



جامعة اقلي محند اولحاج - البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات
العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص: إدارة ومالية

إشراف الأستاذ:

د/ محمد عيساوي

إعداد الطالب:

محمد سالم

لجنة المناقشة

الدكتورة: د/ ناصر حمودي..... رئيسا

الأستاذ: د/ محمد عيساوي..... مشرفا و مقررا

الأستاذ: سمير خليفي..... ممتحنا

السنة الجامعية 2015/2014

الإهداء

إلى روح الوالدين رحمهما الله و أسكنهما فسيح جناته
إلى روح أخي لخضر و شويحة رشيد رحمهما الله و أسكنهما فسيح
جناته

إلى أختي خضراء وزوجها وأولادهما

إلى كل إخوتي وأخواتي وأولادهم

إلى كل الزملاء و الأصدقاء

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع

محمد سالم

شكر

الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله... و بعد
أول الشكر و آخره لله العلي القدير الذي منحني القوة و العزم
لإنجاز هذا العمل.

كما أتوجه بجزيل الشكر و عظيم التقدير و العرفان إلى
الأستاذ المشرف الدكتور "محمد عيسوي" الذي أمدني
بالتوجيهات و النصائح القيمة

و لم يبخل علي من وقته و لا من معلوماته التي ساهمت بإثراء
هذا العمل،

فجزاه الله عنى خيرا.

كما أشكر أعضاء اللجنة الدكتور حمودي ناصر

والأستاذ خليفني سمير

كما أشكر كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد.

محمد سالم

يكتسي موضوع الصفقات العمومية أهمية بالغة لإقتصاديات الدول وتتبع هذه الأهمية من كون الصفة العمومية الطريقة القانونية التي تستخدمها الحكومة ممثلة في الإدارات العمومية التابعة لها ، لتنفيذ مختلف مشاريعها وتجسيد برامجها، وذلك باللجوء إلى التعاقد من خلال إبرام الصفقات مع مختلف المتعاملين لإنجاز المشاريع بأعلى جودة ممكنة وبأقل التكاليف وفي أقصر الآجال الممكنة ، كما أن الصفقات العمومية هي الإطار القانوني الذي يحكم كيفية إنفاق الميزانية المخصصة للتجهيز ، وبالتالي يجب أن يكون محكما بحيث يضمن الرقابة على إنفاق المال العام وتحصينه من الفساد.

و منه فإن فعالية أداء الحكومة وأداء المؤسسات من جهة وحماية المال العام من جهة أخرى مقرون بفعالية نظام الصفقات العمومية، وهذا من خلال اعتماد أسلوب المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الأنشطة الاقتصادية للمتعامل العمومي بوجه خاص يجعلها من ركائز النظام الاقتصادي في الدولة لما توفره من حماية فعالة للمال العام حيث يسمح بالإستعمال العقلاني للموارد العمومية ، ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة ، فحرية المنافسة تعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتتنوع في الخيارات تسمح للإدارة باستعمال مواردها استعمالا رشيدا وعقلانيا وهذا ما يضفي على طلباتها الشفافية والنزاهة.

أولى المشرع لموضوع المنافسة في الصفقات عناية خاصة وذلك من خلال قانون الصفقات العمومية¹ الذي يهدف بدوره إلى تحديد الأحكام الخاصة بالتباري والمنافسة لنيل الطلبات العمومية وكذلك قانون المنافسة²، الذي يرمي إلى تنظيم المنافسة وتحديد قواعد حمايتها

¹ امرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر رقم 58 صادرة في 2010/10/07.

² أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر رقم 43، صادرة في 2003/07/20 معدل ومتمم.

لزيادة الفاعلية الاقتصادية يمكن إستنباط الأحكام المشتركة بينهما سواء من خلال الضمانات المتعلقة بحرية الدخول للطلبات العمومية أو المساواة بين المتنافسين وتوفير العلانية والشفافية لإجراء الصفقات، ومن أجل توفير الضمانات اللازمة لمبدأ حرية المنافسة فإن المشرع أدخل أحكاما جديدة في قانون الصفقات مستوحاة من قانون المنافسة الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الإقتصادي.

يدل الاهتمام المتزايد بحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها في المجال الإداري ومن خلاله إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة ومراعاته أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية.

فقد أعطى المشرع لهذا النوع من العقود إطارا تنظيميا خاصا يتمثل في مراسيم رئاسية وتنفيذية تتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث عرف النظام القانوني للصفقات العمومية تطورا ملحوظا منذ الاستقلال، ولقد خصها المشرع الجزائري بترسانة من القوانين مرورا بالأمر رقم 90/67 إلى غاية المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم .

وهذا كله حرصا من المشرع الجزائري على توفير منظومة قانونية متكاملة تحكم العمل التعاقدى بمختلف أشكاله وأنواعه، ففقد الوسائل التي يتم بها هذا التعاقد وأعطى من الامتيازات ما يخدم المصلحة العامة، لكن هذه النصوص لن تصل إلى المبتغى في ظل تواجد التلاعبات في مجال الصفقات العمومية وكذلك في وجود الفساد من خلال الفضائح التي تنتشر يوميا عن الجهات الإدارية المختلفة، الأمر الذي جعل الشبهات تحوم حول كيفية إبرام الصفقات، فأصبح العام والخاص متيقنا بأن إبرام الصفقات لا يتم إلا بموجب صفقات تبرم في الكواليس، أما ما هو ظاهر يعد سوى تمثيل شكلي لا غير ومنه يذفن مبدأ المنافسة في هذا المجال.

وفضلا عن ذلك فإن المشرع عدل تنظيم الصفقات العمومية ليعزز آليات الوقاية من الفساد، ويؤكد في كل مرة على جملة من المبادئ المتعلقة بكيفية التعاقد في مجال الصفقات العمومية، ومحاولة ضبطه على نحو يكرس مبدأ الشفافية والمنافسة الشريفة.

و من خلال كل هذا سنحاول البحث في موضوع تكريس مبدأ حرية المنافسة في

الصفقات العمومية

ومنه يمكن طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ومعالجة مختلف جوانب الموضوع اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهجين الوصفي والتحليلي. وعليه وبناءا على ما تقدم، ولإعطاء هذا الموضوع حقه من البحث ارتأينا تناوله في فصلين مستقلين، حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة كل ما يتعلق بالضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.

أما الفصل الثاني نتطرق فيه على الضمانات القضائية لمبدأ حرية المنافسة في

الصفقات العمومية.

الفصل الأول

الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

باعتبار المنافسة من المنظور القانوني هي مجموع القواعد والإجراءات الإدارية التي يجب على الإدارة احترامها وإتباعها من أجل إيجاد المقاول أو المورد أو مقدم الخدمات الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة بشكل جيد وبقضي على المشتري العمومي تسهيل مهمة المرشحين لنيل الصفقة في تقديم ترشيحاتهم، وعروضهم بكل حرية ومعاملتهم على قدم المساواة في ظل شروط وإجراءات واضحة وشفافة وسنتطرق فيه إلى مبحثين: إجراءات الإعداد في إطار احترام قواعد المنافسة (المبحث الأول)، مظاهر تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات الإعداد في إطار احترام قواعد المنافسة

نظرا للأهمية التي تكتسيها الصفقات العمومية من مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، فقد أحاط قانون الصفقات العمومية عملية إبرامها بالعديد من القيود والإجراءات وذلك بغرض حماية المال العام وضمان مبدأ المساواة وتمكين الإدارة من اختيار أفضل المتقدمين للتعاقد معها.

حدد المشرع الجزائري إجراءات إعداد الصفقة وذلك بفتح المجال أمام المتنافسين لتقديم عروضهم وتمكينهم من الإطلاع على كل المعلومات التي تتعلق بالصفقة المراد إبرامها مراعيًا في ذلك جملة من المبادئ الأساسية المتمثلة في مبدأ العلانية والشفافية وكذا مبدأ المنافسة والمساواة بين المتنافسين، هذه المبادئ التي تقتضي جميعها إعلام المتنافسين ومنحهم أجلا محدد كافي وإخضاعهم لقواعد المنافسة دون التمييز بينهم، وأن تكون قواعد الاختيار محددة وواضحة، وهذه المبادئ تكون أكبر في ظل صدور مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية منذ عام 2002.

وعلى هذا الأساس فإن حرية التقدم للصفقات العمومية مبدأ ملزم للمصلحة المتعاقدة ومرد ذلك الارتباط الأكيد بين هذا المبدأ والمنافسة،¹ وبناءً على هذا المبدأ فإن المصلحة المتعاقدة عليها إتباع نفس كفيات الإبرام التي نص عليها القانون. ومنه سوف نتناول كيفية وإجراءات إبرام الصفقة العمومية (المطلب الأول) ومراحل إبرام الصفقات العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كيفية وإجراءات إبرام الصفقة العمومية.

رجوعاً لأحكام المرسوم الرئاسي 236/10 نجده قد عد طرق إبرام الصفقات العمومية ورسمها في طريقتين أساسيتين وهما أسلوب المناقصة وأسلوب التراضي. كما أولى المشرع لطريقة المناقصة أهمية خاصة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، فخصص لها دون غيرها كما هائلاً من المواد وهذا أمر في غاية طبيعته من منطلق أن أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة في مجال التعاقد بالنسبة للإدارات العمومية وأن أسلوب التراضي يعد الاستثناء.

بحيث أن مكافحة الفساد تقتضي تبني سياسة متكاملة لذا لم تتوقف جهود المشرع على إخضاع الموظف العام لقواعد توظيف متطورة وتقرير مبادئ هامة تقوم عليها إجراءات إبرام الصفقات والقوالب والطرق التي رسمها لها القانون مسبقاً، فلا تترك مجالاً لحرية المصلحة المتعاقدة وذلك من خلال اعتبار المناقصة القاعدة في إبرام الصفقات العمومية (الفرع الأول) وجعل التراضي أسلوباً استثنائياً (الفرع الثاني)، وهو ما أكدته أحكام المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 التي جاءت فيها "إبرام الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".

¹ سيد أحمد محمد بار الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007 ص 61 .

الفرع الأول: المناقصة أساس المنافسة لإبرام الصفقات العمومية.

المناقصة من أهم آليات الوقاية من الفساد لما تكتسيه من قواعد وإجراءات خاصة تهدف إلى تحقيق المنافسة بين عدة مترشحين، على أن يتم إرساء الصفقة آليا لمن يقدم أقل سعر دون إهمال الجانب الفني للصفقة وبذلك تصبح المصلحة المتعاقدة في أسلوب المناقصة مفيدة مقارنة بغيرها من الآليات، هذا ما يبرر إلزام المصلحة المتعاقدة بإفراغ تعاقدها ضمن الأشكال المقررة قانونا وتقييدها بالإجراءات والقواعد عند إعمال هذا الأسلوب. وباعتبار المناقصة أهم أساليب اختيار المتعامل المتعاقد باعتبارها القاعدة العامة بالرجوع للنص الفرنسي نجده ينص على أن:

« Les marches publics sont passes selon la procedured'appel d'offres ».

أي أن المصطلح المقابل للمناقصة هو *appel d'offres* الذي يقصد به "طلب العروض"، وهذه الترجمة لا تستقيم والمنطق القانوني ولم ينتبه المشرع إلى ذلك حتى في تعديل المنظومة القانونية للصفقات العمومية، ولهذا طلب العروض أسلوب من أساليب التعاقد الإداري يتيح للمصلحة المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد في إطار المنافسة¹، والمادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 جاءت بتعريف المناقصة على أنها "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض" من أحكام هذه المادة دلّ المشرع على تطبيق مبدأ التنافس وذلك بفتح مجال المشاركة.

¹ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 85

إذن فالمناقصة تشكل الأصل العام والإجراء التقليدي لإبرام الصفقات العمومية، ويمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية ويمكن أن تأخذ أحد الأشكال التي نصت عليهم المادة 28 من نظام الصفقات العمومية، وهي المناقصة المفتوحة أو المحدودة والاستشارة الانتقائية المزايمة والمساابقة.¹

أولاً - أشكال المناقصة: ونفصلها بإيجاز فيما يلي:

01 - المناقصة المفتوحة:

تعرف على أنها إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً² ويسمح فيها بالاشتراك لمن يشاء وهذا بعد إجراء الإعلان وتلتزم الإدارة باختيار أفضل المتنافسين من حيث الشروط المالية فهذا الأسلوب يغير من أساليب التعاقد في شكل مناقصة مفتوحة يكفل لكل عارض تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة أمام العارضين فليس هناك شروط انتقائية أو إقصائية، وبإمكان من توفرت فيهم شروط المناقصة العامة المعلن عنها في المشاركة فيها وتقديم العرض بمعنى يسمح فيها بالاشتراك لمن يشاء وذلك بعد إجراء الإعلان لمن يلزم الإدارة اختيار أفضل من يتقدم من بين المتنافسين من حيث الشروط المالية، كما تلجأ الإدارة إلى هذا النوع من المناقصات في المشاريع أو الأعمال التي يمكن أن تطلب كفاءة وخبرة فنية وكفاءة عالية.

02 - المناقصة المحدودة:

إن المناقصة المحدودة هي تعتبر صورة من صور المناقصة، بحيث هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط، بحيث أن هذه

¹ حميدة أحمد سرير، مداخلة بعنوان الصفقات العمومية وطرق إبرامها، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات في كلية الحقوق، جامعة المدية، 2013 .

²، مرجع سابق. أنظر المادة 29 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

الشروط تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً، وتعد شكل خاص من أشكال المناقصات تفرضها بعض التعاقدات التي تتطلب كفاءات فنية خاصة¹، حيث تقدم فيها المشاركة على المقاولين المعنيين أو فنيين ذوي خبرة عالية وتختارهم الإدارة مسبقاً لثبوت كفاءتهم الفنية والمعنوية. وعليه يمكن القول بأنه بالرغم من أن أسلوب المناقصة المحدودة يقتصر فقط على متنافسين معينين وأن الإدارة لها سلطة الاختيار لمن يحق لهم دخول المنافسة، إلا أن إرساء مبدأ المنافسة يظهر من خلال الدعوة للمنافسة، والجدير بالذكر أن المناقصة المحدودة تخضع لنفس القواعد والإجراءات التي تخضع لها المناقصة المفتوحة وذلك من خلال الإعلان، حيث أن المشرع أخضعها إلى الإشهار الصحفي.

03-الإستشارة الإنتقائية:

حسب المادة 31 من المرسوم الرئاسي 236/10 هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عروضهم هم المدعون خصيصاً لهذا العرض بعد انتقاء أولي والمستوفون للشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة مستقبلاً، ويتم اختيار هذا الأسلوب بشأن العمليات المعتمدة والهامة، وتكون قائمة المؤسسات محددة بقائمة، وتستلم المؤسسة ملف المناقصة بعد دعوتها للمنافسة بموجب رسالة، وتتم دراسة العروض وإعطاء الصفة للمترشح بنفس كفيات المناقصة المفتوحة. ونشير أن المشرع قد حدد عدد المترشحين بثلاثة مترشحين على الأقل، وفي حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي أدنى من ثلاثة فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى الانتقاء الأولي.

وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي يشترط أن لا يقل عدد المؤسسات المدعوة للمشاركة

عن خمسة مترشحين .²

¹ د محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 65 .

² Laureneat Richer. Droit des contrats administratifs. 2'eme edition. L.G.D.J Paris. P345

03- المزايدة:

لقد إستقرت الأنظمة القانونية العالمية على أن المناقصة والمزايدة هما طريقتان أساسيتان لإبرام العقود الإدارية، وفي كلتا الطريقتين فإن الإدارة تلتزم باختيار أفضل ممن يتقدم للتعاقد معها سواء من الناحية المالية أو الخدمة المطلوبة، إلا أن النظام الجزائري يعتبر المزايدة شكل من أشكال المناقصة وطريقة لإجراء الصفقات العمومية.

فأسلوب المزايدة تلجأ إليه الإدارة العمومية عندما تريد أن تبيع أو تؤجر شيء من أملاكها وتستعملها كذلك عندما تريد الحصول على توريدات فتلتزم الإدارة بمقتضاها في الحالة الأولى باختيار الطرف المتعاقد الذي يقدم أعلى ثمن، أما في الثانية فإنها تختار الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، ولا تحضى بذلك إلا المؤسسات المقيمة في الجزائر.

و يتم الإعلان عن المزايدة بالطرق القانونية وبالتعليق، وذلك قبل 30 يوما آخر أجل لإيداع العروض ويمكن تقليص هذا الأجل في حالات الاستعجال.

ويحدد الإعلان موضوع الصفقة ومكان استلام دفتر الشروط وآخر أجل لإيداع العروض النوعية والمؤهل بينما يحتوي الظرف الداخلي على العرض، ثم يتم فتح الأظرف علنيا مع إقصاء المترشحين الذين لا يستوفون الشروط، ثم تفتح الأظرفة المتعلقة بالسعر ويكون أمام حالتين بخصوص تسليم الصفقة.

إذا كانت الأسعار المقترحة أكبر من الثمن المحدد تعلن المزايدة بدون حدود، وإذا كانت الأسعار المقترحة أقل أو تساوي السعر المحدد فإن المهتم الذي قدم أفضل عرض هو الذي يستحق الصفقة.

04- المسابقة:

حسب المادة 34 معدلة من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10 هي إجراء يضع رجال

الفن في المنافسة من أجل مشروع يشتمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية وفنية

خاصة، وقد تنصب المسابقة على فكرة مشروع أو تنفيذه أو فكرة مشروع وتنفيذه معا. وهذا الإجراء يعد الاستثناء على القاعدة ذلك أن الإدارة هي التي تحدد خصائص الخدمات المطلوبة، بينما في هذا الإجراء فإن المترشح هو الذي يقدم خدماته وما على الإدارة إلا إختيار العرض الذي يستجيب واحتياجاتها ويتم الإعلان عنها أيضا بالطرق القانونية السالفة الذكر.

ويمكن القول أن المصلحة المتعاقد تلجأ للمسابقة كأسلوب للتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض المقدمة من قبل المتنافسين، أو كما سماهم المشرع "رجال الفن" بفتح المجال أمام الجميع للمشاركة.

رغم الأهمية التي تكتسيها المناقصة، إلا أن هناك حالات محددة تتطلب الإستعجال في إبرام الصفقات العمومية ولا يمكن معها اللجوء إلى الأسلوب المناقصة، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أسلوب التراضي فما مفهومه؟ و ماهي الحالات التي تمكن اللجوء إليه ومدى تكريسها لمبدأ حرية المنافسة؟

الفرع الثاني: أسلوب التراضي le gré a gré.

إن التراضي طريقة من طرق التعاقد تتمتع فيها الإدارة بحرية اختيار المتعاقدين معها إذا لم تحقق المناقصة العرض المطلوب في بعض الأحوال الخاصة في تطبيقاتها العملية فطريقة المناقصة تتم ببطء وطول الإجراءات، فلا يمكن الاعتماد عليها في حالة الاستعجال.¹

ويسمى هذا الأسلوب أيضا بإسم الاتفاق المباشر وهو أسلوب أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه وذلك في إطار من المنافسة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد، مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب بشرط

¹د. ماجد راغب الطلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004 ص84.

الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب في هذه الحالة الإدارة مثل فرد عادي يفاوض بكل حرية وتختار الأحسن، ولقد تناول المشرع الجزائري كيفية التراضي لأول مرة في المادة 60 من الأمر 90/67 المنظم للصفقات العمومية والتي نصت على " تسمى صفقات التراضي تلك التي تتفاوض فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم وتمنح الصفقات لمن تختار منهم".

أما المادة 61 من نفس الأمر تعرضت لذكر الحالات التي تجيز للإدارة اللجوء إلى التراضي.

ومن خلال هاتين المادتين يمكن توجيه ملاحظات في هذا الشأن تتمثل فيما يلي:

لقد اقتصر المشرع الجزائري على ذكر مبدأ المنافسة في هذا الأسلوب دون تحديد للحالات التي تلتزم الإدارة فيها بتطبيق هذا المبدأ، وكذلك الإدارة تتمتع بحرية كبيرة في اختيار المتعاقد معها دون تنظيم منافسة.¹

وبناء على نص المادة 25 من المرسوم الرئاسي 236/10 من قانون الصفقات العمومية فإن التراضي يعتبر أسلوب استثنائي لاختيار المتعامل المتعاقد، وقد عرفته المادة 1/27 على أنه التراضي إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط، أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

أولا- التراضي البسيط: gré a gré simple

لقد عرفه نص المادة 27 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 236.10 بأنه قاعدة استثنائية لإبرام العقود، ولا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 منه² وهي

¹ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية عامة، جامعة الجزائر 2002، ص 65 .

² انظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10.

محدودة على سبيل الحصر ومنه فإن المصلحة المتعاقدة لا تلجأ لأسلوب التراضي البسيط إلا إذا توافرت حالة من هذه الحالات والتي هي معظمها تتسم بطابع السرية والاستعجال والتي تتطلب عند تنفيذها ألا تتجاوز حدود مالية معينة وكفاءة عالية.

و الملاحظ من هذا الشكل أن المنافسة مغيبة تماما بحكم أن المصلحة المتعاقدة تختار عادة المتعامل دون اللجوء إلى مراحل إبرام الصفقة أي تختاره مباشرة وهذا مع احترام الحالات التي تجيز ذلك.

ثانيا - التراضي بعد الاستشارة:

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط.¹

ويكون تنظيم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكلية أخرى أي إبرام الصفقة بإقامة المنافسة ودون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للإشهار المطولة. يمكن اللجوء إلى صيغة التراضي بعد الاستشارة في الحالات التي حددتها المادة 44² من المرسوم الرئاسي 236/10 وهي في حالة عدم الجدوى، المتمثلة في استلام عرضا واحدا فقط أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المسلمة وحالة بعض الصفقات ذات الطبيعة الخاصة وحالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة والحالة المتعلقة بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون للحكومة. أحيانا يكون إجراء المنافسة غير مجدي وغير محقق للأهداف المرجوة منه،

¹ خرشي النوي، تسيير مشاريع في إطار تنظيم الصفقات، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص170.

² انظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي 236/10

وبناء على ذلك تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى التفاوض للحصول على أفضل خدمة من الناحية التقنية والمالية تلبية لهذه الحاجيات.¹

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها سابقا على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الاستشارة لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة.

ورغم أن التنظيم القانوني للصفقات العمومية حصر إتباع المصلحة المتعاقدة لأحد أشكال التراضي بتوافر إحدى الحالات وإعمالها، إلا أنه يؤخذ عليه إيراد هذه الحالات بشيء من الغموض وعدم الضبط، ذلك أنها حالات فضفاضة تحتاج للتحديد والتوضيح كما أنها وردت في شكل مطنب ومتكرر وهذا من شأنه أن يؤثر على عملية اختيار المتعاقد الكفاء. ولكن ما يلاحظ على هذا الأسلوب أنه يكرس مبدأ حرية المنافسة ولو جزئيا بحكم أن المصلحة المتعاقدة تستدعي المتعاقدين وتستشيرهم وتفتح المجال للمنافسة فيما بينهم وهذا عكس أو على خلاف التراضي البسيط.

ويمكن القول من خلال ما سبق الإشارة إليه أن قانون الصفقات العمومية قد حدد طرق إبرام الصفقة العمومية وحصرها في الأسلوبين السابقين، حيث أنه أولى لإجراءات المناقصة أهمية خاصة وذلك من خلال تحديد وضبط مضمون كل إجراء يتخذ في كل مرحلة على حدا، توخيا منه وحرصا على اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعاقد المتعاقد الكفاء، وذلك من خلال تأديته لمهامه بأقل تكلفة وأحسن الفنيات والأساليب وذلك حفاظا على المال العام من التبيد وسوء الإستغلال كما فسح مجالا للمصلحة المتعاقدة بإعمال أسلوب التراضي بشكليه وقيدها بتوافر إحدى الحالات المذكورة آنفا، وأن المصلحة المتعاقدة ملزمة عن كل صفقة عمومية بتبرير عملية إختيارها للمتعاقد معها، وهذا كله لتكريس مبدأ حرية المنافسة وإضفاء الشفافية والمساواة بين المقاولين.

¹ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 56 .

المطلب الثاني: مراحل إبرام الصفقة العمومية.

باعتبار أن الصفقة العمومية في الجزائر طبقا لتنظيم الصفقات العمومية تمر بمراحل طويلة حتى تظهر لحيز الوجود خاصة فيما تعلق بأسلوب المناقصة، فالمشرع حرص من خلال مواد كثيرة وردت في المرسوم الرئاسي 236/10 أن يدفع الإدارة المتعاقدة إلى تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين وشفافية المعاملة العقدية وعلانية الصفقة العمومية وهي مبادئ ورد ذكرها في المادة 03 من المرسوم الجديد، وتقضي جملة هذه المبادئ الترتيب في مرحلة الإبرام وحسن اختيار المتعاقد¹، وتمر الصفقة بمراحل طويلة يمكن إجمالها في مرحلتين: أولها المرحلة الإعدادية وتحضير غلاف مالي بما تحتاج الصفقة العمومية إلى غلاف مالي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها، لذا فإن أول خطوة ينبغي القيام بها هو إتباع جملة الإجراءات التحضيرية اللازمة بغرض توفير الجانب المالي للصفقة، أما المرحلة الأخرى وهي مرحلة ظهور الصفقة للعلن وإتباع مراحلها وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب، حيث سنتناول في الفرع الأول مرحلة الإعلان وإيداع العروض أما الفرع الثاني سيتضمن مرحلة فحص العروض وإرساء الصفقة.

الفرع الأول: مرحلة الإعلان وإيداع العروض

أولا - مرحلة الإعلان:

إن الإعلان عن الصفقة العمومية هو المرحلة الأولى والأساسية في عملية إبرام الصفقات العمومية وهو بمثابة الخط الرئيسي المميز لها على اعتبار أن المصلحة المتعاقدة تسعى إلى إيجاد التنافس الحقيقي بين الراغبين في التعاقد معها.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 148 .

والإعلان عن الصفقة العمومية هو توجيه الدعوة إلى جميع من يرغب في التعاقد من جانب الجهة الإدارية التي اتجهت إرادتها إلى إبرام صفقة ما وفقا للشروط التي سيتضمنها الإعلان وهذا بهدف تقديم العطاءات لهذه الشروط في الوقت المحدد حتى ولو تم تعديل دفاتر الشروط بعد الإعلان عن الصفقة سيلزم تجديد الإعلان وهو يعد بمثابة الدعوة إلى صفقة جديدة.

بما أن أهمية الإعلان تظهر في كونه يفتح المجال في المنافسة بين من يرغب في التعاقد مع الإدارة، وفي حالة إذ لم يتم الإعلان عنها أو كان غير كاف فإنه يعيب عملية إبرام الصفقات العمومية، وبما أن الإعلان هو بمثابة الإجراء الذي يكرس مبدأ حرية المنافسة، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض

بعد تجسيد مرحلة الإعلان وإعطاء مهلة محددة للمعنيين لتحديد موقفهم اتجاه المناقصة وتمكنهم بكل المعلومات والوثائق المتعلقة بالمشروع محل المناقصة وعليه على المهتمين أن يقوموا بتحرير عروضهم حسب النموذج المحدد من طرف المصلحة المعاقدة في حدود الأجل المعلن عليه.

فالعطاءات تعرف بأنها العروض التي يتقدم بها الأشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في ملف المناقصة وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة .¹

بحيث يتم تقديم العروض خلال المدة التي قامت بتحديدتها الإدارة والتي يبدأ تقديمها من تاريخ صدور الإعلان عن المناقصة على أن يسري الأجل في اليوم الموالي لنشر

¹ محمود خلف الحبورى العقود الإدارية، 210، المرجع السابق، ص 68

الإعلان وفق القواعد العامة وهذا ما قضت به المادة 50 من المرسوم الجديد والتي جاء فيها: " تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ نشرها الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة كما يدرج أيضا في دفتر الشروط".

كما أجاز المشرع للإدارة المعنية حق تمديد أجل المنافسة على أن تلتزم أيضا في هذه الحالة بإخطار المترشحين بكل الوسائل وهذا ما قضت به الفقرة 02 من المادة 50 من المرسوم الجديد كما أجاز لذلك للإدارة عند اختيارها للأجل أن تفتح المجال للمشاركة لأكثر عدد ممكن من العارضين وهذا ما قضت به المادة 50 الفقرة 04.

وبذلك تجسيدا لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتتاح الفرصة لكل المتنافسين لإعداد عروضهم، كما أن تطبيق هذه القواعد لا يدع مجالاً للجهة المعنية بأن تنكر عدم استلامها العرض ومراعاة هذه القواعد سيجنب العارض من أية احتمالات أو خوف من استبعاد عرضه بحجة مخالفة القواعد المعلنة بتقديم العروض وهذا كما حددته المادة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹، ضرورة أن تشمل التعهدات على عرض تقني وعرض مالي، كما يجب أن يوضع كل من العرض التقني والعرض المالي في ظرف منفصل ومقفل ومختوم يبين كلا منها مرجع المناقصة وموضوعها ويتضمنان عبارة " تقني " و " مالي " وأن يوضع الظرفان في ظرف آخر مقفل يحمل عبارة " لا يفتح _ مناقصة رقمموضوع المناقصة "، ويختلف مضمون العرض التقني عن العرض المالي طبقا لما جاء في المادة 51 من المرسوم 236/10، فمرحلة إيداع العروض من أهم المراحل التي تمر بها عملية إعداد الصفقة العمومية، فيها من الثغرات ما يمكن أن يفتح المجال للمساس بالمناقصة فهنا يتوجب على الإدارة احترام واتخاذ جميع التدابير لتكريس المنافسة. وأهم ما أكدته المشرع في هذه المرحلة في مضمون العرض التقني أن يدرج

¹ أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10

المتعهد تصريحا بالنزاهة على كل متعاقد وطني وهذا من أجل تدعيم المبادئ المنصوص عليها في المادة 09 من الأمر رقم 05/10 ثم إدراج هذه الإجراءات للتصريح بالنزاهة التي تعتبر من مشتملات العرض التقني بتأكيد من المشرع أنفا في المادة 51 من المرسوم الجديد 236/10، وبالرجوع إلى أحكام التعليمات الرئاسية الصادرة في 2009 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد يتعين على التصريح بالنزاهة من قبل الشركاء المتعاقدين جزائريين منهم وأجانب الراغبين في تقديم عروض للحصول على الصفقات من قبل من يعمل معهم بالمناولة، ويلتزم الشريك المتعاقد عند التوقيع على التصريح بالنزاهة بعدم منح أية عمولة للوسطاء ويقبل الاعتراف بما ينسب إليه من أخطاء.

وللتصريح بالنزاهة آثار إيجابية لذا يتعين فرضه كلما استعملت الأموال العمومية وتطبيقه في شتى المجالات. ومنه يمكن القول أن عملية إيداع العروض تكتسي أهمية كبيرة من حيث أنها ترهن حجم المنافسة التي ستسجلها الصفقة المعينة، إذ أن كل العراقيل التي قد تقام في طريق عملية الإيداع أو تمنع العارضين من إيصال عروضهم وتجعل ذلك أمرا صعبا عن خطأ أو عن قصر ستحد من حجم المنافسة.

الفرع الثاني: مرحلة فحص العروض وإرساء الصفقة:

بعد انتهاء المدة القانونية لإيداع العروض تأتي مرحلة أخرى وهي مرحلة فحص العروض من خلال فتح الأظرفة المقدمة من طرف المتنافسين وتقييمها مع إرساء الصفقة إلى العارض القانوني الذي يقدم أحسن عرض

أولا - مرحلة فحص العروض: بحيث تسند مهمة فحص العطاءات إلى لجننتين، هما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض على مرحلتين منفصلتين.

01- لجنة فتح الأظرفة: وهي لجنة تتحصر مهمتها في فتح مظاريف العطاءات المقدمة وفق إجراءات خاصة تمهيدا لقيام لجنة الفحص بعملها¹ بحيث يتم استحداث لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة كما يحدد رئيس المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها.

وحدد تنظيم الصفقات قواعد سير هذه اللجنة، كما حدد مهامها فاللجنة المذكورة تجتمع بناء على استدعاء صادر عن مصلحة المتعاقد وهذا في آخر يوم من الأجل المحدد لإيداع العروض وتعد جلساتها علنية ويحضر المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا عن يوم وساعة فتح الأظرفة.²

و بذلك أضيف المشرع على هذه من مراحل إبرام الصفقة بشفافية أكبر وتكون اجتماعات اللجنة صحيحة مهما كان عدد الحاضرين.

أما مهامها فهي محصورة في المادة 122 من المرسوم الجديدة³، ومن خلال المهام التي ذكرتها المادة 122 يتبين أن هذه المرحلة من مراحل إبرام الصفقة العمومية الغرض الأساسي منها تحديد دائرة أو وعاء العارضين فهي أيضا مرحلة حساسة من التثبيت في سجلات ومحاضر رسمية.

02- لجنة تقييم العروض: تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض وتتولى هذه اللجنة التي يعين أعضاؤها بمقرر من رئيس المصلحة المتعاقدة والتي تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظراً لكفاءتهم بتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية المنصوص عليها في المادة 11 من المرسوم 236/10 من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة وهذا ما تضمنته المادة 125 من المرسوم 236/10، تتنافية العضوية في لجنة التقييم مع العضوية في لجنة الفتح.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفر الجامعي، الإسكندرية، ص 143

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 174 .

³ أنظر المادة 122 من المرسوم الرئاسي 236/10

أما عن مهمة هذه اللجنة فتتولى أساسا تقييم العروض ويمكنها أن تقترح بدائل العروض كما يمكنها إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط، بحيث تقوم في المرحلة الأولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عنها في دفتر الشروط.

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

وهذا من خلال ما احتوته اللجنة المتخصصة والكفاءة فإن هذه الأخيرة تتولى تنوير الجهات المعنية بما تراه مناسبا من الاقتراحات، حيث أن المشرع أعطي لهذه اللجنة حق اقتراح رفض عرض مقبول إذا قدرت اللجنة أن التعاقد مع هذا الأخير العارض سيؤدي إلى هيمنة على السوق أو يتسبب في بعث اختلال فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 125 بما يعزز فكرة نزاهة المنافسة.

ثانيا - مرحلة إرساء الصفقة:

بعد التأكد من مطابقة شروط العطاءات لشروط المناقصة ومواصفاتها تستبعد اللجنة العطاءات غير المستوفية الشروط، يدون كل إجراء تقوم به اللجنة في محضرها مع بيان الوسائل التي استعانت بها في إجراء المراجعة والفحص لهذه العطاءات، وحتى لا تحيد الإدارة عن الإطار القانوني فتميز بين العارضين أو تفضل أحدهم على الآخر جاءت المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ملزمة للإدارة المعنية بالصفقة بالزامية إعلام المتنافسين بواسطة دفتر الشروط الخاصة بمعايير الاختيار وقيمة كل معيار حتى يكون كل متنافس على علم بمعايير التقييم، فيكفي مجرد الإطلاع على دفتر الشروط الخاصة لمعرفة المقاييس التي سيتم على إثرها انتقاء المتعامل العمومي

والعرض، وحرصاً على نزاهة وشفافية المنافسة فقد منع المشرع أي تفاوض مع المتعهدين والعارضين بعد فتح العروض وأثناء تقييمها لاختيار الشريك وهذا ضماناً لتقييد الإدارة بالشروط التي أعلن عنها والمعايير المذكورة في دفتر الشروط.

وتكريساً أكثر لمبدأ الشفافية فيما يخص إجراءات منح الصفقة العمومية تضمن المرسوم الرئاسي من خلال المادة 49 منه وذلك من خلال إعلان المنح المؤقت في الجرائد نفسها التي نشر فيها الإعلان عن المناقصة مع تحديد كل من السعر أجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

بحيث يعتبر المنح المؤقت إجراءً إعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظراً لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي، كما يحمي حق المتنافسين في ممارسة شتى طرق الطعن أمام الجهات المعنية، كما يحمي الإدارة ويبعد عنها كل الشبهات والغموض في احترام مبادئ المنافسة.

ومنه فلا بد للمصلحة المتعاقدة أن تختار بدقة وشفافية الطرف المتعاقد، وتكون معايير الاختيار المذكورة في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويستند هذا الاختيار بالخصوص على:

_ الضمانات لتقنية والمالية.

_ السعر و النوعية وأجال التنفيذ.

_ شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية والضمانات التجارية وشروط دعم المنتجات.

_ اختيار مكاتب الدراسات بعد المنافسة الذي يجب أن يسند أساسا على الطابع التقني للاقتراحات.

_ المنشأ الجزائري للمنتوج والاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص والمنتجات موضوع التعامل الثانوي في السوق الجزائرية ويمكن أن نستخدم معايير أخرى شرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة.¹

ورغم الطابع الذي يميز مرحلة إرساء الصفقة إلا أنها ليست المرحلة الأخيرة بل لابد من اعتماد المناقصة ومباشرة إجراء التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة والإعلان عن إتمام إجراءاتها، وهذا ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم الرئاسي الجديد وباعتماد الصفقة وتزكية الانتقاء والاختيار وهذا كله يأتي بعد تكريس مبدأ حرية المنافسة تدخل الصفقة العمومية مرحلتها النهائية وتعرف بعد توقيعها من قبل السلطة المخولة، كذلك مرحلة جديدة هي مرحلة التنفيذ.

المبحث الثاني: مظاهر تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية والاستثناءات الواردة عليه

باعتبار أن حرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية، الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام المصلحة المتعاقدة المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط الموضوعية مسبقا، أي أن المصلحة المتعاقدة وجب عليها أن تقف موقفا حياديا إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية، وقد جاء ذلك تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة وبتكريس المبدأ في جميع المجالات الاقتصادية وذلك بتوسيع نطاق المنافسة. ومن خلاله سوف نتناول الإعداد المسبق لشروط المشاركة

¹ المادة 58 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم قانون الصفقات العمومية

والانتقاء(المطلب الأول)والزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن الصفقة(المطلب الثاني)،والاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية المنافسة(المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

تقوم الإدارة بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بالصفقة وفق دفتر الشروط والذي يعد بمثابة عقد ملزم للإدارة والمتعامل المتعاقد معها في حالة منحه الصفقة، بحيث يوضح كذلك الشروط الواجب توافرها، مع مراعاة التشريع والتنظيم المعمول به حفاظا على شفافية ونزاهة انتقاء المتعاملين مع الإدارة.

الفرع الأول: إعداد دفتر الشروط.

يقصد بدفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها، فالإدارة حين إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل خبراتها الداخلية المؤهلة وتجند كل إطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة.¹

وتعد دفاتر الشروط التي تعدها الجهة الإدارية وتبين فيها قوائم الأصناف والأعمال موضوع المناقصة جزءا لا يتجزأ من العقد، وتمثل الشروط والمواصفات التي تحتويها أساسا للتعاقد بين الإدارة ومقدم العطاء حتى ولو لم ينص على ذلك في مضمون العقد الذي تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها.²

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 150.

² جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 152 .

كما توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات¹ بحيث انه من خلال هذه الفقرة يتبين أيضا أن دفاتر الشروط ليست فقط ما يمكن أن نسميه قانون المنافسة أو الشروط التي تبرم من خلالها الصفقة، بل تحتوي أيضا على الالتزامات المستقبلية لطرفي العقد أو على الأقل لجزء منها قد لا يسمح خضوعه للتفاوض لاحقا وإن ابتعدت الصفقة عن ضوابط دفاتر الشروط هذه أو ابتعدت أدنى هذه الدفاتر عن تعليمات دفتر الذي يعلوه وجب الإعلان عن تلك المخالفة في صلب الوثيقة التي حدثت في مستواها الإنحراف².

يمكن القول أن الصفقة في حد ذاتها هي العقد الذي يربط بين الطرفين وهو الشريعة التي تحكم العلاقة التعاقدية *relation contractuelle* الناشئة بينهما، غير أن الصفقة تبنى على دفاتر شروط تتم الإشارة إليها في صلب الصفقة، مما يعطي لدفاتر الشروط هذه أهميتها كمرجع من مراجع الصفقة فضلا عن أن دفاتر الشروط تحكم جزء هام من قواعد المنافسة الخاصة بكل صفقة، ولذلك يستدعي تحضير دفاتر الشروط معرفة دقيقة ليس فقط بالجوانب القانونية والتجارية ولكن على الخصوص بالجوانب التقنية الخاصة بموضوع الصفقة.

لذا يجب على المصلحة المتعاقدة إعداده بدقة تحقيقا لمبدأ شفافية الإجراءات ويتم إعداده حتى بالنسبة لصفقات التراضي وباعتبار أن دفتر الشروط هو مجموعة البنود يتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها والشروط المطلوبة في المترشحين الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعاقد وكيفية التنقيط بالنسبة للعرضين التقني والمالي كما تقتضي دقة دفتر الشروط تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفذ

¹ المادة 10 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

² خرشي النوي، المرجع السابق، ص ص 186 و 187 .

وفقها الصفة¹، ومنه دفتر الشروط وثيقة رسمية تضعها المصالح المتعاقدة بإرادتها المنفردة تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها.

و تطبيقاً لنص المادة 132 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 فإن مشاريع دفاتر الشروط تخضع لدراسة لجنة الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة.

وما 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 وإن دفاتر الشروط هو المرآة العاكسة التي تتضمن موضوع الطلب ومدى حريته .

الفرع الثاني: أصناف دفاتر الشروط:

لدفاتر الشروط أنواع تتمثل في دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة ودفاتر التعليمات الخاصة:

أولاً - دفاتر البنود الإدارية العامة:

وهي المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات والتي تمت الموافقة عليها بمرسوم تنفيذي، وصدر دفتر التعليمات أو البنود الإدارية العامة بتاريخ 1964/11/21 وقد جاء تبرير هذا القرار أن هذا الدفتر ينطبق على كل صفقات الأشغال ابتداء من تاريخ 1965/01/01 العدد 06 من الجريدة الرسمية لسنة 1965 وتضمن هذا الدفتر أحكاماً مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو تصنيف الصفقات أو الآجال أو شروط المشاركة والمناقصات والوثائق المطلوبة وأحكام المناقصة

¹ تياب نادية، تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 12 .

والمزايدة والتأشيرة على الوثائق وشكل المشاركات وفتح الأظرفة كما تضمن الدفتر أحكاما تنظيمية تتعلق بطريقة التراضي وأخرى تتعلق بالضمانات وتنفيذ الأشغال وسلطات الإدارة في مجال التنفيذ والتسوية المالية للصفقة.

ثانيا - دفاتر التعليمات المشتركة:

وهي تلك الدفاتر التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو للوازم والخدمات والتي تكون قد تمت الموافقة عليها من قبل الوزير المعني.¹

ثالثا - دفاتر التعليمات الخاصة:

هي تلك الدفاتر الخاصة بكل صفقة يعتمد في تحديدها على كل من دفاتر التعليمات الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة وتحتوي على معلومات متعلقة بالمشروع من حيث الموضوع والأهمية والكميات والآجال الخاصة به، وصيغ الإبرام و كفاءات إجراء المنافسة ومكان سحب وإيداع العروض، وتلقيط العروض وتقسيمها، وتلقي العرائض شأن الاختيار المؤقت للمتعاقل المتعاقد وغير ذلك مما يهم المنافسة الخاصة بصفقة ما.²

والجدير بالذكر أنه في المناقصات الدولية وجب على دفاتر الشروط أن تنص على إلزامية الاستثمار في ميدان النشاط نفسه وإطار الشراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون ويكونوا تحت طائلة العقوبات المنصوص عنها في المادة 24 من أحكام المرسوم الرئاسي 236/10، ومن خلال نص هذه المادة يتبين أن هذه الشراكة يحوز أغلب رأسمالها جزائريون مقيمون وهذا إجراء إلزامي والذي يتقيد به

¹ أعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 151 .

² خرشي النوي نفس المرجع السابق، ص ص 191 و 192 .

المستثمرون الأجانب، وذلك من خلال تحديد مجالات ومحاور الاستثمار¹، ومنه يكون القول أنه على المصالح المتعاقدة عند إبرام صفقات يجب إعداد مسبق ومدروس لدفاتر الشروط والذي يجب أن يتضمن جميع البيانات الملائمة والضرورية وبالتالي إعلام المشاركين بشروط هذا العقد.

المطلب الثاني: إلزام المصلحة المختصة بضرورة الإعلان عن الصفقة العمومية.

تقوم المناقصات على أساس المنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين مع مراعاة القيود التي ترجع إلى نوع المناقصة، وتحقيق الغايتين السالفتين تقرر كقاعدة عامة مبدأ الإعلان عن المناقصات وعدم التمييز بين المتنافسين، ولكي تكون منافسة شريفة ونزيهة.

ويعتبر هذا الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلى ذلك، ومن ناحية أخرى فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا.²

إن إلزامية الإعلان يعد بمثابة آلية لتحقيق فضاء واسع لتوفير المعلومة بين المتنافسين لذلك فإن الإعلان عن المناقصة يهدف إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري ولذلك يعتبر الإعلان بمثابة العنصر المهيأ لتكريس مبدأ حرية المنافسة والغاية منه إشهار الصفقة العمومية لتحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين.

الفرع الأول: مبدأ المساواة بين المتنافسين:

¹ Zouaimia Rachid·Le régime des investissements. Étranges. N21Lgez. 2011. P13.

² سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 246 .

يقصد بهذا المبدأ أن يعامل جميع المشاركين في طلب العروض معاملة متساوية قانونية، ومثال ذلك لا يجوز السماح لأحد المتنافسين بالإطلاع على ملف طلب العروض دون بقية المتنافسين.

ولا يكفي على الإدارة أن تكفل حرية المنافسة لجميع من يمارسون نشاط موضوع المناقصة، حتى يتحقق لها الوصول إلى أفضل متعاقد، بل يجب عليها إعمال مبدأ المساواة بين جميع مقدمي العروض بحيث تكون المفاضلة بينهم على أساس الكفاءة الفنية والمقدرة المالية على الاضطلاع بأعباء موضوع الصفقة.

إن مبدأ المساواة أمام القانون كرس كمبدأ ذا قيمة تشريعية في القانون، كما أن المساواة أمام القانون هي من المبادئ المؤكدة في تصريح حقوق الإنسان والمواطن في تشريع 1946 الفرنسي و10 أكتوبر 1958 ما يعني لأن كل شخص يجب أن يعامل بطريقة محددة إذا كان في نفس الوضعية القانونية، وهذه المساواة في التعامل مكرسة في قانون الصفقات العمومية أي مساواة معاملة المترشحين في التنافس على نيل الصفقة، فهذه الأخيرة حددت في مستوى أعلى واكتسبت قيمة تشريعية (قرار المجلس الدستوري الفرنسي 26 جوان 2003) وهي تمنع كل التجاوزات في مواجهة أي مترشح حسب رأي مجلس الدولة الفرنسي فالمساواة أمام المشتري العمومي تقضي كل تفضيل في إسناد الصفقة وبالتالي يمكن اعتبارها مصدرا للمنافسة. لكن المساواة كذلك تلعب دورا في المنافسة حيث يؤدي احترام المنافسة إلى إلزامية المعاملة المماثلة لكل المشاركين، لذلك فإن هذا المبدأ يكفل العارضين خطر الاستبعاد غير القانوني بالمشاركة في ظل احترام المنافسة والمساواة وليس للاحترام أي تمييز غير مشروع فيما بينهم.

ومن خلال مبدأ المساواة يترتب على تطبيقه نتيجة قانونية هامة وهي أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تخلق وسائل غير قانونية تميز بها بين المتقدمين للمنافسة كما لا

يجوز لها منح امتيازات ووضع عقبات أمام بعض المتعاملين المتعاقدين حيث أنها وسائل غير مشروعة.

ومن بين وسائل التمييز إعفاء أحد العارضين من دفع التأمين أو من تقديم بعض الأوراق المطلوبة، ومنه يظهر هامش الأفضلية على حساب المساواة بحيث أنه يعتبر مساساً بمبدأ عدم التمييز حيث يقر معاملة غير متساوية بين المتعاملين بتفضيله لشخص دون آخر وهو ما يتعارض مع التوجهات السياسية والاقتصادية العالمية التي تنفي مثل هذه الأحكام وجاء ضمن المرسوم الرئاسي 236/10 إلى رفع هامش الأفضلية إلى 25% لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية، كما أن المادة 55 والمادة 55 مكرر جاءتا وبشكل واضح بتكريس ما يسمى بالصفقات المحجوزة والتخصيص الجزئي للمؤسسات المتوسطة والصغيرة وهو ما يزيد التفكير أكثر ويجدية في مضمون الحماية الاقتصادية والأفضلية الوطنية وأهميتها في تكريس عالم المنافسة الحرة، كما يجب إعلام المقاولين والموردين مما يفسح المجال للمنافسة بينهم ويضمن احترام مبدأ المساواة، ليسمح للإدارة باختيار أفضل العروض.¹

كما كرست المادة 03 من المرسوم الرئاسي مبدأ المساواة بين المترشحين وبضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام بحيث يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات .

الفرع الثاني: ضبط المنافسة من خلال وسائل وآجال نشر الإعلان عن المناقصة.

إن المشرع الجزائري أعطى للمصلحة المتعاقدة إمكانية اختيار طريقة إبرام الصفقة العمومية بحيث على الإدارة تبرير اختيارها أمام كل هيئة وقائية مختصة طبقاً للنص المادة

¹ هيئة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء، القاهرة 2009، ص 131 .

01 و 42 من المرسوم الرئاسي رقم 236/2310 المؤرخ في 2010/10/07 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أن ينصب ذلك في إطار الاستجابة للأهداف العامة والمحافظة على توازن مصالح الطرفين، ولتحقيق ذلك استخدمت فكرة المنافسة لتدارك التصرفات الشخصية في عملية إبرام الصفقات العمومية.

بحيث أن فكرة المنافسة تقوم على فكرة إعلان الصفقة حيث يتم الإعلان وفق الإجراءات المحددة وتختلف باختلاف إبرام الصفقة.¹

ويكون ذلك بفتح المجال أمام عدد من المتنافسين ضمانا للوصول الأنسب للعروض تحقيقا للمصلحة العامة المنشودة، كما يتيح أيضا فرص متكافئة أمام الراغبين في الاشتراك في المناقصة ويحول دون محاببات الإدارة لطائفة من الأفراد². ومنه 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 المناقصة.

فإنه إذا رغبت المصلحة المتعاقدة في التعاقد، فإن أولى خطواتها هي الإعلان عن شروط العقد وبعد هذا الإعلان بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد، وهذا الأخير ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الذين يرغبون في التعاقد مع الإدارة لأن البعض منهم قد لا يعلمون بحاجة الإدارة إلى ذلك ولهذا فإن شروط والتزامات الإعلان والدعوة إلى المنافسة يرتبها قانون الصفقات العمومية، فهي موضوع أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام، وكل هذا ضمانا للمساواة في المعاملة وحرية دخول المترشحين لإبرام الصفقة العمومية.

¹ نوال زيات، الإشهار في الصفقات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2013، ص 17.

² عادل السعيد أبو الخير، القرارات الإدارية. الضبط الإداري. العقود الإدارية، 2007، ص 641.

ولقد بين قانون الصفقات العمومية الشروط الموضوعية التي على أساسها يتم التقدم بالعروض والمعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان والتي تمكن المهتمين من المقاولين من اتخاذ قرار المشاركة والدخول في المنافسة لذلك لا بد أن يحتوي الإعلان على البيانات التالية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي وهذا من باب التعامل مع المؤسسات والشركات والمقاولات والمكاتب النظامية .

- كيفية المناقصة (مفتوحة أم محدودة، وطنية أم دولية والمزايدة أم المسابقة)

- شرط التأهيل أو الانتقاء الأولي .

- موضوع العملية.

- قائمة موجزة المستندات والوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المترشحين مع الإحالة لقائمة تفصيلية واردة في دفتر الشروط.

- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها وهذا بيان جوهري ينبغي أن يعلمه كل عارض ليتخذ ما يراه مناسباً.

- مدة صلاحية العروض.

- إلزامية كفالة التعهد عند الاقتضاء.

- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب فوقه عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة.

- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

من خلال حرص المشرع الجزائري على هذه البيانات التي يفرضها في كل إعلان مناقصة أياً كان شكلها، يكون كفل للمعنيين من المتنافسين حرية المشاركة وهذا بإطلاعهم

عن الجهة المعنية وموضوع الخدمة ونوع المناقصة ومجال المشاركة وأجالها والوثائق المطلوبة والكفالة وبذلك جسد مرة أخرى مبدأ العلانية ومبدأ المساواة بين المتنافسين.

حيث أنه إذا بادرت الإدارة المعنية لنشر الإعلان عن المناقصة وذلك بالكيفية المذكورة سلفاً تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط لإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد وهذا لتكريس أفضل لقواعد المنافسة.¹

وتضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم التعهدات والوثائق التي تتعلق بتفاصيل عملية التعاقد، كما يمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها وكل المعلومات الدقيقة خاصة فيما تعلق بالعرض الدقيق لموضوع الخدمة والمواصفات المطلوبة التقنية وإثبات المطابقة والمقاييس التي يجب توافرها في المنتجات أو الخدمات وكذلك التصاميم والتعليمات الضرورية واللغة أو اللغات الواجب توافرها في استعمال تقديم التعهدات وكيفيات التسديد والأجل الممنوح لتحضير العروض فاللجوء إلى الإعلان عن الصفقة يوسع نطاق المنافسة من حيث المكان والأشخاص فلا تكون الصفقة حكراً على عدد معين من المقاولين أو المناطق.

كما نصت المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 على " يكون اللجوء إلى

الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات التالية:

- المناقصة المفتوحة.

- المناقصة المحدودة.

- الدعوة إلى الانتقاء الأولي.

- المسابقة.

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 157 .

- المزايمة.

وهي تتطابق تماما مع نص المادة 39 من المرسوم 02 _ 250.

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهري تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة سواء كانت مفتوحة أو وطنية أم دولية، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المزايمة والمسابقة¹، ويكتسي الإعلان أهمية بالغة في مجال إبرام الصفقات العمومية بأسلوب المناقصة فلا صحة لإجراءات الإعداد أو التنفيذ دون الإشهار الصحفي عن الصفة ويشكل عدم اللجوء إلى الإعلان، وعدم إتباع القواعد المنظمة له بموجب قانون الصفقات العمومية مخالفة صريحة لمحتوى الكثير من القوانين وهذه القواعد تتمثل في أن يحدد إعلان المناقصة باللغة العربية أو بلغة أجنبية واحدة على الأقل وأن ينشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي BOMOP كما يجب أن ينشر في جريدتين رسميتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأن طبيعة بعض الصفقات قد تقتضي اللجوء إلى وسيلة أخرى غير الصحافة الوطنية من ذلك الصفقات التي تخضع للمنافسة الدولية.

إلا أنه لم يعد الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الطريقة الوحيدة المستعملة في إعلام المتنافسين عن وجود صفقة عمومية ، فقد شهد الإعلان وسائل متطورة وذلك من خلال ظهور الوسائل الإلكترونية الحديثة، وفي مقدمتها الانترنت والتي أصبحت اليوم تلعب دورا هاما في المجتمعات الدولية، وذلك من خلال الفوائد العلمية الحقيقة الكبيرة، فالإعلان عن المناقصة أصبح بذلك يتخطى الحدود الإقليمية الدولة بمجرد عرضه على شبكة الانترنت.

¹ تياب نادية، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 05.

من محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد لعام 2010 أنه أشار ولأول مرة للنشر الإلكتروني الذي غيب في المرسوم السابق رغم أهميته من الناحية العملية، حيث أدرج المشرع الجزائري وسيلة الإعلان الإلكتروني في الباب السادس من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 تحت عنوان الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية بحيث تضمن القسم الأول منه عنوان الاتصال بالطريقة الإلكترونية في إشارة منه إلى أن تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية.¹

ونص في القسم الثاني تحت عنوان "تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية" وهذا على كيفية تبادل المعلومات المتعلقة بالدعوة إلى المنافسة حيث مكن المصالح المتعاقدة من وضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية وهذا تسهила منه للإجراءات المعهودة في ظل التشريعات السابقة وإن إدراج الإعلان الإلكتروني يثير إشكالية كبيرة حول تكريس مبدأ حرية المنافسة وذلك من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية خاصة أمام ما شهده المجال من تطور رهيب رغم وجود أنظمة الحماية لذلك.²

أما فيما يخص مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والمتعلقة بأشغال أو اقتناء لوازم والتي يكون مبلغها 20 مليون دينار أو يقل عنه، هنا أجاز المشرع نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين وإلصاق إعلان المناقصة بمقر الولاية وغرفة التجارة والصناعة والحرف وغرفة الفلاحة ولدى المديرية التقنية المعنية.

كما يجب أن تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ نشرها في الأول سواء النشر الرسمية BOMOP أو في الصحافة ويدرج هذا أنفا في دفتر

¹ المادة 173 من المرسوم الرئاسي 236/10 .

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 154.

الشروط ويجب أن يفتح الأجل المحدد لتحضير العروض ويجب أن تتجنب الإدارة أن تكون المدة التي يستغرقها صدور الإعلان أو إتمام النشر سببا في سقوط العارضين في المشاركة أو إنقاص بعض الأيام بسبب عملية النشر كما يجب أن تعمل على السماح لأكثر عدد ممكن من العارضين بالمشاركة، وبالتالي توسيع مجال المنافسة وتكريسها، كما يجب إشهار تمديد مهلة صلاحية تقديم العروض إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن الظروف المستلمة غير كافية لإقامة المنافسة.

كما يعتبر الإشهار فكرة قانونية واقتصادية فمن الناحية القانونية فهو ركن قانوني في مجال إجراءات الإعلان عن الصفقة التي تفوق العتبة، كما تمثل الالتزام الأساسي للمصلحة المتعاقدة وهذا من خلال وضع الجميع أمام المنافسة والمساواة، أما من الناحية الاقتصادية يعتبر الإشهار هو عنصر أساسي لدفع عجلة التنمية من خلال إضفاء الشفافية والقضاء على الفساد والرشوة لا سيم في مجال الصفقات العمومية.¹

المطلب الثالث: الاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية المنافسة.

إن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري قد كفل لجميع المترشحين المشاركة في المناقصة وتقديم عروضهم تطبيقا لمبدأ المساواة بين العارضين، فإن ذلك لا يمنع على الإطلاق من فرض شروط منافسة معينة وقصرها فقط على من تتوفر فيهم شروطا محددة تعلن عنها الإدارة مسبقا.²

فإن المشرع الجزائري عندما أخذ بمبدأ حرية المنافسة في كل طرق إبرام الصفقات العمومية فقد أخضعه لجملة من الضوابط، والتي هي تتدرج ضمن المنع لأسباب قانونية (فرع أول) والمنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة (فرع ثاني).

¹ زيات نوال، المرجع السابق، ص 02 .

² تياب نادية، آليات الوقاية من الفساد، ص 66 .

الفرع الأول: المنع لأسباب يفرضها القانون.

وهذا من خلال الحرمان حيث يصدر قرار إداري لمنع شخص طبيعي أو معنوي من دخول المناقصة التي تعلن من قبل الإدارة يكون هذا الحرمان راجع إلى سند قانوني،¹ لأن العقود التي يفرضها المشرع ويترتب على مخالفتها المنع من المشاركة في الصفقات العمومية، والمادة 62 من الأمر رقم 31.96²، التي نصت على " كل شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة 10 سنوات "، ومن هذا النص نستنتج لماذا يجب فرض تقديم صحيفة السوابق العدلية والملاحظ أن هناك نوعين من المنع لأسباب قانونية، المنع المؤقت والمنع النهائي.

وهذا ماجاء به المرسوم الرئاسي رقم 236/10 في القسم الرابع تحت عنوان حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بحيث ان المادة 52 منه نصت على " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون الذين تنازلوا عن تنفيذ صفقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 مكرر.

- الذين هم في حالة افلاس والتصفية والتوقف عن نشاط والتسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس نزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوجبون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركائهم
- الذين قاموا بتصريح كاذب

¹ عبد المنعم عبد العزيز خليفة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 173.

² أمر رقم 31.96 مؤرخ في 1996/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 ح ر عدد 85 سنة 1996 .

- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع بعد استفتاء إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.
- المسجلون في قائمة المتعاملون الاقتصاديون ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 61¹ من هذا المرسوم.
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة بالتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.الذين كانوا محل ادانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.
- الأجانب المستفيدين من صفقة وأخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 24 من هذا المرسوم.

توضح تقنيات تطبيق هذه المادة لموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

وفعلا صدر القرار الوزاري بتاريخ 2010/03/28 عن وزير المالية معلنا عن تقنيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وقد نشر في العدد 24 من الجريدة الرسمية لسنة 2010.

إن سبب طبيعة الإقصاء هذه منطقية لأن على أصحاب هاته الالتزامات القيام بها سواء من الناحية الأخلاقية أو ما يتعلق بالواجبات المهنية فإن عجز هؤلاء أو تهاونهم على القيام و الإلتزام بها يجعل منهم غير جديرين بالمنافسة للمشاركة في المناقصة المعلن عنها من قبل المصلحة المتعاقدة ومنه يتعين إقصائهم.

ولقد نص التنظيم الجديد للصفقات العمومية على التزام آخر يتمثل في تصريح بالنزاهة وهذا الإجراء الذي يحمل في طياته التزاما ايجابيا بحيث يصرح فيه المتعامل بأنه لم يكن محل متابعة قضائية وبأنه يلتزم عدم اللجوء إلى أي فعل من شأنه أن يقوم بتقديم وعد

¹ أنظر المادة 61 من المرسوم 236/10 .

مكافئة أو امتياز لعون عمومي بحيث انه إذا أخل بهذه الالتزامات سوف يقصى من المشاركة.

الفرع الثاني: المنح لأسباب تفرضها المصلحة المتعاقدة (الإدارة).

إن هذه الشروط تتعلق بالقدرة الفنية والمالية لأنه من حق المصلحة المتعاقدة أن تفرض الشروط الخاصة بالمناقصة، فعندما حصر المشرع نطاق المزايدة في المترشحين الوطنيين والأجانب العاملين في الجزائر لا يعتبر ذلك مساوياً لمبدأ المنافسة والمساواة وإنما هو يراعي مبدأ السيادة الوطنية أي أن المصلحة المتعاقدة لها الحق في استبعاد الأشخاص الذين ثبت في حقهم عدم قدرتهم الفنية والمالية لأداء الأعمال المتعلقة بموضوع المناقصة وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتطبيق المهنيين من قبل المؤسسة التي ترغب في انجاز الصفقة في ميدان البناء والأشغال العمومية وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي 289/93 وألزمت حتى المؤسسات الأجنبية بها، وهو ما أكدت عليه أحكام الفقرة 03 من المادة 03¹ بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 114/05 . ونظراً لارتباط هذه الشهادة بضمان حسن التنفيذ ولأهميتها فقد عدل المشرع الشروط التي تمنح على أساسها التصنيف وذلك في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 114/05 الذي يستند إلى المعايير التالية:

العدد الإجمالي لعمال المؤسسة أو مجموع المؤسسات للسنة الأخيرة المصرح به لصندوق الضمان الاجتماعي، الذي يظهر فيه عدد عمال التأطير التقني المتكون من إطارات جامعية وأعوان التحكم ذوي الاختصاص المتصل بأشغال البناء والأشغال العمومية والرّي، ويجب أن يشمل التأطير المصرح به على الأقل لدى صندوق الضمان الاجتماعي ما بين

1 أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 114/05، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 289/93 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار الصفقات العمومية في ميدان البناء والرّي شهادات التخصيص المهنيين .

10% و 20% من العدد الإجمالي للعمال والهدف من ذلك هو الرفع من درجة الكفاءات

المتخصصة في هذا الميدان كما يحسن لا محالة من درجة تنفيذ

_ قيمة وسائل التدخل المادية الخاصة بالمؤسسات أو مجموعات المؤسسات.

- رأس مال المؤسسة أو مجموعة المؤسسة.

- رقم الأعمال المحقق بقطاع السكن والأشغال العمومية والري كما هو مبين في الحصيلة

الجبائية ومستخرج جدول الضرائب للسنوات الثلاث المحاسبية الأخيرة.

- الشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب المشروع الذي يثبت فيها أهمية الأشغال التي

تنجزها المؤسسة وتكاليفها ونوعيتها التقنية وكذا احترام أجل الانجاز المحددة في العقد.

- كل الوثائق التي تشترطها المصلحة المتعاقدة كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعاقدة سجل

تجاري الشهادات الجبائية وتعهدات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين

والأجانب العاملين في الجزائر.

إن المشرع أورد استثناء على قاعدة تسليم الشهادات إذا تعلق الأمر بصفقات الأشغال

فأجاز تأخير وتقديمها على ألا يتجاوز تاريخ إمضاء الصفقة حرصا منه على توسيع

المنافسة خاصة أن استخراج تلك الشهادات وإعادة تمديدها يتطلب وقتا طويلا مما قد يفوت

الفرصة على الراغبين في الترشح من تقديم تعهداتهم في الأجل المحدد للإيداع.

غير أن المشرع قيد هذا الاستثناء بموافقة المصلحة المتعاقدة التي تشترط حتما تقديم

تعليل مقنع يقدمه المترشح الذي يطلب الإعفاء المؤقت.

كما تشترط المصالح المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص

المهندسين والخبراء أو مكاتب الدراسات من الوزير المعني لإبرام صفقات الدراسات مع

إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والأشغال العمومية والموارد المائية

الذي يجدد كل 3 سنوات طبقا لنص المادة 01 و 07 من المرسوم رقم: 652/68.

ومنه فان المتعامل الاقتصادي الذي يقصى من المشاركة في صفقة عمومية فان الأخر يمتد لباقي الصفقات العمومية، فلا يمكن تصور حرمانه من منافسة أخرى وفعل المشرع من باب الضغط أكثر على المتعاملين الاقتصاديين ودفعهم للنشاط النظامي وتطبيق قوانين الجمهورية وإن تكون وضعيتهم سليمة تجاه الإدارة الرسمية جبائية كانت أو غير ذلك.

الفصل الثاني:

الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

إن من بين أهم القواعد المكرسة لمبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية هو ما أوجبه المادة 04 في الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10/236 من نشر إعلان المنح المؤقت وكذا ما جاءت به المادة 114 من حقوق الطعن حيث جاء في نصها "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختبار الذي قامت به المصالح المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الاستشارة أن يرفع طعنا ويرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر للإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد: 136, 146 148, 147, 148 مكرر أدناه وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي .

يقدم الطعن في حالات المسابقة والاستشارة الانتقائية عند نهاية الإجراء تصدر لجنة الصفقات المختصة رأي في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام المذكورة أعلاه إلى نهاية المادة).

و من خلال هذه المادة التي كرست حق الطعن في نتائج المنح المؤقت كإجراء والتي تحول المهمات المعنية ممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة.

حيث أن المشرع مكن المتعهدين المعنيين والذين قدموا عطاءاتهم الحق في رفع تظلم أمام لجنة الصفقات المعنية رقابتها قبل توقيع الصفقة من جانب الجهة المختصة وتصدر رأيها في الطعن .

و منه فإن المشرع كفل المتعهدين وأجبر الإدارة على العمل في إطار احترام مبدأ حرية المنافسة ويبعد الإدارة عن كل قسيمة للتحيز لأي طرف.

تتولى لجنة الصفقات المعنية سواء البلدية أو الولائية أو الخاصة بالهيئة الوطنية المستقلة أو الوزارية أو الوطنية كما تقدم بيان دراسة الطعن المرفوع أمامها .

ويجب على المتعهد عند رفعه للطعن استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية من حيث وجوب احترامه للأجال القانونية في إيداع الطعن أمام الجهة المختصة كما يجب على المتعهد إثبات وجه خرق القانون أو التنظيم أو صورة التمييز بين المتنافسين ثم تصدر اللجنة المختصة رأياً خلال 15 يوماً من انتهاء الأجل المحدد لرفع التظلم طبقاً للمادة 114 من المرسوم الجديد ويبلغ إلى المتظلم والطاعن والمصلحة المتعاقدة.¹

المبحث الأول: الحماية عن طريق القضاء الإداري

من خلال آلية التظلم الإداري التي تعتبر ضماناً لتكريس حرية المنافسة في عقود الصفقات العمومية فإن المشرع مكن للطرف المتضرر من الإخلال بالمنافسة الطعن أمام القضاء الإداري وهذا في حالة عدم نجاح التسوية الودية، وهذا لحماية المتضرر أيضاً وذلك من خلال الطعن أمام القضاء والذي يعتبر ضماناً هامة لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية بحيث يتدخل القاضي الإداري لحماية هذا المبدأ وتسهيل عملية الفصل في النزاع . ومنه سوف نتطرق إلى تدخل القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء (المطلب الأول) الحماية عن طريق قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تدخل القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء.

يعد اللجوء إلى القضاء الإداري من أنجع الآليات لتسوية منازعات الصفقات العمومية وغالباً ما يلجأ إليه بعد فشل محاولات التسوية الودية والوصول إلى حل تراضي كما هو مبين في المادة 114 من المرسوم الرئاسي الجديد 236/10 ومن ثم فهو يعد ضماناً هامة في مواجهة أي تعسف صادر من الإدارة اتجاه المتعامل المتعاقد من جهة وحماية للمال

¹ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2009، ص 246 .

العام من أي سوء من جهة أخرى،¹ بحيث يملك القاضي الإداري اختصاص إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية مثل المداولة التي تصدر من المجلس الشعبي البلدي والتي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة واستبعاد المؤسسات الأخرى ، فهذه المداولة تعتبر قرارا منفصلا عن العقد فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بإلغاء لتجاوز السلطة² ومنه سوف نتطرق في الفرع الأول إلى مجالات تطبيق نظرية القرار الإداري المنفصل في الصفقات العمومية وفي الفرع الثاني سوف نتطرق إلى شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

الفرع الأول: تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية.

باعتبار أن القرارات الإدارية المنفصلة تعرف بأنها تلك القرارات التي تكون جزء من تبيان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن ذات العقد. كما تعرف بأنها " تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استغلالات عن العملية العقدية " .

وبالرجوع إلى احكاما المادة 09 من القانون رقم: 01/06 المعدلة والمتممة بالأمر رقم 05/10 فقد جاء فيها ما يلي: "...ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية " .

¹سهم بن دعاس : مدى فعالية قانون الصفقات في حماية المال العام، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، المدينة، 2013، ص 10 .

²محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02، تيزي وزو، 2010، ص 83 .

إن عمومية هذا النص توضح بصفة ضمنية اعتبار قواعد إبرام الصفقات العمومية بمثابة قرارات إدارية قابلة للانفصال عن الصفقة المراد إبرامها، وبالتالي يجوز الطعن فيها بكل طرق الطعن¹ فان مخالفة أي إجراء من الإجراءات الرامية إلى إبرام الصفقة يصلح لأن يكون محلا لدعوى الإلغاء، خاصة وأن تنظيم الصفقات العمومية قد رسم القواعد والإجراءات التي تمر بها عملية الإبرام وهذا كما رأيناه في الفصل الأول، بحيث أن أنواع القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة تعتبر إجراءات ضرورية في تكوين الصفقة العمومية وإبرامها وأنها لا تعد جزء من بنود الصفقة ولا من شروطها¹. فكل القرارات الإدارية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في أي إجراء من تلك الإجراءات المتعلقة بمرحلة إعداد الصفقة وإبرامها تعد من قبل القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية المتعاقدة للصفقة العمومية، ويندرج الطعن فيها ضمن ولاية قضاء الإلغاء وتخرج عن نطاق دائرة دعوى القضاء الكامل لعدم ارتباطها بنصوص الصفقة العمومية وشروطها. كونها إجراءات سابقة على مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية ولا تتعلق منازعاتها ببنود الصفقة العمومية والحقوق المترتبة عنها. وتجسد تصرفات المصلحة المتعاقدة لتلك الأعمال في القرارات الإدارية التالية:

أولا - الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية:

بعد الإعلان عن الصفقة بمثابة الشرط الجوهري حتى يصل أمر الصفقة إلى علم كافة كل من تتوفر فيه الشروط اللازمة للمشاركة في العملية المعلن عنها، وهذا تحقيقا لمبدأين أساسيين هما حرية المنافسة ومبدأ المساواة، بحيث انه إذا تم مخالفة إجراءات الإعلان المنصوص عليها قانونا، وذلك من خلال النشر في الجريدة الوطنية للمتعامل العمومي

¹ كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012، ص 116.

أو في الصحافة بحيث أن هذا الإعلان يعد بمثابة شرط أساسي لقيام الصفقة في ظروف حسنة وتكريس لمبدأ حرية المنافسة .

فان أي إخلال بأحكام الإعلان يمكن أن يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء فقد اقر قضاء مجلس الدولة الفرنسية أن قرار الإعلان عن الصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا وقد رتب بطلان قرارات الإعلان إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية التي اقرها القانون، ويمكن اعتبار قرار الإعلان قرارا إداريا منفصلا وهذا قياسا على قرار الإعلان عن المسابقة السابق لقرار التعيين الذي اعتبره القضاء الإداري قرارا إداريا منفصلا باعتباره يرتب آثار قانونية بذاتها يؤدي في النهاية إلى إبرام الصفقة واختيار المتعاقد¹, ومنه لكل من تأثرت مصالحه من جراء عدم مشروعية قرار الإعلان يمكن له أن يطعن في هذا القرار

ثانيا - الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول منافسة الصفقة العمومية.

أحيانا تلجأ المصلحة المتعاقدة بإصدار قرار يقضي بحرمان دخول شخص للمشاركة في الصفقة العمومية, وهذا بعد أن ثبت غشه وتماطله من خلال تعاقداته السابقة مع العلم أن الصفقات العمومية تقوم على أساس المساواة لذا يغير من القرارات المهمة لأن الأخذ بهذا المبدأ يسبب ضررا للصالح العام فالمتعاقد عليه أن يحسن من سمعته وذلك من خلال أداء مهامه في أحسن مستوى وتلبية الحاجات العامة ووفق ما تقتضيه المصلحة العامة .

إن السمعة المهنية هي شرط واجب توافره في المتعامل مع المصلحة المتعاقدة وكذلك توافره على الكفاءات والمؤهلات المطلوبة ويمكن للإدارة أن تتأكد من سمعة أي متعامل وهذا من خلال تصفح التعاقدات السابقة مع أي إدارة ولقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية على حق الإدارة في أن تحرم الشخص الفاقد لشرط السمعة المهنية وذلك بقولها "... إذ انه لا يكفي في المتعاقد توافر القدرة الفنية والمادية بل يجب أن يتوافر إلى جانب ذلك حسن

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص462.

السمعة وللإدارة الحق في حرمان ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة.¹

ولقد تضمن المرسوم الرئاسي الجديد رقم 236/10 وذلك من خلال القسم الرابع وبالضبط في المادة 52 منه حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بحيث نجد هنا أن القانون خول للمصلحة المتعاقدة بضرورة منع الأشخاص الذين يندرجون ضمن حالات الإقصاء، فالمصلحة المتعاقدة تصدر قرار الحرمان في دخول منافسة الصفقة العمومية .

ولقد كيف القضاء هذا القرار على انه قرار إداري منفصل يجوز الطعن فيه بالإلغاء فيمكن للأشخاص المحرومين من دخول المنافسة، الطعن بالإلغاء إذا كان هذا الحرمان مؤسسا على نص قانوني وأن هذا الشخص لا ينتمي إلى الفئات المحددة ضمن النص.

ثالثا - الطعن في قرار الاستبعاد .

إن قرار الاستبعاد يأتي بعد قبول الشخص للصفقة العمومية ثم تقوم المصلحة المتعاقدة باستبعاده وذلك لإحدى الأسباب ومنها:

01- عدم مطابقة الشروط والمواصفات والمؤهلات المعلن عنها في الصفقة:

ليكن استخلاص قرار الاستبعاد بالاستناد إلى نص المادة 125 .² والتي جاء في مضمونها ان لجنة تقييم العروض تقوم بإقصاء جميع العروض غير المطابقة لدفتر الشروط وذلك من خلال تحليل العروض على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط .

¹ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص222 .

²أنظر المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 .

02- الاستبعاد لظروف تستدعيها المصلحة العامة:

وهو أيضا ما كدت عليه المادة 125 فقرة 07 المعدلة , بحيث يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة إذا ثبت أنه إذا منحت الصفقة للمتعاقل يعتبر هيمنة للمتعاقل المقبول على السوق وكذلك يتسبب في اختلال المنافسة وهذا بطبيعة الحال ما تقتضيه المصلحة العامة .

باعتبار أن قرار الاستبعاد هو قرار إداري منفصلا وهذا ما أكدته المادة 125 من المرسوم الجديد فإن المتعاقل الذي له مصلحة في هذا الشأن وثبت انه غير معني لما جاء في المادة 125 يمكن له أن يطعن في هذا القرار بالإلغاء

رابعاً - الطعن في قرار إعلان المنح المؤقت:

المنح المؤقت يعني بذلك تخصيص الصفقة لمتعاقل متعاقد معين بذاته يكون محل الطعن أمام اللجنة المختصة, كما قد ترفع بشأنه دعوى الإلغاء, بحيث يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعوا في نفس الإعلان أولئك الذين حرموا من الفوز بالصفقة الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية وذلك في الآجل المحددة بثلاثة أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة.¹

فعلى المشارك الذي حرم من الفوز بالصفقة عند الاطلاع على نتائج التقييم سواء المالية أو التقنية, وثبت أن المصلحة المتعاقدة انحازت إلى المتعاقل المتعاقد الذي كان في موضوع قرار الإعلان عن المنح المؤقت فما عليه سوى الطعن بالإلغاء على هذا القرار .

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة.

يلعب القضاء الإداري دورا هاما في مكافحة الفساد وتكريس مبدأ حرية المنافسة في إطار الصفقات العمومية نظرا لاختصاصه بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن الصفقة العمومية

¹ محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 276 .

بحيث أن دعوى الإلغاء من أهم الدعاوى الإدارية وأكثرها فاعلية في حماية دولة القانون ومبدأ الشرعية وتعتبر وسيلة قانون فعالة في تطبيق عملية الرقابة القضائية على أعمال الدولة والإدارة العامة، وهناك شروط ضرورية أقرها المشرع لعرض القضية أمام القضاء الإداري وهذا حتى تقبل دعوى الإلغاء:

أولاً-الشروط الشكلية:

تتمثل هذه الشروط في ضرورة أن تتصب دعوى الإلغاء علي قرار إداري. وشرط رفع الدعوى الإلغاء في الميعاد القانوني , وشرط توفر الصفة والمصلحة في رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة وسنتعرض فيما يلي شرح كل شرط بنوع من التفصيل.

01- شرط الصفة والمصلحة:

استنادا إلى نص المادة 13 من قانون رقم: 09/08¹ لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

ومن خلال نص المادة يتضح أن دعوى الإلغاء لا يمكن قبولها من طرف الجهة القضائية إذا لم يتوفر شرط الصفة والمصلحة في رفع الدعوى, بحيث تكون المصلحة شخصية ومباشرة إذا مس القرار الإداري الغير المشروع بمركز قانوني وخاص رافع دعوى الإلغاء . ولقد أجاز القضاء الفرنسي للمتعاملين مع الإدارة الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بمرحلة الإبرام لكن إذا وجدت وأن أصدرت الإدارة قرارات بشأن تنفيذ الصفة, فتعتبر قراراتها غير قابلة للطعن فيها بالإلغاء استقلالا عن العقد , لأنها صادرة عن المصلحة المتعاقدة .

¹قانون رقم: 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008 .

كما أجاز للمتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء شرط أن تكون له مصلحة جادة ومشروعة في إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العملية التعاقدية خاصة وأن الغير لا يمكنه بأي حال من الأحوال اللجوء إلى القضاء الكامل لأنه ليس طرفاً في العقد فكان من المنطقي أن لا يحرم هذا الأخير من دعوى تجاوز السلطة، ويستمد غير المتعاقد حقه في الطعن بإلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد من أن هذا القرار قد أثر في مركزه القانوني ومن ثم تكون له مصلحة في الطعن عليه بالإلغاء¹.

02- شرط الميعاد القانوني: إن الميعاد في رفع الدعوى هو تلك المدة الزمنية التي يخولها القانون للفرد للمطالبة بالحقوق أمام الجهة القضائية وبالتالي يعتبر الميعاد قيد من القيود المفروضة على المتقاضى الذي يريد المطالبة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة².

ولقد ميز المشرع الجزائري لرفع دعوى الإلغاء في ميعاد الرفع أمام المحاكم الإدارية وبين رفعها في مجلس الدولة.

أ - ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية: باعتبار أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية وهذا ما تضمنته المادة 801 من القانون رقم: 09/08، ويكون ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية هو أربعة أشهر التابعة لتبليغ ونشر قرار الاستبعاد أو الحرمان من دخول الصنف العمومية، وأربعة أشهر من نشر قرار المنح المؤقت، وهذا بالاستناد إلى نفس المادة 801 من القانون رقم: 09/08، والتي نصت على " يحدد آجال الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (04) أشهر يسري من تاريخ

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2004، ص 363.

² تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 04.

التبليغ الشخصي بنسخه من القرار الإداري أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي والتنظيمي".

ب - ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة: يكون مجلس الدولة مختصا بصفته قاضيا لأول وأخر درجة للفصل في دعوى الإبطال المرفوعة ضد قرار إداري صادر عن السلطة الإدارية المركزية¹, وهذا ما تصفه المادة 901 من القانون 08 - 09. أما فيما يخص ميعاد رفع دعوى الإلغاء فالمادة 907 من نفس القانون أحالتنا إلى المواد من 829 إلى 832 من نفس القانون , وبالتالي فإن ميعاد رفع دعوى الإلغاء أربعة أشهر التابعة لتبليغ القرار ونشره .

03- شرط أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري: تعتبر دعوى الإلغاء الدعوى الوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة ومن ثم يجب أن تنصب هذه الدعوى على قرار إداري لمفهومه القانوني , وفي هذا الصدد يعرف القرار الإداري على أنه عمل قانوني صادر من السلطات الإدارية المختصة في الدولة بإرادتها المنفردة والملزمة وهذا بقصد إحداث أثر قانوني عن طريق إنشاء أو تعديل إلغاء مراكز قانونية بهدف تحقيق المصلحة العامة².

ومن خلال هذا التعريف فإن للقرار الإداري خصائص تتمثل فيما يلي :

- القرار الإداري هو عمل قانوني حيث أن كل التصرفات المادية للإدارة لا تعتبر قرارات إدارية إنما يمكن في هذه الحالة رفع التظلم الإداري ضدها والذي يؤدي إلى إنشاء قرار إداري سواء برد الإدارة عليه أو سكوتها عنه .

¹ لحسن بن شيخ أث ملويا، شرح قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 406 .

² عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 357 .

- القرار الإداري هو عمل يمس بمركز قانوني وهذه هي النقطة الأساسية المميزة للقرار الإداري عن الأعمال القانونية الأخرى وتضم هذه الميزة عنصرين بحيث يتمثل العنصر الأول في ضرورة أن يكون القرار قابل للتنفيذ مباشرة دون اللجوء إلى القضاء الإداري أما العنصر الثاني يتمثل في مدى إلحاق الأذى بالمعني بالقرار الإداري بحيث أن تخلف العنصر الأخير تؤدي إلى فض الدعوى بسبب غياب المصلحة في المتقاعد .

- القرار الإداري هو قرار انفرادي يصدر بالإرادة المنفردة على خلاف العقد الإداري ومن خلال هذا فان بعض الأعمال الإدارية التي ليست لها صبغة القرار الإداري ومن ذلك الأعمال التحضيرية التي تسبق إصدار القرار الإداري كالاقتراحات مثلا والتصريحات بالنية.

ثانيا - الشروط الموضوعية:

باعتبار أن القرارات الإدارية تتمتع بالمشروعية وهذا كقاعدة عامة لأنها تصدر مطابقة ومحترمة للنصوص القانونية إلا أنه يمكن أن يثبت العكس بحيث على الطاعن أن يثبت أن القرار الذي يخاصمه مشوب بعيب من عيوب المشروعية.¹

إن هذه الشروط لا تعتبر شروطا لرفع دعوى الإلغاء وإنما لقبولها وهي تتمثل فيما يلي:

01 - عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري: يعتبر عيب عدم الاختصاص بأنه عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني جعله المشروع من اختصاص هيئة أو فرد آخر ويمتاز عيب عدم الاختصاص بالنظام العام الذي يستطيع القاضي إثارته من تلقاء نفسه. إن ركن الاختصاص في القرار الإداري يتكون من أربعة 04 عناصر اذا لم تتوفر أصيب القرار الإداري بعيب عدم الاختصاص وتتمثل هذه العناصر فيما يلي:

¹ أعمار عوابدي، المرجع اسابق، ص 499 .

- **العنصر الموضوعي:** ومعناه أن يصدر الشخص أو السلطة الإدارية المختصة قرارات إدارية في إطار الموضوعات المحددة لها حصرا في القانون.
- **العنصر الشخصي:** أي يصدر القرار الإداري من الشخص أو الجهة الإدارية المحددة لموجب القانون والمرخص لها بإصداره.
- **عيب عدم الاختصاص المكاني:** أي أن تصدر السلطة الإدارية القرارات الإدارية ضمن الاختصاصات المنوطة لها داخل نطاق جغرافي محدد قانونيا .
- **عيب عدم الاختصاص الزمني :** ومعناه أن تصدر السلطة الإدارية القرارات الإدارية في إطار المدة الزمنية المحددة لعملها , فلا يمكن لمدير متقاعد إصدار قرارات إدارية .

02- عيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات: إن ركن الشكل والإجراءات هي مجموعة الشكليات والإجراءات الإدارية التي تتعاون وتتكامل في تكوين وبناء القالب والإطار الخارجي للقرار¹ بحيث أن عيب الشكل والإجراءات أن تقع القرار الإداري مخالفا للقواعد والإجراءات التي طلبها القانون سواء كانت مخالفة كلية أو جزئية وتشتت هذه الشكليات والإجراءات تحقيق الدقة في أعمال الإدارة ، ومن أمثلة الشكليات الجوهرية هو اشتراط تنظيم الصفقات العمومية أن يكون قرار الإعلان عن الصفقة محتويا لبيانات إلزامية والتي حددتها المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 فان تخلف أي بيان يجعل قرار الإعلان معيبا بعيب الشكل².

أيضا إذا تم نشر قرار الإعلان عن الصفقة في جريدة واحدة يعد مخالفا لإجراء جوهري والذي بدوره حددته المادة 49 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 236/10 بحيث تشتت نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين .

¹ عمار عوابدي، نفس المرجع، 508 .

² أنظر المادة 46 من المرسوم 236/10.

كما هو كذلك الأمر بالنسبة لسائر القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية إذ يجب أن تراعي فيها الإجراءات والشكليات التي نص عليها تنظيم الصفقات العمومية والتي كانت معنية بالشكل والإجراءات مما يفتح مجال الطعن بإلغائها لعدم مشروعيتها .

03- عيب مخالفة القانون: وهو ذلك العيب الذي يشوب محل القرار الإداري ويشكل بذلك حالة من حالات الحكم بالإلغاء ولعيب مخالفة القانون له صورتان فقد تكون مخالفة القانون في القرار الإداري مباشرة، وذلك عندما يصدر قرار إداري وهو يخالف الآثار القانونية المتولدة عنه أي في محله لقاعدة من قواعد القانون العام سواء كانت هذه القاعدة تشريعية أو دستورية أو معاهدة دولية، وقد تكون مخالفة القانون والقرارات الإدارية بصفة غير مباشرة عن طريق الخطأ في تسيير أو تطبيق القانون ومن تطبيقات القضاء الإداري غير النسبي لمخالفة القانون بصفة غير مباشرة خاصة أن تصدر السلطة الإدارية قرارات مطبقة في ذلك نص قانوني غير النص الواجب التطبيق أو أن تصدر قرارا إداري بخصوص حالات وأوضاع لا يشملها النص القانوني المعني وان تغفل عند اتخاذ القرار نصوص قانونية موجودة.¹

04- عيب الانحراف في استعمال السلطة: يعتبر عيب الانحراف في استعمال السلطة حالة من حالات عدم مشروعية القرارات الإدارية وهو العيب الذي يشوب ركن الهدف فيجعل القرار غير مشروع، وبالتالي قابلا للطعن فيه امام القضاء، وهو وسيلة قضائية جديدة فعالة لمراقبة أعمال السلطة الإدارية بما فيها تلك المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية من أجل ضمان تطبيق فكرة دولة القانون وحماية حقوق الأفراد، وهذا دائما في أصل مبدأ المشروعية² فالقرار الإداري المعيب بعيب الانحراف في استعمال السلطة هو معيب في ركن وحيد منه هو ركن الغرض أو الهدف أما الشق الآخر فهو قرار سليم في جميع أركانه، مثلا الموظف

¹ سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري - الكتاب الأول قضاء الإلغاء - دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 90

² عمار عوادي، نفس المرجع السابق، ص 535 .

الذي يطبق النصوص القانونية التي تتعلق بإبرام الصفقة العمومية بكل ما تنظمه من مراحل وإجراءات, ويتم منح الصفقة في الأخير لأغراض شخصية أو محاباة للغير أي يمنحها للذي يعرفه وهذا القرار يعتبر مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة .
ومنه يمكن أن نستنتج أن عيب الانحراف في السلطة يأخذ ثلاثة صور وهي :

أ- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة: الغرض منه هو تحقيق نفع شخصي أو محاباة للغير كما ذكرنا.

ب- الانحراف في استعمال الإجراءات: هذا العيب صعب إثباته وهذا لتعلقه بنية وإرادة مصدر القرار التي يصعب التعرف عليها، بحيث قد يلجأ الموظف إلى استعمال إجراءات غير تلك التي حددها القانون ليحقق أغراضه الشخصية وفي هذه الحالة يعتبر قراره معيباً بعدم المشروعية .

ج- مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف: أي يجب على السلطة الإدارية أن تسعى إلى تحقيق الهدف المحدد بنص القانون في سياق إصدارها لقرار إداري معين بحيث تكون منحرفة في استعمال السلطة إذ ابتعدت عن الهدف ولو لتحقيق المصلحة العامة.

05- عيب السبب: إن القصد منه هو أن تكون الحالة الواقعية التي دفعت لإتخاذ القرار معيبة ما يستوجب إلغاء القرار الإداري ولقد حدد القضاء والفقهاء الإداري صور عيب السبب على النحو التالي :

. عدم تناسب مضمون القرار الإداري مع الوقائع التي اشتهت عليها وهو ما يعرف برقابة الملائمة ونجد أن القضاء الإداري الفرنسي وسع رقابته لتطال جوانب الملائمة لا سيما في القرارات الإدارية ذات العلاقة بالحريات العامة كما هو الشأن في الضبط الإداري وكذلك في مجال التأديب الإداري .

- الخطأ في الوصف والتكييف القانونيين للواقعة وهذا بعد تؤكد القاضي الإداري من الوجود الفعلي للوقائع وينتقل إلى التأكد من الوصف القانوني الصحيح للوقائع فقد تقوم الإدارة بتكييف الوقائع تكييفاً خاطئاً وعلى أساسه تصدر قرارها الإداري .

مما سبق نستخلص أن رفع دعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل مقيد بمجموعة الشروط التي تطرقنا لها الواجب توافرها وإلا أدى ذلك إلى عدم قبول الدعوى ويجب على رافع الدعوى أن يؤسس دعواه على وجه من أوجه الإلغاء التي سبق لنا توضيحها .

أما بالنسبة للآثار المترتبة عن دعوى الإلغاء للقرار الإداري أن الأصل هو كل ما نتج عن قرار إداري قضى القاضي بإلغائه يعتبر لا غيباً ومعنى ذلك أن عقد الصفقة العمومية يكون كله لاغياً غير أن القضاء الإداري لا يعتبر الأمر كذلك حيث أن العقد يبقى سليماً ولا يحتاج بإبطاله إلا إذا رفع من صدر الحكم لصالحه دعوى ثانية أمام القضاء الكامل، وتمسك ببطلان هذا العقد ولا يستطيع قاضي العقد مناقشة قرار الإلغاء لأنه يحوز على قوة الشيء المقضي فيه ومن البديهي أن المتعامل المتعاقد إذا أراد أن يرفع دعوى إلغاء قرار إداري وإبطال العقد في آن واحد فإنه من الأجدر له أن يرفع دعواه أمام قاضي العقد لا أمام قاضي الإلغاء وهذا لربح الوقت وتجنب النفقات فيما لو تلجا ثانية لقاضي العقد طالبا إبطال العقد¹ ويمكن القول أن مجالات تدخل القاضي الإداري في منازعات الصفقات العمومية آن هناك منازعات تنشأ عند مرحلة إبرام الصفقة ومنازعات تنشأ في مرحلة التنفيذ.²

فالعلاقة التعاقدية تتأثر تلقائياً بذلك الإلغاء خاصة إذا كان إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ناتج عن الإخلال بالمبادئ المتمثلة في حرية المنافسة والمساواة والشفافية في الإجراءات وقواعد الإشهار وغيره من القواعد الهامة التي تقوم عليها إبرام الصفقة .

¹ سولاف مجراب، الرقابة على الصفقات العمومية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، ص 20 .

² إلا أن دراستنا تقتصر على مرحلة الإبرام وهذا كون المنافسة تتجدد فيها وبالتالي تطرقنا إلى ما جاء في نص المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10.236 لتعلقها بمرحلة الإبرام دون المادة 115 التي تتعلق بمرحلة التنفيذ وبالتالي تخرج عن نطاق دراستنا .

فالمشرع الجزائري تدخل لتجنب إبطال الصفقة العمومية بحيث أنه نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بنصوص تنظم إجراءات الاستعجال ومجال العقود الإدارية والصفقات العمومية بغية الفصل في الطعون المرفوعة وهذا ما سوف نتطرق اليه في المطلب الثاني من هذا الفصل.

المطلب الثاني: الحماية عن طريق قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد:

بالرغم من الحق المقرر للمترشحين في مجال الصفقات العمومية وذلك في رفع دعوى الإلغاء إلا أنه تؤدي الى نتائج خطيرة والمتمثلة في تعقيد إجراءاتها وطول أجال الفصل في أحكامه مما أدى باستحداث قضاء تنسم إجراءاته بالسرعة يدعى بقضاء الاستعجال وهذا سدا لمنافذ الفساد وتكريسا لمبدأ المنافسة في ابرام الصفقات العمومية وبالتالي تحقيق المساواة بين المترشحين. بحيث ازداد الاهتمام بقانون الصفقات العمومية وكرس هذه الاهمية قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وذلك من خلال الطعن في مادة الصفقات العمومية ووضعها في القسم الاستعجالي، نظرا لضرورة ومقتضيات السرعة في تقدير مدى مراعاة إجراءات إسناد صفقة للقانون ومبادئ المنافسة والشفافية، وقد تناول هذا النوع من الطعن في المادة 946 والمادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.¹

وذلك من خلال إجازة إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية وقضاء الاستعجال ما قبل التعاقد يمكن تعريفه كما يلي: " هو إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية القواعد العلانية، والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة² إلا أن الدارس لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية.في

¹ فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 2010، ص 427 .

² هذا التعريف هو بمثابة تعريف جامع للتعريف المقدمة عن طريق الفقهاء.

و المشرع الجزائري لم يعط تعريفا جامعاً للاستعجال ما قبل التعاقد في قانون إ م وإ بحيث اكتفى بالنص الوارد في المادة 918 التي جاءت فيها " يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة ينظر في اصل الحق ويفصل في اقرب الأجال"

الباب الثالث من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية الإستعجالية إبتداءً من المادة 917 يخلص أن هناك نوعين من الاستعجال الإداري وهما: الاستعجال بالطبيعة والقانوني.

الاستعجال بالطبيعة: يتمثل في المنازعات التي تؤول إلى قضاء الاستعجال الإداري بالنظر إلى توفر شروط الاستعجال وأركانه فيها، ومن بين شروطه هو توفر حالة الاستعجال التي أشارت إليها المواد 924،921،920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذلك شرط عدم المساس بأصل الحق أشارت له المادة 918 من القانون أما الشرط الثالث فهو عدم المساس بالنظام العام.

هذا عن الشروط الثلاثة للاستعجال بالطبيعة فإنه لكل منازعة من منازعات الصفقات العمومية إذا توفرت فيها تلك الشروط مجتمعة تكون من اختصاص القضاء الإستعجالي بالطبيعة، وإن كان هذا النوع من الاستعجال يتعلق أساساً بمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ.

أما الاستعجال القانوني يتمثل في المنازعات التي أسندها المشرع للقضاء الإستعجالي الإداري بنص القانون ولا ينظر إلى مدى توفر شروط الاستعجال من عدمه أي أن قاضي الاستعجال الإداري وهو يفصل هذه المنازعة التي أمامه بنص القانون، فإنه لا ينظر إلى مدى توافر عنصر الإستعجال من عدمه وإنما دخول الحالة ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً. وباعتبار أن الاستعجال القانوني في مجال منازعات الصفقات العمومية قد خصه المشرع بمرحلة الإبرام¹. الذي هو موضوع الدراسة لذا سيتم تحديد منازعات الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق الاستعجال القانوني (الفرع الأول) و ماهي الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد (الفرع الثاني)

¹ عز الدين كلوفي، المرجع السابق، ص 125 .

الفرع الأول: نطاق تدخل القضاء الاستعجال القانوني التي تندرج ضمن منازعات الصفقات العمومية.

إن المشرع الجزائري قد خص نوعا معينا من منازعات الصفقات العمومية وأدرجه ضمن قضاء الاستعجال بنص القانون وهذا النوع من المنازعات حملته القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات م و¹. وهي منازعات تخص مرحلة الإبرام محل الدراسة.¹ وهذا ما تضمنته المادة 946 من نفس القانون وهذا ما جاء في نص فقرتها الأولى " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

لقد حددت الفقرة الأولى نوع من منازعات الصفقات العمومية والتي تندرج ضمن إختصاص قضاء الاستعجال بنص القانون وهي تلك التي تنشأ عن منازعات الناتجة عن عملية الإبرام وهذا في حالة الإخلال بالتزامات المتعلقة بالإشهار والمنافسة² مما يدل على الإهتمام بحرية المنافسة من طرف المشرع.

على هذا الأساس فإن جميع الإجراءات التي تتخذ في مرحلة الإبرام سواء تعلقت بإبرام الصفقة أو تأهيل المترشحين أو إقصائهم أي كل ما يخص الإجراءات التي لها علاقة بالإشهار أو المنافسة وهذا ما أكدته المادة 946 في فقرتها الثالثة التي تنص على " يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"

¹ أعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 322.

² طيببي سعاد، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، العدد الأول، 2014،

بحيث أن المنازعات التي تنشأ في مرحلة الإبرام هي التي تكون قبل إبرام عقد الصفقة وإن المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ هي التي تكون بعد إبرام العقد أي أن الإخطار يكون قبل إبرام وبعد المنح المؤقت للصفقة¹

إن مختلف الإجراءات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية من خلال تصرفاتها تظهر في شكل قرارات إدارية، إذ كل إجراء تقوم به تجسده ضمن قرار إداري معين، وإن هذه القرارات الإدارية التي تجسد إجراءات الإبرام تلك تتمثل أساس في قرارات المنح المؤقت أيضا قرارات الإعلان عن الصفقة التي تتخذ قبل إبرامها، وقرارات إبرام الصفقة العمومية في حد ذاتها قرارات ضرورية في تكوين عقد الصفقة، ولكنها لا تعد مرتبطة به.

ومنه فإن منازعات الصفقات العمومية التي تنشأ في مرحلة الإبرام بسبب الإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة فإنها تتم أساسا عبر الطعن في إحدى تلك القرارات الإدارية الصادرة عن المصلحة المتعاقدة.

بحيث أن منازعات الصفقات العمومية التي تتدرج ضمن قضاء الإستعجال القانوني هي منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام على أن يتم الفصل فيها بسرعة وذلك لعدة اعتبارات أهمها الحفاظ على المال العام لأن الكثير من المشاريع ذات النفع العام فقدت أهميتها الاقتصادية، وزادت تكاليفها بسبب توقف المشروع إلى غاية الفصل النهائي في منازعة الموضوع المتعلقة بالطعن بالإلغاء في إحدى قرارات الإبرام.

فالمشرع استدرك الأمر وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإدراج فحص منازعات إبرام الصفقة بإجراءات الاستعجال القانوني حماية للمصلحة المتعاقدة وذلك من خلال إنجاز المشروع في وقته.

¹ فريجة حسين، المرجع السابق، ص 428

أما فيما يخص مصلحة المتعامل المتعاقد حتى يتبين له إلتزاماته ولا يبقى في الانتظار وكذلك بالنسبة لمصلحة الغير، القائم بالطعن حتى يحدد مصيره بالنسبة للصفقات العمومية في أقرب الآجال.

الفرع الثاني: القواعد الخاصة المكرسة لدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد:

لقد منح المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مرحلة إبرام الصفقة العمومية عند الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة يقتضي الأمر بحكم القانون تدخل قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد حماية لمبدأ حرية المنافسة.

وإن اللجوء لقضاء الاستعجال يتميز بطابع خاص بحيث يتطلب توافر شروط خاصة تبعا لخصوصية هذه الدعوى ، بحيث ترفع عن طريق عريضة وهذا ما أكدته المادة 946 من قانون إ م وإ والتي تودع لدى أمانة ضبط المحكمة الإدارية.

وعندما تكون بين يدي قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد الذي بدوره يتأكد من مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لصحة الدعوى الإستعجالية في الصفقة العمومية سوف نتطرق إلى الشروط الشكلية (أولا) ثم إلى الشروط الموضوعية (ثانيا).

أولا-الشروط الشكلية:

بالرجوع إلى نص المادة 946 من ق إ م وإ وعند التمعن في أحكامها تظهر خصوصية دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد سواء من حيث صفة المدعي أو مواعيد رفعها.

01- صفة المدعي: إن هذا الشرط يأخذ في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد مفهوما أوسع من شرط الصفة المعروف في القواعد العامة لأن صفة المدعي تكسب إما بحكم المصلحة او بحكم القانون.

أ- صفة المدعي بحكم المصلحة: منحت المادة 964 إلى كل ذي مصلحة في إبرام الصفقة العمومية أن يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية ومن جراء الإخلال بقواعد الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقة العمومية، ويدخل مفهوم المصلحة ضمن

الصفقات العمومية المترشحون الذين تم استبعادهم أو إقصائهم أو لم يتم منح لهم الصفقة وكل من تضرر من عملية المشاركة وكذا الأشخاص الذين لم يشتركوا في الصفقة لخلل في قواعد العلانية. ولا يلتزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن الإخلال بقواعد المنافسة بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا الخرق¹ فإن الدعوى لا تقبل كليا من أي شخص غريب عن الصفقة العمومية أي ليس له مصلحة في تحريك الدعوى.

وعلى ذلك حكم بأنه "لا يمكن للأشخاص غير المؤهلين لإبرام العقد أن يخطروا القاضي الإستعجالي لما قبل التعاقد" قرار مجلس الدولة الفرنسي في 16/12/1996 قضية المجلس الجهوي لنقابة المهندسين المعماريين لمارتنيك² Martinique

ب- صفة المدعي بحكم القانون: إذا أبرم العقد أو أنه سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة محلية مثل البلدية أو المؤسسة العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية ، فإنه بإستطاعة ممثل الدولة على مستوى الولاية³ إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، وقد خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتباره ممثلا للدولة إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة. غير أن نص هذه المادة يطرح العديد من الإشكالات القانونية.

(أ) - إن كان الوالي حارس لشفافية الصفقات العمومية المحلية فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة حصرا في المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية. فكأن المشرع الجزائري يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها.

¹ محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل ابرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آية وقائية لحماية المال العام، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام؟، جامعة المدية 2013، ص 09 .

² لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 554 .

³ راضية بركايل، الدعوى الإدارية الإستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية، لنيل شهادة ماجستير، تيزي وزو، ص 126.

(ب) - كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات العمومية في غياب الأطر القانونية التي تحدد كفاءات تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة ، والنقد نفسه الذي يوجه لنظام الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين الى استخدام هذه الدعوى، نظرا لصعوبة العلم بالمخالفات التي ترتكب في مرحلة إبرام الصفقة.¹

أما المدعي عليه في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية هو الذي تنسب إليه التصرفات الغير القانونية التي تخل بالتزامات الإشهار أو المنافسة وبالتالي لا يكون هذا الإخلال إلا من الجهة صاحبة الصفقة العمومية وتختص بها تلك الهيئات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وذلك من خلال نص المادة 2 منه.

02- ميعاد رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد:

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة أجل لرفع الدعوى، غير أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية على أن يتم الإخطار اذا أبرم العقد أو سيرم ولقد استعمل المشرع الجزائري عبارة "إذا أبرم العقد" إمكانية رفع دعوى الاستعجال في العقود والصفقات بعد إبرام العقد وهذا غير معروف في القانون بحيث يرفض القضاء الفرنسي دعوى الاستعجال التي ترفع بعد إبرام العقد أي بعد اكتساب الحقوق واستقرار المراكز القانونية.

وبالتالي تقرر حق اللجوء الى القضاء الإستعجالي سواء قبل برام الصفقة العمومية وذلك رغبة من المشرع في رصد أي إخلال يمس الصفقة العمومية سواء قبل أو بعد الإبرام. ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقدية هو التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى، بحيث تهدف إلى إصلاح المخالفات

¹ بمقرورة سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقدية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الدولي

الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، يومي 29-30 نوفمبر 2011، ص 11

قبل إبرام العقد وإمكانية الرفع بعد الإبرام ، فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الإستعجالي سلطته¹.

ثانيا - الشروط الموضوعية:

إن الدعوى الإستعجالية لا تقوم إلا بوجود حالة من حالات الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق والنظام العام ، إلا أنها شروط كما سبق وأن أشرت إليها أنها تخص قضاء الاستعجال بالطبيعة الذي يخص مرحلة التنفيذ أكثر من مرحلة الإبرام ولكن الذي يهمننا في هذا المقام حماية مبدأ المنافسة التي تندرج ضمن منازعات الإبرام فإن أسباب الطعن أو أوجه تأسيس الدعوى الإستعجالية تتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

بحيث إذا كان المتفق عليه في القانون الخاص أن الأفراد أحرار في اختيار شركائهم في العقد، إلا أن الإدارة لا تتمتع بهذه الحرية، ذلك أن الصفقات العمومية منظمة بنصوص قانونية تنص صراحة على أساليب محددة لإجراء العقد أو لاختيار المتعامل المتعاقد وعدم تحيز الإدارة وهذا ما يضمنه القانون².

ولقد سعى المشرع من خلال المحافظة على المال العام من جهة وتكريس مبدأ حرية المنافسة لأن الصفقات العمومية تبرم وفقا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي الذي يعد استثناءا.

وفي حالة إخلال الإدارة بإحدى الإجراءات المعروفة قانونا يمكن اللجوء إلى قاضي الاستعجال لدى المحكمة الإدارية من أجل إلزام المصلحة المتعاقدة على الخضوع لالتزامات وإن جوهر اللجوء لقضاء الاستعجال في مادة إبرام الصفقات يرتبط أساسا بالإخلال بقواعد المنافسة والإشهار ويعتبر انتهاكا لقواعد العلانية والمنافسة ما يلي:

¹ راضية بركايل، الدعوى الإدارية الإستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية، لنيل شهادة ماجستير، تيزي وزو، ص 126.

² المادة 23 من دستور 1996

01- اختيار المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام غير مناسب: إن المشرع الجزائري لقد حدد آليات إبرام الصفقات العمومية وذلك من خلال المادة 25 إلى المادة 34 من تنظيم الصفقات العمومية وهي شروط ملزمة لا يجوز الخروج عنها والتي تطرقنا لها في الفصل الأول لذا فإن استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة ومن الأمثلة على ذلك أن الإدارة عندما تقوم بإبرام صفقة مع متعامل وحيد أي يكون الاختيار دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة طبقا لإجراء التراضي وذلك في غياب حالة اللجوء إلى إجراء التراضي¹، والتي نصت عليها المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

02- خرق قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية: إن قيام الإدارة بعملية الإعلان وعدم احترام قواعد الإعلان يعد بذلك خرقا لهذه العملية، لأن الإشهار الصحفي للإعلان عن الصفقة يعد إجراء جوهريا كما حددته المادة 45 من المرسوم الرئاسي، والذي يضمن بدوره حماية مبدأ حرية المنافسة والمبادئ الأخرى .

لأن الإعلان إذا كان في جريدة يومية واحدة فهو إعلان معيب لأن الأصل كما ذكرته المادة 49 من نفس المرسوم التي تشترط النشر في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية واللغة الأجنبية، موزعتين على كامل التراب الوطني وكذلك في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي. كما يعد عدم تضمين الإعلان بالبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 46 من تنظيم الصفقات العمومية وهو عيب من عيوب العلانية.

اعتبر القضاء الإداري أن كل خرق لمدد استلام العروض مخالفة لقواعد العلانية²

03- الحرمان والاستبعاد من الصفقة دون وجه حق: لا يقصد بالحرمان هنا الحظر القانوني من المشاركة المحدد قانونا، وإنما الإدارة إذا طبقت هذا الإجراء على مترشح ما ولم تتوفر فيه أسباب الحرمان المحددة بنص القانون، والاستبعاد من الصفقة يكون بإخراج عرض من دائرة المنافسة بعد استلامه بحجة عدم مطابقة المواصفات التقنية أو غيرها. ومنه

¹ محمد فقير، المرجع السابق، ص 10 .

² راضية بركايل، المرجع السابق، ص 124 .

إذ يجوز للمتضرر من هذا الحرمان أو الاستبعاد اللجوء إلى قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد .

04- وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي: أي هذا التفضيل يكون لأحد المترشحين على حساب البقية، وهذا يعد انتهاكا لقواعد المنافسة، وهذا ما اعتبره مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات تفضيلية للصفقة عند الإعلان عنها يهدف إلى حصر المنافسة، بين عارضين معينين بذواتهم وهذا مساس خطير بقواعد المنافسة .

05- الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد: لقد وضع المشرع معايير لضبط اختيار المتعاقد مع الإدارة وهذا ما أكدته المواد من 35 إلى 40 على التأكيد على إلزامية مؤهلات المترشحين، والمادة 58 من تنظيم الصفقات العمومية منعت التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة لأنه وأثناء تقييم العروض، لاختيار الشريك المتعاقد وثبت عدم الالتزام بتلك المعايير كان دليلا قاطعا على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة.

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية « chalon –sur marne » بأن صفقة الدراسات المبرمة بين « Le cabinet Othe sivomat » بتاريخ 1993/10/06 باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض .¹

الفرع الثالث: سلطات قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد.

لقد تعددت التدابير الإستعجالية الموضوعية تحت سلطة قاضي الاستعجال لدى المحكمة الإدارية في مجال إبرام الصفقات العمومية، فله توجيه أوامر للمتسبب بالإخلال ليمتثل لالتزاماته، كما يمكنه بمجرد إخطاره أن يأمر تأجيل الإمضاء على العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين 20 يوما.²

كما يمكنه إقران الأوامر التي يصدرها في هذا المجال بالغرامة التهديدية ضمانا منه لتنفيذ الإدارة لالتزاماتها.

¹ بومقروة سلوى، المرجع السابق، ص13

² عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر 2010، ص294 و295 .

أولاً - الأمر بتنفيذ الالتزامات أو تأجيل الإمضاء على العقد:

يعتبر توجيه الأوامر إلى الإدارة من الصلاحيات المستحدثة بموجب قانون إ م وإذ كان القضاء الإداري قبل ذلك مترددا في هذا الخصوص تحت تأثير القضاء الإداري الفرنسي، الذي كان يعتبر ذلك مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات لكنه تخلى عن هذا المبدأ منذ زمن، بينما بقي القضاء الإداري الجزائري مترددا بهذا الشأن ولذا حسم قانون إ م وإ الموقف بأن مكن للقاضي الإداري من توجيه أوامر للإدارة ونتيجة هذا الأمر والمتضمن للامتثال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة في أمر الإدارة توقف عملية إبرام العقد أو الصفقة أو تنفيذ أي قرار مرتبط بذلك كأن تأمرها في حالة عدم إشهار الصفقة بعدم إبرام العقد والقيام من جديد بإشهار الصفقة ونشر شروطها في الصحافة،¹ بحيث أنه إذا أخلت الإدارة بهذه الالتزامات (الإشهار أو المنافسة) يمكن للمحكمة الإدارية متى تم إخطارها بعريضة توجيه أوامر للإدارة بالامتثال للالتزامات ما يتوافق والمادة 978.²

كما يمكنه الأمر بتأجيل الإمضاء على الصفقة إلى حين التأكد من سلامة إجراءات الدعوة إلى المنافسة، بحيث أن هذا التأجيل بحد ذاته يشكل وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالالتزامات إلا أن مدة التأجيل لا يمكن أن تتجاوز عشرين 20 يوما وهذا ضمانا لسرعة الإجراءات المطلوبة في هذا النوع من القضاء الإستعجالي الذي يتطلب الحماية المستعجلة للحق وكذلك ضمانا لاستمرارية نشاط المرفق العمومي.

¹ لحسين بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 557 .

² أنظر المادة 978 من القانون رقم: 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا - سلطة فرض الغرامة التهديدية:

في إطار تدعيم سلطات قاضي الاستعجال في مادة برام الصفقات العمومية، وسع المشرع من صلاحياته وذلك بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن منحه سلطة تقديرية في فرض الغرامة التهديدية.¹ بحيث أن الفقرة الخامسة من المادة 946 من القانون إ م وإ والتي منحت له سلطة توجيه الغرامة التهديدية في مواجهة بما هو مخالف لالتزامات الإشهار أو المنافسة.

إن سلطة توقيع الغرامة التهديدية لا تطبق إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة عند توجيهها للأمر بالامتنال للالتزامات الإشهار أو المنافسة بمعنى أنه لا يمكن للمحكمة الجمع بين توجيه الأمر بالامتنال لتلك الالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية.² و الهدف من الغرامة التهديدية هو التغلب على مقاومة الإدارة تنفيذ قرار أو أمر قضائي.³ إن القواعد الخاصة التي حرص المشرع على تكريسها تتضمن في طياتها خروجاً عن القاعدة العامة بدءاً بالشروط الواجب توافرها لعرض المنازعة أمام قضاء الاستعجال إلى الآجال التي حددها للفصل في موضوع المنازعة وطبيعة الحكم الصادر بشأنها تعكس فعلاً حرص المشرع الواضح على تكريس آلية فعالة لمواجهة التجاوزات الخطيرة الحاصلة على عملية إبرام الصفقات العمومية، لأن الحكم الصادر عن قضاء الاستعجال القانوني والذي

¹ الغرامة التهديدية هي ذلك المبلغ المالي الذي يفرضه القاضي الإداري على الإدارة جزاء لتأخيرها أو تماطلها عن تنفيذ الأحكام المتعلقة بقواعد الإشهار والمنافسة، وهي أيضاً تهديد مالي ينطق به القاضي الإداري لفائدة الدائن ضد أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام لحملها على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها وتحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم.

² ليلي بوكحيل. دور القاضي الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة. الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون

الجزائري . جامعة عنابة 2013/11/26 ص 11

³رقية بدرانه، الغرامة التهديدية وتنفيذ قرارات القضاء الإداري، الملتقى الوطني حول التطورات والمستجدات في قانون

الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة وهران، يومي-20 و 21 يناير 2009، ص 59 .

يتعلق بالبت في منازعات الصفقة الناتجة عن عملية الإبرام وهو حكم قطعي فاصل الحق ويتميز بحجة الشيء المقضي فيه.

إن تكريس الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية التي نظمها المشرع بنصوص خاصة ويتعلق بالمنازعات التي تطرأ في مرحلة الإبرام يهدف إلى حماية المال العام وتكريس مبدأ حرية المنافسة ومراعاة مبادئ الشفافية والمساواة، وكذلك لاختيار أفضل للشريك المتعاقد وهذا من خلال تقليص أجل الفصل في المنازعة . وهذا الاختصاص الأصيل إلى القضاء الإداري الذي أورده المشرع لاختصاص المحاكم الإدارية والمشرع التزم الصمت في إمكانية الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة في الأوامر التي يصدرها القاضي الإستعجالي.¹

المبحث الثاني: الحماية أمام القضاء العادي

إن قانون تنظيم الصفقات العمومية قرر القواعد الجوهرية والإجراءات التفصيلية والشروط الواجب مراعاتها في إبرام الصفقات العمومية ووضع الضمانات القانونية الكفيلة بحماية مبدأ حرية المنافسة إضافة إلى الضمانات القضائية سواء على مستوى القضاء الإداري، وقرر المشرع الجزائري أيضا رقابة خاصة وحماية نوعية تعد الوسيلة الأكثر فعالية وصرامة من غيرها ألا وهي الحماية الجزائية لقواعد تنظيم الصفقات العمومية .

لأن مجال الصفقات العمومية يشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة ومشاركة فئة كبيرة من المقاولين، لذا فإنه يعد مجالا حيويا للفساد بكل صوره ومما أدى بالمشرع إلى تجريم مختلف المخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية خصوصا تلك التي تتعلق بالمنافسة فبرز ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 09/01 الذي إستحدث مجموعة من المواد التي نصت في مجملها على تجريم وقمع المخالفات التي ترتكب أثناء إبرام الصفقات العمومية والتي بدورها تعيق مسار حرية المنافسة. غير أنه وتماشيا مع السياسة الدولية

¹ طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، الجزائر، ص 111 .

الرامية إلى مكافحة الفساد صدر قانون رقم 01/06 المؤرخ 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والذي جاء نتيجة مصادقة الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 2004/04/19، ولقد وضع القانون نصوصا خاصة لتجريم المخالفات المرتكبة في مجال إبرام الصفقات العمومية ملغيا بذلك نصوص قانون العقوبات التي تنص على نفس التجريم .

ولقد نص القانون رقم 01/06 في الباب الرابع منه والمعنون بـ : " التجريم والعقوبات وأساليب التحري"، على الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية والمتمثلة إجمالاً في جريمتين أساسيتين هما : الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية ، والتي يندرج تحتها جنحتين هما جنحة المحاباة و جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين والحصول على امتيازات غير مبررة ، أما الجريمة الثانية هي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية والمعبر عنها بقبض عمولات .

والمشرع عالج هاتين الجريمتين من خلال المادتين 02 و 27 من قانون رقم 01/06 بعدما ألغى المادتين 128 و 128 مكرر من قانون العقوبات .

بالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون 01/06 السالف الذكر نجد أنها تنص على مايلي: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة، وعلى معايير موضوعية .

ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية

الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية "

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع شدد في التذكير بأهم مبادئ الصفقات العمومية مركزا على مبدأ الشفافية في الإجراءات وعلانية المعلومات وقواعد المنافسة.¹ وبموجب ما ذكرت سنحاول أن نبرز في هذا المبحث الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية (المطلب الأول) والعقوبات المقررة لها في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية:

إن مجال الصفقات العمومية يتميز بالاتساع والهيمنة على الأنشطة الاستثمارية للدولة لكثرة المشاريع التي تسعى لتنفيذها في ظل احترام القواعد والإجراءات المتبعة في تنظيم الصفقات العمومية وتكريسا لمبدأ حرية المنافسة، وهذا التنفيذ يجعلها عرضة للفساد بمختلف صورته لارتباطه بالتوظيف من جهة وضخامة الإعتمادات المالية المرصدة لتنفيذها لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد حاول التوسع في التجريم بقصد حصر جميع الأفعال التي تشكل تجاوزات ومخالفات في مجال المنافسة في الصفقات العمومية وهذا ما وضحه القانون 01/06² و بناء على ما سبق يمكن حصر الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في ثلاث جرائم تفصيلا.

الفرع الأول: جريمة منع امتيازات غير مبررة للغير:

لقد عبرت الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون رقم : 01/06 على هذه الجريمة بإعطاء امتياز غير مبرر للغير في مجال صفقة عمومية وتتمثل في إبرام عقد أو التأثير عليه أو تعديله أو مراجعته بقصد مخالفته الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بها.³

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 351 .

² القانون رقم : 01/ 06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

³ آمال قاسمي، دور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تكريس قواعد الشفافية في مجال الصفقات العمومية، الملتقى

الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام؟، جامعة المدية 2013، ص 12.

فالتعنى في مدلول هذه المادة يجد أنها أعطتها مدلولاً واسعاً يشمل كل امتياز مهما كان نوعه سواء كان في صورة مادية كالنفود أو أوراق مالية، أو ذو طبيعة معنوية كالحصول على الترقية.

كما يمكن أن تتجسد في تزويد أحد المترشحين بمعلومات خاصة عن الصفقة تمكنه من إعداد وعرضه بطريقة تحقق له الفوز بها، هذا الأخير الذي بإمكانه أن يشكل في حد ذاته الامتياز الغير مبرر، الذي لم يكن ليمنح للغير لو احترمت الأحكام التشريعية والتنظيمية للصفقة ضد الاحترام الذي يقوم على أساس إحترام نزاهة الوظيفة العامة، والذي لا يمكن تقديره بأي حال من الأحوال لأنه مصطلح عام يشتمل على واجب المحافظة على الأمانة التي وكل بها الموظف خدمة لمصالح الدولة وحماية للمجتمع من إهدار المال العام. وعليه فإن أركان هذه الجريمة تتمثل في:

أولاً - صفة الجاني:

إن في الجريمة منح الامتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية ووفقاً لنص المادة 26 فقرة 1 من قانون 01/06 يفترض أن يكون الجاني إما موظفاً عمومياً وهذه الصفة تمثل الركن المفترض في الجريمة وفي باقي جرائم الفساد التي يقوم بها الموظفون العموميون. وجاءت المادة 2 من القانون 01/06 بمفهوم واسع للموظف العام بأنه "كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً إدارياً أو قضائياً أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء كان معنوياً أو منتخباً دائماً أو مؤقتاً مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته"، ومن خلال هذا النص تتجلى نية المشرع في محاربة الفساد وهذا بتوسيع مجال التجريم، فلا يتعلق الأمر بالموظف بالمفهوم السائد والمكرس في قانون الوظيفة العامة.¹

¹ وذلك بمفهوم الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية وبنص المادة 4 ف1 "يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري"

ثانيا - الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الجاني بإبرام عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق أو مراجعته أو تأشيرته مخالفة للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها بغرض منح امتيازات.

ثالثا-الركن المعنوي:

إن جنحة المحاباة هي جريمة عمدية تتطلب القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، كما تتطلب القصد الجنائي الخاص وهو إعطاء امتيازات للغير مع العلم أنها غير مبررة، بحيث يمكن التأكد من توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة من خلال تكرار العملية والوعي التام بالجاني لمخافة القواعد الإجرامية، وكذلك تقوم الجريمة حتى ولو كان من أعطي امتيازات غير مبررة لا يبحث عن فائدته الخاصة وإنما عند فائدة مؤسسة عمومية. ومثلما هو الحال بالنسبة للركن المادي فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة وتبيان مدى علاقة الأفعال المرتكبة بالنية الجرمية للمتهم.

الفرع الثاني:جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول على امتيازات غير مبررة

هذه الجريمة تدخل في إطار جريمة الصفقات ليس من باب استعمال أو تسخير موظف ما للحصول او الفوز بالصفقة بطريقة غير مشروعة، وإنما إشتراط المشرع أن يكون للموظف نفوذ حتى يتمكن من التأثير المباشر على حسن سير الصفقة خصوصا في مرحلة التحضير والإبرام وهذا ما عبرت عنه المادة 26 الفقرة الثانية من قانون رقم 01/06 وذلك بشكل موسع وشامل يغلظ باب الاجتهاد حول خضوع المخالف لجرائم الصفقات من عدمه.¹ وهذه الجريمة

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 495 .

كانت مدرجة بنص المادة 28 مكرر فقرة 02 من قانون العقوبات الملغاة بموجب قانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

وتقوم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غيرمبررة في مجال الصفقات العمومية على 03 أركان هي: صفة الجاني، الركن المادي والركن المعنوي.

أولاً - صفة الجاني:

تقتضي المادة 26 الفقرة 2 رقم 01/06 أن يكون الجاني في هذه الجريمة إما تاجراً أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، وبصفة عامة كل شخص طبيعي او معنوي من القطاع الخاص.

من خلال هذه المادة إن المشرع حصر في بداية الأمر صفة الجاني في التاجر أو الصناعي أو المقاول أو الحرفي ثم عمم، على كل شخص طبيعي أو معنوي¹ يقوم بإبرام صفقة او عقد مع إحدى الهيئات المذكورة في المادة.

تجدر الإشارة الى أن صفة الجاني الذي يمكن مساءلته في جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات ولو كانت غير مبررة تقتضي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص دون الأشخاص المعنوية من القطاع العام.

ثانياً - الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة وذلك من خلال استغلال موظفين من نوع خاص تكون لديهم مناصب نوعية في الوظيفة المرتبطة بالصفقات العمومية تمكنهم من التأثير فيها لذلك نجد المشرع من خلال المادة 26 ف2 عبر عنهم بمصطلح "الموظفون الذين لهم نفوذ" وذلك

¹المقصود بالشخص الطبيعي كل شخص يبرم مع مؤسسة او هيئة عامة عقد ويكون على صفة تاجر او حرفي سواء بتملكه سجل تجاري او بطاقة حرفي وعادة ما يتم التعاقد معهم بشأن انجاز بعض الأشغال او تقديم خدمات.

اما الشخص المعنوي فيتمثل عموماً في شركات الخدمات والتجهيز ومقاولات الأشغال والذين يحوزون على سجل تجاري ولهم إمكانيات ومؤهلات مادية تسمح لهم بإبرام صفقات مع مؤسسات وهيئات عمومية.

لقدرتهم تأثيرهم بسهولة على مجريات الصفقة خصوصا في مرحلة الإبرام ومن ثم لا يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة حتى يكون الإستغلال منصب على موظف له نفوذ ففي الصفقات العمومية فإنه يوجد عادة في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب يشرف عليه رئيس المكتب ويتكون من تقنيين ومهندسين وأعاون إداريين توكل لهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة مثل تحضير الإعلان وكذلك مراجعة دفتر الشروط.... الخ، وهذا تحت إشراف مدير الهيئة أو المؤسسة وغالبا ما يكون هؤلاء الأعاون هم الذين لهم سلطة وتأثير في إبرام الصفقة لأنهم يتوفرون على جميع المعطيات الخاصة بالصفقة خاصة ما تعلق منها بإمكانيات المتنافسين عليها.

والغرض من استغلال نفوذ الأعاون هو أن يستغل الجاني نفوذ أو سلطة أعاون الدولة من أجل الزيادة في الأسعار او من أجل التعديل في نوعية المواد والخدمات بما يحقق لهم المصلحة الخاصة.¹

ثالثا - الركن المعنوي:

تتطلب هذه الجريمة لقيامها توافر القصد العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعاون الدولة وإرادة استغلال هذا النفوذ لصالحه. أما القصد الجنائي الخاص² والمتمثل في نية الحصول على امتيازات مع أنها غير مبررة، بحيث أنه على القاضي أن يبين في الحكم أركان جريمة استغلال نفوذ الأعاون العموميون من صفة الجاني وسلطة أو تأثير العون العمومي بالنظر الى المنصب الذي يشغله وعلاقته بالجاني وكذا تبين الركن المعنوي وتوافر القصد الجنائي لدى الجاني من أجل إدانته ومدى تأثيرهم في الصفقة العمومية خصوصا في مرحلة الإبرام وذلك من خلال التأثير على مبدأ حرية المنافسة.

¹ أعمار بوضياف، المرجع السابق، ص 357

² احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دارهومة، الطبعة التاسعة، 2008، ص 111 .

الفرع الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

لقد أخذت الرشوة عدة مفاهيم لعل أهمها العطايا والهدايا وعلى العموم كل منفعة عمومية أخرى، ولقد عرفت الرشوة كما يلي:

"يكون الغرض منها حمل المرشحي وهو الموظف أو من في حكم الموظف على أداء عمل يدخل في ضمن اختصاصاته أو خارجا عنها أم من شأن وظيفته أنه تسهل أداء العمل ويعد راشيا الشخص الذي يقف في الطرف المقابل للمرشحي بعرضه لفائدة الموظف قصد الحصول على منفعة أو امتياز ما.¹

والمادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 جاءت لتجرم كل الأفعال والمناورات التي يقصد من ورائها 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 أو إبرامها من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة وكذلك من شأنه أن يؤدي لاتخاذ أي تدابير أخرى يمكن أن يصل حتى التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروضهم للصفقات العمومية ولنفس الغاية بالنسبة إلى الوثائق التي يقدمها المترشحون أضيفت لهم وثيقة تسمى التصريح بالنزاهة. وهو تصريح يتعهد فيه المترشح عموما بالامتناع عن اللجوء إلى الأساليب الممنوعة وغيره للتأثير على المنافسة ومن بينها أسلوب الرشوة² بحيث نص المشرع على جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال المادة 27 من القانون المتعلق بالفساد ومكافحته والتي ذكرت أنه كل موظف عمومي يقبض أو يحاول ليقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة

¹ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 497 .

² الرشوة كما سماها المشرع الجزائري "الفساد" هي جريمة في نظر القانون وظاهرة اجتماعية واقتصادية وأخلاقية ظهرت مع ظهور الدولة وهي ظاهرة خطيرة انتشرت وسط المجتمع

أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو في الصناعي¹ وكغيرها من جرائم الفساد تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات على ثلاثة أركان هي:

أولا - صفة الجاني:

يشترط لتوافرها صفة الموظف العمومي بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا سيما الموظف الذي يجوز له قانونا إبرام الصفقة العمومية لصالح الدولة أو إحدى المؤسسات الواردة في نص المادة 27 من القانون رقم 06-01.

وإنما صفة إبرام الصفقة فقد يرتكب أحدهم جنحة الرشوة أثناء قيامه بالتعاقد والعمل لصالح الدولة إذ يعد هذا في حكم الموظف العام، كما يجب توافر صفة الموظف العمومي وقت ارتكاب الرشوة لا قبل ذلك .

ثانيا - الركن المادي:

استنادا إلى المادة 27 المذكورة سائفا فإن الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية قد يشمل عدة أوجه تعبر عن إنجاز الجاني وظيفته و إستغلالها ويفترض هذا الركن نشاطا ماديا يصدر من الجاني في صورة من صور التي ذكرتها المادة السابق ذكرها. ولذلك ينقسم الركن المادي للجريمة إلى عنصرين أساسيين هما النشاط الإجرامي والمناسبة:

01- النشاط الإجرامي: يتمثل في القبض الموظف العمومي أو محاولة قبض أجرة أو منفعة أو ما يطلق عليها بمصطلح العمولة سواء لنفسه أو لغيره، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، في مقابل قيام الجاني بعمل أو الامتناع عن العمل، ويطلق على مرتكب هذه

¹زهيرة عبوب، جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام؟، جامعة المدية 2013، ص12.

الجريمة بالمرتشي أو يقوم بالمتاجرة بالوظيفة العامة مقابل منفعة مادية أو أدبية يحصل عليها ذلك المرتشي، وأما الطرف الآخر صاحب الحاجة أو المصلحة غير المشروعة فيسمى بالراشي طالما يقبل ما طلبه منه الموظف العمومي وتقدم المنح رشوة لهذا الأخير.¹

02- المناسبة في هذه الجريمة: إن ما يميز هذه الجنحة عن جنحة الرشوة العادية أو جنحة رشوة الموظفين العموميين هو المناسبة التي بسببها ارتكب الجاني هذه الجنحة وتتمثل تلك المناسبة في قبض مرتكب الجريمة أجرا أو عمولة أو أي منفعة،² غير مشروعة. بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام صفقة باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية، إذ لا يشترط في ركنها المادي المناسبة المذكورة وسبب تلك المناسبة شدد المشرع الجزائري الجزاء ضد مرتكب هذه الجنحة بالمقارنة مع الرشوة العادية.

ثالثا - الركن المعنوي:

إن جريمة الرشوة أو قبض العمولات في الصفقات العمومية تعد من الجرائم القصدية التي تقوم على العلم والإرادة.

01- العلم: يتوافر هذا الشرط بمجرد علم الموظف أنه قبل الوعد أو الفائدة لقاء القيام عمل أو الامتناع عن عمل من أعمال وظيفته وأنه ثمن للاتجار بوظيفته أو استغلالها، وينتج هذا الركن من الملابس والظروف التي صاحبت العمل أو الامتناع أو الإخلال بواجبات الوظيفة.

02- الإرادة: لا يكفي توافر العلم وحده لقيام جريمة الرشوة، وإنما يجب أن تنتج إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الإجرامي الذي يشكل ماديات الجريمة.

¹ زهيرة عيوب، نفس المرجع السابق، ص12 .

² زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، 2010، ص115 .

والقصد الجنائي يتطلب انصراف إرادة الجاني إلى القبول أو الطلب أو الأخذ، وبمفهوم المخالفة ينتفي القصد الإجرامي في جميع الحالات التي لا يثبت فيها انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل، لذلك يقوم القصد الجنائي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بمجرد علم الجاني بن فعله سوف يشكل جريمة، وكذا اتجاه إرادته إلى الإخلال بمبادئ سير الصفقات العمومية وقبضه الأجرة أو الفائدة مع علمه بأنها غير مبررة وغير مشروعة¹ كما يجب أن يتوافر القصد الخاص، المتمثل في نية إتيان الموظف العام بأعمال الوظيفة فالرشوة لا يكفي لقيامها توافر القصد العام فقط وإنما كذلك توافر القصد الخاص أي توافر النية لدى الجاني في مخالفته الأحكام المتعلقة بالصفقات.

والقصد هنا يمكن أن يستخلصه القاضي من ظروف كل قضية وملابساتها كما يمكن إثبات القصد الرشوة وفقا للقواعد العامة أي بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الكتابة والشهود والقرائن، ورغم أن القانون لم يرسم طريقا خاصا إلى اقتناع القاضي إلا أن تحديد فكرة القصد الجنائي كفكرة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا للتأكد من عدم وجود تعارض من الوقائع التي أثبتتها القاضي والنتائج التي توصل إليها.²

المطلب الثاني: العقوبات الخاصة بجرائم الصفقات العمومية

لقد نص المشرع الجزائري بعد تحريم الأفعال وتحديدها والتي تعتبر انحراف في مجال الصفقات العمومية على العقوبات التي تخص بها كل جريمة من الجرائم التي ذكرناها وهذه الجرائم قد يرتكبها الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي وهذا من أجل ردع مرتكبيها. وقد جاءت هذه العقوبات محددة في قانون رقم 01/06 المتعلق بالفساد ومكافحته، كما نجد أن المشرع فرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي والعقوبات المقررة للشخص المعنوي.

¹ أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، جامعة بشار، ص 17

² أنظر في ذلك أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 146 .

الفرع الأول: العقوبات الخاصة بالشخص الطبيعي.

يتمحور هذا الفرع حول العقوبات الخاصة بالشخص الطبيعي، تم التطرق فيه إلى العقوبات المقررة لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، والعقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين، والعقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

أولاً - العقوبات المقررة لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية:

يعاقب قانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، عند اختراق هذه اللجنة من قبل الشخص الطبيعي وذلك بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وبغرامة من 200.000 إلى 1.000.000 دج تطبيقاً لنص المادة 2/26 منه.¹

أما في حالة ما إذا كان مرتكب هذه اللجنة موظفاً عاماً، يمارس وظيفة علياً في الدولة أو ضابطاً عمومياً، فإن منصبه يعد طرفاً بالنسبة له لترتفع بموجبه إلى الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة مع الاحتفاظ بنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة وهذا تطبيقاً بما جاء في نص المادة 48 من نفس القانون.²

ثانياً - العقوبات المقررة لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين:

تطبيق نفس الأحكام المقررة لجنحة المحاباة سواء تعلق الأمر بإجراءات المتابعة أو بالعقوبات كما تطبق عليها كافة الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة بأن الظروف المشددة والإعفاء من العقوبة وتخفيفها والعقوبات التكميلية الصادرة والرد والمشاركة والشروع³ وإبطال العقود والصفقات كما تطبق عليها الأحكام المطبقة على جنحة المحاباة بخصوص الدعوى

¹ أمال قاسمي، المرجع السابق، ص 13 .

² أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 11 .

³ نظر المادة 52 من القانون رقم : 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته .

العمومية والعقوبة وتطبق العقوبات في هذا الشأن سواء تحصل الجاني فعلا على الامتيازات أو لم يحصل عليهما إذا كان أثر الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني.

ثالثا - العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

يختلف الجزاء الجنائي المقرر لهذه الجنحة عن الجزاء الجنائي المقرر لجنحة المحاباة و جنحة استغلال النفوذ من طرف الأعوان العموميين، كما يختلف كذلك عن جنحة رشوة الموظفين العموميين، إذ يعاقب المشرع الجنائي مرتكب جنحة الرشوة في مجال الصفقات العامة، بعقوبة مشددة تتراوح من عشر سنوات الى 20 سنة حبسا وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج¹.

كما تطبق باقي الأحكام المقررة والمشار إليها في الجزاء الجنائي للجريمتين السابقتين ومنها الإعفاء من العقوبة والتخفيف منها وإمكانية المصادرة وقواعد المشاركة وكذلك نص المشرع على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر للعقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات² وأما التشديد هو أن المشرع في العقوبات على جرائم الفساد عموما وجرائم الصفقات خصوصا أنه جعل الغرامة كعقوبة تكميلية لعقوبة الحبس، وعليه فإن القاضي وبالنظر إلى فحوى هذه المواد فإنه ملزم بالنطق بعقوبة الغرامة كعقوبة تكميلية لعقوبة الحبس كما يجوز للقاضي بالإضافة إلى كل هذا أن يحكم بالعقوبات بموجب المادة (9 و 9 مكرر و 9 مكرر 1)³ ولعل عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية المنصوص عليها

¹ زهيرة عبوب، المرجع السابق، ص 14 .

² القانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم للأمر 156/66 يتضمن قانون العقوبات .

³ انظر المواد 9 و 9 مكرر و 9 مكرر 1 من القانون رقم 06-23

فيالمادة 9 الفقرة 8 هي التي يكون لها الأثر الفعال على المتعاقد من حيث الردع لأنها ستحرمه من الدخول إلى المنافسة ضمن الشروط القانونية والإجراءات الشكلية إلى أقل بها عند ارتكاب الجريمة، فهذا الإقصاء مرده إلى أن المشرع قصد حماية الصفقات العمومية وتكريس جملة من المبادئ أهمها مبدأ المنافسة.¹

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي.

بعدها قرر المشرع الجزائري مسألة الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص على الجرائم التي ترتكب لحسابه الخاص في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات بموجب تعديله في 2004 دون الإخلال بمسألة الشخص الطبيعي كفاعل أو شريك عندما تتعلق هذه الجرائم بالشخص المعنوي، مع العلم أن المسير أو المدير هو الذي يتوفر فيه الفساد بالوظيفة في الصفقات العمومية بحيث أنه إذا تحصل على هدية ما غير مبررة فإنه سيستفيد منها كما لو تحصل عليها وهو موظف في مؤسسه تابعة للدولة، كما أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تعلق مسؤولية المسير كفاعل أصلي أو شريك، فبالنظر إلى المسؤولية المقررة له كفاعل أصلي نجد أنها تشترك على المسؤولية الخاصة بالشخص الطبيعي في حالة ما إذا ارتكب جريمة من الجرائم المذكورة سابقا.

ومن ثم نجد أن المشرع قد تشدد في العقوبة الخاصة بالشخص المعنوي في هذه الحالة بمبدأ يعاقب الشخص المعنوي والمسير كفاعلين أصليين وكان كل منهما مستقلين عن

¹ GIBEL MICHEL. LE NOUVEAU. CODE DES MARCHES PUBLICS N° 16-17. PARIS. France .14 AVRIL 2004.P.722

بعضهما البعض، وهذا يتتافى مع طبيعة العلاقة بينهما، فالاستغلال المنصوص عليه هو الاستغلال في الذمة المالية الموجبة للشخصية المعنوية للشركة أو المؤسسة، أما القرارات والتصرفات الموجبة للمسؤولية فلا يوجد هناك فرق بين الشخص المعنوي والطبيعي، لأن هذا الأخير هو الذي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي.

أما معاقبة الشخص الطبيعي كشريك عندما يتعلق الأمر بمسؤولية الشخص المعنوي يفهم منه أن الشخص المعنوي له إرادة مستقلة عن إرادة مسيره تحدد مسؤوليته الأصلية عن الأفعال التبعية التي يرتكبها المسير، مع أن المسؤولية واحدة، ولعل تقرير المشرع مسؤولية الشخص المعنوي الخاضع لقانون الخاص بهذه الطريقة يجد مبرر في التأكيد على الطابع المالي للعقوبات المقررة الخاصة لجرائم الفساد وهو ما نصت عليه المادة 53 من القانون 01/06 "يكون الشخص الاعتباري مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات"

وهذه المادة أحالتنا إلى المادة 18 مكرر من القانون 23.06 المؤرخ في 2006/12/20 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات ، والتي نجدتها تنص على ما يلي "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح هي:

- 1- الغرامة التي تساوي مرة (1) إلى (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.
- 2- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الأتية:
- حل الشخص المعنوي.

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز (5) سنوات.

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو إجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،...نشر وتعليق حكم الإدانة...."

والملاحظ أن المشرع الجزائري في تجريم قانون الفساد قد عدل عن القواعد التقليدية في التجريم والعقاب والإعتماد على آليات جديدة تتسم بالملائمة لجرائم الفساد وخاصة بها حماية المال العام وأصبحت المصلحة العامة في مناط التجريم والعقاب عن طريق تطبيق مبدأ الملائمة في التجريم، العقاب لردع المخالفين بكل صرامة خاصة في مجال الصفقات العمومية.¹

¹ محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، المدينة 2013، ص 16 .

خاتمة

من خلال هذه الدراسة يتبين لنا أن تكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية يهدف إلى ترشيد استخدام الموارد العمومية واستعمالها استعمالاً عقلانياً، وإلى ضمان حقوق المقاولات في منافسة نزيهة وشفافة ولن يكون ذلك إلى باحترام الإجراءات المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، وأن عدم الأعمال بقواعد إبرام الصفقة يؤدي إلى الإخلال بمبدأ حرية المنافسة. والمشرع وضع من الآليات ما يضمن حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية .

وعليه يمكن تلخيص النتائج المتوصل إليها في النقاط التالية:

- الإهتمام الواضح من قبل المشرع الجزائري بتجسيد مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وذلك من خلال سن العديد من المواد في تنظيم الصفقات العمومية .
- وضع قيود على عاتق المصلحة المتعاقدة لجبرها على أعمال المنافسة.
- نظام إشهار الصفقات العمومية في الجزائر مازال نظاماً بدائياً يعتمد على النشر الصحفي الورقي الذي يتميز في محدوديته وقصوره في نشر المعلومة بين المتعاملين المتنافسين والذي يؤثر على مبدأ حرية المنافسة.
- استثناء العقود التي يقل مبلغها عن الحد الأدنى المطلوب في نظر القانون لاعتبارها صفقة عمومية يعد ثغرة قانونية خطيرة على المنافسة وكذلك تسهل ممارسات الفساد في مجال الصفقات العمومية وذلك لصعوبة مراقبتها .
- تخصيص مجال هام في منظومة القضاء بكل فروعها لحماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.
- تفعيل دور الإعلام الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية .

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

أولاً - الكتب:

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار هومة ، الجزائر 2008.
- 2- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.
- 3- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر 2011.
- 4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة 1991.
- 5- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (الكتاب الأول: قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 6- عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري، دار الفكر القانوني، مصر 2007.
- 7- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر 2004.
- 8- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة الطبعة الثانية، الجزائر 2010.
- 9- عز الدين كلوفي ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، الجزائر 2014.
- 10- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة (مزيدة ومنقحة) جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011.

- 11- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2003.
- 12- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجزائر 2010.
- 13- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
- 14- لحسن بن شيخ أث ملويا، شرح قانون الإجراءات الإدارية، دار هومة الجزائر،2013.
- 15- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة مصر 2004.
- 16- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2009.
- 17- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2010.
- 18- هيبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء، القاهرة 2009.

ثانيا - الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ-الرسائل

- 01- تاجر محمد، ميعاد رفع دعوى الإلغاء،رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2006.

- 02- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر 2013.
- 03- سيد أحمد محمد بار الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 2007.

ب- المذكرات

- 01- حكيم طيبون، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013.
- 02- راضية بركايل، الدعوي الإدارية الإستعجالية طبقا لقانون الإجراءات المدنية لنيل شهادة ماجستير، تيزي وزو، الجزائر 2013.
- 03- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية عامة، جامعة الجزائر 2002.
- 04- نوال زيات، الإشهار في الصفقات في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر، 2013.
- 05- زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في ظل قانون الفساد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون اداري، جامعة ورقلة، 2011.

ثالثا - المقالات والمدخلات

- 01- محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية ، العدد 02، تيزي وزو، الجزائر 2010.

- 02- طيبي سعاد، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، العدد الأول، الجزائر 2014.
- 03- رقية بدرانه، الغرامة التهديدية وتنفيذ قرارات القضاء الإداري، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول التطورات والمستجدات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية جامعة وهران، الجزائر، يومي 20 و 21 يناير 2009.
- 04- بومقروة سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، يومي 29-30 نوفمبر 2011.
- 05- حميدة أحمد سرير، الصفقات العمومية وطرق إبرامها، الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية يوم 20/05/2013، موجودة على الموقع الإلكتروني: <http://www.univ-medea.dz/>
- 06- سهام بن دعاس، مدى فعالية قانون الصفقات في حماية المال العام، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20/05/2013، موجودة على الموقع الإلكتروني: <http://www.univ-medea.dz/>
- 07- محمد بن مشيرخ ، خصوصية التجريم والتحري في الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 20/05/2013، موجودة على الموقع الإلكتروني: <http://www.univ-medea.dz/>
- 08- تياب نادية ، تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية لحماية للمال العام مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في

حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 2013/05/20، موجودة على الموقع

الإلكتروني: <http://www.univ-medea.dz/>.

09- محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في

التشريع الجزائري والتشريع المقارن، آلية وقائية لحماية المال العام، مداخلة أقيمت بمناسبة

الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، كلية

الحقوق، جامعة المدية، يوم 2013/05/20، موجودة على الموقع

الإلكتروني: <http://www.univ-medea.dz/>.

10- أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد

ومكافحته، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول: " دور قانون الصفقات

العمومية في حماية المال العام"، كلية الحقوق، جامعة المدية، يوم 2013/05/20 موجودة

على الموقع الإلكتروني: <http://www.univ-medea.dz/>.

11- ليلي بوكحيل. دور القاضي الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، مداخلة أقيمت

بمناسبة الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري. جامعة عنابة

.2013/11/26

12- آمال قاسمي، دور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تكريس قواعد الشفافية في

مجال الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية

المال العام؟، جامعة المدية 2013.

رابعاً - النصوص القانونية:

1. الدساتير

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996.

II. نصوص التشريع:

- 01- أمر رقم: 67-90 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52، الصادر بتاريخ 27 جوان 1967.
- 02- أمر رقم 31.96 مؤرخ في 30/12/1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 ج.ر عدد 85 سنة 1996.
- 03- أمر رقم: 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003 معدل ومتمم.
- 04- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات.
- 05- الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- 06- قانون رقم 01/06 المؤرخ 20/02/2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر، ع 14.

- 07- قانون رقم: 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

2- النصوص التنظيمية:

- 01- مرسوم رئاسي رقم: 02-250، مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 52، الصادر بتاريخ 28 يوليو 2002.

- 02- مرسوم رئاسي رقم: 03-301، مؤرخ في 14 رجب عام 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 02-250، ج.ر عدد 55 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2003.
- 03- مرسوم رئاسي رقم: 08-338، مؤرخ في 26 شوال عام 1924 الموافق 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 02-250، ج.ر عدد 62 الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2008.
- 04- مرسوم رئاسي رقم: 10-236، مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58، الصادر في 13 يناير 2010، المعدل والمتمم.
- 05- مرسوم رئاسي رقم: 11-98، مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1432 الموافق أول مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، ج.ر عدد 14 الصادر بتاريخ 06 مارس 2011.
- 06- مرسوم رئاسي رقم: 12-23، مؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق 18 يناير 2012، ج.ر عدد 04، الصادر في 26 يناير 2012، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ج.ر عدد 04 الصادر بتاريخ 26 يناير 2012.
- 07- مرسوم رئاسي رقم: 13-03، مؤرخ في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، ج.ر عدد 02 الصادر بتاريخ 13 يناير 2013.
- 08- مرسوم رقم: 64-103، مؤرخ في 26 مارس 1964، القاضي بتنظيم اللجنة المركزية للصفقات، ج.ر عدد 27 الصادر بتاريخ 31 مارس 1964.

09- مرسوم 82-145، مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر عدد 15، الصادر بتاريخ 13 أبريل 1982 والمتمم.

10- مرسوم تنفيذي رقم: 91-434، مؤرخ في 02 جمادى الأولى 1412 الموافق 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 57، الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1991.

11- مرسوم تنفيذي رقم: 96-49، مؤرخ في 26 شعبان 1416 الموافق 17 يناير 1996 المحدد لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، ج.ر عدد 05، الصادر بتاريخ 21 يناير 1996..

12- مرسوم تنفيذي رقم: 98-67، مؤرخ في 24 شوال عام 1418 الموافق 21 فبراير 1998، يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره، ج.ر عدد 11 الصادر بتاريخ 28 فبراير 1998.

13- مرسوم تنفيذي 114/05، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي 289/93 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار الصفقات العمومية في ميدان البناء والري أن يكون لها شهادة التخصيص المهنيين.

3- القرارات:

01- قرار صادر عن وزير المالية مؤرخ في 28 مارس 2011، يحدد كفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر عدد 24، الصادرة في 20 أبريل 2011.

المراجع باللغة الفرنسية:

I- OUVRAGES:

O1 - Gibel Michel. le nouveau code des marchés puplics N° 16-17.
PARIS. France, 2004.

O2 - Laurent Richer, Droit des contrats administratifs 5^e édition, librairie
générale de droit et de jurisprudence, EJA France, 2006.

O3 - Rachid ZOUAIMIA, Droit administratif, édition BERTI Alger, 2007.

فهرس المحتويات

1..... مقدمة

الفصل الأول:

الضمانات القانونية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

4..... المبحث الأول: إجراءات الإعداد في إطار إحترام قواعد المنافسة

5..... المطلب الأول: كيفية وإجراءات إبرام الصفقة العمومية.

6..... الفرع الأول: المناقصة أساس المنافسة لإبرام الصفقات العمومية.

7..... أولاً - أشكال المناقصة:

7..... 01- المناقصة المفتوحة

7..... 02- المناقصة المحدودة.

8..... 03- الإستشارة الإنتقائية:

9..... 04- المزايمة.

9..... 05- المسابقة.

10..... الفرع الثاني: أسلوب التراضي. le gré a gré.

12..... ثانيا - التراضي بعد الإستشارة.

14..... المطلب الثاني: مراحل إبرام الصفقة العمومية.

14..... الفرع الأول: مرحلة الإعلان وإيداع العروض.

14..... أولاً - مرحلة الإعلان:

15..... الفرع الثاني: مرحلة إيداع العروض.

17..... الفرع الثاني: مرحلة فحص العروض وإرساء الصفقة.

17..... أولاً - مرحلة فحص العروض.

19..... ثانيا - مرحلة إرساء الصفقة:

المبحث الثاني: مظاهر تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية والإستثناءات الواردة عليه	21
المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء	22
الفرع الأول: إعداد دفتر الشروط.....	22
الفرع الثاني: أصناف دفاتر الشروط	24
أولا -دفاتر البنود الإدارية العامة	24
ثانيا -دفاتر التعليمات المشتركة.....	25
ثالثا -دفاتر التعليمات الخاصة.....	25
المطلب الثاني: إلزام المصلحة المختصة بضرورة الإعلان عن الصفقة العمومية	26
الفرع الأول: مبدأ المساواة بين المتنافسين	26
الفرع الثاني: ضبط المنافسة من خلال وسائل وآجال نشر الإعلان عن المنافسة.....	28
المطلب الثالث: الاستثناءات التي ترد على مبدأ حرية المنافسة	34
الفرع الأول: المنع لأسباب يفرضها القانون.....	35
الفرع الثاني: المنح لأسباب تفرضها المصلحة (المتعاقدة) الإدارة.....	37

الفصل الثاني:

الضمانات القضائية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المطلب الأول : تدخل القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء	41
الفرع الأول : تحديد القرارات الإدارية المنفصلة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية .	42
أولا - الطعن بالإلغاء ضد قرار الإعلان عن الصفقة العمومية.....	43
ثانيا -الطعن بالإلغاء ضد قرار الحرمان من دخول منافسة الصفقة العمومية.....	44
ثالثا - الطعن في قرار الاستبعاد	45
رابعا -الطعن في قرار إعلان المنح المؤقت	46

46	الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة
47	أولا-الشروط الشكلية
47	01-شروطالصفة والمصلحة:
48	02-شروط الميعاد القانوني
48	أ- ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحاكم الإدارية
49	ب ميعاد رفع دعوى الالغاء أمام مجلس الدولة
50	ثانيا -الشروط الموضوعية.....
50	01-عيب عدما لإختصاص في القرار الاداري
53	أ -استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة.....
53	ب -الأعراف في استعمال الإجراءات
53	ج -مخالفة قاعدة تخصص الأهداف
55	المطلب الثاني: الحماية عن طريق قضاء الإستعجال ما قبل التعاقد
	الفرع الأول: نطاق تدخل القضاء الإستعجال القانوني التي تندرج ضمن منازعات الصفقات
57	العمومية
59	الفرع الثاني: القواعد الخاصة المكرسة لدعوى الإستعجال ما قبل التعاقد
59	أولا-الشروط الشكلية
59	أ -صفة المدعي بحكم المصلحة
	ب -صفة المدعي بحكم القانون..... Erreur ! Signet non défini.
62	ثانيا-الشروط الموضوعية
64	الفرع الثالث: سلطات قاضي الإستعجال ما قبل التعاقد
65	أولا -الأمر بتنفيذ الإلتزامات أو تأجيل الإمضاء على العقد
66	ثانيا -سلطة فرض الغرامة التهديدية

67	المبحث الثاني: الحماية أمام القضاء العادي
69	المطلب الأول: الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية
69	الفرع الأول: جريمة منع امتيازات غير مبررة للغير
70	أولا - صفة الجاني
71	ثانيا - الركن المادي
71	ثالثا -الركن المعنوي
	الفرع الثاني:جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميون للحصول علي امتيازات غير مبررة
71	
72	أولا -صفة الجاني
72	ثانيا -الركن المادي
73	ثالثا -الركن المعنوي
74	الفرع الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
75	أولا -صفة الجاني
75	ثانيا - الركن المادي
76	ثالثا -الركن المعنوي
77	المطلب الثاني: العقوبات الخاصة بجرائم الصفقات العمومية
78	الفرعالأول:العقوبات الخاصة بالشخص الطبيعي
78	أولا - العقوبات المقررة لجريمة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ..
78	ثانيا -العقوبات المقرر لجريمة استغلال نفوذ الاعوان العموميين
79	ثالثا -العقوبات المقررة لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية
80	الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي
83	خاتمة