

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية  
في التشريع الجزائري

مشروع أولي لمذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون إداري

إشراف الأستاذ:

د. حاحة عبد العالي

إعداد الطالب:

سعيد فؤاد

الموسم الجامعي: 2014/2013

# شكر و عرفان

أتوجه بخالص الشكر و الإمتنان إلى كل من قدم إليّ يد العون سواء من قريب أو بعيد و أخص بالذكر الزوجة العزيزة التي ما فتئت تقدم يد العون رغم الأعباء العائلية.

كما أتوجه بخالص الشكر إلى الأستاذ المحترم الدكتور عبد العالي حاحة الذي و الله ما نستطيع أن نوفيّه حقه من فضل لكرمه أخلاقه و روحه الطيبة سوى أن يجازيه المولى تبارك و تعالى بأفضل ما عنده.

كما أشكر كل طاقم كلية الحقوق لجامعة محمد خيضر بسكرة أساتذة و عمال للخدمات التي قدموها لنا طيلة سنوات و المواسم الجامعية .

كما أتفضل بجزيل الشكر لبناتي الفضليات و خاصة منال التي وقفت إلى جانبي إلى آخر دقيقة.

سعيد فؤاد

مقدمة

# الفصل الأول



## المقدمة

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة و ذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق الخدمة العمومية إذ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية.

حيث وبالنظر إلى التنظيمات التي مر بها قانون الصفقات العمومية يمكن القول بأنه عرف الكثير من التطورات حسب التغييرات التي كانت تعرفها البلاد حيث صدر لها أول تنظيم أساسي في هذا المجال سنة 1967 وقد بدا واضحا أن هذا التشريع مستوحى بصفة كبيرة من التشريع الفرنسي مع بعض الخصوصيات الراجعة إلى الهيكلة القانونية الاشتراكية، و صدر بعد ذلك الأمر 90/74 المؤرخ في 30 جانفي 1974 الذي تضمن إعادة هيكلة تنظيم الصفقات العمومية الذي صدرت بعده الكثير من النصوص التنظيمية وصولا إلى المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

تزامنا مع هذا التطور التاريخي للمنظومة القانونية للبلاد في مجال الصفقات العمومية شهدت السياسة العامة لبلادنا عدة تغييرات منذ السبعينات وقد تدعمت كما ونوعا مرورا بمرحلة التسعينات إلى اليوم الذي تحاول فيه مجازاة المنظومة الاقتصادية العالمية الجديدة. فكان بذلك أن اعتمدت البلاد التدرج في الانفتاح على الممارسة الاقتصادية العالمية التي جعلت من حرية التبادل واعتماد المنظومة الليبرالية ممثلة في اقتصاد السوق واعتماد المنافسة منها رئيسا لها. إن اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام و في الأنشطة الاقتصادية للمتعامل العمومي بوجه خاص يجعلها من ركائز النظام الاقتصادي في الدولة لما توفره من حماية فعالة للمال العام حيث يسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد و المحسوبية في الإدارة العامة.

من جهة أخرى يدل الاهتمام المتزايد بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تفعيل آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية ومن ثمة إلزام المتعامل العمومي باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية، وهذا تحت ضغط الالتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في الميدان الاقتصادي خاصة بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي، كذا سعيها الحثيث للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة

إذ سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية بما يسمح بحرية المنافسة بين المتعاملين الوطنيين والأجانب على السواء؛ عبر العديد من التنظيمات المتعاقبة والمتفاوتة في قوتها القانونية، وهذا بالاعتماد على مبادئ المساواة وحرية الوصول إلى الصفقات العمومية، خاصة في ظل قانون المنافسة 08-12 الذي ينص في مادته 02 على أن " تطبق أحكام هذا الأمر -... : الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة."

واستجابة لمتطلبات اقتصاد السوق أضحى سياسة المنافسة من صميم السياسات الاقتصادية للدول واندرجت بذلك ضمن السياسة العامة العالمية، وفي خضم هذه التحولات، عرف مفهوم المنافسة تطوراً تاريخياً إذ كان في القديم يعني " المزاحمة بين عديد الأشخاص أو القوى لبلوغ نفس الهدف " لكن منذ منتصف القرن الثامن عشر ، عرف هذا المصطلح مفهومه المعاصر بأنه " العلاقة بين المنتجين والتجار من أجل استقطاب الحرفاء."

وعلى هذا النحو ارتبط مفهوم المنافسة بمفهومي المؤسسة والسوق ، واعتبرت المنافسة على هذا الأساس نظاماً خاصاً لنشاط السوق تمكن المواجهة فيه بين الطلبات والعروض من إرساء أسعار منخفضة في مستوياتها الدنيا.

كما عرف المشرع الصفقة العمومية بأنها عقد إداري مكتوب يبرمه أحد أشخاص القانون العام الدولة،الولاية، البلدية، والمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري في النظام القانوني الجزائري مع احد الأشخاص القانونية الأخرى عام أو خاص، طبيعي أو معنوي كمقاول أو مورد وفق شروط معينة ومحددة قانوناً، بهدف انجاز أو تنفيذ أشغال عامة أو توريدات أو أداء خدمة، على أن تسلك الإدارة المتعاقدة في ذلك أساليب القانون العام .

ويعرف القانون الفرنسي الصفقات العمومية حسب نص المادة 01 من قانون الصفقات العمومية الصادرة في 17 أبريل 1964 على أنه : " عقود أبرمت وفق الشروط المحددة في هذا القانون، بهدف تحقيق الأشغال، التوريد و الخدمات ."

كما عرفها قانون الصفقات العمومية بعد تعديله في 7 مارس 2001 حسب المادة 01 منه على أنها: "عقود معاوضة تبرم بين الأشخاص العامة أو الخاصة من طرف الأشخاص المعنوية في القانون العام، لتحقيق احتياجات المواد، الأشغال، التوريد أو الخدمات "

وقد عرف المشرع الفرنسي الصفقة العمومية منذ صدور أول قانون سنة 1964 الذي تأثر به المشرع الجزائري، والملاحظ أن تعريفه للصفقات العمومية قد اختلف كما هو الحال في القانون الجزائري حسب الاختلافات والتغيرات السياسية والاقتصادية التي مرت بها.

إن الملاحظ لتطور التنظيمات التي مر بها قانون الصفقات العمومية في الجزائر يجد ان كل القوانين المنظمة للصفقات العمومية قد تطرقت لتعريف الصفقة العمومية حيث عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 بقولها " إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات و المكاتب العمومية قصد انجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

إذا ونظرا لأهمية مجال الصفقات العمومية في الحياة الإقتصادية و كذا لأهميتها في إرشاد و حماية المال العام و حسن نفقته إعتامادا على أهم المبادئ التي تركز عليها المنافسة تحقيقا للمصلحة العامة وهي : حرية الوصول للطلبات العمومية -المساواة في دراسة ملفات المرشحين - شفافية الإجراءات مما يستدعي منا دراسة قانونية وميدانية جادة للوصول إلى حلول واقعية تعود بالنفع على المجال الإقتصادي للوطن .

وقد عملت السياسة الوطنية في إطار سعيها إلى الاندماج صلب المنظومة العالمية على تكريس مبدأ المنافسة كسلوك اقتصادي منتهجة بذلك " ثقافة التسابق " على الصعيدين الداخلي والخارجي فصدر الأمر 03 لسنة 2003 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة ومجموعة النصوص اللاحقة والمنقحة له .

إلا أن هذا الانفتاح على حرية المنافسة أصطدم مع القطاع الخاص الجزائري الهش الذي تسعى لتطويره وإعادة هيكلته لنهوض بالإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب خاصة، مما دفع بالمشرع لإدراج بعض الأحكام التي تعد استثناءا على المبادئ المذكورة والتي قد تؤدي إلى تقليص حظوظ المتعاملين الأجانب في الوصول للصفقات العمومية والتي زادت

حدثها مع صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يتصدرها مبدأ الأفضلية الوطنية والصفقات المحجوزة دعماً للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

### إشكالية الدراسة:

إنطلاقاً مما سبق فإن إشكالية هذه الدراسة تتمحور حول: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضمان مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة نذكر منها:

- 1- ما هي الضمانات القانونية المكرسة للمنافسة في مرحلة إعداد الصفقة العمومية؟
- 2- ما مدى تكريس مبدأ المنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية؟
- 3- ما هي حدود مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

### أهمية الدراسة :

هذا و يمكن النظر إلى أهمية موضوع: "إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري" من جانبين: نظري علمي و الآخر عملي تطبيقي كما يلي :

#### 1- الأهمية العلمية (النظرية):

تأتي أهمية هذا الموضوع العلمية في كونه يهدف إلى تحليل و تشخيص مبدأ حرية المنافسة من خلال تكريسه في مجال الصفقات العمومية ومدى حضورها وكيفية حمايتها قانوناً في صورة خرقها، وتحديد امتدادها زمنياً باعتبار أنها مرحلة سابقة عن مسألة تنفيذ الصفقة العمومية. لكن ما يلاحظ هو رغم أهمية هذه المرحلة في حياة الصفقة العمومية إلا أن القضايا المتعلقة ظلت قليلة رغم النصوص القانونية القليلة المنظمة لها. وأول النصوص القانونية المهمة بالصفقات العمومية ، الأمر 67-90 الصادر بتاريخ 17/06/1967 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

## 2- الأهمية العملية (تطبيقية):

تتمثل الأهمية العملية لهذه الدراسة بالنظر إلى أهمية تحقيق مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية واقعيا في الميدان تحقيقا للمساواة وتكريسا لشفافية الإجراءات بين المتعاملين و ذلك بسبب حداثة موضوع المنافسة في التشريع الجزائري مقارنة بالصفقات العمومية وقد تزامن مع صدور هذه التشريعات، جملة من الإصلاحات اعتمدت مبدأ التدرج في تدعيم القدرة التنافسية من ناحية ، ومبدأ المرونة في تطبيق قواعد المنافسة باعتبار أن المنافسة لا تعد هدفا في "حد ذاتها" بقدر ما هي وسيلة تحقق النجاعة الاقتصادية كما وكيفا وهذا ما يدفعنا إلى دراسة مجال تطبيقها أو بالأحرى إلى معرفة الأطراف الخاضعين لها .

فلئن يكون من البديهي القول بالتسليم بخضوع القطاع الخاص لقواعد المنافسة وهذا ما نستشفه من خلال قانون المنافسة فانه من الواجب التساؤل حول مدى خضوع أشخاص القانون العام ممثلين أساسا في الهياكل الإدارية العمومية لمبدأ المنافسة.

إن ربط كل من مفهومي المنافسة والصفقات العمومية يحيلنا على استخلاص الصلة بينهما و دراسة العلاقة القائمة بين المنافسة والصفقات العمومية تشريعيًا ودراسة الموضوع في الصفقات العمومية ،إنما يهدف إلى بيان مدى استجابة أداة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي لمبادئ هذا المجال المحكومة بقاعدة المنافسة . مما يدفعنا إلى البحث واستخلاص مظاهر المنافسة صلب الصفقات العمومية وأهمية حضورها وذلك من المنطلق التشريعي أو المنطلق الفعلي.

حيث نص المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل و المتمم أهمية حضور المنافسة وجوبا ضمن مختلف مراحل إبرام الصفقة العمومية كما أن الواقع الاقتصادي أكد بدوره على أهمية هذا الحضور وذلك اعتبارا لحساسية مجال الصفقات العمومية لارتباطه بالأموال العمومية وهذا ما يفرض وجوب ضمان مبادئ التنافس والشفافية على نحو يكفل حسن التصرف في الأموال العامة.

**أهداف الدراسة:**

وتسعى الدراسة إلى تبيان العلاقة بين الصفقات العمومية والمنافسة حيث لن يقتصر على بيان آليات تكريس المشرع لمبدأ المنافسة صلب الأمر المنظم للصفقات العمومية وهذا ما سنتطرق له في الفصل الأول من هذا الموضوع ، بل سيتعداه إلى بيان حدود مبدأ المنافسة صلب الصفقات العمومية ومآل هذه الحدود في الفصل الثاني وكذا ضمانات تطبيق مبدأ حرية المنافسة و صور الرقابة في تطبيقه حيث يمكن حصر أهم الأهداف للدراسة فيما يلي:

1-إستعراض و تقييم أهم التعديلات القانونية في مجال الصفقات العمومية في تكريس مبدأ حرية المنافسة.

2-تبيان أهم مراحل الصفة العمومية إبتداء من الإعداد إلى الإبرام ثم التنفيذ و مدى إخضاع كل منها لمبدأ حرية المنافسة.

3-تحديد المعوقات و العقبات التي تقف حائلا دون نجاح مبدأ حرية المنافسة في تحقيق المساواة و النزاهة بين المرشحين في كل المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية.

و للإجابة على هذه التساؤلات إعتدنا في دراستنا على :

**منهج الدراسة:**

نظرا لطبيعة الإشكالية المطروحة و تحقيقا للأهداف المسطرة فقد رأينا أنه من الأنسب لهذه الدراسة هو الإعتداد على المنهج الوصفي التحليلي بصفة أساسية،و المنهج المقارن و التاريخي بصفة ثانوية.

1-**المنهج الوصفي التحليلي:** رأينا أنه من المناسب الإستعانة بهذا المنهج في هذه الدراسة

و هذا لتحليل و وصف تطبيق مبدأ حرية المنافسة و بيان آثارها المختلفة في مجال الصفقات العمومية و هذا من خلال استعراض قانون المنافسة وكذا القوانين الأخرى ذات الصلة بالدراسة.

2-**المنهج المقارن و التاريخي:** كانت إستعانتنا بالمنهج المقارن نتيجة للمقارنة بين موقف

التشريع الجزائري و باقي التشريعات المقارنة و خاصة التشريع الفرنسي، والتشريع التونسي و مدى تكريس مبدأ حرية المنافسة في كل منها.

أما المنهج التاريخي كان ضروري لتتبع تطور القوانين و التشريعات المختلفة عبر الأزمنة و العصور لقراءة مستقبلها، كما لجأنا إلى هذا المنهج لتتبع مسار تطور آليات المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

مما ذكر نخلص إلى أسباب إختيار الموضوع و التي نفضلها إلى سببين هامين هما :

**1-أسباب موضوعية:** تتمثل أساسا في تحديد الآليات القانونية التي رصدها المشرع الجزائري

لتحقيق الأهداف المكرسة لمبدأ حرية المنافسة و تقييمها و الوقوف على مدى فعاليتها.

**2-أسباب ذاتية:** بما أن موضوع قيد الدراسة "إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في

التشريع الجزائري" حديث عهد بالمجال الإقتصادي عامة و مجال الصفقات العمومية خاصة

تسمح حداثة الموضوع للباحث بالخوض و التفصيل و التعمق لإبراز الدور المنوط في ترقية

وتطوير الإقتصاد الوطني.

# الفصل الأول

الاجراءات المكرسة لمبدأ حرية

المنافسة في الصفقات

العمومية

# الفصل الثاني

حدود مبدأ حرية المنافسة في

إطار الصفقات العمومية

و ضماناته

الخاصة

قائمة المصادر

و المراجع

الفهرس

# ملخص المذكرة

## الفصل الأول : الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية ومن خلالها يظهر جليا دور المتعامل العمومي في تكريس مبدأ المنافسة في سبيل تحقيق الحاجيات<sup>1</sup>. وبناءا عليه تكون الإدارة ، في إطار معاملاتها الاقتصادية مجبرة على انتهاج سبل معينة وعلى إتباع إجراءات شكلية خاصة لاختيار المتعاقد معها انطلاقا من تحديد الحاجيات إلى غاية إسناد الصفقة وهذا ما يجعلها مختلفة عن أفراد القانون الخاص المتمتعين بمطلق الحرية في اختيار المتعاقدين معهم .

### المبحث الأول: الضمانات القانونية المكرسة للمنافسة في مرحلة إعداد الصفقة العمومية.

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها فلا يوجد أي مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه الشروط القانونية وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة.

فحرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية و المعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها و تحددتها مسبقا<sup>2</sup>. بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين و ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها و تلك التي تستبعدها، وقد جاء تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة.

وبتكريس المبدأ تمّ توسيع نطاق المنافسة لتشمل كل المجالات الاقتصادية.

يجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، و في هذا المقام يذكر ما أقرّت به محكمة النقض في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 التي بينت مغزى هذا المبدأ بقوله " إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا ...".

<sup>1</sup> نادية تياب " تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام "، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 03 .

<sup>2</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر 2011 ، ص 43.

إذا ما رغبت المصلحة المتعاقدة التعاقد، فإنّ أول إجراء تنقيد به يتمثل في ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها، ممّن تتوافر فيهم المؤهلات اللازمة التي تمكنهم فيها بعد تنفيذ المشروع الموكل لهم، و لا يتحقّق التنافس إلّا إذا تمّ إعلام المعنيين و ذلك بإتباع الوسائل المحددة قانوناً.

و نظراً لأهمية المبدأ كرس المشرّع من القواعد ما يضمن و يكفل تجسيده ، غير أنّ لكل مبدأ استثناء فهناك حالات و أوضاع تبرّر خروج المصلحة المتعاقدة عن أحكام و مقتضيات المبدأ دون أن يعتبر ذلك إخلالاً منها بأحكام المنافسة الحرة.

### المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.

إن اللجوء للمنافسة في مرحلة الإعداد للصفقة العمومية تقتضي من المتعامل العمومي إعداد جميع الوسائل اللازمة لتكريس المنافسة . وتبعاً لذلك تتحدد المنافسة بطريقة تحديد الإدارة لحاجياتها وضبط محتوى دفتر الشروط كما تتحدد في مرحلة أخرى عن طريق الإعلام بالصفقة والطرق المنتهجة من المتعامل العمومي.

وأياً كانت الطريقة ، فالمتعامل العمومي ملزم مبدئياً بإعطاء مبدأ المنافسة مجاله الأوسع وليس أدل على ذلك من معنى المادة 3 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية الذي اخضع إبرام الصفقات العمومية لمبادئ أساسية ثلاث :وهي المساواة أمام الطلب العمومي وتكافؤ الفرص وشفافية الإجراءات واللجوء إلى المنافسة، وسعياً من المشرع إلى مزيد تأكيد أهمية مبدأ التنافس صلب الصفقات العمومية بين في المادة 92 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كفاءات استرجاعها حسب الحالة، في دفاتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة، استناداً إلى الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها<sup>1</sup>.

إن اعتماد أحسن الشروط لإختيار المتعاملين معها سواء تعلق إجراء إبرام الصفقة، بطلب

<sup>1</sup> المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 07-10-2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ 01-03-2011 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 11-06-2011 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18-01-2012 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03 ب 1.3.2013.

عروض أو غيره من الإجراءات أو في مرحلة تنفيذها .  
ولئن يخلص مما سبق أن تكريس المنافسة في الصفقات العمومية لا يتحقق إلا عن طريق لجوء المصلحة المتعاقدة للمنافسة وذلك بإعتماد المبادئ الثلاثة المذكورة في المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236" لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم<sup>1</sup>.  
لكن بعيدا عن الإجراءات التشريعية، يبقى تكريس المنافسة محكوما بجملة من المبادئ المحددة بوجوبية مبدأ المنافسة من ذلك ما درج على تسميته "بأخلاقيات الوظيفة"<sup>2</sup> حيث أن الجانب الأخلاقي يعد في هذا الإطار على درجة كبرى من الأهمية إذ بتوفر هذه الثقافة صلب هياكل الإدارة يصبح تكريس المنافسة أمرا طبيعيا وواجبا فلا تحيد بذلك المصلحة المتعاقدة عن اللجوء إلى المنافسة.

#### الفرع الأول: اعتماد المنافسة أثناء تحديد حاجيات المصلحة المتعاقدة.

إن تحديد حاجيات المصلحة المتعاقدة هي المرحلة الأساسية في عملية الشراء العمومي وإحدى أهم مراحل إبرام الصفقة تأثيرا على المنافسة. ولضمان تكريس المنافسة يفرض التشريع على المصلحة المتعاقدة أن تقوم قدر الإمكان بالتعبير بكل وضوح عن الحاجيات المراد الاستجابة إليها من ناحية الكم والكيف وهو ما سيستدعيننا إلى تقديم هذه المرحلة بتعريفها والى بيان واسع أثرها على تكريس المنافسة وإنجاح اللجوء إليها.

وتقوم المصلحة المتعاقدة في أولى مراحل إبرام الصفقة العمومية بتحديد الحاجيات من الناحية الكمية والنوعية كما يعمد إلى ضبط مدة هذه الحاجيات وخاصياتها الفنية على نحو يساعده على إعداد دفتر الشروط الخاص به ، إنهاء لمرحلة الإعداد الأولى<sup>3</sup> .

أكدت المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236 تكريسا لمبدأ المنافسة في نصها<sup>1</sup> تحدد

<sup>1</sup> المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> Voir rapport de la commission de prévention de la corruption, Décembre 1992, p 10.

<sup>3</sup> صالح زمال " إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية "، ملتقى الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجزائر 2013 ص 04.

حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة.

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها.

عندما ترخص المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا، فإنه يمكن المتعهدين تقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية، وفق الشروط المحددة والمضبوطة في دفتر الشروط.

ويجب النص على كيفية تقييم وتقديم بدائل المواصفات التقنية في دفتر الشروط. كما يجب تقييم كل البدائل المقترحة.

ولا يلزم المتعهدون الذين يقترحون بدائل للمواصفات التقنية بتقديم عرض أصلي استنادا إلى المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة كذلك إدراج أسعار اختيارية في دفتر الشروط. غير أنه يجب تقييم هذه الأسعار واتخاذ قرار بشأن اختيارها قبل منح الصفقة.

وتضبط المصلحة المتعاقدة، لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي للحاجات مع أخذ ما يأتي وجوبا بعين الاعتبار:

- القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال، فيما يخص صفقات الأشغال.  
- تجانس الحاجات، فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات. وفي حالة تخصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص.

يمنع تخصيص الحاجات بهدف تفادي حدود الاختصاصات المحددة بموجب الإجراءات المنصوص عليها في هذا المرسوم.

توضح كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"

<sup>1</sup> المادة 11 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 الجريدة الرسمية رقم 58 المعدل و المتمم.

على أن موضوع الطلب العمومي يجب أن يستجيب لطبيعة الحاجيات المراد تسديدها ولمداها اعتبارا بكون هذا المبدأ يحكم الصفقة العمومية منذ بدايتها إلى حين انجازها. لذا فتحديد طبيعة حاجة الإدارة ومداها الزمني هما مجالان هاما لتكريس المنافسة من خلال اعتماد المنهج الدقيق. ولتحقيق ذلك يجب على الإدارة القيام بالدراسات اللازمة قبل الإعلان عن أي صفقة عمومية. من ذلك مثلا خزن المعلومات المتعلقة بمنتوج ما أو بخدمة ما ، كما قد تعتمد الإدارة إلى القيام بدراسات ميدانية لحالة السوق الوطنية الأمر الذي من شأنه أن يمكن الإدارة من تحديد حاجياتها وتقديرها كما وكيفا على أسس واقعية لتحضير دفتر الشروط<sup>1</sup>.

ومن جانب آخر فان مدة الصفقة العمومية تحدد حسب طبيعة الحاجيات، فنجد صفقات قصيرة المدى وأخرى طويلة المدى ولكل من الطريقتين تأثيرها على تكريس المنافسة.

كما يجب على المصلحة المتعاقدة في تحديدها للخصائص الفنية أن تنتهج الدقة نظرا لما لهذا الشرط من تأثير واضح على تكريس المنافسة واحترامها من طرفه. وهو ما أشار إليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 11 السالفة الذكر، ونظرا لما للخصائص الفنية من أهمية ، تضبط بشكل جيد و واضح في مرحلة إعداد دفتر الشروط للحصول في آخر المطاف على دفتر شروط مثالي

"Avant tout lancement d'une procédure de passation de marché il y a lieu de déterminer avec précision la nature et les quantités des besoins à satisfaire.

Ces besoins doivent être déterminés en lot unique ou en lots séparés<sup>2</sup>."

ولضمان ضبط حسن اختيار الخصائص الفنية وتطويعها لخدمة توسيع المنافسة . جاء في نص المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 " يمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 11 أعلاه، في شكل حصة وحيدة أو في شكل حصص منفصلة. وتخصص الحصة الوحيدة لشريك متعاقد واحد، كما هو محدد في المادة 21 من هذا المرسوم. وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر. وفي هذه الحالة، يجب تقييم العروض حسب كل حصة. كما

<sup>1</sup> خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص186.

<sup>2</sup> SABBA Med Cherif , **les marchés publics** ,Séminaire des marchés publics au siège du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique – Alger 02 mars 2014, P03.

يمكن المصلحة المتعاقدة، عندما يكون ذلك مبررا، تحديد عدد الحصص الممكن منحها لمتعهد واحد.

اللجوء للتخصيص الواجب القيام به كلما أمكن ذلك، حسب طبيعة وأهمية المشروع وتخصص المتعاملين الاقتصاديين، ومراعاة للمزايا الاقتصادية والمالية و/أو التقنية التي توفرها هذه العملية.

إن التخصيص من اختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تعليل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة، في ظل احترام أحكام المادة 11 أعلاه.

ويجب النص على التخصيص في دفتر الشروط. وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز، فإن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التسجيل الذي يعده الأمر بالصرف المعني، يجب أن تهيكّل في حوص.

توضح كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تأثير إعداد دفتر الشروط على مبدأ المنافسة.

تكتسي مرحلة إعداد دفتر الشروط الأهمية البالغة باعتبارها المرحلة الختامية في الإعداد للصفقة العمومية من حيث تعريف الطلب العمومي، وهي الأداة التي عن طريقها تقدم المصلحة المتعاقدة حاجياتها من حيث طبيعتها وخصائصها الفنية .

ويستمد دفتر الشروط أهميته من صبغته الوجوبية والمعبرة عن علوية الإدارة بالمقارنة مع وضع المتعاقد معها، إذ أن هذا الدفتر المثالي يحمل جملة الشروط غير المألوفة في العقود الإدارية وهي ذات الشروط التي على أساسها تكيف الصفقات العمومية كعقود إدارية .

وقد وردت أهم التفاصيل و الملاحظات في الإعداد الجيد لدفتر الشروط إستنادا للتشريع الجزائري وتدعيما ميداني من خلال التجارب الميدانية في مختلف القطاعات خلال اليوم الدراسي الذي أقيم بوزارة التعليم العالي و البحث العلمي لسنة 2014 وتحت الوصايا الشخصية للسيد وزير القطاع والسيد مدير الميزانية و الوسائل ومراقبة التسيير رئيس اللجنة الوزارية للصفقات الذي قال :

<sup>1</sup> المادة 15 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

« Tout lancement d'opération doit faire l'objet d'un cahier de charges, qui peut être un cahier des charges type notamment pour les opérations qui revêtent un caractère répétitif et de même nature.

Le projet de cahier des charges doit obligatoirement être appuyé d'une estimation administrative du projet.

Le Cahier des charges type doit être élaboré par le service contractant (le chef d'Etablissement) et approuvé par la commission des marchés, compétente. »<sup>1</sup>

وتضع المصلحة المتعاقدة دفتر الشروط النموذجي على ذمة المتنافسين حتى يتسنى لهم على ضوءها تقديم عروضهم سيما وأنها تعطي أكبر قدر من المصدقية في تحديد المنافسة وذلك لتتصيصها على معايير ترتيب العروض وشروط قبولها على نحو موضوعي يمكن من اختيار العرض الأفضل كما ورد ذلك في نص المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية " تخضع مشاريع دفاتر الشروط لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل الشروع في إجراء المناقصة أو عند الاقتضاء، التراضي بعد الاستشارة، حسب تقدير إداري للمشروع، ضمن الشروط المحددة في المادة 11 أعلاه.

وتؤدي هذه الدراسة في أجل خمسة وأربعين (45) يوما، إلى صدور مقرر (تأشيرة) من لجنة الصفقات المختصة، تكون صالحة لثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ توقيعها. وإذا انقضى هذا الأجل، تعرض دراسة دفاتر الشروط المعنية من جديد، على لجنة الصفقات المختصة. تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن الطلب، موضوع دفتر الشروط، ليس موجها نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

تعفى المصلحة المتعاقدة من التأشيرة المسبقة للجنة الصفقات المختصة بالنسبة للعمليات ذات الطابع المتكرر و/أو من نفس الطبيعة، التي يشرع فيها على أساس دفتر شروط نموذجي مصادق عليه، في حدود مستويات الاختصاص المنصوص عليها في المواد 136 و146 و147 و148 و148 مكرر أدناه.

بغض النظر عن أحكام الفقرة 2 من هذه المادة، وفي حالة ما إذا قامت المصلحة المتعاقدة بإعادة إجراء إبرام صفقة أو بتطبيق دفتر شروط نموذجي، فإن مدة صلاحية التأشيرة تمدد إلى

<sup>1</sup> SABBA Med Cherif ,Opcit, P 04.

سنة واحدة.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن الصفقة العمومية.**

الإعلان إجراء ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة، لأن الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المترشحين وهو موضوع أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام وضمان المساواة بين المترشحين.

يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي ورد بصيغة الإلزام ضمن أحكام المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي تنص " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية :

- المناقصة المفتوحة.
- المناقصة المحدودة.
- الدعوة إلى الانتقاء الأولي.
- المسابقة.
- المزايمة<sup>2</sup>. "...

فالإعلان على هذا النحو إجراء شكلي جوهرى تلزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية، وكذا الحال لو رغبت في التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو حتى المزايمة.

يتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP" المحدثة بموجب مرسوم رقم 84-116 ويتم الأمر عمليا عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية<sup>3</sup> ، وذلك بصفة وجوبية وهذا ما أكدته المادة 49

<sup>1</sup> المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

الفقرة الأولى من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236. يأتي هذا التأكيد كقيد جديد على المصلحة المتعاقدة، فقد اكتفى المشرع في النصوص السابقة بإحداث هذه النشرة دون أن يلزم بضرورة طرح الإعلانات فيها، حيث اكتفى بالزامية الإشهار الصحفي فقط.

كما ألزمت المادة 49 من المرسوم ذاته على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بالمناقصة ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني، وأن يتم تحرير الإعلان باللغة الوطنية أو بلغة أجنبية واحدة على الأقل<sup>1</sup>.

ما لوحظ على التنظيمات السابقة للصفقات العمومية أن المشرع لم يشر على الإطلاق للنشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية، وهو الأمر الذي حرص المشرع على تأكيده في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، فنصت المادة 173 على "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية"<sup>2</sup>، كما نصت المادة 174 على "يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، ويمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية"<sup>3</sup>.

إن وجود نصوص كهذه في تنظيم الصفقات العمومية، إنما يدلّ على مساندة المشرع للتطور العلمي الحديث وبهذه القواعد جسد المشرع بحق المبادئ الأساسية في التعاقد، فلم يكتف بالزام المصالح المتعاقدة بالّجوء كأصل عام لأسلوب المناقصة، بل فرض نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين به سواء عن طريق الإشهار الصحفي وحتى الإلكتروني، إذ تعتبر هذه الوسيلة الأكثر استخداما في وقتنا الراهن.

وبغرض توسيع دائرة المنافسة بين أكبر عدد ممكن من العارضين، تدخل المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 فتمم مقتضيات المادة 43، وأجاز إجراء الإشهار المحلي

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 150.

<sup>2</sup> المادة 173 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> المادة 174 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها.

أما عن بيانات الإعلان فقد أشارت إليها صراحة أحكام المادة 46 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وتتمثل في:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي،
  - كيفية المناقصة.
  - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
  - موضوع العملية.
  - قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، ومكان إيداع العروض، و مدة تحضير العروض.
  - مدة صلاحية العروض.
  - إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتض الأمر.
  - التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة " لا يفتح "ومراجع المناقصة.
  - ثمن الوثائق عند الاقتضاء<sup>1</sup>.
- مقارنة بالنصوص السابقة جاءت بيانات الإعلان أكثر دقة ووضوحا في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وعلى المصالح المتعاقدة احترام الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان من حيث المدة والكيفية، وإلا ترتب على ذلك بطلان المناقصة<sup>2</sup>.
- جعل المشرع هذه البيانات إلزامية بما يعني بمفهوم الموافقة أنها بيانات جوهرية يترتب على عدم مراعاتها البطلان.

<sup>1</sup> المادة 46 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> عمار بوضياف مرجع سابق ص 164.

إذا كانت المناقصة الميدان الحقيقي لتطبيق المنافسة، فإن التراضي بشكليه لم يضع له تنظيم الصفقات إجراءات محددة وهذا راجع إلى أن هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد، غير أن ذلك لا يعني أبدا إعفاء المصلحة المتعاقدة من مبدأ التنافس، لكن على النحو الذي يتماشى وأسلوب التراضي.

لذلك اعتبر الإعلان بمثابة العنصر المهيأ لتكريس المنافسة والغاية منه نشر أو إشهار الصفة العمومية لتحقيق مبدئين أساسيين هما: مبدأ المساواة بين المتنافسين ، ومبدأ ضمان تكريس المساواة من خلال وسائل وآجال نشر الإعلان عن المنافسة.

### الفرع الأول: إقرار مبدأ المساواة بين المترشحين.

كرست المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية مبدأ المساواة بين المترشحين في نصها " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"<sup>1</sup>.

فاعتماد المساواة أمام الطلب العمومي كمبدأ أساسي يحكم الصفة العمومية عند الإعلان عن المنافسة المتمثل في ضمان تساوي المتنافسين أمام الطلب العمومي. سواء من خلال وسائل النشر أو من خلال الآجال.

### الفرع الثاني: تكريس المساواة من خلال وسائل وآجال نشر الإعلان عن المنافسة.

تتحقق المساواة عند ضمان حرية التقدم للمشاركين في الصفة دون اعتماد أي تمييز لا شرعي بينهم عند نشر المصلحة المتعاقدة الإعلان عن المنافسة قبل البدء في إجراءات اختيار المتعاقد، وذلك حتى يتمكن من إعلام كل الراغبين في التقدم إلى الصفة بالموضوع والشروط الواجب توفرها. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية على نشر الإعلان عبر الصحافة الوطنية وكذا في النشرة الرسمية لصفقات

<sup>1</sup> المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

المتعامل العمومي "BOMOP" حيث أن طبيعة بعض الصفقات قد تقتضي اللجوء إلى وسيلة أخرى غير الصحافة الوطنية من ذلك الصفقات التي تخضع للمنافسة الدولية.

إذا فالمناقصة تبتدئ بالدعوة العمومية للمنافسة عن طريق الإشهار ، و يحزر الإعلان للمناقصة باللغة الوطنية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل كما يكون إجباريا نشره في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ( ن، ر ، ص ، م ، ع ) و على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني . كما يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة ، عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر و آجال الانجاز و كل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

أما مناقصات الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم والتي يقل مبلغها أو يساوي 50.000.000 دج تبعا لتقييم إداري أو صفقات الدراسات والخدمات التي يقل مبلغها أو يساوي 20.000.000 دج أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات التالية<sup>1</sup> :

- نشر الإعلان عن المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين

- إلصاق إعلان المناقصات بالمقرات المهنية

- للولاية

- لكافة بلديات الولاية

- لغرفة التجارة و الصناعة و الحرف ، و الفلاحة

- للمديرية التقنية المهنية في الولاية.

و يجب أن تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ نشرها في الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة و يدرج أيضا في دفتر

<sup>1</sup> المادة 49 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

الشروط ويجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض. و يجب 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 الأكبر عدد ممكن من العارضين بالمشاركة ، و بالتالي توسيع مجال المنافسة .كما يجب إشهار تمديد مهلة صلاحية تقديم العروض إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن الظروف المستلمة غير كافية لإقامة المنافسة.

و طبقا للمادة 46 من المرسوم المذكور أعلاه فإنه يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة ( مفتوحة أو محدودة ، وطنية أو دولية ) أو المزايدة أو عند الاقتضاء المسابقة.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية أو الصفقة.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض و مكان إيداعها.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية الكفالة عند الاقتضاء.
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة " لا يفتح " و مراجع المناقصة.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

و تضع المصلحة المتعاقدة وثائق تحت تصرف أية مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهداتها كما يمكن إرسالها إلى كل مترشح يطلبها و تحتوي هذه الوثائق على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تعهدات مقبولة وكذلك تحتوي على:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بها في ذلك المواصفات التقنية و إثبات المطابقة ، و المقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أوالخدمات ، و كذلك التصاميم و الرسوم و التعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر.
  - الشروط ذات الطابع الاقتصادي و التقني و الضمانات المالية حسب الحالة.
  - المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.
  - اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات و الوثائق التي تصحبها.
  - كيفيات التسديد.
  - كل الكيفيات الأخرى و الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة و التي يجب أن تخضع لها الصفقة.
  - الأجل الممنوح لتحضير العروض.
  - اجل صلاحية العروض.
  - آخر ساعة لإيداع العروض و الشكلية الحجمية المعتمدة فيه.
  - ساعة فتح الأظرفة.
  - العنوان الدقيق الذي يجب أن ترسل إليه التعهدات.
- تعتبر مرحلة اختيار المتعاقد من أهم المراحل تكريسا للمنافسة ،لان موضوع الاختيار يهم الملف الذي وقع قبوله، وهو يخضع من حيث كيفية تحديد هذا الاختيار إلى قواعد المنافسة، طبقا للطريقة المتوخاة لإبرام الصفقة وطبقا لكيفية دراسة العروض قصد اختيارصاحب الصفقة.
- لقد أحاط المشرع الصفقات العمومية بجملة من الإجراءات الشكلية الملزمة وميزها عن غيرها من العقود بجعل طرق إبرامها محددة بالنصوص القانونية من حيث الشكل والمضمون. وجملة الحدود هذه، تهدف إلى تكريس المنافسة على نحو يضمن تحقيق المساواة بين المشاركين .

وتختلف طرق الإبرام هذه باختلاف درجة تكريس المنافسة فيها، وما يبررها توفر شروط معينة وتختلف هذه الشروط باختلاف صنف الصفقة بكونها عادية أو معقدة.

فبالنسبة للطلبات العادية، ستقيد حرية الإدارة في التعاقد معها بصفة كاملة ويصبح اختيارها له ، آليا حيث يجب عليها إسناد الصفقة إلى المشارك الذي قدم العرض المالي الأقل ثمنا، على أن يكون عرضه مطابقا لموضوع الصفقة ومقتضيات دفتر الشروط.

أما بالنسبة للطلبات المعقدة، فيقع إسناد الصفقة فيها إلى العارض الذي قدم العرض الأنسب من حيث الثمن والقيمة الفنية لكن مع تقييد المشتري العمومي بمعايير موضوعية نصت عليها المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية القائلة على أن لجنة الفتح ملزمة بتبرير اختيارها للمتعاقد في حال وقع الاختيار على عرض تجاوز ثمنه العرض المالي الأقل ثمنا . وذلك بتقديم التبريرات بخصوص الكلفة المالية الإضافية بالنظر إلى الميزات الفنية الإضافية والقيام بتحليل معمق للأسعار لغاية التأكد من الصبغة المقبولة لهذه الأسعار .

نخلص للقول أن المشرع أحاط السلطة التقديرية للمشتري العمومي في إطار الطلبات المعقدة، بقيود ضابطة. فبالرغم من اعتماد المرسوم الرئاسي 10-236 المنظم للصفقات العمومية طريقة المناقصة كإجراء أصلي وعام لإبرام الصفقات العمومية وإلغائه بذلك طريقة طلب العروض أو التعطيم أو سوء فهم و ترجمة للمصطلح الفرنسي، ظلت الرغبة واضحة في تقييد الحرية التعاقدية للمشتري العمومي وذلك للحد من وطأة طريقة المناقصة والتي تعتبر القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية. سيما وأن المناقصة هي طريقة من الطرق وجدت لضمان اختيار العرض على أساس الثمن الأقل بصفة آلية . وحتى يتسنى للمشتري العمومي الحصول على اقل الأثمان، وجب ضمان تقدم اكبر عدد ممكن من العارضين.

قد يكون إجراء المناقصة قد حمل معه جملة من الميزات، لكن هذا لا يمنع من القول بأن اعتماد هذه الطريقة كإجراء أصلي في إبرام الصفقات العمومية ، قد افرز في التطبيق بعض السلبيات. نذكر منها أن المناقصة لا تضمن بالضرورة جودة الخدمات المسداة كما أن الواقع افرز أن بعض المتقدمين يعمدون إلى تقديم اقل الأثمان في عروضهم وذلك سعيا للفوز بالصفقة ثم يسترجعون فارق الربح على حساب جودة وكمية الخدمات المقدمة.

حيث أن تعميم إجراء المناقصة على مجمل الطلبات العمومية ليس بالحل الانجح ، فهناك من الطلبات العمومية ما لا يمكن اعتماد عنصر الثمن لوحده في تحديد الفائز بتنفيذها . إذ بتطور مواضيع الطلب العمومي لتشمل الدراسات الفنية المعقدة أو مجالات الاتصال والمعلوماتية، أصبح البحث فيها عن عنصر الجودة والمواصفات الفنية متأكدا. وتبعاً لذلك لم يعد الاعتماد الحصري على معيار الثمن الأقل ، سيما إذا تعلق الأمر بموضوع طلب عمومي على قدر من التشعب الفني أو البعد الجمالي .

لكن طلب العروض يوفر مجال أوفر و أضمن لتكريس مبدأ المنافسة والذي اعتبر اللجوء إلى المنافسة في إطار المناقصة اختياريا، وهو ما يجعل الاختلاف بين هذه الطريقة وطريقة طلب العروض متعلقاً بدرجة إلزام قاعدة المنافسة ، حيث تختلف درجة تكريسها ، إما بكونها اختيارية أو ملزمة وإما بكونها موسعة أو مضيقة .

وعلى هذا الأساس يمكن تغيير تسمية المناقصة بطلب العروض " وذلك لإلغاء التعبير الصريح عن فكرة الحد من مجال المنافسة ، لتفادي الأثر الظاهر للتسمية السابقة .

وتأسيساً عليه تصبح المنافسة مقتصرة على المرحلة الثانية، كما يصبح مجالها محددًا وذلك بفرض جملة من المعايير المؤدية إلى انتقاء عدد معين من الأشخاص أو المؤسسات لدخول المنافسة.

وتمارس المنافسة في المرحلة الثانية على الوجه الأكمل بين جملة الأطراف المنتقاة مما يدفعنا للقول بان المنافسة في إطار طلب العروض تحتفظ بحضورها وبممارستها .

عرف الفقيه "دولوبادار" طلب العروض مع مناظرة بكونه " طريقة لإبرام الصفقات العمومية تقوم بمقتضاه الإدارة بإجراء مناظرة بين المقاولين والمزودين وفق برنامج تضبطه هي. وتؤدي هذه المناظرة إلى ترتيب المتنافسين. وتحتفظ الإدارة بحرية اختيار المتعاقد<sup>1</sup> .

وعلى هذا الأساس يمكن القول بان موضوعية المصلحة المتعاقدة في وضعها لمعايير الانتقاء وفي ضبطها لقائمة المنتقنين، هو ضمان لتكريس المنافسة. في مرحلة فتح العروض وترتيبها.

<sup>1</sup> A .De laubadère, traité des contrats administratifs 312-313.

وطريقة النشر هذه تضمن المساواة بين المتنافسين باعتبار أن الإعلان وقع في نفس الوقت وبنفس الوسيلة لذلك فإن أي إعلام يقدم لأي طرف حول إبرام الصفقة العمومية قبل نشر الإعلان في الصحافة يعد خرقاً لقواعد المساواة ومن ثمة لقواعد المنافسة ، ولإشارة فإن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الوسائل الأخرى ك لصق الإعلانات أو إدراج الإعلان على موقع الانترنت التابعة له ليس من شأنه المساس بقواعد المساواة .

وتعتبر جميع هذه الإجراءات الشكلية ملزمة ذلك أنها تلعب دوراً هاماً في إقرار المساواة أمام الطلب العمومي كما أنها تحدد من بدء الصفقة مجال التنافس حولها ، وعلى هذا الأساس كان احترام نشر الإعلان واجبا بل ومؤثرا في صحة عقد الصفقة من عدمه وخرق هذا الإجراء يؤدي إلى إبطال الصفقة.

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إبطال الصفقة الخارقة لقواعد الإعلان<sup>1</sup>.

ولقد ترك المشرع الجزائري المجال أمام المصلحة المتعاقدة سلطة تقدير آجال تحضير العروض ابتداء من أول نشر للإعلان عن المنافسة للصفة العمومية وجعله متغيرا حسب الحالات م هذا مانصت عليه المادة 50 الفقرة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية " ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين"<sup>2</sup>.

ولكن يبقى فتح المجال هذا والسلطة التقديرية الواسعة للمصلحة المتعاقدة تساؤلا حول ما مقدار تحديد الآجال الصحيحة إعتبارا أن لكل صفقة خصوصياتها، وذلك حتى يضمن عدم المساس بقاعدة المنافسة؟.

وما يلاحظ هو أن الآجال الوجيزة أو القصيرة من شأنها أن تحد من المنافسة ونجاعة الدعوة إليها وتؤثر على نوعية العروض المقدمة من قبل المتنافسين وهو ما يؤدي غالبا بالمصلحة

<sup>1</sup> C.E. Arrêt du 7 juillet 1982 , commune de Guidel. C/Mme courter .

<sup>2</sup> المادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

المتعاقدة إلى الالتجاء إلى التمديد في اجل قبول العروض أو إعادة إجراءات الدعوة إلى المنافسة<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: مبدأ المنافسة في إختيار المترشحين بين الحرية و التقيد.

لئن كان واجب الإعلان يعد خطوة أولى في طريق ممارسة سياسة اللجوء إلى المنافسة من الناحية الفعلية فان ضمان حرية التقدم للصفقات العمومية يعد التعبير الفعلي عن ضمان ممارسة هذه المنافسة.

وعلى هذا الأساس فان حرية التقدم للصفقات العمومية كان مبدأ ملزما للمصلحة المتعاقدة، ومرد ذلك الارتباط الأكيد بين هذا المبدأ و المنافسة، حيث أن التنافس يتحقق بفتح المجال أمام كافة المهتمين بالصفقة لدخولها. وبناء على هذا المبدأ فان المصلحة المتعاقدة مبدئيا يصبح ملزما بعد إعلانه عن المنافسة بقبول مختلف الأطراف التي قدمت عروضها قصد المشاركة في الصفقة بما يفسح المجال لحرية المنافسة بين مختلف المؤسسات أو المزودين ومن ثمة دراسة هذه العروض قصد اختيار المتعاقد على تنفيذ الصفقة<sup>2</sup>.

غير أن فسح المجال للمنافسة يجب أن لا يؤدي إلى التعسف في استعمال معناها بل يجب أن تمارس داخل مجال يضم أطراف وجدت في وضعيات متساوية من حيث نشاطها وكفاءتها ، وهذا ما يبرر إحاطة مبدأ حرية التقدم إلى الصفقات العمومية بجملة من الشروط القانونية التي من شأنها إقصاء الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم جملة الضمانات المنصوص عليها قانونا و بنص صريح في المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية " 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 أدناه.
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية، أو

<sup>1</sup> نادية تياب مرجع سابق ص05

<sup>2</sup> سيد أحمد محمد جاد الله "سلطة القاضي إزاء العقد الإداري"، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص61.

- الصلح.
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
  - الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
  - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
  - الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
  - الذين قاموا بتصريح كاذب.
  - الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع، بعد استفاد إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.
  - المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 61 من هذا المرسوم.
  - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.
  - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.
  - الأجانب المستفيدون من صفقة، وأخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 24 من هذا المرسوم.
- توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>1</sup>.
- والى جانب هذه الإستثناءات ، اوجب المشرع مدّ المصلحة المتعاقدة بجملة من الوثائق الجبائية و شبه جبائية وكذا ضمانات مالية عددها في نص المادة 51 من نفس المرسوم الرئاسي ( كفالة تعهد تفوق واحد في المائة (1%) من مبلغ العرض، فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات ولجان الصفقات القطاعية، والواجب ذكرها في دفاتر الشروط المتعلقة بالمناقصات، طبقا لأحكام المادة 132 أدناه، تصدر كفالة تعهد المتعهدين الجزائريين من طرف بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية. ويجب أن تصدر كفالة تعهد المتعهدين الأجانب من طرف

<sup>1</sup> المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى)<sup>1</sup>. ويجب أن يكون كل عرض مقدم مرفوقا بجملة هذه الوثائق التي تعادل شروطا اوجب المشرع توفرها لضمان الحق في المشاركة .

هذا وتتمثل الغاية من اشتراط الضمان المالي، ضمان جدية المتقدم عند تقديم الضمان المالي على تأكيد استعداده للصفقة والالتزام بما سيقع التعاقد في شأنه .

### المطلب الأول : كفاءات وإجراءات إبرام الصفقة العمومية ومدى تكريس حرية المنافسة

إنّ الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد ،كما أنها تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية و تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى<sup>2</sup>. فقانون الصفقات العمومية الجزائري في بدايته قد عرف تأثرا كبيرا بقانون الصفقات العمومية الفرنسي و هذا طبيعي نظرا للعامل التاريخي و عدم إمكانية ميلاد قانون جديد في فترة وجيزة و الدولة بحاجة لملء الفراغ القانوني الذي كان موجودا في هذه المرحلة ، فنص على نفس كفاءات الإبرام مع بعض الاختلاف في مجال تطبيق كيفية المناقصة و التي كانت محدودة في القانون الجزائري ،أما بالنسبة للمعايير المستخدمة في تقنيات الإبرام فقد كانت متقاربة في القانونين مع بعض الخصوصيات التي تميز بها القانون الجزائري.

### الفرع الأول: كفاءات إبرام الصفقة العمومية و مدى تطبيقها لمبدأ المنافسة في طلب العروض.

إن إبرام الصفقات العمومية تفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا و التي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية كذلك من أهدافها تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة و المحافظة على توازن مصالح الطرفين.

<sup>1</sup> المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> Christophe Lajoie, **droit des marchés publics** , 3 édition , galino l'extenso editions, paris , 2008 , P.25.

و تنص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 على ما يلي " : تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي .<sup>1</sup> " نستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري تبني كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية هي:

#### 1-إجراء المناقصة التي اعتبرها كقاعدة عامة

2-إجراء التراضي التي اعتبره كاستثناء لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المحددة في المادة 43 من هذا المرسوم و هذا طبقا للمادة 27 من المرسوم المذكور أعلاه.

تعرف المناقصة قانونا بأنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض<sup>2</sup>.

إذا فالمناقصة تشكل الأصل العام و الأجراء التقليدي لإبرام الصفقات العمومية، و يمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية و يمكن أن تأخذ أحد الأشكال التالية كما نصت على ذلك المادة 28 من نظام الصفقات العمومية و هي المناقصة المفتوحة أو المحدودة،الاستشارة الانتقائية،المزايدة و المسابقة:

**1-المناقصة المفتوحة :** و هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا حيث نلاحظ في هذا النوع من الإجراءات إبرام الصفقة العمومية تكريسا واضحا و صريحا وشفافا لمبدأ حرية المنافسة من خلال فتح المجال لكل المترشحين وطنيين أو أجانب، عموميين أو خواص للتنافس من أجل الفوز بالصفقة.

**2-المناقصة المحدودة :** و هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهدا إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة مسبقا و من ثم نلاحظ أن هذا النوع من إجراء إبرام الصفقة العمومية يحد من مجال التنافس بسبب إختيار مترشحين تتوفر فيهم شروط خاصة مما يضيق مجال حرية المنافسة.

<sup>1</sup> المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

3-الاستشارة الانتقائية : هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي للتنافس على عمليات معقدة ذات أهمية خاصة من الملاحظ إن هذا النوع من الاجراءات يضيق مجال التنافس ويجعل إرساء الصفقة على المترشحين مخصص لفئة معينة.

4-المزايدة : و هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنًا ، و تشمل العمليات البسيطة من النمط العادي و لا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.لقد أساء المشرع الجزائري ترجمة مصطلح المزايدة من اللغة الفرنسية إلى العربية مما أثر على المدلول القانوني لهذا النوع من الإجراء و قلص التنافس فيه.

5-المسابقة : هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية و اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.يمكن القول أن هذا النوع من إبرام الصفقات يفتح مجال التنافس أمام طبقة معينة من المترشحين وهذا بسبب خصوصية موضوع الصفقة بحد ذاتها.

**الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية في أسلوب التراضي ومدى تكريسه للمنافسة.**

إن إجراء المناقصة يمر عن طريق إجراءات معقدة و طويلة المدى مما يجعل الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف.

كما أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات لهذا تم الترخيص دائما للإدارة بإمكانية التعاقد بكيفية التراضي<sup>1</sup>.

ما يمكن التذكير به في هذا الصدد هو أن اختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة و ينتج عن ذلك أن المصلحة المتعاقدة ليس لها الحق في اللجوء إلى كيفية التراضي إلا في الحالات المحددة بموجب القانون فهذه الكيفية رغم أنها قد

<sup>1</sup> المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

جاءت للتخفيف من تقييد حرية الإدارة في التعاقد ، غير أن الإدارة وجدت نفسها أكثر تقييدا بتحديد المشرع للحالات تحديدا دقيقا<sup>1</sup>.

#### - تعريف التراضي:

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة.

#### - أشكال التراضي:

يأخذ التراضي شكلين 1- : شكل التراضي البسيط

2- شكل التراضي بعد الاستشارة.<sup>2</sup>

**أولا: شكل التراضي البسيط:** وهذا الإجراء هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود ، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات التالية والمحددة بموجب المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم:

- عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من المرسوم المذكور أعلاه.

- عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية و لا تتلاءم طبيعتها مع إجراءات إبرام الصفقات ، بشرط أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال ،و أن لا تكون نتيجة الممارسات احتيالية من طرفها.

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.

- في حالات الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار.

- في حالة تمويل المستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.

<sup>1</sup> المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذو أولوية أو ذو أهمية وطنية.

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية

- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

ولكن الملاحظ أن هذا الأسلوب خال تماما من المنافسة بحكم أن المصلحة المتعاقدة تختار عادة المتعامل دون اللجوء إلى مراحل إبرام الصفقة أي تختاره مباشرة.

### ثانيا: التراضي بعد الاستشارة:

وتنظيم هذه الاستشارة يكون بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكلية أخرى أي إبرام الصفقة بإقامة المنافسة و بدون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار . و تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية و ذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض.

في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ و كانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.

في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية.

و يجب أن يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها سابقا على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الاستشارة لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة.

و على خلاف طريقة المناقصة فالمشرع لم يقيد الإدارة بأي إجراء أثناء لجوؤها لكيفية التراضي عدا تبريرها للحالة الداعية للجوئها لطريقة التراضي.

ولكن الملاحظ على هذا الأسلوب أنه يكرس مبدأ المنافسة ولو جزئيا بحكم أن المصلحة المتعاقدة تستدعي ثلاث متعاقدين على الأقل و تستشيرهم و تفتح المجال للمنافسة فيما بينهم. حيث نخلص أن هذا الأسلوب على خلاف أسلوب التراضي البسيط يكرس نوعا ما المنافسة .

### المطلب الثاني: تكريس مبدأ المنافسة في مرحلة المنح المؤقت للصفقة و إرسالها.

إن عملية فرز العروض وتحليلها أو فحصها تعني دراسة الشيء بكل دقة وعمق ومن ثم الاختيار باعتماد معايير موضوعية لاختيار العرض المقبول من الناحية الفنية. وعلى هذا الأساس تم إخضاع مرحلة فرز العروض الفنية لجملة من النصوص التشريعية المكرسة لمبادئ المنافسة والمساواة والشفافية تجسد من خلال تركيبة لجنة فتح العروض ذات الصبغة الجماعية وفق المادة 121 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية" تحدث في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة. يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

يمكن أن تستعين المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، بكل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة تقييم العروض.

تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

وتعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

وتتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي 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. غير أنه، يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت. ويجب أن يبيّن في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع، كما ينبغي، في دفتر الشروط. وإذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن ترفضه بمقرر معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة.

وفي حالة إجراء الاستشارة الانتقائية، تجري، في مرحلة ثانية، دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، من أجل انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، طبقا لدفتر الشروط.

وفي حالة إجراء المسابقة، تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين وتدرس عروضهم المالية، فيما بعد، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، طبقا لدفتر الشروط.

وتردّ عند الاقتضاء، الأظرفة المالية للعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها.

وتبلغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة. لا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمنح الصفقة مؤقتا. أما فيما يخص المتعهدين الآخرين، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية، بالاتصال بمصالحها، في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة.

ويجب أن توضح المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة، رقم تعريفها الجبائي وعند الاقتضاء، رقم التعريف الجبائي للمستفيد من الصفقة.

توضح كفاءات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

## الفرع الأول: إيداع العروض و حرية المنافسة.

في هذه المرحلة تتاح الفرصة أمام المتنافسين في إيداع عروضهم لدى جهة الإدارة المتعاقدة و كحماية للمنافسة بين العارضين اوجب التنظيم أن يكون الإيداع في مكان واحد و في مجال زمني موحد ، بالإضافة إلى إحاطة مضمون العروض بالسرية و عدم جواز الاطلاع عليها من قبل الغير حتى الميعاد المقرر للتقييم ، و ذلك بفرض إيداع العرض في ظرف عادي مغلق لا يدل على اسم صاحبه.

فبعد عملية الإشهار و إعطاء مهلة محددة للمعنيين لتحديد مواقفهم اتجاه هذه المناقصة فإن على المهتمين أن يحرروا عروضهم حسب النموذج المحدد من طرف الإدارة ، إذ تشتمل التعهدات على كل من العرض تقني و العرض المالي و يوضع كل عرض في ظرف منفصل و مقفل و مقفول يبين كل منهما مرجع المناقصة و موضوعها و يتضمنان عبارة تقني أو مالي و يوضع الطرفان في ظرف خارجي مقفل و يحمل عبارة " لا يفتح " مع تحديد رقم المناقصة المراد المشاركة فيها و موضوعها ، و ترسل هذه الظروف عن طريق البريد المضمون الوصول.

و يتم إيداع العرض في اجل يحدد تبعا لعناصر معينة تبعا مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها و المدة التقديرية اللازمة لتحضير و إيصال العروض و يجب أن تتضمن عروض المترشحين ما يلي:

### 1 العرض المالي:

- رسالة تعهد

- جدول الأسعار بالوحدة

- تفصيل تقديري و كمي

### 2 العرض التقني:

- التصريح بالاكنتاب

- كفالة تعهد تفوق % 1 من مبلغ الصفقة فيما يخص صفقات الأشغال و اللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات و لجان الصفقات القطاعية و تصدر كفالة التعهد للمتعهدين الجزائريين خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أما بالنسبة للأجانب فيجب أن تكون كفالة التعهد صادرة عن بنك خاضع للقانون الجزائري.

- العرض التقني بحصر المعنى أي جواب المتعهد بالمتطلبات التقنية لدفتر الشروط.

- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في الميدان المهني ( شهادة للتأهيل و التصنيف لصفقات الأشغال و الاعتماد لصفقات الدراسات ، و كذا المراجع المهنية).

- كل الوثائق الأخرى التي تطلبها المصلحة المتعاقدة ، كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة و السجل التجاري و الحصائل المالية و المراجع المصرفية و البطاقة المهنية للحرفي و مستخرج سجل الصناعة التقليدية و الحرف فيما يخص الحرفيين الفنيين.

- الشهادات الجبائية و شهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الجزائريين والمتعهدين الأجانب الذين عملوا في الجزائر.

- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي، و للمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشركة و هذا لا يخص المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في الجزائر.

- شهادات الإيداع القانوني لحسابات الشركة فيما يخص التي تتمتع بالشخصية المعنوية و الخاضعة للقانون الجزائري.

- التصريح بالنزاهة.

- رقم التعريف الجبائي بالنسبة للمتعهدين الجزائريين و المتعهدين الأجانب الذين سبق لهم العمل بالجزائر.

- دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته عبارة قرء و قبل.

و بالنسبة للمسابقة يجب أن يتضمن العرض ظرفا إضافيا يتعلق بالخدمات التي أنجزها.  
أما عن نماذج رسالة التعهد و التصريح بالاكتتاب و التصريح بالنزاهة فإنها محددة بموجب قرار من وزير المالية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مبدأ المنافسة خلال فتح الأظرفة و إرساء العروض.

و تتضمن هذه العملية سلسلة من الإجراءات تبدأ من فتح الاظرفة بمعرفة لجنة خاصة تشكل لهذا الغرض، ويتم تعيين لجنة فتح العروض بمقتضى مقرر من المشتري العمومي و التي حدد مهامها المرسوم الرئاسي 10-236 وفق المادة 122 بنصها<sup>2</sup>:

تتمثل مهمة لجنة فتح الأظرفة فيما يأتي:

- تثبت صحة تسجيل العروض على سجل خاص.
- تعدّ قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- دعوة المتعهدين، عند الاقتضاء، كتابيا، إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء، التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوصا عليها، والعرض التقني بحصر المعنى، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء،

<sup>1</sup> المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم.

تحرر لجنة فتح الأظرفة، عند الاقتضاء، محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31 و34 و44 من هذا المرسوم. كما يتم في نفس الإطار إستحداث لجنة دائمة لتقييم العروض من طرف المشتري العمومي بنفس الإجراءات السابقة الذكر إستنادا لنص المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض. وتتولى هذه اللجنة، التي يعين أعضاؤها بمقرر من مسؤول المصلحة المتعاقدة، والتي تتكون من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم، تحليل العروض، والبدائل والأسعار الاختيارية المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه، عند الاقتضاء، من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة.

تتتافى العضوية في لجنة تقييم العروض مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة.

و تتوج أعمالها بمحضر موقع من طرف الحاضرين من ثم تحال العروض على لجنة خاصة لتقييم، و يتم فحص كل عرض ووضع علامة تقييميه عليه من الناحيتين التقنية و المالية.

إن إجراء المناقصة تتكفل به لجنة فتح العروض يتم تشكيلها بقرار من المصلحة المتعاقدة ، و يجري رئيس لجنة فتح العروض في جلسة عمومية و في يوم العمل الذي هو محدد لإيداع العروض ، يفتح في الساعة المحددة ، لهدف المناقصة الظروف الخارجية المشتملة على ظروف العروض ، و تحرر قائمة تبين فيها الوثائق التي تشمل عليها كل واحد منها.

بعد ذلك ينسحب المتنافسون و العموم من القاعة بعد إتمام هذه الإجراءات المذكورة سابقا. ثم يتداول أعضاء مكتب المنافسة و يحصرن قائمة المترشحين المقبولين دون ذكر أسباب رفض الآخرين.

و بذلك تلغى العروض التي تخالف الشروط المتفق عليها في دفتر الشروط و يفتح الطرف المشتمل على بيان السعر الأقصى ، بحيث لا تخصص لأية صفقة لمن يعرض سعرا يزيد عليه و هذه هي مرحلة إرساء المناقصة.

و يبقى شرط تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أقل الأثمان قائما.

و في الأخير يتعين على مكتب لجنة فتح الأطراف تثبيت نتائج هذه المناقصة في محضر تذكر فيه بالتفصيل الظروف التي جرت فيها العملية.

ثم تحال كل الأطراف أو العروض على لجنة تقييم العروض لتحليلها ودراستها من كل النواحي التقنية و المالية بكل شفافية ثم تحرير محضر بالنتائج.ففي هذه المرحلة يتم تحديد المتعامل المتعاقد الذي فاز بالصفقة و إسنادها إليه بالنظر إلى العرض الذي قدمه ، و الذي صنف أفضل عرض من بين العروض المقدمة ، و تتوج بمحضر إرساء الصفقة الذي يحال للجهات الإدارية المختصة للمصادقة عليها ، و بذلك ينعقد العقد النهائي بين الإدارة و المتعامل معها.

**الفصل الثاني: حدود مبدأ حرية المنافسة في إطار الصفقات العمومية و ضماناته.**

حرية المنافسة من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات العمومية، وقد حرص المشرع على تكريسها سواء في تنظيم الصفقات العمومية أو في القوانين الاقتصادية الأخرى. غير أن تطبيق المبدأ لا يأخذ على إطلاقه دائما، ففي بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالا منها لمبدأ حرية المنافسة، ويكون ذلك إما تطبيقا لنص قانوني إذ عادة ما تحدد نصوص بعض القوانين فئات يمنع عليها الدخول في المناقصات التي تجريها الإدارات العمومية لارتكابها لجرائم أو مخالفات أو لأسباب عملية فقد تحدد المصالح المتعاقدة بعض الشروط ويؤدي فرضها جعل مجال المنافسة محصور على فئات محددة ولا يعتبر ذلك إخلالا منها بمبدأ حرية المنافسة. وعليه إذا كان المشرع قد أخذ بمبدأ حرية المنافسة في كل طرق إبرام الصفقات العمومية فقد أخضعه لجملة من الضوابط.

**المبحث الأول: حدود المنافسة في الصفقات العمومية و صورها.**

تتجلى مظاهر حدود المنافسة في الصفقات العمومية انطلاقا من النصوص التشريعية ذاتها، إذ اعتمد المشرع بعض الاستثناءات لتطبيق قاعدة المنافسة. غير أن هذه الحدود التشريعية تظل قانونية وشرعية، بل إنها قد تدعم القول بان المنافسة هي القاعدة في مجال الصفقات العمومية وذلك إذا ما عملنا بمبدأ أن " الاستثناء يؤكد القاعدة"<sup>1</sup>.

**المطلب الأول: الحدود التشريعية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.**

وهي قيود يفرضها المشرع وبترتب على أعمالها منع المعنيين بها المشاركة في الصفقات العمومية، ونذكر منها ما جاءت به المادة 62 من أمر رقم 96-31 التي تقضي بأن كل

<sup>1</sup> نادية تياب مرجع سابق ص 12.

شخص حكم عليه قضائياً بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة عشرة سنوات<sup>1</sup>.

لهذا السبب يشترط تقديم صحيفة السوابق القضائية إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي.

كذلك يمنع من عقد صفقة عمومية كل شخص معنوي ارتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المادتين 1 و 2 من الأمر رقم 96-22 وذلك طبقاً لنص المادة 5 منه<sup>2</sup>.

ومن أجل انتقاء أفضل المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة فلأول مرة بعد تنظيم الصفقات لعام 1967 جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، في القسم الرابع منه تحت عنوان " حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية" ، فنصت المادة 52 على " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون:

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

- الذين هم محل إجراء عملية التقليل أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

<sup>1</sup> أمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996 ، المتضمن قانون المالية لسنة 1997 ، ج ر عدد (85)، بتاريخ 1996.

<sup>2</sup> أمر رقم 96-22 مؤرخ في 9 يوليو 1996 ، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (2) ، بتاريخ 1996 ، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-03، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010 ، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد (50) ، بتاريخ 1 سبتمبر 2010.

- الذين قاموا بتصريح كاذب.

- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع بعد استتفاذ إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها، المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للقطاعات العمومية المنصوص عليها في المادة 61.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 61 يلاحظ أنها تتعلّق بكلّ متعامل اقتصادي يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

- الأجانب المستفيدون من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24 .

ويظهر بالرجوع إلى أحكام المادة 24 أنها تتعلّق بالمتعهدين الأجانب في إطار الصفقات الدولية، الذين يتعين عليهم الاستثمار في ميدان النشاط نفسه في إطار شراكة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وكلّ إخلال بهذا الشرط يربط الجزاءات المنصوص عليها في نص المادة 24 ومن بين هذه الجزاءات تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

إن طبيعة الأسباب التي تدعو إلى الإقصاء هي منطقية في فحواها، تتعلّق جُلّها بالالتزامات التي يتعين على أصحابها القيام بها كأعوان اقتصاديين سواء من الناحية الأخلاقية أو ما

<sup>1</sup> المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

يتعلق بواجباتهم المهنية، فعجز هؤلاء أو تهاونهم على القيام والالتزام بها يجعل منهم غير جديرين وغير مشرفين للدخول والمشاركة في المناقصات المعلن عنها من المصالح المتعاقدة، فمن باب أولى يتعين إقصاءهم.

أما عن كيفية تطبيق هذه الأحكام أو بتعبير أدق تطبيق حالات المنع فيتم ذلك بقرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية.

ورغم وجود نص المادة 52 المحددة لحالات الإقصاء حصرا نص التنظيم الجديد للصفقات العمومية على التزام آخر، فعلى كل عون يرغب الدخول والمشاركة في المناقصات تقديم تصريح بنزاهته.

### المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية المنافسة.

تنص المادة 06 من أمر 03<sup>1</sup> / 03 على أنه: « تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري فيه...» إن الاعتماد والتقييد بمضمون المادة لتحديد الاتفاقات المحظورة لكونها منافية للمنافسة، أمرا لا يعد هينا نظرا للعبارات العامة التي صيغت بها، خاصة وأنها لم تعنى بتحديد الأطراف المعنية بموضوع الاتفاقات .

على أنه إذا كان القانون الجزائري قد حذو القانون الفرنسي في عدم تعريف الاتفاق *l'entente*، تعريفا دقيقا فإنه يستخلص من استعمال العبارات التالية في صياغتها: الممارسات *pratiques*، الأعمال *actions*، اتفاقية *convention* والاتفاق *l'entente*، كونها عبارات واسعة المعنى تؤكد على أن القانون قد اعتمد التعريف الواسع للاتفاق لا التعريف الضيق القائم على التمييز بين الاتفاق الأفقي *l'entente horizontal* والاتفاق العمودي *l'entente vertical* .

<sup>1</sup> الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19-07-2003، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم.

وباعتماد هذا التعريف، يكون قد شمل المصطلح كل تصرف يتضمن توافق و تطابق الإرادات أيا كان شكلها القانوني الذي يظهر به ، فهو لا يتطلب وجود اتفاقية حقيقية بمفهوم القانون المدني، أي العقود *les contrats* ، وإنما يكفي الانضمام الواعي لإقامة نظام موحد للسلوك في سوق معين بمعنى الحرية التامة والإرادة المستقلة الخالية من كل وجه من أوجه الإكراه، وبهذا تدرج في فكرة الاتفاق حتى مجرد الاتصالات التي يقوم بها المتنافسون بهدف التأثير على سلوكيات بعضهم أو تلك التي يصرحون من خلالها بالسلوك الذي يعتزمون اعتماده في السوق ، ذلك لأن قانون المنافسة الجزائري سوى بين تلك التصرفات التي تتم صراحة *expresse* أو الضمنية منها<sup>1</sup>.

وإذا كان مبدأ حرية المنافسة من المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقات، إلا أنه من حق المصلحة المتعاقدة أن تفرض بعض الشروط الخاصة بالمناقصة خاصة ما تعلق منها بالقدرة المالية والفنية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذين يثبت عدم مقدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المطروحة في المناقصة، وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 93-289 وألزمت حتى المؤسسات الأجنبية بها، وهو ما أكدت عليه أحكام الفقرة 3 من المادة 3 بعد تعديلها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 05-114 التي جاء فيها<sup>2</sup> " غير أنه يتعين على المؤسسات أو مجموعات المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصيص والتصنيف المهنيين التي تسلمها السلطات الرسمية للبلد المتواجد فيه مقر المؤسسة أو مجموعة المؤسسات المصادق عليها من قبل السلطات القنصلية الجزائرية."

نظرا لارتباط هذه الشهادة بضمان حسن التنفيذ ولأهميتها، فقد عدل المشرع من الشروط التي يمنح على أساسها التصنيف، وذلك في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-114 مستندا إلى المعايير التالية :

<sup>1</sup> سهيلة ديباش " إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية "، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم

السياسية، جامعة بومرداس، 2013، ص 03 .

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي 05-114 المؤرخ في 28/04/2012 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي 93-289 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية والري .

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 وأعاون التحكم ذوي الاختصاص المتصل بنشاط البناء والأشغال العمومية والري ويجب أن يمثل التأطير المصرح به على الأقل لدى صندوق الضمان الاجتماعي ما بين %10 و %20 من العدد الإجمالي للعمال، وبذلك يرفع من درجة الكفاءات المتخصصة في هذا الميدان، بما يحسن لا محالة من درجة التنفيذ.

قيمة وسائل التدخل المادية الخاصة بالمؤسسة أو مجموعة المؤسسات.

رأسمال المؤسسة أو مجموعة المؤسسات .

رقم الأعمال المحقق في قطاع السكن والأشغال العمومية والري كما هو مبين في الحصيلة الجبائية ومستخرج جدول الضرائب للسنوات الثلاث المحاسبية الأخيرة.

الشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب أو أصحاب المشاريع التي يثبت فيها أهمية الأشغال التي تنجزها المؤسسة أو مجموعة المؤسسات وتكاليفها ونوعيتها التقنية وكذا احترام آجال الإنجاز المحددة في العقد.

كل الوثائق التي قد تشترطها المصلحة المتعاقدة، كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة السجل التجاري، الحصائل المالية والمراجع المصرفية.

الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين والمتعهدين الأجانب الذين عملوا في الجزائر.

غير أن المشرع أورد استثناء على قاعدة تسليم الشهادات إذا تعلق الأمر بصفقات الأشغال، فأجاز تأخير تقديمها على أن لا يتجاوز تاريخ إمضاء الصفقة، حرصا منه على توسيع المنافسة خاصة وأن استخراج تلك الشهادات وإعادة تجديدها يتطلب وقتًا طويلا، بما قد يفوت الفرصة على الراغبين في الترشح من تقديم تعهداتهم في الأجل المحدد للإيداع.

غير أن المشرع قيد تطبيق هذا الاستثناء بموافقة المصلحة المتعاقدة، التي تشترط حتما تقديم تعليل مقنع يقدمه المترشح الذي يطلب الإعفاء المؤقت.

مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي.

غير أنه يلاحظ استعمال المشرع لمصطلح "الشركة" فكان من الأجدر أن يستعمل مصطلح "الشخص المعنوي" لأن مدلوله أوسع وأشمل، وتعفى المؤسسات الأجنبية غير المقيمة بالجزائر من هذه الشهادة (صحيفة السوابق القضائية).

وفي حالة تقديم تصريحات كاذبة أو شهادات مزورة فإن صاحبها يتعرض للعقوبات المقررة لها، وإن كان نص المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 قد جاء عاما وحتى المرسوم الرئاسي رقم 12-23 لم يتضمن أية إشارة لذلك خلافا لنص المرسوم الرئاسي 03/13 المعدل والمتمم و المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية الذي جاء بنص صريح في المادة 52 بقولها " يقصى، بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:... الذين قاموا بتصريح كاذب."

كما تشترط المصالح المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات من الوزير المعني لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والأشغال العمومية والموارد المائية الذي يجدد كل ثلاث سنوات طبقاً لنص المادة 1 والمادة 7 من مرسوم رقم 68-652 .

على العموم فإن تقييد مبدأ حرية المنافسة بهذه الضوابط من شأنه حصر التنافس بين أهل الخبرة والاختصاص ممن يشهد لهم بالكفاءة في الأداء، الأمر الذي يؤدي إلى منح هذا المبدأ وجهاً آخر للتطبيق الأمثل يؤدي إلى الاصطلاح عليه" بآليات حماية مبدأ المنافسة"<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: ضمانات تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.

إن ضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية يهدف إلى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام وضمان حق المتعاملين الاقتصاديين عموميين كانوا أو خواص، أجنب أو وطنيين، بمنع العديد من الممارسات التي تمس بالإجراءات المتعلقة

<sup>1</sup> عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص164.

بإبرام الصفقات العمومية، والتي قد ترتكب من المتعاملين المتعاقدين أو المصلحة المتعاقدة، لهذا فقد دأب المشرع على تعديل قانون الصفقات بهدف مواجهة الحالات التي قد ترتكب فيها ممارسات مقيدة للمنافسة.

### المطلب الأول: الضمانات الإدارية.

لقد ألزم المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة أثناء إبرامها للصفقات العمومية ضمانات مختلفة الأوجه و ذلك حفاظا على مبدأ حرية المنافسة و أوردها في صور مختلفة .

**الفرع الأول: صور الرقابة القبلية كضمان أساسي لحماية مبدأ حرية المنافسة.**

#### أولاً: مدلول الرقابة القبلية :

لما كانت للصفقات العمومية بمختلف أنواعها صلة بالخزينة العمومية فإنه أضحى من الضروري إخضاعها لصور شتى من الرقابة تلازم مختلف مراحلها سواء قبل الإبرام أو أثناء دخول الصفقة حيز التنفيذ أو بعد التنفيذ.

والغرض الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة<sup>1</sup> من وراء التعاقد و إلزام الإدارات العمومية و الهيئات المستقلة بالتقيد بأحكام قانون الصفقات العمومية بما يكرس خاصة تحقيق المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية و حرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين ، من هنا نجد أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 قد خصص لموضوع الرقابة على الصفقات العمومية قسما بأكمله هو القسم الأول من الباب الخامس وأدرج فيه مجموعة من الأقسام و فصل في أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام أخرى حيث خصص لها 56 مادة من المادة 116 إلى المادة 172 بما يعكس أهمية الرقابة على مستوى التنظيم. ومثلما هو معلوم فإن الصفقات المبرمة لا تكون نهائية ولا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد موافقة السلطة المختصة عليها و اعتمادها ويمكن كل سلطة من أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات و تنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

<sup>1</sup> اعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق ص200.

و تمثل الجهة المختصة حسب المادة 07 من قانون الصفقات العمومية فيما يلي:

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة
- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية
- رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية
- المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الوطنية و المحلية ذات الطابع الإداري
- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري
- مدير مركز البحث و التنمية
- مدير المؤسسة العمومية و الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني.

علماً أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إستعمل مصطلح "الموافقة" (L'approbation) في حين أن التشريعات السابقة و خاصة الأمر رقم 67-90 نص على أن الصفقة تصبح نهائية بالمصادقة.

و بذلك تنطلق الرقابة الأولية بمجرد موافقة الجهة المختصة التي يمارس مسؤولوها نوعاً من الرقابة الداخلية باعتبار أن الموافقة هي عمل قانوني يرتب لآثار ملزمة بالنسبة للطرفين حيث تجعل من العقد نهائياً و تعد شرطاً ضرورياً من أجل تنفيذه.

و إضافة لما سبق و تطبيقاً لنص المادة 122 و المادة 125 من قانون الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة تخضع لرقابة مسبقة ، حيث سبق التطرق إلى الرقابة الداخلية التي تمارسها لجنتي فتح الأطراف و تقييم العروض ، أما الأشكال الأخرى للرقابة القبلية المنصوص عليها فتتمثل في:

- الرقابة الخارجية.

- الرقابة المالية للالتزامات.

ثانيا: مستويات الرقابة القبليّة (أنواعها):

إن التنظيم الحالي للصفقات العمومية يتميز بنظام يضمن رقابة صارمة على إبرام الصفقات العمومية زيادة أن الرقابة تتميز بتوسّعها و تنوعها إذ تمتد إلى جميع المستويات و على مراحل مختلفة ابتداءً من الإعلان عن الصفقة إلى إنهاؤها<sup>1</sup>.

و بما أن مرحلة تكوين الصفقة العمومية تبدأ من مرحلة الإعداد و التحضير لعملية الإبرام من خلال تسخير و تجنيد الأموال اللازمة للقيام بإنجاز أشغال و توريدات أو القيام بدراسات و أداء خدمات و تحديد الاحتياجات بدقة ثم الإعلان عن الصفقة من خلال الدعوة للمنافسة فإن مهمة الرقابة تبدأ أيضاً مع إيداع العروض و التعهدات من خلالها ثم تأتي مرحلة تقييم و دراسة هذه العروض بتدخل لجنة إدارية أخرى تدعى لجنة التقييم تعمل سويًا مع لجنة فتح الأظرفة بحيث تبقى دائماً المصلحة المتعاقدة تمسك بزمام المبادرة في تعيين أعضاء هذه اللجان و بالتالي إمكانية التأثير على عملها<sup>2</sup>.

لذا جاء التنظيم الخاص بالصفقات العمومية بأنواع أخرى للرقابة و هي:

- رقابة خارجية تمارسها لجان الصفقات العمومية

- الرقابة المالية للالتزامات

- رقابة الوصاية على صفقات المصلحة المتعاقدة

1- الرقابة الخارجية : ويقصد بهذا النوع من الرقابة حسب المفهوم الواسع مجموعة الوظائف التي يمارسها جهاز خارجي عن الهيئة الخاضعة للمراقبة و المستقل تماماً عنها ، وتهدف هذه الرقابة إلى:

<sup>1</sup>سهم شقطي " الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية في الجزائر "، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2013 ، ص04.

<sup>2</sup>حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص86، 87.

- التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على هيئاتها للتشريع و التنظيم المعمول بهما و للتحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية .

- توفير رأي حول الحسابات والحالات المالية ، شرعية العمليات المالية و كذا نوعية التسيير المالي عن طريق إعداد التقارير .

أما المفهوم الضيق فهي تمارس عن طريق أجهزة خارجية في نطاق الجهاز التنفيذي و بصفة عامة فإن الرقابة الخارجية يمكن تقسيمها إلى الرقابة السياسية الشعبية من خلال المجالس المنتخبة و الرقابة التقنية التي تمارسها هيئات مختصة التي هي موضوع دراستنا هذه ، وتتمثل هذه الأخيرة التي يتم تحديد تشكيلها و اختصاصاتها بموجب قانون الصفقات العمومية في لجنتين بالأساس هما لجنة الصفقات العمومية المختصة واللجان الوطنية للصفقات العمومية إذ تنشأ لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة الصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية وقد قسمها المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل و المتمم إلى :

- اللجنتان الوطنيتان للصفقات
- اللجنة الوزارية للصفقات و تختص بدراسة الصفقات التي تبرمها الإدارة المركزية
- لجنة صفقات المؤسسات العمومية و مراكز البحث و التنمية أو المؤسسات العمومية
- اللجنة الولائية للصفقات و تختص بدراسة الصفقات التي تبرمها الولاية و يساوي مبلغها المستوى المحدد في قانون الصفقات العمومية و كذا الصفقات التي تبرمها البلدية و مؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري و يساوي مبلغها خمسين مليون دينار ( 50.000.000 دج ) أو يزيد عنه بالنسبة لصفقات الأشغال و اللوازم و عشرين مليون (20.000.000 دج ) فيما يخص صفقات الدراسات و الخدمات .
- اللجنة البلدية وتهتم بدراسة صفقات البلدية مع مراعاة المستويات المذكورة ضمن مجال اختصاص اللجنة الولائية. بحيث تقدم هذه اللجان مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية و إتمام ترانبيها، كما تقدم رأيها حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة.

أما فيما يخص اللجان الوطنية للصفقات العمومية التي تم استحداثها بموجب المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم<sup>1</sup> 08-338 فتتقسم إلى لجنتين وطنيتين حسب نوع و أهمية الصفقة وهما:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

- اللجنة الوطنية لصفقات التوريد ، الدراسات و الخدمات.

أما اختصاصاتها في إطار إبرام الصفقات العمومية فتتمثل في:

مجال برمجة الطلبات العمومية و توجيهها : إصدار توصيات تسمح باستعمال أحسن للطاقات الوطنية في الإنتاج والخدمات بحيث تستهدف على الخصوص ، ترشيد الطلبات العمومية و توحيد أنماطها.

أما في مجال التنظيم يمكن اقتراح أي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات و المشاركة في تطبيق أي إجراء ضروري لتحسين ظروف إبرام الصفقات و تنفيذها ، فحص دفاتر الأعباء العامة و دفاتر الأحكام المشتركة و نماذج الصفقات الخاصة بالأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات قبل المصادقة عليها ، دراسة كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد قبل أي دعوى قضائية حول النزاعات المنجزة عن الصفقة ، تقديم الرأي في مشاريع اعتماد الأرقام الاستدلالية الخاصة بالأجور و المواد المستعملة في صيغ مراجعة الأسعار و الاطلاع عن الصعوبات الناتجة عن تطبيق الأحكام المتعلقة بالرقابة الخارجية.

أما في مجال الرقابة القبلية، فتتولى اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال البت في كل صفقة يفوق مبلغها أربعمئة مليون دينار ( 400.000.000 دج) بالإضافة إلى كل ملحق بهذه الصفقة و أية صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 93 من قانون الصفقات العمومية و التي يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المذكور سابقا أو أكثر من ذلك،بالإضافة إلى أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية إلى المستوى المحدد أعلاه.

<sup>1</sup>المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في يوليو 2002 ويتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

و تختص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات بالبت في صفقات اللوازم التي يفوق مبلغها مائة مليون دينار ( 100.000.000 دج) و كل ملحق بهذه الصفقات ، صفقات الدراسات و الخدمات التي يفوق مبلغها ستمين مليون دينار ( 60.000.000 دج) و كل ملحق بها و أية صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 93 من قانون الصفقات العمومية يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه أو إلى أكثر من ذلك،بالإضافة إلى أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية إلى المستويات المحددة سابقا و إلى أكثر من ذلك.

وكل هذا بغرض التحقق من مطابقة الصفقات المبرمة للتشريع و التنظيم المعمول بهما و الحفاظ على سلسلة الضمانات المقررة ابتداءً من مرحلة إعداد للصفقة ، إذ تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال 20 يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة ، و هذا ما أفادت به المادة 125 من قانون الصفقات العمومية.

في حين تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنتان الوطنيتان للصفقات بإصدار تأشيرة في غضون 30 يوماً على الأكثر ابتداءً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة.

## 2- الرقابة المالية للإلتزامات:

تخضع الرقابة المالية لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414<sup>1</sup> المؤرخ في 14/11/1992 الخاص بالرقابة المسبقة للنفقات الملتمزم بها و منح التأشيرة ، حيث أن كل نفقة مهما كانت طبيعتها لا بد أن تخضع للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي قبل أي دفع ، و نشير أنه بالنسبة للبلديات فالرقابة المسبقة يمارسها المحاسب البلدي.

الرقابة المسبقة ينتج عنها تأشيرة على وثيقة الإلتزام ووثيقة التعاقد<sup>2</sup> (الصفقة) سواء برفض مؤقت أو نهائي حسب الحالة.

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي 92-414 المؤرخ في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها .

<sup>2</sup> فارس خنوش النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري،مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة السابعة عشرة، 2006، ص 25.

و هناك ما يعرف في المحاسبة العمومية رقابة الشرعية أثناء دفع النفقات و تحصيل الإيرادات ، حيث يقوم المحاسب العمومي بالتحقق من احترام القواعد الأساسية للمحاسبة العمومية من أجل ضمان تلاؤم النفقة مع رخص البرامج في الميزانية حسب المادة 35 من القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية ، وينتج عن رقابة المحاسب العمومي قبول أو رفض مسبب للنفقة.

إن رفض الدفع من طرف المحاسب العمومي يمكن تجاوزه من خلال إجراء التسخير للأمر بالصرف الذي يحمله المسؤولية الشخصية و المالية إلا في الحالات التالية:

- عدم وجود الاعتمادات.
- عدم توفر السيولة.
- إنعدام إثبات الخدمة المنجزة.
- الطابع غير الإبرائي للنفقة.
- غياب التأشيرات القانونية الخاصة بالمراقب المالي أو بلجنة الصفقات العمومية.

### 3- الرقابة الوصائية:

تتمثل رقابة الوصاية أساسا في التأكد من ملاءمة الصفقات العمومية لأهداف الفعالية و الاقتصاد و كذلك لبرامج و أولويات القطاع و هو ما أفادت به المادة 117 من المرسوم الرئاسي 10-236<sup>1</sup> المعدل و المتمم.

فعلى المستوى المركزي ، يتكفل المفتش العام في ميدان الصفقات العمومية بإجراء التفتيش الذي يهدف إلى التحقق من الشروط القانونية و الحيادية أثناء إعداد إبرام و تنفيذ الصفقات من طرف المصالح الوزارية أو الخارجية أو هيئات و مؤسسات عمومية تحت الوصاية.

<sup>1</sup> المادة 117 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، المعدل و المتمم.

أما على المستوى المحلي فإن ممارسة هذا النوع من الرقابة يعود إما إلى الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي و تعتبر بمثابة رقابة ملائمة اقتصادية للصفقة أكثر منها رقابة ملائمة قانونية و هذا بالمقارنة مع الرقابة الخارجية.

### الفرع الثاني : حدود ممارسة الرقابة القبلية.

جاء في نص المادة 120 من قانون الصفقات العمومية أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير اختياراتها أمام كل عملية رقابة تمارس على إبرام صفقاتها السلطة المختصة<sup>1</sup>.

و يعد منح التأشيرة ، الآلية القانونية التي تمارس من خلال لجان الرقابة الخارجية مهامها، حيث يمكن هذه الأخيرة رفض منح التأشيرة في حالات معينة غير أن هذا الرفض يجب أن يعلل أن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما تعانيتها اللجنة يكون سبباً لرفض التأشيرة و يمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة و غير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة.

وتعرض الصفقة بمجرد موافقة اللجنة المختصة عليها بعد رفع التحفظات الموقفة المحتملة المرافقة للتأشيرة التي تسلمها هيئة الرقابة الخارجية القبلية المختصة على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل البدء فيها ، وهذا طبقاً للمادة 165 من قانون الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

والحديث في اختصاص الرقابة القبلية و منح التأشيرة يفرض علينا التساؤل التالي : إلى أي مدى يمكن اعتبار قرارات منح أو رفض التأشيرة قرارات إدارية بالمعنى الفني للقرار بما يمكن الطعن فيها أمام القاضي الإداري إذا ما شابها عيب من عيوب المشروعية مثلاً ؟

### أولاً: حق التجاوز المخول للسلطة الإدارية:

إنطلاقاً من أحكام المرسوم الرئاسي 10-236 فإن قرار منح التأشيرة أو رفضها لا يمكن اعتباره قراراً نهائياً و الدليل هو ما جاء في المادة 171، حيث ورد فيها صراحة التجاوز بقولها "إذا رفضت اللجان الوطنية أو اللجان القطاعية للصفقات منح التأشيرة، يمكن مسؤول

<sup>1</sup>المادة 120 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، المعدل و المتمم.

<sup>2</sup>المادة 165 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، المعدل و المتمم.

الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل.

وترسل نسخة من مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية وإلى اللجنة الوطنية أو اللجنة القطاعية للصفقات المعنية وإلى مجلس المحاسبة<sup>1</sup>.

و من هنا رخصت المادة 171 للوزير تجاوز قرار اللجنة الوطنية برفض التأشيرة شريطة إصدار قرار معلل بناءً على اقتراح من المصلحة المتعاقدة و هو ما يزيد في سلطتها الإدارية.

ويطرح تطبيق هذا النص إشكالاً كبيراً على الصعيد القانوني فاللجنة تمارس دور الرقيب على المشروعية ( رقابة المشروعية) فإذا أصدرت قرارها معللاً بالرفض و مستندا إلى نصوص تنظيم الصفقات العمومية فكيف يمكن للوزير تجاوز هذا القرار ؟

لا شك أن سلطة التجاوز المعترف بها للإدارة ممثلة في الوزير المعني أو الرئيس الإداري للجهة المعنية بالصفقة تنطوي على الطابع الإنفرادي رغم أن تنظيم الصفقات العمومية كرس مبدأ الجماعية في اتخاذ القرار المتعلق باختيار المتعامل المتعاقد و في كل مراحل إبرام الصفقات العمومية.

وإذا تم التسليم بوجود قرار تجاوز فكيف يمكن التصرف مع الجهات الرقابية الأخرى ، كالمراقب المالي و المحاسب خاصة أن المادة 166 من المرسوم الرئاسي 10-236 ورد فيها صرامة" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجبارياً التأشيرة. وتفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف، إلا في حالة معاينة عدم مطابقة ذلك لأحكام تشريعية"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 171 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> المادة 166 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

ومن الفائدة أن نشير إلى أن حالات الرفض الصادرة عملياً عن اللجنة الوطنية للصفقات لا يتم تجاوزها من طرف الوزير المعني طالما صدرت معللة ، كما أن الوزير لا يريد الدخول في مخالفة قرار لجنة وطنية ذات تركيبة بشرية خاصة و مختلطة و ذات كفاءة ولها مهام متنوعة.

إن عدم كفاية التخطيط في المرحلة الحالية يؤدي إلى الإستعمال المميز للتقنيات التقليدية التي تؤدي إلى "بيروقراطية" المراقبة مع ما يتضمنه هذا من محذور مزدوج : عدم الفعالية بسبب افتقاد الهدف و عرقلة تحقيق الاستثمارات التي يؤدي تأخيرها لتكبد تكاليف إضافية.

كما أنه بالنسبة لصيغة التراضي نجد أن ساحة المراقبة القبلية ضيقة مما يؤدي إلى انحراف الإدارة في استعمال سلطتها في اختيار المتعامل المتعاقد لاسيما أن ميزة أسلوب التراضي هو الإتفاق المباشر الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب التحايل ومحاببات بعض الأشخاص و هذا من شأنه أن يؤثر على المال العام و منه على المصلحة العامة التي هي مناط أي نشاط تقوم به الإدارة.

### المطلب الثاني: ضمانات التقاضي.

من خلال دراستنا للضمانات المقررة في عملية إبرام الصفقات العمومية في مرحلة تكوينها ، يتجلى لنا بوضوح إتساع نطاق الأحكام و الضوابط القانونية لتشمل جميع مراحل الصفقة بدءاً بإعدادها و تحديد الاحتياجات مرورا بإعلان و إطلاق عملية الدعوة للتعاقد إلى غاية الرقابة المفروضة على عملية الإبرام ، بحيث جاءت جل الضمانات لتؤكد حرص المشرع على تحقيق الأهداف المتوخاة من الصفقة العمومية ألا وهي إشباع الحاجات العمومية و تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

و لذلك فإن طبيعة هذه الضمانات من حيث المصادر المستمدة منها جاءت أيضا متنشعبة و متنوعة نظراً لأهمية التعاقد بواسطة الصفقات العمومية و التي استنزفت الملايير و شكلت عبء حقيقياً على الخزينة العمومية بفعل كثرة النفقات المتعلقة بها و منه ساهمت عملية

<sup>1</sup>نادية بوخرص إستقلالية القضاء كضمانة أولية للرقابة على الصفقات العمومية، ملتقى الصفقات العمومية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمدينة، 2013، ص 03.

البحث عن الضمانات الهادفة إلى ترشيد الإنفاق العام و حسن استغلال الأموال العمومية من جهة إلى تنوع الإطار القانوني الذي يحكم الصفقات العمومية و إعادة تشكيل النظام القانوني لها.

و من جهة أخرى أضفت هذه الضمانات نوعاً من الثقة لدى المتعاملين المتعاقدين الباحثين عن فرصة الدخول إلى الطلبات العمومية من خلال تحسين ظروف عملية الإبرام و إضفاء الشفافية على قواعد و إجراءات هذه الأخيرة التي غالباً ما اشتكى المتعاملون المتعاقدون من مشكلة تحيز الإدارة صاحبة الصفقة لطرف دون آخر أو ما يعرف بالمحاباة ، لذا كان لزاماً إدراج عدة أحكام و نصوص قانونية تضبط هذه العملية و تكفل خاصة حقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة.

و لعل أهم ما جاء به التنظيم الأخير للصفقات العمومية و هو المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل والمتمم المؤرخ في 2013/01/13 المعدل و المتمم ، هو تكريس الحق في الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة و هذا صراحة في نص المادة<sup>1</sup> 114 حيث بينت الدراسة التي قمنا بها للمراحل التي تمر بها عملية تكوين عقد الصفقة العمومية إلى أن إتمامها موكل منذ البداية حتى النهاية إلى المصلحة المتعاقدة التي تشرف على كل تراتيبها، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعسفها في عملية اختيار المتعامل المتعاقد أو إغفالها إجراءات مهمة في عملية الانتقاء و تؤثر على الاختيار الأمثل ، و هذا حتماً يؤدي إلى نشوب نزاعات تتعلق بعملية انعقاد الصفقة بحد ذاتها.

و من أجل نجاعة عملية اختيار المتعامل المتعاقد و تجنباً لأي تعسف أو إخلال قد يحدث من قبل المصلحة المتعاقدة خاصة في مجال المناقصات التي تعتبر كما سبقنا الإشارة القاعدة العامة للتعاقد ، عمد المشرع في مجال الصفقات العمومية إلى وضع آليات لتسوية النزاعات الناشئة في هذه المرحلة كضمانات لحماية الطرف المتعاقد من جهة و لتكوين أهم المبادئ الأساسية في عقد الصفقة العمومية وهي احترام الشفافية و المساواة بين المترشحين

<sup>1</sup>المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

كما تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل والمتمم قد تبني في المادة 9 منه ، هذه القاعدة حينما نصت على أنه " :يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية<sup>1</sup> ".

و يجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص:

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الصفقة العمومية ، و على هذا الأساس اعترف المشرع بممارسة حق الطعن بكل الطرق المتاحة سواء عن طريق التسوية الودية أو اللجوء إلى القضاء الإداري.

#### الفرع الأول: أولوية التسوية الودية للنزاع الناشئ عن قرار منح الصفقة العمومية.

لقد حرص المشرع الجزائري على أن فض منازعات الصفقة العمومية يكون وديا و بالتراضي بين الطرفين منذ أول تنظيم قانوني لها و استمر النص على هذه الآلية حتى التنظيم القانوني الأخير للصفقات العمومية و المتمثل في المرسوم الرئاسي 13-03 فقد ورد في المادة 115 أنه تشكل على مستوى كل وزارة لجنة قطاعية للتسوية الودية بموجب قرار صادر عن الوزير المعني<sup>2</sup> ، بحيث تستهدف هذه اللجنة البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات بقصد إبراز ما قد يكون فيها من عناصر عادلة يمكن أن تساعد على إيجاد تسوية ودية تعني عن الالتجاء إلى القضاء.

كما جعل المشرع طرح النزاع على اللجنة أمرا واجبا يسبق كل دعوى قضائية ، إذ جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 31/12/1988 أن "... و أن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لاتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية، عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> قرار المجلس الأعلى للقضاء الصادر بتاريخ 31-12-1988 .

كما نص المرسوم التنفيذي رقم<sup>1</sup> 91-434 على وجوب التظلم أمام هيئة الصفقات العمومية المختصة التي ظلت مهمتها استشارية وتهدف إلى البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية و كذا العناصر المنصفة الممكن اعتمادها أساساً لتسوية ودية.

أما التنظيم الجديد للصفقات العمومية فقد أورد في القسم الفرعي الثالث من القسم الرابع بعنوان تسوية النزاعات و هذا الأخير يحتوي على مادتين ، إذ خصص المادة الأولى للطعون المنصبة على المنح المؤقت للصفقة و الثانية لآليات تسوية النزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقة.

#### أولاً : ممارسة حق الطعن الإداري في قرار المنح المؤقت للصفقة:

حسب المادة 114 من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل والمتمم بالمادة فإنه يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة ، أن يرفع طعناً أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة و بالتالي فإن هذا التظلم أو الطعن اختياري بالنسبة للمتعامل المتعاقد خلافاً للنصوص السابقة التي جعلت منه أمراً إجبارياً.

و تجسيدا لمبدأ الشفافية فإن قرار المنح المؤقت للصفقة الصادر عن السلطة المتعاقدة يجب أن يتم الإعلان عنه في الصحافة و في نفس الجرائد التي تم إعلان الصفقة فيها سابقاً مع تحديد سعر و آجال التنفيذ و كل العوامل التي سمحت باختياره بإدراج نقاط الانتقاء المتبعة حسب طبيعة كل صفقة و توضيح معايير الاختيار بدقة مع تبيان أن لباقي المتعهدين تقديم طعونهم خلال المهلة القانونية لذلك و هي 10 أيام على أن يتم تقديم الطعن ابتداء من تاريخ أول نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة و هو ما يقلل من حجم الطعون الموجهة لاختيارات المصلحة المتعاقدة و بالتالي التضييق على حرية ممارسة الحق في الطعن ضد قرارات هذه الأخيرة.

<sup>1</sup>مرسوم تنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتعلق بإنجاز الأشغال والخدمات المتضمن تنظيم الصفقات (ملغى).

أما بالنسبة للجنة الصفقات المختصة فإنه علاوة على صلاحياتها فيما يخص ممارسة مهام الرقابة على عملية إبرام الصفقة العمومية فإن المشرع قد خول لها أيضاً إبداء الرأي حول الطعون التي يتقدم بها العارضون الذين يحتجون على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة.

و يجب على المتعهد عند تقديمه الطعن استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية من حيث وجوب احترامه للأجال القانونية في إيداع الطعن أمام الجهة المختصة ( لجان الصفقات الوطنية أو الولائية أو البلدية أو الوزارية ) ، أي أنه يأخذ بعين الاعتبار اختصاص اللجنة بالعودة إلى النصوص القانونية التي تنظم اختصاصها النوعي و الإقليمي.

كما يتوجب أيضاً على المتعهد الطاعن إثبات وجه خرق القانون أو صورة التمييز بين المتنافسين.ومن المؤكد أن لجان الصفقات المختلفة بحكم تركيبها البشرية المتميزة تستطيع الحسم في التظلم المرفوع أمامها.

**ثانياً: آلية الحل الودي للنزاع :** تصدر لجنة الصفقات المختصة رأياً في أجل 15 يوماً ابتداء من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام حسب نص المادة 114 من المرسوم 13-03 المعدل و المتمم ، و يبلغ هذا الرأي إلى كل من المصلحة المتعاقدة و صاحب الطعن.

و الملاحظ في نص المادة المذكورة أنه قد تم تدارك الخطأ في النص العربي في النصوص التشريعية السابقة ، حيث ورد فيها أن لجنة الصفقات المختصة تنظر في الطعن المقدم من طرف المتعهد و تصدر قراراً، في حين ورد في النص الفرنسي أن ذلك يتم بموجب رأي (Avis) و شتان بين القرار و الرأي و لاسيما من حيث الآثار المترتبة عن كل منهما ، فالقرار له طابع إلزامي غالباً و خاضع للرقابة القضائية وفق قرينة المشروعية بحيث يكون محلاً لدعوى الإلغاء<sup>1</sup> في حين أن الرأي ليست له القوة الإلزامية و غير خاضع للرقابة القضائية.

<sup>1</sup> كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي،الجزائر ،2012، ص32، 33.

لكن السؤال المطروح : ما هي الضمانات المتوفرة لدى المتعهد الطاعن في حالة كون عمل اللجنة يتوج برأي فقط غير ملزم للمصلحة المتعاقدة ؟

تبقى الإجابة عن هذا التساؤل محل دراسة و بحث ، غير أنه يتعين مرة أخرى على واضعي التنظيم المتعلق، بالصفقات العمومية ضبط و تحديد مصطلحات قانون الصفقات العمومية و بدقة و لا يترك مجال للتأويل و المغالطة ولا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة نتيجة لذلك على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل 30 يوماً ابتداءً من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن و دراسته من طرف لجنة الصفقات المختصة ثم تبليغه بقرارها بعد انقضاء أجل 10 أيام الممنوحة للمتعهد من أجل تقديم طعنه ، علماً أنه في حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة بتشكيلتها المحددة قانوناً ، وبحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

و من ثم نلمس حرص المشرع في مادة الصفقات العمومية على إيجاد تسوية رضائية لحل النزاعات الناشئة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد في مرحلة اختياره و يتجلى هذا أكثر في التدقيق المذكور في شأن إحترام الآجال القانونية لممارسة حق الطعن المكفول قانوناً حتى تضمن أرضية سليمة لإتمام عملية إبرام الصفقة العمومية ، حيث مهما يكن من أمر لا بد على المصلحة المتعاقدة الإلتزام باحترام هذه الآجال حتى و لو لم تكن هناك طعون ضد قراراتها فيما يخص المنح المؤقت للصفقة ، إذ نلمس سكوت المشرع على النص في مثل هذه الحالة أو في حالة عدم جدوى المناقصة أيضاً لم يتم التطرق لموضوع ممارسة الطعن.

### الفرع الثاني: التسوية عن طريق القضاء.

تعتبر التسوية القضائية الآلية الثانية لحل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية و غالباً ما يلجأ إليها بعد فشل محاولات التسوية الودية و الوصول إلى حل رضائي كما يتضح من نص المادة 115 من قانون الصفقات العمومية التي ورد فيها أن هذا النوع من المنازعات يسوى في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية سارية المفعول ،دون أن يوضح القضاء

المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية و لا أنواع الدعاوي المرفوعة في هذا الإطار ، لذا لا بد من العودة إلى المستقر عليه قضاءً و المتفق عليه فقهاً.

و قد سبقت الإشارة إلى أن الصفقات العمومية تخضع لرقابة القاضي الإداري من زاوية المعيار العضوي حسب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي أنها تقع في ظل النظام القضائي المطبق على العقود الإدارية ، وقد اتفق فقهاء القانون الإداري على أن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري في حالة العقود الإدارية ، وهو ما سنتطرق إليه لاحقاً.

### أولاً : مسألة تحديد الاختصاص القضائي:

ورد في قرار محكمة التنازع في الجزائر الصادر بتاريخ 08/05/2000 في الملف رقم 1 قضية رئيس بلدية الرايس حميدو ضد(ص. ج) أن " النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية الرايس حميدو و المدعى عليه (ص. ج) و أن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية<sup>1</sup>.

وهذا القرار لم يعد هناك مجال للشك بأن القضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن تكوين الصفقات العمومية و المعروف أن اختصاص القضاء الإداري يمكن رده بصفة عامة إلى نوعين رئيسيين هما : القضاء الكامل و قضاء الإلغاء و هو ما فصلت فيه أيضا المادة 801 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>2</sup> في الاختصاص المحلي حيث أفادت بما يلي:

"تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

<sup>1</sup>تقلا عن بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، رسالة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 48.

<sup>2</sup>المادة 801 القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة في 23/04/2008.

- الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية

- البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية

2- دعاوى القضاء الكامل

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة."

و القضاء الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب عن الصفقات العمومية ، فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه ، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل.

أما عن اختصاص مجلس الدولة فإن المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup> تنص على أن هذا الأخير يختص كدرجة أولى بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية ، بالإضافة إلى اختصاصه بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية و كذا بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية.

لكن قضاء العقود الإدارية يثير في بعض النواحي مسائل تتعلق بقضاء الإلغاء و هذا في إطار نظرية الأعمال المنفصلة ، لأن الطعن بالإلغاء لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية كقاعدة عامة و هذا يعني إغلاقه بالنسبة للعمليات المركبة و أولها العقود الإدارية ، لكن الصفة العمومية تنطوي على الكثير من النشاطات ذات الطبيعة الانفرادية *les actes unilatéraux* مثل قرار تخصيص الصفقة لأحد المتعهدين المتنافسين ، فهي إذا عملية قانونية متكاملة تدخل في إطار دعوى الإلغاء وتتم في صيغة قرارات إدارية ينظر القاضي إلى كل منها على وجه الاستقلال ويقبل الطعن فيها بالإلغاء.

<sup>1</sup> المادة 901 القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.

علما و أن القضاء الإداري في فرنسا كان حتى مطلع القرن العشرين يرى في العقد الإداري كلاً لا يقبل التجزئة فكان يصر على رفض قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد أحد القرارات الإدارية الصادرة في إحدى مراحل انعقاد العقد<sup>1</sup> لكنه منذ مطلع القرن العشرين بدأ يطبق في هذا المجال نظرية الأعمال المنفصلة و كان يحرص دائما على أن يؤكد في كل مرة أن الطعن بالإلغاء لا يهدف إلى إلغاء العقد نفسه.

### ثانيا : أوجه ممارسة الدعوى:

إن البحث عن صور منازعات تكوين الصفقة العمومية يقودنا حتماً للتطرق إلى أوجه ممارسة الطعن ضد قرارات المصلحة المتعاقدة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد ، ولعل أهم قرار يصدر في هذا الإطار هو ذلك المنصوص عليه في المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 13-03 و المتمثل في الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة أي تخصيص هذه الأخيرة لمتعامل متعاقد معين بذاته و بالتالي فهذا القرار قد يكون محل طعن أمام اللجنة المختصة ، كما قد ترفع بشأنه دعوى الإلغاء.

أما إذا كان موضوع الدعوى هو طلب بطلان العقد برمته نظراً لوجود عيوب في تكوينه ، فنكون أمام دعوى القضاء الكامل.

### 1- طرق ممارسة الدعوى أمام القضاء الإداري :

#### أ- قضاء الإلغاء:

تشمل هذه الدعوى المرفوعة من طرف المتعهد الطاعن في هذا الصدد كل القرارات الإدارية المتخذة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد و القابلة للفصل و المتعلقة بعمليات و إجراءات تحضير إبرام و انعقاد العقود الإدارية إجمالاً أي كل القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة كالقرار الصادر بوضع شروط المناقصة أو المزايدة و قرار لجنة تقييم العروض و فحص العطاءات و قرار لجنة البت بإرساء الصفقة و حتى القرار الصادر بالتوقيع على العقد يمكن الطعن فيه بالإلغاء. علما أن صاحب الدعوى لا يسمح له بأن يبني طعنه على حقوق شخصية فهو لن يستطيع أن يدافع عن مركز قانوني ذاتي بدعوى الإلغاء إنما يجب أن يبني

<sup>1</sup> بحري إسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 58.

طعنه على أساس أن القرار المنفصل قد خالف القواعد القانونية القائمة و ذلك لأن الطعن بالإلغاء طعن موضوعي لا يحمي سوى المراكز القانونية الموضوعية التي يستمدها الشخص من القانون مباشرة.

كما أنه من بين الميزات الرئيسية لممارسة هذه الدعوى أنها جاءت شاملة لكافة القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بخلاف التظلم و الطعن الإداري الذي انحصرت ممارسته على قرار المنح (التخصيص) المؤقت للصفقة و هو ما أعلنت عنه المادة 114 والمادة 115 حينما اعترفت بحق الطعن للمتعهد في مجال إبرام الصفقات العمومية ووسعت من رقعة هذا الحق باللجوء إلى القواعد العامة المنصوص عليها قانوناً.

و غني عن البيان أيضاً فإنه يمكن للمتعهد طلب إلغاء أي قرار إداري إذا استوفى شروط المصلحة كسائر المواطنين و لكن الممنوع عليه هو أن يستند إلى حقوقه التعاقدية توصلاً إلى هذا الإلغاء.

#### ب- القضاء الكامل:

نجد أن أهم صورة في هذا الصدد هي دعوى بطلان العقد نظراً لوجود عيب يمس تكوين الصفقة فهنا ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلا سبيل القضاء الكامل أو دعوى التعويض لأن القاعدة المسلم بها تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية و هذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها ، بالإضافة إلى ذلك فإنه من اختصاص القضاء الكامل الأمور المستعجلة سواء أصل المنازعة أو ما يتفرع عنها<sup>1</sup>.

ودعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل وقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 801 إذ هي الدعوى التي يلجأ إليها غالباً لحل منازعات الصفقات العمومية قضائياً ، ويظهر جلياً بأن دعوى القضاء الكامل تمارس أكثر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية لأن مناطها هو العقد ، بينما دعوى الإلغاء تمارس في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة لأن محلها هو القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة و بالتالي تكون طرفاً فيها.

<sup>1</sup> بحري إسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق ص 58-59.

و جدير بالإشارة أن القضاء الإداري - إضافة لما سبق - و باعتبار أن اختصاصه في منازعات العقد الإداري شاملا لأصل تلك المنازعات و ما يتفرع عنها ، يستوي في ذلك ما يأخذ منها صورة قرار إداري و ما يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري ومن مقتضى ذلك أن القضاء الإداري يفصل في الوجه المستعجل من هذه المنازعة لا على اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغاء بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد.

و يفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود و الضوابط المقررة في الفصل في الطلبات المستعجلة و لا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل و بين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار إداري و إنما ينبثق عن رابطة عقدية ، ويدخل في منطقة العقد و تقوم له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup> قد عالجت مسألة الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات العمومية ، حيث نصت على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

كما يمكن إخطار المحكمة الإدارية حتى قبل إبرام العقد ، و للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتنال بالتزاماته مع تحديد الأجل الذي يجب الامتنال فيه.

ويمكن المحكمة الإدارية أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد، ويمكنها كذلك أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز 20 يوما .

و تفصل المحكمة الإدارية طبقا للمادة 947 في أجل 20 عشرين يوما ابتداء من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 946 القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.

<sup>2</sup> المادة 947 القانون 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.

و مما سبق تتضح أهمية التسوية القضائية لمختلف المنازعات المتوقع حدوثها في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة و التصدي لأي تصرف من شأنه أن يخل بقواعد تحديده سواء بالإلغاء أو التعويض حسب طبيعة النزاع، علاوة على الفصل في الأمور المستعجلة المتعلقة بهذه المرحلة.

## 2- القضاء الجزائي ومنازعات الصفقات العمومية:

بالإضافة إلى الرقابة القضائية الممارسة على أعمال الإدارة المتعاقدة من خلال القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء وهذه تعتبر إحدى أهم الضمانات المقررة للمتعامل المتعاقد في ميدان الصفقات العمومية ، هناك أيضا تدخل القضاء العادي من خلال الدعاوى المرفوعة إليه من طرف المتدخلين في الصفقات العمومية بحيث وفر المشرع حماية جنائية خاصة في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ، إذ حدد الجرائم المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية في صورتين هما:

### أ- جنحة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية:

نصت المادة 26 من القانون<sup>1</sup> 06-01 على عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة مالية من 200000 دج إلى 1000000 دج بالنسبة إلى نوعين من الجرائم التي تمس الصفقات العمومية وهما:

1 - إبرام عقد أو تأشير أو مراجعة عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بهما العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير و هي جنحة المحاباة.

2 - إستغلال النفوذ للحصول على منفعة أو فائدة تتمثل في الزيادة في الأسعار المطبقة عادة أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل عند إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية و الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع

<sup>1</sup> المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم.

الصناعي و التجاري ، و ذلك من خلال الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة.

و هنا نلاحظ بأن القانون لم يستثني أي طرف متدخل في عملية إبرام الصفقة العمومية فممثلي المصلحة المتعاقدة من جهة و التجار و الصناعيين و الحرفيين و المقاولين التابعون للقطاع الخاص من جهة أخرى معنيون بتطبيق نص هذه المادة.

### ب- الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

جاءت في المادة 27 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته<sup>1</sup> على معاقبة الموظفين العموميين بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج في حالة قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها لأنفسهم أو لغيرهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الهيئات التابعة لها.

وكانت هذه الأفعال قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-01 منصوصاً عليها في المادتين 128 مكرر و 128 مكرر 1 من القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26/06/2001 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات.

كما أن قانون المنافسة الجديد قد احتوى على نصوص و أحكام تهدف إلى وضع ضمانات فيما يخص إبرام الصفقات العمومية و تتجلى هذه الضمانات في منع التجمعات الاقتصادية التي تسعى إلى فرض هيمنتها على السوق مما قد يؤثر على حرية المنافسة بين المتقدمين للترشح للصفقات العمومية كما تضمن أيضاً أحكاماً تتعلق بتوسيع مجال اختصاص صلاحيات مجلس المنافسة ليشمل الصفقات العمومية باعتبارها مصدراً محتملاً للممارسة المنافسة للمنافسة الشريفة ليصبح بإمكانه معاقبة أصحاب المخالفات المرتكبة عند إبرام الصفقات العمومية و المصالح الإدارية المتعاقدة معهم ابتداء من تاريخ الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

<sup>1</sup> المادة 27 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم.

**الخاتمة:**

لقد حاولنا في هذه الدراسة معالجة إشكالية في غاية التعقيد و الأهمية وهي : مدى فاعلية الآليات القانونية التي رصدها المشرع الجزائري في تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية ؟ بحكم هذه الأخيرة يقع على عاتقها كيفية نفقة و ترشيد المال العام .

وتوصلنا أن الإجابة على الإشكالية السابقة ليست سهلة ولا بسيطة كما يتراء ذلك للبعض ، بل تحتاج أولا إلى تحديد دقيق لمبدأ حرية المنافسة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية من حيث إعداد دفتر الشروط للصفقة ، تحديد حاجياتها و الطريقة الناجعة لإبرام الصفقة، وتحتاج ثانيا إلى البحث في الآليات الإدارية و الجزائية لضمان تطبيق مبدأ حرية المنافسة و شفافيتها في الصفقات العمومية و الأجهزة المتخصصة في ممارسة الرقابة عليها.

**هذا وقد توصلنا أثناء هذه الدراسة إلى نتائج كثيرة و متنوعة** أن أهم ما يميز النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر هو أنه لم يتضمن تعريفا محددًا للضمانات في مجال الصفقات العمومية بل، نص فقط على أن البحث عن هذه الضمانات هو التزام يقع على المصلحة المتعاقدة سواء لاختيار الطرف المتعاقد أو لتنفيذ الصفقة ، و اشتماله على سلسلة من الضمانات المختلفة والمستمدة تارة من تقنيات القانون الخاص مثلما هو الحال بالنسبة للكفالة، الضمان العشري والرهن الحيازي ، وتارة أخرى من الأحكام العامة المدرجة سواء في تنظيم الصفقات العمومية رقم 13-03 المعدل والمتمم و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أو في بعض النصوص القانونية الأخرى مثل : القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25/06/2008 المتعلق بالمنافسة، الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم و الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23/08/2005 المتعلق بمكافحة التهريب .

ومن خلال دراستنا لموضوع الضمانات في مجال الصفقات العمومية ، إتضح لنا جليا حجم الترسانة القانونية الموضوعية أساسا للحيلولة دون خروج عملية إبرام الصفقات العمومية عن إطارها القانوني ، ومن ثمة تبينت أهمية هذا الموضوع في البحث عن الآليات المعتمدة

كضمانات في الوصول إلى اختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين وتوفير أفضل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة و منه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية.

ولعل أهم الأدوات القانونية في تحقيق ذلك والتي تطرقنا لها بالتفصيل، طرق إبرام الصفقة العمومية المتمثلة في أسلوبين أساسيين وهما: أسلوب طلب العروض أو المناقصة كقاعدة للتعاقد وأسلوب التراضي كاستثناء، وهو ما يجسد أكثر حرية المنافسة بين المتعاملين المترشحين لنيل الصفقة وتقييد حرية الإدارة في اختيار من تشاء من المتعاقدين بناء على احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المترشحين.

كما تناولنا ضمانات منح واعتماد الصفقة العمومية من خلال تكريس قاعدة الشفافية في الإجراءات سواء قبل الإعلان عن الصفقة أو عند منحها مؤقتا لأحد المتعهدين الفائزين، إضافة إلى التطرق لمختلف الرقابات المطبقة عند إبرام الصفقة العمومية، حيث تكون الرقابة إما داخلية أو خارجية، قبلية أو بعدية.

ومن بين أهم الضمانات التي تدخل في نطاق تكوين الصفقة العمومية، نجد ميكانيزمات تسوية النزاعات الناجمة عن قرار منح الصفقة العمومية وإعطاء الأولوية للحل الودي بين الأطراف المتنازعة قبل اللجوء إلى القضاء الذي يعتبر بمثابة الضمان الأخير في يد المتعاملين للطعن في قرارات الإدارة.

أما عند دراسة الضمانات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وإنهائها، فقد حرص المشرع على ضبطها من حيث تحديد الواجبات الملقاة على كل طرف من طرفي الصفقة لا سيما المتعامل المتعاقد، فقد نظم المشرع أهم حقوقه والتمثله في اقتضاء الثمن بشكل مضبوط وهذا إدراكا منه بأن هدف المتعامل المتعاقد هو الربح والمصلحة الخاصة، وتوخيا منه للمصلحة العامة في الأخير، دون أن ننسى الحقوق المقررة قضاءا لأي متعاقد مع الإدارة لا سيما ضمان إعادة التوازن المالي للعقد، الذي يستلزم الأمر إدراجه قانونا وتكريسه قضاءا، ذلك أن نقص الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال لا يسمح ببلورة هذا الحق ووضع شروطه.

كما تحددت التزامات المتعامل المتعاقد إزاء الإدارة المتعاقدة باعتبارها ضمانات أساسية لحسن تنفيذ بنود العقد المتفق عليها مسبقا، فهو ملزم بأداء خدمة معينة محددة بالعقد ومن ثم لا يمكن

للمصلحة المتعاقدة تكليفه بغيرها، ويتعين عليه الحرص الشديد على القيام بما كلف به ضمانا لسير المرافق العامة وأداء نشاطها بانتظام.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار ممارسة السلطات المخولة لها في العقد، تطبيق جزاءات وتوقيع عقوبات مختلفة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالضمانات الأخرى، حيث تعتبر هذه العقوبات سواء كانت ضاغطة، فاسخة، مالية أم جنائية بمثابة ضمانات إضافية تفرض على المتعامل المتعاقد بهدف دفعه نحو تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ومن هنا فإن معرفة المتعامل المتعاقد وإدراكه مقدما لما هو مقرر له من حقوق وما هو ملزم بأدائه من واجبات يسد كل منافذ تجاوز المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها المقررة لها باسم المصلحة العامة، ويبقى اللجوء إلى القضاء أهم ضمان لهذه الحقوق في مواجهة السلطات والامتيازات المخولة للمصلحة المتعاقدة.

### ومن خلال كل ما تم إبرازه خلال تشخيص هذه الدراسة توصلنا إلى نتائج مهمة نذكر

- أن التنظيم الحالي للصفقات العمومية وبالرغم من إجراء تعديله في الكثير من الجوانب الحساسة التي تمس سيرورة نشاط الإدارة العمومية ، إلا أن الملاحظ دائما هو بقاء الغموض في قراءة وتطبيق بعض النصوص القانونية التي ينبغي مستقبلا التكفل بها ، فمثلا كما هو معمول به في الأنظمة القانونية للصفقات العمومية ، تعتبر المناقصة إحدى أشكال أسلوب طلب استدراج العروض وهذا لكونها تعتمد فقط على إرساء الصفقة على العرض الأقل سعرا، لكن المشرع الجزائري أدرج معايير أخرى للاختيار إلى جانب المعيار المالي مثل اعتماد المعايير التقنية والمالية وغيرها، لذا لا بد من ضبط المقصود الحقيقي المتوخى من قبل المشرع، ومن ثمة يجب تدارك هذه الثغرات التي من شأنها أن تؤثر على عملية اختيار المتعامل المتعاقد التي تعود إلى المصلحة المتعاقدة مهمة البحث عن الضمانات الكفيلة لحسن الاختيار، وبالتالي كان ينبغي الفصل بين كل من المناقصة وطلب العروض كما ورد في الأمر رقم 67-90 حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة من الاختيار بين عدة أساليب لتطبيق مبدأ المنافسة بين المتعاملين .

- كما أن إيراد المشرع لأشكال متميزة في اختيار المتعامل المتعاقد تحت أسلوب المناقصة يعتبر شيئاً ايجابياً من حيث تنويع وتوسيع طرق الاختيار، غير أنه يؤخذ عليها أنها وردت بطريقة عامة وخالية من أية تفاصيل لإبرامها أو إجراءات خاصة تتماشى وطبيعة كل شكل ، فإخضاعها للإجراءات العامة المطبقة على المناقصة من شأنه أن يؤثر على نتائج أعمالها لذا لا بد من أخذ خصوصيات كل طريقة بعين الاعتبار بوضع المعامل الأساسية لتطبيقها.

- أما بالنسبة لأسلوب التراضي ، فقد ظهر هذا الأسلوب استثنائي في حصر حالات اللجوء إليه من جهة و إقترانها غالباً بحالة الاستعجال الملح من جهة أخرى ، إلا أنه يتعين توضيح بعض حالات أعماله التي وردت غامضة دون توضيح في جزء منها ، في حين وردت باقي الحالات عامة و فضفاضة دون قيد، لذا وجب ضبطها و حصرها حتى يحافظ هذا الأسلوب على طابعه الاستثنائي رغم أن التراضي بعد الاستشارة يميل أكثر إلى أسلوب المناقصة في كيفية أعماله واللجوء إليه باعتبارهما يشتركان في نفس الشكليات و الإجراءات تقريبا ، لذلك يجب ضبط طريقة التراضي دون الخروج عن طابعه الاستثنائي.

### إبراز أهم التوصيات و الإقتراحات التي خرجنا بها كما يلي:

بالنسبة للتوصيات و الإقتراحات الخاصة لتكريس و إمتداد مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية فإنها تتمثل في:

1- رغم هذه النقائص التي تشوب النظام القانوني للصفقات العمومية إلا أن يجب تحديد أساليب التعاقد التي تعد بحد ذاتها ضمانا هاما لحماية المتعاملين المترشحين للطلبية العمومية من جهة و منعا لأي تجاوز قد يحصل من جانب المصلحة المتعاقدة من جهة أخرى.

2- تجدر الإشارة إلى أن الكثير من المتعاملين من مقاولين ، أرباب أعمال ، رؤساء مؤسسات و مستثمرين قد وجهوا عدة إنتقادات للتنظيم الخاص بالصفقات العمومية كما اشتكى هؤلاء من مشاكل عديدة و متنوعة تمس أساسا كفاءات إبرام الصفقات العمومية و في مقدمة هذه المشاكل المطروحة تفشي ظواهر الرشوة و المحاباة في اختيار المتعاملين المتعاقدين يجب اعتماد معايير و أسس واضحة في منح الصفقة العمومية ، مما تستدعي الضرورة إلى تكريس حق

الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة و اللجوء إلى القضاء" الحماية الجزائئية " كأنجع وسيلة للمطالبة باسترجاع الحقوق المنتهكة.

3- يجب تدارك النقائص الموجودة بنظام الضمانات المقرر في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، نتيجة لعدة أسباب ذاتية و أخرى موضوعية تتعلق أساسا بتطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية ، حيث نجد في كثير من الأحيان الازدواجية التي لا تزال بارزة بين الواقع و النصوص القانونية التي أضفت الكثير من الغموض في واقع سوق الطلبات العمومية ، إلا أنه يشكل حماية و تأمينا لمصالح أطراف الصفقة العمومية و هذا ما يدفع لتثمين و تفعيل نظام الضمانات بما يتلاءم و تطور الأنظمة القانونية للصفقات العمومية بالتركيز على وضع المتعامل المتعاقد كطرف هام و فاعل في تحقيق نجاعة الطلبات العمومية من خلال تكريس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة و التي تعد في نظرنا إحدى أهم الضمانات المقررة لفائدة المتعاملين في مجال الصفقات العمومية ، بالإضافة إلى وجوب التفكير في إرساء نظام ضمانات أخلاقية تتماشى مع روح القانون.

4- يجب تدارك النقص الكبير في الاجتهادات القضائية المتعلقة بمجال الرقابة القضائية ، و طالما كانت حادثة النظام القضائي الإداري الجزائري مبررا لذلك إلا أن هذه التجربة ما فنتت تعرف تقدما ملحوظا في السنوات الأخيرة بفعل تكريس حق الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة و بروز دور الرقابة القضائية الإدارية على أعمال الإدارة أو ما يعرف برقابة المشروعية لا سيما بعد إنشاء المحاكم الإدارية.

5- يجب وضع تفسير و توضيح لقانون الصفقات العمومية للقضاء المختص و لأنواع الدعاوى المرفوعة و إجراءات التقاضي التي من شأنها أن تؤثر على فعالية هذه الضمانات الهامة مما يستدعي التفكير في ضبط آليات الرقابة القضائية مستقبلا.

و على هذا الأساس و من أجل تكريس فعالية دور الصفقات العمومية في أداء المرفق العام للمهام المنوطة به و ضمانا للمصلحة العامة ، فإنه يتعين الاهتمام و التركيز على الضمانات الممنوحة لكل طرف من أطراف الصفقة و بخاصة المتعامل المتعاقد الذي ينبغي إشراكه في تحقيق أكثر فعالية و نجاعة للطلبات العمومية ، و منه يشكل موضوع الضمانات مجالا واسعا للبحث في مختلف أنواعها و أدواتها سواء الخاصة بمرحلة تكوين الصفقة أو تلك المتعلقة

بتتفيذها ، بالإضافة إلى التطرق للضمانات القضائية التي لا تزال في طور التجربة في الجزائر.

## قائمة المصادر و المراجع:

أولا : القوانين:

أ- القوانين العادية:

1 - القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد

و مكافحته المعدل و المتمم.

2 - القانون 09-08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

و الإدارية الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة في 23/04/2008.

ب- الأوامر:

1- أمر رقم 96-31، مؤرخ في 30 ديسمبر 1996، المتضمن قانون المالية لسنة 1997 ، ج ر عدد(85)، بتاريخ 1996 .

2- أمر رقم 96-22 مؤرخ في 9 يوليو 1996 ، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج، ج ر عدد(2) ، بتاريخ 1996 ، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-03، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010 ، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر عدد(50) ، بتاريخ 1 سبتمبر 2010.

3- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19-07-2003، يتعلق بالمنافسة المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في يونيو 2008 معدل ومتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 15 غشت 2010.

## ج المراسيم الرئاسية:

1 المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 07-10-2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ 01-03-2011 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 11-222 المؤرخ في 11-06-2011 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18-01-2012 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 13-03 ب 2013.1.3 .

2 المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26/10/2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في يوليو 2002 ويتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

## د المراسيم التنفيذية:

1 المرسوم التنفيذي 05-114 المؤرخ في 28/04/2012 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 93-289 الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء و الأشغال العمومية والري.

2 مرسوم تنفيذي 92-414 المؤرخ في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها .

3 مرسوم تنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991 المتعلق بإنجاز الأشغال والخدمات المتضمن تنظيم الصفقات (ملغى).

ثانيا : المرجع باللغة العربية

## 1-الكتب المتخصصة:

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية،جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر 2011.  
2 خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية،دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2011 .

3 حمد محمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 .

4 كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار النشر جيطلي، الجزائر، 2012 .

## 2- الرسائل العلمية:

### أ- رسائل الدكتوراه:

1 أحمد محمد جاد الله "سلطة القاضي إزاء العقد الإداري"، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2007 .

### ب- رسائل الماجستير:

1 بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، رسالة الماجستير ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجزائر، 2009/2008 .

2 فارس خنوش النظام القانوني لصفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة السابعة عشرة، 2006 .

### ج- المؤتمرات العلمية:

1 صالح زمال " إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية"، ملتقى الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر 2013 .

2 نادية تياب " تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية حماية للمال العام"، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013 .

3 سهيلة ديباش " إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية"، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2013 .

4 سهام شقطني " الرقابة على الملحق في الصفقة العمومية في الجزائر"، ملتقى الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2013 .

5 نادية بوخرص إستقلالية القضاء كضمانة أولية للرقابة على الصفقات العمومية، ملتقى الصفقات العمومية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمدينة، 2013 .

### 3 المجالات القضائية :

#### أ- نشرة القضاة:

1 قرار مجلس الأعلى للقضاء الصادر بتاريخ 1988/12/31 .

#### ثالثا : المراجع باللغة الأجنبية:

#### **A-Ouvrages spéciaux :**

1 Christophe Lajoie, **droit des marchés publics** , 3 édition , galino l'extenso editions, paris , 2008.

2 A .De laubadère, traité des contrats administratifs Paris , LCDI 1984 .

#### **B- Articles et Revues :**

1 C .E. Arrêt du 7 juillet 1982 , commune de Guidel. C/Mme courter .

2 Voir rapport de la commission de prévention de la corruption, Décembre 1992.

3 SABBA Med Cherif , **les marchés publics** ,Séminaire des marchés publics au siège du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique – Alger 02 mars 2014.

الفهرس:

| الصفحة  | الموضوع   |
|---------|---|
| أ.....  | مقدمة.....  |
| 8.....  | الفصل الأول: الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.....             |
| 8.....  | المبحث الأول: الضمانات القانونية المكرسة للمنافسة في مرحلة إعداد الصفقة العمومية.....   |
| 9.....  | المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الإنتقاء.....                             |
| 10..... | الفرع الأول: إعتقاد المنافسة أثناء تحديد حاجيات المصلحة المتعاقدة.....                  |
| 13..... | الفرع الثاني: تأثير إعداد دفتر الشروط على مبدأ المنافسة.....                            |
| 15..... | المطلب الثاني: إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن الصفقات العمومية.....          |
| 18..... | الفرع الأول: إقرار مبدأ المساواة بين المترشحين.....                                     |
| 18..... | الفرع الثاني: تكريس المساواة من خلال وسائل و آجال نشر الإعلان عن المنافسة.....          |
| 25..... | المبحث الثاني: مبدأ المنافسة في إختيار المترشحين بين الحرية و التقيد.....               |
| 27..... | المطلب الأول: كفيات و إجراءات إبرام الصفقة العمومية و مدى تكريس حرية المنافسة.....      |
| 27..... | الفرع الأول: كفيات إبرام الصفقة العمومية ومدى تطبيقها لمبدأ المنافسة في طلب العروض..... |
| 29..... | الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية في أسلوب التراضي ومدى تكريسه للمنافسة.....  |
| 32..... | المطلب الثاني: تكريس مبدأ المنافسة في مرحلة المنح المؤقت للصفقة و إرسائها.....          |
| 34..... | الفرع الأول: إيداع العروض و حرية المنافسة.....  |
| 36..... | الفرع الثاني: مبدأ المنافسة خلال فتح الأظرفة وإرساء العروض.....                         |

|          |   |
|----------|---|
| 39.....  | الفصل الثاني: حدود مبدأ حرية المنافسة في إطار الصفقات العمومية و ضماناته.     |
| 39.....  | المبحث الأول: حدود المنافسة في الصفقات العمومية و صورها.                      |
| 39 ..... | المطلب الأول: الحدود التشريعية لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.            |
| 42.....  | المطلب الثاني: الإستثناءات الوارد على مبدأ حرية المنافسة.                     |
| 45.....  | المبحث الثاني: ضمانات تطبيق مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.           |
| 46.....  | المطلب الأول: الضمانات الادارية .   |
| 46.....  | الفرع الأول: صور الرقابة القبلية كضمان أساسي لحماية مبدأ حرية المنافسة.       |
| 53.....  | الفرع الثاني: حدود ممارسة الرقابة القبلية.                                    |
| 55.....  | المطلب الثاني: ضمانات التقاضي.  |
| 57.....  | الفرع الأول: أولوية التسوية الودية للنزاع الناشئ عن قرار منح الصفقة العمومية. |
| 60.....  | الفرع الثاني: التسوية عن طريق القضاء.   |
| 63.....  | أ-قضاء الإلغاء.   |
| 64.....  | ب- القضاء الكامل.   |
| 68.....  | الخاتمة.  |
| 74.....  | قائمة المصادر و المراجع:  |
| 78.....  | الفهرس:   |

## ملخص المذكرة:

إن دراسة موضوع إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري يكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى حدائته وأهميته الإقتصادية حيث حاولنا في دراستنا للموضوع الإجابة على إشكالية في غاية الأهمية وهي: ما مدى فاعلية الآليات القانونية التي رسدها المشرع الجزائري في تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية؟ وهل هذه الآليات تتماشى مع حرية السوق وتخدم الإقتصاد الوطني وتكفل العدالة والمساواة في تحقيق الربح؟. و للإجابة على هذه الإشكالية إعتدنا في دراستنا للموضوع على فصلين هامين: **الفصل الأول**: الإجراءات المكرسة لمبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مقسما إلى مبحثين و كل مبحث يحتوي على مطلبين حيث تجسد كل منها المراحل الأولى في إعداد الصفقة إلى إبرامها. ثم **الفصل الثاني**: حدود مبدأ حرية المنافسة في إطار الصفقات العمومية و ضماناته، حيث يحتوي هذا الفصل أيضا على مبحثين مقسم كل منهما إلى مطلبين تم التطرق فيهما إلى الحدود والإستثناءات الواردة على مبدأ تكريس حرية المنافسة في التشريع الجزائري والضمانات الإدارية والقضائية التي تكفل مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية إستنادا إلى التنظيمات المعمول بها.

وتحت ضغط الالتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في ميدان الاقتصاد خاصة بعد المصادقة على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي، بالإضافة إلى سعيها الحثيث للانضمام للمنظمة العالمية للتجارة، إذ سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية عبر العديد من التنظيمات المتعاقبة و المتفاوتة في قوتها القانونية، وهذا بالاعتماد على مبادئ المساواة بين المتعاملين و حرية الوصول إلى الصفقات العمومية، خاصة في ظل قانون المنافسة 12/08 المعدل و المتمم و القانون 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل و المتمم.

إلا أن هذا الانفتاح على حرية المنافسة اصطدم مع القطاع الخاص الجزائري الهش الذي تسعى الجزائر لتطويره و إعادة هيكلته للنهوض بالإنتاج الوطني و حمايته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب خاصة، مما دفع بالمشرع الجزائري لإدراج بعض الأحكام التي تعد

استثناء على المبادئ المذكورة و التي تؤدي إلى تقليص حظوظ المتعاملين الأجانب في الوصول إلى الصفقات العمومية .