرة الثانية من المادة 80 أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح وتفصيل فحوى عروضهم وهذا لتمكين المصلحة المتعاقدة من القيام بمقارنة العروض. وضعت المادة المذكورة شرطين لجواب المتعهد كما يلي :

- يجب أن لا يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه وأن لا يؤثر في المنافسة؛
- يجب أن لا يؤثر جواب المتعهد في المنافسة.

ثالثا - التفاوض في إجراء المسابقة

عرفت الفقرة الأولى من المادة 47 من تنظيم الصفقات العمومية المسابقة كما يلي : "المسابقة هي إجراء يوضع رجال الفن في المنافسة للاختيار، بعد رأي لجان التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة".

حسب المادة 48، يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين. أما تشكيلة اللجنة، فإنها تحدد بموجب مقرر يصدره مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني.

فيما يخص التفاوض، إذا رأت لجنة التحكيم أن هناك ضرورة لتوضيح بعض جوانب الخدمات، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين بطريقة كتابية لتقديم التوضيحات المطلوبة. في هذه الحالة تكون الأجوبة المكتوبة جزءا لا يتجزأ من العروض.

في الأخير، نصت المادة 47 على أن الصفقة تمنح بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة التي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.

رابعاً - التفاوض في إجراء التراضي

ورد تعريف التراضي بشكله البسيط وبعد الاستشارة (1) في تنظيم الصفقات العمومية الذي حدد قواعد التفاوض التي هي مشتركة بينهما (2).

1- تعريف التراضي وشكاليه

تضمنت المادة 41 تعريف إجراء التراضي كما يلي : "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة. ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة. إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

للعلم فإن المادة 49 حددت ست (6) حالات على سبيل الحصر تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط.

2- التفاوض في إجراء التراضي

فيما يخص التراضي البسيط، تفرض المادة 50 من تنظيم الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة خمس أعمال يجب أن تقوم بها في إطار إجراء التراضي البسيط، اثنين منها تتعلق بالتفاوض وتتمثل فيما يلي :

- تنظيم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية؛

- تأسيس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

فيما يخص التراضي بعد الاستشارة، نظمت المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية كليات إجراءه وحددت الفقرة 6 منها قواعد التفاوض المتعلقة به.

يظهر إذا أن قواعد التفاوض هي مشتركة بين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة. في هذا الإطار وطبقاً للفقرة 6 المذكورة، فإن للجنة فتح الأطراف وتقييم العروض الحق في أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة وبصفة كتابية من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم، كما يمكن للجنة أن تطلب من هؤلاء المتعاملين استكمال عروضهم⁹.

فيما يخص التفاوض المباشر وطبقاً للفقرة 6 من المادة 52، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة بواسطة لجنة تعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة. يجب أن يتم التفاوض في ظل احترام أحكام المادة 5 من تنظيم الصفقات العمومية التي جاءت بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية وهي

حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات. في الأخير، تفرض المادة 52 على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان تتبع كل أطوار المفاوضات من خلال تحرير محاضر.

تكمن إجراءات تقييد التفاوض في مجال الصفقات في طلب التوضيحات والتفصيلات بصفة كتابية، من جهة، وفي إجبارية المرور على اللجان مع تحرير محاضر تتضمن تفاصيل المفاوضات، في حالة التفاوض المباشر، من جهة أخرى.

خاتمة

من أجل أخلاقية مجال الصفقات العمومية وتفاذي الممارسات غير الشرعية والفساد، وضع المشرع مبادئ وقواعد في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وقانون المنافسة وكذلك تنظيم الصفقات العمومية كأدوات قانونية وقائية من الفساد. كما ضيق المشرع من مجال المفاوضات في الصفقات العمومية بفرض قواعد صارمة يتم من خلالها تفاوض غير مباشر عن طريق تبادل المعلومات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين بصفة كتابية أو تفاوض مباشر في إطار لجان تنشأ خصيصا لهذا الغرض وتعمل حسب إجراءات صارمة.

المراجع :

أولا - رسائل دكتوراه

- جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- علة كريمة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013.
- أكرور مريم، الأجر في الصفة العمومية للأشغال، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014-2015.
- بعيث عائشة، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.
- خصري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.

ثانيا - مقالات :

- بن شعلال محفوظ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية : ضمانات لشفافية أم حواجز تقييدية؟، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 63-74.
- عاقل فزييلة، النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تسيير المال العام، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 27-51.

- خضري حمزي، الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 52-62.
- حابي فتيحة، فسح صفقات انجاز الأشغال العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 96-116.
- خلاطو فريد، حوكمة الصفقات العمومية في الجزائر : الواقع، التحديات والأجوبة في مواجهة الفساد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 137-164.
- بن أعمارة صبرينة، حوكمة الصفقات العمومية في إطار الإستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 165-182.
- عبد الرحيم نادية، الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 183-199.
- مرسلي عبد الحق، التعاون الدولي في مكافحته الفساد في الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنراست، عدد 09، سبتمبر 2015، ص 200-215.

ثالثا - مداخلات

- أكرور مريام، التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة خلال اليوم الدراسي حول "مؤشرات التواطئ في ميدان الصفقات العمومية"، المنظم من طرف مجلس المنافسة، يوم 16 ديسمبر 2015، منشورة في النشرة الرسمية للمنافسة رقم 9.

رابعا - مؤلفات باللغة الفرنسية : Ouvrages en français :

- KADI (Ahmed), Guide technique universel des marchés publics et des marchés et des délégations de service public et autres contrats assimilés, Tome 2, Auto-édition, Alger, 2016.
- BOULIFA (Brahim), Marchés publics, Manuel méthodologique, Volume 1, Berti Editions, Alger, 2013, p. 56.

خامسا - مداخلات باللغة الفرنسية : Communications en français :

- SABRI (Mouloud), «Les zones de prédilection de la fraude dans les marchés publics», Communication présentée au Séminaire sur la lutte contre la corruption, Alger les 18 et 19 avril 2017.

¹ الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص 3.

² الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 8 مارس سنة 2006، ص 4.

³ الجريدة الرسمية عدد 50 المؤرخة في أول ديسمبر سنة 2010، ص 16.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 10 غشت سنة 2011، ص 4.

⁵ KADI (Ahmed), Guide technique universel des marchés publics et des marchés et des délégations de service public et autres contrats assimilés, Tome 2, Auto-édition, Alger, 2016, p. 146 et ss..

⁶ الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 20 يوليو سنة 2003، ص 25.

⁷ الجريدة الرسمية عدد 36 المؤرخة في 20 يوليو سنة 2003 ، ص 25.

⁸ الجريدة الرسمية عدد 46 المؤرخة في 18 غشت سنة 2010 ، ص 10.

⁹ BOULIFA (Brahim), Marchés publics, Manuel méthodologique, Volume 1, Berti Editions, Alger, 2013, p. 56.

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون - تيارت.

عنوان المداخلة: الدعوى إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية إلكترونيا - دراسة مقارنة -

الدكتور: ولد عمر الطيب

مقدمة:

تبنى المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية الجديد 15-47 المؤرخ في 2015/09/16 مفهوم جديد يتعلق بإدخال التكنولوجيا في عملية إبرام الصفقات العمومية، و ما يعرف بالدعوة الى المنافسة عن طريق البوابة الإلكترونية، وتعتبر هذه التقنية جديدة في عملية إبرام الصفقات العمومية، ولكن لحد الان لم تصدر نصوص تنظيمية تبين عمل تلك البوابة الالكترونية، مما يحتم الرجوع الى القانون المقارن ولا سيما القانون الفرنسي للوقوف على أهم الاجراءات الخاصة بعملية التعاقد الالكتروني في الصفقات العمومية او ما يعرف بالوسائط الالكترونية، وعلى هذا الاساس يثار الاشكال التالي كيف يتم إبرام الصفقات الكترونيا؟ و ما هي آليات الاثبات الخاصة بالصفقة العمومية؟

للإجابة عن هذه الاشكالية ارتأينا وضع خطة تتكون من محورين اساسيين اليات إبرام الصفقات الكترونيا في (المبحث الاول)، اثبات الصفقات الكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الاول: آليات إبرام الصفقات الكترونيا.

إن طرق الابرام المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية الجزائري ولاسيما في المواد 39، 40، 41 لا تختلف عن تلك الخاصة بالوسائط الالكترونية كون هذه الاخيرة يتم التعامل مباشرة عن طريق الوسائط الالكترونية، اما الاولى فالتعامل او التعاقد يتم بطريقة الكلاسيكية المحضة، فان عملية الاشهار او الدعوة الى المنافسة تتم عن طريق البوابة الالكترونية، وعند الاطلاع على المادة الاولى من المرسوم الفرنسي رقم 692 الخاص بتطبيق المادة 56 من قانون الصفقات الفرنسي¹، والتي نص على انه: " في الحالات اين يتم إبرام الصفقات العمومية وفق الاجراءات المنصوص عليها بالعنوان الثالث من قانون الصفقات العمومية تعتبر مجالا لتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية تطبيقا للمادة 56 من قانون الصفقات، هذا التبادل يتم شروط منصوص عليها في المواد 02-10 ادناه"، وعلى هذا الاساس سوف نبين طلب العروض

الإلكتروني في (المطلب الاول) و الطرق الاستثنائية لإبرام الصفقة الالكترونية في (المطلب الثاني).

المطلب الاول: طلب العروض الالكتروني.

إن هذا الاسلوب يعطي للأداة او المصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار المتعامل معها ولقد تحول هذا الاسلوب *appelle d'offre* من القانون الفرنسي الى القوانين العربية تحت مسميات عدة منها طلب العروض، الدعوة الى المنافسة، وعلى هذا الاساس سوف نتطرق الى تعريفه وصوره واجراءات طلب العروض.

أولاً: تعريف طلب العروض: لقد عرفه البعض بأنه اسلوب من خلاله يمكن تخصيص الصفقة من طرف لجنة طلب العروض لصاحب العرض أكثر جديّة وفق معايير وشروط محددة آنفاً²:

ولقد عرفته المادة 40 من المرسوم الرئيسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية..."³.

ولقد عرفته المادة 33 من (ق ص ع ف) بأنه "الاجراء الذي تختار من خلاله المصلحة المتقاعدة من دون تفاوض وفق معايير موضوعية معدة مسبقا ومعروفة لدى المترشحين".

وهذا التعريف يعتبر مطابق لما جاء في قانون الصفقات الجزائري.

ثانياً: صور طلب العروض: حسب أحكام المادة 33 ف2 من قانون الصفقات الفرنسي، أن طلب العروض قد يكون مفتوحاً أو محدوداً⁴، وطلب العروض المفتوح يمكن كل متعامل من تقديم عرض، أما طلب العروض المحدود يسمح بإبداع العروض للمتعاملين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط وذلك بعد الانتقاء، وفي القانون الجزائري تطرقت المواد 43، 45 لأشكال أو صور طلب العروض وهو ينسجم مع ما جاء بالقانون الفرنسي.

ثالثا: مراحل إجراء طلب العروض: أنه عملا بأحكام المادة 40 من قانون (ق.ص.ع.ف) أن الصفقة يجب أن يسبقها إعلان بالشكل الكافي لتحقيق منافسة فعالة، وقد حددت المادة إضافة إلى المادة 26 (ق.ص.ع.ف) وسائل الإعلان، فإن الإشهار يتم في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي وفي جريدة مهيأة لاستقبال الإعلانات وفي الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة، وذهبت المادة 36 من (ق.ص.ع.ف) من التوجه الأوروبي 18/2004 إمكانية الإعلان عبر شبكة الأنترنت ويجب أن يتضمن الإعلان كافة الشروط والوثائق والمعطيات التكميلية المتعلقة بالعروض، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المهتمين بالعطاء على شبة الأنترنت كراسة الشروط ووثائق المعلومات المكتملة من أجل تحقيق المنافسة.

رابعا: مرحلة تحضير العروض: تعتبر هذه المرحلة من اهم المراحل تجسيدا لمبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، وتظهر في هذه المرحلة مدى تأثير الوسائط الإلكترونية في تقليص أجال إبرام الصفقة، حيث أجل استقبال العروض لا يقل عن 52 يوم من تاريخ الإعلان عن الصفقة، غير أن هذا الأجل يقلص بـ 7 أيام في حالة ما تم الإشهار إلكترونيا، وطلب العروض المحدود لأجل 37 يوم ويقلص إلى 30 يوم في حال الإعلان إلكترونيا⁵.

خامسا: البث في العطاءات: تخضع هذه المرحلة في مجملها لما هو مقرر في الإبرام التقليدي طبقا لأحكام المادة 56 (ق.ص.ع.ف) التي نصت على أن نصوص القانون الحالي قابلة للتطبيق على المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية.

سادسا: الإعلان عن تخصيص الصفقة: طبقا للمادة 80 من (ق.ص.ع.ف) يجب تعليل أسباب اختيار المتعامل (العرض) مع تعليل ذلك لبقية المترشحين مع ذكر أسباب الرفض لعروضهم وذلك ضمن الأشكال المنصوص عليها في القانون، والإبلاغ يكون إلكترونيا، في القانون الجزائري حدد المرسوم الرئاسي 247/15 مراحل إبرام الصفقة والتي تبدأ من الإعلان عن طلب العروض وتحضير العروض وتخصيص الصفقة والإعلان عن منح الصفقة أو ما نسميه الإعلان عن المنح المؤقت⁶، والذي يسمح للمترشحين الذين لم تأخذ عروضهم بتقديم في الآجال القانونية.

كما أن في القانون الجزائري، تعتبر هذه الإجراءات الخاصة بالإبرام كلاسيكية، من البدأ بالعملية إلى غاية الانتهاء منها، إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة 205

من (ق.ص.ع.ج) على الدعوى إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية⁷، مما يستوجب تكيف إجراءات الإبرام مع هذه الطريقة.

المطلب الثاني: الطرق الاستثنائية لإبرام الصفقة الإلكترونية.

إن كان طلب العروض هو القاعدة في إبرام الصفقات العمومية، فإن هناك طرق أخرى لإبرام الصفقة إستثناءا ألا وهي التراضي، والذي يعني تخصيص الصفقة لمتعامل واحد بعد المفاوضات.

أولاً: الصفقة الإلكترونية التفاوضية: لقد ورد في المادتين 34، 35 من (ق.ص.ع.ف) والمرسوم 692/2002 والمتعلق بالإبرام الإلكتروني للصفقات العمومية، ومن هنا يمكن تعريف الصفقة التفاوضية " هي إجراء الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة من خلاله باختيار المتعامل معها بعد التفاوض حول شروط الصفقة مع المتعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين⁸، وعلى هذا الأساس نتطرق إلى النقاط التالية:

أولاً: أنواع الصفقات التفاوضية: وعليه فإن الصفقة التفاوضية تأخذ نوعين، صفقات تفاوضية بعد الإشهار والوضع في المنافسة و صفقات تفاوضية دون نشر ودون وضع المنافسة.

1- الصفقات التفاوضية بعد الإشهار والمنافسة: وتتم في حالة طلب العروض أو الحوار التنافسي غير المجدي أو كانت العروض غير مطابقة ولا مقبولة، وكذا الصفقات والاتفاقيات الإطار المتعلقة بالخدمات تمويلية والفكرية كونها لا يمكن تحديد طبيعة الخدمات باللجوء إلى طلب العروض، وكذا صفقات الأشغال الخاصة بالأبحاث والتجارب وكذا الأشغال والتوريدات والخدمات والتي لا يسمح بالتحديد المسبق لأسعارها ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15⁹.

2- الصفقات التفاوضية دون إشهار ودون منافسة: تبرم هذه الصفقات في حالة الاستعجال لظروف غير متوقعة من قبل المصلحة المتعاقدة وخارجة عن نطاقها، وكذا الاتفاقيات المعلن عنها وفق طلب العروض ولم يقدم فيها أي عرض أو عدم مطابقته، في عقود التوريدات الإضافية التي تنفذ من قبل المورد الأصلي لتوزيع لوازم بديلة وكذلك الخدمات والأشغال التي لم يتم النص عليها في الصفقة، ولكنها ضرورية لظروف غير متوقعة وكذا الصفقات التي لا يمكن تنفيذها إلا على يد متعامل واحد

نظرا لظروف تقنية أو فنية متعلقة بحقوق حصرية، المشرع الجزائري سمي هذه الحالة بالتراضي البسيط في المادة 49 من قانون الصفقات (المرسوم الرئاسي 247/15)، وحصرت لها الحالات وهي الاستعجال والظروف الخارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة ووضعية الاحتكار، إضافة إلى حالات أخرى ويتم ذلك وفق إجراءات التفاوض، طبقا للفقرة 4 من المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثانيا: إجراءات إبرام الصفقة التفاوضية:

بإمكان المصلحة المتعاقدة حصر عدد المترشحين إلى ثلاثة ويحدد أجل استقبال العروض لمدة لا تقل عن 37 يوم من تاريخ الإعلان، وتقلص هذه المدة إلى 30 يوم في حال تم الإعلان بالوسائل الإلكترونية والحصول على الوثائق الإلكترونية، ويتم إرسال العروض بأي وسيلة تضمن السرية وتحديد وقت استلامها، وهو ما توفره الوسائل الإلكترونية، ولا تقبل إلا العروض التي تم استقبالها في وقت محدد، وبعدها يبدأ التفاوض على شروط الصفقة دون الكشف عن المعلومات السرية الممنوحة من طرف العارضين ويتم إشعار العروض غير المطابقة ويتم تخصيص الصفقة والإعلان عن ذلك¹⁰.

وهناك طريقة أخرى في إبرام الصفقة عن طريق ما يعرف بالحوار التنافسي طبقا للمادة 36 من (ق.ص.ع.ف) والتي عرفته " هو الإجراء التي تقوم المصلحة المتعاقدة من خلاله بإدارة حوار مع المترشحين لتحديد أو تطوير حل أو حلول من طبيعتها أن تستجيب لحاجياتها وفق قاعدة لمشارك أو المشاركون في الحوار مدعوون لتحضير وتقديم عروض واللجوء إلى هذه الطريقة كون الصفقة معقدة أو المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تحديد الوسائل التقنية لتلبية احتياجاتها.

المبحث الثاني: إثبات الصفقات الإلكترونية.

يتم الإثبات في كل المعاملات مع الإدارة بالوثائق، وخاصة العقود الإدارية التي تحمي حقوق الأطراف المتعاقدة، ولقد جاء في نص المادة 56 من (ق.ص.ع.ف) " في جميع الصفقات والاتفاقيات، الوثائق المكتوبة الواردة في هذا القانون، يمكن استبدالها بالوسائل الإلكترونية"¹¹.

وعلى هذا الأساس نتطرق إلى ما يلي:

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية وإثبات الصفقة:

الكتابة هي الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحررات ، ويفضل التقدم التكنولوجي ظهر ما يعرف بالكتابة الإلكترونية، وكان القانون المدني هو الأصل في ظهورها ثم شملت العقود الأخرى ومنها الصفقات العمومية، وهي تعني كل ما هو مكتوب على الدعامات الإلكترونية ولها نفس القوة الثبوتية للكتابة الإلكترونية¹².

ولقد عرفت في القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتضمن قانون التوقيع الإلكتروني بأن كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامة أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي الدلالة القابلة للإدراك، ولها نفس الحجية في الإثبات بالنسبة للمحركات الورقية¹³.

والكتابة الإلكترونية في الصفقات العمومية، هي مشروطة لإبرام الصفقة حسب ما نصت عليه المادة 39 من (ق.ص.ع.ف) والتي أوجبت ضرورة خضوع الصفقة العمومية للكتابة والتي تلعب فيها دفا تر الشروط دورا مهما، وتقييد الحقوق والواجبات كتابيا في بنود الصفقة، وتخضع الكتابة الإلكترونية لشروط معينة من بينها أن تكون قابلة للقراءة والفهم، لكي تكون المحررات الإلكترونية ذات حجية أي مدون بحروف أو رموز معروفة للغير حسب أحكام المادة 1316 من (ق.م.ف)¹⁴، والتي أشارت إلى ضرورة ان تكون الكتابة تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام وأي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها، ولقد ذهب الفقه الفرنسي إلى ضرورة أن تكون الكتابة تتوافر فيها شروط الكتابة العادية ومنها الوضوح والقابلية للفهم، وفي الصفقات يتم تبادل المعلومات إلكترونيا عن طريق الكتابة، وحفظ المعلومات الخاصة بالصفقة على قاعدة البيانات والأقراص المضغوطة للإثبات عند المنازعات¹⁵.

وكذلك من شروط الكتابة الإلكترونية قابلية الكتابة للحفظ والاستمرار والثبات، وهو ما نصت عليه المادة 1316 من (ق.م.ف) والتي نصت على: " يكون تدوين الكتابة وحفظها بطريقة تدعو إلى الثقة " وفي قانون الصفقات الفرنسي نجده حتم على الإدارة ضرورة حفظ كل الوثائق والمستندات الخاصة بالصفقة بواسطة أرشيف إداري إلكتروني، وهو نفس الأمر بالنسبة للمترشحين وألزمهم بحفظ دفا تر الشروط وكل المستندات لتقديمها للقضاء عند الحاجة حسب أحكام المرسوم رقم 692 لسنة 2002 المتعلق بإبرام الصفقات الإدارية بالوسائط الإلكترونية، كما أكد نفس المرسوم على إلزام الإدارة بإعلام المترشحين بحفظ عروضهم من أي فيروس.

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني بالصفقات العمومية.

لا يكفي لا ثبات الصفقة الالكترونية وجود المحرر الالكتروني بل يجب ان يكون هذا المحرر موقع من طرف السلطة المختصة، ومعبر عن هوية الموقع وصحيا ولقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1316 من (ق.م.ف) "ان التوقيع الالكتروني يدل على هوية صاحبه و يضمن علاقته بالواقعة التي اجراها وتؤكد هوية صاحبه وصحة الواقعة المنسوبة اليه"، وهو ما اكده المرسوم رقم 692-2002 بخصوص الصفقات العمومية، حيث يتم توقيع الطلبات المقدمة وذلك وفق الشروط الواردة بالمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي¹⁶.

كما اكد ذلك القانون المصري 15 لسنة 2004 انه ما يوضع على المحرر الالكتروني ويتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او غيرها يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد الشخص الموقع و يميزه عن غيره .

اما بخصوص صور التوقيع الالكتروني و اكثرها انتشارا التوقيع الرقمي و البيومتري و التوقيع بالقلم الالكتروني، ورجوعا الى احكام قانون الصفقات الفرنسي نجده اعتمد في ابرام الصفقات بالوسائط الالكترونية على التوقيع البيومتري و التوقيع بالقلم الالكتروني و التوقيع الرقمي.

1 - التوقيع البيومتري و التوقيع بالقلم الالكتروني: ويعتمد هذا التوقيع على الصفات المميزة للإنسان وخصائصه الطبيعية والسلوكية التي تختلف من شخص الى آخر كبصمة الاصبع شبكة العين و نبذة الصورة والتعرف على الوجه البشري و التوقيع الشخصي، ويقوم هذا الشكل على تكنولوجيا العلم البيومتري، اما التوقيع بالقلم الالكتروني فيستخدم فيه قلم حساس يمكنه الكتابة على الحاسب الآلي عن طريق برنامج معلوماتي ينتج عنه النقاط التوقيع و التحقق من صحته

2- التوقيع الرقمي: يعتمد هذا التوقيع على التشفير عن طريق معادلات رياضية باستخدام اللوغارتميات فيتحول بها التوقيع أو المحرر من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، ولا يستطيع إي من كان أن يعيدها إلى صياغتها إلا الشخص الذي لديه مفتاح أو تشفير هذه المعادلة الخاصة¹⁷.

ومن شروط التوقيع الإلكتروني لإثبات الصفقة العمومية يجب أن يحدد هوية الموقع لإضفاء الحجية القانونية على السند لأنه عبارة عن تصرف إرادي يكشف عن

هوية صاحبه ويميزه عن غيره، وبالنسبة للتوقيع الإلكتروني الذي يتم بالإشارات أو الرموز معينة يعتبر بمثابة التوقيع بالختم وله الحجية في الإثبات، والتوقيع الإلكتروني يعبر عن إرادة صاحبه وله نفس الحكم في التوقيع العادي، ويشترط كذلك في التوقيع الإلكتروني بالسند الإلكتروني بمعنى لا يمكن فصل التوقيع عن السند الإلكتروني.

خاتمة:

نستنتج من الدراسة التي قمنا بها أن عملية إبرام الصفقات عن طريق تبادل المعلومات إلكترونيا أو ما يعرف بالصفقة الإلكترونية، لا يختلف في جوهره ومضمونه عن طرق الإبرام المعروفة في ظل تكريس قواعد المنافسة في مجال إجراءات إبرام الصفقات بالاعتماد على طلب العروض كقاعدة أصلية وإستثناء التراضي، هذه الإجراءات في الإبرام عرفت تكييفا إلكترونيا في القانون الفرنسي وذلك بغية اضاء الشفافية وتسهيل إجراءات الإبرام على المصلحة المتعاقدة والمتعهدين المترشحين الذين يرغبون في التعاقد معها، فبدلا من الاعتماد على الطرق التقليدية في تقديم عروضهم فإنه يسمح لهم وفق هذا الإجراء بالتعاقد إلكترونيا والاطلاع على كل الإجراءات والخطوات المتبعة من طرف المصلحة المتعاقدة خلال مراحل الإبرام كالاطلاع على دفاتر الشروط والإعلان عن طلب العروض ونتائج تحليل العروض إلى غاية المنح وإخطار المترشحين عن عدم قبول عروضهم وتبريرات المقدمة في ذلك.

نستخلص أن المشرع الجزائري نص في قانون الصفقات العمومية وبالتحديد في المادة 204 وما بعدها على تبادل المعلومات إلكترونيا في الصفقات العمومية، وهذا يعتبر تحول قانوني مهم لغرض استخدام التكنولوجيا الحديثة في عملية إبرام الصفقات العمومية وتكييف إجراءات الإبرام مع هذه التقنية الحديثة، وعليه فالمشرع الجزائري مطالب بإصدار نصوص تنظيمية لتطبيق هذا الإجراء وجعله ساري المفعول أي الإبرام الإلكتروني للصفقات العمومية وذلك من شأنه إضفاء أكبر شفافية ومنافسة في عملية الإبرام.

قائمة المراجع:

- ¹ *Le décret 2006- 975 du 01/08/2006 portant code du marché publics (jo du 04/08/2006).*
- ² - *La loi N° : 2004-575 du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économies numériques, site : <http://www.legifrance.gov.fr>.*
- ³ - ينظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في: 2015/09/16، المتضمن تنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام، ج ر، العدد 50، سنة 2015.
- ⁴ - ينظر المواد 61، 65، 66، 72، 76، 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ⁵ *Carapu réflexion sur la processus des procédures de passation des marchés publics, DESS un lumière lion II Irance 2003, P. 2*
- ⁶ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراة العلوم في العلوم القانونية. تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2015، ص: 23.
- ⁷ - حسب أحكام المرسوم 2002-692 الخاص بالإبرام الإلكتروني للصفقات.
- ⁸ - *Voir Art 1316-4.*
- ⁹ - *Art 1316-1 code civile français.*
- ¹⁰ - ينظر المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدل والمنتم.
- ¹¹ - ينظر المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- ¹² - ينظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ¹³ - *Art 65-1 C.M.P.F*
- ¹⁴ - *Art 60 code du marché publics français*
- ¹⁵ - *Art 33-2, L'appel d'offres peut-être ouvert ou restreint.*
- ¹⁶ - *Art 34-1 C.M.P.F (une procédure négociée ...).*
- ¹⁷ - *Art 65, 66 C.M.P.F*

¹ - *Le décret 2006- 975 du 01/08/2006 portant code du marché publics (jo du 04/08/2006).*

² - *Carapu réflexion sur la processus des procédures de passation des marchés publics, DESS un lumière lion II Irance 2003, P. 2*

³ - ينظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في: 16/09/2015، المتضمن تنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام، ج ر، العدد 50، سنة 2015.

⁴ - *Art 33-2, L'appel d'offres peut-être ouvert ou restreint.*

⁵ - *Art 60 code du marché publics français*

⁶ - ينظر المواد 61، 65، 66، 72، 76، 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁷ - ينظر المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁸ - *Art 34-1 C.M.P.F (une procédure négociée ...).*

⁹ - ينظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

¹⁰ - *Art 65, 66 C.M.P.F*

¹¹ - *Art 65-1 C.M.P.F*

¹² - *Art 1316-1 code civile français.*

¹³ - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراة العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2015، ص: 23.

¹⁴ - ينظر المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم.

¹⁵ - حسب أحكام المرسوم 2002-692 الخاص بالإبرام الإلكتروني للصفقات.

¹⁶ - *Voir Art 1316-4.*

¹⁷ - *La loi N° : 2004-575 du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économies numériques,*
site : <http://www.legifrance.goov.fr>.

مداخلة بعنوان:

الضوابط القانونية لإبرام ملحق الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247

الأستاذة : بولقواس ابتسام

أستاذة مساعدة أ بجامعة عباس لغرور - خنشلة -

مقدمة:

يكتسي موضوع الصفقات العمومية أهمية بالغة في اقتصاديات الدول، وتتبع هذه الأهمية بالنظر لكون الصفقات العمومية تعتبر الطريقة القانونية التي تستخدمها جهة الإدارة لتنفيذ مختلف مشاريعها وتجسيدها برامجها وذلك باللجوء إلى التعاقد مع مختلف المتعاملين من أجل إنشاء أو استغلال أو صيانة المرافق العامة حتى تستطيع أن تؤدي خدماتها للمنتفعين بها بصورة منتظمة ودائمة تحقيقا للمصلحة العامة. وتتم عملية إبرام الصفقات العمومية بمجموعة من المراحل ويترتب عليها مجموعة من الحقوق و الالتزامات المتبادلة، ولعل أهم هاته الحقوق تلكم الحقوق المقررة لجهة الإدارة في ظلها باعتبارها سلطة عامة تملك سلطة الرقابة و الإشراف و التوجيه و سلطة توقيع الجزاءات و سلطة تعديل العقد بما يكفل خدمة المرفق العام.

فبوسع جهة الإدارة بمقتضى ما منحت من سلطات استثنائية أن تعدل من شروط الصفقة العمومية بعد إبرامها بإرادتها المنفردة ومرجع ذلك مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، دون أن يتمسك الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو بمبدأ قوة العقد الملزمة كل ذلك بشرط أن لا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية، ناهيك عن تمتعها أيضا بحقي الإشراف و الرقابة و توقيع الجزاء.

وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري قد اعترف لجهة الإدارة بحق تعديل صفقاتها عن طريق آلية الملحق بموجب المادة 135 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإننا نتساءل في هذا المقام عن أهم الضوابط القانونية التي أحاط بها المشرع الجزائري هاته العملية واهم النتائج المترتبة على ممارسة جهة الإدارة لحقها في تعديل صفقاتها العمومية بالنسبة للمتعاقد معها؟

و للإجابة عن هاته الإشكالية سنقسم دراستنا إلى ثلاث أقسام نخصص القسم الأول منها لبيان المقصود بملحق الصفقة العمومية، بينما نخصص القسم الثاني منها لبيان الضوابط القانونية لإبرام ملحق الصفقة العمومية، بينما نخصص القسم الثالث منها لبيان النتائج المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل صفقاتها العمومية وذلك على النحو التالي:

أولاً: ماهية ملحق الصفقة العمومية

سنحاول خلال دراستنا في هذا القسم التعرّيج و الحديث عن مفهوم ملحق الصفقة العمومية باعتباره الآلية التي تلجا إليها جهة الإدارة من أجل تعديل صفقاتها العمومية التي قامت بإبرامها وكذا بيان أساس إبرامه و موقف الفقه و القضاء من قيام الإدارة بإصداره لتعديل عقودها الإدارية وذلك على النحو التالي:

1 - مفهوم ملحق الصفقة:

لجهة الإدارة المتعاقدة الحق في تعديل شروط العقد وطريقة تنفيذه بما يتضمن زيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها، أو تعديل الجدول الزمني لمعدلات التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد وذلك بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة القوة الملزمة للعقد وان العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص.¹

و يقصد بسلطة التعديل هنا حق الإدارة في تغيير التزامات المتعاقد معها على نحو لم يكن معروفاً وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقص منها، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق إلى هذا التعديل دون أن يحتج عليها المتعاقد معها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.²

فمبدأ تعديل العقد الإداري يفسر في السلطة المعترف بها للإدارة المتعاقدة بان تعدل بمفردها وضمن بعض الشروط و الحدود و لقاء التعويض شروط العقد عندما يكون هذا التعديل مفروضاً لأجل مصلحة المرفق العام.³

ويكاد فقه القانون و القضاء المقارن⁴ يجمع على أن كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة لوحدتها وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرفق العام، إذ تستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة حتى ولم يتم النص عليه في العقد، بل وثابت للإدارة حتى وان لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أن عقود القانون الخاص وان كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف معين فان العقد الإداري خلاف ذلك لأنه يقوم على فكرة تفضيل المصلحة العامة، وهو الأمر الذي وجب معه الاعتراف لجهة الإدارة بامتياز تجاه المتعاقد معها يتمثل في أحقيته في تعديل العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة و استوجبته المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.⁴

ويتم إدخال هاته التعديلات على الصفقات العمومية من قبل جهة الإدارة عن طريق آلية تعرف بالملحق، إذ يعتبر في هذا الصدد ملحق الصفقة العمومية الآلية التيتلجأ إليها جهة الإدارة من اجل تعديل عقودها الإدارية بصفة انفرادية، وهو الأمر الذي أكدهاالمشرع الجزائري من خلال المواد 18 و 135 و 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، إذ نصت في هذا الصدد المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على انه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم ملحقا للصفقة العمومية محل الطلب الأولى المبرم طبقا للإجراءات المكيفة حسب الشروط المحددة في المواد 135 و 139 من هذا المرسوم، ويبرم الملحق في الآجال المنصوص عليها في هذه الأحكام".

هذا كما نصت المادة 135 على انه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة ان تلجا إلى ابرام ملحق للصفقة في اطار أحكام هذا المرسوم".

هذا كما نصت المادة 136 على انه: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".⁵

من خلال ما سبق بيانه يتضح لنا جليا بان ملحق الصفقة العمومية يعتبر اتفاق إضافي للصفقة الأولى يتم إبرامه بصفة انفرادية من قبل جهة الإدارة من اجل مواكبة التغيرات الحاصلة بعد إبرام الصفقة وذلك من اجل تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية تضمنتها الصفقة الأصلية أو من اجل الزيادة في الخدمات أو التقليل منها.

فملحق الصفقة بهذا الشكل لا يمكن له أن يوجد دون وجود صفقة أصلية فوجوده مرتبط أساسا بوجود صفقة أصلية، فهو لا يشكل عقدا جديدا وإنما تعديلا للصفقة الأصلية، فهو تابع لهذه الأخيرة ومتعلق بها، وفي نفس الوقت لا يعتبر صفقة أصلية لأنه يختلف عنها من عدة زوايا ونواحي خاصة فيما يتعلق بإجراءات الإبرام، ذلك أن إجراءات إبرام الملحق تتسم بالبساطة في حين أن إجراءات إبرام الصفقة الأصلية تتسم بالتعقيد.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو انه وان كان نطاق حق التعديل يشمل من الناحية النظرية و القانونية كل العقود الإدارية بكافة طوائفها وأنواعها إلا انه من الناحية العملية يمكن ألا يطبق في جميع هذه العقود بذات القدر و الدرجة، ذلك أن استناده على مقتضيات تسيير المرفق العام يجعله يبرز بصفة أساسية حين يساهم المتعاقد مساهمة مباشرة مع الإدارة في تسيير المرفق كما هو الحال في عقود الامتياز و الأشغال العامة، وعلى العكس من ذلك تضيق حدود استعماله عندما يساهم المتعاقد في تسيير المرفق بطريقة

غير مباشرة كما هو الحال في عقود التوريد حيث يقتصر دور المورد على إمداد الإدارة بوسائل ومواد تشغيل المرافق.⁶

2- أساس سلطة الإدارة في إبرام ملحق الصفقة

إن الرأي الغالب في الفقه يقيم سلطة التعديل على أساس فكرة السلطة العامة ولكن مع اختلاف في مدلول هذه السلطة، فالبعض يرى بأنها السلطة الضابطة للعقد و المتصلة بالمصلحة العامة، والبعض الآخر يرى بأنها السلطة النابعة من مبدأ دوام سير المرافق العامة وقابلية المرافق العامة للتغيير.

فأنصار الفريق الأول ذهبوا للقول بان تعديل الإدارة لعقودها يعتبر من أعمال السلطة العامة، وان الإدارة لا تمارس بمقتضاها امتيازاً تعاقدياً وإنما تستعمل حقا تمتلكه كسلطة إدارية، وان هذا الحق يعتبر من النظام العام.

أما أنصار الفريق الثاني وان اتفقوا على أن الأساس القانوني للتعديل لا يخرج عن نطاق الرابطة التعاقدية ولكنه امتياز تعاقدي، غير أنهم في الوقت ذاته قد اختلفوا فيما بينهم حول الأساس القانوني لسلطة التعديل، فذهب جانب منهم للقول انه يرجع لفكرة تحقيق مقتضيات الصالح العام، في حين قال البعض أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يقوم على مقتضيات المرافق العامة.

هذا ولم يغفل أنصار هذا الرأي الدور الهام الذي تلعبه فكرة السلطة العامة في هذا المجال، إذ قد لاحظ بعضهم انه وان كانت سلطة التعديل تجد أساسها في فكرة تحقيق المصلحة العامة ومراعاة الظروف المتغيرة في احتياجات المرفق العام وفي وسائل إدارته فان إجراء التعديل في ذاته يرتبط بفكرة السلطة العامة.⁷

من خلال الاتجاهات السالفة الذكر يمكننا القول بان حق الإدارة في تعديل عقودها يجد أساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام وباضطراد وقابليته للتعديل و التغيير في أي وقت لمواجهة الظروف المتغيرة بما يحقق المصلحة العامة، فالإدارة هي صاحبة الحق و الاختصاص في تنظيم وتسيير المرافق العامة ومن ناحية أخرى فانه عند إبرام العقد تكون نية الطرفين قد انصرفت في الواقع إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة التي يقوم عليها بما يستتبعه ذلك من نتائج منها حق الإدارة في التعديل بما يحقق هذه المصلحة، ويؤكد هذه النية المشتركة أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع قبل إبرام العقد إلا أن يقبل الشروط التي تضعها هذه الأخيرة جملة أو يرفضها جملة، فإذا قبلها فان قبوله هذا يتضمن التسليم بحق الإدارة في التعديل باعتباره عنصرا أساسيا من عناصر النظام القانوني للمرفق نفسه، ومن هنا كان حق الإدارة في التعديل مستمدا لا من نصوص العقد فحسب وإنما أيضا من طبيعة

المرفق ذاته، فيثبت للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد ولا يحق لها أن تتنازل عنه مقدما لاتصاله بالنظام العام.⁸

وما يؤكد ما قلناه سابقا هو أن اتجاه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي إلى إقامة سلطة التعديل على أساس مزدوج من اعتبارات الصالح العام ومقتضيات المرافق العامة من ناحية، وامتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى، فحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره الإدارة باستعمال امتياز من امتيازات السلطة العامة وهو امتياز التنفيذ.⁹

هذا مع العلم أن القضاء الفرنسي حتى عام 1902 كان يقيد الإدارة بشروط العقد و ينكر عليها سلطة تعديله بإرادتها المنفردة، غير انه لما أدرك أن موقفه هذا لا يتلائم مع التقدم العلمي و التوسعات العمرانية و الزيادة السكانية وانه يشكل عقبة أمام الإدارة إذا ما أرادت تحديث المرفق أو تغيير نظام تسييره قام بتغيير موقفه، وقد كانت عقود الامتياز هي المجال الذي شهد تطور القضاء الفرنسي في هذا الخصوص ويمثل حكم من خلاله مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة في أن تطلب من شركة امتياز مرفق الإنارة أن تعدل وسيلة تشغيل المرفق بحيث تحل الكهرباء بعد اكتشافها محل الغاز.

وفي حكمه في compagnie générale française الصادر في 1910/03/21 اقر مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة في أن تطلب من شركة امتياز النقل بالتزام زيادة خطوطها عن العدد المنصوص عليه في العقد لمواجهة التوسعات العمرانية في المدينة.¹⁰

ومن خلال ما سبق بيانه يمكننا أن نخلص للقول بان حق الإدارة في تعديل ما تقوم بإبرامه مع الغير من عقود إدارية مستمد إما من القانون الذي يقر لها حق إعادة النظر في بعض العقود، أو من العقد الإداري ذاته الذي قد ينص في بنوده على إعطاء الإدارة المتعاقدة الحق في تعديل عقودها، وإما قد تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغييرا في شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها في ضوء ما طرا من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد.¹¹

فسلطة الإدارة في تعديل عقودها مرهونة بغاية الصالح العام، إذ تمارسها الإدارة مستهدفة تحقيق حسن سير وانتظام المرافق العامة في إدارة الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام، أي بعبارة أخرى لا يقيد سلطة الإدارة في تعديل عقودها سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب المصلحة الخاصة.¹²

3- موقف الفقه من حق الإدارة في وضع ملحق للصفقة

لا خلاف حول حق الإدارة في تعديل شروط العقد إذا ما وجد نص يبيح لها ذلك، لان الأمر في هذه الحالة لا يعدوا أن يكون تطبيق لشرط تعاقدية، غير أن الإشكال الذي يطرح في هذا المقام يتعلق بحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية في حالة عدم وجود نص يعطي لها هذا الحق، حيث انقسم الفقه الفرنسي بشأن هذا الأمر إلى 3 اتجاهات .

الاتجاه الأول: أنكر إعطاء الإدارة حق تعديل عقودها، إذ أنكر في هذا الصدد بعض الفقه التقليدي سلطة جهة الإدارة الانفرادية في تعديل عقودها الإدارية، وعلى رأس من أنكروا على الإدارة هذه السلطة هو لوليه و الأستاذ فرسيس بنوا و الأستاذ جان ديفو .

وملخص الرأي المنكر يتمثل في موقف لوليه السلبى من نظرية تعديل العقد الإداري فهو يرى بان القول في أن هناك سلطة للإدارة في تعديل العقد من جانب واحد هو قول لا أساس له ابتدعه الفقه ولا يوجد ما يؤيده في القضاء ، إذ ليس هناك أي حكم من أحكام القضاء يؤيد وجود هذه السلطة الإدارية .

هذا كما انتقد ما استند إليه الفقهاء الفرنسيون من أحكام قضائية و بالتحديد الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي عام 1910 الخاص بشركة مرسيليا وهو الحكم الذي اعترف بموجبه مجلس الدولة للإدارة بان تفرض على الشركة الملتزمة لترام مرسيليا جدول مواعيد يتضمن عدد دورات اكبر من العدد المنصوص عليه في شروط العقد، حيث انه رأت أن ذلك الحكم لم يبرر للإدارة سلطتها في التعديل لا في عقد التزام المرفق العام ولا في سائر العقود الأخرى، إذ حاول الفقيه لوليه إرجاع الحكم المذكور إلى نص صريح في مرسوم صادر عام 1881 خاص بالسكك الحديدية و الذي خول المديرين سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات.¹³

الاتجاه الثاني: أعطى للإدارة حق تعديل عقودها، فأنصار هذا الاتجاه يرون بان العقد إذا ما تضمن نصا يجيز للإدارة حق تعديل شروط العقد فان هذا النص لا يقرر للإدارة حقا وإنما يعد نصا كاشفا لا منشأ لهذا الحق، ذلك أن الحق في تعديل العقد يوجد مستقلا عن النص الوارد بخصوصه، بل أن هذا الحق ثابت للإدارة حتى في حالة خلو القوانين أو حتى العقد أو دفتر الشروط عن هذا النص .

ويشير في هذا الصدد فلام FLAMME إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد من دون حاجة لرضا الطرف الآخر هو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها النزول عنه وليست بحاجة إلى النص صراحة عن هذا الحق في العقد، فسلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة هي القاعدة العامة في جميع العقود الإدارية وذلك دونما حاجة إلى نص قانوني ولا حتى شرط من شروط العقد، ذلك أن العقد الإداري هو عملية احتمالية أي انه يمكن إيقاف تنفيذه أو تعديله لأسباب تتعلق بالصالح العام.¹⁴

أما الفقيه دي لوبادير فقد فصل في هذه المسألة وأضاف إليها جوانب هامة حيث اعتبرها من النظام العام لا يجوز للإدارة التنازل عنها وهي كما يرى موجودة على استقلال من نصوص العقد، فالعقد لا ينشئها عندما ينص عليها ولكنه ينظم شروط استعمالها فقط وخصوصا فيما يخص حدودها وأثارها المالية، ويرى بان مبدأ ثبات العقد في القانون الخاص يقابله مبدأ عدم ثبات العقد في القانون الإداري.¹⁵

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه وسطي بين الرأيين السابقين، إذ اعترف أنصار هذا الاتجاه للإدارة بسلطة التعديل ولكن فقط حينما يتعلق الأمر بالشروط العامة في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، أي أن التعديل لا يشمل كل نصوص العقد بل قسما منها فقط وهو النصوص التنظيمية للعقد.¹⁶

ويسمى هذا الرأي بنظرية جيز التحديدية، حيث انه وان كان يعترف للإدارة بسلطة التعديل المذكورة إلا انه يحدد شروطها أو يقيدتها، إذ يقول أن سلطة المصلحة في زيادة أو تخفيض الخدمات الواجبة على المتعاقد أدائها لا وجود لها إلا في عقود امتياز المرافق العامة وعقود مقاولات الأشغال العمومية، وان هذه السلطة تبررها طبيعة هذه العقود الخاصة حيث يغلب عليها الطابع التنظيمي.¹⁷

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام انه وعلى الرغم من هذا التباين في موقف الفقهاء إلا أن هناك شبه إجماع بين الفقه و القضاء على ثبوت حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية دون الحاجة إلى النص على ذلك الأمر في العقد وموافقة الطرف الآخر عليه، حيث يرتكز هذا الحق على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام، بل و الأكثر من ذلك جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها التنازل عن ممارسة هذه السلطة لتعلقها بالنظام العام.¹⁸

هذا من جهة ومن جهة أخرى فان سلطة الإدارة في تعديل عقودها لا تطبق بقدر واحد في جميع العقود بل إنها تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق، بمعنى انه إذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الالتزام و الأشغال العامة اعتبارا أن الإدارة لها الاختصاص الأول و الأصيل فيما يتعلق بموضوعها فإنها تكون في أضيق الحدود حين يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد.¹⁹

ثانيا: الضوابط القانونية لإبرام ملحق الصفقة العمومية

لما كان الدافع وراء إبرام ملحق للصفقة العمومية هو تعديلها فان هذا الأخير يكتسب شرعيته القانونية من مشروعية التعديل، فسلطة الإدارة في تعديل عقودها وان كانت سلطة أصلية إلا أنها ليست مطلقة إذ ترد عليها قيود منها ما هي قيود ذات طبيعة موضوعية ومنها ما هي قيود ذات طبيعة إجرائية و هي القيود أو إن صح التعبير الضوابط التي سنتولى بيانها بشيء من التفصيل وذلك على النحو التالي:

1- الضوابط الموضوعية لإبرام ملحق صفقة عمومية:

تتعدد الضوابط الموضوعية التي يجب أن تأخذها جهة الإدارة بعين الاعتبار عند إبرامها لملحق الصفقة العمومية إلا انه وعلى الرغم من هذا التعدد إلا أننا يمكننا إبراز أهمها وذلك على النحو التالي:

- ان يكون ملحق الصفقة مكتوبا

طالما كانت الصفقة الأصلية مكتوبة فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل فيما يخص زيادة الخدمات أو التقليل منها أو تعديل بند أو عدة بنود وهذا في شكل ملحق تابع للصفقة الأصلية، وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة وجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوفر عنصر الكتابة، وقد عبر المشرع عن شرط الكتابة صراحة في المادة 136... "الملحق وثيقة تعاقدية" و الوثيقة يجب أن تكون مكتوبة.

فبعنصر الكتابة يتسنى لنا معرفة الالتزامات الجديدة ومجالها ونطاق الزيادة أو النقصان ونعرف البند أو البنود التي طالها التعديل.²⁰

غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام يتعلق أصلا بالتعديلات التي تقوم بها جهة الإدارة على الصفقة العمومية وتبلغها للمتعاقد معها وتطلب منه تنفيذها شفاهة هل يعتد بها أم لا؟ أي بعبارة أخرى هل تعتبر تعديلا للصفقة يستحق معها المتعاقد مع جهة الإدارة تعويضا أم لا؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول بان اجتهادات القضاء الإداري في عدد من الدول العربية قد ذهبت للقول بان الأمر الشفوي يساوي الأمر الخطي الذي تعترف الإدارة بوجوده، ويقوم الأمر الشفوي بتعديل الأشغال مقام الأمر الخطي إذا وافقت عليه الإدارة، فإذا وافقت الإدارة على مبدأ المطالبة بالتعويض عن الأشغال الإضافية المنفذة بناء لأوامر شفوية وتدوين هذه الأشغال على دفاترها يعتبر عندئذ الأمر الشفوي بمثابة أمر خطي .

وقد أكدت محكمة التمييز اللبنانية في قرارها رقم 11 بتاريخ 23 فيفري 195 ن.ق. سنة 952 أوردت فيه انه بالرغم من نص المادة 10 من المرسوم رقم 205 على انه لا يحق للمتعاقد بأي تعويض عن

الأعمال الإضافية التي قام بها إلا إذا ابرز أمرا خطيا، ولكن لا يمكن للإدارة التمسك بهذا النص إذا هي وافقت على إجراء هذه الأعمال بالنظر لضرورتها وفائدتها.²¹

في حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة جاء فيه: "أن المتعاقد بانجاز أشغال إضافية يستحق عنها مقابل القيام بها رغم أن كيفية إبرام العقد الملحق قد تمت دون احترام المسطرة القانونية الواجبة التطبيق وذلك استنادا للقواعد العامة موضحة أن المدعية قامت بانجاز أشغال إضافية ولا وزر المجلس بخصوص كيفية إبرام عقد الصفقة معها كما لا يمكن الإثراء على حسابها".²²

- أن لا يتعدى ملحق الصفقة موضوع العقد

أي بعبارة أخرى أن يتصل ملحق الصفقة بموضوع العقد وان يكون جزئيا، فنطاق حق تعديل الإدارة لعقدتها محدد إذ لا يجوز لها تجاوزه، إذ ليس باستطاعة جهة الإدارة إلزام المتعاقد معها بأداء التزامات أجنبية عن العقد المبرم معه، وإذا ما قامت بهكذا أمر فان قرارها في هذا الشأن يكون باطلا وبوسع المتعاقد معها الامتناع عن تنفيذه دون أن تملك الإدارة حق توقيع جزاءات عليه.

فجهة الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل يجب عليها أن لا تتخذ ذريعة لتغيير موضوع الصفقة أو إرهاب الطرف المتعاقد معها.²³

وفي هذا الصدد أكد المشرع من خلال قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام صراحة على أن ملحق الصفقة لا يمكن أن يغير موضوع الصفقة أو مداها.²⁴

فالمتعاقدين هنا تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية يجب عليه الوفاء بالتزاماته في إطارها، فإذا خرجت الإدارة عن هذا الإطار تحت غطاء التعديل بتكليفه بأعمال لا علاقة لها بالعقد الأصلي فانه في هذه الحالة لا يكون ملزما بتنفيذها ولا تستطيع الإدارة إجباره على ذلك.²⁵

هذا من جهة ومن جهة أخرى فان ملحق الصفقة والى جانب كونه لابد وان يكون متصلا بموضوع العقد فانه يجب أيضا أن يكون جزئيا، بحيث لا ينصب على كافة شروط العقد، حيث أن التعديل الكلي يعد عقدا جديدا .

فالتعديل يشترط فيه أن لا يؤدي إلى المساس الجوهرية بالصفقة لان مثل هكذا تعديل جوهري للصفقة يجعلنا أمام صفقة جديدة وليس أمام تعديل للصفقة²⁶، فسلطة التعديل يجب أن تقتصر على الشروط التي تحدد الالتزامات المفروضة على المتعاقد لصالح المرفق، فهي تقتصر فقط على الجانب التنظيمي للبنود²⁷ ولا تمتد هذه السلطة إلى الشروط الخاصة بالمزايا و الضمانات المالية المقررة للمتعاقد و التي دفعته إلى إبرام العقد.

إذ انه من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع احد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر وسلطة الإدارة في التعديل هنا لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام و ليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري، وبناء على ذلك لا تملك الجهة الإدارية المتعاقدة أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد التي يتمتع بها المتعاقد معها.²⁸

فالحصول على المقابل المالي يعتبر من أهم حقوق المتعاقد لأنه يهدف إلى تحقيق الربح أصلا لذلك لا تستطيع الإدارة أن تعدل هذا الحق بإرادتها المنفردة و أساس حصانته ترجع للأسباب التالية:

- نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة فيما لو أمكنها أن تعدل هذه المزايا التي يعتمد عليها المتعاقد رغم إرادته.

- تستند سلطة التعديل إلى حق الإدارة في العمل وفق مقتضيات سير المرافق العامة، وبالتالي فان هذه السلطة لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير هذه المرافق وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي للعقد.

- الحق في إعادة التوازن المالي للعقد، ذلك لان المتعاقد أثناء تنفيذ العقد قد يتعرض لتدخل الإدارة التي تملك زيادة التزاماته أو إنقاصها بإرادتها المنفردة وفقا لما تراه مناسبا مما قد يحمل الطرف المتعاقد معها مخاطر إدارية واقتصادية مرهقة له بشكل يخل بقاعدة التوازن المالي للصفقة، أي اختلال التوازن و التكافؤ بين الالتزامات و الحقوق المتبادلة بين الطرفين، لذلك يحق للمتعاقد أن يطالب بإعادة التوازن المالي للصفقة وذلك بتعويض الطرف المتعاقد عن الأعباء الإدارية المرهقة التي يتعرض لها أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية. وقد سلم القضاء الإداري بمبدأ تعويض المتعاقد مع الإدارة دون أن ترتكب خطأ وذلك وفقا لنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية.²⁹

ولكن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام يتعلق أساسا في كيفية التمييز بين شروط العقد المتصلة بالمرفق العام و الشروط التي يجوز تعديلها و التي تعتبر أجنبية عن فكرة المرفق العام ؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول بان الفقه و القضاء قد استقرا على أن العناصر المالية في العقد تبقى خاضعة لقواعد القانون المدني وبالتالي لا يجوز للإدارة أن تعدل فيها وإلا كان قرارها باطلا ،ماعدا شروط العقد الأخرى فانه يجوز للإدارة تعديلها كلما اقتضى الصالح العام ذلك.³⁰

وقد قضت في هذا الصدد محكمة القضاء الإداري المصري بان جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد و التي يتمتع بها المتعاقد معها، كما قضت بان سلطة التعديل تقتصر

على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام و المتعلقة بحاجاته ومقتضياته، إذ لا يرد التعديل على الحقوق المالية للمتعاقد لان ذلك يؤدي إلى زعزعة الثقة في التعامل مع الإدارة.³¹

- أن يكون سبب إبرام ملحق الصفقة العمومية موضوعيا

فحتى تستطيع الإدارة تعديل عقودها بإرادتها المنفردة عن طريق آلية الملحق فإنه لا بد وان تكون الظروف قد تغيرت عما كانت عليه وقت إبرام العقد، بحيث تصبح شروط العقد غير ملائمة مع مقتضيات سير المرفق واعتبارات الصالح العام، أما إذا لم تتغير الظروف فإنه لا يكون ثمة مبرر لتعديل العقد.

فتغير الظروف يعد السبب الدافع إلى تدخل الإدارة وإجراء التعديلات المناسبة في شروط العقد، فحق الإدارة في التعديل مقيد بان تطراً مستجدات وظروف بعد إبرام العقد تسوغ هذا التعديل، بل و الأكثر من ذلك أن حق التعديل مرتبط بتغير الظروف التي تكون سببا و دافعا إلى تدخل الإدارة لإجراء التعديلات الضرورية و المناسبة لشروط العقد.³²

فالإدارة تتعاقد في ظروف معينة وقد تتغير هذه الظروف في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في الصفقات العمومية التي تأخذ زمتا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال أو عقد اقتناء اللوازم، وبالتالي إذا تغيرت هذه الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل الصفقة بما يتماشى و الظروف الجديدة وبما يراعي موضوع الصفقة الأصلي و يلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.³³

وعليه فبقاء الظروف التي ابرم في ظلها العقد على حالها دون تغير يحول دون قيام الإدارة بالتعديل، حيث أن لكل سلطة دواعي استعمال لا بد من توافرها حتى يتم استعمالها، وحق استعمال الإدارة لآلية الملحق لتعديل صفقاتها العمومية هو ما تقضي به المصلحة العامة من وجوب سير المرفق العام بانتظام واطراد و القول بغير ذلك يؤدي إلى إطلاق حرية الإدارة في التحلل من التزاماتها التي تنشأ عن العقود التي تبرمها تحت ستار استعمال حقها في التعديل.³⁴

- أن يصدر ملحق الصفقة من قبل جهة الإدارة وفقا للقواعد العامة المشروعة- احترام قواعد المشروعية-

إن قرار تعديل العقد الإداري هو قرار إداري ومن ثم يتعين أن يصدر قرار التعديل مستوفيا لأركان المشروعية الإدارية، إذ يجب أن تتوافر له مقومات وأركان هذا القرار وذلك من حيث صدوره عن شخص مختص بإصداره وفقا للشكل و الإجراءات المقررة وفي إطار القواعد القانونية و اللاتحفية التي تحكم موضوع التعديل، كما يتعين أن يكون دافع التعديل تحقيق المصلحة العامة وان يستند إلى سبب قائم بغير عملية

إصداره يتمثل في تغيير الظروف التي ابرم في كنفها العقد الأمر الذي يستوجب التعديل تحقيقا للمصلحة العامة.

فإذا خرج قرار التعديل عن مبدأ المشروعية وقع باطلا، وفي هذه الحالة يكون بوسع المتعاقد مع الإدارة الطعن فيه أمام قاضي الإلغاء.³⁵

- خضوع الملحق للشروط الاقتصادية للصفقة:

إذ يجب أن يخضع الملحق لنفس الشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة الأصلية فتطبق في الملحق الأسعار التعاقدية المودعة سابقا، ولكن في حالة ما إذا تعذر على الطرفين أن يطبقا الأسعار التعاقدية المحددة في الصفقة بالنسبة للخدمات التكميلية الواردة في الملحق فإنه يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضاء.³⁶

- أن لا يخل ملحق الصفقة العمومية بالتوازن المالي للعقد

من القيود المفروضة على الإدارة عند استعمال سلطة تعديل صفقاتها العمومية ضرورة أن تكون الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها و أهميتها، لأنه إذا كانت التعديلات التي تفرضها الإدارة من شأنها إرهاق المتعاقد معها وتحمله بما يفوق طاقته المالية و الاقتصادية و إمكانياته الفنية، فإنه يحق له في هذه الحالة طلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لجبر الضرر الذي ينشأ عن هذا التعديل.³⁷

ولهذا فقد أكد المشرع صراحة من خلال قانون تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ضرورة أن لا يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف.³⁸

فالمتعاقد ابرم الصفقة بناء على أوضاع معينة تتعلق بإمكانياته وقدراته الفنية ومن ثم لا يجوز للإدارة أن ترهقه بما يجاوز هذه الإمكانيات و القدرات وإلا جاز له طلب فسخ العقد.

فإذا وصل التعديل درجة قلب اقتصاديات العقد فإنه يجوز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا تحققت عناصره³⁹، فسلطة التعديل ليست مطلقة كما رأينا بل ترد عليها قيود تتمثل في ضرورة أن لا تؤدي التعديلات التي توردها جهة الإدارة على عقودها التي تبرمها مع المتعاقد معها إلى قلب اقتصاديات العقد أو إلى تغيير في جوهر أو موضوع العقد فيصبح المتعاقد معها كأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه أثناء التعاقد لأول مرة.⁴⁰

فطبيعة العقود الإدارية تقتضي التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة و بين المزايا التي ينتفع بها، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعباءه المالية فإنه ليس من العدل ولا

من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة بالتعديل للعقد إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه.

ونؤكد هنا أن حق المتعاقد مع الإدارة في الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد مسلم به للمتعاقد حتى ولو لم ينص عليه العقد، وكذلك حقه في أن تعوضه الإدارة عما يلحقه من ضرر نتيجة للتعديل⁴¹، لأنه لو كان الأمر خلاف ذلك-أي أن تعدل الإدارة دون أن تلتزم بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد- لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الإدارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة و يتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها.

2- الضوابط الإجرائية لإبرام ملحق صفقة عمومية:

إلى جانب الضوابط الموضوعية السالف ذكرها بالنسبة لتعديل الصفقات العمومية هناك ضوابط أخرى لا تقل أهمية عنها ألا وهي الضوابط الإجرائية، وتتمثل هذه الضوابط الإجرائية فيما يلي:

- توافر الاعتماد المالي:

إذا كان توافر الاعتماد المالي يشكل قيда على إبرام الصفقة العمومية فانه ومن باب أولى انه لا يجوز تعديل صفقة عمومية ما لم يتوافر هذا الاعتماد المالي، فتعديل الصفقة العمومية يترتب عليه زيادة في النفقات وبالتالي لا بد من توافر اعتماد مالي لمواجهة تلك الزيادة وذلك حتى لا يكون في التعديل إرهاب للخزينة العامة الأمر الذي قد يؤثر على أولويات وخطط التنمية.⁴²

- صدور التعديل من السلطة المختصة وخلال مدة تنفيذ الصفقة العمومية

فمن ناحية وإجراءات التعديل فانه يتعين بطبيعة الحال ولكي يعتد بالتعديل الحاصل ضرورة أن يصدر هذا الأخير من جهة مختصة بإجراءه* وفقا للأوضاع و الإجراءات المقررة له على أن يكون ذلك خلال مدة تنفيذ العقد باعتباره واردا تحديدا على شروط جارية التنفيذ لعقد قائم لم يستنفذ تنفيذه و لم ينقضي بعد.⁴³ فالصفقة العمومية متى انتهت انقضت التزامات المتعاقد مع الإدارة، بحيث يكون طلبها لتعديلها بمثابة تعاقد جديد، حيث أن التعديل هو امتداد لعقد قائم بزيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها ومن ثم فان طلب تعديل صفقة انقضت و انتهت هو طلب يرد على غير محل.⁴⁴

غير انه وعلى الرغم من ذلك نجد بان المشرع الجزائري قد أجاز للمصلحة المتعاقدة عندما تيرر الظروف تلك إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها وذلك من اجل أداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل

بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي انشأ من قبل غير انه قيده في الوقت ذاته بجملة من القيود أو إن صح التعبير جملة من الضوابط المتمثلة أساسا في:

- ضرورة أن يتم إعداد هذا الملحق قبل الاستلام النهائي للصفقة.
- ضرورة أن يصدر قرار إعداد هذا الملحق من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني بذلك.
- ضرورة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد وان لا تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها.
- ضرورة أن لا تتجاوز مدة الملحق 3 أشهر و الكميات بالزيادة نسبة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة الأصلية.⁴⁵

- خضوع ملحق الصفقة العمومية للرقابة:

تكتسي الرقابة على الصفقات العمومية عموما و ملاحقها خصوصا مكانة حيوية، إذ من خلالها يتم ضمان ابرام هاته الاخيرة في جو من النزاهة و الشفافية و المصادقية من جهة، ومن جهة اخرى تساهم في حماية المال العام من مختلف جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية من جهة اخرى.⁴⁶

وقد اوجب المشرع الجزائري في هذا الصدد على المصلحة المتعاقدة ضرورة إعداد ملحق الصفقة وعرضه على دراسة لجنة الصفقات المختصة إذا بلغ المبلغ الإجمالي للخدمات الإضافية و التكميلية و المخفضة نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة، هذا كما قيد أوامر الخدمة بضرورة نصها على آجال تنفيذ هذه الخدمات.⁴⁷

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد بان المشرع الجزائري لم يخضع كقاعدة عامة ملحق الصفقة العمومية إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة و الضمانات التقنية و المالية و آجال التعاقد وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة.

اما ماعدا ذلك فانه يخضع لرقابة هاته الاخيرة، وتتم ممارسة الرقابة الخارجية القبلية من قبل لجنة الصفقات التي اوكل لها المشرع الجزائري مهمة دراسة ملاحق الصفقات ومعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون وهي المتمثلة اساسا في كل من:

1 - اللجنة الجهوية للصفقات: وتختص هاته الأخيرة ضمن الحدود المنصوص عليها في المادة 184/

1.2.3.4 و المادة 139 بدراسة الملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية .

وتتشكل هاته الأخيرة من :

• الوزير المعني أو ممثله رئيسا.

• ممثل المصلحة المتعاقدة.

• ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

• ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء-أشغال عمومية-ري) عند الاقتضاء.

• ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.⁴⁸

2 - لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية

ذات الطابع الإداري و تختص هاته الأخيرة بدراسة الملاحق الخاصة بهذه المؤسسات وتتشكل من:

• ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.

• المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

• ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية و المديرية العامة للمحاسبة).

• ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء-أشغال عمومية-ري) عند الاقتضاء.

• ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.⁴⁹

3 - اللجنة الولائية للصفقات و تختص هاته الأخيرة بدراسة:

- الملاحق التي تبرمها الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة و المصالح الخارجية للإدارات المركزية

ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 184 الفقرات من 1 إلى 4 و المادة 139.

- الملاحق التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية ضمن حدود المستويات المحددة في المادة

139 من المرسوم السالف ذكرها.

وتتشكل هذه اللجنة من:

• الوالي أو ممثله رئيسا.

• ممثل المصلحة المتعاقدة.

• 3 ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

• 2 ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة).

• مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية حسب موضوع الصفقة (بناء-أشغال عمومية-ري) عند

الاقتضاء.

• مدير التجارة بالولاية.⁵⁰

4 - اللجنة البلدية للصفقات وتختص هاته الأخيرة بدراسة الملاحق الخاصة بالبلدية ضمن حدود المستويات المنصوص عليها حسب الحالة في المادتين 139-173 من هذا المرسوم. وتتشكل هذه اللجنة من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا.
- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.
- منتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية و مصلحة المحاسبة)
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة (بناء-أشغال عمومية-ري) عند الاقتضاء.⁵¹

5 لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري وتختص هاته الأخيرة بدراسة الملاحق الخاصة بالمؤسسة ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادتين 139 و 173 من هذا المرسوم. وتتشكل اللجنة من:

- ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.
- ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية.
- ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية- مصلحة المحاسبة)
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة (بناء-أشغال عمومية-ري) عند الاقتضاء.⁵²

وتتج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بقرار منح التأشير أو رفضها خلال أجل أقصاه 20 يوما ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة.⁵³

بينما يخضع الملحق لهيئة الرقابة الخارجية في حالة ما إذا تضمن خدمات تكميلية تتجاوز نسبة 10%.⁵⁴

هذا كما قضى المشرع الجزائري بأنه لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية غير أن هذا الحكم لا يطبق في الحالات التالية:

- عندما يكون ملحق الصفقة عديم الأثر المالي و يتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

- إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.
- إذا لم يكن من الممكن وبصفة استثنائية إبرام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة في الأجل التعاقدية، ويمكن إبرام هذا الملحق حتى بعد الاستلام المؤقت للصفقة لكم مهما يكن من أمر قبل إمضاء الحساب العام و النهائي.
- ويعرض في هذا الصدد الملحقين الأخيرين مهما تكن مبالغهما على هيئة الرقابة الخارجية القبلية للجنة للصفقات المختصة.⁵⁵

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد بان المشرع الجزائري قد قضى بأنه في حالة تجاوز مبلغ الملحق فيما يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة نسبة 15% من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللزوم و الدراسات و الخدمات، و 20% في حالة صفقات الأشغال فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة انه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة، وأنه لم يتم التراجع فيها وان إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بانجاز المشروع حسب الشروط المثلى للأجل و السعر.⁵⁶

وأخيرا وفي مجال الرقابة على الصفقات العمومية كضابط إجرائي على إبرام ملحق للصفقة العمومية نجد بان المشرع الجزائري قد قام بإنشاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية من أجل دراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات و الملاحق و الطعون المتعلقة بكل المصالح المتعاقدة التابعة للقطاع المعني.⁵⁷

وتتشكل اللجنة القطاعية للصفقات من:

- الوزير المعني او ممثله رئيسا
- ممثل الوزير المعني نائب الرئيس
- ممثل المصلحة المتعاقدة
- ممثلان عن القطاع المعني
- ممثلان عن وزير المالية(المديرية العامة للميزانية-المديرية العامة للمحاسبة).
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.⁵⁸

وتتولى هاته الأخيرة في مجال الرقابة الفصل في كل مشروع:

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار 1.000.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المعين في المادة 139 من المرسوم.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة ثلاثمائة دينار 300.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

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

- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائة مليون دينار 100.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

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

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

- صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من هذا المرسوم يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاها وأكثر من ذلك.

- ملحق يرفع المبلغ الأصلي للصفقة إلى المستويات المحددة أعلاها وأكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.⁵⁹

وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمنح أو رفض التأشير في أجل أقصاه 45 يوماً ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملاً لدى كتابة هذه اللجنة.⁶⁰

ثالثا: النتائج المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل صفقاتها العمومية

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تعديل العقد الإداري على النحو الذي بيناه فان العدالة تقتضي ضرورة تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحقه في مركزه التعاقدية جراء ممارسة سلطة التعديل، لان ضرورات الحفاظ على المصلحة العامة في المرفق العام لا تبرر التضحية بمصلحة المتعاقد، لأنها أيضا مصلحة مشروعة فينبغي معها إيجاد التوازن، ويعتبر التعويض في هذا الصدد أهم الحقوق المترتبة على استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل عقودها.

ويرى البعض أن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد جراء التعديل هو مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة، لان خدمات المرفق مخصصة لعامة الناس فلا يجوز أن يتحمل وزرها المتعاقد وحده، ويؤسسها البعض على فكرة المسؤولية دون خطأ الإدارة وعلى فكرة التوازن المالي للعقد القائمة على مبادئ العدالة.⁶¹

فحق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري أثناء تنفيذه يقابله حق المتعاقد في التعويض عن الآثار الضارة التي أوجدها استعمال هذا الحق مع احتفاظه بحقه في طلب فسخ العقد ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

وأساس التعويض هنا ليس خطأ الإدارة وإنما العدالة المجردة و الرغبة في استمرار المتعاقد في الوفاء بالتزامه⁶²

أما إذا خرجت الإدارة المتعاقدة على قيود التعديل السالف ذكرها فان قرارها يكون باطلا يحق للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ العقد وفقا لما جاء بقرار التعديل وقد يصل الأمر إلى إعطاء المتعاقد حق طلب فسخ التعاقد⁶³ في الحالات التالية:

- إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل الذي حددته نصوص العقد أو دفاتر الشروط ونصت على حق الفسخ كجزء لهذا التجاوز.

- إذا كان من شأن التعديل إلقاء التزامات جديدة على عاتق المتعاقد مع الإدارة تجاوز إمكانياته الفنية أو المالية، بحيث يكون من شأن وفائه بتلك الالتزامات إرهاقه، فالمتعاقد قد ابرم العقد وفقا لأوضاع معينة تتعلق بإمكانياته وقدراته الفنية ومن ثم لا يجوز للإدارة تحميله بما يجاوز قدراته وإلا جاز له طلب الفسخ.⁶⁴

- إذا ترتب على التعديل قلب لاقتصاديات العقد، بمعنى أن يكون من شأن التعديل إحداث اختلال في التوازن المالي له وذلك بان يترتب على هذا التعديل زيادة التزامات المتعاقد بصورة تفوق حقوقه بكثير مما يجعل وفائه بتلك الالتزامات من شأنه أن يلحق به خسائر فادحة.

إن حق المتعاقد في فسخ العقد لعدم مراعاة الإدارة لقيود التعديل يختلف عن حقه في طلب إلغاء قرار التعديل المخالف لمبدأ المشروعية، حيث أن الحكم بإلغاء قرار التعديل يتضمن إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد باعتبار أن العقد لا زال صحيحا و الإلغاء ينصب فقط على شرط التعديل الذي قضى ببطلانه و ذلك على عكس الحكم الصادر بالفسخ الذي يؤدي إلى إنهاء العقد بصورة كلية واعتباره كما لو لم ينفذ أصلا.⁶⁵

خاتمة:

في ختام دراستنا هاته توصلنا لجملة من النتائج التي نوردتها وذلك على النحو التالي:

- يعتبر الملحق تلكم الآلية تستخدمها الإدارة المتعاقدة بهدف تعديل الصفقة العمومية ولما كانت سلطة التعديل هي الدافع الجوهرى لإبرام الملحق يمكن القول أن مشروعية الملحق تتحقق من مشروعية التعديل الصادر عن المصلحة المتعاقدة.

- إن سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل الصفقة ليست مطلقة ذلك أنها مقيدة بجملة من القيود الموضوعية و الإجرائية.

- للمصلحة المتعاقدة سلطة تعديل صفقاتها بإبرام ملاحق لها وهذه السلطة نسبية تملئها اعتبارات ومقتضيات الصالح العام، ويكون الدافع الجوهرى لإبرام ملحق للصفقة أو ملاحق في تعديل شروط تنفيذ الصفقة سواء بالزيادة أو النقصان أو بالتغيير و التبديل، مع الإشارة إلى أن الملحق لا يخضع لأي نوع من أنواع الرقابات التي تخضع لها الصفقة الأصلية.

- للإدارة سلطة تعديل الشروط التي تحص سير المرفق العام واحتياجاته شرط أن لا يتجاوز التعديل بعض الحدود على أن يعرض المتعاقد على التكاليف الجديدة المفروضة عليه، وهذا الحق تسوغه ضرورة احتفاظ الإدارة بالسيطرة على سير المصالح العامة لتحقيق ما تنتشه بواسطتها من النفع العام.

- كأصل عام لا يخضع ملحق الصفقة لفحص هيئات الرقابة الخارجية القبيلة وهذا ما قرره المشرع من خلال التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية وذلك حتى يبعث المشرع مرونة على سلطة تعديل الصفقة العمومية، واستثناء من ذلك هناك حالات محددة على سبيل الحصر توجب خضوع الملحق للرقابة الخارجية للصفقات العمومية وهذا للحد من تجاوزات الإدارة في استعمالها لسلطة التعديل مع العلم عدم خضوع هذا الأخير لأنواع الرقابة الأخرى التي تخضع لها الصفقة الأصلية.

- إذا كانت الإدارة في إطار ممارسة سلطاتها في التعديل للعقد الإداري تتمتع بسلطة تقديرية إلا أنها تستعمل هاته السلطة تحت رقابة القضاء الإداري الذي يعمل على بسط رقابته على جميع القرارات المتخذة من طرف الإدارة سواء في المرحلة التمهيديّة للعقد أو أثناء تنفيذ العقد وذلك من أجل توفير الحماية القضائية

للمتعاقد مع الإدارة بالشكل الذي يتحقق فيه التوازن بين المحافظة على المال العام موضوع العقد و الضمانات المخولة في إطار المتعاقد مع الإدارة.

- يعتبر ملحق الصفقة من أهم المشاكل التي تعرقل عمل المصالح المتعاقدة و المتعاملين المتعاقدين على وجه الخصوص وذلك بسبب التناقضات الصارخة بين نصوص القانون وواقع ومتطلبات الميدان.

الهوامش:

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات - الإجراءات- الآثار، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص 253.

² - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية و الدولية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص 210.

³ - موريس نخلة، العقود الإدارية التزامات الأشغال العامة و الالتزامات صفقات اللوازم و الأشغال العامة، دار المنشورات الحقوقية، 1986، ص 168.

⁴ - وفي هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بجلسة 20-04-1957 في القضية رقم 1520 لسنة قضائية: "أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إذ بها في العقود الإدارية غير متكافئة، إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف و التوجيه على تنفيذ العقود، وان لها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها انه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كل ذلك بشرط أن لا يصل التعديل إلى حد فسخ العقد كلية وإلا جاز للطرف الآخر فسخه بشرط أن يكون له الحق في التعويضات إذا اختلت الموازنة في الشروط المالية..." (انظر في هذا الصدد: حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، مصر، مكتبة الانجلو المصرية، 1961، ص 49-50).

⁴ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، الجزائر، جسور للنشر و التوزيع، 2017، ص 12.

⁵ - انظر في هذا الصدد المادتين 135 و 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50.

⁶ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 261.

⁷ - احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة الفكرية، 1973، ص 217 وما بعدها

- شقراطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص قانون إداري، جامعة باجي مختار عنابة، 2010-2011، ص 26-27.

⁸ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 253/256.

⁹ - احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 220

¹⁰ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 257/258.

- 11 - مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 169-170.
- 12 - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 257.
- 13 - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2010، ص 165/166.
- 14 - شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 23/22.
- 15 - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 165.
- 16 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام - التنفيذ - المنازعات) في ضوء أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 243.
- 17 - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 167.
- 18 - انظر في هذا الصدد كلا من: - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 244.
- حسين درويش، المرجع السابق، ص 51.
- 19 - حسين درويش، المرجع السابق، ص 53.
- 20 - انظر في هذا الصدد كلا من: - عبد اللطيف بن زيدي، إشكالية تعديل عقد الاتفاقية في إطار المرسوم الرئاسي 10-236 م، م، مجلة مجاميع المعرفة، الإصدار الأول، العدد الأول، دون بلد الطبع، دون سنة الطبع، ص 202.
- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 18/17.
- 21 - مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 297.
- 22 - محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقہ و القضاء، العدد 46، دون بلد الطبع، دون سنة الطبع، ص 136.
- 23 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 13.
- 24 - المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 25 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 250/251.
- 26 - عبد اللطيف بن زيدي، المرجع السابق، ص 202.
- 27 - مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 152.
- 28 - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 260.
- 29 - خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2004-2005، ص 20.
- 30 - شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 39.
- 31 - احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 232.
- 32 - شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 45-46.
- 33 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 14/13.
- 34 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 249-250.
- 35 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 253.
- 36 - المادة 137 من المرسوم الرئاسي 15-247، المرجع السابق.
- 37 - حسين درويش، المرجع السابق، ص 55.
- 38 - المادة 8/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 39 - مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 136.

- 40 - شقطني سهام، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.
- 41 - حسين درويش، المرجع السابق، ص 59/58.
- 42 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 248.
- * - نود الإشارة في هذا الصدد إلى أن هناك مشكلة تثور بشأن توزيع الاختصاص بين الإدارات المعنية، إذ عندما يكون الاختصاص بالتعاقد من صلاحية جهة ما فإنه لا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل لاحق على ذلك العقد ولو تعلق بأمر من شؤونها ما لم تفوض بذلك من قبل الإدارة المتعاقدة، كما أن السلطة الرئاسية للإدارة المتعاقدة لا تعطيها صلاحية الحلول محل الإدارة المتعاقدة وتجري تعديلا على العقد المبرم من قبلها لأن الحلول لا يكون إلا بقانون غير أن النيابة في التعاقد تخول الجهة النائبة القيام بما تقتضيه ضرورات تنفيذ العقد من تعديلات لأن النيابة في التعاقد تعني حلول إرادة الأصيل مع انصراف هذه الإرادة إلى الأصيل وكأنه الذي تعاقد بنفسه (انظر في هذا الصدد: محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 174).
- 43 - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 271.
- 44 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 248.
- 45 - المادة 7/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 46 - حطاش عبد الحكيم، زيتوني هند، مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014، مداخلة مقدمة خلال المؤتمر الدولي حول تقييم أثار برامج الاستثمارات العامة و انعكاساتها على التشغيل و الاستثمار و النمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014، يومي 11-12 مارس 2013، جامعة سطيف 1، الجزائر، ص 14
- 47 - المادة 5/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 48 - المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 49 - المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 50 - المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 51 - المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 52 - المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 53 - المادة 178 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 54 - المادة 139 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 55 - المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 56 - المادة 9/136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 57 - المادة 182 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 58 - المادة 185 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 59 - المادة 184 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 60 - المادة 189 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.
- 61 - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 176.
- 62 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 254-255.
- 63 - مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 152.
- 64 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 256.
- 65 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 257.

جامعة سطيف 2

عنوان المداخلة: الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.

فيصل بوخالفة أستاذ محاضر قسم ب

مقدمة:

لقد أدى التطور السريع لتقنية المعلومات والاتصالات إلى بروز نموذج و نمط جديد من الإدارة في ظل التنافس و التحدي المتزايد أمام الإدارات البيروقراطية، كي تحسن من مستوى أعمالها وجودة الخدمات، وهو ما اصطلح على تسميته بالإدارة الرقمية، أو إدارة الحكومة الالكترونية، أو الإدارة الالكترونية. و بذلك فإن ظهور الإدارة الالكترونية جاء بعد التطور النوعي السريع للتجارة الإلكترونية، هذه الأخيرة يمكن الاستعانة بها لتحسين العمومية التي تضطلع بها الإدارة العمومية ، و من صم فإنه يستوجب على هذه الأخيرة تحسين خدماتها عن طريق الاستعانة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال من أجل تحسين الخدمة العمومية المقدمة للمواطنين وللمتعاملين الاقتصاديين وكذلك إرساء الشفافية والنزاهة والديمقراطية في كل تعاملات، والتي من أهمها مجال الصفقات العمومية التي تعتبر نوع من أنواع التعاملات بين الإدارة العمومية وبين المتعاملين الاقتصاديين العموميين و الخواص، و عليه قامت الجزائر بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 15-237 ينشأ بموجبه بوابة إلكترونية خاصة بالصفقات العمومية -المواد من 203 إلى 206 - ، لتسهيل تقديم وعرض الخدمات فيما يخص مجال الصفقات العمومية وذلك من أجل عصرنه الإدارة العمومية وإدخال المعلوماتية في أداء المهام من جهة، وتقريب الإدارة من المواطن والمتعاملين الاقتصاديين بتحسين الخدمة العمومية مع ما يتناسب مع متطلبات تطبيق الإدارة الالكترونية من جهة أخرى.

فمن خلال ما سبق فإن الاشكالية التي سوف يتم التطرق اليها من خلال هذه الورقة البحثية ستكون على النحو الاتي:

- ما مدى التوافق بين مقتضيات تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و تحسين الخدمة العمومية ؟
- و ستمم الاجابة عن الاشكالية المطروحة باتباع الخطة الاتية:
- أولاً: الادارة الالكترونية أداة لتحسين الخدمة العمومية.
- ثانياً: استحداث البوابة الإلكترونية لتنظيم الصفقات العمومية .

- أولا: الادارة الالكترونية أداة لتحسين الخدمة العمومية.

لاعتبارات مناطقها التلازم بين الخدمة العمومية و تفعيل الادارة الالكترونية فإنه سوف يتم التطرق من خلال هذه الورقة البحثية لتعريف الخدمة العمومية ، ثم نعكف على دراسة الادارة الالكترونية و أهدافها.

1-تعريف الخدمة العمومية: تعرف الخدمة العمومية كأصل عام بأنها: " الحاجات الضرورية لحفظ الإنسان و تأمين رفايته، و التي يجب توفيرها لغالبية الشعب، والإلتزام في منهج توفيرها على أن تكون مصلحة الغالبية من المجتمع هي المحرك الأساسي لكل سياسة في شؤون الخدمات بهدف رفع مستوى المعيشة للمواطنين."¹

فمصطلح الخدمة العمومية يوحي إلى تلك الرابطة التي تجمع بين الإدارة العامة الحكومية و المواطنين على مستوى تلبية الرغبات، وإشباع الحاجات المختلفة للأفراد من طرف الجهات الإدارية والمنظمات العامة، فهي الصورة العاكسة لسوء أو حسن تسيير الإدارة العمومية، فهاته الأخيرة تسعى إلى كسب ثقة المواطن والتقرب منه من خلال تحسين الخدمات العمومية المقدمة له.

فمن خلال ما سبق يتضح أن أهم خصائص الخدمة العمومية ما يلي:

- أن الخدمة العمومية يقابلها بالضرورة حاجة ضرورية عامة، فلولا هذه الأخيرة لما استلزم ذلك إنشاء مرافق متعددة تعنى بتحقيق حاجات الجمهور المختلفة.²

- أن تحقيق المصلحة العامة هو الباعث الأول على تقديم الخدمات العمومية، لأجل ذلك فإن تقديمها ينبغي أن يكون متاحا للجميع دون تمييز، وبالكيفية والإجراءات نفسها.³

- أن الهدف الأسمى لتقديم الخدمة العمومية هو حفظ الإنسان و كرامته، وكذا رفع مستوى معيشته نتيجة التحسين المستمر لنوعية الخدمة التي يحصل عليها.

و تضم الخدمة العمومية مجموعة كبيرة وغير متجانسة للخدمات الجماعية المنظمة من طرف الدولة، يمكن حصرها في مجموعة الخدمات التالية:

- الخدمات الإدارية مثل خدمة الحالة المدنية بالبلديات.

- الخدمات الاجتماعية و الثقافية: مثل خدمة التمدريس الإلزامي، الخدمات الصحية والترفيهية.

- الخدمات الصناعية والتجارية: مثل خدمة الجزائرية للمياه، خدمة مؤسسة الكهرباء والغاز.

2- الادارة الالكترونية كوسيلة لترشيد الخدمة العمومية: سيتم التطرق بداية لتعريف الادارة الكترونية، ثم نعكف على تبيان دور هذه الاخيرة في ترشيد الخدمة العمومية.

أ- **تعريف الإدارة الإلكترونية:** تعددت الجهود العلمية التي اهتمت بتعريف الإدارة الإلكترونية، حيث عرفها ثابت عبد الرحمن إدريس بأنها: "ذلك الجهد الإنساني الذي يتعلق بتخطيط وتنظيم وقيادة ورقابة الموارد البشرية والمادية لتحقيق أهداف محددة بكفاءة وفعالية".⁴

و عرفها البعض على أنها: "فن انجاز المهام من خلال القوى البشرية العاملة في المنظمة بغية الوصول إلى الأهداف المطلوبة من قبل المنظمة، و تكون عمليات التخطيط والتنظيم و السيطرة و اتخاذ القرارات هي الوظائف الأساسية".⁵

و عرفت أيضا على أنها: قدرة القطاعات الحكومية على تبادل المعلومات وتقديم الخدمات فيما بينها وبين المواطن، وبين قطاعات الأعمال بسرعة ودقة عالية وبأقل تكلفة عبر شبكة الأنترنت، مع ضمان سرية وأمن المعلومات المتناقلة معتمدة على مبدئين هما :

- **الأول تقني:** ويتمثل في إعداد المعلومات الكترونيا وتناقلها عبر شبكة الأنترنت، و ضمان دقتها وسريتها.

- **الثاني إجرائي:** ويتمثل في تنفيذ المعاملات والخدمات عن بعد مع ضمان صحتها و مصداقيتها.⁶

من خلال ما سبق يمكن تعريف الإدارة الكترونية بأنها: إنجاز المعاملات الإدارية و تقديم الخدمات العامة عبر شبكة الانترنت بدون أن يضطر العملاء للانتقال إلى الإدارات شخصا لإنجاز معاملاتهم، فهي تعمل على تحقيق أفضل الخدمات للمواطنين مع استغلال أمثل لمصادر للمعلومات المتاحة، و هذا عن طريق توظيف الموارد المادية و البشرية و المعنوية المتاحة في إطار الكتروني حديث، من اجل استغلال أمثل للوقت و المال و الجهد و تحقيقا لمختلف المطالب.

ب- **دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية:** عمدت العديد من التجارب الحكومية إلى تطبيق الخدمات العامة الإلكترونية بهدف تحقيق مفاهيم تمثل في مضامينها مرتكزات الحكم الراشد و هي: الشفافية الرقابة، المحاسبية، روح المسؤولية، دولة الحق والقانون، سرعة الاستجابة للخدمات العامة.

وحسب الدكتور عمار بوحوش فإن مبادئ الإدارة الإلكترونية الحكومية ما يلي:

- **تقديم أحسن الخدمات للمواطنين:** و هذا الاهتمام بخدمة المواطن يتطلب خلق بيئة عمل فيها تنوع من المهارات والكفاءات المهية مهنيا استخدام التكنولوجيا الحديثة، بشكل يسمح بالتعرف على كل مشكلة يتم تشخيصها، وضرورة انتقاء المعلومات حول جوهر الموضوع والقيام بتحليلات دقيقة وصادقة للمعلومات المتوفرة، مع تحديد نقاط القوة و الضعف، واستخلاص النتائج، و اقتراح الحلول المناسبة لكل مشكلة.

- **التركيز على النتائج:** حيث ينصب اهتمام الإدارة الإلكترونية على تحويل الأفكار إلى نتائج مجسدة في أرض الواقع، وأن تحقق فوائد للجمهور تتمثل في تخفيف العبء عن المواطنين من حيث الجهد، والمال

والوقت، وتوفير خدمة مستمرة على مدار الساعة دفعا لفواتير عن طريق بطاقات الائتمان بدون التنقل إلى مراكز الهاتف، الغاز، لتسديد الرسوم، والفواتير المطلوبة.

-سهولة الاستعمال والاتاحة للجميع: أي إتاحة تقنيات الحكومة الالكترونية للجميع في المنازل و العمل والمدارس والمكتبات لكي يتمكن كل مواطن من التواصل.

-تخفيض التكاليف: يعني أن الاستثمار في تكنولوجيا المعلومات، وتعدد المتنافسين على تقديم الخدمات بأسعار زهيدة يؤدي إلى تخفيض التكاليف.

-التغير المستمر: وهو مبدأ أساسي في الادارة الالكترونية، بحكم أنها تسعى بانتظام لتحسين و إثراء ما هو موجود، ورفع مستوى الأداء سواء بقصد كسب رضا الزبائن، أو بقصد التفوق في التنافس.⁷

من خلال ما سبق، يتضح أن الادارة الالكترونية تسعى إلى تحقيق أهداف كثيرة في إطار توفير منظومة عمل متكاملة بما يحقق تقديم أرقى الخدمات للمستخدمين، إضافة إلى الاستغلال الأمثل للموارد، وذلك من خلال التحول الجذري من الأساليب الإدارية التقليدية إلى العمل الالكتروني. ومن بين أهم هذه الأهداف نذكر :

- التأكيد على مبدأ الجودة الشاملة و التي تعني الدرجة العالية من النوعية أو القيمة، و هو ما يمكن ان تحققه الإدارة الالكترونية من خلال تلبية احتياجات العميل في أسرع وقت ممكن.⁸

-تقليل تكلفة الإجراءات الإدارية و هو ما من شأنه التخلص من حدة البيروقراطية و اختصار الخطوات الكثيرة التي تضطر المؤسسات الحكومية إلى العمل بها، وتبسيط الإجراءات داخل الإدارة العمومية و تقليل الجهد المبذول وبالتالي زيادة كفاءة عمل الإدارة و تحسين تعاملها مع المواطنين .

- إلغاء نظام الأرشيف الوطني الورقي و استبداله بنظام أرشفة الكتروني مع ما يحمله من ليونة في التعامل مع الوثائق و المقدره على تصحيح الأخطاء الحاصلة بسرعة و نشر الوثائق لأكثر من جهة في أقل وقت ممكن و الاستفادة منها في أي وقت كان .

- ترشيد الوقت المهدر في إدارة المعاملات الإدارية، واستثمار الوقت في تطوير خدمات الإدارة.⁹

- تجسيد الشفافية بتوفير المعلومات لتقديمها إلى الجهات الإدارية أو المواطنين .

- فك الاختناقات والطوابير التي يعاني منها الأفراد لدى الإدارات بتيسير تقديم الخدمة للمواطن في منزله عن طريق شبكة الإنترنت.

- أصبحت الإدارة الإلكترونية حلاً ناجحاً أمام تلك المؤسسات لاختصار الإجراءات وترشيد النفقات على الدولة وعلى المواطن، ففي مقابل إنفاق المواطن على المعاملات تنفق الدولة عليها أيضاً مبالغ طائلة على خدمات الموظفين وتوفير أماكن و أبنية وما يستلزمه ذلك من مصروفات.¹⁰

3- **معوقات تطبيق الإدارة الإلكترونية:** لضمان تطبيق الإدارة الإلكترونية لابد من التأكيد على جملة من المعوقات يمكن تلخيصها في الآتي:¹¹

- **الجانب القانوني:** يتطلب إصدار تشريعات متخصصة في هذا الشأن و تدريب مجموعة مناسبة من القضاة و المحامين وفق ما يتطلبه التعامل الرقمي.

- **العامل المالي:** وهو يشكل عقبة حاسمة، إذا لم يتم توفير المخصصات الكافية لتمويل البنية الأساسية لهذا المشروع.

- **عامل الثقة:** وهو جد ضروري لا نجاح تطبيق الإدارة الإلكترونية الذي يجب أن يترسخ في ذهنيات المواطنين و أفراد المؤسسات على حد سواء.

- **العامل الإجتماعي:** يتعين الإعتناء بتعليم المواطن بشكل عام و تأهيله للتعامل مع استخدامات التقنيات الحديثة بشكل خاص.

- **إدارة المعرفة:** حيث تبرز أهميتها من خلال توفير المعلومة التي تتمتع بالكفاءة وتوصيلها لكافة المعنيين في الوقت المحدد، و عكس ذلك يخل بتحقيق هذا المشروع.

ثانيا: استحداث البوابة الإلكترونية لتنظيم الصفقات العمومية: تعتبر البوابة الإلكترونية أداة من أدوات التنمية المستحدثة التي تلجأ إليها الإدارة لتنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة، حيث تعد من مستجدات المرسوم الرئاسي 15-237 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، بإعتبارها آلية إبرام الكترونية كون البوابة عبارة عن نظام يوفر وظائف منظمة و مصنفة في شكل رقمي، و سيتم توضيح مدلول البوابة الإلكترونية ثم سنتطرق لتبادل المعلومات في مجال الصفقات العمومية عن طريق البوابة الإلكترونية .

1- **تعريف البوابة الإلكترونية:** يقصد بالبوابة على أنها: "مدخل موحد لعدد من الخدمات والوظائف، وهي بهذا تتيح للمستخدم الوصول الى هذه الخدمات من مدخل واحد على تسجيل المستخدمين حتى يتم تقديم الخدمات لهم بحسب طبيعة تسجيلهم، و في نفس الوقت تقوم البوابة بتزويدهم بالروابط التي تقودهم مباشرة إلى قلب الموقع.

أما البوابة الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية فهي فضاء واسع لجميع المتعاملين في مجال الصفقات العمومية ولكل المهتمين بها، بحيث تهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية.¹² كما تستحدث قاعدة بيانات

تسمح بجمع عن طريق البوابة المعلومات المتعلقة بما يأتي: المصالح المتعاقدة المتعاملين الاقتصاديين و ملفاتهم الإدارية؛ الصفقات العمومية؛ بطاقات الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي؛ تبادل الوثائق والمعلومات بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين ، منشورات البوابة.¹³

2-كيفية تبادل المعلومات في نطاق الصفقات العمومية عن طريق البوابة الإلكترونية: إن الأشخاص العموميين الذين يسعهم تبادل المعلومات في نطاق الصفقات العمومية عن طريق البوابة الإلكترونية يمكن حصرهم في ما يلي: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، آليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.¹⁴

و يتم تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بين هذه الهيئات بواسطة البوابة في ظل احترام أحكام المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، و بالاستناد الى نص المادة 218 من ذات المرسوم المتضمنة بقاء سريان النصوص المتخذة تطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 حتى نشر النصوص الجديدة المتعلقة بتطبيق أحكام المرسوم 247/15، و على إعتبار أن القرار المتضمن تبيان كيفية التعامل عبر البوابة الإلكترونية لم يصدر بعد ، فإن أحكام القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدّد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها ، يبقى ساري المفعول.

و عليه فإنه طبقا لأحكام هذا القرار فإنه سيتم تزويد هذا البوابة بنظام ملائم لضمان أمن البيانات و حمايتها، ويكون تبادل الوثائق بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين متعلقا على الخصوص بما يأتي:

-بالنسبة للمصالح المتعاقدة: دفاتر الشروط؛ نماذج التصريح بالاكنتاب ورسالة التعهد والتصريح بالنزاهة والتعهد بالاستثمار، عند الاقتضاء؛ الوثائق والمعلومات الإضافية، عند الاقتضاء؛ الإعلانات عن المناقصات والدعوات للانتقاء الأولي ورسائل الاستشارات؛ إرجاع العروض، عند الاقتضاء؛ طلبات استكمال أو توضيح العروض، عند الاقتضاء؛ المنح المؤقتة للصفقات العمومية؛ عدم جدوى الإجراءات؛ إلغاء الإجراءات أو إلغاء المنح المؤقتة للصفقات العمومية؛ الأجوبة عن طلبات الاستفسار حول أحكام دفاتر الشروط؛ الأجوبة عن طلبات نتائج تقييم العروض وعن الطعون.

-بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين: التصريح بالاكنتاب؛ رسالة التعهد؛ التصريح بالنزاهة؛ التعهد بالاستثمار، عند الاقتضاء؛ طلبات معلومات إضافية و توضيحات أحكام دفتر الشروط، عند الاقتضاء؛ سحب دفاتر الشروط والوثائق الإضافية، عند الاقتضاء؛ الترشيحات في إطار الإجراءات التي تتضمن مرحلة انتقاء أولي؛ العروض التقنية والمالية؛ العروض المعدلة، عند الاقتضاء؛ طلبات نتائج تقييم العروض والطعون.¹⁵

يكون دخول المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين للوظائف المخصصة لهم متوقف على تسجيلهم في البوابة و الذي يتم بعد ملء وإمضاء وإرسال الاستمارة المرفقة نماذجها بهذا القرار إلى مسير البوابة عن طريق البريد الإلكتروني، و يمكن إيداع الاستمارات مباشرة لدى مسير البوابة، و يجب على المصالح المتعاقدة و المتعاملين الاقتصاديين المعنيين تعيين شخص طبيعي مرخص له بالدخول للوظائف المذكورة أعلاه، على ان يكون مزود بعنوان إلكتروني.¹⁶

وعندما تضع المصالح المتعاقدة وثائق الإعلان عن المنافسة في متناول المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، يجب عليها أن تحدد عنوان تحميل الوثائق في الاعلان الصحفي.¹⁷ و عندما يرد المتعهدون أو المترشحون للصفقات العمومية على إعلانات المنافسة بالطريقة الإلكترونية، يمكنهم بالإضافة إلى ذلك، إيصال في الآجال القانونية، نسخة من العرض على حامل مادي و رقي أو إلكتروني .توضع نسخة العرض هذه في ظرف مختوم يحمل عبارة " نسخة بديلة."، على أن لا تفتح هذه الاخيرة مع اتلافها إلا إذا كان العرض المرسل بالطريقة الإلكترونية :يحمل فيروس؛ لم يصل في الآجال القانونية؛ لم يتمكن من فتحه.¹⁸

و في الحالات المبررة قانونا بالخصوص إذا كانت الوثائق ذات حجم كبير أو ذات طابع سري، فيمكن للمصالح المتعاقدة تبليغها للمتعاملين الاقتصاديين على حامل مادي و رقي أو إلكتروني .و يجب أن يحدد الإعلان عن المناقصة أو الدعوة إلى الانتقاء الأولي أو رسالة الاستشارة . عنوان استخراج هذه الوثائق .¹⁹

وعندما تكشف المصلحة المتعاقدة فيروسا في الوثائق المتعلقة بالملف الإداري، تطلب من المتعهد أو المترشح القيام بإرسال آخر، أم إذا تعلق الأمر بفيروس متواجد في الوثائق المتعلقة بالعرض فإنه يتم فتح النسخة البديلة المرسله، وإذا لم يتم إرسال هذه الاخيرة أو تم إرسالها و كانت تحتوي على فيروس، تجري المصلحة المتعاقدة محاولة لإصلاح العرض أو النسخة البديلة و تواصل تقييم العروض إذا نجح الإصلاح . وتعتبر الملفات التي تحتوي على فيروس والتي كانت محل محاولة إصلاح فاشلة، ملغاة أو غير كاملة،، حيث يتم الاحتفاظ بأثر الفيروس وإبلاغ المتعامل الاقتصادي المعني بذلك.²⁰

ويتم نشر الإعلانات في المناقصات والدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة على البوابة في نفس الوقت مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين . و التاريخ الذي يؤخذ بعين الاعتبار، لحساب مدة تحضير العروض هو التاريخ المطبق في إطار الإجراءات المتبعة بالنسبة للحامل المادي الورقي، و يتم نشر وثائق الإعلان عن المنافسة في حالة تجمع طلبات، باسم التجمع و من طرف المصلحة المتعاقدة المنسقة . ويتم تحميل دفتر الشروط والتعهد الإلكتروني في حالة تجمع مؤسسات باسم التجمع ومن طرف رئيس التجمع.²¹

الخاتمة:

أن عملية الانتقال من نظام الإدارة التقليدية إلى نظام الإدارة الإلكترونية لم يصبح في عصرنا الحالي اختياراً قد تلجأ إليه الدولة، بل حتمية يفرضها الإنتشار العلمي لاستخدام التكنولوجيات الحديثة وهذا لأجل مسايرة التطورات الحاصلة، خاصة في ظل الأهمية البالغة لهذا النظام ودوره الملحوظ في ترقية الخدمة العمومية، من حيث توفيره للوقت والجهد والمال وتبسيطه للإجراءات الإدارية التي طالما كانت محل انتقاد من طرف الأفراد لا سيما تلك المتعلقة بمجال الصفقات العمومية، و تعتبر من بين مقتضيات هذه الأخيرة إستحداث بوابة إلكترونية لتحسين و تقريب الإدارات العمومية من المواطنين.

و مسايرة لهذا المنحى، إستحدثت المشرع الجزائري البوابة الإلكترونية للتبادل في مجال الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-237 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. -المواد من 203 إلى 206 - الا ان إنشاء هذه البوابة لم يتم لغاية الان بالرغم من المصادقة على القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية بتاريخ. 17 نوفمبر 2013 و لم يصدر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية حتى تاريخ 9 أبريل 2014، و من ثم فإن تفعيل الادارة الإلكترونية التي تسعى اليها الجزائر يتعارض و مقتضيات هذا التأخير، لأجل هذا يستوجب إتخاذ جميع الاجراءات الضرورية لإنشاء هذه البوابة ، و التي من بينها توفير الاطر التشريعية الكفيلة بتحقيق ذلك، خاصة ما تعلق منها بضرورة تحديث القرار المؤرخ في 2013/11/17 المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية ، بما يتماشى و قانون الصفقات العمومية الساري و هذا من أجل إرساء الشفافية والنزاهة فيما يخص الصفقات العمومية باعتبارها نوعاً من أنواع الخدمة العمومية الموجهة للمتعاملين الاقتصاديين مهما كانت صفتهم أو جنسيتهم، حيث سيتمكن المتعاملين الاجانب من الاطلاع على كل ما يتعلق بالصفقات العمومية عبر البوابة الإلكترونية ، و بهذا ستنافس هذه الاخيرة الجرائد اليومية في نشر اعلانات المناقصات و الدعوات الى الانتقاء الاولي او رسائل الاستشارة .

و في الأخير يلتزم من المشرع الاسراع في إنشاء البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على غرار دول الجوار كالمغرب و تونس ، فمن خلال ولوجنا لموقع البوابة المغربية وجدنا بها جميع المعلومات التي تمكن المتعاملين الاقتصاديين من تبادل المعلومات إلكترونياً في نطاق الصفقات العمومية الأمر الذي من شأنه إضفاء النزاهة و الشفافية في التعاملات .

قائمة المراجع:

1. العربي بوعمامة، رقاد حليلة، "الاتصال العمومي والادارة الإلكترونية -رهانات ترشيد الخدمة العمومية-،مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الوادي، العدد 19 ،ديسمبر 2014 ،
2. حسين بن محمد الحسن، الإدارة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق ، نحو اداء متميز في القطاع الحكومي، المؤتمر الدولي المنعقد يومي 3-4 نوفمبر 2009، المملكة العربية السعودية
3. حماد مختار ، تأثير الأدارة الإلكترونية على المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية ، مذكرة ماجستير،كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر،2007
4. ثابت عبد الرحمن إدريس ، نظم المعلومات الإدارية في المنظمات المعاصرة ،الدار الجامعية ،الإسكندرية 2005،
5. علاء عبدالرزاق السالمي، خالد ابراهيم السليطي ، الادارة الالكترونية، دار وائل ، عمان، 2008
6. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري،جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 20
7. عصام عبد الفتاح مطر، الحكومة الالكترونية بين النظرية والتطبيق، مصر ، دار الجامعة الجديدة ، 2008
8. عمار،بوحوش،نظريات الادارة الحديثة في القرن الواحد والعشرين، دار الغرب الاسلامي، بيروت ، 2006
9. محمد، المتولي، إدارة الموارد البشرية لتطبيق الحكومة الإلكترونية في الدول العربية. المؤتمر العلمي الأول الذي نظمه شرطة دبي في الفترة من 24 -26 إبريل 2003
10. منى عطية البشرى، معوقات تطبيق الادارة الالكترونية ، مذكرة ما جستير في الادارة التربوية و التخطيط، كلية التربية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية،2009/2008.

الهوامش:

1. العربي بوعمامة، رقاد حليلة، "الاتصال العمومي والادارة الإلكترونية -رهانات ترشيد الخدمة العمومية"-،مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الوادي، العدد 19 ،ديسمبر 2014 ،ص. 40 .
2. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري،جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 2013 ،ص. 414
3. عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص.349.
4. ثابت عبد الرحمن إدريس ، نظم المعلومات الإدارية في المنظمات المعاصرة ،الدار الجامعية ،الإسكندرية ،2005، ص434.
5. علاء عبدالرزاق السالمي، خالد ابراهيم السليطي ، الادارة الالكترونية، دار وائل ، عمان، 2008 ، ص 43 .
6. عصام عبد الفتاح مطر، الحكومة الالكترونية بين النظرية والتطبيق، مصر ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 ، ص.35
7. عمار،بوحوش،نظريات الادارة الحديثة في القرن الواحد والعشرين ،دار الغرب الاسلامي، بيروت ، 2006 ص.189
8. محمد، المتولي، إدارة الموارد البشرية لتطبيق الحكومة الإلكترونية في الدول العربية. المؤتمر العلمي الأول الذي نظّمته شرطة دبي في الفترة من 24 26 إبريل 2003 ، ص.18
9. حسين بن محمد الحسن، الإدارة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق ، نحو اداء متميز في القطاع الحكومي، المؤتمر الدولي المنعقد يومي 3-4 نوفمبر 2009، المملكة العربية السعودية،ص.30
10. حماد مختار ، تأثير الإدارة الألكترونية على المرفق العام وتطبيقاتها في الدول العربية ، مذكرة ماجستير،كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر،2007، ص.83
11. منى عطية البشرى، معوقات تطبيق الادارة الالكترونية ، مذكرة ماجستير في الادارة التربوية و التخطيط، كلية التربية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 2008/2009، ص-ص:62-88.
12. المادة 2 من القرار المؤرخ في 2013/11/17 محدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية .الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 2014/4/9
13. مرجع نفسه، المادة 5.
14. المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.
15. المادة 9 من القرار المؤرخ في 2013/11/17 محدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية .الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 2014/4/9.
16. مرجع نفسه.المادة 10 .
17. مرجع نفسه.المادة 11 .
18. مرجع نفسه.المادة 12 .
19. مرجع نفسه ، المادة 13
20. مرجع نفسه.المادة 14
21. مرجع نفسه ، المادة.17.

جامعة محمد لمين دباغين سطيف2

عنوان المداخلة: التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري

الأستاذة دعاس حميدة

مقدمة

تعد الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية المبرمة من طرف الدولة، ونظرا لما لها من أهمية خاصة في الاقتصاد الوطني، فقد خصها المشرع الجزائري بمجموعة من النصوص والأحكام القانونية من حيث طرق إبرامها، وألزم الإدارة بضرورة إتباع هذه الطرق عند التعاقد ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية.

وتعد المناقصة بمختلف أشكالها هي الأصل في إبرام الصفقات العمومية، إلا أنها لا تصلح في بعض الحالات التي تعتمد جوانب فنية وتقنية، أو التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص، ونقاديا للإجراءات المعقدة المتبعة في طريق المناقصة فإن الإدارة تلجأ إلى إتباع أسلوب أكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة يتمثل في أسلوب التراضي باعتباره أسلوبا استثنائيا تقوم بموجبه المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب المناقصة.

ومادام أن التراضي أسلوب استثنائي عن المبدأ العام-المناقصة- فإنه لا يمكن للإدارة اللجوء إليه إلا في حالات محددة قانونا، وهذا ما يعد من جهة أخرى تقييدا للإدارة رغم أنه جاء للتخفيف من بعض الإجراءات. وعليه ستقتصر مداخلتني على البحث في أسلوب التراضي كطريق استثنائي من طرق إبرام الصفقات العمومية.

ومن ثم تطرح الإشكالية التالية: ما هي الإجراءات المتبعة لإبرام الصفقات العمومية وفقا لأسلوب التراضي وما هي الحالات التي يمكننا اللجوء فيها إلى هذا الأسلوب؟

للإجابة على هذه الإشكالية نتبع الخطة التالية:

مقدمة

أولا: تعريف التراضي

ثانيا: أشكال التراضي وحالاته

خاتمة

أولاً: تعريف التراضي

حسب المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإنه: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي". وعليه فإن المشرع قد اعتبر التراضي إجراء استثنائيا على القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية ألا وهي طلب العروض، بموجبه تحرر المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الصارمة التي تحكم طلب العروض بكافة أنواعها، خاصة من ناحية تحررها من شرط إعلان الصفقة.

ويعرف التراضي بأنه إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، يسمح بتخصيص الصفقة إلى متعامل اقتصادي دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.¹

وقد اهتم المشرع الجزائري بتعريفه عبر المراحل التشريعية المختلفة للصفقات العمومية، حيث تنص المادة 41 من المرسوم 247/15 على أن التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة.²

وهو نفس التعريف المنصوص عليه في المادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10.³

وطبقا لإجراء التراضي فإنه يستفيد من الصفقة المرشح (المتعاقد) الذي تراه المصلحة المتعاقدة كفوًا لذلك.

ثانياً: أشكال التراضي وحالاته

ميز المشرع الجزائري بين نوعين من التراضي طبقا للمادة 41 من المرسوم 247/15 وهو التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، وقد حدد شروط وحالات اللجوء إليها، وهذا ما يعني أن اللجوء لإجراء التراضي مقيد بصفة شديدة، فالمشرع الجزائري حدد الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى إجراء التراضي، وعليه فالمصلحة المتعاقدة لا تتمتع بالحرية الكاملة في اختيار هذا الإجراء إلا في الحالات المحددة قانونا طبقا لما ورد في المادتين 50 و51 من نفس المرسوم.

1- التراضي البسيط:

يعد التراضي البسيط إحدى أشكال التراضي الذي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة في حالات محددة حصرا، وقد تكفل المشرع بتحديد هذه الحالات رغبة منه في تقييد حرية المصلحة المتعاقدة عند تطبيقه. وقد أضاف المشرع الجزائري مادة قانونية تبين الشروط الواجب التقيد بها في إطار إجراء التراضي البسيط وهذا ما سنحاول التطرق إليه فيما يلي.

أ- حالات التراضي البسيط:

نصت على هذه الحالات المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، والجديد في هذا المرسوم أنه تم إضافة حالتين وبذلك النص على ست حالات مقارنة بالمرسوم 236/10 التي نصت على 4 حالات، حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط فيما يلي:

أ-1 حالة الاحتكار:

وهذا عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية.

وتحدد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية في هذا الصدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية، ونلاحظ أن المشرع قد وسع من مجال الخدمات التي تكون محلا لإجراء التراضي ولم يكتف بانفراد المتعامل بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة كما كان الحال عليه في المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

أ-2 حالة الاستعجال الملح المعلن بوجود خطر:

يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، ولم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة للاستعجال وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

أ-3 حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية:

بشرط أن لا تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من قبلها، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع لم يعد يعتبر حالات التموين المخصص لسير الاقتصاد من حالات التموين المستعجل التي تبرر اللجوء إلى التراضي البسيط.⁴

أ-4 حالة مشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا:

بشرط أن لا تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان موضوع الصفقة يساوي أو يفوق عشر ملايين دينار، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السابق الذكر.

أ-5 عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية العمومية للإنتاج:

وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات العمومية إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشر ملايين دينار، إلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن عشر ملايين دينار.

أ-6 حالة وجود نص تشريعي أو تنظيمي:

يمنح مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.⁵

ومن خلال استقراء المادة 49 من المرسوم 247/15 نجد أن المشرع قد حدد هذه الحالات على سبيل الحصر وذلك بذكره لكلمة "فقط"، ومن ثم لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى طريق التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية، وحرية اختيار المتعامل المتعاقد إلا في هذه الحالات لا غير.⁶

ب- شروط التراضي البسيط:

طبقا لمبدأ الشفافية والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، حدد المشرع الجزائري مجموعة من الشروط التي ينبغي على المصلحة المتعاقدة إتباعها في حالة اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط تتمثل فيما يلي:⁷

- يجب أن تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 من هذا المرسوم، خاصة من حيث وجوب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهما بدقة، واستنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد وفق مقاييس و/ أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب أن لا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد ما عدا في الحالات الاستثنائية المقررة في هذا المرسوم.

- يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي، التقنية والمهنية والمالية كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم.⁸

- يجب أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية تكون محلا للرقابة الإدارية الداخلية من طرف لجنة فتح الأطرقة وتقييم العروض وفقا لما هو محدد في المادة 71 من هذا المرسوم.

- يجب أن تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة 52 من نفس المرسوم، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الاجراءات⁹، وهنا يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

- يجب أن تأسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

2- التراضي بعد الاستشارة:

إضافة إلى إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط، فإنه قد تلجأ أحيانا إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة.¹⁰ لم يقدم المشرع تعريفا للتراضي بعد الاستشارة، إلا أنه يمكن تعريفه على أنه إجراء تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد استشارة مسبقة حول أوضاع السوق وحالة المتعاملين الاقتصاديين والتي تتم بكل الطرق المكتوبة.¹¹

أ- حالات التراضي بعد الاستشارة:

وتجب الإشارة في هذا الشأن أنه تم تقليص حالات عدم الجدوى لإجراء التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الجديد إلى حالتين عوض أربع حالات المذكورة في المرسوم 23/12.

وقد نصت على حالات اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة المادة 51 من المرسوم 247/15 وهي كما يلي:

أ-1 حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.

أ-2 حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض: وفي هذا الصدد حدد المشرع معايير خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

أ-3 في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

أ-4 في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديدة.

أ-5 في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالة الثانية.

وتجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن المصلحة المتعاقدة تقوم باستشارة المؤسسات بموجب رسالة استشارة، سواء تعلق الأمر بالحالة الأولى المذكورة أعلاه أو الحالات الأخرى المتبقية، مع وجود بعض الاختلافات:

في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: يتم استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض بموجب رسالة استشارة وبدفتر الشروط نفسه، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، وفي هذا الإطار يمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض، ولا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية وهذا ما جاء في الفقرة 1 من المادة 52 من المرسوم 247/15.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، عن طريق نشر إعلان عن الاستشارة وبدفتر الشروط نفسه كأصل عام، أما إذا رأت ضرورة تعديل بعض بنوده فيتعين عليها تقديمه وجوبا أمام لجنة الصفقات المختصة طبقا للفقرة 2 و 3 من المادة 52 من نفس المرسوم.

أما في الحالات الأربعة الأخرى (2 ، 3 ، 4 ، 5) فإنه يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الإجراء لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة الفقرة 5 من المادة 52 .

وفي كل الأحوال يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الذين تمت استشارتهم توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم، كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم، إضافة إلى ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة وتجري المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وهنا يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان امكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر¹².

وتجب الإشارة إلى أن تقرير حالة من حالات التراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة¹³، ويقع عليها عبء تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها عليها جهات الرقابة على الصفقات العمومية¹⁴، ويعود للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحال يستوجب إبرام الصفقة وفقا لهذا الإجراء أم لا، ويمكن أن يتبين له ذلك من خلال الملف المطروح أمامه أو من خلال ظروف إبرام الصفقة مع الأخذ بعين الاعتبار أنه إجراء استثنائي، كما يؤخذ أيضا في الاعتبار اختيار هذا الإجراء، وبالرغم مما يوفره من حرية المفاوضة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي إلا أنه قد ينطوي أحيانا على تعسف

المصلحة المتعاقدة في عملية الاختيار أو يؤدي اختيارها إلى المساس بمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

وبناء على ما تقدم يلاحظ أن المشرع قد قيد حرية المصلحة المتعاقدة في اختيارها للمتعاقل الاقتصادي الذي تتعاقد معه بكيفيات محددة، فأقر إجراء طلب العروض كأصل وإجراء التراضي كاستثناء، حيث يفسح الإجراء الأول للمنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، بينما يركز الإجراء الثاني على مبدأ المفاوضة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين، الأمر الذي دفع المشرع إلى تحديد حالات اللجوء إليه على الحصر¹⁵.

خاتمة

لقد جاء المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لتحديد أهم المستجدات المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، ومنها ما تعلق بإجراء التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، زمن أهم ما جاء به في هذا المرسوم أنه حدد حالات اللجوء إلى التراضي البسيط ب 6 حالات على خلاف المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل بموجب المرسوم 23/12 وقد أضاف مادة جديدة تبين الشروط الواجب التقيد بها في إجراء التراضي البسيط المادة 50 منه، وفي المقابل تم تقليص حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة إلى 5 حالات بدلا من 6 حالات المذكورة في المادة 44 من المرسوم 236/10 ، وقد تم إضافة حالة واحدة وهي "عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية"، إضافة إلى ذلك تم تقليص حالات عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة في المرسوم 247/15 إلى حالتين عوض 4 حالات المذكورة في القانون 23/12 ، كما تم حذف الفقرة الخاصة بوجوب استشارة ثلاث متعهدين على الأقل المذكورة في المادة 44 من المرسوم 236/10، وبهذا فإن المرسوم 247/15 قد جاء متماشيا مع المستجدات الراهنة.

الهوامش:

- 1- خلاف فاتح، محاضرات في قانون الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، ص 37.
- 2- المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام (ج.ر عدد50).
- 3- المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتعلق بالصفقات العمومية.
- 4- المادة 43 من المرسوم 236/10 تنص على حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد وتوفير حاجات السكان الأساسية.
- 5- تم إضافة الحالتين الأخيرتين بموجب المادة 49 من المرسوم 247/15 .
- 6- قام المشرع بحذف الحالات المذكورة في المادة 43 من المرسوم 236/10 المعدلة بموجب المادة 6 من المرسوم 23/12.
- أبقى المشرع على نفس المبالغ المنصوص عليها في المرسوم 236/10 في ظل المرسوم 247/15.
- 7- المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15 .
- 8- المادة 54 من المرسوم 247/15 .
- 9- المادة 5 من المرسوم 247/15.
- 10- المادة 41 من المرسوم 247/15.
- 11- عطة سفيان وعروج يونس، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مذكر ماستر، تخصص قانون الجماعات المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، 2015-2016، ص30.
- 12- الفقرة 6 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- 13- المادة 59 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- 14- المادة 59 من المرسوم نفسه.
- 15- المادة 60 من المرسوم الرئاسي 247/15 سالف الذكر.

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة بسكرة

التوجه للإدارة الالكترونية كآلية لترشيد النفقات العمومية

مانع سلمى أستاذة محاضرة (أ)

مقدمة

أمام التوجه الذي شهدته الجزائر في السنوات الماضية نحو بلورة سياسة اقتصادية تقوم على توسيع النفقات العامة كآلية لدفع عجلات التنمية المستدامة، و محاولة استغلال مداخل و عائدات الخزينة العمومية في تطوير الخدمات العمومية و تحقيق الصالح العام في شتى المجالات الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية، شهد المجال الإداري لاسيما الأعمال الإدارية كالصفقات العمومية ازدهارا واسع و استقطب حصص كبيرة من الأموال بغرض تحقيق السياسة التنموية للدولة، بتطوير كل القطاعات على اختلافها، لكن ما تتسم به العلاقة بين المتعامل الاقتصادي و الإدارة من تذبذب نتيجة انتشار البيروقراطية و غيرها من الإجراءات الإدارية المعقدة التي تؤدي لتعطيل مصالحهم من جهة و تبذير الأموال العامة من جهة أخرى، اتجهت الدولة إلى محاولة تذليل كل هذه العقبات بتسهيل الإجراءات لريح الوقت و توفير الأموال، فكان لزاما الاستفادة من التطورات التكنولوجية التي اجتاحت العالم المعاصر في مجال الاتصال و تبادل المعلومات في تطوير العمل الإداري بكل مراحلها على نحو يوفر الوقت و المال و الجهد من ناحية، و يحسن الأداء و الجودة التقنية من ناحية أخرى مع المحافظة على المبادئ الأساسية للأعمال الإدارية، لذلك ارتأينا توجيه دراستنا للإجابة على الإشكال الآتي:

ما مدى فعالية توجه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام للإدارة الالكترونية في تطوير مراحل ابرام الصفقات العمومية على نحو يحقق ترشيد النفقات العامة؟

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للإدارة الالكترونية و ترشيد النفقات العامة

تزامن مع الثورة المعلوماتية التي اجتاحت العالم المعاصر في مجال الاتصال و تبادل المعلومات رغبة الدولة في تطوير خدماتها العامة، محاولة استغلال التطور التكنولوجي في تطوير مرافقها و تحقيق أكبر قدر من الخدمة في أسرع وقت و بأقل التكاليف، مع تشجيع المتعاملين على الاستثمار في كل المجالات بتيسير الإجراءات الإدارية و التخلص من مظاهر البيروقراطية، بتطوير مفهوم الإدارة التقليدية و التوجه نحو الإدارة الالكترونية و ما تتمتع به من ميزات و خصائص تجعلها تتغلب على عدة مشاكل إدارية على رأسها تضييع الأموال العامة في ماديات لا تخدم لا المصلحة العامة و لا المصلحة الخاصة، هذا ما جعل المشرع الجزائري يتبنى هذا التوجه في أكبر مجال يتم فيه إنفاق المال العام و هو الصفقات العمومية، لذلك سنقف

أولا على تحديد مفهوم الإدارة الالكترونية أولا ثم ترشيد النفقات العامة لنقف على طبيعة العلاقة القانونية الجامعة بينهما.

المطلب الأول: مفهوم الإدارة الالكترونية

عمدت الدولة إلى تجسيد و تبني فكرة الإدارة الالكترونية من خلال بلورة فكرة تقنية المعلومة الإدارية و استخدامها في التوجه من الإدارة التقليدية التي تقوم على الماديات و الأوراق الإدارية بهدف تجسيد التقنيات الحديثة في تبادل المعلومات في المجال الإداري المنظم لعلاقتها مع المتعاملين الاقتصاديين ، التي يجب أن تبنى على أساس تسهيل العمل الإداري و تقريبه أكثر من المواطن، لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب بالتطرق لتعريف الإدارة الالكترونية و بيان خصائصها باعتبارها سبب تبني المشرع لها.

الفرع الأول: تعريف الإدارة الالكترونية

فمصطلح الإدارة الالكترونية أحدث ضجة كبيرة فيما يتعلق بدراسته لما له من فوائد نظرية و عملية على حد سواء، فتعددت تعاريف المقدمة من الدارسين لمحاولة بيان معالمه الأساسية بتعدد المعايير المعتمدة، فهناك من عرفه بأنه: " استخدام الوسائل و التقنيات الالكترونية بكل ما تقتضيه الممارسة، أو التنظيم أو الإجراءات أو التجارة أو الإعلان."¹، فالتعريف السابق هو تعريف واسع لم يضيق من مفهوم الإدارة الالكترونية و يربطها بالمجال الإداري بل ترك المجال مفتوح لاستيعاب كل صورها.

في حين عرفها البعض بأنها: " استخدام وسائل الاتصال التكنولوجية المتنوعة و المعلومات في تسيير سبل أداء الإدارات الحكومية لخدماتها العامة الالكترونية، و التواصل مع من يطلب الانتفاع من خدمات المرفق العام من خلال تمكينهم من استخدام وسائل الاتصال الالكترونية عبر بوابة واحدة."²

إن هذا التعريف هو تعريف خاص يركز على استغلال تكنولوجيا الاتصال في تطوير الخدمة العامة و يركز على معيار المرفق العام و المصلحة العامة، هذا ما يجعله مرجح لتعريفها، فمن خلال ما تقدم يمكن القول أن الإدارة الالكترونية هي تقريب الإدارة من المواطن و تسهيل المعاملات الإدارية باستغلال التطورات التكنولوجية في تحقيق السياسة التنموية للدولة و تشجيع الاستثمار و تحقيق مبدأ التعادل الوظيفي بين الوثيقة الإدارية المادية و الوثيقة الإدارية الالكترونية.

الفرع الثاني: خصائص الإدارة الالكترونية

باستقراء التعريف السابق المتوصل إليه فيما يخص الإدارة الالكترونية، نجد أنها تقوم على فكرة أساسية تكمن في رغبة الدولة رفع و النهوض بالاقتصاد الوطني بالتركيز على جذب الموارد للخزينة العمومية بدعم الاستثمار و استقطاب المتعاملين الاقتصاديين للمجالات الحساسة و التي على رأسها الصفقات العمومية لما تلعبه من دور في تحقيق المصلحة العامة، فركزت على التوجه الالكتروني و استخدام

التقنيات الحديثة كوسيلة لكبح التكاليف و المصاريف الزائدة سواء لها أو للمواطنين أو المتعاملين من جهة و رفع مستوى الخدمات العامة من جهة أخرى، هذا ما يتحقق بالاستفادة من خصائص الإدارة الالكترونية التي نوردتها فيما يلي:

- إدارة بدون أوراق بل تعتمد على الوسائط و الدعامات الالكترونية.
- تعتمد على المؤتمرات الالكترونية عبر شبكة الانترنت .
- تعتمد على المؤسسات الشبكية و المؤسسات الذكية في العالم الافتراضي.
- إدارة متواصلة حيث تعمل لمدة 24 ساعة.
- تحقيق وفرة في الإنفاق العام، تقابله عوائد أفضل من الأنشطة الإدارية و الخدمات العامة.
- الشفافية في التعامل .
- كسر الحواجز الجغرافية.

بالإطلاع على الخصائص السابق بيانها فالإدارة الالكترونية تحاول قدر الإمكان تجنب عقبات الإدارة التقليدية و المتمثلة في كثرة الأوراق و التنقلات المستمرة من طرف المواطنين للحصول على الخدمات و غيرها، فهي إدارة تقوم على تقنية المعلومات و على تفعيل الجانب التقني في مجال تقديم الخدمات العامة و الحد من الإنفاقات الغير ضرورية، فالخاصية الخامسة هي أكثر خاصية تهمننا في موضوعنا، لنتمكن من الوقوف على فعالية الإجراءات التي تبناها المشرع الجزائري بتوجيه لتبني الإدارة الالكترونية في مجال الصفقات العمومية بما يحقق ترشيد للنفقات العامة و الذي سنبينه في حينه.

المطلب الثاني: مفهوم النفقات العامة

بعد بيان مفهوم الإدارة الالكترونية كان لزاما الوقوف على مفهوم النفقات العامة لنستطيع تحديد العلاقة الفعلية بينهما في مجال إبرام الصفقات العمومية، فالنفقات العامة تكتسي أهمية كبيرة في الدولة إذ من خلالها تسعى لإشباع حاجات أفرادها و تقديم الخدمات اللازمة في شتى المجالات، لذلك من الضروري أن تحيط عملية الإنفاق بكل ما يضمن عدم ضياع المال العام سواء من حيث الإجراءات و الأعمال التي تقوم بها و هي بصدد الإنفاق كإجراءات إبرام الصفقة العمومية و ما تتطلبه من ماديات و مراحل أو من حيث تفعيل الرقابة عليه، فلا يجب صرف المال في إجراءات و ماديات لا تؤدي سوى لضياع الوقت، لذلك سنخصص هذا المطلب لتعريف النفقات العامة ثم خصائصها.

الفرع الأول: تعريف النفقات العامة

لقد ظهرت عدة تعاريف فقهية لمصطلح النفقات العامة و التي تعتمد بالدرجة الأولى على تحديد مجال الإنفاق بشكل عام، نظرا للأهمية التي يكتسبها هذا المصطلح مما يجعل من مسألة وضع تعريف مانع جامع لها مسألة ضرورية لحماية المال العام.

فهناك من عرفها بأنها: "مبالغ من المال يخرج من خزانة الدولة سدادا لحاجة عامة"³، فهذا التعريف يعتمد على معيارين أساسيين في تحديد مفهوم النفقات العامة هما المعيار العضوي المتمثل في صاحبة الإنفاق و هي الدولة، و معيار الغاية المرتبط بالمصلحة العامة، مهملًا طبيعة النفقة.

عرفت أيضا بأنها: "مبلغ نقدي يخرج من الذمة المالية لشخص معين عام بقصد إشباع حاجة عامة"⁴، فهذا التعريف جمع بين المعيارين السابقين، و أضاف معيار ثالث يتمثل في طبيعة النفقة العامة.

هناك من عرفها أيضا بأنها: "مبلغ من النقود يقوم بإنفاقه شخص عام بقصد تحقيق نفع عام"⁵، هذا التعريف أيضا قد جمع بين المعايير الثلاث السابقة و التي تعتبر متكاملة في تعريف النفقة العامة و سقوط أحدها يترتب عليه خلل في التعريف.

لكن الناظر إلى الجانب القانوني يجد أنه رغم اعتبار النفقات العامة من المسائل المحورية في الدولة إلا أنها تفتقر لتعريف قانوني مع الإشارة لها في عدة مواضع لاسيما في قانون المالية الذي عرف الميزانية العامة و الأعباء الدائمة للدولة التي تشمل نفقات التسيير و الاستثمار و القرض و التسبيقات⁶.

الفرع الثاني: خصائص النفقات العامة

بالرجوع للتعريف السابقة فيما يخص النفقات العامة يمكن أن نستشف ثلاث خصائص أساسية للنفقات العامة تعتبر بمثابة ركائز لها إذا تخلف أحدها لا نكون أمام نفقة عامة، حيث نوردتها فيما يلي:

أولاً: الطبيعة النقدية للنفقات العامة

إن كل ما تنفقه الدولة في سبيل الحصول على الخدمات و السلع و كل ما يلزم لتسيير المرافق العامة في شتى المجالات اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية يجب أن تكون في صفة نقدية حتى تعتبر نفقات عامة⁷، و ذلك بهدف وضع نظام مالي للدولة يمكن تحديده من خلال أعمال الرقابة على النفقات العامة بصورها⁸.

ثانياً: الإنفاق من طرف الشخص العام

حتى تتحقق النفقات العامة لا بد أن يكون المنفق هو الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى الهيئات العامة و هذا تجسيدا للمعيار الوظيفي أو العضوي⁹.

ثالثاً: تحقيق المصلحة العامة

تعتبر المصلحة العامة الغاية المرجوة من وراء الإنفاق العام فمتى سقطت لا حاجة للإنفاق، حيث يجب أن تكون النفقة مبررة لتلبية الحاجة العامة و مشروعة و قائمة على أساس العدل و المساواة بين كافة المواطنين و إلا خرجت عن ما هو مسطر لها¹⁰.

مما تقدم نستطيع القول أن ترشيد النفقات العامة يقصد به استخدامها استخداما يضمن تحقيق المصلحة العامة، بأن توجه لما هو ضروري للأفراد على حسب الأولويات و الحاجات دون تبذير و إسراف، و بالنظر للخصائص السابقة فهي متوفرة في النفقات التي توجهها الدولة لمجال الصفقات العمومية، لذلك يتعين ترشيدها وفقا لمبدأ الحاجة الضرورية لتحقيق الصالح العام و تجنب النفقات التبذيرية و الكمالية على حساب ما هو ضروري، وذلك باتباع عدة آليات منها التوجه نحو الحكومة الالكترونية في مراحل إبرام الصفقات العمومية، فترشيد النفقات العامة يعتمد بالأساس على استخدام الدولة لكل الوسائل الحديثة التي من شأنها تحقيق التنمية المستدامة و تنظيم التشريعات بما يتماشى معها.

المبحث الثاني: دور الإدارة الالكترونية في ترشيد النفقات العمومية

بعد بياننا لمفهوم الإدارة الالكترونية و النفقات العامة كخطوة أولى لتحديد طبيعة العلاقة الجامعة بينهما، سنحاول من خلال هذا المبحث إسقاط ذلك على مجال الصفقات العمومية و على ما أرساه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 باعتماده تقنية المعلومة الالكترونية في مراحل و إجراءات إبرام الصفقة و ما مدى انعكاس ذلك على النفقات العامة، بالتطرق للعناصر الآتية:

المطلب الأول: أهداف الإدارة الالكترونية في ترشيد النفقات العامة

إن التخلي عن الإدارة التقليدية و ما تتسم به من ماديات و إجراءات طويلة قد تؤدي لضياع الوقت و الجهد و المال، تبرر توجه المشرع الجزائري في القانون رقم 15-274 لتبني التعامل الالكتروني عبر مراحل إبرام الصفقة، كونه يدخل ضمن الأهداف العامة للإدارة الالكترونية و التي نوردتها فيمايلي:

الفرع الأول: الأهداف الخارجية للإدارة الالكترونية

نقصد بالأهداف الخارجية للإدارة الالكترونية ما تسعى لتحقيقه في علاقتها مع المواطنين و المتعاملين الاقتصاديين من أجل الرقي بالأعمال الإدارية للدولة و ضمان التسيير الفعال للمرافق العامة، على نحو يؤدي لتقديم أحسن الخدمات و بأقل النفقات بتوفير الجهد و المال و الوقت و عدم التقيد بالمسافات، فالأسلوب الالكتروني في التعامل الإداري يتميز بالسرعة و الفعالية كون الإجراءات تتم على دعامة الكترونية تتسم بالتواصل عن بعد بين المتعامل و المواطن من جهة، و الإدارة من جهة أخرى من خلال الولوج لمواقع و برامج مخصصة لذلك، فلا تخفى الفوائد الجمة التي تعود على الطرفين من هذا التوجه كما سنبينه في حينه عند حديثنا عن الصفقة العمومية.

فالأهداف الخارجية تتماشى مع السياسة التنموية للدولة و تتجسد في تحسين الخدمات المقدمة للمجتمع بطريقة مرضية تعتمد على الوسائل التكنولوجية الحديثة و استغلالها في تبسيط التعامل الإداري و القضاء على البيروقراطية، و تنويع أساليب عرض الخدمة العامة، مما يشجع المواطنين على الإقبال عليها

دون تخوف، و يشجع المتعاملين و المستثمرين على الاستثمار مما يعود على الخزينة العامة بمراد تؤدي في الأخير إلى رفع المستوى الاقتصادي للدولة.

الفرع الثاني: الأهداف الداخلية للإدارة الالكترونية

أما الأهداف الداخلية للإدارة الالكترونية تتمحور في تحسين التنظيم الإداري الداخلي و الرقي به لأحسن المستويات بالاستفادة من التطور التكنولوجي و استخدام الوسائل التقنية لتبادل المعلومات و التواصل من شبكة انترنت و أجهزة الكمبيوتر في تفعيل العمل الإداري و تنظيم العلاقة بين مختلف الأجهزة الإدارية.

فهذه الأهداف تختلف عن تلك السابق بيانها كونها تنصب على الأعمال الداخلية للإدارة و لا تظهر للغير من مواطنين و متعاملين، و التي تتجسد بالأساس في:

- السرعة في الإجراءات.
- تطوير العمل الإداري التقليدي للعمل الإداري الالكتروني و ما يتسم به من تقنيات و كفاءة.
- الشفافية في العمل الإداري الذي ينظم بطريقة الكترونية أوتوماتكية تتم من خلال المعالجة الآلية للبيانات.
- توفير تكلفة الأعمال المادية و ما تتطلبه من نفقات.

حيث يعتبر الهدف الأخير محور دراستنا فبتوجه المشرع الجزائري لتبني الإجراءات الالكترونية عبر مراحل إبرام الصفقة العمومية سيساهم بطريقة أو بأخرى في ترشيد النفقات العامة من خلال ربح الوقت و توفير التكاليف التي تقتضيها التعاملات المادية التقليدية.

المطلب الثاني: التوجه للإجراءات الالكترونية في إبرام الصفقات العمومية

حاول المشرع الجزائري الاستفادة من التطور التكنولوجي فقام بتطويع قوانينه و تعديلها على نحو يستوعب إفرزات الثورة المعلوماتية، لتحقيق التوازن بين التطور التشريعي و التطور المعلوماتي و مواكبه على النحو الذي يحقق الفائدة للإدارة و المواطن على حد السواء، هذا ما نجده في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية بالنص على الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية في الفصل السادس، لذلك سنبين من خلال هذا المطلب مدى تأثير ذلك على ترشيد النفقات العامة بعرض العناصر الآتية:

الفرع الأول: البوابة الالكترونية للصفقات العمومية

لقد استحدث المشرع الجزائري بوابة الكترونية خاصة بالصفقات العمومية يحدد محتواها و كيفية تسيرها من طرف الوزير المكلف بالمالية، على أن يتم تحديد الصلاحيات و كيفية عملها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال.¹¹

إن إسناد مهمة تسيير البوابة الالكترونية للوزير المكلف بالمالية أكبر دليل على الدور الذي تلعبه في ترشيد النفقات العامة كونها تؤدي لإضفاء الشفافية و النزاهة على إجراءات الصفقة العمومية و تقديم الخدمات العامة على أساس العدل و المساواة و العلانية فهذه المبادئ الثلاث تتجسد في الإجراء المعلوماتي الذي يتم بشكل آلي بغض النظر عن صاحبه، فالترشيد هنا يجد أساسه في تبسيط الإجراءات الإدارية و تسهيل عملية الرقابة عليها و الإصلاح التنظيمي للمنظومة الإدارية.

فإذا كان الترشيح يقوم على ثلاث دعائم أساسية هي الإدارة و المالية و القضاء، فباستحداث البوابة الالكترونية يكون المشرع قد حقق الدعامة الأولى و الثانية و قطع شوط كبيرا في إطار الترشيح، و هذا ما يحقق سياسة الإدارة الرشيدة التي تسعى لوضع منظومة متكاملة تستخدم كل الأساليب الحديثة للنهوض بالدولة في كل القطاعات، فالإدارة الالكترونية ستؤدي لتجنيب الإدارة و المتعامل عدة مصاريف و مراحل مطولة لإبرام الصفقة و ما يتبعها من تكاليف تؤدي لنفقات غير ضرورية.

الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة بالطريقة الالكترونية

إن فتح البوابة الالكترونية يسعى إلى إبرام الصفقة من خلال جملة من الإجراءات الالكترونية تتم على أساس تبادل المعلومات و معالجتها على دعائم الكترونية تختلف عن الدعائم الورقية المتعود عليها في الإجراءات التقليدية، هذا ما يرتب ربحا للوقت و تبسيط للإجراءات التي يمكن أن يقوم بها المتعامل و هو جالس في بيته أمام شاشة الجهاز بالاتصال بشبكة الانترنت دون أي جهد مادي أو معنوي، كما أنه يسهل على الإدارة المتعاقدة القيام بمهامها مع توفير التكاليف و الجهد أيضا.

فالمطلع على القسم الثاني من الفصل السادس المعنون ب تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية نجد أن المشرع قد تحول من الإجراء الإداري العادي إلى الإجراء الإداري الإلكتروني، و أنه قد اعتمده كوسيلة قانونية لإبرام الصفقة العمومية في جميع المراحل بدءا بالعروض وصولا للإرساء، حيث يمكن إجمال مراحل الإبرام الإلكتروني فيما يلي:

أولاً: الإعلان عن الصفقة العمومية

أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بالدعوة للمنافسة و الإعلان عن الصفقة العمومية بالطريق الإلكتروني عبر البوابة الالكترونية الخاصة، مع احترام الجدول الزمني الذي يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية،¹² ليقوم المتعاملين بدورهم بالرد بذات الطريقة من خلال سحب و إيداع دفتر الشروط بطريقة الكترونية بدلا من الطريقة الورقية المتعود عليها.

وهذا لا يعني أن الإعلان يخرج فيما يتعلق بالمعلومات الواردة فيه عن القواعد التنظيمية الخاصة بالصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 و التي توضح البيانات الإلزامية لإعلان طلب العروض ككيفية طلب العروض و شروط الانتقاء الأولي و مدة التحضير و

الصلاحية و غيرها من البيانات المذكورة على سبيل الحصر لا المثال، فالاعتراف بالإجراء الإعلان الكترونيا جاء من باب التطبيع و لا يعني الخروج على القواعد الأساسية، بل أن التغيير في طريقة القيام بالإجراء و إدخال التكنولوجيا للعلاقة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل.

ثانيا: رد المتعامل أو المرشح للصفقة العمومية

بعد الإعلان لطلب العروض بالطريق الالكتروني، يقوم المتعامل بملاً دفتر الشروط و الرد على الدعوة للمنافسة بالطريقة الالكترونية،¹³ حيث تتم المعالجة الآلية للبيانات الخاصة بالمرشحين و المقدمة عبر البوابة الالكترونية للاعتماد عليها في تشكيل قاعدة للمعلومات وفقا للتشريعات المعمول بها في هذا المجال.¹⁴

فكل وثيقة تحتاجها المصلحة المتعاقدة يمكن أن تطلبها بالطريق الالكتروني، و تقوم بحفظ ملفات المرشحين لاستخدامها في مراحل الإبرام اللاحقة،¹⁵

فالناظر للإجراءات التي تناولها المشرع في الفصل السادس من المرسوم الرئاسي 15-247 يجد أنه لم يتطرق لكل مراحل إبرام الصفقة و أنه رغم توجهه للإدارة الالكترونية إلى أنه لم يفصل ذلك في هذا المرسوم و اكتفى بمرحلة الإعلان و إيداع دفتر الشروط، مهما بقية المراحل الأخرى، كما أنه استعمل الإحالة للأحكام العامة، و هذا ما انعكس على أرض الواقعة و جعل البوابة الالكترونية تبقى مجرد جانب نظري بعيد عن التجسيد الفعلي رغم ما تلعبه من دور في ترشيد النفقات العامة و الإصلاح التنظيمي الإداري.

الفرع الثالث: المزاد الالكتروني العكسي

أتاح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة أثناء اختيارها لأحسن العروض فيما يخص الامتيازات الاقتصادية فيما يتعلق بصفقة اقتناء اللوازم و تقديم الخدمات العامة اللجوء للمزاد الالكتروني العكسي، من خلال السماح للمتعاملين بمراجعة أسعارهم أو أي عرض كمي لهم،¹⁶ أو الرجوع للفهارس الالكترونية للمتعامل و انتقاءهم فيما يخص عقد البرنامج أو عقد الطلبات.¹⁷

فالمشرع قد خص صفقات اقتناء اللوازم و تقديم الخدمات العادية في مرحلة اختيار أحسن عرض دون غيرها من الصفقات بإجراء المزاد الالكتروني العكسي و هو مصطلح تكنولوجي جديد أفرزه التوجه للإدارة الالكترونية، فالمزاد الالكتروني العادي عبارة عن مزاد يتم عبر الانترنت من خلال مواقع خاصة لبيع و شراء السلع و الخدمات بالمزايدة للوصول إلى أعلى الأسعار، لكن العكسي هو ذلك المزاد الذي يتم فيه تبادل الأدوار بين المشتري و البائع على نحو تنخفض فيه الأسعار و يقوم البائع بتقويض بعضها على البعض.

الخاتمة

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن ترشيد النفقات العامة الذي يعتبر أحد مقومات الإدارة الرشيدة يتطلب بالضرورة وجود بيئة تشريعية تضم قوانين مواكبة للتطورات التكنولوجية الماسة بالمجتمع في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإدارية كوسيلة للنهوض بالتنمية المستدامة وازدهار الدولة و الرقي بالاقتصاد الوطني، هذا ما حاول المشرع الجزائري تحقيقه في أكبر مجال للنفقات العامة و هو الصفقات العمومية من خلال تبنيه للفصل السادس من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الذي عنونه بالاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية كخطوة أولى لتفعيل الإدارة الالكترونية التي تعتبر آلية لترشيد النفقات العامة.

فالمشرع نص على الإدارة الالكترونية باستحداث بوابة الكترونية يتم من خلالها إبرام الصفقات العمومية على نحو يحسن العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعاملين و يبسط الإجراءات الإدارية و يحقق الإصلاح التنظيمي، فمن خلال ما تم عرضه يمكن الوصول للنتائج الآتية:

- تعتبر الإدارة الالكترونية من المقومات الأساسية للإدارة الرشيدة و ترشيد النفقات العامة.
- بتبني الإدارة الالكترونية توجه المشرع الجزائري إلى الإصلاح التنظيمي في مجال الصفقات العمومية التي تستقطب رؤوس أموال هائلة و تمس بالمال العام.
- تطوير أساليب إدارة المال العام باستغلال تقنيات تبادل المعلومات و الاتصال تجسد في فتح البوابة الالكترونية للصفقات العمومية.
- إبرام الصفقة بالطريق الالكتروني يوفر الجهد و المال و يقلل من النفقات العامة بدون وجه حق.
- إبرام الالكتروني للصفقات العمومية يحقق الشفافية و العدالة و السرعة.
- القضاء على البيروقراطية من خلال المعالجة الآلية للمعلومات الخاصة بالمتعاملين و تشكيل قاعدة البيانات يسهل الولوج إليها من أي مكان فيه جهاز حاسوب و شبكة انترنت.
- سهولة الإطلاع على ملفات المرشحين للصفقات العمومية من خلال نظام الفهارس الالكترونية للملفات.
- تجسيد مبدأ التعادل الوظيفي بين الإجراء الورقي و الإجراء الالكتروني و خضوعهما لنفس الأحكام العامة.

انطلاقا من النتائج السابقة يمكن تقديم الاقتراحات الآتية:

- تفعيل البوابة الالكترونية من الناحية العملية لأنها مازالت مجرد نص قانوني بعيد عن التفعيل و التنفيذ.
- وضع نصوص قانونية أكثر دقة قادرة على التنظيم الدقيق لكل مراحل إبرام الصفقة العمومية .
- الاهتمام الفعلي بتفعيل الإدارة الالكترونية لأنها مقوم أساسي للإدارة الرشيدة و التأكيد على رفع الوعي الثقافي بشأنها.

الهوامش:

- ¹ محمد محمود الطعمانة - شريف العلوش، الحكومة الالكترونية و تطبيقاتها في الوطن العربي، الأردن، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2004، ص 10.
- ² هيثم الفيكاوي، الحكومة الالكترونية، مجلة الحرس الوطني الكويتي، العدد 19، 2002، ص 50.
- ³ عبد المعمر فوزي، المالية العامة و السياسة المالية، دار النهضة العربية للطباعة، لبنان 1971، ص 41.
- ⁴ حسين مصطفى حسين، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1995، ص 11.
- ⁵ السيد عبد المولى، المالية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.س.ن)، ص 54.
- ⁶ المادتين 6- 23 من القانون رقم 87-17 المتضمن قانون المالية، الجريدة الرسمية عدد 28، الصادر في 10 يوليو 1984 الموافق ل 11 شوال عام 1404.
- ⁷ بن داود ابراهيم، الرقابة المالية على النفقات العمومية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص 53.
- ⁸ زين العابدين ناصر، علم المالية العامة، دار النهضة العربية القاهرة، (د.س.ن)، ص 49.
- ⁹ بن داود ابراهيم، مرجع سابق، ص 54.
- ¹⁰ المرجع السابق، ص 54-55.
- ¹¹ المادة 203 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المؤرخ في 2 ذي الحجة 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015.
- ¹² المادة 204 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي السابق.
- ¹³ المادة 204 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي السابق.
- ¹⁴ المادة 205 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي السابق.
- ¹⁵ المادة 205 فقرتين 3-6 من المرسوم الرئاسي السابق.
- ¹⁶ المادة 206 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي السابق.
- ¹⁷ المادة 206 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي السابق.

عنوان المداخلة : الصفقات العمومية ذات الإجراءات المكيفة ضمانا لحماية المال العام

صالح زمال

أستاذ مساعد قسم أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة العربي التبسي - تبسة

مريم بوكوبة

طالب دكتوراه الطور الثالث

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة لونيبي علي البلدية 2

مقدمة :

الإجراءات الشكلية المفروضة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 لا تطبق إلا على الصفقات التي تكون فيها المبالغ التقديرية أكبر من الحدود المقررة ضمن أحكام المادة 13، والتي تنص على أن " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجت المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار جزائري أو يقل عنه للأشغال واللوازم، وستة ملايين دينار جزائري للدراسات والخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الباب".

إلا أن الصفقات التي تساوي أو تقل عن العتبة المالية لمذكورة آنفا كانت دائما مسألة أخذ ورد في كيفية إبرامها والرقابة عليها، إذ تعد المصلحة المتعاقدة عموما حرة في تنظيم إجراءاتها بمناسبة هذا النمط من الطلبات، إلا أن مرسوم 2015 وضع ضوابط محددة لهذه الإجراءات مستأنسا بذلك ببعض التشريعات المقارنة في هذا المجال كالتشريع التونسي للصفقات العمومية كذا التشريع الفرنسي.

إن الطلبات التي يقل مبلغها التقديري عن الحدود المقررة وان لم تخضع للإجراءات الشكلية التي تضمنها مرسوم 2015 المنظم للصفقات العمومية، من حيث إبرامها والرقابة عليها، إلا أنها نفقات عمومية وجب إخضاعها لحد أدنى من الإجراءات، تتمثل في الإجراءات المكيفة، حتى يتسنى فرض رقابة على نجاعة الطلبات وحسن استعمال المال العام، لذا ما هي الضوابط التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام الصفقات ذات الإجراءات المكيفة؟

ضمن هذه الورقة البحثية نحاول بيان أهم الضوابط التي تخضع لها الصفقات ذات الإجراءات المكيفة، ف دراسة استشرافية لتطبيقات أحكام القسم المتعلق بالإجراءات المكيفة والتي نص المشرع أنها ستكون موضوع قرار وزاري ينظم كيفيات تطبيقها، وذلك ضمن المحورية التاليين:

المبحث الأول : نطاق تطبيق الإجراءات المكيفة على الصفقات العمومية
المبحث الثاني : إبرام الصفقات العمومية المبرمة وفق الإجراءات المكيفة

المبحث الأول : نطاق تطبيق الإجراءات المكيفة على الصفقات العمومية

باستقراء أحكام الباب الأول من مرسوم 2015 والواردة ضمن القسم الثاني المتعلق بالإجراءات الخاصة، يستوقفنا معياران أساسيان لتحديد نطاق تطبيق الإجراءات المكيفة في مجال إبرام الصفقات العمومية، يتعلق المعيار الأول بالمبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة (المطلب الأول)، أما المعيار الثاني هو معيار موضوع الصفة الخاضعة للإبرام وفق الإجراءات المكيفة (المطلب الثاني) والواردة ضمن أحكام القسمين الفرعيين الرابع والخامس على التوالي.

المطلب الأول : نطاق تطبيق الإجراءات المكيفة حسب المعيار المالي للصفة

يعتبر المعيار المالي أحد أهم المعايير التي تحدد مجال تطبيق أحكام مرسوم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات شكلية خاضعة للرقابة السابقة واللاحقة لمختلف لجان الصفقات، وذلك للاعتبارات المتعلقة بالحفاظ على المال العام ونجاعة الطلبات العمومية، ويميز المشرع وفق هذا المعيار بين نمطين من الصفقات، الأول الصفقات الخاضعة للإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية، أما النمط الثاني فهو الصفقات التي لا تخضع وجوبا للأحكام المطبقة على الصفقات العمومية بموجب القواعد القانونية للباب الأول من المرسوم 15-247.

الفرع الأول : الصفقات العمومية التي يقل مبلغها التقديري عن الحدود المالية طبقا المادة 13

تنص المادة 13 من مرسوم 2015 " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة 12 مليون دينار جزائري أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار جزائري

لدراسات والخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب".

تميز هذه المادة بين نمطين من الصفقات العمومية الخاضعة للإجراءات المكيفة دون أن تخضع وجوبا لمختلف الإجراءات الشكلية، فقط أن يكون المبلغ التقديري للحاجات يساوي أو يقل عن الحدود المالية الواردة ضمن أحكام المادة.

1- صفقات الأشغال والدراسات : لا تكون صفقات الأشغال واللوازم خاضعة للإجراءات الشكلية إذا ما كان المبلغ التقديري للحاجات 12.000.000 دج، حدد المشرع الجزائري موضوع صفقات الأشغال واللوازم ضمن أحكام المادة 29 من مرسوم 2015¹، إذ تعد الصفقة صفقة أشغال إذا كانت تهدف إلى انجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول والتي تستهدف وظيفة اقتصادية أو تقنية، كما تشمل أيضا كل بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم كلي أو جزئي لمنشأة.

أما صفقة اللوازم فتشير الفقرة 06 من المادة 29² تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء، من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد".

وتشتمل كذلك على تجهيز منشآت كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان³.

2- صفقات الخدمات والدراسات: يضع المشرع مبلغا ماليا تقديريا أكثر من 6.000.000 دج من أجل إخضاع هذه الصفقات للإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية، وما يساوي أو يقل عن هذه الحدود فهو خاضع للإجراءات المكيفة، تطبيقا لأحكام القسم الفرعي الثاني من مرسوم 2015، ويحدد المشرع موضوع صفقتي الخدمات والدراسات ضمن أحكام المادة 29.

فصفقة الدراسات تتضمن وفق نص الفقرتين 11 و12 أنجاز خدمات فكرية لاسيما ما يتعلق بمهام المراقبة التقنية أو الجيوتقنية وكذا الإشراف على انجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع ومنها: الدراسات الأولية أو التشخيص والرسم المبدئي، دراسات المشروع تنظيم وتنسيق الورشة واستلام الأشغال.

كما يمكن أن يكون موضع صفقات الدراسات عقد استشارة فنية، وتعرف على أنها إقرار وظيفة شاملة بمهام التصميم والدراسات والمساعدة والمتابعة والمراقبة وانجاز المباني مهما تكن طبيعتها ووجهتها باستثناء المباني المخصصة للاستعمال الصناعي، ويمارسها المستشار الفني تحت مسؤوليته الكاملة وفي إطار

الالتزامات التعاقدية التي تربطه برب العمل " وعلى هذا الأساس، فمحل الصفقة هو استشارة فنية، وبالتالي أطلقت عليها عنوان صفقة الاستشارة الفنية⁴.

في حين لم يقدم المشرع تعريفا لصفقة الخدمات واكتفى بأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 29 " تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى انجاز خدمات وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال واللوازم أو الدراسات"⁵.

نشير إلى مسألة مهمة تعتبر سابقة في مراسيم الصفقات العمومية ألا وهي مسألة تعدد الخدمات التي تتضمنها صفقة عمومية ومعيار تحديد موضوعها، إذ تشير المادة 29 ضمن الفقرات 4 و 5 إلى المسائل التالية:

- إذا اقترنت الصفقة العمومية للأشغال بتقديم خدمات فإن العبرة بالموضوع الأساسي للصفقة، وبالتالي إذا كان موضع الصفقة الأساسي هو أشغال عمومية فإن الصفقة صفقة أشغال.
- اقتران صفقة اللوازم المتعلقة بإيجار عتاد أو مواد بتقديم خدمات فإن موضوع الصفقة يكون صفقة خدمات.
- إذا كانت أشغال وضع اللوازم المقنتاة وتصيبيها مدرجة ضمن الصفقة العمومية دون أن تتجاوز قيمة هذه الأشغال قيمة اللوازم موضوع الصفقة فإن الصفقة صفقة لوازم.
- في حين تعد الصفقة صفقة لوازم وإن اقترنت بخدمات شريطة عدم تجاوز قيمة الخدمات قيمة اللوازم في الصفقة.

الفرع الثاني : الصفقات التي يقل مبلغها التقديري عن الحدود المالية طبقا للمادة 21

برغم إعفاء المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية، إذا ما لم يجاوز المبلغ التقديري الحدود المقررة ضمن أحكام المادة 13، إلا أن هذه الأخيرة - المصلحة المتعاقدة - ملزمة بإعداد إجراءات داخلية تتجسد في طرح استشارة كتابية لانتقاء أفضل عرض وفق معايير موضوعية، إلا أن المادة 21 تضع حدودا مالية دنيا لإلزامية خضوع المصلحة المتعاقدة للإجراءات الداخلية المتعلقة بالاستشارة، وتكون بموجبها معفاة من إجراء الاستشارة ولها، وذلك إذا ما كان مجموع الطلبات أقل من :

- 1.000.000 دج فيما يخص الأشغال واللوازم .
- 500.000 دج فيما يخص طلبات الدراسات والخدمات.

إلا أن هذا الإعفاء مقترن باختيار أفضل عرض اقتصادي لضمان نجاعة النفقة العمومية.

المطلب الثاني : نطاق تطبيق الإجراءات المكيفة حسب المعيار الموضوعي للصفقة

تبنى المشرع الجزائري ضمن أحكام المرسوم 2015 توجهات المشرع الفرنسي في مجال الصفقات المبرمة بموجب الإجراءات المكيفة، لاسيما تلك المتعلقة بنطاق تطبيق هذه الأخيرة فيما يتعلق بالصفقات المستثناة من الإجراءات الشكلية للصفقات العمومية بحكم طبيعة موضوعها⁶، ومخالفا للتشريع التونسي الذي يكتفي فقط بمحدودية الإجراءات المكيفة ضمن الصفقات العمومية على أساس المعيار المالي فقط⁷.

ورغم أن المشرع نص على إبرام الصفقات العمومية بموجب الإجراءات المكيفة ضمن أحكام المادة 24 صراحة، إلى أن الأحكام المتعلقة بالصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار الواردة ضمن أحكام المادة 23، وكذا الإجراءات المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والاتصالات المنظمة بموجب أحكام المادة 25 تبرم بصفة ضمنية وفق إجراءات مكيفة حددها المشرع.

الفرع الثاني : نطاق تطبيق الإجراءات المكيفة حسب نص المادة 24 من مرسوم 2015

تنص المادة 24 من مرسوم 2015 على أنه " يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء على الإجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بخدمات النقل والفندقة والإطعام والخدمات القانونية/ مهما كانت مبالغها".

إذا فالعبارة بأن يكون موضوع الصفقة أحد الخدمات المذكورة حتى لو تجاوز مبلغها المبالغ التقديرية المذكورة ضمن أحكام المادة 13 من المرسوم السالفة الذكر، ولا اختلاف في مضامين خدمات النقل مهما تغيرت الوسائط بريو أو بحرية أو جوية، أو خدمات الفندقة والإطعام، إلا أن الخدمات القانونية تطرح مسألة مهمة في تحديد مضمون الخدمة، خاصة أن المشرع بعض الخدمات القانونية مطلقا من مجال تطبيق الصفقات العمومية سواء كانت إجراءات شكلية أو مكيفة، فيما يتعلق بالخدمات المتعلقة بالتحكيم والوساطة، وكذا الصفقات المبرمة مع المحامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل والتي تضمنتها أحكام المادة 7 من الرسوم، لذا كان لزاما على المشرع وضع حد فاصل أو معيار للتمييز بين الخدمات القانونية الواردة ضمن أحكام المادة سالفة الذكر وباقي الخدمات موضوع صفقات تبرم وفق الإجراءات المكيفة.

الفرع الثاني : الإجراءات المكيفة ضمن صفقات الخدمات طبقا للمادة 25.

برغم تجاوز الصفقات العمومية المتعلقة بالخدمات الخاصة بالماء والكهرباء والهاتف والانترنت حدود العتبة المالية إلى أن هذا النمط من الصفقات لا يخضع للإجراءات الشكلية وفق مرسوم الصفقات العمومية، لذا فهي تخضع للإجراءات المكيفة التي حددها المشرع صراحة ضمن أحكام المادة 25 في فقرتها 2، إذا لم يترك حرية للمصلحة المتعاقدة في إعداد إجراءات إبرامها وأحال هذه الأخيرة على أحكام المادة 34 والتي تتعلق بصفة الطلبات، والتي لا يمكن فيها تحديد الخدمات ونمط تنفيذها بدقة ومسبقا وتحدد الحدود الدنيا والقصى للوازم و/أو الخدمات التي موضوع الصفقة، وتتعلق عموما باقتناء اللوازم أو تقديم خدمات ذات النمط العادي أو التكراري.

تحدد صفة الطلبات إما السعر وإما آليات هو إما كفاءات تحديده المطبقة على عمليات التسليم المتعاقبة وفقا لأحكام المادة 96 من مرسوم 2015⁸. ويشرع في تنفيذها بمجرد تبليغ الطلبات الجزئية التي تحدد كفاءات التسليم.

يشترط المشرع أن تكون مدة صفة الطلبات بسنة واحدة قابلة للتجديد على ألا تتجاوز خمس سنوات ويجب فيها تحديد كمية و/أو قيمة.

وبذلك يعتبر إجراء الطلب إجراء مكيفا في حالة الصفقات موضوع الخدمات الواردة ضمن المادة 25.

الفرع الثالث : الإجراءات الخاصة بالصفقات التي تتطلب التدخل السريع لاتخاذ قرار إبرامها.

تطبيقا لأحكام المادة 23 وفي حالة الصفقات العمومية التي تتعلق بالخدمات التي تتميز بالنقل السريع في أسعارها وكذا القواعد التجارية المطبقة عليها، وبالتالي لا تكون متكيفة مع الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية، يخضعها المشرع لإجراءات مبسطة نصت عليها الفقرة 2 من المادة سالف الذكر، إذ يقوم الوزير المعني بمناسبة كل صفقة استيراد بتأسيس لجنة خاصة على رأس كل مصلحة متعاقدة، تكلف بإجراء مفاوضات لاختيار المتعامل المتعاقد، ويقترن هذا الإجراء بتحرير صفقة تسوية خلال 3 أشهر من بدأ التنفيذ مع عرض دفتر شروط الصفقة على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية والتي تتمثل في أحد لجان الصفقات كل حسب اختصاصها تطبيقا لأحكام المادة 163 وما يليها والمتعلقة بالرقابة الخارجية على الصفقات.

المبحث الثاني : إبرام الصفقات العمومية المبرمة وفق الإجراءات المكيفة

المبدأ العام في الصفقات العمومية التي تبرم وفق الإجراءات المكيفة هو حرية اختيار المصلحة المتعاقدة لإجراءاتها التي تعد سلافاً، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة إذ أن المتفحص لأحكام الصفقات العمومية الخاصة بهذا النمط من الصفقات، يجد أن المصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية (المطلب الأول)، وهو ما تضمنه الإجراءات المعدة من قبلها (المطلب الثاني) أو الإجراءات التي يحيل عليها المشرع في مرسوم 2015 حسب الحالات التي تمت الإشارة إليها سابقاً⁹.

المطلب الأول : خضوع الإجراءات المكيفة لمبادئ إبرام الصفقات العمومية

المرسوم الرئاسي 15-247 ينص صراحة إلى احترام مبادئ إبرام الصفقات العمومية فيما يخص صفقات الإجراءات المكيفة، كباقي التشريعات الأخرى في هذا المجال¹⁰، إلى خضوع صفقات الإجراءات المكيفة للمبادئ المذكورة ضمن المادة 5 من المرسوم والتي تضمن نجاعة الطلبات العمومية، وحسن استعمال المال العام وذلك ضمن أحكام المادة 14 " وتنظم المصلحة المتعاقدة مع مراعاة أحكام المادة 05 من هذا المرسوم"، والصفقات ذات الإجراءات المكيفة وإن كانت مبالغها أقل من العتبة المالية إلا أن النفقات المتعلقة بها نفقات عمومية لا بد من حسن استعمالها، وكذا بلوغ حد من النجاعة في تنفيذ مواضعها.

الفرع الأول : مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

مقتضى هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المختصين بنوع نشاط معين ترمي المصلحة المتعاقدة إلى إنجازه أن يتقدموا بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم، وحظر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول في العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين مما يحرمهم من منافع المنافسة عملاً بأحكام المادة 6 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، وفق الشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط¹¹.

ولا يتحقق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في صفقات الإجراءات المكيفة إلا بوجود شفافية تضمن الحصول على أفضل العروض سواء من حيث كفاءات إبرام الصفقات أو من حيث إجراءات إبرامها.

1- كفاءات برامج الصفقات: يتجسد مبدأ حرية الوصول على الطلبات المتعلقة بالصفقات محل الإبرام وفق الإجراءات المكيفة في إجراء الاستشارة La consultation الذي يفرض على المصلحة المتعاقدة استشارة متعاملين اقتصاديين بعد إشهار ملائم للطلبات، واختيار أفضل عرض تطبيقا لأحكام المادة 14 من المرسوم، للإشارة فإن المرسوم 10-236 الملغى كان الأسبق في مسألة تنظيم الاستشارة لاختار أفضل عرض بين عدة متعاملين اقتصاديين وذلك ضمن أحكام المادة 06 فق 12¹².

2- إجراءات إبرام الصفقات العمومية : الاعتماد إجباريا على إشهار ملائم والذي تم عادة في الصحف والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور أو بإتباع وسائل مكتوبة أخرى مع حد أدنى من البيانات الإلزامية ، دون إلزامية النشر ضمن النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي الخاصة بالصفقات العمومية المبرمة وفق الإجراءات الشكلية، إمكانية التعامل عن طريق الوسائل الإلكترونية والتي جاء بها الفصل السادس المتعلق بالاتصال والتبادل الإلكتروني للمعلومات حيث تنص المادة 204 على أن تضع للمصالح المتعاقدة أن تضع الوثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية ."

الفرع الثاني : مبدأ المساواة بين المترشحين¹³

يقضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين أن لا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي، بالتالي فهو يعد ضمانا للمنافسة الحرة وهو بذلك التزم بامتناع المصلحة المتعاقدة عن أي فعل قد يؤدي إلى تمييز بين المتعهدين الذين أودعوا تعهداتهم بمناسبة الطلبات التي تم طرحها¹⁴، إذ تلتزم الإدارة بوضع معايير موضوعية تتعلق أساسا:

- شروط تقديم التعهدات التي تتضمنها إعلانات الصفقات العمومية¹⁵ :

Les conditions d'accès aux marchés publics.

من لأهمها عدم التمييز في الوثائق المقدمة ضمن العرضين المالي والتقني لكافة العارضين في آجال موحدة، وتخصيص مدة زمنية كافية لتحضير العروض لكافة المتنافسين.

- ومعايير إرساء الصفقة كآليات لتقييم العروض¹⁶

Les critères d'attribution des marchés, instruments de jugement des offres.

ولا يتم ذلك إلا بواسطة هيئة مستقلة تدعى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تقوم بمهامها حسب إجراءات وتنظيم معد من قبل المصلحة المتعاقدة.

تضمنت المادة 78 المعايير الموضوعية التي على أساسها يتم اختيار أفضل العروض، كما تؤكد المادة 79 على إلزامية اختيار المعايير بما يتلائم مع طبيعة المشروع وعدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لهذه الطلبات.

الفرع الثالث : الاستثناءات الواردة على المبادئ العامة في مجال صفقات الإجراءات المكيفة

تتضمن الأحكام الخاصة بالإجراءات المكيفة بعض الإعفاءات من تطبيق المبادئ العامة للطلبات العمومي، وقد تجد هذه التبريرات سندها القانوني في طبيعة الطلب، والتي نوجزها فيما يلي :

▪ المادة 17 تعتبر الطلبات المتعلقة بالأشغال والتي لا تتطلب شهادات تصنيف وتأهيل طلبات محجوزة لفائدة الحرفيين كما هم معروفون ضمن الأمر 01-96 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

▪ يمكن أن يكون مشمولاً بحالة الاستعجال أو انفراد متعامل متعاقد واحد فقط بالطريقة التكنولوجية التي يتطلبها انجاز الخدمات موضوع الطب، لذا تشير المادة 15 أن الصفقات التي تتوفر فيها أحد الحالات المذكورة ضمن المادة 49 والمتعلقة بحالات اللجوء إلى التراضي البسيط، تعفى من إبرامها عن طريق اللجوء إلى الاستشارة.

▪ كما أن المادة 21 تشير إلى رفع الطابع الوجوبي للاستشارة إذا ما تعلق الأمر بالطلبات التي نقل مبالغها عن الحدود المالية :

✓ 1.000.000 فيما يخص الأشغال واللوازم.

✓ 500.000 فيما يخص طلبات الدراسات والخدمات.

إلا أن المشرع لم يعفها من إلزامية اختيار المتعامل المتعاقد الذي يقدم أفضل المزايا الاقتصادية، على أن لا يتم اللجوء إلى نفس المتعامل المتعاقد بمناسبة طلب آخر إلا في الحالات الاستثنائية المبررة¹⁷.

المطلب الثاني : آليات إبرام صفقات الإجراءات المكيفة

لم تفصل أحكام مرسوم 2015 في مسألة تحديد الإطار العام للإجراءات المعدة من قبل المصلحة المتعاقدة، لإبرام الصفقات ذات الإجراءات المكيفة، عدى تلك الخدمات موضوع الصفقات التي تضمنتها أحكام المادة 25، والتي أحالت أحكام إبرامها على كفاءات إبرام صفقات الطلبات والواردة ضمن المادة 34، لذا ونظرا لحدثة هذه المسألة ضمن المراسيم التي نظمت الصفقات العمومي، يمكن وضع تصور للإطار العام للإجراءات المكيفة التي يمكن أن تستند إليها المصالح المتعاقدة في إبرام هذا النمط من الصفقات، لاسيما وأن المادة 13 تحيل مسألة تطبيق أحكام هذه المادة إلى قرار وزاري يحدد كفاءات تطبيق أحكام الإجراءات المكيفة.

الفرع الأول : وثائق الدعوة للمنافسة " محتوى الاستشارة "

تبسيط الوثائق المتعلقة بالاستشارة لا يعني التخلي عن الشروط الأساسية لإبرام وتنفيذ الصفقات، حيث أنه يتوجب اشتراط نفس الوثائق الإدارية والضمانات المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 62 من مرسوم 2015، وبالتالي فإن التبسيط يمكن أن يشمل بالأساس منهجية التقييم وشروط الاختيار بحصرها في العناصر اللازمة فقط، واعتماد الالتزام بتوفير معدان وأعاون وغير ذلك بدل اشتراط وثائق إثبات متعددة، كما يمكن أن يتمثل التبسيط في عدم اشتراط وثائق إثبات على أن يتولى العارض الحائز للصفقة تقديم الإثباتات قبل إبرام الطلب.

الفرع الثاني: الإشهار في الصفقات ذات الإجراءات المكيفة

يضع المشرع مبدأ إلزامية الإشهار تطبيقا لأحكام المادة 14 والذي يجب أن يكون ملائما، وتتعلق مسألة الإشهار بمدى ملاءمة لتحضير العروض والتي يمكن أن تكون موضوع تقليص في هذا النمط من الصفقات شريطة عدم المساس بالمنافسة والمساواة بين المترشحين.

كما يمكن أن يكون الإشهار محليا فقط بغض منح فرصة أكبر للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من الظفر بالطلبات المطروحة ضمن الاستشارة.

الفرع الثالث : تقييم العروض في الصفقات ذات الإجراءات المكيفة

هذه المرحلة من الإبرام لا يمسه التبسيط مباشرة إنما هي نتاج تبسيط الإجراءات عندما يتم اعتماد منهجية تقييم مبسطة والتقليص من الوثائق المطلوبة ضمن العرضين المالي والتقني، حسب سند الطلب، أو دفتر الشروط الذي يعد تحضيره جوازا ولا يخضع لتأشيرة مسبقة من لجنة الصفقات المختصة، وبالتالي سيتم التقييم على أساس المعايير المبسطة التي تم الإفصاح عنها في إعلان الاستشارة، والتي تتسم بالموضعية.

يمكن للمصالح المتعاقدة إلى جانب لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض المختصة في مجال الصفقات العمومية العادية الخاضعة للإجراءات الشكلية، أن تشكل لجنة الشراءات بعدد ملائم للطلبات التي تطرح مدعمة بأعضاء من ذوي الاختصاص في مجال الطلب المعني، ويمكن أن تخضع نظامها الداخلي لذات الشروط التي تنطبق على لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

تتولى هذه اللجنة مسائل فتح العروض وتقييمها تبعا للمعايير المحددة سلفا، يمكنها كذلك اقتراح إسناد الصفقات في شأن الطلبات المذكورة أو مقترح رفض العرض الحائز على الصفقة، كما لها دراسة ملاحق الصفقات والتي تبرم وفق أحكام المادة 18 من المرسوم.

كما يمكن إعلان عدم جدوى الاستشارة من قبل هذه الأخيرة طبقا لأحكام المادة 52 فقرة 7.

خاتمة :

رغم جواز عدم إتباع الإجراءات الشكلية بمناسبة إبرام الصفقات العمومية التي لا تبلغ المبلغ التقديري للخضوع لأحكام مرسوم الصفقات العمومية، وكذا حرية المصالح المتعاقدة في إعداد إجراءات مكيفة لإبرام هذا النمط من الصفقات، إلا أن هذه الأخيرة ملزمة بإتباع إجراءات كتابية تهدف إلى نجاعة الطلب العمومي من ناحية، وحسن استعمال المال العام من ناحية أخرى، وذلك باحترام أدنى متطلبات مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين والشفافية في الإجراءات.

الهوامش :

- 1- للإشارة فإن المشرع في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 حاول تحديد موضوع كل عملية من العمليات التي تتضمنها الصفقات العمومية، ضمن أحكام المادة 13 والتي تشير إلى " تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها ...".
- 2- المرسوم الرئاسي 10-236 المادة 13 فقرة 4 " تهدف صفقة اللوزام إلى اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد".
- 3- المرسوم الرئاسي 15-247 المادة 29 الفقرة 09.
- 4- آسيا أعمار الشريف، صفقة الاستشارة الفنية في مجال البناء، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الوطني الموسوم بدور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة، ماي 2013.
- 5- المرسوم الرئاسي 10-236 المادة 13 فقرة 9 " صفقة تقديم الخدمات هي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال، اللوزام والدراسات".
- 6- l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art 30 " **Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28**".
- 7- أمر عدد 1039 لسنة 2014 مؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المادة 50 " يتم إبرام صفقات الأشغال والتزود بمواد وخدمات ودراسات باعتماد الإجراءات المبسطة وذلك عندما تتراوح القيمة التقديرية للطلبات باعتبار جميع الآداءات : من 200.000 ألف إلى 500.000 ألف د بالنسبة للأشغال، من 100.000 إلى 200.000 د بالنسبة للدراسات واللوزام، ... "
- 8- يحدد أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية: ... بناء على قائمة سعر الوحدة، بناء على النفقات المراقبة...".
- 9- راجع في ذلك الفرع الثاني من المطلب الثاني المعنون بـ الإجراءات المكيفة ضمن صفقات الخدمات طبقا للمادة 25
- 10- أمر عدد 1039 لسنة 2014 مؤرخ في 13 مارس 2014 يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المادة 51 فقرة 4 " لا تعفي الإجراءات المبسطة المشتري العمومي من وجوب احترام المبادئ المنظمة للصفقات العمومية المنصوص عليها ...".
- 11- LAGUERRE.A, Marchés publics et concurrence, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris X, 1984, p: 158.
- 12- "... يجب ان تكون الطلبات المذكورة في الفقرة أعلاه لمفصلة كما ينبغي محل استشارة بين 3 متعهدين مؤهلين على الأقل لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر ..."
- 13- LAGUERRE.A, Marchés Publics et Concurrence, op.cit, p: 174 " **le principe d'égalité entre les concurrents, le traitement sur un pied d'égalité ou l'égalité des chance, on rencontre aussi la notion d'équité**".
- 14- BOY.L, La Concurrence et les Marchés Publics, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Nice Sophia-Antipolis, soutenue le 19 novembre 1999, p: 93.
- LAGUERRE.A,op.cit, p: 175.
- 15- Op.cit, pp: 96-103.
- 16- Op.cit, pp: 104-108.
- 17- المادة 21 فقرة 2 " ويبقى اختيار المتعاملين المتعاقدين خاضعا للمتطلبات التي ترتبط باختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية وبالإضافة إلى ذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تلجأ لنفس المتعامل الاقتصادي عندما يمكن تلبية تلك الحاجات من طرف كمتعاملين اقتصاديين آخرين إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي".

عنوان المداخلة

خصوصية اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي

رقم 15-247.

إعداد: د/ خلوفي خدوجة- أستاذة محاضرة "أ" -البويرة-

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية أهم أنواع العقود الإدارية كونها القناة التي تتحرك وتصرف فيها الأموال العامة بالإضافة إلى انها الطريقة المفضلة عند الدولة لتنفيذ سياستها العامة والتي تجري من خلالها برامج التنمية، وهي وسيلة أساسية لتجسيد المبدأ الميداني في الاستثمارات والمشاريع العمومية، كما تعد من أهم الأدوات الفعالة التي تساهم في النهوض والرقى بالاقتصاد الوطني، لذلك حصنتها عن طريق قيد ابرامها لمجموعة من الاجراءات القانونية والتنظيمية وذلك لقطع الطريق أمام كل أشكال الانحرافات المالية.

ومن بين الأهداف التي يقوم عليها قانون الصفقات العمومية هو ضمان فعالية ونجاعة الطلبات العمومية من جهة وحسن استعمال النفقات العمومية من جهة أخرى، لذلك يمكن القول أن حرية اختيار المتعاقد في ظل قانون الصفقات العمومية تضيق بسبب أن الإدارة مرتبطة في ابرام الصفقة العمومية بالاجراءات المنصوص عليها في القوانين و التنظيمات التي تقيدها في كل مراحل إبرام الصفقة، وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة وحماية المال العام، وتتميز هذه العقود بتمويلها من قبل ميزانية الدولة ويبرمها شخص من أشخاص القانون العام حسب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15⁽¹⁾، على انها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

حظي كل من المتعامل كطرف أساسي في موضوع الصفقة والمصلحة المتعاقدة التي تعمل على اقتناء واختيار أحسن متعاقد بعناية خاصة في ظل أحكام هذا المرسوم، فإذا نظرنا إلى المصلحة المتعاقدة من جهة الأهلية والحرية التعاقدية، نجد أن هذه الحرية تبقى مقيدة، فكل القوانين والتنظيمات تعمل على

التأطير القانوني الشديد لاختيار المتعامل المتعاقد، وعليه فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة باختيار المتعامل المتعاقد وفق اتباع طرق إجرائية محددة لإبرام الصفقات العمومية.

الإشكال المطروح في هذه الحالة:

على أي أساس تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد معها؟

ومن أجل اعطاء هذا الموضوع حقه ارتأينا تقسيمه إلى محورين:

المحور الأول: طلب العروض كأساس لاختيار المتعامل المتعاقد.

المحور الثاني: نتناول التراضي كأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد.

المحور الأول: طلب العروض

من المبادئ التي تحكم إبرام الصفقات العمومية مبدأ المنافسة ومقتضياته إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي ترمي المصلحة المتعاقدة انجازه، ويسمح هذا المبدأ للمصلحة المتعاقدة بضرورة احترام قواعد المنافسة الرامية إلى جلب أكبر عدد ممكن من العارضين واختيار الأفضل والأحسن بناءً على المعايير والشروط المالية والتقنية والفنية المحددة مسبقا في دفاتر الشروط⁽²⁾.

تبنت الجزائر أسلوب طلب العروض كأساس قانوني لإبرام الصفقات بداية من أول قانون أمر رقم 90/67، ليتخلى عن هذا الأسلوب بموجب المرسوم رقم 145/82 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ونتيجة للتغيرات القانونية التي كانت تشوب المراسيم السابقة من حيث الخلط في المصطلحات والمفاهيم جاء في المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية إلى طلب العروض بنصها: >> طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية قبل اطلاق الإجراء <<.

ما يلاحظ من خلال نص هذه المادة أنها استعملت طلب العرض يدل المناقصة كونه أسلوب يتيح للإدارة حرية اختيار المتعامل المتعاقد معها في إطار المنافسة وتستطيع اختيار أحسن عرض.

ومن الناحية الفقهية يصف الأستاذ عبد الرؤوف جابر هذا الأسلوب على أنه: «إحدى أساليب القانون المحددة بمجموعة من الإجراءات، بمقتضاها يفرض على من هو ملزم باتباعها اختيار من يتقدم من المتنافسين بأفضل الشروط وأنسب الأسعار وأكمل المواصفات للتعاقد على سبيل الإلزام»⁽³⁾.

1. المبادئ التي تحكم المتعامل المتعاقد

تحكم عملية اختيار المتعامل المتعاقد مجموعة من المبادئ منها، الاشهار والعلنية في التعاقد، لا يعقل اختيار المتعاقد دون اللجوء إلى الاشهار والاعلان عن الصفقة والتي تكون بعدة طرق، حتى لا تبرم العقود في سرية ويشوبها الريبة والبيروقراطية، كما أن سرية التعاقد سوف لا تتيح الفرصة لمن يرغب بالتعاقد كما ينافس مع غيره، وسوف تؤول قيمة الأشياء إلى النقصان بدلا من الزيادة، فاعلان الإدارة عن رغبتها بالتعاقد شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد، وتتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها⁽⁴⁾.

يعلن عن الصفقة في الجريدة الرسمية، الجرائد اليومية ومختلف وسائل الإعلام.

والمبدأ الثاني هو المساواة بين المتنافسين أي منح الفرصة لكل من يتقدم إلى طلب العروض دون تمييز بينهم، غير أن نص المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يخالف هذا المبدأ بحيث يمنح نسبة الأفضلية تقدر 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري وللمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري الذي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وهذا فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29 التي تنص على صفقات إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات وتقديم الخدمات، كما أضافت المادة 85 أنه إذا كان الانتاج الوطني أو أداة الانتاج الوطني قادرين على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيةها للمصلحة المتعاقدة، فإن هذه الأخيرة إصدار دعوة للمنافسة الوطنية فقط، إلا أن هذه الأفضلية من أجل ترقية الانتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج.

بالإضافة إلى مبدأ المنافسة أي تفتيح المجال إلى جميع الأشخاص الذين يهمهم أمر الصفقة والذين يتحقق فيهم شروط طلب العروض، يقدم أساس المبدأ على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العمومية.

2. أشكال طلب العروض

لقد أدخل المرسوم الرئاسي 247/15 مستجدات حول اشكال طلب العروض حيث نصت المادة 42 على أربعة أشكال للتعاقد، طلب العروض المفتوح، طلب العروض لمفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود والمسابقة.

أ. طلب العروض المفتوح: حيث نصت عليه المادة 44 من الأمر رقم 247/15 بنصها: <<طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا >>، تقوم الإدارة بموجبه بالإعلان عن المناقصة بشكل عام ويكون الاشتراك فيها مفتوحا لكل من يرغب في التعاقد من المقاولين أو التجار ... إلخ، وذلك دون اشتراط مواصفات خاصة من حيث التأهيل بالنسبة لراغبين في التعاقد، حيث تكرر المنافسة الحرة والكاملة بينهم من خلال معاملتهم على قدم المساواة طوال عملية إبرام الصفقة، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة⁽⁵⁾، بحرية المنافسة ويجب أن يستجيب للشروط التي حدّتها المصلحة المتعاقدة خلال الإعلان عن الصفقة مثل ارفاق ملف العرض بنسخة من السجل التجاري.

ب. طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: نصت عليها المادة 44: << طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة إلى تحديدها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الاجراء، بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة >>.

عند استقراؤنا لهذه المادة نلاحظ أن المشرع استحدث تسمية جديدة غير مسبوقه في الأنظمة القانونية السابقة وهي طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، ويقصد بهذا الشكل من أشكال طلب العروض بأنه إجراء لا يسمح فيه بتقديم التعهد إلا للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى ما يقتضيه تنفيذ الصفقة وخصوصياتها كاشتراط توفر حد أدنى من الخبرة والامكانيات المعبرة، وذلك نظرا لتعقيدات الصفقة أو أهميتها⁽⁶⁾، أي لا يجوز في من لا تتوفر فيهم شروط التأهيل الخاص بالمشاركة في المنافسة.

والجدير بالملاحظة أن هذا الشكل في العروض يكاد ينطبق تماما على المناقصة المحدودة التي نص عليها المرسوم الملغى 236/10 وهي المناقصات التي تتطلب طبيعتها أن يكون الاشتراك مقصورا على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو خبراء بذواتهم على أن تتوفر فيهم شروط الكفاءة المالية والفنية وحسن السمعة، وتوجه لهم دعوات لتقديم العطاءات بعد اعتماد اسمائهم في السجلات الخاصة بذلك⁽⁷⁾.

إنّ هذا الشكل من العروض يضمن حصر المشاركة فمن تتوفر فيهم درجات محددة من الكفاءة والتخصص.

ج. **طلب العروض المحدود:** حيث نصت على هذا الشكل من العروض المادة 45 من المرسوم 247/15 يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد أي يتمثل طلب العروض المحدود في انتقاء أولي تقدم به المصلحة المتعاقدة من خلال إجراء تنافس بين مجموع المرشحين أو بعد اختيار عدد منهم يرخص لهم دون سواهم بتقديم عروضهم وتعهدهم لتتعاقد بالنهاية مع واحد منهم.

وهو نفس مصطلح الاستشارة الانتقائية، إلا أن الاجراءات في هذا المرسوم مختلفة، حيث تحدّد الإدارة الحد الأقصى للمرشحين في دفتر الشروط الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد الانتقاء الأولي لخمسة (05) منهم بعدما كانت في المرسوم رقم 236/10 ثلاثة (03)، وهذا الانتقاء الأولي يهدف إلى وضع بين أيدي المصلحة المتعاقدة قائمة صالحة لمدة ثلاثة سنوات، أي يجب تحيينها كل ثلاث سنوات أي إدخال إضافات عليها، وقد تمر طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية على مرحلة واحدة أو مرحلتين.

- على مرحلة واحدة: يكون ذلك عندما تعمد المصلحة المتعاقدة إلى وضع مواصفات تقنية مفصلة استنادا إلى مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية⁽⁸⁾.

- على مرحلتين: عندما تتعلق الإشارة الانتقائية ببرنامج وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجياتها، حتى بصفة دراسات، ففي هذه الحالة يطلب من المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي بموجب رسالة استشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي وهذه المرحلة الأولى، بعدها يتم تقسيم هذه العروض واستبعاد العروض غير المطابقة للبرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وهو ما يسمح ببقاء العروض المطابقة فقط، وفي المرحلة الثانية بطلب من أصحاب هذه العروض، تقديم عروضهم التقنية النهائية إضافة إلى عروضهم المالية أين يتم فتحها وتقييمها بنفس الاجراءات المعروضة في فتح وتقييم طلب العروض⁽⁹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الفقرة الثامنة من المادة 46 قد اجازت في حالة الضرورة تعديل دفتر الشروط مع الاخذ بعين الاعتبار إجراء التأشير من قبل لجنة الصفقات العمومية، وهذا نظرا للطابع التقني للعمليات محل الاستشارة.

د. **طلب العروض بالمسابقة:** عرفها المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تعتبر المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض وتنصب على العمليات الهندسية التي تتطلب مهارات فنية وتقنية معتبرة فهي بذلك تخص مجالات تصميم المشاريع وتنفيذها، والمشرع بهذه المادة قصد المشاركة على الأشخاص الطبيعية دون الاعتبارية وهو يتنافى مع ما نصت عليه المادة 37 من نفس المرسوم.

وبخصوص المسابقة تكون إما محدودة على شكل استشارة أو مفتوحة على اشتراط قدرات دنيا على أن يتضمن دفتر الشروط وجوبا برنامج أو نظام المسابقة بالإضافة إلى كفاءات الانتقاء الأولي عند الاقتضاء وكذا تنظيم المسابقة، كما يشترط أيضا أن يحدد في دفتر الشروط الغلاف المالي التقديري للأشغال، عندما يتعلق الأمر بمسابقة تخص مشروع إنجاز أشغال.

المحور الثاني: التراضي كاستثناء لإبرام الصفقة

إذا كان الأصل في ابرام العقود الادارية هو لجوء الإدارة إلى إجراء الصفقة فقد أجاز التنظيم اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، وتحرر الإدارة من القيود الاجرائية المعمول بها، ويعتبر التراضي أسلوب استثنائي تلجأ إليه الإدارة لاختيار المتعاقد معها.

لقد نصت المادة 41 من المرسوم 15-247 على أن: << التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة، ويمكن أن يكتسي إجراء التراضي بشكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة... >>.

أي الصفقة موجهة إلى شخص أو مجموعة من أشخاص معروفين بذواتهم دون الدعوة الشكلية للمنافسة، وله شكلان:

1. التراضي البسيط

يعتبر التراضي البسيط طريق استثنائي لاختيار المتعامل المتعاقد لا تستخدم فيه أي منافسة لاستحالة إقامتها⁽¹⁰⁾، إذ تقوم مباشرة المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه، حسب الفقرة 2 من المادة 42 من نفس المرسوم، الذي يفهم منها أن اختيار المتعامل المتعاقد في ابرام الصفقة العمومية يكون بمجرد تطابق ارادتهما على محلها في إحدى الحالات المقررة حصرا في المادة 49 بنصها: << تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط >>، وتكون في حالات الاستعجال وحالات الاحتكار.

- حالة الاستعجال، نصت عليها الفقرتين 2 و 3 حالتين الاستعجال الملح، أي يتم اختيار المتعامل المتعاقد بتراضي البسيط في حالة وجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي أو بخطر دائم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن بوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وحالة

التمويل المستعجل وهو مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

- **حالة الاحتكار**، ويقصد بها الحالة التي لا يمكن بموجبها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية لشيء معين، كإفراجه مثلا بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو لاعتبارات تقنية أو فنية، وهو نوعان قانوني وآخر واقعي .

الاحتكار القانوني هو الذي يكون بنص قانوني ويتمثل في قيام نص تشريعي أو تنظيمي بمنح مؤسسة حقا حصريا للقيام بالخدمة العمومية، فنجد الإدارة نفسها مضطرة لاقتناء حاجياتها عن طريق هذه المؤسسة، علما أن التنظيم خص المؤسسات العمومية وحدها بهذا الامتياز وبين القانون أن قائمة هذه المؤسسات العمومية تحدد بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

والاحتكار الواقعي، هذا الاحتكار يفرضه واقع السوق ولا يتم بنص قانوني فينفرد عندئذ متعامل وحيد بالخدمة التي هي محل طلب المصلحة المتعاقدة.

- **حالة مشروع ذو أولوية وأهمية وطنية**، هذه الحالة تسمح باللجوء إلى صيغة التراضي البسيط بعد أخذ الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يفوق أو يساوي 10 ملايين دج، ولموافقة مجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن هذا المبلغ شرط أن يكون هذا المشروع يكسب طابعا استعجاليا ومن لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات ومماطلة من طرفها.

- في حالة عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، يجب الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء فيها إذا كان مبلغ الصفقة يفوق أو يساوي عشرة ملايين دج وإلى موافقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة أقل من ذلك حسب الفقرة 05 من المادة 49 من المرسوم 247/15.

2. التراضي بعد الاستشارة

وهي الشكل الثاني للتراضي وهي الصيغة التفاوضية التي تضمن قدرات المنافسة من خلال الاتصال بمجموعة من العملاء على عكس البسيط الذي يتم التفاوض مع شخص بعينه وتتعدم فيه المنافسة نهائيا، وتلجأ إليه الإدارة في الحالات التي حددتها المادة 51 من المرسوم السالف الذكر.

أ. في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: أي عدم استلام أي عرض ، أي عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، أي في حالة تم الإعلان عن طلب العروض ولم تتلقى أي عرض، أو انها تلقت عروضاً غير مطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، وعندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

ب. حالة بعض أنواع الصفقات، ذات الطبيعة الخاصة أو التابعة لهيئة سيادية صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض صفقات الأشغال التابعة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة تعطي الطبيعة الخاصة لهذه الصفقات للمصلحة المتعاقدة الحق في إبرامها وفقا لإجراء التراضي بعد الاستشارة لا تتلاءم مع طلب العروض.

ج. حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي: تخص هذه العمليات المشاريع المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل هذه على ذلك، ففي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني بالحالات الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى (فقرة 05 المادة 51).

خاتمة

يتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها، يكون وفق أحد الكيفيات التي رسمها لها المشرع، إذ يعتبر إجراء طلب العروض القاعدة العامة في الاختيار، بينما يشكل التراضي كاستثناء في ذلك لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالات وردت على سبيل الحصر.

فأسلوب طلب العروض مجال واسع ومفتوح لاستقطاب عروض متعددة، بحيث تمكن المصلحة المتعاقدة الوصول وإبرام الصفقة مع كفاء العارضين، ولكنها مقيدة دائما بالإجراءات القانونية، كما ان هذا الأسلوب يجسد مبدأ المساواة بين العارض، غير أن ما يعاب على هذا الأسلوب، إلا أن هذه الأساليب أكدت عدم كفايتها من الناحية العملية لما يلاحظ من تجاوزات أثناء اختيار المتعاقد.

التوصيات:

- منح الرقابة أهمية كبرى خاصة على لجنة فتح الأظرفة وتقسيم العروض للقضاء على جريمة الرشوة والمحاباة.
- تحديد الحد الأدنى للمترشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد في إجرائي طلب العروض المحددة والمسابقة إذ لا يعقل تحديد الحد الأقصى دون الأدنى.
- العمل على تفعيل دور القضاء في كل مراحل إبرام الصفقات العمومية للتقليل من الجرائم التي عرفت انتشار كبير في هذا المجال.

الهوامش:

- مرسوم رئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ع 59 صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- ضيف مفيدة، طرق تنفيذ الصفقات العمومية على ضوء تعديل 02/250 الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقوبات، جامعة قسنطينة، ص 06.
- عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الانشائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 49.
- فريد كركادن، طرق إبرام الصفقات العمومية (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري)، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، مديّة، 2013.
- جمال قفيفة، سلطة الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد معها في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماستر في قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2016، ص 77.
- محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 31.
- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 58، الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010 ملغى.
- جمال قفيفة، المرجع السابق، ص 80.
- أنظر المادتين 45 و 46 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- حمامة فدوج، تطبيق الصفقات في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 80.

-
- (1) مرسوم رئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ع 59 صادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
 - (2) ضيف مفيدة، طرق تنفيذ الصفقات العمومية على ضوء تعديل 02/250 الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقوبات، جامعة قسنطينة، ص 06.
 - (3) عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الانشائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 49.
 - (4) فريد كركادن، طرق إبرام الصفقات العمومية (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المصري)، مداخلة لمقابلة في إطار الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، مديّة، 2013.
 - (5) جمال قفيفة، سلطة الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد معها في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماستر في قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2016، ص 77.
 - (6) محمد صغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 31.

- (7) مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 58، الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010 ملغى.
- (8) جمال قفيفة، المرجع السابق، ص 80.
- (9) أنظر المادتين 45 و 46 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- (10) حمامة فدوج، تطبيق الصفقات في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 80.

جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية

نحو تعزيز الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في ضوء
المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015

الدكتور/ سليمان السعيد أستاذ محاضر - ب -

مقدمة:

أمام تعدد الحاجيات الأساسية للمنتفعين من خدمات مختلف المرافق العمومية، وأمام عدم كفاية الإمكانيات والوسائل التي تتوفر عليها لمباشرة هذه المهمة، فإن هذه الأخيرة غالبا ما تلجأ إلى الخواص لمساعدتها على تلبية هذه الحاجيات المتزايدة، وذلك عن طريق إستعمال عدد من الآليات التي تنظم هذه العلاقة التي تربطها نتيجة لذلك بهؤلاء أهمها تقنية التعاقد، التي أصبحت في الوقت الحاضر التقنية التي تغطي على مختلف الأنشطة التي تقوم بها هذه الإدارات لدرجة أصبحت معها غير قادرة على تدبير حاجياتها بدون الإلتجاء إلى ربط علاقة تعاقدية مع الغير¹.

تشكل الصفقات العمومية الوسيلة القانونية التي تعتمد الإدارة في تنفيذ سياستها التنموية والإقتصادية والإجتماعية، وتعد أهم نوع من أنواع العقود الإدارية والتي تتميز عن غيرها من عقود القانون الخاص بوجود طرفين غير متكافئين من عدة جوانب، لاسيما من حيث الإمتيازات والسلطات الممنوحة للإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة في مواجهة المتعاقد معها.

لقد أثبت التجربة والتطبيقات الميدانية للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية العديد من النقائص التي أدت الى عرقلة تنفيذ وتجسيد العديد من المشاريع المبرمجة في مختلف القطاعات مما جعل إعادة النظر فيه مسألة ملحة وضرورية بهدف النهوض بالإقتصاد الوطني وتنفيذ المشاريع العالقة في اطار احترام الضوابط والمقاييس المتعارف عليها في هذا المجال.

ولعل من أهم المسائل التي حضيت بالإهتمام في ضوء المرسوم رقم 15-247 هي تعزيز آليات الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية وذلك تجسيدا لسياسة الدولة والمتمثلة في ضرورة ترشيد النفقات العمومية وهذا من منطلق سياسة الحكم الراشد لاسيما في ظل الأزمة المالية الحالية.

تعد الرقابة القضائية أهم وسيلة لضمان حماية المال العام وتجسيد المبادئ المعلن عنها في مجال الصفقات العمومية كالنزاهة والشفافية وحرية المنافسة بين مختلف المتعاملين الإقتصاديين، فالقضاء هو الملجأ الذي يمكن للمتعامل مع الإدارة أن يلجأ إليه لضمان حماية حقوقه من خلال حق الطعن المنصوص عليه قانونا والمكرس دستوريا، وذلك في حالة عدم جدوى الوسائل الإدارية خاصة بعد الزام الإدارة بضرورة البحث عن الحلول الودية مع المتعامل معها. ومن هذا المنطلق نتساءل عن مدى فعالية الرقابة القضائية على الصفقات العمومية باعتبارها أهم وسيلة لتجسيد دولة القانون؟

إن الجواب عن هذه الإشكالية يتطلب منا التطرق الى جملة من المسائل يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولاً: فكرة الإختصاص القضائي النوعي والإقليمي في مجال منازعات الصفقات العمومية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 لاسيما المادتين 801 و 804.

ثانياً: صور الرقابة القضائية على منازعات الصفقات العمومية التي قد تثور قبل وأثناء وبعد تنفيذ الصفقة العمومية. سواء تعلق الأمر بدعوى عادية أو إستعجالية، وكذا دعوى تعويض الأضرار.

ثالثاً: تقديم مجموعة من التوصيات بهدف تعزيز الرقابة القضائية على الإدارة بصفة عامة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة تجسيدا لنص المادة 157 من الدستور التي تعتبر السلطة القضائية حامي المجتمع والحريات.

المبحث الأول: الاختصاص القضائي في مادة منازعات الصفقات العمومية

يكتسي موضوع الصفقات العمومية أهمية بالغة لإقتصاديات الدول، وتتبع هذه الأهمية من كون الصفقة العمومية الطريقة القانونية التي تستخدمها الإدارة العامة - المصلحة المتعاقدة- لتنفيذ مختلف مشاريعها وتجسيد برامجها، وذلك باللجوء إلى التعاقد من خلال إبرام الصفقات العمومية مع مختلف المتعاملين الإقتصاديين لإنجاز المشاريع الوطنيين والأجانب بأعلى جودة ممكنة وبأقل التكاليف وفي أقصر الآجال الممكنة²، وذلك في مجالات محددة وهي الأشغال، اللوازم، الخدمات والدراسات³.

غير أن عملية التعاقد باعتبارها عملية قانونية معقدة ومركبة عادة ما تثير العديد من المنازعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، سواء في مرحلة تنفيذ العقد أو بعد تنفيذ العقد، مما يطرح تساؤل حول الجهة القضائية المختصة للنظر في المنازعة.

وتعتبر مسألة تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات من أهم وأعقد الأمور التي تواجه الباحثين، ذلك أن اللجوء أمام جهة غير مختصة يعني تفويت الفرصة على رافع الدعوى في الحصول على مطلبه وتضييع الوقت للجهد والمال⁴.

المطلب الأول: أسس الإختصاص القضائي في منازعات الصفقات العمومية

تمثل المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النص المرجع في مجال توزيع الإختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي التي تستند إلى معيار عضوي شكلي مفاده أيلولة الإختصاص للقضاء الإداري في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.⁵

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري إعتنق صراحة المعيار العضوي في تحديد إختصاص القضاء الإداري، حيث حدد الأشخاص الاعتبارية التي تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية ومن ثم إخضاع منازعاتها إلى إختصاص القضاء الإداري.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ بالرجوع إلى نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنها تضمنت إلى جانب الأشخاص الإدارية العامة أشخاص عامة اقتصادية تخضع منازعاتها كأصل عام إلى القضاء العادي وتحكمها قواعد القانون الخاص، ويتعلق الأمر بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

يتضح جليا أن المعيار العضوي رغم كونه المعيار الأصيل في تحديد نطاق إختصاص القضاء الإداري لاسيما في مجال منازعات الصفقات العمومية، بل لا بد من الاستعانة بمعيار مكمل وهو المعيار الموضوعي. فما دام وجود قانون الصفقات العمومية يهدف كأصل عام إلى المحافظة على المال العام فانه منطقيا أن تخضع كل العقود والصفقات التي تكون محل تمويل كلي أو جزئي من طرف الدولة إلى إختصاص القضاء الإداري حتى إذا كانت الدولة ليست هي المكلفة بإبرامها بل إحدى مؤسساتها العامة الطابع الصناعي والتجاري -EPIC-.

المطلب الثاني: تصنيف منازعات الصفقات العمومية

تعد عملية الصفقات العمومية عملية قانونية تعاقدية معقدة، بحيث تمر بمراحل عديدة، أهمها المرحلة التحضيرية، مرحلة إبرام الصفقة، مرحلة تنفيذ الصفقة. وفي كل مرحلة من هذه المراحل تتخذ المصلحة المتعاقدة العديد من الإجراءات والتصرفات القانونية الانفرادية. غير أن القانون ولحماية مصالح المتعامل المتعاقد وحماية المال العام ألزم المصلحة المتعاقدة بضرورة احترام النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول.

أولاً: مرحلة ما قبل التعاقد

إن تكوين العقد الإداري يمر بمراحل عديدة، تتخذ المصلحة المتعاقدة في إطارها قرارات إدارية بإرادتها المنفردة منفصلة عن العقد الإداري من شأنها أن تساهم في تكوين العقد، مما تعتبر معه قرارات إدارية منفصلة يجوز الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة.⁶

تلتزم المصلحة المتعاقدة وفقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 بضرورة اتخاذ جملة من الإجراءات القانونية لتحضير عملية إبرام الصفقة العمومية، ومن بين هذه الإجراءات نذكر مايلي:

1- الإعداد المسبق لدفاتر الشروط:

ويشمل وفقا لنص المادة 6 دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.

ونشير في هذا الصدد أن الإدارة ملزمة في إعدادها لدفاتر الشروط باحترام النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول، وكذا ضمان النزاهة والشفافية، ولقد تم التأكيد على ذلك ليس فقط بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، بل كذلك في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، لاسيما المادة 9 التي جاء فيها: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تكرس هذه القواعد علة وجه الخصوص... على الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء".⁷

2- تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة:

تلتزم المصلحة المتعاقدة طبقا لنص المادة 27 بتحديد الحاجيات الواجب تلبيتها، مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية. وتلتزم المصلحة المتعاقدة أن تحدد تلك الحاجات استنادا إلى تقدير إداري عقلائي. وأبعد من ذلك، ويهدف تعزيز مبدأ النزاهة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية، فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة أثناء تحديد حاجياتها لاسيما من حيث طبيعتها ومداهما أن تكون دقيقة استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة، ويشترط أن لا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

3- وضع كل الوثائق الإدارية في متناول المتعهدين:

تلتزم المصلحة المتعاقدة في إطار تحقيق المساواة والشفافية بين المعهدين بوضع في متناول المتعهدين كل الوثائق الإدارية المطلوبة لتكوين ملف الملف الترشيح للصفقة ومن بين هذه الوثائق نذكر على سبيل المثال نموذج التصريح بالترشح، نموذج رسالة العرض، نموذج التصريح بالنزاهة، نموذج التصريح بالاكنتاب، نموذج التصريح بالمناول، نموذج الالتزام بالاستثمار... الخ.

ثانيا: مرحلة إبرام الصفقة

تمر مرحلة إبرام الصفقة العمومية بمجموعة من المراحل نوجزها فيما يلي:

- 1- **الإعلان عن الرغبة في التعاقد:** ألزم المشرع الجزائري الإدارة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد وجوبا وفقا للطرق المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، وذلك عن طريق اللجوء إلى الإشهار الصحفي في جريدتين يوميتين وطنيتين، وكذا نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.
- 2- **تقييم العروض:** بعد تقديم العروض من طرف المتعهدين تقوم اللجنة المختصة بإجراء عملية فتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار وذلك طبقا لنص المادة 160 من المرسوم رقم 15-247. بعد انتهاء من هذه العملية الإدارية والتقنية المحضنة، تعرض اللجنة عملها على المصلحة المتعاقدة.
- 3- **الفصل في العروض:** بناء على عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تفصل المصلحة المتعاقدة عن طريق اتخاذ إحدى القرارات الآتية:

- إصدار قرار يتضمن الإعلان عن عدم جدوى الإجراء.

- إصدار قرار المنح المؤقت للصفقة.

وفي كل الأحوال يجب أن يكون قرار المصلحة المتعاقدة مبررا، لكونها تخضع لرقابة الهيئات الإدارية المختصة.

- 4- **إبرام الصفقة:** بعد انتهاء المدة المحددة قانونا للطعن في قرار المنح المؤقت تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة مع المتعهد الفائز، وبالتالي تنشأ علاقة تعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد.

المبحث الثاني: صور الرقابة القضائية على الصفقات العمومية

خص المشرع المنازعات المتعلقة بمراحل إبرام الصفقات العمومية بمادة وحيدة هي المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15 و التي لم تحل المشكل المتعلق بهذه المنازعات ذلك أنها نصت على طريقتين للطعن في قرار المنح المؤقت وهما إما اللجوء إلى طرق الطعن المقررة في التشريع المعمول به، و إما رفع الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية.

يلعب القضاء الإداري دورا هاما في حماية المال العام لاسيما في مجال الصفقات العمومية، ومن ثم مكافحة الفساد بكل صوره، من خلال اختصاصه بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية.

وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده ينص على أنه يمكن اللجوء إلى القضاء أثناء المراحل التمهيدية لإبرام الصفقة العمومية وذلك في حالة مخالفة الأشكال و الإجراءات المقررة قانونا في هذه المراحل.ولهذا يتعين التطرق في هذا المبحث إلى نقطتين هما :

- حالات اللجوء إلى القاضي العادي.

- حالات اللجوء إلى القاضي الإستعجالي.

المطلب الأول: رقابة قاضي الإلغاء

ترتبط عملية إبرام الصفقة العمومية بإصدار قرارات إدارية عديدة من طرف المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة منها كما أشرنا سابقا قرار المنح المؤقت للصفقة، قرار منح التأشير، قرار إبرام الصفقة، قرار فسخ الصفقة... الخ.

تعتبر هذه التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في مختلف مراحل الصفقة العمومية بمثابة قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء في حالات ما إذا كان يشوبها عيب من عيوب المشروعية وفقا للنصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول،، سواء تعلق الأمر بعيب الاختصاص أو عيب الشكل والإجراءات أو عيب السبب وأخيرا عيب الانحراف باستعمال السلطة.

تخضع الدعوى الإدارية لمطالبة إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في منازعات الصفقات العمومية إلى الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: رقابة قاضي الإستعجالي

من بين المسائل الهامة التي تضمنها قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إعادة نظر في القضاء الاستعجالي في المادة العقود الادارية، حيث لأول مرة يحض هذا المجال باهتمام المشرع من خلال أفراد العديد من المواد خصيصا له نظرا لأهميته بالنسبة للمتقاضي، حيث يسمح للقاضي الإداري الإستعجالي بناء على دعوى إستعجالية اتخاذ جملة من الإجراءات الوقائية والاحترازية قبل الفصل في موضوع الدعوى.

أولاً: شروط قبول الاستعجالي قبل التعاقد

تعد المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإطار القانوني للدعوى للاستعجال ما قبل التعاقد *le référé précontractuel* ، بحيث لا يمكن رفعها إلا بتوفر الشروط الآتية:

أ- شروط القبول المتعلقة بالعقد:

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع التي تخضع لإجراءات الإستعجالي قبل التعاقد وفقا لنص المادة 946 من القانون رقم 08-09. ويتعلق الأمر بصفقات انجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، انجاز الدراسات وتقديم الخدمات وذلك طبقا لنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

غير أن القانون استبعد بعض الصفقات العمومية من هذا الإجراء وذلك فيما يتعلق بالصفقات العمومية التي تتم وفقا أسلوب التراضي البسيط، بحيث سمح للمصلحة المتعاقدة أن تستبعد إجراءات إبرام الصفقة العمومية من عرض وإشهار وذلك في حالات محددة على سبيل الحصر⁸، وكذلك بالنسبة للعقود البسيطة التي عادة ما تلجأ المصلحة المتعاقدة بشأنها إلى مجرد سند طلبية *bon de commande*⁹.

ب- شروط القبول المتعلقة بالمدعي:

إضافة إلى الشروط المتعلقة بالصفقة ذاتها، هناك شروط أخرى تتصل بمن له الصفة في رفع الدعوى الإستعجالية، وبالرجوع إلى نص المادة 946 من القانون رقم 08-09 يمكن حصرهم فيمايلي:

• **المرشح المستبعد:** تقبل الدعوى الإستعجالية في مادة الصفقات العمومية من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد، والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية. وعليه فإن الدعوى الإستعجالية تقبل من كل المترشحين الذين حرّموا من دخول الصفقة دون وجه حق والمرشحين المستبعدون منها.

• **ممثل الدولة على مستوى الولاية:** إضافة إلى المترشحين يمكن للوالي أن يخطر المحكمة الإدارية بإعتباره ممثلاً للدولة على مستوى الولاية في حالة إخلال البلدية أو مؤسسة عمومية محلية بالتزامات الإشهار والمنافسة. يتضح جليا من نص المادة 946 في فقرتها الثانية أن تدخل الوالي ينحصر في الصفقات التي تبرمها الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية المحلية. وبالرجوع إلى القانون رقم 12-07 لاسيما المادة 108 نجد أنها تنص صراحة على أن الوالي ملزم بالسهر على وضع المصالح الولائية ومؤسساتها العمومية، ويتولى تنشيط ومراقبة نشاطاتها طبقا للتشريع والتنظيم المعمول به.¹⁰

2- الشروط الموضوعية:

بالرجوع الى نص المادة 946 نستخلص أن اللجوء إلى إجراءات الاستعجالي ما قبل التعاقد يكون في حالة الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة وتضرر المترشحين من ذلك سواء كان الضرر وقعا فعلا أو يحتمل وقوعه.

أ- الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة:

تنص المادة الخامسة من المرسوم رقم 15-247 على ضرورة احترام الإدارة لجملة من المبادئ لاسيما حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات. فإحترام قواعد الإشهار والمنافسة تدخل ضمن المبادئ التي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تسهر على احترامها في العملية التعاقدية. ويظهر هذا الإلتزام في العديد من المسائل نذكر منها:

- خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية:

ألزم المشرع الإدارة بضرورة اللجوء إلى الإشهار الصحفي إجباريا وذلك في الحالات الآتية: طلب العروض، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الإستشارة عند الاقتضاء.

ولا يتوقف الأمر عند حد إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي، بل لابد من التقيد بالإلتزامات الأخرى لاسيما ما تعلق بلغة الإعلان، وطبيعة الصحف التي ينشر فيها الإعلان، وكذلك بمضمون الإعلان. إضافة إلى ضرورة نشر الإعلان في إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.¹¹ وعليه فان كل خرق لهذه القواعد الإجرائية يجعل تصرف الإدارة غير مشروع وبالتالي يمكن التقدم بدعوى أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة.

-إقصاء واستبعاد مترشح من الصفقة بدون وجه حق:

يعد إقصاء مترشح من المشاركة في الصفقة إجراء خطير يمس مباشرة بمبدأ المساواة، وقد تتعسف الإدارة في استعماله لأغراض خارجة عن نطاق المصلحة العامة، ومن أجل تفادي كل ذلك وإضفاء النزاهة والشفافية على العملية التعاقدية، عالج المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية وذلك في المادة 75 منه، من بينهم المترشحين الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح، الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس نزاهتهم، الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية...الخ.

يتضح جليا مما سبق أن سلطة الإدارة مقيدة لان النص حدد مسبقا الحالات التي يمكن على أساسها إقصاء مترشح ما من المشاركة في المنافسة، وكل خروج على ذلك يجعل قرار الإقصاء غير مشروع ويسمح للمعني بالأمر أن يلجأ إلى القاضي الإستعجالي عن طريق دعوى إستعجالية.

إضافة إلى الإقصاء يمكن للإدارة أن تلجأ إلى استبعاد مرشح ما من المشاركة في المنافسة وذلك عن طريق إستبعاد عرضه بسبب عدم إستفائه الشروط القانونية أو عدم احترامه المواصفات التقنية، وكذا إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي..الخ.¹²

غير أن الإدارة قد تلجأ إلى استبعاد عرض مترشح ما لأسباب غير جدية وبدون وجه حق، وفي هذه الحالة يكون قرارها قابل للطعن أمام القضاء.

- الإخلال بقواعد اختيار المتعاقل المتعاقد:

حدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من هم المتعاملين المتعاقلين و هو كل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات. كما تلتزم الإدارة بضرورة احترام القواعد المنصوص عليها في هذا المرسوم بشأن اختيار المتعاقل المتعاقد. ومن بين هذه الالتزامات نذكر ما يلي:

° **التأكد من قدرات المترشحين:** نصت المادة 54 على أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية. غير أن عملية التقييم يجب أن تكون وفقا لمعايير موضوعية وليس الهدف منها التمييز، كما أكدت على ذلك صراحة المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

° **حظر التفاوض:** منع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في مادته 80 صراحة وكأصل عام لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض مع المتعهدين وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة وحرية المنافسة. فكل عمل من شأنه أن يغير في العرض أو يؤثر على مبدأ حرية المنافسة يعد تصرف غير مشروع يسمح للمتعهدين من اللجوء إلى القضاء لصون حقه.

ب- حدوث ضرر:

يعد الضرر المبرر الأساسي لتحريك آلية الإستعجالي ما قبل التعاقد، حيث نصت على ذلك صراحة المادة 946 من القانون رقم 08-09 والتي جاء فيها: "... والذي قد يتضرر من هذا الإخلال..". ولا يشترط في الضرر أن يكون حالا بل قد يكون محتملا.

ثانيا: سلطات القاضي الاستعجالي

تعد الإجراءات الإستعجالية إجراءات وقائية، تتخذ قبل إبرام العقد، غير أن الإشكال الذي كان قائما قبل صدور القانون رقم 08-09 هو امتناع القاضي الإداري على توجيه أوامر للإدارة أو الحكم ضدها بالغرامات التهديدية، مما جعل تدخله ضعيفا وبالتالي لا يعول عليه لحماية الحقوق والحريات. غير أن المشرع الجزائري استدرك هذا الضعف من خلال النص صراحة على سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة والحكم ضدها بالغرامات التهديدية في حالات عدم تنفيذها للأحكام الصادرة منه.¹³ حددتها المادة 946 وهي كالتالي:

- إصدار أمر للمتسبب في الإخلال بمبدأ الإشهار والمنافسة بالامتنثال لالتزاماته في ميعاد معين.
- النطق بغرامة تهديدية تسري من يوم انقضاء الأجل المحدد للمعني للامتنثال لالتزاماته.
- الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوما من تاريخ رفع الدعوى.

المطلب الثالث: قضاء التعويض

إذا كانت المصلحة المتعاقدة تتمتع بما يكفي من امتيازات السلطة العامة لضمان تنفيذ الصفقة العمومية وفقا لما تم الاتفاق عليه، وفي حالة عدم وفاء المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية فيمكن لها أن توقع عليه جملة من العقوبات كالعقوبات بمختلف أنواعها، الفسخ الانفرادي للصفقة... الخ.

أما بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فإنه طرف ضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، بحيث لا يمكن له في أي حال من الأحوال أن ستوفي حقه بنفسه، بل لابد دائما أن يلجأ إلى الجهة القضائية المختصة للمطالبة بإنصافه وحماية حقوقه.

ومن بين أهم سلطات القاضي الإداري في مجال قضاء الإلغاء نذكر ما يلي:

- **سلطة فسخ العقد:** تملك الإدارة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة باعتباره امتياز من امتيازات السلطة العامة، بينما لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة فسخ العقد فسخا قالا عن طريق اللجوء إلى القضاء الإداري. ويمكن للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد إما بسبب عدم قيام المصلحة المتعاقدة بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية أو بسبب استحالة مواصلة تنفيذ الصفقة لأسباب خارجة على نطاقه كالقوة القاهرة مثلا.
- **سلطة إلزام الإدارة بالتعويض:** من بين الضمانات المقررة فقها وقضاءا للمتعاقد مع الإدارة إمكانية اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض الأضرار المترتبة من جراء تصرفاتها القانونية والمادية لاسيما عندما

يصدر من جانبها خطأ، طبقا للقاعدة التقليدية المعروفة في القواعد العامة والتي مفادها أن كل من ألقى ضررا بالغير ملزم بتقديم تعويض لجبر الضرر.

خاتمة:

يتضح مما سبق مدى أهمية الرقابة القضائية على الصفقات العمومية باعتبارها آلية تسمح بتحقيق هدف مزدوج، إذ من جهة تحقق حماية مبدأ المشروعية وذلك من خلال إلزام الإدارة بالسهر أن تكون تصرفاتها دائما وفقا للنصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول، وذلك حماية للمال العام من كل تلاعب وفساد. ومن جهة أخرى، فإن وسيلة فعالة لصيانة حقوق المتعاملين مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية تجسيدا لمبادئ المساواة والنزاهة والمنافسة الشريفة.

وما زاد من أهمية الرقابة القضائية في الوقت الراهن هو تطور المنظومة القضائية الجزائرية من خلال تكريس مبدأ ازدواجية القضاء، وإخضاع منازعات الصفقات العمومية إلى القضاء الإداري هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تطور القضاء الإداري ذاته من خلال تعزيز سلطاته بهدف ضمان تنفيذ أحكامه تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون، لاسيما بعد تكريس آليتي الأمر والغرامة التهديدية.

ولكن رغم كل هذه المجهودات المبذولة من الناحية التشريعية لم يقابلها تطور من ناحية العمل القضائي، وذلك بسبب تمسك القاضي الإداري بموقفه التقليدي كحامي الإدارة على حساب الأفراد، فيتقصر الأحكام القضائية العديدة نلاحظ بوضوح تحيز القاضي لصالح الإدارة على حساب المتعاملين معها، وهذا يتناقض مع مبدأ استقلالية السلطة القضائية، وكذا مع مبدأ السلطة القضائية حامي الحقوق والمجتمع.

إن تحقيق رقابة قضائية فعالة في مجال الصفقات العمومية يمر حتما من إعادة النظر في علاقة القضاء الإداري بالإدارة بحيث يجب على القاضي أن يقتنع بأن الإدارة طرفا في النزاع، بينما هو قاضي يفصل وفقا للقانون، وليس قاضي إدارة كما يتصور له ويروج له.

إضافة إلى ذلك، فإن تعزيز الرقابة القضائية يتطلب حتما تبني نظام التخصص القضائي، خاصة بعد انتهاء الجزائر لمبدأ الازدواجية القضائية، بحيث نلاحظ تطور في العقود الإدارية وتنوع في أساليبها وتقنياتها، خاصة مع الدخول في عصر الرقمنة، وبالتالي اللجوء إلى التعاقد الإلكتروني وما يثيره من مسائل قانونية معقدة.

الهوامش:

- 1- أنوار شقروني، "الحماية القضائية للمتعاقد مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية"، المعيار، العدد 40، ص 101.
- 2- حططاش عبد الكريم، زيتوني هند، "مدى ملائمة نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتجسيد برامج الاستثمارات العامة للفترة 2001-2014، مداخلة أقيمت ضمن أشغال المؤتمر الدولي الموسوم بـ: "تقييم آثار برامج الاستثمارات العامة وانعكاساتها على التشغيل والاستثمار والنمو الاقتصادي خلال الفترة 2001-2014"، المنظم من طرف كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 1، بتاريخ 11 و 12 مارس 2013، ص 2.
- 3- المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضها المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
- 4- بودريوة عبد الكريم، "أسس الاختصاص القضائي في مجال العقود الإداري"، نشرة المحامي، منظمة المحامين ناحية سطيف، العدد 03، جوان 2006.
- 5- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادرة في 23 فيفري 2008.
- 6- محمد القصري، "القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية"، المجلة العربية للفقهاء والقانون، العدد 46، ص 98.
- 7- قانون رقم 06-01 مؤرخ في مؤرخ في 20 فبراير 2006، معدل ومتمم، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 الصادر في 08 مارس 2006.
- 8- حدد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط وذلك على سبيل الحصر في المادة 49.
- 9- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الاستعجالات الإدارية، دار هومة، 2016، ص 157.
- 10- قانون رقم 12-07 مؤرخ في 21 فيفري 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12 الصادرة في 29 فيفري 2012.
- 11- راجع المادتين 63 و 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا.
- 12- راجع المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.
- 13- راجع المواد من 978 إلى 986 من القانون رقم 08-09.

-جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

"سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام الوجه الجديد لإشراف و رقابة الدولة على مجال الصفقات العمومية".

الأستاذة: شريف سمية

مقدمة:

يشهد التنظيم القانوني للصفقات العمومية اهتماما بالغا من قبل المشرع ترجمته التعديلات المتلاحقة له، فمنذ صدور المرسوم الرئاسي 10/236¹، لا تكاد تمر سنة إلا و يلحقه تعديل، ليتم إلغاءه كليا و استبداله بالمرسوم 15/247²، هذا الإلغاء، لم يترك أدنى مجال للشك في أن المشرع لم يصل بعد إلى إن يفي الصفقات العمومية حقها بتنظيم قانوني، يضمن من جهة، ثبات و استقرار لمدة معقولة تبعث إحساسا بالأمن القانوني، و يكسب بالموازاة رهانات الكبرى المتعلقة بترشيد استعمال المال العام، الوقاية من الفساد، النزاهة، الشفافية و المساواة في معاملة المتعاملين الاقتصاديين، للوصول إلى تحقيق هذه الأهداف اعتمد المشرع على إنشاء سلطة ضبط تتولى ضبط مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام على غرار ما فعله بالنسبة للكثير من المجالات الاقتصادية و المالية الأخرى.

و تعرف سلطات الضبط على أنها سلطات تنشأ كبديل عن الهيئات الإدارية التقليدية لأداء الوظائف المتعلقة بضبط النشاطات الاقتصادية و المالية، و قد ظهرت في الجزائر في بداية التسعينات بإنشاء المجلس الأعلى للإعلام، بموجب القانون رقم 90-07 المؤرخ في 03 أفريل 1990 المتعلق بالإعلام⁽³⁾، ثم توالى إنشاء هذه السلطات لتشمل أغلب المجالات الاقتصادية و المالية.

و بصدور المرسوم الرئاسي 15/247 جاء الدور على مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ليشهد استحداث سلطة ضابطة له، نحاول من خلال هذه المداخلة التعرف على تنظيم هذه السلطة و تسليط الضوء على مهامها أو الاختصاصات التي منحها لها المشرع، للوصول في الأخير لمعرفة مدي توفيق المشرع في وضع تنظيم قانوني محكم يضمن للهيئة المستحدثة القيام بالأدوار الهامة المنوطة بها؟

أولاً: الإطار التنظيمي لسلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

نص المشرع على إنشاء سلطة ضبط تتولى ضبط مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و ذلك ضمن القسم الأول من الباب الرابع من المرسوم الرئاسي 247/15 المعنون ب: "سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام"، و يتمثل الإطار القانوني لتعريفها و تحديد اختصاصاتها في مادة وحيدة هي المادة 213 و التي أحالت في فقرتها الأخيرة تحديد تنظيم و كفاءات سير سلطة الضبط إلى التنظيم، حيث يتمثل في موسم تنفيذي، و هنا نسجل اهتمام المشرع بهذه الهيئة فلم يترك تحديد تنظيمها و تسييرها لقرار وزاري على غرار كل الإحالات الأخرى التي نص عليها المرسوم الرئاسي 247/15 بل حدد إطارها التنظيمي بمرسوم تنفيذي، غير أننا نسجل في هذه النقطة التأخر الكبير لإصدار هذا النص، فمنذ صدور المرسوم 247/15 بتاريخ 20/09/2015 إلى يومنا هذا لم يتم إصدار المرسوم التنفيذي المعني، و بالتالي عدم التجسيد العملي للهيئة.

رغم هذه الإحالة فقد حددت المادة 213 الخطوط العريضة لتنظيم سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام و من خلالها، يلاحظ أن المشرع قد وضعها تحت الإشراف المباشر للوزير المكلف بالمالية، فرغم تأكيد المشرع على استقلالية تسيير هذه السلطة إلا أن جعلها خاضعة لإشراف وزير المالية يضعف من مكانتها و استقلاليتها و يؤثر بالضرورة على أدائها لمهامها، لاسيما و أننا بصدد هيئة يفترض أن تنشأ على أساس استقلاليتها عن السلطة التنفيذية و بالتالي عدم خضوعها لأية رقابة سلمية أو وصائية.

أما بالنسبة لتشكيلتها البشرية، فلا بد من انتظار صدور التنظيم الذي سيحدد أعضائها، و في هذا الشأن، يستحسن أن لا يعتمد المشرع إلى مجرد عملية لنقل الأعوان الإداريين و إطارات مصالح وزارة المالية، لتشكيل سلطة الضبط، إنما لابد أن يكون هناك تنوع في العضوية يخدم أداءها لمهامها، من تقنيين ذوي خبرة من المصالح المتعاقدة الذين تولوا مهام إيراد أو متابعة تنفيذ أو مراقبة الصفقات العمومية، و كذا قانونيين و سواء مهنيين ممارسين أو باحثين ممن خصصوا أعمالا و بحوث هامة في مجالات الصفقات العمومية.

ثانياً: اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

تناول المشرع الجزائري صلاحيات سلطة الضبط ضمن المادة 213 بشكل أساسي كما أشارت بعض المواد إلى صلاحيات أخرى و هي المواد 12، 88، 89، 164، 200، 201، 213، 214، و باستقراء هذه المواد يلاحظ تنوع في مهام هذه السلطة إذ تشمل: الإشراف على مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الاختصاص التنظيمي، الاختصاص الرقابي، و اختصاص فض النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المعاملين المتعاقدين الأجانب.

1: الإشراف على مجال الصفقات العمومية

أوكل المشرع سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مهمة الإشراف على القطاع و ذلك من خلال توليها المهام التالية:

1-السهر على تأهيل الموظفين العموميين المكلفين بتحضير و إبرام و تنفيذ و مراقبة الصفقات:

إن مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام مجال يمتاز بخصوصية مقارنة بالمجالات الأخرى التي أنشأ فيها المشرع سلطات ضبط، ففكرة الضبط الإقتصادي بوجه عام تهدف إلى فرض احترام قواعد السوق بين الأعوان الإقتصاديين، و بالتالي فسلطات الضبط تضبط نشاط خاص، هو نشاط الأعوان الإقتصاديين، أما عندما يتعلق الأمر بمجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام فإننا بصدد عقود إدارية هي في الأصل من صميم مجالات القانون العام، فالصفقات كتصرف قانوني هي نشاط إداري، إلا أن هذا النشاط يتميز بخصوصية، حيث تقوم الصفقات على مبدأ المنافسة بين الأعوان الإقتصاديين و بالتالي فإنها تتميز باللجوء إلى المنافسة، و تطبيق المنافسة مرتبط بالنشاط الإقتصادي، فتكييف طبيعة الصفقات العمومية ليس بهذه البساطة، إذ تتضمن علاقات مركبة، فتتولى سلطة الضبط فضلا عن ضبط نشاط الأعوان الإقتصاديين، بشكل أساسي، التدخل كذلك لتحسين أداء موظفي المصالح المتعاقدة و كذا الأعوان و الهيئات المتدخلة في مراقبة الصفقات العمومية، من خلال إعداد مدونة أدبيات و أخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة و إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية و كذا المساهمة في برنامج التكوين في مجال الصفقات العمومية.

1-إعداد مدونة أدبيات و أخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة و إبرام و تنفيذ الصفقات:

نص المرسوم الرئاسي السابق 236/10 على إنشاء هذه المدونة، أما المرسوم الجديد فقد أعاد النص عليها لكنه غير الإطار القانوني لها و كذا السلطة المكلفة بإعدادها و كذا السلطة المخولة بالموافقة عليها، فبإنشاء سلطة ضبط في مجال الصفقات العمومية من الأولى أن يعهد لها المشرع بإعداد المدونة الخاصة بموظفي المجال، و يتم الموافقة عليها من طرف الوزير المكلف بالمالية³.

و إذا كان المشرع قد أغفل من خلال المرسوم الرئاسي 236/10 النص على إلزام الأعوان العموميين المعنيين بالإطلاع عليها و التعهد باحترامها، فإن المرسوم 247/15 قد تدارك هذا الإغفال حيث نص إضافة على و جوب الاطلاع على هذه المدونة، إلزام الأعوان العموميين بالتعهد باحترامها بموجب تصريح كتابي.

و الواقع أن وجود مثل هذه المدونة هو أمر ضروري لتطوير و تنظيم مجال الصفقات العمومية، كما أن إلزام الأعوان العموميين باحترامها بموجب تصريح يعد وسيلة للوقاية من الفساد و التوعية بمخاطره.

2-المساهمة في برنامج التكوين في مجال الصفقات العمومية

خصص المشرع الجزائري الباب الثالث من المرسوم 247/15 (المادتان 211، 212) للتكوين في الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، حيث نصت المادة 211 على وجوب تلقي الموظفين و الأعوان العموميين المكلفين بتحضير، إبرام، تنفيذ و مراقبة الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تكويناً مؤهلاً في المجال.

فمسألة التكوين في الصفقات العمومية من المستجدات التي جاء بها المرسوم 247/15، إذ لم يسبق أن نص عليه المشرع ضمن قانون الصفقات، غير أن أصل اهتمام المشرع بالتكوين، يرجع إلى القانون 01/06⁴ المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، إذ نصت المادة 03 منه على إعداد برامج تكوينية و تعليمية ملائمة لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح و النزيه، و من تكوين متخصص يزيد من وعيهم بمخاطر الفساد، فرغم وجود إرادة للمشرع في جعل التكوين آلية للوقاية من الفساد و التحسيس بمخاطره، إلى أنه منذ صدور القانون 01/06 لم يفعل المشرع المادة الثالثة منه التي سبق الإشارة إليها و ذلك بإصدار نص تطبيقي يجسد هذه الإرادة في الواقع.

بصدور المرسوم 247/15، نضم المشرع مسألة تكوين الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية، فقد أوكل هذه الدور لسلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و ذلك بالتنسيق مع المصالح المتعاقدة، إذ تتولي سلطة الضبط المبادرة ببرامج التكوين و ترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و يتم التنسيق مع المصالح المتعاقدة لضمان استفادة الأعوان العموميين المعنيين من دورات التكوين و تحسين المستوى و تجديد المعارف من أجل التحسين المستمر لمؤهلاتهم و كفاءاتهم.

و رغم وجود اهتمام بتكوين الموظفين في مجال الصفقات العمومية، على مستوى التشريع على الأقل، إلا أن الملاحظ أن الجزائر تعرف تأخراً واضحاً في هذا المجال، يرجع لغياب برنامج واضح للتأطير التكويني، و لا أدل على ذلك أنه منذ صدور المرسوم 247/15، لازلنا ننتظر تجسيد النصوص التطبيقية له، و هنا نشدد على ضرورة تدارك التأخر في مجال التكوين للأعوان الإداريين المتدخلين في الصفقات العمومية بالنظر إلى الميزة التي تطبع قانون الصفقات العمومية في الجزائر و هي عدم الاستقرار و التغيير المستمر الأمر الذي يجعل من الصعب حتى على الباحث مواكبة هذه التطورات القانونية، فما بالك بالأعوان الإداريين الذين تقتصر مؤهلاتهم على الجانب التقني.

ب: إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي

يعد الإحصاء عملية أساسية حيث يسمح بالوقوف على الانجازات و معاينة النقائص بلغة الأرقام، كما يسمح تحليل المعطيات الإحصائية بتقييم حقيقي و موضوعي للعمليات المنجزة و معرفة مدى بلوغ الأهداف المسطرة.

فإذا كانت قوانين الصفقات السابقة قد أغفلت تنظيم الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي فإن المرسوم الرئاسي 247/15 قد تدارك هذا النقص، و قد أوكل المشرع مهمة إجراء الإحصاء لمرصد الطلب العمومي، حيث يتولى المرصد جمع المعطيات الإحصائية عن طريق تلقي بطاقات إحصائية و هي البطاقات التي تعدها كل مصلحة متعاقدة لتتولى سلطة الضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام متمثلة في مرصد الطلب العمومي إجراء الإحصاء الاقتصادي السنوي للطلب العمومي.

لا يقتصر دور المرصد على إجراء الإحصاء، بل يتولى عملية تحليل المعطيات الإحصائية المتعلقة بالجانبين الاقتصادي و التقني للطلب العموميين، و في هذا السياق تقدم توصيات للحكومة بناء على النتائج المتوصل إليها.

و قد ذهب المشرع أبعد من ذلك حين أناط بالمرصد تشكيل مكان للتشاور و هي آلية إذا ما تم تفعيلها على أرض الواقع فإنها ستؤدي إلى نتائج جد إيجابية إذ ستسمح بفتح نقاش و تقديم آراء المختصين من أعوان عموميين سلطة وصية و كذا الباحثين سواء القانونيين أو الاقتصاديين أو التقنيين مما يسمح بإعطاء نظرة شاملة و بلورة المشاكل العملية و النقائص التشريعية، و كذا اقتراح الحلول بناء على اقتراحات الأعوان الممارسين في المجال و كذا الباحثين المختصين.

2- الاختصاص التنظيمي

حول المشرع الجزائري بعض سلطات الضبط المنشأة في المجالات الاقتصادية و المالية، قصد القيام بمهمة الضبط الاقتصادي، سلطة تنظيمية، تسمح لها بوضع مجموعة القواعد التي تأتي بتطبيق نصوص تشريعية و تنظيمية سابقة⁵.

غير أن السلطة التنظيمية لا تظهر في صورة واحدة إنما تتدرج حسب أهميتها، فتكون إما سلطة تنظيمية مباشرة، و هنا تمارس سلطة الضبط الاختصاص التنظيمي فعليا بإصدار نصوص تنظيمية ملزمة و ذلك بنص القانون⁶، أما في الصورة الثانية فلا تمارس سلطات الضبط السلطة التنظيمية مباشرة إنما تشارك فيها بإبداء الملاحظات و الآراء و التوصيات...

و بالرجوع إلى المادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15، فقد منح المشرع سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، سلطة تنظيمية غير مباشرة، حيث تشارك في تنظيم مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بإعداد التنظيم الخاص بالمجال، إصدار الآراء و التوصيات.

1- التكفل بإعداد تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

سعيًا من المشرع منح سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام الصلاحيات اللازمة للإشراف على مجال الصفقات العمومية و كذا تفويضات المرفق العام فقد أناط بها مهمة إعداد التشريع المتعلق بالمجال و متابعة تنفيذه، و الواقع أن هذا الاختصاص يعد من أصعب المهام المنوطة بها بالنظر إلى حداثة هذه الهيئة لأن إعداد تنظيم الصفقات العمومية يتطلب الإلمام بالمجال بجميع جوانبه التقنية و القانونية.

1- الآراء:

تصدر سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام آراء حول متابعة تنفيذ تنظيم المجال تخاطب بهذه الآراء المصالح المتعاقدة.

تعد الآراء من الوسائل التي تمارس بها سلطات الضبط، الاختصاص التنظيمي، إذ تهدف إلى تفسير النصوص التشريعية و التنظيمية أو لتوضيح الغموض الذي يشوب نصا معينًا، كما تسمح بالتعرف على رأيها في مسألة معينة غير واردة صراحة ضمن نصوص القانون⁷.

يعد الرأي من الناحية القانونية مجردا من صفة الإلزام، إلا أنه من الناحية الواقعية، له تأثير مباشر على المخاطب به، و في مجال الصفقات العمومية، يكون لهذه الآراء أهمية خاصة بالنظر إلى واقع المجال فقد أظهرت الممارسة العملية في الجزائر، أن تطبيق قانون الصفقات العمومية يشوبه الكثير من الغموض و الثغرات القانونية، فكثيرا ما يجد المسيررون و الأعوان العموميين المكلفون بإبرام و متابعة تنفيذ الصفقات أنفسهم في حاجة ماسة إلى الاستفسار عن موقف المشرع حول مسائل قانونية معينة، بسبب عدم وضوح النص القانوني، و هنا ستظهر أهمية ممارسة سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام لصلاحيات إصدار الآراء.

2- التوصيات:

نص المشرع على صلاحية إصدار التوصيات لسلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و تعد التوصيات من الناحية القانونية أقوى من الآراء فالرأي هو مجرد تعبير عن ما يرضه، أما التوصية أو الاقتراح فهي عرض فكرة للمناقشة و البحث⁸.

و ترتبط صلاحية إصدار التوصيات لسلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام بإجراء الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، إذ تقدم توصياتها للحكومة بمناسبة إجراء الإحصاء السنوي للطلب العمومي و ذلك على ضوء المعطيات الإحصائية المتوصل إليها.

2-الاختصاص الرقابي

يقصد باختصاص الرقابة لسلطات الضبط مراقبة نشاط أو قطاع معين، فتكون على علم بكل ما يجري فيه.

منح المشرع سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، عدة صلاحيات، تشمل الدور الأهم و هو دور الرقابة، و لا يختلف اثنان على حقيقة أن مسألة الرقابة تعد من الأهمية و الحساسية بـمكان إذ تعلق الأمر بمجال الصفقات العمومية، نظرا لما عرفته الجزائر في السنوات الأخيرة من تفشي خطير و غير مسبوق لظاهرة الفساد و سوء التسيير في هذا المجال، مما حدا بالمشرع إلى فرض ضروب الرقابة على عمليات إبرام و تنفيذ الصفقات العمومية (رقابة إدارية و مالية، داخلية و خارجية، قبلية و بعدية).

و كنتيجة لهذا التنوع فقد تدخلت العديد من الهيئات في عملية الرقابة على الصفقات العمومية منها مجلس المنافسة⁹، مجلس المحاسبة¹⁰، الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، فضلا عن القضاء الإداري.

إن هذا الوضع غير مقبول، فبالعودة إلى النصوص القانونية المنظمة لمجال تدخل هذه الهيئات، نلاحظ وجود العديد من الأفعال التي تدخل في اختصاص أكثر من هيئة، و بالتالي وجود حالات تداخل في الاختصاص.

و بالنظر إلى هذه المعطيات فإن إنشاء سلطة ضبط في مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، خطوة ضرورية لجمع صلاحية الرقابة في يد هيئة منشأة خصيصا لضبط المجال، و بذلك فإنه من المنطق أن يخول المشرع الجزائري سلطة ضبط المجال الاختصاص الأصلي بالرقابة على الصفقات.

و رغم أن النص التنظيمي لم يصدر بعد، إلا أن لمشرع قد حدد ملامح الدور الرقابي لسلطة الضبط و ذلك ضمن المواد: 12، 89، 164، 200، 213، من المرسوم الرئاسي 247/15.

1-رقابة الوصاية

تهدف رقابة الوصاية في مجال الصفقات العمومية إلى التأكد من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية و الاقتصاد و التأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع.

ذكر المشرع سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ضمن المادة 164 من المرسوم الرئاسي 247/15 و هي المادة المعنونة بـ"رقابة الوصاية" و بذلك تعد سلطة الضبط و تحت إشراف الوزير المكلف بالمالية الهيئة الوصية على مجال الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام تمارس هذه الرقابة على جميع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة.

و حتى تتمكن سلطة الضبط من ممارسة هذه الرقابة، فإن المشرع ألزم المصالح المتعاقدة بأن تعد عند الاستلام النهائي للمشروع تقريرا تقييميا عن ظروف انجازه و كلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلا، يرسل هذا التقرير إلى سلطة الضبط.

و الحقيقة أن الرقابة على مطابقة الصفقات للبرامج و أسبقيات القطاع، هي الرقابة الأكثر أهمية، فمن الخطأ تركيز الرقابة على مطابقة عمليات إبرام و تنفيذ الصفقات للتشريع المعمول به و إهمال الرقابة ذات النظرة الشاملة و هي رقابة أهمية العملية في حد ذاتها بالنسبة للاقتصاد الوطني و سياسة القطاع المعني بها و أولوياته، إذ أن ما نلاحظه من خلال قضايا الفساد التي بت فيها القضاء الإداري في الجزائر، فإن المتابعة الجزائية تركز على مخالفة التشريع، رغم أن الواقع أثبت إبرام المصالح المتعاقدة لاسيما الجماعات المحلية صفقات لتجسيد مشاريع أبعد ما تكون عن أولويات و احتياجات التنمية المحلية، أو أنها لا تتوافق مع المخططات الوطنية.

ب- التدقيق في إجراءات إبرام الصفقات و تنفيذها

من خلال هذه الصلاحية يصل الدور الرقابي لسلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام إلى أقصى مداه، بحيث تتدخل للتدقيق في صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و كذا صحة تنفيذها كما يمكنها تكليف من يقوم بهذا التدقيق، أما عن آلية تدخل سلطة الضبط فإنه يتم "بناء طلب من كل سلطة مختصة" و هنا نتساءل ماذا يقصد المشرع بالطلب؟

فهل المقصود منه مجرد وسيلة لإخطار سلطة الضبط بالتجاوزات التي قد ترتكبها المصالح المتعاقدة بمناسبة إجراء إبرام الصفقة أو تنفيذها من طرف الهيئات المكلفة بالرقابة على الصفقات؟ أم أنه يقصد تقييد صلاحية سلطة الضبط بالتدقيق في إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقات بشرط حصولها على طلب من سلطة ما؟

الواقع أنه، قبل صدور النصوص التنظيمية، يصعب التكهن بما يقصده المشرع، إلا أنه يبقى هذا الشرط إذا تأكد وجوده عائق غير مبرر يعرقل تدخل سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، فالأجدر بالمشرع أن يعزز الآليات التي تسهل تدخل سلطة الضبط و فرض رقابتها على إجراءات إبرام و تنفيذ الصفقات لا أن يقيدتها.

من الآليات كذلك التي تسمح بتدخل سلطة الضبط، للرقابة على إجراءات الإبرام، ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15، من وجوب إرسال نسخة من المقرر الذي يصدره مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، و الذي يرخص بموجبه بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، إلى سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام، و بذلك يتسنى لها مراقبة مدى توفر الشروط اللازمة للترخيص بالشروع في التنفيذ قبل إتمام إجراءات إبرام الصفقة (وجود حالة استعجال و عدم إمكانية توقع المصلحة المتعاقدة الظروف المسببة لحالة الاستعجال و أن لا تكون هذه الظروف نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها).

كذلك، من مظاهر تدخل سلطة الضبط ما نصت عليه المادتان 200 و 201 من المرسوم الرئاسي 247/15 من وجوب إرسال نسخة من مقرر تجاوز لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة أو لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة و الذي يتضمن رفض منح التأشيرة.

ففي الحالتين السابقتين يمكن لسلطة الضبط أن تراقب تصرفات المصلحة المتعاقدة للتأكد من مدى مطابقتها للتشريع و بالتالي الوقوف على المخالفات التي قد تقع فيها، و لذلك لا مبرر لوجود عائق يحول دون قيامها بهذا الدور كإلزامها بشرط الحصول على طلب من السلطة المختصة.

ج- مسك قائمة الأعوان الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية:

في إطار التدابير التي قررها المشرع لمكافحة ظاهرة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أنشأ قائمة لتسجيل الأعوان الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، كتدبير ردعي للأعوان الاقتصاديين الذين ثبت تورطهم في أفعال الغش و الفساد و هو ما نصت عليه المادة 89 من المرسوم الرئاسي 247/15، غير أن الجديد الذي جاءت به هذه المادة هو نقل اختصاص مسك هذه القائمة إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بعد أن كانت ممسوكة من قبل مصالح وزارة المالية.

و يطرح التساؤل هنا هل سيقف دور سلطة الضبط عند مسك هذه القائمة، مع بقاء سلطة اتخاذ قرارات التسجيل و السحب منها في يد الوزير المكلف بالمالية، على غرار ما كان عليه الحال في المرسوم الرئاسي 236/10م أن هذه السلطة ستنقل إلى سلطة الضبط؟

يتضح من خلال القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2016 أن المشرع قد اتخذ المشرع الخيار الأول، فيقتصر دور سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، على صلاحية مسك قائمة الأشخاص ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية¹¹، و بذلك لا تتمتع سلطة ضبط الصفقات باختصاص العقاب، و هو و هو الاختصاص الذي سبق للمشرع الاعتراف به لبعض سلطات الضبط على غرار مجلس المنافسة و لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة و اللجنة المصرفية.

3- البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب:

أظهرت النصوص القانونية الصادرة في السنوات الأخيرة لاسيما القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹² مسعى واضح للمشرع للاتجاه نحو الاهتمام بالطرق الودية لتسوية النزاعات، في هذا الإطار منح المشرع بعض سلطات الضبط اختصاصا تحكيميا للبت في النزاعات الناشئة في المجال، و إن كان إتباع طرق بديلة عن القضاء مسألة مهمة في بعض المجالات، فإنه ضرورة ملحة في مادة الصفقات العمومية و لاسيما الصفقات الدولية المبرمة مع المتعاملين الأجانب و لذلك لعدة عوامل أهمها:

- ربح الجهد و الوقت بتفادي المواعيد و الإجراءات التي يتطلبها القضاء، فالصفقات العمومية هي عقود ترتبط بالمرافق العامة و هذه الأخيرة يحكمها مبدأ الاستمرارية و بالتالي فإن توقف تنفيذ الصفقة يؤدي إلى اختلال السير المنتظم و المطرد للمرافق العامة و لاسيما أن الصفقات العمومية في بلادنا ترتبط بمشاريع ذات أبعاد اجتماعية فأي تأخر في تسليمها ينجم عنه آثار اجتماعية سلبية.

- تجنب قدر الإمكان اللجوء إلى هيأت التحكيم الدولية، فعند إبرام المصالح المتعاقدة الصفقات مع متعامل أجنبي فإن هذا الأخير يحرص على إدراج بند في الصفقة يؤول بموجبه الاختصاص بالبث لإحدى هيئات التحكيم الدولية للإقالات من اختصاص القضاء الوطني الذي يعامل المصلحة المتعاقدة كسلطة إدارية تتمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها، ولذلك فقد تكبد الطرف الوطني في السنوات الأخيرة مبالغ كبيرة في شكل تعويضات للمتعاملين الأجانب حيث غالبا ما يكون الحكم في صالح المتعاقد الأجنبي.

خاتمة

رغم ما حمله الإلغاء الأخير لتنظيم الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 10-236) من تكريس واضح لهاجس الأمن على مستوى المنظومة القانونية في الجزائر، إلا أنه لا يمكن بأي حال التغاضي أو التقليل من أهمية التطور الإيجابي الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، و ليس من المبالغة القول أن أهم المستجدات التي جاء بها المرسوم الجديد هو استحداث سلطة ضبط في مجال الصفقات العمومية. غير أنه مهما بلغت أهمية التطور الذي يعرفه تنظيم الصفقات العمومية فإنه سيبقي دون فعالية إذا لم تكن النصوص التطبيقية له في مستوى هذا التطور، و بما أن الفترة القادمة ستشهد إصدار النصوص التطبيقية لمختلف الحالات التي نص عليها المرسوم 15-247، فإنه على المشرع أن يتجنب تكرار النقائص و الثغرات التي عرفتها التنظيمات السابقة.

أما بالنسبة للتنظيم القانوني لسلطة ضبط الصفقات، فإنه مبدئيا، يعد إنشاء هذه الهيئة خطوة هامة في سبيل تطوير مجال الصفقات، و إن كان تنظيمها و اختصاصاتها يشوبه بعض المآخذ، إلا أن حداثة هذه الهيئة و حساسية المجال الذي كلفت بضبطه تدفع للاعتراف بأنه ليس من السهل إقرار الدولة أخيرا بالانسحاب من مجال الصفقات و سيكون من قبيل التسرع منح هذه السلطة فور إنشائها استقلالية تامة و صلاحيات كاملة.

و رغم أن الإطار القانوني المنظم للسلطة المستحدثة لم يصدر بعد إلا أنه و على ضوء الملامح الأولية التي وضعها المرسوم الرئاسي 15-247 يمكن تقديم بعض الاقتراحات لتحقيق النتائج المرجوة من إنشائها:

- التعجيل دون تسرع في إصدار النصوص التطبيقية للحالات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 حتى لا يدخل مجال الصفقات العمومية في مرحلة انتقالية طويلة يسري خلالها المرسوم الجديد بنصوص تطبيقية صادرة تطبيقا للمرسوم الرئاسي السابق¹³.

- إبعاد سلطة ضبط الصفقات بالتدرج عن وصاية الوزير المكلف بالمالية، فلا يجب أن يجعل المشرع إنشاء سلطة ضبط في مجال الصفقات و تفويضات المرفق العام مجرد إنشاء صوري أي أن لا يجعل هذه السلطة من الناحية الواقعية مجرد جهاز أو مصلحة تابعة لوزارة المالية.
- بالنسبة لتشكيلة سلطة الضبط لابد من التنوع في صفة أعضائها، بحيث ينبغي أن تشمل قانونيين.
- أما من حيث صلاحيات سلطة ضبط الصفقات و تفويضات المرفق العام:
- لابد من تعزيز آليات تدخلها للقيام بالرقابة القبلية على عمليات إبرام الصفقات العمومية و ذلك بتوسيع سبل إخطارها، و كذا تعزيز التنسيق بين سلطة ضبط المجال و جميع هيئات الرقابة.
- توسيع اختصاصات سلطة الضبط لتشمل الاختصاص العقابي و ذلك بدأ بمنحها صلاحية التسجيل و السحب من قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات.

الهوامش

- ¹- مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس 2011، ج ر عدد 14، صادر في 6 مارس 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج ر عدد 34، صادر في 19 يونيو 2011، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ 18 يناير 2012، ج ر عدد 4، صادر في 26 يناير 2012، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03، مؤرخ في 7 يناير 2013، ج ر عدد 2، صادر في 13 يناير 2013
- ²- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، صادر في 20 سبتمبر 2015.
- ³- نصت المادة 60 من المرسوم الرئاسي 10-236 على مدونة يوافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.
- ⁴- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، ج ر عدد 14 الصادر في 08 مارس سنة 2006، معدل و متمم.
- ⁵- حدري سمير، السلطات الإدارية المستقلة الفاصلة في المواد الاقتصادية و المالية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 84.
- ⁶- كما هو الحال بالنسبة لمجلس النقد و القرض و كذا لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها، إذ خولهما المشرع إصدار القواعد المتعلقة بممارسة مهنة الأعوان في المجال المصرفي.
- ⁷- حدري سمير السلطات الإدارية المستقلة...، مرجع سابق، ص 94.
- ⁸- فتوس خدوجة، الاختصاص التنظيمي لسلطات الضبط الاقتصادي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص 51.
- ⁹- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19/07/2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادر في 20/07/2003، معدل و متمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25/06/2008، ج ر عدد 36 الصادر في 02/07/2008.

¹⁰- قانون رقم 95-20 مؤرخ في 17 جويلية 1995 يتعلق بمجلس المحاسبة، ج ر عدد 39، صادر في 23 جويلية 1995.

¹¹-أنظر القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2016، يحدد كفيات التسجيل و السحب من قائمة الأشخاص الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17، صادر في 2017/08/16.

¹²- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

¹³- تنص المادة 218 من المرسوم 15-247 "تبقى النصوص المتخذة تطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236...، التي تمت إعادة إدراجها في هذا المرسوم، سارية المفعول حتى نشر النصوص الجديدة المتخذة تطبيقا لأحكام هذا المرسوم".

جامعة سطيف 2 - محمد الأمين دباغين - كلية الحقوق والعلوم السياسية

عنوان المداخلة: آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

بن زيد فتحي أستاذ جامعي - مساعد قسم أ -

مقدمة:

تحوز الصفقات العمومية أهمية بالغة، بحيث تستعملها الدولة وباقي الأشخاص المعنوية العامة والخاصة في ضخ الأموال العامة وتطوير الاقتصاد، وهي تعتبر وسيلة تنفيذ مخططات التنمية والبرامج والخطط الاستثمارية الموضوعية من قبل السلطة المركزية والتي يتم تنفيذها من قبل الإدارة المعنية وذلك وفقا لبرامج معدة سلفا وفي أجال محددة لذلك⁽¹⁾، والصفقات العمومية التي تيرمها الإدارة لتسيير مراقفها العمومية تثير في الواقع العملي عدة منازعات سواء في مرحلة إبرامها أو خلال تنفيذها محدثة عراقيل تحول دون ذلك، مما يؤدي إلى تعطيل عجلة التنمية⁽²⁾، مما سيتوجب البحث عن آليات من أجل إزالة هاته العراقيل وتسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في أقرب الأجال وضمان السير الحسن للحياة التنموية واستمرار تقديم الخدمات وتنفيذ المشاريع على أكمل وجه .

وفي هذا الصدد فقد حرص المشرع على إيجاد السبل والحلول ووضع آليات لتسوية هذه المنازعات، حيث خصص قسم كامل بعنوان التسوية الودية للنزاعات يحتوي على ثالث مواد 153 - 154 - 155 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 المتضمن قانون الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام.⁽³⁾

وتنص المواد على الوسائل الودية التي يمكن أن تسوى بها نزاعات الصفقات العمومية كما أشارت إلى إمكانية التسوية في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في حال فشل التسوية بالوسائل الودية المنصوص عليها، وكذلك المنصوص عليها في هذا الإطار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا من خلال

المحور الأول: آليات التسوية الودية وفقا لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

لم يغفل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عن مسألة التسوية الودية للمنازعات الناتجة عن الصفقات العمومية خاصة في مرحلة التنفيذ حيث أعطى قسم خاص لها تحت عنوان "التسوية الودية للمنازعات"، ومن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 هو نصه على تشكيل لجان محلية لا مركزية للتسوية الودية بجانب اللجان المركزية بعدما كانت محصورة على اللجان المركزية فقط في المرسوم

236/10 السابق، وهذا إن دل فيدل على مدى حرص واهتمام المشرع الجزائري بطريقة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية .

وتعد هذه الآليات أهم أنواع تسوية المنازعات الصفقات العمومية، بسبب الخصومات التي تتميز بها، على اعتبار أنها تسمح تسوية النزاع وديا في المراحل الأولى لبداية النزاع، كما تتميز بالسرعة في التسوية وفق الآجال المحددة في قانون الصفقات العمومية، على عكس الآجال الطويلة التي تتضمنها آليات أخرى فالأولى خاصة فقط بالصفقات العمومية على عكس الآليات الثانية فهي تخص كل نزاع سواء تعلق الأمر بالصفقات أو غيرها من النزاعات الأخرى.

ويمكن حصر هاته الآليات في آليتين أساسيتين هما: الأولى تتمثل في دور لجان الصفقات العمومية في التسوية الودية للصفقات العمومية أما الثانية فتتمثل في دور المصلحة المتعاقدة نفسها في تسوية نزاعات الصفقات العمومية بطريقة ودية.

أولا- دور لجان الصفقات العمومية في تسوية نزاعات الصفقات العمومية:

حول المشرع تسوية النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية للجان المختصة تسمى لجان الصفقات العمومية حيث تقوم هاته الأخيرة بتسوية النزاعات بطريقة ودية وفي حدود اختصاص كل منها، سواء كان ذلك في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو في مرحلة تنفيذها، حيث تتم التسوية في بداية ظهور النزاع مع ضرورة احترام الآجال، مما ينعكس إيجابا على سريان الصفقة العمومية، وتحقيق المصلحة العامة، وتقوم هاته اللجان بمهامها بعد الطعون التي يقدمها لها المتضرر من الصفقة العمومية.

أولا: تنظيم لجان الصفقات العمومية وحدود اختصاصها:

نص المشرع على مجموعة من اللجان التي تقوم بدور الرقابة على الصفقات العمومية، كما منح لها الفصل في النزاعات الناشئة عن العمومية وديا، وما نلاحظه أن المشرع الجزائري في القانون الجديد 15-247 قام بإعادة هيكلة هيئات الرقابة الخارجية للصفقات العمومية، حيث ألغى نهائيا اللجان الوطنية للصفقات العمومية وهي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم، واللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات، كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة، وتخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى⁽⁴⁾ وأضاف المشرع اللجنة الجهوية ولجنة الصفقات للمؤسسات العمومية كما نص على لجنة خاصة تسمى اللجنة الودية لتسوية النزاعات المنشأة بموجب المادة 154 من القانون الجديد⁽⁵⁾، وتنقسم هاته اللجان إلى قسمين: اللجان

المحدثة لدى المصلحة المتعاقدة/اللجان القطاعية للصفقات العمومية ولجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة .

وسوف نقوم بدراسته كل لجنة على حدى، وفق اختصاص كل واحدة منها.

أولاً- اللجان على مستوى المصالح المتعاقدة:

تنص المادتين 154 -174 على أنه تنشأ لدى كل والي وبلدية لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين⁽⁶⁾.
أ- اللجنة البلدية للصفقات العمومية⁽⁷⁾:

تختص هذه اللجنة بدراسة طعون المتعهدين الذين يحتجون على الاختيار التي قامت به المصلحة المتعاقدة التابعة لاختصاصها طبقا لنص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247⁽⁸⁾.

كما تختص هته اللجنة بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية و التي تساوي أو يقل مبلغها عن : مائتي مليون دينار (200.000.000) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم وخمسين مليون دينار (50.000.000) بالنسبة لصفقات الخدمات وعشرين مليون دينار (20.000.000) بالنسبة لصفقات الدراسات كما تختص اللجنة بدراسة الملاحق التي تبرمها البلدية ضمن حدود المادة 39 من المرسوم 15-247 هذا في إطار الرقابة الخارجية للصفقات العمومية.

ب- اللجنة المحلية "لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية:

نصت 154 كذلك على أنه تنشأ لدى كل والي لجنة للتسوية الودية لنزاعات المادة الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين وتتشكل من:

1- ممثل عن والي رئيسا؛

2- ممثل عن المصلحة المتعاقدة؛

3- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع؛

4 - ممثل عن المحاسب العمومي المكل وكل هؤلاء الأعضاء يختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسئول الهيئة العمومية أو الوزير أو والي المعني⁽⁹⁾.

نص المشرع على أنها تختص بدراسة منازعات الولاية بالنسبة لصلاحيات هذه اللجنة فقد ن والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

ج- اللجنة المركزية "لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية:

نصت المادة 154 على أن تنشأ لدى كل وزير ومسئول هيئة عمومية للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين تتشكل من:

1- ممثل عن المصلحة المتعاقدة؛

2- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع؛

3- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

ثانيا- الكيفيات القانونية لعمل لجان التسوية الودية:

تضمنت المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 الآليات القانونية والإجرائية لبتّ لجان التسوية الودية في النزاع المعروف أمامها حيث نصت على أن يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريرا مفصلا مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام⁽¹⁰⁾.

يقوم رئيس اللجنة باستدعاء الجهة الشاكية لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل عشرة أيام من تاريخ مراسلتها⁽¹¹⁾، ودراسة هذا النزاع تتم في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم برأي مبرر⁽¹²⁾.

نص القانون على أنه يمكن للجنة تسوية الودية أن تستمع لطرفي النزاع أو تطلب منهما إبلاغهما بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، وتأخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها، وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، ثم يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

نص القانون على أن تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في أري اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم اللجنة بذلك⁽¹³⁾.

ويمكن أن نستخلص من خلال المواد 153 و154 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن المشرع قد وضع مجموعة من الأحكام والضوابط يتم على أساسها الحل الودي ومن أهمها: حفظ التوازن في تحمل المسؤوليات بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، لأنه قد تظهر أثناء تنفيذ الصفقة مستجدات ترهق المتعامل المتعاقد، مما يستدعي من الإدارة أن تأخذ هذا الأمر في الحسبان وتنصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديادون اللجوء إلى القضاء كما أكد على إلزامية التوصل إلى حل ودي وفي أسرع

وقت ممكن وبأقل تكلفة ، لأنه كما نعلم المشرع الجزائري في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 كان حريصا على الحفاظ على المال العام⁽¹⁴⁾.

ثالثا- تسوية المنازعة الناشئة وفقا لمراحل إتمام الصفقة:

أ- مرحلة أبرام الصفقة: تلعب لجان الصفقات العمومية دورا هاما في تسوية النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية ، حيث منحها المشرع صلاحية كل في حدود اختصاصها ، فهي تدرس الطعون التي ترفع أمامها من قبل المتعهدين الذين قدموا عطاءهم ويحتجون عن الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة وذلك في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، ويرفع الطعن في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 ، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل⁽¹⁵⁾ الموالي ، و يقوم كل من رفع الطعن بإثبات وجه خرق القانون أو صورة التمييز بين المتنافسين⁽¹⁶⁾. تقوم لجنة الصفقات المختصة بدراسة شكلية وموضوعية لمختلف الحجج المقدمة إليها، ثم تصدر رأيها في أجل (15) ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشر أيام المحددة للطعن، ويبلغ القرار للمصلحة المتعاقدة والطاعن.

بصدور الأمر بالخدمة⁽¹⁷⁾ 'ordre de service' تصبح الصفقة العمومية في مرحلة التنفيذ ، وقد تطرأ نزاعات في هذه المرحلة تؤدي إلى عرقلة التنفيذ، مما دفع بالمشرع إلى وضع آليات لحل النزاعات وديا، حفاظا على استمرارية الخدمة موضوع الصفقة، ولهذا فقد أوجدت آلية جديدة بموجب المرسوم 15-247 وهي لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، وهي مختصة بحل النزاعات التي تطرأ على الصفقة العمومية أثناء التنفيذ و قد أدى المشرع لهذه المرحلة أهمية ذلك أنه وجد لجنة خاصة لتسوية النزاعات في هذه المرحلة و جعل اللجوء إليها أمر التزامي قبل اللجوء إلى العدالة، كما أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات كما نص المشرع وفي إطار تسوية النزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنبيا، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة وعلى عكس اللجان السابقة التي قد نجد النص فيها على أنه يمكن فقط للمتعامل المتعاقد الطعن ، ففي هذه اللجنة الطعن متاح للطرفين سواء المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة في حال نشوب نزاع أن يطرح أمامها.

وعلى عكس اللجان الأخرى هنا يتم توجيهه من قبل الشاكي إلى أمانة اللجنة و يكون مرفقا بكل وثيقة ثبوتية برسالة موسى عليها مع وصل استلام ، كما يمكنه إيداعه مقابل وصل استلام بعدها تبدي اللجنة رأيها في النزاع خلال عشرة أيام من تاريخ مراسلتها ، ثم تبدي رأيها في أجل أقصاه ثلاثين يوما ، ابتداء من تاريخ جواب الخصم ، و يكون الرأي مبررا.

يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع برسالة موسى عليها، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام وتبلغ المصلحة المتعاقدة رأي اللجنة لمتعامل المتعاقد في أجل 8 أيام ابتداء من تاريخ⁽¹⁸⁾ بتبليغها و بإنشاء هذه اللجنة نلاحظ أن المشرع قد وضع تعديلا مهما فيما يخص إنشاء لجنة لا مركزية لتسوية النزاعات والتي كانت مفقودة في القوانين السابقة ، وذلك من أجل ضمان حل النزاعات بأكبر سرعة ممكنة و كذلك وضع توازن في اللجان بإيجاد لجان لا مركزية إلى جانب اللجان المركزية التي كانت قائمة.

المحور الثاني: آليات التسوية الودية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية

كما أشار قانون الصفقات العمومية إلى طرق للتسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية، نجد قانون الإجراءات المدنية والدارية كذلك ينص على طرق ودية لحل النزاعات بكل أنواعها دون اللجوء إلى القضاء و من بين هذه النزاعات نجد نزاعات الصفقات العمومية.

أولا- الصلح في مجال منازعات الصفقة العمومية: الصمّح إجراء يقره التشريع الجزائري في الكثير من القوانين بما فيها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08/ 09 ، حيث أنه تم النص عليه في الفصل الأول من الباب الخامس منه الذي يأخذ طابع إجرائي في حين نجد أن الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أية توضيحات لكيفيات مباشرته⁽¹⁹⁾، وقد نصت المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على جواز الصمّح في مادة القضاء الكامل بالنسبة للجهات القضائية الإدارية⁽²⁰⁾، وهذا ما يدل على جواز الصلح بالنسبة للتعويض جبرا للضرر في مادة الصفقات العمومية⁽²¹⁾، فإن كان النص على إعمال الصلح جوازيا في مفهوم قانون إ م إ م 08/09 : فإنه يأخذ طابعا إلزاميا في مفهوم قانون الصفقات العمومية لأن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإعمال الحل الودي قبل اللجوء إلى القضاء⁽²²⁾.

1- مدى جواز الصلح في التسوية منازعات الصفقات العمومية: حسب نص المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن الصلح يجوز بصفة مبدئية في كل نزاعات الصفقات العمومية ما لم يوجد نص خاص

يحكم نزاع ما عمال بمبدأ الخاص يقيد العام كما أن هناك نزاعات لا تقبل بطبيعتها عملية الصلح و لا ينطبق عليها(23).

✓ نزاعات الصفقات العمومية التي لا يجوز فيها الصلح:يستبعد الصلح في نزاعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام لوجود قواعد وأساليب محددة مسبقا بالقانون وفي حال المخالفة نحل بواسطة وسائل قانونية أخرى، و لا تقبل الصلح(24).

✓ نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها الصلح :بالنسبة للنزاعات التي تطرأ في مرحلة تنفيذ الصفقة فإن الصلح فيها جائز وهنا نميز بين حالتين :

❖ وهي النزاعات التي تكون الأشخاص العمومية المذكورة في المادة 800 طرفا فيها، حيث أن هذه النزاعات هي نزاعات إدارية يجوز أن تخضع للصلح المتعلق بحل النزاعات الإدارية والذي يحدد مجاله القضاء الكامل .

❖ وهي المنازعات التي تكون المؤسسات المذكورة في الفقرة الأخيرة من المادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 طرفا فيها فإذا كيفت النزاعات المتعلقة بها على أنها نزاعات إدارية فإنها تخضع للصلح المتعلق بالنزاعات الإدارية في مجال القضاء الكامل طبقا لنص المادة 970 أما إذا كيفت النزاعات على أنها نزاعات عادية، فإنها تخضع للصلح المتعلق بالنزاعات العامة و في الأخير نقول أن الصلح يعتبر من أهم الآليات الودية لتسوية منازعات الصفقات العمومية، وبالرغم من ذلك فليس له تطبيق واسع في أرض الواقع خاصة فيما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية .

ثانيا: الوساطة كآلية لتسوية منازعات الصفقات العمومية:

تعد الوساطة آلية قانونية جديدة، والعبرة من إحداثها هي المزايا التي تتمتع بها هذه الآلية ولما توفره من وقت وجهد نفقات على الخصوم(25).

من أجل معرفة مدى جواز الوساطة في تسوية نزاعات الصفقات العمومية كطريق ودي لذلك، فال بد من تحديد النزاعات التي يجوز فيها اللجوء إلى الوساطة، ثم مدى إمكانية اللجوء إليها في منازعات الصفقات العمومية.(26)

1- النزاعات التي يجوز فيها اللجوء إلى الوساطة: هي آلية جديدة، لم تكن موجودة من قبل ولذلك هناك اختلاف حول مجال النزاعات التي يجوز فيها اللجوء إلى الوساطة .والإشكال مطروح خاصة بالنسبة للنزاعات الإدارية و التي تكون الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 طرفا فيها .وحول هذا الموضوع انقسم الفقه الإداري الجزائري إلى رأيين :

هناك رأي: يرى أن الوساطة هي طريق بديل متعلق بالقضايا غير الإدارية، وال يتعلق بالقضايا الإدارية حيث يرى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدد الطرق البديلة في القضايا الإدارية لم يذكر إلا الصلح والتحكيم ولم يشر إلى الوساطة⁽²⁷⁾.

وهناك رأي آخر: على صعيد آخر بجواز اللجوء إلى الوساطة في القضايا الإدارية، وأن المشرع لم يستثنها من النزاع الإداري، حيث يرى بأن خصوصية النزاع الإداري لا تحول دون تطبيق الوساطة عليه بشرط أن لا تمس بالنظام العام⁽²⁸⁾ أو تتعارض و مبادئ القانون الإداري. كما ترى بأن هذا القانون من بين أهدافه مساهمة المنظومة التشريعية الدولية، ليس من جانبها⁽²⁹⁾ المدني فقط وإنما جاء التعبير عام وشامل ولن يقصد منازعة دون أخرى وكال الرأيين المقبولين في بعض من جوانبهما

2- مدى إمكانية اللجوء للوساطة في تسوية نزاعات الصفقات العمومية: الوساطة ليست موجودة في الواقع، وعليه فإنه يصعب تحديد ذلك، ولكن نحاول أن نميز بين حالتين وهي النزاعات التي تكون في مرحلة الإبرام فلا تقبل الوساطة لأن الصفقة العمومية لم تبرم بعد، أما في مرحلة التنفيذ وبالنسبة للصفقات العمومية التي تكون طرف فيها الأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800 فهي تعتبر منازعات إدارية والأرجح أنها تخضع للوساطة ما عدا تلك التي تمس بالنظام العام. أما بالنسبة للنزاعات التي تكون طرفا فيها المؤسسات العمومية المذكورة في فقرة الأخيرة من المادة 806 طرفا فيها، فإذا كيفت أنها نزاعات عادية فإنها تخضع أكيد للوساطة .

تطبيق التحكيم في مجال المنازعات الصفقة العمومية

التحكيم هو الطريق البديل الثاني لحل نزاعات الصفقة العمومية، أدرج ضمن الكتاب الخامس من قانون إ م إ مع الصلح، ويعمل التحكيم خارج مرفق القضاء ودون تدخل من القاضي شريطة أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم قضائي سابق في موضوع⁽³⁰⁾ النزاع، وللجوء إلى التحكيم يتم بفرض الفصل في النزاع من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين من ذوي المعرفة الفنية مع توفير الجهد والوقت، والتحكيم أكثر الآليات فعالية، في مجال الصفقات العمومية، خاصة لترشيد المال العام وكسب الوقت لضمان سير المرفق العام وتميية الحاجات العامة من قبل الإدارة.

وآلية التحكيم من الإصلاحات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث أنه أجاز ولأول مرة اللجوء للتحكيم للهيئات المذكورة في المادة 800 من القانون السالف الذكر في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية أو في مجال الصفقات العمومية⁽³¹⁾، في حين أقصى باقي المؤسسات العمومية المذكورة في نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي تم تعديلها

بموجب المادة من المرسوم الرئاسي رقم : 03/ 13 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁽³²⁾، وهذا ما يحرمها من مزايا اللجوء إلى التحكيم في حال نشوب نزاع في مجال الصفقات العمومية⁽³³⁾.

1- نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم:

تطبيق للقواعد العامة تستنتج استبعاد الصفقات العمومية في مجال التحكيم، حيث لا يجوز الاتفاق على التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام. من جهة أخرى تجد أن المادة 1006، لا تجيز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وأهلية الأشخاص، كما تمنع نفس المادة الأشخاص المعنوية العامة من طلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

ومن المعلوم أن اختصاص التحكيم يقتصر على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط، و هذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض منازعات الصفقات العمومية:

➤ النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقة العمومية؛

➤ النزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، التي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين الأطراف؛

➤ النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها.

2- الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية:

بالرجوع إلى المادة 1/153 من المرسوم الرئاسي 15-247 " تسوى النزاعات في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وكذلك من خلال نص المادتين 975 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على الأشخاص التي يجوز لها طلب التحكيم في مجال الصفقات العمومية.

و تجدر الإشارة أن اللجوء إلى إجراء التحكيم في المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة أحد أطرافها يكون بمبادرة من:

- الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يكون التحكيم متعلق بالدولة- .
- الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي إذا كان التحكيم متعلق بالولاية و البلدية.
- وبالممثل القانوني أو ممثله السلطة الوصية التي تتبعها عندما يكون التحكيم متعلق بمؤسسة⁽³⁴⁾ عمومية ذات طابع إداري

وعليه وبموجب المادة 800 و المادة 975 والمادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإنه يمكننا القول بأن باب التحكيم فتح أمام منازعات الصفقات العمومية و هذا

يعني أنه يمكن للمؤسسات المذكورة في المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية مهما كانت طبيعتها أن تلجأ للتحكيم في منازعات الصفقات التي أبرمتها، إلى جانب الأشخاص المعنوية العامة و ذلك لوجود حقوق لها مطلق التصرف فيها و يفهم من ذلك أن في حال عدم التوصل إلى حل ودي يقضي بإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين في منازعات تنفيذ الصفقات و حسب ما قضت به المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية فإنه يمكن اللجوء إلى التحكيم.

خاتمة:

تسعى الإدارة العمومية دائما إلى إبرام وتنفيذ الصفقة على أكمل وجه، وفي الآجال المحددة من خلال البنود المتفق عليها في دفتر الشروط، باعتبار الصفقات العمومية اتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد فإنه قد تقوم ن نزاعات بين الطرفين سواء أثناء مرحلة الإبرام أو بعدها، ولذلك قام المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 إلى وسائل حل هذه النزاعات.

ونجد المتعامل المتعاقد يتحصل على حقوقه وكافة مستحقاته عند التسليم النهائي للمشرع، وخلال كل هذه العملية نجد كالهما يخضع إلى تنظيم الصفقات العمومية وإجراءاتها المتبعة، وكذا خضوع الإدارة والمتعاقد على حد سواء عند إبرام هذا التعاقد إلى المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية والتي أقرها التنظيم كالشفافية والنزاهة ومبدأ المساواة بما يخدم الطرفين، إلا أنه يتعرض الطرفان المتعاقدان بالرغم من كل هذا إلى نشوء المنازعات المختلفة بينهما، مما يدفع بالإدارة إلى البحث عن حلول لهذه المنازعات بالطرق الودية، حيث حاول المشرع الجزائري ضبط هذه التسويات فيما يخص المنازعات، وإعطائها الحلول اللازمة سواء إداريا أو قضائيا، حتى لا يكون هناك تعسف أو تعدي على حقوق إحداها على الأخر، و أن يلتزم كال الطرفين بالالتزامات المتفق عليها من خلال دفتر الشروط.

الهوامش:

- 1- أنظر خلق هلا كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، 2012-2013، ص2.
- 2- عبد العالي حاجة، منازعات الصفقات العمومية، مجلة المنتدى القانوني، العدد 03، جامعة بسكرة، الجزائر، 2006 ص 40.
- 3- المواد 153-154-155 من المرسوم 15-247.
- 4 - خضري حمزة - الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد - جامعة المسيلة -2016.
- 5- المواد 153-154 من المرسوم 15-247.
- 6- فاضلي سيد علي، "التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية"، مداخلة قدمت ضمن أعمال اليوم الدراسي حول "التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام"، في 23 فيفري 2016، جامعة المسيلة، ص2.
- 7-أنظر المادة 174 من المرسوم 15-247.
- 8- أنظر المادة 82 من المرسوم 15-247.
- 9- أنظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- 10-أنظر المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- 11-فاضلي سيد علي، مرجع سابق، ص 4.
- 12-أنظر المادة 155/03 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- 13-أنظر المادة 135/04 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- 14-أنظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 .
- 15-فقرة الثالثة المادة 82 من المرسوم 15-247.
- 16- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2011، ص186.
- 17-الأمر بالخدمة هو أمر تكلف من خلاله المصلحة المتعاقدة المتعامل المتعاقد معها تنفيذ الصفقة رسميا و بمجرد تبليغه للمتعامل المتعاقد تصبح الصفقة في مرحلة التنفيذ.
- 18- انظر المواد 154-155 من المرسوم من 15-247.
- 19- عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، منشورات بغدادية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009 ، ص 518
- 20- المادة 970 من القانون رقم: 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق،
- 21- عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 521 .
- 22 - المادة 115/ 2 من المرسوم الرئاسي رقم:12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ص17.
- 23- أنظر حليلة حبار، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الجراءات المدنية والدارية الجديدة، مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني 2008 ص 619.

- 24- أنظر عناية رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، 2009، ص 45.
- 25- نظر بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية دار بغداد للنشر والطباعة والتوزيع، الرويبة، 2009، ص 524.
- 26- انظر رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث، المرجع السابق ص 214.
- 27- رأي الأستاذ رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص 220.
- 28- بن صاولة شفيقة، الصلح والوساطة كطريقتين بديلين لفض النزاع الإداري، محلية مجلس الدولة، عدد خاص بمستجدات قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، 2010، ص 53.
- 29- أنظر نفس المرجع ص 54-55.
- 30- عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 534.
- 31- المادة 800 من القانون رقم: 09.08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ، ص 75- .
- 32- المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 10 . 236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ، ص 02.
- 33- المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 13 . 03 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، نفس المرجع، ص 02
- 34- أنظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

عنوان المداخلة: رقابة القضاء الإداري على إبرام الصفقات العمومية

لفقيه بولنوار أستاذ مساعد قسم " أ "

مقدمة:

الصفقات العمومية تتعلق أساسا بتسيير واستهلاك الأموال العمومية، مما جعلها تحضي بحماية دستورية وتشريعية، تجسدت من خلال تنظيمها بإجراءات وضوابط صارمة، وآليات رقابة تسهر المصلحة المتعاقدة على تطبيقها من خلال القرارات التي تصدرها قبل إبرام الصفقة، غير أن هذه القرارات نفسها قد تحيد عن الأهداف التي سطرها المشرع، والمتمثلة في مبادئ المساواة، والعلانية، والشفافية، وحماية المال العام، إضافة إلى أن هذه الصفقات نفسها قد تعثرها عيوب تصاحبها بعد إبرامها، كل هذا قد يكون سبباً للوقوع في دائرة الفساد، الذي يستهدف المال العام، ويمس بمصالح، سواء المتقدمين بطلباتهم أو المتعاقدين بعد ذلك، فإلى أي مدى يمكن أن تساهم رقابة القضاء الإداري في ضمان نزاهة الصفقات العمومية، وبالتالي المساهمة في ترشيد وحماية النفقات العمومية؟

نعالج هذه الإشكالية من خلال المحورين التاليين:

المحور الأول: الرقابة القضائية السابقة على إبرام الصفقة العمومية.

المحور الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة لإبرام الصفقة العمومية.

I. الرقابة القضائية السابقة على إبرام الصفقات العمومية

تصد المصلحة المتعاقدة قبل الإبرام النهائي للصفقة مجموعة من القرارات تضمن من خلالها مبادئ المساواة، والعلانية، والشفافية، وحماية المال العام، التي هي الهدف الأساسي من وراء تنظيم الصفقات العمومية، تعرف هذه القرارات بالقرارات المنفصلة، يمكن الطعن فيها أمام قضاء، سواء بالإلغاء، أو أمام القضاء الاستعجالي لوقف تنفيذها، ويترتب عن الأحكام التي تصدر في هذا الشأن نتائج، هذه الجوانب الثلاث سوف نعالجها في هذا المحور.

1. دعوى إلغاء القرارات الإدارية السابقة على إبرام الصفقة العمومية:

تشمل هذه الدعوى المرفوعة من طرف المتعهد الطاعن كل القرارات الإدارية المتخذة أثناء مراحل اختيار المتعامل المتعاقد، وهي قرارات قابلة للانفصال، أي كل القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة، علما أن صاحب الدعوى لا يسمح له بأن يبني طعنه على حقوق شخصية فهو لا يستطيع أن يدافع عن مركز قانوني ذاتي بدعوى الإلغاء، إنما يجب أن يبني طعنه على أساس أن القرار المنفصل قد خالف القواعد القانونية القائمة، وذلك لأن الطعن بالإلغاء طعن موضوعي لا يحمي سوى المركز القانونية الموضوعية التي يستمدّها الشخص من القانون¹.

نذكر من تلك القرارات:

أ. **قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:** يعد الإعلان عن الصفقة شرطا جوهريا وضعه تنظيم الصفقات العمومية وذلك حتى يصل العلم بالصفقة العمومية إلى كل من تتوفر فيه الشروط اللازمة للقيام بالعملية المعلن عنها، وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة ومبدأ حرية المنافسة ومبدأ حماية الإنتاج الوطني.

من خلال هذا الإعلان فإن الإدارة قد التزمت بمراعاة مجموعة من المبادئ الأساسية للتعاقد، والمتمثلة في العلانية، والشفافية، وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، وحرية المنافسة، والاستعمال الحسن للمال العام، والمساواة في معاملة المترشحين، وهو ما أشارت إليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، و المادة 9 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ولهذا ألزم المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة أن تضمن إعلان الصفقة بيانات إلزامية بمقتضى المادة 62 منه.

وأكدت القرة 1 من المادة 65 من ذات المرسوم على إجبارية نشر إعلان المنقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني. وأضاف الفقرة الثالثة من نفس المادة خصوصيات متعلقة بإعلان مناقصات البلديات والولايات والمؤسسات العمومية الإدارية².

ب. **قرار المنح المؤقت:** استحدث المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية إجراء جديدا وهو المنح المؤقت، وهو عبارة عن إعلان تلتزم الإدارة بنشره في الجرائد اليومية، بمقتضاه يتم إخبار الجمهور بنتيجة الانتقاء والنقاط التي تحصل عليها المتعهد الفائز، وهذا من باب إضفاء الشفافية على الصفقات العمومية³.

ويخضع هذا المنح لمبدأ أساسي هو المنح المؤقت لصاحب أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وذلك وفقا لمعايير محددة حددتها المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهذا يضيف على الصفقة طابع الآلية،

ج. **قرار الحرمان من دخول الصفقة:** لقد خول تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار الحرمان من دخول الصفقة ولو توفرت في عطائه كل الشروط المتطلبة إذا كان الحرمان مستندا إلى نص قانوني، حيث يتم الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملين الاقتصاديين الذين حددتهم المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

د. **قرار إلغاء الصفقة العمومية:** قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إلغاء الصفقة العمومية بعد إعلانها، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك⁴.

هـ. **قرار إبرام الصفقة:** حدد المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية السلطة المختصة بإصدار قرار إبرام الصفقة بموجب المادة 4 منه، وأعطى سلطة تقديرية واسعة في تحديد صاحب العرض لتبرم معه الصفقة العمومية⁵، ويعد القرار الصادر بإبرام العقد في حد ذاته قرارا إداريا يخضع لاختصاص قاضي الإلغاء دون قاضي العقد،

باعتبار أن العقد حال صدور هذا القرار لم يكن قد انعقد، مما يجعله قرارا منفصلا قابلا للطعن بالإلغاء استقلالا عن العقد⁶.

2. دعاوى وقف تنفيذ القرارات السابقة على إبرام الصفقة العمومية:

ابنكر المشرع الفرنسي الدعوى الاستعجالية لوقف تنفيذ القرارات الصادرة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية⁷، وعلى غرار القانون الفرنسي نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الفصل الخامس منه على إمكانية رفع هذه الدعوى تحت عنوان: "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية".

أ. الأسباب المبررة لوقف تنفيذ القرارات السابقة على إبرام الصفقات العمومية:

إذا كانت الأغراض الأساسية لهذه الدعوى هي حماية قواعد الإشهار والمنافسة بصفة خاصة وهو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁸، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي اتجه إلى توسيع هذه الأغراض لتشمل الحالات التالية⁹: والتي هي في حقيقة الأمر تطبيقات للغرضين الأساسيين:

-القواعد المتعلقة بالعلانية و المدد: يعتبر خرق القواعد العلانية في حالة عدم تضمين الإعلان لمختلف البيانات الجوهرية و التي يفرضها القانون، إضافة لذلك عدم مراعاة نشر الإعلانات وفق ما يقرره القانون، و كذلك إذا تعلق الأمر بتجاوز المدة المحددة بموجب القانون لاستلام العروض.

-اختيار إجراء و طريقة إبرام الصفقات العمومية: القاعدة العامة أن إبرام الصفقات العمومية تكون وفقا لطريقة طلب العروض، أما الاستثناء هي طريقة التراضي طبقا لما يحدده القانون¹⁰، يؤدي استخدام إحدى هاتين الطريقتين في غير موضعهما إلى خرق التزامات المنافسة.

-المواصفات و الخصائص التقنية: يجب أن لا تتطوي إحدى المواصفات أو الخصائص التقنية على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب المتعاملين العموميين الآخرين

-عدم احترام الإدارة للشروط المنصوص عليها في الصفقات العمومية: لاسيما ما تضمنه دفتر الشروط.

- قبول الإدارة العروض رغم عدم احترامها لبعض الأوضاع القانونية: إذا كانت هذه الأوضاع تمس بالتزامات المنافسة، وبالمقابل فإن المخالفات التي تؤثر على مشروعية عملية الإبرام لكن لا تؤثر على مبدأ العلانية و المنافسة، لا تدخل ضمن نطاق المخالفات التي تكون محلا للدعوى الاستعجالية، بل على المدعى أن يتجه نحو طلب الإلغاء.

ب. سلطات القاضي الإداري في دعوى وقف تنفيذ القرارات السابقة على إبرام الصفقات العمومية:

يملك القاضي الإداري طبقا للمادة 946 من ق.م.إ. سلطة الأمر، و فرض الغرامة التهديدية، ووقف كل القرارات و الإجراءات المتصلة بعملية الإبرام.

-سلطة الأمر: هي سلطة تمنح للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، عكس ما استقر عليه كل من الفقه والقضاء في فرنسا منذ زمن طويل، حيث جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في -01-1970: "... حيث أنه ليس لمجلس الدولة أن يوجه أوامر للإدارة. وهو ما أخذ به القاضي الإداري الجزائري رغم عدم وجود أي نص قانوني يمنعه من ذلك، هذا ما أكده

مجلس الدولة الجزائري في قراره : "... حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة..."¹¹. و لكن بصدور ق.إ.م.إ الجديد الذي جاء بأحكام تؤكد على إمكانية لجوء القاضي الإداري لتوجيه أوامر للإدارة من خلال المادة 946 منه: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال للالتزامات..."، و بالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال للالتزامات فيما يخص المنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية، والصفقات العمومية.

- **سلطة الوقف** : يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطة وقف إبرام الصفقات العمومية و وقف تنفيذ أي قرار يتصل بها، و هي سلطة مهمة و خطيرة في نفس الوقت لأنها تعمل على شل العملية العقدية، أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لتقرير هذا الوقف، هو وجود أسباب جدية تبيح له اتخاذ هذا القرار أما فيما يخص صعوبة إصلاح الضرر الذي ينتج عن تنفيذ القرار المتصل به، قرر م. د. ف صراحة عدم اشتراطه ضمن الشروط الضرورية لذلك، لأنه بتقرير هذا الشرط يؤدي إلى الحد من فعالية سلطات القاضي الإداري و يضع عليه قيودا يتعلق بضرورة وجود الضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 946 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ. : "و يمكن لها كذلك بمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما"، بحيث يخضع هذا الإجراء للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الإداري الذي يستطيع أن يرفض هذا الوقف لعدم وجود أسباب جدية لدى المدعى.

- **سلطة الحكم بالغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ أوامرها**: قرر م. د. ف في أحد أحكامه الشهيرة: (حكم Barre et Honnet) الصادر في 10/05/1974 أنه إضافة الغرامة التهديدية للأمر يعتبر من قبيل المبادئ العامة للقانون¹².

أما بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري فقد أكد في العديد من أحكامه عدم جواز الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية وفقا لاجتهاد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا، ومجلس الدولة حاليا¹³.

غير أن المادة 946 من ق.إ.م.إ نصت صراحة على إمكانية اللجوء للغرامة التهديدية في مجال الصفقات العمومية وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة من قبل المصلحة المتعاقدة.

ج. شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية السابقة على إبرام الصفقات العمومية.

بقراءة نص المادة 946 ق.إ.م.إ يتبين أن دعوى الاستعجال في مادة إبرام ص. ع تتعلق بأصل الحق، وهو مدى مشروعية القرار المنفصل، وليس مجرد إجراء تحفظي، فالنص تولى على شرط من الشروط التقليدية للدعوى الاستعجالية، وهو ألا يتعلق بأصل الحق، وقرر إجراءات استعجاليه لنزاع يتعلق بأصل الحق. كما يتبين أن القضاء في هذه الحالة يفصل بالتشكيكة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع¹⁴، حيث يرى الأستاذ Richer أن القضاء في هذه الحالة ليس قضاء مستعجلا حقيقيا لأن القاضي يبت بالموضوع أو بأصل الحق في نفس الدعوى¹⁵.

3. النتائج المترتبة على إلغاء القرارات السابقة على إبرام الصفقات العمومية:

الإشكالية المطروحة في حالة إلغاء القرارات الإدارية السابقة على إبرام الصفقة العمومية ، أو بتعبير آخر القرارات الإدارية المصاحبة لإبرام الصفقة العمومية تتمثل في تحديد الآثار المترتبة على إلغاء هذه القرارات.

لقد استقر الاجتهاد منذ زمن على بقاء الصفقة حيز الوجود القانوني على الرغم من إلغاء القرار المنفصل¹⁶، ما لم يتمسك به أحد الطرفين و يطالب بإبطالها بناء على إلغاء القرار المنفصل، و أساس ذلك أن القرارات الإدارية المنفصلة و إن كانت تدخل في تكوين الصفقة و تمهد لإبرامها إلا أنها عملا مستقلا و منفصلا عن عملية التعاقد التي لا تخضع لاختصاص قاضي الإلغاء¹⁷.

إلا أن هناك ثلاث حالات يؤدي فيها إلغاء هذه القرارات إلى إبطال الصفقة¹⁸:

أ. إذا أبرمت الصفقة العمومية بواسطة سلطة غير مختصة:

إذا أبرمت الص.ع بواسطة موظف غير مختص فإنها تكون غير مشروعة، و هذا ما يشكل ركن الخطأ فيجانب المصلحة المتعاقدة يستوجب مسئوليتها إذا ما ألحق ضرر بالتعاقد معها من جراء إبطال الصفقة، و هذا نظرا لأنها تعتبر صحيحة في نظره طالما أنه حسن النية و ذلك لجهله أن الموظف الذي وقع الصفقة لم يكن له الاختصاص في ذلك.

و في هذا الصدد ثار جدال فقهي حول مدى جسامه عدم مشروعية الص.ع لمخالفتها لقاعدة الاختصاص، حيث ذهب البعض إلى اعتبار الصفقة منعدمة و ليست باطلة فحسب إذا كان توقيعها من سلطة غير مختصة ، و كذا الشأن في حالة التفويض بالتوقيع إذا جاوز المفوض حدود التفويض.

أما البعض الآخر فذهب إلى أن الصفقة لا تكون معدومة إلا إذا لم يتم إبرامها، أما الصفقة التي يوقعها موظف غير مختص فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقا تتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام.

ب. في حالة تخلف الإذن بالتعاقد:

قد يستلزم المشرع قبل إبرام بعض الص.ع صدور إذن أو تصريح بالتعاقد من جهة معينة، فإذا تخف فلا وجود للصفقة التي تصبح باطلة بطلانا مطلقا، وتعاقد المصلحة المتعاقدة دون حصولها على الإذن بالتعاقد يشكل في جانبها خطأ يثير مسئوليتها، غير أنه مادامت الصفقة التي أبرمتها الإدارة في هذه الحالة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا فإنه لا يجوز للمتعاقد التمسك بها في مواجهة الإدارة لانعدام الرابطة العقدية، و إنما يمكنه الرجوع عليها إما على أساس الخطأ التقصيري، أو على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، شريطة أن يلحقه ضرر من جراء هذا الخطأ.

و لكن في حالة استفادة المتعاقد من الص.ع الباطلة فإنه لا يمكن المساس بآثارها التي تمت في الماضي استنادا إلى حسن نية هذا المتعاقد و عدم مسئوليته عن خطأ المصلحة المتعاقدة¹⁹.

ج- خطأ المصلحة المتعاقدة في اختيار وسيلة التعاقد:

إن القاعدة العامة في ق.ص.ع الجزائري هي أن تتم عملية الإبرام وفق أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة، و أن لا يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي إلا في الحالات المحددة حصرا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المعدل و المتمم، و من ثم فإنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة الخروج عن هذه القواعد و إلا اعتبر عملها غير مشروع بوجب إبطال الصفقة، و هذا ما استقر عليه قضاء م.د.ف.²⁰.

و لكن يطرح إشكال في هذا الخصوص في حالة ما إذا تعلقت بالصفقة المبرمة وفق أسلوب مخالف للقانون حقوق الغير المتعاقد مع الإدارة، فهنا لا تؤثر هذه المخالفة على الصفقة و لا تؤدي إلى إبطالها، كون أن هذا المتعاقد غير مسؤول عن مخالفة المصلحة المتعاقدة للقانون، و لكن يبقى للغير الخارج عن الرابطة العقدية المطالبة بالتعويض من الإدارة إذا ما لحقه ضرر من جراء هذه المخالفة، و ذلك إما على أساس الخطأ التقصيري، و إما على أساس الإثراء بلا سبب في حالة ما إذا استفادت الإدارة من خدماته.

II. رقابة القضاء الإداري اللاحقة على إبرام الصفقات العمومية:

بعد أن تطرقنا للرقابة القضائية السابقة على إبرام الصفقات العمومية و المتعلقة بكل القرارات والإجراءات المتبعة قبل إبرام الصفقة و البدء في التنفيذ، نتطرق في هذا المحور إلى الرقابة القضائية بعد إبرام الصفقة أي في مرحلة التنفيذ، غير أن ما يهمنا في هذه المداخلة هو ما تعلق بصحة الصفقة في حد ذاتها، دون تلك التي تتعلق بالتصرفات المنافية لبنود العقد، لهذا نقسم هذا المحور إلى بندين نعالج فيهما: 1. دعوى بطلان عقد الصفقة العمومية، 2. النتائج المترتبة على بطلان الصفقة العمومية.

1. دعوى بطلان عقد الصفقة العمومية:

يمكن تعريف هذه الدعوى بأنها دعوى يقيمها أحد أطراف العقد بغية القضاء بإبطاله حيث يشوبه عيب يتعلق بتكوينه أو صحته أو مخالفته شكل أوجب القانون استيفاءه، وتخضع دعوى بطلان العقد لولاية القضاء الكامل إذا كان أساسها تخلف أحد أركانه أو شروط صحته، أما إذا كان أساسها مخالفة العقد للشكل الذي أوجبه القانون فإن الاختصاص ينعقد لقضاء الإلغاء، الذي موضوعه القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في المرحلة التمهيدية السابقة على العقد²¹، وهو ما تناولناه في المحور الأول.

أ. بطلان الصفقة العمومية لعيب يتعلق بالرضا:

تبرم الصفقة بإيجاب صادر من راغب التعاقد مع الإدارة، يتحقق بتقديمه لعطائه في المناقصة التي أعلنت عنها الإدارة، فإذا صادف هذا الإيجاب قبولا من جهة الإدارة بأن أرست عليه المنقصة ووصل إليه العلم بهذا الإرساء انعقد العقد، ويترتب لصحة هذا العقد أن يكون صادر عن ذوي أهلية، وخاليا من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط الجوهرى، التدليس الصادر من أحد الطرفين وكذا الإكراه.

أما الغبن فإنه مستبعد من أن يشوب عقد الصفقة، لأنها تتم في ظروف تنافسية دون تدخلات من الإدارة إلا في الأمور التنظيمية لها فقط²².

والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب أن يكون صادرا من الجهة المختصة بالتعاقد وفقاً للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل²³.

إذا كان الفصل في صحة العقد الإداري متوقفا على الدفع الجدي لمسألة أولية تتعلق بأهلية الشخص الخاص، فإن القاضي يوقف الدعوى، ويحيلها على القاضي العادي ليفصل فيها، ويعتبر هذا الحكم مقيدا للقاضي الإداري.

ب. بطلان الصفقة العمومية لعيب في ركن المحل:

يقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط فيه أن يكون موجودا وممكنا، معيناً أو قابلاً للتعيين، ومما يجوز التعامل به، أي أن يكون مشروعاً²⁴.

والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية في هذا الشأن بالإضافة إلى ما تقتضيه في بعض الأحيان طبيعة العقود الإدارية، ومحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استناداً إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها²⁵.

ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية وذلك بان يكون محل العقد مما يجوز التعامل فيه، فإذا كان غير مشروع يعد العقد باطلا لمخالفته النظام العام، ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1966: "...ومن حيث أن الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام، فإن للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها..."²⁶.

ج. بطلان الصفقة العمومية لعيب في ركن السبب:

إذا وجد الرضا كركن في العقد وكان صحيحاً سالماً من العيوب وانصب هذا العقد على محل جائز وممكن فإنه لا يكفي لتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع، والسبب سواء أكان مباشراً أم غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد إدارياً كان أم مدنياً، وإذا خلا العقد منه عد باطلا لتخلف ركن من أركان العقد. والحقيقة أنه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة، كما يندر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل وذلك لأن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائماً في تحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة²⁷.

2. آثار بطلان الصفقات العمومية:

بطلان الص.ع يترتب عنه انعدام آثارها كلية سواء بالنسبة للماضي أو المستقبل، فتعتبر الصفقة كأن لم تكن، مما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، غير أن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات.

و أثر البطلان المتمثل في عدم ترتيب الصفقة لآثارها كلية، و زوالها بأثر رجعي لا يثير صعوبة إذا لم تكن الالتزامات الناشئة عنها قد نفذت بعد، لأن دور البطلان هنا يصبح مانعاً يحول دون تحقق آثار

الصفقة بحيث لا يمكن المطالبة بتنفيذها، أما إذا كان التنفيذ قد وقع كله أو بعضه فإن تحقيق أثر البطلان يتعدى نتيجة لظهور مراكز واقعية نتيجة هذا التنفيذ، ولاتساع دائرة المستفيدين من هذه المراكز الواقعية، و إرجاع المتعاقدين إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد في هذه الحالة، فإن لكل من الطرفين استرداد ما نفذ، ويكون هذا الاسترداد على أساس دفع غير مستحق، و الالتزام بالرد هنا نتيجة طبيعة يفرضها عدم ترتيب الصفقة الباطلة لآثارها، وفي حالة ما إذا كان ما تسلمه أحد المتعاقدين منفعة لا يستطيع ردها فإنه يلتزم برد التعويض المعادل لها²⁸.

غير أن قاعدة انعدام آثار الص.ع بأثر رجعي ترد عليها بعض الاستثناءات تتمثل فيما يلي²⁹:
1- التقادم: لقد قرر المشرع الجزائري أن دعوى البطلان تتقادم بمضي خمسة عشر سنة، و هذا للحفاظ على استقرار المعاملات.

2- البطلان الجزئي للص.ع: فالبطلان هنا لا يلحق إلا جزء من الصفقة، وفي هذه الحالة يقتصر أثر البطلان على هذا الجزء وحده دون باقي الصفقة التي تبقى قائمة.

3- حسن النية: لا يجوز التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع المتعاقد الحسن النية.

4- مصلحة ناقص الأهلية: في حالة إبطال الص.ع لنقص في أهلية المتعاقد، فإن هذا الأخير لا يلزم برد إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ هذا العقد.

5- العقود الزمنية: في هذه العقود لا يمكن إعمال قاعدة الأثر الرجعي للبطلان، حيث يستحيل إزالة بعض الآثار في هذه العقود والتي ترتبت في الماضي، وهنا يلتزم الطرف المخل بالتزامه بتعويض الطرف الذي نفذ التزامه، ويكون أساس هذا التعويض هو الإثراء بلا سبب.

و من جهة أخرى فإن أحكام م.د.ف تقضي بأحقية المقاول الذي يبدأ في تنفيذ عقد باطل في التعويض إذا ترتب على هذا التنفيذ فائدة للمصلحة المتعاقدة معه، و لكن شريطة ألا يكون هذا التنفيذ بسوء نية، و ألا يمس بالآداب العامة، و ما عدا هذا فإنه لا يشترط أن تكون هذه الأعمال المنفذة ضرورية بل يكفي أن يترتب عليها نفعاً للإدارة، فإذا لم يترتب على هذا التنفيذ أية فائدة للمصلحة المتعاقدة فلا محل للتعويض³⁰.

و يشترط القضاء الإداري الفرنسي أن يكون التنفيذ بموافقة المصلحة المتعاقدة، ولا يشترط أن تكون هذه الموافقة صراحة، إذ يكفي القبول الضمني بأن لا تعترض الإدارة على بدء المقاول في التنفيذ، و لكن إذا كان خطأ المقاول الذي بدأ في التنفيذ صارخاً فإنه يحرم من التعويض، كأن يبدأ في التنفيذ رغم إخطاره بعدم البدء من طرف المصلحة المتعاقدة أو احتجاجها على البدء في التنفيذ، ولقد أسس م.د.ف المسؤولية الشبه العقدية صراحة على فكرة الإثراء بلا سبب تطبيقاً لقاعدة أنهلا يجب أن يثري أحد على حساب الغير، و تقوم هذه النظرية في القانون الإداري على ذات الأسس والقواعد التي تحكم الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام في القانون المدني³¹، وتتمثل هذه الأسس فيما يلي:

إثراء المدين، افتقار الدائن بسبب هذا الإثراء، انعدام السبب القانوني لهذا الإثراء.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة توصلنا الى:

1. مرحلة الإبرام هي أكثر المراحل عرضة لتفشي الفساد الإداري لأنها تشهد تنافسا كبيرا بين مختلف المتعاملين، كما أنه في ظلها يتم إرساء الصفقة و اعتمادها.
2. يساهم القضاء الإداري في مكافحة الفساد من خلال ضمان مبادئ المساواة، والعلانية، والشفافية، وحماية المال العام، ويترتب على عدم الالتزام بها تفشي الفساد الإداري بمختلف صورته، وإهدار المال العام.
3. يلعب القضاء الإداري دورا هاما في مكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية نظرا لاختصاصه بإلغاء القرارات المنفصلة التي إذا كانت معيبة أثرت على سلبا على تحقيق المبادئ التي رسمها المشرع للصفقات العمومية.
4. السوابق القضائية في مجال الصفقات العمومية قليلة جدا، مما يعني قلة اللجوء إلى القضاء الإداري في هذا المجال، رغم صور الفساد الكثيرة التي تصاحب عملية إبرام الصفقة منذ إعلانها.
5. عدم تأثير إلغاء القرارات السابقة على إبرام الصفقة على الصفقة نفسها بعد إبرامها، يفتح المجال لتنفيذ صفقات صاحب مراحل إبرامها بعض صور الفساد.
6. السلطة التقديرية الواسعة التي أعطيت للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد يفتح المجال للفساد، ويصعب من دور القضاء الإداري.

الهوامش:

- ¹ مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 27.
- ² المادة 65 فقرة من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، ج.ر عدد 50، سنة 2015.
- ³ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور للنشر والتوزيع، تبسة، 2007، ص 218.
- ⁴ المادة 73 من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق.
- ⁵ المادة 72، من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع نفسه.
- ⁶ عبد المنعم خليفة عبد العزيز، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاء وتحكيميا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 139.
- ⁷ Bergeal cathrine, Lenica Fredric, Contentieux des marché publics, Imprimerie national, Edition Paris, 2004, p41.
- ⁸ المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09،
- ⁹ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 869.
- ¹⁰ المادة 39 من من المرسوم الرئاسي 247/15، المرجع السابق.
- ¹¹ قرار م .د. ج الصادر بتاريخ 08-03-1999 في قضية بورطل رشيد والي ولاية ميله و من معه، نقلا عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 2.

- ¹² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 880.
- ¹³ الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية-، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 222.
- ¹⁴ أنظر المادة 917م.إ.
- ¹⁵ Richer L'AURENT, Droit des contrats administratifs, T 2, L.G.P.J, PARIS, 1999, P 144.
- ¹⁶ محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات و المناقصات، الكتاب الأول، إبرام العقود الإدارية، دار الكتب المصرية، القاهرة، ص 123.
- ¹⁷ عبد المنعم خليفة عبد العزيز ، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 34.
- ¹⁸ محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق، ص 948.
- ¹⁹ محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 949.
- ²⁰ محمد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 950.
- ²¹ عبد المنعم خليفة عبد العزيز ، تنفيذ العقود الإدارية وتسوية منازعاتها قضاءً وتحكيماً، المرجع السابق، ص 309.
- ²² Bergeal Cathrine, Lenica Frederic, Op.Cit, p123.
- ²³ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع ص 1 .
- ²⁴ محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977، ص 8.
- ²⁵ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 17.
- ²⁶ القضية 1303 في 31 ديسمبر سنة، 1966 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية عشر، القاهرة، ص 502.
- ²⁷ عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 16.
- ²⁸ Bergeal Cathrine, Lenica Frederic, Op.Cit, p154 et s.
- ²⁹ محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 959.
- ³⁰ Bergeal Cathrine, Lenica Frederic, Op.Cit, p.131
- ³¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1991، ص 404.

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

عنوان المداخلة : آليات الوقاية من الفساد في إطار الصفقات العمومية

دندن جمال الدين أستاذ محاضر قسم ب -

مقدمة:

إنّ استفحال ظاهرة الفساد الإداري والمالي خاصة في المؤسسات العمومية، أدت بالمشرع الجزائري على وضع منظومة قانونية الهدف منها الوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتالي حماية المال العام والإقتصاد الوطني ككل، وتعد الصفقات العمومية من أكثر المجالات التي مسها هذا الفساد الإداري والمالي نظرا لكونها مرتبطة بالأموال العمومية، وباعتبارها الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لانجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز وتسيير وتجهيز المرافق العمومية، كان لابد من حمايتها من جميع الجوانب التي تمس بمصداقيتها، وهذا قصد تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشرعية عند إبرام الصفقات العمومية، خصوصا أن بعض الصفقات العمومية المشبوهة عرفت تجاوزات ومخالفات قانونية، هذا ما دفع المشرع إلى إقرار منظومة قانونية صارمة في مجال الصفقات العمومية تمثلت أساسا في كل من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذلك القانون رقم 06-01 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، وقد كانت الغاية الأساسية من إقرار هذه المنظومة هو منع إهدار وتبديد المال العام.

وعليه فعلى ضوء الآليات الوقائية لمكافحة الفساد المعتمدة في إطار تنظيم الصفقات العمومية، يتبادر إلى أذهاننا الإشكالية الآتية: إلى أي مدى ساهم المشرع الجزائري في إقرار آليات كفيلة بالوقاية من الفساد في إطار الصفقات العمومية؟

المحور الأول: ماهية الفساد وعلاقته بالصفقات العمومية

1- تعريف الفساد: هناك من يعرف الفساد على أنه إساءة استعمال السلطة العامة أو الوظيفة العامة للكسب الخاص، والفساد في الحياة العامة يعني سوء استخدام السلطة العامة من أجل كسب أو ربح، أو من

أجل تحقيق مصلحة خاصة، أو من أجل تحقيق منفعة لجماعة أو طبقة ما بالطريقة التي يترتب عليها خرق القانون أو مخالفة التشريع ومعايير السلوك الأخلاقي⁽¹⁾.

كما يعرفه البعض على أنه استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص والفساد يحدث عندما يقوم موظف بقبول أو طلب ابتزاز رشوة، لتسهيل عقد أو إجراء طرح لمنافسة عامة، كما يتم عندما يعرض وكلاء أو وسطاء لشركات أو أعمال خاصة رشواي للإستفادة من سياسات أو إجراءات عامة للتغلب على المنافسين، وتحقيق أرباح خارج إطار القانون⁽²⁾.

وبالتالي نجد أن الفساد هو استعمال الوظيفة العامة بجميع ما يترتب عليها من نفوذ وسلطة لتحقيق منافع شخصية، مالية وغير مالية، وبشكل منافع للقوانين والتعليمات، كما أنه استغلال السلطة للحصول على ربح أو منفعة أو فائدة لصالح شخص أو جماعة أو طبقة بطريقة تشكل انتهاكا للقانون أو لمعايير السلوك الأخلاقي⁽³⁾.

إن مصطلح الفساد جديد في التشريع الجزائري، إذ لم يستعمل قبل العام 2006، كما لم يجرم في قانون العقوبات، غير أنه بعد تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد سنة 2004 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل 2004، كان لزاما عليها تكييف تشريعاتها الداخلية بما يتلاءم وهذه الاتفاقية، فصدر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم، والذي جرم الفساد بمختلف مظاهره⁽⁴⁾.

2- تعريف الصفقة العمومية: تعتبر الصفقات العمومية عقود مكتوبة مبرمة بين مصلحة متعاقدة ومتعامل متعاقد أو أكثر، تحدد فيها حقوق وواجبات كل طرف متعاقد، وتهدف لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة المتعددة والمتنوعة حسب الأهداف والأولويات المسطرة وتشمل هذه العقود إنجاز مواضيع مختلفة سواء تعلق الأمر بإنجاز أشغال أو لوازم، إنجاز دراسات أو تقديم خدمات، يكلف بتنفيذها المتعامل المتعاقد مقابل دفع المستحقات المترتبة عن تأدية الخدمات من طرف المصلحة المتعاقدة.

لقد عرف المشرع الجزائري الصفقة العمومية من خلال ما جاء في المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث نصت على ما يلي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات."

3- علاقة الفساد بالصفقات العمومية على ضوء قانون الفساد: يرى البعض أن أهم مجالات الفساد الذي مس القطاع العمومي هو الصفقات العمومية على اعتبار أنها عقود ممولة بميزانية الدولة حيث ظهر إلى العيان أن هناك الكثير من التجاوزات القانونية في مجال الصفقات العمومية التي تؤدي إلى إهدار وتبديد المال العام، مما دفع المشرع الجزائري إلى إصدار القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي أولى فيه المشرع مكانة خاصة للوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية (5).

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قام بتجريم عديد المظاهر التي يكتسبها الفساد في القطاع العام، والتي كان من بينها: رشوة الموظفين العموميين، والإميازات غير المبررة والرشوة في مجال الصفقات العمومية، لما تكتسبه هاته الصفقات من أهمية كبرى في الاقتصاد الجزائري (6).

وعلى هذا الأساس فإن كل صفقة عمومية متحصل عليها من ارتكاب إحدى هذه الجرائم، يمكن التصريح ببطلانها وانعدام آثارها من قبل الجهة القضائية التي تنتظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية (7).

المحور الثاني: الإجراءات الوقائية من الفساد في مجال الصفقات العمومية

وضع المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تدابير وقائية من الفساد بصفة عامة ومع ذلك تسري هذه التدابير على الصفقات العمومية، ومن أهم هذه المبادئ فرضه مجموعة من الالتزامات على الموظفين العموميين، وكذلك نصه على المبادئ التي تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

أولاً- الإجراءات الوقائية من الفساد الخاصة بالأشخاص الفاعلين في مجال الصفقات العمومية:

1- بالنسبة للأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية:

لم يغفل المشرع الجزائري جانب الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إذ حث على ضرورة إطلاعهم على مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة، وألزمهم على التعهد باحترامها بموجب تصريح (8)، وهذا من شأنه ضمان الأداء السليم والنزيه لما تم تكليفهم به.

في حالة ما إذا تعارضت المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عادي، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتحى عن هذه المهمة (9).

يقتضي تعارض المصالح أن يكون للموظف العمومي أنشطة أخرى أو عمل وظيفي آخر واستثمارات أو مشاريع أو موجودات أو هبات تلتقي مع النشاط العمومي الذي يزاوله كأن يمتلك شخصا أو بواسطة غيره أو زوجه أو أحد أبنائه مؤسسة خاصة تنشط في نفس المجال الذي تنشط فيه المؤسسة أو المصلحة التي يعمل بها أو معنية بنفس المشروع الذي يعمل لصالحه أو من أجله.

كما يقتضي أن يكون من شأن تلاقي المصالح الخاصة للموظف العمومي مع المصلحة العامة أن يؤثر على ممارسته لمهامه بشكل عادي، وبالتالي ينبغي على الموظف العمومي أيا كانت صفته إذا وقع في حالة التناهي أن يلتزم بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها، وإلا تعرض للعقوبات المقررة في القانون، لأنه في هذه الحالة يكون قد أخل بالتزام من الالتزامات التي فرضها القانون وبذلك مستترا على الفساد ومخلا بمبادئ الشفافية التي تقتضيها إدارة الشؤون العامة وتسيير الأموال العمومية (10).

كما تجدر بنا الإشارة على أنه تتنافى العضوية في لجنة التحكيم والعضوية و/أو صفة مقرر في لجنة الصفقات العمومية مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، عندما يتعلق الأمر بنفس الملف .

وفي جانب آخر يتعلق بالأعوان العموميين ومن أجل ضمان ونزاهة الإجراء المتعلق بمنح الصفقة، منع المشرع على لمصلحة المتعاقدة، ولفترة أربع (4) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية، بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما (11).

2- بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين:

لا بد من الإشارة أنه لا يمكن للمتعامل الإقتصادي المتعهد في صفقة عمومية أن يكون في وضعية نزاع مصالح ذي علاقة بالصفقة العمومية المعنية، وفي حالة ظهور هذه الوضعية فإن عليه إعلام المصلحة المتعاقدة (12).

كذلك لا يمكن كذلك للمتعامل الإقتصادي الحائز على صفقة عمومية، في حالة إطلاعه على معلومات تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها، إلا إذا ثبت أن بحوزته من

معلومات لا يخل بمبدأ حرية المنافسة، وفي هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين⁽¹³⁾.

ثانيا - الإلتزام بالمبادئ التي تقوم عليها إجراءات الصفقات العمومية:

تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية على ثلاث مبادئ أساسية، نص عليها قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، وتعتبر هذه المبادئ كآليات للوقاية من الفساد في إطار الصفقات العمومية، وتتمثل هذه المبادئ على النحو الآتي:

1- مبدأ حرية الدخول في المنافسة: تطبيقا لأحكام الدستور فقد جاءت النصوص التشريعية التي أكدت على ضرورة احترام مبدأ حرية المنافسة بشكل عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، لذلك تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها، فلا يوجد أي مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية، والشكلية الواجب اتباعها للدخول في المنافسة.

فحرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا، بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين.

تجدر الإشارة إلى أنه لا وجود لتعارض بين مبدأ حرية المنافسة وقيام الإدارة بمنع أحد الأفراد من الدخول فيها حتى ولو توفرت في عطائه شروط المناقصة أو الممارسة العامة، حيث أن القانون خول للمصلحة المتعاقدة سلطة إصدار قرار حرمان الشخص من دخول الصفقة ولو توفرت فيه كافة الشروط المطلوبة، إذا كان الحرمان مستندا إلى نص قانوني⁽¹⁴⁾.

2- مبدأ المساواة بين المتنافسين: إن عن طريق تطبيق مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فالمساواة أمام المرفق العام تقصي كل تفضيل في اسناد الصفقة وبالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة، لذلك فاحترام المنافسة يعرض الزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين، فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمة المنافسة.

احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين الذي مفاده أنه يجب التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوبة والمواعيد والإجراءات المقررة دون تفرقة بين المتنافسين من جانب الجهة الإدارية، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تعامل جميع المترشحين في المناقصة معاملة متساوية دون تمييز.

يرتب تنظيم الصفقات العمومية جزاء إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق، أو إلى اتخاذ أي تدبير ردعي يمكن أن يصل إلى حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية، وفسخ الصفقة متى ثبت منح مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته لأي شخص، بمناسبة تحضيرها أو إبرامها أو تنفيذها، وهو ما يعني رفض المشرع الجزائري لأي محاباة أو تمييز لصالح أي مترشح في الصفقة العمومية (15).

هذا وفي إطار القضاء على المعاملات التفضيلية داخل الصفقات العمومية، ودون الإخلال بالمتابعات الجزائية، فإن كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لاتخاذ أي تدبير ردعي، لا سيما فسخ أو إلغاء الصفقة العمومية أو الملحق المعني وتسجيل المؤسسة المعنية في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية (16).

3- مبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية: نص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات على مبدأ الشفافية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أقر بوجود اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقا للقانون .

تكريسا للشفافية في الإبرام ينص التنظيم على وجوب إحداث رقابة داخلية قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ أي قبل إرسالها، وذلك بأن تستحدث داخل كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لفتح الأطراف، وإن كان عملها لا يترتب عليه أثر قانوني فإنه يعتبر عمل تمهيدي، بإعداد العروض المقبولة شكلا وتهيئتها لتقييمها من طرف لجنة تقييم العروض، والتي تعمل بداية بالتقييم التقني للعروض ثم التقييم المالي للعروض في مرحلة ثانية بعد اجتياز المرحلة الثانية.

إن توفر المعلومة بكل شفافية للجميع سوف يمنع تفوق منافس على حساب منافس آخر، ذلك أن المتوفر على المعلومة قبل الجميع سيكون له ميزة تنافسية إضافية، وهذا ما سيسمح له بتسيير أحسن لمخطط أعبائه، وهنا يلعب مبدأ التحفظ دورا كبيرا في عدم إفشاء المعلومة المتعلقة بالحاجة المستقبلية للإدارة في إبرام الصفقات، لأن تسريها لطرف دون الآخر يمس بمبدأ الشفافية والمنافسة والعدالة، هذا فضلا عن إمكانية بيع المعلومة في إطار ميكانيزم فاسد، وإن رأت الإدارة أن الالتزام بهذا المبدأ مستحيل، عليها أن تنشر المعلومة المتعلقة بالحاجة المستقبلية المتأكد من تحقيقها إلى كافة المتعاملين الاقتصاديين درءا

للسبب والفساد، وعليه فإن نشر حاجات الإدارة المستقبلية وصفقاتها الحالية على مستوى الأنترنت سيجعل الشفافية تنعز، لأن المعلومة ستصل إلى كافة المتنافسين في آجال متساوية هذا على الأقل نظريا (17).

من جهة أخرى تقتضي الشفافية أن توفر الإدارة المعلومات الكافية والإضافية لكافة المتنافسين، وعليها أيضا أن تعطي المعلومات المتعلقة بالأسباب التي ساهمت في فشل المؤسسات التي لم ترسى عليها الصفقات، ومن جهة أخرى على الإدارة وحتى تتحصل على احسن عرض أن تقوم بتحسين التأهيل القانوني والتقني لديها، وأن تكون قراراتها مبنية على تشاور جماعي دون إنفراد بالقرار.

تقتضي الشفافية أيضا القضاء على ظاهرة الدفع الآجل التي تجعل الكثير من المؤسسات تعزف عن التعاقد، وهذا ما يجعل التكاليف ترتفع نتيجة قلة المنافسة، من جهة أخرى قد تستعمل هذه المسألة للمساومة في إطار ميكانزمات الفساد، وفي هذا الصدد توجد إدارات تورطت مؤسسات للعمل معها قبل توفر الاعتمادات وهذا من شأنه حث المؤسسات على رفع أسعارها نتيجة إرتفاع احتمال خطر عدم التسديد أو تأخره (18).

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على وجوب توفر الشفافية في إبرام الصفقات العمومية ، حيث نصت المادة 09 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010 على مايلي: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية،
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،
- ممارسة كل الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

المحور الثالث: الهيئات المكلفة بمكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية

أصبحت اليوم الاعتداءات الماسة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية تشكل صورة كبيرة من جرائم الفساد الإداري لذلك أخضعها قانون الصفقات العمومية للوقاية، ومن بين الهيئات المكلفة بالوقاية من الفساد في إطار الصفقات العمومية نجد سلطة ضبط الصفقات العمومية وكذلك الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

أولاً- سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

استحدثت المشرع الجزائري هيئة جديدة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، وهي سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع هذه السلطة باستقلالية التسيير، وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية المنازعات، وتوضع هذه السلطة تحت وصاية وزير المالية⁽¹⁹⁾.

وفي إطار تنظيمها لسير الصفقات العمومية، تقوم سلطة ضبط الصفقات العمومية بإعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وعلى هذا الأساس تصدر رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين، هذا إلى جانب قيامها بمهام التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة.

كما تقوم هذه الهيئة بالبت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب، إضافة إلى ذلك أناط إليها المشرع الجزائري مهمة تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية وهذا من شأنه أن يباعد كل التلاعبات بالصفقات العمومية وأموال الدولة.

وإضافة للشفافية تقوم السلطة بإعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثانياً- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:

أسست هذه الهيئة بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع لدى رئيس الجمهورية⁽²⁰⁾، غير أن المشرع الدستوري قام بدسترة هذه الهيئة وهذا بموجب التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016⁽²¹⁾، ولعل الهدف الأساسي من دسترة هذه الهيئة هو إعطائها قوة قانونية من أجل حمايتها من التعدي عليها من طرف

القوانين الأدنى من الدستور، وكذلك حمايتها من التعدي على صلاحياتها من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين بما فيهم رجال الإدارة .

تتولى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد على الخصوص مهمة اقتراح سياسة شاملة للوقاية للفساد، تركز مبادئ دولة الحق والقانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الممتلكات والأموال العمومية، والمساهمة في تطبيقها (22).

والملاحظ على اختصاصاتها أغلبها ذات طابع استشاري فرغم تسميتها بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته إلا أن دورها يتعلق أساسا بالوقاية وليس بالمكافحة، خاصة وأن المادة 22 من القانون رقم 06-01 تنص على أنه يتعين على الهيئة عندما تتوصل إلى وقائع ذات وصف جزائي أن تحول الملف إلى وزير العدل الذي يختص بتحريك الدعوى العمومية عندما الاقتضاء، لكن ومع ذلك فإن صلاحية البحث والتحري تتعارض مع الطابع الإداري للهيئة وعدم تزويدها صراحة بصلاحية الضبط الإداري.

ولعل السؤال المطروح هو أنه كيف يلزم القانون الهيئة برفع يدها على الوقائع ذات الوصف الجزائي من جهة وبيح لها الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في الوقائع من جهة أخرى، وعليه لتفادي عدم الانسجام بين المواد يستحسن إعادة صياغة الفقرة 7 من المادة 20 بحيث تصاغ بمفهوم التحريات الإدارية والتي لا تكون لها حجية أعمال الضبط القضائي تماما مثل المفتشية العامة للمالية وغيرها من الأجهزة الإدارية، وبهذا يكون للهيئة الحق في التفتيش وطلب المعلومات والوثائق من مختلف القطاعات فإن اكتشفت وقائع ترى أنها تحمل وصفا جزائيا أحالتها إلى وزير العدل (23).

خاتمة:

من خلال دراستنا، تبين لنا أن المشرع الجزائري تبنى استراتيجية واضحة فيما يخص حماية المال العام من الفساد خصوصا في مجال تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي أسس منظومة قانونية تجسدت في مجموعة من الآليات الوقائية لمكافحة هذه الظاهرة السلبية التي تؤثر سلبا على الإقتصاد الوطني. غير أنه نظرا لحساسية وصعوبة اكتشاف أساليب الفساد في الصفقات العمومية تبقى المقاربة القانونية لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية ليست الكفيلة وحدها لمعالجة الظاهرة، بل لابد من توافر وتضافر الجهود للقضاء على هذه الظاهرة الخطيرة لحماية المال العام بصفة خاصة، والإقتصاد الوطني بصفة عامة.

الهوامش:

- (1) السيد علي شتا، الفساد الإداري ومجتمع المستقبل، المكتبة المصرية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003، ص 43.
- (2) محمد قاسم القريوتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2001، ص 33.
- (3) نادية عبد الرحيم، الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015، ص 154.
- (4) نادية عبد الرحيم، نفس المرجع، ص 154.
- (5) حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد السابع، جوان 2012، ص 174.
- (6) نادية عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 154.
- (7) أنظر المادة 55 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14.
- (8) أنظر المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50.
- (9) أنظر المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- (10) وسيلة بن بشير، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2013-2014، ص 131.
- (11) أنظر المادة 92 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- (12) أنظر المادة 93 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- (13) أنظر المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- (14) وسيلة بن بشير، مرجع سابق، ص 132.

- (15) بومقورة "م" بزاحي سلوى، مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 15، العدد 01، 2017، ص 290.
- (16) أنظر المادة 89 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- (17) فريد خلاطو، حوكمة الصفقات العمومية في الجزائر: الواقع، التحديات والأجوبة في مواجهة الفساد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015، ص 125.
- (18) فريد خلاطو، نفس المرجع، ص 126.
- (19) أنظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.
- (20) أنظر المادة 18 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم .
- (21) أنظر المادة 202 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14.
- (22) أنظر المادة 203 من دستور 2016.
- (23) حمزة خضري، مرجع سابق، ص 183.

جامعة أمحمد بوقرة-بومرداس-

كلية الحقوق

عنوان المداخلة: تنظيم الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم:

247-15

تريعة نوارة أستاذة محاضرة

مقدمة:

يعرف المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مادته الثانية الصفقات العمومية على أنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بالمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"¹، فهي نوع من أنواع التعاقد الإداري الذي يتميز بأهمية كبيرة باعتبارها القناة التي يتم من خلالها تسخير المال العام لخدمة المصلحة العامة، ولارتباطها مباشرة بالاقتصاد الوطني، لذلك فإنه يتم إخضاع الصفقات العمومية عبر كامل مراحلها لرقابة مستمرة تختلف فيها هيئات الرقابة وإجراءاتها، وتنقسم الرقابة على الصفقات العمومية إلى نوعين ، يتمثل النوع الأول في الرقابة الإدارية أما النوع الثاني فيتمثل في الرقابة القضائية التي تعود للقضاء الإداري.

إن الرقابة الإدارية على الصفقات هي وظيفة إدارية هامة لما تلعبه من دور في التأكد من جودة الأداء والتحقق من تنفيذ ما تم التخطيط له بكفاءة عالية، فهي رقابة تسبق الأحداث فتعمل من أجل التنبيه عن الانحرافات المتوقعة ومنع حدوثها وهو ما يعطيها صفة وقائية²، وتمارس الرقابة الإدارية على الصفقات من خلال أجهزتها الرقابية المنبثقة من داخل الإدارة المبرمة للصفقة، وعليه فإن الرقابة الداخلية هي "القواعد والإجراءات المتبعة لضمان أن البرامج الموضوعية تحقق النتائج المحددة وأن الموارد المستعملة تطابق أو توافق الأهداف المعلن عنها، والقرارات تم اتخاذها بناء على معلومات حقيقية وواقعية وقت اتخاذ القرار"³، لذلك نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن أن تضمن الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية الوقاية الكافية من انحرافات وتجاوزات المصلحة المتعاقدة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنقوم بمعالجة هذا الموضوع في محورين كالآتي:

أولاً: لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

1- تشكيل لجنة فتح الأظرفة:

تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالرقابة على الصفقات العمومية في أول مراحلها وقبل إبرام العقد، حيث نصت المادة 160 من المرسوم 15-247 على أنه "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء في صلب النص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم.

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

ونسنتج من هذه المادة أنه يجب أن تنشئ على مستوى كل الإدارات المنصوص عليها في المادة السادسة من نفس المرسوم والتمثلة في الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية عن الدولة أو من الجماعات الإقليمية لجنة دائمة أو أكثر تقوم بفتح الأظرفة وتقييم العروض.

ويقوم بتحديد تشكيلة هذه اللجنة مسئول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر كما يحدد قواعد تنظيمها وسيرها⁴.

2- تنظيم عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

يعتبر عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عملاً إدارياً وتقنياً حيث تقوم بعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة بناء على رأي مبرر⁵، ولا يشترط نصاب محدد لصحة اجتماع هذه اللجنة عند فتح الأظرفة، فهي تعتبر صحيحة مهما كان عدد أعضائها الحاضرين⁶، أما بالنسبة لتسجيل أشغالها فإن فتح الأظرفة وتقييم العروض يسجلان في سجلين خاصين يقوم الأمر بالصرف بتزقيمهما والتأشير عليهما بالحروف الأولى⁷.

3- مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

من خلال اسم هذه اللجنة في صلب المرسوم رقم 15-247 يمكننا أن نقسم مجال عمل هذه الأخيرة إلى مرحلتين، مرحلة فتح الأظرفة ومرحلة تقييم العروض.

أ- مهام اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة:

تتمثل مهام اللجنة خلال هذه المرحلة في الآتي⁸.

- ✓ تثبيت صحة تسجيل العروض.
- ✓ تقوم بإعداد قائمة المترشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- ✓ تقوم بإعداد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- ✓ توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- ✓ تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة يحمل توقيع جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يتضمن كل التحفيزات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- ✓ دعوة المترشحين أو المتعهدين، عند الاقتضاء كتابيا وعن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية.
- ✓ تقترح على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في محضر إعلان عدم جدوى الإجراء، وذلك في الحالات الآتية⁹:

- ✓ لا يتم استلام أي عرض.
- ✓ لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.
- ✓ لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.
- ✓ تقوم بإرجاع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة الغير مفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين عند الاقتضاء.

ب- مهام اللجنة في مرحلة تقييم العروض:

تتمثل مهام اللجنة خلال هذه المرحلة في الآتي¹⁰:

- ✓ إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام هذا المرسوم، أو موضوع الصفقة.

✓ في حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولى، لا تفتح أظرفة العروض التقنية والمالية والخدمات عند الاقتضاء المتعلقة بالترشيحات المقصاة.

✓ تقوم اللجنة بتحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في الشروط كآآتي:

الأولى: خلال هذه المرحلة تقوم اللجنة بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

الثانية: خلال هذه المرحلة تقوم اللجنة طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية المتمثل في العرض الذي يأخذ الصفة التالية:

- العرض الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمتريشحين المختارين عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة فإن تقييم العروض يستند إلى معيار السعر فقط.

- العرض الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية استنادا إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

- العرض الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا على ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

✓ تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة رفض العقد المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسف في وضعية هيمنته على السوق قد تسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

✓ في حالة ما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا أو مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، تقترح على اللجنة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض بمقرر معل.

✓ تقوم اللجنة عن طريق المصلحة المتعاقدة بإرجاع الأظرفة المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاءها إلى أصحابها دون فتحها، عند الاقتضاء.

✓ تقترح اللجنة في حالة إجراء مسابقة على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين وتدرس عروضهم المالية فيما بعد لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا لعدة معايير،

أما في حالة طلب العروض المحدود، فإنه يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وذلك استنادا لعدة معايير.

ثانيا: تقييم الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية.

حمل المرسوم رقم 15-247 بالنسبة للرقابة الداخلية مجموعة من النقاط السلبية والأخرى الإيجابية نبينها كالآتي:

1- من حيث اللجنة وتركيبتها:

أ- توحيد لجنة الأظرفة وتقييم العروض:

نلاحظ على المرسوم رقم 15-247 أنه أحدث لجنة واحدة لفتح الأظرفة وتقييم العروض بعد أن كان نظام اللجنتين هو المعتمد ف كل قوانين الصفقات العمومية السابقة التي كانت تنص على لجنتين مستقلتين عن بعضهما¹¹.

ب- نظام تعدد لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض:

نصت المادة 160 من هذا المرسوم على وجوب إحداث لجنة واحدة دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتقييم العروض، ويبدو أن الغاية من ذلك هي معالجة ظاهرة تراكم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض وتوحيد هذه اللجنة يؤدي إلى السرعة والفعالية في عملها¹².

ت- تعليق العضوية في اللجنة على شرط الكفاءة:

نصت المادة 160 في فقرتها الثانية من هذا المرسوم على الكفاءة كشرط للعضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

ث- تبعية أعضاء اللجنة للمصلحة المتعاقدة:

اشتطت المادة 160 من هذا المرسوم تبعية أعضاء اللجنة للمصلحة المتعاقدة وهو ما يرتب نتيجتين، الأولى إيجابية أما الثانية فهي سلبية .

الأولى: القضاء على ظاهره تعيين أعضاء من خارج المصلحة المتعاقدة.

الثانية: تبعية أعضاء اللجنة للمصلحة المتعاقدة ينتج عنه خضوعهم لها مما يؤثر سلبا على عملها.

ج- عدم تحديد عدد أعضاء اللجنة:

نلاحظ من خلال المادة 162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أن المرسوم لم يحدد عدد أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بل ترك السلطة في هذا الأمر لمسئول المصلحة المتعاقدة بمقتضى مقرر.

2- من حيث سير وعمل اللجنة:**أ- تكليف مسئول المصلحة المتعاقدة بتنظيم اللجنة:**

نصت المادة 162 من هذا المرسوم مثلما أشرنا إلى ذلك في العناصر السابقة على أن يحدد مسئول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها، وكان الأخرى أن ينظم هذا المجال في المرسوم ولا يتركها لتقدير المصلحة المتعاقدة.

ب- التنظيم الدقيق لعلاقة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مع مسئول المصلحة المتعاقدة:

حيث بين المرسوم رقم 15-247 في المادة 161 أن هذه اللجنة ليست مكلفة بمنح الصفقات العمومية بل هي تمارس عملا إداريا وتقنيا تقدمه للمصلحة المتعاقدة التي تستعين به لإبرام الصفقة.

خاتمة:

وفي النهاية نصل إلى أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد تجنب عددا من العيوب التي انتابت النصوص السابقة في تنظيمها لمجال الصفقات، إلا أن هذا لا يمنع من القول أن استعمال عبارة "تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" تبين لنا إرادة واضح هذا المرسوم في منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية كبيرة وواسعة يقابلها تقليص في فعالية هذه اللجنة.

الهوامش:

¹ مؤرخ في 02 من ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، ج ر 50-ص 03 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015 .

² تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، سنة 2013 ص 117.

³ جليل مونية ، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن خدة ، سنة 2015 ، ص 167.

⁴ المادة 162 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁵ المادة 161 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁶ المادة 162 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁷ المادة 162 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁸ المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁹ المادة 40 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹⁰ المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹¹ د. خضري حمزة ، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، يوم 17/12/2015-جامعة بسكرة ، ص 02.

¹² نفس المرجع ، ص 02.

جامعة عباس لغرور خنشلة

عنوان المداخلة: دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في تكريس الشفافية وحماية المال العام
الدكتورة أونيسي ليندة و طالبة دكتوراه مزياني سهيلة

مقدمة:

تعد الصفقات العمومية أداة إستراتيجية وعنصر أساسي في السياسة الاقتصادية للدولة والتنمية الوطنية، وتشكل المحور الأساسي الذي يعتمد عليه لتنفيذ مختلف البرامج التنموية والاستثمارية، ولهذا أعطت الدولة الجزائرية لها أهمية خاصة وخصصت لها مبالغ مالية لانجازها في برامجها التنموية، كما استحدثت عدة هيئات لرقابتها ، وذلك عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة وذلك من أجل تكريس الشفافية والمحافظة على المال العام و التأكد من إتباع واحترام الأهداف المسطرة والمرجوة من خلال التعاقد .

يعد مبدأ الشفافية من المبادئ الهامة التي يستند إليها في إبرام الصفقة ، ومن خلاله يمكن للإدارة استعادة ثقة المتعاملين معها ، من خلال عدم التخصيص والتفضيل والتمييز بين المتعاملين ، وكذا فتح المجال لكل الراغبين في الترشح للتعاقد معها ومعاملتهم على قدم المساواة ،فمبدأ الشفافية هو الوسيلة التي من خلالها يمكن الوصول إلى تحقيق المبادئ الأخرى المتمثلة في مبدأ المساواة والمنافسة الحرة ، من خلال جعل الأمور واضحة غير مبهمة منذ الوهلة الأولى بالنسبة للمتعاقدين وبالتالي التقليل من تسلط الإدارة¹.

ولتأكيد أكثر لاحترام هذه المبادئ سواء من قبل الإدارة أو المتعاقد معها ، تم إخضاع الصفقات للرقابة وذلك من أجل حماية المال العام سواء تعلق بالرقابة الداخلية أو الخارجية بهدف مراقبة مدى تطابق الصفقات العمومية للقوانين والتنظيمات المعمول بها واحتراما لمبدأ شفافية الإجراءات والتسيير الحسن .

تخضع عملية إبرام الصفقات العمومية لرقابة داخلية قبلية تمارسها السلطة الإدارية بنفسها من طرف الموظفين أو المصالح التابعة لها ، هذا النوع من الرقابة الذاتية لها أهمية جوهرية فيما يتعلق بالسير الحسن للإدارة وحماية مصالحها المالية ،لأنها تعمل على كشف الانحرافات قبل وقوعها ، كونها قائمة على مراجعة دقيقة وفحص لمختلف البيانات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها .

ومن اجل تحقيق ذلك ، تم إثراء قانون تنظيم الصفقات العمومية بقواعد تضمن شفافية الإجراءات والاستعمال الحسن للمال العام، وذلك بإحداث لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16سبتمبر 2015 بدل نظام اللجنتين الذي كان معتمدا في كل قوانين الصفقات العمومية السابقة ، تقوم بالانتقاء طبقا لدفتر الشروط لأحسن عرض من الناحية الاقتصادية وبهذه الصفة تكون هذه اللجنة آلية من آليات حماية المال العام .

وتأسيسا على ما سبق، يطرح تساؤل جوهري يتمثل في (ما مدى فعالية رقابة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على الصفقات العمومية في تكريس الشفافية وحماية المال العام؟)

هذه الإشكالية حاولنا الإجابة عنها من خلال هذه الدراسة، التي اقتضت منا استخدام المنهج التحليلي فيما يتعلق بتحليل النصوص القانونية والأحكام الخاصة بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المحددة في المرسوم الرئاسي 247/15.

وقد قسمنا دراستنا إلى العناصر التالية :

أولا: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

ثانيا: إجراءات عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومهامها

ثالثا: تقييم دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في تكريس الشفافية وحماية المال العام

أولا: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

يمر التعاقد في الصفقات العمومية بمراحل عدة وتعد المراحل السابقة على التعاقدات ذات أهمية قانونية بالغة تتمثل في استكمال الشروط الإجرائية من قبل الإدارة مثل الاعتماد المالي ، دراسة الجدوى والحصول على التصريح بالتعاقد من السلطة الوصية إذا كانت المصلحة المتعاقدة غير أهلة لذلك²، ولعل أهم مرحلة تهمنها هي مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تعتبر من أكثر المسائل التي تعرضت إلى تعديلات في قانون الصفقات العمومية الجديد .

في إطار الرقابة الداخلية أحدث المرسوم الرئاسي 247/15 لجنة دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء ، تدعى في صلب النص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم ، وهذا طبق النص المادة 161³.

من خلال ما تقدم نجد أن المشرع اعتمد نظام تعدد لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض وهذا من أجل معالجة ظاهرة تراكم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض التي عرفت بها بعض المصالح المتعاقدة أثناء سريان قانون الصفقات السابق، ويتعلق الأمر بالمصالح المتعاقدة المركزية التي تبرم مئات الصفقات العمومية سنويا ، ومن ثم يسمح القانون الجديد بإحداث أكثر من لجنة وذلك من أجل ضمان السرعة و الفاعلية في عملية الرقابة .

تتشكل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم ، وهذا خلافا للقانون السابق الذي كان يشترط الكفاءة في لجنة التقييم دون لجنة الفتح ، ومن ثم فإن المشرع أراد بذلك معالجة بعض الحالات التي ثبت فيها تعيين أعوان غير مؤهلين للقيام بصلاحياتهم الرقابية⁴، كما أن اشتراط عنصر الكفاءة والمؤهل من طرف المشرع يعكس مدى الأهمية والخطورة للدور

المنوط باللجنة⁵، زيادة على ذلك فإن قانون الصفقات الجديد اشترط لعضوية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تبعية الموظف للمصلحة المتعاقدة، وبذلك يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من خارج المصلحة المتعاقدة لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة بقدر ما ترتبط ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على المصالح المتعاقدة.

لقد تم التأكيد في نص المادة 211 على ضرورة أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ و مراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويننا مؤهلا في هذا المجال، كما يستفيد الموظفون والأعوان العموميون وفقا للمادة 212 والمكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالاتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك من أجل تحسين مستمر لمؤهلاتهم وكفاءاتهم، وهذا يعد ضمانا لاختيار لأحسن عرض من الناحية الاقتصادية في ظل احترام مبدأ الشفافية والمنافسة وتحقيق الجودة والكلفة المناسبة لحماية للمال العام.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن المادة 8 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من إعداد المدونة الخاصة بالأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة الصفقات العمومية وتنفيذها وإبرامها، حيث جاء هذا التعديل حماية للمال العام وتحقيقا لمبادئ الطلب العمومي⁶.

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247/15 فإن تحديد تشكيلة اللجنة يرجع لمسئول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، لكنه لم يبين الطريقة التي يتم تحديد تشكيلة هذه اللجنة، و بالتالي فمسئول المصلحة المتعاقدة يتمتع بحرية كاملة في اختيار أعضاء اللجنة، كما لم يحدد المرسوم السابق عددا معيناً للأعضاء الذين تتشكل منهم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ولم يشترط أي نصاب معين لانعقادها⁷. غير أن الفقرة الثانية من المادة 162 من المرسوم الرئاسي 247/15 جعلت اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة صحيحة مهما يكن عدد أعضائه الحاضرين، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء.

ثانيا: إجراءات عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومهامها

1- إجراءات عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

لم يتناول المشرع في قانون الصفقات الجديد عمل وسير لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض واكتفى بتكليف مسؤول المصلحة المتعاقدة بتنظيمها وسير عملها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بهما، وذلك بموجب مقرر أو قرار، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة مؤداه أنه لا يمكن أن يتعارض التنظيم القانوني لعمل وسير اللجنة الذي يحدده مسؤول المصلحة المتعاقدة مع الأحكام المقررة بقوة القانون والمتمثلة في عدم اشتراط نصاب معين لانعقاد اللجنة عندما تمارس مهمة فتح الأظرفة

حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 162، واثبات أشغال اللجنة في سجلين خاصين يرقمها الأمر بالصرف ويؤشر عليه بالحروف الأولى .

2: مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

فحسب المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 245/15 تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بدورها بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة ، وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا. تجتمع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في المقر الرسمي لها وهو المصلحة المتعاقدة وتخضع اجتماعاتها لمبدأ العلنية وذلك من خلال تمكين المتعهدين أو من ينوب عنهم حضور أشغال اللجنة . وتقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام التي حددتها المادتين 71 و 72 وذلك على مرحلتين:

1-مرحلة فتح الأظرفة

يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعةفتح أظرفة العروض التقنية والمالية آخر يوم من الأجل المحدد لتحضير العروض ، ويتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف المترشح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض المالية والتقنية ، وتدعو المصلحة المتعاقدة كل المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمتعهدين⁸، تعمل لجنة الفتح والتقييم في هذه المرحلة على التثبت من صحة تسجيل العروض ، وبعدها تعد اللجنة قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفه ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة ، وتعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض وتوقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال ، كما تحرر أثناء انعقاد الجلسة محضر يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين ، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة .

وفي حالة وجود نقص في الوثائق ، يمكن للجنة أن تدعو المرشحين أو المتعهدين كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة ، إلى استكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة ، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، وذلك في أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة . تقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة في المحضر عند الاقتضاء عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليه في المادة 40⁹، وترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها المتعاملين الاقتصاديين ، عند الاقتضاء .

إن الأحكام السابقة التي تنظم مرحلة فتح الأظرفة تركز مبدأ العلنية وتجسد مبدأ الشفافية وذلك راجع للدور الإعدادي الذي تقوم به لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للتحضير للمرحلة الثانية وهي مرحلة التقييم.

2-مرحلة تقييم العروض

بعد إتمام عملية فتح الأظرفة إتمام عملية فتح الأظرفة على النحو السابق ذكره ، تأتي مرحلة دراسة العروض وتتولى ذلك نفس اللجنة وبهذه الصفة تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالمهام التالية¹⁰ :
 إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط أو لموضوع الصفقة ، كما تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير المنصوص عليها في دفتر الشروط .
 وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا ، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم .

وتقوم طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، المتمثل في العرض :

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

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

3- الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر ، إذا كان الاختيار قائما على الجانب التقني للخدمات .

يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا تبين أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني و بأي طريقة كانت ويجب أن يبين الحكم في دفتر الشروط ،وهذا يعني أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تلعب دور رقابي هام في الكشف عن بعض السلوكات التي تؤثر بالدرجة الأولى على المنافسة وللمصلحة المتعاقدة حرية رفض العروض¹¹ ، الأمر الذي يجعل من رأيها رأيا استشاريا فقط.ولهذا يجب أن يدعم دور اللجنة في هذا المجال ويجعل المشرع من الرأي الذي تقدمه إلزامي للمصلحة المتعاقدة للقضاء على السلوكات التي تسبب اختلال المنافسة وذلك من أجل حماية المال العام .

كما يمكن لها أن تطلب عن طريق المصلحة المتعاقدة من المتعامل تبريرات كتابية إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا ، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار ، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة ،تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية ،كما يمكن لها أن تقترح أيضا رفض العرض المالي للمتعامل الاقتصادي إذا كان مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار .

وترد عند الاقتضاء ، عن طريق المصلحة المتعاقدة الأطراف المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها ، كما يمكن لها أيضا أن تستعين بكل كفاءة تحت مسؤوليتها في إطار لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لمساعدة لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض بالقيام بعملها.¹²

ثالثا: تقييم دور لجنة الفتح والتقييم في تكريس الشفافية وحماية المال العام

تكمن أهمية الرقابة عن طريق لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في كشف الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء ، فهي تبنى على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها ، فهي بهذا الشكل تهدف إلى التحكم في إجراءات إبرام الصفقات وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية وتجسيدها لمبدأ الشفافية¹³.

لقد زود المرسوم الرئاسي 247/15 هذه اللجنة بمجموعة من التدابير والأحكام الجديرة بتحقيق مبادئ الطلب العام وتكريس الشفافية بما يحقق هدف ترشيد النفقات العامة وحماية المال العام وتتمثل في التأكيد على ضرورة تشكيل لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم ، وكذلك ضرورة أن يتلقوا تكويناً مؤهلاً في مجال الصفقات العمومية والاستفادة من دورات تكوين وتحسين¹⁴ المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة .، وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن المادة 88 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، من إعداد المدونة الخاصة بأدبيات وأخلاق المهنة للأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذين يطلعون عليها ويوافقون عليها بموجب تصريح ، كما يجب عليهم التوقيع على تصريح آخر بغياب تضارب المصالح .

وعندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في مراقبة صفقة عمومية مع المصلحة العامة و يكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عادي فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتحى عن هذه المهمة¹⁵، كما لا يمكن للمصلحة المتعاقدة ولمدة أربع (4) سنوات أن تمنح صفقة عمومية بأي شكل من الأشكال لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما¹⁶.

كما مكن المرسوم الرئاسي 247/15 اللجنة أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول ، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة بأي طريقة كانت ، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط¹⁷ ، أما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي أن تطلب عن طريق المصلحة المتعاقدة ، كتابيا تبريرات .

إلا أن ما يؤخذ على قانون الصفقات 247/15، أنه جعل رأي لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض استشاري فقط وغير ملزم والكلمة الأولى والأخيرة للمصلحة المتعاقدة التي لها حق إبرام العقد ، كما أنها

تملك سلطة تقديرية في إتمام التعاقد أو العدول عنه بإلغاء الصفقة عندما ترى أن الظروف المحيطة بالصفقة لا يتلاءم مع المصلحة العامة.

خاتمة :

وفي الأخير ومن خلال دراستنا لموضوع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ودورها في تكريس الشفافية وحماية المال العام توصلنا إلى مجموعة من النتائج سوف نقوم باستعراضها أولا ، ثم بعد عرض مجموعة من التوصيات المقترحة حول هذه الدراسة.

أولا:النتائج

-فرض المشرع الجزائري باستحداثه لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض رقابة سابقة على مرحلة إبرام الصفقة ، وهذا ما يكفل قدر من الشفافية في الرقابة الداخلية ومبدأ الجماعية في تسيير الصفقة بدأ من إعداد المشروع إلى مرحلة التقييم بما يضمن منافسة مشروعة بين المتعهدين ويحافظ على حقوق الخزينة .

-تعمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على مراجعة وفحص دقيق لمختلف الملفات والبيانات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها ، فهي بهذا الشكل تهدف إلى التحكم في إجراءات إبرام الصفقات وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية تجسيدا لمبدأ الشفافية.

-تعتبر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض آلية من آليات حماية المال العام ، كونها تتشكل من موظفين مؤهلين يعملون على تحليل العروض على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليه في دفتر الشروط، وذلك لانتقاء احسن عرض من الناحية الاقتصادية في ظل احترام الشروط المتعلقة بالتكلفة والشفافية والجودة.

-تضمن الرقابة التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض الحفاظ على شرعية الصفقة العمومية وعدم خروجها عن الإطار المخصص لها والوقوف بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية على المستوى الوطني والمحلي.

ثانيا:التوصيات

- إن ما يؤخذ على الرقابة التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أنها تمارس داخل المصلحة المتعاقدة ، وليس لها دور تقريرى وان نتائج أعمالها غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة ولهذا يجب إعطاء قيمة لرأيها وجعله ملزم .

- على المشرع أن يحدد شروطا قانونية صارمة تتعلق بالكفاءة والنزاهة النجاعة يجب احترامها من طرف المصلحة العامة في اختيارها لأعضاء اللجنة .

- من أجل الحفاظ على المال العام وحمايته ،يجب تدعيم رقابة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض برقابة مكملة تتم من طرف أشخاص لا علاقة لهم بالمصالح المتعاقدة .

قائمة المراجع :

1. المرسوم الرئاسي 247/15 ، المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ، ج ر ، عدد50، مؤرخة في 20سبتمبر 2015.
2. عبيد الوهاب علاق ،الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة بسكرة ،2004.
3. فرقان فاطمة الزهراء ، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الدولة والمؤسسات ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2007.
4. مونية جليل ،دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية ،حوليات جامعة الجزائر ،العدد31، الجزء الأول .
5. لطيفة بهي ،آليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مجلة الندوة للدراسات القانونية ، العدد الأول ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الوادي ،2013.
6. خضري حمزة ،الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة منشورة على الموقع الالكتروني www.univ-biskra.dz :
7. عبد الرحمان طويرات ، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري ،مداخلة منشورة على الموقع الالكتروني www.univ-medea.dz :
8. إيمان فاطمة الزهراء زروق ، تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة -نظام طلب العروض - ، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني www.asjp.cerist.dz :

¹-لطيفة بهي ،آليات الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مجلة الندوة للدراسات القانونية ، العدد الأول ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الوادي ،2013،ص193.

²- عبد الوهاب علاق ،الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة بسكرة ،2004،ص51

³-أنظر المادة 161 من المرسوم الرئاسي 247/15 ، المؤرخ في 16سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ، ج ر ، عدد50، مؤرخة في 20سبتمبر 2015.

⁴- خضري حمزة ،الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد ، مداخلة منشورة على الموقع الالكتروني www.univ-biskra.dz :

⁵- عبد الرحمان طويرات ، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري ،مداخلة منشورة على الموقع الالكتروني www.univ-medea.dz :

⁶- مونية جليل ،دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية ،حوليات جامعة الجزائر ،العدد31، الجزء الأول ،ص397

- 7- تنص الفقرة الأولى من المادة 162 من المرسوم الرئاسي 247/15 على: يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر ،
تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها .
- 8- أنظر بالتفصيل المادة 70 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- 9- يعلن عن عدم جدوى طلب العروض وفقا للفقرة الثانية من المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 عندما لا يتم استلام أي عرض أو عندما لا يتم الإعلان ، بعد تقييم العروض عن أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجيات .
- 10- أنظر بالتفصيل المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- 11- إيمان فاطمة الزهراء زروق ، تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة -نظام طلب العروض - ، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني: www.asjp.cerist.dz
- 12- أنظر الفقرة الثانية من المادة 160 من المرسوم الرئاسي 247/15
- 13- فرقان فاطمة الزهراء ، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الدولة والمؤسسات ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2007، ص 10 .
- 14- انظر بالتفصيل المادة 88 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- 15- انظر المادة 90 من نفس المرسوم .
- 16- انظر المادة 91 من نفس المرسوم.
- 17- مونية جليل ، دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية ، مرجع سابق ، ص 397.