

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
القسم القانون العام
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية



تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية وضمانات حمايته

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

تخصص قانون عام إقتصادي

تحت إشراف

- أ.د بلماحي زين العابدين

إعداد الطالب:

- العنتري محمد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د بدران مراد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د بلماحي زين العابدين
عضوا مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	أ. زوقار عبد القادر
عضوا مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة "أ"	أ. دايم نوال

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرّفان

الحمد لله وحده والشكر له على فضله وامتنانه

والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، والداعي إلى رضوانه

فله الحمد لله والشكر أن أمدني بالإرادة والصبر ووفقني لإتمام هذا العمل.

وأقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذ الفاضل الدكتور "بلماحي زين العابدين" الذي

أشرف على هذه الأطروحة ولم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته السديدة فله مني كل

التقدير والإحترام .

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة تحت رئاسة

الاستاذ الدكتور "مراد بدران" وللأستاذ "زوقار عبد القادر" والأستاذة "دايم نوال"

على قبول مناقشة الأطروحة واقتطاع جزء من وقتهم الثمين من أجلت تفحصها،

وتحمل عناء التمعن فيها وإبداء الملاحظات حولها.

ولا يفوتني أن اشكر كل من ساعدني ماديا او معنويا ولو بكلمة لإتمام هذه الرسالة.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من حملتني وهنا على وهن ورافقتني في كل مراحل حياتي بكل ود وحنان "أمي" الغالية، وإلى من رباني على حب الله والعلم والعمل وكان لي سراجاً أنار درب حياتي للمضي قدماً "أبي" العزيز، تعبيراً عن محبتي لهما واعترافاً لما بذلاه من جهد وسهر لرعايتي وتربيتي أطال الله عمرهما.

إلى روح أختي الغالية على قلبي "يمينة" رحمها الله تعالى برحمته الواسعة واسكنها

فسيح جناته، وإلى كل "أخواتي وأبنائهم"، وإلى سندي في هذه الحياة "زوجتي"

الصالحة وكل أفراد عائلتها الكريمة.

إلى كل من تربطني بهم علاقة طيبة.

إلى كل هؤلاء أهدي نتاج جهدي المتواضع.

العنتري محمد

قائمة أهم المختصرات :

Liste des principales abréviations :

أولا: باللغة العربية :

- ت ص ع و ت م ع : تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ج : جزء.
- ج، ر، ج، ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- د س ن : دون سنة النشر .
- د ط : دون طبعة
- د، ج، ج، د، ش: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
- ط: طبعة
- ق إ ج : قانون الإجراءات الجزائية.
- ق إ م و إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- ق ص ع : قانون الصفقات العمومية
- ق و ف م : قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.
- ق و م: قرار وزاري مشترك .
- ق.ب : قانون البلدية
- ق.و: قانون الولاية
- م ت: مرسوم تنفيذي.

ثانيا: باللغة الأجنبية.

- A.P.D** : Avant Projet Détaillé.
- A.P.S** : Avant Projet Sommaire.
- AJDA** : Actualité juridique de droit administratif.
- ANEP** : Agence Nationale D'édition Et De Publicité.
- C.A.D.A** : Commission d'accès aux documents administratifs
- CE** : conseil d'Etat
- CNES** :Conseil National Economique, Social et Environnemental.
- CNIL** : Commission National D'informatique Et Libertés.
- COB** : Commission D'opérations Bourse.
- Cons, Conc** : conseil de la concurrence.

CS : Commission Des Statistiques.

Déc. :décision

Edi : édition

Ibid. : Même référence ;dans le même ouvrage.

J.O.A: journal officiel algérienne.

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

P : page.

P.C.D : Programme Communal De Développement.

Pp: De la Page jusqu'à la Page.

R A S J E S P:Revue Algérienne des sciences juridique ; économique et politique.

مقدمة

تعتبر حرية المنافسة من الحريات التي لا غنى عنها في اقتصاد السوق، بل إن تكريسها أصبح أكثر من ضرورة بالنسبة للعلاقات التعاقدية، فهي من السنن الفطرية والكونية للبشر غايتها التفوق في مجالات الأعمال والأنشطة أياً كانت طبيعتها، وقد لازمت النشاط الإقتصادي حتى اتصفت بأنها أحد شروط اللازمة لإحترافه، وباعتبارها قيمة حقوقية مرادفة لحرية المبادرة الخاصة، على أساس حق الأفراد في مزاوله أنشطتهم كمتعاملين اقتصاديين، والذين لا تقوم لهم قائمة على أرض الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل الدخول لأسواق المعاملات الإقتصادية مؤطرة بضمانات قانونية ناجعة.

عرفت المنافسة في اللغة العربية بأنها نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التشبيه بالعظماء والحقاق بهم، فيقال مثلاً نافس فلاناً في كذا أي سابقه فيه وباراه فيه من غير أن يلحق الضرر به والتنافس من المنافسة¹، وبعد التصوير القرآني للنعم التي يلقاها المؤمنون، حث الله عز وجل عباده على عمل الخير والتنافس عليه وفي هذا الشأن تقول الآية الكريمة: "خاتمه مسك وفي ذلك فليتنافس المتنافسون"².

وقد أشار الدين الإسلامي إلى مبدأ حرية المنافسة في المعاملات، وفي ذلك يقول ابن خلدون "إن الرعايا متكافئون، في اليسار متقاربون ومزاجمة-أي المنافسة- بعضهم بعضاً تنتهي إلى غاية موجودهم أو تقرب"، هذا التكافؤ أو التقارب ركن من أركان المنافسة، فالمنافسة لا توجد إلا إذا كان عدد البائعين كبيراً، وكانت قواهم متكافئة أو متقاربة³، والتنافس أمر مرغوب فيه في المجتمع التجاري لما ينتج عنه من بقاء الأصلح، من حيث المعاملة وتقديم السلع الأكثر جودة والأرخص سعراً، بحيث يستطيع كل تاجر الدخول في ميدان المنافسة حتى تزدهر تجارته، بيد أنه يجب أن تكون هذه المنافسة شريفة تقوم على النزاهة أساسها العمل الجاد والأمانة⁴، فإليها-المنافسة-يعزى الفضل في ازدهار المشروعات وتقدمها، وتدفع للإبتكار وتحفز على الإبداع، وتعطي أفضل النتائج في ميدان التجارة والصناعة.

كما أن المنافسة هي وسيلة لتحقيق النمو والرفاه، ويرتبط المفهوم السليم للمنافسة بالنمو والأداء العام للإقتصاد لكن لا يساوي بينهما، وهي مزاحمة المشروعات بعضها بعضاً، بحثاً

1 جابر فهمي عمران، المنافسة في منظمة التجارة العالمية، تنظيمها وحمايتها، دراسة مقارنة، القانون الأمريكي، الإتحاد الأوروبي، القانون المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2011، ص 325.

2 الآية 26، من سورة المطففين.
3 عازف صالح مخلف، وعلي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 05، العراق، 2005، ص 258.

4 صبري مصطفى حسن السبك، دعوى المنافسة غير المشروعة كوسيلة قضائية لحماية المحل التجاري "دراسة مقارنة"، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 07.

عن التفوق والسعي إليه¹، إلا أن هذا لن يحدث إلا إذا ظلت المنافسة في حدودها المشروعة، فإذا جاوزتها أحدثت صراعا بين التجار ونظالا يتدرع فيه كل منهم بشتى الوسائل-حتى الخبيث منهم- للقضاء على غيره، وحينئذ تصير المنافسة شرا مستطيرا ينبغي مكافحته²، ضف إلى ذلك المحاولات المتكررة للمؤسسات الكبرى لإزالة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تنافسها في مجال نشاطها الإقتصادي، واللجوء إلى كافة السبل والوسائل الاحتياالية لإخراجها من مجال المنافسة واستئثارها بالسوق دون منافس.

ولما كانت المنافسة ترتبط بحرية التجارة والصناعة وبالنظام الليبرالي على حد سواء، فإنها تعتبر منافية للنظام الاشتراكي، الذي عرف عنه بالملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وهيمنة الدولة على جميع المجالات والأنشطة الإقتصادية، إلى جانب تهمة تقييد المبادرات الفردية، وهو ما كان سائدا في الجزائر عقب الإستقلال في عام 1962، وكان اقتصادها آنذاك ينظر إلى حرية التجارة والصناعة على أنه يخالف السيادة الوطنية ولمبادئ النظام الاشتراكي³، وهو ما نجم عنه انعدام روح المنافسة.

غير أن الأزمة الاقتصادية التي عاشتها الجزائر في أواخر الثمانينات، أظهرت عيوب وسلبيات الاعتماد الكلي على الاقتصاد الموجه لإحداث التنمية واحتكار الدولة النشاط الاقتصادي، الأمر الذي عجل بقيام الدولة الجزائرية بإصلاحات عميقة، وكيّفت منظومتها التشريعية وفق ما يتطلبه نظام اقتصاد السوق، وأصبح اعتماد على حرية المنافسة أمرا لا بد منه.

وقد اتضح أن للنشاط الإداري تأثيرا على المنافسة، وتجلى ذلك في ظهور فرع جديد في قانون المنافسة وهو القانون العام للمنافسة، والذي جاء لتوسيع نطاق قواعد المنافسة لتشمل بذلك نشاط في الصفقات العمومية، حيث يلعب هذا النوع من العقود دورا هاما في تحقيق التوازن الإقتصادي والزيادة في معدلات الإنتاج، فالمنافسة في الصفقات العمومية تمثل حاجة قصوى بالنسبة للدول لتحصل على الجودة بأفضل سعر، ومكافحة التلاعبات

1 معين فندق الشناق، الإحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والإتفاقيات الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص26.

2 صبري مصطفى حسن السبك، المرجع السابق، ص 20.

3 دستور، ج، د، ش، الصادر بموجب استفتاء 08 سبتمبر 1963، ج، ر، ج، العدد 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

في المشتريات العمومية، والبحث عن الاطر السياساتية والممارسات المتبعة في قطاع الصفقات، التي تشجع المنافسة في الأسواق على نحو فعال¹.

وتبعاً لذلك، فإن إجراء المنافسة في قانون الصفقات العمومية، يمكن النظر إليها من زاوية قانونية وزاوية اقتصادية، فهي من الزاوية القانونية مجموع القواعد والإجراءات الإدارية التي تجب على الإدارة اتباعها، من أجل إيجاد المقاول أو المورد أو مقدم الخدمات، الذي يستطيع تأمين الحاجيات العامة بشكل جيد، أما من الزاوية الاقتصادية فهي نظام إنتاج مبني على الحرية الصناعية والتجارية، على اعتبار أم لكل شخص الحرية في ممارسة التجارة واختيار النشاط الذي يريده².

وتختزل المنافسة في الصفقات العمومية البعدين السابقين، البعد القانوني والبعد الاقتصادي، فالمنافسة هي من جهة عبارة عن اتباع جملة من الإجراءات الإدارية لإختيار المتعاقد، بقصد اشباع حاجيات المرفق العام ومن جهة أخرى، هي حرية المتعامل الاقتصادي في الوصول للطلبات العمومية، وفي سبيل ذلك يتعين أن تتيح عملية التنافس ربط مشروع الصفقة بالعرض الذي يتحقق في إطاره أفضل مستوى التناسب بين الثمن والجودة، وهي نتيجة يصعب تحقيقها إذا لم يتم تنظيم المنافسة على أساس إمداد المتنافسين بكافة المعلومات اللازمة لتقدير متطلبات المشروع دون تمييز أو امتياز، بعيداً عن تأثير أي شكل من أشكال التواطؤ أو المضاربة، بحيث يقدم المتنافس عرضه دون سابق علم بفحوى عروض غيره من المتنافسين³، وهو إجراء من شأنه أن يسمح بقابلية العروض للمقارنة فيما بينها، وفق المعايير المحددة سلفاً من طرف المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط والمعلومة لدى جميع المتنافسين.

وتماشياً مع ذلك، فإن تلك الحرية لا تؤخذ على إطلاقها أو أنها خالية من أي استثناء، بل يتعين التأكيد على أن نطاقها ينتهي عند بداية حرية التعاقد، التي ينبني عليها حق المتنافسين في أن يبرموا عقوداً فيما بينهم لتقوية تنافسيتهم، إزاء الشروط والمعايير المعتمدة

1 خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 03.

2 كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 47، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص 76.

3 رأيت المحكمة الإدارية العليا في مصر، أن: "المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة، ولا يتأتى ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة، وجعل المساواة بين المتنافسين هو المبدأ دون تمييز لأحد أو استثناء، وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص، مما يخرج المناقصة عن الهدف الذي تقررت لأجله وبغوت الغرض من عقدها"، أشار إليه: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 507.

في إبرام الصفقة، وحق المصلحة المتعاقدة أيضا في اختيار المتعاقد معها خارج نطاق المنافسة، في حدود ما يجيزه نظام الصفقات العمومية من ضرورات مرفقية مشروعة¹.

وتجدر الإشارة، إلى أنه خلال الحقبة الإستعمارية التي مرت بها الجزائر، عرف تجسيد مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية تنظيميا قانونيا خاصا، فقد أخضعت الإدارة الفرنسية آنذاك الصفقات لعدة نصوص قانونية، أبرزها المرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 08 جانفي 1957² والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر، والذي نتج عنه امتداد التنظيم القانوني الفرنسي إلى صفقات الجزائر³.

وقد أحتفظ بهذا التشريع بعد الإستقلال، وكان النص الذي أسس كان لهذه الاستمرارية حسب ما يراه الأستاذ **بن ناجي شريف**، هي التعليمات الصادرة عن رئيس السلطة التنفيذية المؤقتة المؤرخة في 13 جويلية 1962، والتي سبقت ومهدت لصدور القانون رقم 62-157 المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية⁴، وذلك لعدم إعداد تنظيم للصفقات العمومية ولكونه تشريعا تقنيا لا يمس بالسيادة الوطنية، وان للاحتفاظ بالتنظيم الفرنسي بالغ الأثر في تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر المستقلة⁵، ولم يمنع ذلك أيضا من استصدار مراسيم تنظيمية في هذا المجال، منها المرسوم رقم 64-103، المؤرخ في 26 مارس 1964، المتضمن إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية، وفي السنة ذاتها صدر القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل⁶ (الملغى).

1 امزيد الحيلالي، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، ط2، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2012، ص16.

2 Décret n° 57/24 du 8 Janvier 1957 relatif aux marchés passés en Algérie, J.O.A. n°09 du 22 janvier 1957, p 396.

3 BENNADJI Chérif, L'évolution de la Réglementation des Marchés Publics en Algérie, Thèse Doctorat d'Etat en Droit, université d'Alger, institut de droit et de sciences administratives, p88.

4 القانون 62-157، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 11 جانفي 1963، (باللغة الفرنسية)، الملغى بموجب المادة 04، من الأمر 73-29، المؤرخ في 05 يوليو 1973، التي نصت على أنه: "يدخل هذا الأمر في حيز التنفيذ اعتبارا من 05 يوليو 1975 وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"، ج، ج، ج، العدد 62، المؤرخة في 03 غشت 1973.

5 عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط1، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص20.

6 القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة (C.C.A.G)، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 19 يناير 1965، الملغى بموجب م ت رقم 21-219، المؤرخ في 20 مايو 2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 24 يونيو 2021.

وقد أفضت التعليمات والمناشير المنظمة لصفقات العمومية، إلى صدور أول نص قانوني لها، وهو الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ب 167 مادة متزامنا مع الانطلاق في سياسة المخططات، فجسد توجهها ولو محتثما نحو إضفاء الطابع الاشتراكي على الصفقات والذي عدل عدة مرات¹، بعد ذلك صدر المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أفريل 1982، المتضمن صفقات المتعامل العمومي² وهو ثاني نص ينظم الصفقات العمومية، الذي عرف هو الآخر عدة تعديلات واتخذت في ظله الكثير من النصوص التطبيقية.

ومن هذا المنطلق، لم تتوقف الجزائر عن إصلاح المنظومة القانونية للصفقات العمومية، بهدف تغطية النقائص والفراغات التي تضمنتها النصوص القانونية، والتي رُصدت أثناء تطبيقها، ولتكيف التنظيم الداخلي مع المعايير والإلتزامات الدولية التي أخذتها الجزائر على عاتقها، مثل فتح مجال دخول القطاع الخاص إلى الصفقات العمومية وتجسيد دولة القانون³.

وتأسيسا على ذلك، أدى تغير في التوجه السياسي ولاقتصادي للجزائر، بعد إقرار دستور فيفري لسنة 1989⁴، إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁵، الذي حاول إضفاء الطابع الليبرالي على تنظيم الصفقات العمومية، وارتبط تطبيقه بالصعوبات التي عرفت الجزائر في هذه المرحلة، ما استدعى تعديله لمواجهة المستجدات الطارئة.

في سنة 2002، رافق صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ما عرفت الأسواق العالمية من ارتفاع لأسعار المحروقات وانتعاش لمداخل الجزائر، وجاء هذا المرسوم استجابة لتوجهات الدولة نحو تحرير الأنشطة

1 الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتعلق بقانون الصفقات العمومية، ج.ر، ج، ج، العدد 52، الصادرة في 27 يونيو 1967، والمتتم بالأمر رقم 69-32، المؤرخ في 22 ماي 1969، ج.ر، ج، ج، العدد 46، الصادرة في 27 ماي 1969، والمعدل بالأمر رقم 76-11، المؤرخ في 20 فبراير 1976، ج.ر، ج، ج، العدد 20، الصادرة في 09 مارس 1976، (ملغى).

2 المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أفريل 1982، المتعلق بالصفقات المتعامل العمومي، ج.ر، ج، ج، عدد 15، الصادرة في 13 أفريل 1982، (ملغى)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 88-72، المؤرخ في 29 مارس 1988، ج.ر، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 30 مارس 1988، المعدل بموجب المرسوم رقم 91-320، المؤرخ في 14 سبتمبر 1991، ج.ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 25 سبتمبر 1991.

3 ميريام أكرور، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 3.

4 المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج.ر، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.

5 م ت رقم 91-434، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج.ر، ج، ج، العدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991، (ملغى)، المعدل والمتمم بموجب م ت رقم 98-87، المؤرخ في 07 مارس 1998، ج.ر، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 11 مارس 1998.

الاقتصادية، وعدل هذا النص مرتين¹ بغرض رفع عتبة إبرام الصفقات العمومية وتخفيف الضغط عن اللجنة الوطنية للصفقات، وادخال مبادئ المنافسة الحرة في الصفقات العمومية. ومن أجل تعزيز مبدأ حرية المنافسة ومحاربة الفساد في مجال الصفقات العمومية، كان لزاما من إعادة النظر في المنظومة القانونية للصفقات العمومية، وجعلها تتماشى مع المستجدات الدولية والوطنية، الأمر الذي كان سببا في صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية²، الذي أدخل أحكاما جديدة مستوحاة من قانون المنافسة، الذي هو في الأصل قانون خاص بالنشاط الإقتصادي³، وذلك بهدف إضفاء المزيد من الحماية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية⁴.

ولزيادة تكريس حرية المنافسة أكثر، كان من الضروري إعادة التفكير في دور التشريع في دفع سياسة التمويل للمشاريع التنموية، ف جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁵، لينص على عقود عقود جديدة تستوجب احترام المبادئ الأساسية للمنافسة من شفافية ومساواة وحرية الوصول للطلبات العمومية⁶.

فالإنفتاح الإقتصادي حتم على الدولة التخلي ولو تدريجيا عن تسير بعض المرافق العمومية، خاصة تلك التي تتصف بالميزة التجارية والصناعية لإمكانية دخولها مجال المنافسة⁷، وهذا لتلاقي الإختلال الذي يعرفه التسيير العمومي، وأيضا نتيجة للأعباء المالية

1 المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 28 يوليو 2002، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-388، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج، ج، ج، العدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008، (الملغى).

2 المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ج، ج، العدد 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 2013، (الملغى).

3 الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج، ج، ج، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بلقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يوليو 2008، ج، ج، ج، العدد 36، المؤرخة في 02 جويلية 2008، وبالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 18 غشت 2010.

4 جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه في القانون العام أطروحة، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص 4.

5 المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

6 المادة 05، من نفس المرسوم.

7 خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 08.

المرتتبة عن التدخل المباشر والكلي للدولة في إنشاء وتمويل وإدارة مرافقها العامة في إطار ما يعرف بعقود تفويض المرفق العام¹.

استنادا إلى ما سبق، تكتسي دراسة موضوع المنافسة في الصفقات العمومية أهمية كبيرة، في تنشيط جو تنافسي بين المتعاملين الإقتصاديين العاملين في هذا المجال، حيث تعتبر الصفقات العمومية من أنجع الوسائل في انجاز المشاريع وتلبية حاجات الأفراد، ومن ثم فهي تشكل مدخلا كبيرا من مداخل الإصلاح، حيث ترتبط صعوبة التوفيق بين حرية المنافسة وحرية التعاقد في مجال إبرام الصفقات العمومية بطبيعة علاقة التعاكس القائمة بينهما، ذلك على أساس أن دائرة الحق في الوصول للطلبات العمومية ونيلها، يقاس بمدى تقليص الأخرى وفق ضوابط المساواة في التنافس، حيث لا تتسع إلا بقدر ما تضيق من دائرة السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في إبرام العقد مع من تختاره من المتعاملين المتعاقدين.

هذه الصعوبة تتجلى من خلال تأرجح الحماية القانونية والقضائية في هذا المجال، بين مناصرة حقوق ومصالح المتعاملين الإقتصاديين المرشحين للفوز بالصفقة، وبين مراعاة ما تستوجبه مسؤولية الأمرين بالصرف من حرية التسيير، من أجل إنجاز تنفيذ المشاريع التي يتوقف عليها حسن سير المرافق العامة واستمراريتها.

كما أن أهمية تكريس مبدأ حرية المنافسة تتضح من خلال تناوله بالدراسة والتحليل السبل الكفيلة بضمان تحقيقه في مجال الصفقات العمومية، سواء المتوفرة في المرسوم الرئاسي 15-247، أو تلك التي تم إقرارها حديثا بتدخل آليات متوفرة في نصوص قانونية أخرى، وهي الآليات التي من شأنها تحفيز السلوك التنافسي ومكافحة المساس بالمنافسة في الصفقات العمومية.

وعليه كان من البدهة أن تكون المستجدات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحماية المنافسة في هذا المجال، وكذا الرقابة القضائية على مشروعية القرارات وصحة الإجراءات

1 المادة 207، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بـ ص و ت م ع، السالف الذكر.

المتعلقة بالمنافسة المتطورة بإستمرار، محل أنظار اهتمام الممارسين والباحثين في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي فإن مصدر تكريس هذا البحث هو تحليل الوضع الجديد للضمانات القانونية المؤطرة لحق المترشحين لنيل الصفقات العمومية في المساواة والتنافس الحر، وهي دواعي مرتبطة بما يمثله نظام الصفقات العمومية ضمن مشروع ترسيخ منهج حديث للحكامة، غايته الإرتقاء بممارسة المنافسة وضمن حسن تسيير المال العام.

أما عن **هدف الدراسة**، فيكمن هو السعي إلى تنظيم إجراءات المنافسة في نيل الصفقات العمومية، بطرق تمنع تأثير المصلحة الشخصية على حماية المال العام، وتحقيق أقصى درجات الكفاية الاقتصادية للحصول على المشتريات وتنفيذ مشروعاتها بأسعار تنافسية عادلة.

إلى جانب الحديث عن الضمانات القانونية المؤطرة لحق المترشحين في نيل الصفقات العمومية في اطار المساواة والتنافس الحر، وهذا من خلال المقارنة بين المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 والنصوص السابقة وقوانين أخرى مختلفة التي تدخل في هذا المجال، مع الأخذ بعين الاعتبار الحماية المتوفرة في مجال الرقابة القضائية على مشروعية القرارات وصحة الإجراءات المتعلقة بالمنافسة، وهي دواعي مرتبطة بما يمثله نظام الصفقات ضمن منهج حديث للحكومة، غايته الإرتقاء بممارسة حرية المنافسة وضمن استعمال المال العام، وعلى مقتضى ذلك، فإن موضوع الدراسة يسعى إلى تحقيق أساسين:

-**أولهما**: يتمثل في رصد وتحليل النصوص، التي جاءت بها منظومة الصفقات أو قانون المنافسة، ومدى تكريسها للممارسة الفعالة لحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

-**ثانيهما**: ينصب على مدى إسهام القضاء والهيئات الإدارية المستقلة الأخرى في حماية المنافسة حال الإخلال بها.

ولا مناص من القول، أن من بين أسباب اختيار موضوع تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية وضمنات حمايته، هو الدور المهم الذي تؤديه حرية المنافسة في معظم النشاطات الاقتصادية بوجه عام وفي مجال الصفقات العمومية بشكل خاص، وذلك سواء

على المستوى المحلي أو الدولي كما سبقت الإشارة إليه، وفضلا عن ذلك فإن قواعد المنافسة تؤدي دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد وتحد من النزاعات في المستقبل، إضافة إلى تبني توجه جديد يسعى إلى إخراج الصفقات العمومية من العقود الإدارية بالمفهوم الكلاسيكي إلى عقود الأعمال، وهذا من خلال المصطلحات والصيغات التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وما يؤكد على ذلك إدخال قواعد قانون المنافسة حيز التطبيق في هذه العقود¹.

أما عن الحديث عن إزالة معوقات تكريس حرية المنافسة، فهو يعد من أهم مواضيع البحث، لاسيما وأن التطبيقات العملية أظهرت بعض النقائص والعيوب التي تعترى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا من حيث عدم كفاية الآجال القانونية لإيداع العروض من طرف المتعاملين الإقتصاديين، الذين اشتكوا عن صعوبتهم في تحضير عروضهم، في ظل اعتماد آجال قصيرة من طرف بعض المصالح المتعاقدة، إضافة إلى اعتماد بعض المتعهدين لأسلوب تخفيض المتعمد لأسعار عروضهم، بشكل غير عادي من أجل الفوز بالصفقة، وهو الأمر الذي يستدعي ضرورة إيجاد ضمانات فعالة لحماية المنافسة وتعزيزها في إجراءات التعاقد.

كما أن موضوع البحث يتميز بجمع قانونيين مختلفين من حيث الدراسة وكيفية تطبيق قواعد القانون الخاص على عقود تحكمها نصوص قواعد القانون العام، فدراستنا ستكون محددة في كيفية تكريس مبدأ حرية المنافسة وحرية الوصول للطلب العمومي وشفافية الإجراءات، وفي دور القضاء في تجسيد الحماية القضائية لهذا المبدأ في مجال الصفقات العمومية.

ولكون الموضوع لم يلقى البحث الكافي من الناحية العملية ما يستحق من دراسة رغم أهميته، ولعل ذلك راجع لتناثر النصوص القانونية المتعلقة به ما بين تنظيم الصفقات العمومية ونصوص أخرى، مثل قانون الجنائي، الإجراءات الجزائية وكذا الإدارية، وخصوصا

¹خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص11.

قانون المنافسة، هذا الأخير لم يسمح بتدخل قواعده في مجال الصفقات العمومية إلا بصدور تعديل سنة 2008، مما يدل على حداثة هذا المجال من البحث.

فإلى جانب الدراسات التي عنيت بموضوع المنافسة، أردنا المساهمة بلبنة واستكمال ما انتهى إليه الباحثين، بتقديم الجانب العملي لموضوع تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية.

أما عن إشكالية الدراسة، فإن القوانين التي نظمت في محتواها آليات تكريس المنافسة، نجدها في قوانين أخرى غير قانون الصفقات مثل ما أقره قانون المنافسة، الذي وسع مجال اختصاص مجلس المنافسة لينظر ويشمل عقود الصفقات العمومية، بإعتبارها مصدرا محتملا للممارسات المنافية للمنافسة، وانطلاقا من هذه المعطيات فإن الإشكالية المراد تحليلها في هذا المقام: إلى أي مدى ستساهم القواعد القانونية والضمانات الرقابية في تكريس مبدأ المنافسة الفعالة وتشجيع السلوك التنافسي، والتوفيق بينهما وبين حرية التعاقد في مجال الصفقات العمومية؟.

هو سؤال من صميم إشكالية الموازنة بين مبدأ حرية المنافسة الذي يضمن ترسيخ الشفافية والحفاظ على مصالح الفاعلين الإقتصاديين بالقطاع الخاص، وبين ضرورة إعطاء هامش السلطة التقديرية للمكلفين بتحضير الصفقات ولتمكينهم من تحقيق فعالية الطلبات العمومية، من خلال منحهم - عند الإقتضاء - حرية اختيار المتعاقدين مع الإدارة، على أساس طريقة الإبرام الأكثر إيجابية من منظور ضروريات المرفق العام.

وتتفرع عن هذه الإشكالية العديد من التساؤلات الثانوية مفادها:

- ما مدى تكريس النصوص القانونية المرصودة في تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة لمبدأ حرية المنافسة في نيل الصفقات العمومية؟.

- ما مدى مساهمة رقابة القضاء - الجنائي والإداري - في تجسيد ضمانات كفيلة بحماية مبدأ حرية المنافسة من الممارسات الغير المشروعة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات، ارتأينا في درستنا اتباع المنهج التحليلي نظرا لأهميته وملائمة استخدامه في الدراسات القانونية، معتمدين على تسلسل منطقي وعرض الأفكار انطلاقا من معطيات ومبادئ قانونية عامة، ثم إعادة بنائه للوصول إلى نصوص تركز لنا مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

إضافة إلى استخدام المنهج المقارن بصفة ثانوية في الدراسة، للمقارنة بين ما أخذ به المشرع الجزائري وما هو معمول به في الأنظمة القانونية الأخرى واستخراج أوجه الشبه والاختلاف بينهما ومقارنتها.

غير أن هذه الدراسة اعترضتها بعض الصعوبات، كون المتعمق في مجال الصفقات العمومية، يرى أنه ينبغي الإلمام بجميع التقنيات الإدارية في مثل هذه العقود، حتى يتمكن من الوقوف عند الثغرات القانونية التي ينفذ معها هذا الموظف الفاسد ارتكاب ممارسات تتنافى ومبدأ المنافسة المشروعة وبفلت من العقاب، إضافة إلى ذلك قلة أحكام القضاء الجزائري وقرارات مجلس المنافسة يجد أن ما يتعلق بمجال المنافسة في الصفقات العمومية يكاد يكون منعدما.

سعيًا إلى تحقيق أهداف هذه الدراسة والإحاطة بأكبر قدر ممكن من عناصر الإجابة المتطلبة لتفكيك الإشكالية، سيتم تقسيم هذا البحث إلى بابين:

الباب الأول : تكريس مبدأ المنافسة المنافسة في الصفقات العمومية.

الباب الثاني : الضمانات القضائية والإدارية ودورها في تفعيل المنافسة في الصفقات العمومية.

الباب الأول

تكريس مبدأ حرية المنافسة

في الصفقات العمومية

الباب الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

إن وضع إطار قانوني محكم للصفقات العمومية يقوم على حرية المنافسة، يشكل نقطة البداية لتحقيق أفضل المشتريات من حيث الجودة والسعر، لكن ذلك يتوقف على رسم استراتيجية فعالة وصحيحة من أجل تحقيق النتائج المرجوة لهذا المسعى، خاصة وأن الصفقات العمومية تعتبر إحدى المجالات الحيوية التي تسعى الجزائر لتطويرها، وتحقيق التنمية من خلالها على المستوى الوطني والمحلي، بتكريس حرية المنافسة بين المتعاملين سواء وطنيين أم أجنبية، وذلك بالإعتماد على مبادئ المساواة والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية¹.

ومن زاوية أخرى، فإن تنظيم مثل هذه العقود الإدارية يختلف من دولة لأخرى، وبحسب طبيعة الاقتصاد الوطني من جهة، وبمدى تنظيم الرقابة والمتابعة على تقديم الخدمات العامة من جهة أخرى، فمثلا في بريطانيا والدول الإسكندنافية تمنح الإدارة سلطة تقديرية تمكنها من اختيار من تتعاقد معهم بحرية واسعة، في ضوء الأحوال الاقتصادية السائدة في السوق والاعتبارات الشخصية والفنية لدى من ترغب في التعاقد معهم، ولكنها في ذات الوقت تحيط العقود الإدارية بضمانات المسؤولية الإدارية أمام البرلمان أو بقواعد رقابة مالية دقيقة تقوم بها أجهزة التفتيش الدورية بين حين وآخر².

وتأسيسا على ذلك، تنقيد بعض الدول بإتباع قواعد معينة عند التعاقد، على أن يبقى هذا التقييد اختياري للإدارة، حيث لا يكون طريق طلب العروض إلزاميا في إبرام العقود الإدارية كقاعدة عامة، إلا إذا اختارت الإدارة اللجوء إلى الإجراءات التي يحددها القانون، وقد أخذت بهذه الطريقة الاختيارية كل من هولندا وألمانيا وسويسرا، إلا أن الغالبية العظمى من الدول في الوقت الحاضر تقوم بتنظيم إجراءات التعاقد بمقتضى القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية³.

ولابد من الإشارة، إلى أن التشريع الفرنسي يعتبر من التشريعات الأولى التي نظمت الصفقات العمومية بإجراءات خاصة وسطرت لها مبادئ تحكمها بموجب المرسوم الصادر سنة 1829، الذي تضمن تقييدا للمصالح المتعاقدة بمجموعة من الإجراءات والتدابير التي يتعين عليها إتباعها عند التعاقد⁴.

1 المادة 05، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمنت ص و ت م ع، سالف الذكر.
2 محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 37.
3 حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 17.
4 محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 38.

الباب الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

مع الإشارة إلى أن القوانين والتشريعات والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، قد بدأت تأخذ طابع التبسيط في مختلف القوانين المقارنة، من أجل تسهيل عمل المصالح المتعاقدة¹ وهو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي²، كما أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ المنافسة في قرارها الصادرة 23 ماي 1998، بقولها: "إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للصفقة، دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من الترشح"³.

وفي هذا الإطار، أقر المشرع المصري مبدأ المنافسة في قانون المناقصات والمزيادات رقم 89 لسنة 1998، إذ نص على أنه: "تخضع كل من المناقصة العامة والمزيادات العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة"، وأكدت عليه أيضا محكمة القضاء الإداري في مصر، بقولها: "من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين،؟ والمقصود بحرية المنافسة والمساواة، هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أو خاصا"⁴.

إذا ما تحدثنا عن المنافسة، فنحن نتحدث عن مجموعة من المترشحين تقدموا بعروضهم وفقا للشروط المعلن عنها من طرف المصلحة المتعاقدة، وهو ما يشكل إطار عام لسير المنافسة، وقيد يد المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها، حيث أن كل صفقة عليها أن تعتمد الإجراءات طلب العروض كأصل عام، وهذا لن يأتي إلا بمفهوم المنافسة النزيهة والشريفة.

ويعتبر المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ناتج عن سلسلة من الإصلاحات التي سعى المشرع لتحقيق مجموعة من الأهداف، تتمحور حول المحاور الرئيسية التالية:

- تهيئة القواعد التي تشجع على حرية المنافسة وتحت على التنافس الأوسع بين المترشحين.
- وضع آليات تمكن من ضمان الشفافية في إعداد الصفقات وابعادها وتنفيذها.

1 FRANÇOIS LICHERE , La simplification du droit des marchés publics , revue du droit public , L.G.D.J, N06 – 2003 , page 1530 , 1531 .

نقلا عن: حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 18.

2 خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 19.

3 LAJOYE CHRISTOPHE، Droit des marchés publics، éditions Berti، Alger، 2007، p. 104.

4 حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، رقم 2946، المؤرخ في 21 أبريل 1957، أشار إليه: عبد الباسط محمد فؤاد، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري-العقد الإداري)، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 315.

الباب الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- ترسيخ أخلاقيات الإدارة وذلك بإدراج إجراءات من شأنها التقليل من إمكانيات اللجوء إلى كل الممارسات المرتبطة بفعل الغش.

- الحد من التدخل البشري من خلال نزع الصفة المادية عن المرسوم وإلزام أصحاب المشاريع بنشر بعض المعلومات والوثائق في البوابة الإلكترونية لصفقات الدولة.

- اعتماد وسائل الطعن ووسائل المصالحة لتسوية النزاعات الناتجة عن إبرام الصفقات العمومية. إن هذه الأهداف يسعى إليها المرسوم الرئاسي 15-247، ليعزز مبادئ الصفقات، خاصة المتعلقة منها بحماية قواعد المنافسة أثناء وضع الصفقة محلاً للمنافسة، والتي تعتبر مرحلة حساسة في مسار الصفقة العمومية، لما تشمله من قواعد لها تأثير مباشر على سير المنافسة، وكذا ضبط الإستثناءات الواردة على قواعد الدعوة للمنافسة ضبطاً دقيقاً، وفي حدود ضمان السير الحسن للمرفق العام وحماية المصلحة العامة، كما تتجلى أيضاً في القواعد المقررة لحماية قواعد المنافسة عند اعتماد الصفقة، بالإضافة لمسألة إحداث مسلك التظلم الإداري وآليات لضمان المزيد من الشفافية والتخليق خلال إبرام الصفقات العمومية.

إن الحديث عن تكريس مبدأ حرية المنافسة في العقود الإدارية نجده في منظومة الصفقات العمومية، محدد بموجب نصوص قانونية مؤكدة، كمجال أصيل سمي بتنظيم الصفقات العمومية، وتبعاً لذلك لهذه المنظومة نتناول المنافسة في محورين، الأول يتمثل في تكريس مبدأ حرية المنافسة وفقاً للنصوص القانونية كفصل أول، وثانياً: تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية كفصل ثاني.

الفصل الأول

تفعيل مبدأ حرية المنافسة

وفقاً للنصوص القانونية

المبحث الأول: تكريس قانون المنافسة لمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

لقد أضحى من المسلم به، أن قانون المنافسة يعد صورة صادقة عن التحولات التي يعرفها أي نظام اقتصادي، بحيث أصبح أداة فعالة في تنظيم وتنمية الاقتصاد عموما، وعنصرا أساسيا لا يمكن الاستغناء عنه في تفعيل نشاط السوق تحديدا، ثم إن ما يميز هذا القانون اليوم أنه في الوقت ذاته قانون وطني (داخلي) وقانون مجموعاتي بمعنى أنه يتدخل عبر عدة مؤسسات¹.

كما يهدف القانون إلى تنظيم المنافسة وقواعد حمايتها، قصد رفع ديناميكية الاقتصاد وتحسين الظروف المعيشية للمستهلك في جو يسمح بضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات الاقتصادية²، واعتبارا لهذه الأهداف فالأمر يتعلق بالشرعية العامة التي تنظبط بها ممارسة حرية المنافسة في مناحي الأنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، وبالرجوع لأحكام الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، فإنهما لم يتضمنا بصفة مباشرة أي مقتضى الإحالة أو الربط بين القواعد العامة للمنافسة والأحكام المختصة بالتنافس لنيل الصفقات العمومية، إلا أن ذلك لا يعني وجود قطيعة بينهما، طالما أن من المتيسر استنباط عناصر التقاطع الجامعة بين أحكامهما، سواء بالنسبة لامتداد قانون المنافسة للتطبيق في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول)، أو على مستوى إمكانية اللجوء إلى مقتضيات الأمر رقم 03/03 المتضمن قانون المنافسة، لقطع دابر الممارسات المقيدة للمنافسة وفي مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قابلية سريان قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن مسألة سريان قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية يطرح عدة مسائل جوهرية، حول مراحل تطور قانون المنافسة ومضمونه عبر الأنظمة السياسية والاجتماعية والإقتصادية التي عرفتها الجزائر، زيادة على مسألة العلاقة بين قانون المنافسة والأشخاص العامة المعنية بتطبيق هذا القانون (الفرع الأول) وإلى الشروط التي وضعها المشرع الجزائري لتدخل قانون المنافسة من الناحية الزمنية والجغرافية في مجال الصفقات العمومية (الفرع الثاني) هذا من جهة، ومن جهة أخرى ينبغي أن لا يمس

1 محمد تيبورسي، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراة، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بلفايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2010-2011، ص15.
2 المادة 01، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

هذا التدخل، في أي حال من الأحوال بحسن أداء مهام المرفق العام وممارسة صلاحيات السلطة العامة (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مفهوم قانون المنافسة

بالنظر إلى التشريعات المقارنة نجد أن قانون المنافسة هو المرآة العاكسة للتحويلات، التي يعرفها أي نظام اقتصادي، من هذا المنطلق تبدو أهمية تحديد ماهية هذا القانون ومضمونه من الناحية الشكلية والموضوعية وعلاقته بالأشخاص العامة.

البند الأول: تعريف قانون المنافسة وتطوره

يعتبر قانون المنافسة إحدى القوانين التي تهدف توجيه وتنظيم الاقتصاد، فهو الذي يكيف أو يحدد النظام الإقتصادي الذي يجب أن يسود، والذي عرف تطورا ملحوظا وذلك تبعا للتحويلات الإقتصادية التي صاحبت نشأته، ولهذا سنتطرق للتعريف التي أعطيت لقانون المنافسة وأهم تطوراتها.

أولا: تعريف قانون المنافسة

يعتبر من صعوبة بمكان وضع تعريف محدد لقانون المنافسة، وتتبع هذه الصعوبة أساسها من كثرة الأهداف والغايات التي يرمي إلى تحقيقها ومن تعدد المجالات التي يحكمها¹، وتبعاً لذلك كله نجد أن هذا القانون يرتبط بشتى الفروع القانونية الأخرى، سواء تلك التي تدخل في إطار القانون العام أو القانون الخاص، إلا أنه يفتح أكثر على قانون الأعمال وما ينطوي تحته من موضوعات الشركات والملكية الصناعية، لهذا سنحاول تقديم جملة من التعاريف، مقتفيين في ذلك اجتهادات بعض الفقهاء المشتغلين والمهتمين بالموضوع.

عرّف الأستاذ شريف بناجي قانون المنافسة على أنه: "مجموعة القانونية التي تحكم تنظيم عملية التنافس بين الأعوان الإقتصاديين في عملية البحث والاحتفاظ بالعملاء والزبائن"²، وعرفته الأستاذة كاثرين بارو BARREAU CATHERINE بأنه: "مجموعة القواعد التي تطبق على المؤسسات أثناء نشاطها في السوق، والتي تكون موجهة إلى تنظيم التنافس الذي تخوضه هذه المؤسسات، بمعنى العمل على أن تكون هذه المنافسة كافية ودون أن تكون مفرطة"³.

1 حسين الماحي، حماية المنافسة "دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية، ط1، المكتبة العصرية لنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 53.
2 جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 02.
3 زيبان الشادلي، ماهية المنافسة في الجزائر، مداخلة في ملتقى وطني حول " قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قلمة، يومي 16 و 17 مارس 2015، ص 06.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بينما عرفه البعض الآخر على أنه: "مجموعة القواعد التشريعية والتنظيمية التي تهدف الى ضمان احترام مبدأ حرية التجارة والصناعة، وأن دوره يكمن خاصة في إلزام المؤسسات بالقيام بعملية التنافس أو تحملها"، في حين فضل البعض الآخر التمييز بين المفهومين لهذا القانون، أحدهما ضيق والآخر واسع، فوفق للمعنى الضيق يعرف قانون المنافسة على أنه: "مجموعة من القواعد تهدف إلى منع الممارسات المقيدة للعبة التنافسية كالاتفاقات أو الإستغلال التعسفي للوضع المهيمن"، أما وفقا للمعنى الواسع فيعرف على أنه: "مجموعة من القواعد القانونية التي تتولى تنظيم المنافسة بين الشركاء الإقتصاديين بشأن البحث والحفاظ على الزبائن"¹.

وما ينبغي التنبيه إليه، هو أن مسألة حماية المنتفعين لا يشكل الاهتمام الأول لقانون المنافسة، بقدر ما يهتم السير الكلي والحسن للسوق والبحث عن الفاعلية الاقتصادية.

ثانيا: تطور قانون المنافسة

ارتبط ظهور قانون المنافسة في الأنظمة القانونية عموما، بإنتهاج اقتصاد حر وكانت فيه المنافسة إحدى أهم مقوماته، ونتيجة لذلك لم يتوقع ظهوره- قانون المنافسة- في بعض دول العالم، بسبب اعتماد بعضها على المذهب الإشتراكي، وانعدمت فيها المبادرات الفردية واحتكار الدولة لنشاطات التوزيع والإنتاج والخدمات دون مزاحمة من كيانات اقتصادية خاصة، وهو ما شهدته الجزائر بعد الإستقلال، والتي تغير الوضع فيها بفعل الأزمة الاقتصادية في سنوات الثمانينات.

1- نشأة قانون المنافسة.

يرجع ظهور البوادر الأولى لقانون المنافسة، إلى نهاية القرن التاسع عشرة بالولايات المتحدة، التي كانت من أولى الدول التي سنت القوانين الوطنية لحماية المنافسة ومنع الممارسات الإحتكارية، ذلك أنه في عام 1890 صدر قانون شيرمان² SHURMAN ACT الذي كان له أثر واسع على تطور قانون المنافسة، إلا أن هذا القانون لم يحقق نتائج المرجوة³، الأمر الذي عجل بصدور قانون كلايتون⁴ CLAYTON ACT عام 1914، الذي يحظر اللجوء للأسعار التمييزية، وبمقتضاه صدر في

1 تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 15-16.

2 سمي قانون شيرمان على اسم مؤلفه، السيناتور جون شيرمان، وهو جمهوري من ولاية أوهايو، كان رئيس لجنة المالية في مجلس الشيوخ، أطلع على موقع ويكيبيديا، بتاريخ 21 أكتوبر 2022، على الساعة 10:00 صباحا، <http://ar.m.wikipedia.org>.

3 جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص 339.

4 سمي قانون كلايتون على اسم مؤلفه، النائب هنري دي لامار كلايتون، من ولاية ألاباما، قدم تشريعات لتنظيم سلوك الكيانات الضخمة، وأقر مجلس الشيوخ هذا القانون بأغلبية ساحقة في 05 يونيو 1914، ومجلس النواب في 08 أكتوبر من نفس السنة، ليصبح قانونا في 15 أكتوبر 1914، أطلع على موقع الموسوعة الاقتصادية، بتاريخ 21 أكتوبر 2022، على الساعة 10:00 صباحا، <http://economicdb.com>.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ذات السنة القانون المؤسس للجنة التجارة الفيدرالية الذي حظر اللجوء لأعمال المنافسة الغير المشروعة¹.

وقد أدى انهيار الإتحاد السوفياتي والنكبات الاقتصادية في التسعينات من القرن الماضي، إلى تجديد الاهتمام بهذا القانون حول العالم، واستغلت هذه الفرصة لترويج لقانون منع الإحتكار الأمريكي للدول، التي لم يكن قبل هذا تعمل وفق آليات السوق ومبادئه، أما في أوروبا فإن قانون المنافسة يعد أكثر حداثة على اعتبار أنه مترامن مع انشاء السوق الأوروبية المشتركة سنة 1958 بمقتضى اتفاقية روما لسنة 1957، وأن تأخر بالنسبة للقانون الفرنسي حتى تاريخ 01 ديسمبر 1986، والذي أشار فيه المشرع الفرنسي إلى أن حرية الأسعار تحدد من خلال قواعد لعبة المنافسة، وأن هذه الأخيرة لا يمكن أن يكون لها وجود أو معنى دون أن يرافقها مبدأ حرية الصناعة والتجارة².

أ- نشأة قانون المنافسة في التشريع الجزائري

لم تعرف الجزائر كغيرها من الدول المنتهجة للمذهب الإشتراكي قانون المنافسة إلا حديثا، على اعتبار أن اقتصادها آنذاك كان يقوم على السيطرة الكاملة لوسائل الإنتاج والتوزيع والخدمات من طرف الدولة، وهو الوضع الذي سرعان ما تغير بعد سنوات التسعينات، بسبب الإصلاحات الاقتصادية والتشريعية التي شهدتها الجزائر.

على أن مبدأ حرية المنافسة وفقا لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ليس مطلقا، إذ ترد عليه استثناءات وقيود متعددة، منها ما يرجع الى طبيعة الصفقة ومنها ما يتعلق بصلاحيات العروض وكفاءة أصحابها، ومنها ما تم تقريره في اطار حماية الاقتصاد الوطني بتفضيل المنتجات والمؤسسات الوطنية على غيرها.

وقد يظهر للجميع أن المنافسة لا يمكن الإخلال بها إلا في مرحلة دخول الصفقة العمومية إلى حيز التنفيذ، غير أنه يمكن أن تكون هنالك ممارسات وإجراءات تجعل من سوق الطلبات العمومية تحت رحمة المصلحة المتعاقدة، وذلك بحصولها على مقابل أو رغبة منها من احتكار بعض المؤسسات، التي لها منتج وحيد لا يمكن لمؤسسات أخرى توفيره أو تحوز على هذه الصفقة، فتظهر أهمية هذه المرحلة وأهمية تكريس المنافسة في مقتضيات المتعلقة بتوسيع نطاق المنافسة.

1 ساسان رشيد، خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة، مداخلة في ملتقى وطني حول " قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قالم، يومي 16 و 17 مارس 2015، ص 02.
2 بوزيدة صيرينة، قانون المنافسة لا أمن قانوني أم تصور جديد لأمن القانوني، مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالم، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016، ص 56.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبناء على ذلك، سنبحث في هذا الفصل قابلية قانون المنافسة للتطبيق في مجال الصفقات العمومية (المبحث الأول)، زيادة على مسألة تكريس حرية المنافسة يكون في جميع مراحل تحضير وإعداد شروط الصفقة العمومية (المبحث الثاني).

*المنافسة في ظل قانون المتعلق بالأسعار 12/89 .

لم يشر المشرع في أي قانون من القوانين الصادرة في ظل سريان دستور 1963 إلى تنظيم المنافسة، ومع تعديل الدستور في 22 نوفمبر 1976¹ تبني الجزائر النظام الإشتراكي القائم على توجيه السوق من طرف الدولة، فهي المنتج والموزع والمقدم للخدمات في آن واحد، وبالتالي غياب منتج آخر ينافس الإنتاج الوطني، وبذلك لم تعرف هذه المرحلة المنافسة اطلاقا في المجال الاقتصادي.

ونظر التطور الأحداث التي عاشها العالم خلال تلك الفترة وبوادر بروز النظام الليبرالي، تأثرت الجزائر كغيرها من الدول بهذا النظام، وكيفت منظومتها التشريعية مع هذه التحولات الاقتصادية الحاصلة، تجسدت ذلك أساسا في التعديل الدستوري في 23 فبراير 1989²، الذي حمل في طياته معالم نظام اقتصادي جديد القائم على مبدأ حرية المنافسة، حيث اعترف المشرع لأول مرة بالملكية الخاصة وجعلها حقا دستوريا³، وانهاء احتكار الدولة للتجارة الخارجية وادماج الخواص في تسير القطاع الاقتصادي، وموازة مع هذا التغيير الهام، صدر القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار⁴، الذي كرس مبدأ المنافسة بطريقة غير مباشرة، من خلال حرية الأسعار، التي أخضعت لنظامين متميزين هما: نظام أسعار مقننة ونظام أسعار مصرح بها⁵، وجعل هذا القانون نظام الأسعار المقننة كقاعدة عامة بما يتماشى والدستور لسنة 1989.

كما يمكن القول بأن المنافسة في هذه الفترة بقيت مجرد أحكام نظرية، بسبب عدم الإقرار الصريح لمبدأ حرية التجارة والصناعة الذي يعد أحد دعائم الاقتصاد الحر، أما الممارسات التي عرفت طريقا محتشما للتطبيق، فتتمثل في تنظيم العلاقات بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، مثل الإلتزام

1 دستور ج، د، ش، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

2 دستور، ج، د، ش، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ر، ج، العدد 09، لسنة 1989.

3 المادة 49، دستور، ج، د، ش، لسنة 1989.

4 القانون رقم 89-12، المؤرخ في 05 يوليو 1989، المتعلق بالأسعار، ج، ر، ج، العدد 29، المؤرخة في 19 يوليو 1989 (الملغى).

5 المادة 11، القانون رقم 89-12، المتعلق بالأسعار، سالف الذكر. (الملغى).

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بشهر الأسعار¹، احتباس المخزون² وغيرها، وهي الممارسات التي كانت تكيف على أنها ممارسات تجارية غير مشروعة.

*المنافسة في ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة

ظل العمل بالقانون رقم 12/89 المتعلق بالأسعار إلى سنة 1995، وهي السنة التي عرفت صدور الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة³، وهو أول قانون يجسد المنافسة بصفة صريحة⁴ ويكرس التوجه نحو نظام اقتصاد السوق، إذ تضمن هذا القانون مجموعة من المبادئ والأسس التي تقوم عليها المنافسة، على غرار حرية الأسعار ومبدأ عدم التمييز⁵، ومبدأ الشفافية والمنافسة بين الأعوان الإقتصاديين، وقد تزامن صدور هذا القانون مع تعديل الدستور في سنة 1996، الذي أعلن فيه صراحة عن تكريس المنافسة الحرة من خلال إقرار لمبدأ حرية التجارة والاستثمار⁶، وأكد عليه أيضا المشرع الجزائري في آخر تعديل دستوري في سنة 2020، بموجب إستفتاء 01 نوفمبر 2020 والذي فيه أصبحت المنافسة حقا دستوريا مكفول لكل مواطن⁷.

كما تضمن الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، أحكام تحظر الممارسات المنافية للمنافسة كالإتفاقات المحظورة والتعسف في وضعية الهيمنة على السوق وغيرها من الممارسات، وعرف هذا الأمر تعديلا بحيث تم تقسيمه إلى قسمين، الأول يتعلق بالمنافسة الصادر بموجب الأمر 03/03، والثاني يخص القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بموجب القانون 02/04.

*المنافسة في ظل الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة.

في سنة 2003 صدر الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، الذي ألغى القانون 95-06 جزئيا وأبقى بنظام حرية الأسعار كقاعدة عامة، وإستثناءا تحدد من الدولة بالنسبة لأسعار السلع التي تحمل طابع استراتيجي⁸.

1 المادة 29، القانون رقم 89-12، المتعلق بالأسعار، سالف الذكر. (الملغى).

2 المادة 37، من نفس القانون .

3 الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 22 فيفري 1995 (الملغى) .

4 المادة 01، من نفس الأمر .

5 المادتين 04 و07، من الأمر رقم 95-06، المتعلق بالمنافسة، سالف الذكر (الملغى).

6 نصت المادة 43، دستور ج، ج، د، ش، لسنة 1996، على أنه: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون"، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ج، ج، العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 .

7 نصت المادة 61، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، على أنه: "حرية التجارة والاستثمار والمقاوله مضمونة، وتمارس في إطار القانون"، ج، ج، ج، العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

8 للإطلاع على أنواع السلع والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار والهوامش المقننة تراجع النصوص الآتية:

م ت رقم 01-50، المؤرخ في 12 فبراير 2001، المتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموظب في أكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج، ج، ج، العدد 11، المؤرخة في 12 فبراير 2001، المعدل والمتمم ب م ت رقم 20-153، المؤرخ في 08 يوليو 2020، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كما تضمن حظر الممارسات التي من شأنها عرقلة حرية المنافسة على غرار الإتفاقات المحظورة والهيمنة على السوق وغيرها، إضافة لإدراجه أحكام تتعلق بالتجمعات الاقتصادية وتنظيمها وفق مبادئ المنافسة، وقد خضع الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة إلى تعديلين الأول في سنة 2008 والثاني في 2010¹، وبموجبها أصبح قانون المنافسة يشمل حتى الصفقات العمومية بإعتبارها مجال اقتصادي هام يستوجب الخضوع لقواعد المنافسة²، كما تضمن التعديل تغييرا في تشكيلة مجلس المنافسة، حيث رفع المشرع من عدد أعضائه إلى إثني (12) عشرة عضوا بعدما كان العدد تسعة (09) أعضاء، وبالرغم من أن التعديل يبدو طفيفا إلا أنه يعتبر تعديلا هاما.

البند الثاني: علاقة قانون المنافسة بالأشخاص العامة

قبل تحليل علاقة قانون المنافسة بالصفقات العمومية، لابد من التطرق في البداية التي التطور الذي مر به موضوع علاقة قانون المنافسة بالشخص العام، فقد كان القضاء الإداري في فرنسا في فترة ما، يرفض تطبيق قانون المنافسة على الشخص العام في حال إخلاله بقواعد المنافسة، والمرحلة التي أقر فيها هذا القضاء إدراج قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية.

أولا: استبعاد خضوع الشخص العام لقواعد المنافسة.

تمثل الأشخاص العموميون العمود الفقري للتنمية الاقتصادية، وزادت أهمية هذه الأخيرة بصفة خاصة مع تنامي الاتجاه نحو العولمة والاندماج في بنية الاقتصاد العالمي، وذلك لما شهدته الدول من تطور سريع لأشخاصها العامة، حيث أصبحت قدرة أي اقتصاد على المنافسة تقاس بمدى توافر واتساع شبكة الفاعلين الإقتصاديين العموميين وجودة وكفاءة خدماتهم.

ونظرا لما تتوفر عليه الأشخاص العمومية من إمكانيات ووسائل تقنية وقانونية، احتكرت حكومات الدول لسنوات طويلة النشاط الاقتصادي، وبالتالي شهدت بعض البلدان اعتمادا كبيرا على

=في 14 يونيو 2020،م ت رقم 96-132، المؤرخ في 13 أبريل 1996، المتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 14 أبريل 1996،م ت رقم 05-14، المؤرخ في 05 يناير 2005، المحدد لكيفيات تسعير الماء المستعمل في الفلاحة وكذا التعريفات المتعلقة به، ج، ج، ج، العدد 05، المؤرخة في 12 يناير 2005،م ت رقم 98-269، المؤرخ في 29 غشت 1998، المتضمن تحسين تعريفات نقل المسافرين الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج، ج، ج، العدد 65، المؤرخة في 02 سبتمبر 1998،م ت رقم 98-329، المؤرخ في 13 أكتوبر 1998، المتضمن تحسين تعريفات نقل البضائع الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج، ج، ج، العدد 77، المؤرخة في 14 أكتوبر 1998،م ت رقم 06-06، المؤرخ في 09 يناير 2006، المتضمن تحديد أسعار البيع عند دخول النفط الخام للمصفاة وأسعار البيع عند الخروج من المصفاة وحدود الربح عند التوزيع وأسعار بيع المنتجات البترولية المودعة للاستهلاك في السوق الوطنية، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 15 يناير 2006،م ت رقم 05-128، المؤرخ في 24 أبريل 2005، المتضمن تحديد أسعار البيع الداخلي للغاز الطبيعي، ج، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 24 أبريل 2005،م ت رقم 05-313، المؤرخ في 10 سبتمبر 2005، المحدد حد الربح عند التوزيع بالتجزئة وسعر البيع الغاز الطبيعي المضغوط كوقود، ج، ج، ج، العدد 62، المؤرخة في 11 سبتمبر 2005،م ت رقم 98-44، المؤرخ في أول نوفمبر 1998، المتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري، ج، ج، ج، العدد 05، المؤرخة في 04 فبراير 1998.
1 القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يوليو 2008، والقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، السالف ذكرهما.
2 المادة 02، من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

القطاع العام في لقيام بإنشاء مؤسسات اقتصادية، حيث قامت حكومات الدول النامية خلال عقدي الستينات والسبعينات بالسيطرة على القطاع الاقتصادي، من ناحية تملك المؤسسات الاقتصادية العمومية وتنظيمها وتسييرها وتمويلها، رغم أنه لا يمكن لنشاط الإداري للشخص العام من المساس بالمنافسة في السوق، فإن الاعتقاد السائد كان يرى أن تصرفات وقرارات السلطة العامة لا تؤثر في السوق، على اعتبار إنها خارج السوق وإنها سلطة تهتم بالدرجة الأولى بتنظيم المرافق العمومية، وأن مركزها لا يتجاوز حدود الطلب على الأموال والخدمات¹.

وقد استمر هذا الأمر من خلال عدم الاهتمام بتأثير تلك القرارات في الأسواق، رغم مجافاة ذلك للواقع وانكار للعدالة، لكون قرارات السلطة العامة يمكن أن تؤثر في مجريات الأمور في السوق، وفي هذا المقام رفض مجلس المنافسة الفرنسي مراقبة القرارات الإدارية التي تندرج في إطار امتيازات السلطة العامة، لكون الإدارة لا تعتبر متعاملا اقتصاديا²، كما رفض القضاء أيضا مراقبة قرارات أشخاص العامة على ضوء ما ينص عليه قانون المنافسة.

ثانيا: إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية

في السابق، كان لا يسمح بتطبيق قانون المنافسة على قرارات السلطة العامة، والسبب راجع لقيام المؤسسات بنشاط اقتصادي بالتحديد نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، حيث كانت السلطة العمومية بصفتها سلطة تنظيمية تعتبر خارجة عن مجال السوق، فهي في وضع المشتري العمومي للمواد والخدمات، وبالتالي كان يسود اعتقاد يقضي بأنه لا يمكن للسلطة أن تؤثر على المنافسة الحرة أو تقييدها أو بالأحرى ليس من صالحها القيام بتقييد المنافسة الحرة³.

1 كثر محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 87.
2 يعد أصل النزاع في قضية مدينة بامي VILLE DE PAMIER، إلى أن المجلس البلدي للمدينة، قرر إعادة تنظيم مرفق توزيع المياه في المدينة، وقرر من جهة أخرى فسخ عقد التسيير الذي كان يربطه بشركة "SAEDE" منذ 1924، وفي نفس الوقت ابرم عقد مع شركة "Lyonnaise des eaux"، فقامت مؤسسة المياه "SAEDE" بطلب تدخل مجلس المنافسة على أساس أنه وقع ضحية ممارسة منافسة، وطلبت منه والمعانة والغاء الاختيار الجديد، لكن مجلس المنافسة بتاريخ 1988/05/17 أعلن عن رفضه للإخطار، لكونه خارج عن مجال اختصاصه، مستندا على نص المادة 53 من قانون المنافسة الفرنسي، وأن العقد الذي أبرمته بلدية بامي PAMIER لا يعد انتاجا ولا توزيعا ولا خدمات، وإنما يندرج ضمن تدابير تنظيم المرفق، مما نتج عنه رفض الإختصاص من قبل المجلس، وعرض على القضاء بتاريخ 30 جوان 1988 ابن حكمت المحكمة باريس بإختصاصها للفصل في النزاع، معتمدة على معيار التأثير في السوق لتبرير تطبيق قانون المنافسة على الأشخاص العمومية، حيث قبلت المحكمة طلب شركة "SAEDE" مستندة في ذلك على نص المادة 07 من أمر 1986/12/01، إذ اعتبرت ان دعوة بلدية PAMIER لعدة مؤسسات متخصصة من أجل اختيار المؤسسة التي يعهد إليها بمهمة توزيع المياه، تجعل البلدية ممارسة لعملية التأثير في السوق، وحكمت بتوقيف اثر العقد لأنه لا يمكن للبلدية خرق قواعد المنافسة التي تطبق على الجميع، غير ان النزاع لم يقف عند هذه المرحلة، وطرح مرة أخرى على محكمة التنازع التي أصدرت حكمها بتاريخ 1989/06/06، الذي قضى برفض اختصاص مجلس المنافسة للفصل في النزاع، في حين اكدت على اختصاص القاضي الإداري، وحكمت بتوقيف اثر العقد لأنه لا يمكن للبلدية خرق قواعد المنافسة للفصل في مدى شرعية هذا التصرف، وأشارت إليه: "بن يسعد عذراء، مبدأ حظر الإتفاقات واعماله في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 01، العدد 45، جامعة قسنطينة، 01، الجزائر، 2016، ص 248.
3 جلال مسعد، مدى اخضاع الأشخاص المعنوية لقانون المنافسة، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص 144.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وكان يسود اعتقاد، يقضي بعدم اخضاع القرارات الإدارية لقواعد قانون المنافسة، ويترتب عن ذلك إثر خطير يتمثل في نفي مسؤولية السلطات العمومية في تقييد المنافسة، بالتالي عدم إمكانية مساءلتها على الآثار المقيدة للمنافسة التي تخلفها القرارات الإدارية، لكن تغيرت النظرة الى قرارات الإدارة، حيث أصبحت هذه الأخيرة ملزمة بتجنب دفع الأعوان الإقتصاديين إلى الإخلال بقواعد المنافسة السائدة في القانون الأوروبي، والذي مفاده أن السلطات العمومية يجب ألا تخل بقراراتها الأثر المفيد والنافع لقواعد المنافسة، وإلا كانت عرضة للمساءلة الإدارية على تقييدها للمنافسة، الشيء الذي يسمح بتوسيع نطاق تطبيق قانون المنافسة بطريق غير مباشر¹.

« L'effet utile des règles de concurrence consacre ainsi un principe d'opposabilité permettant par ricochet du droit de la concurrence aux actes administratifs ».

إلى جانب نظرية الآثار المفيدة لقواعد المنافسة، ظهرت نظرية أخرى وهي نظرية التعسف التلقائي في وضعية الهيمنة، التي كان لها الفضل في إبراز وكشف دور الإدارة في دفع الأعوان الإقتصاديين بواسطة قراراتها إلى ارتكاب الممارسات المنافية للمنافسة، بمقتضاها يمكن مراقبة الآثار الناجمة عن تصرف إداري²، وفيما إذا من شأن آثار هذا التصرف أن تؤدي تلقائيا إلى إيجاد وضعية الهيمنة على السوق لصالح عون اقتصادي، مما يسمح له بإستغلال تلك الوضعية تعسفا خلافا لقانون المنافسة، وقد دخلت هاتان النظريتان القانون الفرنسي عن طريق القاضي الإداري، الذي بمجرد أن تقبل فكرة نفاذ قانون المنافسة في مواجهة قرارات السلطات العمومية، حتى عمد إلى نزع الحصانة التي تتمتع بها اللوائح والتنظيمات العامة التي تخل بقانون المنافسة³.

والواقع أن إدراج قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية يرجع إلى عوامل كثيرة، منها ما كان سائدا في الماضي من عدم اهتمام الإدارة بقواعد المنافسة وإقتصار القاضي الإداري على المرفق العام، بتغليب الجوانب التي تهتم مستعملي المرفق، دون أن يتجاوز ذلك إلى الاهتمام بما يمكن أن يفرض عليه تنظيم المرفق من آثار تنعكس على المحيط الاقتصادي⁴.

1 جلال مسعد، المرجع السابق، ص 146.

2 تياب نادية، أحمية وهيبة، تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2021، ص 602.

3 كثر محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 88.

4 Nicinski Sophie , Droit public de la concurrence , L G D J, paris, France, 2004, p26.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ولذا كان لا بد من أخذ هذه المعطيات بعين الإعتبار وإعادة النظر في علاقات المرفق العام بمحيط التنافسي، وقد جاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية مليون وماريس **MILLION ET MARAIS** لوضع حد لمرحلة اتسمت بتجاهل الشخص العام، لما أن يترتب على أعماله من انعكاسات سلبية على قواعد السوق مسجلا بذلك مرحلة جديدة، وبعدها أن كان القضاء ينفي تطبيق قانون المنافسة على قرارات الشخص العام، فإنه في القضية الجديدة أصبح يعترف بخضوع تصرفات الأشخاص العمومية لقانون المنافسة، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن تقدير شرعية تصرف إداري ما، يمكن أن تتم بالرجوع إلى أحكام الأمر الصادر في 1986 والمتعلق بحرية الأسعار والمنافسة¹، ومن الواضح أن الجهة القضائية التي تتولى تطبيق القانون على الشخص العام هو القضاء الإداري، الذي له صلاحيات الفصل في المنازعات التي تثيرها القرارات التي تمس بالمنافسة الحرة.

الفرع الثاني: نطاق تدخل قانون المنافسة في الصفقات العمومية.

إن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية لا يثير الآن أي إشكال، وما يبين ذلك ما أقره المشرع الجزائري من تعديلات في قانون المنافسة، والتي توجت بصدور الأمر رقم 03/03، والذي أصبح بشكل رسمي يشمل ميدان الصفقات العمومية ضمن حدود معينة، بحيث يقتضي توافر مجموعة من الشروط المتعلقة بالأشخاص المعنية بتطبيق قانون المنافسة (البند الأول)، وكذا أصناف العقود الإدارية -الصفقة العمومية- التي يمكن أن تكون عرضة لممارسات منافية للمنافسة، إضافة إلى القيود التي نص عليها التشريع الجزائري من الناحية الزمنية والجغرافية لتدخل قانون المنافسة في هذا المجال (البند الثاني).

البند الأول: شروط تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية.

بالرجوع إلى نص المادة 02 من قانون المنافسة الجزائري، يلاحظ أنها اشترطت توافر صفات معينة في الأشخاص والنشاطات المعنية بذلك (أولا)، إضافة على اشتراطها الإطار الزمني والجغرافي المحدد (ثانيا).

أولا: الأشخاص والنشاطات المعنية بتدخل قانون المنافسة:

يتحدد نطاق تطبيق قانون المنافسة في مجال الطلبات العمومية، على معيار الممارسة من طرف القضاء الإداري على أشخاص القانون العام، التي تخر بالسير التنافسي لسوق الطلبات العمومية

1 Charbit Nicolas, Secteur public et droit de concurrence ,édit joly, paris ,France,1999, p24.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

(أولا) على أن قانون المنافسة الجزائري حدد نوعا معينا من العقود الإدارية ضمن مجال سريان أحكامه (ثانيا).

بالنظر لأحكام قانون المنافسة الجزائري يلاحظ أنه تطبيقه واسع، من حيث الأشخاص حيث يخضع لأحكامه كل من الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاص أو العام¹، على أساس أن جوهر المنافسة هو الحرية التي يتوقف نجاح ممارستها على حد كبير على مبدأ المساواة، فحتى يمكن ممارسة المنافسة بحرية، فإنه يجب ان يكون مختلف القائمين بالنشاط الاقتصادي على قدر المساواة، ودون تمييز عند التدخل في السوق²، وبذلك يعتبر كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة، نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات كمؤسسة معنية بإحترام قواعد المنافسة³.

1- المؤسسة الخاصة الممارسة لنشاط اقتصادي.

يقصد بالمؤسسة بأنها وحدة اقتصادية تقوم بمزج مجموعة من عوامل الإنتاج بغرض إيجاد سلع وخدمات موجهة لإستهلاك⁴، وقد اعتبر مجلس المنافسة الفرنسي أن الأشخاص الطبيعيين مثل جراحو الأسنان والمهندسين والأطباء والمحامين مؤسسات معنية بإحترام قواعد المنافسة⁵، إضافة للتجار والحرفيين وهو موقف تبناه أيضا المشرع الجزائري.

كما تحظر الممارسات المنافية للمنافسة على الشركات التجارية والمدنية والجمعيات المنظمات المهنية والنقابات العمالية وغيرها، ذلك أن العبرة بممارسة نشاط اقتصادي ولو بصفة ثانوية⁶، متى كان لنشاطها تأثير على سوق الخدمة أو السلعة، مثلما هو الأمر بالنسبة لقرار تنظيم نقابي بمقاطعة سلعة معينة أو خدمة، حيث قد يعتبر ذلك من الإتفاقات المحظورة، التي قد تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها من خلال التأثير على مستوى الطلب⁷.

إذن، يتحدد نطاق تطبيق قانون المنافسة بمعيار النشاط الاقتصادي، الذي أقرته المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وحصرته في مجال الإنتاج والتوزيع والخدمات،

1 المادة 02، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 محمد محمد عبد اللطيف، "الدستور والمنافسة"، مجلة الدستورية، العدد 13، السنة السادسة، المحكمة الدستورية العليا، القاهرة، مصر، 2008، ص 78.
3 تنص المادة 03، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة على أنه: "يقصد في مفهوم هذا الامر ما يأتي :.....- المؤسسة: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات دائمة الإنتاج أو الخدمات أو الإستيراد"، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 قانة الطاهر، علم الاقتصاد، ط1، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2020، ص 74.
5 محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية " دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 51.
6 المادة 02، من الامر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
7 قابية صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، أطروحة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1، 2017، ص 27.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بمعنى أن الأنشطة التي ليس لها تأثير على السوق محل الحماية، تخرج من دائرة اختصاص قانون المنافسة ومثال ذلك الأنشطة الاجتماعية المحضة.

وبالنسبة للمقصود بالأنشطة الاقتصادية، فقد عرّف المشرع الجزائري نشاط الإنتاج، من خلال القانون رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث نصت المادة 03، فقرة السابعة (07) منه على أنه: " يقصد في مفهوم أحكام هذا القانون ما يأتي:

-الإنتاج:

هو تلك العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركييب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه"، وبالتالي فالإنتاج هو عملية تحويل مواد أولية إلى مواد أو سلع نهائية جاهزة للبيع في السوق، أي تحويلها إلى سلع أو منتجات، هذه الأخيرة تشمل كل منقول ولو كان متصلا بعقار¹، لاسيما المنتجات الزراعية والصناعية وتربية الحيوانات والصناعات الغذائية والطاقة الكهربائية وغيرها²، فالهدف من النشاطات الإنتاجية هو الإستفادة من المواد الخام المتوافرة ومنتجات الصناعات الأخرى واستغلالها لإنتاج سلعة تامة الصنع.

أما التوزيع فيقصد به ذلك النشاط الذي من خلاله تنتقل المنتجات عبر قنوات قصيرة أو متوسطة أو طويلة لتزويد السوق بما يجب أن يتوفر عليه من منتجات و سلع³، أما الخدمات فهي ما يقدم من مساعدة في القيام بتقديم عمل أو في قضاء حاجة أو مصلحة لفائدة الزبائن⁴، ويشمل تقديم الخدمات نشاطات كثيرة ومتنوعة مثل خدمات النقل البري والبحري والجوي للسلع أو المسافرين، وخدمات الإيداع والحراسة وخدمات الإطعام والترفيه وغيرها.

وبذلك تعتبر الأشخاص الممارسة لنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات بصفة دائمة، مؤسسات مخاطبة بقواعد المنافسة⁵، وملزمة بإحترامها تحت طائلة تدخل مجلس المنافسة لردعها في حال إرتكابها لأي ممارسة منافية للمنافسة في سوق الطلبات العمومية، بإعتبار أن تأهيل المتعاملين

1 المادة 683، من الأمر رقم 75-58، المتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادة 140 مكرر، فقرة 02، من الأمر رقم 75-58، المتضمن قانون المدني، ويراجع أيضا المادة 02، المطبة 11، من القانون رقم 16-04، المؤرخ في 19 يونيو 2016، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 04-04، المتعلق بالتقييس، التي تنص على أنه: "المنتج: كل مادة أو مكون أو مركب أو جهاز أو نظام أو إجراء أو وظيفة أو طريقة أو خدمة"، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 22 يونيو 2016.

3 دليلة مختور بتطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة دكتوراة في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص 13.

4 السيد ديبوس مصطفى، بثمين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات "دراسة تحليلية"، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2019، ص 20.

5 المادة 02، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الإقتصاديين المشاركين في المنافسة لنيل الصفقات العمومية، هو بحد ذاته قرينة حاسمة على تخصص هذه المؤسسات في مجال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، فتندرج بالتالي الأعمال التي يتنافس عليها المتعاملون الإقتصاديون من أجل إنجازها لفائدة الإدارة العمومية، من إنجاز للأشغال أو تقديم خدمات التموين والدراسات وغيرها، ضمن الأنشطة الاقتصادية¹.

2- تكريس مبدأ المنافسة بالنسبة للصفقات التي تقوم بها الأشخاص العامة.

تشمل هذه الفئة الأشخاص العمومية الإقليمية، المتمثلة في الدولة والجماعات الإقليمية²، وأشخاص عمومية مرفقية مثل المؤسسات العمومية، فالدولة تشمل الإدارة المركزية الموجودة على مستوى العاصمة، أي مصالح رئاسة الجمهورية والوزارة الأولى (الحكومة) والوزارات، والمصالح الخارجية على مستوى الولايات³، في حين تتمثل الجماعات المحلية في الولاية والبلدية بهيئتهما المنصوص عليها قانونا، وبالنسبة للمؤسسات العمومية، فهي أسلوب من أساليب تسير المرفق العام، وقد عرفها الفقه بأنها: "كيان يتولى إدارة مرفق عام يتمتع بالشخصية المعنوية⁴، هذه الأخيرة يمكن أن تكون مؤسسات ذات طابع إداري تخضع للقانون الإداري تسند لها مهمة تسير المرافق العامة الإدارية⁵، والذي مازال ساري المفعول بالنسبة لهذا الصنف من المؤسسات⁶، أو مؤسسات عامة ذات طابع تجاري وصناعي تسند لها مهمة تسير المرافق العامة التجارية والصناعية⁷.

ويكون خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون المنافسة، متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 02 من الأمر رقم 03/03 هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا بد أن يكون النشاط الذي تمارسه تلك المؤسسات يدخل ضمن القطاعات المفتوحة للمنافسة⁸،

1 المادة 29، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.
2 تنص المادة 16، دستور ج، د، ش، لسنة 1996، على ما يلي: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية"، السالف الذكر.
3 بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2014، ص 45.
4 رابح وفاء، نظام التسيير بالأهداف في المؤسسات العامة "بين النظرية والتطبيق"، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2020، ص 35.
5 يراجع الموائد 1، 2، 3، من القانون رقم 88-01، المؤرخ في 13 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج، ح، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988.
6 من قبيل المؤسسات العمومية ذات طابع إداري في الجزائر، المستشفيات، حسب م ت رقم 07-140، المؤرخ في 19 ماي 2007، المتضمن انشاء المؤسسات العمومية الإقليمية والمستشفيات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج، ح، ج، العدد 33، المؤرخة في 20 ماي 2007، المعدل والمتمم ب م ت رقم 11-357، المؤرخ في 17 أكتوبر 2011، ج، ح، ج، العدد 57، المؤرخة في 19 أكتوبر 2011، زيادة على المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، مثل الجامعات حسب م ت رقم 05-299، المؤرخ في 16 غشت 2005، ج، ح، ج، العدد 58، المؤرخة في 25 غشت 2005، المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، حسب م ت رقم 11-396، المؤرخ في 24 نوفمبر 2011، ج، ح، ج، العدد 66، المؤرخة في 04 ديسمبر 2011.
7 مثالها في الجزائر: الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، وفقا م ت رقم 90-391، المؤرخ في 12 ماي 1990، ج، ح، ج، العدد 54، المؤرخة في 12 ديسمبر 1990، الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره AADL، حسب م ت رقم 91-148، المؤرخ في 01 ديسمبر 1991، ج، ح، ج، العدد 25، المؤرخة في 29 ماي 1991، المعدل والمتمم، بالم ت رقم 14-298، المؤرخ في 21 أكتوبر 2014، ج، ح، ج، العدد 63، المؤرخة في 22 أكتوبر 2014.
8 تنص المادة 02، من الأمر رقم 95-22، المؤرخ في 24 أوت 1995، المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، على أنه: "...هذا الأمر المؤسسات التابعة للقطاعات التنافسية التي تمارس نشاطاتها في القطاعات الآتية :
- الدراسة والإنجاز في مجالات البناء والأشغال العمومية وأشغال الري، الفندقية والسياحة، التجارة والتوزيع، الصناعات النسيجية والزراعية الغذائية، الصناعات تحويلية في المجالات الآتية : الميكانيكية، الكهربائية، الإلكترونية، الخشب ومشتقاته، الورق، الكيماوية، البلاستيكية، الجلود، نقل البري للمسافرين

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

أما المؤسسات العمومية الاقتصادية فهي مؤسسة تتمتع بالشخصية المعنوية، يتكون مجموع رأسمالها من الأموال العمومية تمارس نشاطا اقتصاديا، وتخضع لقواعد القانون التجاري من تنظيمها وأعمالها وأموالها.

وبذلك تتميز المؤسسة العمومية الاقتصادية عن الهيئات العمومية بصفتها أشخاص معنوية خاضعة للقانون العام ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية¹، ومن ثم يكون مجلس المنافسة مختصا بالنظر في الممارسات المناهية للمنافسة، التي تقوم بها المؤسسة العمومية الاقتصادية على غرار المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري²، وبالتالي تتساوى أشخاص قانون العام مع أشخاص القانون الخاص عند ممارسة النشاط الاقتصادي، متى كان يشمل الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، ويخرج عن ذلك متى استعملت امتيازات السلطة العامة.

ثانيا: العقود المعنية بتدخل قانون المنافسة

بالنظر لقانون المنافسة فإن امتداده إلى العقود الإدارية، قد اقتصر فقط على أسلوب فقط طلب العروض دون غيره من أساليب إبرام الصفقات، وهذا ما أشارت إليه المادة 02 من الأمر رقم 03/03 بالمتعلق بالمنافسة .

وبالرجوع للمادة 02 من قانون المنافسة، يتبين أن سريان هذا القانون يكون بالنسبة للصفقات التي تبرم عن طريق أسلوب " طلب العروض" بإعتبارها قاعدة عامة في الإبرام، وما التراضي إلا استثناء لهذه القاعدة³، وبعبارة أخرى أن إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية يكون بتقنية طلب العروض، مما يجعل أمر تطبيق قانون المنافسة محدودا، وبالتالي اقتصار إختصاص مجلس المنافسة على ردع الممارسات المناهية للمنافسة في طلبات العروض فقط، دون النظر في شكل تراضي بسيط أو التراضي بعد الإستشارة⁴.

=البيضائع،التأمينات،الصناعات الصغيرة والمتوسطة والمؤسسات المحلية الصغيرة والمتوسطة"، ج،ر، ج، ح، العدد 48، المؤرخة في 03 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم، ت رقم 97-12، المؤرخ في 19 مارس 1997، ج،ر، ج، ح، العدد 15، المؤرخة في 19 مارس 1997.

1 المادة 04، من الأمر رقم 95-22، المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، السالف الذكر .

2 في هذا الإطار، عرضت قضية على مجلس المنافسة، تخاصمت فيها كل من شركة أسترا ASTRA فرع شركة فيات FIAT، ومؤسسة أوناجو ONAGO، وتعلق الأمر بصفقة عمومية حصلت عليها شركة أسترا ASTRA من منطلق مقارنة أسعار العطاءات، وحيث أن لجنة الصفقات لدى مؤسسة أوناجو ONAGO اشترطت قبل التوقيع على عقد شراء المركبات الصناعية تسليم شركة أسترا لشهادة السلبية، بالمعنى الذي تنص عليه المادة 08، من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، و م ت رقم 05-175، المؤرخ في 12 ماي 2005، المحدد لطرق الحصول على شهادة السلبية الخاصة بالتقاهات ووضعية الهيمنة على السوق، رأى المجلس أن النصين المذكورين أعلاه لا ينطبقان على هذه الحالة (صفقة عمومية) وأن المتقدم الى عرض عمومي للعطاء لا يمكن أن يخضع الا لبنود وشروط دفتر الأعباء التي أعطيت له، فإن مجمع المجلس أعلن قانونيا، ان طلب شهادة السلبية من شركة أسترا ASTRA من مجلس المنافسة غير مؤسس قانونا"، يراجع في ذلك التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري، لسنة 2014، ص 47.

3 المادة 39، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

4 المادة 41، من نفس المرسوم .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وإذا سلمنا بإنعدام المنافسة في شكل التراضي البسيط ، فإن الأمر يختلف بخصوص التراضي بعد الإستشارة وبنفس دفتر الشروط¹، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض مما يدل ويؤكد على وجود مجال للتنافس ، كما يمكن أن يكون محلا للممارسات المنافية للمنافسة، بالرغم من أن درجة المنافسة في إجراء التراضي بعد الإستشارة لا يرقى لمستوى مثيلتها في إجراء طلب العروض ، إلا أن ذلك لا يبرر إعفاء هذا الأسلوب من الخضوع لقواعد المنافسة².

إضافة إلى أن المادة 06 من الأمر 03/03، المتعلق بالمنافسة ،تشير إلى حظر الممارسات التي بسببها يتم "السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"، وذلك دون أي تحديد لنوع الصفقة أو الأسلوب الذي تبرم به، أي لم يقتصر المشرع على الصفقة المبرمة بأسلوب المناقصة (طلب العروض)³، فمن غير المتوقع أن لا يحدث إتفاقات أو أعمال مدبرة أو تخفيض غير عادي في الأسعار تؤدي إلى خلق وضعية هيمنة مثلا في صفقات عمومية أبرمت بالتراضي ،لأن الحظر يكون في الممارسات التي تساعد على منح الصفقة أكثر من طريقة الإبرام ،وإن كانت هذه الطريقة إعتبرت في بعض الأحيان شكلا من أشكال التحايل ،إذا ما تمت المبالغة في استعمالها⁴.

البند الثاني: الإطار الزمني والجغرافي لتدخل قانون المنافسة.

نصت المادة 02 من الامر رقم 03/03،المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم ،على أنه : " تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي:.....الصفقات العمومية بدءا من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة" ، مما يمكن القول معه أن تطبيق قانون المنافسة زمنيا يكون في مرحلة إعداد الصفقة، بدءا من الإعلان طلب العروض إلى غاية المنح المؤقت للصفقة ،وبالتالي إستبعاد تطبيقه في مرحلة تنفيذها، ويظهر جليا أن شرط الزمن لسريان قانون المنافسة في الصفقات العمومية، يجعل الممارسات المنافية للمنافسة مرتبطة بالإجراءات التالية:

-الإعلان عن الصفقة، والذي يعتبر إجراء إلزامي في جميع أشكال طلب العروض، وفي التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء⁵.

1 شروط حسين،شرح قانون المنافسة على الأمر 03/03 ووفقا لقرار مجلس المنافسة،دار الهدى عين مليلة،الجزائر،2012،ص28.
2 المادة 52، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع،السالف الذكر.
3 رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية.....،المرجع السابق،ص60.
4 تعليمية الوزير الأول،رقم 334،المؤرخة في 13 ديسمبر 2014،الموجهة لأعضاء الحكومة وللتبليغ الى السادة الولاة،بخصوص الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط، (غير منشورة).
5 يراجع المواد 61،62،65،من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

-إيداع العروض ،وهي مرحلة تقديم العطاءات من طرف المتعاملين الإقتصاديين المرشحين للصفقة، والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المرشح القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه ويرتضى على أساسه إبرام العقد فيما لورست عليه الصفقة¹.

-فتح الأظرفة وتقييمها، وهي الإجراءات التي تختص بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وفقا للكيفيات المقررة قانونا².

-المنح المؤقت والإعلان عنه ،حيث لا يعتبر المرشح المختار حائزا للصفقة بصورة نهائية، إلا بعد إنقضاء مدة عشرة (10) أيام³، ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة.

-المنح النهائي للصفقة، والذي يكون بعد ممارسة لجان الرقابة الخارجية لمهامها من خلال التأشير أو رفض التأشير، ثم إسناد الصفقة للمتنافس بعد المصادقة عليها من طرف الجهات المحددة قانونا⁴.

وبالنتيجة، فإن إختصاص مجلس المنافسة أو القاضي الإداري من حيث الأشخاص يشمل المرشحين لطلب العروض والمصلحة المتعاقدة فقط دون المتعامل المتعاقد، كما يمكن الإستدلال بنص المادة 06 من قانون المنافسة، التي جاء فيها: " ..لاسيما عندما ترمي إلى : السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة"، فحسب هذه المادة فإن هذه الممارسات تقع في زمن قبل منح الصفقة، بالرغم من إحتمال ترتيب آثار بعديّة تكتشف أثناء تنفيذ الصفقة، بدليل ما نصت عليه المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بأن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لها أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، في حال ثبوت قيام صاحبه ببعض الممارسات التي تشكل تعسف في وضعية الهيمنة على السوق، أو قد يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت .

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم 01، ط5، دار جسر للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017، ص259.

2 يراجع المواد: 71، 72، 73، 74، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 82،، من نفس المرسوم.

4 المادة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر ..

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ويعتبر هذا الإجراء-إقتراح رفض العرض المقبول-دليل على الإحتراز والوقاية، بمفهوم المخالفة فإن قبول هذا العرض أثناء مرحلة التقييم من شأنه تعبيد الطريق أمام وجود الهيمنة كممارسة تبقى قائمة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة وتستوجب التصدي لها¹.

من هذا المنطلق، يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يقدم أي جديد فيما يخص تقييد الزمن الذي يحتمل أن تقع فيه الممارسات المنافسة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، بفترة تبدأ من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح المؤقت للصفقة، بل العكس من ذلك يمكن لهذا التقييد الزمني أن يسمح بإفلات جملة من الممارسات من رقابة مجلس المنافسة وحتى رقابة القاضي الإداري، لاسيما في مرحلة تحديد الحاجات.

وتماشيا مع ما تم ذكره، من أبرز الأهداف التي عني بها المشرع خلال تعديل قانون المنافسة في سنة 2008، هو منع الممارسات التي تخل بنزاهة وثقة الأعوان الإقتصادييين في مجال الصفقات العمومية سواء كانوا وطنيين أم أجنبيا²، لاسيما في ظل الإفتتاح الاقتصادي الذي تشهده الجزائر والإندماج الدولي الذي تسعى إليه.

بالرجوع للمادة 07 من الأمر رقم 03/03 من قانون المنافسة، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول بصفة صريحة لسوق الداخلية لتحديد الممارسات المنافسة للمنافسة، بل اكتفى بذكر كلمة السوق دون كلمة " الداخلية"³، لكنه في سبيل التصدي للاعتداءات الاقتصادية الممكن تنظيمها في الخارج، فقد تم تمديد السوق الجغرافية المعنية بوقوع الممارسات المنافسة للمنافسة، خصوصا الإستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، بعد توقيع الجزائر لإتفاق الشراكة مع المجموعة الأوروبية، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159، المؤرخ في 27 أبريل 2005، حيث أصبحت تشمل إقليم المجموعة الأوروبية أو جزء هام منه وإقليم الجزائر أو جزء هام منه⁴.

1 رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 67.
2 نصت المادة 38، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع،: " يمكن للمصلحة المتعاقدة من اجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها الى ابرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو المؤسسات الأجنبية"، كما تنص المادة 48 منه على أنه: "يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا...."، السالف الذكر.
3 على سبيل المقارنة، نص التشريع الأردني صراحة سريان قانون المنافسة حتى على الأنشطة التي خارج المملكة وترتب عليها اثار دخلها حيث نصت المادة 03 من قانون المنافسة، رقم 33، لسنة 2004 على أنه: " تسري أحكام هذا القانون على جميع الأنشطة الإنتاج والتجارة والخدمات في المملكة كما تنصرف احكامه إلى أي أنشطة اقتصادية تتم خارج المملكة وترتب عليها اثار دخلها"، الجريدة الرسمية، العدد 4673، المؤرخة في 01 سبتمبر 2004.
4 نصت المادة 41، فقرة "ب"، من المرسوم الرئاسي رقم 05-159، المتضمن التصديق على الإتفاق الأوروبي والدول الأعضاء فيها من جهة، الموقع بفالنسيا يوم 22 ابريل 2002، لاسيما الفصل الثاني منه الوارد تحت عنوان "المنافسة احكام اقتصادية أخرى"، وأكد ملاحقه من 01 الى 06 والبروتوكولات من 01 إلى 07 والوثيقة النهائية المرفقة به، على أنه " يتعارض مع السير الحسن لهذا الاتفاق، طالما أن من شأنه أن يؤثر على التبادلات بين المجموعة والجزائر، الإستغلال المفرط من طرف إحدى المؤسسات أو عدد منها، لوضعية مسيطرة على :
- كافة إقليم المجموعة او جزء هام منه،
- كافة إقليم الجزائر أو في جزء هام منه"، المؤرخ في 27 أبريل 2005، ج، ح، ج، ج، العدد 31، المؤرخة في 30 أبريل 2005.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ويتعلق الأمر هنا بالتمديد الجغرافي للسوق المعنية، وذلك نتيجة طبيعية ومنطقية للعولمة الاقتصادية التي يشهد العالم، والتي تهدف إلى إزالة الحواجز الجمركية لتسهيل عمل المؤسسات الأجنبية، ومن بينها سوق الطلبات العمومية، في هذه الحالة يكون مقر المؤسسة التي ارتكبت ممارسة منافسة للمنافسة غير مهم، طالما أن الآثار المقيدة للمنافسة ستسري إلى إقليم المجموعة الأوروبية أو في جزء هام منه، أو في إقليم الجزائر أو في جزء هام منه، خاصة وأن مثل هذه الممارسة من شأنها التأثير على التبادلات بين المجموعة والجزائر¹.

ولقد أكد الملحق رقم 05 للاتفاق الأوروبي المتوسطي المتعلق لكيفية تطبيق المادة 41، على أن اختصاصات سلطات المنافسة للطرفين لتسوية مثل هذه الحالات، حسب القواعد المتوفرة في قانون المنافسة الخاص بكل طرف، عندما تطبق هذه القواعد على مؤسسات تقع خارج إقليمها، والتي تكون لنشاطاتها تأثير على هاذين الإقليمين²، وبالتالي تختص السلطات في الجزائر بالنظر في الممارسات التي من شأنها الإضرار بالمنافسة الوطنية، ولو كان مركز المؤسسة المنسوب إليها تلك الممارسات يقع في دولة أخرى.

إذن، قد تكون حدود السوق الجغرافية بما فيها سوق الصفقات العمومية محددة بالإقليم الداخلي مقل السوق الوطنية الجزائرية والسوق الأوروبية المشتركة، حيث يقوم العارضون بطرح سلعهم وخدماتهم في هذه السوق، كما يمكن بموجب هذه الاتفاقات تمديد سعة السوق لتتعدى إقليم الجزائر والاتحاد الأوروبي فتشمل إقليم الدول المتفقة أو جزء هام منه³.

الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على تطبيق قانون المنافسة في الصفقات العمومية.

رغم التسليم بمبدأ تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، إلا ان هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه، انما يرد عليه بعض القيود والإستثناءات التي أوردتها المادة 02 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وتتمثل في الأساس في عدم إعاقة مهام المرفق العام، (البند الأول)، وعدم إعاقة ممارسة صلاحيات السلطة العامة (البند الثاني).

1 نصت المادة 41، المطة 03، من الملحق رقم 05، من الاتفاق الأوروبي المتوسطي المتعلق بكيفية تطبيق المادة 41، في فصله الأول، على أنه: "تهدف أحكام هذا الملحق الى ترقية التعاون والتنسيق بين الطرفين في تطبيق قانون المنافسة الخاص بكل طرف وذلك بهدف تفادي إعاقة أو إلغاء قيود المنافسة للآثار النافعة التي قد تنجم من التحرير التدريجي للتبادلات بين المجموعات الأوروبية والجزائر أو أن تلغيها".

2 الملحق رقم 05، الفقرة 02، من الاتفاق الأوروبي المتوسطي المتعلق بكيفية تطبيق المادة 41، في فصله الأول، نثت على أنه: "تترتب اختصاصات سلطات المنافسة للطرفين لتسوية هذه الحالات من القواعد المتوفرة في قانون المنافسة الخاص بكل طرف بما في ذلك عندما تطبق هذه القواعد على مؤسسات تقع خارج إقليميهما والتي لنشاطاتهما تأثير على هاذين الإقليمين".

3 غالبية قوسم، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراة في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 106.

البند الأول: عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة لأداء مهام المرفق العام.

لقد اعتبر المرفق العام الأساس الذي بواسطته يمكن للدولة تلبية حاجات وانشغالات الأفراد في جميع جوانب الحياة الاجتماعية والسياسية والإقتصادية¹، وتماشيا مع التطورات الحاصلة في مجال الإيديولوجي والإقتصادي، فقد استعاد المرفق العام مدلوله السياسي بحيث أصبح يغطي أغلب الأنشطة الخاضعة للدولة، وقد اشترطت المادة 02 من قانون المنافسة ان سريان القانون مرهون بعدم مساس بمهام المرفق العام والسير العادي له.

أولا: خضوع المرافق العامة لقواعد المنافسة.

يعد المرفق العام من المفاهيم الشائكة في القانون الإداري رغم الأهمية التي تكتسبها بإعتباره معيار للنظام الإداري، نظرا لإرتباطها بالكثير من المعطيات منها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة في الدولة، وقد عرف الفقيه دوجي " Duguit " المرفق العام على أنه: " تلك الأنشطة التي يجب أن تضمن وتضبط وتراقب من طرف الحكومة بسبب طبيعتها، والتي يمكن تحقيقها بتدخل كلي للدولة"².

إن انشاء المرفق العام يستهدف تحقيق المصلحة العامة، وهو المبدأ الأساسي الذي اتفق عليه أغلب الفقهاء، ويتجلى ذلك من خلال تسيير الأشخاص العمومية للمرافق العامة، زيادة على أن الجهة التي تقرر وجود الحاجات وتلبيتها هي السلطات العمومية، فلا يمكن القول بوجود مرفق عام إلا اذا كان يستهدف تحقيق النفع العام وهو الغرض الذي أنشئ من أجله، ألا وهو اشباع الحاجات العامة للأفراد.

إن المراقب لحالة التطور التي شهدتها الاقتصاد الوطني، يلاحظ بكل وضوح إخضاع المشرع الجزائري العديد من المرافق العمومية للضبط³، موزاة مع انفتاح الاقتصادي لعدة قطاعات على المنافسة، على غرار قطاع المياه⁴، والمحروقات⁵، والمناجم⁶ والتأمينات⁷، وذلك تطبيقا لمبدأ التكيف الذي

1 ارزليل الكاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، ص 11.

2 ضريفي نادية، تسيير المرفق العام والتحولت الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010، ص 04.

3 يراجع في هذا الشأن مثلا: القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 06 أوت 2000، المعدل والنتم، بالقانون رقم 21-2004، المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج، ر، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

4 القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج، ر، ج، ج، العدد 60، المؤرخة في 04 أوت 2005، المعدل والمتمم، بالأمر رقم 09-02، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 26 يوليو 2009.

5 القانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005، الملغى بالقانون رقم 19-13، المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المنظم لنشاطات المحروقات، ج، ر، ج، ج، العدد 79، المؤرخة في 22 ديسمبر 2019.

6 القانون رقم 14-05، المؤرخ في 24 فبراير 2014، المتضمن قانون المناجم، ج، ر، ج، ج، العدد 18، المؤرخة في 30 مارس 2014.

7 الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، ج، ر، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج، ر، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 18 مارس 2006.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

يعتبر من أهم المبادئ المنظمة للمرافق العامة، وبذلك أصبح انفتاح المرافق العامة على المنافسة الحرة وتعويض مبدأ عدم المنافسة، بالمساواة في المنافسة ضرورة لا مفر منها، على الرغم مما طرحته مسألة الخدمة العامة في أوروبا من جدل، على أساس ان تحرير سوق السلع أو الخدمات التي دعت اليه المنظمة العالمية للتجارة والإتحاد الأوروبي من شأنه أن يؤدي الى تفكيك المرفق العمومي، بداعي أن الخدمات والمرافق التي تسعى لتحقيق المنفعة العامة في أوروبا غالبا ما تكون عمومية، وتأخذ شكل المحتكر مما يشكل عائقا لهذا المسعى¹.

ثانيا: ضرورة الموازنة بين مهام المرفق العام وقواعد المنافسة.

إن الحديث عن اخضاع الخدمات العامة الى مبدأ المنافسة من شأنه أن يؤدي إلى علاقة تصادمية مع مفهوم المرفق العامة، مما يتطلب تفكيراً جادا حول الوسيلة الواجب اتباعها للتوفيق بين المنافسة وبين المنفعة العامة، التي تشكل الغاية الأساسية للمرفق العمومي.

وإذا كان القانون الإداري هو الذي ينظم السلطة العامة والمرافق العمومية، فإن أهدافه تتجه الى تحقيق المصلحة العامة التي يضعها القاضي الإداري نصب عينيه عند تطبيقه لقانون المرافق العامة، وتقوم الإدارة مثلما سلف بتسيير المرفق العام، إما بصفة مباشرة أو عن طريق تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية إلى اشخاص آخرين لمدة محددة في إطار عقود تفويض المرافق العامة².

وإذا كانت الإدارة ملزمة باحترام قواعد المنافسة عند إبرامها لتلك العقود، فإن المبتغى من تسيير المرفق العام، يبقى دائما تحقيق المصلحة العامة في جميع المجالات لتلبية حاجات المواطنين، ومن هنا يرى بعض الباحثين أنه لا يخلو الأمر من إمكانية التعارض بين قواعد المنافسة الحرة ومتطلبات تحقيق المصلحة العامة، كأن ترى الإدارة مثلا أن شركة معينة مؤهلة أكثر من غيرها للنهوض بالمرفق، بشكل لا يجوز معه أعمال المنافسة بين جميع الشركات المرشحة³.

وفي هذا الإطار ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قراره المؤرخ في 03 نوفمبر 1995، إلى وضع حدود للتطبيق الكامل لقواعد المنافسة الحرة، والذي اعتبر أن اشتراط تخصصات تقنية عالية عند اسناد صفقة عمومية من شأنه الحد من المنافسة بين المترشحين، لكنه أجاز ذلك التصرف معتبرا أنه يجد

1 قنان نهاد، المفهوم الأوروبي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، مذكرة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 36.
2 المادة 02، من م ت رقم 18-199، المؤرخ في 21 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 05 غشت 2018.
3 رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 77.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

تبريره في متطلبات المرفق العام، ويضيف ذات المجلس إلى أن سلطات الضبط يجب أن تسهر على أن تكون عرقلة المنافسة بفعل التدابير التي تتخذها، مبررة إزاء أهداف الإجراءات والقواعد التي تنظم الملصقات الإشهارية، وبالتالي فالقاضي الإداري لا يستند إلى أحكام الإتفاقات المشروعة التي يطبقها مجلس المنافسة، بل يأخذ بعين الإعتبار متطلبات المرافق العامة التي تصب في وعاء أشمل وهو المصلحة العامة¹.

خلاصة القول، أن ارتباط ضرورة الإصلاح الإداري للمرافق العامة مع متطلبات الفعالية القائمة على نوعية الخدمة العمومية، يستوجب اليوم في ظل الوضع الجديد للسوق انفتاح المرافق العامة على المنافسة، على أن يكون ذلك بصفة نسبية ومرتبطة بظروف ومحيط يسمحان بضمان الهدف الأساسي للقطاع المعني²، وفي حال وجود تنازع بين قواعد المنافسة وأداء مهام المرافق العامة، فإن القاضي الإداري يتدخل بإجراء موازنة بين المصالح المتعارضة لإيجاد حل عادل، وإذا رأى بأن تطبيق قانون المنافسة سيؤدي إلى إعاقة السير العام للمرفق العمومي فإنه يحكم بإستبعاده، لأن ضرورة تحقيق الصالح العام تقتضي تقييد حرية المنافسة، ولأنه يجب تغليب المصلحة العامة على أي شكل من أشكال المصالح الأخرى، وإن كان الأمر يقتضي استبعاد تطبيق قانون المنافسة³.

البند الثاني: عدم إعاقة تطبيق قانون المنافسة على ممارسة السلطة العامة.

إن تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية أصبح لا يثير أي اشكال، بعد ادخال قواعد المنافسة في مجال الشرعية الإدارية، لاسيما في مجال الصفقات العمومية، وهذا من أجل حماية مبدأ حماية المنافسة في جميع تعاقدات الإدارة، إلا أنه وبإعتبار أن العقود الإدارية عملا إداريا للشخص العام يدخل في إطار أداء مهام المرفق العام وممارسة السلطة العمومية، فإنه يطرح تساؤل حول المعيار الذي ينبغي اعتماده لتطبيق قانون المنافسة على الممارسات المخلة بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

لا شك أنه أمام حالات تعدد الإخلال بضوابط المنافسة في مجال الطلبات العمومية، لن يكون البحث عن مرتكز حاسم لهذا المعيار أمرا سهلا، غير أنه مهما تعددت مرتكزاته المحتملة فهي على الأرجح متأصلة من ضرورة التميز بين الممارسات بقرارات السلطة العامة والممارسات المنفصلة عنها.

1 رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص79.
2 المادة 01، من م ت رقم 03/2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالموصلات السلكية واللاسلكية، السالف الذكر .
3 جلال مسعد، مدى إخضاع الأشخاص المعنوية لقانون المنافسة، المرجع السابق، ص ص 155-157.

أولا: أعمال السلطة العامة غير المعنية بتطبيق قانون المنافسة.

يتعلق الأمر هنا، بالقرارات الصادرة عن الإدارة والمتصلة بممارسة صلاحيات السلطة العامة، حيث رفض مجلس المنافسة في الجزائر النظر في القرارات التي يتخذها الشخص العام في إطار السلطة العامة باعتبارها نشاط إداري، فتدخل الأشخاص العامة يكون بصفتها طالبا للخدمة وليس عارضا لها، مما يبعده من مجال اختصاص مجلس المنافسة الذي يختص فقط بمراقبة الممارسات التي يرتكبها الأعوان الإقتصاديين خلال ممارستهم للأنشطة الاقتصادية مهما كانت صفتهم، سواء كانوا في القطاع العام أو الخاص¹.

في هذا الإطار قضى مجلس المنافسة الجزائري في إحدى القضايا التي عرضت عليه، بعدم اختصاصه في المسائل المرتبطة بممارسة السلطة العامة طبقا للأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة(الملغى)، وذلك لأن قواعد المنصوص عليها في هذا القانون ينحصر تقيدها على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها التي يقوم بها الأشخاص العامة².

وفيما يتعلق بمعارضة الشروط التي تم في ظلها تطبيق قانون الصفقات العمومية، مما حال دون الاستفادة من الصفقة وتم منحها للمؤسسة أخرى، يرى المجلس أن مسألة تطبيق الأمر 95-06 لاسيما المادة 02 منه (الملغى)، على القرار الذي اتخذه ممثل الإدارة المتعاقدة بعد فتح الأظرفة، ومنح بموجبه الصفقة لأحد المتعهدين، يعتبر قرارا إداريا لا يخضع لمراقبة واختصاص المجلس، لأن هذا الأخير يتحدد أساسا بطبيعة الممارسات المرتكبة، التي يجب أن تكيف وفقا للمادتين 06 و 07 من قانون المنافسة، أي تشكل اتفاقات أو تعسف في وضعية الهيمنة، التي تعين بمناسبة ممارسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، ويضيف المجلس، بأن الأمر يتعلق بإختيار سلطة عامة لمؤسسة لإنجاز طلبات عمومية، بحيث تدخلت الإدارة على هذا الأساس بصفتها طالبة في سوق أشغال البناء، والنتيجة هي أن منح الصفقة لمؤسسة لا يعد فعل انتاج أو توزيع أو خدمات، وأن تطبيق أحكام المادة 02 من قانون المنافسة على الأشخاص العامة يتوقف على ممارستها للوظيفة الاقتصادية³.

¹ كثر محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 90.
² يراجع في هذا الشأن، قرار مجلس المنافسة رقم 99-02-ق، المؤرخ في 02 ماي 1998، بشأن إخطار قدم له من طرف ممثل مؤسسة الأشغال العمومية والبناء، بتاريخ 02 ماي 1998، بخصوص مدى تقييد الإجراءات المتخذة من طرف مديرية التشغيل والتكوين المهني لولاية أدرار بقواعد المنافسة، وذلك بمناسبة طلب العروض الصادر من طرفها من أجل إنجاز مركز للتكوين المهني بمنطقة "فنونغيل" و"تسايبيت"، بولاية أدرار، أشار إليهم : رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 93.
³ كثر محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 90.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ويعتبر هذا الموقف انعكاسا للأراء والقرارات التي صدرت عن مجلس المنافسة الفرنسي، الذي نجده يقضي أيضا بأن اختصاصه لا يشمل القرارات التي يتخذها أشخاص القانون العام، وأشخاص القانون الخاص المتمتعين بإمكانيات السلطة العامة قصد القيام بمهام تسيير مرفق عام، بصرف النظر عما إذا كانت هذه القرارات صادرة لنشاطات إنتاج أو التوزيع أو الخدمات¹، ولهذا فإن المحاكم الإدارية هي المخولة بالبت في المنازعات المتعلقة بقرارات السلطة العامة وما يتصل بها من ممارسات، وبالتالي استبعاد حق المتنافس المتضرر في اللجوء إلى مجلس المنافسة لإخطاره بعدم مراعاة المنافسة في إبرام الصفقة، ومن ثم لا يكون لهذا الأخير اختصاص إزاء كل ما يتعلق بتنظيم طلب العروض أو اختيار المتعاقد.

والملاحظ أن تحديد الطبيعة القانونية لهذه القرارات، من منطلق حرية صاحب المشروع في أن يختار لنفسه على غرار رأي مستهلك أو متعامل بسوق الأنشطة الاقتصادية، متأصل من مبدأ سلطان الإرادة الذي تتأسس عليه الإلتزامات التعاقدية المبرمة وفق منطق القانون الخاص، مما يصح القول بأن إبعاد القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات من دائرة اختصاص مجلس المنافسة مبني على علاقة مزدوجة، الجانب الأول ينصب على اتصاف قرارات السلطة العامة التي تتأى بها عن طبيعة الأنشطة الاقتصادية، بينما الجانب الثاني يرتبط بضرورة اعتبار الإدارة العامة تتمتع بحرية الإختيار والتعاقد، التي يتعين ضمان ممارستها لكل من يدخل سوق الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بهدف إنجاز حاجياته وفق الآليات المشروعة².

كما تعتبر الأنشطة الخاصة بإستخدام واستغلال الأموال العامة من قبيل القرارات التي تتخذها الإدارة وهي بصدد إدارة هذه الأموال، في حدود ما يخوله القانون لها من امتيازات السلطة العامة، وهو الأمر الذي يبعدها عن الخضوع لقواعد المنافسة، وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية Lys de France /A.D.P بأن: "القرارات التي تتخذها هيئة عامة بفسخ عقد او اتفاق يتعلق بمال عام

¹ Cons,Conc,Dec, n° 05-D-23,du 18 mai 2005,BOOCRF, « il est de jurisprudence constante que l'appréciation de la façon dont les personnes publiques organisent leurs appels d'offre ne relève pas la compétence du conseil de la concurrence mais de celle des juridictions administratives » .

أشار إليه : حماية المنافسة في الصفقات العمومية،المرجع السابق، ص 91.
2 رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المناهضة للمنافسة في الصفقات العمومية....،المرجع السابق،ص 84.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

على اثر تخلف الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته المالية ،أو برفض منح امتيازات الى شخص ما ،تعد قرارات يدير بواسطتها شخص من اشخاص القانون العام مهمة ادراه مال عام متمتعاً بامتيازات السلطة العامة¹.

هذا زيادة على الأنشطة التي تقوم بها بعض المؤسسات أو الهيئات المكلفة بإدارة بعض الأنظمة الإلزامية للضمان الاجتماعي، فهي ذات طبيعة اجتماعية بحثة ومجرد تماما من أي هدف ربحي، ومن ثم لا يكون نشاطا اقتصاديا² ولا يخضع لقواعد المنافسة كون أنه لا يؤدي إلى تبادلات في السوق المرجعية³.

ولنا في الأخير، أن نتساءل عن مجال تطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية، لأنه إذا كان مبررا عدم تطبيق قانون المنافسة من طرف المجلس على قرارات الإدارة صاحبة السلطة العامة ومجردة من صبغة الاقتصادية، فما هي الممارسات التي يمكن أن تدخل في مجال تطبيق قانون المنافسة، من دون عرقلتها لممارسة صلاحيات السلطة العامة؟.

ثانيا: سريان قانون المنافسة على الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة

يتعلق الأمر بالممارسات التي تخرج بطبيعتها عن قرارات السلطة العامة، مما يجعلها قابلة لأن تكون موضوعا للإجتجاج لدى مجلس المنافسة ،والسبب في ذلك يرجع إما لصدورها من المتنافسين وإما لصدورها من صاحب المشروع، دون مراعاة ما يترتب عنها من اخلال بالضوابط العامة للمنافسة، بشكل ينزع عنها الحصانة التي تتمتع بها قرارات السلطة العامة إزاء تدخل المنافسة⁴.

1 وهي القضية التي أيدت فيها محكمة النقض الفرنسية موقف محكمة استئناف باريس بإختصاص المحاكم الإدارية دون مجلس المنافسة، حيث قالت المحكمة النقض الفرنسية: "

" Attendu que la réalisation par un établissement public une convention d'occupation domaine public à la suite de non-paiement de redevance dont les taux est par ailleurs contesté ainsi que le refus opposé une demande de concession, constituent des décisions par lesquelles une personne public assure la mission de gestion du domaine public, qui lui est confiée, au moyen de prérogative de puissance publique, et relève que les conditions critiquées de fixation du niveau des redevances d'occupation temporaire du domaine public sont indissociable de la gestion du domaine, a statué à bon droit "

نقلا عن: زرقافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 84.

2 حسين الماحي، المرجع السابق، ص 117.

3 مثال ذلك اعتبار محكمة عدل المجموعة الأوروبية في قضية Poucet et Pistre، أن الهيئة المكلفة بتسيير مصلحة الضمان الاجتماعي ليست بمؤسسة وفقا للمواد 85 و86 من معاهدة عمل الإتحاد الأوروبي، تتلخص وقائع هذه القضية في رفض شخصان بديعان Poucet et Pistre تسوية اشتراكات الضمان الاجتماعي الناتجة عن صندوقين للضمان الاجتماعي في فرنسا، حيث ادعيا حرية التوجه الى اية وكالة ضمان على مستوى إقليم الإتحاد، وبعد طرح محكمة عدل المجموعة الأوروبية، استخلصت الأخيرة بأن " الأنظمة المعنية هي أنظمة إجبارية، وأنها تتبع " هدف اجتماعي " وتستجيب لـ"مبدأ التضامن"، وأن الأنظمة التي تهدف بالفعل الى ضمان الأشخاص جميعهم بتغطيتهم من مخاطر المرض، الشيخوخة، الموت، والإعاقة بغض النظر عن شروط ثروتهم وحالتهم الصحية وقت انخراطهم، تركز على نظام الإنخراط الإجباري، والذي لا يستغني عن تطبيق مبدأ التضامن وكذا التوازن الكالي امثل هذه الأنظمة، وبذلك فإن الهيئات التي تقوم بتسيير المرفق العام للضمان الاجتماعي تؤدي وظيفة ذات طابع اجتماعية محضة، وهو النشاط المؤسس بالفعل على مبدأ التضامن الوطني ولا يسعى لتحقيق هدف الربح"، وتستتبع بعد ذلك، بإشارتها الى أن " هذا النشاط ليس ينشاط اقتصادي، وبالتالي فإن الهيئات التي تتولى هذا النشاط لا تمثل مؤسسات وفقا للمادتين 85 و86 من المعاهدة المنشأة للمجموعة الأوروبية.

نقلا عن : زرقافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 85.

4 الجيلالي أمزيد، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، المرجع السابق، ص 96.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبالنسبة للممارسات الصادرة عن المتنافسين، فهي تخضع لأحكام الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، كون أن التأهيل القانوني والمهني للمتنافسين المشاركين في نيل الصفقة العمومية، هو في ذاته قرينة حاسمة على تخصصهم في مجال أنشطة الإنتاج والتوزيع والخدمات، ولا يختلف في ذلك أشخاص القانون الخاص عن أشخاص القانون العام¹، طالما أن لعبرة هنا ليست بالوضعية القانونية للمتنافسين، وإنما بكون الأعمال التي يتنافسون من أجل إنجازها لفائدة المصلحة المتعاقدة التي تندرج ضمن الأنشطة الاقتصادية، ونتيجة لذلك فإن لجوء المتنافس لمجلس المنافسة هو مسلك اجرائي مطابق لطبيعة المخاطر، التي قد تترتب عن اقدام المتنافسين على ممارسة اتفاقات منافية للمنافسة² أو التواطؤ المدبر، أو تأليف تجمعات فيما بينهم، وهي مخاطر تمثل مخالفة أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة .

فالمؤسسات المتضررة من الممارسات المنافية للمنافسة والتي شاركت في نيل الصفقات العمومية، تملك الحق في اللجوء الى مجلس المنافسة للدفاع عن حقوقها المترتبة عن النتائج السلبية لنظام اقتصاد السوق، فضبط هذا الأخير لا يكفي لضمانه وجود أجهزة خاصة، بل بتكامل عدة أطراف أخرى لها مصلحة بما فيها المؤسسات، أما عن ممارسات الإدارة العامة المنفصلة عن قرارات السلطة العامة، فيتعلق الأمر بالأعمال التي تكون خاضعة لقانون المنافسة رغم اتباع نظام الصفقات العمومية في اجازها³، وذلك باعتبارها أنشطة اقتصادية⁴.

1 نصت المادة 02، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، على أنه: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذه الأمر على ما يلي:..وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها"، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المواد 06، 07، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 تنص المادة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات: الدولة، الجامعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية للتشريع الذي يحكم للنشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية، وتدعى صلب النص " المصلحة المتعاقدة"، السالف الذكر.

4 في هذا الصدد، قضى مجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 22 ابريل 2009، بأن قيام المهنة للصيادلة *ordre des pharmaciens* - بوجيه مراسلة لدار المتعاقدين والمؤسسات الفلاحية بالتزود بالأدوية وغيرها من المستلزمات العلاجية من الصيادلة المجاورة لمقراتها في منطقة *Basse-Normandie* على حساب الصيدليات الأخرى رغم أسعارها التنافسية بأن هذه الرسالة تعتبر عملاً مديراً من شأنه تقييد المنافسة، ويمكن ان يترتب عنه تزييف المنافسة، لا سيما من خلال الحد من الدخول الى السوق وممارسة حرية المنافسة، ويؤدي الى تقسيم الأسواق ومصادر التمويل، وهي الأفعال المحظورة بموجب المادة L 420.1 من القانون التجاري الفرنسي، حيث درج المجلس بإختصاصه في متابعة هذه الممارسة، رغم دفع المنظمة المهنية للصيادلة بعدم اختصاص كونها مكلفة بأداء مهام المرفق العام ومزودة بإمتيازات السلطة العامة، لكن مجلس المنافسة وان كان يسلم بالحقيقة ويعتبر أنه ليس للمجلس أن يقرر في صحة قرارات هذه المنظمة، متى كانت ذات صبغة إدارية، على انه يجب ان يكون قرارها قد اتخذ ليس في إطار المرفق العام فحسب، وإنما إضافة الى ذلك يجل ان لا يشكل تدخلا في نشاط اقتصادي، وبالتالي رأى مجلس المنافسة أن مراسلة التي بعثت بها المنظمة الى المؤسسات المذكورة تعتبر تدخلا واضحا في نشاط خدماتي يكون بموجب ذلك مجلس المنافسة مختصا في نظر القضية بمقتضى المادة L 420.1 من القانون التجاري، المتعلقة بحظر الإتفاقات المقيدة للمنافسة"، أشار اليه: رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 87.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ويتحدد الطابع غير الاقتصادي لأعمال المشتري العمومي على أساس الاستعمال النهائي للأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات¹، فإذا أعيد عرض موضوع الصفقة على المستهلكين وفق أغراض تجارية، فإن قانون المنافسة يكون قابلا للتطبيق ويكون مجلس المنافسة مختصا بالفصل في المنازعات المتعلقة بقرارات وممارسات المشتري العمومي، بعد أن زال عنها امتياز السلطة العامة وذلك بسبب الغرض الاقتصادي الذي صاحبها.

وبالتالي فإن المعيار الذي يمكن تحديد ما إذا كان قانون المنافسة يطبق على المشتري العمومي أم لا، يكمن في معرفة هل هذا المشتري يتصرف بوصفة طالبا وسيطا أو طالبا اقتصاديا نهائيا، كون أن قانون المنافسة يقتصر تطبيقه على طالب الوسيط، وفي أغلب الحالات لا يمكن للشخص العام أن يكون إلا طالبا نهائيا لما اشتراه من الأموال والخدمات، ويتحقق ذلك عندما يمنح خدماته إلى الغير بعيدا عن الغرض التجاري، مثل منحة مستعملي المرفق العام، وفي تلك الحالة لا يمكن تطبيق قانون المنافسة².

إلا في حالة قيام المشتري العمومي بعرض المشتريات على المستهلكين بطريقة تجارية، ومثال ذلك صناعات شبكات النقل عبر السكك الحديدية والخدمات البريدية... وغيرها، بحيث لا يمكن أن تتوفر فيها، فكرة الطالب الاقتصادي النهائي لأن الشراء هنا يمكن فصله عن الغرض الاقتصادي أو التجاري للمشتري العمومي، والذي يتمثل في إعادة عرض خدمة ذات طابع اقتصادي³.

المطلب الثاني: الممارسات المقيدة لحرية المنافسة في الصفقات العمومية

من مقتضيات مبدأ حرية الاستثمار والتجارة، حظر كافة الاتفاقات التي تتم بين المؤسسات، والتي يكون من شأنها تغيير في البنية التنافسية للسوق، ونتيجة لذلك حرص المشرع على حظر كل ما من شأنه تقييد المنافسة، ومن ضمن ما منعه الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية. سنركز في دراستنا، على تحديد مفهوم الاتفاقات من خلال تعريفها (الفرع الأول)، كما سنتناول حظر التعسف في الهيمنة على السوق (الفرع الثاني)، وفي الأخير سنتطرق إلى تقييد المنافسة في الصفقات العمومية من خلال الأسعار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الإتفاقات المقيدة للمنافسة

إن موضوع الإتفاقات المحظورة يرتبط بشكل واسع بالأهداف الاقتصادية للدولة، إذ أن هناك دول تعتبر مثل الإتفاقات منافية للمنافسة في حد ذاتها أي أنها تعتمد على مبدأ الحظر المطلق، بينما هناك دول أخرى تعتمد على الحظر النسبي، بحيث تشترط توافر مجموعة من الشروط لكي يخضع

1 المادة 29، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمنت ص و ت م ع، السالف الذكر.
2 رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية...، المرجع السابق، ص 88.
3 كثر محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 94.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الاتفاق للحظر، مثلما هو الحال في التشريع الجزائري، الذي انتهج نفس منهج المشرع الفرنسي بإعتماده على مبدأ الحظر النسبي، حيث كرس معايير للتمييز بين الإتفاقات المشروعة والمحظورة¹، ولتوضيح ذلك ينبغي تعريف الإتفاق المقيد للمنافسة والشروط الواجب توافرها لقيام هذه الممارسة (البند الأول) مع الإشارة لبعض صور الإتفاقات المقيدة في مجال الصفقات العمومية (البند الثاني).

البند الأول: تعريف الإتفاقات المقيدة للمنافسة وشروطها قيامها.

تشكل الإتفاقات المقيدة للمنافسة أحد محاور العامة في القانون الاقتصادي بصفة عامة وقانون المنافسة بصفة خاصة، كما تعتبر من أهم المواضيع التي شغلت الدراسات الفقهية على الرغم من اختلاف المقصود بها فقها وقانونا، بحيث يهدف التشريع الى وضع تحديد دقيق لها، في حين يهدف الفقه الى اعتماد مبدأ الملائمة الاقتصادية، الا انها يشتركان في وضع إطار خاص لهذه الممارسة ووضع تعريف جامع لها، وعليه ينبغي توضيح المقصود بهذه الممارسة تشريعا وفقها.

أولا: تعريف الإتفاقات المقيدة للمنافسة

تجمع كل قوانين المنافسة على حظر الإتفاقات المقيدة للمنافسة، لأنها غالبا ما تؤدي إلى عرقلة والحد من الدخول إلى السوق، ولهذا تتوجه التشريعات إلى حماية المنافسة وتنميتها بين المتعاملين الإقتصاديين وذلك بمنع الإتفاقات، مما يستوجب علينا شرح وتحليل الاتفاق من خلال تعريفه من الناحية التشريعية والفقهية.

1-التعريف التشريعي:

نص المشرع الجزائري في قانون المنافسة² على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات الصريحة والضمنية عندما تهدف أو يمكن ان تهدف الى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الاخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لاسيما عندما ترمي إلى:

-الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،

-تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،

-اقتسام الأسواق أو مصادرة التموين،

-عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو

لانخفاضها، -تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من

منافع المنافسة،

1 ماجدة بوسعيد، الإتفاقات المحظورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 3، المجلد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، سبتمبر، 2018، ص 88.
2 المادة 06، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء يحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

-السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة.

يتضح لنا أن المشرع الجزائري لا يمنع التعاون وتنسيق الجهود بين المتعاملين الإقتصاديين، بغرض القيام بدراسات مشتركة وتبادل المعلومات والخبرات لتحسين الإنتاج والمردودية، إنما الذي يحظره هو الاتفاق أو التفاهم الصريح أو الضمني بين المتعاملين الإقتصاديين، الذين ينشطون في سوق معينة على تنسيق جهودها بغرض تنظيم المنافسة بينها¹، مثل الاتفاق على تحديد السعر لسلعة معينة أو خدمة معينة أو تقسيم الأسواق أو مصادرة التموين أو مقاطعة تاجر أو عون اقتصادي من أجل إقصائه من السوق.

أ-التعريف الفقهي:

على الرغم من اعتبار الاتفاقات الاقتصادية من أقدم مواضيع القانون الاقتصادي ومحور اهتمام الفقه منذ زمن بعيد، إلا ان الكثير منهم أشاروا في دراساتهم الى صعوبة وضع تعريف لهذا الشكل من الممارسة عند محاولتهم تعريف الاتفاقات تعريفا واضحا وفي هذا السياق يقول الفقيه "RIPERT"، أن الاتفاق يتخذ اشكالا مختلفة جدا، ولذا يتضح لنا جليا أنه من غير الممكن إيجاد تعريف قانوني دقيق، وإن فشل تعريف الاتفاق شيء في غاية الخطورة لأنه يجعل عملية تنظيمها تنظيميا محكما تقريبا مستحيلة².

« L'entente pouvant être réalisée par les procédés Les plus différents، il nous parait pas possible à l'heure actuelle de la faire rentre comme telle.dans une définition juridique précise....Cet échec dans la définition est extrêmement grave, il rend à peu près impossible une règlement étroite. »

وتعرفه الأستاذة "SELINSKY" على أنه: "تتشأنه عدة ارادات ترمي من خلاله الى وضع نظام جماعي للسلوك في السوق"، ويعرفه الأستاذ "GUDIN" على انه: "سعي إرادي من شأنه أن يضر بالمنافسة"³، وبالتالي يقصد بالاتفاقات المخالفة لأحكام المنافسة بوجه عام على أنه: "كل تنسيق في السلوك بين المشروعات أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، وأي كان الشكل الذي يتخذه هذا الاتفاق إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها ان تمنع أو من المنافسة"⁴.

1 محمد كريم طالب، الإتفاقات المتعلقة بالأسعار والمقيدة بالمنافسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد9، المجلد3، جامعة المسيلة، الجزائر، 2018، ص12.

2 جوزف أبو الباس، المؤسسة التجارية، ج1، دار بيروت للنشر، لبنان، 1983، ص175.

3 رقرافي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص94.

4 لارا عادل جبار الزندي، حماية المنافسة في قطاع الاتصالات 'دراسة مقارنة'، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص192.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ان مثل هذه التعريفات والدراسات ساهمت بصفة فعالة في مساعدة هيئات الرقابة، لاسيما مجلس المنافسة والهيئات القضائية المختصة في تحديد وتكييف الاتفاقات التي تدخل في مجال الحظر، كما يلاحظ ان كل من الفقه والتشريع يتفقان على ان تحقق الاتفاق المنافي للمنافسة، يشترط مجموعة من العناصر تعتبر شروط ضرورية لتشكيله مما يستوجب عرضه.

ثانيا: شروط قيام الاتفاقات المقيدة للمنافسة.

حتى يعتبر الاتفاق محظورا مقيدا للمنافسة، لا بد من توافر مجموعة من الشروط والتي تتمثل أساسا في وجود اتفاق بين الأعوان الإقتصاديين والإخلال بحرية المنافسة والعلاقة السببية بين الاتفاق والإخلال بحرية المنافسة¹.

1- وجود اتفاق بين المؤسسات المرشحة للصفقة:

ان التشريعات تتعامل مع الإتفاقات باعتبارها تصرفا اقتصاديا يتنافى قواعد المنافسة بغض النظر عن الاسم أو الشكل القانوني الذي يمكن ان يتخذه، لذلك لم يرد في أي تشريع تعريف محدد للإتفاق، إلا أن الفقه حاول من جهته تحديد ماهية هذا الأخير، فذهب البعض الى القول بأنه: "التعبير عن الإرادة المستقلة من طرف مجموعة من الأعوان الإقتصاديين، بهدف تبني خطة مشتركة تهدف الى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات"².

وحتى يدخل الاتفاق المقيد للمنافسة في نطاق تطبيق الحظر المنصوص عليه في قانون المنافسة، لا بد أن يكون هناك خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الإقتصاديين تهدف الى الإخلال بحرية المنافسة داخل سوق واحد للسلع والخدمات ولا يقوم هذا الاتفاق في غياب هذا الشرط³، لا بد ان تكون اطرافه ممن يمارس النشاط الاقتصادي، وممن يتمتع بالإستقلالية في اتخاذ قراراته الاقتصادية في السوق⁴، وليس بالضرورة أن يكون الاتفاق تعاقديا يولد التزامات متبادلة بين المتعاملين الإقتصاديين المعنيين، كما هو معروف في القانون المدني، وانما قد يكون في صورة ترتيبات ودية بين

1 انظر المادة 06، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 نبيل نصري، تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق التنافسية وحماية المستهلك، المجلد 52، العدد 04، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ص 120.
3 بلعيد بجيلالي، المرجع السابق، ص 59.

4 ZOUIAMIA Rachid, le régime des ententes en droit algérien de la concurrence, revue académique de le juridique, faculté de droit des science politiques, université de Bajaia, n°1, année 2012, p26.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الأطراف المتواطئة، تتمثل في مجرد تشاور بسيط او تبادل معلومات حول أسس الخطة المراد تبينها¹ أو حتى نشر معلومات من قبل احد المتعاملين بقصد تكريس شفافية مصطنعة في السوق. وبالنسبة للقائمين بالتشاور، فإنه مهما كانت طبيعتهما فلا تأثير لها حول الاتفاق، سواء تعلق الأمر بأشخاص معنوية أو بين اشخاص طبيعية، وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين تلك الاتفاقات، التي تخص الأعوان الاقتصاديين المتواجدين في نفس سوق الإنتاج والتسويق (اتفاقات افقية) وتلك التي تتم في مستويات مختلفة (اتفاقات عمودية).

أ- الإتفاقات الأفقية: Les accords horizontaux

يقصد بها الاتفاقات التي تتم بين مجموعة من المتعاملين مستقلين فيما بينهم- ليس ثمة رابطة تبعية بينهم- ويقومون بنشاط إقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في السوق²، مع العلم بأن حرية المنافسة في السوق، تقتضي الحفاظ على استقلالية قرار كل المتعاملين الاقتصاديين، سواء من حيث تحديد الأسعار أو الدخول في السوق أو الشروط العامة للبيع والتوزيع...الخ. ففي هذه الحالة، يتم تمويل السوق من طرف مؤسسات عديدة متواجدة على مستوى واحد كذلك التي تبيع مثلا سيارات من طراز متشابه، فبدل منافسة بعضها لبعض بإمكان صناع السيارات أو موزعيها تحديد الأسعار التي تضمن لهم الأرباح الأكثر ارتفاعا، فيتعلق الأمر هنا باتفاق أفقي، بحيث يتفق اعضاء المجموعة على توزيع السوق فيما بينهم واقصاء المؤسسات التي ليست طرفا فيه، وذلك بعرض سلعهم بأسعار رمزية بهدف إبعاد منافسيهم من السوق³.

ب- الإتفاقات العمودية: Les accords verticaux

يقصد بها الإتفاقات التي تجمع بين مشروعين أو أكثر ثقف كل منها على مستوى مختلف من العملية الاقتصادية، كالإتفاقات التي تعقد بين منتج لإحدى السلع من جهة وموزع السلعة من جهة أخرى أو بين منتج السلعة وعدة موزعين أو بين مجموعة من منتجين ومجموعة موزعين من جهة أخرى⁴، وإذا كانت الإتفاقات المكتوبة (الاتفاقات الصريحة) بمقتضى المادة 06 من قانون المنافسة، لا تطرح إشكالا بالنسبة لموضوع الإثبات في حالة التقييد الفعلي للحرية المنافسة-حتى ولو كان العقد

1 تيورس محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 221.

2 احمد عبد الرحمان الملحم، التقييد الأفقي للمنافسة مع التركيز على اتفاق تحديد الأسعار، مجلة الحقوق، العدد 04، جامعة الكويت، 1995، ص 38.

3 محمد تيورسي، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي"، المرجع السابق، ص 139.

4 معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص 139.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

صحيحا من الناحية القانونية- فإن الإتفاقات الضمنية تعد أكثر تعقيدا وصعبة الإثبات، لذلك يعتمد في هذه الحالة على ما توفر من قرائن ومؤشرات، تثبت في مجموعها وجود اتفاق محظور .

2-وجود إخلال الاتفاق المنافسة:

إن شرط إخلال بالمنافسة هو أهم ما يميز الاتفاقات المقيدة للمنافسة عن باقي الاتفاقات، التي يبرمها المتعاملون الاقتصاديون، لذلك ينبغي البحث عن الآثار التي يترتبها الإتفاق على حرية المنافسة سواء بالحد منها أو بإعاقتها أو بإخلال بها¹.

وبالتالي، يكفي لإعتبار اتفاق ما بأنه محظور، بمجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقة أو تقييد المنافسة الحرة وضرورة تحقيق الأهداف الغير المشروعة المناهضة للمنافسة، أما بالنسبة لآثر الاتفاق فيقصد به كل من الأثر المحقق وكذا المحتمل، خاصة مع العلم بأن المشرع قد استعمل عبارة "يمكن ان يهدف"، حيث أن تأثير الاتفاق سلبا على المنافسة بمنعها أو الحد منها أو بالإخلال بقواعدها قد يكون متوقعا ومحتملا فقط، وبالتالي فإن شرط الإخلال بحرية المنافسة يعد أساسيا لتكييف اتفاق ما بأنه ممنوع ومحظور²، لذلك فإن الإتفاقات التي لا تهدف الى المساس بقواعد المنافسة لا تشكل ممارسات منافية لحرية المنافسة، ولا تقع تحت طائلة المادة 06 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم³.

3-العلاقة السببية بين الاتفاق و الإخلال بالمنافسة:

يعد عامل وجود علاقة السببية بين محل الاتفاق ذاته والآثار الناتجة عنه، وبين منع المنافسة في سوق السلعة التي يتناولها الاتفاق شرط أساسيا وجوهريا⁴، بمعنى أن يكون الضرر الذي لحق بالمنافسة ناتج عن الاتفاق المبرم بين الأطراف المتواطئة المعنية⁵، ومن خلال هذا الشرط نستخلص بأنه يجب أن تكون علاقة السببية بين عملية التشاور والإتفاق التي تجري بين عدة اطراف وما ينتج عن هذه العملية من آثار سلبية على حرية المنافسة والمساس بقواعد حسن سير السوق، واشتراط هذه العلاقة يفرض على السلطة المكلفة بالرقابة ومتابعة الممارسات المعرّقة للمنافسة، دراسة الاتفاق

1 المادة 06، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
2 نبيل نصري، المركز القانوني لمجلس القانوني لمنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة ماجستير في لقانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية: 2003-2004، ص 69.
3 من أمثلة هذه الإتفاقات نخص بالذكر، تجمعات المؤسسات ومجموعات النقابات المهنية، التي تهدف الى تنظيم المهن وتبادل المعلومات التقنية والمعلومات المتعلقة بالتسيير.... الخ.
4 جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 71.
5 ليندة بلحارث، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، مجلة المعارف، المجلد 11، العدد 21، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 238.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وتحليل السوق اعتماد على ما يتوصل اليه من حصيلة اقتصادية على هذا السوق، فإذا لم تقم هذه العلاقة ولم يلحق الاتفاق ضررا بالسير الحسن للمنافسة فمن غير المعقول حظر هذا الاتفاق نظرا لما له من تأثير إيجابي على المنافسة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحظر الذي تخضع له الإتفاقات المحظورة وممارسات التعسف في وضعية الهيمنة في السوق، ليس حظرا مطلقا بل استثناءات أوردته المادة 09 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، بنصها على أنه: " لا تخضع لأحكام المادة 06 و 07 أعلاه، الإتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له، يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها انها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا يستفيد من هذا الحكم سوى الإتفاقات والممارسة التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة".

وبالتالي فإن التعسف في وضعية الهيمنة مثل الإتفاقات لا يكون محظورا في حالتين هما:

-الحالة الناتجة عن تطبيق نص أو تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له.

-الحالة الناتجة عن التطور الاقتصادي أو التقني أو المساهمة في تحسين التشغيل أو السماح

للمؤسسات الصغيرة أو المتوسطة بتعزيز وضعيتها في السوق الذي يمكن ان نتيجة تلك الممارسات.

كما تستثنى أيضا من الحظر التجمعات الاقتصادية، التي تفوق حد 40 % من المبيعات أو

المشتريات المنجزة في سوق معينة التي يمكن الترخيص بها من مجلس المنافسة¹.

وإذا لاحظ هذا الأخير- مجلس المنافسة -عدم وجود داع لتدخله بخصوص الممارسات

المنصوص عليها في المادتين 06 و 07 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم،

فإنه يسلم تصريحاً بعدم التدخل بناء على طلب موقع ومؤرخ من طرف المؤسسة المعنية بالاتفاق

ويكون سابقا لدخوله حيز التنفيذ²، كما يمكن الحصول عليه بعد دراسة المجلس، على أن بعض الفقه

يفضل الترخيص السابق لحصول الاتفاق، للأخذ بعين الإعتبار مصلحة المتنافسين³.

1 المادتين 18 و 20، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 تنص المادة 08، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، على أنه: " يمكن ان يلاحظ مجلس المنافسة بناء على طلب المؤسسات المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له، إن اتفاقا ما أو عملا مديرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و 7 أعلاه لا تستدعي تدخله"، السالف الذكر.
3 محمد دمانة، مريم الحاسي، تبرير الإتفاقات المقيدة للمنافسة وفقا للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، العدد 02، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2015، ص 63

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ويسعى المتعامل الاقتصادي من وراء طلب التصريح بعد التدخل امام مجلس المنافسة الى التأكد من أن الممارسة أو الممارسات التي يرغب في القيام بها وهو في وضعية هيمنة، وان كانت تؤثر على المنافسة فإن ذلك ليس بدرجة يستدعي تدخل هذا الأخير¹ والشيء يقال عن الإتفاقات، لذلك اعتبر التصريح بعد التدخل إجراء وقائي ووسيلة قانونية يضبط بها مجلس المنافسة سلوك المتعاملين الاقتصاديين مع منحهم أمن قانوني بتقرير سلامة ممارستهم²، وبالتالي فإن وضعية الهيمنة التي تقترن بمظاهر التعسف تنقلب الى ممارسات مقيدة للمنافسة مثلها مثل الاتفاقات.

البند الثاني: صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية

تؤدي الإتفاقات المحظورة بين المؤسسات المرشحة للفوز بالصفقة العمومية الى اضعاف حرية المنافسة، وفي بعض الحالات الى اقصاء بعض المؤسسات، وتتخذ تلك الاتفاقات عدة اشكال أوردها المشرع الجزائري في قانون المنافسة على سبيل المثال لا الحصر³.

ورجوعا لاجتهادات مجلس المنافسة الجزائري، نجدها قليلة وشحيحة ان لم نقل منعدمة، مما يتحتم علينا الإستئناس بما توصل اليه القانون المقارن من اجتهادات عند النظر في مثل هذه الممارسات، بحيث نجد تطبيقات عديدة للإتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، نورد نماذج منها:

أولا: تبادل المعلومات : Les Echanges D'informations

عرفت محكمة العدل الأوروبية في حكمها المؤرخ في 16 ديسمبر 1976، التنسيق بقولها: "إن مفهوم التنسيق **Action Concertée** وهو شكل من أشكال التطابق بين المؤسسات الأطراف في ذلك التنسيق، يؤدي إلى حدوث تعاون بين تلك المشروعات ويمثل تحديا للمنافسة دون أن يصل هذا التوافق الى حد ابرام العقد، والاتفاقية بالمعنى القانوني لها"⁴.

ونخلص من ذلك إلى أن التنسيق في السلوك بين المؤسسات يشكل اتفاقا منافيا للمنافسة بين المؤسسات، في حال ثبوت وجود تنسيق أثناء تقديمها لعروض في الصفقة العمومية، خصوصا من خلال تبادل المعلومات بين المترشحين حول محتوى هذه العروض قبل ايداعها، أو الحصول على هذه

1 المادة 02، من م ت رقم 05-175، المؤرخ في 12 مايو 2005، المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج، ح، ج، العدد 35، المؤرخة في 15 مايو 2005.

2 غالبية عماري، التصريح بعد التدخل لضبط السوق، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2006، ص 338.

3 يراجع الفقرات 04، 03، 02، 01، من المادة 06، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الإتفاقات المقيدة للمنافسة، المرجع السابق، ص 30.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

المعلومات من موظفي المصلحة المتعاقدة¹، بغية تقاسم الصفقات بينهم جغرافيا أو زمنيا بهدف تحقيق أرباح غير مشروعة ما كان لهم ان يحققوها لو أنهم التزموا بمبادئ المنافسة الحرة التي تفترض استقلالية العروض وسريتها².

وتتعدد المعلومات الممكن تبادلها بين المؤسسات الراغبة في الفوز بالصفقة، فلا تعد محظورة بموجب قانون المنافسة إلا إذا كان الهدف منها تقاسم الطلب العمومي عن طريق التغيرير بالمصلحة المتعاقدة حول مدى توافر المنافسة الحرة في السوق، وأن يتم تبادلها قبل تقديم العروض دون ضرورة الوقوف عند حصول الأطراف المتواطئة على الصفقة أو على جزء منها لمتابعة ممارساتهم وردعها. وفي هذا الشأن أشار مجلس المنافسة الفرنسي لمبدأ هام مقتضاه أنه: "يعد ضارا بقواعد المنافسة الحرة أي اتفاق في موضوع المناقصات أو المزيادات يأخذ - بصفة خاصة - شكل التنسيق بين العروض أو تبادل المعلومات بين المؤسسات، فيما يتعلق بوجود منافسين وأسمائهم وحجم مشروعاتهم ومدى مصلحتهم في الصفقة المعنية والأسعار المقدمة، متى كان ذلك الاتفاق قبل التاريخ المحدد لمعرفة نتيجة البث في المناقصات أو المزيادات³.

1- محتوى وزمن المعلومات المتبادلة :

يختلف محتوى المعلومات المتبادلة بين الأطراف، إذ يمكن أن تشمل عدد المشاركين والوسائل المادية والبشرية التي تحوزها⁴، وفي هذا الشأن أشار مجلس المنافسة الفرنسي إلى المعلومات التي يمكن تبادلها في إطار الصفقات العمومية، والتي تدور حول وجود المترشحين وأسمائهم وأميتهم وحجم المصلحة المرجوة من وراء الصفقة المعنية والسعر المقترح، واعتبرها معلومات من شأنها أن تؤدي إلى الحد من درجة المنافسة بين المؤسسات وتقييد الضغط التنافسي الذي ينبغي أن يسود عند ابرام الصفقات العمومية، وبالتالي تعد سلوكيات تأخذ الوصف القانوني للإتفاقات المحظورة ضمن قانون

1 تنص المادة 80، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في اجراء طلب العروض ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في احكام هذه المرسوم فقط"، السالف الذكر.

2 يراجع قرار مجلس المنافسة التونسي، المؤرخ في 16 ديسمبر 2004، التقرير السنوي، العدد 08، سنة 2004، الذي جاء فيه: "يتخذ التواطؤ بين المؤسسات الاقتصادية في مادة الصفقات العمومية أشكالاً مختلفة ويتجلى في مظاهر متعددة كتتنسيق العروض أو تبادل المعلومات، بغرض تقاسم الصفقات بينها، جغرافيا أو زمنيا او بغية فرض اثمان مشطبة على الإدارة بهدف تحقيق أرباح غير مشروعة ما كان لها ان تحققها لو انها التزمت بمبادئ المنافسة الحرة التي تفترض استقلالية العروض وسريتها"، منشور على موقع مجلس المنافسة التونسي، http://www.cct.gov.tn/?page_id=1442، اطلع عليه بتاريخ 07/09/2022، على الساعة 10:00 مساء.

3 حسين الماحي، المرجع السابق، ص 60.

4 محمد زكرياء رقرافي، الإتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني حول "حرية المنافسة بين دسترة المبادرة ومتطلبات الضبط"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، بالشراكة مع مديرية التجارة والصناعة لولاية البويرة جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، يوم 13 نوفمبر 2018، ص 07.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

المنافسة¹، ولا يمكن الدفع بأن الاتفاق لم يشمل إلا جزء من العرض، أو بان العرض المالي المقترح بعد مشاركة صاحبه في تبادل المعلومات قبل إيداع العروض، كان اقل من التقدير الإداري للإدارة المتعاقدة².

وحتى يعتبر اتفاقا منافيا للمنافسة، لا بد ان يكون نافيا للجهالة التي ينبغي ان تتوفر لدى كل مترشح، بحيث تصبح الضمان لشفافية الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، كما تجسد حرية واستقلالية المتنافسين، إذ يعد هذا الجهل أو عدم اليقين الدافع الوحيد للمترشحين من أجل بذل أقصى جهودهم في سبيل الحصول على الصفقة³.

يرى الأستاذ Guèzou أن زمن تبادل المعلومات هام لتكييفها على أنها مخلة بالمنافسة، ويعتبر أن التبادل قبل إبرام العقد يبقى دائما مضرا لأنه يدفع بالمؤسسات إلى أن تتحالف ضد منافسيها عوض أن تتجر عروضها وفقا لقدراتها وامكانياتها⁴، ولكن في المقابل ذلك لا شيء سيضمن أن تبادل المعلومات اللاحقة لتقديم العروض لا يساعد على اعداد العطاءات التي تطلبها المصلحة المتعاقدة لاحقا، والإطلاع على تلك التي تم ايداعها من طرف المتنافسين، والتي تمكن من معرفة عدة مسائل كتقدير درجة المنافسة في السوق، زيادة على الإطلاع على المعايير التي اعتمدت في انتقاء افضل عرض من حيث السعر والجودة، وهي المعلومات التي من شأنها المساهمة في حمل المؤسسات في الرغبة في الحصول على الصفقة على التواطؤ فيما بينها لإقصاء غيرها من المتنافسين والتفرد بالطلب العمومي.

وإذا كان التبادل البسيط للمعلومات يعد الشكل الغالب للاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإن الممارسة العملية لمجلس المنافسة الفرنسي قد كشفت عن العديد من الأشكال الأخرى، التي يمكن ان تتخذ في مجال الصفقات العمومية كعروض التغطية مثلا⁵.

ثانيا: عروض التغطية: les offers de couvertures

تعتبر عروض التغطية من أكثر الطرق استخداما عند القيام بالتخطيط لتنسيق العروض، تحدث عندما يوافق المتنافس على تقديم عرضه يتضمن إما سعر أعلى من سعر العرض المقدم من قبل

1 إلهام بوحلايس، المرجع السابق، ص 237.

2 محمد زكرياء رقرقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية.....، المرجع السابق، ص 107.

3 Rachid ZOUIAMIA, le droit de la concurrence, belkeise, Alger, 2011, p 79 .

4 Olivier Guèzou, « Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics », revue DMP, Editions le Moniteur, paris, France, 2006, p 16.

5 إلهام بوحلايس، المرجع السابق، ص 238.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الفائز بالصفقة مسبقا من طرف المترشحين، مقابل دفع مبالغ مالية من قبل صاحب العطاء الفائز إلى من تواطؤا معه، أو يقوم المتعهد بتقديم عرضا مبالغيا فيه ومن المتوقع ألا يقبل من طرف المصلحة المتعاقدة، أو أن يتضمن عرض المتعهد شروطا خاصة غير مقبولة بالنسبة لصاحب المشروع، ويصم عرضا للتغطية ليوحي ظاهريا بأن هناك منافسة حقيقية¹، وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 06، من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بقولها: "تحظر الممارسات والاعمال المدبرة والإتفاقات والإتفاقات الصريحة أو الضمنية...عندما ترمي الى : السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

إن الإثبات لمثل هذه الإتفاقات لا يستلزم وجود عقد أو أي شكل محدد، وإنما يمكن اثباته بالاستناد إلى السلوكيات والأساليب التي تتبعها المؤسسات المتواطئة، فالإتفاق يمكن اثباته من الوسيلة التي تتبع في ابرام الصفقات، وفي هذا الشأن قررت المحكمة العليا الأمريكية: "بأن اثبات مجرد المخالفة، لا يستلزم وجود عقد أو أي شكل محدد، وإنما يمكن اثباته استنادا للسلوكيات التي يتبعها المتهمون، فالإتفاق يمكن اثباته من الوسيلة التي تتبع ابرام الصفقات"².

والهدف المرجو من تقديم عروض التغطية هو ان يظهر المتعهد الذي وقع الاتفاق على تمكينه من الفوز بالصفقة، في صورة العرض الأفضل من حيث السعر والجودة، مقارنة مع بقية العارضين الذين قدموا عروض مالية مرتفعة، وهو ما يوهم لمصلحة المتعاقدة على أنه أقل عرض، فينتج عن ذلك إقصاء عروض بقية المؤسسات المتواطئة وفوز تلك المعنية مسبقا، مقابل حصول المؤسسات التي لم تفز في المنافسة على جزء الصفقة في اطار مناولة، أو الانتفاع بالتناوب بنفس الأسلوب في العروض اللاحقة.

ومن تم، يمكن القول أنه يمكن القضاء على العروض التغطية من خلال توافر عدد كاف من مقدمي العروض الموثوق في مصداقيتهم، وتسهيل المشاركة في المنافسة بتقليل تكلفة تقديم العطاءات والسماح للمؤسسات الصغيرة بالمشاركة، حتى مع عدم تمكنها من التقدم بعطاء كامل، وتفعيل استخدام النظام الإلكتروني في تقديم العروض .

1 محمد الصالح تامر، الحماية الجنائية للحق في المنافسة "دراسة مقارنة"، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص77.
2 بن يسعد عذراء، سلطة مجلس المنافسة في ضبط الإتفاقات المقيدة للمنافسة، المرجع السابق، ص 32.

الفرع الثاني: حظر التعسف في الهيمنة على السوق.

ظهر مبدأ منع الإستغلال التعسفي للوضع المهيمن في الولايات المتحدة الأمريكية، وبالضبط إلى قانون المنافسة الأمريكي لسنة 1880، أين عرفت هذه الفترة موجة من الاحتكارات الصناعية التي أحدثتها عمالقة شركات البترول والحديد ومن اجل تحقيق الربح السريع، حيث أقدمت هذه الشركات على ارتكاب ممارسات مقيدة للتجارة في السوق، فظهر قانون شيرمان سنة 1890، يقضي بمنع ممارسة التعسف في استخدام وضعية الهيمنة على السوق¹.

ولتقدير ما إذا كان العون الاقتصادي² متعسفا في وضعية الهيمنة، يجب بداية تحديد مفهوم وضعية الهيمنة على السوق (أولا) ومعرفة معايير تقديرها (ثانيا) قبل الخوض في الممارسات المحظورة ذاتها أي الاستغلال التعسفي للهيمنة.

البند الأول : مفهوم التعسف في الهيمنة على السوق.

عرف مفهوم وضعية الهيمنة تطورا اقترن بتطور تشريعات المنافسة الحديثة، ولتبيان ذلك ينبغي التطرق لتعريف الهيمنة .

أولا: تعريف وضعية الهيمنة.

لا تتضمن الهيمنة الاقتصادية مفهوم قانوني خاص، بل هي عبارة نابعة من القاموس الاقتصادي والذي مفاده التحكم، في الحصول على وضعية مهمة في السوق³، حيث تمكن هذه الأخيرة صاحبها من عدم الإكثارات إلى الضغوط التنافسية، بل عكس ذلك قد تدفع المتنافسين إلى الامتثال لها، كما تلك القوة الاقتصادية والتي تحصل عليها مؤسسة وتتيح لها سلطة التخلص من منافسة مؤسسات أخرى موجودة في السوق نفسها⁴، ويعرفها البعض الآخر من الفقه على أنها: "سلطة أو مقدرة

1 نيبيل فريدي، مبدأ حرية المنافسة بين التعسف في وضعية الهيمنة ونظرية التسهيلات الأساسية، مداخلة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني حول " حرية المنافسة بين دسترة المبادرة ومتطلبات الضبط" المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، بالشراكة مع مديرية التجارة والصناعة لولاية البويرة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، يوم 13 نوفمبر 2018، ص 3.

2 نص المشرع الجزائري على تعريف كل من العون الاقتصادي والمستهلك، في المادة 03، من القانون رقم 04-02، المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على أنه: " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي : عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في اطار المهني العادي او يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها،

مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج، ر، ج، العدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 18 غشت 2010.

3 دليلة مختور، تطبيق أحكام قانون المنافسة في اطار عقود التوزيع، المرجع السابق، ص 82.

4 محمد كثر الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص 45.

الاقتصادية، تحوزها مؤسسة معينة وتتمكن بها من تحديد الأسعار والإنتاج والتوزيع والتحكم في الكميات المتجة، وإعاقة المنافسة الفعلية في سوق معينة"¹.

وقد عرفها المشرع الجزائري على أنها: الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من اغراء منافسيها أو زبائنها أو مموئها"²، ويتفق هذا التعريف مع التعريف المقدم لوضعية الهيمنة من طرف محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها المشهور الصادر بتاريخ 14 فيفري 1978، بشأن قضية يونائتد برانديس (Brands United) بأنها: "مركز القوة الاقتصادية الذي تتمتع به مؤسسة ما، والذي يمكنها من إعاقة أو عرقلة قيام منافسة فعلية في السوق المعنية ويعطيها إمكانية القيام بتصرفات مستقلة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها وأخيرا المستهلكين"³.

كما بينت المحكمة في قرار لها المؤرخ في 13 فيفري 1979، الفرق بين حالتي الهيمنة والإحتكار بقولها: "أن الهيمنة على خلاف حالة الإحتكار أو شبه الإحتكار، لا تقصي وجود منافسة ما ولكن تعطي للمؤسسة المستفيدة وان لم يكن لها إمكانية اتخاذ القرار، فعلى الأقل التأثير الكبير على الشروط التي ستتم فيها المنافسة، وفي كل الأحوال إمكانية التصرف في حدود واسعة دون وجوب أخذ ذلك بعين الاعتبار وأيضا دون ان يلحق بها هذا الموقف ضررا"⁴.

ثانيا: تحديد السوق .

يعرف السوق على أنه: "المكان النظري الذي يتلاقى فيه العرض مع الطلب على المواد أو الخدمات التي يعتبرها المشترون أو المستعملون بأنها قابلة للإستبدال فيما بينها دون ان تكون قابلة للإستبدال مع غيرها من الأموال أو الخدمات"⁵، ويعرف أيضا على أنه: "الفضاء الذي تلتقي فيه العروض والطلبات أو الخدمات القابلة للإستبدال، والتي يعتبرها المستعملون كبديلة فيما بينهم، دون أن تكون قابلة للإستبدال مع غيرها من السلع أو الخدمات المعروضة"⁶، فحين عرفه المشرع الجزائري في

1 خليل فكتور تادرس، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعينة على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 22.

2 المادة 03، فقرة 03، من الامر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 عالية قوسم، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 19.

4 زهرة بن عبد القادر، حماية مبدأ المنافسة من التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، دراسة تحليلية في التشريع الجزائري على ضوء نظيره الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2019، ص 35.

5 نادية لاكمي، شروط حظر وضعية الهيمنة في قانون المنافسة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، جامعة عباس لغور، خنشلة، الجزائر، 2018، ص 13.

6 محمد بن عزة، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 01، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والتسيير والعلوم التجارية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2000، ص 08.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

المادة 03، فقرة "ب"، على أنه: "كل سوق للسلع او الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة او تعويضية، لاسيما بسبب مميزتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له، والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية"¹.
إذا كانت الهيمنة تعني القدرة على تحديد الأسعار السائدة في السوق، أو تفادي منافسة المؤسسات الأخرى لها بفعل القوة والهيمنة، فإن الهيمنة تنتفي متى ثبت أن هناك خيارا آخر يلجأ اليه المشترون عند رفع المؤسسة للسعر، ويكون للسوق بعد سلعي او بعد جغرافي .

1- معيار تحديد السلعي للسوق:

يقوم هذا المعيار على تحديد السلع والخدمات المتشابهة بدرجة كافية كسوق الأدوية مثلا، ويتأسس هذا المعيار على منهجين:

أ-الطلب البديل :

من المعروف أن كل زيادة تطراً على سعر سلعة معينة عادة ما تؤدي الى انصراف العملاء الى سلعة أخرى مشابهة تقوم بنفس الغرض، مما يعني أن يكون ثمة تشابه بين السلع في الاستعمال، بحيث تقوم كل سلعة مقام الأخرى ففي الأداء المطلوب²، ومن ثمة يكون هناك تحول للعملاء بين تلك السلع، والتي في الأخير تتضمنها سوق واحدة، فسوق السلع إنما يحدد بوسطة التبادل المعقول بين السلع من قبل الزبائن.

وزيادة على معيار السعر يوجد معايير أخرى عديدة، تحدد قابلية الإستبدال من جانب الطلب دون أن يتوقف ذلك على واحد منها فحسب، ومن ضمن هذه المعايير الخصائص الأساسية لكل منتج، الشروط التقنية لإستعماله وسعره واستراتيجية المنتجين وطرق تسويق هذا المنتج³.

ومما ينبغي التنبيه إليه، إلى أن تحديد السوق في مجال الصفقات العمومية يختلف بحسب الممارسة المرتكبة، فبالنسبة لإستعمال وضعية الهيمنة فإنه يتم ذلك على أساس جميع المتعاملين الإقتصادييين المشاركين في طلب العروض، وبذلك ينطوي مفهوم درجة الهيمنة في الصفقات العمومية، على البعدين اثنتين: يتعلق الأول بعدد العرضيين المتوجدين في السوق، والثاني يتعلق بأخذ التوازن

1 سبق للمشرع الجزائري ان قدم تعريفا للسوق بموجب المادة 03 من المرسوم رقم 314/2000، المحدد للمقاييس التي تبيّن ان العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة وكذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة، على أنه: " يقصد بالسوق أو جزء من السوق المرجعي لتحديد وضعية الهيمنة للسلع أو الخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي والسلع أو الخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المتنافسون في نفس المنطقة الجغرافية"، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج، ح، ج، ح، العدد 61، المؤرخة في 18 أكتوبر 2000، (الملغى).

2 نبيل ناصري، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، المرجع السابق، ص 84.

3 عالية قوسم، المرجع السابق، ص 94.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بالنسبة لمختلف هؤلاء العارضين بالحسبان ،ولهذا الغرض يجب تحديد السوق بدقة كافية قصد التمكن من فرز العارضين الذين يقترحون عرض أشغال أو خدمات مماثلة¹.

ب- العرض البديل

يقوم العرض البديل على البحث عن مدى توفر عروض بديلة لتلك المقدمة من طرف المؤسسة المعنية، أي البحث عن مدى استعداد المتعاملين آخرين للدخول الى سوق السلعة أو الخدمة من أجل توفير تلك السلعة أو الخدمة أو سلعة مشابهة لها من أجل تغطية الطلب².

لكن الإشكال يطرح حول صعوبة توفير بديل مطابق، بحيث نجد في بعض الحالات سلعتين مختلفتين من سوق واحد نظرا لكون المستهلكين او المستعملين يعتبرنها كافية لإرضاء نفس الحاجة مما يجعلها لا تنميا الى سوق واحدة واما هذه الصعوبة ،ذهب مجلس المنافسة وكذا القضاء الفرنسي الى إيجاد بعض المعايير يعتمد عليها في اختيار العرض البديل ،والتي تتمثل في ما يلي :

-دراسة المنتج سواء من حيث الشكل أو التشكيلية ،مدة الإستعمال وكل الخصوصيات التي تميزه عن غيره وكذا الحاجة التي يلبيها هذا المنتج لرغبات المستهلكين.

-دراسة منافذ التوزيع circuits de distribution بحيث يسمح لنا بالفصل بين أسواق مختلفة لمنتجات من نفس الطبيعة ونفس الإستعمال³.

من خلال ما سبق ،يتبين لنا بأن الطلب البديل أضيق من العرض البديل، بإعتبار أن الأول ينظر الى تحول العملاء الى طلب سلعة أخرى تقوم مقام السلعة الأصلية، بينما الثاني ينظر الى مدى استعداد المتعاملين الآخرين الى توفير السلعة البديلة او الاصلية، وبعد الإنتهاء من تعيين او تحديد السوق المعنية، يتعين الإنتقال الى المرحلة الثانية، المتمثلة في تحديد السوق المعنية من الناحية الجغرافية.

ج- معيار تحديد الجغرافي للسوق.

إن الفائدة الأولى من تحديد السوق الجغرافية ،هو تحديد القانون المطبق على الممارسة المتطور فيها من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكننا أن نحددها إذا كان العون الاقتصادي في وضعية

1 محمد زكرياء رقراقي ،الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية.....، المرجع السابق، ص 123.
2 ويزة لحراري ،حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة،مذكرة ماجستير في القانون،فرع قانون ومسؤولية،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،الجزائر،2012، ص67.
3 نبيل ناصري،المركز القانوني لمجلس القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، المرجع السابق، ص 84.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

هيمنة أو احتكار، إلا إذا حددنا الحيز الجغرافي الذي ييسط فيه هيمنته، أو إذا ما كان قام بممارسة منافية للمنافسة¹، وبالتالي فقد تعرف السوق الجغرافية المعنية على أنها: المنطقة أو الإقليم الذي تعرض فيه الشركات أو المؤسسات السلع والخدمات المعنية على القاطنين والمترددين على هذا الإقليم، ومن الطبيعي أن نطاق هذه السوق يتوقف على حجم وأهمية نشاط المشروع التجاري، إذ كلما زاد حجم النشاط وأهميته كلما كانت السوق الجغرافية للمؤسسة مترامية الأطراف واسعة المدى².

يقتضي تحديد الجغرافي للسوق المرجعي البحث عن المنطقة التي تمارس فيها المؤسسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، بحيث يمكن أن يقتصر على منطقة معينة أو مكان معين معزول أو بعيد إذا كانت مثلا وسائل الإتصال صعبة أو تكلفة النقل مرتفعة³.

إذن فتعين حدود السوق له أهمية بالغة، من خلال التأثير المباشرة على اكتمال موقع الهيمنة أو اخفاقه، وذلك بالنظر لمحل المنافسة الذي قيده هذه الوضعية، وبعد القيام بتحديد السوق المعنية من حيث السوق السلعي والسوق الجغرافي، لنا أن نتساءل عن المقاييس التي يمكن اعتمادها، للقول بأن عون اقتصادي أو مؤسسة ما في وضعية هيمنة.

ثالثا: مقاييس تحديد وضعية الهيمنة.

من الأهمية بمكان معرفة المعايير التي يتم على أساسها يتم تقدير وضعية الهيمنة للمؤسسة ما على خلاف نظيرتها في السوق، ويمكن تصنيف تلك المعايير إلى معايير رئيسية، وهي غالبا ما تكون كمية وأخرى ثانوية وهي دائما ما تكون نوعية.

1- المعايير الكمية :

من الأمور الضرورية التي تبين على مدى تكون موقع الهيمنة، هو مقدار الحصة السوقية التي يحوزها العون الاقتصادي، هذا بالإضافة الى القوة الاقتصادية التي تتمتع بها المؤسسة على مستوى السوق.

أ- حصة السوق : la part du marché

تعتبر الحصة السوقية أحد المؤشرات المتطورة التي يمكن الإعتماد عليها في تحديد موقف المؤسسة في السوق بالمقارنة مع المؤسسات المتنافسة⁴، ويقصد بها- الحصة السوقية - تلك الحصة

1 صبرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام المنافسة، ط1، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، 2018، ص119.

2 حسين الماحي، المرجع السابق، ص 36.

3 محمد كتو الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الإدارة، المجلد 12، العدد 23، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2002، ص 51.

4 ناجي المعلا، إدارة التسويق "مدخل استراتيجي متكامل"، دار يازوري للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2021، ص 329.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة بالحصصة التي يحوزها الأعوان الاقتصاديون الآخرون في نفس السوق، وأحسن مثال على ذلك وضعية الاحتكار التي تمكن المستفيد منها على مستوى سوق معينة من احتلال موقع هيمنة عن طريق اكتساب كل أو اغلبية حصص السوق¹ بحيث لا تخضع لأية منافسة، فتحقق بذلك تركيز وتجمع للقوة الاقتصادية فتصبح المتعامل الوحيد في السوق.

ولتحديد الوضع المهيمن للعون الاقتصادي في السوق، يتعين حصر مقدار حصته ووضع اتجاه منافسيه، وهذا ما قرره المحكمة الابتدائية للاتحاد الأوروبي، حيث أن امتلاك المؤسسة لحصصة تتراوح ما بين 70 % و 80 % يشكل وحده مؤشرا على قيام وضعية الهيمنة، وهذا ما سار عليه أيضا مجلس المنافسة في العديد من القضايا²، وقد بين الفقه معايير أخرى تعتمد في تقدير وضعية الهيمنة، منها القدرة المالية للمؤسسة المهيمنة³، وكذلك التفوق التكنولوجي والقدرة على تسيير المشروع الاقتصادي، فضلا عن تمكن المؤسسة المهيمنة من تجاوز معوقات المنافسة ومواجهة منافسيها⁴، ممارسة المؤسسة لنشاطات أخرى إلى جانب النشاط المعني، بما يجعلها في منأى عن التبعية، فضلا عن شهرة علامتها التجارية وتفوقها التكنولوجي⁵.

وعموما يمكن القول أن وضعية الهيمنة الاقتصادية التي تتصف بها أحد المؤسسات الاقتصادية، تنتضح من خلال دراسة السوق المرجعي ومن خلال البحث عن إمكانية إيجاد حلول بديلة للسلع أو الخدمات.

ب - القوة الاقتصادية.

يتم تحديد وضعية الهيمنة وفقا لهذا المعيار بالنظر الى وضعية المؤسسة المعنية في السوق، وانتمائها لمجموعة المؤسسات التي تربطها بها علاقات اقتصادية ومالية، فالإنتماء لأحد المجموعات الاقتصادية القوية التي تحتل الصدارة في إحدى قطاعات النشاط يعد مؤشرا يمكن الإسترشاد به لتحديد مدى هيمنة المؤسسة المنتمية على السوق⁶، وفي هذا الشأن رأَت محكمة باريس بأن الإنتماء الى

1 من أمثلة ما اعتُبار هذا المقياس كمعيار لوجود الهيمنة على السوق، ما قرره مجلس المنافسة الجزائري، في قضية المؤسسة الوطنية لصناعة الإلكترونيات ENIE، حيث أشار إلى أنه: "يستخلص من معطيات مختلفة أن المؤسسة المشتكى منها تعد في الفترة التي حدثت فيها الوقائع موضوع الإخطار (1996) الممون الرئيسي للسوق، لاسيما المنطقة الغربية للوطن"، رقم 99-ق-01، المؤرخ في 23 جوان 1999، أشار إليه: رقرقي محمد زكرياء، الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 122.

2 دليلة بعوش، المفهوم القانوني للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، جلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016، ص 81.

3 Guyon Yves, Droit des affaires, droit commercial général et société tome 1, 12 éd, economica, parid, France, 2003, p975.

4 Bruno Petit, droit commercial, 2 eme, éd, litec, paris, France, 2000, p 148.

5 Pascal Lehuède, droit de la concurrence, éd. , BREAL , paris, France, 2012, pp 91-92.

6 جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 137.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

مجموعة اقتصادية قوية تتبوأ وضعية قيادية على المستوى الوطني في النشاط الاقتصادي، يعد مؤشرا ضمن مؤشرات أخرى إثبات وضعية الهيمنة، وفي رأي السلطات المكلفة بالمنافسة في فرنسا، فإن القوة الاقتصادية والمالية لمجموعة من المؤسسات التي تربط بها يسمح بها خصوصا بأن تتفادى الضغط المتولد عن عملية المنافسة¹.

2- المعايير النوعية:

بالإضافة إلى المعايير السالفة الذكر، فإن هناك معايير أخرى ذات طابع نوعي يمكن أخذها بعين الاعتبار في تحديد مدى تكون وضعية الهيمنة، ومنها الإمتيازات القانونية أو التجارية والمالية أو التقنية التي تتمتع بها المؤسسة في مواجهة منافسيها²، وكذلك امتلاك المؤسسة تكنولوجيا متقدمة تستخدمها في الإنتاج أو التسويق ليسهل عليها الدخول بحرية إلى السوق، أو امتلاك براءة اختراع أو حق من حقوق الملكية الأدبية، واشتهار المنتج التجاري للشركة المعنية مهما كان سببه، القدرة التي تتمتع بها المؤسسة في الإحتفاظ بمستوى معين من الأسعار يكون أكثر ارتفاعا من الأسعار المنافسة، وكذلك تحكمها في تقلبات الأسعار³، ولا يمكن الحكم بوضعية الهيمنة على مؤسسة ما بمجرد حيازتها على هذه المرتبة، وإنما لابد أن يصدر منها سلوك يوصف بالتعسف ويخالف قانون المنافسة.

رابعا: وضعية الهيمنة المتعسف فيها.

سبق وأن اشرنا، أن الفعل المحظور هو التعسف في استخدام وضعية الهيمنة، والتعسف لا يكون محل ادانة إلا بعد وقوعه، ويعرف التعسف بأنه: " استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير"⁴، بمعنى أن الإستعمال في حد ذاته مشروع، ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة، أما التعسف في قانون المنافسة فيعني بصفة عامة المساس بمبدأ المنافسة.

ويمكن القول أن التعسف في وضعية الهيمنة يتمثل في السلوكيات التي تتبعها المؤسسة، والتي من طبيعتها أن تؤثر على السوق لسعي المؤسسة من خلالها الحصول على ميزة تنافسية أو اقتصادية غير مبررة⁵، كما عرف قرار المجموعة الأوروبية من خلال في قضية « Hoffmann-La Roche »

1 حكم لها بتاريخ 25 فيفري 1994 في قضية مصلحة الجناز جنوب شرق، أشار إليه: زهرة بن عبد القادر، المرجع السابق، ص 38.
2 وفي قرار رقم 27-ق-90 ل 11 سبتمبر 1990، المتعلق بمؤسسة les nouvelles messageries de la presse parisienne، وضع مجلس المنافسة الفرنسي، مبدأ يمثل في ما يلي: " من أجل إثبات وجود الهيمنة في السوق، يجب الأخذ بعين الإعتبار مختلف العناصر المتعلقة بحصة المؤسسة المعتبرة في السوق وحصص منافسيها المتعددين والعناصر النوعية الخاصة بها، مثل تفوق في التسيير، الإبتكار التقني أو الفعل التجاري، حيث هناك عدة عوامل أخرى من النظام النوعي تساهم في تحديد وضعية الهيمنة دون ان تكون كافية في حد ذاتها"، أشارت إليه، غالية قوسم، المرجع السابق، ص 120.
3 جلال مسعد، المرجع السابق، ص 139.
4 سعاد مجاوي، التعسف في استعمال الحق الإجرائي، العدد 08، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016، ص 187.
5 MALAURIE- VIGNAL MARLE, Droit de la concurrence, 2 èd, armand colin, paris, France, 2003, p 185.
نقلا عن: بن عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص 42.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

« Roche وضعية الهيمنة الاقتصادية على أنها: " فكرة موضوعية تستهدف التصرفات الصادرة عن مؤسسة مهيمنة، مما يجعلها قادرة على التأثير على هيكل السوق، أو بسبب تواجد هذه المؤسسة القوية في السوق درجة المنافسة أصبحت ضئيلة، هذه الأخيرة الى وسائل مختلفة عن تلك التي تحكم المنافسة العادية عند تسويق السلع والخدمات"¹.

نفس الموقف تبناه مجلس المنافسة الجزائري، وهذا ما يظهر في الرأي الذي أبداه بخصوص احترام قواعد المنافسة في سوق الإسمنت، حيث جاء فيه: "إن استغلال الموقف المهيمن، هو استغلال تعسفي لسلطة سوق موافق للوضع المهيمن والذي يحوز على هدف او لأجل منع وتقييد أو تحريف لعبة المنافسة"²، وهو ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم³.

وعليه فكل الممارسات التي يسعى من خلالها الأعوان الإقتصاديين للحصول على امتيازات تجارية واقتصادية دون مبرر مشروع، يمنعها القانون نظرا لما تلحقه من مساس بالمنافسة .

البند الثاني: بعض صور الأوضاع المهيمنة في الصفقات العمومية.

الأصل أن المنافسة في الصفقات العمومية، هو سعي المشتري العمومي إلى تمكين المتعهدين المحتملين من تقديم عروضهم بكل حرية، ومعاملتهم على قدم المساواة وفي ظروف تسودها الشفافية، لكن قد يتبع هؤلاء المتعهدين أساليب غير مشروعة في سبيل نيل الصفقة، سواء عن طريق الهيمنة أو انشاء تجميعات بين المؤسسات، وغيرها من الممارسات المناهية للمنافسة.

1 «la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de la concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de la concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » ,arrête de la cour de 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co.AG contre commission des communautés européennes.

نقلا عن: دليلة مختور، تطبيق أحكام قانون المنافسة في اطار عقود التوزيع، المرجع السابق، ص93.
2 رأي مجلس المنافسة، رقم 01، المؤرخ في 25 جويلية 2013، الصادر تبعا لطلب وزير التجارة، المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا للمادة 35، من الأمر رقم 03-03، بتاريخ 19 جويلية 2003، المعدل والمتمم، المتعلق بالمنافسة، النشرة الرسمية لمجلس المنافسة، عدد 03، لسنة 2013.

3 تنص المادة 07، الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، على أنه: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادرة التموين،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرهم من منافع المنافسة،
- اخضاع ابرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية، السالف الذكر.

أولا : وضعية الهيمنة المترتبة عن تأليف التجمعات.

يعتبر انشاء التجمعات المؤسساتية أمرا مشروعاً وغير محظور، بل وأكثر من ذلك يمكن اعتبارها وسيلة مشجعة للمنافسة في بعض الحالات، حيث تسمح للمؤسسات الناشئة من تقليل جهودها باستخدام آلية التجميع، ومنافسة المؤسسات الكبرى في الوصول للطلبات العمومي ونيل الصفقات العمومية، وقد نظم المشرع الجزائري عمليات تأليف التجمعات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المتعلق بالترخيص بعمليات التجميع¹، ويقدم طلب الترخيص لدى أمانة مجلس المنافسة، الذي يبيث فيه في أجل ثلاثة (03) أشهر²، هذا بالنسبة لقانون المنافسة، أما عن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن المشرع الجزائري قد سمح للمرشحين أن يقدموا عروضهم في إطار تجمع مؤقت للمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة، وانشاء التزام مشترك إزاء صاحب المشروع لتنفيذها، وهذا الإلتزام يكون قائما إما بالتضامن أو بالشراكة³.

لكن في مقابل ذلك، قد يكون التجمع وسيلة عبور نحو التحكم في جزء كبير من سوق الطلبات العمومية من طرف أعضائه، خاصة وان إمكانية تأليف تجمعات متاحة للمقاولات الكبيرة والصغيرة على حد سواء، وبالرجوع للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، يتبين أن المعيار المعتمد لغرض الرقابة على عملية التجميع الذي من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة المؤسسة على سوق ما، هو استئثار أحد المتعاملين الإقتصاديين بحصة تفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في السوق⁴، بما يتبين معه أنه لا شيء يحول دون تكييف عقد التجمع كمصدر لتركيز اقتصادي، إذا ما تبث انجاز أعضاء التجمع خلال سنة مالية لأكثر من 40% من مجموع الأعمال موضع الطلبات العمومية في قطاع معين.

1 تنص المادة 03، من م ت رقم 05-219، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، على أنه: "يجب أن تكون عمليات التجميع المذكورة في المادة 02 أعلاه، موضوع طلب ترخيص من أصحابها لدى مجلس المنافسة طبقاً لأحكام المحددة في هذا المرسوم"، المؤرخ في 22 يونيو 2005، ج، ح، ج، ح، العدد 43، المؤرخة في 22 يونيو 2005.

2 المادة 17، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 تنص المادة 81، من م ت ص ع و ت م ع، على أنه: "يمكن المرشحين والمتعهدين أن يقدموا ترشيحاتهم وعروضهم في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة."

4- يمكن المرشحين والمتعهدين، في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، أن يتقدموا في شكل تجمع لمؤسسات متضامنة أو تجمع مؤقت لمؤسسات متشاركة، ويجب في هذه الحالة، أن تتضمن الصفقة العمومية أو الصفقات العمومية بندا يلتزم مرضية فيه المتعاملون المتعاقدون الذين يتصرفون مجتمعين بإنجاز المشروع بالتضامن أو بالشراكة، ويكون المؤقت لمؤسسات متضامنة، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة، ويكون التجمع المؤقت بمؤسسات متشاركة، عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الخدمات التي وضعت على عاتقه...، السالف الذكر.

4 المادة 18، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

ثانيا: وضعية الهيمنة بسبب تعامل ثانوي (المناولة).

تعتبر المناولة من أكثر الوسائل القانونية التي تساعد المتعاملين المتعاقدين على نجاح تنفيذ الصفقات العمومية، ولهذا الغرض فإن أغلبية هؤلاء المتعاملين يلجؤون لإبرام عقود المناولة، هذه الأخيرة تعرف على أنها: "تصرف قانوني يعهد بموجبه المتعاقد مع الإدارة إلى شخص آخر (المتعاقد من الباطن) تنفيذ جزء من محل العقد الأصلي، على أن يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا عن تنفيذ العقد برمته وضامنا للمتعاقد من الباطن"¹.

وقد كانت هذه الصورة لأحد أهم الوقائع التي حكم فيها القضاء الأمريكي في قرار لمحكمة ميسوري الغربية بتاريخ 08 نوفمبر 2004، حول قضية شركة Donnie Mantle وشركة Apac- Missouri، اللتان عقدتا اتفاقا سريا للتلاعب بعرض صفقة تنفيذ مشروع الطريق السريع في ولاية ميسوري، وحصل اتفاق ان تقدم الأولى عرضا مرتفعا حتى ترسو الصفقة على شركة Apac- Missouri مقابل حصول شركة Donnie Mantle على عقد من الباطن تنفيذ ذلك المشروع، فقد استندت المحكمة في اثبات وجود هذا الاتفاق على المقابلة من الباطن التي تحصلت عليه الشركة الأولى بعد رسو الصفقة للثانية هذا من جهة، ومن جهة أخرى على سجل المكالمات الهاتفية التي دارت بين ممثلي الشركتين قبل تقديم العروض وعلى الأسعار المرتفعة غير المبررة وغير المرتبطة بالكلفة الفعلية للمشروع التي قدمتها شركة Donnie Mantle"².

لقد تفتن المشرع الجزائري للممارسات المنافية للمنافسة التي تأتي في إطار عقود المناولة، وحدد المجال الذي تقوم عليها مثل هذه العقود، إذ لا بد ان تشمل على جزء من الصفقة في إطار التزام تعاقدى بين المناول مباشرة بالمتعامل المتعاقد، في حدود أربعين (40 %) في مئة من المبلغ الإجمالي للصفقة، ولا يمكن أن تكون صفقات اللوازم العادية محل مناولة، ويكون المتعامل المتعاقد مسؤول شخصيا اتجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بالمناولة"³.

1 مختارية ليازيد، التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية، المجلد 02، العدد 03، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2014، ص 130.

2 عبد النور زيدان، الممارسات المقيدة في الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 01، جامعة الجليلي بونعام، خميس مليانة، الجزائر، 2018، ص 209.

3 المادتين 141، 140، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلقة بـ ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفرع الثالث: تقييد المنافسة في الصفقات العمومية من خلال الأسعار.

يعتبر السعر العنصر المتحكم في المنافسة والسوق لتحركات المؤسسات الاقتصادية لنيل الصفقات العمومية، وذلك بحسب طبيعة الخدمات المقدمة، وهو عملية تقدير قيمة السلعة والتعبير عنها بعدد معين من وحدات النقود، ويتحدث الثمن في نظام السوق الحرة طبقا لقواعد العرض والطلب¹، ولا ينبغي أن يمس ذلك التحديد للأسعار بأي حال من الأحوال بالسير الحسن لقواعد المنافسة في السوق²، مما يستوجب الغوص لأهم الممارسات المنافسة للمنافسة المتعلقة بتحديد الأسعار، التي تأخذ أشكالا متعددة وفقا لقانون المنافسة، ومن تم سترتكز الدراسة بالبحث على الممارسات المتمثلة في المساس بالمنافسة بخفض الأسعار تعسفا في إطار أحكام قانون المنافسة (البند الأول) على أن يتم دراسة إشكالية العروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية (البند الثاني).

البند الأول: حظر ممارسة البيع بأسعار منخفضة تعسفا في الأمر رقم 03/03.

إن أول ما يشد انتباه المستهلكين عند دخولهم أي سوق هو أسعار السلع والخدمات، وأمام هذا المبتغى قد تلجأ المؤسسات إلى البيع بالخسارة بغرض جلب الزبائن، أو بغرض تحسين وضعية المؤسسة في مواجهة منافسيها دون أن يؤثر ذلك على المنافسة، إلا أن التعسف في تخفيض الأسعار يشكل ظاهرة خطيرة نظرا لما تخلفه من آثار سلبية على السوق³، وهو ما منعه المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة بقولها: "يحظر عرض الأسعار او ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن ان تؤدي الى ابعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول الى السوق".

والبيع بأسعار منخفضة لا يشكل طريقة بيع بقدر ما يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة، الغرض منها ابعاد المنافسين والإستيلاء على السوق والرجوع بعد ذلك الى السعر العادي، وفي غالب الأحوال يتم اللجوء الى هذه الممارسة من خلال عرض بعض السلع بأسعار زهيدة، لكنها في نفس الوقت تعرض سلع أخرى بأسعار معقولة بل بهوامش ربح معتبرة، وهو ما جعل البعض يصف العملية

1 راضية رحمانى، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة الدكتوراة في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 74.

2 المادة 04، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، السالف الذكر.

3 أسماء بن لشهب، مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016، ص 95.

بأنها: "جزيرة من الخسائر في محيط الأرباح " Un ilot de pertes dans un océan de profits¹، وأمام خطورة هذه الظاهرة، فإنه ينبغي تعريف البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي، ثم معالجة عناصر هذه الممارسة.

أولا : تعريف البيع بأسعار منخفضة تعسفيا .

يعتبر السعر عنصرا أساسيا في عملية البيع، بل إنه يشكل اليوم أهم عنصر يشد انتباه اغلب المستهلكين عند ولوجهم لأي سوق، ولحماية هؤلاء وضع المشرع على عاتق المتعاملين الإقتصاديين عددا من الإلتزامات، كالإلتزام بالأسعار وحظر بعض الممارسات الخاصة بالتسعير كالبيع بأسعار منخفضة، وهذا ما جاء في نص المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة بأنه: يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق".

وعليه يمكن تعريف البيع بأسعار منخفضة على أنه: " كل فعل قام به عون اقتصادي، خاصة الموزعين الكبار، سواء بصفة منفردة أو جماعية ينصب على عنصر السعر، إذ يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تجعله يتحمل هو أيضا نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي²، كما عرفها الفقيه "BENZONI" بأنها: "عبارة عن اقتراح أو ممارسة سعر أدنى من ذلك السعر الذي يتحقق معه تعظيم الأرباح، بغرض استبعاد كلي أو جزئي للمنافسين الحاليين أو تثبيط هم المنافسين الإحتماليين من الدخول الى السوق"³، ولكن بالنظر إلى نص المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، فإننا نميل الى التعريف التالي: "هي ممارسة مقيدة بالمنافسة ترتكبها مؤسسة ضد مؤسسة أخرى من خلال عرض أو ممارسة لأسعار بيع منخفضة للمستهلك انخفاضا يضل الى درجة البيع بالسعر يقل عن سعر التكلفة الحقيقي مما يخل بمبادئ المنافسة الحرة"⁴.

إلا أنه تجدر الإشارة في هذا الإطار أن البيع بأسعار منخفضة لا يكون دائما بقصد التأثير على المنافسة، فقد يكون بغرض جلب الزبائن مثلا أو بغرض تحسين وضعية المؤسسة في مواجهة

1 نبيل ناصري، المركز القانوني لمجلس القانوني لمجلس المنافسة.....، المرجع السابق، ص99.

2 محمد تيورسي، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، المرجع السابق، ص170.

3 لطيف عدنان باقي، التنظيم القانوني ومنع الممارسات الإحتكار "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص183.

4 بدرة لعور، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة الجزائري، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2006، ص361.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

منافسيها، وهذا يعد مشروعاً وغير محظور، إلا أن المحظور هو التسعف في تخفيض هذه الأسعار، ولكن الإشكال يطرح في كيفية تقدير الطابع التعسفي الذي يصاحب هذه الممارسة ومعرفة المعيار المعتمدة في ذلك.

ثانياً : معايير التسعف في ممارسة البيع بأسعار منخفضة تعسفاً.

بالرجوع لتحليل المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، يمكن استنباط العناصر المكونة لهذه الممارسة والمتمثلة أساساً في ما يلي :

1- عرض أو ممارسة أسعار منخفضة موجهة للمستهلك¹

يلاحظ أن المشرع من خلال نص المادة 12، من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، قد سوى بين عرض المنتج وممارسة بيع بأسعار منخفضة تعسفاً، وهو ما يبين الطابع الوقائي للحظر المقرر بشأن هذه الممارسة فالفرق واضح بين الصورتين، بحيث أن العرض ما هو إلا تعبير عن الإرادة الصادرة من الموجب، وليس من الضروري صدور قبول اتجاه الإيجاب أو أن يتحقق البيع فعلاً²، خاصة أن ممارسة بيع بأسعار منخفضة تقتضي وجود بيع واستمرارية في هذه الممارسة، أي البيع بأسعار منخفضة لمدة من الزمن³، وبالتالي فإن وجود ممارسة شاذة ومنعزلة للبيع بأسعار منخفضة لا تدخل تحت طائلة الحظر، كما أوجب المشرع أن يكون العرض أو الممارسة المتعلقة بأسعار بيع منخفضة تعسفاً موجهة للمستهلكين من قبل المؤسسات الاقتصادية وليس بين الأعوان الإقتصاديين فيما بينهم، وأن تكون المنتجات المعروضة للبيع تعرضت للتحويل أو التركيب.

كما أن المشرع اشترط في المنتجات⁴ أن تكون مصنعة أو محولة أو مسوقة بقوله: "الإنتاج والتحويل والتسويق"، وبالتالي فالمواد التي تباع على حالتها ولو كان سعرها منخفضاً لا يطبق عليها

1 عرفت المادة 03، فقرة 1، من القانون رقم 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به...". المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج، ر، ج، العدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09، المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، ج، ر، ج، العدد 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.

2 دليلة مختور، حظر البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي "استثناء لحرية الأسعار"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2017، ص 238.

3 تنص المادة 03، من م ت رقم 06-215، المحدد لشروط وكيفية ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحاللات التجارية بواسطة فتح الطرود، على أنه: "يرخص بالبيع بالتخفيض مرتين (02) في السنة المدنية، ويجب أن تتم كل عملية بيع بالتخفيض التي تكون مدتها ستة (06) أسابيع متوالية خلال الفصلين الشتوي والصيفي"، ج، ر، ج، العدد 41، المؤرخة في 21 يونيو 2006، المعدل والمتمم، ب ت رقم 20-399، المؤرخ في 19 ديسمبر 2020، ج، ر، ج، العدد 80، المؤرخة في 29 ديسمبر 2020.

4 يلاحظ في نص المادة 12، من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، أن هذه الممارسة الممنوعة تتعلق بالخصوص بأسعار المنتجات دون غيرها، فهي لا تمتد إلى الخدمات، وإنما تقتصر فقط على السلع أو المنتجات، وهذا ما يشكل ثغرة قانونية لا توفر لمؤسسات الخدمات الحماية القانونية، مما يستوجب على المشرع إعادة صياغة بإضافة "الخدمات" لنص المادة 12.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الحظر، بل نوع آخر من البيوع وهو البيع بالخسارة، الذي نظمه المشرع بموجب القانون رقم 02/04 المتعلق بقواعد المحددة للممارسات التجارية¹.

2- أن تكون الأسعار المنخفضة مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل أو التسويق:

يقصد بالسعر التكلفة الحقيقي: "سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة يضاف اليه الحقوق والرسوم وعند الإقتضاء أعباء النقل"²، هذا ويعتبر سعر التكلفة الحقيقي بمثابة عتبة المنافسة، وقد حددت المادة 12 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، الحالات التي يكون فيها البيع محظورا سواء كان القائم بالبيع منتجا أو مسوقا أو محولا، حيث يكون سعر السلعة المعروضة يقل عن المصاريف التي بذلت في إنتاجها أو تحويلها وتسويقها³، ومن تم يكون البيع بأسعار منخفضة محظور إذا كان بأقل من سعر المنتج منخفضا بشكل فادح مقارنة بما كلفته السلعة أو الخدمة⁴، و يعتبر القرار الصادر عن مجلس قضاء المجموعة الأوروبية في 03 جويلية 1991، في قضية « AKZO » سابقة مهمة فيما يخص تحديد عناصر المخالفة⁵.

3- أن يترتب عن الممارسة تقييد للمنافسة.

نصت المادة 12 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنه يحظر البيع، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن ان تؤدي الى ابعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق، مما يعنى ذلك ضرورة توافر العنصر المعنوي وهو نية الإضرار، أي قصد العون الاقتصادي عرقلة نشاط السوق، وإبعاد المنافسين عن السوق وعدم تمكنهم من إدخال منتجاتهم إليه، وبالتالي شل حركة المنافسة.

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك حينما لم يشترط تحقق الضرر، وجعل الممارسة محظورة بمجرد إمكانية تحقق ذلك مستقبلا، فالعبرة بتقييد المنافسة سواء تحقق هدف الممارسة وأثرها

1 القانون رقم 02-04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، ج، ج، العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج، ر، ج، ج، 46، المؤرخة في 18 غشت 2010.
2 المادة 19، القانون رقم 04-02، المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.
3 فيروز حوت، حظر البيع بأسعار منخفضة تعسفا، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 03، المركز الجامعي عبد الله مرسلبي، تيارو، الجزائر، 2017، ص 388.

4 AUGUET YVAN, droit de la concurrence, ELLIPSE, prais, France, 2002, pp 137-138.

5 "حيث تتلخص وقائع القضية في أنه في بداية سنة 1980، كانت شركة هولندية كبيرة « AKZO » وشركة بريطانية « ECS » أقل منها حجما، تنشطان في الصناعة الكيماوية، فكانت الشركتين تنتجان مادة كيميائية تسمى " Peroxyde de benzoyle"، هذه المادة تستعمل في صناعة البلاستيك وكذلك لتبيض القمح.

وفي سنة 1983 قررت الشركة البريطانية توسيع نشاطها في إنتاج المادة الكيميائية، فبعدها كانت تنتج المادة المستعملة على البلاستيك فقط، قررت توسيع نشاطها الى مجال تبيض القمح، كما تفعل الشركة الهولندية ردا على هذا القرار قامت الشركة الهولندية بممارسة أسعار منخفضة بشكل تعسفي على مادة "peroxyde de benzoyle" المستعملة على القمح لمنع الشركة البريطانية من دخول السوق، وقد قامت اللجنة الأوروبية بمعاينة الشركة الهولندية في 14 ديسمبر 1985، بفرض غرامة مالية على المؤسسة المخلة بقانون المنافسة" نقلا عن: دليلة مختور، حظر البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي "استثناء لحرية الأسعار"، المرجع السابق، ص 236.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

أو لم يتحقق¹، حيث أنه لا خلاف في البيع بأسعار منخفضة مواسم التصفية السنوية أو مهرجانات السياحة والتسوق، فهذا لا يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة، ذلك أن الغرض من البيع بسعر منخفض في هذه الأحوال ليس أحداث خلل في السوق وإنما التخلص من بعض السلع².

البند الثاني: إشكالية العروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية.

تجنبنا لتقييد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من خلال الأسعار، أوجب المشرع على المصالح المتعاقدة بضمان الكشف عن العروض المنخفضة أسعارها بشكل غير عادي، إذا كان المبلغ المقترح من المتعهد لا يتوافق مع الواقع الإقتصادي للسوق، ومع ذلك قيد القانون مسألة اقضاء هذه العروض ببعض الإجراءات الواجب مراعاتها، من ذلك مثلا طلب المصلحة المتعاقدة توضيحات كتابية من المتعهد، مع الاخذ بعين الإعتبار التفسيرات التي يقدمها في اطار إحاطة صاحب المشروع بالوضعية الحقيقية للسوق، وهو الأمر الذي من شأنه المساعدة على الوقاية من مخاطر الأسعار المنخفضة.

والإحتفاظ بالعروض منخفضة انخفاضا غير عادي، إضافة لإخلاله بالمنافسة في سوق الطلبات العمومية، فإنه يشكل أيضا خطرا على المال العام من خلال إمكانية عدم نجاح المتعامل المتعاقد في انجاز المشروع، واللجوء لاحقا لإبرام ملاحق من طرف صاحب المشروع من أجل تنفيذ خدمات موضوع الصفقة، مما يحتم ضرورة توضيح المقصود بالعروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية، وطريقة التعامل معها من الناحية القانونية.

أولا : تعريف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية.

أشار منشور الممارسات الحسنة في مجال الصفقات العمومية الفرنسي، إلى أن العرض المنخفض بشكل غير عادي هو ذلك العرض الذي يقدمه احد المترشحين للصفقة العمومية والذي يتضمن أسعارا لا تتوافق مع الواقع الاقتصادي للسوق³، ويعرف أيضا بأنه: " العرض المقترح من المؤسسة والذي لا يعكس المبلغ فيه بوضوح القيمة الحقيقية للعمل المراد إنجازه⁴، بالنظر للمرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، نجده لم يقدم تعريفا للعرض المنخفض بشكل

1 المادة 02،فقرة 07،من م ت رقم 90-39،المؤرخ في 30 جانفي 1990،المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش،ج،ر،ج،ج،41،المؤرخة في 31 جانفي 1990،المعدل والمنتم ب م ت رقم 01-315،المؤرخ في 16 أكتوبر 2001،ج،ر،ج،ج،61،المؤرخة في 21 أكتوبر 2001.

2 محمد سلمان الغريب،الإحتكار والمنافسة غير المشروعة،ط1،دار النهضة العربية،القااهرة،مصر،2004،ص 88.

3 زكرياء محمد رقراقي،الممارسات المنافسة للمنافسة في الصفقات العمومية.....،المرجع السابق،ص 148.

4 Catherine Prebessy-Shmal ,la pénalisation du droit des marches publics,L G D.J,paris ,France,2003,p 90.

نقلا عن: خالد خليفة، دليل ابرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، ط 1،دار الفجر للنشر والتوزيع،القااهرة، مصر،2017،ص 67.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

غير عادي ولم يبين متى يكون ذلك، بخلاف القانون الصفقات العمومية المغربي الذي نص على أن العرض يكون منخفض بشكل غير عادي، إذا كان يقل عن أكثر من :

-خمس وعشرين (25 %) في المئة بالمسبة للثمن التقديري الذي وضعه صاحب المشروع بالنسبة لصفقات الاشغال،

-خمس وثلاثين (35%) في المئة بالمسبة للثمن التقديري الذي وضعه صاحب المشروع بالنسبة لصفقات التوريدات والخدمات غير المتعلقة بالدراسات¹ .

والغرض من حظر اختيار مثل هذه العروض، هو حماية الطلبات العمومية من مخاطر التنفيذ الغير المطابق لما هو وارد في العقد، أو التأخر في انجاز موضوع الصفقة موازنة مع التكاليف الممكن تحملها لاحقا من جهة، بالإضافة الى حماية السير الحسن للمنافسة في السوق، لأن خفض الأسعار وإن كان سيعود بالفائدة على المصلحة المتعاقدة على المدى القصير، فإن ذلك لن يدوم لأن ممارسة البيع بأسعار منخفضة من شأنه اقصاء المنافسين من السوق، وبالتالي بقاء مؤسسة وحيدة في السوق. وفي هذا الصدد، يرى القضاء الإداري في فرنسا ان العرض المنخفض بشكل غير عادي، تؤثر سلبا على أداء موضوع العقد المبرم على أساسها بما يتعارض مع المبادئ العامة للصفقات العمومية، التي تسعى ضمن ما تسعى اليه الى ضمان فعالية الصفقة العامة، وبالتالي ينبغي أن تدرس المصلحة المتعاقدة في حالة العرض المنخفض بشكل غير عادي الجدوى الاقتصادية للعرض من أجل اقصائه، في حالة كانت المبررات المقدمة من طرف صاحبه لا تثبت هذه الجدوى²، تجدر الإشارة في الأخير إلى أن هذا الحظر يشمل جميع أنواع الصفقات العمومية.

ثانيا : تأهيل العروض لمنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية.

إن مسألة تأهيل العروض المنخفضة بشكل غير عادي، تخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، من حيث إذا كان العرض المالي الإجمالي لمتعامل الاقتصادي المختار المؤقت، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرض المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع لأسعار، فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقوم عن طريق المصلحة المتعاقدة بطلب من المتعهد تقديم تبريرات

1 المادة 41، من القانون الصفقات العمومي المغربي، رقم 2، 12، 349، المؤرخ في 8 جمادى الأولى 1434، الموافق لـ 20 مارس 2013، الجريدة الرسمية، عدد 6140، الصادرة بتاريخ 04 أبريل 2013.
2 زكرياء محمد رقرافي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية.....، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كتابية عن السعر المنخفض، وبعد التحقق منها، تقترح اللجنة على المصلحة التعاقدية رفض هذا العرض، إذا اقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية¹.
ومن تم، فإن تقييم العروض المنخفضة بشكل غير عادي، لا بد أن تكون عبر اكتشاف الإنخفاض الغير العادي للعرض وطلب توضيحات من صاحبه، ثم التحقق منها وأخيرا تقدير تلك التفسيرات من حيث القبول أو الرفض من طرف المصلحة التعاقدية، وذلك نظرا لكون مبدأ حرية الاستثمار والتجارة لا يمكن وفقا له رفض عرض ما، لمجرد الإشباه في كون الأسعار التي يتضمنها منخفضة بشكل غير عادي، بما لا يمكن معه للمصلحة التعاقدية رفض العرض بدون طلب توضيحات وتفسيرات بشأنه، وفي هذا الشأن ترى محكمة عدل للمجموعة الأوروبية أنه يمنع الإقصاء التلقائي للعروض التي تعتبر منخفضة بشكل غير عادي²، خاصة من خلال اعتماد معايير رياضية معينة، دون منح المصالح التعاقدية إمكانية التحقق من تكوين هذه العروض عن طريق تقضي تفاصيلها من طرف أصحابها.

ثالثا: مؤشرات الكشف عن العروض المنخفضة بشكل غير عادي.

يمكن القول بأن عملية الكشف عن العروض المنخفضة بشكل غير عادي في مجال الصفقات العمومية، هي من اختصاص لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض التي تعتبر المرجع النهائي فيما يتعلق بنتيجة المنافسة³، وذلك تأسيسا على أنها اللجنة التي تجتمع لديها جميع عناصر الضرورية للبت في أفضل العروض بعد تقييمها والكشف عن العروض المنخفضة بشكل غير عادي، من خلال الإعتماد على مرجع الأسعار .

وقد أبانت الممارسات العملية أنه يتم قياس انخفاض السعر، على أساس أنه غير عادي بالنسبة لمستوى السعر المتوسط أو بالنسبة لتقدير الإداري للحاجات⁴ المعتمد من طرف المصلحة التعاقدية إذا كان ذلك ممكنا، بحيث أن الإنحراف عن هذه القيم يعتبر مؤشرا على أن الأسعار المقترحة منخفضة بشكل غير عادي، بالإضافة الى أنه يمكن للمصلحة التعاقدية أن تستأنس ببعض المعايير الأخرى، التي يمكن وفقا لها اعتبار العرض المقدم منخفض بشكل غير عادي مثل معيار

1 المادة 72، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 زكرياء محمد رقراقي، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية.....، المرجع السابق، ص 154.
3 المواد 71، 72، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
4 المادة 27، الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر..

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

آجال التنفيذ، بحيث لا يمكن تقديم عرض منخفض بالموازاة مع اقتراح آجال انجاز أقل بكثير من التوقعات المقدمة من المتنافسين الآخرين، والأمر نفسه ينطبق على معيار الوسائل المادية والبشرية التي تحوزها المؤسسة.

وفي كل الحالات، فقد يستطيع المتعهد المختار مؤقتا أن يستطيع أن يبرر انخفاض بعض مكونات عرضه، غير تواطؤه مع المصلحة المتعاقدة قد يمنحه لاحقا فرصة لإلغاء المواد، التي اقتراحها بأسعار منخفضة، فيكون اقتراحه لها مجرد وسيلة للفوز بالصفقة، لذلك يستحسن إعادة صياغة المادة 72 من تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، بإضافة فقرة تمنع العارض والمصلحة المتعاقدة من الغاء تسليم مواد ظهر بادئ ذي البدء ان أسعارها منخفضة بشكل ملفت للإنتباه، إلا بشرط تبرير الغائها امام لجنة الصفقات المختصة¹.

المبحث الثاني: تجسيد مبدأ المنافسة في شروط وإبرام الصفقات العمومية

تأطيرا للجو التنافسي الذي يمكن أن تخلقه مرحلة ابرام الصفقات العمومية، انصبت جهود المشرع الجزائري ومساعيه إلى تكريس المنافسة وتنظيمها عبر جملة من القوانين، ألزم من خلالها المصلحة المتعاقدة أثناء تحضيرها للصفقة العمومية مراعاة مبدأ حرية المنافسة في كافة إجراءات الإبرام، منها ما تعلق بالمرحلة تحديد الحاجات التي تسبق الإعلان عن طلب العروض²، بحيث تضع ذات المصلحة شروطا مسبقة للمشاركة في المنافسة، حتى تستطيع تحديد بدقة المتعهدين المؤهلين قانونا لتنفيذ المشروع، على أن تراعي المصلحة المتعاقدة في سبيل ذلك المساواة بين المترشحين، وعلانية جميع المعلومات المتعلقة بالمنافسة من اجل ضمان أكبر عدد ممكن من المتنافسين.

ولئن كان واجب الإعلان يعد خطوة أولى في طريق إلى المنافسة من الناحية الفعلية، فإن حرية التقدم للصفقات العمومية يعد التجسيد الفعلي لها ، وذلك بفتح المجال أمام المتعهدين المستوفون لشروط المنافسة المعلن عنها سابقا، ومن تمة دراسة هذه العروض تقنيا وماليا واختيار المتعاقدين على تنفيذ للصفقة، بحيث أن فسح المجال للمنافسة يجب أن لا يؤدي إلى التعسف في استعمال معناه، بل يجب أن تمارس داخل مجال يشمل أطرافا وجدت في مراكز متساوية من حيث نشاطها وكفاءتها، وهذا

1 خرشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، د. ط، د، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص 234.

2 المادة 27، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ما يبرر إحاطة حرية المشاركة في الصفقات العمومية بجملة من الشروط القانونية التي من شأنها إقصاء الأشخاص الذين لا تتوافر فيهم الضمانات المنصوص عليها قانونا.

ومما سبق ذكره، وضع المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة الإطار العام لإبرام الصفقة العمومية، بدء من تحديد الحاجيات ومدى نجاعتها، ووضع شروط المنافسة لتنفيذ تلك الحاجيات، وبين كذلك كفيات الإعلان عنها سواء كان ذلك بالطريقة التقليدية أو بالوسائل الحديثة (البوابة الإلكترونية)، إلا أنه في مقابل ذلك ليس كل من تتوافر فيه شروط المنافسة يمكنه المشاركة فيها، ذلك أن هناك من الإجراءات ما تجعل تلك المنافسة محصورة فئة محددة دون الآخرين (المطلب الأول)، وتكون إرادة المصلحة المتعاقدة متوقفة على أشكال المنافسة، التي بينها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على اعتبار أن طلب العروض هو قاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية¹ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ المنافسة في اختيار المترشحين بين الحرية والتقييد

باعتبار أن الصفقات العمومية من المجالات الحيوية لتدخل الدولة في تدبير الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام فقد عمل المشرع على إقرار جملة من المبادئ والإجراءات التي تؤدي بتكاملها ومجملها لتحقيق مبدأ المنافسة الحقيقية بين المتعاملين الإقتصاديين، وفي سبيل تحقيق هذا المبتغى، فقد نظمت الصفقات العمومية في الجزائر عبر مراحل مختلفة، بدءا من مرحلة ضبط وتحديد الإحتياجات بناء على تقدير ادري عقلائي، تعده المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في عملية إبرام، وتراعى فيه حدود اختصاص لجان الرقابة المختصة وكذا المواصفات التقنية للمشروع المراد تنفيذه، من قبل المتعامل الإقتصادي الذي يشترط ان يكون متمتعا بالكفاءة والقدرة المادية والمالية².

لتأتي مرحلة وضع شروط المنافسة كخطوة ثانية، تقوم فيها المصلحة المتعاقدة بإعداد ما يسمى بدفتر الشروط تبين فيه كيفية إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها في اطار الأحكام التنظيمية والتشريعية

¹ أنظر المادة 39، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، سالف الذكر.
2 المادة 01، من الأمر رقم 90/67، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر (ملغى)، والمادتين 05 و 20 من المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي السالف الذكر (ملغى)، والمادة 02 من ت رقم 93-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر (ملغى)، والمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر (ملغى)، والمادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (ملغى)، والمادة 53، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، سالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

المعمول بها، إلى جانب المعايير التي تتلائم مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته¹، ودون أن تكون موجهة نحو أي منتج معين بذاته.

ومن المعلوم أن طلب العروض هو حرية المنافسة والمساواة بين المشاركين في الصفقة، ولكن مبدأ حرية المنافسة لا يؤخذ على إطلاقه دائما، إذ ترد عليه استثناءات تعتبر في حد ذاتها ضمانات لجهة المصلحة المتعاقدة، وفي جانبه الآخر ضمانات للمشاركين في المنافسة أيضا، وهي القيود تعود إما نتيجة لتطبيق نص قانوني يمنح لبعض الفئات أو منتجا معين الأفضلية على حساب باقي المتنافسين أو المنتجات الأخرى، وإما لوجود قواعد قانونية تمنع بعض الفئات من الدخول في المنافسة التي تجريها الإدارات العمومية لأسباب تتعلق بالمتنافسين أنفسهم أو بعروضهم.

الفرع الأول: مرحلة التحضير المسبق للصفقة العمومية وأثرها على حرية المنافسة

حدد أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجموعة من المعطيات الواجبة الإلتباع خلال هذه المرحلة الهامة من حياة الصفقة العمومية، وذلك بضرورة تحضيرها قبل الإقدام على إبرامها، ويتعلق الأمر بمسألة تحديد الحاجيات والإعداد المسبق للمشاركة والإنتقاء أي إعداد دفاتر الشروط، ومسألة تحديد طرق إبرام الصفقة².

البند الأول : مظاهر تكريس حرية المنافسة في مرحلة تحديد الحاجيات

كأصل عام فإنه لا يعقل أن يشرع في الإنفاق دون التفكير المسبق في الحاجة، إلا أنه بالنظر إلى مسألة النفقات العمومية فإن تحديد الاحتياجات تصبح هامة وذات أولوية قصوى، ومن حيث أن الإنفاق العام في حد ذاته تضبطه قواعد قانونية وتنظيمية، فالمصلحة العامة تقتضي أن يكون الإنفاق لحاجة ملائمة ولغرض معين وقابلة للتنفيذ من جهة أخرى، معنى ذلك أن الإدارة ليست حرة في الإنفاق في كل الأوجه أي ما كانت³، ثم إنه يجب أن يكون المكلف بالإنفاق مختص بذلك، إضافة إلى وجود الإعتمادات المالية المخصصة لذلك المشروع، فضلا عن ذلك كله يجب أن تتم عملية الإنفاق بأساليب محددة في القانون والتنظيمات المعمول بها، بهدف الوصول إلى اقتناء أفضل الخدمات وبطرق حسنة وسليمة وحفاظا على المال العام، وتنطبق هذه الضوابط على كافة أنواع الصفقات العمومية مهما كانت طبيعتها.

1 المادة 79، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ،السالف الذكر.

2 المادة 27 ،من نفس المرسوم.

3 خرشي النوي،تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،ط،القبه القديمة،الجزائر،2011،ص22.

أولاً: إجراءات ضبط وتحديد الحاجات:

يمكن القول أن ضبط الحاجات تركز على الكفاءة في التخطيط والضبط والتأكد من عناصر ثلاثة لها ارتباط وثيق بالصفة وحسن تنفيذها، تتمثل هذه العناصر في إنجاز المشروع في الوقت المحدد وضمن الميزانية المخصصة ووفقا لمعايير التنفيذ اللازمة، إذن أن نجاح المشروع ومن بعده الصفة خاصة المرحلة المتعلقة التخطيط، وجود طرف تناط به مسؤولية هذا المشروع الأمر الذي يستلزم توافر المؤهلات الفنية والخبرات والإمكانات الإدارية الأساسية، والتي منها القدرة على التخطيط والتواصل الفعال واستخدام الوسائل العلمية للوصول إلى المعلومات من مختلف الجهات المشتركة في المشروع، والقدرة على تصحيح الأخطاء المتعلقة بالتصميم والدراسة في مرحلة التنفيذ إن وجدت، خصوصا أن الدراسات تشير إلى أن 50 % من مشاكل التنفيذ تتعلق بالتصميم¹.

1- مرحلة إحصاء وحصر الحاجات المراد تلبيتها:

تقوم هذه المرحلة على حصر الحاجيات المعبر عنها خلال السنوات السابقة²، وتراعي فيها المصالح المتعاقدة حدود اختصاص لجان الصفقات المختصة، مع الوجوب الأخذ بالقيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال فيما يخص صفقات الأشغال، وتجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات.

إذن تعتبر هذه المرحلة حجر الزاوية في تحديد الحاجات المطلوبة، وتقوم على مجموعة من العناصر وهي :

-إجمال الحاجات المعبر عنها للسنوات الماضية، وتقييم الأهداف التي تم التوصل إليها من خلال تلك الحاجات، وتسجيل النقائص التي عرفت كل عملية من تلك العمليات.

-الأخذ بعين الاعتبار التطور الحاصل في المجال الإقتصادي والإجتماعي، وهذا من خلال وجود فارق زمني بين الحاجات التي لبيت مسبقا والتي ستلبي في المستقبل، وهذا من حيث أسعار المواد والسلع وتطور حاجة المجتمع لمثل هذه الخدمات.

1 عبد الغاني بوالكر «سنا متغير، ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة ابرام الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد صديق بن يحي، جيجل، الجزائر، ص169.

2 المادة 27، الفقرة 04، من الرسوم الرئاسي 15-247 الذي جاء فيه، «.ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة استنادا إلى المواصفات تقنية و مفصلة تعد على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصاديا محدد».

على أنه يجب حصر الحاجات من قبل المصالح المتعاقدة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، وهذا أمر بديهي إذ يجب أن يكون هناك تحديد مسبقا لما تحتاجه المصالح المتعاقدة قبل الدخول في العملية التعاقدية، كون عملية تكون مرتبطة بما تحدد الإدارة كاحتياج لها، وهذا من أجل أن تكون مختلف العناصر المتعلقة بالصفقة، كذلك محددة تحديدا مسبقا والتحديد هنا يكون بدقة أي حصر هذه الاحتياجات حصرا دقيقا على يؤخذ بعين الاعتبار النتائج المسطرة ومختلف الصعوبات والعوائق المحتملة ونوعية الأشغال¹.

2-مرحلة تحليل المعطيات وضبط الحاجات بدقة

تقوم مرحلة التحليل على تناول كل المعطيات المتاحة للمصلحة المتعاقدة، بحيث تعمل هذه الأخيرة على تحليل مختلف الخيارات آخذة بعين الاعتبار النتائج، التي تصبو إلى تحقيقها باعتبارها أهدافا، كما تدرس مختلف العوائق المحتملة ونوعية الخدمات المقدمة أو الأشغال المبرمجة، ثم تحدد كل الأطراف التي يمكن أن تكون لها علاقة بالعملية، ويكون برنامج المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة قد حُدد بدقة من جوانب عدة كالأهداف، وآجال التنفيذ والصلاحيات التي تحكم مختلف العلاقات مع المتدخلين والشركاء، ومن خلال المبالغ المحددة التي تحتاجها المصالح المتعاقدة لتلبية تلك الحاجيات، يتحدد نوع الرقابة في حدود اختصاص المبلغ الإجمالي لأشغال العملية².

ثانيا: المواصفات التي تحكم تحديد الحاجيات :

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تضبط حاجاتها قبل اتخاذ أي إجراءات إبرام الصفقة العمومية، ويتم تحديد هذه الأخيرة بالاعتماد على مواصفات تقنية من خلال بيانات توضح الخصوصيات والمزايا التقنية، وتحديد الشروط والمتطلبات التي تراها المصلحة المتعاقدة ضرورية، من حيث الجودة والفعالية وذلك عن طريق الاختيار.

1- وثائق المتعلقة بإشباع حاجيات المصالح المتعاقدة:

تعتمد المصلحة المتعاقدة على مواصفات ووثائق معدة مسبقا مصادق عليها من طرف هيئات مؤهلة ومختصة، بالتنسيق مع المصالح العمومية الوظيفية أو الدولية المعتمدة تقنيا أو المعترف لها بالجودة.

1 عبد الغاني بوالكر، سناء متغير، ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص171.
2 نصت المادة 27، الفقرة 10 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: «في حالة تخصيص الحاجات فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود الاختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب إتباعها المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصص أو إجراء لكل حصة»، السالف الذكر.

2-المواصفات التقنية :

هي تلك المميزات والخصائص الفنية التي توضع في البطاقة الفنية للمشروع، وتستخدم المواصفات التقنية عادة عند إبرام عقد بخصوص الإشغال أو التوريدات أو الخدمات أو الدراسات، ومثال ذلك صفقة خاصة بإقتناء خرطوم المياه لمنطقة صحراوية، فيشترط هنا نوعية من الأنابيب التي تقاوم درجة الحرارة المرتفعة¹، أو أن تتعاقد المصلحة المتعاقدة على نوع من السيارات ذات الخصائص التقنية كالقوة والصلابة، أو حتى الخصائص البيئية، كأن تكون سيارات صديقة للبيئة تعمل مثلا بالطاقة الشمسية.

البند الثاني: الإجراءات المتعلقة بإشباع حاجيات المصالح المتعاقدة.

حتى تصل المصلحة المتعاقدة إلى تحديد دقيق للحاجات، وضع المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جملة من الإجراءات التي ينبغي اتباعها لتحقيق النجاعة في الطلبات العمومية.

أولا : الدراسات المسبقة للمشروع

يقصد بها مجموع الدراسات التي تقوم بها الإدارة قبل تنفيذ أي مشروع ، تسمح لها من تقدير دقيق للاحتياجات المطلوبة ما يجعلها تتخذ القرار النهائي بتنفيذ المشروع بصفة سليمة من الأخطاء وانجاز المخططات المطلوبة بكل وضوح، ولما كانت الدراسات بهذه الأهمية كان لزاما على المصالح المتعاقدة اختيار مكاتب دراسات مؤهلة أو متخصصة بالنظر إلى كل مشروع، كما تعمل على إيجاد نوع من التوافق بين الهيئة المتعاقدة وهذه المكاتب، مما ضمن الحصول على دراسات دقيقة تساهم في التمهيد للمشروع تمهيدا صحيحا².

1- دراسة جدوى المشروع:

من الأمور التي تسبق أي مشروع سواء أكان عاما أو خاصا هو دراسة جدوى هذا المشروع، بمعنى القيام بسلسلة من الدراسات المتكاملة المعتمدة على عدة إختبارات وتقديرات، للحكم على مدى صلاحية المشروع في ظل التوقعات المتعلقة بالتكاليف والمنافع المباشرة والغير المباشرة³.

1 عبد الغاني بوالكر، سناء متغير، ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 170.

2 نفس المؤلف ، نفس المرجع ، ص 176.

3 عبد الكريم يعقوب، دراسات جدوى المشروع، ط، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 1.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ومن أجل أن تكون الطلبات العمومية ذو نجاعة ألزم المشرع المصالح العامة القيام بدراسة موضوع الصفة بدقة، كما ألزمها القيام بالعديد من الاستشارات بغرض إنجازها بالطريقة السليمة التي تطابق الشروط والمواصفات المطلوبة، ودراسة الجدوى لا ترقى إلى درجة الاستشارة الإلزامية أو الإذن بالتعاقد، وبالتالي لا يترتب على مخالفة الإدارة لهذه الضوابط سوى مسؤولية ممثل المصلحة المتعاقدة أمام الجهات الوصية¹.

2- دراسة الملائمة الخاصة بالمشروع

تتمحور هذه الدراسة حول قيمة المشروع المراد إنجازه، أي نسبة التكاليف المخصصة له والفوائد الاقتصادية التي ستجنى من وراء تنفيذه، بالإضافة إلى الدور الاجتماعي لهذا الأخير وهو مجموع الخدمات، التي يعمل على تقديمها للمواطنين ومساهمته في تقليص الأعباء الاجتماعية للدولة، وكنتيجة لهذه الدراسة يمكن تحديد الإيجابيات والسلبيات الناتجة على المشروع، وهذا من خلال ربطها بالأهداف التنموية، التي تصبو إلى تحقيقها الدولة سواء مركزيا أو محليا.

وترتبط دراسة الملائمة بدراسة الحصيلة المالية والمادية التقديرية للمشروع أو البرنامج مع تحديد الأهداف الواجب بلوغها وآجال الإنجاز مع إبراز الظروف التي يتم فيها إنجاز هذه المشاريع، هذه الدراسة تمس فقط المشاريع حسب الأولوية والجدول الزمنية لتمويلها مع مرافقة كل مشروع ضخم بمقترح يبيّر أهميته ويبرز درجة التقدم في دراسته.

3- دراسات المتعلقة بنضج المشروع

يقصد بدراسات نضج المشروع مجموع الدراسات التي تسمح من التأكد أنه من شأن المشروع أن يساهم في التطور الاقتصادي والاجتماعي على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي، وأن الأشغال المتعلقة بإنجازه مهياة للانطلاق في الظروف المثلى للكلفة والآجال².

وتتم دراسات النضج لمشروع التجهيز عمومي على ثلاث مراحل، بحيث تقام دراسات تحديدية ثم تليها الدراسات الخاصة بإمكانية تنفيذ المشروع، ثم قيام بدراسات خاصة بتحضير إنجاز المشروع وطريقة استغلاله، ولا يكون موضوع تسجيل للإنجاز بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز أي تجهيز عمومي

1 المادة 05، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 06، من ت رقم 09-148، المؤرخ في 02 مايو 2009، ج، ج، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 03 مايو 2009، يعدل ويتمم م ت رقم 98-227، المؤرخ في 13 يوليو 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج، ج، ج، العدد 51، المؤرخة في 15 يوليو 1998.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

للدولة، ممرضا كان أو ير ممرضا إذا لم يتم استكمال دراسات تنفيذ هذا المشروع بعد واستلامها والموفقة عليها.

البند الثالث: تسجيل المشروع ضمن قائمة المشاريع القابلة للإنجاز:

بعد استيفاء مختلف الدراسات التي تمت الإشارة إليها سابقا واكتمال النضج الكافي للمشروع، تأتي مرحلة التسجيل، وفي هذا الإطار يجب أن يشمل الملف التقني للمشروع المطلوب تسجيله إجباريا، عرض تقرير يتضمن أسباب تقديم المشروع، وكذا ضرورة تقديم بطاقة تقنية تتضمن المحتوى المادي والكلفة بالدينار و/أو بالعملة الصعبة وآجال الإنجاز والدفع، إلى جانب نتائج المنافسة طبقا ل تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وتقديم التزام بضروة التنسيق بين القطاعات إذا كان المشروع المراد إنجازه له علاقة بعدة قطاعات مع الاعتماد على استراتيجية التنفيذ بتشجيع اللجوء إلى الوسائل والمواد المحلية في ظل احترام الأهداف المسطرة للتنمية¹.

ويقوم الوزير المختص أو مسؤولي المؤسسات والإدارات المختصة بدراسة الملف على أساس العناصر المذكور سابقا، ويترتب على اعتماد انجاز المشروع المقرر من الوزير أو المسئول المختص في حالة قبول المشروع، تفريد المشروع باسم الأمر بالصرف المكلف بالإنجاز في حدود المحتوى المالي ورخصة البرنامج المتصلين بذلك والملحقين بمقرر البرنامج، وعليه تسجيل جميع النفقات العامة لتجهيز، والتي يمكن أن تكون كالاتي:

أولا: بالنسبة للبرامج المركزية:

يقوم الوزير في كل دائرة وزاري أو مسئول الإدارة المختصة أو المؤسسة المشغلة ماليا، بتسجيل وإعادة تقسيم أو غلق أو تعديل المشاريع والبرامج ، كما يمكن للوزير المكلف بالمالية اتخاذ هذا الإجراء بالنسبة للإدارات المتخصصة والمؤسسات المستقلة ماليا².

ثانيا: بالنسبة للبرامج غير الممركزة:

تخص البرامج القطاعية غير الممركزة، والتي تكون برامج التجهيز المسجلة باسم الوالي، وقد نصت عليها المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 98-227 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، بحيث تفرد بعنوان البرامج القطاعية غير الممركزة إلا المشاريع التي بلغت الاكتمال الكافي، الذي يسمح بالانطلاق

1 المادة 09، من م ت رقم 98-227، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 04، من نفس المرسوم.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

في إنجازها خلال السنة، وفي هذا الإطار يتعين معرفة الأرض التي سيقام عليها البناء وآجال الإنجاز والدفع، ونتائج طلب العروض أو الإستشارات المتصلة بالعملية المعنية طبقا لـ تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

وأما بالنسبة للبلدية فيسهر الوالي حسب الطرق القانونية على تبليغ عمليات تجهيز برامج التنمية البلدية أو تعديلها، وتبلغ للمجلس الشعبي البلدي بصورة شاملة بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية حسب الإجراءات المقررة، ويكلف الوالي بعد استشارة المصالح الولائية المختصة بتوزيع هذه الإعتمادات، حسب الأبواب والبلديات مع مراعاة توجيهات التنمية وأولوياتها².

ثالثا: برامج البلديات للتنمية (P.C.D) programmes communaux de developpements :

هو عبارة عن مخطط شامل للتنمية في البلدية، جاء لتكريس مبدأ اللامركزية على مستوى الجماعات المحلية، مهمته توفير الحاجيات الضرورية للمواطنين ومنها على وجه الخصوص التزويد بماء الشرب والتطهير والطرق والشبكات وفك العزلة، وتعد هذا البرامج المصالح الولائية المختصة، بعد استشارة المصالح التقنية المحلية المعنية، ثم يوزع طبقا للقانون حسب الباب والبلدية المتواجدة في الولاية مع تفضيل البلديات المحرومة³، ويتم التمويل عن طريق رخصة برنامج إجمالية مبلغة من طرف وزير المالية بعد استشارة الوزير المكلف بالجماعات المحلية، ثم تبلغ إلى البلديات عن طريق الوالي لغرض التنفيذ، زيادة على ذلك فإن للبلديات موارد مالية أخرى تساعدها في تمويل هذه النوع من المشاريع وهذا يأتي إما من ميزانية البلديات الخاصة بها "التمويل الذاتي" وإما عن طريق الإعانات أو الاقتراض.

الفرع الثاني: تكريس المنافسة في مرحلة الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء.

لما كان طلب العروض استدراجا للعطاءات ووضع أصحابها موضع المنافسة، فإنه يصبح من الضروري إعلام هؤلاء المتنافسين بقواعد المنافسة وكيفيات تقييم مشاركتهم فيها، ويضمن تبيان جوانب المنافسة هذه دفاتر الشروط، التي توضع بصفة محينة ودوريا، وتبين فيها الشروط التي تبرم وتتخذ وفقها الصفقات العمومية⁴، على أنه يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في هذا الشأن على

1 المادتين 16 و 17، من م ت رقم 98-227، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، المعدل والمتمم، سالف الذكر.

2 المادة 22، من نفس المرسوم.

3 المادة 21، من م ت رقم 09-148، يعيد ويتمم م ت رقم 98-227، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، سالف الذكر.

4 المادة 26، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، سالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

قواعد المنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تتركز هذه القواعد على وجه الخصوص، الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء التي تحددها دفاتر الشروط¹.

البند الأول: مفهوم دفتر الشروط وأنواعه.

باعتبار الصفقة العمومية عقد من عقود الإذعان، فإن الإدارة تقوم قبل الإعلان عن النداء للمنافسة، بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بالصفقة بإرادتها المنفردة وفقا لما يسمى بدفتر الشروط، والذي يعد بمثابة عقد ملزم للإدارة وللمتعامل المتعاقد على حد سواء².

أولا: تعريف دفاتر الشروط

بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف دفتر الشروط واكتفى بالنص عليها عند كل إعداد الصفقة، مما حدا بالفقه إلى محاولة تعريفها، فبعضهم يعرف دفاتر الشروط على أنها: "هي عبارة عن دفتر يحتوي على التزامات كل من الطرفين وحقوق كل منهما، وهو يعتبر نصوص لائحة، محددة بقرار إداري غير قابل للمناقشة ودفتر الشروط من وسائل القانون العام³، وآخرون يعرفونها بأنها: "وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة، بمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها، والإدارة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل خبرتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إدارتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة⁴.

من خلال هذه التعاريف، نجد أن دفتر الشروط هو عبارة عن وثيقة رسمية مكتوبة تضعها المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، تبين فيها قواعد المنافسة وشروط المشاركة فيها، وكذا كيفية اختيار المتعاقد معها، كما تتحدد فيها الأشكال والأساليب المطلوبة لتقدير مطابقة المنتج المطلوب أو الأشغال المراد إنجازها.

وتهدف دفاتر الاعباء إلى بيان شروط والمعلومات والمواصفات، التي ستجرى على أساسها التعاقد، فمن الصعب على جهة الإدارة أن تضمن الإعلان كل الشروط والمواصفات لذلك التجأت

1 المادة 09، من قانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم، بالقانون بالأمر 10-05، المؤرخ في 26 غشت 2010، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 أوت 2011، ج، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 10 غشت 2011.

2 نادبة تياب، كريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، مداخلة قدمت ضمن الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 12.

3 عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 215.

4 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، المرجع السابق، ص 242

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

التشريعات المقارنة الى اعداد كراسة بالشروط والمواصفات للإحالة اليها، فهي مصدر الإلتزام بين الطرفين المتعاقدين، لذلك فمن هذه الدفاتر ما هو عام لكل المناقصات كونه يتضمن كافة الشروط المطلوبة والإجراءات الإدارية لكافة مراحل الصفقة (دفتر الشروط العامة)، ومنها ما يكون دفتر شروط خاص للصفقة، ومما ما يكون مشتركا بين جميع الصفقات العمومية¹.

ثانيا: انواع دفاتر الشروط.

أشارت المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق ب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، إلى أن كل صفقة عمومية يجب أن تشير إلى دفتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة وكذا دفاتر التعليمات الخاصة، هذه الدفاتر تشكل جزء لا يتجزأ من الصفقة العمومية، وتوضع تلك الدفاتر بصفة محينة ودورية².

1- دفاتر البنود الإدارية العامة (CCAG): cahier des clauses administratives générales

يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية ذات الطبيعة الواحدة، التي تبرمها إدارة معينة من عقود الأشغال أو عقود التوريد مثلا وهي شروط دائمة³، وكان القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، يعتبر المرجع القانوني الأول لدفاتر البنود الإدارية العامة⁴، إلا أنه ألغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20 مايو 2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال⁵، وجاء في تبرير هذه المرسوم أن هذا الدفتر يطبق على كل صفقات العمومية للأشغال التي يجب أن تتخذ كمرجع⁶، ويفهم من ذلك دفتر الشروط هذا يخص ميدان الأشغال فقط ، غير أنه وبالرغم من الإختلاف البين بين المجالات المتعددة ، إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،لجأ إلى تعميم تطبيق هذه الدفاتر على مجالات أخرى غير المجال الذي حررت أولا من أجلها⁷.

1 عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية " دراسة قانونية"، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 183.

2 المواد 26، 95، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بت ص ع و ت م ع .السالف الذكر.

3 عامر نعمة هاشم، المرجع السالف، ص 183.

4 القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتعلق ب دفتر الشروط الإدارية العامة (C.C.A.G)، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، السالف الذكر.

5 م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.

6 المادة 01، م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.

7 المادة 26، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وتقوم كل وزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح المختصة بإعداد مسبق لهذه الدفاتر، مثال ذلك دفتر الشروط لوزارة الأشغال العامة، التي تطبق على كل عقود الأشغال الموافق عليها، بموجب مرسوم تنفيذي وهي تتضمن قواعد لائحية عامة ومجردة.

2- دفتر التعليمات المشتركة (CPC) : cahier des prescriptions communes

يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على الصفقات العمومية، التي هي من نوع واحد كالأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، ويجب ألا تخالف هذه الشروط في مضمونها أحكام البنود الإدارية العامة¹، لكن الشروط التقنية في الصفة العمومية هي نظريا نوعان: شروط تقنية خاصة تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام لعقد معين أو بالعقد الذي يراد إبرامه، أما الشروط العامة الفنية أو التقنية، فهي التي تتضمن شروطا ذات طبيعة فنية، وفي غياب دفتر الشروط المشتركة المصادق عليها بقرار من الوزير المعني، فإن الشروط التقنية الخاصة بالصفة تكون عموما في الملحق تقني لدفتر التعليمات الخاصة مثل الكشف الوصفية، نقاط حساب والوثائق التبريرية.

3- دفاتر التعليمات الخاصة (CPS) cahier des prescriptions spécials :

يقصد بها الوثيقة التعاقدية التي تحدد الإتفاقات الإدارية والتقنية والمالية الخاصة بكل صفقة عمومية للأشغال وكذا الملاحق المرتبطة بها، والتي تشكل جزء لا يتجزأ منها²، فهي تحتوي على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه، وهي تكمل ما يكون من نقص في النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة إلى العقد محل الإبرام³، ويشترط في دفتر الشروط الخاصة ان تكون مطابقة للأحكام والقوانين والأنظمة النافذة، ومتفقا مع المبادئ القانونية العامة⁴، وقد رفض ديوان المحاسبة العمومية في لبنان مشروع معروض عليه لعدم مطابق بين العرض المقدم ودفتر الشروط الخاصة بالمشروع⁵.

ونظرا لتعدد دفاتر الشروط واختلاف أنواعها، فإنه قد يثور تساؤل حول مدى امكانية مخالفة دفاتر الشروط الخاصة لما هو وارد في دفاتر البنود الإدارية العامة من ضوابط وأحكام، وقد اتجه أغلب الفقهاء الى الإتفاق على القاعدة المتبعة في هذا الشأن، وهي أن الأحكام الواردة في دفاتر

1 هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 141.
2 المادة 08، من م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.
3 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، د. ط، دار الفكر العربي، للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2005، ص 363.
4 وسيم نقولا أبو سعد، رقابة ديوان المحاسبة المسبقة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 209.
5 عامر نعمة هاشم، المرجع السابق، ص 183-184.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الشروط الخاصة يمكنها ان تعدل الأحكام الواردة في بدفاتر الشروط العامة، وذلك إعمالا للقاعدة: "الخاص يقيد العام".

وانطلاقا من هذه القاعدة ،يمكن القول أن المصلحة المتعاقدة تستطيع وفقا لإمكانيات السلطة العامة أن تعدل الأحكام الواردة بالشروط العامة ،بشرط أن يكون التعديل في الإطار المسموح به قانونا¹، وهو ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بالقول : " إذا تضمنت الشروط الخاصة الملحقة بالشروط العامة أحكاما خاصا...فإنها تكون هي الواجب التطبيق دون النص اللاتحي أو النص العام، إذ أن من المبادئ المسلم بها أن الخاص يقيد العام.."².

وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على إجازة مثل هذه المخالفة ،انطلاقا من مبدأ الحرية التعاقدية الذي يسمح للأطراف أن يضمنوا العقد كل ما يرونه ملائما لطبيعة الرابطة التعاقدية، بلى ان المشرع الفرنسي نص في قانون الشراء العام على امكانية هذه المخالفة بشرط أن يشار بوضوح الى الاحكام التي تمت مخالفتها وإلا اعتبرت كأن لم يكن³.

وأما المشرع الجزائري، فقد نص على أنه يمكن ترخيص بصفة استثنائية، تطبيق أحكام مخالفة لبعض أحكام دفتر البنود الإدارية العامة التي تتعلق بخصوصيات محددة لكل فئة من الأشغال و/أو لكل دفتر التعليمات الخاصة، وفي هذه الحالة تدرج مادة في دفتر التعليمات الخاص يجب أن تحدد فيها قائمة الأحكام ،التي يمكن مخالفتها والتي تخصص لها أحكام مختلفة و/أو تكميلية⁴.

البند الثاني: إجراءات إعداد دفتر الشروط وطبيعته القانونية

يعد الإعداد المسبق لدفتر الشروط جزءا أساسيا في تكوين الصفقة، وأهم صورة تتجسد فيها المنافسة، ذلك أنه وفقا لمبدأ الإعداد المسبق لدفتر الشروط يتعين على المصلحة المتعاقدة تحديد جميع الجوانب المرتبطة بالصفقة المراد إبرامها، وكذا البحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة مسبقا، ويتم وضع دفتر الأعباء تحت تصرف المترشحين⁵.

ونظرا لهذا الطابع الشامل والمؤثر لدفتر الشروط لكل جوانب الصفقة العمومية، فإن له أثر بارز على ضمان احترام المبادئ الأساسية لنجاعة الصفقة العمومية⁶، وقد اختلف فقهاء القانون في

1 نبيل أزرايب، سلطة الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص ص 25-26.

2 مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري.....، المرجع السابق، ص 455.

3 محمد سامر دغمش، نظرية البطلان في العقود الإدارية دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2018، ص 170.

4 المادة 02، من م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.

5 المواد 59، 63، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

6 المادة 05، من نفس المرسوم.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

تحديد الطبيعة القانونية للشروط المكونة لدفتر الأعباء، حيث رأى البعض منهم بأنها ذات طابع تعاقدى والبعض الآخر رأى بأنها ذات طابع لائحي.

أولا : إجراءات إعداد دفتر الشروط.

تقوم المصلحة المتعاقدة بإعداد دفتر الشروط قبل النداء للمنافسة وبصفة منفردة باعتبارها سلطة عامة وحتى بالنسبة لأسلوب التراضي، وقد حرص المشرع في تنظيم الصفقات العمومية والقانون رقم 06-01 المتعلق بـ و ف م على الإعداد المسبق لدفتر الشروط، وهذا حرصا على الشفافية والوقاية من وقوع جرائم المال العام عموما، وجريمة الرشوة والمحاباة على وجه الخصوص، ويتم إعداد دفتر شروط وفق الإجراءات الآتية :

1- إدراج المواصفات والشروط العامة للمنافسة

تعتبر مرحلة ادراج المواصفات المطلوبة في الدعوة للمنافسة أساسية في اعداد دفتر الشروط، والتي تختلف بحسب نوع الصفقة المراد ابرامها، فإذا كانت تتعلق بصفقة أشغال وجب وصف الأشغال في ما إذا كانت تتعلق بإنجاز منشأة أو بناء أو هندسة مدنية أو أشغال شبكة مختلفة¹، وتدرج المصلحة المتعاقدة فترة تحضير الأشغال من عدمه في دفتر الشروط و/أو في ملف استشارة المؤسسات أثناء تحديد الإحتياجات وكذا في دفتر التعليمات الخاصة أثناء تحديد الإحتياجات التي يجب تلبيتها²، أما إذا تعلق الأمر بصفقة توريد، فإنه وجب وصف المنقولات أو المواد المراد اقتنائها دون ذكر العلامة الخاصة بالمنتج محل الإقتناء، كذلك بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات.

كما تدرج الوثائق الإدارية النموذجية ضمن دفتر الشروط، والتي يتعين على المتعهد الراغب في المشاركة ملاءها والتوقيع عليها، ويتعلق الأمر التصريح بالنزاهة والتصريح بالإكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة³، كما يتعين تحضير الوثائق الخاصة بطلب العروض أو عند الإقتضاء بالتراضي بعد الإستشارة، التي يجب أن تكون في متناول المترشحين، والتي يجب أن تحتوي على جميع المعلومات الضرورية، التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة .

1 المادة 05، من م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.

2 المادة 29 ، من نفس المرسوم.

3 القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالإكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة، ج، ر، ج، ج، العدد 17، المؤرخة في 16 مارس 2016.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كما يتم وضع بنود تتعلق بالتزامات المتعاقد، مبلغ الكفالة¹، التعويضات، والعقوبات وشروط فسخ العقد بعد توجيه إعدار المتعامل المتعاقد²، وكذا التسبيقات التي يستفيد منها المتعاقد حسب كل نوع من أنواع تسديد الصفقة³، والبنود المرتبطة بالضمانات المالية ككفالة حسن التنفيذ⁴، وكفالة الضمان وكيفية استرجاع الضمانات، وحالات فرض عقوبة التأخير وإجراءات حسابها⁵، ومن الأحكام العامة التي توضع في دفتر الشروط أيضا تلك المتعلقة بتنظيم حالات القوة القاهرة⁶.

تجدر الإشارة إلى أنه بعد وضع دفتر الشروط تحت تصرف المتعهدين، يمنع على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بتعديل المواصفات الفنية، بحجة أن هناك مواصفات حديثة ظهرت في السوق لم تكن موجودة وقت إعداد دفتر الشروط وإن كان ذلك في صالح الجهة الإدارية، لأن هذا سوف يقضي على مبدأ تكافؤ الفرص، وإذا أرادت المصلحة المتعاقدة بتعديل المواصفات لوجود أخرى حديثة، فإنه يتعين عليها أن تقوم بإلغاء المنافسة ثم تعيد طرحها بدفتر شروط يشمل كافة التعديلات المطلوبة، ولكن بدون أن تكون هذه التعديلات تنطبق على منتج بذاته أو أشخاص بذواتهم وذلك تحقيقا لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص.

2- المصادقة على دفتر الشروط

تعد المصادقة على دفتر الشروط مظهرا من مظاهر ممارسة السلطة العامة والرقابة الداخلية⁷، الداخلية⁷، وفي هذا الشأن نجد أن المشرع الجزائري نصب لجان على كافة المستويات وفي جميع القطاعات المعنية، أو بالأحرى لجان متخصصة للمصادقة على دفاتر الشروط واعتمادها⁸، قبل الإعلان عن طلب العروض لتصبح قابلة للتنفيذ، وينتج عن المصادقة على دفاتر الشروط ثلاث أوضاع نذكر منها:

-**القبول:** وذلك بالموافقة بالإجماع من طرف أعضاء اللجان، وبهذا يدخل الشروع حيز التنفيذ مباشرة.

1 المادة 125، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادتين 149 و150، من نفس المرسوم.

3 تنص المادة 109، من نفس المرسوم، على أنه: " يقصد في مفهوم المادة 108 أعلاه بما يأتي:

-التسبيق: هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة،

-الدفع على الحساب: هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة،

-تسوية على رصيد الحساب، هو الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضى لموضوعها".

4 المادة 133، من نفس المرسوم.

5 المادة 147، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

6 تنص المادة 112، من نفس المرسوم، على أنه: " في إطار الصفقة العمومية للأشغال، لا يمنح للمقاول أي تعويض عن الخسائر والأضرار والتلف الناجمة عن إهماله وعدم تبصره وغياب الوسائل لديه أو أخطاء ارتكبها، ويجب على المقاول أن يتحمل على نفقاته وعلى مسؤوليته كافة التدابير الضرورية التي تحول تأثر أو تضرر التميمينيات والعتاد وتجهيزات الورشة وكذا المنشآت قيد البناء من جراء العواصف والسيول والأمواج وكل الظاهر الطبيعية الأخرى التي يمكن عادة توقعها، في الوقت والمكان الذي يتم فيه تنفيذ الأشغال.

7 المادة 156 وما يليها، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

8 المواد من 169 إلى 175، من نفس المرسوم .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المناقشة وفقا للنصوص القانونية

-**التحفظ:** يكون ذلك في وجود آراء يبدها أحد أعضاء اللجنة أو كلهم على دفتر الشروط، ويتم تدوينها في محضر اجتماع اللجنة، ويعاد تنظيم اجتماع اللجنة من التأكد رفع تلك التحفظات من أجل المصادقة على دفتر الشروط.

-**الرفض:** يكون ذلك في حالة وجود أسباب جوهريّة تستدعي رفض اللجنة لدفتر الشروط، ويعاد إعداده مرة أخرى بناء على طلب اللجنة، التي تجتمع مرة أخرى من أجل المصادقة عليه¹.

ثانيا: طبيعة القانونية لدفاتر الشروط"

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط الإدارية، فيما إذا كانت الشروط التي تحتويها ذات طبيعة تعاقدية أو ذات طبيعة تنظيمية لائحية، والآثار التي يترتبها القانون عليها.

1- دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية

يرى جانب من الفقه أن دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية، لأنها تتضمن مجموعة من الشروط والمواصفات التي قد النص عليها في العقد، وبذلك تصبح هذه الشروط والمواصفات جزءا لا يتجزأ منه، طالما أشير إليها صراحة في العقد، الأمر يؤدي إلى سريان كل ما تضمنه دفتر الشروط من بنود على العقد، وتكون ملزمة للمتعاقل بمجرد توقيعه على العقد².

وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به الأستاذ عمار عوابدي حيث يرى: " أن دفتر الشروط ذو طابع تعاقدية وليس تنظيمي ، لأنه سيصبح شريعة المتعاقدين بمجرد إبرام العقد، ورغم أن المصلحة المتعاقدة تملك سلطة الإعداد الإفرادي لهذه الدفاتر، من حيث صياغة ووضع الشروط والأحكام التعاقدية بينها وبين المتعاقل المتعاقد، إلا أنها لا يجوز لها تعديل هذه الشروط بعد الموافقة عليها من المتعهد، وتصبح خاضعة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ومن خلال دراسة مجموعة من العقود الإدارية، نجد أنه لا يمكن الأخذ بهذا التكييف القانوني على إطلاقه لكافة العقود المبرمة من طرف المصلحة المتعاقدة، لأن هناك بعض العقود الإدارية ومن بينها عقد الامتياز تتسم بالطابع المركب، إذ تكون بعض شروطه ذات طبيعة تعاقدية والبعض الآخر ذا طبيعة تنظيمية³.

1 المادة 195 ، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص و ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 نبيل إزرايب، المرجع السابق، ص 26.

3 مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة نشاطها وأموالها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 170.

2-دفاتر الشروط ذات طبيعة لائحية.

إن الشروط التي تتعلق بإبرام العقد هي الشروط التي توضح لرجال الإدارة كيفية إبرام الصفقة، وتعتبر بطبيعة الحال ذات طبيعة لائحية *les règles réglementaires*، باعتبارها صادرة عن الوزير، ولما كانت كيفية التعاقد مبنية في العادة على القرارات واللوائح المنظمة للمنقصات والمزيدات العامة، فإن معظم ما يرد في دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص هو من قبيل الأوامر والإجراءات الداخلية، التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد، وإن عرضت مخالفتها للعقاب الإداري¹. أما المشرع الجزائري فقد اعتبر دفاتر الشروط ذات طبيعة تعاقدية، وهو ما أشارت إليه المادة 147 الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بالقول: "تحدد الأحكام التعاقدية نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط"، كما يجب أن تشير كل صفقة عمومية إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما،...، الإشارة إلى دفتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزءا لا يتجزأ منها²، إذن المشرع الجزائري يعتبر دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات العمومية جزء لا يتجزأ منها.

الفرع الثالث: تكريس المنافسة في مرحلة الإعلان عن الصفقة

يعتبر الإعلان قديم قدم الإنسان على هذه الأرض، ووجد منذ أن بدأ يمارس فيها مختلف نشاطات حياته³، والإعلان بذلك ظاهرة تعرضت لتطورات عديدة ارتبطت بالتغيرات الاجتماعية والإقتصادية عبر مختلف العصور والحضارات، وقد اختلفت أساليب الإعلان من النداءات إلى الكلمات والعبارات المزخرفة، لينتقل بعدها -الإعلان- إلى الدوريات والملصقات والافتات، ثم استخدام جوانب السفن للإعلان عن السلع، وهذا بعد اكتشاف الطباعة وظهور الصحافة المكتوبة وانتشار الكتب⁴، وزاد الإعلان انتشارا وتطورا بصورة واضحة في القرن التاسع عشر، بفضل اكتشاف الآلة البخارية وما نتج عن ذلك من ازدهار الصناعة وظهور الشركات الكبرى، وفي القرن 20 تطور الإعلان تطورا ملحوظا بسبب استخدام التقنية الحديثة في تصميم وإخراج الإعلان في الصورة التي نشهدها اليوم⁵.

1 سليمان محمود الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 362.

2 المادة 95، المطة 11، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 أحمد عيساوي، الإعلان من منظور الإسلامي، كتاب الأمة، ط1، العدد 71، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1999، ص 37.

4 زهير عبد اللطيف عابد، مبادئ الإعلان، د ط، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 19.

5 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 20.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وما الإعلان في مجال الصفقات العمومية إلا عملية اتصالية، شأنه في ذلك شأن أية عملية اتصالية لها أركانها الرئيسية، بدءا من المرسل الذي هو المصلحة المتعاقدة، فالرسالة التي تتمثل في موضوع الصفقة أو المشروع المراد إنجازه، فالوسيلة التي هي الجرائد اليومية أو البوابة الإلكترونية، فالمرسل إليه الذي هو المتعامل الاقتصادي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، والذي يفترض فيه شروط المشاركة في المنافسة¹.

البند الأول : مفهوم الإعلان وأهميته في الصفقات العمومية

تعددت تعاريف التي صيغت حول مصطلح " الإعلان "، من المهتمين والباحثين في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والإعلامية، بحيث تشابهت تلك التعاريف في بعض الجوانب إلى حد التطابق، واختلفت في بعضها تماما².

أولا : تعريف الإعلان :

لتكوين فكرة واضحة و دقيقة حول الإعلان عن الصفقة العمومية، لابد من وضع تعريف له من الناحية اللغوية والإصطلاحي،.

1- التعريف اللغوي:

جاء في لسان العرب: العلان والمعالنة والإعلان: المجاهرة، والإعلان في الأصل إظهار الشيء، واعتلن الأمر إذا اشتهر والعلانية خلاف السر وهو ظهور الأمر³، ونستفيد من ذلك أن الجهر والإعلان والإظهار والإشهار يكونوا على عكس الإسرار والإستخفاء، أي أن الإعلان هو إظهار الشيء أو الأمر، وإفشاء وجوده يكون معلوما لدى الآخرين⁴.

وقد ورد في القرآن الكريم كلمة الإعلان في كثير من المواضع نذكر منها قول الله عزوجل :
وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُسِرُّونَ وَمَا تُعْلِنُونَ⁵، وقوله تعالى: " رَبَّنَا إِنَّكَ تَعْلَمُ مَا نُخْفِي وَمَا نُعْلِنُ ۗ وَمَا يَخْفَىٰ عَلَى اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ " ⁶، وقوله تعالى أيضا : " ثُمَّ إِنِّي أَعْلَنْتُ لَهُمْ وَأَسْرَرْتُ لَهُمْ إِسْرَارًا " ⁷، هذا من حيث المدلول اللفظي .

1 أحمد عيساوي، الإعلان من منظور الإسلامي، مرجع سابق ، ص 61.

2 منى حديدي ، الإعلان، دار المصرية اللبنانية ، ط 2، القاهرة ، مصر ، 2002، ص 15.

3 محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص 283 .

4 عبد الرزاق محمد الدليمي، الإعلان في القرن الحادي والعشرين، ط 1، دارالبيازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2019، ص 65.

5 الآية 19، من سورة النحل.

6 الآية 38، من سورة إبراهيم.

7 الآية 09، من سورة نوح .

2-تعريف الإصطلاحي:

في المفهوم الإصطلاحي ،اختلف الباحثون في تعريف الإعلان، فكل منهم يعرفه من وجهة نظرة الخاصة به معتمدا على فهمه له ،وسنحاول تبين بعض التعاريف تباعا، فقد عرفته دائرة المعارف الفرنسية بأنه:" مجموعة الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بمنشأة تجارية أو صناعية وإقناعه بإمتياز منتجاتها والإيعاز إليه بطريقة ما بحاجته اليها، وعرفه ستاستون Stanton بأنه:" هو كافة الأنشطة التي تقدم كمجموعة بطريقة غير شخصية- مرئية أو شفوية- عن طريق رسالة معلومة المعلن تتعلق بسلعة أو خدمة فكرة معينة¹.

ومن أحسن التعريفات التي وضعت حديثا، ما أشارت إليه جمعية التسويق الأمريكية على الإعلان:"هو مختلف نواحي النشاط التي تؤدي إلى نشر أو إذاعة الرسائل الإعلانية والمرئية أو المسموعة على الجمهور ،بغرض حثه على شراء سلع أو خدمات أو من أجل سياقه إلى التقبل الطيب لأفكار أو أشخاص أو منشآت معلن عنها"²، وفي مجال الصفقات العمومية، فإن الإعلان يعرف على أنه:" إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجراء المناقصة أو المزايدة"³، أو هو:" توجيه دعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة"⁴.

إذا فهو دعوة توجهها المصلحة المتعاقدة إلى الراغبين في التعاقد⁵، وتأخذ الدعوة للمنافسة شكل شكل طلب العروض⁶ بأساليب مختلفة⁷، لذلك يعتبر الإعلان أحد القواعد الأساسية التي تسبق طلب العروض ويقوم عليه ،فهو بمثابة الخط الرئيسي المميز له، والدليل على أنه سيتم وفقا للشروط التي

1 زهير عبد اللطيف عابد،المرجع السابق،ص65.

2 محمد بوراس،النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات"دراسة تأصيلية للإشهار التجاري"،د.ط،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،مصر، 2014،ص31.

3 محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الأردن،2010، ص67.

4 جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، د ط ،دار النهضة العربية،القااهرة، مصر ، د س ن،ص148.

5 مريم الواشيني،مراحل إبرام المناقصة في الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام،بكلية الحقوق، جامعة المدينة،الجزائر،يوم20 ماي 2013،ص02.

6 ما ينبغي الإشارة إليه ،هو أن المشرع الجزائري حذف مصطلح المناقصة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق ص ع و ت م ع ،واستبدله بعبارة إجراء طلب العروض،من خلال المادة 39 منه بقوله : " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة "...وهو ما يحسب للمشرع الجزائري،وهو ما يطابق ما هو وارد في الصياغة الفرنسية " appel d'offre " ،وعلى المشرع في قانون المنافسة تدارك ذلك وتغييره أيضا لصياغة المادة من " بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة "إلى طلب العرض لاسيما وأنه أصطلح عليها باللغة الفرنسية "à partir de la publication de l'avis... d'appel d'offres...".

7 المادة 61،من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، السالف الذكر .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

أعلن عنها وهذا بدوره يؤدي إلى تسهيل الرقابة على الإدارة، سواء كانت هذه الرقابة ذاتية أو قضائية¹، وبالتالي يعتبر الإعلان آلية من آليات تطبيق المنافسة في الصفقات العمومية².

ثانيا- أهمية الإعلان في الصفقات العمومية

يعتبر الإعلان عن طلب العروض إجراءا جوهريا، نظرا لما يوفره إتاحة فرص متساوية للمقاولين والموردين الراغبين في الدخول في طلب العروض³، إضافة إلى ما يوفره الإعلان من تنافس بين عدد كبير من المتعهدين، والذي سيزترتب عليه شروطا أفضل وأسعارا أنسب وتنفيذا أصوب للمشروع⁴، مما ينعكس بالإيجاب على المصلحة العامة للدولة .

وهذا التنافس لا يتأتى إلا إذا علم أولئك المقاولين أو الموردون بحاجة المصلحة المتعاقدة إلى التعاقد، ومن ناحية أخرى فإن الإعلان فيه مصلحة للأفراد أو الشركات لأنه يشعرهم بالإطمئنان بشأن سلامة المنافسة من أي تواطؤ يمكن أن ينشأ بين الإدارة وأحد المتنافسين للتعاقد، ويحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين، بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا للمنافسة⁵، والغاية والغاية من ذلك تجنيب المصلحة المتعاقدة ابرم لعقودها في أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك، لأن سرية التعاقد سوف تضيع الفرصة عن من يرغب في التعاقد كي يتنافس مع غيره، وسوف تؤول قيمة الأشياء أو منافعها إلى النقصان بدلا من الزيادة، كما سوف تحال المشاريع بمبالغ خيالية لا تتناسب مع كلفتها الحقيقية⁶ .

البند الثاني: مضمون الإعلان وتكييفه القانوني .

لا يختلف الإعلان في إجراء طلب العروض عن باقي الإعلانات الأخرى خاصة المسابقات، فهو يتوجه الى فئة معينة حسب الشروط محددة مسبقا ترتبط بطبيعة هذا الإجراء، وبذلك فإن أول ما يحدده الإعلان هو الفئات التي يتوجه لها طلب العروض، وكذا الأشغال أو الخدمات أو الدراسات أو

1 مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، (دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 261.

2 أمنة مخاشنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه ل.م.د في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة-1، الجزائر، السنة الجامعية: 2016-2017، ص 66.

3 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري، المناقصة العامة (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بين كل من القانون البحريني والقانون المصري وقانون اليونسكو)، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 80 .

4 عبد الرؤوف جابر، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة (المناقصة-الإستثناءات الواردة عليها-العقد-الكفالات-ضمانات الإدارة-التأمين)، "دراسة قانونية مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 62.

5 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 233.

6 محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 52 .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

اللوازم المراد إنجازها، وهو (الإعلان) يشمل جميع أساليب إبرام الصفقات العمومية¹، إلا ما استثناه
المشروع بنص خاص².

ويجب على المصلحة المتعاقدة عند الإعلان عن المنافسة مراعاة مجموعة من البيانات
والمعلومات، التي ينبغي الإشارة في الإعلان، حتى تسمح لراغبين في المشاركة في المنافسة التعرف
على طبيعة الصفقة وشروط الترشيح لنيلها ومكان تنفيذها، وقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديد طبيعة
هذا الإعلان، والتي تراوحت بين اعتبار هذا الأخير-الإعلان- دعوة للتعاقد وليس إيجابا صادر من
الإدارة، وبين اعتباره التزام مصدره القانون.

أولا : مضمون الإعلان:

يقصد به تلك البيانات اللازمة التي تمكن المخاطبين بإجراءات طلب العروض من العلم بها³،
والتعرف على موضوع المنافسة وطريقة إجرائها والمكان الذي يستطيعون الإطلاع فيه على دفتر الشروط
الخاص بها، ومكان إجرائها وتاريخه باليوم والساعة، والمهلة الزمنية المعطاة لتقديم العروض⁴.
وهذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنما الحد الأدنى
لتكوين فكرة عامة وأولية عن الإدارة المتعاقدة ومواعيد ومكان تسليم العروض، بحيث يمثل هذا الحد
الأدنى البيانات الجوهرية الواجب وصولها إلى علم المتنافسين المحتملين، والتي نص المشروع على
وجوب أن يتضمنها الإعلان، مع ترك السلطة التقديرية للإدارة في إضافة ما تشاء إليها⁵.
ونسنتج من كل هذا أن المصلحة المتعاقدة صاحبة الإرادة المنفردة في تحديد محل العقد
وموضوعه وشروطه، على أن تقوم بعرضه على جميع الأشخاص المهتمين أو المعنيين به⁶.

1 نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع على أنه: "يكون اللجوء للإشهار الصحفي الزاميا في الحالات الآتية:
-طلب العروض المفتوح،
-طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا،
-طلب العروض محدود،
-المسابقة،
-التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء"، السالف الذكر.
2 يتعلق الأمر هنا بالصفقات العمومية التي استثنائها المشروع من إجراءات الإعلان، وهي حالات التراضي البسيط، المنصوص عليه في المادة 49 من ت
ص ع و ت م ع، وكذا الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار المنصوص عليها في المادة 23، وحالة الإستعجال الملح المنصوص عليه في المادة
12، من نفس المرسوم.
3 ريم علي احسان محمد العزاوي، وسائل إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 42.
4 عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 19.
5 مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 590.
6 ريم علي احسان محمد العزاوي، المرجع السابق، ص 43.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق ب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نجد أن المشرع الجزائري وضع بيانات خاصة بطلب العروض وبيانات تتعلق بالإستشارة.

1-مضمون الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض :

يجب أن يحتوي طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية¹ :

-تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي ،

-كيفية طلب العروض،

-شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي،

-موضوع العملية،

-قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات

الصلة،

-مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض،

-مدة صلاحية العروض،

-الإلزامية كفالة التعهد عند الإقتضاء،

-تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من لجنة فتح الأظرفة

وتقييم العروض " ومراجع طلب العروض.

-ثمن الوثائق، عند الإقتضاء .

وما يمكن أن نلاحظه في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، أن المشرع لم

يشر إلى مكان سحب دفاتر الشروط، رغم أنها مسألة ضرورية في صلب الإعلان عن طلب العروض

،ولا يمكن الإحتجاج بأن تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها كاف لإعلام المتنافسين بمكان سحب دفتر

الشروط، لأنه يقع أحيانا أن يحدد مكان السحب في غير عنوان المصلحة المتعاقدة أو أن يعهد إلى

مكتب الدراسات الذي كلف بتحضير دفاتر الشروط تمكين المتنافسين من سحبها²، لذا من الضروري

النص على إعلام المتنافسين بمكان سحب دفاتر الشروط.

1 المادة 62، من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 خرشي النوي، الصفقات العمومية المرجع السابق، ص 213.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبهذا الفرض للبيانات في الإعلان، يكون المشرع قد كفل للمتنافسين فرصة المشاركة في المنافسة من خلال إطلاعهم على جهة صاحبة المشروع محل الصفقة، وشكل المنافسة وآجال تقديم العروض والوثائق التي يتضمنها العرض، مما يجسد إرادة المشرع في تكريس العلانية والمساواة بين المتنافسين¹.

2- مضمون الإشهار المتعلق بإجراء الاستشارة:

حدد المشرع في المادة 64 من تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المعلومات الضرورية التي يجب أن يحتويها ملف استشارة المؤسسات، التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات، وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية، إن اقتضى الأمر ذلك،
- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، حسب الحالة،
- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين،
- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تُصاحبها،
- كفاءات التسديد وعملة العرض، إذا اقتضى الأمر،
- كل الكفاءات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة، والتي يجب أن تخضع لها الصفقة،

- الأجل الممنوح لتحضير العروض،
- أجل صلاحية العروض أو الأسعار،
- تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه،
- تاريخ وساعة فتح الأظرفة،
- العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات².

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 257.
2 المادة 64، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق ب ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

ثانيا: التكييف القانوني للإعلان والآثار المترتبة عنه :

يعتبر الإعلان إجراء جوهري وأساسي بالنسبة لطلب العروض، وقد اختلف الفقهاء في تكييف القانوني، كل على حسب الزاوية التي ينظر إليها للإعلان، كما تختلف الآثار المترتبة عن مخالفة إجراءات الإعلان بين البيانات التي تكون جوهريّة فيه وبين البيانات التي لا تكون أساسية في الإعلان.

1- التكييف القانوني للإعلان:

يرى جانب من الفقه بأن قيام الإدارة بالإعلان عن إجراء المناقصة أو المزايدة أو ممارسة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة الى التعاقد ومن ثم فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها¹، بينما يرى جانب آخر أن الإعلان ليس إيجاباً وفي الوقت ذاته ليس دعوة للتعاقد، وإنما التزام على جهة الإدارة مصدره القانون، وأن تقديم العطاء من قبل المورد أو المقاول هو الآخر مصدره القانون².

والرأي الراجح- في نظر الباحث- هو أن الإعلان هو دعوة للتعاقد وليس وعدا بالتعاقد، حيث أن هذا الأخير يفرض التزاما على الواعد بالوفاء بوعده بقبول الموعود له، بينما الإدارة في طلب العروض تستطيع في أي وقت أن تلغي المنافسة لإعتبارات المصلحة العامة، مما لا يصلح القول بأن الإعلان هو وعد بالتعاقد .

وإذا تصورنا جدلا أن الإعلان يمثل إيجابا لكانت الجهة المعلنة ملزمة بقبول كل العطاءات التي تقدم لها، وقد قضت محكمة النقض المصرية: " بأن طرح المناقصة لتوريد أشياء على أساس الشروط الواردة في قائمة الإشتراطات لا يعتبر إيجابا في صحيح القانون، وإنما مجرد دعوة للتعاقد، أما الإيجاب فهو ما يصدر ممن تقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن يملكها³ .

1 جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانونيين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة " اليونسترال"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص 42 .

2 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 88.

3 في إحدى القضايا، أرسل المدعي (وزارة المعارف المصرية) إلى المدعي عليه (المقاول) خطابا يدعوه فيه للإشتراك في مناقصة محدودة لتوريد أخشاب له، وطلب المدعي أن يتقدم المدعي عليه بعطائه على استمارة خاصة مرافقة لخطاب الدعوة، وتضمن الخطاب ضرورة أن يراعي المقاول التعليمات المدونة بظهر الإستمارة والتعليمات الواردة في الخطاب ذاته، ومنها أن يرفق بالعطاء عينات موقع عليها وتأمين مؤقت قدره كذا في المائة.... تقدم المدعي عليه بعطائه على الإستمارة مبينا أصناف الأخشاب وأثمانها فطلب المدعي القيام بالتوريد ثم أرسل خطابا آخر إليه يذكره بذلك وطلب منه الحضور لتوقيع على العقد، وعلى العينات التي سبق له إرسالها مع العطاء، ثم استعجله مهديا بإلغاء عطائه، ثم استعجله مهديا بإياه بقيام قلم القضايا بإتخاذ اللازم إن امتنع عن التنفيذ في مدى أسبوع، وقد قضت محكمة الموضوع، وأيدتها في ذلك محكمة الإستئناف، بأن هناك عقدا صحبها قد نشأ لكنها صورن خطأ الخطاب الذي يدعو المدعي عليه للإشتراك في المناقصة على أنه إيجاب وعطاء المدعي عليه على أنه " قبول"، وعند عرض الموضوع على محكمة النقض المصرية: قضت بأن المدعي عليه هو الذي تقدم بعطائه كعرض مستجد مستقل عن شروط المناقصة، وهو توريد الأخشاب حسب العينات المرسله مع العطاء مع دفع التأمين النهائي عند قبول العطاء، وأن هذا العرض قد قبله المدعي في الخطاب الذي تضمنه طلب التوريد، وبهذا تم التعاقد بينهما، ومن ثم يكون قضاء المحكمة للمدعي بالتعويض على المدعي عليه لإمتناعه عن الوفاء بالتزامه بموجب عقد التوريد موافقا حكم القانون، ولا يضير حكمها أنه صور التعاقد على أنه إيجاب سابق من المدعي وافقة قبول المدعي عليه، لا على أنه إيجاب من المدعي عليه رافقه قبول المدعي كما هو الحال في واقعة الدعوى إذ أن قضائها مستقيم على الأساس القانوني، الطعن رقم (105) لسنة 50، جلسة 1985/01/7، ث 39، ص 1984، والطعن رقم (107) لسنة 17 ق، جلسة 1949/01/13، أشار إليهما، محمود محمد صبره، إعداد وصياغة العقود الحكومية، ط4، مكتب صبره للتأليف والترجمة، جيزة، مصر، 2007، ص ص 60-61 .

2- الأثار المترتبة عن مخالفة إجراءات الإعلان

تعتبر العلانية مبدأ أساسيا الذي يحكم الصفقات العمومية وقد نصت عليه أغلب التشريعات، والتي أكد أن الإعلان عن الصفقة هو طابع الزامي واجباري¹ في جميع أشكال طلب العروض، ويترتب على عدم مراعاته بطلان الصفقة²، كما أن القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان السابق على المناقصة تعتبر من قبيل القواعد الأمرية *les règles impératives*، يؤدي الخلل فيها إلى وصف المناقصة اللامشروعية³.

فمن المسلم به أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ملزمة للإدارة، فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجرائه وعدد مراته، وإلا ترتب على ذلك بطلان المزاو المناقصة، وقد كان موقف مجلس الدولة المصري مشابها لموقف نظيره الفرنسي⁴، حيث أفتت الجمعية العمومية بأن إغفال جهة الإدارة للشكليات الجوهرية- *les formalité substantielles* - المتعلقة بالإعلان يؤدي إلى بطلان المناقصة، لأن ذلك يمس بمبدأ حرية المنافسة بين من يرغب في الإشتراك في هذه المناقصة⁵.

كذلك الشأن إذا لم تحترم المصلحة المتعاقدة المدة المقررة للإعلان⁶، أو لم تسلم لأحد المتعهدين الشروط الكاملة للمنافسة، ولكن ليس كل خطأ أو خلل في الإعلان مهما كان وزنه أو نوعه من شأنه أن يؤدي إلى ابطال طلب العروض، فهناك أخطاء لا يكون لها هذا المفعول، وهي ما يصطلح عليها بالشكليات الغير الجوهرية " *les formalité accessoires* "، والتي لا يترتب عنها البطلان، من ذلك مثلا اغفال الإدارة تضمين الإعلان السلطة التي تجري المزاو، أو حدوث خطأ في الأرقام من السهل أن ينتبه اليه المتقدم⁷.

1 المادة 61، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ب ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 41.

3 مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 603.

4 حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادرة بتاريخ 26 مارس 1931، في قضية " Helbing "، أشار اليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 235.

5 مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 605، 606.

6 قضت لجنة الفتوى بمجلس الدولة المصري، رقم 122، بتاريخ 31 يناير 1988، في قضية الإعلان عن مناقصة التي طرحت من طرف مديرية الإسكان بمصر، لإنشاء وحدات سكنية بدائرة المحافظة وذلك بنشر عنها في الوقائع المصرية لأول مرة بتاريخ 25 يونيو 1987، وحددت في الإعلان لتقديم العطاءات نقل عن ثلاثين يوما في حين أن المهلة القانونية المحددة لتقديم العطاءات يجب أن لا تقل عن ثلاثين يوما من تاريخ أول إعلان بالوقائع المصرية، ولم تتوفر حالة الضرورة التي تجيز تقليص هذه المهلة بالشروط المقررة لذلك، فضلا عن ذلك قامت المديرية بالنشر مرتين فقط، عن المناقصة المذكورة في ثلاث صحف يومية على الرغم من أن قيمتها تزيد على خمسين ألف جنيه، وكان يتعين أن ينشر عنها ثلاث مرات، وقد قضت لجنة الفتوى بمجلس الدولة، بأنه لما كان ثابت من قضية الحالة المعروضة أن المديرية قد خالفت إجراءات جوهريين من إجراءات النشر، فإنه يترتب على ذلك بطلان الإعلان عن المناقصة المذكورة، أشار اليها، محمود محمد علي صبره، مرجع سابق، ص 76.

7 مجلس الدولة الفرنسي، حكم الصادرة بتاريخ 25 يوليو 1939 في قضية " Gantron "، والحكم الصادرة بتاريخ 18 يناير 1929، في قضية " Com de Beausoleil "، أشار اليها، سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 236.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبالتالي فإن الآثار المترتبة عن مخالفة إجراءات الإعلان، فإنه ينظر الى درجة ذلك الخلل أو الخطأ في الإجراءات، فإن كان الخطأ جوهريا يؤثر على سير المنافسة فهو يتطلب البطلان وإعادة الإعلان مرة أخرى بشكل قانوني وصحيح، أما إذا كان الخطأ لا يعدو إلا أن يكون بسيطا ولم يؤثر في إجراءات المنافسة فلا يترتب عن ذلك البطلان.

ثالثا: مدة الإشهار ولغته

من أهم عناصر الإعلان المؤثرة على مبدأ المنافسة هي عنصر الآجال، والمتمثلة في تلك المدة الزمنية الممنوحة للمتعاملين الإقتصاديين لتحضير وتقديم عروضهم، و بالرجوع للمواد المحددة لآجال الإعلان في مجمل القوانين الخاصة بالصفقات العمومية بين تلك الملغاة أو المعمول بها حاليا، نستشف أنها تراوحت بين مرحلتين، ففي مرحلة أولى تم ضبط هذه الآجال بفترة محددة قانونا وفي مرحلة ثانية تم إفساح المجال للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد هذه الآجال.

1- مدة الإشهار:

يقصد بمُد الإشهار، هي تلك الفترة الزمنية التي يمكن للعارضين خلالها تقديم عروضهم أو ترشيحاتهم، وهذه المدة يجب أن تكون كافية لِيُنَاح للمتعهدين دراسة أوضاعهم وأوضاع السوق¹، ومن ثم تقديم العروض على درجة عالية من الدقة والوضوح، إلا أن المادة 66 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام انتهجت مسلكا مغايرا، حينما تركت للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تحديد مهلة الإعلان، واكتفت ذات المادة فقط بإشترط التقييد بجملة من العناصر، منها تعقيدات موضوع الصفقة والمدة المناسبة لتحضير العروض وإيصالها، وكان من الأنسب لو تم تحديد المدة الدنيا والمدة القصوى للإعلان، ويكون ذلك بحسب طبيعة الصفقة العمومية ودرجة التقنيات المعقدة التي تتطلبها، وهذا حماية للمتنافسين في مواجهة امتيازات وسلطات المصلحة المتعاقدة².

وفي بعض الأحيان تجد المصلحة المتعاقدة مضطرة لتمديد آجال تحضير العروض، وحينها يستوجب عليها أن تخبر المتعهدين الذين سبق لهم سحب دفاتر الشروط بكل الوسائل المتوفرة، فضلا عن وجوب قيامها بالإعلانات اللازمة في نفس أوعية النشر التي تكلفت بنشر الإعلان الأول³، وكان

1 عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 18، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، 2017، ص 232.
2 المادة 66، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ب ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
3 خرشى النوي، تسير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 208.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

من الأحسن لو أن المشرع سمح بأن يكون طلب تمديد-أجل إيداع العروض-من جانب المتعهد، إذا رأى أن الآجال المقررة لتحضير العروض غير كافية بسبب تعقيدات موضوع الصفقة، على أن يقدم الطلب-التمديد- قبل نهاية أجل الإيداع للعروض، عن طريق مراسلة محمولة مع إشعار بالوصول أو فاكس أو أية وسيلة ممكنة، وأن يتضمن الطلب كافة العناصر التي تمكن صاحب المشروع من تقييم طلب التمديد¹.

وعلى العموم-في نظر الباحث-فإن ترك تحديد آجال الإعلان للمصلحة المتعاقدة هو سلاح ذو حدين، فيمكن أن يكون لذلك أثر ايجابي حينما تحسن المصلحة المتعاقدة اختيار الآجال المناسبة، إذ أنه كلما كانت المدة معقولة وطويلة نسبيا كلما زادت معها نسبة المشاركة وتوسعت دائرة المنافسة بتمكين العارضين من إعداد العروض بطريقة جديدة من الناحيتين الفنية والمالية، وفي مقابل ذلك يمكن أن يكون لذلك أثر سلبي في حال ما تعسفت المصلحة المتعاقدة في استعمال هذه السلطة وقررت وضع آجال مجحفة في حق المتعاملين الإقتصاديين، ما يؤدي إلى عدم تمكن بعض الأطراف من تقديم عروضهم، خصوصا إذا كانت طبيعة الطلب العمومي معقدة نوعا ما².

2- لغة الإعلان :

إن لغة الإعلان التي اعتمدها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، هي اللغة العربية واللغة الأجنبية³ والراجح أنها اللغة الفرنسية، وحسنا ما فعل المشرع حينما لم يقتصر على هذه اللغة، وفي هذا الشأن يرى الأستاذ محمد صغير بعلي بأنه: " من المفروض لو اقتصر تطبيق هذا الشرط (لغة أجنبية) على طلب العروض الدولي حفاظا وحماية ودعمًا للثوابت الوطنية⁴، المنصوص عليها في الدستور الجزائري، إلا أنه لا مانع من تحرير طلب العروض بلغة ثالثة أو رابعة كالإنجليزية والإسبانية مثلا، وهو الأمر الذي لا بد منه في حالة ما إذا كانت المصلحة المتعاقدة تنوي

1 نصت المادة 19، الفقرة 08، من قانون الصفقات العمومي المغربي، على أنه: "إذا اعتبر متنافس أن الأجل المقرر في إعلان الإشهار غير كاف لتحضير العروض بالنظر إلى تعقد الأعمال موضوع الصفقة، يمكنه أثناء النصف الأول من أجل الإشهار أن يطلب من صاحب المشروع، بواسطة مراسلة محمولة مع إشعار بالتوصل أو فاكس أو بواسطة رسالة الكترونية مؤكدة تأجيل تاريخ جلسة فتح الأظرفة، يجب أن تتضمن رسالة المتنافس كل العناصر التي تمكن صاحب المشروع من تقييم طلبه للتأجيل، وإذا أقر صاحب المشروع بصحة طلب المتنافس، يمكنه القيام بتأجيل تاريخ جلسة فتح الأظرفة، يكون تأجيل الذي يترك تقدير مدته لصاحب المشروع، موضوع إعلان تصحيحي وينشر إعلان التأجيل في بوابة الصفقات العمومية وفي جريدتين توزعان على الصعيد الوطني على الأقل تختارهما صاحب المشروع تكون إحداها باللغة العربية والأخرى باللغة الأجنبية، في هذه الحالة لا يمكن أن يتم تأجيل تاريخ جلسة فتح الأظرفة إلا مرة واحدة أيا كان المتنافس الذي يطلبه"، السالف الذكر.

2 عباس غنية، الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 49، العدد 49، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2018، ص 27.

3 المادة 65، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، د ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017، ص 230.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ايرام صفقاتها مع متعاملين أجنب¹، فلو كانت الإدارة تريد التعاقد مع إحدى الشركات البريطانية مثلا، فإنه يمكن للإعلان أن يكون باللغة الإنجليزية².

وفي كل الأحوال، لا بد على المصلحة المتعاقدة أن تراعي الترجمة الدقيقة عند تحرير الإعلان بلغة أجنبية، لتجنب أي تناقض أو اختلاف بين الاعلان باللغة العربية وبين الاعلان المحرر باللغات الاجنبية، لأن عدم التطابق بينهما قد يؤدي إلى عدم حصول جميع المتعهدين على نفس المعلومات والبيانات الواردة في الإعلان، كما يعد هذا خرقا بمبدأ المساواة ومساها بشفاافية الإجراءات التي أسست عليها المنافسة.

البند الثالث: وسائل الإعلان عن المنافسة في الصفقات العمومية:

في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة من الإعلان، لا بد من توفير الوسائل المناسبة التي من شأنها إيصال رغبة المصلحة المتعاقدة في التعاقد مع أكبر عدد ممكن من المتعاملين الإقتصاديين، و الرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنه اعتمد على مجموعة من الوسائل لنشر الإعلان، تراوحت بين التقليدية (أولا) والحديثة (ثانيا).

أولا : وسائل نشر الإعلان التقليدية: .

من أبرز الوسائل القانونية التقليدية للإشهار في الجزائر منذ الإستقلال، الجريدة الرسمية (الفترة منذ 1962 إلى غاية 1984) والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وكانت تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، في صفحة الإعلانات والتبليغات، تدرج ضمنه الإعلانات عن الصفقات العمومية، إلى غاية إنشاء الوكالة الوطنية للنشر والإشهار سنة 1967، وبعدها تم إنشاء النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

1- النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع):

أنشئت النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، بموجب المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 12 ماي 1984³، وهي عبارة عن نشرة دورية تصدر عن وزير التجارة، وينشر فيها كل الإعلانات القانونية والتنظيمية الخاصة بالصفقات العمومية، التي يبرمها المتعامل العمومي لاسيما طلبات

1 لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الإستعجالات الإدارية، د ط، ج 2، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص ص، 172، 173.

2 ريم علي احسان محمد العزاوي، مرجع سابق، ص 53.

3 المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 ماي 1984، المتضمن إحداث نشرة خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج، ر، ج، ح، ج، العدد 20، المؤرخة في 15 ماي 1984.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

العروض والإعذارات وقرارات الفسخ، وعند الاقتضاء كل المعلومات الاقتصادية أو التقنية التي تتعلق بالصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة¹، وقد نص المشرع على هذا الإجراء في المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها: "..... كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع)."

2- الصحافة المكتوبة (الجرائد):

يبدأ إجراء طلب العروض بمختلف أشكاله، بالضرورة الدعوة للمنافسة عن طريق الإشهار، ولا يعفي الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي من اللجوء الإجباري للإشهار عن طريق الصحافة²، في جريدتين وطنيتين يوميتين موزعتين على مستوى التراب الوطني، واحدة باللغة العربية وأخرى بلغة أجنبية³، وهو الحد الأدنى من الجرائد التي ينبغي النشر فيها.

مع الإشارة إلى أنه نظرا لقلّة أوعية الإشهار واحتكار النشر من قبل مؤسسة واحدة والمتمثلة الوكالة الوطنية للنشر والإشهار (ANEP)⁴، فإنه يصعب معرفة المسبقة بالجرائد التي ستعلن عن الصفقة، إذ يجد المتتبع نفسه مرغما على الإطلاع يوميا على جميع الجرائد اليومية، وهو ما يبدو صعبا و مستحيلا و مكلفا في جميع الأحوال⁵.

والجدير بالذكر أنه في حال تجاوز الطلبات العمومية للحدود المالية المنصوص في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإرسال الإعلان عن المنافسة إلى الوكالة الوطنية للنشر والإشهار دون غيرها⁶، أو عبر فروعها المنتشرة على المستوى الوطني، وفي حال مخالفة هذا الإجراء، رفض نفقات من قبل المراقبين الماليين والمحاسبين العموميين ومحافظو الحسابات، ويشكل هذا الإنفاق خرقا لواجب الإشهار بواسطة الوكالة وتقصيرا من قبل المسؤولين المعنيين⁷.

1 المادة 03، من المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 ماي 1984، السالف الذكر.

2 المادة 04، من نفس المرسوم.

3 المادة 65، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 الأمر رقم 67-279، المؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى "الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 05 جانفي 1968.

5 عبد الكريم خيضر، دور الشفافية في مكافحة الفساد "الصفقات العمومية نموذجا"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 02، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مارس 2016، ص 101.

6 مقرر رئيس الحكومة، رقم 05، المؤرخ في 18 أغسطس 2004، المتضمن إرسال الإعلانات والإشهارات إلى الوكالة الوطنية للنشر والإشهار دون سواها.

7 المادة 02، مقرر رئيس الحكومة، رقم 05، المتضمن إرسال الإعلانات والإشهارات إلى الوكالة الوطنية للنشر والإشهار دون سواها.

3- وسائل إعلان صفقات الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها:

لقد خص المشرع الجزائري إعلانات الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها بوسائل نشر خاصة، حيث اعتبرها استثناء عن القاعدة العامة التي تفرض نشر الإعلان عن طريق الصحف الوطنية و النشرة لرسمية لصفقات المتعامل العمومي حسب ما ذكرناه سابقا.

ويعود سبب ذلك إلى كثرة الإعلانات الخاصة بالصفقات العمومية، فبعدما فرض المشرع الجزائري الزامية نشر إعلانات المنح المؤقت للصفقات في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان الدعوة للمنافسة، لم تعد هذه الجرائد قادرة على استيعاب الكم الهائل من الإعلانات الواردة لها وضمن مواعيد معقولة لنشرها، وهو ما جعل المنظم يفتح استثناء للجماعات المحلية¹، من خلال الإكتفاء في حدود أسقف مالية التي حددتها الفقرة 03 من المادة 65، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بنشر الإعلان محليا في يوميتين محليتين أو جهويتين، مع إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية: للولاية ولكافة بلديات الولاية، لغرفة التجارة والصناعة التقليدية الحرف والفلاحة للولاية، للمديرية التقنية المعنية في الولاية².

ثانيا : وسائل النشر الإلكترونية:

لما كانت الصفقات العمومية أحد أهم وسائل الدولة لتحقيق أهدافها، فمن كان غير الممكن أن تبقى بمعزل عن التطورات السريعة والمتلاحقة في مجال الإتصال وتكنولوجيا المعلومات، لذا بات من الضروري نزع الصفة المادية عن عملية إبرام الصفقات العمومية لما توفره من تقليل التكاليف وتوسيع دائرة المنافسة³، وتبعاً لذلك اتسعت وسائل الإعلان لتضاف إلى جانب الوسائل المكتوبة التقليدية وسائل أخرى إلكترونية أقل تكلفة عبر شبكة الإنترنت، حيث كان لإستخدام هذه الأخيرة في إبرام الصفقات العمومية أثرا إيجابيا في زيادة الشفافية وعدد المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

1 خروشي النوي، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 206.
2 المادة 65، الفقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 247 - 15 المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي، مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين، و إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية:
- للولاية،
لكافة بلديات الولاية،
- لغرفة التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية،
- للمديرية التقنية المعنية في الولاية.

3 Patrick SCHULTZ, Eléments du droit des marchés publics, L.G.D.J, paris, Deuxième édition, 2002, page 123.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ولقد كان المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، أول نص ينظم المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية في الجزائر¹، وتم التأكيد على ذلك في المرسوم الرئاسي 15-247، الذي خصص فصلا كاملا تحت عنوان الإتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، وتضمن مادة وحيدة وهي المادة 203 التي نصت على إنشاء بوابة إلكترونية، مع إحالة تحديد محتوى البوابة وتسييرها لقرار من الوزير المكلف بالمالية².

1- الإجراءات المتبعة لإبرام صفقة عمومية عبر البوابة الإلكترونية

تعرف البوابة في مجال الصفقات العمومية بأنها: 'موقع متخصص في الصفقات العمومية، فهي فضاء واسع لجميع المتعاملين العموميين في مجال الصفقات العمومية ولكل المهتمين بها، وتهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذلك إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية³، ونص عليها المشرع الجزائري في المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تسيير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كل فيما يخصه"⁴.

إن إبرام أية صفقة عمومية يتطلب اتباع إجراءات معينة سواء الإبرام بالطريقة التقليدية أو الإلكترونية غير أن هذه الأخيرة تختلف عن الطريقة التقليدية وذلك لوجود وسيط، يتمثل في وسائل إلكترونية يتم عن طريقها إبرام الصفقة، وتتعلق خاصة بالتسجيل وكيفية الإعلان عن الصفقة عبر البوابة الإلكترونية وأخرى تتعلق بكيفية طرح ملفات الترشح لطلب العروض.

2- الإجراءات المتعلقة بالتسجيل وكيفية الإعلان عن الصفقة عبر البوابة الإلكترونية:

إن دخول المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين إلى الوظائف المخصصة لهم متوقف على تسجيلهم في البوابة، ويتم التسجيل بعد ملئ وامضاء الاستمارة⁵، وإيداعها لدى مسير البوابة عن طريق البريد الإلكتروني، وقد ألزم القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية الأطراف المتعاقدة بتعيين

1 المادة 173، من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

2 قرار رقم 13، الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها و كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج، ح، ج، العدد 21، المؤرخة في 09 أبريل 2014.

3 بو عبد الله ودان، محمد البشير مركان، البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية، مجلة المالية والأسواق، العدد 3، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، سبتمبر 2015، ص 111.

4 المادة 203، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

5 انظر الملحق، نموذج التسجيل في البوابة الإلكترونية، خاصة بالمصلحة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

شخص طبيعي يكون مزود بعنوان إلكتروني ومرخص له بالدخول للوظائف المخصصة لهم . كما يمكن إيداع الاستثمارات مباشرة لدى مسير البوابة¹.

أما فيما يخص الإعلان عن المنافسة، فإن توقيت الإعلانات عن المنافسة أو الدعوات إلى الانتقاء الأولي أو رسائل الاستشارة على البوابة يتزامن مع إرسال الإعلانات للنشر في الجرائد وفي النشرة الرسمية المتعامل العمومي أو إرسال رسائل الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين، وتقوم المصالح المتعاقدة بتحديد عنوان تحميل وثائق الإعلان عن المنافسة عند وضعها في متناول المتعهدين المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية في الإعلان الصحفي².

وعليه، فالإعلان عن الصفقة في البوابة يصل إلى علم المتعاقدين الاقتصاديين قبل نشره في الجرائد والنشرة الرسمية للمتعامل العمومي لأن ذلك يتطلب وقت طويل لنشره، ومن هنا تظهر ميزة السرعة في التعاقد الإلكتروني في نشر الإعلانات في وقت وجيز، ويستطيع أي مهتم في هذا الميدان الإطلاع على هذه الإعلانات حتى أيام العطل وخارج ساعات العمل.

وتجدر الإشارة أيضا أن هذا القرار أشار إلى الإعلان عن طلب العروض والدعوات إلى الانتقاء الأولي، ورسائل الاستشارة فقط، ولم يدرج المسابقة، مع العلم أن هذه الأخيرة يكون فيها الإعلان إجباريا حسب ما نصت عليه المادة 47 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، أما فيما يخص نشر وثائق الإعلان عن المنافسة الخاصة بتجمع الطلبات، فيتم النشر بإسم التجمع ومن طرف المصلحة المتعاقدة المنسقة، وفي حالة تجمع مؤسسات يتم تحميل دفتر الشروط والتعهد الإلكتروني بإسم التجمع ومن طرف رئيس التجمع⁴.

3- الإجراءات المتعلقة بطرح ملفات الترشح لطلب العروض عبر البوابة :

بعد الإعلان الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة عبر البوابة والتي كانت حددت من خلالها عنوان إلكتروني لتحميل الوثائق، حتى يتسنى لكل من يريد الترشح للصفقة إيداع كل الوثائق، وفق ما هو منصوص عليه في القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية وكذا المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن

1 المادة 10، من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، السالف الذكر.
2 يمكن تسجيل الملاحظة التالية، جاء في المادة 15 من القرار المتعلق بإنشاء البوابة الصفقات العمومية أن نشر الإعلان في البوابة يكون في نفس الوقت مع إرسال الإعلان في الجرائد والنشرة الرسمية للمتعامل العمومي، وعليه فالإرسال الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة هو الذي يتزامن مع إرسال النشر في الجرائد، أما صدور النشر في البوابة يكون هو الأول في الوصول إلى المتعاملين الاقتصاديين، ذلك أن النشر في الجرائد والنشرة الرسمية للمتعامل العمومية يأخذ وقت أطول من النشر في البوابة، إذن فوصول النشر لا يكون في وقت واحد بالنظر إلى الفارق الزمني بين الإرسال ووقت النشر.
3 ينظر المادة 61، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
4 المادة 17، من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المناقشة وفقا للنصوص القانونية

تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ففي حالة رد المتعهدين على الإعلان الخاص بصفقة معينة عبر البوابة، يقومون بالإضافة إلى ذلك بإعداد نسخة من العرض على حامل ورقي أو إلكتروني ويوضع ذلك العرض في ظرف مختوم يحمل عبارة " نسخة بديلة"، ويتم إيصال هذه الأخيرة إلى المصالح المتعاقدة في الآجال القانونية، على ألا يتم فتح هذه النسخة إلا في وجود إذا كان العرض المرسل إلكترونيا يحمل فيروسا، أو لم يصل في الآجال القانونية، والحالة الأخيرة إذا لم يتمكن من فتحه.

بمفهوم المخالفة إذا كان العرض المرسل إلكترونيا يتضمن حالة من هذه الحالات الثلاث يتم فتح النسخة البديلة، أما إذا كان هذا العرض سليما سيتم إتلاف النسخة البديلة¹، لكن الإشكال قد يطرح في حال تم إرسال النسخة البديلة وكانت تحتوي فيروس، تقوم المصلحة المتعاقدة بمحاولة إصلاح العرض أو النسخة البديلة، وتواصل تقييم العروض إذا نجح الإصلاح، وفي حالة الفشل، فتعتبر الملفات التي كانت تحمل فيروسا وكانت محل إصلاح ملغاة ويتم الاحتفاظ بأثر الفيروس، وبيبلغ المتعامل المعني بذلك.

بالإضافة إلى ذلك، فإن القرار قد سكت عن كيفية فتح أظرفة العروض التي ترسل عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، هذا ما يدل على أن العملية تتم بالطرق المتبعة في لإبرام العادي للصفقات العمومية، هذا ما أكدته المادة 14 من القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، والتي أحالت إلى المادة 122 المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي السابق للصفقات العمومية رقم 10-236²، المتعلقة بإجراءات فتح الأظرفة من طرف اللجنة المختصة بذلك.

أما بالنسبة لما جاء في الوثائق ذات الحجم الكبير أو ذات طابع سري، فيمكن للمصالح المتعاقدة تبليغها للمتعاملين الاقتصاديين على حامل مادي ورقي أو إلكتروني مع تحديد عنوان لاستخراج هذه الوثائق³، وبالنتيجة فإن الطابع الإلكتروني للمناقصة لا يتعدى مرحلتي الإعلان عنها

1 المادة 12، الفقرة 05، من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، السالف الذكر..
2 بما أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 قد تم إلغاؤه، فإن المادة 122 منه، والتي أحال إليها القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية، قد استبدلت بالمادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجديد، وعليه لا بد من تعديل هذا القرار، لاسيما المواد التي تتضمن الإحالة إلى المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية وتغيير المصطلحات.

3 ملاحظة : يبدو للوهلة الأولى من قراءة المادة 13، من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، أن هناك غموض، فكيف من جهة تبلغ المصالح المتعاقدة المتعاقدين الاقتصاديين الوثائق ذات الطابع السري بواسطة حامل ورقي أو إلكتروني، ومن جهة ثانية ألزمتها القرار بتحديد عنوان لاستخراج هذه الوثائق عند الإعلان عن المناقصة أو الدعوة إلى الانتقاء الأولي أو رسالة الاستشارة، وهذا ما يطرح مجال للتلاعب من قبل المصلحة المتعاقدة وذلك بتبليغ المتعاقدين الذين تريد التعاقد معهم قبل طرح المناقصة للمنافسة، تقوم بتقليص أجل تحضير العروض فلا يتمكن الكثير من المتعاقدين تحضير عروضهم في الأجل المحدد، وبالتالي تكون طلباتهم ناقصة مما يؤدي إلى رفض عروضهم بحجة عدم احترام الآجال أو لنقص ملفاتهم.

وتقديم العطاءات من المترشحين وتبقى مسألة البت في العروض من فتح للأظرفة وتقييم العروض خاضعة للأساليب التقليدية.

4- المبادئ التي تقوم عليها أنظمة المعلوماتية للصفقات العمومية

من أجل إيواء البنية التحتية المعلوماتية، نص القرار المتعلق بإنشاء البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، على أنه يجب أن تصمم نظام المعلوماتية للصفقات العمومية، وذلك في إطار احترام عدة مبادئ من أجل إضفاء الثقة لدى المتعاملين الاقتصاديين في حالة ولوجهم لإبرام الصفقة عبر البوابة الإلكترونية، وبالتالي ضمان الأمان اللازم في التعاملات الإلكترونية بين أطراف الصفقة.

أ- سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية

تعتبر وقاية الملفات الإلكترونية مسألة ذات أهمية قصوى، بالاعتماد على تقنيين متخصصين في مجال الحاسوب والبرمجة المعلوماتية من خلال استخدام جدار للحماية "fire well" ويسمى جدار النار فوجوده ضروري في أي جهاز كمبيوتر وذلك لحمايته من التهديدات والهجمات التي تصيبه، فاتصال الكمبيوتر بالإنترنت يتيح الفرصة للقراصنة والمتطفلين الوصول إلى نظامه وسرقة المعلومات والبيانات الشخصية بسهولة، وترك النظام مفتوحا من غير أي حماية يتيح فرصة إصابة جهاز الكمبيوتر بالبرامج الضارة مثل ملفات التجسس والفيروسات، فهذا الجدار يمنع المتطفلين والبرامج الضارة من الوصول إلى الكمبيوتر من خلال شبكات الإنترنت.

إن وظيفة جدار النار هو مشابه إلى أبواب الحريق في تركيب المباني فهو يقوم بفحص المعلومات سواء في حالة دخولها أو خروجها، ولا يسمح لها بالدخول إلا إذا كانت مطابقة للمواصفات¹، كما يعتمد على تقنية التشفير باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة، تتحول بواسطتها المعاملة من رسالة مقروءة ومفهومة إلى رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة، ما لم يتم فك إلا من طرف القائمين بعملية التشفير.

ب- سرية الوثائق والمعلومات المتبادلة بالطريقة الإلكترونية

تتم حماية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية عن طريق نظام ترميز الوثائق وتعتبر السرية عاملا مهما في إبرام الصفقات العمومية، لهذا ينبغي على المشرع تنظيم إجراءات طلب العروض بما

1 صليحة بن عودة، أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 02، جامعة أبو بكر بقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 61.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

يتناسب مع الطريقة أو الأسلوب في ضمان سلامته وتحقيقه للهدف منه، وهي كفالة سرية المعلومات والعقود.

ويلعب التشفير دورا كبيرا في الاحتفاظ بسرية مراسلات كل مستخدم لشبكة المعلومات ومنع الآخرين الإطلاع عليها، فهو يستخدم أرقام معينة يختارها لفتح الموقع الخاص به على الشبكة والإطلاع على ما وصله من رسائل، وهذه الأرقام تعتبر كلمة السر أو المفتاح السري الذي بدونه لا يمكن دخول الموقع لمعرفة ما فيه ويقوم أصحاب العروض بإرسال عروضهم على موقع الإدارة المعلنه عن طلب العروض، وتضع الإدارة تنظيما لا يسمح لأحد حتى موظفي نفس الإدارة بالإطلاع عليها، وذلك بإنشاء صحيفة للأحداث تسمح بتعقب تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، من أجل تتبع تاريخ وتوقيت الوثائق المتبادلة إلكترونيا عن طريق منح وصل استلام يبين تاريخ وتوقيت استلام العروض لكل عرض يرسل بالطريقة الإلكترونية أو على حامل مادي إلكتروني.

وانشاء أرشيف للوثائق والمعلومات تحويل المستندات الورقية بكافة أنواعها وحالتها إلى مستندات إلكترونية، يسهل استرجاعها والتعامل معها بطريقة إلكترونية، وحمايتها من مخاطر التعرض للضياع أو التلف .

الفرع الرابع: حدود مبدأ حرية المنافسة في الوصول للصفقة والمساواة بين المترشحين

إن الحديث عن المنافسة في الصفقات العمومية هو بالضرورة الحديث عن المساواة في المعاملة بين المترشحين كمبدأ لتعزيزها في مجال التعاقد، بحيث يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تعامل المشاركين في المنافسة على قدم المساواة¹، إذ لا يجوز للإدارة أن تخلق وسائل للتمييز بين المترشحين أو أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين.

وإذا كانت المساواة هي الأصل مبدئيا في مجال الصفقات، فإن ذلك لا يعني كونها مطلقة أو خالصة من أي استثناء بل التأكيد على أن نطاقها ينتهي عند الإعتبارات التي تفرضها المصلحة العامة، فقد تلجأ التفضيلية بإستثناء من المبدأ العام، حينما تتعلق بمنح حق الأفضلية لمؤسسات أو مقاولات وطنية لقدرتها التنافسية أمام القرات الأجنبية، من أجل حماية الإستثمار المحلي من هيمنة الشركات الأجنبية²، وقد أكد القضاء الإداري في مصر على مبدأ المساواة، في حكم له بتاريخ 21

1 المادة 05، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 82، من نفس المرسوم .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

أفريل 1957 بما يأتي: "من بين المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة... المساواة بين المتنافسين، دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس...."¹، وعدم جواز للإدارة في استدعاء من تراه بإرادتها واختيارها وأن تستبعد بعض المتنافسين².

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ المساواة ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدئين عامين ترد عليهما بعض استثناءات التي نص عليها القانون، وعليه ستناول تخصيص بعض الصفقات العمومية لبعض المؤسسات الوطنية (البند الأول) ومنح هامش الأفضلية للمنتج الوطني، (البند الثاني)، إلى جانب حق المصلحة المتعاقدة في استبعاد بعض المتعاملين الذين يخلوا بالتزاماتهم أو الذين لا تستوفي عروضهم الشروط المطلوبة في المنافسة (البند الثالث) والتزام المتعاملين الأجانب للتعامل مع المؤسسات الوطنية في إطار الشراكة (البند الرابع).

البند الأول: الصفقات المحجوزة :

لقد أدخل الإصلاح الأخير للصفقات العمومية مجموعة من القواعد الجديدة، التي تركز بالأساس على الحكامة الجيدة وأهداف التنمية المستدامة، وإرساء المزيد من الشفافية والمنافسة وتحسين مناخ الأعمال خاصة بالنسبة للمقاولات الوطنية، بحيث أن الحكومة تدخلت بشكل أكثر عمقا ليس فقط في منح هذه الأخيرة أفضلية على حساب المؤسسات الأجنبية، بل تعدى ذلك إلى حرمانه من تقديم تعهداتها في صفقات عمومية عدت من قبيل الصفقات المحجوزة.

وتجلى ذلك من خلال أحكام المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي أجازت للبلديات والولايات والمؤسسات ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها أن يكون إعلان طلب عروضها محليا فقط، بحيث تتمكن المؤسسات القريبة منها بالمساهمة وحدها دون غيرها في هذه العقود، على الرغم من تقييد التشريع للجوء لهذا النوع من الإعلانات برغبة المصلحة المتعاقدة في انجاز صفقات لا يتعدى تقديرها المالي حدا معيناً³.

أولاً: فئة الحرفيين :

عرف المشرع الجزائري هذه الفئة في المادة 10 من الأمر 96-01⁴ بالقول أن الحرفي: "هو كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليديا، يثبت تأهिला ويتولى

1 محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 238.

2 ريم علي احسان محمد العزوي، المرجع السابق، ص 97.

3 نصت المادة 65، فقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.

4 الأمر رقم 96-01، المؤرخ في 10 يناير 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 14 يناير 1996.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بنفسه مباشرة تنفيذ العمل، وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته"، ويكسب التسجيل في سجل الصناعة التقليدية والحرف للشخص صفة الحرفي¹، والحصول على بطاقة مهنية للحرفي²، وهو الشيء الذي يؤهله للقيام بصفة ثانوية بكل الأعمال التجارية المرتبطة بنشاطاته الرئيسية³.

وبالنسبة لإجراءات الصفقات العمومية لفئة الحرفيين، فإنها تتعلق بتخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، وهي الأشغال التي لا تتطلب شهادة التصنيف والتأهيل، وتسمح للمصلحة المتعاقدة أن تستشير هؤلاء الحرفيين في الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر مثل خياطة الأعلام الوطنية، وهذا وإن ذل على شيء فإنما يدل على الحرص على حماية الإنتاج الوطني، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة إصدار طلب العروض وطني عندما يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها، مع مراعاة الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم.

إن الطريقة المعتمدة ضمن المادة 86 لا تؤدي بالضرورة لإشراك الفعلي لهاته الفئة في الجهود التنموي، وذلك بالنظر إلى أن المشاريع أي ما كان حجمها أو درجة تعقيدها تستلزم متدخلين يتميزون بقدرات لا تتوفر في الغالب لدى الحرفيين، والتي في الغالب لا يغطي نشاطها إلا شعبة من الشعب التي يقتضيها انجاز الصفقة، لدى ينبغي على المصالح المتعاقدة أن تدرج ضمن دفاتر الشروط الخاصة بصفقاتها ما يلزم العارضين اقتراح نسبة لا تقل عن 20 % من الخدمات التي يقدمها الحرفيين والمؤسسات الصغيرة بالتعاقد من الباطن مع المؤسسات التي تحوز أساسا على هذه الصفقات⁴.

ثانيا :تخصيص الصفقات للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة:

إن الحديث عن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لا يتم بمعزل عن الإشادة بأهميتها والدور الأساسي الذي تقوم به، كما أن دراسة هذه المؤسسات ضمن مجال الطلب العمومي لا تسقيم بدون الرجوع إلى الإجراءات القانونية التشجيعية المخصصة لصالح المؤسسة الصغيرة والمتوسطة.

1 يراجع المراسيم التنفيذية الآتية :

- م ت رقم 97-141، المؤرخ في 30 أبريل 1997، يحدد كفاءات تنظيم سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 04 مايو 1997.

- م ت رقم 97-142، المؤرخ في 30 أبريل 1997، يحدد كفاءات تسجيل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 04 مايو 1997، المعدل والمتمم ب م ت رقم 15-124، المؤرخ في 14 مايو 2015، ج، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 20 مايو 2015.

- م ت رقم 97-143، المؤرخ في 30 أبريل 1997، يحدد شكل ومحتوى البطاقة المهنية للحرفي والمستخرج من سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 04 مايو 1997.

2 المادة 30، من الأمر 96-01، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، السالف الذكر.

3 المادة 32، من نفس الأمر.

4 خرشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 264.

1-تعريف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة :

أفادت المادة 05 من القانون رقم 02-17، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة هي مؤسسة انتاج للسلع و/أو الخدمات مهما كانت طبيعتها، تشغل من واحد (1) على مائتين وخمسين (250) شخصا، لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي أربعة (04) ملايين دينار جزائري، أو لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية مليار (01) دينار جزائري، وتستوفي معيار الإستقلالية¹.

أما المؤسسة المتوسطة فتعرف بأنها تضم ما بين خمسين (50) إلى مائتين وخمسون (250) شخصا، ورقم أعمالها السنوي ما بين أربع مائة (400) مليون دينار جزائري إلى أربع (04) ملايين دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية ما بين مائتي (200) مليون دينار جزائري إلى مليار (01) دينار جزائري².

وتعرف المؤسسة الصغيرة بأنها مؤسسة تشغل ما بين عشرة (10) إلى تسعة وأربعين (49) شخصا، ورقم أعمالها السنوي لا يتجاوز أربع مائة (400) مليون دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز مائتي (200) مليون دينار جزائري.

أما المؤسسة الصغيرة جدا فتعرف بأنها مؤسسة تشغل من شخص (01) إلى تسعة (09) أشخاص ورقم أعمالها السنوي أقل من أربعين (40) مليون دينار جزائري، أو مجموع حصيلتها السنوية لا يتجاوز عشرين (20) مليون دينار جزائري³.

وتعرف المؤسسة المستقلة بأنها كل مؤسسة لا يمتلك رأسمالها بمقدار 25 % فما أكثر من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى، لا ينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة⁴.

المؤسسة في مفهوم الأمر رقم 01-04 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية الإقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع لقانون العام، أغلبية رأس المال الإجتماعي مباشرة أو غير مباشرة وهي تخضع لقانون العام، أما الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة

1 المادة 05، من القانون رقم 02-17، المؤرخ في 10 أكتوبر 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج، ح، ج، العدد 02، المؤرخة في 11 يناير 2017.
2 المادة 08، من نفس القانون .
3 المادتين 09 و 10، من نفس القانون.
4 المادة 05، من نفس القانون.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

المعدل والمتمم، اعتبر المؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع أو الخدمات أو الإستيراد¹.

وتكمن أهمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في أنها تساعد على تطوير النمو والتنمية في المناطق الأقل اهمية، والتي تعتبر أحد المجالات الخصبة المجسدة للإبداع والأفكار الجديدة، زيادة على ذلك تؤدي هذه الفئة من المؤسسات دورا هاما في مجالي توليد الإنتاج والدخل وخلق فرص العمل لتمييزها بالقدرة الكبيرة على التفاعل بمرونة تتناسب مع متغيرات الإستثمار متغيرات السوق ومتطلباته².

2- إجراءات تخصيص الصفقات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

في إطار تجسيد استراتيجية التشغيل، تم إدراج تدابير تنظيمية بغرض تشجيع بروز مؤسسات مصغرة يديرها مقاولون شباب في جميع القطاعات والأنشطة لاسيما مؤسسات البناء والاشغال العمومية، في هذا الإتجاه تم إنشاء العديد من المؤسسات في إطار أجهزة الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب³ وصندوق الوطني للتأمين على البطالة⁴، والتي يبقى إستمرارها مرهونا بالإمكانات المتاحة لها. من أجل هذا المسعى تم مرافقة هذه الأجهزة بتسهيلات ترمي إلى تحسين الظروف للمؤسسات الصغيرة لإبرام عقود عمومية، بهدف توفير حلول للوضعيات الغير الملائمة الناجمة عن حجمها وقدراتها المالية، التي تجعل من ضعفها المالي غير قادرة على منافسة مختلف المؤسسات الأخرى الموجودة في السوق⁵.

وحتى لا تكون الحصيلة المالية أو المراجع المهنية عائقا أمام المؤسسات المصغرة المنشأة حديثا، فقد أوجب المشرع الجزائري على المصالح المتعاقدة عدم اشتراط ذلك، والإكتفاء بوثيقة من البنك أو من هيئة مالية معنية تبرر وضعيتها المالية، ولا يشترط المؤهلات العلمية المماثلة للصفقة المعنية والإقتصار على ما هو مثبت بالشهادات⁶.

وتكون الحاجات المحددة من طرف المصالح المتعاقدة منصوص عليها في دفتر الشروط منفصل، يتعلق فقط بالطلبات التي يمكن أن تسند المؤسسات المصغرة، وإما في شكل حصة أو عدة

1 المادة 03، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بقانون المنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 إقولي ولد رايح صافية، مكانة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة الإدارة، المجلد 18، العدد 02، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2008، ص 7.
3 م ت رقم 96-296، المؤرخ في 08 سبتمبر 1996، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب وتحديد قانونها الأساسي، ج، ر، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 11 سبتمبر 1996، المعدل والمتمم، م ت رقم 11-102، المؤرخ في 06 سبتمبر 2011، ج، ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.
4 م ت رقم 94-188، المؤرخ في 06 يوليو 1994، المتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 07 يوليو 1994، والمتمم، م ت رقم 04-01، المؤرخ في 03 يناير 2004، ج، ر، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 03 يناير 2004.
5 عبد الغاني بولكور، عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 188.
6 المادة 87، الفقرة 07، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ححص في إطار دفتر الشروط محصص وفي جميع الحالات، يجب أن يتضمن دفتر الشروط نظام تقييم العروض وشروط تأهيلية مكيفة مع المؤسسات المصغرة¹، بحيث تخصص المصالح المتعاقدة ما نسبته 20% على الأكثر من الطلب العمومي²، ويحتسب ذلك من المبالغ السنوية القصوى للحاجات المذكورة أعلاه كما يلي :

- اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) لخدمات الأشغال (هندسة مدنية وطرق).

- سبعة ملايين دينار (7.000.000 دج) لخدمات الأشغال (أشغال البناء التقنية وأشغال البناء

الثانوي).

- مليوني دينار (2.000.000 دج) لخدمات الدراسات.

- أربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) للخدمات.

- سبعة ملايين دينار (7.000.000 دج) لخدمات اللوازم³.

رغم التدابير التسهيلية والتحفيزية المتخذة إلا أن نسبة الصفقات المخصصة لها من الطلبات العمومية من الطلبات العمومية، لا ترقى إلى الأهداف المحددة، كون عدد قليل فقط من أصحاب المشاريع والمصالح المتعاقدة ممن طبقت عملية التخصيص الحصري لهذه المشاريع لفائدة المؤسسات الصغيرة.

البند الثاني: مبدأ الأفضلية وترقية الإنتاج الوطني

بالرغم من تكريس نصوص العقود الإدارية لمبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة بين المتعاملين الوطنيين والأجانب، يسعى المشرع إلى تشجيع الإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة الأجنبية القوية، يأتي هذا الحكم انطلاقاً من قاعدة تشجيع وتوفير الحماية للصناعات والمنتجات الوطنية والمحلية، وهو أمر تحرص عليه كل الدول المتقدمة والنامية، التي تعتبر الأولى بتطبيقه نظراً إلى حجم مشروعات الحكومة ومشترياتها ولما تقرر أولوية المنتجات الصناعية المحلية من دور في تشجيع الصناعة المحلية⁴.

1 المادة 03، من ق و م، المؤرخ في 29 أبريل 2014، يحدد كليات تطبيق المنح التفضيلية للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، ج.ر، ج، ج، العدد 30، الصادرة بتاريخ 21 مايو 2014.

2 المادة 87، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 87، الفقرة 03، من نفس المرسوم .

4 خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة) الكتاب الثاني، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1997، ص 243.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

إن فتح أبواب المشاركة أمام المرشحين الأجانب في جلب العروض الدولية من شأنه ترتيب ظهور حالة عدم التكافؤ بين الوطنيين والأجانب في ظل التفاوت بينهما، سواء من حيث وسائل الإنتاج ونوعية الأداء والقدرات المالية خاصة عند تعلق موضوع الصفقة بإنجاز مشاريع وعمليات معقدة تتطلب مهارات وكفاءات عالية لا تسمح للمتعاملين الوطنيين بمنافسة الأجانب، وهذا ما يؤدي إلى عزوفهم عن المنافسة وعدم سعيهم للتطوير والتحسين في قدراتهم مما ينعكس سلبا على الاقتصاد الوطني¹.

ومما سبق ذكره، سنتناول في هذا العنصر لتعريف مبدأ هامش الأفضلية في نصوص المنظمة للصفقات العمومية (أولا)، ثم تبيان طريقة تطبيق هامش الأفضلية في الصفقات العمومية (ثانيا).

أولا : مبدأ هامش الأفضلية في القانون الجزائري.

عرفت النصوص المتعاقبة والمنظمة للصفقات العمومية في الجزائر تباين في تطبيقها لمبدأ حماية الإنتاج الوطني، فمنها ما زادت في نسبة منح الهامش الأفضلية ومنها ما قللت فيه²، وبمقتضى المرسوم الرئاسي الجديد للصفقات العمومية 15-247، خصص له المشرع قسم خاص سماه "ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج"، عكس ما كان موجودا في المراسيم السابقة المنظمة للصفقات العمومية، وأبقى على نسبة 25% كهامش الأفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات خاضعة للقانون الجزائري³.

1 خلدون عائشة، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراة العلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2015-2016، ص 97.

2 تولت التنظيم السابقة للصفقات العمومية مبدأ منح هامش الأفضلية من خلال النصوص الآتية :
-المادة 38، الفقرة 02، من الأمر رقم 67-90، المتعلق بالصفقات العمومية، التي نصت على أنه: "وتختار الشركة الوطنية والمؤسسة المسيرة ذاتيا، إذا كانتا من بين أصحاب العروض الذين عرضوا السعر الأدنى"، المعدل والمتمم، السالف الذكر (الملغى).
- المواد: 23، 24، 25، من المرسوم رقم 82/145 فقد تناول هذا المبدأ من خلال حيث نصت المادة 23 على ما يلي: "يجب على المتعامل العمومي أن يفتن الإنتاج الوطن قبل غيره"، ونصت المادة 24 على ما يلي: "يقوم المتعامل العموم بالدعوة إلى المنافسة بالتعاقد حسب الأسبقية التالية:
-المتعاملون المواطنون العموميون ،
-المؤسسات الخاصة الوطنية ،
-المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات دولتها ،
-المؤسسات الأجنبية التي تقدم ضمانات حسن التنفيذ الملائمة".
ونصت المادة 25 على أنه: "يجب أن يكون المتعامل المتعاقد المختار قادرا على تلبية الطلب حسب شروط الصفقة ، كما يجب عليه أن يلتزم باعتماد الإنتاج الوطني قبل غيره.....".

3 - ت رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، فقد نصت المادة 20 منه، على أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب أولويا الإنتاج الوطني المتوفر " ثم أكدت المادة 21 على أنه يجب أن يكون للمتعاقد المختار قادرا على تلبية الطلب حسب شروط الصفقة، كما يجب عليه يلتزم بالاعتماد على الإنتاج الوطني أولوية "، السالف الذكر.

-المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، فقد نصت المادة 19 منه على ما يلي: "يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15 % لمنتج الوطني ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 11 أعلاه، السالف الذكر.

يجب أن حدد ملف المنافسة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقديم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية".

-المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية 2، فقد نصت المادة 23 على ما يلي :
يمنح هامش للأفضلية، بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%) للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 13 أعلاه، المعدل والمتمم، (الملغى)، السالف الذكر.

3 المادة 83، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ، سالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ولعل من مبررات الأخذ بنظام الأفضلية للإنتاج الوطني، هو ارتفاع قيمة الواردات في السنوات الأخيرة في ظل المنافسة القوية التي يمارسها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الخاص الهش، الذي يتميز بقلّة الكفاءة ونقص الإمكانيات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع، خاصة تلك التي تطرح ضمن مناقصات دولية، والتي تلجا إليها في الغالب المصالح المتعاقدة نظرا لما تتطلبه مشاريعها، لذلك وجدت الدولة نفسها مجبرة على اللجوء إلى المنتجات والخدمات ذات المنشأ الجزائري، بتكليف قانون الصفقات العمومية مع التطورات الاقتصادية الراهنة، من ذلك ما نصت عليه المادة 85 من المرسوم الرئاسي 247/15: "...عندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوة للمنافسة وطنية و/أو دولية... فإنه يجب عليها حسب الحالة... تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية".

كما أدرج المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نصا قانونيا يساعد على نقل الخبرة التي يتمتع بها المتعاملين الإقتصاديين الأجانب، إلى نظرائهم الجزائريين للنهوض بالإقتصاد الوطني، وذلك بإلزام المصلحة المتعاقدة عند دعوتها للمنافسة وطنية ودولية، أن تدرج ضمن دفتر الشروط أحكاما تسمح بضمان تكوين ونقل المعرفة التي ترتبط بموضوع الصفقة في إطار ترقية الإنتاج الوطني¹.

ثانيا: كيفية تطبيق هامش الأفضلية

حدد المشرع الجزائري كليات احتساب هامش الأفضلية في القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، إلا أن هذا القرار قد أهمل بشكل لا لابس فيه كليات احتساب هامش الأفضلية في صفقات اللوازم التي يمكن أن يستفيد منها المتعامل المتعاقد الأجنبي، وبينت المادة 02 من القرار المحدد لكليات تطبيق هامش الأفضلية كليات احتساب هذا الهامش فقط في صفقات الأشغال والخدمات والدراسات²، مما يشكل خرقا لمبدأ المساواة المكفولة للمتعهدين والتي تمثل أحد أعمدة مبدأ المنافسة، والتي يمكن أن نميز منها الطرق التالية:

1 المادة 85، فقرة 5، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، سالف الذكر.
2 قرار الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، المتعلق بكليات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج، ر، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011.

1- حالة تقدم المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري إلى العروض بصفة منفردة:

عندما نكون أمام عروض دولية مقدمة من شركات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية أسهمها جزائريون مقيمون، وشركات خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية أسهمها أجنبيا، وشركات أجنبية مقيمة، فإن تطبيق هامش الأفضلية يكون بعد التقييم التقني لعروض هذه المؤسسات، فإذا كانت هذه المؤسسات مؤهلة تقنيا فإنه تضاف نسبة 25% من أسعار عروضها محسوبة بكل الحقوق والرسوم بالنسبة للشركات الأجنبية، كما تضاف 25% في حدود النسبة التي يحوزها الأجنبيا بالنسبة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية أسهمها أجنبيا.

2- تدابير تطبيق أفضلية المنتج ذو الأصل الوطني :

وضع قانون الصفات العمومية ميكانيزمات لتفعيل أفضلية المنتج ذو الأصل الوطني، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بـ:

أ- حصر الدعوة إلى المنافسة في نطاق وطني:

قيد قانون الصفقات العمومية مختلف المصالح المتعاقدة بإصدار دعوة للمنافسة وطنية، عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرا على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها لهذه المصالح، طبعاً مع احترام الاستثناءات الموجودة في هذا القانون¹، معناه ضرورة تخصيص هذه الصفقات للوطنيين كأصل عام في السوق الوطنية، إلا إذا تعذر ذلك وأملت الضرورة اللجوء إلى المنافسة الدولية فالمصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام ما يلي:

- في حالة كون المنافسة دولية يجب أن تأخذ عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانات المؤسسات الوطنية الصغيرة والمتوسطة، وهذا لأجل تمكينها من المنافسة في جو من الشروط المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال التنفيذ.

يجب أن يتضمن دفتر الشروط الخاص بالمنافسة الدولية، شرطاً لمناولة لحائز الصفقة مستثمر أجنبي لوحده لثلاثين بالمائة على الأقل من مبلغ الصفقة الأصلي لصالح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة إدراج بعض البنود الخاصة بتكوين أو نقل المعرفة ذات الصلة بموضوع الصفقة.

1 أنظر المادة 85 ، الفقرة 1 ، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، سالف الذكر .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

تدخل هذه الإجراءات في محاولة خلق الظروف التي تساعد على تجاوز مختلف الصعوبات والحواجز التي تحول دون ولوج المؤسسات الصغيرة إلى الصفقات والحصول عليها ، بما ينمي تواجدها في مختلف الطلبات العمومية مهما كانت قيمتها.

ب-وضع تدابير تمنع استعمال المنتج الأجنبي:

في إطار السياسة الترشيدية للنفقات وتخفيضاً لفاتورة استيراد المنتجات الأجنبية في مجال الصفقات العمومية، فقد ألزم القانون المصلحة المتعاقدة إدراج في دفتر الشروط تدابير تمنع اللجوء المباشر للمنتج الأجنبي، إلا في حال كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة، هنا لا إشكال في اعتماد المنتجات غير الوطنية¹، كما يلتزم المتعاملون الأجانب المستفيدين من هامش الأفضلية باستعمال المواد والخدمات المنتجة محلياً، وتتأكد المصلحة المتعاقدة من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها في هذا الشأن².

وتخصص أفضلية حسب نسبة اندماج المنتج في الاقتصاد الوطني، ومدى أهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل عقد مناولة أو اقتناء في السوق الجزائرية، بمعنى أن المنتجات المندمجة أو الحصص أو المنتجات المقتناة من السوق الجزائرية تحظى بالأفضلية، عند التقييم الخاص بالعروض في الحدود التي نص عليها القانون 25 % بالمائة للمنتج الوطني.

البند الثالث: الإلتزام بالإستثمار في اطار الشراكة:

من أجل بعث النشاط الاقتصادي في الجزائر، تبنى المشرع مبدأ هام مفاده تعزيز حرية الإستثمار³، غير أن المبدأ عرف تراجعاً عقب صدور القانون المالية التكميلي لسنة 2009، الذي قضى بأن الإستثمارات الأجنبية لا تتجزأ إلا في إطار شراكة، تمثل فيها المساهمة الوطنية بنسبة 51 % على الأقل من رأسمال الإجماعي⁴ مقابل 49 % للشريك الأجنبي، وكان من المنتظر تعديل أحكام 58 في إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2010، إلا هذا الأخير احتفظ بمبدأ منح الدولة والمؤسسات العمومية حق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين

1 المادة 85، الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 129، من نفس المرسوم .

3 الأمر 03-01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الإستثمارات، ج، ر، ج، ج، العدد 47، الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001، والملغى بالقانون رقم 16-09، المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الإستثمارات، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 03 غشت 2016، الملغى بالقانون رقم 22-18، المؤرخ في 24 يوليو 2022، ج، ر، ج، ج، 50، المؤرخة في 28 يوليو 2022.

4 المادة 58، الفقرة 02، الأمر رقم 09-01، المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج، ر، ج، ج، العدد 4، المؤرخة في 26 يوليو 2009.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الأجانب¹، وقد جاءت المادة 84 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مطابقة لمحتوى المادة 55 قانون المالية التكميلي لسنة 2010².

أولا: مضمون الالتزام بالاستثمار ومجال تطبيقه

في إطار سياسة ترقية الإنتاج الوطني، ورغبة المشرع في توسيع حظوظ المستثمرين الوطنيين، وتمكينهم من الظفر بحصة ضمن برنامج الإستثمارات العمومية، بتكريس معاملة تفضيلية للمؤسسات الوطنية في عروض الصفقات العمومية، وهذا أشارت إليه المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر " : يجب أن تنص دفاتر شروط دعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية التي تحدد منها الحكومة بالنسبة للمتعهدين الأجانب على الالتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بمشاريع تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها '، هذا يعني أنه: لا يشترط الالتزام بالاستثمار إلا في الصفقات، التي تبرم في إطار السياسات العمومية للتنمية، التي تحددها الحكومة، هذه الأخيرة تعد قائمة المشاريع الخاضعة للالتزام بالاستثمار بموجب مقرر من السلطة المختصة.

يعتبر الالتزام بالاستثمار إجراء إلزاميا لقبول العرض، وهذا في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري ويحوز أغلب رأسمالها جزائريون مقيمون، بحيث يتضمن ملف طلب العروض قائمة غير محددة للمؤسسات التي يمكنها تجسيد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي³، هذا الأخير يمكن له الكشف عن اسم الشريك أو الشركاء الجزائريين بعد تبليغه للصفقة⁴.

ثانيا: إجراء الالتزام بالاستثمار والإستثناءات الواردة عليه

عندما يخضع المشروع لإجبارية الإستثمار، بمقرر من سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة، أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير حسب الحالة، يجب أن ينص دفتر الشروط للمنافسة الدولية المعني، على الإجراء المتعلق بالتعهد بالإستثمار، ويتجسد ذلك عن طريق الشراكة في نفس ميدان النشاط لموضوع الصفقة⁵.

1 المادة 46، الأمر رقم 10-01، المؤرخ في 26 غشت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 29 غشت 2010.
2 تنص المادة 55، من القانون المالية التكميلي لسنة 2010، على أنه: " يجب أن تنص دفاتر الشروط الإعلانات عن المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب على إلزامية الإستثمار في نفس ميدان النشاط في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز الأغلبية في رأسمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون"، السالف الذكر.
3 المادة 04، بق و م، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، كليات تطبيق الإلتزام بالإستثمار بالمعاملين الإقتصاديين الأجانب، ج، ج، ج، العدد 21، المؤرخة في 09 أبريل 2014.
4 المادة 78، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
5 المادتين 02 و 03، من قرار وزير المالية، يحدد كيفية تطبيق الإلتزام بالاستثمار بالنسبة للمعامل الإقتصاديين، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كما يمكن أن يتضمن ملف طلب العروض قائمة غير محددة لمؤسسات، تستطيع أن تجسد عملية الشراكة مع المتعهد الأجنبي، هذا الأخير يمكن له أن يعلن عن اسم شريك أو الشركاء الجزائريين بعد تبليغه الصفقة، وقبل ذلك يجب أن يتضمن عرض المتعهد تحت طائلة الرفض التزاما مكتوبا بالقيام بالاستثمار، حسب النموذج المحدد قانونا، ويتوجب على المصلحة المتعاقدة متابعة سير عملية تجسيد الاستثمار وإرسال تقرير إلى وزيرى المالية والصناعة كل ثلاثة أشهر وبصفة دورية، وفي حالة ما إذا لم يتم تجسيد الاستثمار قبل الاستلام النهائي للصفقة، ولم يكن ذلك راجعا إلى مسؤولية المتعاقد الأجنبي، يقوم الطرفان بالاتفاق حول كيفية تجسيده حسب اتفاق يرضى الطرفين¹.

غير أن المادة 84 فقرة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: نصت على أنه " يمكن الصفقات المبرمة وفق اجراء التراضي بعد الاستشارة، الخاصة بمؤسسات السيادة في الدولة واجراء التراضي البسيط أن لا تخضع لأحكام هذه المادة"، ويتعلق الأمر هنا بحالة التراضي بعد الإستشارة والتراضي البسيط الخاصة بالمؤسسات السيادية في الدولة، وبالتالي يكون المتعهد الأجنبي غير ملزم بالإستثمار في إطار الشراكة في الأحوال التالية:

1- حالة التراضي بعد الإستشارة الخاص بالمؤسسات السيادية"

تستني هذه الحالة من الإلتزام بالإستثمار، وهي تخص التراضي بعد الإستشارة، الذي نصت عليه المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، بقولها: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإستشارة في الحالات الآتية :

-في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة " ، وتبقى باقي حالات التراضي بعد الإستشارة خاضعة للإلتزام بالإستثمار، وحسن ما فعل المشرع عندما رفع هذا الإلتزام على المتعهد الأجنبي².

2- حالة التراضي البسيط :

بمقتضى المادة 84 في فقرتها 05، من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فإن المتعهد الأجنبي غير ملزم بالإستثمار في إطار شراكة مع المؤسسات الجزائرية، وهذا طبقا للحالات المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم، مثل حالة الإستعجال الملح المعطل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار ، أو في حالة تمويل مستعجل³.

1 المادتين 06-08، من قرار وزير المالية،يحدد كيفية تطبيق الإلتزام بالإستثمار بالنسبة للمتعاقد الاقتصاديين،السالف الذكر.
2 المادة 84، فقرة 05،من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن ت ص ع و ت م ع ،السالف الذكر.
3 المادة 49،من نفس المرسوم.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

فهذه الحالات تخرج من دائرة الإلتزام بالإستثمار بالنسبة للمتعهد الأجنبي، لكن هذا يضيف غموضا على حالات التراضي البسيط، بعبارة أخرى هل ستكون الإعتبرات السيادية مبررا كافيا لإعفاء المتعهدين الأجانب من الإلتزام بالإستثمار في صفقات التراضي مع المؤسسات الوطنية؟، ويبدو أن السبب الحقيقي من وراء إقرار المشرع الجزائري لهذا الإستثناء، هو مراعاة خصوصية الصفقة العمومية التي تيرمها المؤسسات السيادية في الدولة، وذلك من حيث السرعة في التسيير والتقليل من الإلتزامات التي تنقل كاهل المتعاملين الإقتصاديين، وحتى يتم انجاز الصفقة تتماشى مع حالات اللجوء الى التراضي.

ثالثا : العقوبات المترتبة عن عدم احترام شرط الإلتزام بالإستثمار

إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يجسده المتعهد الاجنبي طبقا للرزنامة التعاقدية والمنهجية المنصوص عليه في دفتر الشروط بخطأ منه، فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعداره حسب الشروط المبينة في 149 من المرسوم الرئاسي 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وفي حالة عدم امتثاله، فإنها تطبق عليه اما العقوبات المالية أو التسجيل في قائمة الممنوعين من التعهد او فسخ الصفقة.

1-تطبيق العقوبات المالية

يقصد بالعقوبات المالية تلك المبالغ التي يحق للإدارة تطبيقها على المتعاقد معها عند إخلاله بالإلتزامات التعاقدية، ويكون الغرض منها إما لتغطية ضرر حقيقي لحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد، وإما لتوقيع العقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر قد يلحق بالإدارة¹، وقد أشارت إلى ذلك المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها: " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير مطابق فرض عقوبات مالية...."، تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات، التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة².

1 حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائرية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإدارية وضمانتها " دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص 27.
2 المادة 147، فقرة 03، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ، السالف الذكر .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها ،طبقا لدفاتر الشروط المذكورة أدناه باعتبارها عناصر مكونة للصفات العمومية، لكن تعود للمصلحة المتعاقدة السلطة في إيقاعها أو إعفاء المتعامل الأجنبي الذي جسد عملية الإستثمار أو التزم بتجسيده¹، غير أنه في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال، وتسلم للمتعهد أوامر بتوقيف الأشغال، على أن تستأنف-الأشغال- بعد زوال سبب التوقيف، وفي كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخر تحرير شهادة الإدارية².

2-التسجيل في قائمة الممنوعين من التعهد:

بمقتضى المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن إخلال المتعهد الأجنبي بالالتزام بالاستثمار يؤدي إلى التسجيل في قائمة الممنوعين من التعهد، والإقصاء بصفة مؤقتة أو نهائية من المشاركة في الصفقات العمومية. وتجدر الإشارة إلى أن التسجيل، هذا لا يتم إلا بعد قيام مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بمراسلة المتعامل الإقتصادي مع اشعار بالإستلام لتقديم جواب عن الوقائع المنسوبة إليه في مهلة 10 أيام³، فإذا امتنع عن الإجابة في الأجل المحدد أو قدم جوابا غير مقنع، فإن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني يقرر في هذه الحالة منع المتعامل من المشاركة في الصفقات العمومية بناء على مقرر معلل وبيبلغ للمعني.

تعتبر عقوبة التسجيل في قائمة الممنوعين من التعهد عقوبة جديدة، صارمة لكنها ذات فعالية في نظام الصفقات العمومية، إذ أن كون التسجيل فيها يعني الاقصاء بشكل مؤقت أو نهائي من الترشح مستقبلا للصفقات، يجعل المتعاقد الأجنبي يحرص على اتمام تجسيد الاستثمار حتى لا يتعرض للإقصاء مستقبلا من الترشح للحصول على صفقات جديدة.

3-فسخ الصفقة

يعتبر فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعهد الاجنبي أقصى عقوبة، التي يمكن أن يتعرض لها، نتيجة الإخلال بالالتزام في تجسيد الاستثمار، بعد أن يوجه له إعدار لتدارك الخطأ⁴، فإذا لم يتم

1 المادة 07، من قرار وزير المالية، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدد كيفية تطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعامل الإقتصادي، السالف الذكر.
2 المادة 147، فقرة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، لمتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
3 المادة 02، فقرة 02، من قرار وزير المالية، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدد كيفية تطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعامل الإقتصادي، السالف الذكر.
4 المادة 149، من المرسوم الرئاسي 15-247، لمتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

المتعاقد بتدارك تقصيره في الأجل المحدد في الإعدار، جاز للمصلحة المتعاقدة حسب الضرورة فسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد موافقة سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب الحالة، وكذا تسجيله في قائمة المتعاملين الإقتصاديين المقصيين من المشاركة في الصفقات العمومية .

ولا يمكن للمتعاقد الأجنبي الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان ،والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطئه، زيادة على ذلك يتحمل المتعاقد الأجنبي التكاليف الإضافية، التي تنجم عن الصفقة الجديدة¹، وتقع العقوبة على المتعامل الأجنبي وحده دون شريكه الوطني.

البند الرابع: سلطة المصلحة المتعاقدة في إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية قد كفل إتاحة الفرصة لجميع المترشحين المشاركة في طلب العروض، فإن ذلك لا يمنع على الإطلاق من فرض شروط معينة للمنافسة وقصرها فقط في من تتوافر فيهم الشروط، التي تعلن عنها المصلحة المتعاقدة مسبقا، ثم إن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالتأكد من صلاحية العروض وكفاءة المرشحين في تنفيذ الصفقة العمومية، ولها في ذلك السلطة التقديرية التي تباشرها عن طريق امتيازات السلطة العامة، زيادة على ذلك لها الحق في اصدار قرارات فردية بإقصاء بعض الأشخاص لقيامهم ببعض الأفعال المحظورة قانونا كإجراء عقابي².

يمكن تعريف الإقصاء بأنه قرار تتخذه الإدارة، ويتضمن استبعاد أحد العروض المشاركة في المنافسة وهذا لأسباب محددة قانونا، وقد يكون الإقصاء محدد أو غير محدد³، وعادة ما تحتفظ المصلحة المتعاقدة بقائمة خاصة تتضمن بأسماء هؤلاء المتعهدين غير المرغوب فيهم، وتطرح هذه القائمة في لحظة البدء في اجراءات المنافسة، حتى تتأكد السلطة المعنية بإجراءات المنافسة في حسابها استبعاد هؤلاء الممنوعين من دخول المنافسة⁴، حتى ولو كانت عطائهم مستوفاة لكافة الشروط التي حددت سابقا من طرف الإدارة⁵.

1 المادة 152، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع ،السالف الذكر .
2 وفي هذا الشأن نجد حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الذي جاء فيه : "... ولها مطلق التقدير في استبعاد غير الصالحين للتعاقد معها لسبب أو لآخر لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة"، أشارت إليه :سحر جبار يعقوب، سلطة الإدارة في حرمان المتعاقد واستبعاده،المجلد 01،العدد16،مركز الدراسات الكوفة،العراق،2010،ص121.
3 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي،المرجع السابق،ص140.
4 مهند مختار نوح،المرجع السابق،ص 509.
5 جابر جاد نصار،المرجع السابق،ص 142.

أولا : أسباب الإقصاء

بالرغم من خطورة الإقصاء على المتعهدين المشاركين في الصفقات، إلا أن المشرع قيده بأسباب محددة حصرا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، بحيث لا يجوز للمصلحة المتعاقدة الخروج عنها، وهي بذلك تخضع لرقابة القضاء، وقد بين المشرع كيفية الإقصاء العمل به في قرار الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية²، وقد يكون الإقصاء كجزء على اخلال سابق بالتزامات تعاقدية أو عدم استيفاء واجبات قانونية أو لأسباب أخرى يراها المشرع حرصا على عدم الإضرار بالمصلحة العامة.

1- الإقصاء بسبب إخلال بالتزامات تعاقدية :

يكون الإقصاء في هذه الحالة على أساس تعامل سابق، وفيه تصدر الإدارة قرار يقضي بمنع الشخص من الدخول بالمنافسات، والذي سبق وأن تعاقدت معه وأخل إخلالا جسيما بالتزاماته العقدية³، مما يجعله غير جدير بثقة المصلحة المتعاقدة في التعاملات المستقبلية التي يعلن عنها⁴، وبين القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية⁵، مدة الإقصاء التلقائي الذي يتخذ بمبادرة من المصلحة المتعاقدة بسنة (01) واحدة في حالة التسجيل في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها.

1 نصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: يقضى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون:
- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ الصفقة العمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.
- الذين هم في حالة إفلاس، أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح .
- الذين هم محل إجراء إفلاس، أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل حكم قضائي نهائي بسبب مخالفة تمس بالنزاهة المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم .
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدا كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم .
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية و الجمارك والتجارة.
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي .
- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم وهذه الحالة تتعلق بالإستثمار بالنسبة للأجانب .

2 القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج، ح، ج، ع، د، 17، المؤرخة في 16 مارس 2016.

3 مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية " دراسة مقارنة"، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2018، ص151.

4 أشارت المحكمة الإدارية العليا في مصر، في هذا الشأن، في حكمها بتاريخ 23 ديسمبر 1962 بقولها: " إذا كان من الثابت رفض العطاء الأكبر يرجع الى ماضي صاحبه في سنة السابقة يدل على أنه لا يحترم التزاماته ولا يوفي بعهوده، فهي أسباب جدية كافية لرفض العطاء ولو كان أكبر العطاء"، ريم علي احسان محمد العزاوي، المرجع السابق، ص 118.

5 المادة 05، من القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كما قد يكون الإقصاء المؤقت في مثل هذه الحالة بموجب مقرر المتعاملون الإقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أخلت بالتزاماتها، والذين صدر في حقهم مقررين اثنتين (02) للفسخ تحت مسؤولياتهم، ويبدو ذلك طبيعيا خاصة وان فسخ الصفقة يحمل في مضمونه نوع من الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المتعاقد، والذي لا يعكس رغبته الجدية في تنفيذ المشروع، وما أكثر هذه الحالات من الناحية العملية لذا جاء القرار الوزاري وأبعدهم بصفة مؤقتة بموجب قرار من المصلحة المتعاقدة¹.

2- الإقصاء بسبب عدم ايداع حسابات القانونية للشركة²:

يقصد بالحسابات الشركة تلك الجداول التي تبين مختلف عناصر الأصول والديون الموجودة عند تاريخ قفل السنة المالية، وتظهر تلك الحسابات وضعية المالية للشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة³، ومن تم يكون كل متعامل ملزم بإيداع حسابات الشركة لدى المركز الوطني للسجل التجاري خلال شهر الذي يلي مصادقة الجمعية العامة عليها ويعد الإيداع بمثابة إشهار⁴.

مما يعني أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة رفض كل العروض، التي لا تتضمن شهادة تثبت قيام صاحب العرض بإيداع القانوني لحسابات الشركة لدى المركز الوطني للسجل التجاري أو على مستوى ملحقاته التي يوجد بها المقر الإجتماعي للشركة، ويتخذ الإقصاء في مثل هذه الحالة بصفة مؤقتة وتلقائيا ولا يحتاج الى مقرر بثبته، بحيث يكون المتعامل تلقائيا في وضعية ابعاد العطاء متى توافرت حالة عدم ايداع الحسابات القانونية للشركة⁵، فلا يعقل أن يفتح باب المشاركة في طال العروض لمتعاملين خالفوا التشريع المحاسبي.

3- الإقصاء بسبب التنازل عن تنفيذ الصفقة أو رفض استكمال العرض⁶.

يتعلق الأمر بحالتان، الأولى تتمثل في رفض المتعاملين الإقتصاديين استكمال عروضهم، بعد دعوتهم كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة في أجل عشرة (10) أيام إلى استكمال عطاءتهم التقنية

1 المادة 06، من القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.

2 المادة 75، فقرة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 716، الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن قانون التجاري، ج، ر، ج، ج، عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج، ر، ج، ج، العدد 11، المؤرخة في 09 فيفري 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج، ر، ج، ج، العدد 71، المؤرخة في 03 ديسمبر 2015.

4 المادة 717، الفقرة 03، من نفس الأمر.

5 المادة 03، القرار، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.

6 المادة 75، الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بالوثائق الناقصة المطلوبة بإستثناء المذكرة التبريرية¹، فإذا انقضت هذه المهلة دون تقديم المتعهد للوثائق الناقصة بدون سبب مبرر، فإنه يقضى تلقائيا ومؤقتا من المشاركة في الصفقات العمومية².

أما الثانية فتتعلق بتنازل المتعامل المتعاقد عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض بدون سبب مبرر، ولا ريب أن هذا يعد إهدارا لفكرة الإعتبار الشخصي في تنفيذ الصفقة³، وهو خطأ جسيم من جانب المقاول يستوجب أقصى الجزاءات⁴ والمتمثل في الإقصاء التلقائي المؤقت للمتعهد من الصفقات العمومية لمدة ستة (06) أشهر⁵.

4- الإقصاء على أساس الإخلال بالتزام بالإستثمار.

تم التأكيد على هذه الحالة مجددا ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتعلق بالمتعاملين الاقتصاديين الذين يخلون بالتزاماتهم المحددة في المادة 84، هي التزامات تتصل باحترام الرزنامة الزمنية والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط الخاص بالإستثمار الأجنبي في إطار الشراكة، فهي وبشكل عام تتعلق بالأجانب الذين استفادوا من صفقة وخرجوا عن مجال الإستثمار المبين في الصفقة⁶.

وعن طبيعة الإقصاء فقد بينت المادة 07، من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، بأنه يطبق الإقصاء النهائي التلقائي على الأجانب الذين اخلوا بالتزاماتهم الإستثمارية، إلا إذا تم رد اعتبار لهم حسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، وكما هو ظاهر من اسم الإقصاء النهائي التلقائي فإنه يتخذ بصفة تلقائية متى توافرت هذه الحالة أو الوضعية في المتعامل الأجنبي، ولا يحتاج إلى مقرر من المصلحة المتعاقدة لإثباته⁷.

1 المادة 71، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 04، من القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.
3 فوزية الهاشمي، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين "دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراة في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع تجريم الصفقات العمومية، جامعة الجبلالي ليايس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19 مارس 1962، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 322.
4 سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2016، ص 216.
5 المادة 05، من القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.
6 المادة 84، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
7 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 269.

5- الإقصاء بسبب عدم استيفاء الواجبات الجبائية والشبه الجبائية.

يعتبر أداء الواجبات الجبائية والشبه الجبائية من بين الالتزامات القانونية، التي إذا أخل بها المتعامل الاقتصادي يتعرض للإقصاء التلقائي المؤقت من المشاركة في الصفقات العمومية¹، وهذه الحالة من الحالات التي يبدو فيها الإقصاء منطقيا، فكيف يفتح باب المشاركة في منافسة لأشخاص ثبت عدم وفائهم بالتزاماتهم الجبائية اتجاه حقوق المجتمع وحقوق الخزينة العامة.

ونتيجة لذلك يتم اقصاء مثل هؤلاء من الصفقات العمومية بصفة تلقائية ومؤقتة دون الحاجة إلى مقرر يتبث ذلك²، ويستثنى من هذا الإجراء-الإقصاء-المتعاملون الإقتصاديون الذين يقدمون في عروضهم جدول تسديد الضرائب أو شهادة أداء مستحقات الضمان الإجتماعي لغير الأجراء، أو عن طريق تقديم ضمانات يتم قبولها من قبل السلطات المختصة بتحصيل تلك الالتزامات القانونية، وهم بذلك يكونون قد استوفوا التزاماتهم الجبائية والشبه الجبائية³.

6- الإقصاء بسبب تصريح كاذب.

يتعلق التصريح الكاذب بالإدلاء الغير الحقيقي للبيانات والمعلومات الواردة في التصريح بالترشح من قبل المتعهد⁴، وقد نصت المادة 75 في فقرتها 07، من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: " يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملين الإقتصاديين:

- الذين قاموا بتصريح كاذب"، ذلك أنه إذا تبين لها أن المعلومات غير مطابقة لملف العرض فإنها تقوم بإستبعاده لمدة ستة (06) أشهر، ويمكن تمديده إلى جميع المصالح المتعاقدة التي تتبع سلطة المصلحة المتعاقدة، التي بادرت بالإجراء، كما رتب المشرع الجزائري الفسخ بسبب الإدلاء بمعلومات زائفة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد⁵، كل هذا من أجل تكريس العمل النزيه في مجال الصفقات العمومية.

1 المادتين 75 فقرة 05، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، والمادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالفين الذكر.

2 المادة 04، من القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.

3 رد" وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 355، المؤرخ في 29 أبريل 2017، على استشارة قانونية لمجلس الشعبي بلديعية عين عبيد، ولاية قسنطينة، الجزائر.

4 المادة 67، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

5 نصت المادة 69، فقرة 03، من نفس المرسوم، على أنه: " وإذا اكتشفت المصلحة المتعاقدة بعد امضاء الصفقة أن المعلومات التي قدمها صاحب الصفقة الصفقة زائفة، فإنها تأمر بفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه".

7- الإقصاء بسبب إدانة قضائية:

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية الجزائري قد كفل لجميع المرشحين المشاركة في المنافسة، تطبيقا لمبدأ المساواة، فإن ذلك لا يمنع المصلحة المتعاقدة من استبعاد العروض، التي أدين أصحابها بأحكام قضائية نهائية، نتيجة ارتكاب أفعال تتعلق بالغش الجبائي أو النزاهة المهنية أو مخالفة الأنظمة والتشريعات المعمول بها.

8- مخالفة الأنظمة والتشريعات المعمول بها.

نص عليها ضمن المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وتعتبر أحد حالات الإقصاء التلقائي المؤقت الذي تتخذه جميع المصالح المتعاقدة، وتتمثل في بعض أحكام القانون المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب لاسيما المادتين 19 و 23 من القانون رقم 10/81 المؤرخ في 11 يوليو 1981، المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب¹، وبعض أحكام القانون رقم 83-14 المؤرخ في 02 يوليو 1983، المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي المعدل والمتمم، لاسيما 07، 13، 15، 16، 24،² فضلا عن بعض أحكام القانون رقم 07/88 المؤرخ في 26 يناير 1988، المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل لاسيما المواد من 37، 38، 39،³ إضافة إلى

1 تنص المادة 19، من القانون رقم 81-10، المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، على أنه "يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 5000 و 10.000 دج، عن كل مخالفة ثبت كل من خالف أحكام هذا القانون بتشغيل عامل أجنبي ملزم بجواز العمل المؤقت أو رخصة إذا كان هذا العامل :

- غير حائز إحدى الوثقتين ،
- أو حائز لسند سقط صلاحيته،

- أو يعمل في منصب آخر غير منصب الوارد في الوثقتين المذكورتين".

أما المادة 23، من نفس القانون، فتتص على أنه: "تعاقب الهيئة صاحب العمل، على عدم إرسالها اشعار بنقض عقد العمل أو القائمة بأسماء المستخدمين الأجانب لديها في الأجل المنصوص عليها في المادتين 21 و 22 أعلاه، بغرامة تتراوح بين 100 الى 1000 دج وبضاعف المبلغ إذا تكررت هذه المخالفة"، المؤرخ في 11 يوليو 1981، ج، ر، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 14 يوليو 1981.

2 تنص المادة 07، من القانون رقم 83-14، والمتعلق بالتزامات المكلفين بالضمان الاجتماعي، على أنه: "يترتب على عدم التصريح بالنشاط من طرف المكلف، دفع غرامة قدرها خمسة آلاف (5000) دج تضاف إليها نسبة 20 % عن شهر تأخير، توقع هيئة الضمان الاجتماعي هذه الغرامة وتحصلها".
أما المادة 13، من نفس القانون، فتتص على أنه: "يترتب على عدم الإنتساب في الأجل المحددة في المادة 10 من هذا القانون، غرامات توقعها هيئة الضمان الاجتماعي على الهيئة المستخدمة قدرها ألف دينار عن كل عامل لم يتم انتسابه ويضاف الى مبلغ الغرامة 20% عن كل شهر من تأخير".
والمادة 15، تنص على أنه: "عند عدم بالأجور من طرف صاحب العمل في الأجل المحددة، يمكن هيئة الضمان الاجتماعي أن تحدد بصفة مؤقتة، مبلغ تلك الإشتراكات على أساس مبلغ الإشتراكات المدفوعة عن الشهر أو الثلاثة اشهر أو السنة السابقة على أساس جزافي يتم حسابه بالنظر الى كل عنصر من عناصر التقدير".

وتضاف إلى مبلغ الإشتراكات المحدد بصفة مؤقتة، زيادة قدرها 05% وتصبح هذه الزيادة مكتتبة بصفة نهائية لهيئة الضمان الاجتماعي".
والمادة تنص على أنه: "يترتب على عدم تقديم تصريح بالأجور وفقا للأجل والشروط المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون، دفع غرامة قدرها 15 % من مبلغ الإشتراكات المستحقة، تضاف إليها زيادة قدرها 05 % عن كل شهر من تأخير" توقع هيئة الضمان الاجتماعي هذه الغرامة وتحصلها".

وتنص المادة 24، من نفس القانون، على أنه: "يترتب على عدم دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي زيادة قدرها 15% عن كل شهر من تأخير".
ويقدم مبلغ هذه الزيادة ابتداء من تاريخ دفع الإشتراكات الأصلي المستحق، ويحصل هذه الزيادة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي، المؤرخ في 02 يوليو 1983، ج، ر، ج، العدد 28، المؤرخة في 05 يوليو 1983، المعدل بالقانون رقم 88-04، المؤرخ في 12 يناير 1988، ج، ر، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 1988، والمعدل بالقانون رقم 98-12، المؤرخ في 31 ديسمبر 1998، المتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج، ر، ج، العدد 98، المؤرخة في 31 ديسمبر 1998.

3 تنص المادة 37، من القانون رقم 88-07، المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، على أنه: "يعاقب كل مخالف لأحكام المواد 34، 10، 08، بغرامة من 1000 إلى 2000 دج وفي حالة العود يعاقب المخالف بالحبس من شهرين الى سنة أشهر وغرامة من 4000 إلى 6000 دج، أو، إحدى هاتين العقوبتين، يمكن تطبيق الغرامة بقدر عدد المرات التي يعرض فيها العمال للخطر، بسبب انعدام اجراءات الوقائية الصحية والأمن المقررة".

أما المادة 38، من نفس القانون، تنص على أنه: "يعاقب كل مخالف لأحكام المواد 3، 6، 7، 11، 13، 14، 17، 23، 24، 25، 26، 28، 54، أعلاه، بغرامة من 500 دج إلى 1500 دج".

وفي حالة العود يعاقب المخالف بالحبس لمدة ثلاثة (03) أشهر على الأكثر و بغرامة 2000 دج الى 4000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بعض أحكام القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، لاسيما أحكام المواد 140 و144 و149 المعدل والمتمم¹، إضافة إلى بعض أحكام القانون المتعلق بتتصيب العمال ومراقبة التشغيل لاسيما أحكام المواد 24، 25 منه²، ومهما يكن فالإقصاء المؤقت من المشاركة في الصفقات بالنسبة لهذه الحالات يتخذ لمدة سنتين (02)³.

فكأنما المشرع الجزائري في استبعاد تلك الفئة من المتعاملين، أراد أن يضمن حد كبير عدم دخول الغير المرغوب فيهم في عمليات طلب العروض⁴ وحصر مجال المنافسة فقط على المتعاملين الذين يوجدون في حالة سليمة ونظامية، وبالتالي ضمان تنفيذ المشروع أو تقديم الخدمة أو توريد السلعة على الوجه الأكمل.

9- الإقصاء بسبب إدانة قضائية لغش الجبائي.

لخطورة هذا الفعل، حرص المشرع في تنظيم الجديد للصفقات العمومية على إعادة النص على هذه الحالة ضمن قرار وزير المالية المتعلق بكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث يشترط في ذلك أن يكونوا مسجلين في البطاقة الوطنية، مما يبين مرة أخرى على أن مجال المنافسة يقتصر على المتعاملين الذين هم في وضعية سليمة من جميع الجوانب الجبائية والتجارية والجمركية.

وبلاحظ في هذا الشأن أن هذه لحالة لم رد ذكرها ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك على الرغم أنه قد أحال توضيح

= وعن المادة 39، فتنص بأنه: "يعاقب كل مخالف لأحكام المادتين 22، 21 أعلاه، بغرامة من 500 دج إلى 1500 دج". وفي حالة العود تكون الغرامة 2000 دج إلى 4000 دج، المؤرخ في 26 يناير 1988، ج، ج، ج، العدد 04، المؤرخة في 27 يناير 1988. 1 تنص المادة 140، من القانون رقم 90-11، المتعلق بعلاقات العمل، على أنه: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 دج إلى 2000 دج، كل توظيف عامل قاصر لم يبلغ السن المقررة إلا في حالة عقد التمهين المقرر طبقا للتشريع واثنتان تنظيم المعمول بهما، وفي حالة العود يمكن إصدار عقوبة الحبس تتراوح من 15 يوما إلى شهرين، دون المساس بالغرامة التي يمكن ان ترفع إلى صنف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة". وتنص المادة 144، من نفس القانون، على أنه: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 إلى 2000 دج كل مستخدم يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بالراحة القانونية، ويتكرر تطبيقهما حسب عدد العمال المعنيين".

أما المادة 149، فتنص على أنه: "يعاقب بغرامة مالية تتراوح من 1000 إلى 2000 دج كل مستخدم يدفع لعمال أجرا يقل عن الأجر الوطني المضمون أو الحد الأدنى المحدد في إتفاقية جماعية أو اتفاق جماعي للعمل، وذلك دون الإخلال بأحكام الأخرى الواردة في التشريع المعمول به، وتضاعف العقوبة حسب عدد المخالفات"، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج، ج، ج، العدد 07، المؤرخة في 25 أبريل 1990، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج، ج، ج، العدد 68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991، والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 94-03، المؤرخ في 11 أبريل 1994، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 13 أبريل 1994، والمتمم بالأمر رقم 97-01، المؤرخ في 11 يناير 1997، ج، ج، ج، العدد 38، المؤرخة في 12 يناير 1997 المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج، ج، ج، العدد 68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991، والمتمم بالقانون رقم 22-16، المؤرخ في 30 جويلية 2022، ج، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 13 أبريل 1994.

2 تنص المادة 24، من القانون 04-19، المتعلق بتتصيب العمال ومراقبة التشغيل، على أنه: "يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 18 من هذا القانون، والمتعلقة بتبليغ العروض بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج عن كل منصب شاغر لم يتم تبليغ عنه، في حالة العود تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

أما المادة 25، فتنص على أنه: "يعاقب كل مخالف لأحكام المادة 19 من هذا القانون، المتعلقة بالمعلومات الواجب ارسالها الى الوكالة المكلفة بالمرفق العمومي للتتصيب، في حالة العود تضاعف الغرامة المنصوص عليها في الفقرة السابقة"، المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، ج، ج، ج، العدد 83، المؤرخة في 26 ديسمبر 2004.

3 المادة 05، المطعة 03، من القرار، المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.

4 مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، المرجع السابق، ص 133.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كيفية تطبيق المادة 75 منه إلى القرار المحدد لكيفيات الإقصاء من مشاركة المتعاملين الاقتصاديين الذي أضاف حالة أخرى تتمثل في الحكم النهائي بإدانة المتعامل الاقتصادي بسبب غش جبائي¹، غير أن المشرع لم يحدد صراحة مدة الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بالنسبة لهذه الحالة، في حين أنه كان يحدده في السابق بمدة عشر (10) سنوات².

10- الإقصاء بسبب إدانة قضائية تمس النزاهة المهنية

إن توافر شرط النزاهة المهنية في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة من الأمور التي عادة ما يتم النص عليها فتنظيم الصفقات العمومية، نظرا لما يشكل من أهمية وخطورة في الوقت ذاته، وفي المحصلة من ضمان لجهة الإدارة من إبرام تعاقداتها مع أشخاص يتمتعون بحسن سمعة تطمئن إليهم في تنفيذ التزاماتهم على أكمل وجه³، لذلك أعطيت الإدارة حق استبعاد مقدم العطاء إذا كانت سمعته المهنية غير نزيهة، والتي يمكن أن تستشفها الإدارة من تاريخه في تعاقداته السابقة معها أو مع جهات أخرى، كأن يكون قد سبق له الإخلال بالتزاماته التعاقدية بتأخره في أدائها أو نفذها على الوجه غير المطلوب .

وهذا الحق المكرس للمصلحة المتعاقدة في استبعاد ممن أدينوا بأحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه من قبل الجهات القضائية بإرتكاب أفعال تمس بالنزاهة المهنية أمر مسلم به من قبل القضاء⁴، ولا يحده سوى عيب استعمال السلطة ووجود السبب اللازم للإستبعاد⁵، أما مدة الإقصاء بثلاث (03) سنوات على غرار حالة الحكم النهائي بالإدانة بسبب تصريح كاذب، في حين أنه كان في السابق يحدد مدة المنع بعشرة (10) سنوات⁶.

11- الإقصاء بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو الصلح.

1 تنص المادة 75، الفقرة 09، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و م ع، على أنه: 'يطبق الإقصاء النهائي التلقائي على المتعاملين الإقتصاديين الآتي ذكرهم إلا إذا تم رد الإعتبار لهم حسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما :
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة"، السالف الذكر.
2 المادة 05، من القرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011، الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج، ر، ج، لعدد 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011، (الملغى).
3 مال الله جعفر عبد المالك الحمادي، المراجع السابق، ص 182.
4 حكم المحكم الإداري العليا، المؤرخ في 17 فبراير 1967، الذي أكدت فيه المحكمة على أنه: "للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السنعة ولها مطلق التقدير في مباشر هذا الحق لا يحدها في ذلك الا عيب استعمال السلطة"، أشار إليه: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 186.
5 خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة" إبرام-تنفيذ-انتهاء" دراسة مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 89.
6 المادة 05، من القرار عن وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011، الذي يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى). (الملغى).

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

هنا لابد من التمييز بين حالتين، الأولى تتعلق بالمتعاملين الذين هم في وضعية إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط وهذا أمر طبيعي، فمن كان في وضعية إفلاس فلا يحتاج إلى مقرر يقصيه من المشاركة في المنافسة تخص جهة ما، فهو مقصى تلقائياً، ثم لا يتصور إسناد صفقة لمتعامل يعاني من هذه الوضعية¹، أما الحالة الثانية فتتعلق بالمتعاملين الذين هم محل إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط²، ولما كان الحال كذلك فإنه يمنع على المتعامل الإقتصادي المشاركة في الصفقات العمومية التي تعلن عنها المصلحة المتعاقدة .

أما الحالات المتعلقة بالتسوية القضائية أو الصلح، فإن المتعاملون الاقتصاديين الموجودون في مثل هذه الحالات - حالة تسوية قضائية أو صلح أو محل إجراء تسوية قضائية أو صلح- يقصون تلقائياً من المشاركة في الصفقات العمومية، إلا الذين يثبتون أنهم مرخصون من طرف الجهة القضائية المختصة لمواصلة نشاطهم³، وتبدو حالة الإقصاء هذه منطقية. إذ كيف يعقل إسناد صفقة عمومية بما لها من أبعاد تتعلق بالمصلحة العامة لمتعامل هو في وضعية تسوية قضائية أو محل إجراء تسوية قضائية أو صلح.

12- المسجلون في البطاقة الوطنية للممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية

تخص هذه الحالة المتعاملون الاقتصاديون الذين جرى تسجيلهم في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁴، وهذا نتيجة قيامهم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بمناسبة تحضير صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه.⁵

وتتولى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 المسك قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية⁶، وتبلغ هذه القائمة إلى جميع المصالح المتعاقدة⁷ أو تنشر في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية.....، القسم الأول، المرجع السابق، ص 269.

2 المادة 75، المطة 03، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع وت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 03، المطة 01، من القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، السالف الذكر.

4 المادة 75، المطة 09، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع وت م ع، السالف الذكر.

5 المادة 89، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع وت م ع، السالف الذكر.

6 نفس المادة، فقرة 03، من نفس المرسوم .

7 المادة 06، فقرة 02، من قرار وزير المالية، المؤرخ 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من

المشاركة في الصفقات العمومية، ج، ج، ج، العدد 17، المؤرخة في 16 مارس 2016.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كما يقضى المتعامل نهائيا في حالة تأييد المحكمة المختصة مقرر الإقصاء، بما يعني أن المتعامل قد خسر طعنه القضائي، وإذا حدث وأن ربح المتعامل دعواه، يقوم الوزير المعني أو مسؤول الهيئة العمومية بإرسال حكم المحكمة إلى وزير المالية، من أجل شطب اسم المتعامل من القائمة السوداء للمتعاملين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية .

وعلى العموم فإن تقييد مبدأ حرية المنافسة بهذه الضوابط من شأنه حصر التنافس بين أشخاص خبراء مختصين، ممن يشهد لهم بالكفاءة والفعالية في الأداء والتنفيذ، الأمر الذي يؤدي إلى منح هذا المبدأ وجها آخر والتطبيق الأمثل يؤدي إلى ما اصطلح "بآليات حماية مبدأ المنافسة".

ثانيا: آثار القانونية للإقصاء.

طبقا لمقتضيات المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والقرار الوزاري السابق ذكره، فإنه يترتب على قرار الإقصاء شطب اسم المتعامل اقتصادي من قائمة المتعاملين الذين تتعامل معه المصلحة المتعاقدة، وبالتالي إقصاؤه من الترشح للمشاركة في الصفقات العمومية، ويمتد آثاره حتى لباقي الصفقات، فلا يتصور أن يتم حرمان متعامل اقتصادي من الصفقة نتيجة ثبوت حالة من حالات الإقصاء¹، من على أن يتم السماح له بالدخول في المنافسة لصفقات أخرى، وهذا من باب الضغط أكثر على المتعاملين على العمل وفقا للنظام وقوانين الجمهورية، وأن يكونوا في وضعيات سليمة اتجاه المصلحة المتعاقدة.

المطلب الثاني: التزام الإدارة بإعمال المنافسة عند إبرام وإرساء الصفقة

توالت المصطلحات التي استعملها المشرع في النصوص الرسمية المتعلقة بالصفقات العمومية، منذ 1967 حتى صدور النص الجديد في 2015، فكان أحيانا يطلق على أهم طرق التعاقد بـ "المنافسة"، وأحيانا أخرى بـ "طلب العروض"، وسنتولى فيما يلي تحليل القواعد العامة المنظمة لأسلوب طلب العروض (الفرع الأول)، وإبراز مفهوم التراضي كإجراء استثنائي عن طلب العروض (الفرع الثاني) وكيف أن المشرع عالج مسألة المنافسة خلال مرحلة إيداع العروض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام

اعتمد المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية 15-247، على أسلوب طلب العروض والتراضي لإبرام الصفقات العمومية، وأحاطهما بجملة من الإجراءات الإلزامية لضمان النزاهة والشفافية

1 المادة 75، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع وت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

في إبرام الصفقات، فضلا عن ذلك فإن طلب العروض يوجه إلى أشخاص غير معروفين بذواتهم، مما يعتبر الصيغة الأكثر شفافية من باقي الصيغ المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية (البند الأول)، لهذا اختاره المشرع كأسلوب عام لإبرام الصفقة العمومية (البند الثاني).

البند الأول: تعريف طلب العروض وأشكاله :

يعتبر طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، وهو إجراء تتعدد أساليبه وتتنوع.

أولا: تعريف طلب العروض:

عرف المشرع الجزائري طلب العروض بأنه: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية"¹، ويتضح من النص أن المشرع عمد إلى تعريف طلب العروض انطلاقا من أهدافه، التي حصرها في الحصول على من عدة متعهدين متنافسين، وتخصيص الصفقة للذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، ودون التفاوض معه إلا في الحالات المنصوص عليها تنظيم الصفقات العمومية²، مما يؤدي بالضرورة إلى الانفتاح على مجالات جديدة للتكنولوجيا والمنتجات، وإلى ضبط الأسعار وفقا لمقتضيات المنافسة الحقيقية.

ومما سبق يمكن القول بأن: طلب العروض هو أحد أساليب إبرام العقود الإدارية والذي يتيح للإدارة التعاقد مع المرشح الذي تُقدم بالعرض الأفضل من الناحية الاقتصادية سواء المالية أو الفنية، مع الإعتماد على معايير أخرى³.

1 المادة 40، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 80، من نفس المرسوم .

3 تنص المادة 78، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: " يجب ان تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية :

1/ إما إلى عدة معايير من بينها :

-النوعية،
-آجال التنفيذ أو التسليم،
-السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والإستعمال ،
-الطابع الجمالي والوظيفي،
-النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،
-القيمة التقنية،

-الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية،
-شروط التمويل عند الإقتضاء ،وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية ويمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...." السالف الذكر .

البند الثاني: أشكال طلب العروض

لما كانت الصفقات وثيقة الصلة بالخزينة العمومية من جهة، وبمخططات التنمية من جهة أخرى وجب حينئذ تحديد طرق خاصة لإبرام لصفقات، والزام جهة الإدارة إن هي رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق، غير أن المشرع وإن بدا محددًا لهذه الطرق، فإنه من جهة أخرى ذكر أكثر من أسلوب أو طريقة للتعاقد، بما يعني أنه فسح مجال الحرية للإدارة لإختيار الأسلوب والنمط الذي يليق بها وحسب ظروف كل عملية تعاقدية، مع تحميلها المسؤولية الكاملة في حالة اختيار طريقة من التعاقد دون الأخرى، ويتعلق الأمر هنا بتفضيل أسلوب التراضي على طلب العروض¹، وقد أوردت المادة 42 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام أشكال طلب العروض كما يلي :

- طلب العروض المفتوح Appel d'offre ouvert

- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا Appel d'offre ouvert avec exigence de capacité minimales

- طلب العروض المحدود Appel d'offre restreinte

-المسابقة le concours .

1- طلب العروض المفتوح Appel d'offre ouvert :

هو شكل من أشكال طلب العروض، التي لا تكون فيها المنافسة مقيدة بقيد، مما يسمح لكل متعهد معني بموضوع طلب العروض بأن يدخل المنافسة، ويرغب في التعاقد مع الجهة الإدارية، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ، على أنه : " إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا"²، وجاء هذا التعريف أيضا مشابها لما أورده المشرع الفرنسي في قانون الصفقات العمومية بقوله: " l'appel d'offre est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre"³ ، ولكن في مقابل ذلك فإن ما تضمنته هذه الصيغة من سعة المشاركة لا يؤدي بالضرورة إلى أكبر قدر من المنافسة، ذلك أن هذه

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 126.

2 تقايبها المادة 29، من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم "، السالف الذكر، (الملغى).

3 خالد خليفة، طرق ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د ط، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2017، ص 8-9.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

العروض قد لا تكون كلها مطابقة أو تستجيب كلية لمتطلبات المشروع، أو صادرة عن مؤسسات تملك القدرة الفنية والمالية الضرورية لإنجاز المشروع¹.

ويكون اللجوء لهذا الأسلوب من طلب العروض في المشاريع والأشغال، التي لا تتطلب قدرات فنية عالية أو معقدة مثل مشروع صيانة الإنارة العمومية، وتتم عملية إسناد المشروع في هذا على صاحب أقل عرض، لأن جميع المتنافسين يفترض فيهم القدرة على تنفيذ العمل المطلوب من طرف المصلحة المتعاقدة مادام لا يتضمن جوانب فنية معقدة².

2- طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا : Appel d'offre ouvert avec exigence :de capacité minimales

هو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق هذا الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة³، وتخص الشروط الدنيا القدرات التقنية والمالية والمهنية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع:

أ- القدرات التقنية:

هي تلك الوسائل البشرية والمادية التي يحوزها المرشح نفسه أو يحوزها مرشح آخر⁴، والتي تسمح لكل مرشح بتقديم عرضه حسب الشروط الواردة في الإعلان، مثال ذلك استيفاء الإلتزامات الجبائية (مستخرج الضرائب) والشبه الجبائية المتعلقة بصندوق الضمان الإجتماعي لغير الأجراء للمستخدمين الذين يشكلون التأطير التقني والإداري والمالي للمؤسسة⁵، ولا تطلب ملكية الوسائل المادية من المتعهدين أو المرشحين إلا إذا تطلب موضوع وطبيعة الصفقة ذلك⁶.

1 خالد خليفة، دليل ابرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، المرجع السابق 109.

2 بلعيد بجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، ط، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2018، ص 27.

3 المادة 44، المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق ب ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 تنص المادة 57 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: "كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى،... ويكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينهما تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أو في نفس مجمع شركات) وبالزامية مشاركتها في إجراء ابرام الصفقة العمومية. وفي إطار تجمع مؤسسات مؤقتة تأخذ المصلحة المتعاقدة في الحسبان قدرات التجمع إجمالاً، وبهذه الصفة لا يطلب من أعضاء التجمع إثبات كل القدرات المطلوبة من التجمع في دفتر الشروط .

وتؤخذ في الحسبان، عند تقييم قدرات المرشح أو المتعهد قدرات المناول المقدم للعرض " .

5 المادة 02، من ق و م، المؤرخ في 17 أبريل 2016، الذي يحدد قائمة التي يتكون منها ملف طلب التأهيل والتصنيف المهنيين للمؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية، ج، ج، ج، العدد 07، المؤرخة في 07 فبراير 2017 .

6 المادة 57، فقرة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

ب- القدرات المالية :

يقصد بها قدرة الشركة أو المؤسسة بشكل عام على الوفاء أو السداد لإلتزامات، وتظهر تلك القدرة المالية في شكل الحصائل المالية للسنوات الثلاثة (03) الأخيرة التي يقدمها المتعهد في عرضه، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من القدرة المالية للمؤسسة، قبل القيام بتقييم العروض التقنية¹

ج- القدرة المهنية :

هي قدرة المؤسسة أو الشركة على القيام بوسائلها الملائمة على انجاز الأشغال حسب نوعها ودرجة تعقيدها المقررين، ويفترن ذلك بتمتع المتعهدين بشهادات تأهلهم لممارسة نشاط معين²، وهو ما قد تفرضه المصلحة المتعاقدة على المتعهدين من ضرورة حصولهم على شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، كما ترتبط القدرة المهنية بما يسمى "بالمراجع المهنية" التي تبث حسن تنفيذ المؤسسة لمشاريع مماثلة للمشروع محل المنافسة، من حيث طبيعة وأهمية الأشغال المنجزة ونوعيتها التقنية واحترام الآجال المحددة في العقد³.

ويتميز طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، أن يضمن عروض ممن تتوفر فيهم فقط شروط دنيا دون غيرهم، وبالتالي يقلل من عبئ المقارنة التي تكون المصلحة المتعاقدة مضطرة الى اجرائها بحجم أكبر في حالة طلب العروض المفتوح⁴.

3- طلب العروض المحدود Appel d'offre restreint

نصت المادة 45 من ص ع و ت م ع على أن طلب العروض المحدود: " هو اجراء لإستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقائهم من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد"، ويقصد بالتأهيل الأولي التقني، التدقيق الذي تجريه المصلحة المتعاقدة في أوراق وشهادات المرشحين، لاسيما الذين

1 تنص المادة 54، من نفس المرسوم، على أنه: " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المترشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية"، السالف الذكر .

2 م ت رقم 14-139، المؤرخ في 20 أبريل 2014، الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات، التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات، أن يكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج، ر، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 07 مايو 2014.

3 المادة 04، الفقرة 07، من ق و م، المؤرخ في 17 أبريل 2016، الذي يحدد كليات تصنيف المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للموصلات السككية واللاسككية، ج، ر، ج، ج، العدد 07، المؤرخة في 07 فبراير 2017.

4 خرشي النوي، الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 160.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

سبق لها التعاقد معهم في نفس النوع من الأشغال¹، ويمكن أن يمتد هذا التحقيق إلى وثائق الشريك الأجنبي في حال وجود شراكة².

وتقتضي المنافسة في هذا الأسلوب من طلب العروض، أن يكون التأهيل الأولي مؤسس على معايير غير تمييزية ومرتبطة بموضوع الصفقة، ولا يتحقق الإنتقاء الأحسن للمرشحين إلا تمكنت المصلحة المتعاقدة من الإستعلام عنهم بكل الوسائل القانونية المتاحة لدى المصالح والإدارات الأخرى والهيئات المكلفة بمهمة المرفق العمومي³.

أما بالنسبة للمتعاملين الأجانب فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تشترط ملاءة وقدرة المتعامل الأجنبي على التقيد الجيد بموضوع الصفقة، والتي من بينها الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تستفيد منها المؤسسات الأجنبية⁴، واللافت أن للمصلحة المتعاقدة الحرية الواسعة في الإتصال بالمتعاملين الإقتصاديين وانتقائهم، لكن يتعين أن يتم ذلك في إطار احترام مبادئ قيام الصفقة العمومية⁵، ولا سيما إحاطتها بجميع المعلومات المتعلقة بهؤلاء المتعاملين⁶، الأمر الذي يسمح لها بإنتقاء المتعاملين بكل نجاعة وشفافية .

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/ أو ذات الأهمية الخاصة⁷، فكلمة الدراسات والعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة، هي كلمات فضفاضة تترك للمصلحة المتعاقدة سلطة واسعة في تحديد درجة تعقيد وأهمية هذه العمليات أو الدراسات.

ويكون اللجوء إلى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية، إما على مرحلتين وإما على مرحلة واحدة.

1 عبد الغاني بالكر، القواعد التي تنظم فتح الأطراف وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، جامعة جيجل، الجزائر، 2018، ص 401.

2 MATALLAH Ali, Recueil sur la réglementation des marches publics et des Délégation de service public, édition Houma, Alger, 2016, p.36.

3 المادة 56، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
4 محمد احميداتو، الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والشريعات المقارنة، بجامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، يومي 18 و 19 أكتوبر 2016، ص ص، 03-04.

5 عباس زواوي، طرق وأساليب ابرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد اليوم الدراسي حول " تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، المنظم من طرف جامعة محمد خيضر بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015، ص 07.

6 BENNADJI Cherif, « Marchés publics et corruption en Algérie », Revue d'études et de critique social, n°25, Alger, 2008, p.144.

7 المادة 45، الفقرة 03، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

أ- اللجوء إلى طلب العروض المحدود على مرحلة واحدة :

نص المشرع على هذا الأسلوب من طلب العروض في المادة 45 فقرة 5، من تنظيم ص ع و ت م ع بقولها: " عندما يطلق الإجراء على اساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/ أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية"، وحسن ما فعل المشرع الجزائري حينما ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار إما نظام وطريقة المرحلة الواحدة، ان كانت قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجياتها ولو بصفة أخرى مستقلة بعنوان صفة الدراسات، أو في حالة العكس تتبع نظام المرحلتين خاصة وأن موضوع الصفة إذا كان ذو أهمية خاصة ومعقدة .

ب اللجوء إلى طلب العروض المحدود على مرحلتين:

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا الأسلوب، عندما لا تستطيع تحديد الوسائل التقنية الخاصة بالمشروع محل الصفة، فهنا تمر المنافسة عبر مرحلتين¹، معنى ذلك أن طلب العروض على مرحلتين هو طلب عروض يتم عن طريق الإنتقاء المسبق، والذي بشأنه يدعى المتعهدون المتنافسون في مرحلة أولى بواسطة دعوة عامة ومفتوحة للتقدم بترشيحاتهم التي تثبت مؤهلاتهم العامة لتنفيذ المشروع وفق ما تضمنه دفتر الشروط².

* المرحلة الأولى :

أشارت إلى هذه المرحلة المادة 46 فقرة 01، وجسدتها في إجراء تقديم رسالة استشارة توجهها المصلحة المتعاقدة إلى المرشحين الذين تم انتقاؤهم أولا من أجل تقديم عرضهم التقنية دون المالية وفقا لما هو محدد في دفتر الشروط³، وهنا تكون المنافسة مقتصرة على المتعاملين الإقتصاديين الذين تم اختيارهم بالنظر لإمكانيات والتقنيات، التي تستدعيها طبيعة المشروع، والتي لا تتوفر إلا لدى القليل من المتعاملين⁴، ويقدم المتنافسون عروضهم التقنية دون العروض المالية، وتكون تلك العروض التقنية التقنية قابلة للتوضيح واستكمال البيانات، لإزالة الغموض عن بعض الجوانب العرض وتقديم

1 نصت المادة 45، الفقرة 06، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: " استثناءا عندما يطلق الإجراء على أساس وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفة الدراسات"، السالف الذكر.

2 خرشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 163.

3 تنص المادة 46، فقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: " في حالة طلب العروض المحدود على مرحلتين تتم دعوة المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي طبقا لأحكام المادة 45 أعلاه، في مرحلة أولى برسالة استشارة الى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي"، السالف الذكر.

4 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 207.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

التوضيحات اللازمة¹، بعد أن تطلب لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة بتقديم تلك التوضيحات، فقط بالنسبة للعروض المطابقة لدفتر الشروط .

ويجوز لذات اللجنة حسب الإستعانة بـ" الخبراء" لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة، ولعل من أسباب الإبقاء على نظام الخبراء هو الطابع المميز للمشروع وجوانبه الدقيقة والتقنية، ما فرض توسيع نطاق الإستشارة ومدتها للخبراء بإعتبارهم الأقدر على تقديم التوضيحات اللازمة والإجابة على تساؤلات اللجنة فيما يخص الغموض الذي قد يعتري العرض المقدم، ومن الطبيعي أن يقتصر دور الخبير على ابداء الرأي فيما طرح له من تساؤل، دون أن يتعدى الى تقييم العرض بحكم أن الخبير ليس من أعضاء اللجنة.

*-المرحلة الثانية :

تقوم هذه المرحلة على أساس قيام لجنة فتح الأظرفة وتقييم بدراسة العروض ودعوة العارضين لإستكمال عروضهم النهائية، وتقوم ذات اللجنة بتقديم اقتراحات بشأن اقصاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و/ أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط²، مما يدل على الطابع الغير العادي للعملية محل المنافسة، ويكون دور المصلحة المتعاقدة في المرحلة الثانية هو دعوة العارضين الذين تطابقت عروضهم مع دفتر الشروط وتمت تركيبهم من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، لتقديم عروضهم النهائية التقنية والمالية على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة ومؤشر عليه من طرف لجنة الصفقات العمومية المختصة³ .

وتأسيسا على ما سبق ذكره، فإن الصفة إذا ابرمت بطريقة طلب العروض المحدود، فإنها تمر بمرحلة أولية تتولى فيها الإدارة مباشرة الإتصال بمجموعة من العارضين، ممن تختارهم بناء على إمكانياتهم ومهاراتهم الفنية، وتطلب منهم تقديم عروضهم دون أن ينجم عن ذلك أية مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة طالما أنها توصف بالمرحلة الأولية⁴.

4-المسابقة le concours

لا يعتبر نظام المسابقة نظام جديدا في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، فقد نظمته المشرع في القوانين السابقة، والتي أكد من خلالها على أن اللجوء لهذا الأسلوب يكون لإعتبارات فنية أو مالية

1 المادة 46، فقرة 2، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 46، فقرة 6، من نفس المرسوم.

3 المادة 46، فقرة 7، من نفس المرسوم.

4 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 211.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

أو جمالية تستوجب القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد، وتعرف المسابقة في المادة 47 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنها: " هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد انجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة"¹.

ويرى بعض الباحثين: " أنه لا يؤيد المشرع في الإبقاء على مصطلح " رجال الفن" الوارد في التعريف، والذي يوهم للوهلة الأولى أن المنافسة والمشاركة في أسلوب التعاقد بطريق المسابقة قصر على الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنوية.... فالشخص المعنوي هو الآخر يتوفر على قدرات بشرية (مهندسون وتقنيون)، وغير ذلك من الخبراء وبإمكانهم تقديم إبداعات في موضوع المسابقة "².

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى المسابقة لاسيما في مجال التهيئة والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات، ولا تبرم صفقة الإشراف على أشغال وجوبا عن طريق المسابقة، إلا إذا تعلق الأمر بكون المبلغ لا يتعدى إجبارية الخضوع للإجراءات الشكلية، المنصوص عليها في الفقرة أولى من المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أو كان يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم"³.

الفرع الثاني: المنافسة في إبرام الصفقات عن طريق التراضي

يعتبر التراضي إحدى طريقتي إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، ووفقا لإجراء التراضي تكون الإجراءات السابقة على التعاقد بسيطة وسهلة مقارنة بما هو الحال عليه في إجراء طلب العروض، ويسمى هذا الأسلوب أيضاً باسم "الاتفاق المباشر"⁴، وإذا كانت المصلحة المتعاقدة تفتقد حريتها في اختيار المتعاقد عند العمل بأسلوب طلب العروض، بالنظر للكم الهائل من القيود والضوابط القانونية الشكلية والإجرائية التي تلتزم بمراعاتها عند العمل بها، فإنها تسترد قسطا كبيرا من تلك الحرية المفقودة من خلال العمل بأسلوب آخر استثنائي وهو أسلوب " التراضي"⁵، وهذا الاستثناء ربطه المشرع

1 المادة 47، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 214.

3 المادة 47، فقرة 03، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 ناصر لباد، القانون الإداري، ج 2، النشاط الإداري، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 465.

5 عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية، تشريعية، قضائية)، د ط دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018، ص 167.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

بشروط معينة لا يجوز للمصلحة المتعاقدة الإنحراف عنها، وسنعالج في هذا الفرع مفهوم التراضي (البند الأول) وعن الحالات التي تستدعي اللجوء لمثل هذا الأسلوب من التعاقد (البند الثاني).

البند الأول : مفهوم أسلوب التراضي: gré à gré

في البداية ينبغي الإشارة إلى أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فالرضا جب في كل العقود سواء تعلق الأمر بأطراف القانون الخاص أو بأطراف القانون العام إذ أنه لا يمكن تصور عقد دون رضا¹، لتراضي في إبرام الصفقات العمومية فهو أسلوب استثنائي في الإبرام وليس ركن من أركان التعاقد كما هو الحال بالنسبة للرضا.
أولا : تعريف الفقهي :

لقد عرف بعض الفقه الاتفاق المباشر بأنه " :تقنية استثنائية لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري تقوم على التفاوض، أنها في ذلك شأن الممارسة بخلاف أن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة²، فهو أسلوب تعاقد لا يرخص به القانون إلا على سبيل الاستثناء وفي حالات معينة، وبه تتعاقد الإدارة مباشرة مع من ترغب من الموردين أو المقاولين دون التقيد بإجراءات المناقصات والممارسات بأنواعها، والإدارة تتمتع في هذا الأسلوب بحرية كاملة في اختيار التعاقد معه³.

ويعرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه: " الطريق الإستثنائي لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة"⁴، لكن هذا التعريف لم يشر الى حالات الى التراضي .

ثانيا: التعريف القانوني :

تناول المشرع تعاريف لأسلوب التراضي في مختلف قوانين الصفقات العمومية⁵، وفي المرسوم الرئاسي الحالي رقم 15-247 فقد نصت عليه المادة 41 من هذا المرسوم بأنه: " التراضي هو اجراء

1 ينظر المادة 59، من الأمر رقم 75-58، المتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 593.

3 جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 214.

4 محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 223.

5 عرفت المادة 60، من الأمر 67-90، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، التراضي على أنه: " تسمى صفقات بالتراضي تلك الصفقات التي تتنافس فيها الإدارة مع المقاولين والموردين الذي تتشاور معهم ومنح الصفقة لمن تختاره منهم"، المعدل والمتمم السالف الذكر (الملغى).

-المادة 27 من المرسوم 82-145، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، السالف الذكر (الملغى).

-المادة 22، من م ت رقم 91-434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

-المادة 22، من المرسوم الرئاسي 02-250، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

-المادة 27، من المرسوم الرئاسي 10-36، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون دعوة الشكلية الى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملأمة " .

اهتم هذا التعريف بالجانب الشكلي ولم يشر إلى أن اعفاء المصلحة المتعاقدة من شكلية طلب العروض كان بسبب توافر أحد حالات التراضي، لهذا كان يتعين على المشرع الإشارة الى حالات التراضي ضمن نص المادة 41 حتى يكتمل المعنى الحقيقي للتراضي¹ .

سبق البيان ان المظهر المميز لطريقة التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد، إلا أن دراسة أسلوب التراضي تستلزم التعرض لأشكاله، من أجل الوقوف على حدود الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في استعمالها لهذه الطريقة التي تمس مباشرة بمبدأ المنافسة العامة خلافا لأسلوب طلب العروض .

البند الثاني: اشكال التراضي وحالاته

نصت المادة 41 من هذا المرسوم على أن التراضي يمكن أن يكتسي التراضي شكل البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، ورغم أن أسلوب التراضي كان معروفا في التنظيمات السابقة للصفقات العمومية منذ صدور الأمر 67-90، إلا أنه لم يفصل في الأشكال إلا بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 96-54² المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 91-434³، الذي قسمه الى الشكلين المعروفين حاليا، أي التراضي البسيط gré a gré simple والتراضي بعد الإستشارة ré à gré âpre consultation، وسار على هذا النهج المشرع في المرسوم الجديد للصفقات العمومية، الذي حدد هو الآخر حالات وأشكال التراضي والمتمثلة أساسا في ما يلي:

أولا : التراضي البسيط gré a gré simple :

عرفته المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بـ ص ع و ت م ع، بقولها : " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط "، يبدو أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة قد عرف التراضي البسيط على أساس إعفاء المصلحة المتعاقدة من شكليات ابرام طلب العروض، وعلى اساس الحالات المحددة له، لكن بقدر ما يوفر هذا الأسلوب من بساطة في

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 222.

2 م ت رقم 96-54، المؤرخ في 22 يناير 1996، يعدل ويتمم م ت 91-434، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج، ح، ج، العدد 06، المؤرخة في 24 يناير 1996، (الملغى).

3 م ت رقم 91-434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر (الملغى).

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الإجراءات والسرعة في التنفيذ، إلا أن اتصال مع متعامل اقتصادي واحد والتفاوض معه يشكل أهم وأخطر العيوب التي تكتنف هذه الصيغة، إذ يفقدها الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات مع كل ما يمكن أن ينجم على ذلك من مساس بمبدأ المساواة بين المتنافسين¹، الأمر الذي يستدعي رقابة أكبر وأخلاقيات أعمق .

وبقدر ما تكون المصلحة المتعاقدة متحررة من شكليات الإبرام في طلب العروض، إلا أنها في التراضي البسيط - بإعتباره قاعدة استثنائية في إبرام الصفقات العمومية- تكون مقيدة بالحالات الواردة في المادة 49 التي تتمثل أساس في :

1- حالة الإحتكار : Situation monopolistique

لم يعرف التشريع الجزائري الإحتكار، وإنما اكتفى بالإشارة فقط لأحد مميزاته في قانون المنافسة، في المادة 07 منه بقوله: " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها..."²، ومن حالات التحكم بصفة احتكارية نجد حالة الإحتكار القانوني، الذي يقصد به أن التشريع أو التنظيم هو مصدر هذا الإحتكار، حيث تتولى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري القيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري³، فتجد المصلحة المتعاقدة نفسها مضطرة لإقتناء حاجاتها من هذه المؤسسة، ومثال ذلك الشركة الوطنية للكهرباء والغاز .

كما نجد ضمن حالات الإحتكار، الإحتكار الواقعي وهو ما لا يتم بنص قانوني وإنما يفرضه واقع السوق، بحيث لا تتوفر هذه الخدمة أو الأسلوب المختار من قبل المصلحة المتعاقدة إلا لدى متعامل وحيد⁴، غير أن الأسلوب المختار من طرف المصلحة المتعاقدة لا ينبغي ان يكون الهدف منه استبعاد المنافسة أو تضيقها بحصر التفاوض مع متعامل وحيد، بل لابد ان يتعلق الأمر بعامل تكنولوجي مميز في جوهره، وسببا دافعها للجوء المصلحة المتعاقدة إلى التعامل مع من ينفردون بإمتلاك هذه التقنيات التكنولوجية المتميزة⁵.

1 خريسي النوي، تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 165.

2 الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، السالف الذكر.

3 المادة 49، فقرة 6، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بـ ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

4 خريسي النوي، تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 168.

5 ق و م، المؤرخ في 02 غشت 2011، الذي يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال التي لا تتطلب اللجوء الى المناقصة، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 12 فبراير 2012.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

كما تدخل حالات ذات طابع معنوي ضمن حالة الإحتكار، وذلك عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبرات تقنية أو لإعتبرات الثقافية و/ أو الفنية¹، هذا الأخيرة يقصد بها تلك الخدمات التي لا يمكن أن يقوم بها إلا فنانون مبدعون، اختيروا لشخصهم، أو اقتناء ممتلكات ثقافية منقولة بإستثناء الممتلكات الآثرية².

2- حالة الإستعجال الملح : Urgence Impérieuse

يقصد الإستعجال الملح الخطر المتفاجم أي الخطر الذي لا يزيد إلا تهديدا للملك، وقد استعمل المرسوم كلمة داهم Imminent للدلالة على أنه لا يكفي أن يكون الخطر محتملا لتبرير اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط، بل يجب أن يكون الخطر محققا وظاهرا، أو ما يعبر عنه في بعض القوانين بالخطر المحدق³.

وقد نص المشرع على ذلك في الفقرة 02 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق ب الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بأنه: " في حالة الإستعجال الملح بوجود خطر يهدد الإستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع آجال اجراءات ابرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها"، ولتطبيق هذه الحالة، لابد من توافر شروط الإستعجال الملح والتي تتمثل في:

- أن يكون الإستعجال الملح ناتج عن أحداث غير متوقعة،
- عدم تلائم إجراءات ابرام الصفقات العمومية مع الخطر المحدق،
- أن تكون هناك علاقة سببية بين الحادث الغير المتوقع و الإستعجال الملح،
- أن تتوقف الخدمات على ما هو ضروري لدرء الضرر .
- عدم توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة للإستعجال الملح أو نتيجة للمماطلة من طرفها.

1 المادة 49، فقرة 1، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق ب ص و ت م ع ، السالف الذكر .
2 المادة 02 من اللق و م، المؤرخ في 30 يونيو 2014، الذي يحدد الخدمات المعنية بالإعتبرات الثقافية و/أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات التراضي البسيط، ج، ر، ج، العدد 57، المؤرخة في 28 سبتمبر 2014.
3 المادة 107، من الأمر رقم 75-58، المتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

4- حالة التموين المستعجل : Approvisionnement Urgent :

تتعلق هذه الحالة بالتموين المستعجل " غير أن وجه الاختلاف بينها وبين الحالة الأولى - الإسعجال الملح- يكمن في موضوع العقد، كونه يتعلق بالتموين لضمان توفير الاحتياجات الأساسية للسكان، وهذا ما عبرت عنه الفقرة 03 من المادة 49 بقولها: " في حالة التموين المستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها ".

فالأمر يتعلق هنا بمجال التموين بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد، وهو عبر عنه المشرع بـ " توفير حاجات السكان الأساسية "، فلو اتبعت المصلحة المتعاقدة الإجراءات العادية لإبرام الصفقة العمومية، لأدى ذلك الى حدوث خلل في توفير الحاجيات العامة، لذلك كان عليها لزاما التحرك بسرعة لضمان التموين بالمواد الأساسية، كما لو تعلق الأمر بمادة القمح أو الزيت أية مادة ذات استهلاك واسع¹، كأن يتعلق الأمر بزلزال أو تساقط الثلوج بكميات كبيرة في منطقة معينة، منع سكانها من الحصول على احتياجاتهم الضرورية .

ولغلق باب التحايل والفساد واستغلال الأحكام الإستثنائية في ابرام الصفقات العمومية بهذا الأسلوب، حذب لو أن المشرع الجزائري حدد المواد الأساسية الضرورية لتلبية حاجات السكان في الظروف الإستعجالية التي تتطلب التموين.

5 - حالة المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية :

تناول المشرع هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بص و ت م ع²، ولاشك أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلق أثرا ايجابيا هاما يمس كل اقليم الدولة، لهذا وجب أن يحظى المشروع بموافقة مجلس الوزراء أو اجتماع الحكومة بالنظر لمبلغ المخصص للمشروع، إلا أن وصف المشروع بالأهمية الوطنية والإستعجال سيفتح باب اللجوء الى صيغة غير تنافسية، مما يبقي على امكانية التعسف في استعماله قائمة، إذ المفروض أن النص يهدف إلى إضفاء الشفافية والعدالة بين المتنافسين كلما أمكن ذلك³ .

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 226.

2 تنص فقرة 4 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بص و ت م ع، على أنه... "عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000)، دج والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

3 خروشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 191.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبالنظر إلى تقلب هذا التوصيف حسب الظروف الإقتصادية والمالية، فإنه يستحسن أن يقوم مجلس الوزراء ضمن صلاحيته، وبناء على اقتراح الوزير الأول إعداد قائمة تتضمن المشاريع ذات الأهمية الوطنية وتحين القائمة مثلا كل ثلاث سنوات، لأن الأمر هنا يتعلق بضمان السير الحسن للمال العام وتكريسا لمبادئ العامة للمنافسة¹ والعدالة والنزاهة.

6 - حالة عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج:

نصت على هذه الحالة المادة 45 في فقرتها 05، والتي تشترط أن يكون موضوع الصفقة وصول مبلغ المشروع للحد يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وضرورة حصول المصلحة المتعاقدة على الموافقة من مجلس الوزراء أو اجتماع مجلس الحكومة، على حسب الحد المالي المبين في المادة المذكورة أعلاه، عندها تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة إلى إجراء التراضي وذلك من أجل تمكنها من إبرام الصفقة في وقت قصير ويسير، وهذه الحالة تشبه حالة المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية، من حيث اشتراط الموافقة المسبقة بعد إعداد تقرير مفصل من طرف الوزير المعني، وهذا راجع لأهمية هذا النوع من الصفقات وتعلقها بترقية الأداة الوطنية والمشاريع ذات الأهمية الوطنية.

7- حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية :

في هذه الحالة تبرم المصلحة المتعاقدة صفقاتها وفقا لأسلوب التراضي مع مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري²، إذا وجد نص قانوني أو تنظيم يخول لها حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو إذا سبق أن أنجزت هذه المؤسسات كل نشاطات مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري³، ومما لاشك فيه إن اعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي، ولو كان مصدره نص التشريعي أو تنظيمي، سيخل بمبدأ المساواة المنصوص عليه قانونا.

ويرى بعض الباحثين أنه: " كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن لا يعترف لهذه المؤسسات بالطابع الامتيازي ، لتثبيت وجودها وسط عالم كله منافسة وحرية في الوصول إلى الصفقة،

1 المادة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بص ع و ت م ع ،السالف الذكر .

2 المادة 49، الفقرة 6 ، من نفس المرسوم.

3 تقابلها المادة 43 ، فقرة 5، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ، السالف الذكر (الملغى) .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بامتياز أو حق حصري وأولوية وهو ما يفرضه حقيقة التوجه الاقتصادي الحر للدولة¹.

وتجب التفرقة بين حالة الإحتكار وبين حالة منح حق حصري وامتياز للمؤسسات العمومية ذات طابع صناعي وتجاري، فالفرق بين حالتين جلي وواضح إذ أنفي الحالة الأولى لا يوجد سوى متعامل وحيد في وضعية الهيمنة، أما الحالة الثانية فإن المؤسسات الصناعية والتجارية فهي عديدة وتعمل في نفس المجال، لكن الصفقة تخصص لإحدهما دون الأخرى بموجب نص تشريعي أو تنظيمي بصفة الحق الحصري.

ثانيا :التراضي بعد الاستشارة: gré à gré après consultation

التراضي بعد الاستشارة هو أسلوب يقوم على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافس بين المرشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية لطلب العروض²، ولا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حالة التراضي بعد الإستشارة إلا في الحالات الواردة حصرا لا على سبيل المثال، في المادة 51 من المرسوم المتعلق ب ص ع و ت م ع، بحيث لا يجوز تجاوزها أو القياس عليها، أو محاولة الربط بينها وبين حالات قريبة ومشابهة لها معمول بها في أسلوب التراضي البسيط.

1- حالة عدم جدوى: cas dinfractuosité

تتعلق هذه الحالة بإعلان المصلحة المتعاقدة عن طلب العروض، لسبب مجهول لا تتلقى أي عرض من قبل المتعاملين الإقتصاديين المحتملين، مما يدفع المصلحة المتعاقدة الى اعلان العملية للمرة الثانية.

وقد ثار جدل فقهي حول مدى اعتبار العرض الوحيد مكرسا للمنافسة ام لا، حيث أن الإتجاه الأول انطلق من فكرة أن طلب العروض يقصد من ورائه خلق المنافسة، لذلك هذا الأخير لا يعد موجود إلا بتلقي لأكثر من عرض، فإذا كانت نتائج المنافسة كذلك-عرض واحد- فإنها تعتبر غير

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 231.
2 نصت المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق ب ص ع و ت م ع، على أنه: " يكتسي التراضي أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة ومن محاسن هذا الأسلوب هو تمكين المصلحة المتعاقدة من حصر استشارتها في قائمة مؤسسات مسجلة في بطاقة المتعاملين الذين يفترض أن يكونوا مؤهلين لتنفيذ الغرض المطلوب"، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

مجدية ويتعين على المصلحة المتعاقدة إعادة الإجراء، أو أن تلجأ الى التراضي بعد الإستشارة إذا اقتضى الأمر ذلك في حدود شروط معينة، أما الإتجاه الثاني فأسس رأيه على أن طلب العروض لا يكون منعما إلا بغياب كلي للمتعددين، عندها يمكننا أن نعتبر أن المنافسة أصبحت دون جدوى، لكن اذا نتج عن المناقصة ولو عرض وحيد، فإنها حالة صفقة بصيغة المناقصة¹.

وفي المرسوم الجديد للصفقات العمومية، تبنى المشرع الجزائري الإتجاه القاضي بأن المنافسة تكون غير مجدية عند عدم استلام أي عرض²، بمعنى أن استلام عرض واحد لا يكون سببا في اعلان عن عدم جدوى طلب العروض ويتعين على المصلحة المتعاقدة فتح العطاء الوحيد وتقييمه³، لكن في مقابل ذلك فإن اعتماد العرض الوحيد في الإعلان الأول عن طلب العروض، يفقد المعنى الحقيقي للمنافسة التي تقتضي وجود متعهدين إثنين على الأقل، على أن يكون استلام عرض واحد في الإعلان الثاني سببا في لجوء المصلحة المتعاقدة الى التراضي بعد الإستشارة، وهذا ما كان مكرسا في النصوص السابقة للصفقات العمومية⁴.

وعن حالة "عدم ضمان تموين الحاجات" فقد وردت هذه العبارة بالمطلق، والحقيقة أن شرط عدم ضمان تمويل الحاجات، يتناقض مع ما تشترطه النصوص المتعلقة بإعداد الميزانية ضمن قوانين المالية، فإذا ما احترمت المصلحة المتعاقدة هذه النصوص فإن ذلك يحول دون وصولها لهذه الوضعية، ثم إن المشرع فرض مسبقا قبل الإنطلاق في أي مشروع تحديد الحاجات المراد تنفيذها بشكل دقيق واستنادا على تقرير إداري صادق وعقلاني⁵.

1- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تنسجم طبيعتها مع طلب العروض:

وردت هذه الحالة في الفقرة 02، من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بـ ص ع و ت م ع، التي جاء فيها: "في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة، التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصيات هذه الصفقات، بموضوعها أو بضعف

1 خريشي النوي، تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 171.
2 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بـ ص ع و ت م ع، على أنه: "ويعلن عن عدم الجدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض"، أما المادة 52، الفقرة 08، فنصت على أنه: "عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة للتراضي بعد الإستشارة ولا تسلم أي عرض أو انه لا يمكن بعد تقييم العروض المستلمة اختيار أي عرض، فإنه يعلن عن عدم جدوى الإجراء"، السالف الذكر.
3 رد قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 367، المؤرخ في 23 أبريل 2017، عن الإستشارة القانونية رقم 266، المؤرخة في 09 فيفري 2017، عن بلدية بوزينة، ولاية باتنة، الجزائر، جاء فيه: "تطبيقا للمادة 14 و 52، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بـ ص ع و ت م ع، فإن استلام عرض وحيد لا يعتبر حالة عدم جدوى، إذ يجب على المصلحة المتعاقدة فتح العرض وتقييمه".
4 تنص المادة 44، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة لتراضي بعد الإستشارة ولا يتم استلام أي عرض أو أنه لا يمكن بعد تقييم العروض المستلمة، اختيار أي عرض تعلن عن عدم جدوى الإجراء"، السالف الذكر (الملغى).
5 المادة 27، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بـ ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات"، معنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة عندما تختار أسلوب التراضي بعد الاستشارة، عليها تبرير لجوئها لهذا الإختيار عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة¹، كما تجب الإشارة إلى أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال، وإنما فقط الدراسات واقتناء اللوازم والخدمات، التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء الى طلب العروض².

وإذا كانت المصلحة المتعاقدة لها كل الحرية في اختيار المتعاقد معها دون اللجوء إلى الإشهار والمنافسة وغيرها من الإجراءات، لكنها مقيدة بالطابع الخصوصي للصفة كالطابع السري مثلا، إلا أن الغموض الذي يكتنف هذه الفقرة هي عبارة "ضعف المنافسة"، فمرد ذلك إما أن المصلحة المتعاقدة توصلت إلى أن العروض، التي جرى تقييمها من طرف لجنة فتح وتقييم العروض، وإما أن الشروط والمواصفات الموضوعية للمنافسة لم يتم دراستها بدقة وعناية كافيتين لضمان نجاعة الطلب العمومي .

2- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة:

تنص المادة 51، الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بص و ت م ع على انه... "في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة"، فهذه الحالة تتعلق حصريا بعقد الأشغال العامة دون سواه من الصفقات، ونظرا لإتصاله بقطاع سيادي فقد فرض الأمر طابع السرية واتخذ شكل واسلوب التراضي بعدا لإستشارة، وقد ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد وضبط، ذلك أنه لم يبين المشرع في هذه الفقرة طبيعة هذه المؤسسات العمومية السيادية ولم يحدد قائمة الأشغال، التي تستلزم اللجوء إلى هذا النوع من أساليب التعاقد.

3- حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديد:

وردت هذه الحالة في الفقرة 04 من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 رقم 247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي لم تكن موجودة ضمن المرسوم الرئاسي السابق 10-236³، فبعدما كان فسخ الصفقة يشكل عقبة للمصلحة المتعاقدة وذلك من حيث إعادة

1 المادة 60، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بص و ت م ع، السالف الذكر.
2 ق و م، المؤرخ في 01 غشت 2011، المحدد لقائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، ج، ح، ج، العدد 47، الصادرة بتاريخ 21 غشت 2011.
3 المادة 44، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

إجراءات طلب العروض لإستكمال ما لم يتم تنفيذه من قبل المتعامل المتعاقد الذي فسخت معه الإدارة المتعاقدة الصفقة¹، وقد يحدث أن يقع فسخ الصفقة قبل بداية الأشغال أو الخدمة، مما لا يبقى أي مبرر للجوء لهذا الإستثناء.

4- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، والعلاقات الثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات :

تم النص على هذه الحالة في الفقرة 5، من المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط ، في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الأحوال الأخرى، والحكمة من إدراج هذه الحالة ضمن حالات التراضي بعد الإستشارة، هو تكريس احترام الدولة لإلتزاماتها ذات الطابع الخارجي.

الفرع الثالث: المنافسة في مرحلة إيداع العروض:

من مقتضيات المنافسة في الصفقات العمومية، هي أن كل متعهد له الحرية في الوصول للطلبات العمومية وتقديم عطاءه المتعلق بموضوع الصفقة، لكن في مقابل ذلك ينبغي أن يكون ذلك العطاء مستوفيا لكافة شروط الواردة في دفتر الأعباء، من حيث تكوين العرض وصيغته وطريقة تقديمه يوم إيداع العروض.

البند الأول : مفهوم العرض ومكوناته

العرض هو تعبير السمته عن إرادته الجازمة في الاشتراك في المناقصة (طلب العروض)، عن طريق تقديم البيانات اللازمة إلى جهة الإدارة، ولا سيما السعرية منها وفقا بأشكال محددة، مما يترتب في حقه التزاما وهو البقاء على ايجابه فترة معينة، ويؤيد هذا الإلتزام امكانية مصادرة التأمين المؤقت من جانب الإدارة، وبذلك فإن العرض هو عمل إرادي يتمتع بذات الخصائص التي يتمتع بها الإيجاب بالمفهوم المدني.

فهو يتميز بالطبيعة الإفرادية UNILATERAL لأنه يخرج إلى حيز الوجود القانوني، بعد أن يدرس العارض مركزه القانوني والإقتصادي، فيقرر أن يتقدم للإدارة بهذا العرض، وفقا للشروط المنصوص عليها في دفتر الأعباء، ووفقا لما تمليه عليه رؤيته الذاتية التي يمكن أن تنجم عن علاقته

1 خالد خليفة، طرق إبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 25.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

مع الإدارة¹، ومن تم فإن العرض يخضع لحملة من الشكليات التي لا يستقيم وجوده القانوني بدونها، بل إن أغلب التشريعات والقوانين تحدد محتوى العرض وحدوده والإطار الزمني الذي ينبغي خلاله المتعهد تقديم عرضه .

أولا : تكوين العرض :

بالرجوع للنصوص السابقة المنظمة للصفقات العمومية²، كان المشرع الجزائري يتبنى تكوين العرض من طرفين عند تحضيره من قبل المتعهدين، ثم أصبحت ثلاثة أطراف في تكوين العروض في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، وهذا ما أشارت إليه المادة 67 منه بقولها: " يجب أن تشمل العروض على ملف الترشيح وعرض التقني وعرض مالي " .

أ - ملف الترشيح : يتضمن ملف الترشيح ما يأتي :

- تصريح بالترشيح، وفيه يصرح المتعهد أو المرشح بأنه غير مقصي أو ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية طبقا للمادة 75 و 89 من هذا المرسوم،
- أنه ليس في حالة تسوية قضائية وأن صحيفة سوابق القضائية الصادرة منذ أقل من ثلاثة (03) أشهر تحتوي على الإشارة "لا شيء"، وفي خلاف ذلك فإنه يجب أن يرفق العرض بنسخة من الحكم القضائية وصحيفة السوابق القضائية، هذه الأخيرة تتعلق بالمرشح أو المتعهد عندما يتعلق الأمر بالشخص الطبيعي، وبالمسير أو المدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشركة.
- أنه استوفى واجباته الجبائية وشبه الجبائية⁴ اتجاه الهيئة المكلفة بالعدل المدفوعة الأجر، والبطالة الناجمة عن الأحوال الجوية لقطاعات البناء والأشغال العمومية والري، عند الإقتضاء بالنسبة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية، التي سبق لها العمل بالجزائر .
- مسجل في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف بالنسبة للحرفيين الفنيين أو له البطاقة المهنية للحرفي فيما يخص موضوع الصفقة .

1 مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 609.

2 المادة 51، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

3 بالإضافة لأطراف ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي هناك طرف رابع خاص بالخدمات، ويتعلق فقط بالمسابقة ويحدد دفتر الشروط محتوى هذا الطرف، طبقا للمادة 67، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

4 رد قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 355، المؤرخ في 29 أبريل 2017، : " يشرفني أن أخبركم بأن المتعهد الذي قدم جدول ضرائب وشهادة أداء المستحقات الضمان الاجتماعي لغير الأجراء محل جدولة للتسديد يعتبر قد استوفى لإلتزاماته الجبائية والشبه الجبائية " .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

- يستوفي الإيداع القانوني لحساب شركته فيما يخص الشركات الخاضعة للقانون الجزائري.
- حاصل على رقم التعريف الجبائي بالنسبة للمؤسسات الجزائرية والمؤسسات التي سبق لها العمل بالجزائر.
- التصريح بالنزاهة .
- القانوني الأساسي بالنسبة للشركات
- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإلزام المؤسسة
- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المترشحين أو المتعهدين أو عند الإقتضاء المنوالين:
 - قدرات المهنية : شهادة التأهيل والتصنيف¹ وشهادة الجودة عند الإقتضاء.
 - قدرات المالية : وسائل مالية مبررة بالحصائل المالية والمراجع المصرفية.
 - قدرات تقنية: وسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية.
- أ- ملف التقني: يتمثل في:
 - تصريح بالإكتتاب
 - كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني: مذكرة تبريرية وكل وثيقة مطلوبة تطبيقا لأحكام المادة 78 من هذا المرسوم.
 - كفالة التعهد تعد حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 من هذا المرسوم،
 - دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحته على العبارة "قرئ وقيل " مكتوبة بخط اليد، والذي يجب أن يسحب من طرف المترشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعينين لذلك، كما يمكن أن يسحب دفتر الشروط في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات، من طرف الوكيل أو من طرف ممثله المعين لذلك، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع² .
- ولأخذ بعض خصوصية بعض الصفقات العمومية بعين الإعتبار ولاسيما منها تلك التي تنفذ في الخارج والتي تبرم مع الفنانين أو مع المؤسسات المصغرة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 87 من هذا المرسوم، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تكييف محتوى الملف الإداري المطلوب من المرشحين أو المتعهدين³ .

1 م ت رقم 14-139، يوجب على جميع المؤسسات ومجموعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات ان تكون لها التأهيل والتصنيف المهنيين، السالف الذكر.
2 المادة 63، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر .
3 المادة 67، من نفس المرسوم .

ج- العرض المالي: يتكون العرض المالي من :

-رسالة التعهد ،

-جدول الأسعار بالوحدة،

-تفصيل كمي وتقديري ،

-تحليل السعر الإجمالي والجزافي،

وحسب موضوع الصفقة ومبلغها أن تطلب الوثائق الآتية :

- التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة.

- التفصيل الوصفي التقديري المفصل .

هذا وإن المصلحة المتعاقدة لا تطلب من المتعهدين أو المرشحين وثائق مصادقا عليها طبق الأصل¹، بإستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة بموجب قانون أو مرسوم رئاسي"، وعندما يتحتم على المصلحة المتعاقدة طلب الوثائق الأصلية، فإنه في هذه الحالة يقتصر الأمر على حائز الصفقة وفي حالة الإجراءات المحصنة، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة ألا تطلب من المرشحين أو المتعهدين تقديم عن حصة وثائق مماثلة إلا في الحالات الاستثنائية المبررة² .

وعلى كل حال فإن الجانب المالي من العرض، لا بد أن يكون خاليا من اية تحفظات ولا مخالفات التي يرد ذكرها في دفتر الشروط، كما يجب أن لا يكون مبلغ المقترح من العارض منخفضا أو مبالغا فيه دون مبرر مما يجعله مربيا ومشكوكا فيه³، ويوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومقفلة بإحكام، يبين كل منها تسمية المؤسسة ومرجع طلب العروض موضوعه، وتتضمن عبارة "ملف الترشيح" أو "عرض تقني" أو "عرض مالي" حسب الحالة، وتوضع كل هذه الأظرفة الثلاثة في ظرف آخر مقفل بإحكام يحمل عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ،إلى جانب ذلك كتابة رقم طلب العروض وموضوعه

قد يحدث أن يقوم المتعهد بتقديم ظرف واحد أو ظرفين (تقني ومالي) عوض ثلاثة أظرفة) ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي)، أن يقوم بخلط الأوراق مع بعضها، فهذه الحالات لا

1 المادة 02، من م ت رقم 14-363، المؤرخ في 15 ديسمبر 2014، المتضمن إلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بالتصديق طبق للأصل على نسخ الوثائق المسلمة من طرف الإدارات العمومية ، بقولها: لا يمكن للمؤسسات والإدارات والأجهزة والهيئات العمومية والجامعات المحلية وكذا المصالح التابعة لها، أن تشتترط التصديق طبق الأصل على نسخ الوثائق الصادرة منها أو عن أي منها في إطار الإجراءات الإدارية التي تعدها، بإستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة بموجب قانون أو مرسوم رئاسي"، ج، ر، ج، ج، عدد 72، المؤرخة في 16 ديسمبر 2014.
2 المادة 67، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص و ت م ع، السالف الذكر .
3 مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 613.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

تشكل سببا كافيا لإقصاء عرض المتعهد، وعلى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تقوم بفتح الطرف الوحيد أو الطرف المتعلق بالعرض التقني حسب الحالة، ثم إجراء تقييم أولي للترشيحات وفقا لأحكام دفتر الشروط، مع احترام المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية¹.

ثانيا : صيغة العرض (الكتابة والتوقيع) :

إن العرض كما سبق ذكره- ما هو إلا تعبير عن إرادة العارض الجازمة للإشتراك في المنافسة على العقد المنتظر، ولكن المشرع وضع إطارا شكليا لهذا التعبير وهو أن تكون العروض مكتوبة ومحركة من أصل وحيد²، على اعتبار أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات³.

لذلك فإن المصلحة المتعاقدة قبل إعلانها عن حاجياتها المراد تلبيتها تكون قد حدد مسبقا، كيفية تقييم وتقديم العروض وفقا مواصفات تقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط⁴، الذي يبين فيه الطريقة التي ينبغي على العارضين الإلتزام بها عند تحريرهم للعروض، وأن تكون على ورقة مختومة أو مدموغة من جانب الإدارة، فإن إغفال هذه الشكلية- الكتابة- من شأنه أن يجعل العرض غير مشروع ولا يمكن تغطية غياب هذه الشكلية بتسوية لاحقة على تقديم العرض المحرر على غير الورقة المختومة من جانب الإدارة⁵.

وقد جرى العمل على أن تقرر السلطات المختصة في الدولة - وزارة المالية- بإعداد نماذج تحتوي على بيانات ضرورية ونظامية⁶، وهذا من باب التسهيل على العارضين والمصلحة المتعاقدة في واحد، وغالبا ما تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة عند تحضير دفاتر الشروط، وأن يلتزم بها للعارضين عند تحضير عروضهم، ويجب أن يتم توقيع العروض من قبل المقاولين أو الموردين الذين يقدمونها أو من جانب ممثليهم القانونيين، ولا يمكن لوكيل أو ممثل أن يمثل أكثر من مرشح واحد في نفس الصنف العمومية⁷.

1 رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 425، المؤرخ في 16 ماي 2016.

2 مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 611.

3 المادة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 المادة 27 فقرة 06، من نفس المرسوم.

5 مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 616.

6 قرار وزير المالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالإكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة، السالف الذكر.

7 تنص المادة 77، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: ".... ولا يمكن نفس الشخص أن يمثل أكثر من متعهد متعهد أو مرشح في نفس الصنف العمومية".

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

ومن البديهي أن يكون التوقيع على العرض التزاما أساسيا، لأنه من غيرلا هذا التوقيع لا يعتبر للعرض أي قيمة بل يؤدي إلى وسم العرض بعيب جوهري، ويتحتم على المصلحة المتعاقدة - لجنة الصفقات العمومية- أن ترفضه، فإذا قبلته أصبح الإجراء برمته غير مشروع، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، حيث جاء الحكم ما يلي :

(.....Les entrepreneurs doivent déposer avant cette date un dossier complet comprenant acte d'engagement dument signé par eux, à défaut , la commission d'appel d'offre est tenue de rejeter l'offre dont elle se trouve irrégulièrement saisie ,alors que l'acte d'engagement serait ultérieurement signe , le marché est annulé sur défère préfectoral...) ¹ .

ثالثا- تقديم العرض :

تعتبر عملية تقديم العروض عملية هامة لتشكيلها نقطة بدأ العلاقة بين الإدارة والمتنافسين، من حيث أنها ترهن حجم المنافسة التي ستسجلها الصفقة المعنية، إذ أن كل العراقيل التي قد تقوم أو تقام في طريق إيداع أم تمنع العارضين من إيصال عروضهم أو تجعل أمرا صعبا، عن خطأ أو عن قصد ستحد من حجم هذه المنافسة²، ومهما تكن المدة الفاصلة بين عملية الإيداع وعملية فتح الأظرفة، فإن مكان الإيداع لا بد أن يكون معلوما ومؤمنا، وسهل الوصول إليه من طرف المتنافسين لإيداع عروضهم، ويقع على المصلحة المتعاقدة مسؤولية المساس بمحتوى الأظرفة، وعليها اتخاذ من الإجراءات ما يضمن سلامة العروض .

ويكون إيداع العروض في اليوم الأخير من إعلان طلب العروض³، الذي تكون المصلحة المتعاقدة قد حددت تاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين، وبإيداع العروض لدى المصلحة المتعاقدة، يتم تسجيل الأظرفة وترقيمها في سجلات مخصصة لإيداع العروض (سجل إيداع العرض)، ترتب على حسب تاريخ وصولها ويدون على ظهر الظرف نفس الرقم الترتيبي الذي يسجل في السجل، وتخضع هذه الإجراءات لرقابة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁴ .

1 حكم صادر بتاريخ 03 نوفمبر 1997، في قضية Préfet de la Marne /e/ commune de Francheville، أشار إليه، مهندس مختا نوح، مرجع سابق، ص 618.

2 خريشي النوي، تسيير المشاريع في اطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 211.

3 المادة 66، فقرة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

4 المادة 71، فقرة 03 و 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

وبعد إيداع المتعهد للعطاء، فإنه يكون ملزما بعطائه خلال مدة آجال صلاحية العروض، فلا يجوز له سحبه ولا تعديله قبل البث فيه من قبل لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض¹، وهو ما أكده القضاء الإداري في مصر حيث جاء فيه: "إن جهة الإدارة إذا اشهرت المزايدة أو مناقصة بشروط معينة، ثم تقدمت عطاءات على أساسها، فإن هذه العطاءات تعتبر إيجابا ملزما، ولا عبرة بعد ذلك....ويترتب على العطاء فلا يجوز له سحبه أو تعديله طالما أنه لم يبث فيه"².

الفرع الرابع: تعزيز المنافسة من خلال المنح المؤقت وفروض التخليق:

يأتي المنح المؤقت كنتويج لكل للإجراءات المسبقة لطلب العروض وصولا إلى المنح المؤقت للصفقة، وهذه المرحلة تتبعها مرحلة تتعز فيها المنافسة وتمنحها ضمان أكبر وتحمي حقوق المتنافسين، ألا وهي مرحلة الطعن في اختيارات وقرارات المصلحة المتعاقدة، وهذا ما عمد إليه المشرع الجزائري عند إقراره لحق المتنافسين في الطعن كآلية للوقاية من الفساد³، الذي تعتبر الصفقات العمومية أرضا خصبا له.

البند الأول : مضمون المنح المؤقت ومجاله :

كان المنح المؤقت من مبادئ الجديدة التي كرسست لأول مرة في المرسوم الرئاسي 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية، ويتعلق الطعن هنا باختيارات المصلحة المتعاقدة أو القرارات التي تتخذها بمناسبة منح المؤقت للصفقة أو الغائه أو إعلان عن جدوى، فاختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد يأتي تتويجا لكل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، انطلاقا من تحديد الحاجات مرورا بإجراءات المنافسة وصولا الى إرساء مؤقت للصفقة .

أولا : تعريف المنح المؤقت : L'attribution provisoire

يعرف المنح المؤقت على أنه إرساء للصفقة بصورة مؤقتة على أحد المتنافسين، أما الإعلان عن المنح المؤقت فهو إعلام المتعهدين المشاركين في المناقصة ومجموع الجمهور بالنتائج المؤقتة للمناقصة وفقا للشكليات معينة، ولا يعتبر الحائز حائزا بصورة نهائية إلا بعد دراسة الطعون إن وجدت⁴، وانقضاءها في مهلة عشرة (10) أيام.

1 محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 69.

2 حكم بتاريخ 24 فيفري 1957، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، في خمسة عشرة عاما، 46-1991، ج2، أشار إليه

محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 69.

3 المادة 09، من قانون رقم 06-01، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 213.

1-مجالات الطعن من خلال المنح المؤقت :

نصت المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بقولها: "زيادة لحقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إن عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة أن يرفعا طعنا" ، ما يلاحظ في هذه المادة أن المشرع وسع من أوجه الطعن، بحيث لم يعد يقتصر الطعن فقط في اختيار المصلحة المتعاقدة، بل أصبح يشمل قرار الإعلان عدم جدوى وإلغاء المنح المؤقت أو الغاء إجراء طلب العروض، هذا التوسع في حالات الطعن يشكل ضمانا لكل متعهد يرغب في ممارسة هذا الحق¹، وآلية من آليات حماية المنافسة وتأسيسا للحكم الراشد.

إضافة ذلك تلزم المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعهد المشاركة في المنافسة، من الاطلاع على نتائج المفصلة لتقييم ترشحاتهم التقنية والمالية في أجل (03) ثلاثة أيام ،ابتداء من اليوم الأول لنشر الإعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا².

2-إجراءات الطعن والآثار المترتبة عنه :

إن الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة بعد تقييم العروض يبقى مؤقتا، إلى غاية انقضاء آجال المنح المؤقت المحددة ب عشرة (10) أيام³، والتي تسري من أول يوم لنشره في الأوعية المخصصة للنشر، وفي حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و 184 في المرسوم الرئاسي رقم 15-247،المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وإذا صادف اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى اليوم العمل الموالي، وكل طعن يقدمه المتعهد خارج الآجال القانونية إلى المصلحة المتعاقدة أو لجنة الصفقات العمومية المختصة قانونا، يكون مرفوضا شكلا دون ما الحاجة للنظر في لمضمون الطعن⁴.

وما يؤخذ على أجل 03 أيام للإطلاع على نتائج التقييم، أنه لا يخدم المبادئ التي تأسس من أجلها النص، وكان من الأفضل لو اكتفى المشرع بالنص على احترام آجال إيداع الطعن، بحيث يمكن أي من المتعهدين الإتصال بالمصلحة المتعاقدة للحصول على تفصيلات نتائج تقييم عرضه، سواء

1 عمار بوضياف، شرح الصفقات العمومية، القسم الأول، المرجع السابق،ص 299.

2 المادة 82، فقرة 4،من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع،السالف الذكر.

3 المادة 82 ،الفقرتين 02 و 03،من نفس المرسوم .

4 الخرشني النوي، الصفقات العمومية،المرجع السابق، ص 253.

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

مكنك هذه التفصيلات المتعهد من إيداع الطعن في آجاله أم لم تمكنه، طالما أن الطعن ينبني أصلا على محتوى الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة.

وعن الطعن في حالة إعلان عدم جدوى أو إلغاء إجراء ابرام الصفقة أو إلغاء منحها مؤقتا، فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإبلاغ المتعهدين المشاركين في المنافسة كتابيا برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، وإعلامهم بالحق في الاطلاع على نتائج تقييم عروضهم في آجال ثلاثة (03) أيام تسري من يوم استلام الرسالة، وهو نفس اليوم الذي تسري فيه آجال تقديم الطعن والمحددة بعشرة (10) أيام¹، وفيما يخص حالات المسابقة وطلب العروض المحدود، فإن الطعن في منح المؤقت للصفقة يقدم هذ نهاية الإجراء .

ثانيا : الجهة المختصة للنظر في الطعن :

يبقى اختيار المصلحة المتعاقدة للعارض الفائز والحائز للصفقة، هو نتيجة أولية قد ينتج عنها تقديم الطعون من جانب المتعهدين، وفي هذه الحالة يتعين طبقا للإعلان المنشور المتضمن المنح المؤقت تقديم طعن أمام اللجنة المذكورة في الإعلان ذاته، وهو ما يستلزم بالضرورة اجتماع لجنة الصفقات المعينة لدراسة الطعن المقدم² .

وتختص لجنة الصفقات العمومية المختصة للنظر في الطعون المستوفية للشروط القانونية ضد قرارات المصلحة المتعاقدة، وكانت اللجنة في ظل المرسوم الرئاسي السابق 10-236، تجتمع حسب التشكيلية المقررة قانونا، وبحضور عضو عن المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري، وينتهي عمل لجنة الصفقات المختصة بإصدار رأي في أجل خمسة عشرة (15) يوما من تاريخ انقضاء أجل الطعن المحددة بعشرة (10) أيام³، ولا يتم عرض المشروع على لجنة الصفقات المختصة لفحصه، إلا بعد انقضاء ثلاثين (30) يوما من تاريخ نشر اعلان المنح المؤقت للصفقة في حالة وجود طعون ، لكن في ظل المرسوم الجديد للصفقات العمومية، فإن لجنة الصفقات المختصة تصدر قرارا وليس رأيا بنص المادة 82 فقرة 8 بقولها: " تأخذ⁴ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة (10) أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب

1 الفقرة 06، من المادة 82، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 عمار بوضياف، شرح الصفقات العمومية، القسم الأول، المرجع السابق، ص 302.

3 المادة 114، فقرة 3، المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر (الملغى).

4 ورد في نص المادة 82، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، كلمة " تأخذ "، والأصح أن يقال أن لجنة الصفقات المختصة تتخذ أو تصدر قرارا...، لذا من الأفضل اعادة صياغة نص المادة على نحو أفضل .

الفصل الأول..... تفعيل مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية

الطعن"، فضلا عن ذلك فإن الطعون ترفع بصفة انفرادية ولا مجال لقبولها جماعيا، لأن المشرع استعمل صيغة المفرد بقوله: "يمكن للمتعهد"، معناه أن الطعن يرفع من متعهد واحد بعينه.

وينتج عن تقديم الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة، إما قبوله من قبل هذه الجهة بالنظر لإستيفائه الجوانب الشكلية واحترامه الآجال التقديم، وإما بالنظر إلى أوجه المسائل التي أثارها من حيث المضمون، فإذا حضي الطعن بالقبول من طرف اللجنة فإنه يصبح أمام المصلحة المتعاقدة، إما الإعلان عن الغاء المنح المؤقت وإعادة تقييم العروض أو إعادة الإجراء إذ شابه عيب جسيم يقضي لا محالة الى الغاء الإجراءات¹، أما إذا رفض الطعن المقدم بشكل صريح او ضمنى لا يبقى خيار أمام الطاعن سوء اللجوء إلى القضاء الإداري المختص سواء في صورة الإلغاء أو صورة التعويض²، مع العلم أنه لا يتم عرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات العمومية المختصة إلا إذا انقضت مدة ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ نشر المنح المؤقت للصفقة، وهذه المدة التي تمثل الآجال المخصصة للطعون الموزعة حسب ما يلي :

- عشرة (10) أيام ابتداء من الإعلان المنح المؤقت للصفقة لتقدين الطعون،

-خمس عشرة (15) يوما للنظر في الطعن من قبل لجنة الصفقات المختصة ،

-خمس (05) أيام للتبليغ بنتائج دراسة الطعن .

وبالنسبة للصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الواردة في المادة 06 من هذا المرسوم، فإن الطعون تقدم لدة لجان الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية³، ولا يتنافى الطعن المقدم أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة مع ما يمكن أن يقدمه المتعهد من طعون في أطر قانونية أخرى، وهذا ما عبرت عنه المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بقولها: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به"، وبهذا يكون المشرع قد كرس قواعد المنافسة بدرجة مقنعة من خلال فتح مجالات الطعن المنصوص عليها في التنظيم الجديد للصفقات العمومية، والتي لم تكن معروفة في النصوص السابقة .

1 الخرشي النوى، الصفقات العمومية، المرجع اسابق، ص 255.

2 المادة 801، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م و إ، السالف الذكر.

3 الفقرة 10 من المادة 82، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني

تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية

على الصفقات العمومية

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

اعترف المشرع الجزائري للإدارة العامة بأهمية إبرام العقود التي تمكنها من تحقيق الأهداف المسطرة مع التزامها، بالخضوع إلى تشريع الصفقات العمومية الذي حرص فيه المشرع على توفير منظومة قانونية متكاملة ومتناسقة تحكم عقود الإدارة بمختلف أشكالها وأنواعها، تلزم بإجراءات معينة في عملية التعاقد بدءًا بتحديد الاحتياجات ثم الإعلان ومسك العروض والتعهدات، ثم مباشرة تنفيذ الصفقة إلى غاية التسليم المؤقت وأخيرًا التسليم النهائي.

كل هذه القيود والضوابط الاستثنائية الخاصة لا نجد لها مثيل في عقود القانون الخاص التي تخضع إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولا تبلغ هذه القيود والضوابط هدفها ومبتغاها المحدد في تشريع الصفقات العمومية، إلا بوجود رقابة فعالة تكون على جميع المستويات وعلى جميع مراحل إبرام عقد الصفقة، ضمانًا لأكبر قدر من الشفافية والمنافسة والاستعمال الأمثل للأموال العمومية.

لذا حرص المشرع الجزائري على تحديد وتعيين الاطار القانوني الذي يضبط كل جوانب الرقابة في جميع مراحل الصفقات العمومية سواء قبل إبرامها أو دخولها حيز التنفيذ أو حتى بعدها¹، والغرض الأساسي من فرض الرقابة هو التأكد من تحقيق الأهداف المسطرة والزام الإدارات العمومية بالنقد بأحكام قانون الصفقات العمومية بما يكرس تحقيق المبادئ الأساسية للتعاقد، كمبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين.

كما تأتي، كذلك أهمية إحاطة تمرير وتنفيذ الصفقات العمومية بعدة أنواع من الرقابة، وذلك اعتبارًا لأهمية المبالغ المرصودة لها وتزايد عدد الصفقات، فالرقابة عمومها كيفما كانت أشكالها وأنواعها، ليست اصطليًا لأخطاء العاملين وممارسة السيطرة عليهم، ولكنها وسيلة لتحقيق نوع من التنظيم والفعالية، وحث المسؤولين على اتخاذ القرارات الملائمة للظروف المالية والمخططات الاقتصادية، وتحفيزهم على تحسين تسييرهم وتدبيرهم المالي.

تتطوي وظيفة الرقابة بشكل عام على مجموعة من الخصائص والميكانيزمات التي تستطيع من خلالها الإدارة ضبط وتوجيه الأموال العمومية، لاسيما في مجال الصفقات العمومية التي ترصد لها ميزانية ضخمة في سبيل تحقيق التنمية، لهذا كان لزامًا أن تحتاج إلى رقابة نزيهة وشفافة لجعلها أداة فعالة لحماية المنافسة في نيل هذه العقود والتي تتحمل أعباءها الخزينة العمومية، فحجم الأموال التي تخصص لتسجيل مشاريع الصفقات العمومية سواء من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية يجعلها

1 المادة 156، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع ،السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

مجالا ملائما ومحط أنظار الفسادين، والقائمين على إبرام هذه العقود والمتعاملين المتعاقدين الذين يسعون إلى الثراء السريع حتى بات اكتساب رجل الأعمال للصفقة بمثابة جواز سفر نحو الغنى الفاحش.

للرقابة مفهوم واسع ومتشعب يصعب تعريفها تعريفا جامعاً مانعاً، إلا أن لها عدة مفاهيم، كالملاحظة، الفحص، التوجيه، المقارنة، التسجيل، والتفتيش¹، كما يحيل المفهوم اللغوي للرقابة على المحافظة على الشيء وصونه وحراسته، كما تعني الإحتراز والتحوط والمراعاة²، أما المفهوم العلمي فيكشف بجلاء اختلاف التعاريف والمفاهيم المسندة لهذا المصطلح وتنوع الأبعاد المتحركة فيه³، تجنبا للمتاهات التي قد تجرنا إلى إليها محاولة البحث في مختلف التعاريف والمفاهيم التي أعطيت للرقابة.

نكتفي بالقول أن مفهوم الرقابة يدل على معنى محدد ألا وهو التحقق والمراقبة بغرض التأكد من كون الشيء مطابق لما يتم الإعلان عنه أو كما ينبغي أن يكون بالنظر إلى معيار معطى، وفي ميدان الصفقات العمومية فإن الرقابة تنصرف أساسا إلى التأكد من إحترام الأشغال المنجزة لمقتضيات العقد والشروط الوارد في مختلف الدفاتر (دفتر الشروط الإدارية العامة، دفتر الشروط المشتركة، دفتر الشروط الخاصة)، وما يعني ذلك من ضرورة الحفاظ على المال العام دون الإضرار بالمصالح الخاصة بالمتعهد الذي يتعامل مع المصلحة المتعاقدة.

من هذا المنظور تبرز أهمية الرقابة في مجال الصفقات العمومية وذلك من وجهتين على الأقل:

أولا -حجم الأموال التي توظف في مجال الصفقات العمومية سواء من طرف الدولة أو الجماعات المحلية ما يجعلها -الصفقات العمومية- مجالا ملائما للمخالفات المقصودة أو الغير المقصودة، المباشرة أو الغير المباشرة على المال العام.

ثانيا- الأهمية الحيوية للقطاعات التي تنصب علي الصفقات العمومية من اقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات وتقديم الخدمات⁴، مع التشديد على قطاع الأشغال العمومية الذي يشكل عصب الإقتصاد

1 هدى زوزو، زوليخة زوزو، الرقابة كآلية للوقاية من جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2016، ص 370.

2 محمد الفاتح محمود بشير المغربي، الرقابة الإدارية، ط1، الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، 2020، ص 60.

3 بن سالم خيرة، الآليات القانونية لتكريس المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 153.

4 المادة 29، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الوطني من خلال تشييد الطرق وانجاز الجسور والموانئ، والمباني العمومية (إدارات، مستشفيات، مدارس، جامعات... إلخ) وما تمثله من اهمية اقتصادية.

بالعودة إلى النظام الرقابي الجزائري في مجال الصفقات العمومية، فإن الانطباع الذي يمكن تسجيله من الوهلة الأولى، هو خاصية التشعب والتنوع والتعقيد، فهناك تصنيفات عديدة تتفرع إلى تفرعات أخرى سواء من حيث توقيت (رقابة سابقة، مواكبة، لاحقة) أو الأجهزة المتدخلة (إدارية، سياسية، قضائية)، أو نوعيتها (رقابة المشروعة، رقابة الملائمة)... إلخ.

وبما أن دراستنا تنصب حول تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية وضمانات حمايته، فإن موضوع الرقابة يشكل إحدى الآليات القانونية، التي كرسها المشرع الجزائري لتجسيدا لهذا المبدأ وتحترم المساواة في اختيار المتعامل المتعاقد وتتمثل أساسا في أشكال الرقابة المعروفة وهي الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية التي تمارسها لجان محددة قانونا، والرقابة المالية للالتزامات والرقابة الوصائية، هذه الأنواع من الرقابة تعزز لنا المنافسة وتحميها، وتؤكد لنا الأهداف المرجوة من وراء التعاقد والزام الإدارات العمومية بإحكام تنظيم الصفقات للرشادة والحوكمة في هذه العقود.

ومن المعلوم أن الصفقات العمومية لا تصبح نهائية ولا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد موافقة السلطات المختصة عليها، ويمكن لكل سلطة أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها¹.

بعد موافقة الهيئات المختصة على الصفقة، تدخل هذه الأخيرة مرحلة جديدة وهي التنفيذ، فالإتماد يجعل العقد نهائيا، ومن هنا ننتقل إلى مرحلة الرقابة والتأكد من صحة إجراءات المنح ومن مراحل الإبرام التي اعتمدت، إلى غاية النقطة الأخيرة التي تم بموجبها تنفيذ الصفقة.

ومن هنا فرض المشرع رقابة على عملية إبرام الصفقات العمومية بمقتضى النصوص المنظمة لها، تتمثل أساسا في أشكال الرقابة الثلاثة المعروفة وهي الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية والرقابة الوصائية²، والتي يمكن أن نطلق عليها تسمية الرقابة القبلية على عملية إبرام الصفقة العمومية، كما فرض على كل المتدخلين في عملية الإبرام والتنفيذ لقيام بدور رقابي كل في حدود ممارسة وظيفته وفي الاختصاصات التي يحددها القانون كرقابة الأمر بالصرف والمراقب المالي والمحاسب العمومي، فضلا

1 المادة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر..

2 المادة 156، من نفس المرسوم .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

على تدخل أجهزة الرقابة المالية في مجال الصفقات العمومية كمجلس المحاسبة والمفتشية العامة للمالية، ويمكن تسمية هذا النوع من الرقابة "بالرقابة البعدية".

بناء على ما سبق ذكره، نتناول في هذا الفصل الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة على الصفقات العمومية، ودورها في تكريس المنافسة، وستكون هذه الدراسة في مبحثين، حيث سنتناول في الأول مستويات الرقابة الإدارية لحماية المنافسة الصفقات العمومية (رقابة الداخلية ورقابة خارجية)، إلى جانب رقابة الأجهزة المالية على الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مستويات الرقابة الإدارية لحماية المنافسة الصفقات العمومية.

إن أعمال مبدأ المشروعية بمفهومه العام، يقتضي خضوع كافة نشاطات سلطات الدولة للقانون العام، وهذا المبدأ ضروريا للرقابة على أعمال الإدارة والتأكد من مدى مشروعيتها، ومن هذا المبدأ تعتبر الرقابة الإدارية إحدى الوظائف الإدارية الهامة الصادرة عن الجهات الإدارية المختلفة للدولة، والتي يعتر الرئيس الإداري فيها هو صاحب السلطة الأساسية في الرقابة، لذا عرفت نظم الإدارة أنواعا مختلفة من الرقابة الإدارية سواء مركزيا أو لامركزيا¹.

وتتمثل أول رقابة تخضع لها الصّفقة العمومية في الرقابة الإدارية، التي تأتي للتحقق من احترام المصلحة المتعاقدة للضوابط الشكلية والإجرائية المفروضة عليها في ابرامها لصفقاتها، امتدادا لأصلها كوظيفة إدارية تركز على التأكد من جودة الأداء ومتابعة النشاطات للتحقق من مطابقتها للخطة المرسومة، من خلال التنبيه إلى الانحرافات المتوقعة ومنع حدوثها ليتم التنفيذ طبقا لمقاييس المقررة².
وفقا لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تخضع الصّفقة العمومية لثلاثة أنواع من الرّقابة الإدارية³، واحدة داخلية تضطلع بممارستها لجنة داخلية تحدث على مستوى كل مصلحة متعاقدة (المطلب الأول)، والثانية خارجية تمارسها لجان الصّفقات على مستويات مختلفة، أما الأخرى فهي وصائية تمارسها السلطة الوصية المختصة بها (المطلب الثاني).

1 تقنية توفيق، الرقابة الإدارية الداخلية على الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 01، جامعة الجبالي بونعامة، بخميس مليانة، الجزائر، 2018، ص ص 288-289.

2 Robbins stephen, Mangement l'essentiel des concepts et des pratiques, 4 édit, Pearsan Education, France, 2004, p434.

3 نصت المادة 156، فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

المطلب الأول: الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية

يفهم من الرقابة الداخلية، على أنها تلك القواعد والإجراءات الموضوعة لضمان أن البرامج الموضوعة تحقق النتائج المحددة، وإن الموارد المستعملة تطابق الأهداف المعلن عنها، وإن الوقاية من التبذير والغش وسوء التسيير ليست موجودة، وأن القرارات تم اتخاذها بناء على معلومات حقيقية واقعية والمتوفرة وقت اتخاذ القرار¹، وهي حق أصيل مقرر لها كسلطة عامة تستمد من المبادئ العامة للقانون الإداري وليس من نصوص العقد²، ويستوي في ذلك أن تكون الرقابة شاملة تضم كل أعمال الإدارة في جوانبها المختلفة أو أن تكون تخصصية تنصب على جوانب من أعمال الإدارة، كالأعمال القانونية أو المحاسبية، أو أن ترد الرقابة على كل الأعمال والأشياء الواقعة في حدود دائرتها أو تكون ميدانية تمارس على الواقع العملي، أو أن تكون وثائقية تتعامل مع المستندات والأوراق³.

أما الرقابة الداخلية بالمعنى الضيق هي تلك المنفذة في نفس الإدارة المقررة، من طرف موظفين، أو المصالح التابعة لهذه الإدارة، هذا النوع من الرقابة الذاتية والتي يسميها البعض بالرقابة الروتينية، لها أهمية جوهرية فيما يتعلق بالسير الحسن للإدارة وحماية المصالح المالية لها⁴، وفي مجال الصفقات العمومية تعتبر الرقابة الداخلية نظاما يضمن التحكم في إجراءات إبرامها، وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة عن طريق تحقيق نوع من الملائمة من الناحية الاقتصادية بسعر ممتاز من قبل متعامل مؤهل وفي وقت مناسب، كما تكمن أهمية هذه الرقابة في كشف الانحرافات دون توقيع الجزاء، فهي تنبني على مراجعة وفحص مختلف البيانات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها⁵.

ولقد أشار المرسوم الرئاسي 15-247 إلى مضمون هذه الرقابة في المادة 159، والتي نصت على أن: "تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية"، ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوص، محتوى مهمة كل هيئة رقابة والإجراءات اللازمة

1 حنان بوسلامة، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، المجلد ب، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 154.

2 رنا محمد راضي البياتي، العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق، المجلد 13، العدد 02، جامعة النهريين، العراق، 2011، ص 332.

3 خليفي عبد الكريم، آليات الرقابة الداخلية للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة أبعاد اقتصادية، المجلد 07، العدد 01، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2011، ص 359.

4 عبد الرحمان طويرات، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 02.

5 سفيان موري، مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص 02.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها، وعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية فإن هذه الأخيرة تضبط تصميمًا نموذجيًا يتضمن رقابة الصفقات ومهمتها.¹ "

يتضح من هذا النص، أن المشرع ألزم كل مصلحة متعاقدة أو سلطتها الوصية بإنشاء هيئة الممارسة الرقابة على الصفقات العمومية، بما يتماشى مع الآليات الرقابية المقررة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا تفاديًا لأي اصطدام قد يحدث عند ممارسة الرقابة بمختلف صورها²، ويتجلى الهدف من تكثيف آليات الرقابة على الصفقات العمومية بصفة لافتة للنظر، في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات من جهة، ومبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد من جهة أخرى، مع ضمان المنافسة الشريفة والمشروعة التي تكفل المساواة بين المتنافسين بما يزيل في النهاية كل شبهة عن الصفقة، ويحقق هدف ترشيد النفقات العامة.

وعلى عكس ما كان يسري في التنظيم السابق للصفقات العمومية لاسيما المرسوم الرئاسي 10-236، الذي عهد ممارسة الرقابة الداخلية إلى لجنتين منفصلتين هما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض³، فإن ما تميز به تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هو إحداث لجنة دائمة واحدة تقوم بممارسة هذه الرقابة، والتي تدعى في صلب التشريع الجديد "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"⁴، عليه ستناول في هذا المطلب الأساس القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض (الفرع الأول)، واختصاصاتها المقررة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تستمد لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أساسها القانوني، من المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت على أنه: "تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض"، وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم...".

1 تقابلها المادة 120، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر، (الملغى).
2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247.....، القسم الأول، المرجع السابق، ص 69.
3 المواد 121-125، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).
4 المادة 160، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ما يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع لم يلزم مسؤول المصلحة المتعاقدة بإحداث لجنة واحدة فقط، بل يمكنه استحداث أكثر من لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهذا لتفادي بطئ العمل الإداري الناجم عن تراكم الملفات في إطار إبرام الصفقات العمومية، ويتعلق الأمر بالمصالح المتعاقدة المركزية التي تبرم مئات الصفقات العمومية سنوياً¹، ومن ثم يسمح التنظيم الجديد بإحداث أكثر من لجنة على مستوى المصلحة المتعاقدة الواحدة من أجل ضمان السرعة والفعالية في عمل اللجنة.

كما أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة إنشاء لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير حول تحليل العروض إذا ما كانت هناك حاجة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لذلك²، ولكن استحداث لجنة تقنية يطرح معه الغموض من حيث مصدر انشاء هذه اللجنة، هل يكون بناء على طلب للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أم بناء على تقدير مسؤول المصلحة المتعاقدة لذلك، مع أن إنشاء اللجنة التقنية ليس بالأمر الضروري لأنه يفترض أن تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تتضمن أعضاء تقنيين أو لهم خبرة أو دراية في مجال أو نوع الصفقة العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة³.

البند الأول: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

يعتبر أمر تشكيلة لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسير عملها، مسألة في بالغ الأهمية لما لها من دور في تكريس استقلالية اللجنة وفعاليتها في الأداء مهامها وتجسيد الشفافية والرشادة في التسيير، ويتحدد تشكيلة اللجنة بموجب مقرر يصدره مسؤول المصلحة المتعاقدة، يحدد فيه طريقة عملها ونصابها القانوني في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها⁴، وله السلطة التقديرية في تعيين واختيار أعضاء لجان الفتح وتقييم العروض.

ويعود سبب ذلك إلى اختلاف طبيعة الإدارات العمومية واختلاف طبيعة العقود الإدارية، فالتشكيلة التي تصلح للولاية أو البلدية قد لا تصلح للجامعة أو مركز تكوين مهني، لذا وجب أن تختلف من مصلحة متعاقدة إلى مصلحة أخرى، ويعود للمسؤول الأول على مستوى الجهة المتعاقدة

1 محمد براغ، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الإقتصاد الجديد، المجلد 01، العدد 18، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ص 92.

2 المادة 160، الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 بوضياف الخير، الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2018، ص 98.

4 نصت المادة 162، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها، السالف الذكر."

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

صلاحية اختيار من يرى في عضويته فائدة بالنسبة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، ومن الطبيعي أن العمل متى كان جماعيا كان أبعد عن اثاره الشبهات بصدده .

وأن وصف لجنة دائمة يعني أنها ليست لجنة عابرة أو مؤقتة أو ظرفية، بل هي متواجدة بصفة دائمة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، كما لا يعني بذلك بحال من الأحوال تضمها لقائمة غير محددة غير قابلة لتعديل، بل يجوز إدخال تعديلات على التشكيلة متى كان ذلك ضروريا بموجب مقرر موقع من مسؤول المصلحة المتعاقدة، والعلة في ذلك هو البحث عن الشفافية والنزاهة¹.

وكان بإمكان المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، أن يترك استحداث لجنة بصدد كل صفقة تتكفل بفتح وتقييم العروض، وتتشكل في كل مرة من أعضاء تتناسب كفاءتهم مع موضوع الصفقة²، على أن يتم إنشاء هذه اللجنة بقرار من المسؤول الأول لمصلحة المتعاقدة ،وهكذا يتفادى أن يعهد للمسؤول المباشر عن الصفقة من تحديد تشكيلة اللجنة، وهو ما يقع في العادة، كما أن تدعيم اللجنة بكفاءات من خارج موظفي المصلحة ،يدعم أعمال اللجنة ويسهم في توفير شروط النزاهة في أعمالها³.

وللإمام بما جاء به تنظيم الصفقات العمومية الجديد بأحكام جديدة بشأن العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، سيتم التطرق الى شروط العضوية في اللجنة على غرار شرط توافر الكفاءة⁴ والتأهيل والتبعية للمصلحة المتعاقدة، مما يعني بمفهوم المخالفة خروج الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط من حق العضوية بقوة القانون.

أولا: شروط العضوية في اللجنة

سعيًا من المشرع الجزائري في تفعيل الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية، جاء المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 بشروط تتعلق بالعضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من شأنها أن تزيد من فعالية والأداء الجيد للمهام الموكلة لهذه اللجنة، يتعلق الأمر بعنصري الكفاءة والتأهيل اضافة الى تبعية الموظف للمصلحة المتعاقدة.

1 بسلامة حنا،الرقابة على الصفقات العمومية في القانون،الحائذ،المصحح السادة،ص 155.
2 نص المشرع المصري على تخصيص موظف مناسب في وظيفته ودرجته مع كل أهمية المناقصة، في المادة 15،من القرار رقم 1367 لسنة 1998،المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات،الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998،المنشور في الوقائع المصرية،العدد 201،الصادرة بتاريخ 1998/09/06 بقولها:" يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية ممثل عن الجهة الطالبة وعضو قانوني وعضو فني وعضو مالي ومدير إدارة المشتريات أو من ينييه ويحضر اللجنة مندوب إدارة الحسابات ليتسلم التأمينات ويجوز أن ينص القرار على ضم عضو آخر أو أكثر إلى اللجنة".

3 خرشي النوي،الصفقات العمومية،المصحح السادة،،392.

4 المادة 160،من المرسوم الرئاسي 15-247،المتعلق بتنظيم ص و ت م ع،السالف الذكر.

1- أن يكون أعضاء اللجنة موظفين تابعين للمصلحة المتعاقدة

يشترط في أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن يكونوا موظفين عموميين، حسب ما هم معرفين في التشريعات والأنظمة المعمول بها¹، وهو ما نصت المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: "...وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة"، مما يعني عدم جواز تعيين أشخاص الذين لا تتوفر فيهم صفة الموظف العام كأعضاء في اللجنة.

وفي هذا السياق، ثارت إشكالية تطبيق شرط الموظف بالنسبة للجماعات الإقليمية، فبالرغم من أن المجالس المنتخبة هيئة أساسية من هيئات إدارة وتسيير الجماعات الإقليمية²، لا يمكن لأعضاءها- المجالس المنتخبة- أن يكونوا ضمن أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض³، نظرا لكونهم منتخبين، ولا يحوز أي منهم على صفة الموظف العام أثناء تأدية مهامهم الانتخابية، إضافة إلى ذلك أنهم منتدبين لهذه المهام لمدة محددة قانونا⁴، وليسوا دائمين كما هو حال للموظفين العموميين.

كما يشترط عنصر التبعية في علاقة الموظفين بالمصلحة المتعاقدة، وهو الأمر الذي لم يكن منصوصا عليه في المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى⁵، وخلافا لما استقر عليه الحال في بعض التنظيمات والتشريعات المماثلة في عدة دول⁶، ويعتبر هذا الشرط- في نظر الباحث- فيه مساس كبير باستقلالية اللجنة وفعاليتها وشفافية أعمالها، كون أن هؤلاء الأعضاء موظفون معينون من جهة إدارية لها سلطة التعيين، مما يجعلهم تحت رحمة السلطة الرئاسية لمسؤول المصلحة المتعاقدة، من حيث أنهم عندما يعارضون إرادة مسؤوليهم المخالفة للقانون، يتعرضون لمضيفات إدارية كتلقي استفسارات أو

1 تراجع في الخصوص :

-المادة 04، من الأمر رقم 03/06، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن قانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 16 جويلية 2007.

- المادة 02، الفقرة "ب"، من الأمر رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 تراجع في الخصوص :

- المادة 12، من القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج، ر، ج، ج، العدد 12، المؤرخة في 19 فبراير 2012.

- المادة 15، من القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج، ر، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 03 جويلية 2011، المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13، المؤرخ في 31 غشت 2021، ج، ر، ج، ج، العدد 67، المؤرخة في 31 غشت 2021.

3 رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 158، المؤرخ في 06 مارس 2017، على توضيح قانوني رقم 2278، المؤرخ في 04 ديسمبر 2016: لا يمكن أن يعين أحد النواب المنتخبين في المجلس الشعبي البلدي كعضو في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض".

4 نصت المادة 169، من الأمر رقم 21-01، المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، على أنه: "ينتخب أعضاء المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي لعهدتها مدتها خمس (05) سنوات بطريقة الإقتراع النسبي على القائمة المفتوحة، ويتصويت تفضلي دون مزج، المؤرخ في 10 مارس 2021، ج، ر، ج، ج، العدد 17، المؤرخة في 10 مارس 2021.

5 المواد 121 و 125، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر (الملغى) .

6 تنص المادة 12، من القانون 89 لسنة 1998، المتعلق بالمنافسات والمزايدات، على أنه: "يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البث قرار من السلطة المختصة، وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد، ويجب ان يشترك في عضوية لجان البث ممثل لوزارة المالية، إذا تجاوزت القيمة مائتين وخمسين ألف جنيه، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا تجاوزت القيمة خمسمائة ألف جنيه"، الحريدة الرسمية الجمهورية مصر العربية، رقم 19 مكرر، المؤرخة في 08 مايو 1998، المعدل بالقانون رقم 48، لسنة 2014، الحريدة الرسمية، العدد 23 (تابع)، المؤرخة في 05 يونيو 2014 .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

إنذارات كتابية ، لذلك كان من المفروض أن يكون من بين أعضاء اللجنة ممن لا ينتمون ولا يخضعون للسلطة الرئاسية لمسؤول المصلحة المتعاقدة ،حتى تكون هناك شفافية ومصداقية واستقلالية في عمل اللجنة، كأن يكون هناك مثلا ممثل عن المراقب المالي.

2- أن يكون أعضاء اللجنة مؤهلين

يقصد بذلك استعداد الموظف العام للمهام الموكلة اليه وقدرته على التحكم في النشاط والتقنيات والإجراءات ذات الصلة¹، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة تتمتع بالسلطة التقديرية في اختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، إلا أنها تتقيد بما اشترطه المشرع من ضرورة أن يكون الموظفين مؤهلين، لأن نجاح الإدارة إنما يتوقف بدرجة كبيرة على مدى كفاية الموظفين العموميين ومدى قدرتهم على تحقيق أهدافها ،وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تجنب بموجب هذه الهيكلة الجديدة للجان الداخلية للصفقات العمومية، الإنتقادات السابقة بخصوص غياب عنصر التأهيل في عضوية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهي خطوة جيدة نحو حوكمة الصفقات العمومية واسنادها لأصحابها، وصولاً لإنتقاء الأفضل والأنسب بما يعود بالنفع على المرفق المعني والمنتفعين منه على حد سواء.

وعلى الرغم من عدم تبيان شروط التأهيل ومواصفاته وطبيعته ،إلا المشرع الجزائري أوجب على تلقي الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويننا مؤهلا في هذا المجال، كما يستفيدون من دورات تحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة، بالإتصال مع سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²، فمثل هذه برامج التكوينية تعتبر ضمانا لإختيار موضوعي لأحسن عرض من الناحية الاقتصادية، في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز وهذا إعمالا بمبدأ المنافسة.

3- أن يكون أعضاء اللجنة ذوي الكفاءات

تشكل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، وهو ما أشارت إليه المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،وهذا ما يدل على وجوب شرط الكفاءة للعنصر البشري من أجل العضوية في

1 المادة 05، من م ت رقم 19-165، المؤرخ في 27 مايو 2019، المحدد لبيكيات تقييم الموظف، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 09 يونيو 2019.
2 المادتين 211، 212، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

هذه اللجنة، ذلك أن اختيار العضو الكفاء يعد من أهم مقتضيات سير عمل هذه اللجنة، لأن العضو غير الكفاء قد يكون سببا في اعاقا السير الحسن لإجتماع اللجنة وعاملا محركا لإرتكاب الجرائم¹. وقد كان المرسوم الرئاسي السابق رقم 10-236 الملغى، يشترط الكفاءة فقط لجنة تقييم العروض دون لجنة فتح الأظرفة، لكن التنظيم الجديد للصفقات العمومية بعد دمج اللجنتين في لجنة واحدة، أصبح شرط الكفاءة يشمل جميع أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، كل هذا يظهر رغبة المشرع في معالجة بعض الحالات التي يتم فيها تعيين أعوان غير مؤهلين للقيام بالصلاحيات المرتبطة بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد استبعد بعض الموظفين من عضوية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وهم:

* الموظفون المعنيون كأعضاء أو مقررين في لجان التحكيم ولجان الصفقات العمومية.

نصت المادة 91 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: "تتنافى العضوية في لجنة التحكيم والعضوية و/أو صفة مقرر في لجنة الصفقات مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عندما يتعلق الأمر بنفس الملف"، معنى ذلك أن الموظف الذي يمنع تعيينه ضمن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، يجب ألا يكون عضوا أو مقرا في لجنة الصفقات لمصلحة المتعاقدة، بعبارة أخرى فإن هذه الأخيرة هي لجنة واحدة، فلا يمكن الجمع بين العضوية فيها والعضوية في أي لجنة تشكل لفتح الأظرفة وتقييم العروض، أما العضوية في لجنة التحكيم فلا ينطبق عليها هذا الحكم، إلا إذا تعلق الأمر بنفس الملف "الصفقة ذاتها" وذلك للترابط الموجود بينها.

*الموظفون الذين تتعارض مصالحهم الخاصة مع المصلحة العامة

نصت المادة 90 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه: "عندما تتعارض المصلحة الخاصة لموظف عمومي يشارك في ابرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة، ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسة لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتنحى عن هذه المهمة"²، معنى ذلك أن الموظف الذي يكون عضوا في لجان

1 بن السبي حمو محمد المهدي بن عبد الله، الرقابة الداخلية على ابرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 01، جامعة غرداية، الجزائر، 2017، ص 331.

2 المادة 90، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

مراقبة الصفقات، وتتعارض مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، فإنه يقع عليه التزام قانوني بإبلاغ سلطته السلمية بهذا التعارض، وهذا ما يتفق مع مبدأ حسن النية والسلوك الحسن الذي يجب أن يتحلى به الموظف العمومي في تأدية مهامه¹.

البند الثاني: قواعد تنظيم وسير عمل اللجنة

يعتبر خضوع أي لجنة مكلفة بمهمة معينة، إلى نظام قانوني يحدد صلاحيتها وتنظيمها وسيرها ضرورة حتمية، حتى أنه في بعض الحالات ينص القانون المنشئ لبعض اللجان على ضرورة إعداد نظام داخلي من طرف أعضاء اللجنة وتصويتهم عليه، بحيث ستضمن قواعد سير وعمل اللجنة ونظام مداولتها، غير أن تنظيم الصفقات العمومية الجديد منح للمسؤول المصلحة المتعاقدة صلاحية تحديد القواعد المتعلقة بتنظيم وسير اللجنة ونصابها، بموجب مقرر في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها².

وعليه فإن دراسة القواعد المتعلقة بتنظيم وسير عمل لجنة فتح وتقييم العروض، تتمحور أساساً حول الأحكام المتعلقة بإنعقاد اللجنة ونصابها القانوني (أولاً) وطريقة عملها ونظام مداولتها (ثانياً).

أولاً: انعقاد اللجنة ونصابها القانوني.

إن مسؤول المصلحة المتعاقدة ملزم بنص القانون بإعداد مقرر يتضمن القواعد المتعلقة بكيفية انعقاد اللجنة ونصابها القانوني، بحيث يحدد الطرق والوسائل التي تضمن تسليم الإستهداء لأعضاء اللجنة والنصاب الذي ينعقد به، والذي يفترض على الأقل أن يكون الأغلبية المطلقة أو ثلثي أعضاء اللجنة.

من خلال استقراء المواد 162، 72، 71، 66، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في مجال إجراءات سير عمل اللجنة، لاسيما فيما يتعلق بمواعيد الاجتماع وفتح الأظرفة وتقييم العروض وفي طريقة استدعاء أعضاء اللجنة، لم يغفل المشرع عن مبدأ تدرج القواعد القانونية، بحيث لا يمكن لمسؤول المصلحة المتعاقدة أن يتصرف بعكس ما أقره القانون فيما يتعلق بالنصاب القانوني لاجتماع أعضاء اللجنة وذلك بعدم اشتراط نصاب معين، حيث يصح اجتماعها أثناء جلسة فتح الأظرفة ولو

1 فاطمة عثمان، تجريم عدم التبليغ عن تعارض المصالح تكريس لمكافحة الفساد في الوظائف العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 12، جامعة البليدة 2، الحزائ، 2011، ص 288.

2 المادة 162، فقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص و ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

بعضو واحد، أما في حصة تقييم العروض فيجب أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بشفافية الإجراء¹.

ورغم ما في هذا الإجراء من مرونة وسرعة في معالجة تقديم العروض، إلا أن عدم تحديد نصاب القانوني الأدنى من الأعضاء أثناء جلسة فتح الأظرفة، وعدم النص على إلزامية حضور الأعضاء للجلسة وصحة اجتماعها بعضو واحد، قد يفتح هذا مجالاً للشك في مدى نزاهة وشفافية العملية، وهو ما يتعارض مع مبدأ الجماعية في اختيار المتعامل الذي يقوم عليه تنظيم الصفقات العمومية، لذلك كان من الأجدر أن يحدد النصاب القانوني للجنة في شخصين على الأقل، فإن حدث مانع أو ظرف طارئ لأحد أعضاء لجنة الفتح الأظرفة ولم يحضر سوى عضو واحد فقط، أن تستمر اللجنة في عملها إلى غاية حضور عضو ثاني على الأقل لإجراء عملية فتح الأظرفة.

وفي هذا الإطار ينبغي إعادة صياغة الفقرة 01 و 02، من المادة 162 من المرسوم الرئاسي 15-247 على النحو الآتي: "يحدد المسؤل الأول للمصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها، في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

"غير أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة، تصح بحضور المعارضين مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين، وفي غياب كلي للمعارضين لا تصح عملية فتح العروض إلا بحضور أكثر من عضو، فإن لم يكن ذلك ممكناً، تستمر جلسة فتح العروض سارية دون إجراء عملية فتح العروض حتى استقدام عضو ثاني على الأقل أو من يعين بدلاً عنه، وفي كل حالات يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء".

وينعقد اجتماع اللجنة بناء على استدعاء يوجه لأعضاء اللجنة من طرف مسؤل المصلحة المتعاقدة، يحدد فيه تاريخ وساعة فتح الأظرفة وعناوين المشاريع المراد فتحها، وهذا في جلسة علنية التي تصادف يوم إنتهاء إيداع العروض، فإذا كان يوم فتح الأظرفة يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن الجلسة تمدد إلى غاية يوم عمل موالي، ويجوز للمؤسسات المشاركة في طلب العروض أو من

1 نصت المادة 162، فقرة 02، من نفس المرسوم، على أنه: ". غير أن اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة فتح الأظرفة، تصح مهما كان عدد أعضائها الحاضرين، ويجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء". السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ينوب عنهم حضور عملية فتح الأظرفة، الذين يتم إعلامهم عن تاريخ وساعة الفتح مسبقا في الإعلان، أو عن طريق رسالة موجهة للمترشحين¹.

وكان من الأنسب جعل تاريخ فتح الأظرفة هو يوم العمل الذي يلي أجل ايداع العروض، لكي يتمتع المتعاملون الإقتصاديون بحقهم في مدة ايداع كاملة، ولمنع الإدارة من المبالغة في تحديد تاريخ اجتماع، وهو الأمر الذي كان قائما في ظل المرسوم الرئاسي السابق 91-434 المتضمن قانون الصفقات، لاسيما المادة 108 التي نصت على أنه: "تجتمع لجنة فتح الأظرفة بناء على استدعاء المصلحة المتعاقدة في اليوم العمل الذي يلي آخر أجل ايداع العروض وتجتمع اللجنة في جلسة علنية، بحضور العارضين الذين يكونوا قد سبق اعلامهم في دفتر الشروط"².

وحضور المتنافسين لجلسة فتح الأظرفة يمكنهم من معرفة عدد العطاءات التي تقدمت وبياناتها ومعرفة أسعارها، ومراقبة ومتابعة عمل اللجنة من خلال معرفة القرار الذي قد تتخذه بشأن استبعاد المظاريف الغير مستوفية للشروط المنصوص عليها في دفتر الأعباء، والمشرع إن جاز حضور جلسة فتح الأظرفة، فإن الجواز لا يترتب عليه البطلان، فإذا لم يحضر المتعهد أو ممثله القانوني، فلا يترتب على ذلك شيء باعتبار أنه حق لمقدم العطاء قد تنازل عنه³.

ثانيا :طريقة عمل اللجنة ونظام مداولاتها

يفرض اجتماع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تسجيل أشغالها في سجلين خاصين يرقمها الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالأحرف الأولى⁴، حيث أن السجل الأول خاص بحصة فتح الأظرفة أما السجل الثاني فيختص بحصة تقييم العروض، وعليه فإن مهمة فتح الأظرفة تتبع بعملية تحرير محضر في السجل المخصص لذلك من طرف كاتب الجلسة يوقعه الأعضاء الحاضرون، وتكرر العملية بالنسبة لعملية تقييم العروض فبعد التداول يحضر كاتب الجلسة محضرا تدون فيه قرارات اللجنة وكذا الآراء والتحفظات التي قد يبديها الأعضاء.

1 راجع المادة 70، من مرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المرسوم الرئاسي رقم 91-434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر، (الملغى).

3 حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، يشتمل على التعليق على قانون المناقصات والمزايدات رقم 89/1998، ولائحته التنفيذية مدعما بأحكام محكمة النقض وأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى سنة 2002، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 139.

4 نصت المادة 162، فقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، على أنه: "تسجل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أشغالها بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالأحرف الأولى"، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ولعملية تسجيل محاضر لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض أهمية بالغة، حيث أنها تسهل عملية الرقابة من الأجهزة المخول لها قانونا مراقبة صفقات المصلحة المتعاقدة، سواء كانت أجهزة تابعة للجهاز القضائي أو أجهزة تابعة للجهاز الإداري مثل رقابة المفتشية القطاعية أو رقابة المفتشية العامة للمالية أو حتى مجلس المحاسبة.

وهنا نشير إلى أن المشرع لم يضع آلية قانونية التي بموجبها يتم ترجيح قرارات اللجنة، في حال تساوي الأصوات بين مؤيد ومعارض، على غرار ما نظمته المشرع المصري الذي أحال مسألة اختلاف أعضاء اللجنة حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصلح العطاءات لإرساء العرض على مقدمه أو عدم إجراء المفاوضات أو غير ذلك، فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبحث فيه نهائياً¹.

وتختلف طبيعة مهام اللجنة في حصة الفتح عنه في حصة التقييم، حيث أن الأولى تأخذ إجراءات إدارية شكلية تتعلق بالفتح أساساً، ولا تتخذ فيها معايير تقنية تفضي إلى تحديد الجهة الحائزة للصفقة، على عكس حصة تقييم العروض التي تكتسي طابعاً تقنياً بحثاً يؤثر في نهاية العملية في تحديد معالم الجهة الحائزة للصفقة بشكل أكثر وضوحاً منه في حصة الفتح².

الفرع الثاني : اختصاصات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض وطبيعتها القانونية

تميز قانون الصفقات العمومية الجديد بالتنظيم الدقيق للعلاقة بين لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض مع مسؤول المصلحة المتعاقدة، حيث بينت أن هذه اللجنة ليست مكلفة على الإطلاق بمنح الصفقات العمومية، بل تمارس عملاً إدارياً وتقنياً تقدمه للمصلحة المتعاقدة، التي تبقى لها الصلاحية الكاملة في منح الصفقة أو الإعلان عن عدم الجدوى، أو إلغاء الصفقة العمومية أو إلغاء المنح المؤقت وتصدر في هذا الشأن رأياً مبرراً³.

البند الأول : اختصاصات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض

تعتبر عملية فتح وتقييم العروض حجر الزاوية في تكريس حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ومن أهم الإجراءات التي تمر بها الصفقة العمومية، كونها تأتي بين إجرائي تقديم العروض وإرساء الصفقة، هذا ما جعل التنظيم الجيد لها يعطي نتائج مهمة للعملية التعاقدية والتي منها الحصول

1 المادة 30، المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، السالف الذكر.

2 المادة 162، من مرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 161، نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

على أحسن عرض للتعاقد¹، ولأنها عملية مهمة ومعقدة أفرد لها المشرع الجزائري كمّا معتبرا من النصوص القانونية، من أجل ضبط اختصاصات اللجنة سواء في حصة فتح الأطراف أو حصة تقييم العروض .

وعليه تنقسم صلاحيات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض حسب الحالة، إلى مهام تتعلق بفتح الأطراف (أولا) ومهام أخرى تتعلق بتقييم العروض (ثانيا).

أولا : صلاحيات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في حصة الفتح

تباشر لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض مهامها المنصوص عليها قانونا ،بعد انقضاء آجال إيداع المتعاملون الإقتصاديون لعروضهم في اليوم المحدد في الإعلان عن المنافسة وفي دفتر الشروط²، وتستلم اللجنة ممثلة في رئيسها ملفات العارضين من المصلحة المكلفة بإستلامها والتي عادة ما يكون مكتب الصفقات العمومية، بعدما أن تكون المصلحة المتعاقدة قد اتخذت إجراءات التي تحمي بها أطرافه المتنافسين ووضعها في مكان آمن، إلى غاية تسليمها إلى لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض، وقد نظم المشرع الجزائري مهام اللجنة في حصة فتح الأطراف، بموجب المادة 71 من المرسوم 15-247 كما يلي :

-تثبت صحة تسجيل العروض،

-تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول عروضهم مع توضيح محتوى المبالغ والتخفيضات المحتملة،

-تعد قائمة الوثائق التي يتكون كل عرض،

-يوقع أعضاء اللجنة بالحروف الأولى على وثائق الأطراف المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال،

-تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي وقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، على أن تدون فيه التحفظات المقدمة من طرف الأعضاء إن وجدت،

-تدعو المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق الناقصة المطلوبة، وذلك خلال عشرة (10) أيام ابتداء

1 بولكوار عبد الغاني، القواعد المنظمة التي تنظم فتح وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2018، ص 396.
2 المادة 70، الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

من تاريخ فتح الأظرفة، وتستثنى من طلب الإستكمال المذكرة التقنية التبريرية¹، وكل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض²،

-تقتصر على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في المحضر إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم.

-إرجاع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة، التي غالبا ما تأتي متأخرة بعد انقضاء أعمال اللجنة في حصة فتح الأظرفة أو الشروع فيها في ذلك .

وعن كيفية فتح الأظرفة، فإنه أثناء الجلسة يقوم رئيس اللجنة أو أحد أعضائها بفتح العطاءات واحد بعد الآخر بعد التحقق من تاريخ وصولها، ثم يقرأ اسم مقدم العطاء وقيمه الإجمالية بحيث يسمعون الحاضرون من مقدمي العطاءات أو من ينوب عنه، هذا بالنسبة لطلب العروض، أما بالنسبة لإجراءات المحدودة فإن ملفات الترشيحات تفتح بصفة منفصلة.

وفي حالة إجراء طلب العروض المحدود، فإنه يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية أو العروض التقنية النهائية والعروض المالية على مرحلتين، على عكس طريقة المسابقة، أين يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث (03) مراحل.

ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية وإنما سرية وهذا مراعاة من المشرع لخصوصية الخدمة المراد تنفيذها، كما لا يتم فتح العروض المالية للمسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة تقييم التحكيم، وفي خلال هذه الفترة يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها الأظرفة المالية إلى غاية فتحها³.

من خلال كل ما سبق نجد أن المشرع الجزائري فتح المجال للمنافسة الحرة أمام كل المتعهدين، من خلال :

-توثيق عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما⁴، أي ضرورة التوثيق والتسجيل في سجلات، التي تعتبر أدوات حفظ وإثبات، تستعمل عند الضرورة من طرف الإدارة أو القضاء الإداري والجزائي.

1 انظر رد قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية رقم 90، المؤرخة في جويلية 2016، على استشارة قانونية رقم 115، المؤرخة في 18 يوليو 2016، الصادرة عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبديعة بوزريعة، الجزائر، إذ جاء فيه: طبقا للمادتين 67 و 71، من المرسوم رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تعتبر المذكرة التقنية التبريرية من مكونات العرض التقني، ولا يمكن أن تكون محل طلب استكمال.... وعليه تقضى العروض التي لا تحتوي على المذكرة التقنية التبريرية!

2 انظر رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 158، المؤرخ في 06 مارس 2017، على طلب توضيح قانوني رقم 2278، المؤرخ في 04 ديسمبر 2016.

3 المادة 70، الفقرات 02، 03، 04 و 05، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 المادة 162، الفقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-فتح الأظرفة في جلسة علنية وتمكين المتعهدين من حضور عملية فتح الأظرفة في اليوم المحدد له في دفتر الشروط.

-دعوة المترشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية....تفعيلا لمبدأ المساواة بين المترشحين بحيث يكون لهم وقت إضافي لاستكمال عروضهم بالوثائق اللازمة عوض رفضها بصفة نهائية مما قد يؤدي إلى حرمانهم من فرصة الفوز بالصفقة خاصة إذا كان العرض المالي لأحد هؤلاء هو الأفضل.

وهذا دليل على إصرار المشرع الجزائري على سد منافذ التحايل أو التلاعب أمام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، عن طريق تأكيده على دورها الوظيفي الدقيق لسر ومشماتل العروض وساعة وتاريخ وصولها وسعيه لتوسيع المنافسة ضمانا لجودة العروض بتبنيه صراحة لفكرة استكمال العروض التقنية الناقصة وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في قضية 'l' entreprise de l'est société' بتاريخ 24 ديسمبر 1962¹، بأن طلب المصلحة المتعاقدة لمعلومات إضافية أثناء فترة دراسة العروض لا يجب أن يؤدي إلى تعديل العروض وإلا عد ذلك خرقا لمبدأ المنافسة.

ثانيا: صلاحيات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة التقييم.

بداية يطرح عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة تقييم، إشكالية تحديد الميعاد القانوني لإنعقادها بالتنسيق مع نهاية عملها في حصة فتح الأظرفة، والذي لم يحدده القانون، على العكس مما كان منصوصا عليه في قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 الذي حدد المدة بـ 10 أيام²، وعليه كان من الأفضل الاحتفاظ بهذا النص للحيلولة دون استخدام الفترة التي تمتد بين نهاية فتح الأظرفة وبداية تقييم العروض، لقيام المصالح المتعاقدة ببعض الأعمال والمناورات، التي من شأنها تفضيل متعامل متعاقد على آخر وهو ما يشكل خرقا لمبدأ المساواة وحرية المنافسة.

تعتبر عملية تقييم العروض مهمة جد صعبة ومعقدة بالنسبة للجنة، سواء من حيث صحة طلبات العروض ومطابقتها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية ودفتر الشروط المعتمد من طرف المصلحة المتعاقدة، أو من حيث صعوبة التقدير والإختيار في ظل تعدد معايير الإنتقاء في بعض

1 موساوي فاطيمة، هيئات الرقابة الداخلية والخارجية كضمان لحماية مبدأ حماية المنافسة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمي لخضر، الوادي، الجزائر، 2018، ص 810.
2 نصت المادة 37، من الأمر رقم 90/67، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "إذا لم يمكن القيام بالفحص الدقيق للعروض في الحال يجب القيام به خلال مدة يحددها دفتر الشروط على أن لا تتجاوز عشرة أيام"، المعدل والمتم، السالف الذكر، (الملغى).

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الصفقات العمومية، وبعد كل هذه الإجراءات الطويلة والمهام العسيرة التي تقوم بها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يبقى اختيار المتعامل المتعاقد من صلاحيات مسؤول المصلحة المتعاقدة¹، وقد نظم المشرع الجزائري مهام اللجنة في حصة تقييم العروض، بموجب المادة 71 من المرسوم 15-247 حيث تقوم بالمهام كما يلي :

1- معالجة وتقييم عروض المتعهدين:

تتولى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة التقييم، بتحليل العروض والأسعار الإختيارية، من أجل ابراز الإقتراحات أو الاختيارات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة، حيث تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لمحتوى لدفتر الشروط و/أو لموضوع الصفقة، وتعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط. في هذا الشأن تقوم في مرحلة الأولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء البقية التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة للتأهل المنصوص عليها في دفتر الشروط، وفي المرحلة الثانية تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم²، هذه الأخيرة-التخفيضات- تكون في بعض الأحيان طريقة من طرق التحايل في أثمان الصفقات العمومية، كأن يرتكب صاحب العرض أخطاء في حساب المبلغ عن قصد، بكيفية تتأكد من خلالها لجنة التقييم من وجود أخطاء، غير أن احتمال وجوده ضمن معاملات حسابه "السعر الوحدوي أو الكميات" متساوية الإحتمال.

وبعد إطلاع المتحايل على عروض منافسيه يعمد الى بيان أن خطأ وقع في رفع السعر إذا كان عرضه أعلى من بقية العروض، كما يدعي أن الخطأ وقع في تخفيض السعر إذا تبين له أن عرضه أقل من بقية العروض بشكل بين³، لذلك يستحسن إعادة صياغة المادة 72، بحيث يقع على لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض-حصة تقييم- التأكد من صحة العمليات الحسابية لعروض المتنافسين المقبولين، وتقوم عند الإقتضاء بتصحيح الأخطاء الحسابية المكتشفة وفي حالة اشتغال العروض على أخطاء جسيمة تزيد أو تنقص بأكثر من 3% من المبلغ المصحح من قبل اللجنة، ويمكن

1 المادة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 72، المطة 01، 02 من نفس المرسوم .

3 خرشي النوي، الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص ص، 232-233.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

لهذه الأخيرة أن تقضي العرض المشتمل على هذا الخطأ، ومع ذلك سمح المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية الخروج عن ذلك الإختيار برفض العرض المقبول، وهذا في حالتين :

- الحالة الأولى تتعلق برفض العرض الذي يترتب عنه هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق، في هذه الحالة يمكن للجنة تقييم العروض أن ترفض العرض الذي يترتب عنه هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق وهو ما نصت عليه المادة 72، المطة 04، بقولها: " تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط."

- الحالة الثانية : امكانية رفض لجنة تقييم العروض العرض المقبول إذا ثبت أنه منخفض بشكل غير عادي:

اعترف قانون الصفقات العمومية بإمكانية أن ترفض لجنة تقييم العروض العطاء المقبول إذا كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار، وتطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابيا التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض، إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الإقتصادية، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر ومعلل، وهذا ما نصت عليه المادة 72 يقولها: ' وإذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا ، يبدو منخفضا بشكل غير عادي ، فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة، والتحقق من التبريرات المقدمة"¹.

وإذا كان يصح أن يرفض العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، في كون عرضه المالي الإجمالي منخفضا بشكل غير عادي ويطلب منه تبريره ، فإنه بالمقابل لا يمكن قياس هذه الحالة على الحالة الأخرى المتمثلة في انخفاض سعر أحد مركبات المبلغ الإجمالي " سعر واحد من عرضه المالي، ذلك أن العبرة بالسعر الإجمالي، أما الأسعار الجزئية التي تتركب المبلغ فكل عارض

1 المادة 72، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع ، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

استراتيجيته، ومن مبادئ حرية المنافسة أم ينظر للمبلغ الكلي، ولا ينظر في هذه المسألة لبعض مركبات العرض الكلي فقط¹.

فقد يستطيع المتنافس المختار مؤقتا أن يبرر انخفاض سعر بعض مكونات عرضه، غير أن التواطؤ مع المصلحة المتعاقدة يمنحه لاحقا فرصة الغاء المواد التي اقترحها بأسعار منخفضة، فيكون اقتراحه لها مجرد وسيلة للفوز بالصفقة، لذلك يستحسن إضافة فقرة تمنع العارض وكذا المصلحة المتعاقدة من الغاء تسليم مواد ظهر بادئ بدء أن أسعارها منخفضة بشكل ملفت للإنتباه، إلا بشرط تبرير الغائها أمام اللجنة المختصة برقابة الصفقات.

وإذا أقرت اللجنة أن العرض المالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، فإنها تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض بموجب مقرر معلل، وترد عند الإقتضاء عن طريق المصلحة المتعاقدة الأطراف المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها²، هذا فيما يتعلق بطلب العروض.

أما بالنسبة لطلب العروض المحدود، فيتم تقييم العطاءات على أساس انتقاء أحسن العطاء من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى ترجيح عدة معايير³، من بين المتعهدين الذين تم دعوتهم من طرف المتعاقدة بعد انتقاء أولي لخمسة (05) كحد أقصى، وتنفذ المصلحة المتعاقدة الإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة⁴.

وعن تقييم العروض بالنسبة لإجراء المسابقة، فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقترح على للمصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين المعتمدين، وتدرس عروضهم المالية فيما بعد لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إستنادا إلى ترجيح عدة معايير⁵، والمنصوص عليها في دفتر الشروط.

2- إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

حدد المشرع الجزائري في تنظيم ص ع و ت م ع أسس لإرساء الصفقة العمومية، حيث ميز بين الصفقات المتعلقة بالخدمات العادية والخدمات ذات التقنية معقدة، حيث تم اعتماد العرض الأقل

1 خرشي النوي، الصفقات العمومية.....، المرجع السابق، ص 234.

2 المادة 72، المطة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 72، المطة 06، الفقرة 02، من نفس المرسوم.

4 المادة 45، الفقرة 02 و 03، من نفس المرسوم.

5 المادة 72، المطة 06، الفقرة 03، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

بالنسبة للخدمات العادية، بينما يعتمد العرض الأفضل الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الإختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات¹.

أ- الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين

من أجل المحافظة على الخزينة العمومية والتقليل من النفقات العامة نص المشرع على اعتماد العرض الأقل في الصفقات المتعلقة بالخدمات العادية؛ أي في الصفقات، التي لا تحتاج في تنفيذها إلى تقنيات معقدة إنما يمكن لأي متعامل متخصص في مجال الصفقة أن ينفذها بسهولة، وهو معيار يطلق عليه فقها آلية الإرساء، وهو مبدأ هام لا يجوز الخروج عليه إلا لأسباب قوية تتعلق بالمصلحة العامة، لأن الغاية الأساسية لطلب العروض هو التوفير عن الخزينة العامة.

ويكون لأي متعامل متخصص في مجال الصفقة أن ينفذ المشروع بسهولة وهو معيار يطلق عليه فقها آلية الإرساء، ويكون الملف التقني للصفقة بسيطا مع وضع علامة دنيا منخفضة كأن تكون 20 نقطة مثلا، فكل متعهد لم يتحصل على نقطة أكبر أو تساوي 20 يتم اقصاءه، ليتم بعدها مباشرة انتقاء العرض المالي الأقل للمتعهدين الذين اجتازوا مرحلة التحليل التقني للعروض، فالمبلغ المقترح من طرف المتعهد هو الذي يحدد الفارق بين العروض المقدمة من طرف أصحابها أو ممثليهم القانونيين.

فنفترض مثلا أن بعد التأهيل التقني تحصل كل من عمر على 23 نقطة بمبلغ مقترح قدره 15.000.000 دج ويزيد على 22 نقطة بمبلغ مقترح قدره 14.000.000 دج، وأحمد على 21 نقطة بمبلغ مقترح قدره 13.000.000 دج، ففي هذه الحالة فإن المرتبة الأولى تعود لأحمد بإعتباره الأقل عرضا مقارنة بالمبلغين الآخرين.

وكان مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل هو المبدأ الذي تقوم عليه المناقصة في فرنسا حتى منتصف القرن العشرين، وذلك لأن هذا المبدأ يتفق مع مقتضيات وفلسفة الاقتصاد الحر الذي كان سائدا في بدايات هذا القرن، وذلك لاعتبارات وفوائد مشتركة لكل من الإدارة والراغبين في التعاقد معها وأهم هذه الفوائد هي²:

1 المادة 72، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص و ت م ع ،السالف الذكر.
2 حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 157.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-يضمن تطبيق مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة من خلال سهولة الإحالة وبساطتها، لأن المناقصة تحال على أقل العروض مباشرة.

-يتصف معيار العرض الأقل بالموضوعية، بحيث يقتصر دور الموظفين المكلفين بإبرام الصفقة على التأكد من صحة الإجراءات، ومن ثم يبتعدون عن أي شبهة للانحراف أو التواطؤ لتسهيل الاستيلاء على المال العام.

-تحقق آلية الإرساء مصلحة الإدارة كونها توفر أكبر عدد من العروض مما يرتب إسناد الصفقة إلى أفضل عرض، إلى جانب إطلاق حرية المنافسة بين المتقدمين وهو الأمر الذي يجعل فرصة المصلحة المتعاقدة أكبر في الحصول فعلا على السعر الأقل بالشروط التي تريدها يؤدي تطبيق معيار العرض الأقل إلى توفير أموال الخزينة العامة¹.

كما أن هذا المعيار يسهل على لجان الصفقات العمومية مهمة الرقابة على مدى مشروعية إبرام الصفقة، على أساس أنه إذا نص دفتر الشروط على اعتماد آلية الإرساء فإن الصفقة تعتبر غير مشروعة إذا أرسيت من طرف لجنة تقييم العروض على المتعامل الذي لم يقدم العرض الأقل.

ومع ذلك فإن اعتماد معيار آلية الإرساء له من السلبيات التي تهدد حماية المال العام، وهذا ما أثبتته التطبيقات العملية لهذا المعيار-الأقل ثمنا-، إذ كثيرا ما يؤدي مع الأسف الى التضحية بالكيف في سبيل الكم، بالتركيز الإهتمام على المسائل المالية دون اعتبار كاف لمسألة الجودة والموصفات الواردة فعلا بقائمة شروط العقد².

-يثير تطبيق آلية الإرساء إشكالية طرح بعض المتعاملين عروضا منخفضة بالنظر إلى طبيعة الأشغال المطلوب إنجازها في دفتر الشروط، وهو ما يتنافى مع مبدأ المنافسة الشريفة، لذلك حسنا فعل المشرع عندما أعطى للمصلحة المتعاقدة حق رفض العرض بمقرر معلل، بعد أن تطلب كتابيا من المتعامل المتعاقد المعني التوضيحات التي تراها مفيدة، وتدقق في المبررات المقدمة، إذا تبين لها أن العرض الأقل ثمنا المقبول مؤقتا منخفض إلى درجة تبدو غير عادية.

-الإسناد بمقتضى السعر الأقل يؤدي إلى الإهتمام بمصلحة الإدارة المالية ولكنه في المقابل يهدر مصلحتها الفنية، وهو أمر قد يعود بأعظم الضرر على مصلحة المرفق في مجموعه، فالعطاء

1 محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 138.

2 زكريا المصري، العقود الإدارية "ما بين الإلتزام القانوني والواقع العملي" دراسة مقارنة محلية ودولية"، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصور، مصر، 2014، ص 38.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ذو السعر الأرخص ليس هو الأجود في كل حال، وذلك في الحقيقة يؤدي إلى نتيجة قد يترتب عليها أضرار وهو تعاقد مع متعاقدين ليسوا على المستوى الفني المطلوب، مما يؤدي إلى تنفيذ العمل بصورة سيئة أو عدم تنفيذه أصلا مما يترتب عليه أضرار مالية كثيرة على المدى البعيد¹.

ب- الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية.

يتعلق هذا المعيار بالخدمات العادية، ويكون تقييم اللجنة للعروض المقدمة أمامها استنادا الى عدة معايير من بينها السعر، ويكون العرض التقني هو الآخر ذو أهمية كبيرة في تأهيل المترشحين، من خلال العلامة الإقصائية المحددة في دفتر الشروط كأن تحدد العلامة بـ 45 نقطة، فكل مرشح يجب أن يكون ملفه ثريا، كما تملك درجة التأهيل والتصنيف، المراجع المهنية، والمعدات والتجهيزات والآلات، وكل ما من شأنه جعل العرض مؤهلا تقنيا ويسمح للمتعهد بتنفيذ الصفقة².

ب- إرساء الصفقة على العرض الأفضل اقتصاديا.

اعتمد المشرع معيار أفضل عرض اقتصادي، إذا تعلق الأمر بخدمات معقدة تقنيا؛ أي أن لجنة تقييم العروض ملزمة بإرساء الصفقة على المتعامل الذي يقدم أفضل عرض من الناحية الاقتصادية إذا كانت الخدمات المراد إنجازها أو المنقولات المراد توريدها معقدة تقنيا، ولتحديد العرض الأفضل تعتمد الإدارة على جوانب متعددة كنوعية التأطير الذي يقدمه العرض أو قائمة العتاد المعتمد في إنجاز الأشغال أو نوعية وجودة عينات المنقولات المراد تنفيذها.

وفي هذا السياق حدد المشرع بعض المعايير التي يمكن الاستناد عليها لاختيار أفضل عرض، شرط أن يتم الإعلان عنها في دفتر الشروط إجباريا، كما سمح هذا النص للمصالح المتعاقدة إضافة معايير أخرى كلما رأت ضرورة لذلك، وتتمثل هذه المعايير حسب ما نصت عليه المادة 78 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام فيما يلي :

-النوعية،

-آجال التنفيذ أو التسليم،

-السعر والكفالة الإجمالية للإقتناء والإستعمال،

-الطابع الإجمالي والوظيفي،

1 حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 159.
2 المادة 72، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-النجاعة المتعلقة بالجانب الإجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،

-القيمة التقنية، الخدمة ما بعد البيع والمساعدة التقنية،

شروط التمويل، عند الإقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية.

وبالنسبة لصفقات العمومية الخاصة بالدراسات، فإن الإختبار يستند أساسا إلى الطابع التقني

للإقتراحات¹.

على الرغم من أهمية هذه المعايير المعتمدة في القانون الجزائري، يعاب عليها أنها معايير فضفاضة ومتغيرة من صفقة لأخرى، ويسهل التلاعب بها من طرف المصالح المتعاقدة؛ على حسب المتعامل المتعاقد الذي يرغب في أن ترسى عليه الصفقة، كما أن كثرة المعايير وتغيرها من صفقة لأخرى يصعب دون شك من مهمة هيئات الرقابة لاسيما لجان الصفقات العمومية المختلفة التي تجد نفسها أمام صفقات متعددة.

وفي الأخير يتوج عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بمحضر تضمنه اقتراحها بشأن المنح المؤقت للصفقة يوقع من طرف أعضائها، ويتم تقديم ذلك المحضر للمصلحة المتعاقدة التي تبقى محتفظة في الأخير بصلاحيه البت النهائي في مقترح اللجنة².

البند الثاني: الطبيعة القانونية لنتائج أعمال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

لقد أوكل المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مهامها للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، في ممارسة الرقابة الإدارية الداخلية لأجل حماية مبدأ المنافسة، كأحد أهم المبادئ التي تقوم وترتكز عليها الصفقات العمومية في الجزائر، خاصة وأن هذه اللجنة هي التي تقوم بانتقاء أحسن عرض مالي من حيث المزايا الاقتصادية وفقا لمقتضيات دفاتر الشروط، وفي هذا الإطار تنص المادة 161 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: "تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا."

1 المادة 78، الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر
2 المادة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص ع و ت م ع، السالف الذكر..

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وبذلك فإن اللجنة ليست مكلفة على الإطلاق بمنح الصفقة العمومية، بل تقوم بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة، التي لها صلاحية منح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وبالرجوع للمواد 71، 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، يظهر جليا أن طبيعة المهام الموكلة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تكون طابع استشاري في حالات معينة وطابع تقريبي في حالات أخرى.

أولا : الطابع الاستشاري للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض .

1- حصة فتح الأظرفة

يظهر هذا الطابع الاستشاري في مرحلة فتح الأظرفة كعمل تمهيدي، شكلي يتمثل في التحضير المادي لملفات وعروض المتعاملين المتعهدين المتقدمين للمنافسة بشأن موضوع الصفقة، يقدم لعمل لاحق غاية في الأهمية والدقة وهو العمل التقني للجنة في مرحلة تقييم العروض، فهي أعمال مادية أولية عن منح الصفقة، لذلك استعمل المشرع مصطلح "تقترح" في تحديد المهام في حصة فتح الأظرفة¹.

وعلى ضوء ما تقدم يتضح لنا دور لجنة فتح المظاريف هو في جوهره دور إعدادي وهذا ما يجعل اختصاصها مقيد بصفة عامة، لا تعدو أن تكون قرارات تمهيدية تنقذ إلى صفة النهائية الواجب توافرها في القرار الإداري محل دعوى الإلغاء، ومن ثم لا يجوز الطعن على مثل تلك القرارات بدعوى الإلغاء².

2- حصة تقييم العروض

فضلا عن المهام المتعلقة بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فللجنة اختصاصات استشارية محضة تهدف إلى تنوير وارشاد المصلحة المتعاقدة نتيجة الدراسة والتحليل الدقيق للعروض المقدمة لها، لدرجة امكانية تقديم اقتراح رفض العرض المقبول إذا ثبت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل على السوق أو اختلال المنافسة، أو كان أسعار العرض منخفضة بشكل غير عادي³.

1 تنص المادة 71، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلقة بتطبيق قانون 15-247، على أنه: "تقتضى على المصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء في المحضر إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم"، السالف الذكر.
2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) في ضوء أحدث أحكام مجلس الدستوري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 341.
3 المادة 72، المطبة 04 و 05، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلقة بتنظيم ص و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ويستشف ذلك بإستعمال المشرع لعبارة " **تقترح على المصلحة المتعاقدة**"، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة لها السلطة التقديرية في قبول إقتراح أو رفضه، وهو ما يجعل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة التقييم، لجنة استشارية لا تملك سلطة اتخاذ القرار، كون أن المشرع الجزائري لم يبين الشكل الذي تقدم اللجنة مقترحاتها أو نتائج أعمالها، هل ينتج عن عملها قرار بمنح الصفقة أو يكفي بمجرد محضر؟، وإن كانت أعمالها غير ملزمة فما العبرة من وجودها¹، ومع ذلك اعتبر مجلس الدولة الجزائري في قراره رقم 14637 المؤرخ في 15 جوان 2014، بأن منح صفقة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض يعد خرقا للقانون مستوجبا للتعويض².

ثانيا: الطابع التقريبي للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

1- حصة فتح الأظرفة

على الرغم من الدور الإعدادي للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة الفتح، إلا أن ذلك لا يمنع أنها تتمتع باختصاص نهائي في حالات معينة، حيث تملك حق استبعاد العطاء الذي لا يكون مستوفيا للشروط أو المقدم بعد الميعاد³، كما لها إصدار قرار بعدم قبول عطاء إذا كان مقدمه محروما من التقدم للمناقصات العامة.

وتخضع اللجنة في ممارسة هذا الإختصاص لرقابة القضاء الإداري، على اعتبار أن استبعاد مقدم العطاء أو حرمانه من الاشتراك في المناقصة، يتم بقرار إداري منفصل عن العقد الإداري مما يعطي لمن صدر بشأنه الحق في الطعن عليه بالإلغاء⁴، وسار على هذا الإتجاه القضاء الإداري في المغرب، حيث قبلت بشكل ضمني محكمة الإدارية بأغادير في حكم لها بتاريخ 06 ماي 1999⁵ الطعن في قرار لجنة فتح الأظرفة واعتبرته قرار إداريا.

1 ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 128.
2 اعتبر مجلس الدولة أن منح الصفقة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض خرقا للقانون يستوجب معه التعويض وكان هذا بمناسبة فصله في استئناف رفع أمامه في قضية بين بلدية العلة التي أعلنت عن مناقصة مفتوحة قصد انجاز دراسة معمارية لمجمع مدرسي ومسكن وظيفي على اثرها أعلنت لجنة فتح الأظرفة عن وجود 12 عرض واجتمعت لجنة تقييم العروض وقامت برفض 10 عروض من عدد العروض المذكور ثم تفاجأ أصحاب العروض المقبولة من اعلان تدعو فيه المصلحة المتعاقدة مقاولا ثم رفض عرضه من لجنة تقييم وهو الأمر الذي دفع أصحاب العروض المقبولة إلى القضاء "على إثرها صدر قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 014637، مؤرخ في 15 جوان 2004، قضية بين بلدية العلة ضد (ه.ع)، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، الجزائر، 2004، ص 132.
3 ينظر إلى المادة 75، من مرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم ص و ت م ع، السالف الذكر.
4 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) في ضوء أحدث أحكام مجلس الدستوري ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص 125.
5 حكم لمحكمة الإدارة بأغادير، بتاريخ 06 ماي 1999، جاء فيه: "حيث أن الطاعنة قدمت طلبا بدمس الغاء قرار لجنة فتح الأظرفة، الذي قام بأقسائها من صفقة العروض، لانحاز 17 مطقة ناقله السمارة، إذ اعتبرت الحكمة أن القرارات الممهدة لعقد الصفقات العمومية، بقرارات منفصلة عن العملية التعاقدية وقابلة للطعن، بالالغاء معللة ذلك بوجود قانون يحدد شروط وكفئات ابرام الصفقات العمومية يتنافر، والقول بصلاحيات تقديرية مطلقة للإدارة فما يخص ابرام الصفقات، حيث أن وضع اطار قانوني لادرام الصفقات بمراسم قاطع على أن الإدارة مدعوة لتبدي قراراتها في تحقبة الرقابة الادارية والقضائية على كيفية تدبير المال العام، وأن التنصيص على تحرير محضر فتح الأظرفة يشكل أهم ضمانة للمقاول والمورد تجعله يطمئن على أن الإجراءات المتخذة

2- حصة تقييم العروض

إن أهم عمل تقوم به اللجنة في حصة تقييم العروض هو إقصاء العروض الغير المطابقة لشروط المنافسة، وهذا ما نصت عليه المادة 72 فقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى لدفتن الشروط و/أو لموضوع الصفقة"، تقوم ببعض الأعمال الإدارية التي تجتمع فيها كل مقومات القرار الإداري من ذلك.

فمصطلح "الإقصاء" يوحي بإستبعاد العرض من المنافسة، وبالتالي إحداث أثر في المركز القانوني للمتنافس، فبعدما كان متعهدا مشاركا في المنافسة أصبح مقصى منها بقرار من اللجنة، ولاشك أن هذا الإجراء تجتمع فيه كل مقومات القرار الإداري، ومن تم فهو يخضع لرقابة قضاء الإلغاء إذا ما افتقد لركن السبب، أو إذا كانت مبررات عدم قبول غير كافية لإصدار القرار.

وهكذا فالمقولة التي أقصيت من المنافسة بدون سبب مشروع، يمكن لها الطعن في قرار إقصائها لأحد أسباب عدم المشروعية في إطار دعوى الإلغاء، وهو ما كرسته المحكمة الإدارية بالرباط وهي تلغي فرار إقصاء الطاعنة عن المناقصة بما يلي: "حيث أنه من المنفق عليه فقها وقضاء أن أي قرار إداري يجب أن يكون على سبب يبرره، وهذا السبب هو الحالة القانونية والواقعية التي تبرر صدوره، لكن حيث أن المدعى عليها لم تثبت قيام السبب المتدرع به من حيث الواقع مما يكون قرارها قد بني على وقائع غير صحيحة وبالتالي متسما بتجاوز السلطة لعيب ويتعين التصريح بإلغائه"¹.

وباعتبار أن هذه القرارات، قرارات مستقلة عن العقد وتدخل في الإجراءات الإدارية السابقة على إبرامه، ولا تعتبر من شروط العقد فهي قرارات قابلة للانفصال يجوز رفع دعوى إلغاء بشأنها من كل ذي مصلحة من الغير، ويمكن للمتعهد أن يطعن بالإلغاء ضدها، ولكن يجب أن يكون طعنه مبنيا على أساس أن القرار المنفصل قد خالف القانون، كما يجب أن يكون أسباب موضوعية وليس على أساس حقوق شخصية ناتجة عن العقد نفسه، إذ لو كانت كذلك تكون المنازعات في هذا المجال المتعمقة بهذه الحقوق أمام قاضي العقد.

¹قصد إبرام الصفقة قد تمت في إطار قانوني وواقعي شفاف، حيث أن ما تمسكت به الإدارة في نازلة الحال من حربتها المطلقة في اختبار المتعهد الذو بحظر بقولها بتناقض مع وضع المشرع لمقتضيات المرسوم المنظم للصفقات العمومية والذي يتضمن إجراءات شكلية وجوهرية لا يمكن إبرام الصفقات بدون احترامها، حيث أن القرار المطعون فيه يكون والحالة ما ذكر متسما بتجاوز استعمال السلطة الأمر الذي يقتضي إلغاءه مع ما ترتب عن ذلك قانونا، أشار إليه: مجيدي علي، السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء، دراسة تحليلية ومقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية: 1998-1999، ص 212.

1 حكم المحكمة الإدارية، بالرباط، المغرب، رقم 1059، بتاريخ 25 أكتوبر 2004، الملف رقم 03/701.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وقد استقر القضاء الإداري في مصر والأردن وفرنسا، على أن القرارات السابقة على إبرام العقد والممهدة لإنعقاده، مثل قرارات لجان الفحص العطاءات ولجان البث في العطاءات وقرار استبعاد أحد المتقدمين وقرار إرساء المناقصة أو المزايدة وقرار إلغائها، هي قرارات إدارية مستقلة عن العقد يجوز الطعن بها بدعوى الإلغاء¹.

المطلب الثاني: هيئات الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية

يعد دور لجان الصفقات في مراقبة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، أكثر فاعلية و قوة مقارنة مع ما كان عليه الوضع بالسابق، كما أصبحت تقوم بدور هام في تقويم إجراءات إبرام الصفقات، والفصل في الطعون والنزاعات بين أطرافها، وتنقسم هذه اللجان حسب المعيار المالي والعضوي إلى لجان متواجدة على المستوى الوطني وأخرى على المستوى المحلي، والهدف الأساسي من إنشاء اللجان هو ضمان شفافية إبرام الصفقات العمومية.

الرقابة الإدارية الخارجية كغيرها من أنواع الرقابة كان لها دور رئيسي في تنظيم المجتمع ومؤسساته، وهي من الأنظمة التي طبقت منذ القدم حيث اقترن وجودها بوجود المجتمعات، وواكب تطور هذه الوضعية مع تطور العصور القديمة والحضارات²، وفي مجال الصفقات فإن الرقابة الخارجية تمارس من طرف أجهزة إدارية متخصصة، يوكل إليها التأكد من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما عند إبرام الصفقات العمومية وإتمام إجراءاتها³.

ويعد منح التأشير الآلية القانونية التي تمارس من خلالها لجان الرقابة الخارجية مهامها، حيث يمكن لهذه الأخيرة منح التأشير أو رفضها، وفي حالة الرفض، يجب أن يكون هذا الرفض معلل، ومهما يكن من أمر فإن كل مخالف للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما، قد تعاينها اللجنة، تكوف سببا لرفض التأشير، هذه الأخيرة قد تكون مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة، وتكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة.

وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة، وتعرض المصلحة المتعاقدة مشروع الصفقة بعد أن تكون قد رفعت التحفظات المحتملة المرافقة للتأشير التي تسلمها هيئة الرقابة الخارجية

1 عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011، ص373.
2 حسن عبد الأمير العامري، النظام القانوني للرقابة الإدارية الخارجية "دراسة مقارنة" ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص17.
3 المادة 163، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

القبليّة المختصة، على الهيئات الماليّة لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدأ في تنفيذها.

وقد إعتد قانون الصفقات العمومية أشكال وأنماطاً مختلفة للمركزية هيئات الرقابة منذ صدور أول نص قانوني يتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية، إذ أنه قسم بموجب الأمر 67-90 تقسيماً قائماً على وضع لجنة مركزية وأخرى عمالية¹، في حين اعتمد المرسوم 82-145 المتعلّق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي تقسيماً مخالفاً قائماً على تحديد اختصاصات للجنة الصفقات التي تحدث على مستوى كل متعامل عمومي باستثناء وحدات المؤسسات الاشتراكية التابعة للجماعات المحليّة وإختصاصات للجنة الصفقات الوطنيّة².

وفي ظل أحكام المرسوم الرئاسي 02-250، قسم المشرع لجان الصفقات العمومية إلى قسمين، يتعلّق القسم الأول الوارد تحت عنوان اختصاص لجنة الصفقات بلجان صفقات المصالح المتعاقدة البلديّة والولائيّة والوزاريّة، ويتعلّق الثاني باللجنة الوطنيّة للصفقات العمومية³، ثم جاء المرسوم الرئاسي 10-236 بتنظيم جديد للرقابة الخارجيّة، حيث أكد من جديد بتعزيز الطابع اللامركزي عن طريق النص على تنظيم جديد للهيئات الرقابية واللجنة الوزارية للصفقات العمومية التي تتولى دراسة مشاريع صفقات الإدارة المركزيّة⁴، أما في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، يلاحظ أنه جاء بأحكام الجديدة للرقابة الخارجيّة تمثلت في:

1-إلغاء النهائي للجان الوطنيّة للصفقات العمومية (اللجنة الوطنيّة لصفقات الأشغال، واللجنة الوطنيّة لصفقات اللوازم، واللجنة الوطنيّة لصفقات الدراسات والخدمات)⁵، كما ألغى العمل بنظام اللجان الوزارية⁶، وهذا من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة و تخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى .

2-أن هذه اللجان موجودة على جميع المستويات وفي كل قسم الإدارات المعنية بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وهذا ما يؤكد تجسيد مبدأ التسيير الجماعي لملف

1 تنص المادة 114، من الأمر 67-90، المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية، على أنه: "تشكل بالوزارة المكلفة بالتجارة لجنة مركزية للصفقات وبكل دار عمالة لجنة عمالية للصفقات"، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).

2 المادة 118، من المرسوم رقم 82-145، المتعلّق بالصفقات المتعامل العمومي، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).

3 المادتين 114، 116، المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).

4 المادتين 128 و 133 ، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).

5 المادة 142، من نفس المرسوم.

6 المادة 133، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الصفقة، وانسجام الرقابة الخارجية مع نجاعة الطلب العمومية، خاصة وأن المشرع أسند رئاسة لجان الصفقات العمومية لمسؤول الأول للمصالح المتعاقدة¹، بصفته الأمر بالصرف ومطلع على شؤون مصالحه.

3- تبرز من خلال التركيبة البشرية للجان الصفقات المختلفة، وصاية وزارة المالية بشكل واضح فهي ممثلة في كل اللجان، وهذا أمر طبيعي طالما كان للصفقة العمومية بالغ الأثر على وضعية الخزينة واستخدام المال العام، ويظهر ذلك جليا عند تقسيم لجان الصفقات إلى قسمين، يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة والقسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية، وهذا بالإعتماد على المعيار المالي الى جانب المعيار العضوي.

ومما سبق ذكره، يظهر لنا جليا أن المشرع استحدث لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة بتشكيلة جديدة واختصاصات مميزة، والتي سنتطرق لها بالتفصيل لمختلف جوانبها التنظيمية والرقابية، إضافة الى نوع آخر من الرقابة الخارجية وهي رقابة الوصائية (الفرع الأول) وكذلك قواعد سير لجان الصفقات والآثار المترتبة على أعمالها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة.

بالرجوع للمرسوم الرئاسي 15-247 الخاص بالصفقات نجد انه نص على انه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة للصفقات²، تسند لها مهمة الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات ضمن الحدود مستويات الاختصاصات المحددة في المادة 169 وما يليها من التنظيم الجديد للصفقات العمومية، غير أن المشرع أورد حكما خاصا فيما يخص الرقابة الخارجية للصفقات التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني، حيث تحدث لها خصيصا لجنة أو لجان موضوعة لهذه الوزارة صاحبة الإختصاص في تحديد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها³.

ولكي يتسنى لنا التعرف على الدور الرقابي الذي تمارسه هذه اللجان، سواء على المستوى المركزي ولجان على المستوى المحلي، وجب التطرق للنظام القانوني الذي يحكم لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة (البند الأول) وكذا اللجان القطاعية من حيث المهام الموكلة لها

1 المادة 06، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 165 من نفس المرسوم.

3 تنص المادة 168، من نفس المرسوم، على أنه: " تختص بالرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني، حصريا لجنة ولجان موضوعة لدى وزارة الدفاع الوطني التي تحدد تشكيلها وصلاحياتها."

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وتشكيلها(البند الثاني) ثم التعرض للرقابة الوصائية من حيث آليات ممارستها والنتائج المترتبة عن أعمالها (البند الثالث).

البند الأول: رقابة اللجان المركزية والمحلية الصفقات العمومية .

بالنظر للنصوص القانونية المنشئة والمنظمة لقواعد اختصاص الرقابة الخارجية على الصفقات، تنقسم لجان الصفقات العمومية إلى لجان وطنية (أولا) ولجان محلية (ثانيا).

أولا : رقابة اللجان المركزية الصفقات العمومية

نظرا لأهمية الرقابة على الصفقات العمومية، لم تتوقف جهود المشرع ومساغيه في تقرير رقابة محلية، بل امتدت إلى إيجاد نظام رقابي مركزي تقوم به لجان أنشئت لهذا الغرض، ويرجع ذلك ربما لوجود مشاريع ضخمة تقوم بها هيئات على المستوى المركزي¹، وتتحصر تلك اللجان في اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، واللجنة الخاصة بالمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

1- اللجنة الجهوية للصفقات العمومية :

استحدثت اللجنة الجهوية للصفقات العمومية لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 مكرسة لمبدأ عدم التركيز الإداري، بهدف تخفيف العبء على الإدارات المركزية في مجال الصفقات العمومية، وحلت هذا اللجنة مكان اللجنة الوزارية المنصوص عليها في المادة 133 من المرسوم الرئاسي السابق 10-236 الملغى، وللجنة العديد من الإختصاصات التي لا تختلف عن تلك التي تختص بها باقي اللجان .

أ-تشكيل اللجنة الجهوية للصفقات العمومية :

تتشكل اللجنة الجهوية للصفقات العمومية،وفقا للمادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 من:

-الوزير المعني أو ممثله رئيسا.

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة المالية، مصلحة المحاسبة).

1 تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص142.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ممثّل عن الوزير المعني بالخدمة، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند الاقتضاء.

ممثّل عن الوزير المكلف بالتجارة.

هنا تجدر الإشارة إلى أن المرسوم الجديد قد ألغى كليا اللجنة الوزارية للصفقات العمومية، التي كانت تمارس الرقابة القبلية الخارجية، على مشاريع الإدارات المركزية التابعة للدوائر المركزية، وتعود رئاسة هذه اللجنة للوزير المعني أو ما يمثله، وهذا الأمر طبيعي بإعتباره أعلى شخصية إدارية في قطاعه، وبذلك أحدث المشرع تناسقا تاما بين مختلف لجان الصفقات العمومية من حيث الرئاسة، فأسند رئاسة اللجنة البلدية للصفقات العمومية لرئيس المجلس الشعبي البلدي، ورئاسة اللجنة الولائية لوالي الولاية ورئاسة اللجنة الجهوية للوزير المعني بالوزارة¹.

كما أن المشرع لم يتشدد في رئاسة اللجنة بصفة شخصية، وإنما أجاز لها عقد جلساتها تحت رئاسة ممثّل الوزير، وهو الأمين العام للوزارة بسبب كثرة المهام المسندة للوزير المعني.

كما تضم اللجنة عضوا عن المصلحة المتعاقدة، وهذا أمر طبيعي لأنها الجهة المعنية بالمشروع، ومن ثم لها أن تتدخل في سير اللجنة وتقترح ما هو مناسب لموضوع الصفقة، وخلت اللجنة الجهوية للصفقات من العنصر المنتخب، هذا الأخير الذي يعتبر عضوا في اللجان المحلية بمختلف مستوياتها (المؤسسات المحلية والهيكل غير الممركزة، الولاية، البلدية)، وبالتالي أصبحت هذه اللجنة تقنية محضة وانتفت عنها الصفة الرقابية، التي من المفروض أن يتم اسنادها للممثلين عن الشعب الذين يعملون على مراقبة عملية صرف الأموال العمومية².

ب- اختصاصات اللجنة .

تختلف اختصاصات اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، بإختلاف المعايير المعتمدة، من المعيار العضوي الى المعيار المالي، نتطرق لهما فيما يلي:

- المعيار العضوي:

تختص هذه اللجنة بالرقابة على الصفقات المبرمة من قبل المصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247.....، القسم الثاني، المرجع السابق، ص86.
2 حورية بن احمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراة علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2017-2018، الجزائر، ص60.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

للإدارات المركزية في حدود المستويات المحددة في المطات من 1 إلى 4 من المادة 184 من تنظيم الصفقات العمومية¹، وهذا ما سيأتي بالتفصيل عند الحديث عن اختصاص اللجنة طبقا للمعيار المالي.

- المعيار المالي:

يتحدد اختصاص اللجنة الجهوية بالرقابة على الصفقات العمومية، ببلوغها المبالغ المالية المذكورة في المادة 1/171 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، والتي أحالت لنص المادة 184 والمادة 139 من نفس المرسوم، وعند الرجوع للمادة 184 نجد أنها نصت على ما يلي: تفصل اللجنة القطاعية للصفقات في مجال الرقابة في كل مشروع يبلغ المبالغ التالية":

- دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار جزائري (1.000.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، ثلاثة مائة مليون دينار جزائري (300.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

- دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم " .

مما يلاحظ من خلال هذا النص، أن هناك تداخل فيما يخص المعيار المالي للجنة الجهوية للصفقات واللجنة القطاعية، بحيث لهذه الأخيرة ان تراقب الصفقات العمومية التي تدخل في اختصاصها المالي، ولكن بشرط أن تكون الجهة المختصة بإبرام الصفقة العمومية تنتمي للدائرة

1 المادة 171،فقرة 1،من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الوزارية¹، في حين تصبح اللجنة الجهوية مختصة في حالة وجود المصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، وبالتالي يصبح الحد الفاصل بين اللجنتين هو المعيار العضوي.

2- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري:

أنشئت هذه اللجنة بموجب المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، والتي فصلت في اختصاصتها وتشكيلها، حيث تقوم هذه اللجنة برقابة الصفقات العمومية على مستوى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ضمن حدود المستويات المحددة في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 وفي 139 من المرسوم المذكور أعلاه.

أ- تشكيلة اللجنة :

تتشكل هذه اللجنة حسب نص المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15/247 من:

-ممثل عن السلطة الوصية رئيسا.

-المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة).

-ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري) عند

الاقتضاء.

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

على أن تحدد الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية المذكورة اعلاه بموجب قرار من الوزير المعني.

والملاحظ أن التشكيلة اختلفت عن التشكيلة التي كانت في ظل المرسوم الرئاسي السابق 10-236

الملغى²، حيث تم الاستغناء عن ممثل وزير المالية وممثل وزير الاشغال العمومية وممثل وزير السكن والعمران، كما أن هذه اللجنة وخلافا للجنة البلدية للصفقات واللجنة الولائية لا تحتوي على عنصر منتخب سواء بلدي أو ولائي أو حتى وطني وهذا أمر طبيعي، إذ لا يتصور والأمر يخص مؤسسة عمومية وطنية أو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري مثلا أن تتضمن قائمة اللجنة عضوية

1 تنص المادة 179، من نفس المرسوم، على أنه: " تحدث لدى كل دائرة وزارية لكنة قطاعية للصفقات تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أدناه"، السالف الذكر.

2 المادة 134. من المرسوم الرئاسي 10-236، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

منتخب بلدي أو ولائي نظرا لإستقلالية الجهات جميعها عن كل من الولاية والبلدية، هاتين الأخيرتين لهما فقط سلطة على المؤسسات المحلية التابعة لها، وليس لهما الحق في أن يكون لهما تمثيل في لجنة صفقات المؤسسات العمومية الوطنية¹.

ب- اختصاصات اللجنة :

يتحدد اختصاص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، وفقا للمعيار العضوي والمعيار المالي .

* المعيار العضوي:

ينعقد اختصاص هذه اللجنة عندما تكلف المؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، بدراسة دفاتر الشروط ودراسة مشاريع الصفقات العمومية والملاحق التي تخضع لهذه الأخيرة، والتي احالت لها المادة 172 للمادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 التي تضمنت أنواع المؤسسات المعنية بالرقابة الخارجية على الصفقات العمومية، وهي كالتالي :

- المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

- المؤسسة العمومية الخاضعة للتشريع الجزائري الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية مملة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتجدر الإشارة هنا، الى أن الوزير المعني له الحق في تحديد قائمة المؤسسات والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية الوطنية²، أما المؤسسات ذات الطابع المحلي، فهي تخضع لرقابة اللجنة المحلية الخاصة بالمؤسسات والهيكل غير الممركز ذات الطابع الإقليمي والحلي.

* المعيار المالي :

حددت المادة 172 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، السقف المالي الذي بموجبه ينعقد اختصاص هذه اللجنة، والتي قيدها المشرع في المطمة من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي 139 من نفس المرسوم حسب الحالة، وبالرجوع لنص المادة 184 نلاحظ نفس المبلغ المالية المحددة

1 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247.....، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 92-93.
2 المادة 172، الفقرة الأخيرة، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

لإختصاص اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، وبالتالي يصبح الحد الفاصل بينهما كذلك هو المعيار العضوي .

ثانيا: رقابة اللجان المحلية على الصفقات العمومية

يعود إنشاء هذا النوع من اللجان إلى سنة 2008 بمناسبة تعديل المرسوم الرئاسي 02-250 (الملغى)¹، على مستوى المؤسسات المحلية لكل من الولاية والبلدية، حيث منح قانون بالجماعات الإقليمية إمكانية إنشاء مؤسسات عمومية محلية سواء كانت ذات طابع إداري أو تجاري أو صناعي، وقد أورد المشرع الجزائري في تنظيم ص و ع و ت م ع ثلاثة لجان محلية أساسية وهي كالتالي:

-اللجنة البلدية للصفقات .

-اللجنة الولائية للصفقات .

-المؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير تلك الواردة في المادة 172 .

1- اللجنة الولائية للصفقات

يعتبر مجال اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية، مجالا واسعا على المستوى المحلي مقارنة بمجال اختصاص اللجنة البلدية أو لجان المؤسسات العمومية المستقلة، ذلك أن عملية التنمية المحلية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالبرنامج القطاعي للتنمية، الذي تشرف عليه القطاعات الوزارية غير الممركزة في الولايات والتي تعمل تحت سلطة الوالي حين تجسيدها لهذه البرامج²، هذا بالإضافة الى الصفقات التي تيرمها البلديات في حدود مالية معينة، وكذا الصفقات التي تعقدتها المؤسسات الواقعة تحت وصاية الولاية.

نتعرض من خلال دراستنا للجنة الولائية للصفقات العمومية، في أول الأمر لتشكيلة هذه اللجنة، ثم لإختصاصاتها وفقا للمعيارين العضوي والمالي.

أ- تشكيلة اللجنة الولائية

تمثيلا لمختلف الأطراف واللجان الإدارية ذات العلاقة بالصفقة العمومية على مستوى الولاية، تتشكل هذه اللجنة طبقا للمادة 173 من المرسوم الرئاسي 247/15 من :

1 المادتين 121 و 122، من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، الملغى.
2 بن علي عبد الحميد، دور اللجنة الولائية في الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تلحي، الأغواط، الجزائر، د س ن ص 230.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-الوالي أو ممثله رئيسا.

-ممثل المصلحة المتعاقدة.

-ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي.

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة).

-مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية،

ري).

يلاحظ من خلال التشكيلة التي جاءت بها المادة 173، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247-247 المشار إليه أعلاه، أنها تشكيلة تضم مختلف أقطاب التنمية على المستوى المحلي، بهدف خلق تجانس داخل اللجنة ومساعدتها على أداء مهامها على اكمل وجه، ويبرز ذلك من خلال رئاسة الوالي للجنة بإعتباره ممثلا للدولة وهو مفوض الحكومة في إقليم الولاية¹، إلا أنه يمكن لهذا الأخير-الوالي- تعيين ممثلا له لرئاسة اللجنة، والذي عادة ما يكون الأمين العام للولاية .

إضافة إلى عضوية ثلاثة (03) منتخبين من المجلس الشعبي الولائي، ولم يشير النص عما إذا كان هؤلاء المنتخبين الثلاثة ككل أو مختارين من طرف المجلس الشعبي الولائي، وكان حري بالمشرع البث في هذه المسألة، خاصة وأن المجالس الشعبية اليوم تسهد تعددية حزبية ومنتخبين أحرار، فكان الحسم في الأمر من خلال الإعتراف لرئيس المجلس بالإختيار أو اسناد المهمة للمجلس ككل.

كما تضم اللجنة ممثلين اثنين (02) من وزارة المالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، وهذا ما يؤكد علاقة الصفقات العمومية بالخزينة العامة، ودعمت اللجنة الولائية للصفقات بالسلك التنفيذي ممثلا في مدير المصلحة التقنية حسب الحالة الأشغال العمومية، الري، البناء.....الخ"، كما تعززت اللجنة بعضوية مدير التجارة للولاية² لما لذلك وثيق الصلة بنشاط رؤوس الأموال وحركتها، هذه المديرية كلها لها علاقة مباشرة بالصفقات العمومية، وإن وجود هؤلاء المدراء التنفيذيين في اللجنة سيعطي دفعا أكثر لأعمالها ويجعل قراراتها تتميز بالموضوعية من جميع الجوانب.

ولالإشارة، كان أعضاء هذه اللجنة في التنظيمات السابقة المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر، يمثلون أهم القطاعات الحيوية والفعالة على الساحة الاقتصادية، غير أن المرسوم

1 تنص المادة 110، من القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، على أنه: "الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية، وهو مفوض الحكومة"، ج، ج، ج، العدد 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012.

2 تجدر الإشارة، إلى تغيير تسمية أحد أعضاء اللجنة الولائية للصفقات، حيث يتعلق الأمر بمدير التجارة الذي كانت تسميته "مدير المنافسة والأسعار".

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الرئاسي 247/15 قفص نوعا ما في تشكيلتها، حيث استغنى النص الجديد عن عضوية كل من مدير البرمجة ومتابعة الميزانية(مدير التخطيط والتهيئة العمرانية)،مدير الري، ومدير السكن والتجهيزات العمومية، مدير الأشغال العمومية، واقتصرت عضويتهم حسب النص الجديد، في حالة ما إذا كانت هذه المديرية معنية بالخدمة.

وبالرجوع للقانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية، يلاحظ أن المشرع نص على الصفقات الخاصة بعقود الأشغال أو الخدمات أو التوريدات، التي تبرمها الولاية أو مؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، تخضع للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية، وعندما تجرى المناقصة العمومية لحساب الولاية، فإن إجراءات الإبرام يشرف عليها موظف بمساعدة ثلاثة (03) منتخبين من تشكيلات سياسية مختلفة يعينهم المجلس الولائي، بحضور المحاسب المعين أو ممثله بصفة استشارية.

وتتوج العملية بإعداد محضر لهذه المناقصة¹، وهو أمر يتناقض مع ما جاء في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي أسند هذه العملية للجان المختصة تحت مسؤولية الأمر بالصرف²، وما يترتب عن ذلك من إشكالات قانونية في تطبيق هذا النص، لاسيما عندما تطلب هيئات الرقابة المالية من المصالح المتعاقدة احترام النصوص القانونية والتشريعية والتنظيمية ذات الصلة، وعندئذ سيجد رجل الإدارة للمصلحة المتعاقدة الولائية نفسه في حيرة من أمره، بين تطبيق أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبين أحكام القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية، وهو ما سيفتح باب التطبيقات المختلفة للقانون بين الولايات.

كما أن حضور المحاسب العمومي ولو بصفة استشارية في عملية إبرام الصفقة العمومية، يتناقض مع مبدأ جوهرية وهو مبدأ الفصل بين صفة الأمر بالصرف والمحاسب العمومية، وهو مبدأ مستمد من فكرة الفصل بين السلطات للفقهاء الألماني "منتسيكيو"³، ثم وجد تطبيقا له في قانون المحاسبة العمومية، حيث لا يمكن المحاسب العمومي أن يقوم بأعمال الأمر بالصرف لكون المهمتان مختلفتان الأولى إدارية والثانية مالية محاسبية، لذلك من غير المنطقي في حكم هذا المبدأ، أن يتم

1 المادتين 135 و136، من القانون رقم 07-12، المتعلق بالولاية، السالف الذكر.

2 المادة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 ALI BISSAD ,DROIT DE COMPTABILITE ,édit Houma, Alger , 2004,p16.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

اشراك المحاسب العمومي في عمل هو من صميم أعمال الأمر بالصرف، لأنه عندئذ تفقد رقابة المحاسب العمومي على أعمال الأمر بالصرف المعنى والإطار المخصص لها.

ب- اختصاصات اللجنة الولائية

ينعقد اختصاص اللجنة الولائية للصفقات العمومية، بمناسبة ممارستها لمهمة الرقابة الخارجية وفقا للمعيار العضوي والمعيار المالي، أما بالنسبة للمعيار الموضوعي ستنتم معالجته ضمن الأحكام المشتركة لجميع اللجان الصفقات العمومية.

- المعيار المالي:

يتحدد إختصاص هذه اللجنة بالنظر للسقف المالي المحدد في المادة 173 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، وأشارت إلى ذلك في المطبة من 1 إلى 4 من المادة 184 وفي 139 من نفس المرسوم حسب الحالة، وبالرجوع لنص المادة 184 نلاحظ نفس المبلغ المالية المحددة لإختصاص اللجنة الجهوية للصفقات العمومية، وبالتالي يصبح الحد الفاصل بينهما كذلك هو المعيار العضوي .

وعليه، فإن اختصاص اللجنة يشمل دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية، والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير المتمتع بالشخصية المعنوية عند حدود المستويات التالية :

-دفتر الشروط أو صفقة أشغال يساوي أو يقل مبلغ التقديري الإداري للحاجيات أو الصفقة مليار دينار 1.000.000.000 دج وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، يتضمن تعديل في تسمية الأطراف المتعاقدة أو موضوع الصفقة بشكل عام، وكان مبلغه الإجمالي بمختلف الملاحق، يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة عشرة في المئة (10%)، من المبلغ الأصلي للصفقة.

-دفتر شروط أو صفقة تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقديري الإداري للحاجيات أو الصفقة مائتي مليون دينار 200.000.000 دج، بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم وخمسون مليون دينار 50.000.000 دج لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار 20.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات².

1 المادة 173، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 173، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة، التي تبرمها البلديات والمؤسسات العمومية المحلية، إذا تعدت نسبة عشرة في المئة (10%)، من المبلغ الأصلي للصفقة.

-المعيار العضوي :

حسب هذا المعيار، فإن هذه اللجنة تختص بدراسة الصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير المركزية للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية، غير تلك المصالح المذكورة في المادة 172.

2- رقابة للجنة البلدية للصفقات العمومية

تكلف هذه اللجنة بالرقابة القبلية للصفقات في حدود الإختصاصات المحددة لها في المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتسنده هذه المهمة الرقابية إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي واللجنة البلدية للصفقات العمومية.

أ- رقابة رئيس المجلس الشعبي البلدي على الصفقات العمومية

خصص المشرع الجزائري لموضوع رقابة المجلس الشعبي البلدي على الصفقات العمومية، منذ صدور أول نص قانوني ينظم البلدية سنة 1967، وكان ذلك بموجب الأمر 67-24 المؤرخ في 18 جانفي 1967 وأوكل فيه مهمة إجراء طلب العروض إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي بمساعدة مندوبين من البلدية يعينهما المجلس، بحضور القابض في جميع طلب العروض بصوت استشاري¹، ولا تعد الصفقة سارية المفعول بعد تمام الإجراءات إلا بمصادقة الوالي.

وقد نصت المادة 82 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، على أنه: " يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي باسم الدولة، بجميع التصرفات الخاصة بالمحافظة على الأملاك والحقوق المكونة للممتلكات البلدية وإدارتها، ويجب عليه على وجه الخصوص القيام بما يأتي :

- إبرام عقود اقتناء الأملاك والمعاملات والصفقات والإيجارات وقبول الهبات والوصايا،

- القيام بمناقصات أشغال البلدية ومراقبة حسن تنفيذها،"².

والملاحظ في هذا النص، أنه جاء متجانس مع ما هو منصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من حيث منح رئيس المجلس الشعبي البلدي الإختصاص بالموافقة

1 المادة 193، من الأمر رقم 67-24، المؤرخ في 18 جانفي 1967، المتضمن قانون البلدي، ج، ر، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 18 جانفي 1967، (الملغى).
2 المادة 82، من القانون رقم 11-10، المتعلق بقانون البلدية، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

على صفقات البلدية¹، إلا أن هناك تعارض بين طرق إبرام الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والقانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، هذا الأخير مازال يعتمد على أسلوب المناقصة كآلية للإبرام الصفقة، في حين أن التنظيم الجديد للصفقات العمومية اعتمد على طلب العروض كأسلوب للمنافسة، وبالتالي كان من المناسب على المشرع تدارك هذا التناقض بين النصين القانونيين بما يتماشى والصياغة السليمة للنصوص القانونية .

ثم إن هناك إشكالية أخرى تتعلق بما ورد في المادة 84 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية²، التي خول من خلالها المشرع للمجلس الشعبي البلدي صلاحية سحب سلطة إبرام العقود من رئيس المجلس الشعبي البلدي الموجود في حالة تعارض للمصالح، وهي السلطة وان جاءت لمنع رئيس المجلس من إساءة استعمال سلطته، إلا أنها لا تتوافق مع نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي أوقفت صحة إبرام الصفقات العمومية على موافقة رئيس المجلس الشعبي البلدي عليها.

وهذا دليل على عدم التجانس بين النصين من حيث الموضوع، إذ نجد من جهة صلاحية المجلس الشعبي البلدي في سحب سلطة إبرام العقود من رئيسه، وتعيين عضو آخر من المجلس لتولي هذه السلطة، ومن جهة أخرى نجد أن الصفقة لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافق عليها رئيس المجلس الشعبي البلدي رغم إمكانية تفويض صلاحيته في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام والتنظيمية المعمول بهما.

لكن من الناحية القانونية هناك فرق بين التفويض وسحب الثقة، حيث يشمل التفويض في مجال الصفقات العمومية مرحلة الإبرام والتنفيذ إلا أن العلاقة تبقى بين الرئيس والنائب، حيث تحتل دائماً إمكانية حلول الرئيس محل النائب في مسألة الإبرام أو التنفيذ، أما بالنسبة لسحب الثقة من رئيس المجلس الشعبي البلدي فيكون بقوة القانون، وبناء على مداولة المجلس الشعبي البلدي، وبالتالي يصبح النائب هو الأصل في إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية³.

1 تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 133-134.
2 نصت المادة 84، من القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، على أنه: "عندما تتعارض مصالح رئيس المجلس الشعبي البلدي مع مصالح البلدية، بإسمه أو بإسم زوجه أو أصوله أو فرعه إلى الدرجة الرابعة أو بصفته وكلياً، يعين المجلس الشعبي البلدي المجتمع تحت رئاسة منتخب آخر غير رئيس المجلس الشعبي البلدي، أحد أعضائه لتمثيل البلدية سواء أمام القضاء أو عند إبرام العقود"، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 حورية بن احمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 69.

*رقابة اللجنة البلدية للصفقات العمومية

تعتبر اللجنة البلدية للصفقات العمومية وهي تمارس مهامها الرقابية على الصفقات الداخلة في إختصاصها، مركز إتخاذ القرار في مجال رقابة الصفقات العمومية المعنية بها¹، وتمثيلا لمختلف الأطراف والجهات الإدارية ذات العلاقة على مستوى الولاية، تتشكل اللجنة البلدية للصفقات العمومية وفقا للمادة 174 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر من:

-رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، رئيسا؛

-ممثل المصلحة المتعاقدة؛

-منتخبين إثنين (2) يمثلان عن المجلس الشعبي البلدي؛

-ممثلين إثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية(مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

-مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية، حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)

عند الإقتضاء؛

عند ملاحظتنا لتشكيلة اللجنة البلدية للصفقات العمومية وفق المرسوم الجديد المنظم للصفقات :

العمومية، يمكن ملاحظة ما يلي :

-رئاسة اللجنة تم إسنادها إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، لكن لوجود احتمال عدم توفر الكفاءة المهنية المطلوبة فيه، خول له النص التنظيمي إمكانية تعيين ممثل له في اللجنة والذي عادة ما يكون أحد نوابه المساعدين² ؛

-تشكيلة اللجنة البلدية للصفقات العمومية تضم صنفين من الأعضاء، الأمر الذي يضفي جانبا من التنوع على هذه التشكيلة، أول الصنفين منتخبين اثنين(02) يمثلان المجلس الشعبي البلدي، والذين يمارسون مهمة الرقابة الشعبية السابقة على إبرام الصفقات العمومية، أما الفئة الثانية فتتخصص في الأعضاء المتبقين والمعنيين من مختلف مديريات ومصالح الولاية التي لها علاقة دائمة ومستمرة بالصفقات العمومية؛

1 علي سايج جبور، اللجنة البلدية للصفقات كأداة للرقابة الخارجية على الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص449.

2 نصت المادة 69، من القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم، على أنه: "يساعد رئيس المجلس الشعبي البلدي نائبان (02) أو عدة نواب الرئيس يكون عددهم كما يأتي :

-نائبان (02) بالنسبة للبلديات ذات المجلس الشعبي البلدي المتكون من سبعة (07) الى تسعة (09) مقاعد،

-ثلاثة (03) نواب بالنسبة للبلديات ذات المجلس الشعبي البلدي المتكون من أحد عشر مقعدا ،

-أربعة (04) نواب بالنسبة للبلديات ذات المجلس الشعبي البلدي المتكون من خمسة عشرة مقعدا،

-خمسة (05) نواب بالنسبة للبلديات ذات المجلس الشعبي البلدي المتكون من ثلاثة وعشرون مقعدا ،

-ستة (06) نواب بالنسبة للبلديات ذات المجلس الشعبي البلدي المتكون من ثلاثة وثلاثون مقعدا. " المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

تشكيلة اللجنة ضمت عضوين ينتميان لوصاية واحدة (وزارة المالية)، الشيء الذي يؤكد علاقة الصفقة العمومية بالخزينة العمومية، هذين العضوين لم يحدد المرسوم الرئاسي السالف الذكر هويتهما بل فقط أشار إلى المصلحة التي يشتغلان بها، أما بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة، فهو عادة ما يكون الأمين العام للبلدية الذي له دور أساسي في تزويد اللجنة بجميع المعلومات الضرورية لإستيعاب محتوى الصفقة، حيث يتولى تمثيل البلدية عندما يتعلق الأمر بالصفقات التي تبرمها البلدية لحسابها¹. ينبغي تسجيل ملاحظة في غاية الأهمية، وهي أن نص المادة 176 من المرسوم الرئاسي 15-247 لم تجز إلا لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يمثل بشخصية أخرى لرئاسة اللجنة البلدية للصفقات، أما بالنسبة لأعضاء اللجنة فلا يحق لهم ذلك إلا أن نفس المادة سمحت لهم بتعيين مستخلفين عنهم يتولون إستخلافهم عند حدوث مانع من حضورهم الشخصي، ويتم تعيينهم بنفس شروط وكيفيات تعيين الأعضاء الدائمين.

تختص اللجنة البلدية للصفقات بمقتضى المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247، أساساً بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق التي تبرمها البلدية عندما يتعلق الأمر بـ:

دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم يقل التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة،

دفتر شروط أو صفقة خدمات يقل التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة خمسين مليون دينار (50.000.000.00 دج)، وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة؛

- دفتر شروط أو صفقة دراسات يقل التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عشرين مليون دينار (20.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.

الملاحظ لمحتوى المادة 174 السالفة الذكر يجد أنها تنص على إختصاصات اللجنة البلدية للصفقات العمومية مبنية الهيئة المعنوية المبرمة لهذه الصفقات ممثلة في البلدية إضافة إلى المستويات القصوى لهذه الصفقات، مع التمييز بين صفقات الأشغال واللوازم من جهة، وصفقات الدراسات والخدمات من جهة أخرى.

1 تنص المادة 16، المطة 12، من م ت رقم 16-320، المؤرخ في 13 ديسمبر 2016، المتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على الأمين العام للبلدية، على أنه: "في إطار تنشيط وتنسيق سير المصالح الإدارية والتقنية للبلدية، يكلف الأمين العام للبلدية على الخصوص بما يأتي :
- المشاركة كعضو في اللجنة البلدية للمناقصة"، ج، ر، ج، العدد 73، المؤرخة في 15 ديسمبر 2016.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

3- رقابة لجنة صفقات المؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري غير المذكور في المادة 172.

تعتبر المؤسسات العمومية المحلية مؤسسة ذات شخصية الاعتبارية مستقلة عن كل من الولاية والبلدية، وبالتالي من الطبيعي أن تستقل بلجنة تختص برقابة الصفقات العمومية التابعة لها، ثم إن تشريع الإدارة المحلية في الجزائر اعترف لكل من الولاية والبلدية بإنشاء مؤسسات عمومية محلية لتلبية الحاجات العامة¹، مما دفع بالمشروع الجزائري إلى مواكبة هذا التطور من خلال انشاء لجنة رقابية قبلية على الصفقات العمومية، التي تبرمها المؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

أ- تشكيلة اللجنة:

بمقتضى المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247، أن لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 172 اعلاه تضم الاعضاء المبينين كما يلي:

-ممثل عن السلطة الوصية رئيسا،

-لمدير العام أو مدير المؤسسة او ممثله،

-ممثل منتخب عن مجموعة الاقليمية المعنية ،

-ممثلين اثنين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)

-ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصنفقة (بناء، أشغال عمومية،

ري) عند الاقتضاء.

وفي حالة كان عدد المؤسسات العمومية المحلية كبيرا فانه يمكن للوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني تجميعها في لجنة واحدة ويكون المدير أو المدير العام للمؤسسة العمومية عضو فيها حسب الملف المبرمج²، في كل الاحوال يتم تعيين اعضاء اللجان ومستخلفيهم من طرف الادارة التابعين لها باستثناء من عين بحكم وظيفته.

1 المادة 146، من القانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، والمادة 153، من القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم، السالفين الذكر.
2 المادة 175، فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ب- اختصاصات اللجنة:

تختص هذه اللجنة بالعديد من الإختصاصات، نتطرق لها على أساس معايير وهي :

-المعيار المالي :

ينعقد الإختصاص الرقابي لهذه اللجنة، ببلوغ المبالغ المالية المحددة بموجب المادتين 139 و173 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر، وتختلف هذه المبالغ بإختلاف أنواع الصفقات العمومية، وهذا ما يظهر في ما يلي :

ينبغي ألا يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال المراد عرضها على اللجنة فيما يخص دفاتر الشروط والصفقات، التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مأتي مليون دينار جزائري (200.000.000 دج)، وكذا كل الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من هذا المرسوم.

وبالرجوع للمادة 139، نجد أنها تحدد السقف المالي لهذه اللجنة فيما يخص الملاحق، التي تضاف للصفقات الخاصة بالمؤسسات العمومية وللبلدية ضمن الحد المالي، الذي لا يتجاوز زيادة أو نقصانا نسبة 10%، من المبلغ الأصلي للصفقة، وما زاد عن هذا السقف المالي يدخل ضمن اختصاص اللجنة الولائية للصفقات، أما بالنسبة لصفقات اللوازم فتخضع لنفس الحد المالي¹.

-المعيار العضوي :

لا ينعقد الإختصاص لهذه اللجنة، إلا إذا كان الطرف المعني بهذه الصفقة، مؤسسة عمومية محلية تابعة للولاية أو البلدية، ولكل مؤسسة محلية لجنة صفقات خاصة بها، طبقا للمادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:" تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في القائمة المنصوص عليها في 172 أعلاه".

-المعيار الموضوعي :

استنادا الى مضمون المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره، يلاحظ أن المشرع أعطى لهذه اللجنة الإختصاص بدراسة مشاريع الصفقات ودفاتر الشروط والملاحق، إلا أنه لها

1 المادة 173، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

دون سواها بدراسة الطعون الناتجة عن المنح المؤقت، بل أوكل هذا الإختصاص للجنة البلدية أو الولائية للصفقات العمومية، وهذا ما يمس بفعالية عمل هذه اللجنة في ممارسة الرقابة على الصفقات العمومية.

البند الثاني: رقابة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

إن دراسة معمقة لقواعد الرقابة على الصفقات العمومية التي تضمنها المرسوم الرئاسي 15-247، تقودنا إلى أن المشرع الجزائري أولى للجان الصفقات اهتماما كبيرا، من حيث حجم النصوص القانونية المنظمة لهذه اللجان واختصاصاتها، سواء على مستوى المصلحة المتعاقدة أو على مستوى القطاعي.

تم استحداث هذا النوع من اللجان بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم (الملغى)، حيث يمكن لكل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات ويتم تنصيبها من طرف الوزير المعني¹، وجاء هذه اللجنة نتيجة المشاكل التي عرفتتها اللجنة الوطنية للصفقات، والتي لم تستطع البث في الطعون المرفوعة أمامها في الفترة السابقة لكثرتها، فكان لا بد من انشاء لدى لكل دائرة وزارية لجن قطاعية مختصة، توكل لها مهمة كل قطاع هذا من جهة، ومن أخرى ربحا للوقت في دراسة صفقات الأشغال واقتناء اللوازم والدراسات والخدمات لكل دائرة وزارية، وليس ذلك بغريب طالما اسند لها المشرع دورا مميزا غير معهود للجان الصفقات سواء البلدية أو الولائية أو اللجان الخاصة بالمؤسسات، وهو ما سنفصل فيه بعد التطرق لتشكيلة اللجنة (أولا) إضافة إلى صلاحيتها بالبث في بعض الصفقات ذات القيمة المالية الكبيرة (ثانيا).

أولا : تشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية

تطرح مسألة تشكيلة اللجان القطاعية أهمية كبيرة نظرا للدور المنوط بها، كما أن قيام الصفقات العمومية على المال العام يستدعي أن تتشكل من كفاءات تساهم في تحقيق نجاعة الطلب العمومي وحماية المال العام، وحددت المادة 185 من المرسوم الرئاسي 15-247 تشكيلة اللجنة، فهي تتشكل من :

-الوزير المعني أو ممثله رئيسا،

-ممثل الوزير المعني نائبا للرئيس،

1 المادة 142، من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، الملغى، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-ممثل المصلحة المتعاقدة ،

-ممثلان عن القطاع المعني،

-ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،

-ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ما يلاحظ في هذه التشكيلة أن رئاسة اللجنة أسندت للوزير المعني أو ممثله، وهذا يعد أمرا طبيعيا طالما أن هذه اللجان محدثة لدى كل دائرة وزارية، وقد أجاز تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عقد جلسة اللجنة الوزارية تحت رئاسة ممثل الوزير المعني، وهذا نظرا للمهام الكثيرة المنوطة بالوزير، وفي حال حدوث غياب للرئيس أو قيام مانع قانوني له¹، كما عزز دور اللجنة القطاعية بممثل عن المصلحة المتعاقدة الذي يتولى تقديم جميع المعلومات الضرورية للجنة من أجل إستيعاب محتوى الصفقة، وممثلين عن القطاع المعني بالمشروع بالتعاقد².

كما دعمت اللجنة بعضوين يمثلان وزير المالية وممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، وفي ذلك تأكيد على صلة الصفقات العمومية بالمال العام والخزينة العمومية، وبما يضمن ترشيد النفقات العمومية، ويعين الوزير المعني بموجب قرار أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات ومستخلفوهم بأسمائهم بناء على اقتراح الوزير الذي يخضعون لسلطته ويختارون لذلك نظرا لكفاءتهم³، لمدة ثلاثة (03)

1 المادة 186، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 188، من نفس المرسوم.

3 نذكر من ذلك على سبيل المثال :

- قرار مؤرخ في 25 أبريل 2019، المحدد لتشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، ج، ج، ج، العدد 45، المؤرخة في 17 يوليو 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 01 مارس 2020، ج، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 10 مايو 2020.

- قرار مؤرخ في 02 مارس 2020، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة السكن والعمران والمدينة، ج، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 14 مايو 2020، المعدل بالقرار المؤرخ في 16 أبريل 2020، ج، ج، ج، العدد 34، المؤرخة في 07 يونيو 2020.

- قرار مؤرخ في 21 أكتوبر 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التجارة، ج، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 01 مارس 2020.

- قرار مؤرخ في 09 أبريل 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية، ج، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 10 يوليو 2019.

- قرار مؤرخ في 29 أبريل 2021، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الصناعة والمناجم، ج، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 08 يونيو 2021.

- قرار مؤرخ في 31 مارس 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التكوين والتعليم المهنيين، ج، ج، ج، العدد 47، المؤرخة في 25 يوليو 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 26 سبتمبر 2019، ج، ج، ج، العدد 70، المؤرخة في 17 نوفمبر 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 12 فبراير 2020، ج، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 26 أبريل 2020.

- قرار مؤرخ في 07 ديسمبر 2015، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 30 مارس 2016، المعدل بالقرار المؤرخ في 27 مارس 2019، ج، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 30 يونيو 2019.

- قرار مؤرخ في 22 يناير 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الموارد المائية، ج، ج، ج، العدد 21، المؤرخة في 11 أبريل 2018، المعدل بالقرار المؤرخ في 09 أبريل 2019، ج، ج، ج، العدد 45، المؤرخة في 17 يوليو 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 14 مايو 2019، ج، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 21 يوليو 2019 .

- قرار مؤرخ في 19 فبراير 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة البيئة والطاقات المتجددة، ج، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 25 أبريل 2018، المعدل بالقرار المؤرخ في 10 يونيو 2019، ج، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 18 سبتمبر 2019.

- قرار مؤرخ في 13 أكتوبر 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة السياحة والصناعة التقليدية، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 31 مارس 2019،

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

سنوات قابلة للتجديد باستثناء الرئيس ونائب الرئيس¹، ولم تشمل اللجنة على أي عضو منتخب، مثلما هو الحال بالنسبة للجنة البلدية أو الولائية للصفقات.

ثانيا: **صلاحيات واختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.**

نظم المشرع صلاحيات اللجنة القطاعية بمقتضى المادة 180، أما بقية المواد من 181 إلى 184، والمادتين 139 و 190 تناولت اختصاصات اللجنة وفقا للمعيار العضوي والمالي، وهذا ما سنتطرق تبعا:

1- صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

تتمثل صلاحيات اللجنة القطاعية للصفقات، طبقا للمادة 180 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في:

-مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية،

-مساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في مجال تحضير الصفقات العمومية واتمام

ترتيبها،

-المساهمة في تحسين ظروف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

-
- قرار مؤرخ في 11 مارس 2021، المتضمن إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الانتقال الطاقوي والطاقات المتجددة، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 28 مارس 2021، القرار المؤرخ في 11 مارس 2021، المحدد لتشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الانتقال الطاقوي والطاقات المتجددة، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 28 مارس 2021.
- قرار مؤرخ في 24 سبتمبر 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المجاهدين، ج، ج، ج، العدد 67، المؤرخة في 10 نوفمبر 2019.
- قرار مؤرخ في 13 مايو 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة العمل والتشغيل والضمان الإجتماعي، ج، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 18 سبتمبر 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 18 سبتمبر 2019، ج، ج، ج، العدد 68، المؤرخة في 12 نوفمبر 2019.
- قرار مؤرخ في 13 مايو 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 31 يوليو 2019.
- قرار مؤرخ في 20 ديسمبر 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الطاقة، ج، ج، ج، العدد 07، المؤرخة في 30 جانفي 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 07 أبريل 2020، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 14 يونيو 2020 .
- قرار مؤرخ في 05 مايو 2019، المتضمن تجديد تشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة، ج، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 18 سبتمبر 2019.
- قرار مؤرخ في 12 أكتوبر 2017، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الإتصال، ج، ج، ج، العدد 63، المؤرخة في 29 أكتوبر 2017، المعدل بالقرار المؤرخ في 11 أكتوبر 2018، ج، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 13 مارس 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 02 يوليو 2019، ج، ج، ج، العدد 63، المؤرخة في 09 أكتوبر 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 23 جانفي 2020، ج، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 06 مايو 2020.
- قرار مؤرخ في 18 يوليو 2017، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الفلاحة والتنمية الريفية والصيد البحري، ج، ج، ج، العدد 61، المؤرخة في 22 أكتوبر 2017، المعدل بالقرار المؤرخ في 21 مايو 2019، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 29 غشت 2019.
- قرار مؤرخ في 26 ديسمبر 2016، المتضمن تجديد تشكيلة أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الأشغال العمومية والنقل، ج، ج، ج، العدد 30، المؤرخة في 17 مايو 2017، المعدل بالقرار المؤرخ في 07 نوفمبر 2018، ج، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 24 أبريل 2019.
- قرار مؤرخ في 29 مارس 2016، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الثقافة، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 30 مارس 2016.
- قرار مؤرخ في 05 ديسمبر 2020، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الشؤون الخارجية، ج، ج، ج، العدد 08، المؤرخة في فبراير 2021.
- قرار مؤرخ في 20 يونيو 2017، لمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التربية الوطنية، ج، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 22 غشت 2017.
- 1 المادة 186، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وهذا الصلاحيات، يمكن القول بأنها تدخل في إطار وصاية الجهات المركزية على الجهات على الجهات غير الممركزة واللامركزية، وحسن ما فعل المشرع عندما أنشأ مثل هذه اللجان، كون هذا يساهم في تحسين الظروف الرقابية على اجراءات ابرام الصفقات العمومية، وتكريس حرية المنافسة في أهم أنواع العقود الإدارية وهي الصفقات العمومية.

2- اختصاصات اللجنة قطاعية للصفقات العمومية:

ينعقد اختصاص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية¹ على غرار باقي اللجان الأخرى، وفقا لمعايير أساسية أهمها المعيار المالي والعضوي والموضوعي الذي ينقسم بدوره الى اختصاص في مجال الرقابي وفي مجال التنظيمي، وتتمثل الإختصاصات في :

*المعيار المالي:

حدته المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247، و تتمثل في :

-دفتر شروط أو صفقة أشغال يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، مليار دينار جزائري (1.000.000.000 دج) ،وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة لوازم يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، ثلاثة مائة مليون دينار جزائري (300.000.000 دج) ،وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة خدمات يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار جزائري (200.000.000 دج) ،وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم.

-دفتر شروط أو صفقة دراسات يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، مائة مليون دينار جزائري (100.000.000 دج)،وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم " .

1 تقابلها المواد 146،147،148،من المرسوم الرئاسي رقم10-236،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر،(الملغى).

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-دفتر شروط أو صفقة أشغال أو لوازم للإدارة المركزية يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، اثني عشر مليون دينار جزائري (12.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم ".

-دفتر شروط أو صفقة دراسات أو خدمات للإدارة المركزية يفوق المبلغ التقديري للحاجات أو الصفقة، ستة مليون دينار جزائري (6.000.000 دج) وكذا كل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 139 من هذا المرسوم "1.

-صفقة تحتوي على البند المنصوص عليه في المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247 يمكن أن يرفع تطبيقه المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر من ذلك.

-ملحق يرفع المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه أو أكثر من ذلك في حدود المستويات المبينة في المادة 139 من هذا المرسوم.

لعل أهم ملاحظة يمكن إثارتها بشأن توسيع صلاحيات اللجان القطاعية، هي اشتراكها في السقف المالي المحدد لاختصاصها مع مختلف لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة المختصة بدراسة الطعون التي يرفعها المتعهد، وهو ما يحدث تنازعا إيجابيا بين اللجان العمومية المختصة، طالما كانت العتبة المالية واحدة ولحسن الحظ أن المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية في فقرتها الثانية أوجبت ذكر لجنة الصفقات المعنية بدراسة الطعن²، غير أن ذلك يقتصر فقط على إعلان المنح المؤقت للصفقة دون إعلان عدم الجدوى، أو إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت.

وأمام هذا الوضع استدركت المادة 82 من ذلك من خلال الفقرة السادسة التي أوجبت على رئيس أي لجنة صفقات في حالة ما إذا تم إرسال طعن عن طريق الخطأ، إلى لجنة صفقات غير مختصة، أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة، و ينطبق الأمر أيضا على إعلان المنح المؤقت للصفقة³.

• المعيار العضوي :

بعد قراءة مستفيضة ومعقدة في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أنها نصت على إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لدى

1 المادة 184، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 82 ، من نفس المرسوم .

3 رحمانى راضية، المرجع السابق، ص56.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

كل دائرة وزارية مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184¹، والتي تملك العديد من الصلاحيات الموضوعية نظرا لإختصاصتها الأصيل أو بصفتها مساعدة للجهات التابعة لها في إطار الوصاية الإدارية، وبالتالي تختص اللجنة القطاعية بالرقابة على جميع الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة الخاضعة لسلطتها².

أما الجهات الأصلية، نجد سندها القانوني في المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والتي جاءت على النحو التالي: تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 أدناه".

وهذا على خلاف ما كان يعمل به في اللجنة الوطنية للصفقات، والتي كانت تتشكل من وزراء أو ممثلين لجميع الوزارات برئاسة وزير المالية³، ولكن اللجنة القطاعية في ظل المرسوم الجديد أصبحت تتم بالمرونة والسهولة في دراسة الصفقات والملاحق لدى كل وزارة على حدى، كما أنها تختص بدراسة الصفقات التابعة لقطاع آخر عندما تتصرف الدائرة الوزارية المعنية في إطار صلاحياتها لحساب دائرة وزارية أخرى⁴، ويساهم هذا الإجراء من الناحية العملية على إضفاء نوع من السرعة والمرونة والملائمة في تسير المرافق العامة.

• المعيار الموضوعي :

تختص اللجنة القطاعية الصفقات العمومية بإختصاصين أصليين، الأول يتعلق بمجال الرقابة والثاني يخص مجال التنظيم، وهذا ما سنتطرق اليه:

-إختصاص اللجنة في المجال الرقابي :

تختص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية في مجال الرقابة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق والطعون المنصوص عليها في المادة 82 من هذا المرسوم، المتعلقة بكل المصالح التابعة للقطاع المعني .

لقد سبق وأن أشارنا سابقا لإختصاصات الموضوعية التي تختص بها، كل لجان المصالح المتعاقدة أو اللجنة القطاعية للصفقات والتي تبدأ بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق

1 المادة 179، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 182، من نفس المرسوم .

3 تقابلها المواد 146، 147، 148، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).

4 المادة 181، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

والطعون التي تختص بالفصل فيها طبقا للآجال المحددة في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ومن ينتج عن هذه الإختصاصات من آثار قانونية تخص اصدار مقرر التأشيرة، الذي يدخل الصفقة العمومية مرحلة التنفيذ، لكن الفرق الموجود بين اللجنة القطاعية وباقي اللجان فيما يخص منح مقرر التأشيرة، هي الآجال الذي تملكه اللجنة في اصدار المقرر، والمحددة بـ خمسة وأربعون (45) يوما، ابتداء من تاريخ ايداع الملف كاملا لدة كتابة هذه اللجنة، ويسري أجل دراسة الطعون بموجب المادة 82 من هذا المرسوم¹، فحين المدة المحددة لمنح التأشيرة لدى بقية اللجان الرقابية هي عشرين (20) يوما.

-إختصاص اللجنة في المجال التنظيم :

تتولى اللجنة القطاعية للصفقات العمومية في مجال التنظيم، طبقا للمادة 183 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ما يأتي :

-تقترح أي تدبير من شأنه تحسين ظروف مراقبة صحة ابرام الصفقات العمومية،

-تقترح النظام الداخلي النموذجي الذي يحكم عمل اللجان الصفقات المذكور في المادتين 177 و190 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وبالرجوع لنص المادة 177 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، يلاحظ أن لجنة الصفقات التابعة للمصالح المتعاقدة، يجب عليها أن تعتمد النظام الداخلي الموافق عليه، ووفق الشروط المنصوص عليها في المادة 183 السالفة الذكر، ومن تم تكون جميع المصالح المتعاقدة ملزمة بإحترام النظام الداخلي المصادق عليه من طرف اللجن القطاعية، والذي يخضع للموافقة بموجب مرسوم تنفيذي².

البند الثالث: الرقابة الوصائية على الصفقات العمومية

تضمن المرسوم الرئاسي 15-247 إلى جانب الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية، رقابة الوصاية هذا وفقا لنص المادة 164 منه، فهي تهدف من جهة بالعمل على احترام الشرعية من طرف الأشخاص العامة الخاضعين لوصايتها، ومن جهة أخرى تأمين السير الحسن للجماعات اللامركزية

1 المادة 189، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 190، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

عن طريق مراقبة الملائمة لتفادي استعمال الأموال العمومية¹، فالوصاية تزيد من قوّة وفعالية نظام اللامركزية الإدارية عن طريق احترام القوانين والتنظيمات وكذلك الأداء الجيد للمهام المنوط بالهيئات اللامركزية، لأن هناك رقابة تمارس على الأشخاص ورقابة تمارس على المهام.

تجدر الإشارة أن مصطلح الوصاية من أصل مدني يخص القصر وعديمي الأهلية²، لكن في المجال الإداري له مفهوم يختلف عن مفهومه في القانون الخاص، فالوصاية الإدارية لا يرجع تقريرها إلى نقص أهلية الشخص اللامركزي، وإنما لمجموع السلطات التي يقررها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم قصد حماية المصلحة العامة، ولا يمكن ممارسة هذا النوع من الرقابة إلا في حدود ما هو منصوص عليه في القوانين.

إن استكمال وتفعيل أنظمة الرقابة في مجال الصفقات العمومية يعني وضوح الالتزامات والأطر وقنوات الاتصال وتحديد المسؤوليات، فالمسؤولية بمفهومها العام تفرض خضوع كل من حصل على تفويض من جهة معينة بصلاحيات عمل وكيفية التصرف واستخدام الموارد والصلاحيات التي وضعت تحت تصرفه، وهذا المفهوم يفترض وجود تدرج هرمي للمسؤولية، أي سلم ترتبي يقدم كل من يشغل درجة أدنى تقريراً عن سير عمله إلى الدرجة الأعلى التي فوضته.

تعتبر الرقابة الوصائية إحدى صور الرقابة الإدارية التي تمارسها السلطات المركزية على الهيئات اللامركزية الإقليمية أو المرفقية، وعلى الرغم من تمتعها بالإستقلالية إلا أنها تخضع لنوع من الرقابة تمارسها عليها الإدارة المركزية، اصطلاح على تسميتها بالوصاية الإدارية أو الرقابة الوصائية.

وعلى هذا الأساس، سنحاول تعريف الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية وآليات ممارستها (أولاً)، ثم التطرق الى النتائج المترتبة عن هذه الرقابة ومدى فعاليتها (ثانياً).

أولاً : تعريف الرقابة الوصائية وآليات ممارستها .

1- تعريف الرقابة الوصائية.

أثار محاولة إعطاء تعريف دقيق وشامل لمصطلح الوصاية الإدارية جدلاً واسعاً³، حيث عرفها

الفقيه ريفيرو **REVERO** بأنها: " الرقابة التي تمارسها الدولة المركزية على الأجهزة اللامركزية الإدارية

1 تياب نادية،مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر،مجلة الأكاديمية للبحث القانوني،مجلد1،العدد 02،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،الجزائر، د س ن،ص 26.

2 المواد 42،43، من الأمر رقم 75-58،المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 انقسم الفقه الإداري حول تسمية الوصاية الإدارية من عدمها الى فريقين، الفريق الأول ينكر استخدام مصطلح الوصاية الإدارية للدلالة على فكرة الرقابة التي تمارسها السلطة الإدارية المركزية على الهيئات المحلية،وذلك على أساس أن اصطلاح الوصاية الإدارية مأخوذ من نظام الوصاية المدنية المعروف في القانون في القانون المدني،وأن قياس ذلك لا يمكن القبول به لأنه قياس مع الفارق، وحجة هذا الفريق يكمن في الاختلاف في الطبيعة،فالوصاية

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وفقا لما يقرره القانون¹، ويعرفها البعض الآخر على أنها: " تلك السلطات التي يمنحها المشرع لسلطة إدارية بهدف منع الهيئات اللامركزية من الإنحراف والتحقق من مدى مشروعية أعمالها والحيلولة دون تعارض قراراتها مع المصلحة العامة"².

وما يهمننا في هذا المقام، هو تفعيل أنظمة الرقابة في مجال الصفقات العمومية، فإذا كان الهدف من رقابة لجان الصفقات العمومية هو التحقق من احترام قواعد واجراءات إبرام الصفقة، فإن الغاية من رقابة الوصاية تتمثل في أساسا في معرفة مدى ملائمة هذه الأخيرة للأهداف الفعلية والإقتصاد، والبرامج والأولويات المسطرة في القطاع، وهي الرقابة التي تقوم بها الوصاية قبل البدء في تنفيذ الصفقة، وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 164 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بالقول: " تتمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية في مفهوم هذا المرسوم، في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والإقتصاد، والتأكد من كون العملية موضوع الصفقة تدخل فعليا في إطار البرامج والاسبقيات المرسومة للقطاع".

2- آليات ممارسة رقابة الوصاية على الصفقات العمومية

إن المشرع الجزائري كيف هذه الرقابة على أنها رقابة ملائمة، من خلال فرض إجراءات على الهيئات اللامركزية لمراقبة الصفقات العمومية في ظلها، وتسند هذه الرقابة للمفتشيات التي تنشأ خصيصا لغرض تقييم رقابة نشاطات الهيئات والأجهزة الموضوعة تحت الوصاية، إذ تأكد من تطبيق التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية³.

فرقابة الشرعية تخص مداوات المجالس الشعبية البلدية؛ تقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بإرسال إلى الوالي الملف الكامل للصفقة بدءا من محضر المصادقة على دفتر الشروط والإعلان عن

=المدنية ترتكز أساسا على قيام الوصي بمهمة التمثيل القانوني للقاصر، مما يسمح له بمباشرة حقوقه والعمل بإسمه، في حين أن فكرة التمثيل هذه لا تتحقق في ظل الوصاية الإدارية، وذلك أن الهيئات المحلية ليست قاصرة أو عديمة الأهلية، فهي تمثل الوحدة الإدارية التي منحها المشرع الشخصية المعنوية، وما يترتب عليه من امتلاكها أهلية الأداء والتعاقد وقبول الهيات في الحدود التي يسمح بها القانون، كما يمكن الإختلاف أيضا من حيث الغاية، فالوصاية المدنية تستهدف مصلحة القاصر أو عديم الأهلية في حين تستهدف الوصاية الإدارية تحقيق المصلحة العامة للدولة، فضلا عن على أنها قد تستهدف في بعض الأحيان مصالح الأفراد، كما أن الوصاية المدنية تتم عن طريق حلول الوصي محل القاصر أو عديم الأهلية، في حين تمارس الوصاية الإدارية بوسائل متعددة منها التصريح أو الإذن أو التصديق أو الإلغاء والإيقاف بالنسبة لأعمال الهيئة المحلية، وإن كانت وسيلة الحلول قد توجد في ظل الوصاية الإدارية بصفة استثنائية، أما الفريق الثاني فذهب الى ضرورة الإحتفاظ بإصطلاح الوصاية الإدارية وتفضيله على اصطلاح الرقابة الإدارية، على أساس أن مصطلح الوصاية قد درج الفقه على استخدامه للدلالة على رقابة السلطة الإدارية المركزية على الهيئات المحلية، سامي حسن نجم الحمداي، الإدارة المحلية وتطبيقاتها والرقابة عليها، ط1، المرطز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014، ص، 154-156.

1 سامية رايس، الرقابة الوصائية على المجلس البلدية في النظامين الجزائري والتونسي، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد 07، العدد 12، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، د س ن، ص 253.

2 مبروك عبد النور، علي سالم محمد فاضل نورالدين، الوصاية الإدارية ضمانة الإستقلالية الجماعات المحلية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 04، العدد 01، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019، ص 40.

3 تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، ص 155.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

طلب العروض في الجرائد الوطنية وصولاً إلى التأشيرة الممنوحة من هيئات الرقابة الخارجية، إضافة إلى المداولة المتعلقة بمشروع الصفقة، التي تتضمن مختلف المراحل التي مرّت بها الصفقة والمؤسسة الحائزة على المشروع ومبلغ الصفقة.

وتتأكد أيضا الولاية من وجود النفقة المتعلقة بالصفقة، وإذا تم حقا منح المشروع للعارض الذي قدّم أحسن أو أقل عرض حسب الحالة، فللوالي مهلة ثلاثين (30) يوماً من تاريخ إرسالها للمصادقة عليها والتقرير في شرعيتها وصحتها¹، ورقابة الشرعية تخص أيضا مداولات المجالس الشعبية الولائية؛ حيث يقوم بها وزير الداخلية بهدف مطابقتها للقانون وصحتها².

ثانيا : نتائج رقابة الوصاية ومدى فعاليتها

تتجلى مظاهر رقابة الوصاية من قبل السلطات المركزية على الصفقات العمومية، التي تبرمها الهيئات اللامركزية، في الوالي ورئيس الدائرة، واللذان يمثلان الإدارة المركزية على المستوى المحلي، وتتجسد هذه الرقابة في النتائج الآتية :

1- نتائج رقابة الوصاية:

تترتب عن عملية الوصاية النتائج الآتية:

أ- المصادقة على الصفقة :

يتجلى أهم مظهر للوصاية على أعمال المجالس المحلية المنتخبة في إخضاع مداولاتها للتصديق أو المصادقة، ويقصد بها تولي جهات الوصاية طبقا للقوانين بتزكية القرار الصادر عن المجالس الشعبية البلدية وبذلك يرتب آثاره القانونية، كما تعرف أيضاً أنها " وسيلة كلاسيكية للرقابة يمكن بواسطتها التحكم في الاختصاص التقريبي للأجهزة التداولية³، وقد تكون المصادقة وفقا للقانون إما صريحة أو ضمنية⁴.

وقد عمد كل من قانوني الولاية والبلدية إلى تحديد الأعمال التي يشترط لنهاذها الموافقة الصريحة للسلطة الوصية، وهو ما جاء النص عليه في المادة 55 من قانون الولاية:

-الميزانيات والحسابات.

1 المادة 58، من قانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، السالف الذكر .

2 المادة 55، من قانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، السالف الذكر .

3 نياب نادية، واقع الجماعات المحلية في ظل الوصاية الإدارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،المجلد 06، العدد 01، جامعة المسيلة، الجزائر، 2021، ص 1919.

4 المادة 57 و 61، من قانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، المادة 55 و 56، من قانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-التنازل عن العقار واقتناؤه أو تبادله.

-اتفاقيات التوأمة.

-الهبات والوصايا الأجنبية.

فهذه المداولات يصادق عليها وزير الداخلية من أجل أقصاه شهران.

أما بالنسبة لقانون البلدية رقم 11-10، فجاء نص المادة 57 لتحديد المداولات المعنية

بالتصديق الصريح لتشمل:

-الميزانيات والحسابات.

-قبول الهبات والوصايا الأجنبية¹.

-اتفاقيات التوأمة.

-التنازل عن الأملاك العقارية .

الملاحظ أن نص المادة 57 من قانون البلدية رقم 10 -11 قد بدأ بعبارة " لا تنفذ المداولة إلا

بعد المصادقة عليها، "وفي ذلك دلالة على ضرورة الحصول على المصادقة كشرط لتنفيذ المداولة،

ويعود المشرع في نص المادة 58 من ذات القانون ليُعلن أن المداولات التي اشترط فيها المصادقة

الصريحة خلال 30 يوما تعتبر في حكم المصادق عليها بمرور هذا الأجل.

لذا نرى بأن هناك عدم تناسق وانسجام بين نص المادتين 57 و 58 مع أنهما ينطويان تحت ظل

قانون واحد، وربما هذا ما دفع مجلس الدولة إلى عدم اعتبار المداولة مصادق عليها حتى بعد

مرور 30يوماً واشتراط الموافقة الصريحة في هذا الشأن² .

ولإعطاء ديناميكية في التسيير الإداري للولاية، أجاز المشرع الجزائري لرئيس الدائرة المختص

اقليميا بالتصديق على مداولات المجالس الشعبية البلدية بإعتباره مفوضا عن الوالي³، فإذا كانت

المداولة خالية من أية أخطاء فإن رئيس الدائرة يصادق عليها، وترجع بعدها للبلدية لتعليقها في

1 فالهبات والوصايا من مصدر أجنبي يحتاج إلى تحريات، وهو ما نصت عليه المادة 134 في فقرتها الأخيرة من قانون الولاية رقم 07 - 12 بنصها " يخضع قبول الهبات والوصايا الممنوحة للولاية من الخارج إلى الموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالداخلية."، وهو ما أكدته أيضًا المادة 171 من قانون البلدية رقم 10 - 11، على " يخضع قبول الهبات والوصايا الأجنبية للموافقة المسبقة للوزير المكلف بالداخلية ويتم جردها وإدراجها في الميزانية."

2 قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، فهرس 224، أقر بأن مداولة المجلس الشعبي البلدي لا تعد وثيقة رسمية إلا بعد المصادقة عليها من طرف السلطة الوصية وذلك في قضية (د م) ضد رئيس بلدية بوسعادة ومن معه وهو الأصوب.، نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملوبا، الملتقى في قضاء مجلس الدولة، ج2، دار هومة، الجزائر، 2004، ص27.

3 نصت المادة 10، من م ت رقم 94-215، المؤرخ في 23 يوليو 1994، المحدد لأجهزة الإدارية العامة في الولاية وهياكلها، على أنه: " تحت سلطة الوالي ويتفويض منه، على الخصوص ما يأتي :

- يصادق على مداولات المجالس الشعبية البلدية، حسب الشروط التي يحددها القانون، والتي تكون موضوعها ما يأتي :

- المناقصات، الصفقات العمومية والمحاضر والإجراءات"، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 27 يوليو 1994.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الأماكن المخصصة للإلصاق وإعلام الجمهور¹، ولا ينتج عن المصادقة على المداولة أثر في بداية تنفيذ الخدمة أو الأشغال، إذ لا بد خضوع الصفقة لرقابة مالية مسبقة-تأشيرة المراقب المالي-حتى تدخل حيز التنفيذ² إلا ما استثناه المشرع بنص خاص³، هذا وقد رأى بعض الباحثين أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة إصدار أمرا بأداء الخدمة أو انطلاق الأشغال للمؤسسة التي تحصلت على الصفقة بمجرد المصادقة على المداولة⁴.

ب- إبطال المداولة :

بالإضافة إلى إجراء التصديق تخضع مداورات المجالس المحلية للإلغاء، وهو الإجراء الذي يسمح للجهة الوصية أن تزيل بمقتضى سلطاتها قرارًا صادرًا عن جهة لامركزية لأنه مخالف لقاعدة قانونية أو لمساسه بالمصلحة العامة، فالإلغاء أو الإبطال أوضح صورة لسمو السلطة الوصية على المجالس المحلية المنتخبة، مع العلم أن المشرع استعمل مصطلح البطلان من بدلا للإلغاء، ولا يمكن للجهات الوصية اللجوء إلى هذه الآلية، إلا نصت على ذلك قاعدة قانونية صريحة وواضحة، استنادًا لمبدأ "لا وصاية إلا بنص"، تنقسم مداورات المجالس المنتخبة ولائية كانت أو بلدية من حيث خضوعها للإلغاء، إلى مداورات باطلة بطلانًا مطلقًا وأخرى باطلة بطلانًا نسبيًا أو قابلة للبطلان.

-البطلان المطلق :

بالنسبة لمداورات المجلس الشعبي الولائي، فتكون باطلة بطلانًا مطلقًا في الحالات الآتية⁵:

-المتخذة خرقًا للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات،

-التي تمس برموز الدولة و شعاراتها،

-غير المحررة باللغة العربية،

-التي تتناول موضوعًا لا يدخل ضمن اختصاصاته،

-المتخذة خارج الاجتماعات القانونية للمجلس،

-المتخذة خارج مقر المجلس الشعبي الولائي .

أما مداورات المجلس الشعبي البلدي⁶، فتتمثل في:

1 المادة 40، من قانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية،السالف الذكر .

2 المادتين 156 و 196، من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن ت ص ع و ت م ع،السالف الذكر .

3 المادة 12، من نفس المرسوم.

4 نيا ب نادية،آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية،المرجع السابق،ص155.

5 المادة 51، من قانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية،السالف الذكر.

6 المادة 59، من القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية،المعدل والمتمم،السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-المداولات المتخذة خرق للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات،

-التي تمس برموز الدولة وشعاراتها،

-غير المحررة باللغة العربية".

يقوم الوالي بمعاينة المداولة ويصدر في حقها قرار البطلان، إذا توافرت فيها حالة من الحالات السابقة الذكر، وتندرج حالة الصفقات العمومية ضمن المطة الأولى من المادة 59 أعلاه، بإعتبارها تخضع للتنظيم الصفقات العمومية وابطال المداولة بطلانا مطلقا، إذا كانت مخالفة هذه القوانين والتنظيمات تعتبر مخالفة جسيمة، وللهيئات المركزية السلطة التقديرية في تقدير هذه المخالفة ومدى جسامتها.

-البطلان النسبي :

بالنسبة للمداولات المجلس الشعبي الولائي، فقد حددت المادة 57 من قانون الولاية أحكام البطلان النسبي وجاء فيها" يُمكن أن يثير الوالي بطلان المداولة المنصوص عليها في المادة 56...."أعلاه خلال الخمسة عشر (15) يوما التي تلي اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي التي اتخذت خلالها المداولة"، وبالرجوع إلى المادة 56 نجد أن سبب البطلان يرجع إلى توافر إحدى صور تعارض المصالح ، فقد يكون للعضو المنتخب أنشطة ووظائف غير العمل الانتخابي كالاستثمارات والمقاولات وممارسة الأعمال التجارية بأسماء مستعارة أو باسم الأصول أو الفروع وغيرها فيكون ملزماً بضرورة الإبلاغ عنه.

وإعمالا لشفافية العمل الإداري وتدعيما للنزاهة، حددت المادة 60 من قانون البلدية رقم 10-11، حالات البطلان النسبي ويتمثل في ارتباط مداولة بمصلحة شخصية للرئيس أو بعض أو كل أعضاء إما بأسمائهم الشخصية أو كوكلاء أو تمس بمصلحة أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم حتى الدرجة الرابعة، حفاظ على مصداقية أعمال لمجلس الشعبي البلدي.

من أجل تفادي هذا النوع من البطلان، يلزم كل عضو في حالة تعارض المصالح أن يُصرح بذلك أمام رئيس المجلس الشعبي البلدي¹، وإن كان هذا الأخير هو المعني عليه التصريح بذلك أمام المجلس الشعبي البلدي طبقاً للمادة المذكورة أعلاه، وعدم الإدلاء بهذا التصريح يكيّف الأمر من

1 المادة 60، فقرة 03، من القانون رقم 10-11، المتعلق بالبلدية، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

منظور قانون رقم 06-01 المتعلق وق ف م على أنه جريمة فساد، ويثبت البطلان النسبي بقرار معل من الوالي، مع أن المشرع لم يحدد المدة التي يلتزم فيها الوالي بإبطال المداولة .

لكن الأجدر في نظر-الباحث- واعتبر المشرع" تعارض المصالح "من حالات البطلان المطلق لمحاربة مظاهر الفساد والمتاجرة بالوظيفة العامة، لاسيما وأن نص المادة 60 من قانون البلدية لم ينص بصفة صريحة على نوع البطلان، إذ بدأ النص "لا يمكن "...وانتهى بـ "وإلا تعدّ هذه المداولة باطلة"، فهي أقرب في مبناها ومعناها للبطلان المطلق منه للبطلان النسبي.

2- فعالية الرقابة الوصائية في مجال الصفقات العمومية

لا شك أن المشرع حين يفرض رقابة ما على جهة معينة، فإنه ينبغي تحقيق جملة من المقاصد العامة، ولما كانت الرقابة آلية قانونية تعين على مختلف هياكل الدولة ومؤسساتها وأجهزتها الرسمية وهيكلها المنتخبة، وجب بالضرورة إخضاع أعمال المجالس البلدية والولائية إلى رقابة وصائية تمارسها جهات إدارية محددة، طبقاً للقانون ووفقاً لإجراءات مبيّنة.

كما أن المشرع كان ولا يزال ينظم مسألة الرقابة الوصائية بموجب مادة واحدة¹، وهذا ما يطرح مسألة الغموض الذي يكتنف هذه الرقابة، خاصة وأن مجال الصفقات العمومية هو مجال الواسع يتضمن إجراءات غاية في التعقيد، كما أن تنفيذها يتوجب رقابة واضحة المعالم لتفادي الإنحرافات، كذلك لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تبيان أهداف رقابة الوصاية خاصة في مجال الصفقات العمومية؛ بحيث لا يمكن اعتبار فكرة الوصاية على أعمال الإدارة مجرد إجراءات بيروقراطية أو روتينية، بل القصد منها ضمان سلامة ومشروعية سائر الأعمال الصادرة عن الإدارة.

ومن جهة أخرى، لم يفصل تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في مضمون هذه الرقابة ولا في الكيفية التي تتم بها مما يجعلها مفرغة من محتواها، مما يستوجب الرجوع للقواعد العامة للرقابة الوصائية في قانوني الولاية والبلدية لفهم هذا النوع من الرقابة، كما أن غياب الاستراتيجية للرقابة الوصائية على الصفقات العمومية في ظل التنظيمات المتتالية والمتعلقة بالصفقات العمومية من شأنه أن يحد من فعالية هذه الرقابة؛ لأن عدم تكريس آلية محددة لتعامل مع هذا النوع من العقود الإدارية، وعدم وجود غطاء قانوني واضح لتنظيم هذه المسألة يؤدي لا محالة إلى الوقوع في التجاوزات والإنحرافات سواء كانت الإدارية أو المالية.

1 المادة 164، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وتجدر الإشارة أيضا إلى عدم وجود أي تنسيق أو انسجام بين رقابة الوصاية ورقابة اللجان سواء الداخلية أو الخارجية، وبالتالي مسألة تفعيل دور رقابة الوصاية في مجال الصفقات العمومية يتطلب دراسة التنسيق بين مختلف أوجه الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية.

كما يمكن أن تمارس رقابة الوصاية عند الإنتهاء من تنفيذ الصفقة بعد التسليم النهائي للمشروع، بحيث تلتزم المصلحة المتعاقدة بإعداد المصلحة المتعاقدة بإعداد تقرير يسمى "تقريراً تقييمياً" تصف فيه بدقة ظروف إنجاز المشروع وكلفته الإجمالية مقارنة مع الهدف المسطر أصلاً¹، ويسلم التقرير حسب نوعية وطبيعة النفقة الملتزم بها إلى المسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني²، أما بالنسبة للإجراء الأخير التي جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، هي ارسال نسخة من التقرير إلى سلطة ضبط الصفقات والعمومية وتفويضات المرفق العام³.

الفرع الثاني: قواعد سير لجان الصفقات العمومية والآثار القانونية المترتبة عنها .

سميت بالرقابة الخارجية على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، كون هذه الهيئات التي تقوم بهذه الرقابة لا تخضع للمصلحة المتعاقدة وليس لهذه الأخيرة سلطة رئاسية على أعضائها بحيث لا يمكن التأثير على قراراتها، وبالتالي فهي لجنة سيدة مستقلة لا تخضع إلا للقانون ولها كامل الصلاحيات في دراسة الملفات المعروضة عليها، والبت فيها سواء بقبولها وإعطاء التأشير عليها أو رفض، غير أنه في حالة الرفض يجب أن يكون معلل ومستندا إلى القانون، والهدف من تقرير هذه الرقابة هو حماية المال العام الذي يسعى المشرع جاهدا من أجل سد كل الثغرات التي يمكن استغلالها في نهب المال العام.

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أنه نص على قواعد سير لجان الرقابة الخارجية، وقد خصها المشرع بأحكام مشتركة تسري على جميع اللجان ضمن القسم الفرعي الثالث بعنوان أحكام مشتركة، (البند الأول) ورتب آثار القانونية المترتبة عن ممارسة لجان الصفقات العمومية لإحتصاصها الرقابي (البند الثاني) .

1 المادة 146، فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 164، الفقرة 03، من نفس المرسوم.
3 المادة 164، الفقرة الأخيرة، من نفس المرسوم .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

البند الأول : الأحكام المشتركة المنظمة لعمل لجان الصفقات العمومية .

انطلاقاً من تصنيف لجان الصفقات العمومية الى وطنية وأخرى محلية ضمن هيئات الرقابة القبلية للصفقات العمومية، يتبين أنها تختلف باختلاف درجاتها في العمل الإداري المركزية أو اللامركزية، فيما يتعلق بكيفية تعيين الأعضاء (أولاً) وطريقة سير عمل لجان الصفقات العمومية.

أولاً : تعيين أعضاء اللجان الرقابية لصفقات العمومية

يعين أعضاء لجان الصفقات ومستخلفوهم باستثناء من عين بحكم وظيفته، من قبل إدارتهم بأسمائهم بهذه الصفة لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد¹، وهذا التعيين يتم على مستوى مختلف المصالح التي لها تمثيل في لجنة الصفقات، وفي هذا الشأن يتم تعيين أعضاء اللجان البلدية والولائية من قبل الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة لممثل المصلحة المتعاقدة، ويعين المنتخبون بموجب مداولة المجلس المحلي، وكذلك لجنة المؤسسات العمومية المحلية التي أقر التنظيم بوجود عضوية عن الممثل عن المجموعة الإقليمية المعنية² وهو أمر يحسب للمشرع، إلا أن الأمر يختلف تماماً بالنسبة للجنة الجهوية، القطاعية³ أو اللجنة الخاصة بالمؤسسات العمومية الوطنية.

أما لممثلي المصالح المتعاقدة فيتم تعيينهم "بحكم وظائفهم" من قبل المسؤولين عنهم، فممثلي وزير المالية هما المراقب المالي والمحاسب العمومي ومستخلفيهما يتم تعيينهم من قبل وزير المالية، ومدير التجارة بالولاية ومستخلفه يتم تعيينهما من قبل وزير التجارة، وممثل المصلحة المعنية بالخدمة للولاية ومستخلفه، يتم تعيينهما من قبل الوزارة التي ينتميان إليها بحسب الحال (الري، البناء، إلخ)...، ويكون التعيين بموجب محاضر مكتوبة، وبعد استيفائها يقوم رئيس لجنة الصفقات العمومية المختصة بتتصيب اللجان، ويحرر على إثر ذلك محضر بإحداث هذه اللجان⁴.

ولم يحدد المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ولا قوانين الجماعات المحلية طريقة اختيار المنتخبين المحليين الذين يتم تعيينهم في اللجان المحلية للصفقات، ويبدو من ذلك إعطاء الحرية للمجالس المنتخبة في اختيار المعايير المعتمدة في ذلك⁵.

1 المادة 176، الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 175، من نفس المرسوم.

3 المادة 187، من نفس المرسوم.

4 المادة 177، من نفس المرسوم.

5 وقد يعتمد على الولاءات والحسابات السياسية والشخصية الضيقة لاختيار المنتخبين الذين يمثلون المجالس المحلية في لجان الصفقات، كما قد يلاحظ تغيير هؤلاء الممثلين خلال فترات زمنية متقاربة، مما ينعكس سلبياً على تطبيق مبدأ الرقابة الشعبية"، كما يرى البعض أيضاً، أن "ضعف مستوى وكفاءة المورد البشري المكوّن للمجالس المنتخبة" يؤثر بشك كبير على أداء المهام المنوطة بها"، ثابتي بوحانة، استقلالية الجماعات الإقليمية في الجزائر بين الحقيقة القانونية والممارسة العملية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد رقم 17، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص 48.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ويلاحظ أن المشرع الجزائري بين قد ميز بين طريقة تعيين أعضاء اللجان المنشأة بموجب المواد 173، 174، و171، وبين اللجان المنصوص عليها في المواد 172، 75، بحيث أرجع الإختصاص بالتعيين في اللجنة الجهوية واللجنة الولائية واللجنة البلدية الى رئيس اللجنة، أما اللجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، فإن التعيين يسند للسلطة الوصية على المؤسسة العمومية¹.

ثانيا : طريقة سير عمل لجان الصفقات العمومية

وضع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قواعد وأحكام سير عمل لجان الصفقات العمومية وبينها في مواد عديدة، مع الإشارة الى النظام الداخلي كمرجع أساسي، يتم الإستناد عليه في المسائل التي لم يوضحها المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، ولتسهيل هذه المهمة الرقابية يجب الإلتزام بالآجال القانونية لدراسة الملفات المعروضة عليها، حيث خصص تنظيم الصفقات العمومية الجديد قسما فرعيا كاملا لهذه القواعد²، إذ تتضمن كيفية ممارسة هذه اللجان لمهامها الرقابية مع تحديد آجال كل إجراء رقابي .

1-اجتماعات وجلسات لجان الصفقات العمومية

إن ممارسة لجان الصفقات العمومية سواء على المستوى المحلي أو الوطني لمهامها الرقابية، تتطلب من أعضائها المحددين الإجتماع بصفة دورية ومستمرة، وبهذا الشأن نصت المادة 191 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، على أنه:" تجتمع اللجنة القطاعية للصفقات ولجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، التي تدعى في صلب النص" اللجنة" بمبادرة من رئيس كل منهما".

ويقصد باللجنة حسب هذا النص لجان صفقات المصلحة المتعاقدة، التي تنصيبها من طرف رئيسها ،أي من قبل الوالي بالنسبة لصفقات الولاية ورئيس المجلس الشعبي بالنسبة لصفقات البلدية،

1 تنص المادة 166، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "يعين أعضاء اللجان بموجب أحكام المواد 171، 173، 174، أدناه بموجب مقرر من رئيس اللجنة، ويعين أعضاء اللجان المنشأة بموجب المادتين 172 و 175 أدناه، بموجب مقرر من السلطة الوصية على المؤسسة العمومية"، السالف الذكر.

2 وذلك في القسم الفرعي الثالث، المعنون بأحكام المشتركة، من القسم الثاني المتعلق بهيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية ،من الفصل الخامس الخاص بالرقابة، والذي تضمن 12 مادة، من المادة 191 إلى 202، بحيث وضحت القواعد الإجرائية التي تتبعها لجان الصفقات العمومية عندما تقوم بأداء مهمتها الرقابية على الصفقات العمومية المختصة بها.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

والوزير المعني بالنسبة لصفقات التابعة لها، وفق السقف المالي المحدد قانونا، ويكون ذلك بموجب مقررات إحداه اللجان .

وتجدر الإشارة أن هذه اللجان بإمكانها توجيه الدعوة، على سبيل الإستشارة لأي شخص ذو خبرة لمساعدة اللجنة في أشغالها¹، لاسيما فيما يتعلق بالمشاريع الكبرى التي تتطلب خبرة فنية وتقنية عالية، مع العلم أن جميع المشاركين في الإجتماعات للجنة بأي صفة كانت بالسر المهني².

أ- انعقاد اجتماعات اللجان:

تنتقل اجتماعات لجان الصفقات العمومية بمهامها وفق نظام محدد، من خلال عقد الاجتماعات المحددة في جدول أعمال معد سلفا ووفقا لنصاب قانوني، وتقرغ أعمالها في شكّ محاضر.

- جدول الأعمال :

على رئيس اللجنة أن يفكر جيدا في جدول الأعمال ويرتبه ترتيبا مناسباً يعكس المشاكل المطروحة وأبعادها والمدى الذي يتوقع للجنة أن تذهب إليه في المناقشات، والرئيس الفردي هو الذي يقوم بإعداد الجدول بالكامل مقدما، وربما يطبعه ويسلمه للأعضاء ويطلب منهم الالتزام به على أساس أن هذا هو الأمر المفروض، أما الرئيس المرن فهو الذي يطلب من الجماعة أن تقرر جدول الأعمال على ضوء مناقشة مبدئية مسبقة³.

ومن أجل تنظيم أعمال لجان الصفقات، يعد كل اجتماع جدول أعمال، يحدد بدقة المسائل التي يتم التعرض لها في الاجتماع المعني⁴، وذلك وفقا لتاريخ ورود الملفات والأولويات المعتمدة، وقد أقر المرسوم التنفيذي رقم 11-218، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، بأنه يجوز رئيس اللجنة بصفة استثنائية، تغيير ترتيب البرمجة للسماح بالتكفل بملفات ذات طابع استعجالي⁵، وهذا التقرير محل نظر، إذ أن حالات الاستعجال تم تنظيمها بنصوص خاصة.

1 المادة 191، فقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 194، من نفس المرسوم .

3 حمدي فؤاد علي، التنظيم والإدارة الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 1981، ص 236.

4 تنص المادة 15، من م ت ر ق م 11-218، المؤرخ في 16 مارس 2011، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، على أن "تسجل في جدول الأعمال مشاريع دقاتر شروط المناقصات والتراضي بعد الاستشارة ومشاريع الصفقات والملاحق والاطعون . "، وتنص المادة 17 من ذات المرسوم على أن: "تسجل في جدول الأعمال، أيضا كل المسائل التي لها علاقة بصلاحيات اللجنة وزيادة على الرئيس، فإنه يمكن كل عضو في اللجنة طلب تسجيل مسألة ما في جدول الأعمال "، ج، ر، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 13 مايو 2011.

5 تنص المادة 16، من نفس المرسوم، على أن "تبرمج الملفات في جدول الأعمال بحسب ترتيب وصولها، غير أنه يمكن رئيس اللجنة بصفة استثنائية، تغيير ترتيب البرمجة للسماح بالتكفل بملفات ذات طابع استعجالي، تدرس الملفات التي عالجتها اللجنة وكانت موضوع تأجيل لاستكمال المعلومات، في أجل ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا"، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ولا يظهر أي داعي للنص مرة أخرى عليها بهذا الصدد، حيث يُخشى الاستناد غير المبرر على حالات استعجال لمفاجئة أعضاء اللجنة بملفات لم تتح لهم الفرصة لدراستها ومراقبتها، حيث يفرض عليهم المصادقة عليها على وجه السرعة مع غياب رقابتهم الفعلية عليها، إذ أن المفترض أن تجتمع لجنة الصفقات بناء على استدعاء يوجهه الرئيس للأعضاء، قبل ثمانية (08) أيام على الأقل من موعد الاجتماع، هذا الأخير الذي ينبغي أن يعقد في مقر المصلحة المتعاقدة¹، كلما كان ذلك ممكنا وفي الوقت المحدد له.

- تعيين المقرر :

نصت المادة 193 في فقرتها الأولى من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه: "يعين الرئيس أحد أعضاء لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة، ليقدم تقريرا تحليليا عن الملف"، ونصت الفقرة الثانية على أنه: "ويعين الرئيس أحد أعضاء لجنة القطاعية للصفقات أن عند الحاجة خبيرا ليقدم للجنة تقريرا تحليليا عن الملف"، ما يلاحظ في نص هذه المادة، أن المشرع ميز بين اللجنة القطاعية وباقي اللجان في مسألة العضو الذي يوكل له مهمة إعداد التقرير، حيث منح للرئيس تعيين خبير ليقوم بهذه المهمة، وهذا أمر محمود نظرا لأهمية الصفقات العمومية ذات البعد الاقتصادي والتقني، ويسمى هذا العضو بالمقرر "le rapporteur".

يعين المقرر من طرف رئيس كل لجنة خصيصا لكل ملف، ولا يمكن تعيين رئيس ونائب رئيس لجنة الصفقات بصفة مقرر، وفي حالة غياب المقرر أو حصول مانع له لمدة تفوق ثمانية (08) أيام، يتم استخلافه بالنسبة للملفات المعنية، وعملا على تفادي إرجاء دراسة ملف مسجل في جدول الأعمال في حالة غياب المقرر أو حصول مانع له، فإنه يجب على المقرر أن يعلم رئيس اللجنة بذلك ضمن آجال كافية² لتمكينه من استخلافه في الوقت المناسب³.

بهدف مساعدة المقرر في القيام بمهمته فرضت المادة 193 فقرة 4 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إرسال الملف كاملا قبل ثمانية (08) أيام على الأقل من انعقاد الاجتماع المخصص لدراسة هذا الملف، حيث ينهي المقرر دراسته للملف بتقرير التحليلي الذي يقدمه

1 تنص المادة 35، م ت رقم 11-218، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، على أنه "يرسل استدعاء إلى كل عضو في اللجنة قبل ثمانية (08) أيام من انعقاد الجلسة، يعلم فيها بمكان وتاريخ وتوقيت وجدول أعمال اللجنة وذلك بكل الوسائل بما فيها البريد العادي و / أو البريد الإلكتروني..."، السالف الذكر.

2 ولا يعلم المقصود بعبارة " آجال كافية"، ومن الذي يقدر كفاية الأجال من عدمها، فقد يرى رئيس لجنة الصفقات أن مهلة يوم أو يومين قبل انعقاد الاجتماع، تعد أجالا كافية لاستبدال المقرر المتغيب بعضو آخر.

3 المادة 10، من نفس المرسوم .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

لبقية الأعضاء يحتوي على حوصلة قابته للملف المعني، ويتضمن كل الملاحظات والنقائص والثغرات التي قد يلاحظها¹، وتكون نتيجة التقرير إما قبول الملف كاملاً أو قبوله بتحفظ أو رفضه.

-تنظيم الاجتماعات :

تقوم لجان الصفقات بأعمالها في شكّ مداولات، حيث يتولى رئيس اللجنة إحالة الكلمة والتداول عليها من عضو لآخر بشكّ منظم، وينبغي أن يتيح هذا التداول فرصة التدخل بشكّ متساو بين جميع الأعضاء²، ويتم تصويت أعضاء اللجنة بعد التداول في كل ملف وفقاً لما هو محدد³، وبعد إتمام لجنة الصفقات لمناقشاتها واستيفاء دراسة النقاط المدرجة في جدول الأعمال، تقوم الكتابة العامة بتحرير محضر انعقاد اللجنة الذي يبين نتائج التصويت والقرارات التي تم اتخاذها، أو التحفظات التي تم ابدائها وكذا ذكر أسماء الأعضاء الحاضرين وتوقيعهم وذكر الأعضاء الغائبين⁴.

ب-الحضور الشخصي في الاجتماعات اللجان

تأخذ المشاركة في اجتماعات لجان الصفقات طابعاً شخصياً، بحيث يقع على عاتق هؤلاء الأعضاء عدة التزامات أهمها الحضور المنتظم للاجتماعات، ولا يسمح بحضور أي شخص كان من غير هؤلاء الأعضاء الوارد اسمائهم في مقرر التعيين بإستثناء المستخلفين⁵، حيث نصت المادة 191 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، على أنه: " يتعين على أعضاء اللجنة أن يشاركوا شخصياً في اجتماعاتها، وفي حال غيابهم أو حدوث مانع لهم، لا يمكن أن يمثلهم إلا مستخلفوهم".

1 تنص المادة 08 ، م ت رقم 11-218،المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية ، على أنه " تقدم التقارير التحليلية للملفات عند دراسة اللجنة للملف، من قبل مقرر ، يعين خصيصاً لك ملف... يدرج التقرير التحليلي الممضي وجوباً من طرف المقرر ضمن الملف، ويجب أن يحتوي التقرير التحليلي على حوصلة المقرر حول الملف، وكذا كل الملاحظات و / أو التحفظات حول الملف المدروس ."

2 تنص المادة 20،م ت رقم 11-218 ،المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية ،على أنه : "تكون التدخلات في مناقشات اللجنة بمجرد طلب يوجه إلى الرئيس أثناء الجلسة، ويعطي الرئيس الكلمة لك متدخل ويمكنه أيضاً تحديد وقت تدخل كل عضو تكون للتدخلات المتعلقة بالتذكير بالنظام الداخلي الأسبقية على المسألة الرئيسية خلال مناقشات اللجنة."

3 تنص المادة 21،من نفس المرسوم،على أنه: " يقوم رئيس اللجنة، إذا اقتضى الحال، بعد انتهاء المناقشات، بصياغة الاقتراحات التي يتم التداول بشأنها،ولا يتم التداول في أي قضية قبل أن يعطي الرئيس الكلمة للأعضاء الذين يرغبون في الإدلاء بأرائهم .تتم المصادقة على الرأي المتعلق بكل ملف بعد عملية التصويت، ويجري التصويت عن طريق رفع اليد،عند عدم وجود أي معارضة أو اعتراض حول الملف المعني، فإنه يذكر في محضر الجلسة أن المداولة تمت الموافقة عليها بالإجماع .تعتمد نتيجة عملية التصويت بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين .وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً .يجب ترتيب المداولات حسب الترتيب الزمني في سجل مرقم ومؤشر عليه من رئيس اللجنة ويجب أن توضع فيه تفاصيل عمليات التصويت ويجب أن تكون كل مداولة موقعة من جميع الأعضاء الحاضرين في الجلسة وفي غياب ذلك، يذكر السبب الذي منعه من الإضياء تعتبر الآراء مصادقاً عليها فور انتهاء الجلسة .يمضي كل الحاضرين في جلسات اللجنة ورقة حضور يذكر فيها الأسماء والصفات ."

4 تنص المادة 22 ، م ت رقم 11-218 ،المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية ،على أنه : " تتوج كل جلسة بمحضر يعتبر هو الأصل، ويسجل في سجل للمداولات الذي يحتوي من ضمن ما يحتويه، القرارات المعلنة ونتائج التصويت والتحفظات المعبر عنها وكل رأي طلب عضو في اللجنة تسجيله .ويجب أن يذكر في المحضر ما إذا كانت التحفظات المعلنة موقفة أو غير موقفة ويذكر من بين التحفظات الموقفة تلك التي يخضع رفعها لموافقة اللجنة .كما يجب أن يذكر في المحضر أسماء الحاضرين والغائبين بعذر والغائبين بدون عذر وفي حالة عدم توفر النصاب يتم إعداد محضر عدم اكتمال النصاب فوراً .ترسل نسخة من المحاضر إلى كل الأعضاء وإلى المقرر .يمضي رئيس اللجنة مستخرج محضر الاجتماع يذكر فيه تحفظات اللجنة، إن وجدت، وتقوم الكتابة بتبليغه إلى المصلحة المتعاقدة في أجل أقصاه ثمانية وأربعون (48) ساعة من تاريخ انعقاد الاجتماع ."

5 تنص المادة 28،م ت رقم 11-218،المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، لى أنه: " يتعين على أعضاء اللجنة حضور كل جلسات اللجنة"،السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ويلاحظ الأهمية التي أولاها المرسوم التنفيذي رقم 11-218 لمسألة حضور الأعضاء، فقد نصت المادة 30 منه على أنه: " يجب أن تبرر غيابات الأعضاء برسالة توجه إلى رئيس اللجنة، ويبلغ بكل غياب غير مبرر إلى علم السلطة التي عينت العضو، كما نصت المادة 31 على أنه: "يمكن الرئيس أن يطلب استبدال العضو الغائب بعد ثلاثة (03) غيابات متتالية وغير مبررة."

كما يقع على عاتق أعضاء لجنة الصفقات التقيد بالمدة الزمنية لدراسة الملفات، ومراعاة المصلحة العامة في ذلك¹، حيث " يعتبر عامل السرعة في إنجاز مختلف المشاريع من صميم المعايير التي تحدد مدى فعالية نظام الصفقات العمومية، ومنه نظام الرقابة القبلية عليها، فلا يعقل أن يكون هذا النظام سببا في تأخر إتمام المنشآت في حدود الآجال المخطط لها، وبالتالي إعاقة البرامج التنموية الحكومية، وتراكم التأخرات وتداخل المخططات المتعاقبة، حيث أن من بين أهم العراقيل التي تشكو منها المصالح المتعاقدة طول فترة التأشير على دفاتر الشروط والصفقات عند عرضها على لجان الصفقات.

ج-النصاب القانوني لمداورات لجان الصفقات العمومية

لا تصح مداورات اللجنة إلا بحضور الاغلبية المطلقة لأعضائها²، وإذا لم يكتمل النصاب القانوني بالنسبة لجدول أعمال معين، يجمع الرئيس اللجنة من جديد في غضون الثمانية (08) أيام الموالية، حول نفس جدول الأعمال، وتصح المداورات بعد استدعاء جديد بدون شرط النصاب، ومهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين³، وتتخذ القرارات في كل الأحوال بأغلبية الاعضاء الحاضرين وفي حالة التعادل يرجح صوت الرئيس، على أن يحظى الاشخاص الممثلين للمصلحة المتعاقدة والمصلحة المستفيدة من الخدمات والاجتماعات بانتظام وبصوت استشاري.

والملاحظ بهذا الصدد، أن غياب أعضاء لجان الصفقات وتخلفهم عن الحضور للجلسات، ولو بعد تنبيههم وتخلفهم مرة أخرى عن الحضور، لا ينبغي أن يكون سببا لإضعاف عملية الرقابة القبلية الخارجية على الصفقات العمومية، حيث أن الأولى هو إدراج جزاءات رادعة في حق هؤلاء المتخلفين بدون عذر.

1 تنص المادة 178 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر (20) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة. ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا المرسوم. "وتنص المادة 189 أن: "تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر رفض أو منح التأشير في أجل أقصاه خمسة وأربعون (45) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة".

2 المادة 191، بفقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 تنص المادة 18، من م ت رقم 11-218 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، على أنه إذا لم يكتمل النصاب بالنسبة لجدول أعمال معين، يجمع الرئيس اللجنة من جديد في غضون الثمانية (8) أيام الموالية، حول نفس جدول الأعمال، وتصح المداورات بعد استدعاء جديد بدون شرط النصاب، ومهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين"، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

في الأخير تتوج جلسات لجان صفقات العمومية المختصة بمحضر يتضمن نتيجة دراسة الملفات أمامها، إلا أن أعضاء هذه اللجنة لا يمكنهم القيام بمهامهم بشكل فعال، إلا إذا قام بمساعدتهم منسق بين اللجنة والمصلحة المتعاقدة وهي الكتابة الدائمة .

3- صلاحيات الكتابة الدائمة للجنة الصفقات .

قصد أداء لجان الصفقات العمومية لمهامها على أكمل وجه، أناط المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، مهمة أمانة اللجنة إلى " الكتابة الدائمة" توضع تحت سلطة رئيس اللجنة¹، وتتوزع مهامها بين تلك المتعلقة بالملفات المعروضة على اللجنة، وبين تلك التي تخص إعداد مراسلات لأعضاء اللجنة وتحرير محاضر الجلسات وتحضير اصدار التأشيرة.

أ- المهام الخاصة بالملفات المعروضة على اللجنة :

يبدو من طبيعة المهام المسندة لها أنها تشكل حلقة الوصل بين اللجنة والمتعاملين معها، فهي التي تستقبل الملفات من المصلحة المتعاقدة المستفيدة من الخدمة وتتأكد من أنه كامل، وفي ما إذا وجد نقص في الملف فإن كتابة اللجنة تحرر إشعار بإعادة الملف للمصلحة المتعاقدة، مع نسخة من الإشعار والمستندات والوثائق الناقصة² .

وقد تضمنت المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، البيانات الإلزامية والتكميلية التي يجب أن تتضمنها كل صفقة عمومية، إلا أنها لم تشر الى مكونات الملف أو مختلف الوثائق الإدارية المرافقة له، حيث أنها تركت للنظام

1 تنص المادة 199، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، على أنه: " تتولى الكتابة الدائمة للجنة الموضوعة تحت سلطة رئيس اللجنة، بقيام بمجموع المهام المادية التي يقتضيها عملها، لاسيما منها ما يلي:
- التأكد من الملف المقدم كاملاً بالاستناد الى أحكام هذا المرسوم وحسب ما هو مبين في النظام الداخلي،
- تسجيل ملفات مشاريع الصفقات ومشاريع الملاحق، وكذلك أية وثيقة تكميلية، وإعطاء إشعار بالتسليم مقابل ذلك،
- إعداد جدول الأعمال،
- إعداد استدعاءات أعضاء اللجنة وممثلي المصلحة المتعاقدة والمستشارين المحتملين،
- إرسال الملفات الى المقررين،
- إرسال المذكرة التحليلية لمشروع الصفقة أو الملحق والتقرير التقديمي إلى أعضاء اللجنة،
- ارسال ملفات مشاريع دفا تر الشروط والطعون إلى أعضاء اللجنة،
- تحرير التأشيرات والمذكرات ومحاضر الجلسات،
- متابعة رفع التحفظات بالإتصال مع المقرر .
- إعداد التقارير الفصلية عن النشاط،
- تمكين أعضاء اللجنة من الإطلاع على المعلومات والوثائق الموجودة لديها،
- متابعة رفع التحفظات المنصوص عليها في المادة 195 من هذا المرسوم، بالإتصال مع المقرر "" .السالف الذكر .
2 المادتين 33، 34، من م ت رقم 11-218، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الداخلي لجان الصفقات العمومية، الذي حدد العناصر المكونة للملف الخاضع لتأشيرة اللجنة بعد الإعلان عن المنافسة، والتي تتمثل في¹ :

- مشروع صفقة يحتوي كل الشروط التي تسمح بإنجاز الخدمات المزمع القيام بها، ويجب أن يكون مرفقا بكشف وصفي وتقديري والكمي وعند الإقتضاء جدول الأسعار الوحدوية، كما يجب أن يكون مرفقا بكل الوثائق التبريرية والوثائق التقنية ورسالة العرض في حالة الإعلان عن المنافسة، وتصريح بالإكتتاب وتصريح بالنزاهة .

- العروض التقنية والمالية المعدة طبقا لأحكام دفتر الشروط.

- دفتر الشروط مؤشر عليه مرفقا بمقرر التأشيرة للجنة الصفقات المختصة .

- الإعلانات الإشهارية للإعلان عن المنافسة وعن المنح المؤقت للصفقة.

- في حالة وجود الطعون ارفاق نسخة منها ونسخة من رد المصلحة المتعاقدة ،وكذلك نسخة من رأي لجنة الصفقات المختصة التي فحصت الطعون، في حالة وجود طعون قضائية ارفاق نسخة من قرار العدالة .

- مقررات تعيين أعضاء ، لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

- محاضر اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض .

- تفويض السلطة بالامضاء ،عندما لا يكون الموقع على الصفقة هو المسؤول المكلف قانونا.

- بطاقة فردية للعملية وعند الإقتضاء مقرر التمويل المناسب.

- الوثائق التبريرية للحصة الممكن تحويلها بالنسبة للمتعهدين الأجانب .

- المذكرة التحليلية .

- تقرير تقديمي للملف يذكر بالنتائج المتوخاة من مشروع الصفقة، وكل معلومات إضافية من شأنها أن تقدم توضيحات لأعضاء لجنة الصفقات .

- بطاقة تقنية مفصلة لتقديم العارض أو العارضين المختارين².

- ما يتعلق بمراسلات الأعضاء :

1 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع،السالف الذكر.
2 نموذج مذكرة تحليلية، من م ت رقم 11-218،المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

بعد أن تتسلم الكتابة الدائمة ملفات الصفقات من مختلف المصالح المتعاقدة وجدولتها، تأتي مرحلة التنسيق بينها وبين أعضاء لجنة الصفقات، وفي هذا الإطار تقوم الكتابة الدائمة للجنة الصفقات ب:

- توجيه استدعاء لكل أعضاء اللجنة لحضور أشغال الجلسة قبل ثمانية (08) أيام، يعلم فيها بمكان وتاريخ وتوقيت وأهم نقاط المدرجة في جدول الأعمال، كما ترسل استدعاء لممثلي المصلحة المتعاقدة، إضافة إلى أنه يمكن لأمانة اللجنة بعد استشارة أعضائها، و توجيهه على سبيل الإستشارة لأي شخص ذو خبرة من شأنه أن يساعدها في أشغالها¹، وما يمكن ملاحظته بهذا الشأن أنه الى جانب المراسلات الورقية يمكن الإستعانة بالوسائل التكنولوجية الحديثة كالبريد الإلكتروني في إرسال الإستدعاء إلى أعضاء اللجنة، وهو موقف يحسب للمشرع الجزائري .

-إرسال المذكرة التحليلية للصفقة إلى أعضاء اللجنة، إلى جانب التقرير التقديمي عن كل مشروع صفقة أو ملحق، بحيث يتضمنان جميع العناصر الأساسية التي تمكن اللجنة من ممارسة مهامها الرقابية على تلك الملفات، وتتولى المصلحة المتعاقدة إعداد المذكرة التحليلية المرفقة بالتقرير التقديمي²، وترفق هاتين الموثقتين بملف الصفقة مع بقية الوثائق الأخرى، ليسلمها المسؤول عن الأمانة لجميع أعضاء اللجنة، في أجل لا يقل عن ثمانية (8) أيام، حتى يتمكن الأعضاء من استيعاب مضمون الصفقة.

-ما يتعلق بإصدار التأشيرة :

تتمثل مهام الكتابة الدائمة للجان الصفقات المتعلقة فيما يخص التأشيرة فيما يلي :

-تحرير التأشيريات والمذكرات ومحاضر الجلسات، وذلك عقب اختتام لجان الصفقات العمومية لأشغالها، وتتوج هذه العملية الرقابية بمنح التأشيرة أو رفض ذلك، وتتولى الكتابة الدائمة للجان الصفقات هذه المهمة³.

1 المادة 199، المطبة 04، من المرسوم الرئاسي رقم15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 35 ، من نفس المرسوم.

3 تنص المادة 12، المطبة 07، من م ت رقم 11-218،المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية،على أنه:" تتولى كتابة اللجنة القيام بمجموع الأعمال المادية التي تقتضيها مهمتها لا سيما تلك المذكورة أدناه :

- تحرير التأشيريات والمذكرات ومحاضر الجلسات،".

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-متابعة رفع التحفظات غير الموقفة¹، عن طريق تعمل كتابة الدائمة للجان الصفقات على متابعة رفع التحفظات غير الموقفة بالإتصال بالمقرر²، وتفحص مدى استجابات المصلحة المتعاقدة للملاحظات التي خرج بها أعضاء اللجنة .

وتحدثت المادة 199 في المطة 09، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، عن إعداد كتابة اللجنة لتقارير فصلية عن النشاط³، ولم تبين آجال إعداد تلك التقارير ولا الجهة المختصة للنظر فيها.

البند الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن ممارسة لجان الصفقات العمومية لإختصاصها الرقابي.

رغم اختلاف لجان الرقابة الإدارية الخارجية في مستوياتها وكيفيات تشكيلها ومجال اختصاصها يتوج عملها بمنح أو رفض التأشيرة⁴، فالتأشيرة هي المعبرة عن إرادة اللجنة وهي المتوجة لعملها، إذ تعتبر لجان الصفقات العمومية على اختلاف مستوياتها مركز اتخاذ القرار في ما يخص الصفقات الداخلة في اختصاصها، وتسلم لهذا الغرض تأشيرة وهذا المنح إما أن يكون شاملا أو بتحفظات.

فهي كما تقدم البيان، اجراء جوهري وأساسي مطلوب في كل الصفقات ضمن الشروط، ومراعاة للحدود المالية المطلوبة وفي دائرة المجال الوارد في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، من أجل ذلك جاءت المادة 196 من ذات المرسوم الرئاسي واضحة في فرض إجبارية التأشيرة بالنسبة لكل مصلحة متعاقدة، وبطلبها كل مراقب مالي أو محاسب مكلف، وهذه الإجراءات لاشك نحفظ مكانة لجنة الصفقات من جهة، وتؤكد على تجسيد مبدأ التسيير الجماعي للصفقة تفاديا لكل شبهة فساد من جهة أخرى.

أولا : منح أو رفض التأشيرة.

باعتبار أن لجان الصفقات العمومية هي مركز اتخاذ القرار، فإن ذلك يعني أن لها سلطة في منح التأشيرة من عدمها، وهي تفرض على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب العمومي⁵،

1 المادة 199، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 تنص المادة 12، من م ت رقم 11-218، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، على أنه: " تتولى كتابة اللجنة القيام بمجموع الأعمال المادية التي تقتضيها مهمتها.... لا سيما تلك المذكورة أدناه :

-متابعة رفع التحفظات بالإتصال مع المقرر، والمادة 199، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، فتتص على: " متابعة رفع التحفظات المنصوص عليها في المادة 195 من هذا المرسوم، بالإتصال مع المقرر".

3 تقابلها المادة 169، من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، السالف الذكر، (الملغى).
4 تنص المادة 195، بقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: " اللجنة مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات العمومية الداخلة ضمن اختصاصها "، السالف الذكر.

5 تنص المادة 196، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب إجباريا 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"، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ولذلك وضع المرسوم الرئاسي الجديد حالات منح التأشيرة وكذا حالة رفض منحها وما ينجر عنه من آثار قانونية.

1- منح التأشيرة:

إن دراسة الملف الكامل لمشروع الصفقة أو الملحق، من طرف لجان الصفقات العمومية، ينتج عنه منح التأشيرة، هذه الأخيرة تارة تكون شاملة وتارة تكون مصحوبة بتحفظات يمكن أن تؤثر على حسن سير عملية تنفيذ الصفقة.

أ- منح التأشيرة الشاملة

تطبيقاً لأحكام نص المادة 196 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن منح التأشيرة الشاملة لا يتم إلا إذا استوفت الصفقة أو مشروعها الأحكام التشريعية السارية المفعول.

وعليه وباستقراء نص المادة نجد أن المشرع قد اشترط لمنح التأشيرة مطابقة الصفقة للأحكام التشريعية دون التنظيمية ولم يكن ذلك سهواً، إذ تؤكد ذات المبدأ مرة أخرى في فقرتها الثانية التي جاء فيها "... وفي حالة معاينة عدم المطابقة لأحكام تشريعية تتعلق بالصفقات العمومية، فإنه يجب على المراقب المالي والمحاسب المكلف، فقط أن يعلم كتابياً، لجنة الصفقات العمومية المختصة، ويمكن هذه الأخيرة، بعد إخطارها من المراقب المالي أو المحاسب، سحب تأشيرتها، مهما يكن من أمر، قبل تبليغ الصفقة للمتعه المختار"، وهو ما يؤكد توجه المشرع إلى استثناء الأحكام التنظيمية وهو ما يدفعنا للتساؤل عن الحكمة من ذلك، والغريب في الأمر أن هذا القصر موجود منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹ الملغى، ورغم التعديلات المتتالية لتنظيم الصفقات العمومية لم يتم إعادة النظر في المسألة.

ويعد دراسة لجنة الصفقات المختصة لملف الصفقة وتأكيدها من مطابقتها للتنظيم والتشريع المعمول به، واحترام جميع مراحل الصفقة تقرر منح التأشيرة، هذه الأخيرة وعلى الرغم من أنها لا تتمتع بجميع خصائص القرار الإداري²، إلا أنها بإعتبارها تصرف قانوني يجب أن تتوفر على مجموعة من الأركان والشروط، تتمثل فيما يلي :

1 تنص المادة 165، من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، على أنه: "يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها، وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللاً، ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما، قد تعابنها اللجنة يكون سبباً لرفض التأشيرة"، السالف الذكر، الملغى.
2 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 138.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-السبب: ينصب سبب منح التأشيرة من طرف لجان الصفقات المختصة، في الطلب الذي تقدمه المصلحة المتعاقدة¹، على أن يكون هذا الطلب مصحوبا بملف كامل لمشروع الصفقة أو الملحق، ومطابق لجميع النصوص التشريعية والتنظيمية بهما في هذا المجال.

-الإختصاص : حتى تكون التأشيرة قانونية، يجب أن تراعي قواعد الإختصاص الشخصي والزمني التالية:

*الإختصاص الشخصي:

تختص بمنح لجنة الصفقات المختصة تبعا لقواعد توزيع الإختصاص التي أشرنا إليها سابقا، إذ أن صدور التأشيرة عن لجنة صفقات غير مختصة يجعل منها تأشيرة باطلة وغير مشروعة².

*الإختصاص الزمني:

كأصل عام، يحدد الإختصاص الزمني بمنح التأشيرة بعشرون (20) يوما من تاريخ إيداع الملف لدى كتابة اللجنة³، فيما يخص جميع الإختصاصات المنيطة بلجان الصفقات، بخلاف الوضع بالنسبة لدراسة الطعون التي تخضع للأجال والأحكام القانونية المحددة في المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أما الاستثناء تأشيرة لجنة القطاعية للصفقات، التي حددها التنظيم بمدة خمسة وأربعين (45) يوما⁴.

وفي حالة عدم صدور التأشيرة في الآجال المحددة، تخطر المصلحة المتعاقدة رئيس لجنة الصفقات المختصة في غضون ثمانية (08) أيام الموالية، وعلى اللجنة أن تبت في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين⁵.

لكن سكوت اللجنة وعدم ردها على طلب المصلحة المتعاقدة بعد فوات الآجال القانونية هل يعتبر سكوتها موافقة ضمنية ؟ أم أنه رفض لمنح التأشيرة ؟.

باستقراء نص المادة 196 التي تفرض على المصلحة المتعاقدة طلب التأشيرة اجباريا ،فإن ذلك يفيد بأنها سند إداري لتنفيذ الصفقة العمومية هذا من جهة، من جهة أخرى وبالرجوع إلى نص المادة

1 المادة 196، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 105.
3 تنص المادة 178، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمقرر منح التأشيرة أو رفضها خلال أجل أقصاه عشرون (20) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة. ويسير أجل دراسة الطعون بموجب أحكام المادة 82 من هذا المرسوم." السالف الذكر.
4 تنص المادة 189، من نفس المرسوم، على أنه: "تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة القطاعية للصفقات بمقرر رفض أو منح التأشيرة في أجل أقصاه خمسة وأربعين (45) يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الملف كاملا لدى كتابة هذه اللجنة".
5 المادة 198، من نفس المرسوم، والمادة 25، من م ت م رقم 11-218، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

195 من ذات المرسوم، التي نصت على أنه في حالة رفض منح التأشيرة ينبغي أن يكون هذا الرفض معللاً، ما يفيد وجوب صدور قرار الرفض في شكل قرار إداري مسبب، وبالتالي سكوت اللجان عن إصدار مقرر التأشيرة لا يمكن اعتباره قبولاً أو رفضاً. تكون هذه التأشيرة صالحة لمدة ثلاثة أشهر، وبانقضائها دون البدء في تنفيذ الصفقة يعتبر قانوناً أنها صفقة جديدة على المصلحة المتعاقدة إعادة إرسال ملف مشروع الصفقة للجنة المختصة لمنح تأشيرة جديدة بشأنها¹.

- **الشكل والإجراءات:** يخضع منح التأشيرة من لجان الصفقات المختصة لإجراء التبليغ والكتابة. فالتبليغ يكون من الكتابة الدائمة للجان الصفقات لمصلحة المتعاقدة المعنية، والسلطة الوصية عليها، بقرار اللجنة المختصة وذلك في أجل ثمانية (08) أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة²، بالإضافة إلى ذلك فرض المشرع على المصلحة المتعاقدة إيداع نسخة من مقرر التأشيرة على الصفقة أو الملحق وجوباً مقابل وصل استلام، في غضون خمسة عشرة (15) يوماً الموالية لإصدارها، لدى مصالح إدارة الجبائية والضمان الإجتماعي المختصة إقليمياً التي تتبعها المصالح المتعاقدة³. أما الكتابة فقد اتفقت كافة تنظيمات الصفقات العمومية على أن التأشيرة تصدر في شكل كتابي، إلا أنها لم تبين تفاصيل هذا الشكل الكتابي، فتارة يشير المرسوم الرئاسي 15-247 إلى التأشيرة تصدر في شكل مقرر⁴، بينما مواد أخرى تتحدث عن التأشيرة دون ذكر المقرر⁵، فالمتفق عليه عليه هو أن التأشيرة تصدر في شكل كتابي وبالتحديد في شكل مقرر، لكن المعمول به ليس دائماً على هذه الصفة، بحيث يكفي بتدوين التأشيرات الممنوحة والمرفوضة والممنوحة بتحفظات في سجل، ويرجع السبب في ذلك لعدم وضوح النص، فيما يخص تبيان الشكل الكتابي النهائي لتأشيرة لجنة الصفقات العمومية لاسيما فيما يتعلق بالصفقات على المستوى المحلي.

1 المادة 202، الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمنت ص و ت م ع، السالف الذكر.
2 إن مدة التبليغ في ظل المرسوم 82-145، المتعلق بالصفقات المتعامل العمومي، كانت محددة بـ 48 يوماً، وهي أقل مدة، الملغى.
3 المادة 196، الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمنت ص و ت م ع، السالف الذكر.
4 المواد 196/178.4/189، من نفس المرسوم.
5 المواد 195، 198، 201، 202، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-المحل:

يتحدد محل تأشيرة لجنة الصفقات العمومية في وجوب فرضها على كل من المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب العمومي¹، وحينئذ فإنه يجب الشروع في تنفيذ الصفقة أو ملحقها المؤشرين من قبل اللجنة المختصة خلال الثلاثة أشهر على الأكثر الموالية لتاريخ تسليم مقرر التأشيرة، وفقا للمادة 6/165 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، بينما التنظيم الجديد لم يتحدث عن هذه المدة، وأخضع مسألة تنفيذ الصفقة العمومية للأثر الفوري لمقرر منح التأشيرة الصادرة عن لجان الصفقات العمومية المختصة، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن الغاية التي قصدها المشرع من وراء الغاء هذه المدة المهمة؟، لأن المشكل يتعلق بإلغاء تأشيرة الصفقات بمجرد نفاذ مدة ثلاثة أشهر، وإجبارية عرض الصفقة أو الملحق على اللجنة الرقابية من جديد.

-الهدف أو الغاية:

يدخل منح التأشيرة في المسعى الرامي إلى توسيع دائرة الرقابة على استعمال الأموال العمومية، حفاظا على المصلحة العمومية وعدم انتشار الفساد الإداري²، فبعد استكمال الشروط والأركان تقوم اللجنة المختصة بمنح التأشيرة الشاملة، غير أن هناك حالات خاصة تمنح فيها هذه اللجان التأشيرة مرفقة بتحفظات.

ب- منح التأشيرة بتحفظات:

تمنح لجنة الصفقات المختصة مقرر منح التأشيرة الشاملة عندما يكون الملف كاملا، أما إذا شابه نقصان أو بعض الأخطاء، فإنها في هذه الحالة تمنح التأشيرة مرفقة بتحفظات قد تكون موقفة وقد تكون غير موقفة، فضلا عن ذلك يمكن للجنة تأجيل مشروع الصفقة لإستكمال المعلومات³.

-منح التأشيرة التحفظات موقفة:

تطبيقا لنص المادة 195 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكون التحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة، ويتعين حينئذ على الأمانة الدائمة للجنة الصفقات، متابعة رفع التحفظات بالإتصال مع المقرر المكلف بدراسة الملف، وبالتالي لا يمكن لهذه الصفقة أو

1 محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 66.

2 تنص المادة 181، د ج ح د ش، لسنة 1996، على أنه: "المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وفي ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها"، السالف الذكر.

3 المادة 195، الفقرة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الملحق أو دفتر الشروط أن تدخل حيز التنفيذ، إلا بعد ضمان رفع التحفظات وتصحيح الأخطاء أو النقص الذي كان يعترى الصفقة العمومية.

-منح التأشير التحفظات غير موقفة

هي تلك التحفظات التي تتصل بالشكل لا الموضوع، بمعنى أنها تخص الأخطاء والعيوب الشكلية التي تلحق الملفات المعروضة على لجان الصفقات العمومية، ويزتجب عليها منح التأشير بتحفظات غير موقفة، وهذا ما أشرت إليه المادة 195 بقولها على أنه "وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بالشكل"، بمعنى أن مخالفة المصلحة المتعاقدة للشكلية المقررة قانوناً يجعل الصفقة العمومية محل تأشير بتحفظات، وحتى وإن لم تكن موقفة لتنفيذ الصفقة، إلا أن المشرع اشترط ضرورة رفعها قبل عرض مشروع الصفقة أو الملحق المرفق بالتأشير على الهيئات المالية المختصة¹، لكن السؤال الذي يبقى مطروح ما المقصود بشكل الصفقة؟ فهل المقصود هو طريقة إبرامها؟ أو إجراءات سيرها؟.

لم يوضح المشرع هذه المسألة رغم وجودها منذ صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى، وفي جميع الحالات يجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية بهذه التحفظات والسلطة الوصية عليها بالقرارات وذلك بعد ثمانية (08) أيام على الأكثر من انعقاد الجلسة².

2- رفض منح التأشير والآثار المترتبة عنه:

تعتبر لجان الصفقات المختصة مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات العمومية الداخلة ضمن صلاحيتها، وبموجب ذلك يمكن للجنة منح تأشيرتها للصفقة، كما يمكن لها رفض ذلك بمقرر معلل³، وقد بينت المادة 195 الأسباب التي يقوم عليها مقرر رفض التأشير، بقولها: "...ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما تعانها اللجنة، تكون سبباً لرفض التأشير، إذ كان ذلك مبرراً بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم".

1 المادة 195، الفقرة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمنت ص ع و ت م ع، السالف الذكر..
2 نفس المادة، الفقرة 07، من نفس المرسوم.
3 نفس المادة، الفقرة 02، من نفس المرسوم.

أ- رفض منح التأشيرة

كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة، يقوم رفضها كذلك على مجموعة من الأركان والشروط، تتمثل فيما يلي:

- **السبب:** يعود سبب رفض منح التأشيرة الى قيام حالة قانونية تعانيتها اللجنة المختصة بالرقابة على الصفقة، من حيث وجود مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما للصفقات العمومية مهما كان مصدرها، أي خرق لمبدأ المشروعية على أساس عدم احترام القواعد القانونية المنظمة للصفقة العمومية، كتلك القواعد المتعلقة بالإعلان عن الصفقة، أو إبرام صفقة عن طريق التراضي بدلا من طريقة طلب العروض وإعلان المنافسة، خاصة إذا كان التبرير بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية¹.

-**الإختصاص:** يشترط التنظيم لرفض التأشيرة أن يراعي لجان الصفقات العمومية قواعد الإختصاص الشخصي والزمني.

فالإختصاص الشخصي كما هو الحال بالنسبة لمنح التأشيرة، تختص برفض التأشيرة لجنة الصفقات المختصة، تبعا لقواعد توزيع الإختصاص التي سبق التطرق لها، عند الحديث عن مجال اختصاص لجان الصفقات العمومية على أساس المعيار العضوي والمالي، سواء تعلق الأمر باللجان المحلية أو اللجان الوطنية أو المؤسساتية.

فلا يمكن للجنة الصفقات البلدية أن تمنح تأشيرة من اختصاص لجنة الصفقات الولائية، لأن القول بذلك يؤدي الى الدفع بعدم مشروعية التأشيرة على أساس انعدام الإختصاص الشخصي.

أما **الإختصاص الزمني** لرفض التأشيرة هو نفسه الإختصاص بمنحها، والمحدد بعشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ ايداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجان²، أما بالنسبة للجنة القطاعية فالمدة تختلف فهي محددة بـ خمس وأربعون (45) يوما مثلها مثل مدة منح التأشيرة.

-**الإجراءات :**

اشتترطت المادة 195، فقرة 03 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لكي يكون الرفض منتجا لآثاره القانونية، لا بد من توافر الإجراءات والأشكال التالية:

1 المادة 05 ،، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ،السالف الذكر.
2 المادة 178 ،من نفس المرسوم .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

فالتبليغ هو من الإجراءات الجوهرية التي يترتب عليها تحديد المراكز القانونية لأطراف الصفقة العمومية، بحيث ألزم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المصلحة المتعاقدة والسلطة الوصية بمقرر الرفض التأشيرة، خلال ثمانية (08) أيام ابتداء من تاريخ انعقاد جلسة لجنة الصفقات.

-التسبيب:

اشتراطت المادة 195 فقرة 02، أن يكون رفض التأشيرة معللاً، وذلك من حيث تضمنها السبب أو الأسباب التي يقوم عليها هذا الرفض، والذي يتمثل في وجود صورة أو صور من مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما، وخاصة الحالة الأخيرة من المخالفة التي جاء بها المرسوم الرئاسي الجديد، وهي مبدأ المنافسة، العلانية والمساواة بين المتعاملين.

الكتابة، قياساً على منح التأشيرة في الشكل الكتابي، فالرفض كذلك يجب أن يحرر في شكل مقرر يتضمن الرفض لمنح التأشيرة، والذي يجب أن يسبب وفق الأشكال والإجراءات السالفة الذكر، وتختص بذلك الكتابة الدائمة للجان الصفقات العمومية، حيث تقوم بتحرير المؤشرات ومذكرات ومحاضر الجلسات.

-المحل:

إذا كانت الآثار المترتبة على منح التأشيرة، هو فرض الأخيرة على كل من المراقب المالي والمحاسب العمومي من أجل المحاسبة المالية للصفقة¹ في اطار تنفيذ الصفقة، فإن الآثار المترتبة على رفض منحها هو عدم تنفيذ الصفقة، أي عدم ترتيب أي ارتباط قانوني وتعاقدي بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقدة معها .

-الهدف أو الغاية:

يدخل منح التأشيرة ضمن مجال دور أجهزة الرقابية المكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وفي ظروف استعمال الوسائل المادية والأموال وتسييرها وعدم انتشار الفساد الإداري، ويستند رفض منح التأشيرة من قبل اللجان على أسباب، تتعلق إما بمخالفة للتشريع أو التنظيم المعمول بهما، وبالتالي العمل على تجسيد مبدأ المشروعية وفرض احترام النصوص القانونية المنظمة لمجال الصفقات العمومية.

1المادة 196، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ،السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ب- الآثار المترتبة عن رفض منح التأشيرة

يعتبر طلب التأشيرة من بين الإلتزامات التي فرضها المشرع على المصلحة المتعاقدة، وهذا بمقتضى المادة 196 فقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بقولها: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب التأشيرة"، إذ يترتب على هذا الإجراء إما الموافقة أو الرفض، وفي الحالة الأخيرة منح تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الهيئات المعنية صلاحية خطيرة تتمثل في مقرر تجاوز التأشيرة (le passer outre)¹، حيث يتخذ هذا الإجراء بناء على اعتبارات ومعطيات ضرورية تتعلق بالمصلحة المتعاقدة والتسيير الحسن للإدارة العامة.

-شروط مقرر تجاوز التأشيرة:

تمارس لجان الصفقات العمومية المختصة دورا رقابيا على مدى مشروعية إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، فإذا أصدرت قرارها معللا بالرفض، ومستندا لأسس قانونية وتنظيمية، فكيف يمكن للوزير أو أي سلطة تجاوز هذا القرار؟، وعلى هذا أساس أحاط المشرع هذا الإجراء بحملة من القيود تتمثل فيما يلي :

-وجوب صدور مقرر التجاوز من أشخاص محددين حصريا، وهم الوزير المعني، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، مسؤول الهيئة العمومية المعني.

-يجب أن يتخذ مقرر تجاوز التأشيرة بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، وأن يكون معللا ومسببا.

-ضرورة إعلام الجهات المعنية وذات الصلة بمقرر التجاوز، بحيث يلتزم الولاية بإعلام وزير الداخلية والجماعات المحلية بكافة القرارات المتعلقة بتجاوز التأشيرة الصادرة في هذا الشأن، أما بالنسبة لرؤساء المجالس الشعبية البلدية فهم ملزمون بإعلام الولاية المختصين إقليميا، بقرارات الخاصة بتجاوز التأشيرة، وفي جميع حالات التجاوز يجب أن تسلم نسخة من مقرر التجاوز إلى الوزير المكلف بالمالية والمفتشية العامة للمالية ولجنة الصفقات المعنية، وكذا مجلس المحاسبة وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

1 المادة 201، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.
2 تنص المادة 200، من نفس المرسوم، على أنه: " يترتب في حالة رفض لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشيرة، ما يأتي :
-يمكن للوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل،

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

- لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعل على أساس عدم مطابقة الأحكام التشريعية، بينما يمكن اتخاذ ذلك على أساس عدم مطابقة الأحكام التنظيمية¹.

- ضرورة اتخاذ مقرر التجاوز في أجل 90 يوما ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر رفض منح التأشيرة، وهذا على عكس ما كان معمولاً به في التنظيمات السابقة للصفقات العمومية، بحيث لم يكن من الممكن اتخاذ هذا المقرر، إلا بعد تجاوز مدة 90 يوما من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة، وفي هذه الحالة نتساءل عن الحكمة التي أرادها المشرع الجزائري من خلال تقييد السلطات العمومية المعنية بهذه المدة من أجل اتخاذ مقرر التجاوز، بعدما كانت التنظيمات السابقة تمنح هذه المدة من أجل التفكير ملياً لإتخاذ هذا القرار الخطير، الذي يمس بمصادقية الرقابة القبلية للجان الصفقات العمومية.

لكن باستقراء وتفحص نص المادتين 200 و201، من أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نلاحظ أنهما تحدان من قوة مركز لجان الرقابة الخارجية في اتخاذ القرار ومنحها للسلط الوصية، وذلك في امكانية اتخاذها لمقرر تجاوز التأشيرة حالة رفضها من لجنة الرقابة المختصة بموجب مقرر معل صادر عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما إذا كان قرار رفض منح التأشيرة صادر عن الهيئة لعمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات فيمكن لمسؤول الهيئة أو الوزير المعني حسب الحالة وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر².

فلما أنشأت أصلاً هذه اللجان؟ مادام يمكن تجاوز مقرراتها، والمثير للدهشة أن المشرع لم يستدرك ذلك في ظل أحكام المرسوم الساري المفعول، رغم وجود مقرر التجاوز منذ صدور المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236، فرفض لجنة الصفقات منح التأشيرة يعني بوضوح أن هناك مخالفة للمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية.

فلا يمكن للجنة وهي من عهد إليها حماية القواعد التشريعية والتنظيمية أن تسمح بتجاوز التشريع أو التنظيم، لذلك جاءت المادة 195 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن

= يمكن للوالي في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معل، ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية بذلك، يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي، في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معل، ويعلم الوالي المختص بذلك."، السالف الذكر.

1 نصت المادة 172، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، على أنه: " لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعل لعدم مطابقة الأحكام التشريعية، ويمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حال رفض التأشيرة المعل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية"، المعدل المتمم، الملغى، السالف الذكر.

2 المادة 201، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، لتشير بوضوح أن أي مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما يشكل سببا لرفض منح التأشيرة، لأن هذه اللجان إنما الغاية من إحداثها هو الرقابة السابقة على إجراءات إبرام الصفقات العمومية¹.

وما يزيد الأمور سوءا وانتقاصا لدور لجان الرقابة الخارجية وجود نص المادة 202 من أحكام المرسوم 15-247 التي نصت صراحة أنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حالة رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة الأحكام التشريعية، إذ يصبح قرار لجنة الصفقات المختصة في هذه الحالة نهائيا ومحدثا لأثره وينتج عن قرار الرفض إيقاف تنفيذ الصفقة وسحب المشروع من المصلحة المتعاقدة، وفي حالة رفض التأشيرة المعلل بعدم مطابقة الأحكام التنظيمية، فإن مقرر التجاوز يكون محدثا لأثره ويُفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف².

لاشك أن نص المادة 202 يتعارض مع مبدأ دولة القانون الذي يلزم هيئات الدولة على كل المستويات أن تحترم قوانين الدولة وتنظيماتها وتعمل على تطبيقها لا تتجاوزها ولاكتشاف الخلل الذي يعترى النص المتعلق بمقرر التجاوز يكفي الرجوع لنص المادة 26 من قانون وف م نصت بقولها: "يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو بأشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير..."³.

فالنص أشار بوضوح أن مخالفة التنظيم الى جانب التشريع طبعا تشكل جريمة عقوبتها قد تصل إلى عشر سنوات وغرامة قد تصل إلى 1.000.000 دج، فكيف يشكل جريمة من جهة، وتطبيقا لقانون ويسمح بتنظيم الصفقات من جهة أخرى بمخالفة التنظيم، وهو ذاته أقر وصدر بموجب تنظيم⁴.

1 نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص ص 152-153.
2 تنص المادة 202، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز، في حالة رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التشريعية وفي حالة رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية، فإن مقرر التجاوز يفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف، ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز بعد أجل تسعين (90) يوما، ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة"، السالف الذكر.

3 المادة 26، من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 لاشك ان التمييز بين مخالفة التشريع ومخالفة التنظيم أمر لا يستقيم، ومرفوض من وجهة نظرنا، لأنه يتعارض مع مبدأ دولة القانون الذي تلتزم به كل هيئات و مؤسسات الدولة، من حيث احترام قوانين الجمهورية وتنظيماتها وتعمل على تطبيقها لا تتجاوزها، وأن لا تمييز بين نص وآخر فيما يخص قوة التنفيذ، وتأسيسا على يقترح تعديل بعض أحكام المتعلقة بمقرر التجاوز، بحيث نفتح للمسؤول المعني والبا كان أو مسؤول هيئة أو رئيس مجلس شعبي بلدي إمكانية الطعن في قرار لجنة الصفقات المعنية بطعن مؤسس من جانبه، ولتكن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات مرفق العام، المستحدثة بموجب المادة 213، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. ويعهد إليها لهذه الهيئة صلاحية النظر في الطعن المقدم وتكون قراراتها حينئذ نافذة أيا كان موضوعها، عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية...، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 131.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ويبقى مقرر التجاوز، وإن كان يستمد أساسه التنظيمي من المرسوم الرئاسي 15-247، إلا أنه واقعيا قليلا ما يلجأ إليه الآمرون بالصراف، لأنه ليس من السهل على وزير بمفرده أو واليا بمفرده أن يدخل في مواجهة مع لجنة صفقات، فإذا هذه الأخيرة تجاوزت أو مخالفة لنص تشريعي أو تنظيمي، تعين عليها أن تصدر مقرر الرفض، كون أن تنظيم الصفقات ألزم اللجنة تعليل المقرر.

ثانيا: طبيعة القانونية لمقرر التأشير

أشرنا سابقا إلى أن الهدف من عمل لجنة الصفقات العمومية هو إبداء الرأي في جميع الاجراءات التي تباشرها الإدارة، فيما يخص منح الصفقات العمومية لإضفاء المشروعية على قرارات المصلحة المتعاقدة سواء فيما يخص المنح أو الالغاء، والتساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو الطبيعة القانونية لقرارات لجنة الصفقات العمومية باعتبارها هيئة مستقلة عن المصلحة المتعاقدة .

ينبغي الإشارة أن قرار منح التأشير أو رفضها أو رفض طعن ما يتضمن في جانبه الشكلي غالبا المعلومات المتعلقة بالملف المدروس، وهي عادة ما تشير إلى المراجع القانونية المعتمدة في إتخاذ هذا القرار، إضافة الى جميع المعلومات المتعلقة بمشروع الصفقة أو الملحق ومن بينيا نص ورقم العملية، طريقة الإبرام، موضوع ومبلغ الصفقة، الآجال، الأطراف المتعاقدة.

لقد بينت المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حالات منح التأشير ورفضها، ثم أعقبت في فقرتها ما قبل الأخيرة بما يلي: " وفي جميع الحالات، يجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية والسلطة الوصية عليها، بالقرارات المنصوص عليها في هذه المادة..."¹.

يتميز قرار لجنة الصفقات وخلافا لسلسلة القرارات الادارية المتبعة في إبرام الصفقات كقرار المنح المؤقت، أو الاقصاء المؤقت أو إلغاء المنح، بنوع من الخصوصية تجعله ذو طبيعة قانونية مختلفة، فالقرار الاداري بمفهومه الفني ومثلما يعرفه الدكتور فؤاد مهنا هو " عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثارا قانونية بإنشاء وضع قانوني ديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم"²، ومن جانبه يعرف الأستاذ " ديكي " بأنه: " كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل

1 المادة 195 ،من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ،السالف الذكر.

2 إبراهيم سويسي، دور لجنة الصفقات العمومية في مكافحة الفساد، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، الجزائر، 2021، ص 439.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره، أو كما ستكون في لحظة مستقبلية معينة"¹، من خلال هذه التعاريف يلاحظ أنه يتضمن أهم عناصر القرار الإداري.

1-مدى توافر خصائص القرار الإداري في مقرر التأشيرة

اعتبار قرار التأشيرة صادر عن سلطة إدارية مختصة وهذا ما أكدته المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف ذكره:" تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 06 من المرسوم الرئاسي لجنة للصفقات العمومية في حدود مستويات الإختصاص المحددة في المادتين 173 و184 من هذا المرسوم".

من خلال هذه المادة، يلاحظ أن المشرع نص على إحداث لجان المصلحة المتعاقدة من أجل ممارسة الإختصاص الأصيل وهو إصدار مقرر التأشيرة² إما بمنح أو رفض³، وبهذا تكون خاصية صدور القرار الإداري عن سلطة إدارية مختصة متوفرة في قرار التأشيرة الصادر عن هيئات الرقابة الخارجية القبلية.

ولا يتوقف أمر صدور القرار الإداري عن سلطة إدارية مختصة، بل لا بد من أن يكون صادرا بإرادة منفردة، وهو ما يظهر جليا في قرار التأشيرة الصادر عن لجان الصفقات العمومية، فهي المخول قانونا رقابة الصفقات في حدود اختصاصتها، وتتوج رقابتها بمنح أو رفض التأشيرة، فهي بالتالي سيدة في اتخاذ القرار دون مشاركة أية جهة إدارية أخرى.

ويرتبط ذلك بإحداث القرار الإداري لآثاره القانونية، إلا أنه بالرجوع لقرار التأشيرة، يلاحظ أنه غير قادر على إحداث أي أثر قانوني، خاصة في حالة الرفض، إذ يمكن للسلطات الإدارية المختصة أن تصدر مقرر تجاوز التأشيرة، وحتى في حالة المنح فهذا القرار لا يعد ملزما دائما للمصلحة المتعاقدة.

-الحالة الأولى: صدور قرار تجاوز السلطة: يقع مقرر تجاوز السلطة حاجزا في اثبات الطابع التنفيذي النهائي لقرار لجنة الصفقات المختصة بمنح أو رفض التأشيرة، لأن القرار النهائي بإبرام الصفقة وإتمام إجراءاتها بيد مسؤول المصلحة المتعاقدة⁴، وليس بيد لجنة الصفقات العمومية، وهذا

1 نزار عبد القادر أحمد الجباري، عيب عدم الإختصاص الجسيم في القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليه "دراسة تحليلية مقارنة"، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص25.

2 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص114.

3 المادة 195، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 المادة 04، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

بمقتضى المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمادة 200 من نفس التنظيم، وفي هذه الحالة نكون أمام حالتين أساسيتين وهما :

-حالة صدور قرار رفض التأشيرة معللا بمخالفة الأحكام التشريعية: وبذلك يصبح قرار لجان الصفقات الرفض للتأشيرة قرارا نهائيا، ويحدث أثره القانوني القائم بداته، لأنه لا يمكن تجاوزه من مسؤول المصلحة المتعاقدة كما سبق بيانه، مما يؤدي إلى عدم تنفيذ الصفقة بل وحتى سحب المشروع من المصلحة المتعاقدة¹.

-حالة صدور قرار رفض التأشيرة معللا بمخالفة الأحكام التنظيمية: على عكس الأحكام التشريعية، أجاز المشرع للسلطات المختصة (الوزير،والي،رئيس المجلس الشعبي البلدي) تجاوز قرار لجنة الصفقات بمقرر معلل مما يجعله قرار غير نهائي، ولا يحدث آثاره القانونية، وهذا ما يثير خلل واضح في الأحكام والتمييز بين التشريع والتنظيم، فيكفي التذكير أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وما صدر تطبيقا له، عبارة عن تنظيم وليس تشريع فكيف نسمح بقبول تجاوزه؟².

-الحالة الثانية: عدول المصلحة المتعاقدة عن إبرام الصفقة العمومية: إذا كان مقرر التجاوز أحد أخطر الصلاحيات التي أوردها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فلا يعد السلطة لوحيدة في يد المصالح المتعاقدة، إذ أجاز لها المشرع العدول أي التراجع عن إبرام الصفقة العمومية، رغم وجود التأشيرة وهذا ما نصت عليه صراحة نص المادة 3/196 بنصها "... وإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام احدى الصفقات التي كانت موضوع تأشيرة، فإنها يجب أن تعلم بذلك لجنة الصفقات العمومية المختصة."³.

مما يتضح جليا تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في إتمام الصفقة العمومية من عدمه، والأمر متوقف فقط على ضرورة إعلام لجنة الصفقات المانحة للتأشيرة دون أن يبين النص موقف هذه اللجنة بعد إعلامها، بما يفهم منه أن لجنة الرقابة المختصة لا تملك حق المعارضة بعد إعلامها، لأن المصلحة المتعاقدة وحدها القادرة على تقرير مدى ملاءمة إبرام الصفقة حسب الظروف والمستجدات، والتي قد تجبرها على عدم مواصلة إبرام الصفقة العمومية تحقيقا للمصلحة العامة، فما الغاية إذا من هذه الرقابة وما الهدف من وجودها؟.

1 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 116.
2 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية....، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 129.
3 المادة 196، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ويبقى العدول قرارا إداريا صادرا عن مسؤول المصلحة المتعاقدة استنادا لمبدأ التكيف الذي يحكم المرفق العام¹.

نستنتج أن خاصية الأثر الفوري للقرار الإداري لا تتوافر في قرار منح التأشيرة، وذلك بناء على الحالات السالفة الذكر، إذ تعتبر هذه الخاصية من أهم الخصائص التي يجب أن تتوافر في القرار الإداري.

يمكن القول في الأخير، أن قرارات لجنة الصفقات العمومية والخاصة بمنح أو رفض التأشيرة، لا تعد قرارات إدارية بالمفهوم الفني للقانون الإداري، إلا في حالات ضيقة جدا، وهي قرار الرفض المعلل لمخالفة نص تشريعي، أما ما عدا هذا فالقرارات المتضمنة منح لا تعد قرارات إدارية خاصة تلك المخالفة للأحكام التنظيمية، لأنها لا تنتج أثر قانونيا، وذلك لإمكانية تجاوزها من قبل المصلحة المتعاقدة، إما عن طريق العدول أو إصدار مقرر تجاوز التأشيرة من قبل السلطات المختصة بذلك².

البند الثالث: مدى فعالية الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية.

بعد الحديث عن النظام القانوني للجان الصفقات العمومية، ووضنا تشكيلتها واختصاصاتها وطريقة ممارستها لدورها الرقابي على الصفقات العمومية المعنية بها، وجب علينا التطرق إلى مدى ملائمة تشكيلة اللجان لأداء المهمة الرقابية (أولا) ثم التعرض لمدى الإختصاص الرقابي الذي تقوم به هذه اللجان (ثانيا).

أولا : المركز القانوني لأعضاء لجان الصفقات العمومية

يلاحظ للوهلة الأولى على تشكيل اللجان المحلية للصفقات، تنوع وتعدد الجهات والمصالح الإدارية الممثلة فيها، ويشكل هذا التنوع ضمانا هامة من ضمانات التسيير الحسن للمال العام، ويوجد جهود الكفاءات والإطارات المعينة والمنتخبة، وإمكانية الكشف عن المركز القانوني لأعضاء لجان الصفقات العمومية، يجب علينا التعرف الواجبات الملقاة على عاتقهم والحقوق التي يتمتعون بها في المقابل .

1- التزامات أعضاء لجان الصفقات

1 إبراهيم سويس، المرجع السابق، ص 137.
2 المادتين 3/196، 201، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

يقع على عاتق أعضاء لجان الصفقات العمومية عدة التزامات، أهمها الحضور المنتظم للاجتماعات¹ والتقيّد بالنظام الداخلي، والالتزام بالسر المهني.

أ- الحضور والتمثيل الشخصي في اللجنة:

تتميز مشاركة أعضاء لجان الصفقات المختصة بالطابع الشخصي، حيث يتعين على هؤلاء الأعضاء حضور جلسات اللجنة شخصياً ولا يمكن أن ينوب عنهم إلا مستخلفوهم، وهذا يدل على الحزم والصرامة في عضوية اللجنة، وبأن الرقابة مقيدة ومحصورة في عدد من الأعضاء المعرفين بأسمائهم وبصفاتهم، ولا تصح اجتماعات اللجنة إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها²، مما يعكس أهمية حضور الأعضاء للاجتماعات، التي تتمخض عنها قرارات اللجنة بالأغلبية الحاضرة، مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات.

ب- الإلتزام بالسر المهني :

يكتسي عمل لجنة الصفقات طابع السرية في معالجة الملفات، باستثناء الحالات التي تستدعي الاستعانة بأي كفاءة مفيدة أو ضرورية لإبداء الرأي، ويقع على كل عضو يحضر جلسات اللجنة بأي صفة كانت بالحفاظ على السر المهني³ بواجب التحفظ، ولا يمكنه بأي حال من الأحوال إفشاء المعلومات التي يطمعون عليها بصفته هذه⁴، ولا يتوقف الأمر عند هؤلاء الأعضاء وإنما يشمل حتى الخبراء بهذا السر، في حالة الإستعانة بهم في ملفات تقنية ومعقدة.

فعدم الإفشاء بأسرار الوظيفة العامة من الإلتزامات الملقة على عاتق أعوان الدولة بصفة عامة، قبل أن تشكل التزاماً على أعضاء لجان الصفقات العمومية، والتي تؤكد عليها كافة القوانين المتعلقة بالوظيفة العامة⁵، ويتمثل هذا الإلتزام في ذلك التصرف السلبي الذي يشترط على الموظف العام عدم الإفصاح عن أية معلومات أو البيانات التي اطلع عليها أثناء أو بمناسبة ممارسة مهامه⁶، والغاية الأساسية من هذا الإلتزام هو حماية مصلحة الأفراد الشخصية وأسرارهم الخاصة من جهة، وحماية المصلحة لضمان الثقة بين الموظف العام والمتعامل معها من جهة أخرى.

1 تنص المادة 191، من نفس المرسوم، على أنه: " يتعين على أعضاء اللجنة أن يشاركوا شخصياً في اجتماعاتها، وفي حال غيابهم أو حدوث مانع لهم، لا يمكن أن يمثلهم إلا مستخلفوهم." السالف الذكر.

2 المادة 191، الفقرة 03 و04، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.

3 تنص المادة 194، من نفس المرسوم، على أنه: " يلزم كل شخص يشارك في اجتماعات اللجنة، بأي صفة كانت بالسر المهني"، السالف الذكر.

4 المادة 13، من ت م ت رقم 11-218 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، السالف الذكر.

5 المادة 48، من الأمر رقم 06-03، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، السالف الذكر.

6 المادة 14، من الأمر رقم 21-09، المؤرخ في 08 يونيو 2021، المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية، ج، ج، ج، العدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021.

2- حقوق أعضاء لجان الصفقات العمومية

بالإضافة إلى تحملهم للالتزامات السابقة، يتلقى رؤساء وأعضاء ومسؤولي كتابة لجان الصفقات العمومية، تعويضات عن المهام الرقابية التي يقومون بها تبعا لطبيعة كل لجنة، وتجد سندها القانوني في المادة 192 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تمنح تعويضات لأعضاء لجان الصفقات بصوت تداولي والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات".

وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 14-117، المؤرخ في 24 مارس 2014 المبالغ التعويضات وكيفيات منحها لأعضاء لجان الصفقات وأعضاء لجان تحكيم المسابقات والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات¹، وما يلاحظ للوهلة الأولى أن المشرع قد وسع من دائرة المستفيدين من هذه التعويضات، لتشمل أولا أعضاء لجان الصفقات العمومية بشكل تداولي، إلى جانب المقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات العمومية.

كما يستفيد أعضاء لجان تحكيم المسابقات من تعويضات جزافية نظيرة أعمالهم في اللجنة²، هو أمر مستحسن من شأنه أن يشجع الأعضاء على الحضور والمشاركة الدائمة في أشغال اللجنة، إلا أنه يلاحظ وجود عدم التوازن الفاضح بين حقوق وواجبات الأعضاء، إذ كيف يمكن أن نطالب موظفا عموميا يقوم بمهامه الإدارية بمهمة رقابية حساسة جدا على صفقات بالملايير ولا يدفع له إلا دنانير؟، وكيف لا يلجأ بعدها إلى الرشوة والمحاباة؟ ناهيك عن عدم دفع هذه المستحقات لأصحابها في وقتها .

ثانيا: فعالية الإختصاص الرقابي الذي تمارسه لجان الصفقات العمومية.

إن الإختصاص الأصيل للجان الصفقات العمومية هو رقابة مدى مطابقة مشاريع الصفقات والملاحق للتنظيم والتشريع المعمول به، لتنتهي هذه الرقابة بمنحها التأشير التي تطلبها المصلحة المتعاقدة بصفة إجبارية، والتي تفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي، من أجل ضمان تنفيذ الصفقة العمومية.

إلا أن المتمعن للدور الرقابي للجان الصفقات المختصة، يرى محدودية كبيرة في فعاليتها خاصة فيما تعلق بنفاذ قرارات هذه لجان الصفقات العمومية، وهذا على أساس طبيعة الرقابة التي تمارسها هذه اللجان.

1 م ت رقم 14-117، المؤرخ في 24 مارس 2014، المحدد لمبالغ التعويضات وكيفيات منحها لأعضاء لجان الصفقات وأعضاء لجان تحكيم المسابقات والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات، ج، ر، ج، العدد 19، المؤرخة في 02 أبريل 2014.
2 المواد 07 و 08، من المرسوم المحدد لمبالغ التعويضات وكيفيات منحها لأعضاء لجان الصفقات وأعضاء لجان تحكيم المسابقات والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات.

1- محدودية اللجنة حيث قرارات المنح ورفض التأشيرة:

وفقا لنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإن الصفقات التي تبرم في حالة الضرورة والاستعجال الملح، تخضع للرقابة القبلية للجان الصفقات العمومية المختصة بعد البدء في تنفيذها¹، ويجدر التنبيه أن هذه الرقابة تشمل كافة العناصر والإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة، بما في ذلك التأكد من توافر حالة الضرورة أو الاستعجال الملح المستند عليها.

وعلى الرغم من إمكانية رفض لجان الصفقات منح التأشيرة لمثل هذه المشاريع في حال تخلف شرط أو أكثر من شروط صحة إبرامها، إلا أن احتمال صرف النفقة العمومية أو جزء منها للمتعاقد المتعاقد أمر وارد ولو تم بعد ذلك توقيف العملية، وهو ما يجعل الرقابة القبلية للجان الصفقات عديمة الأثر في الحفاظ " الوقائي" على الأموال العمومية المحلية في هذه الحالات.

أ- محدودية اللجنة من حيث استخدام " مقرر تجاوز تأشير لجان الصفقات"

بالرغم من أن لجنة الصفقات العمومية هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات العمومية الداخلة في اختصاصها²، إلا أن المادة 200 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعطت صلاحية استثنائية و"خطيرة" لمسؤول المصلحة المتعاقدة³، حيث أن تمكينه من تجاوز تأشيرة⁴ لجان الصفقات معناه تجاوز الرقابة التي تقوم بها، مما يضيء على هذه الرقابة الضعف وعدم الفعالية في الأداء .

ب- محدودية اللجنة من حيث التكوين المتفاوت لأعضاء لجان الصفقات

بالنظر للأعضاء الذين تتكون منهم لجان الصفقات ، يمكن القول أن ضمان تأهيلهم لمراقبة صحة ومشروعية إبرام الصفقات العمومية، أمرٌ معلق على مدى تمكنهم من الإحاطة الكافية بالأحكام القانونية المطبقة على الصفقات العمومية، وكيفية تمويلها من الميزانيات أو المخططات التنموية، أو من

1 تنص الفقرتان 3 و4 من المادة 12، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: " عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة قبل البدء في تنفيذ الخدمات يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل .ومهما يكن من أمر، فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلافا لأحكام المادة 03 أعلاه خلال سنة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أدناه، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية"، السالف الذكر.

2 المادة 195، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 تنص المادة 200، من نفس المرسوم، على أنه: " يترتب في حالة رفض لجنة الصفقات المصلحة المتعاقدة منح التأشيرة، ما يأتي: يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية المعني، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية بذلك، يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي، في حدود صلاحياته وبناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة، أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل ويعلم الوالي المختص بذلك.....".

4 تقابل هذا النص المادة 170، من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، (الملغى).

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

صندوق ضمان الصفقات العمومية، وهي مسائل لا يمكن التحقق من وجودها، إذ باستثناء التأهيل " المفترض " للمراقب المالي والمحاسب العمومي، لا يوجد أي نص قانوني يفيد ضرورة تلقي بقية أعضاء لجان الصفقات لتكوين مناسب في هذا الشأن قبل تعيينهم.

وإذا كان الأمر على هذا النحو فإن عمل لجان الصفقات لا يعدو أن يكون "تحصيل حاصل، حيث لا يتصور نجاح هذه اللجان وضمان فاعليتها في تحقيق مبادئ إبرام الصفقات والمحافظة على المال العام، في ظل غياب العنصر البشري المؤهل.

ج-محدودية اللجنة من حيث "عدول المصلحة المتعاقدة على قرار اللجنة"

يتضح جليا تمتع المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية في إتمام الصفقة العمومية من عدمه، والأمر متوقف فقط على ضرورة إعلام لجنة الصفقات المانحة للتأشير بقرار العدول¹، دون أن يبين النص موقف هذه اللجنة بعد إعلامها، بما يفهم منه أن لجنة الرقابة المختصة لا تملك حق المعارضة بعد إعلامها، لأن المصلحة المتعاقدة وحدها القادرة على تقرير مدى ملاءمة إبرام الصفقة، وتمثل هذه الحالة النهاية غير الطبيعية للصفقة العمومية، إذ يعتبر عدول المصلحة المتعاقدة عن الصفقة بمثابة فسخ العقد بالإرادة المنفردة، على أساس مقتضيات المصلحة العامة.

المبحث الثاني: رقابة الأجهزة المالية على الصفقات العمومية

تستند الرقابة المالية إلى مجموعة من الهيئات التي تم إنشاؤها بموجب قانون أو تنظيم، والتي تعمل على التأكد من مطابقة العمل ذي الآثار المالية لمختلف القواعد القانونية التي تحكمه²، وقد ارتبط وجود الرقابة بوجود الدولة بهدف ضمان سلامة التصرفات المالية وضبط النفقات العامة وتوجيهها نحو الأهداف المتوخاة منها³، ولا يمكن الجزم أن هذه الرقابة قد ارتبطت بظهور الدولة الحديثة، بل لها امتدادات في التاريخ القديم، وفي هذا الصدد يمكن ذكر تجربة إنشاء ديوان بيت المال في عهد عمر بن الخطاب (رضي الله عنه)⁴، وهكذا شهدت الرقابة تطورات نوعية لتأخذ شكلها الحالي.

1 تنص المادة 196، فقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "وإذا عدلت المصلحة المتعاقدة عن إبرام إحدى الصفقات التي تكون موضوع تأشير، فإنها يجب أن تعلم بذلك لجنة الصفقات العمومية المختصة"، السالف الذكر.

2 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 143.

3 محمد رسول العموري، الرقابة المالية العليا " دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 16.

4 أكرم إبراهيم حماد، الرقابة المالية في القطاع الحكومي، ط1، دار جبهة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 11.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وظهور هذا النوع من الرقابة في الدولة الحديثة، كان نتيجة اتساع نطاق الأجهزة الإدارية، وتعدد مجالاتها وزيادة العاملين فيها، فكلما انتشر الفساد المالي كلما برزت أهمية الرقابة الفعالة والصارمة على المال العام، لذا حظي موضوع الرقابة المالية على الأجهزة الإدارية باهتمام على المستويين الإقليمي والدولي، أما المستوى الإقليمي تضمنت أغلب دساتير الدول قواعد تبين طبيعة العلاقة بين الرقابة المالية وسلطات الدولة، وكذلك المستوى الدولي حيث أنشئت لهذه الغاية منظمات دولية على غرار المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية العامة (INTOSAI)¹، التي تشارك في عضويتها معظم أجهزة الرقابة المالية العليا في العالم² وأخرى إقليمية³.

وقد عملت الجزائر في سبيل مكافحة الفساد، على تجسيد مختلف أشكال الرقابة، فبعد مرور الصفة العمومية على مختلف أجهزة الرقابة الإدارية وتتويج عملها بمنح مقرر التأشير، يأتي دور أجهزة الرقابة المالية التي تختص بممارستها داخلية (المطلب الأول)، وهيئات خارجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة المالية الداخلية على الصفقات العمومية

يمكن القول أن نظام الرقابة المالية الداخلي يمثل جزءا من نظام المراقبة الداخلية بشكل عام، الذي يعنى بالغايات المحاسبية للمنظمة الإدارية، كما يقصد بالرقابة الداخلية مجموعة الإجراءات والوسائل المستعملة داخل الإدارات العمومية كالتحليلات وتقارير الأداء من أجل التأكد من دقة وصحة البيانات المحاسبية⁴، وتعتبر هذه الرقابة داخلية باعتبارها رقابة ذاتية تقوم بها الإدارة بمراقبة نفسها بنفسها، بحيث تعمل على تصحيح ما تكتشفه من أخطاء في تصرفاتها، والهدف الرئيسي من هذه الرقابة هو المحافظة على المصالح العامة وفق ما تقضي به النصوص التنظيمية، ويختص بهذه الرقابة كل من المراقب المالي (الفرع الأول) والمحاسب العمومي (الفرع الثاني).

1 ان المنظمة الدولية للأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة (الانتوساي) Organisation Internationale des Institutions Supérieures de Contrôle des Finances Publiques، هي مؤسسة مستقلة وذاتية السيادة ومهنية وغير سياسية، وقد أنشئت كمؤسسة دائمة بهدف تقديم الدعم المشترك للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، وتعزيز تبادل الأفكار والمعارف والخبرات، والعمل في المجتمع الدولي بمثابة الصوت العالمي المعترف به للأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة، وضع معايير للرقابة المالية بالقطاع العام، وتعزيز الحكم الرشيد، وتعزيز تنمية قدرات الأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة والتعاون فيما بينها وتحسين أدائها بشكل مستمر .

اتخذت الانتوساي وأمانتها العامة العاصمة النمساوية فيينا مقرا لها، وذلك في مقر الجهاز النمساوي الأعلى للرقابة المالية العامة والمحاسبة، للمزيد من إطلاع زوروا الموقع : <https://www.intosai.org/ar> .

2 محمد رسول العموري، المرجع السابق، ص 6.

3 على سبيل المثال :

– الأفروساي **afrosai**، منظمة الأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة الإفريقية، www.afrosai.org .

– الأروساي، **arabosai**، منظمة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة، <http://www.arabosai.org> .

– الكاروساي **carosai**، منظمة الأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة لدول الكاريبي، www.carosai.org .

– الأوروساي، **eurosai**، منظمة الأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة بالدول الأوروبية، www.eurosai.org .

– الأولاسافس **olacefs**، منظمة الأجهزة العليا للرقابة المالية العامة والمحاسبة بدول أمريكا اللاتينية والكاريبي، www.olacefs.com .

– الباساي **pasai**، منظمة الأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبة في دول الباسيفيك، www.pasai.org .

4 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 144.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الفرع الأول: رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية

تعتبر الرقابة السابقة أهم مرحلة في الرقابة المالية، من حيث مراقبة التصرفات المالية قبل وقوعها سواء كانت متعلقة بالنفقات أو التصرفات المالية الأخرى، أي أن هذه الرقابة تسبق مرحلة دخول التصرف المالي حيز التنفيذ، أي قبل أن يصبح الأمر بالتحصيل أو الأمر بالدفع نافذاً، إذ أنها تواكب عملية تنفيذ الميزانية وتكون قبل التأشير واعطاء الإذن بصرف النفقات وتحصيل الإيرادات، وعليه يمكن اعتبار هذا النوع من الرقابة إجراءً وقائياً وحمائياً يهدف إلى منع وقوع أية تجاوزات وتلاعبات غير مشروعة، وتحرص على التطبيق السليم للنصوص القانونية، وتمنع حصول أي خرق لها في سبيل حماية المال العام.

ومن هنا يمارس المراقب المالي مهمته الرقابية بإعتباره موظفاً إدارياً لخدمة الإدارة العمومية، فيما يخص صرف الأموال العمومية كونها الوسيلة القانونية المعتمدة في تنفيذ المشاريع المتعلقة بالصفقات العمومية، والذي يختص بممارسة الرقابة المالية على الهيئات العمومية المحددة قانوناً (البند الأول) ويمارس المراقب المالي العديد من الإختصاصات الرقابية في مجال الصفقات العمومية، التي يمكن تجاوزها من قبل الأمر بالصرف والذي تقع على عاتقه مسؤولية قانونية (البند الثاني)، ويترتب عن الرقابة المالية للصفقة منح المراقب المالي التأشيرة، إذا كان ملف موفقاً للتنظيم المعمول به، وله الحق في رفض منح التأشيرة وفي حال وجود نقص أو تجاوزات بملف الصفقة (البند الثالث) .

البند الأول : تعريف المراقب المالي ومجاله الرقابي على الصفقات العمومية.

تحتل الرقابة المالية القبلية مكانة جد هامة في المنظومة القانونية لأية دولة، إذ لا يجوز لأي سلطة أو هيئة إدارية من هيئات الدولة الإرتباط بالإلتزام أو القيام بدفع أي مبلغ قبل الحصول على موافقة الجهة المختصة في الدولة بالرقابة على الإنفاق¹، وقد أسندت مهمة الرقابة القبلية على النفقات في النظام القانوني الجزائري للمراقب المالي، الذي يعين من طرف الوزير المكلف بالمالية.

وتجد الرقابة على النفقة العامة سندها القانوني في القانون رقم 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية، بعد القانون العضوي 84-17 المتعلق بقوانين المالية³ والذي يعتبر مرجعاً لرقابة النفقات

1 بلال صلاح الانصاري، مبادئ واقتصاديات المالية العامة، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017، ص204.
2 القانون رقم 90-21، المؤرخ في 15 غشت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 15 غشت 1990، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-04، المؤرخ في 11 أكتوبر 1992، المضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1992، ج، ج، ج، العدد 73، المؤرخة في 11 أكتوبر 1992، المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 11-16، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج، ج، ج، العدد 72، المؤرخة في 29 ديسمبر 2011، الملغى بموجب القانون 23-07، المؤرخ في 21 جوان 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، ج، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 25 جوان 2023، .
3 القانون رقم 84-17، المؤرخ في 7 يوليو 1984، المتعلق بقوانين المالية، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 10 يوليو 1984.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الملتزم بها، لكن ما ميز هذه القوانين أنها كانت تحدد الأوضاع العامة المطبقة في مجال تنفيذ النفقات العامة للدولة وفروعها، لذا كان لابد من وضع نص قانوني ينظم الرقابة السابقة للعمليات الملتزم بها، إضافة الى ذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 91-313¹ والمرسوم التنفيذي رقم 92-414²، لتحديد أدوار متجددة فيما يتعلق بالمراقب المالي والرقابة المالية بشكل عام.

أولا : تعريف المراقب المالي

يعتبر المراقب المالي أحد أعوان الرقابة المالية السابقة، ويعرف بأنه موظف يقوم بعملية التدقيق والفحص للمشروع موضوع النفقة، ويعين بموجب قرار من طرف وزير المالية على مستوى كل الإدارة المركزية والولايات والبلديات³، وكان المراقب المالي قبل ذلك يخضع للمرسوم رقم 50-141 المؤرخ في 13 نوفمبر 1950 المتضمن تنظيم الإدارة العمومية الخاصة بالنظام المالي للجزائر، وكان يعين آنذاك بقرار مشترك بين وزارة المالية ووزارة الداخلية، ثم ألغيت هذه النصوص فيما بعد، وأصبح يخضع المراقب المالي لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-334 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية⁴، حيث نصت المادة 03 منه على أنه: "تعتبر أسلاكاً خاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، الأسلاك الآتية ذكرها:

- سلك المفتشين،

- سلك المراقبين،

- سلك أعوان المعاينة،

- سلك مهندسي مسح الأراضي".

ويعمل المراقب المالي بمعية مساعدين⁵ يعينون لهذا الغرض بموجب قرار وزاري⁶، بأعداد محددة لدى مصالح المالية للإدارة المركزية والولاية والبلدية ضمن ثلاثة مجموعات، تضم كل واحدة منها عدد معين من المراقبين الماليين والمساعدين لهم⁷، وفي حال الغياب غير المتوقع أو حدوث مانع

1 م ت رقم 91-313، المؤرخ في 7 سبتمبر 1991، المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفيةها ومحتواها، ج، ج، ج، العدد 43، المؤرخة في 18 سبتمبر 1991، المعدل والمتمم، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 21 سبتمبر 2011.

2 م ت رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج، ج، ج، العدد 82، المؤرخة في 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم، م ت رقم 09-374، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج، ج، ج، العدد 67، المؤرخة في 19 نوفمبر 2009.

3 المادة 11، من م ت رقم 11-381، المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج، ج، ج، العدد 64، المؤرخة في 27 نوفمبر 2011.

4 م ت رقم 90-334، المؤرخ في 27 أكتوبر 1990، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، ج، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 31 أكتوبر 1990 .

5 المادة 4، من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر .

6 المادة 14، من م ت رقم 11-381، المتعلق بمصالح المراقبة المالية، السالف الذكر .

7 ق و، المؤرخ في 09 يوليو 2012، المحدد لعدد المراقبين الماليين والمراقبين الماليين المساعدين وكذا تنظيم المراقبة المالية في مكاتب وفروع، ج، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 26 مايو 2013.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

مانع للمراقب المالي، يمارس صلاحيات هذا الأخير مراقب مالي مساعد، يعين مسبقاً بصفته نائباً عنه، بناءً على اقتراح من المراقب المالي وبموجب مقرر صادر عن المدير العام للميزانية، عندما يتعلق الأمر بمصالح المراقبة المالية لدى الإدارة المركزية أو عن المدير الجهوي للميزانية المؤهل إقليمياً عندما يتعلق الأمر بمصالح المراقبة المالية لدى الولاية والبلدية¹.

وإذا كان للوزير المكلف بالمالية سلطة تقديرية في التعيين، فإن هذه السلطة ليست على إطلاقها بل مقيدة بمجموعة من الشروط الموضوعية، والتي يجب توافرها في الشخص المرشح لتولي مهام الرقابة السابقة، على اعتبار أن الكفاءة المهنية وشهادة التخصص في التجارة أو الإقتصاد أو المالية من جامعة أو معهد دراسي عال تعادل الدراسة فيه الدراسة الجامعية، وله خبرة ومهارة عملية مكتسبة لدى دائرة حكومية أو في قطاع خاص²، وعناصر أساسية وضرورية للمشرفين على رقابة تنفيذ النفقات العمومية.

يمارس المراقب المالي مهمته تحت وصاية وزارة المالية، إذ تعتبر هذه الرقابة رقابة شرعية لا رقابة ملأمة³، إذ أنها تقوم على شرعية النفقة ومدى مطابقتها للقوانين والتنظيمات المعمول بهما، والتي تمثل الصفقات العمومية أبرز أوجهها، حيث يعمل على ابلاغ المصالح المالية المعنية بالأخطاء التي ترتكبها الأمرين بالصرف، وهنا تظهر أهمية الرقابة التي يمارسها في مجال الصفقات العمومية، من خلال حمايتها من جميع التلاعبات والتجاوزات والمخالفات للأنظمة والقوانين التي تحكم الصفقة العمومية، والحقيقة أن رقابة المراقب المالي إنما هي وسيلة لمتابعة استعمال الأموال العامة، والحفاظ عليها من استغلالها لمصالح شخصية أو تمييزها⁴.

ثانياً : المجال الرقابي للمراقب المالي على الصفقات العمومية

تختلف اختصاصات المراقب المالي باختلاف المعايير المعتمدة، وهما المعيار العضوي والذي يقصد به الهيئات الخاضعة لرقابة المراقب المالي، وكذا المعيار الوظيفة الذي عرف توسعاً.

1 المادة 03، من قرار وزير المالية، المؤرخ في 02 أبريل 2012، يضبظ كفاءات تحديد مهام المراقب المالي المساعد وكذا شروط وكفاءات ممارسة النيابة عن المراقب المالي، ج، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 21 غشت 2013.

2 عبد الرؤوف جابر، الرقابة المالية والمراقب المالي من الناحية النظرية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2004، ص91.

3 بن داود إبراهيم، الرقابة المالية على النفقات العامة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص129.

4 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 146.

1- توسيع نطاق الهيئات الخاضعة لرقابة المراقب المالي :

اقتصرت الرقابة المسبقة للنفقات الملتمزم بها في بداية تطبيقها، على ميزانية الدولة والمؤسسات العمومية والولايات وعلى الحسابات الخاصة للخزينة والمؤسسات العمومية ذات الطابع البلدي وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات الملتمزم بها¹، وبذلك يقتصر دور المراقب المالي على تلك النفقات التي يلتزم بها والمؤسسات العمومية والولايات وعلى الحسابات الخاصة للخزينة والمؤسسات العمومية ذات الطابع البلدي، وبقاء النص على هذا النحو سيؤدي إلى إفلات عدة هيئات مكلفة بإبرام الصفقات العمومية، على غرار البلديات من رقابة المراقب المالي وهو أمر خطير.

إلا أنه، بصدور المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 92-414 السالف الذكر، فقد أصبحت المؤسسات والإدارات التابعة للدولة والميزانيات الملحقة، وعلى الحسابات الخاصة للخزينة، وميزانية الولايات وميزانيات البلدية، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة، كما تطبق أحكام الرقابة على ميزانيات مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة². ويجدر الإشارة في هذا الشأن، إلى أنه بالنسبة لميزانية البلديات يتم توسيع الرقابة المسبقة تدريجيا، وفقا لبرنامج تحدد من طرف كل من وزير الداخلية والجماعات المحلية ووزير المالية³، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع مجال رقابة المراقب المالي مسايرة لتطور مفهوم المعيار العضوي في

1 المادة 02، م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 تنص المادة 02، م ت رقم 09-374، على أنه: "تطبق الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، على ميزانية المؤسسات والإدارات التابعة للدولة، والميزانيات الملحقة، وعلى الحسابات الخاصة للخزينة، وميزانية الولايات وميزانيات البلدية، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وميزانيات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المماثلة"، كما نصت المادة 03، من ذات المرسوم، على أنه: "تطبق الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها على شكلها اللاحق، على ميزانية المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وعلى ميزانيات مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من ميزانية الدولة"، السالف الذكر.

3 تنص المادة 02، من ق و م، المؤرخ في 09 مايو 2010، المحدد لبرنامج تنفيذ الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها والمطبقة على ميزانيات البلديات، على أنه: "تخضع ميزانيات البلديات تدريجيا للرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، طبقا للبرنامج التالي:

-ابتداء من السنة المالية 2010، بالنسبة للبلديات مقر الولايات،

-ابتداء من السنة المالية 2011، بالنسبة للبلديات مقر الدوائر، وكذا البلديات مقر المقاطعات الإدارية الخاضعة لسلطة ولاية منتدبين،

-ابتداء من السنة المالية 2012، بالنسبة لكافة البلديات، ابتداء من السنة المالية 2012، بالنسبة لكافة البلديات"، ج، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 09 يونيو 2010.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

تنظيم الصفقات العمومية، صيانة للمال العام وترشيدها للنفقات العمومية، ولم يتوسع نطاق اختصاص المراقب المالي على المستوى العضوي فقط، بل امتد حتى على المستوى الوظيفي¹.

2- توسيع مجال اختصاص المراقب المالي :

تمثل التأشيرة التي يمنحها المراقب المالي للأمر بالصرف، الوسيلة الرقابية التي من خلالها يتأكد مطابقة النفقة للتشريعات والتنظيمات المعمول بها²، وهذا ما أكد عليه المشرع في الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 السالف الذكر، المعنون بـ " شروط تسليم التأشيرة"، والذي يدخل ضمنها مشاريع القرارات الخاصة بالحياة المهنية للموظفين، ومشاريع الصفقات العمومية والملاحق.

أ- مشاريع القرارات الخاصة بالمسار المهني للموظفين

يتعامل المراقب المالي مع المشاريع المتعلقة بالحياة المهنية للموظفين انطلاقاً من قرار التعيين ومختلف القرارات المتعلقة بالنشاط المهني إلى غاية التقاعد أو الاستقالة أو الوفاة، ويستثنى منها مشاريع القرارات المتعلقة بالترقية³، بكونها تدخل ضمن الإجراءات الداخلية للإدارة المستخدمة، فكل هذه المشاريع تستوجب تأشيرة المراقب المالي حتى تتحول فيما بعد إلى قرارات تحوز على القوة التنفيذية ترتب أثر قانوني⁴، ويتعين على المراقب المالي قبل التأشير عليها التأكد من توافر الشروط القانونية لذلك كالمنصب المالي، حتى يترتب على الموظف التزام قانوني بينه وبين الإدارة المستخدمة، بإنشاء علاقة قانونية معها كأن يتم توظيفه أول مرة، أو يتم تعديل علاقته الوظيفية الموجودة سابقاً كالترسيم.

قد تطرأ عند بداية السنة المالية بعد تنفيذ الميزانية تغيرات جديدة في وضعية الموظفين كالاستقالة مثلاً، فينبغي مثلاً على الأمر بالصرف حينها تحرير جداول أصلية بهدف الحصول على تأشيرة المراقب المالي⁵، وهو إجراء ضروري باعتبارها تحمل معلومات ومستجدات جديدة كحذف اسم أو إضافة آخر... وغيرها من التغيرات، وهذه الحالات من المحتمل وقوعها لأكثر من مرة حسب المستجدات الوظيفية في بداية السنة المالية (أي عند فتح الإعتمادات) وفي حالة حدوث أي تعديلات خلال السنة المالية يمكن الاستعانة بالجداول الأصلية المعدلة.

1 تياب نادبة، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 164.

2 بن داود إبراهيم، المرجع السابق، ص 131.

3 نصت المادة 05، من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، على أنه: " تخضع القرارات المتضمنة التزاما بالنفقات والمبينة فيما يلي، مسبقاً قبل التوقيع عليها لتأشيرة المراقب المالي :

- قرارات التعيين والتثبيت والقرارات التي تخص الحياة المهنية للموظفين ودفع مرتبها بما باستثناء الترقية في الدرجة.

- الجدول الإسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية.

- الجداول الأصلية الأولية التي تعد في بداية السنة والجداول الأصلية المعدلة التي تأطر أثناء السنة المالية"، السالف الذكر.

4 يزيد محمد أمين، الرقابة السابقة على النفقات الملتمزم بها في الجزائر (المراقب المالي نموذجاً)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2015، ص 40.

5 المادة 05، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للم ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر.

ب- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق

تختلف رقابة المراقب المالي على مشاريع الصفقات العمومية والملاحق عن الرقابة على المجالات التي سلفنا ذكرها سبقا، ذلك أنّ الصفقات العمومية والملاحق تخضع مسبقا لرقابة اللجان الخارجية للصفقات العمومية، وينبغي التتويه في هذا الصدد إلى أن المراقب المالي عضو في هذه اللجان¹، التي تختص بالتأشير على مشاريع الصفقات العمومية والملاحق²، بالإضافة إلى كونه يراقب النفقات الملتزم بها ويؤشر عليها، ويبدأ دوره هذا الصدد بانتهاء مهمة لجان الصفقات، وتعد تأشيرته هذه اللجان إجبارية على المراقب المالي، وينبغي عليه منح تأشيرته أيضا ولا مجال له لرفض ذلك إلا في حالة وجود مخالفات تشريعية³، وهذا ما يجعل من دوره ثانويا في هذا المجال ويحد من فعالية الرقابة التي يباشرها على مشاريع الصفقات العمومية والملاحق.

أخضع المشرع الجزائري كذلك لتأشير المراقب المالي على كل التزام مدعم بسند طلب **bon de commande** أو الفاتورة الأولية **facture pro format** عندما لا يتجاوز المبلغ المستوى المحدد لإبرام الصفقة العمومية، والكشوف ومشاريع العقود عندما لا يتعدى المبلغ المستوى المحدد من قبل التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية⁴.

وواضح من المادتين 06 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها المعدل والمتمم، تشمل جل العمليات المالية، وما يهم في هذا المقام تلك المتعلقة بالصفقات العمومية، سواء المبرمة على أساس الإجراءات العادية أو غير العادية، نظرا لحجم الأموال الضخمة المرصودة لها، وفقا للسقف المحدد في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أو ما دون ذلك، وهذا ما يعتبر ضمان قانونية من أجل الحفاظ على المال العام مهما بغلت قيمته⁵.

غير أن التمسك بنص المادة 13، يفرض عدم خضوع الصفقة العمومية التي لم يتجاوز سقفها المالي ذلك الحد المالي المبين في المادة التي تنظم الصفقات العمومية، وتبعاً لذلك لا تخضع لرقابة المراقب المالي، لكن الواقع العملي أثبت خضوع هذه الصفقات للرقابة بعد التأشير عليها من طرف

1 المادة 10، المطة 04، من م ت رقم 11-381، المتعلق بمصالح المراقبة المالية، السالف الذكر.
2 المواد من 169 إلى 190، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
3 المادة 196، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
4 المادة 06، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للم ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر.
5 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

لجان الرقابة الخارجية المختصة وتوقيع المصلحة المتعاقدة¹، وهذا يعني أنه بمجرد التوقيع على الصفقة تصبح نهائية²، إذن ما هي أهمية تدخل المراقب المالي في هذه الحالة؟، هل الرقابة التي تفرض صفقة نهائية من الناحية القانونية ذات معنى؟.

هذا الإشكالية دفعت بالمشروع إلى تعديل المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-374، والذي نصت المادة 05 منه، على أنه: " تخضع مشاريع القرارات المبينة أدناه والمضمنة التزاما بالنفقات لتأشيرة المراقب المالي قبل التوقيع عليها:

- مشاريع قرارات التعيين والترسيم والقرارات التي تخص الحياة المهنية للموظفين ومستوى المرتبات للمستخدمين بإستثناء الترقية في الدرجة.

- مشاريع الجداول الإسمية التي تعد عند قفل كل سنة مالية.

- مشاريع الجداول الأصلية الأولية التي تعد عند فتح الإعتمادات وكذا الجداول الأصلية المعدلة خلال السنة المالية.

- مشاريع الصفقات العمومية والملاحق ".

وعلى هذا الأساس أصبحت مشاريع الصفقات العمومية تخضع لرقابة المراقب المالي، مما يعطيه دورا فعالا وفائدة عملية من فرض الرقابة المالية على الصفقة العمومية قبل التوقيع عليها من قبل الهيئات المختصة، كما تم اخضاع الملحق لأول مرة لرقابة المراقب المالي، وهكذا اتسع مجال تدخل هذا الأخير، تصديا لكل اشكال الفساد التي يمكن أن تحصل في الصفقة العمومية في حد ذاتها أو الملاحق، لكون هذه الأخيرة تعد بمثابة المجال الخصب لتبديد المال العام، ويعتبر هذا بمثابة نقطة إيجابية تُحسب للمشرع الجزائري.

البند الثاني: مهام ومسؤولية المراقب المالي

إن المهمة الأساسية للمراقب المالي تتمحور في الرقابة السابقة على النفقة، وهي الرقابة التي تتم قبل إجراء الصرف للتأكد من سلامة المستندات المقدمة للصرف ومن وجود الاعتمادات اللازمة لذلك

1 تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص166.
2 المادة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

والتحقق من اعتماد المستندات من السلطة المختصة¹، وهو مسؤولاً عن التأشيرات التي يسلمها، وهذا في حدود الاختصاصات التي يفوضها إليه المراقب المالي.

أولاً : مهام المراقب المالي

يباشر المراقب المالي مهامه بناء على الملف المقدم من طرف الأمر بالصرف، يتضمن طلب تموين والفاثورة الاولية التي تسمح له بمقارنة الطلبات بما هو محدد في الخزينة، وفي بعض الحالات الخاصة يجب إرفاق الملف ترخيصات إدارية في الحالات التي يشترط القانون ذلك، وقد اشترط المشرع الجزائري على المراقب المالي قبل وضع وجوب تأكده من توافر بعض الشروط المحددة حصراً في أحكام المادة 09 من المرسوم التنفيذي 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها والمتمثلة في:

1- الصفة القانونية للأمر بالصرف :

هنا يتم التأكد مما إذا كان الأمر بالصرف الذي ينفذ عملية الالتزام بالنفقة مؤهلاً قانوناً للقيام بهذه العملية، وقد عرفته المادة 04 من القانون 07-23 المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي والتي جاء فيها: "يعد أمراً بالصرف في مفهوم هذا القانون كل شخص معين أو منتخب أو مكلف يخول بتنفيذ العمليات الميزانية والمالية والممتلكات للأشخاص المعنوية المذكورة في المادة الأولى من هذا القانون"، ويكلف الأمر بالصرف بما يأتي²:

- إثبات الحقوق والالتزامات ،

- تصفية الإيرادات وإصدار أوامر الإيرادات المتعلقة بها،

- ضمان الإلتزام والتصفية والأمر بالصرف أو إصدار حوالات الدفع، في حدود الإعتمادات

المفتوحة أو المفوضة بإستثناء الإعتمادات التقويمية،

- إصدار أوار الحركة التي تمس الممتلكات والمواد الخاصة بالدولة والهيئات العمومية الأخرى

المذكورة في المادة الأولى من هذا القانون.

-الحفاظ على الممتلكات الموضوعة تحت تصرفه .

كما يضمن الأمر بالصرف برمجة الإعتمادات المالية وتوفيرها وتوزيعها.

1 علي أنور العسكري، الرقابة المالية على الأموال العامة في مواجهة الأنشطة غير المشروعة، مكتبة بستان المعرفة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص184.
2 المادة 04، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

2- المطابقة التامة للقوانين والتنظيمات المعمول بها:

بغض النظر عن تقييم مدى ملائمة النفقة التي تبقى من مهام الامر بالصرف، يقوم المراقب المالي هذه الحالة بمراقبة مدى صحة وقانونية النفقة الملتزم بها من طرف الامر بالصرف¹، من حيث اجراءات ابرام الصفقة العمومية بدءا من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح المؤقت للصفقة، وفق ما ينص عليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أي مراقبة مدى صحة وشرعية اجراءات ابرام الصفقات العمومية.

3- مدى توافر الإعتمادات الضرورية لتنفيذ الصفقة:

فيما يخص عنصر توفر الإعتمادات، فإنه يعني وجود المبالغ المالية المخصصة لتغطية النفقة الملتزم بها من قبل الأمر بالصرف، وتنصب رقابة المراقب المالي في هذا الشأن في التحقق العملي في الوثائق الثبوتية التي تقدمها المصالح المتعاقدة مرفقة بالملف محل الرقابة².

4- التخصيص القانوني للنفقة :

يعني أن المراقب المالي يتفحص النفقة الملتزم بها من قبل الأمر بالصرف، والتأكد من مدى مطابقتها لما هي مخصصة له قانونا، بعبارة أخرى يمنع هذا المبدأ تثقيلا نفقة ما على اعتمادات مفتوحة لتغطية صنف آخر من النفقات، ويتم ذلك من خلال الوثائق الثبوتية، التي تقدمها المصالح المتعاقدة مرفقة بالملف المقدم للرقابة والتي يمارسها المراقب المالي.

5- مطابقة مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في الوثيقة المرفقة :

هنا يتأكد المراقب المالي من مدى مطابقة مبلغ النفقة الموجود في الوثائق الثبوتية المرفقة، مع المبلغ الموجود على بطاقة الالتزام للصفقة العمومية أو الملاحق الخاصة بها وذلك بشكل محاسبي، ويشترط وجوبا أن يكون المبلغ الذي تتضمنه الوثائق الملحقة متساوٍ مع المبلغ الموجود على بطاقة الالتزام.

6- ضرورة وجود التأشيرات و الآراء المسبقة من طرف السلطات الإدارية المؤهلة قانونا لذلك:

يتعلق ذلك بالنفقات الخاصة بالصفقات العمومية الخاضعة لتأشيرات لجان الصفقات العمومية المختصة، التي ينبغي على المراقب المالي التأكد من وجودها بكونها إلزامية له كما سلف ذكره سابقا³،

1 سكوتي خالد، الأجهزة الرقابية الدور والفعالية، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 68.

2 المادة 19، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 196 من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

والملاحظ هنا أن المراقب المالي له وظيفة مزدوجة، فهو عضو في لجنة الصفقات التي تختص بالتأشير أو عدم التأشير على قبول الصفقة، كما أنه في ذات الوقت يراقب النفقات الملتزم بها ويؤشر عليها¹.

ومن كل هذا نجد أن المراقب المالي يتأكد من وجود العناصر السابق ذكرها، فإن توافرت أشرف عليها بالموافقة على السجل أو الوثيقة المثبتة للإلتزام بالنفقة، أو يقوم برفض التأشير لإنعدام العناصر السابقة مع تعليل الرفض في أجل عشرة (10) أيام²، مع مراعاة آجال غلق السنة المالية، أي قبل 20 ديسمبر من كل سنة، وهو تاريخ اختتام الإلتزام بالنفقات التي يتم فيها³.

وفي الأخير نتوج رقابة المراقب المالي على النفقات الملتزم بها بوضع التأشير على بطاقة الإلتزام والوثائق الثبوتية، أما إذا كانت الإلتزامات غير قانونية، تعيين عليه رفض منح التأشير بصفة مؤقتة أو نهائياً⁴، ولا يحق للمراقب المالي رفض التأشير تحت طائلة المساءلة أمام مجلس المحاسبة، فرفض التأشير غير المؤسس يعتبر تعسفا في استعمال السلطة⁵، وفي النهاية نتوج رقابة المراقب المالي بنتيجتين مختلفتين:

أ- منح التأشير من قبل المراقب المالي :

تعدّ التأشير دليلاً مبدئياً على صحة الإلتزام بالنفقة وشرعيتها وسلامة إجراءاتها، وهي بمثابة وسيلة قانونية هامة يد المراقب المالي تجعل الأعمال الخاضعة للتأشير تحوز على القوة القانونية، وبالتالي السماح بتنفيذها فيما بعد أو التحويل إلى المحاسب العمومي.

يكون منح التأشير من طرف المراقب المالي في حالة مطابقة ملف الإلتزام للشروط القانونية التنظيمية، وهو ما أكده المشرع في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374، المعدل والمتمم للمرسوم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، حيث جاء فيها: "تختتم الرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، في هذا الإطار، وبغض النظر عن تقييم ملاءمة النفقة التي هي من مسؤولية المصلحة المتعاقدة، بتأشير تضمن :

-توفر ترخيص البرنامج أو الإعتمادات المالية،

1 بن داود ابراهيم، المرجع السابق، ص 133.
2 المادة 09، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للم ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر.
3 المادة 10، من نفس المرسوم.
4 المادة 07، من نفس المرسوم.
5 يزيد محمد أمين، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-تخصيص النفقة،

-مطابقة مبلغ الإلتزام للعناصر المبينة في مشروع الصفقة،

-صفة الأمر بالصرف".

وتتجسد تلك التأشيرة بوضع ختم على كشف الإلتزام وعلى الوثائق الثبوتية المرفقة بالملف، وبعدها تقوم المصلحة المتعاقدة بإيداع نسخة من مقرر التأشيرة وجوبا مقابل وصل استلام في غضون خمسة عشرة (15) يوما الموالية لإصدارها لدى المصالح المختصة إقليميا في الإدارة الجبائية والضمان الإجتماعي¹، وفي هذه الحالة يمكن للأمر بالصرف بعد استلامه لبطاقة الإلتزام المؤشرة عليها من طرف المراقب المالي، أن يمنح الأمر بالانطلاق في الأشغال أو الخدمات للمتعاقد الذي رست عليه الصفقة، وإتمام عملية الدفع عن طريق تقديمه الأمر بالدفع أو حوالة الدفع للمحاسب العمومي.

غير أنه إذا لاحظ المراقب المالي نقائص بعد التأشير على مشروع الصفقة، يقوم بتبليغ كل من الوزير المكلف بالمالية ورئيس لجنة الصفقات المختصة والأمر بالصرف المعني عن طريق الإشعار²، مما يدل دلالة واضحة أن المراقب المالي لا يقوى على مخالفة تأشيرة لجان الرقابة الخارجية، إلا أنه في حالة معاينة عدم مطابقة للنصوص التشريعية، فإنه يمكن للمراقب المالي أن يرفض التأشير على مشروع الصفقة العمومية³.

ولكن المتمتعن في المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يرى أن الاستثناء حدده المشرع بمخالفة الأحكام التشريعية، في حين أن أغلب النصوص المنظمة للصفقات العمومية هي قواعد تنظيمية صادرة بموجب مراسيم رئاسية، وبالتالي لا يمكن للمراقب المالي أن يتجاوز مقرر التأشيرة الصادر عن لجان الصفقات العمومية المختصة، طبقا للمادة 196 ووضوح مضمونها، مما يهدم جهود المشرع الرامية إلى حماية المنافسة ووقايتها من أشكال الفساد.

ب- رفض منح التأشيرة:

يكون رفض منح التأشيرة في حالة عدم مطابقة الإلتزام للشروط القانونية والتنظيمية، فإذا تبين من خلال فحص المراقب المالي لملف الإلتزام وجود مخالفة لإحدى عناصر رقابته والتي تقضي لعدم

1 المادة 196، الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 تنص المادة 07، الفقرة الأخيرة، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها، على أنه: "غير أنه في حالة ما إذا لاحظ المراقب المالي نقائص بعد التأشير على مشروع الصفقة، يقوم بتبليغ كل من الوزير المكلف بالمالية ورئيس لجنة الصفقات المختصة والأمر بالصرف المعني عن طريق الإشعار"، السالف الذكر.
3 المادة 196، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

المشروعية، فإنه يرفض التأشير على بطاقة الالتزام، ويعبر عن عدم الموافقة على الالتزام النفقة إما برفض مؤقت أو رفض نهائي¹.

-الرفض المؤقت:

يكون هذا النوع من الرفض² في حال معاينة المراقب المالي لعيب غير جوهري يشوب بطاقة الالتزام يمكن تعديله، بحيث تعاد بطاقة الالتزام رفقة مذكرة الرفض التي تحتوي على جميع الملاحظات الضرورية المسببة لعدم منح التأشير مع التعليل استنادا للنصوص القانونية، وذلك من أجل إعادة تصحيحها، ويكون الرفض المؤقت معللا بأحد الأسباب التالية:

-حالة اقتراح التزام بنفقة مشوب بمخالفات للتنظيم المعمول به يمكن تصحيحها،

-عدم كفاية أو انعدام الوثائق الثبوتية للالتزام بالنفقة والمطلوبة قانونا،

-نسيان أحد البيانات الهامة في الوثائق المرفقة بالالتزام.

ويجب أن يكون الرفض المؤقت المبلغ من طرف المراقب المالي للأمر بالصرف غير مكرر لنفس

السبب³، وأن يكون متضمنا كل الملاحظات التي تمت معاينتها وكذا مراجع النصوص القانونية المتعلقة بالملف المدروس والتي أدت الى عدم احترامها الى رفض التأشير.

-الرفض النهائي:

يكون الرفض نهائيا في حال ما تضمنت بطاقة الالتزام عدم المطابقة لأحد العناصر الأساسية

والجوهريّة التي لا يمكن تعديلها، ويكون هذا الرفض محددًا لكل الأسباب القانونية المؤدية إليه، ويعل

حسب المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 92-414 بأحد الأسباب التالية:

-عدم تطابق الاقتراح بالالتزام للقوانين والتنظيمات السارية المفعول ،

-عدم توفر الاعتمادات اللازمة أو المناصب المالية،

-عدم احترام الأمر بالصرف للملاحظات المدونة في مذكرة الرفض المؤقت.

1 تنص المادة 07، الفقرة 02، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم ب م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، على أنه: " تكون الإلتزامات غير القانونية أو غير المطابقة للتنظيم المعمول به، حسب كل حالة موضوع رفض مؤقت أو نهائي"، السالف الذكر.

2 المادة 13، م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 تنص المادة 08، الفقرة 03، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم ب م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، على أنه: " لا يجب أن يكون الرفض المؤقت المبلغ من طرف المراقب المالي للأمر بالصرف مكررا"، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وتعد هذه الحالات من الإجراءات الأساسية والجوهرية التي لا يمكن للأمر بالصرف تصحيحها، وبهذا لا يمكنه تصحيح الالتزام بالنفقة، غير أنه يشترط أيضا على المراقب المالي أن يبزر رفضه النهائي لمنح التأشيرة حتى لا يكون متعسفا في ممارسة اختصاصه الرقابي .

ويجب على المراقب المالي في حالة الرفض النهائي أن يرسل نسخة من الملف المعني مرفق بتقرير مفصل إلى وزير المالية، ويمكن لهذا الأخير إعادة النظر في الرفض النهائي الصادر عن المراقب المالي عندما يرى أن العناصر التي بني عليها الرفض غير مؤسفة¹ .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المراقب المالي أثناء ممارسته للرقابة المالية السابقة على الصفقة العمومية يستقل عن أي رأي له حول مشروع الصفقة كان قد أدلى به أثناء رقابته عليها كعضو في لجنة الصفقات العمومية المختصة، حيث لا يمكن أن يتبع رفضه منح التأشيرة داخل اللجنة برفض تسليم تأشيرته على مشروع الالتزام داخل مصلحة الرقابة المالية، باعتبار أن نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 وكذا نص المادة 196 من المرسوم الرئاسي 15-247 جعل من تأشيرة لجنة الصفقات المختصة ملزمة للمراقب المالي ما لم يخالف مشروع الصفقة حكم تشريعي.

ثانيا: أثر سلطة التفاضي المخولة للأمر بالصرف على عمل المراقب المالي

رغم الدور الهام الذي يلعبه المراقب المالي في رقابة النفقات العامة الملتزم بها، إلا أن هناك حدودا تحد من الدور الرقابي، ومنها سلطة التفاضي المخولة للأمر بالصرف، حيث يمكن لهذا الأخير تجاوز قرار الرفض النهائي للالتزام بالنفقة وبالتالي إجازة هذه النفقة² .

يُعرف إجراء التفاضي "Passer outre"³ بأنه: "الإجراء القانوني الذي يقوم به الأمر بالصرف وبموجبه لا يوقف الرفض النهائي للمراقب المالي مسار صرف النفقة، على أن يتحمل الأمر بالصرف المسؤولية الكاملة"⁴، وعليه يمكن القول أنّ إجراء التفاضي الذي يقدمه الأمر بالصرف للمراقب المالي لتأشير على النفقة تحت مسؤوليته يشبه إلى حد بعيد التسخير الذي يقوم به الأمر بالصرف إلى المحاسب العمومي لصرف النفقة تحت مسؤوليته⁵ .

1 المادة 08، الفقرة الأخيرة، م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم ب م ت رقم 92-414، المتعلقة بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر.
2 تنص المادة 18، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للم ت رقم 92-414، المتعلقة بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، على أنه: "يمكن للأمر بالصرف، في حالة الرفض النهائي للالتزام بالنفقات المنصوص عليها في المادتين 6 و 7 من هذا المرسوم، أن يتفاضى عن ذلك وتحت مسؤوليته، بمقرر معلل، يعلم به الوزير المكلف بالميزانية"، السالف الذكر.
3 ينظر في الملحق رقم 04، نموذج من مقرر التفاضي.
4 يزيد محمد أمين، المرجع السابق، ص 64.
5 سكوتي خالد، المرجع السابق، ص 75.

1- إجراءات اتخاذ مقرر التغاضي :

يحصل التغاضي عن طريق إرسال الأمر بالصرف للمراقب المالي الالتزام مرفقا بمقرر معل يدعى مقرر التغاضي، من أجل وضع تأشيرة الأخذ بالحسبان¹ مع الإشارة لرقم التغاضي وتاريخه، ولا يمكن للأمر بالصرف القيام بالتغاضي في الحالات التي يؤسس فيها الرفض النهائي على الأسباب التالية²:

- غياب صفة الأمر بالصرف،

- عدم توفر الاعتمادات أو انعدامها،

- انعدام التأشيرات أو الآراء المسبقة المنصوص عليها بالتنظيم المعمول به،

- انعدام الوثائق الثبوتية التي تتعلق بالالتزام،

- التخصيص غير القانوني للالتزام بهدف إخفاء إما تجاوز للاعتمادات وإما تعديلا لها أو تجاوزا

لمساعدات مالية بالميزانية.

2- آثار مقرر التغاضي على فعالية رقابة المراقب المالي:

في حالة استيفاء شروط التغاضي فإنه يرتب النتائج التالية³:

- يؤشر المراقب المالي على ملف الالتزام تأشيرة الأخذ بالحسبان،

- يقوم المراقب المالي بإرسال نسخة من الملف موضوع الالتزام إلى الوزير المكلف بالميزانية قصد

الإعلام، مرفقا بتقرير مفصل،

- يقوم وزير المالية بإرسال نسخة من ملف الالتزام موضوع التغاضي إلزاميا للمؤسسات

المتخصصة بالرقابة على النفقات العمومية،

- يستمر الأمر بالصرف في إجراءات تنفيذ النفقة موضوع التغاضي تحت مسؤوليته وتبرأ

مسؤولية المراقب المالي بشأن هاته النفقة.

وعليه فإن الالتزام الذي يتم بموجبه التغاضي يوجه إلى المراقب المالي للتأشير عليه بتأشيرة الأخذ

بالحسبان مع الرجوع إلى تاريخ ورقم التغاضي، حيث يقوم المراقب المالي بتحويل نسخة من ملف الالتزام

1 المادة 13، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للم ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر.
2 المادة 19، من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 المواد 20، 21، 22، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

إلى وزير المالية عن طريق السلم الإداري¹، وتجدر الإشارة هنا إلى أن تأشيرة الأخذ بالحسبان الموضوعية من طرف المراقب المالي تعد إخلاء لمسئوليته وإبراء لذمته اتجاه هذه النفقة وما يترتب عنها، وتستمر إجراءات تنفيذ النفقة تحت المسؤولية الكاملة للأمر بالصرف.

يُتسم قرار الرفض النهائي بمنح التأشيرة النهائي من طرف المراقب المالي بالصورية، باعتبار أن تجاوزه عن طريق إجراء التفاوضي من الأمر بالصرف يعد بمثابة تشكيك في فعالية ذلك القرار، وتقليل من جدية المراقب المالي ومساس بمصداقية نشاطه الرقابي الهادف إلى ترشيد الإنفاق والحفاظ على المال العام²، فمن غير المعقول تجاوز قرار يُرفض فيه نهائياً منح التأشيرة، بسبب أخطاء واردة من الأمر بالصرف كسوء التخصيص الميزاني مثلاً³، رغم أن جواز ذلك ولهذا يوصف هذا الإجراء بكونه امتياز قانوني في يد الأمر بالصرف⁴.

فضلا عن ذلك، إنَّ تغاضي الأمر بالصرف عن قرار الرفض النهائي للمراقب المالي يجعل هذا الأخير يتناقض مع قراره بإمكانية منحه لتأشيرة الأخذ بالحسبان، وزيادة عن تجاوز قرار رفضه بمنحه للتأشيرة، فقد كُلف بإرسال نسخة من ملف الالتزام محل التفاوضي للوزير المكلف بالميزانية⁵.

ثالثا: مسؤولية المراقب المالي

نظرا للدور العام والبارز للمراقب المالي من جهة، والدقيق والحساس من جهة أخرى فإنه يقع عليه حسن سير مجموع المصالح الموضوعية تحت سلطته ومسئوليته عن التأشيرات التي يسلمها، فهو يعدّ مسؤولاً عن كل التجاوزات التي يرتكبها عند رقابته على النفقات التي يلتزم بها، وهذا أمر منطقي بالنظر للدور المهم الحساس الذي يباشره لهذا وجب ترسيخ نوع من الصرامة لتحقيق الفعالية على دوره الرقابي، وعليه قد تكون مسؤولية المراقب المالي إما شخصية أو إدارية أو حتى جنائية.

1- المسؤولية الشخصية للمراقب المالي.

تطرّق المشرع الجزائري لهذه المسؤولية في المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، حيث نصت على ما يلي: " يكون

1 بلول محمد الصالح، عزه الأزهر، آليات الرقابة المالية القبلية على الصفقات العمومية "البلدية نموذجاً"، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، المجلد 07، العدد 01، كلية الإقتصاد والعلوم التجارية والمناجمنت، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020، ص 89.

2 قادري نسيم، الرقابة على الجماعات الإقليمية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 140.

3 يزيد محمد أمين، المرجع السابق، ص 70.

4 نياح نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 173.

5 المادة 22، من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

المراقب المالي مسؤولاً شخصياً عن سير مجموع المصالح الخاضعة لسلطته وعلى التأشيرات التي يمنحها ومذكرات الرفض التي يبلغها".

نشير إلى أن هذه المادة تم تعديلها وتتميمها سنة 2009، أين كَيّف المشرع الجزائري بصفة صريحة هذه المسؤولية بأنها "شخصية"، ليزيل بذلك الغموض الذي كان وارداً السابق، كما تطرق هذا التعديل إلى تحميل المراقب المالي أيضاً المسؤولية عن مذكرات الرفض التي يبلغها، ليتلائم ذلك مع ما نصت عليه المادة 88 من الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم، التي حددت على سبيل الحصر الحالات المخالفة لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية والتي يمكن لمجلس المحاسبة أن يعاقب عليها، ويهمننا في هذا المقام الحالات المتعلقة بالرفض غير المؤسس للتأشيرات أو العراقيل الصريحة من طرف هيئات الرقابة القبلية أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية¹.

كما ينتقل عبء المسؤولية الشخصية للمراقب المساعد في حدود الاختصاصات المفوّضة له من طرف المراقب المالي والمتعلقة بذات الإختصاص، أي الأعمال التي يباشرها والتأشيرات التي يسلمها بعنوان الرقابة المسبقة².

2- المسؤولية الجنائية للمراقب المالي

يتحمّل المراقب المالي المسؤولية الجنائية بسبب قيامه بفعل مجرم قانوناً أو امتناعه عن القيام فعل ملزم به قانوناً في إطار أداء دوره الرقابي لاسيما عند التأشير، وعليه تضمن القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، عدة جرائم تستوجب المسؤولية الجنائية للمراقب المالي بكونه موظفاً، وباعتبار أنّ موضوع بحثنا لا يسمح للتطرق بالتفصيل لها، ارتأينا أن نشير فقط أهمها وتتمثل في الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، الرشوة في مجال الصفقات

1 تنص المادة 88، المطعة 07، من الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 جويلية 1995، بتعلق بمجلس المحاسبة، على أنه: "تعتبر مخالفات لقواعد الانضباط مجال تسيير الميزانية والمالية، الأخطاء أو المخالفات التي ذكرها عندما تكون خرقاً صريحاً للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تسري على استعمال وتسيير الاموال العمومية أو الوسائل المادية وتلحق ضرراً بالخزينة العمومية أو بهيئة عمومية.

7- الرفض غير المؤسس للتأشيرات أو العراقيل الصريحة من طرف هيئات الرقابة القبلية أو التأشيرات الممنوحة خارج الشروط القانونية، ج، ج، ج، ج، العدد 39، المؤرخة في 23 جويلية 1995، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 غشت 2010، ج، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
2 المادتين 31 و 32، من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

العمومية، استغلال النفوذ، إساءة استغلال الوظيفة، وعدم التصريح أو التصريح الكاذب بالامتلاكات... وغيرها من الجرائم¹.

3-المسؤولية الإدارية للمراقب المالي

باعتبار المراقب المالي موظف عمومي فهو يخضع في علاقته الوظيفية للأمر 03-06 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية، الذي يحدد حقوق والتزامات الموظف العام، فإذا ما أخل المراقب المالي بواجباته المهنية، فإنه يترتب عن ذلك مسؤولية تأديبية وإدارية، وقد صنف المشرع الأخطاء المهنية إلى أربعة أصناف.

ومن أبرز المخالفات التي ينبغي على المراقب المالي تجنبها حتى لا يتحمل مسؤوليته الإدارية نجد تلك التي تُصنّف كأخطاء من الدرجة الثالثة، من أهمها التحويل غير القانوني للوثائق الإدارية، إخفاء المعلومات ذات الطابع المهني التي من واجبه تقديمها خلال تأدية مهامه، إضافة إلى إفشاء أو محاولة إفشاء الأسرار المهنية،.... وغيرها من الأخطاء الإدارية، وأخرى صنفها المشرع كأخطاء من الدرجة الرابعة كإتلافه لوثائق إدارية قصد الإساءة إلى السير الحسن للمصلحة، الجمع بين الوظيفة بين يشغلها ونشاط مريح آخر.... وغيرها².

رابعا : تقدير رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية.

الرقابة السابقة الممارسة من قبل المراقب المالي تقدر تقديرا متفاوتا يتأرجح بين وصفها بغير الكافية والمعرّقة، وبالمرضية والفعالة أحيانا أخرى.

1- رقابة المراقب المالي رقابة ناقصة ومعرّقة

تعتبر رقابة المراقب المالي على النفقات الملتزم بها رقابة غير كافية ومعرّقة، لأنها لا تزيد عن كونها إجراء شكليا، حيث أن هذا الأخير-المراقب المالي- لا يمكنه أن يحيط علما بجميع ظروف محيطه بالعملية الإدارية، ثم أن العدد الكبير من النفقات الملتزم بها، يمنع من كل تدقيق أو تمحيص، فضلا عن أن النفقات المدفوعة دون الأمر بصرفها، تغلت من هذه الرقابة التي تتم بهذا التدقيق التعسفي المبالغ فيه.

1 ينظر إلى المواد،26،27،32،33،36،من قانون رقم 06-01،بتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،المعدل والمتمم،السالف الذكر .
2 ينظر المواد 48،49،180،181،من الأمر رقم 06-03،المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية،السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وعلاوة على ما سبق، فإن الرقابة الممارسة من قبل المراقب المالي شكل عبئا ثقيلا يعرقل السير الحسن للعمليات الإدارية بوجه عام، والعمليات المالية بوجه خاص، وتنتقل عبء مسؤولية التسيير المالي من الوزير المراقب أو الأمر بالصرف إلى المراقب المالي، وفي حالة إجرائيا بشكل مخفف وسريع لمنع التباطؤ في العمليات المالية، فإن هذه الرقابة تصبح شكلية من الشكليات التي لا قيمة لها من الناحية العملية¹، ثم إن تأشيرة المراقب المالي التي لا يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة، باعتبارها إجراء شكليا ملزم داخليا فقط، يجعل عبأها وضررها على السير الحسن لتنفيذ النفقات العمومية أكبر من نفعها، لا سيما إذا علمنا أن الرقابة المرافقة التي يجريها المحاسب العمومي، تتطلب نفس الوثائق تقريبا.

2- رقابة المراقب المالي رقابة مرضية وفعالة

توصف رقابة المراقب المالي بأنها رقابة مرضية، لأنها تسمح بإكتشاف المخالفات المالية قبل وفور وقوعها، وتمكن من تفاديها أو تصحيحها قبل أن تصبح العملية المالية نهائية، ومن ثم تجنب توقيع العقوبات على مرتكبيها²، لأن الهدف من رقابة المراقب المالي على النفقات الملتزم بها هو تنفيذها وصرفها في الأغراض التي رصدت من أجلها بالشكل الحسن المطلوب، وليس تصيد الأخطاء والمعاقبة عليها، كما تعمل هذه الرقابة على لفت انتباه الأمر بالصرف في حال خطئه عن حسن أو سوء نية، أو في حال تغيير التخصيص القانوني للنفقات كأن يقدم وثيقة التزام خاصة بإقتناء أدوات تجهيز معينة، وبعد التأشير عليها من المراقب المالي يغير اتجاه هذا التخصيص فيقتني غير ما اشر عليه³.

يضاف إلى ذلك، أن الوزير أو المراقب أو الأمر بالصرف، إن تفتن لحقيقة وظيفة المراقب المالي، يكون قد وجد الوسيلة المريحة له في تحمل عبء المسؤولية عوضا عنه، بالمقابل فإن المراقب المالي يبقى دوما العين الساهرة للوزير المكلف بالمالية على مستوى هيئة يتواجد فيها، ومما يزيد من أهمية رقابة المراقب المالي ويجعلها مرضية أكثر، أنها تستهدف تحقيق المهام الآتية:

- السهر على صحة توظيف النفقات وفقا لما تنص عليه القوانين والأنظمة المعمول بها، في

المجال المالي بوجه عام، وفي مجال تنفيذ النفقات بوجه خاص.

- التحقق مسبقا من توفر الإعتمادات المالية المرصودة للنفقات الملتزم بها.

1 سكوتي خالد، المرجع السابق، ص78.

2 سكوتي خالد، المرجع السابق، ص79.

3 بن داود ابراهيم، المرجع السابق، ص138.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-إثبات صحة النفقات بوضع تأشيرة على الوثائق الخاصة بها أو تعليق رفض التأشيرة عندما يتطلب الأمر هذا الرفض، وذلك في حدود الآجال المقررة قانونا¹.

وتماشيا مع ما تم ذكره، يمكن القول أنه إذا كان المراقب المالي يتدخل قبل صرف النفقة، فإن المحاسب العمومي يتدخل لصرفها.

الفرع الثاني: رقابة المحاسب العمومية على الصفقات العمومية

لم يكتفي المشرع الجزائري على إخضاع الصفقة العمومية لرقابة المراقب المالي فحسب، بل أخضع لرقابة أخرى وهي رقابة المحاسب العمومي والتي لا تقل أهمية عن رقابة المالية السابقة، حيث أن يتوج عمل المحاسب العمومي بمنح أو رفض التأشيرة.

تستلزم أهمية الرقابة المحاسبية، تحديد موقف المشرع الجزائري منها، وذلك من خلال مختلف النصوص المنظمة لها، إضافة لتبيان مفهوم المحاسب المالي(البند الأول) إضافة الى تحديد الهيئات المعنية بالمحاسبة العمومية، والنتائج المترتبة على عملها وتحديد القيود التي ترد على مهمة هذا الأخير (البند الثاني).

البند الأول: فكرة المحاسبة العمومية في التشريع الجزائري

تعرف المحاسبة بصفة عامة بأنها تلك الكتابات، التي تعبر بالأرقام العمليات الحسابية الخاصة بتنفيذ الإيرادات والنفقات، بواسطة تقنيات خاصة وإجراءات محددة قانونا، والغاية منها هي متابعة مستمرة ودائمة للوضع المالية لمعرفة الرصيد المالي المتوفر والإ اعتمادات المتبقية، في كل بند من بنود الميزانية ومراقبة استعمالها من جهة أخرى².

واستمد القانون الجزائري للمحاسبة العمومية بعد الإستقلال معظم عناصره من القانون الفرنسي، إلى غاية صدور القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية(الملغى)، والذي يعتبر المصدر الأساسي للقواعد القانونية للمحاسبة العمومية في الجزائر، وتفرض هذه الأحكام على المحاسبين العموميين والأميرين بالصرف³، حتى يأخذ كل إيراد أو نفقة صبغته الشرعية في إطار الأموال العمومية.

1 أنظر المواد من 13 إلى 17، من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 160.

3 أنظر المادتين 04 و 15، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

أولاً : تعريف المحاسب العمومي

للمحاسب العمومي دور مهم في عملية مراقبة وتنفيذ الميزانية، وفي هذا الصدد يعرف المحاسب العمومي بأنه: " كل موظف أو عون عمومي يُرخص له قانونا بالتصرف في الأموال العمومية أو الأموال الخاصة المنظمة"¹، وبالرجوع إلى للقانون رقم 07-23 المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، نجد أنه يعرف المحاسب العمومي في المادة 15 منه كما يلي : يعتبر محاسباً عمومياً في مفهوم هذا القانون كل عون عمومي معين أو معتمد يعين للقيام بالعمليات التالية² :

- تحصيل الإيرادات و/أو ودفع النفقات؛
- حراسة وحفظ الأموال والسندات والقيم و الأغراض أو المواد المكلف بها ؛
- تداول الأموال والسندات والقيم وحركة الحسابات الموجودة ؛
- مسك المحاسبة الميزانية على أساس مبدأ محاسبة الصندوق،
- مسك المحاسبة العامة على أساس مبدأ الحقوق والإلتزامات المثبتة،
- التقييد المحاسبي للقيم غير الثابتة،
- إعداد القوائم المالية وحساب التسيير.

وعليه فإن تعريف المحاسب العمومي يركز على النقاط الأساسية التالية :

1- التعيين :

يخضع تعيين وإعتماد المحاسب العمومي لسلطة الوزير المكلف بالمالية ويخضع حصرياً لسلطته³، حسب الشروط القانونية الخاصة بكل صنف من أصناف المحاسبين العموميين، وقد يكون التعيين بطريقة مباشرة أو بناءاً على اقتراح من جهة أخرى، واستثناءً قد يقتصر دور الوزير على طريقة الإعتماد⁴، وبالتالي هو ممثل وزير المالية والهيئات المركزية على مستوى الجهات الإدارية.

أ- التعيين المباشر :

هو ذلك التعيين الذي يقوم به الوزير المكلف بالمالية للمحاسبين العموميين بناءاً على حريته في الإختيار، دون الحاجة لإقتراح جهة إدارية معينة أو الإعتماد من أخرى وهم كالتالي:

1 بن ررق فارسي، سحنون فاروق، دور المحاسب العمومي في الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، المجلة الجزائرية للأبحاث الاقتصادية والمالية، المجلد 02، العدد 02، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2019، ص 103.
2 المادة 24، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، السالف الذكر.
3 المادة 16، من نفس القانون .
4 م ت رقم 91-311، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المتعلق بتعيين المحاسبين العموميين واعتمادهم، ج، ر، ج، ج، العدد 43 المؤرخة في 18 سبتمبر 1991، المعدل والمتمم، ب م ت رقم 11-331، المؤرخ في 19 سبتمبر 2011، ج، ر، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 21 سبتمبر 2011.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-العون المحاسبي المركزي للخزينة،

-أمين الخزينة المركزي،

-أمين الخزينة رئيسي،

-أمين الخزينة في الولايات،

-أمين الخزينة في البلديات،

-أمناء الخزينة في المراكز الإستشفائية الجامعية والمؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات

العمومية للصحة الجوارية،

-قابضو الضرائب،

-قابضو أملاك الدولة،

- قابضو الجمارك،

-محافظو الرهون¹.

ب-الإعتماد من قبل وزير المالية:

نص المشرع على هذا الإجراء في المادة 16 فقرة 02، من القانون 23-07، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي بقولها: " يمكن اعتماد بعض المحاسبين العموميين من قبل الوزير المكلف بالمالية"، وينجم الإعتماد عن الموافقة التي يعطيها الوزير المكلف بالمالية أو ممثله المؤهل قانونا لتعيين عون محاسب ويخوله صفة المحاسب العمومي².

أما العلاقة التي تربط المحاسب العمومي بالأمر بالصرف، فهي علاقة تنظيمية تؤطرها القوانين والتنظيمات المعمول بها في هذا المجال، وتتنافى وظيفة الأمر بالصرف مع وظيفة المحاسب العمومي، وهذا بمقتضى المادة 32 من القانون 23-07، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، التي نصت على أنه: " تتنافى وظيفة الأمر بالصرف مع وظيفة المحاسب العمومي"، ولا يمكن بأي حال من الأحوال للأزواج والآباء والأبناء والإخوة من الدرجة الأولى الأمرين بالصرف أن يكونوا محاسبين معينين لديهم³، ولهذا المبدأ ما يبرره من الناحية القانونية والإجرائية، لأن الأمر بالصرف ينفذ النفقة العمومية بما الصفقات العمومية، أما المحاسب العمومي فهو يعمل على مراقبة صحة الإجراءات المالية التي قام بهذا الأخير⁴.

1 المادة 01، ب م ت رقم 11-331، المعدل والمتمم للم ت رقم 91-311، المتعلق بتعيين المحاسبين العموميين واعتمادهم، السالف الذكر.
2المادتين 02 و06، من م ت رقم 91-311، المتعلق بتعيين المحاسبين العموميين واعتمادهم، نفس المرسوم.
3المادة 33، من القانون 23-07، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.
4 المادة 36، من القانون رقم 90-21، المتعلق بالمحاسبة العمومية، السالف الذكر.

ثانيا-أصناف المحاسبين العموميين

نصت المادة 09، من المرسوم التنفيذي رقم 91-313 المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، على أنه: " يكون المحاسبون العموميون إما رئيسيون أو ثانويين، و يتصرفون بصفة التخصيص أو التفويض"¹، والتي يلاحظ من خلالها وجود أربعة أصناف للمحاسبين العموميين (محاسب رئيسي ومحاسب ثانوي، محاسب مفوض، محاسب مخصص)، إلا أنه ويتفحص القوانين التنظيمات المتعلقة بالمحاسب العمومي نجد له أصناف أخرى.

أ- المحاسب العمومي الرئيسي

هو الشخص المكلف بمراقبة وتنفيذ جميع العمليات المالية، التي تجرى في الجهة الإدارية التي يتواجد على مستواها، بحيث يقيد بصفة نهائية ويتصرف بصفته محاسبا مخصصا في كتاباته الحسابية كل العمليات المأمور بدفعها من صندوقه، والتي يحاسب عنها أمام مجلس المحاسبة². بالرجوع للمادة 20 من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، نجدها تنص على أنه يعتبر محاسبا عموميا رئيسيا كل من يقدم الحسابات مباشرة لمجلس المحاسبة، ويتصف بصفة المحاسب العمومي الرئيسي التابع للدولة كل من³:

-العون المحاسب المركزي للخزينة،

-أمين الخزينة المركزي،

-أمين الخزينة الرئيسي،

-أمين الخزينة في الولاية،

-الوكلاء المحاسبون للميزانيات الملحقة.

ب- المحاسب العمومي الثانوي

هو الذي تكون عملياته متركزة من طرف محاسب رئيسي ويقدمون حساباتهم لمجلس المحاسبة، وعلى هذا الأساسي يمكن تعريفه على أنه: الشخص الذي يتولى القيام برقابة وتنفيذ العمليات المالية في وحدة من وحدات الجهة الإدارية التي يشرف عليها كليا محاسبا رئيسيا، ويتصرف بصفته محاسبا عموميا مساعدا عند قيامه بتلك العمليات المالية لحساب المحاسب العمومي الرئيسي⁴، ويتمثل المحاسبون العموميون الثانويون في كل من⁵:

1 المادة 09، من م ت رقم 91-313، المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادتين 10، من نفس المرسوم .

3 المادة 31، من نفس المرسوم .

4 المادة 11، من نفس المرسوم.

5 المادتين 31 و 32، من نفس المرسوم.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-أمين الخزينة في البلدية،

-أمناء خزائن القطاعات الصحية والمراكز الإستشفائية الجامعية،

-قابضو الضرائب،

-قابضو أملاك الدولة،

-قابضو الجمارك،

-محافظو الرهون.

ويقوم المحاسب الثانوي بإرسال كل شهر وبصورة مباشرة إلى المحاسب الرئيسي، الوثائق والبيانات الحسابية قصد تجميع الإيرادات والنفقات وترحيلها إلى حسابات، كما يقوم المحاسب الرئيسي بإرسال في نهاية كل سنة موازنة الأموال والقيود المسجلة في دفاتره المحاسبية إلى الوكيل المحاسب المركزي للخبزينة¹.

البند الثاني: مجال رقابة المحاسب العمومي على الصفقات العمومية والآثار المترتبة عنها

يمارس المحاسب العمومي مهامه مباشرة بعد التأشيرة على الصفة العمومية، من قبل لجان الصفقات المختصة والمراقب المالي، كما يقوم هذا الأخير بمهمة مزدوجة الأولى تتعلق بتنفيذ النفقات العمومية والثانية تتعلق بمراقبة مدى صحتها، وبالتالي توصف هذه الرقابة بأنها "رقابة مرافقة لعملية التنفيذ"²، مما يستحيل الفصل بين الرقابة والتنفيذ.

ومنذ هذا المنطلق، يلاحظ أن المحاسبة العمومية تطبق على الميزانيات والعمليات المالية الخاصة بالدولة، والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني ومجلس المحاسبة، والميزانيات الملحقة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات التي تخضع للنشاط التجاري، ولكن عندما تكون ممولة جزئياً أو كلياً من الدولة أو الجماعات الإقليمية³.

أولاً : مجال رقابة المحاسب العمومي على الصفقات العمومية

تخضع جميع الجهات المؤهلة بإبرام الصفقات العمومية، حتى ولم ينص عليها صراحة لرقابة المحاسب العمومي، لذا نجد هذا الأخير نفسه أمام مهمة التحقق من صحة جملة من الإجراءات قبل قبول أية نفقة⁴:

1 المادة 37، من م ت رقم 91-313، المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الأمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 164.

3 المادة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

4 المادة 27، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.

1-مطابقة العملية مع القوانين وأنظمة الدولة:

هذه المطابقة يعني بمفهومها أن العملية المالية المتمثلة في تنفيذ النفقة التي صدر الأمر بدفعها من طرف الأمر بالصرف للمحاسب العمومي، هي عملية تتطابق مع جميع النصوص التشريعية والتنظيمية المرعية في المجال المالي والمحاسبي، ومن خلال ذلك يمكن القول أن المحاسب العمومي يركز دوره بشكل أساسي على مدى شرعية الأمر بالصرف ولا يتعدى دوره إلى مراقبة مدى ملائمة.

2-التأكد من صفة الأمر بالصرف أو المفوض له:

وهو الإجراء الرقابي الأول الذي يجب على المحاسب القيام به قبل المرور إلى فحص الشروط الأخرى للتحقق من شرعية النفقة، فبفرض أن اعتماد الأمر بالصرف (أو المفوض عنه لدى المحاسب) قد تم¹، فإنه يبقى على هذا الأخير القيام بمضاهاة التوقيع على أمر أو حوالة الدفع والسندات المرفقة، بذلك المقدم له كنموذج لتوقيع الأمر بالصرف(أو المفوض عنه)، أثناء اعتماده للتحقق من تطابقها، وهو ما نصت عليه المادة 13 من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، التي جاء فيها: "يجب أن يكون كل من الأمرين بالصرف والأمرين بالصرف المكلفين ومفوضيهم ومستخلفيهم لدى المحاسبين العموميين المختصين فيما يتعلق بالعمليات التي يقومون بتنفيذها".

3-توافر الاعتمادات:

يتأكد المحاسب العمومي من توفر الاعتمادات في الميزانية المخصصة للجهة المعنية الخاضعة لرقابته، ومدى كفايتها - الإتمادات - لتغطية النفقة التي صدر الأمر بدفعها من الأمر بالصرف، لأنه لا يجوز صرف أية نفقة بما يتجاوز مبلغ الإتمادات المفتوحة لها، حتى أن المحاسب العمومي يجب عليه أن يرفض الإمتثال للتسخير، في حالة عدم توفر الإتمادات المالية².

4-الديون لم تسقط آجالها أو أنها محل معارضة:

حسب نص المادة 16 من القانون 17-84 المتعلق بقوانين المالية، تسقط بالتقادم وتسدد نهائيا لفائدة المؤسسات العمومية المعنية كل الديون المستحقة للغير من طرف الدولة أو الولاية أو مؤسسة

1 المادة 02، من م ت رقم 97-268، المؤرخ في 21 يوليو 1997، المحدد للإجراءات المتعلقة بالإنجاز بالنفقات العمومية وتنفيذها ويضبط صلاحيات الأمرين بالصرف ومسؤولياتهم، ج، ر، ج، العدد 48، المؤرخة في 23 يوليو 1997، والمتتم، ب م ت رقم 13-95، المؤرخ في 26 فبراير 2013، ج، ر، ج، العدد 13، المؤرخة في 06 مارس 2013.
2 المادة 62، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

عمومية... ، ما لم تدفع هذه الديون في أجل أربع سنوات ابتداء من اليوم الأول للسنة المالية التي أصبحت فيها مستحقة، وذلك ما لم تنص الأحكام المالية على خلاف ذلك¹.

وعليه فإن المحاسب العمومي لا بد عليه من التأكد من أن الديون التي هو بصدد دفعها لم تسقط بالتقادم، فضلا عن ذلك يجب ألا يكون الدين المتمثل في مبلغ النفقة محل معارضة من طرف الغير².

5- الطابع الإبرائي للدفع:

يقصد بالطابع الإبرائي لمُدفع، أن دفع مبلغ النفقة يؤدي حتما إلى إبراء ذمة الجهة الإدارية المدينة من هذا المبلغ، لذا يجب على المحاسب العمومي قبل إجراء عملية الدفع، أن يتحقق جيدا من كثير من الأمور، كالتأكد من أن مبلغ النفقة ثابت ومحدد المقدار ومستحق الدفع، وأن هوية الدائن الذي يتم إليه الدفع مبينة بشكل لا يدع مجالا للبس والخلط أو الغلط، أو من وجود أختام أداء الخدمة على ظهر الفاتورة أو وضعية الأشغال وتستننى حالة التسبيقات فيما يتعلق بالصفقات العمومية.

6- تأشيرات عمليات المراقبة التي نصت عليها القوانين والأنظمة المعمول بها

وهي تأشيرات عمليات المراقبة التي نصت عليها القوانين والأنظمة المعمول بها، كالتالي يجب على المحاسب العمومي أن يتأكد من وجود هذه التأشيرات المتمثلة في تأشيرة المراقب المالي³ وتأشيرة لجان الصفقات العمومية⁴، حتى أن المحاسب العمومي يجب عليه أن يرفض الإمتثال للتسخير، في حالة عدم وجود تأشيرة النفقات الملتمزم بها أو تأشيرة لجنة الصفقات المختصة، عندما تكون مثل هذه التأشيرة منصوصا عليها في التنظيم المعمول به⁵.

ثانيا: النتائج المترتبة على رقابة المحاسب العمومي في مجال الصفقات العمومي

بعد تأشير المراقب المالي على بطاقة الإلتزام لمشروع الصفقة العمومية، يأتي دور المحاسب العمومي لصرف النفقة، بعد أن يتأكد من جميع الإجراءات المالية والرقابية سواء كانت ادارية أو مالية، وتتوج عملية المراقبة للمحاسب العمومية في إحدى الحالتين:

1- الموافقة على دفع النفقة محل الصفقة العمومية

يقصد بدفع النفقة تحرر المحاسب العمومي صك خزينة بإسم حساب الجاري المصلحة المتعاقدة أو صك بريدي لفائدة الدائن، بعدما يدون العملية في مختلف السجلات المحاسبية، وذلك

1 القانون رقم 84-17، المتعلق بقوانين المالية، السالف الذكر.

2 المادة 27، من القانون 23-07، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر..

3 المادة 07، من م ت رقم 09-374، المعدل والمتمم للم ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، السالف الذكر.

4 المادة 196، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

5 المادة 62، من القانون 23-07، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ضمن الآجال القانونية المحددة، وتتم عادة بإصدار أوامر بالصرف بين اليوم الأول والعشرين من كل شهر، وإرسالها الى المحاسبين العموميين المكلفين بتحويلها إلى نفقات في ظرف 10 أيام من تاريخ استلام ليقوم المحاسب العمومي بإرسال الأمر بالدفع وعليه تأشيرة التسديد¹، أما عن طريقة تسديد النفقات العمومية من طرف المحاسب العمومي، فهي إحدى الصور الآتية:

أ- الدفع نقدا:

ويتم هذا الدفع عن طريق سلطة غير السلطة الإدارية التي حررت حوالة الدفع، وهذا تطبيقا لمبدأ الفصل بين الوظائف الإدارية والمحاسبية.

ب- الدفع عن طريق تحويل المبلغ في حساب

تتمثل هذه الطريقة في تحويل مبلغ انجاز المشروع في حساب الدائن وبإسمه، والذي قد يكون حساب جاري بريدي أو حساب بنكي في إحدى البنوك المفتوح لديها حساب الدائن، بعدما أن يكون المقاول أو صاحب المؤسسة قد أدرج نسخة من رقم الحساب في ملف الصفقة، أو عند تقديم الوضعيات المالية لدى المصلحة المتعاقدة.

ج- المقاصة

تتحقق هذه الحالة، عندما تكون الهيئة العمومية دائنا ومدينا لأشخاص معينين، فيقوم المحاسب العمومي بتحصيل ما للهيئة من حقوق وتسديد ما عليها من التزامات وديون للدائن المستحق للنفقة².

2- الامتناع عن دفع النفقة محل الصفقة

إذا كان الأصل أن المحاسب العمومي وهو يراقب الأمر بصرف المقدم من قبل الأمر بالصرف أن يدفع النفقة، فإنه بإمكانه أن يرفض الدفع، إذا ما لاحظ خلافا في الأمر بالدفع والوثائق الثبوتية المرفقة به، كعدم المطابقة للقوانين والأنظمة المعمول بها كالعناصر الملحقة به، وعندئذ يبلغ هذا الأخير الأمر بالصرف كتابيا رفضه القانوني للدفع، ويكون المصلحة المتعاقدة أمام حالتين وهما:

إما أن تقوم الهيئة المعنية بالرقابة وتصحيح المخالفات والأخطاء المادية المسجلة، ليتم بعد ذلك دفع النفقة، وإما اللجوء الى طريقة قانونية تشبه الى حد بعيد ما هو منصوص عليه بالنسبة "لمقرر

1 المادتين 02 و 05، من م ت رقم 93-46، المؤرخ في 06 فيفري 1993، المحدد آجال دفع النفقات وتحصيل الأوامر بالإيرادات والبيانات التنفيذية واجراءات قبول القيم المنعدمة، ج، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 10 فيفري 1993.
2 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 166.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

التجاوز التأشيرة" أمام لجان الصفقات العمومية، وسلطة التفاوضي عن تأشيرة المراقب المالي، وتسمى في هذه الحالة " إجراء التسخير"¹.

ثالثا: أثر الأمر بالتسخير على رقابة المحاسب العمومي

رغم العمل الرقابي الذي يقوم به المحاسب العمومي بالغ الأهمية، فهو يعمل على التأكد من شرعية الأمر بالصرف ومدى مطابقته للقوانين والتنظيمات المعمول بها، إلا أن القانون في مثل هذه الحالات قد خول للأمر بالصرف كونه الساهر على حسن سير المضطرد للمرافق العمومية والمصلحة العامة، تمرير النفقة رغم رفض المحاسب العمومي لذلك، وهو ما يعرف بالتسخير المكتوب².

1- إمكانية تسخير المحاسب العمومي

قرر المشرع إمكانية تسخير المحاسب العمومي بموجب المادة 61 من القانون 07-23 المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، التي تعطي إمكانية للأمر بالصرف أن يطلب كتابيا وعلى مسؤوليته من المحاسب العمومي الذي رفض الدفع، أن يتجاوز هذا الرفض ويقوم بعملية الدفع. وبينت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-314، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين³، حيث ألزمت الأمر بالصرف أن يتضمن الأمر بالتسخير زيادة على الأسباب المبررة له عبارة "يطلب من المحاسب أن يدفع في كل عملية إنفاق مرفوض دفعها"، وإذا امتثل المحاسب العمومي لأمر التسخير برئت ذمته من المسؤولية الشخصية والمالية⁴، وعليه حينئذ أن يقدم عرض حال للأسباب الداعية للرفض إلى الوزير المكلف بالمالية خلال خمسة عشر (15) يوما، يرفقه بنسخة من الوثائق الحسابية⁵.

2- عدم إمكانية تسخير المحاسب العمومي

إن إمكانية تسخير المحاسب العمومي من قبل الأمر بالصرف، هي إمكانية مقيدة حيث لا يمكن أن تمارس في غير الحالات التي حددها المشرع، وإن فعلها الأمر بالصرف فإنه يجب على المحاسب العمومي أن يرفض الإمتثال لأمر التسخير رفضا مغلل، وهذه الحالات هي⁶:

1 المادة 61، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.

2 ينظر الملحق رقم 05، نموذج من مقرر التسخير.

3 م ت رقم 91-314، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، ج، ج، ج، العدد 43، المؤرخة في 18 سبتمبر 1991.

4 المادة 62، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.

5 المادة 03، من م ت رقم 91-314، المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين، سالف الذكر.

6 المادة 62، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-عدم توفر الإعتمادات المالية ،

-عدم توفر السيولة ما عدا بالنسبة للدول،

-عدم توفر أموال الخزينة ،

-انعدام إثبات أداء الخدمة.

- عدم وجود تأشيرة النفقات الملتزم بها أو تأشيرة لجنة الصفقات المختصة، عندما تكون مثل هذه التأشيرة منصوصا عليها في التنظيم المعمول به .

وعند تحليل الأسباب المانعة لاستعمال إجراء التسخير، فانه من المنطقي أن يرفض المحاسب العمومي دفع النفقة عن طريق التسخير في حالة عدم توفر الاعتمادات المالية لأنه لا يملك التغطية المالية للتسديد باستثناء النفقات التي تدفع باسم الدولة والتي يتم تسديدها عن طريق السحب عن المكشوف، أما الأسباب الأخرى فإنها تهدف إلى حماية المال العام.

رابعاً: مسؤولية المحاسب العمومي

تقع على عاتق المحاسب العمومي مسؤولية شخصية وأخرى مالية على جميع العمليات التي يديرها منذ تاريخ تنصيبه إلى تاريخ انتهاء مهامه، ففي حالة ما إذا ثبت وجود خلل في قيامه المهام الموكولة إليه قامت عليه المسؤولية، إلا إن المشرع الجزائري وضع العديد من الإجراءات التي من شأنها أن تخفف قيام هذه المسؤولية، وتمتد مسؤولية المحاسبين العموميين لتشمل أعمالهم الشخصية والمالية وعمل الغير.

1- المسؤولية عن الأعمال الشخصية والمالية:

تكون مسؤولية المحاسب العمومي شخصية، عندما يثبت وجود مخالفة في تنفيذ العمليات المنصوص عليها في المادة 112 من القانون 23-07 المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، فلا تتحمل الإدارة الخطأ في الحسابات التي يقع فيها المحاسب العمومي ، كما لا يمكن أن يرجع المسؤولية على عاتق أحد أعوانه أو موظفيه، كما يكون المحاسب العمومي مسؤولاً مالياً عن الأموال و القيم الضائعة أو الناقصة من الخزينة العمومية، وفي هذه الحالة يتعين عليه أن يسدد من أمواله الخاصة مبلغ يساوي البواقي الحسابية المكلف بها، وإذا تعذر القيام بتحصيل المبالغ المتبقية بسبب إفسار المحاسب، فإنه يمكن لعقد التأمين الذي يكتتبه المحاسب العمومية أن يغطي ذلك العجز¹.

1 ينظر للمواد 15،16، من م ت رقم 91-312، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين، وإجراءات مراجعة باقي الحسابات، وكيفية تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، ج، ر، ج، العدد 43، 08 سبتمبر 1991.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ونظرا للطبيعة الخاصة لمسؤولية المحاسب العمومي، فإنه لا يتم الأخذ بمسؤوليته إلا من طرف وزير المالية أو مجلس المحاسبة¹، بواسطة تنفيذ اجراء وضع المحاسب العمومي في وضعية مدين تجاه الخزينة العمومية في حساب خاص، وذلك في حالة إدانته بارتكاب مخالفات صريحة للتشريعات المعمول بها من أجل تسديد العجز في الصندوق أو تعويض الضرر الذي الحق بالخزينة العمومية دون أن يخل ذلك بالمتابعات الجزائية حسب درجة وطبيعة المخالفات المرتكبة .

2- المسؤولية عن أعمال الغير

يكون المحاسبون العموميون مبدئيا، مسؤولين عن عمل الأعوان التابعين لهم- الذين هم تحت سلطتهم ومراقبتهم- في المصالح التي يديرونها، كما يمكن أن تكون المسؤولية تضامنية بين المحاسبين العموميين والأشخاص الموضوعين تحت أوامرهم.

كما تقوم المسؤولية المالية للمحاسبين العموميين عن تسيير وكلاء الإيرادات والنفقات (التسيبقات) المرتبطين بهم تضامنية من هؤلاء في حدود المراقبة التي يتعين عليهم ممارستها.

المطلب الثاني: مستويات الرقابة المالية الخارجية على الصفقات العمومية

إن تعزيز قيم النزاهة ونظم الشفافية والمساءلة في القطاع الحكومي بشكل عام، يرتبط ارتباطا وثيقا بوجود بنية مؤسسية سليمة وأجهزة رقابية قوية تتمتع باستقلالية ومهنية، وذلك ما سعت اليه الجزائر بعد الإستقلال، حيث عملت على بناء أجهزة للرقابة المالية السابقة وأخرى رقابة مالية لاحقة، وحددت لكل منها صلاحياتها واختصاصاتها ومجال رقابتها، ومن ضمن هذه الأجهزة الرقابية المفتشية العامة للمالية (الفرع الأول)، ومجلس المحاسبة الذي يعتبر هيئة إدارية تختص بمراقبة صرف الأموال العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : رقابة المفتشية العامة للمالية.

تعتبر المفتشية العامة للمالية هيئة دائمة² من بين هياكل الإدارة المركزية لوزارة المالية التي تسهر على المحافظة على الأموال العمومية، وتم إستحداثها بمقتضى المرسوم رقم 80-53³، بحيث

1 المادة 112، فقرة 1 و 2، من القانون 07-23، المتعلق بالمحاسبة العمومية والتسيير المالي، سالف الذكر.
2 المادة 01، من م ت رقم 08-272، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 07 سبتمبر 2008، والذي ألغى م ت رقم 92-78، المؤرخ في 22 فبراير 1992، ج، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 26 فبراير 1992.
3 المرسوم رقم 80-53، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتضمن احداث المفتشية العامة للمالية، ج، ج، ج، العدد 10، المؤرخة في 04 مارس 1980، المعدل بموجب المرسوم رقم 83-502، المؤرخ في 20 أوت 1983، المتضمن التنظيم الداخلي للمفتشية العامة للمالية، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 23 أوت 1983، الملغى بموجب م ت رقم 92-32، المؤرخ في 20 جانفي 1992، المتضمن تنظيم هياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 26 جانفي 1992، و م ت رقم 92-33، المؤرخ في 20 جانفي 1992، والذي يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 26 جانفي 1992.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

يمتد اختصاصها لمراقبة التسيير المالي¹ المحاسبي لمختلف مصالح الدولة، والجماعات المحلية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى جانب صناديق الضمان الاجتماعي، وتتجسد هذه الرقابة عن طريق رقابة دورية، تقوم بها أجهزتها المختلفة تابعة للمفتشية العامة للمالية، من قل كل الموظفين التابعين لوزارة المالية.

ولقد حرص المشرع على تدعيم المفتشية بآليات رقابية محددة في القانون (البند الأول)، إضافة إلى معاينة ومراقبة الهيئات التابعة للدولة فيما يخص السير الحسن للمال العام، من خلال مجموعة من الاختصاصات التي تتمتع بها هذه الأجهزة الرقابية، وفي الأخير تقييم عمل هذه المفتشية في رقابة على الصفقات العمومية (البند الثاني) .

البند الأول : تحديد الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية العامة في مجال الصفقات العمومية

لقد خول القانون للمفتشية العامة للمالية صلاحيات واسعة قصد التحقق من كيفية إدارة واستغلال الأموال العمومية، وهذا للحيلولة دون وقوع التجاوزات الإدارية والمالية، حيث تخضع لرقابة هذه المفتشية العديد من الهيئات، وهذا بموجب المادتين 02 و 03 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، وهي كالتالي:

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.
-هيئات الضمان الاجتماعي التابعة للنظام العام والإجباري، وكذا كل الهيئات ذات الطابع الإجتماعي والثقافي التي تستفيد من مساعدة الدولة أو الهيئات العمومية.
-كل مؤسسة عمومية أخرى مهما كان نظامها".

والملاحظ أن المشرع في البداية لم يخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لرقابة المفتشية العامة للمالية في المرسوم التنفيذي رقم 08-272 الذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية²، بالرغم من أنها ممولة من قبل الخزينة العمومية، غير أن المشرع استدرك الأمر وأخضع هذه المؤسسات لرقابة المفتشية العامة للمالية وهذا بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 09-96، الذي يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية³.

1 المادتين 02، و03، من م ت رقم 08-272،والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، السالف الذكر.

2 المادة 02، من نفس المرسوم.

3 م ت رقم 09-96، المؤرخ في 22 فيفري 2009،والذي يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج،ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 04 مارس 2009.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

مع العلم أن هذه المؤسسات لا تخضع لتنظيم ص و ت م ع، وهذا بموجب المادة 09 من المرسوم الرئاسي 15-247، بقولها " : لا تخضع المؤسسات العمومية الإقتصادية لأحكام ابرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات الإبرام حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الإستفادة من الطلب، والمساواة في التعامل بين المترشحين، وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الإجتماعية".

أولاً: آليات رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية

تمتلك المفتشية العامة للمالية العديد من الآليات القانونية، التي تمارسها من خلالها اختصاصاتها الرقابية، إذ تتدخل عن طريق ثلاث آليات وهي :

1-الهيكل العملية للرقابة والتدقيق والتقييم :

تضم المفتشية العامة للمالية هيكل عملية للرقابة والتدقيق والتقييم، يديرها مراقبون عامون للمالية، وهذا ما نصت عليه المادة 04، من المرسوم التنفيذي رقم 08-273، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم هيكل المركزية للمفتشية العامة للمالية¹.

2-البعثة التفتيشية

تعتبر هذه البعثة إحدى الوحدات الأساسية العامة للرقابة الخارجية على الأموال العمومية²، وتساعد إليها مهام تتعلق بالتحقيق والتدقيق في مدى نجاعة الصفقات العمومية ذات البعد الوطني، ويدير فرق الرقابة مكلفون بالتفتيش المحدد عددهم بـ ثلاثين(30)، ويماسون مهامهم تحت إدارة مديري البعثات الموكلة لهم عمليات الرقابة³.

3-الفرق التفتيشية

وهي تنقسم لنوعين وهما:

أ-الفرق والبعثات المتعددة الوظائف

تنفذ أعمالها على المستوى المحلي والإقليمي، وكذا على المستوى الجهوي.

1 م ت رقم 08-273، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم هيكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 07 سبتمبر 2008.

2 المادتين 04 و 09، من نفس المرسوم.

3 المادة 13، من نفس المرسوم.

ب- الفرق والبعثات المتخصصة

تختص هذه الفرق بمجالات محددة وفي اقليم محدد ايضا، وتسلط رقابتها على جميع الأعمال المحاسبية التي قام بها المحاسبون العموميون والتحقق من مصداقيتها وصحتها¹، هذا وقد أنشئ المشرع الجزائري مفتشيات عامة للمالية على المستوى الجهوي، في الولايات التالية: الأغواط، تيزي وزو، سيدي بلعباس، قسنطينة، ورقلة، تلمسان، سطيف، عنابة، مستغانم، وهران².

يبدو واضحا من خلال النصوص المنظمة للمفتشية العامة للمالية تبعيتها المطلقة لمصالح وزارة المالية مما يجعلها هيئة غير مستقلة في القيام بمهامها الرقابية، وهو ما يؤثر دون شك على جودة الرقابة التي تقوم بها خاصة في ظل الانتشار الكبير لظاهرة الفساد التي مست معظم القطاعات والمرافق العامة وفي ظل تزايد التعاملات التي تقوم بها الهيئات والمصالح العمومية التي تخضع لرقابتها مما يجعل أداء عملها بصفة كاملة صعبا إن لم نقل مستحيلا.

كما نسجل في إطار تقييم تأثير إعادة هيكلة المفتشية العامة للمالية على فعالية مهامها، أن اعتماد المشرع نظام برنامج العمل السنوي لهذه الهيئة قد يحد بشكل كبير جدا من الوصول إلى الأهداف المقررة لها خاصة الهيئات التي تخضع للرقابة خلال السنة الجارية تكون على علم بزيارة هذه الهيئة.

وبالتالي تأخذ كل التدابير والاحتياطات اللازمة على المستوى الوثائقي أو المادي أو البشري من أجل تقديم صورة للمفتشين تكون في كما نسجل في إطار تقييم تأثير إعادة هيكلة المفتشية العامة للمالية على فعالية مهامها أن اعتماد المشرع نظام برنامج العمل السنوي لهذه الهيئة قد يحد بشكل كبير جدا من الوصول إلى الأهداف المقررة لها خاصة الهيئات التي تخضع للرقابة خلال السنة الجارية تكون على علم بزيارة هذه الهيئة وبالتالي تأخذ كل التدابير والاحتياطات اللازمة على المستوى الوثائقي أو المادي أو البشري من أجل تقديم صورة للمفتشين تكون في غالب الأحيان مخالفة للصورة الحقيقية، ومن ثم تعتبر فرصة لبعض المسؤولين للإفلات من التجريم والعقاب³.

1 حورية بن أحمد، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 173.
2 المادة 06، من م ت رقم 08-274، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية، ج، ح، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 07 سبتمبر 2008.
3 خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 238.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ثانيا : مضمون رقابة المفتشية العامة في مجال الصفقات العمومية.

تعمل المفتشية العامة للمالية في مجال الصفقات العمومية ،على مراقبة الإجراءات المتعلقة بصرف الأموال العمومية من الناحية الشكلية والموضوعية.

1- الناحية الشكلية:

يتم فحص الصفقة العمومية من قبل المفتشية العامة من الناحية الشكلية، عن طريق البحث والاستفسار عن كيفية تحديد احتياجات المؤسسة العمومية وطريقة إبرام الصفقة وتحديد مدى تحقيق الأهداف المرجوة من الصفقة، مروراً بفحص إجراءات الإعلان وسجل العروض ودفتر الشروط¹، وذلك من خلال:

- جمع المعلومات عن الصفقة والاستفسار عن طريقة التي حددت بها الحاجات العامة؛
- البحث في طريقة إبرام الصفقة، فإذا أبرمت عن طريق التراضي يجب تطابقها مع الحالات القانونية والاستثنائية، والتي تجعل الأمر بالصرف يتجنبها في الحالات التي نص عليها القانون نظراً لما يترتب عليها من نتائج سلبية كالمحاباة واستغلال النفوذ والرشوة والأضرار بالمصلحة العامة؛
- تحديد الأهداف المتوخاة من الصفقة حتى لا ترصد اعتمادات مالية ضخمة لصفقة لا تعود بالفائدة على المواطنين؛

- الاطلاع على دفاتر الشروط لمعرفة مدى تطابقها مع القوانين والتنظيمات السارية المفعول.

2- الناحية الموضوعية :

يتم فيها مراقبة مراحل إبرام الصفقة، بداية باجتماع لجنة الأظرفة إلى غاية إرساء الصفقة العمومية، وذلك من خلال²:

- رقابة مدى تقدم الصفقة العمومية في تنفيذ بنودها، بالمقارنة مع فترات الرقابة والمبالغ المرصودة للصفقة؛

- التحري فيما يخص التسبيقات المالية ومدى مطابقتها مع النصوص والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية؛

- التأكد من مراعاة هامش الأفضلية للمنتج ذي الأصل الجزائري؛

1 مصباح حراق، محمد أمين قمبر، فعالية الرقابة المالية على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العامة والحد من تبديد المال العام في الجزائر،مجلة نماء للإقتصاد والتجارة،المجلد03،العدد01،جامعة الصديق بن يحي،جيجل،الجزائر، 2019،ص16.
2 المادتين 05 و06، م ت رقم 08-272، والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية،السالف الذكر .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-معاينة محضر لجنة الصفقات المختصة والتأكد من قرار تعيين هذه اللجنة وشرعية اجتماعاتها؛
-مراقبة كفاءات تطبيق البند المتعلق بمراجعة أو تحيين الأسعار-في حالة ما إذا تضمنته الصفقة-ومدى تطابقه مع الشروط القانونية.

تحديد تاريخ ابرام الصفقة العمومية من أجل تحديد المبلغ المالي المرصود والمتبقي، وبالتالي تحديد طريقة دفع المستحقات والتسبيقات، ومدى اللجوء لتحيين الأسعار بما يتوافق مع الظروف الإقتصادية والتجارية.

الإطلاع على سحل العروض والتأكد من أنه مرقم ومؤشر عليه وفقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها.

البند الثاني :إجراءات رقابة المفتشية العامة للمالية ومدى فعاليتها في مجال الصفقات العمومية.

لا شك في أن المفتشية العامة للمالية، تعد هيئة عليا للرقابة على أموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وهذا ما يتجلى من مقتضيات الأحكام الإجرائية المتعلقة بدورها في مكافحة الفساد المالي، بما يكفل تحقيق التسيير الشفاف للأموال العمومية وحماية المنافسة النزيهة من الممارسات الغير القانونية في مجال الصفقات العمومية، ولأهمية المسألة حري بنا التطرق إلى إجراءات الرقابة التي تمارسها هذه المفتشية ،ومدى فعاليتها في مجال الصفقات العمومية.

أولا : اجراءات رقابة المفتشية العامة للمالية

يقوم وزير المالية خلال الشهر الأول من كل سنة مالية بتحديد برنامج عمل المفتشية العامة للمالية خلال السنة، مع الأخذ بعين الإعتبار طلبات المراقبة التي يتقدم بها كل من أعضاء الحكومة أو مجلس المحاسبة أو المجلس الوطني، والملاحظ أن هذه الرقابة تبنى على عنصر المباغته والمفاجئة أو بإشعار مسبق في أداء مهامها، وتعتمد على جميع المعطيات الإقتصادية، المالية والتقنية لممارسة عملها، كما لها المبادرة بأي اقتراحات أو آراء تخص اجراءات أو تقنيات يتطلب استخدامها في محال الفعالية والنجاعة¹.

وتقوم رقابة المفتشية العامة للميزانية على الزيارات الفجائية، وترتبط أعمالها بالمعطيات الإقتصادية، المالية والتقنية، وفي سبيل قيام المفتشية لمهامها قام المشرع بتدعيم هذه الهيئة من خلال:

1 بن داود ابراهيم، المرجع السابق، ص ص 172-173.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

تدخلات المفتشية العامة للمالية على الوثائق وفي عين المكان وفي الحالة الأخيرة يتعين أن تكون الفحوص والتحقيقات فجائية، بينما تكون المهمات المتعلقة بالدراسات أو التقييمات أو الخبرات موضوع تبليغ مسبق، وبذلك تجدر الإشارة أن المشرع قد أحسن فعلا عندما جعل الزيارات التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية للقيام بالتحقيقات والفحوص فجائية، وذلك حتى لا يمنح للمصالح المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية أن تقوم بالأعمال التي من شأنها إخفاء آثار الجرائم المرتكبة في هذا المجال وتظليل المفتشين المكلفين بهذه العملية.¹

ولضمان مرونة أعمال المفتشية العامة للمالية عندما تقوم بمهمة الرقابة استنادا على الوثائق والمستندات، أعطى المشرع الصلاحية للوحدات العملية للمفتشية العامة للمالية في طلب الحصول من المصالح المتعاقدة كل الدفاتر والوثائق والمستندات التي تراها أنها ضرورية للقيام بعملية الفحص والمراقبة، وفي هذا السياق أجبر المصالح المتعاقدة أيضا بالإجابة على طلبات المعلومات المقدمة من طرف وحدات المفتشية العامة للمالية²، مع الإشارة إلى أن كل رفض لطلبات التقديم أو الإطلاع المشار إليها أعلاه، تمنح الصلاحية للمفتشية العامة للمالية بتوجيه إعدار يعلم به الرئيس السلمي للعون المعني، وفي حالة عدم الرد بعد ثمانية أيام من الإعدار يحزر المسؤول المختص للوحدة العملية للمفتشية العامة للمالية محضر قصور ضد العون المعني أو رئيسه، ويرسله إلى السلطة السلمية الوصية التي يتعين عليها متابعة ذلك.³

عند انتهاء مهام الرقابة يتم إعداد تقرير أساسي يبرز المعايينات والتقديرات حول التسيير المالي والمحاسبي للمؤسسة أو الهيئة المراقبة، وكذا حول فعالية التسيير بصفة عامة، على أن يتضمن هذا التقرير اقتراحات التدابير، التي من شأنها أن تحسن تنظيم وتسيير وكذا نتائج المؤسسات والهيئات المراقبة.

كما يمكن أن يتضمن التقرير أيضا كل اقتراح كفيل بتحسين الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكمها⁴، ويبلغ إلى مسير أو مسؤول المصلحة المتعاقدة، والذي يتعين عليه لزاما الإجابة في أجل أقصاه شهرين- يمكن أن يتم تمديده شهرين آخرين من طرف رئيس المفتشية العامة للمالية بعد موافقة

1 المادة 14، من م ت رقم 08-272، والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، السالف الذكر.

2 المادة 17، من نفس المرسوم.

3 المادة 19، من نفس المرسوم.

4 المادة 21، من نفس المرسوم .

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

الوزير المكلف بالمالية -على المعاينات والملاحظات التي احتواها التقرير زيادة على إعلام المفتشية العامة للمالية بالتدابير المتخذة والمرتبقة المتعلقة بالوقائع المدونة فيه¹.

يترتب على جواب المسير على التقرير الأساسي إعداد تقرير تلخيصي يتضمن المقاربة بين المعاينات المدونة في التقرير الأساسي وجواب مسؤول المصلحة المتعاقدة على أن يبلغ التقرير التلخيصي مرفقا بجواب المسير للسلطة السلمية للمصلحة المتعلق².

تعد المفتشية العامة للمالية تقريرا سنويا يتضمن حصيلة نشاطاتها، وملخص معاينتها، والأجوبة المتعلقة بها، وكذا الاقتراحات ذات الأهمية العامة، التي اقتبستها من ذلك خصوصا بغرض تكييف أو تحسين التشريع والتنظيم اللذين يحكمان النشاطات الخاصة لرقابتها، ويسلم التقرير السنوي إلى الوزير المكلف بالمالية خلال الثلاثي الأول من السنة المالية التي أعد بخصوصها، فضلا على التقرير السنوي تعد المفتشية العامة للمالية في نفس الآجال تقريرا يرسل إلى السلطات المؤهلة يتعلق بالاستجابة التي لقيتها المعاينات والتوصيات³.

من خلال ما سبق، نسجل بعض الملاحظات على الأحكام القانونية المتعلقة برقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية تتمثل في ما يلي.

-الملاحظة الأولى:

يلاحظ أن المشرع أعطى للمفتشية العامة للمالية وسائل رقابية على المصالح المتعاقدة تتمثل خصوصا في صلاحيات هذه الهيئة في الرقابة عليها استنادا على الوثائق أو في عين المكان، وتحرير تقرير بذلك يتم إرساله إلى الوصاية بعد أن يأخذ الصفة النهائية، ولكنه لم ينظم آليات المتابعة لهذا التقرير من خلال الإطلاع على الإجراءات القانونية، التي تم اتخاذها ضد كل من خالف القوانين والتنظيمات الجاري العمل بها لاسيما مخالفة قواعد قانون الصفقات العمومية، وهو ما قد يحد من فعالية هذه الآلية، حيث قد تنتهي حياة التقرير في أدارج السلطة الوصية خاصة إذا ما كانت مساهمة في المخالفات المرتكبة.

1 المادتين 22 و23، من م ت رقم 08-272، والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، السالف الذكر.

2 المادة 24، من نفس المرسوم.

3 المادة 26، من نفس المرسوم .

-الملاحظة الثانية.

إن عمل المفتشية العامة للمالية في مجال المراقبة والتحقيق والفحص والخبرة والتدقيق يتطلب طاقما بشريا يتمتع بالكفاءة والنزاهة والصرامة، ومع ذلك نجد أن النصوص القانونية المتعلقة بهذه الهيئة لم تحدد معايير تولى المسؤوليات والمناصب العليا في هياكلها، وهو ما يمنح الجهة المختصة بالتعيين سلطة تقديرية واسعة في اختيار المسؤولين في هذه المناصب وفق معايير قد تكون غير موضوعية مما يجعل الآليات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بها دون جدوى.

-الملاحظة الثالثة.

تتعلق بمحدودية نظام التقارير السنوية التي تتولى المفتشية العامة للمالية إعدادها، خاصة في ظل عدم نشرها من طرف الجهات المختصة، زيادة على أن القانون لم يوضح بدقة الجهة التي ترسل إليها التقارير السنوية، حيث نصت المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، على أن المفتشية العامة للمالية ترسل التقرير السنوي إلى وزير المالية، ثم أرفف هذا الحكم في الفقرة الثالثة من نفس المادة يتضمن إرسال التقرير إلى الجهة المؤهلة دون أن يحدد هويتها¹.

هذا فضلا على أن القوانين المتعلقة بالمفتشية العامة للمالية لم تتضمن النتائج المترتبة على إعداد التقارير الخاصة والتقارير السنوية، حيث لم يبين المشرع الإجراءات التي يتعين على الوصاية وعلى الوزير المكلف بالمالية القيام بهذا إذا تضمن التقرير السنوي وقائع موصوفة بأنها جرائم بمقتضى قانون العقوبات والقوانين المكمل له لاسيما قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لذلك نقترح في هذا المجال تنظيم الإجراءات الكفيلة بتحقيق استقلالية المفتشية لعامة للمالية عن وزير المالية بشكل يرقى من فعاليتها في حماية المال العام، ومنها على سبيل المثال إعطاء هذه الهيئة الصلاحية في تحويل التقارير التي تعدها، والتي ترى أنها تتضمن وقائع موصوفة بأنها جرائم في قانون العقوبات إلى النائب العام المختص إقليميا وذلك لمباشرة المتابعة الجزائية.

ثانيا : مدى فعالية رقابة المفتشية العامة للمالية.

إن التنظيم القانوني الدقيق لهياكل المفتشية العامة للمالية ولمجال تدخلها ومهامها يكتسي أهمية كبيرة، وأن ما يعترى هذا التنظيم من نقائص يجعل عمل المفتشية قليل الجدوى، ففيما تتمثل أهمية وجدوى رقابة المفتشية العامة للمالية، وفيما تتمثل نفائصها أو عدم فاعليتها؟.

1 المادة 26 ، من المرسوم التنفيذي رقم 08-272، والذي يحدد صلاحيات المفتشية العامة للمالية، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

1- رقابة المفتشية العامة للمالية رقابة مهمة ومجدية

إن المفتشية العامة للمالية كهيئة مكلفة بالرقابة، تعد ذات دور بالغ الأهمية ولا يمكن الإستغناء عن المهام التي تؤديها في مجال الرقابة والتقييم الإقتصادي، وكذا الدراسات والتحليل¹، وذلك باعتبار أن هذه الرقابة تتم بصفة مفاجئة وتضغط باستمرار على المحاسبين العموميين، مما يجعلها تحظى باحترام وتقدير من قبل هؤلاء لأنني لا يعلمون الوقت الذي تتم فيه مراقبتهم.

ثم إن رقابة المفتشية العامة للمالية، وبما تجمعها من معلومات وتضبطها في تقاريرها لاسيما في مجال الصفقات العمومية، يشكل المادة الأولية في تحضير الميزانيات في للسنوات القادمة وتنظيم الرقابة عليها، تجنباً لما وقع من أخطاء تمت ملاحظتها، كما يشكل حجر الأساس في إعداد قانون ضبط الميزانية، لكن رغم هذا الدور الذي تلعبه المفتشية، إلا أن هناك الكثير من الحدود والعقبات التي تحد من فعالية عملها .

2- رقابة المفتشية العامة للمالية قليلة الجدوى والفاعلية

إن ما ينقص ويقلل منف جدوى وفعالية الرقابة الممارسة من قبل المفتشية العامة للمالية يتلخص بشكل رئيسي فيما يلي:

-أنها مجردة من أية وسيلة أو آلية من آليات التأثير أو الضغط، حيث ينحصر دورها الرقابي في إعداد تقارير دون أن يكون لها صلاحية البث أو إصدار أي أحكام أو قرارات، أو حتى إحالة الملف على الجهات القضائية حال اكتشاف وقائع ذات وصف جنائي، خاصة عندما يتعلق الأمر بالصفقات العمومية المشبوهة.

-وما يعاب أيضا عليها-المفتشية العامة للمالية- أن محققها البالغ عددهم 200 مفتش يحققون في تسيير أملاك ومشاريع عمومية تقدر بالملايير، ابرمت عن طريق تنظيم الصفقات العمومية، مقابل أجرة لا تتوافق مع أهمية وصعوبة عملهم الرقابي.

-ومن النقائص التي تؤثر على فعالية رقابة المفتشية العامة للمالية، هو عدم وجود تنسيق بينها وبين باقي الهيئات الرقابية على غرار مجلس المحاسبة، ونتيجة لهذه النقائص التي تعترى المفتشية العامة للمالية، فقد اقترحت لجنة إصلاح هيكل الدولة² في تقريرها الصادر في جويلية 2001، إنشاء

1 بن داود ابراهيم، المرجع السابق، ص ص 174.
2 المادة 20، الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 372-2000، المؤرخ في 22 نوفمبر 2000، المتضمن إحداث لجنة إصلاح هيكل الدولة ومهامها، ج، ر، ج، ج، العدد 71، المؤرخة في 26 نوفمبر 2000.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

المفتشية العامة للدولة، بمكتب دراسات يقدم كل الآراء المتعلقة بأساليب التسيير المالي والمحاسبي، وتعمل هذه المفتشية بالتنسيق مع مجلس المحاسبة والمفتشيات العامة للوزارات وكل الهيئات الأخرى¹.

الفرع الثاني: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية.

أحدث المشرع مجموعة من الأجهزة الرقابية على عمل وسير المرافق العامة بغية الوصول إلى تسيير أمثل لها على مستوى الالتزام بتطبيق القوانين والتنظيمات التي تحكم أداء مهامها من جهة، وتحقيق ترشيد تسيير النفقات العمومية من جهة أخرى باعتبار أن نشاط هذه المرافق يمول بميزانية الدولة، وهذا كله يأتي بهدف الوقاية من ارتكاب الجرائم الواقعة على المال العام بهدف حمايته من كل أنواع التبيد والتبذير والاختلاس.

من أهم هذه الهيئات الرقابية المحدثة لهذا الغرض مجلس المحاسبة، الذي يمارس رقابة لاحقة على النفقات العامة، ولا تقل أهمية عن رقابة باقي الأجهزة والهيئات، بل تعد أعلاها وأدقها (البند الأول)، وذلك من خلال الإعتماد إجراءات عقد اجتماعاتها، وهذا على أساس الأدوات الرقابية التي يملكها المجلس، لنصل في الأخير إلى محاولة تقييم عمل مجلس المحاسبة (البند الثاني).

البند الأول مفهوم مجلس المحاسبة

يعتبر مجلس المحاسبة من أهم المؤسسات الرقابية التي أولاها المشرع أهمية، وذلك من أجل بسط الرقابة المالية على كل النفقات المالية ومنع كل الممارسات الفاسدة التي قد ترتكب، لاسيما في مجال الصفقات العمومية، ويعرف مجلس المحاسبة على أنه تلك المؤسسة العليا للرقابة البعدية للأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وهو وبهذه الصفة يدقق في شروط استعمال الموارد والوسائل المادية والأموال العامة من طرف الهيئات الخاصة لرقابته، ويقوم تسييرها، ويتأكد من مطابقة العمليات المالية والمحاسبية لهذه الهيئات للقوانين والتنظيمات المعمول بها².

أولا : نشأة وتطور القانوني لمجلس المحاسبة في التشريع الجزائري

بعد استقلال الجزائر، صدر الأمر 62-157، الذي نص على تمديد العمل بالتشريع الفرنسي النافذ إلى غاية إشعار آخر، إلا ما يتنافى منه مع السيادة الوطنية والحقوق والحريات السياسية للمواطنين³، والذي صدر على ضوءه المرسوم رقم 63-127 المؤرخ في 19 أبريل 1963⁴،

1 بن داود ابراهيم، المرجع السابق، ص 180.

2 نجار لويزة، مجلس المحاسبة في الجزائر، مداخلة بمناسبة انعقاد الملتقى الوطني حول "السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 05 ماي 1945، قالمة، يومي 13 و14 نوفمبر 2012، ص 03.

3 الأمر 62-157 يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، الملغى، السالف الذكر.

4 المرسوم رقم 63-127، المؤرخ في 19 أبريل 1963، المتضمن تنظيم وزارة المالية، ج، ر، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 19 أبريل 1963.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

المتضمن تنظيم وزارة المالية، الذم نص في المادة 03 منه على أنه: "تكون تابعة مباشرة لوزارة المالية الهيئات التالية :

- مجلس المحاسبة،
- لجنة تفتيش المؤسسات العامة،
- المفتشية العامة للمالية،
- المراقب المالي للدولة،
- الوكالة القضائية للخزينة.

تصدر نصوص تشريعية وتنظيمية داخلية تبين تكوين وصلاحيات وعمل مختلف هاته الهيئات التابعة للإدارة، وصدر بعد ذلك دستور لسنة 1963، والذي لم يتضمن إلا إشارة طفيفة للرقابة التي يمارسها البرلمان على نشاط الحكومة¹، ولم يتضمن أيضا أي نص يشير إلى إيجاد هيئة رقابية عليا مستقلة، تتولى الرقابة البعدية على العمليات المالية والمحاسبية التي تجريها الحكومة.

واستمر الوضع في هذا الخصوص على هذا النحو إلى غاية سنة 1976، التي صدر فيها الميثاق الوطني الذي أعطى أهمية كبيرة للرقابة و للأجهزة التي تتولاها²، وترجم هذا الاهتمام بقضية الرقابة في دستور 1976³، المستلهم من الميثاق الوطني، حيث نص في المادة 192 منه على أنه: يؤسس مجلس محاسبة ملف بمراقبة مالية الدولة والحزب والمجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها.

يرفع مجلس المحاسبة تقريرا سنويا إلى رئيس الجمهورية.

يحدد القانون قواعد تنظيم هذا المجلس وطرق تسييره وجزاء تحقيقاته."

ومع الاهتمام البالغ بموضوع الرقابة على العمليات المالية والحسابية والهيئات التي تقوم بانجازها، فإن دستور 1976، وإن كان قد نص على تأسيس مجلس المحاسبة كهيئة عليا للرقابة، إلا أنه

1 تنص المادة 28، دستور 1963، على أنه: "يعبر المجلس الوطني عن الإرادة الشعبية ويتولى التصويت على القوانين ويراقب النشاط الحكومي"، السالف الذكر.

2 تنص الفقرة 04، من الأمر رقم 76-57، المؤرخ في 05 جويلية 1976، المتضمن نشر الميثاق الوطني، على أنه: "إذا كانت الثورة تضع ثقلها في الناس فهذا لا يمنعها أف تفكر في وضع أجهزة للمراقبة من القاعدة إلى القمة مهمتها التحقق مما إذا كانت ممارسة المسؤولية وتنفيذ القرارات بتلاطم مع التوجيه العام للبلاد ويتطابقان مع المقاييس الي ينص عليها القانون... يجب أن تستند المراقبة على أجهزة دائمة تكون تابعة لمختلف إدارات الدولة وتتكون كلها من رجال يتصفون بالإنزمام والكفاءة والنزاهة، ومن ناحية أخرى فهي تمارس عن طريق المؤسسات الوطنية الملائمة.

إذن المطلوب من المراقبة هو الإهتمام بالظروف التي يتم فيها استخدام وتسيير الوسائل البشرية والمادية الموضوعة تحت تصرف الأجهزة الإدارية والإقتصادية للدولة، تمكينا لها من القيام من المهام المحددة لها... من ناحية أخرى، يجب أن تمتد المراقبة إلى تطبيق القوانين وتوجيهات الدولة وتعليماتها تطبيقا حقيقيا وتسهر على احترام أصول الانضباط والشرعية وتحارب البيروقراطية وشنى أنواع التباطؤ الإداري"،....وهنا تمكن مساهمتها الحاسمة في الجهود الوطني، نها لا تهدف للردع فقط، ولكنها تهدف أيضا الى توفير المعلومات والمقترحات التي من شأنها أن تقضي الى تحسين عام في سير الإدارات والمؤسسات، وبهذا الصدد لا بد أن يكون بوسع المراقبة أن توصي بقوانين وتنظيمات جديدة"، ج، ر، ج، ج، العدد 61، المؤرخة في 30 يوليو 1976.

3 الأمر 76-97، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة 1976، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

لم ينص على استقلالية هذه الهيئة وعلى حصانة أعضائها وترك الأمر في هذا الشأن للقانون العادي، مما يؤدي إلى جعل هذه الهيئة ضعيفة من حيث استقلاليتها ومن حيث حصانة أعضائها.

ومع طول الانتظار كذلك، صدر النص التعلق بإنشاء هيئة مجلس المحاسبة في سنة 1980، بموجب القانون رقم 80-05، المؤرخ في 01 سبتمبر 1980، المعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة¹، حيث نص في المادة 03 منه فقرة 01 على أنه: "يوضع مجلس المحاسبة تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية..."، مما يؤكد فعلا ضعف استقلالية هيئة مجلس المحاسبة.

ولم يكتفي المشرع الجزائري بجعل مجلس المحاسبة ضعيفا من حيث استقلاليتها، بل عدل هذا النص تعديلا جذريا، يعد انتكاسة حقيقية مست مجلس المحاسبة في جوهر كيانه²، وذلك بموجب القانون رقم 90-32 المؤرخ في 04 ديسمبر 1992، الذي جعله -مجلس المحاسبة- جهة رقابية إدارية وأزال عنه الصلاحيات القضائية، وأصبح مجرد هيئة إدارية وطنية مستقلة للرقابة اللاحقة ويعمل بتفويض من الدولة³، وأغفل إغفالا تاما النص على الرقابة على نوعية التسيير⁴، وأخرج من دائرة اختصاصه رقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية وختمها بنزع الحصانة القضائية عن أعضائه، وجعلهم مجرد موظفين عموميين يخضعون لقواعد الحماية العادية المقررة للموظف العمومي العادي⁵.

غير أن هذه الانتكاسة لم تعمر في عمقها طويلا، إذ تم إلغاء القانون رقم 90-32 بموجب الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، الذي أعاد لهذا الأخير صلاحياته القضائية، واختصاصاته الرقابية على نوعية التسيير وعلى المؤسسات العمومية الاقتصادية، كما أعيد لأعضائه الحصانة القضائية⁶، في سنة 2010 تم تعديل القانون المتعلق بمجلس المحاسبة بموجب الأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 أوت 2010، حيث قام المشرع بتفعيل دور المجلس وتوسيع صلاحياته، في مجال التحريات والمعاینات التي تمكنه من التوصل إلى السير الحسن والاستغلال الأمثل للموارد العامة بما يحقق الفعالية والرشاد .

1 القانون رقم 80-05، المؤرخ في 01 سبتمبر 1980، المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ج، ج، ج، العدد 10، المؤرخة في 04 مارس 1980، (الملغى).

2 سكوتي خالد، المرجع السابق، ص 274.

3 بوطيب بن ناصر، رقابة السلطة المركزية على البلديات " دراسة حالة الجزائر "، ط 1، دار الولاية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 163.

4 المادة 08، من القانون رقم 90-32، المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، ج، ج، ج، العدد 53، المؤرخة في 04 ديسمبر 1990، (الملغى).

5 المواد 01، 04، 37، 38، من نفس القانون (الملغى).

6 المواد 03، 08، 38، من الأمر رقم 95-20، في 17 يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج، ج، ج، العدد 39، المؤرخة في 23 يوليو 1995، المعدل والمتمم، بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

كما كرسه بعد ذلك دستور 1989 في مادته 160، ثم دستور 1996 التي نصت المادة 170 منه، على ما يلي: "يؤسس مجلس المحاسبة يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية"، إذ أنه طبقا لهذه المادة يمارس مجلس المحاسبة رقابته المالية اللاحقة على جميع الهيئات التي تستعمل في نشاطها الأموال العامة¹.

ثانيا : تنظيم مجلس المحاسبة في التشريع الجزائري

يعتبر مجلس المحاسبة هيئة عليا للرقابة البعدية على الأموال العمومية، حيث منحه الدستور والقانون جميع الصلاحيات للقيام بمهامه في مجال التحريات والمعاینات، التي تمكنه من التوصل إلى السير الحسن والإستغلال الأمثل للموارد العامة بما يحقق الفعالية والرشاد. وتهدف التي يمارسها مجلس المحاسبة للوصول الى نتائج تتمحور في عنصرين أساسيين وهما²:

- تشجيع الإستعمال الناجع والفعال للموارد والوسائل المادية والأموال العامة وكيفية إعادة تحويلها وإنفاقها.

- إجبارية تقديم الحسابات وتطوير النزاهة والشفافية في تسيير الأموال العمومية، ومن أجل تحقيق هذه الغايات الأساسية، خوله القانون اختصاصات إدارية وأخرى قضائية، ومنحة استقلالية ولا يخضع لأية جهة معينة إلا لسلطة رئيس الجمهورية، ونظرا للدور المهم والحساس الذي يلعبه حظي المجلس بتشكيلة بشرية وهيكلية هامة³.

1- التشكيلة البشرية لمجلس المحاسبة

يتكون مجلس المحاسبة من مجموعة من القضاة⁴، وتضم هذه التشكيلة ما يلي:

أ-رئيس مجلس المحاسبة:

يعتبر رئيس المجلس قاضيا وهو من يتولى إدارة هذه المؤسسة الدستورية، ويقوم بالتنظيم العام لأشغالها⁵، ويتم تعيين رئيس المجلس من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي⁶.

1 قارة تركي إلهام، الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 01، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 67.

2 ين داود ابراهيم، المرجع السابق، ص 153.

3 المادة 38، من الأمر رقم 95-20، لمتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 الأمر رقم 95-23، المؤرخ في 26 غشت 1995، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج، ح، ج، العدد 48، المؤرخة في 03 سبتمبر 1995.

5 المادة 41، من الأمر رقم 95-20، لمتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

6 المادتين 02 و03، من الأمر رقم 95-23، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

ب-نائب الرئيس :

يعتبر نائب الرئيس كذلك قاضيا، يعمل على مساعدة رئيس المجلس على أداء مهامه، خاصة فيما يتعلق بتنسيق اشغال المجلس ومتابعتها وتقييم فعاليتها، ويعين نائب الرئيس بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس مجلس المحاسبة¹.

ج-رؤساء الغرف:

يعتبر رؤساء أيضا قضاة، يتولون تخطيط الأعمال المسندة إلى القضاة التابعين لغرفهم، كما يعملون على تنسيق ومراقبة الأعمال الخاصة بكل غرفة، ويعينون رؤساء الغرف بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس مجلس المحاسبة²، وإذا تغيب رئيس الغرفة أو وقع له مانع يخلفه رئيس الفرع الأكثر أقدمية، وإن لم يكن فالقاضي الأعلى رتبة³.

د- رؤساء الفروع:

يقوم رؤساء الفروع بتنظيم أعمال فروعهم ويسهرون على سيرها، كما يراقبون ويتابعون نشاط القضاة الذين يمارسون عملهم في فروعهم، ويتم تعيين هؤلاء بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس مجلس المحاسبة⁴.

هـ-المستشارون والمحتسبون :

يتولى المستشارون والمحتسبون أعمال التدقيق والتحقيق أو الدراسة المسند إليهم⁵، ويتم التعيين الأول بصفة مستشار أو محتسب بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس مجلس المحاسبة ، وبعد استشارة مجلس قضاة مجلس المحاسبة⁶.

و-الناظر العام:

يتولى دور النائب العام في النظارة العامة، ويعمل هذا على متابعة الإختصاصات القضائية المسندة إليه، ويساعده من ثلاثة (03) إلى ستة (06) مساعدين ،يمارسون في مقر مجلس المحاسبة، وناظر (01) إلى ناظرين مساعدين (02) عن كل غرفة ذات اختصاص إقليمي ،ويتم تعيين الناظر

1 المادتين 02 و 04، من الأمر رقم 95-23، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، السالف الذكر

2 المادة 04، من نفس الأمر .

3 المادة 15، الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي 95-377، المؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة ، ج،ر،ج،ج،العدد72،المؤرخة في26 نوفمبر 1995.

4 المادة 16، من نفس المرسوم.

5 المادة 17، من نفس المرسوم .

6 المادة 06، من الأمر رقم 95-23، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

العام والنظار المساعدون من بين قضاة مجلس المحاسبة، بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس الحكومة¹.

2-النظام الهيكلي لمجلس المحاسبة :

بمقتضى المادة 02، من المرسوم الرئاسي 95-377، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، فإن المجلس يتكون من :

أ-الغرف :

ينظم مجلس المحاسبة لممارسة وظيفة الرقابة في غرف ذات اختصاص وطني وعددها ثمانية (08)، وغرف ذات اختصاص إقليمي وعددها تسعة (09)²، إذ تختص الأولى أي الغرف الوطنية تباعا كما يأتي:

-المالية،

-السلطة العمومية والمؤسسات الوطنية،

-الصحة والشؤون الإجتماعية والثقافية،

-التعليم والتكوين،

-الفلاحة والري،

-المنشآت القاعدية والنقل،

-التجارة والبنوك والتأمينات،

-الصناعات والموصلات.

أما الثانية أي الغرف الإقليمية، فهي تختص بالرقابة البعدية على مالية الجماعات الإقليمية والهيئات العمومية التابعة لإختصاصها³.

ب-النظارة العامة:

تسند مهام النيابة العامة للنظر العام، الذي يساعده في أداء مهامه ناظرين مساعدين، وتزود النظارة العامة بمصالح إدارية يشترك في تحديد صلاحياتها كل من رئيس مجلس المحاسبة والناظر العام⁴.

1 المادة 05، من الأمر رقم 95-23، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، السالف الذكر.

2 المادة 09، من المرسوم الرئاسي 95-377، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، السالف الذكر.

3 المادة 31، من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 المادة 21، من المرسوم الرئاسي 95-377، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، السالف الذكر.

ج-كتابة الضبط :

تسند كتابة الضبط لكاتب ضبط رئيسي بساعده كتاب ضبط، وتكلف بتسلم وتسجيل جميع الحسابات والمستندات الثبوتية والأجوبة والطعون، وكل الوثائق الأخرى المودعة لدى مجلس المحاسبة أو المرسله إليه، وكذا تبليغ التقارير والمقررات والقرارات الأخرى التي يصدرها مجلس المحاسبة وتسلم نسخ منها بعد التصديق عليها، وتكلف زيادة على ذلك بمسك الأرشيف المتعلق بممارسة الصلاحيات القضائية والإدارية لمجلس المحاسبة وحفظه¹.

د-الأقسام التقنية والمصالح الإدارية:

تعتبر الأقسام التقنية والمصالح الإدارية من ضمن الهياكل التي تضم مجلس المحاسبة، حيث تكلف الأولى - الأقسام التقنية- بتقديم الدعم الضروري للقيام بمهام مجلس المحاسبة وتحسين أدائه، ويمكنها أن تشارك في عمليات التدقيق والتحقيق والتقييم، أما الثانية-المصالح الإدارية- فتكلف بتسيير مالية مجلس المحاسبة ومستخدميه ووسائله المادية، ويتحدد التنظيم الداخلي للأقسام التقنية والمصالح الإدارية وتوزيع المهام فيها بقرار من رئيس مجلس المحاسبة².

بالإضافة إلى غرفة الإنضباط في مجال الميزانية والمالية، وكذا ديوان رئيس مجلس المحاسبة ومكتب المقررين العامين للجنة البرامج والتقارير، زيادة على الأمانة العامة.

ثالثا : إجتماعات مجلس المحاسبة .

يجتمع مجلس المحاسبة في تشكيلات مختلفة والتي تتمثل فيما يلي :

1-كل الغرف مجتمعة :

يجتمع مجلس المحاسبة بتشكيلة كل الغرف مجتمعة من أجل البث في المسائل المحالة عليه، وإبداء الرأي في مسائل الإجتهااد القضائي والقواعد الإجرائية، كما يمكن لهذه الغرف تقديم الإستشارات لرئيس مجلس المحاسبة إذ طلب منها ذلك، في مجال تنظيم المجلس وسيره وكذلك في كل المسائل التي يرى فيها ضرورة، ولا تصح مداولات تشكيلية كل الغرف مجتمعة إلا بحضور نصف (2/1) عدد أعضائها على الأقل³.

1 المادة 22، من المرسوم الرئاسي 377-95، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة،السالف الذكر.
2 القرار المؤرخ في 18 نوفمبر2020،المحدد للتنظيم الداخلي للأقسام التقنية والمصالح الإدارية لمجلس المحاسبة وتوزيع المهام فيها،ج،ر،ج،ج،العدد 07،المؤرخة في 31 جانفي2021.
3 المادتين 48 و49، من الأمر رقم 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2- الغرف وفروعها:

تجتمع الغرف وفرعها وفق طريقة ثلاثة (03) قضاة على الأقل، من أجل الفصل في النتائج النهائية للتدقيقات والتحقيقات، التي تقتضي ممارسة صلاحيات القضائية لمجلس المحاسبة والتابعة لإختصاصها¹.

3- غرفة الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية

تتشكل غرفة الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية من رئيسها وستة (06) مستشارين على الأقل²، والذين يعينون بموجب أمر من طرف رئيس مجلس المحاسبة حسب الكيفيات التي يحددها النظام الداخلي³، ولا تصح مداوات تشكيلة كل الغرف مجتمعة إلا بحضور أربعة (4) قضاة على الأقل زيادة على رئيسها، ومن أجل ضمان شفافية الإجراءات الرقابية، قام المشرع بإستثناء القاضي المكلف بالتحقيق في الحكم المتعلق بالقضية التي نظر فيها⁴.

4- لجنة البرامج والتقارير:

تتكون لجنة البرامج والتقارير من رئيس مجلس المحاسبة ونائب الرئيس والناظر العام ورؤساء الغرف ويحضر الأمين العام، كما يمكن توسيع اللجنة إلى قضاة آخرين، ويساعدها في أشغالها مسؤولون أو مساعدون آخرون في مجلس المحاسبة حسب الشروط التي يحددها النظام الداخلي، وتكلف هذه اللجنة بالتحضير والمصادقة على ما يلي⁵:

- التقرير السنوي الموجه إلى رئيس الجمهورية والهيئة التشريعية والوزير الأول⁶،

- التقرير التقييمي للمشروع التمهيدي لقانون ضبط الميزانية،

- مشروع البرنامج السنوي لنشاط مجلس المحاسبة.

أما بالنسبة للجزاءات التي يمكن لهذه اللجنة ترتيبها بمناسبة رقابتها على الأموال العمومية، فقد

منح المشرع لهذه اللجنة للجزاءات القضائية والإدارية المنصوص عليها قانوناً⁷.

1 المادة 50، من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادة 51، من نفس الأمر.

3 نصت المادة 14، من المرسوم الرئاسي 95-377، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، على أنه: "يعين رئيس مجلس المحاسبة بأمر، المستشارين الذين يكونون غرفة الإنضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية،.... لمدة سنتين (02) قابلة لتجديد من بين القضاة المصنفين خارج السلم، الذين لا يشغلون وظائف أو المصنفين في الرتبة الأولى"، السالف الذكر.

4 المادة 12، من الأمر رقم 10-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، السالف الذكر.

5 المادتين 53 و 54، من الأمر رقم 95-20، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

6 تنص المادة 192، الفقرة 03، من القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري: "يعدّ مجلس المحاسبة تقريراً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية وإلى رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، ج، ر، ج، ح، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

7 المادة 13، من الأمر رقم 10-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، السالف الذكر.

البند الثاني: اختصاص مجلس المحاسبة برقابة الصفقات العمومية

من أجل تجسيد الاستعمال الفعال والصارم للموارد والوسائل المادية والأموال العمومية، من خلال التأكد من الاستعمال المنتظم لها¹، يتمتع مجلس المحاسبة باختصاصات رقابية على العديد من المصالح والهيئات، وهذا ما نصت عليه الأمر رقم 20-95 المتعلق بمجلس المحاسبة المعدل والمتمم: -مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والمرافق العمومية بإختلاف أنواعها، والتي تيري عليها المحاسبة العامة.

-المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات والهيئات العمومية التي تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو ماليا، والتي تكون أموالها أو مواردها أو رؤس أموالها كلها ذات طابع عمومي²، ويلاحظ أن جميع هي الهيئات الإدارية ما عدا بنك الجزائر³ تملك إبرام الصفقات العمومية، والتي تمول من الخزينة العمومية، وبالتالي تعتبر رقابة مجلس المحاسبة من الآليات التي تعمل على الكشف عن التجاوزات والمخالفات للقوانين والتنظيمات الخاصة بالصفقات والنفقات العمومية.

أولا : طرق ممارسة مجلس المحاسبة لرقابته على الصفقات العمومية

تنص المادة 14 من الأمر رقم 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، على ما يلي: "يمارس مجلس المحاسبة رقابته على أساس الوثائق المقدمة أو في عين المكان، فجائيا أو بعد التبليغ، ويتمتع في هذا الصدد بحق الاطلاع وبصلاحيات التحري المنصوص عليها في هذا الأمر"، فعلى أساس ذلك، تتمثل الوسائل التي يحوزها مجلس المحاسبة في ممارسته لصلاحياته الرقابية في : التفتيش والتحري والتدقيق والفحص وإحالة الملف إلى النيابة العامة والإخطار.

1- التفتيش والتحري

من اجل تسهيل رقابة مجلس المحاسبة المالية والمحاسبية، أو الرقابة اللازمة لتقييم تسيير المصالح أو الهيآت الخاضعة لرقابته، فانه يحق للمجلس أن يطلب الاطلاع على كل الوثائق التي تسهل له ذلك، كما له أن يجري كافة التحريات الضرورية من أجل الاطلاع على المسائل المنجزة عن طريق الاتصال مع إدارات ومؤسسات القطاع العام مهما كانت الجهة التي تعاملت معها⁴.

1 قارة تركي إلهام، المرجع السابق، ص68.

2 المادة 07 و08، من الأمر رقم 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 المادة 03، من الأمر رقم 10-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة، السالف الذكر.

4 المادتين 55 و 58، من الأمر رقم 20-95، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

وإذا تعلق الأمر بالاطلاع على وثائق أو معلومات يمكن أن يؤدي إفشاؤها إلى المساس بالدفاع أو الاقتصاد الوطنيين، فإنه يتعين على مجلس المحاسبة اتخاذ كل الإجراءات الضرورية من أجل ضمان الطابع السري المرتبط بهذه الوثائق أو المعلومات وبناتج التدقيقات أو التحقيقات التي يقوم بها، على أن نفس الإجراءات تطبق وتتخذ من أجل الحفاظ على الأسرار التجارية والصناعية للمؤسسات والهيئات الخاضعة للرقابة¹.

وفي إطار ممارسة مجلس المحاسبة لرقابته عن طريق التفتيش والتحري، يعمل على التحقق من مشروعية الإجراءات الخاصة بصرف النفقات المتعلقة بالصفقات العمومية، ومدى ملائمة هذه الأخيرة بطريقة تمويل الصفقة، والبحث عن الصيغ التي تم بموجبها إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، وهذا بهدف الكشف عن الخرقات القانونية التي تسبب إختلاس وتبذير الأموال والإهمال والمخالفات المالية، فإذا لاحظ مجلس المحاسبة ذلك، فله سلطة معاقبة كل مسئول أو عون أو ممثل أو قائم بالإدارة في هيئة عمومية خاضعة لرقابته، الذي خرق حكماً من أحكام التشريعية أو التنظيمية أو تجاهل التزامه لكسب امتياز مالي أو عيني غير مبرر لصالحه أو لغيره على حساب الدولة أو هيئة عمومية، بغرامة يقدر حدها الأقصى ضعف مبلغ المرتب السنوي الإجمالي الذي ينقاضه العون المعني عند تاريخ ارتكاب المخالفة².

2-التدقيق والفحص:

التدقيق هو من الأساليب المعتمدة من قبل مجلس المحاسبة في مهمته الرقابية، وذلك بأن يدقق في المستندات أو السجلات أو الوثائق التي يرى بأنها ضرورية لأداء مهمته الرقابية³، وأما عن التدقيق الذي يقوم به المجلس في إطار رقابته على الصفقات العمومية فإنها تتعلق بتحديد وضعية المتعاقد تجاه المصلحة المتعاقدة وكذلك على ظروف تنفيذها .

فرقابة المجلس هنا تتعلق برقابة شرعية إجراءات إبرام الصفقات العمومية، على أن التدقيق والفحص يتمحور حول:

-التأكد من أن الدعوة إلى المنافسة تتضمن العناصر التي تسمح باحترام دفتر الشروط وتحدد الشروط التي تبرم وتنفذ فيها الصفقة واحترام البيانات الإلزامية المحددة في المادة 62، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1 المادة 59، الفقرة 02 و 03، من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادة 89، فقرة 01، والمادة 91، من نفس الأمر .

3 المادة 14، من نفس الأمر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-التأكد من أن المصلحة لمتعاقدة قد أخذت كل الاحتياطات التي تمكنها خلال تحليل محضر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من اتخاذ القرار المناسب حول المتعهد المقبول.

-التأكد من أن البنود التعاقدية الإجبارية موجودة في الصفقة المبرمة كما هو منصوص عليها في المادة 95 من المرسوم المنظم للصفقات العمومية السالف ذكره.

-التأكد من أن تنفيذ الصفقة هو موضوع متابعة صارمة من الناحيتين التقنية والمالية، وذلك من خلال التحقق من مدى احترام:

-شروط وأجال تنفيذ الصفقة.

-شروط وطرق الدفع .

-البنود المتعلقة بمراجعة الأسعار .

-تطبيق غرامات التأخير وتبرير حالات الإعفاء المحتملة.

-التسوية المالية قد تمت بناء على وثائق تبريرية.

-الشروط العامة للاستلام قد تم احترامها.

إذا لاحظ مجلس المحاسبة أثناء ممارسة رقابته وقائع يمكن وصفها وصفا جزائيا، فإنه يرسل الملف إلى النائب العام المختص إقليميا بغرض المتابعات القضائية، على أن يطلع وزير العدل بذلك، كما يشعر الأشخاص المعنيين والسلطة التي يتبعونها بهذا الإرسال¹، وإذا وجدت وقائع من شأنها أن تبرر دعوى تأديبية ضد المسؤول أو عون تابع لهيئة عمومية خاضعة لرقابته استنادا الى الوضع القانوني لهذا الأخير، فإنه يبلغ الهيئة ذات السلطة التأديبية ضد المسؤول أو العون المعني بهذه الوقائع، على أن تقوم الهيئة بإعلام مجلس المحاسبة بالردود المتعلقة بهذا الإخطار².

ثانيا : تقدير رقابة مجلس المحاسبة في مجال الصفقات العمومية

تهدف الرقابة التي يمارسها مجلس المحاسبة من خلال النتائج المتوصل إليها إلى :

-مراقبة قرار ابرام الطلبات، والتي لم تخصص لها أي اعتمادات مالية.

-اللاجوء غير المبرر لإجراء التراضي.

-غياب تطبيق العقوبات في حالة عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

1 المادة 27، من الأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 27 مكرر، من الأمر رقم 10-02، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، السالف الذكر.

الفصل الثاني..... تكريس حرية المنافسة في الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية

-الغياب الكلي أو الجزئي لبنود مراجعة الأسعار¹.

تعد رقابة مجلس المحاسبة رقابة استشارية إصلاحية وقضائية في نفس الوقت، وبالتالي تعمل على الحد من التجاوزات والممارسات غير القانونية في مجال الصفقات العمومية، خاصة إذا علمنا أنها تستغرق أموالاً ضخمة من أجل تحقيق وتجسيد المصلحة العامة.

1 حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص 185.

الباب الثاني

الضمانات القضائية والإدارية في حماية
حرية المنافسة في الصفقات العمومية

إن تكريس المنافسة بين المشاركين في نيل الصفقات العمومية، لا تخلو من وجود قيام بعض هؤلاء المتنافسين بممارسات تنافي روح التنافس فيما بينهم، كخلق وضعية الهيمنة أو تركيز سوق الطلبات العمومية لفائدة بعض الفاعلين الإقتصاديين، كما تنظيم حرية المنافسة وفق ما جاء به تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لا يحد من ارتكاب أفعال أو ممارسات ممنوعة تمس وتخل بهذا المبدأ، لذلك يتعين اللجوء إلى قوانين ونصوص أخرى تحمي مبدأ حرية المنافسة في اختيار المتعامل المتعاقد.

فمن المعلوم أن القواعد القانونية المقررة لحماية حرية المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لا تغني الحاجة من المزيد من الدعم لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وذلك بإستقطاب المزيد من الضمانات ذات الصلة أيا كان مصدرها.

فإذا كانت المراسيم المنظمة للصفقات العمومية التي عرفتها الجزائر منذ الاستقلال، إلى غاية آخر مرسوم وهو 15-247 هو الدعامة الأولى لحماية المنافسة بإعتبارها مصدرا رئيسيا للضمانات المؤطرة لحق الوصول للطلبات العمومية، كان لزاما من البحث عن دعامة ثانية متأصلة من :

أولا: ضرورة استكمال هذه الضمانات بالبحث عن قابلية تطبيق قانون المنافسة، بإعتباره القانون الأول الحامي للمنافسة الحرة، وبإعتبار أن الطلبات العمومية جزء لا يتجزأ من سوق النشاط الاقتصادي المبني على مبدأ العرض والطلب، فليس هناك ما يحول دون الإحتكام إلى الضوابط العامة المتعلقة بحرية الأسعار والمنافسة للحد من الممارسات التي قد يكون النظام القانوني لصفقات الدولة نفسه مصدرا لها.

ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بضمان مساواة المتنافسين وحقهم في المشاركة في الوصول للطلبات العمومية، التي قد لا تتوفر إما بسبب بعض الإمتيازات الممنوحة لأشخاص القانون العام المترشحين لنيل الصفقات، وإما في سياق تطبيق المقتضيات التفضيلية المقررة لفائدة التجمعات والمقاولات الوطنية، كما لا يمنع أيضا من اللجوء

الباب الثاني...الضمانات القضائية والإدارية في حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية

لقانون المنافسة لمواجهة الأوضاع المهيمنة وتركيز الطلبات العمومية بين ايدي الفاعلين الإقتصاديين، بسبب التعاقدات التي يجيز نظام الصفقات ابرامها بين المتنافسين، مثل إنشاء تجمعات فيما بينهم أو تعاقد من الباطن بين الفائز بالصفقة والمتعامل الثانوي في إطار الأعمال الموكلة إليه.

ثانيا: إن الضمانات القانونية وتمديد النصوص القانونية من الخاص للعام من أجل حماية المنافسة، لها هوة يصعب تحقيقها واستكمالها دون اللجوء إلى الحماية القضائية، ذلك ان الضمانات القانونية المكرسة لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، لا تغني من رقابة القضاء الجنائي أو الإداري على صحة الإجراءات المتبعة في ابرام الصفقات العمومية، وإثراء هذه الضمانات بإبتكار حلول تأويلية التي تعتبر مرجعا نوعيا لمشروع الإصلاح المتجدد للنظام القانونية للصفقات العمومية.

ومن هذا المنطلق، ستم معالجة هذه الباب في فصلين، يتربط الأول فيه بدور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية (الفصل الأول)، إلى جانب دور القضاء الجنائي والإداري في ضمان الحماية المقررة حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية
المنافسة في الصفقات العمومية

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يسود العالم اليوم نظاما اقتصاديا عالميا جديدا، أفرزته التطورات الجذرية في النظام الاقتصادي الذي يركز على حرية التجارة والصناعة في ظل سوق تنافسية عالمية واسعة، وقد ترتب على ذلك ضرورة إعادة النظر في نموذج تسير الاقتصاد الوطني، المبني على التخطيط والتوجيه من طرف الدولة، وهذا ما نتج عنه زيادة في المديونية، نتيجة عجز المؤسسات العمومية عن تلبية الإحتياجات اللازمة، لذلك تم إنشاء أجهزة وهيئات مستقلة بوصفها وسيلة من وسائل الحماية، التي تسمح بالانتقال من نظام اقتصادي موجه إلى نظام اقتصاد السوق، وحماية المنافسة الحرة وتنظيمها وضبطها من كل الإنحرافات.

وقد عرفت السلطات الإدارية المستقلة في بدايتها، ظهورا يتسم بالتبعية للدولة ومجردا من الشخصية المعنوية، تتكفل بمهمة ضمان ضبط القطاعات الحساسة والسهر على احترام الحقوق على مستواها، متمتعة بضمانات يمنحها إياها نظامها الأساسي وصلاحيات تسمح لها بأداء مهامها مع تخلصها من رقابة السلطة التنفيذية التدريجية والوصائية، لكن بعضا من عناصر هذا التعريف تغيرت في الألفية الأولى من هذا القرن، ومن أهمها إضفاء الشخصية المعنوية على هذه الهيئات (بعضها أو كلها) ¹.

وكان الظهور الأول لهذا النوع من السلطات في نهاية القرن التاسع عشر، في الولايات المتحدة الأمريكية تحت اسم الوكالات المستقلة « **Independents Agencies** »، أما في بريطانيا فترجع أصول هذه الهيئات إلى القرنين الثامن والتاسع عشر تحت اسم « **Quangos** »، بينما في فرنسا فقد تأخر إنشاء أول سلطة إدارية مستقلة، والتي أطلق عليها صراحة هذا الوصف، إلى غاية سنة 1978 وهي اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات.

كان ظهور مثل هذه السلطات للعديد من الأسباب والمبررات العامة تدور في مجملها حول تفعيل وأقلمة تدخلات الدولة مع الإحتياجات والمعطيات والظروف الجديدة في مختلف القطاعات الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية، وقد شمل وجودها ثلاث مجالات أساسية، هي المجال الإقتصادي النقدي والمالي، مجال الحقوق والحريات، ومجال المعلوماتية والاتصالات، بالإضافة إلى أسباب وظروف خاصة بكل دولة وبكل قطاع على حدا.

1 خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، جامعة سطيف 2، الجزائر، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 03.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ففي الجزائر، شهدت الدولة مع نهاية سنوات الثمانينيات وبداية سنوات التسعينات، إدراج تعديلات جوهرية اندرجت في إطار تحرير الاقتصاد، والذي أدى إلى إدراج حركة قوية لإزالة التنظيم وتراجع تدخلات الدولة في القطاعات الاقتصادية، ونتيجة لذلك استحدثت المشرع الجزائري بما يسمى "السلطات الإدارية المستقلة" في مجالات عدة، لاسيما مجال المنافسة والعقود الإدارية، حيث أوكلت مهمة ضبط المنافسة في السوق لـ "مجلس المنافسة"، كسلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلال المالي¹، وفي مجال العقود الإدارية فقد أسندت المهمة لـ "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، كسلطة تتمتع بالإستقلالية التسيير، وهي تشمل على مرصد للطلب العمومية وهيئة وطنية لتسوية النزاعات².

وبغية تعزيز دور هذه السلطات المستقلة، استحدثت المشرع في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ما يسمى بـ "الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ووقاية منه"، والتي أصبحت تحمل اسم "السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته"، وذلك بهدف تحقيق أعلى مؤشرات النزاهة والشفافية في تسيير الشؤون العمومية، والقضاء على كل مظاهر الفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية³.

وتماشيا مع تم ذكره، فإن البحث في دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة، يقتضي بالضرورة التطرق إلى نشأتها وأسباب ظهورها (المبحث الأول)، ثم الحديث بعد ذلك عن الآليات القانونية التي وضعها المشرع في يد هذه السلطات المستقلة من أجل ضمان حرية المنافسة في الصفقات العمومية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للسلطات الإدارية المستقلة

إن تغير دور الدولة من متدخلة إلى ضابطة بفعل ضغوطات التيار الليبرالي من جهة، وانعكاسات اجتياح العولمة التي لم تعد تقتصر فقط على الجانب الثقافي أو الاجتماعي أو الاقتصادي للدول وامتدادها حتى للنظام الإداري والقانوني لها، أدى إلى استحداث هيئات جديدة

1 المادة 23، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادة 213، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 المادة 01، القانون رقم 22-08، المؤرخ في 05 مايو 2022، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، ج، ج، ج، العدد 32، المؤرخة في 14 مايو 2022.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تسير وفق نظام قانوني يختلف كلية عن النظام التقليدي الذي تدير به الهيئات الإدارية التقليدية، أطلق عليها مصطلح "السلطات الإدارية المستقلة".

إن ظهور هذه السلطات الإدارية المستقلة مرتبط بشكل كبير بتطور الوعي والمناخ السياسيين في الدول الغربية، ففكرة وجود هيئات مستقلة عن السلطة التنفيذية أو تمتعها بنوع من الذاتية الخاصة، كان مرهونا بوجود فكر سياسي متطور يسمح بوجود هيئات تعمل خارج الرقابة الإدارية للحكومة، والتي تقوم بنفس الأعمال التي يمكن أن تقوم بها الإدارة التقليدية¹.

فالسلطات الإدارية المستقلة هي فئة قانونية جديدة نسبيا خلافا للتقليد القانوني المعروف لا تخضع لسلطة هرمية، والهدف منها هو الحفاظ على النظام العام وتحقيق الاستقرار في المجتمع وحماية حقوق المواطنين وتحقيق التوازن داخل المجتمع الواحد، وقد أنشأت بغرض ضبط القطاعات الحساسة التي كانت في السابق حكرا على الإدارة التقليدية، كالمجال الإقتصادي والمجال المالي ومجال الحقوق والحريات العامة².

وعلى هذا فإن البحث في مفهوم السلطات الإدارية المستقلة يقتضي بالضرورة التطرق إلى نشأتها وأسباب ظهورها (المطلب الأول)، ثم الحديث بعد ذلك عن الخصائص المميزة للسلطات الإدارية المستقلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نشأة السلطات الإدارية المستقلة

تجدر الإشارة بداية إلى أن السلطات الإدارية المستقلة تعمل في إطار نشاط متخصص من الأنشطة الحيوية في الدولة، تمس مجال مراقبة ممارسة النشاطات التجارية المختلفة والمنافسة ومراقبة الجودة وحماية المستهلك، والرقابة على السياسة النقدية ومعاملات البنوك والبورصة، أو في مجال حماية احترام حقوق الإنسان والحريات العامة كالحق في الإعلام والاتصال بكل ما يمكن أن يكون لذلك من انعكاسات على الحريات الفردية وحق الاطلاع على الوثائق الإدارية والمجال الثقافي واستعمال المال العام، حيث يتجاوز دورها مجرد تطبيق القانون من الناحية المادية ليمتد إلى المراقبة والتوجيه وضبط وتنظيم بعض النشاطات³.

1 حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 09.
2 عماد صوالحة، الأساس القانوني لقيام مسؤولية السلطات الإدارية المستقلة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 07، العدد 03، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2020، ص 187.
3 عبد الرحمان عزوي، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 241.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

على أن التساؤل الذي يطرح نفسه، يتمثل في كيف نشأت هذه السلطات الإدارية المستقلة؟ (الفرع الأول)، وما هي أسباب التي أدت إلى ظهورها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ظهور السلطات الإدارية المستقلة في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري

نظرا للفراغات القانونية التي فرضتها العولمة وما يتبعها من تحولات اجتماعية واقتصادية وثقافية وكذلك سياسية، أبانت السلطات الإدارية المستقلة كوجه جديد لتعيد تنظيم الاختلالات التي ظهرت وتحسن سير الهياكل وتنظيم العديد من القطاعات المختلفة لتحقيق التوازنات في المجتمع وتحفظ المصالح الخاصة والعامة¹.

إن البحث حول ظروف نشأة السلطات الإدارية المستقلة يقتضي بالضرورة التطرق أولا دراستها في التنظيمات الإدارية المقارنة، كون أن فكرة وجود هيئات مستقلة عن الحكومة تجد جذورها في النظام الأنجلوساكسوني بقطبيه الأمريكي والبريطاني (البند الأول)، والذي سبق مثيله في فرنسا منذ وقت طويل، أما ظهورها في التنظيم الإداري الجزائري، فكان نتيجة التأثير بالتجارب التي عرفتها أكبر الديمقراطيات (البند الثاني).

البند الأول : ظهور السلطات الإدارية المستقلة في القانون المقارن.

إن السلطات الإدارية المستقلة تشكل اليوم الوجهة الجديدة لدور الدولة في مراقبة النشاط الاقتصادي، وأول ظهور لها كان في القانون المقارن، تحت تسميات مختلفة كالوكالات المستقلة أو اللجان المستقلة، وذلك من أجل إحداث قطيعة في بعض الميادين مع الإدارة التقليدية التي تخضع مباشرة للسلطة التنفيذية².

أولا - في التشريع المقارن

1- السلطات الإدارية المستقلة في الولايات المتحدة الأمريكية:

إن النشأة الحقيقية للسلطة الإدارية المستقلة كانت في الولايات المتحدة الأمريكية في القرن الثامن عشر، وتحديدًا في القسم الشمالي منها وعرفت باسم الوكالات الإدارية **'Administrative Agencies'**، أما النموذج الأول للسلطات الإدارية المستقلة التي أنشئت بشكل دائم، فكانت لجنة

1 عماد صوالحية، السلطات الإدارية المستقلة في الأنظمة العربية، ط1، إي كتب، بريطانيا، 2020، ص23، (www.google.fr/livre).
2 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبي بكر بقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016، ص16.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

التجارة بين الولايات "Commission The Interstate Commerce"، التي أنشئت 1887 استنادا الى قانون التجارة بين الولايات ،وقد أوكلت لها مهام مراقبة أعمال التجارة والنقل بين مختلف الولايات الفدرالية¹، وكانت هذه اللجنة تابعة لوزارة الداخلية لكن في 1889 تم فصلها عنها وأصبحت تسمى لجان الضبط المستقلة، وتعتبر لجنة التجارة ما بين الولايات هي اللبنة الأولى لظهور السلطات الإدارية المستقلة، وهي أول هيئة في الأنظمة المقارنة².

فهذه الوكالات المستقلة -حسب التسمية الأمريكية- تتمتع باستقلالية اتجاه السلطة التنفيذية، فلا يستطيع الرئيس عزل أو فصل أعضائها- لجنة التجارة بين الولايات- إلا في حالة الخطأ الجسيم تحت إشراف السلطة التشريعية، وقد تدخلت المحكمة العليا الأمريكية في الأمر بإصدار قرار جاء فيه: "إن إنهاء مهام عضو من اللجنة الفيدرالية للتجارة من طرف الرئيس الأمريكي قبل انتهاء عهده القانونية يعد عملا غير مشروع"، حيث كان لهذا القرار تأثير كبير جدا بوضع ضوابط قانونية تحمي استقلالية تلك الوكالات".

أما فيما يخص إختيار أعضاء الوكالات فقد أقرت المحكمة العليا للكونغرس الأمريكي بحرية ممارسة ذلك الإختصاص دون الرجوع للسلطة التنفيذية³، وهذا من شأنه احترام الشرعية الدستورية، وبذلك فصلت المحكمة العليا في النزاع المتعلق بتدخل السلطة التنفيذية في الوكالات المستقلة، إلا أن المصادقة على ميزانيتها خاضعة لمكتب الإدارة والميزانية التابع لهيئة الرئاسة، التي تستطيع أن تعدل منها أو النقصان⁴.

أما من الناحية الوظيفية، فإن هذه الوكالات تخضع للسلطة التشريعية، فهي التي تنشؤها وتحدد اختصاصاتها، كما أنها تقوم بتقييمات دورية حول دورها والفائدة من تواجدها ومن ثم إمكانية إنهاء وجودها⁵، وقد عملت هذه اللجنة لأكثر من مئة عام، ثم ألغيت عام 1995 وأحيلت مهامها إلى وكالة أخرى تعرف بـ **The surface Transportation board**.

1 رنا سمير اللحام، السلطات الإدارية المستقلة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص15 وما يليها.

2 عماد صوالحية، السلطات الإدارية المستقلة في الأنظمة العربية، المرجع السابق، ص 25.

3 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص26.

4 حنفي عبد الله، المرجع السابق، ص 180.

5 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص17.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

2- السلطات الإدارية المستقلة بريطانيا :

ظهرت هذه السلطات الإدارية المستقلة منذ فترة طويلة تحت تسمية **Quasi Autonomus non Gouvernement Organisation** «QUANGOS»، التي يقصد بها المنظمات غير الحكومية شبه المستقلة¹، حيث أسندت إليها الكثير من الخدمات العامة، مع الإشارة إلى أن الإنطلاقة الحقيقية لهذه الظاهرة كانت في القرن 20 وتحديدا عام 1970²، وبذلك فإن النموذج البريطاني هو حديثة النشأة مقارنة مع نظيره الأمريكي، إذ أخذ في الانتشار بعد الحرب العالمية الثانية على شكل مكاتب أو دواوين .

وعن أسباب إنشاء هذا النوع من المنظمات غير الحكومية غير موحدة، راجع لإختلاف ظروف نشأتها، إلا أن الفقه البريطاني يكاد أن يجمع على حصر تلك الأسباب فيما يلي:
-رغبة الحكومة المتعاقبة في تقليص حجم القطاع العام، وحصر مهام الوزراء في المسائل ذات الأهمية الكبرى.

-إعادة بعث ثقة بين المواطن والحكومة وكذلك تقليص حجم الصلاحيات المخولة للسلطات المحلية³، الأمر الذي أذى بالبرلمان إلى ضرورة إيجاد وإنشاء هيئات جديدة تبعث على الثقة من أجل حل المشاكل الجد الحساسة.

-ظهور مفهوم جديد للتسيير العمومي في المملكة المتحدة أدى ظهور أجهزة جديدة تربط بين القطاع العام والقطاع الخاص، فهي وكالات داخل القطاع العام غير خاضعة للحكومة، تترك لها وحدها سلطة اتخاذ المبادرة حول الطريقة التي تراها ملائمة لتحقيق الخطوط العريضة والأهداف المسطرة من طرف الحكومة⁴.

إن النموذج البريطاني ورغم عناصر الاشتراك التي تجمعها مع النموذج الأمريكي إلا أنه يختلف عنه بصفة كبيرة، فعن النقاط المشتركة، فتتعلق أساسا بإستقلالية الضابط البريطاني عن السلطة التنفيذية، ذلك أن مديره العام لا يمكن إقالتة أثناء عهده وهو يتمتع على غرار اللجان

1 إدريس خبايا، دور الدولة في ضبط النشاط الإقتصادي، ط1، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر 2014، ص 178.

2 رنا سمير اللحام، المرجع السابق، ص18.

3 عماد صوالحية، السلطات الإدارية المستقلة في الأنظمة العربية، المرجع السابق، ص 31-32.

4 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 22-23.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأمريكية بصلاحيات واسعة، وعكس ذلك فإن أصالة النموذج البريطاني تبدو جلية انطلاقاً من خاصيتين مهمتين :

-كون أن تشكيل سلطات الضبط المستقلة في بريطانيا من هياكل فردية، ولكل هيئة مدير عام يترأسها، ويكون هو المسؤول الوحيد عن عملها، وله سلطة القرار دون الرجوع لا للمستشارين أو أي سلطة رئاسية أو وصية لتجنب التعقيدات في اتخاذ القرار .

-كون قرارات سلطات الضبط البريطانية قابلة للطعن أمام الهيئة المكلفة بالمنافسة¹.

3- السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا:

إن ظهور نموذج السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا²، كان أحد المظاهر العاكسة لتطور الإدارة الفرنسية خلال سنوات الثمانينيات، وذلك من خلال محاولات إعادة تعديل الخصائص الأساسية للنموذج البيروقراطي.

لكن التطور الذي شهدته الإدارة والتنظيم الإداري الفرنسيين مع بداية سنوات الثمانينيات، والذي انعكس على المستوى المحلي في إضعاف صلاحيات السلطات المركزية لصالح توسيع صلاحيات السلطات المحلية، مع تقليص نظم الوصاية والرقابة عليها ساعد على تقبل ظهور هذه الهيئات الإدارية الجديدة بمبادئ تنظيمية وأنظمة قانونية جديدة، وبدأ الأمر وكأن النموذج الوحدوي بدأ يظهر عجزه عن مواجهة المشاكل المتجددة وتراجع له لصالح نموذج متعدد المراكز، تجسد بظهور نموذج السلطات الإدارية المستقلة والتي بدأت مسارها بصدور قانون الإعلام الآلي والحريات في 16 جانفي 1978 الذي نص على إنشاء سلطة إدارية مستقلة وهي اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات "CNIL"³.

وقد ميز تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1983-1984 بين ثلاث مراحل أو فترات

شهدت ظهور وتطور السلطات الإدارية المستقلة وهي:

1 حنفي عبد الله ، المرجع السابق، ص 08

2 Guy. Braibant et B. Stern, le droit administratif Français, 5ème éd., presses de sciences po et Dalloz, Paris, France , 1999, pp.72-77.

نقلا عن : خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، المرجع السابق، ص76.
3 خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، المرجع السابق، ص 77.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

1- المرحلة الأولى :

امتدت في الفترة ما بين سنة 1941 إلى 1972 والتي شملت ظهور أولى السلطات الإدارية المستقلة وهي لجنة عمليات البورصة COB، الوسيط ولجنة الإحصاءات CS .

2- المرحلة الثانية :

امتدت في الفترة ما بين سنة 1973 إلى 1978 وهي مرحلة وصفت بالقصيرة، لكنها تميزت بحركية تسارع لظهور هذه السلطات، ومن أهمها اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات CNIL.

3- المرحلة الثالثة:

امتدت من سنة 1982 بعد انقطاع كلي لإنشاء هذه السلطات خلال فترة دامت لمدة خمس سنوات تقريبا، امتدت ما بين سنة 1978 وسنة 1982 من دون أسباب تبرر ذلك الانقطاع، وقد وصفت تلك الهيئات تارة بالسلطات الإدارية المستقلة وتارة أخرى بالسلطات العمومية المستقلة أو السلطات المستقلة أو السلطات الضابطة، وأخرى لم توصف بأي وصف من هذه الأوصاف، لكنها حملت صفات وخصائص سابقتها، وقد كان تطور هذه السلطات نتيجة حتمية لمطلب جديد وهو ضرورة تأقلم تدخلات الدولة في الكثير من القطاعات ولسد الاحتياجات المتجددة للمجتمع.

ثانيا : في التشريع الجزائري.

شهدت الجزائر مع نهاية الثمانينيات وبداية سنوات التسعينات إدراج تعديلات جوهرية، اندرجت في إطار تحرير الإقتصاد، والذي أدى إلى إدراج حركة قوية لإزالة التنظيم وتراجع تدخلات الدولة في القطاعات الإقتصادية، ومن ثم التفكير في وضع مكانزمات وقواعد جديدة ذات طابع ليبرالي لضبط النشاط الاقتصادي، وقد ظهرت أولى السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر سنة 1990، والمتمثلة في المجلس الأعلى للإعلام بموجب قانون رقم 90-107¹، هو سلطة ضابطة لمجال الإعلام ويضمن استقلال القطاع العمومي للبث الإذاعي والصوتي والتلفزي.

1 نصت المادة 59، من القانون 90-07، المؤرخ في 03 أبريل 1990، المتعلق بالإعلام، على أنه: "يحدث مجلس أعلى للإعلام وهو سلطة إدارية مستقلة... وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، ج، ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 14 أبريل 1990، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-13، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق ببعض أحكام القانون رقم 90-07، المتعلق بالإعلام، ج، ر، ج، ج، العدد 69، المؤرخة في 27 أكتوبر 1993، الملغى بموجب القانون العضوي رقم 12-05، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، ج، ر، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 15 جانفي 2012، الملغى بموجب قانون العضوي رقم 23-14، المؤرخ في 27 أوت 2023، المتعلق بالإعلام، ج، ر، ج، ج، العدد 56، المؤرخة في 29 أوت 2023.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ورغم الصلاحيات التي منحت لهذا المجلس، إلا أنه لم يصمد طويلاً في مواجهة المشاكل التي كان الإعلام يعيشها في الجزائر، مما ترتب عنه حل هذا المجلس في سنة 1993 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 93-253¹، في نفس السنة تم انشاء سلطتين لضبط القطاع المصرفي، مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية²، هذه الأخيرة التي كلفت من طرف القضاء الجزائري بالسلطة الإدارية المستقلة³.

كما تم انشاء خلية معالجة الاستعلام المالي والتي لم تكيف على أنها سلطة إدارية مستقلة إلا في سنة 2013⁴، أما في المجال الإقتصادي تم استحداث مجلس المنافسة سنة 1995، واحتفظ به المشرع بموجب الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم. حفاظاً على المنافسة الحرة وترقيتها في اقتصاد السوق، وفي مجال حماية حقوق وحريات المواطنين تم إنشاء ما يسمى "بوسيط الجمهورية" كهيئة طعن غير قضائية، أنشأها المشرع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-113 ثم ألغي فيما بعد بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99-170⁵، لتعود هذه الهيئة للظهور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-45 المؤرخ في 15 فبراير 2020⁶.

1 المرسوم الرئاسي رقم 93-252، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام، ج، ج، ج، العدد 69، المؤرخة في 27 أكتوبر 1993.

2 القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 18 أبريل 1990، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 01-01، المؤرخ في 07 فيفري 2001، ج، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 28 فيفري 2001، الملغى، بالأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 10-04، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

3 مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قضية يونين بنك (union bank) ومحافظ بنك الجزائر، الملف رقم 002129، قرار صادر بتاريخ 08 ماي 2000، حيث جاء فيه: حيث أنه من الثابت أن القرار المطعون فيه يذكر أن رئيسها صرح قبل مناقشة الموضوع أنها تشكل جهة قضائية مختصة، لكن حيث أن الجهات القضائية تفصل بين الأطراف في حين أن اللجنة المصرفية تشكل هيئة رقابية عقابية مهنية، حيث أن من جهة أخرى فإن الإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية تحدد عن طريق القانون في حين أن أغلبية الإجراءات المطبقة أمام اللجنة المصرفية قد تم تحديدها عن طريق نظام داخلي.

حيث أنه في الأخير الطعن ضد قرارها يشكل طعن بالبطان يجعل تصنيف قرارها ضمن القرارات الإدارية، ومن ثم تعيين القول كما استقر عليه الفقه أن اللجنة المصرفية تشكل هيئة إدارية مستقلة"، أشار إليه:

«-FENNICHE (Kamel), « La jurisprudence du conseil d'état en matière de contentieux bancaire », bulletin de magistrats, N° 60, 2006, p 319.

4 م ت رقم 02-127، مؤرخ في 07 أبريل 2002، يتضمن انشاء خلية معالجة الإستماع المالي وتنظيمها وعملها، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 07 أبريل 2002، معدل ومتمم بموجب م ت رقم 13-175، المؤرخ في 15 أبريل 2013، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 28 أبريل 2013، الملغى بموجب م ت رقم 22-36، المؤرخ في 04 جانفي 2022، المحدد لمهام خلية معالجة الإستماع المالي وتنظيمها وسيرها، ج، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 09 جانفي 2022.

5 المادة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 96-113، المؤرخ في 23 مارس 1996، المتعلق بوسيط الجمهورية، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 31 مارس 1996، الملغى المرسوم الرئاسي رقم 99-170، المؤرخ في 02 غشت 1999، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 04 غشت 1999.

6 المرسوم الرئاسي رقم 20-45، المؤرخ في 15 فبراير 2020، المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، ج، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 19 فبراير 2020.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ومع بداية سنة 2000 بدأت مرحلة جديدة شهدت حركة تسارع لإنشاء مجموعة جديدة من هذه الهيئات وتعديل النصوص السابقة، فقد تم سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية¹، لجنة ضبط الكهرباء والغاز²، كما تم إنشاء الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية³، بالإضافة إلى سلطتين ظابطتين هما سلطة ضبط النقل⁴ وسلطة ضبط سوق التبغ والمواد التبغية، وفي سنة 2005 سلطة ضبط الخدمات العمومية للمياه⁵، كما بعد ثم إنشاء لجنة الإشراف على التأمينات⁶.

وفي سنة 2008، ثم إنشاء الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري⁷، كما استحدثت سنة 2012 سلطتين لضبط قطاع الإعلام، وهما سلطة ضبط الصحافة المكتوبة وسلطة ضبط السمع البصري بموجب قانون عضوي⁸، وأنشأ مؤخرا ثلاث سلطات للتصديق الإلكتروني، وهنّ السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني، والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني⁹، بالإضافة إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها¹⁰، وبهذا بلغ عدد السلطات الإدارية المستقلة المستحدثة في الجزائر 12 سلطة ضبط، تتكفل كل منها بضبط مجال محدد، باستثناء مجلس المنافسة الذي تشمل رقابته كافة القطاعات الأخرى، حتى وصن كانت مزودة بهيئة ضبط قطاعية .

1 المادة 10، من القانون رقم 03-2000، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، معدل ومتمم، السالف الذكر.

2 المادة 112، من القانون رقم 02-01، مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج، ر، ج، ج، العدد 08، المؤرخة في 06 فيفري 2002، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 14-10، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج، ر، ج، ج، العدد 78، المؤرخة في 31 ديسمبر 2014.

3 المادة 43، من القانون رقم 01-10، مؤرخ في 03 جويلية 2001، يتضمن القانون المنجمي، ج، ر، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 04 جويلية 2001، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 07-02، المؤرخ في 01 مارس 2007، ج، ر، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 07 مارس 2007، ملغى بموجب القانون رقم 14-05، مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتضمن قانون المناجم، ج، ر، ج، ج، العدد 18، المؤرخة في 30 مارس 2014.

4 قانون رقم 02-11، مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج، ر، ج، ج، العدد 86، المؤرخة في 25 ديسمبر 2002.

5 المادة 65، فقرة 01، القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، يتضمن قانون المياه، المعدل والمتمم.

6 أمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج، ر، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 08 مارس 1995، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج، ر، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 12 مارس 2006، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 08-02، المؤرخ في 24 جويلية 2008، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، ج، ر، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 27 جويلية 2008.

7 م ت رقم 19-190، المؤرخ في 03 يوليو 2019، يحدد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها، ج، ر، ج، العدد 43، المؤرخة في 07 يوليو 2019.

8 القانون رقم 12-05، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، السالف الذكر.

9 القانون رقم 15-04، المؤرخ في 01 فبراير 2015، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج، ر، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 10 فبراير 2015 .

10 المرسوم الرئاسي رقم 15-261، المؤرخ في 08 أكتوبر 2015، المحدد لتشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج، ر، ج، ج، العدد 53، المؤرخة في 08 أكتوبر 2015.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ومما سبق يمكن القول، بأن هذه السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر تعتبر مؤسسات جديدة من المؤسسات المكونة لجهاز الدولة في الجزائر، لأنها لم تكن موجودة من قبل وظهرت مع بداية التسعينيات¹ القرن الماضي، وهي مختلفة عن السلطات الإدارية التقليدية، كون أنها لا تخضع للرقابة الإدارية ولا لمبدأ التدرج الهرمي (السلطة الرئاسية) الذي تتميز به الإدارة العمومية، كما أن هذه السلطات الإدارية المستقلة ليست باللجان الاستشارية ولا بالمرافق العامة.

فهذه الهيئات انشئت من أجل تجنب تدخل مباشر للدولة في مجالات حساسة، تجمع بين خاصيتين متناقضتين من جهة إدارية ومن جهة مستقلة، هذا النوع من التدخل العمومي (الضبط) انتشر في الدول الديمقراطية بشكل مغاير للمبدأ التقليدي لهيكل الدولة²، كما أن أغلب هذه السلطات-باستثناء البعض منها- قد وجدت بهدف الضبط الإقتصادي للسوق، مما يجعلها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالحرية الاقتصادية دون الحريات الأخرى، وبالتالي فإن ظهور هذه الهيئات في الجزائر كانت في المجال الإقتصادي دون مجال الحقوق والأساسية والحريات العامة.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن ما يمكن تمييزه من خلال الوقوف على نشأة هذه الهيئات في النظام الجزائري، أنه يمكن تقسيمها إلى مجموعتين: تضم الأولى منها جهازا للضبط الهام يتمثل في مجلس المنافسة، الذي خول له المشرع مهمة السهر على مدى احترام مبدأ حرية المنافسة وحمايته من ظل الأخطار اللاحقة به³، أما المجموعة الثانية فتضم أجهزة للضبط الخاص، والتي يصطلح عليها سلطات الضبط القطاعية **autorités de régulations sectorielles**، المتمثلة في باقي الهيئات الأخرى والتي أسندت لها مهمة السهر على احترام السير الحسن للنشاط المعنية بضبطه⁴.

وما يناسب البحث فيه، كذلك وبالموازاة مع النشأة التاريخية لهذه الهيئات ضرورة التعرّيج على أهم الأسباب المؤدية لذلك، سواء تعلق الأمر بالجانب السياسي منها أو الإقتصادية، إلى غير ذلك من الأسباب وهذا هو موضوع الفرع الموالي.

1 ناصر لباد، السلطات الإدارية المستقلة، مجلة الإدارة، المجلد 11، العدد 01، المدرسة الوطنية للإدارة، حيدرة، الجزائر، 2001، ص 07 .
2 شمون علجية، مركز سلطات الضبط المستقلة بين أشخاص القانون العام في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، الجزائر، 2018، ص 4.
3 المادة 34، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
4 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 34.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الفرع الثاني: أسباب ظهور السلطات الإدارية المستقلة

بعيدا عن الظروف التاريخية لنشأة السلطات الإدارية المستقلة، والتي بين من خلالها أن الهيئات قد ظهرت في أجواء مشحونة بالشك والريبة، والحذر وسوء الظن في أجهزة الدولة التقليدية، ومخافة طغيان السياسة على السلطة الإدارية¹، فإنه يمكن إرجاع الأسباب التي أدت إلى ظهور هذه الفئة القانونية الجديدة، إلى أسباب سياسية واقتصادية (البند الأول)، وإلى أسباب متعلقة بحماية الحقوق والحريات العامة (البند الثاني).

البند الأول: الأسباب السياسية والاقتصادية لظهور السلطات الإدارية المستقلة

إن التحول العميق الذي طبع الدولة الحديثة إثر فشل الدولة المتدخلة، أدى بالضرورة إلى ظهور السلطات الإدارية المستقلة التي تعتبر "ظاهرة تصحيحية للوضع القائم في التنظيم الإداري في الدولة"²، هذه الأخيرة كانت نتاجا لأسباب سياسية ودرجة ثانية لأسباب اقتصادية، وأبرز انسحاب الدولة من تنظيم الحقل الاقتصادي تغير في طبيعتها، فبعدها كانت دولة متدخلة محتكرة لجل النشاطات الاقتصادية، عدلت عن هذه الفكرة، بتبني اصطلاحات اقتصادية تنصب على انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي لصالح السوق، فبعد عجز الدولة من خلال الوسائل التقليدية المتبعة سابقا عن تنظيم المجال الاقتصادي الذي يمتاز بالسرعة والحيوية، لجأت الدولة إلى إنشاء هيئات إدارية مستقلة لضبط المجال الاقتصادي والمالي.

أولا- الأسباب السياسية :

إن إنشاء السلطات الإدارية المستقلة كطريقة جديدة ومميزة في التدخل العمومي، بعد عجز ومحدودية الطرق التقليدية، يمكن اعتباره نمطا جديدا للإدارة، وذلك نظرا لما يتيح هذا الشكل من متطلبات الشفافية والوساطة، وبالتالي فإن هذه السلطات الإدارية لم تكن إلا استجابة أو كحل لسوء العلاقة بين الإدارة والمواطن التي طبعها الشك في انحياس الدولة، وبذلك فإن السلطات الإدارية المستقلة تقدم ضمانات قوية لحياد الإدارة، تجسيدا للريغبة في خلق فضاء أوسع للتعبير، نتيجة للحذر أو عدم الثقة في النظام السياسي³.

1 عبد الهادي بن زيطة، نطاق اختصاص السلطات الإدارية المستقلة " دراسة حالة لندة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة الضبط للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، المجلد 01، العدد 01، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 2008، ص 23.

2 رنا سمير اللحام، المرجع السابق، ص 20 .

3 عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

1- عدم فاعلية الأجهزة الإدارية التقليدية

إن بطء سير أعمال الأجهزة الإدارية التقليدية من جهة، وتأخر القضاء في إصدار أحكامه من جهة أخرى، يشكلان معا سببا هاما لإنشاء السلطات الإدارية المستقلة، ذلك أن هذه الأخيرة تستطيع بما تملكه من استقلالية، أن تصدر قراراتها بشكل أسرع نسبة إلى الإدارة المركزية¹. فضلا عن ذلك، فإن نظام العمل المبسط الذي تعتمد عليه السلطات الإدارية المستقلة يسمح لها بحل النزاعات العالقة، وباللجوء إلى فرض العقوبات المناسبة بشكل أسرع من المحاكم الجزائية العادية المثقلة بالملفات والخاضعة للعديد من الضغوطات المتعلقة بإجراءات المحاكمة.

2- الحاجة إلى الوساطة والشفافية

مما لا شك فيه بأن السلطات الإدارية المستقلة شكلت تطورا نوعيا في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية، إذ أفسحت مجالا واسعا لأعمال الوساطة وحرصت على اعتماد وسائل محسوسة من الشفافية لدى تعاطيها في الشأن العام، فالحاجة إلى الوساطة والشفافية أدت إلى ضرورة تفسير الدوافع التي تقف وراء صدور كل قرار يتم اتخاذه من قبل الإدارة العامة².

3- الشك في انحياز الدولة

إن عدم ثقة المواطن بالسلطة الدولة (السياسية والإدارية) كان من بين الأسباب الأساسية لظهور السلطات الإدارية المستقلة، التي وضع على عاتقها ضمان عدم تحيز الدولة في تدخلاتها³، إلا أنه غالبا ما تميل إلى تحقيق أهدافها الحزبية والشخصية بدلا من تبليغ المنفعة العامة، لذلك نجد بعض السلطات الإدارية المستقلة في مجالات حساسة من الناحية السياسية، مثل مجال المعلومات والاتصالات⁴.

وغالبا ما يؤخذ على الدولة انحيازها لمصالحها الخاصة عندما تفكر في المجالات التي تمس بحقوق الإنسان وحياته، عكس السلطات الإدارية المستقلة التي يقع على عاتقها القيام بمهامها كما

1 رنا سمير اللحام، المرجع السابق، ص 22 .

2 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 23 .

3 «...savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif. », conseil-état, les autorités administratives indépendantes, rapport public de 2001, p 275, disponible sur le site : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/les-autorites-administratives-independantes-rapport-public-2001>.

4 رنا سمير اللحام، المرجع السابق، ص 20 .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يفعله القضاة بحياد وبموضوعية وبإستقلالية¹، ومن ثم فإن ظهور السلطات الإدارية المستقلة شكل نوعا من الإرتياح للمواطنين، بحيث تكون العلاقة معها أسهل بكثير من العلاقة مع سلطة المركزية².

ثانيا- الأسباب الإقتصادية :

لقد فرضت الأزمة الاقتصادية التي عرفت الجزائر منذ سنوات الثمانينيات، بعد انخفاض عائداتها من البترول، وانخفاض المستوى المعيشي، وتدهور الأوضاع الاجتماعية، حدوث تحولات جذرية مست النشاط الاقتصادي، والدخول في مفاوضات مع صندوق النقد الدولي الذي فرض عليها تحرير النشاط الاقتصادي، وتبني إصلاحات اقتصادية عديدة، بفتح المجال أمام المبادرة الخاصة، واعتماد مبدأ المنافسة الحرة كمبدأ أساسي لتنظيم الحياة الاقتصادية، والتخلي عن فكرة التسيير الإداري المركزي للسوق³.

مما دفع بالدولة للانسحاب من الحقل الاقتصادي، الذي أصبح يقوم على ميكانيزمات وقواعد جديدة ذات طابع ليبرالي لضبط النشاط الاقتصادي، لاسيما نظام الخصخصة وإزالة نظام الإشتراكي، مع اشراك الفنيين والمختصين في تحيدي القواعد الواجبة التطبيق.

1- خصخصة الحقل الاقتصادي:

يتطلب بناء اقتصاد السوق من الدولة أن تتسحب من المجال الاقتصادي، وفتح المجال أمام المبادرة الخاصة، وذلك بتكريس مجموعة من المبادئ الليبرالية، التي يمكن إجمالها في مبدأ حرية التجارة والصناعة وخصوصة المؤسسات العمومية الاقتصادية وإزالة الاحتكارات العمومية.

2- مبدأ حرية التجارة والصناعة:

ظاهرة العولمة فرضت على الجزائر تحولات جذرية، أرغمتها على فتح المجال للمبادرة الخاصة، بتكريسها مبدأ حرية التجارة والصناعة في المادة 37 من دستور 1996، والتي تنص على

1«.....l'objectif poursuivi par les pouvoirs publics lorsqu'ils créent une autorité administrative indépendante est désormais clair : ils s'attendent à ce que ces institutions s'acquittent de leur tâche comme le feraient des magistrats ,c'est-à-dire avec « impartialité, objectivité et indépendance », conseil-état, les autorités administratives indépendantes,op,cit,p.275.

2 رنا سمير اللحام، المرجع السابق، ص 21.

3 نزليوي صليحة،سلطات الضبط المستقلة: آلية للانتقال من الدولة المتدخلية إلى الدولة الضابطة، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،الجزائر،أيام 23-24 ماي2007،ص5.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أن: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"، وهذا النص ما هو إلا تأكيد على تبني الجزائر اقتصاد السوق، وتأكيد على نية واتجاه المشرع نحو تكريس النصوص القانونية ذات الطابع الليبرالي، والإقرار بحرية المنافسة، التي اعترف بمبدئها منذ سنة 1995¹.

إلا أنه يتعين تفسير نص المادة 37 من دستور 1996 في إطار الدستور ككل، فمبدأ حرية التجارة والصناعة يمارس استنادا على مجموعة من المبادئ أو القواعد التي يتضمنها القانون الأساسي كالعادلة الاجتماعية، وهذا ما توحى إليه عبارة "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

فإشراف الدولة على تنظيم التجارة الخارجية وسهرها على ترقية وضمان بعض الحقوق، يوحي لنا بأن الدولة لم تتخل كلية في الميدان الاقتصادي، بل تراقب العديد من النشاطات الاقتصادية فدورها تحول من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة منظمة فقط عن طريق تحديدها لقواعد اللعبة، لتترك المجال مفتوحا للمنافسة².

3- خصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية:

ظهرت فكرة الخصوصية لأول مرة في قانون المالية التكميلي لسنة 1994، الذي نص على إمكانية فتح رأسمال المؤسسة للمساهمين الخواص، بالإضافة إلى إمكانية التنازل عن أصول المؤسسات لفائدة الخواص³.

وهذه الخصوصية لم تكن خيارا واردا في القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادي، فالتنازل عن أسهم المؤسسة أو أصولها لا يكون خارج القطاع العام، بمعنى أن التنازل يكون من مؤسسة عمومية اقتصادية إلى مؤسسة عمومية أخرى، لذلك لا يمكن فتح الرأسمال إلى الخواص سواء كانوا وطنيين أو أجانب، مع أن الهدف الأساسي من استقلالية المؤسسات وفقا لأحكام هذا القانون، هو إيجاد سبل لجذب المشاركة في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية⁴، ثم صدر دستور 1996 الذي ينص على اختصاص السلطة التشريعية في وضع القواعد الخاصة لنقل

1 الأمر رقم 95-06، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، الملغى، السالف الذكر.

2 نزلوي صليحة، المرجع السابق، ص 7.

3 المرسوم التشريعي رقم 94-08، المؤرخ في 26 ماي 1994، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج، ج، العدد

33، المؤرخة في 28 ماي 1994.

4 نزلوي صليحة، المرجع السابق، ص 7.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، حيث تنص المادة 122 منه على أنه: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الآتية...قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص".

وبذلك انطلقت عملية الخوصصة منذ سنة 1996 بمجموعة من المؤسسات، لكن عمليا لم يتم تنفيذ البرنامج بسبب تضارب الاختصاص بين عدة جهات تتدخل في العملية، إلى حين وضع قانون 01-04 المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات الاقتصادية وسيرها وخصصتها، الذي جاء بتعريف لعملية الخوصصة في المادة 13 منه التي نصت على أنها: "كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، وتشمل هذه الملكية :

- كل رأسمال المؤسسات أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أو غير مباشرة و/أو الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام، وذلك عن طرق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال¹.

ورغم التراجع الذي عرفته هذه العملية، بسبب عدم وضوح الأهداف المنتظرة منها، وتخوف جهات كثيرة من آثار هذا الانسحاب على الاقتصاد الوطني، إلا أنها تعتبر حسب المؤسسات المالية الدولية وسيلة ضرورية لتكريس الانفتاح على الاستثمار الأجنبي، والاقتصاد العالمي، وتسمح بخلق محيط اقتصادي تنافسي.

4- إزالة الاحتكارات العمومية:

لقد هيمنت الدولة الجزائرية ولفترة معتبرة على الحقل الاقتصادي عن طريق تطبيق نظام الاحتكارات، أين كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي هي المسيطرة على النشاط الاقتصادي، فنتج عن هذا الوضع هيمنة القطاع العام على الميدان الاقتصادي مقارنة بالقطاع الخاص، ثم دخلت الجزائر مرحلة الإصلاحات الاقتصادية، في سبيل إزالة الاحتكارات العمومية بصفة تدريجية، وفتح معظم النشاطات التي كانت محفوظة للدولة أمام المبادرة الخاصة²، حيث

1 الأمر رقم 01-04، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، السالف الذكر .

2 م ت رقم 88-201، المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، المتضمن الغاء جميع الاحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج، ر، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 18 أكتوبر 1988.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

صدر المرسوم التنفيذي رقم 88-201، الذي بموجبه ألغى احتكار المؤسسات العامة للنشاط الاقتصادي.

5- إزالة التنظيم:

فرض النظام الاشتراكي على السلطة العامة سنّ نصوص قانونية غزيرة وصفت بالانفرادية والاستبدادية، بموجبها تتدخل الدولة لتنظيم مختلف النشاطات الاقتصادية، إلا أن التجربة أثبتت فشلها مما دفع بالدولة إلى الانسحاب من حقل التنظيم وتحرير النشاط الاقتصادي في إطار ما يعرف بإزالة التنظيم، وذلك بفتح التجارة الخارجية أمام المتعاملين الاقتصاديين، وإلغاء النصوص المقيدة للاستثمار، وتكريس مبدأ حرية الأسعار¹.

6- فتح مجال التجارة الخارجية أمام المتعاملين الاقتصاديين:

يظهر تحكّم واحتكار الدولة للتجارة الخارجية في مجال الاستيراد، إذ شرعت الجزائر في ذلك مباشرة بعد الاستقلال، عندما قامت بتأميم كلي للتجارة، إذ نص دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1976 على أنه: "يشمل احتكار الدولة بصفة لا رجعة فيها، التجارة الخارجية وتجارة الجملة"²، كما جعل القانون 78-02 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، إبرام العقود الخاصة باستيراد أو تصدير البضائع والخدمات مع المؤسسات الأجنبية من قبيل الاختصاص المطلق للدولة أو إحدى هيئاتها، واستبعاد المقالة الخاصة من هذا المجال.

إلا أن هذه السياسة الاحتكارية لم تصمد طويلا أمام تقادم حجم الديون الخارجية، وضغط صندوق النقد الدولي، الشيء الذي اضطرت الجزائر إلى تطبيق برنامج تصحيح هيكلي من خلال تحرير التجارة الخارجية بصفة تدريجية، ففي سنة 1988 صدر القانون رقم 88-29 الذي قلص من احتكار الدولة للتجارة الخارجية، وسمح للمؤسسات الخاصة الوطنية بالتدخل في مجال التجارة الخارجية، لكن قيده بشرط الحصول على رخصة الاستيراد³.

1 نزليوي صليحة، المرجع السابق، ص 11.

2 المادة 14، الأمر 76-97، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، السالف الذكر.

3 القانون رقم 88-02، المؤرخ في 19 جويلية 1988، المتعلق بإحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 20 يوليو 1988، الملغى بموجب الأمر رقم 03-04، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج، ج، ج، العدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ليسمح المشرع من خلاله لكل شخص طبيعي أو معنوي خاصا كان أو عاما، ومقيد في التجاري، ويمارس وظيفة التاجر يعمل لحسابه أو لحساب الغير بما في ذلك الإدارة، أن ينشط في مجال التجارة الخارجية¹.

-إلغاء النصوص المقيدة للاستثمار:

شهدت مرحلة النظام الاشتراكي سيطرت الدولة على كل النشاطات والقطاعات الاقتصادية، والتي اعتبرت ملك لها وحدها لا تقبل المنافسة فيها، امتدت من الإنتاج إلى تسويق المحروقات، استغلال المناجم، النقل البحري والجوي... وغيرها، فهي تعتبر قطاعات استراتيجية وحيوية للدولة لا يمكن للخواص الاستثمار فيها.

وعلى هذا الأساس، عرّف الاستثمار الخاص في الجزائر طوال هذه الفترة، معاناة الإقصاء والتهميش، فلم يسمح له بالتدخل سوى في قطاعات ثانوية، وأخضع لنظام رقابة صارم واستمر الوضع إلى غاية صدور قانون الاستثمارات في سنة 1993، أين اعترف المرسوم التشريعي 93-12 للخواص بحرية الاستثمار في حدود القانون، بعدما كانوا لا يستثمرون إلا في قطاعات ثانوية². لتيم بعدها حل مختلف الهياكل الإدارية في مجال الاستثمار، قصد تبسيط الإجراءات وإزالة العراقيل، وتم تعويضها بوكالة لترقية الاستثمار، ثم أصبحت تعرف بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بموجب الأمر 01-03³، والتي خولت لها صلاحية تلقي التصريحات بالاستثمار، بعد إلغاء شرط الاعتماد المسبق⁴، وبذلك فإن الدولة انسحبت بصفة تدريجية من تنظيم الاستثمارات التي أخضعها لنظام قانوني استثنائي، لتصبح بعد ذلك خاضعة لإجراءات بسيطة من شأنها تشجيع الخواص للاستثمار.

-تكريس مبدأ حرية الأسعار:

يعتبر صدور القانون رقم 89-12 اللبنة أولى في تحرير الأسعار، استنادا للمادة 3 منه التي نصت على أن: "يخضع وضع نظام الأسعار وإعداد التنظيم الخاص بهما للمقاييس

1 م ت رقم 91-37، المؤرخ في 13 فيفري 1991، المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج، ج، ج، العدد 12، المؤرخة في 20 مارس 1991، المعدل والمتمم، م ت رقم 94-135، المؤرخ في 05 جوان 1994، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 12 يونيو 1994.

2 المرسوم التشريعي رقم 93-12، المتعلق بترقية الاستثمار، المعدل والمتمم، السالف الذكر. (الملغى).

3 الأمر رقم 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمارات، المعدل والمتمم، (الملغى)، السالف الذكر.

4 م ت رقم 06-356، المتعلق بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

التالية: حالة العرض أو الطلب ...¹، إلا أن التحرير الحقيقي للأسعار تم بموجب قانون المنافسة لسنة 1995، الذي أقرّ مبدأ المنافسة الحرة.²

غير أنه وإن كان المبدأ العام هو حرية الأسعار، إلا أننا نجد بأن المشرع قد أورد استثناء تضمنته المادة 5 من الأمر 03-03 التي تنص: "يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي بموجب مرسوم، بعد أخذ رأي مجلس المنافسة. كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين، أو في منطقة جغرافية معينة، أو في حالات الاحتكارات الطبيعية"³.

فالملاحظ هو أن الدولة بعدما كانت تتدخل باستمرار في مجال تنظيم مجال الأسعار، أصبحت لا تتدخل لتنظيم الأسعار إلا في حالتين وهما : إذا تعلق الأمر بسلع أو خدمات ذات طابع استراتيجي والارتفاع المفرط للأسعار، وتأكيداً لمبدأ المنافسة الحرة، أنشأ مجلس للمنافسة، يعمل على محاربة كل ما يمس ويخل بالمنافسة الحرة، وهذا عن طريق تخويله سلطة قمعية بموجبها يفرض عقوبات مالية على كل عون اقتصادي أخلّ بالمنافسة⁴.

ج- إشراك التقنيين:

إن الطابع الفني لبعض القطاعات الاقتصادية كان سبباً وراء ظهور السلطات الإدارية المستقلة للقيام بضبطها وتنظيمها، والهدف من ذلك إشراك المهنيين والمختصين في تحديد القواعد الواجبة التطبيق في المجالات التقنية، وهذا التحديد يفترض لمصداقيته موافقة مسبقة من قبل مختصين اقتصادياً⁵.

فمشاركة التقنيين تسمح بتزويد السلطات العمومية بالمعلومات المفصلة اللازمة لإتخاذ القرارات بالشكل الذي ينسجم مع الحقائق الموجودة على أرض الواقع، كما أنها تسمح بالتفاعل بمرونة مع حركة الأسواق الداخلية والخارجية، وتم فإن مسألة تنظيم السوق تكون مقبولة بشكل

1 القانون رقم 89-12، المتعلق بالأسعار، الملغى، السالف الذكر.

2 الأمر رقم 95-06، المتعلق بالمنافسة، الملغى، السالف الذكر.

3 الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 نزيوي صليحة، المرجع السابق، ص 16.

5 رنا سمير اللحام، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أفضل، إذ تمت ممارستها من طرف هيئة تتكون من أشخاص يتمتعون بخبرة واسعة في تخصصاتهم¹.

ثالثا: أسباب متعلقة بحماية الحقوق والحريات العامة.

لقد أدى تغير مفهوم الدولة الى تحول هذه الأخيرة من حيث وظيفتها في جميع الميادين، السياسية منها أو الاقتصادية أو الاجتماعية، مما ترتب عنه اتساع ميدان نشاط الإدارة العامة بقصد تحقيق المصلحة العامة في شتى المجالات، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بإستعمال امتيازات السلطة العامة، التي قد تمس في بعض الحالات بالحقوق والحريات العامة، مما ينجم عنها مشكلة موازنة متطلبات السلطة ومتطلبات الحرية، إذ لا يمكن ترجيح إحداها على الأخرى².

إن هذه المشكلة هي التي دفعت بالقضاء الإداري إلى محاولة خلق توازن بينهما، عن طريق الرقابة على أعمال الإدارة العامة إعمالا لمبدأ المشروعية الذي يعتبر ضمانا أساسية لحقوق الأفراد وحررياتهم، إلا أنه بالرغم من أن القاضي الإداري يملك من الوسائل القانونية والقضائية ما يمكنه من معرفة الخطأ في أعمال الإدارة العامة، فإن رقابته تعترضها بعض النقائص والعيوب، بعبارة أخرى أنه لا بد من وجود طلب مقدم من طرف الأفراد على شكل دعوى، إضافة إلى ذلك كثرة المصاريف القضائية وبطء وتعقيدات إجراءات التقاضي، مما يجعل منها رقابة سلبية بطبيعتها³.

ونظرا لمحدودية تدخل القضاء في حماية الحقوق والحريات العامة في ظل اقتصاد السوق، الذي أدى إلى بروز ظاهرة العولمة وتغير وظيفة الدولة، ولإبعاد شبهة عدم الحياد عن هذه الأخيرة، فإنه لا مناص من البحث عن آليات جديدة غير قضائية لحماية الحقوق والحريات العامة، هذه الأخيرة أضحت تشكل ظاهرة جديدة في هذا الميدان، إذ طالما كانت مهمة حماية الحقوق والحريات العامة تدخل في صميم عمل القضاء من جهة، ومن صميم الإدارة التقليدية من جهة أخرى، إلا أنه وفي ظل الدولة الضابطة ظهر في التنظيم الإداري، جيل جديد من الإدارة اتفق على تسميته اصطلاحا "بالسلطات الإدارية المستقلة"، أسندت لبعض منها مهمة حماية الحقوق والحريات العامة.

1 conseil-état, les autorités administratives indépendantes,op,cit,p.276

2 مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية " دراسة مقارنة"،رسالة دكتوراة دولة،جامعة سيدي بلعاس،2006،ص1.

3 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، المرجع السابق،ص 50.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

المطلب الثاني: الخصائص المميزة للسلطات الإدارية المستقلة

إن استحداث السلطات الإدارية المستقلة إنما هو استجابة لتغير دور الدولة ومحدودية الهياكل الإدارية التقليدية واستجابة أيضا لمتطلبات المجتمع المتطورة والمعقدة، ألا أن استحداثها أثار العديد من التساؤلات تدور حول مدى تقبل البنية المؤسساتية للدولة لهذه السلطات ومشروعية أعمالها ودستورية ما تتمتع به من سلطات، والتمتع فيها-السلطات الإدارية المستقلة- يتضح له أنها متكونة من قسمين، فهذه الأجهزة تتشكل من أولا سلطة إدارية (الفرع الأول)، وثانيا أن هذه الهيئات سلطة مستقلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: السلطات الإدارية المستقلة سلطة إدارية

إن أول ما يتبادر إلى ذهن المتتبع لظهور السلطات الإدارية المستقلة هو طرح التساؤل الآتي: هل بالفعل تتشكل هذه الهيئات الجديدة بظهورها في النسق المؤسساتي والإداري، سلطة إدارية؟، فهذا الإشكال رغم سهولته، إلا أنه يحمل في طياته إشكالية مزدوجة، كون أنه من جهة أولى يتطلب البحث في مفهوم السلطة لهذه الهيئات الإدارية، ومن جهة ثانية معالجة التكييف القانوني لها ومدى تمتعها بالطابع الإداري في اختصاصتها؟.

أولا: تمتع السلطات الإدارية المستقلة بالسلطة

شكلت فكرة السلطة العامة بما تثيره من مسائل تتعلق بوجودها وتبريرها، مكانة رئيسية في التفكير الفلسفي والسياسي والقانوني عند الفلاسفة والمفكرين والفقهاء على حد سواء، ومدلول السلطة العامة وجد في كافة المجتمعات وإن اختلفت أسسها¹.

فمصطلح السلطة يقابله في اللغة الفرنسية كلمة **Autorité** ، والتي تختلط مع كلمة أخرى تحمل نفس المعنى وهي كلمة **Pouvoir**، هذه الأخيرة يقصد بها السلطة العامة بمعناها العام أو المجرد، سواء المستمدة من اعتبارات رسمية كالسلطة التنفيذية **Pouvoir exécutif** أو التشريعية **Pouvoir législatif**، أو المستمدة من اعتبارات غير رسمية كتلك المستمدة من المكاتب الخاصة كالقدرة أو القوة فيقال **Pouvoir d'achat** للتعبير عن القدرة الشرائية، أما مصطلح **Autorité** فيشير بصفة خاصة لسلطة الوظيفة العامة فيقال "سلطة إدارية" **Autorité administrative**².

1 خالد سرياح، مسؤولية السلطة العامة في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه القانون العام المقارن، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة الجبلالي ليايس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2018-2019، ص12.
2 حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، مرجع سابق، ص 12.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

وقد تعددت مفاهيم الفقه الفرنسي في تحديد مفهوم "السلطة" حيث يرى جانب منه، على أن مصطلح السلطة يدل على هيئة متميزة مبدئياً عن القائمين بأعمالها، كون أنها تمارس اختصاصات ولا تكفي بالقيام بالمهام، لأن بإمكانها أن تغير من مراكز القانونية، بتصرفات قانونية انفرادية أو متعددة الأطراف، وذلك عن طريق القرارات والإتفاقيات¹.

كما أن هناك جانب من الفقه يشير إلى أن "السلطة" تعني بالضرورة الإستتار بالسلطة العامة القانونية "la détention de pouvoir juridique"، وذات الرأي تقريبا لفقه آخر يتحدث على أن اعتبر السلطة هي اتخاذ قرارات فردية أو تنظيمية قادرة على التأثير في المراكز القانونية للأفراد وهو "المفهوم الضيق للسلطة" والمعنى القانوني لها القائم على ما يسمى بالقرار التنفيذي، أي الذي يؤثر على المراكز القانونية، وبالتالي السلطات الإدارية المستقلة تعد سلطة لتحقق شرطين هما²:

- أنها تقوم بوظيفة وهي الضبط وليس مجرد التسيير.

- أنها تتمتع بصلاحيية إصدار قرارات تؤثر في المراكز القانونية.

أما الفقيه René Chapus فقد اعتمد تمييزاً من زاوية مختلفة مؤسساً ذلك على فكرة الإدارة الفعالة أو الإيجابية، حيث ميز بين الأجهزة التابعة للإدارة الفعالة التي تقرر، وبين الأجهزة التي لا تتمتع إلا بوظيفة تقديم الاستشارة، والتي توضع في قائمة الأجهزة الاستشارية وليست قائمة السلطات الإدارية المستقلة، وقدم بعض الأمثلة على هذه الأجهزة مثل لجنة ضمان الاطلاع على الوثائق الإدارية، لجنة ضمان أمن المستهلك، اللجنة الاستشارية لحقوق الإنسان، مع تأكيده على عدم الاستهانة بالوظيفة التي تؤديها هذه الأجهزة أي الأجهزة الاستشارية، التي وإن كانت لا تتمتع بسلطة إصدار القرارات لكن آرائها يمكن أن تتمتع بسلطة معنوية كبيرة³.

إنه معيار أو شرط آخر في تكييف السلطة، ولكن تبقى صلاحية إصدار القرارات هي

المعيار المحدد الذي يؤدي إلى تقسيم الهيئات إلى نوعين، النوع الأول تلك التي تعد سلطات بالمعنى

1 « ... L'autorité....se distingue d'un agent ;elle exerce des compétences et ne se contente pas de remplir des attributions ; elle peut modifier l'ordre juridique par des actes normateurs unilatéraux ou plurilatéraux par des décisions ou des conventions ... »,Marie-Jose Guedon,Les autorité administratives indépendantes ,L.G.D.J ,paris,France,1991 ,p.49.

نقلا عن : زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص53.

2 أمال يعيش تمام، السلطات الإدارية المستقلة وإشكالية التكييف القانوني، مجلة البحوث القانونية و السياسية، المجلد 02، العدد 10، جامعة مولاي طاهر، بسعيدة، الجزائر، 2018، ص638.

3 خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، المرجع السابق، ص93.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

القانوني الدقيق أو الصارم، لأنها تتمتع بسلطات إصدار القرارات، والمجموعة الثانية تجمع كل الهيئات التي تتميز بالخاصية الإستشارية، ولكن قدرتها على التأثير تمحها سلطة معنوية.

ويرى جانب آخر من الفقه، أن هذه الهيئات تتمتع بسلطة تقديم التعليمات أو الأوامر، وتقديم الآراء أو وجهات النظر والاقتراعات¹، غير أنه يشترط أن تكون هذه القرارات تتحلى بسلطة التأثير والإقناع *pouvoir d'influence et de persuasion* ويسمى هذا الجانب الفقهي هذه السلطة بـ "السلطة المعنوية" *L'autorité morale*، ويشترط في هذه الصلاحيات أو السلطات السالفة الذكر، أن تكون مؤثرة تأثيرا قويا وفعالا في الأشخاص الخاضعين لها، حتى يمكن وصفها بالسلطة المعنوية، والتي يشترط توافرها في كل السلطات الإدارية المستقلة.

إن فكرة السلطة المعنوية هذه قد تجاهلها الفقهاء المناصرين للمفهوم الضيق، باستثناء من اتجه منهم إلى التنديد بضعف الوسائل القانونية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة، داعين بذلك إلى تقوية هذه الصلاحيات حتى تستطيع تلك السلطات القيام بوظيفتها المكلفة بها.

إن هذه الآراء الفقهية وعلى اختلافها تكاد تجمع فيما بينها على أن مدلول السلطة مرتبط بفكرة القرار الإداري، إذ لا ينحصر الأمر في مجرد الإستشارة وابداء الرأي، ومن هذا المنطلق وما يمكن ملاحظته، هو أن هذه الطائفة من الفقه تعتمد على المفهوم التقليدي لمصطلح "السلطة"، مستبعدة بذلك ومخرجة من طائفة السلطات الإدارية المستقلة تلك الأجهزة التي لا تملك سلطة القرار، وتلك التي تتمتع بإختصاصات استشارية فقط².

وقد سائر الفقه في الجزائر هذا الإتجاه، عند معالجته السلطات الإدارية المستقلة وارتباطها بالضبط الإقتصادي³، فهذه الهيئات لا تعد من قبيل الأجهزة الإستشارية، ليس فقط لعدم تمتع هذه الأخيرة بصلاحيات اتخاذ القرار، ولكن لكون سلطة القرار تعود تقليديا لإختصاص السلطة التنفيذية⁴.

1 كسال سامية، "مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة"، مداخلة الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، يومي 13 و14 نوفمبر 2012، ص05.

2 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص54.

3 Rachid ZOUAÏMIA, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, édit Houma, Alger, 2005, p.19.

4 « les autorités administratives indépendantes sont d'abord des autorités en ce sens qu'elles ne sont pas des simples organes consultatif. Non seulement elles bénéficient d'un véritable pouvoir décision, mais un tel pouvoir décisionnel relève traditionnellement de la compétence du pouvoir exécutif. ».ibid.,p.19.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ومن جانبه، وفي ذات السياق، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن مصطلح " سلطة " غير مرتبط بالأجهزة التي لها دور استشاري فقط¹، مشيراً إلى أن بأنه لا يوجد ما يدعو للشك في تمتع هذه الهيئات بسلطة حقيقية، متى مارست امتيازات السلطة العامة عن طريق اصدار القرارات، إلا أن الإشكال الذي يطرح-حسب ذات المجلس- نثير نقاشاً كبيراً فيما يتعلق بتلك الأجهزة التي تحوز إلا على قوة التأثير المتمثلة في التحقيق أو إبداء الرأي أو الإقتراحات، أو التوصيات أو تقديم الملاحظات².

إن هذه الإشكالية التي أثارها مجلس الدولة الفرنسي، تدعو للوقوف عندها خاصة وأن المشرع الفرنسي كيف بعضاً من هذه الأجهزة المنشأة على انها سلطات إدارية مستقلة، على الرغم من افتقارها لسلطة القرار كلجنة الوصول إلى الوثائق الإدارية (C.A.D.A) مثلاً³، وهو الأمر الذي دفع بمجموعة من الفقه لاعتبار أن طبيعة تدخل هذه الأجهزة وتأثيرها على السلطة التنفيذية، يبعدها عن دائرة الأجهزة الإستشارية، فلا يجب الاستهانة بالوظيفة التي تملؤها هذه الأجهزة، وإن كانت لا تملك سلطة اتخاذ القرار، إلا أن أراءها يمكن أن تشكل سلطة معنوية كبيرة⁴.

ومما سبق ذكره، يتبين بأن مدلول السلطة غير محدد بدقة نظراً لوجود مفهوم ضيق وآخر واسع له، مما يؤدي الى ازدواجية في تصنيف السلطات الإدارية المستقلة المنصوص عليها، إذ يتضمن القسم الأول منها على تلك الهيئات التي تشكل سلطة بالمفهوم القانوني الضيق، أما القسم الثاني فيمثل الأجهزة ذات الطابع الإستشاري التي نص المشرع على أنها سلطات، والتي تشكل بوسائل تأثيرها واستقلاليتها سلطة بمفهوم الواسع، أي سلطة معنوية.

هذه الأخيرة تعد مظهراً من مظاهر تطور التقنية القانونية سواء على المستوى الإجرائي أو على المستوى الموضوعي في صنع القانون⁵، هذا الأخير تحول من قانون جامد وأمر إلى قانون

1 " Le terme d' « autorité » signifie qu'il s'agit d'organismes qui ne peuvent se borner à disposer d'un rôle purement consultatif. ".cf., Voir: CE, les autorités administratives indépendantes, op, cit, p.289.

2 S'il ne fait guère de doute que le critère de l'autorité soit rempli en cas d'exercice de prérogatives de puissance publique par l'institution en cause, c'est-à-dire essentiellement lorsqu'elle détient un pouvoir de décision, la question est plus débattue pour le cas d'organismes qui ne disposent que d'un pouvoir d'influence (pouvoir d'instruction, d'avis, de proposition, de recommandation, d'observations)... », ibid.

3 Marie –Jose Guedon ,Les autorités administratives indépendantes, op.cit., p.50.

4 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 56.

5 خرشي إلهام، دور التوصيات والأراء في تفعيل تدخلات السلطات الإدارية المستقلة، مجلة العلوم الإجتماعية، العدد 18، جامعة سطيف، 2014، صص، 227-228.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

مرن، ومن قانون مستمد من العقل إلى قانون واقعي، بمعنى أن اللجوء إلى طلب التوصيات وأراء السلطات الإدارية المستقلة ساهم في صنع مفهوم جديد للقانون يقوم أساسا على إشراك الأطراف المعنية به، بعد أم كانت الوسيلة الأساس في صنعه بيد السلطات العمومية التي كانت المحدد الوحيد لقواعده¹، مما يجعل من هذه السلطة المعنية- وإن كانت غير تقليدية- سلطة فعلية.

كذلك ومما يمكن الإستناد عليه كحجة لقبول هذا المفهوم الجديد للسلطة، هو طبيعة وظيفة الضبط في حد ذاتها، هذه الوظيفة تتطلب الإستمرارية والمرونة في التدخل²، فالبرغم من افتقاد السلطة المعنوية لخاصية الإلزام، إلا انها تتمتع بالمصادقية وقوة الإقناع المنبثقة من الثقة في هذه السلطات الإدارية المستقلة من طرف المتعاملين معها³، وهذا يعد توجهها نحو إدارة جديدة- إدارة الضبط- تساهم في إعطاء وجه جديد للدولة، وفي انتاج آخر يجسد أحد نماذج قانون ما بعد الحدائة المتميز بالتعددية والمرونة.

الفرع الثاني: السلطات الإدارية المستقلة هيئة إدارية

إن التكييف الصريح من جانب المشرع لبعض سلطات الضبط المستقلة على أنها ذات طبيعة إدارية-سلطات إدارية مستقلة- من جهة⁴، أو نفيه الصريح لذلك من جهة أخرى،-وبالتالي سلطات تجارية مستقلة⁵- لا يطرح أي اشكال، إلا أنه وبالعكس من ذلك في حالة سكوت المشرع، ونظرا لعدم وقوفه على صيغة محددة ودقيقة للتعبير عن المصطلحات التي أضفت نوعا من

1 خوشي إلهام، دور التوصيات والأراء في تفعيل تدخلات السلطات الإدارية المستقلة، المرجع السابق، ص 229.

2 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 58.

3 خوشي إلهام، دور التوصيات والأراء في تفعيل تدخلات السلطات الإدارية المستقلة، المرجع السابق، ص 231-233.

4 ويتعلق الأمر بالهيئات التالية:

- مجلس المنافسة: بموجب المادة 09، من القانون رقم 08-12، المعدل والمتمم، للأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، السالف الذكر، والتي تنص صراحة على ما يلي: تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة ...".

- لجنة الإشراف على التأمينات: بموجب المادة 26، من القانون رقم 06-04، المعدل والمتمم، للأمر رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات، والتي تنص صراحة على ما يلي: .. تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابة ..."، السالف الذكر.

- المادة 65، فقرة 01، قانون رقم 05-12، المتضمن قانون المياه، المعدل والمتمم، والتي تنص صراحة على ما يلي: " يمكن أن تمارس مهام ضبط الخدمات العمومية للمياه سلطة إدارية مستقلة... " السالف الذكر.

- المادة 02، من م ت رقم 13-175، المعدل والمتمم للمرسوم تنفيذي رقم 02-127، يتضمن انشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها، والتي تنص صراحة على ما يلي: " الخلية سلطة إدارية مستقلة ..."، السالف الذكر.

- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: بموجب المادة 18، من القانون رقم 06-01، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

5 يتعلق الأمر بوكالاتي المحروقات (الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات والوكالة الوطنية لتنظيم موارد المحروقات)، وذلك بموجب المادة 22، من القانون رقم 19-13، المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المنظم لنشاطات المحروقات، والتي تنص صراحة على ما يلي: "الوكالة الوطنية لتنظيم موارد المحروقات (النفط)، والوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات، وتدعى سلطة ضبط المحروقات"، ج، ج، ج، العدد 79، المؤرخة في 22 ديسمبر 2019.

وتنص المادة 24، من نفس القانون، على أنه: "لا تخضع وكالتا المحروقات للقواعد المطبقة على الإدارة، لاسيما فيما يتعلق بتنظيمها، وسيرهما، وبالقانون الأساسي للعمال المشتغلين فيهما".

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الغموض على بعض من هذه الأجهزة¹، يجب البحث عن الطابع الإداري انطلاقاً من تحليل النصوص المنشأة لهذه الهيئات مع الإستعانة بموقف كل من القضاء والفقهاء عند الإقتضاء.

على أن الطابع الإداري لهذه الهيئات يتجلى من خلال التطرق لتشكيلتها (أولاً) ثم طبيعتها وظائفها وكذا الأعمال الصادرة عنها (ثالثاً) وأخيراً الرقابة على أعمالها (رابعاً).

أولاً : تشكيلة السلطات الإدارية المستقلة

إن التطرق إلى التركيبة البشرية لسلطات الضبط من المعايير الحاسمة التي ينبغي الإعتماد عليها، وذلك من خلال صفة أعضائها (أ) وانتهاء بأسلوب تعيينهم (ب).

أ- صفة الأعضاء المشكلين للسلطات الإدارية المستقلة

إن الباحث في صفة الأعضاء المشكلين للسلطات الإدارية المستقلة، يتضح له بأن أغلبهم من الكفاءات والإطارات السامية في الدولة، فمنهم الممثلين للدوائر الوزارية²، ومنهم الأساتذة الجامعيين³ ومنهم القضاة⁴، إلى غير ذلك من الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف العون العمومي⁵، على أنه وبالرغم من ذلك لا يمكن الإعتماد على هذا العنصر لوحده لإثبات الطابع الإداري لهذه الهيئات، كون أن هناك من الأعضاء ممن ليس لهم صفة الموظف العمومي⁶ هذا من جهة، ومن جهة أخرى توجد بعض من هذه السلطات الإدارية المستقلة من أغفل المشرع عن ذكر طبيعة الأعضاء المشكلين لها⁷، وبالتالي ينبغي البحث في أسلوب تعيين هؤلاء الأعضاء.

1 لم يقف المشرع على مصطلح أو تسمية محددة للدلالة على السلطات الإدارية المستقلة، إذ تتراوح التسميات بين: "سلطة الضبط"، "سلطة إدارية مستقلة"، "لجنة ضبط" و"وكالة وطنية"، هو في ذلك يظهر بمظهر المقلد للمشرع الفرنسي بإمتهان، كون أن هذا الأخير هو الآخر لم يضبط التسميات، كذلك الأمر بالنسبة لتكليف هذه الهيئات، فمرة يصفها بالسلطة المستقلة، أو بالهيئة المستقلة أو بالسلطة الإدارية المستقلة، أو بسلطة الضبط المستقلة، أو المؤسسة العمومية المستقلة، كما هو الشأن بالنسبة للجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، هذا الإختلاف في التسميات وعدم الوقوف على مصطلح محدد، يجعل مهمة تحديد هذه الهيئات مسألة صعبة، في هذا المعنى يراجع:

-Rachid KHALLOUFI, Les institutions des régulation, R.A.S.J.E.P.Vol.41.N°02, faculté de droit Université Benyoucef Benkhedda d'Alger, 2003,p.114.

2 كما هو الشأن لبعض أعضاء لجنة ضبط الكهرباء والغاز، مثلاً ينظر المادة 125، من القانون رقم 02-01، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 ينظر المادة 13، من القانون رقم 03-04، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 كما هو الشأن للجنة المصرفية، والتي مثلت تضم من بين أعضائها قاضيان منتدبان من المحكمة العليا، أنظر المادة 106، من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

5 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 62.

6 كما هو الحال بالنسبة للجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، التي تضم أعضاء ممن لا تتوافر فيهم صفة العون العمومي، كالأعضاء المعندين بعنوان المنظمات الوطنية والمهنية والمجتمع المدني، أنظر المادة 08، من المرسوم الرئاسي رقم 01-71، المؤرخ في 25 مارس 2001، المتضمن إحداث اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، ج، ر، ج، ج، العدد 18، المؤرخة في 28 مارس 2001، الملغى، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 09-263، المؤرخ في 30 غشت 2009، المتعلق بمهام اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، وتشكيلها وكيفية تعيين أعضائها وسيرها، ج، ر، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 30 غشت 2009.

7 أنظر المادة 50، من القانون العضوي رقم 12-05، المتعلق بالإعلام، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ب- أسلوب تعيين أعضاء السلطات الإدارية المستقلة

تعتبر طريقة تعيين أعضاء السلطات الإدارية المستقلة من بين العناصر المعتمد عليها لإثبات الطابع الإداري لهذه الهيئات، بإعتبار أن الجهة التي لها سلطات التعيين هي سلطة تنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية، فنجد أن جميع أعضاء السلطات الإدارية المستقلة معينون بموجب مرسوم رئاسي¹، وبالتالي فإن أسلوب التعيين هنا لا يختلف عن الكيفية التي يعين بها أعوان الدولة الآخرين في مختلف الوظائف المدنية والعسكرية، مما يدل على الطبيعة الإدارية لهذه الهيئات، وفي هذا الشأن اعتمد مجلس الدولة الفرنسي على ذات المعيار-أسلوب التعيين- في تحديد الطابع الإداري لوسيط الجمهورية- بإعتباره سلطة إدارية مستقلة- في قضية السيد Retail².

على أن هذا المعيار وإن كان يدل على الطبيعة الإدارية للسلطات الإدارية المستقلة، إلا أن الأخذ به لوحده لا يكفي للتأكيد على ذلك، كون أن الناظر في القانون الإداري يجد أن هناك من الأجهزة ما هو تابع للدولة، يعين المسؤول عنها بموجب مرسوم رئاسي، ومع ذلك لا تعتبر من قبيل المرافق الإدارية، كما الحال بالنسبة لبعض المرافق العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وبالتالي بات من الضروري التطرق إلى معيار آخر يساعد في إظهار الطابع الإداري لهذه السلطات المستقلة، ويتعلق الأمر هنا بنمط المحاسبة.

ثانيا: المحاسبة العمومية كمعيار لتحديد طابع الإداري للسلطة الإدارية المستقلة:

تعتبر المحاسبة العمومية من بين أهم خصائص التي تتميز بها الإدارة العمومية للدولة، والتي تجعلها مختلفة عن تلك المرافق المعروفة بطابعها الصناعي والتجاري، فميزانية الإدارة العامة شأنها شأن ميزانية الدولة وأموالها، تستند على معايير تميزها عن ميزانية الخواص وأموالهم، وهي بذلك تخضع لأحكام القانون رقم 90-21 الملغى³.

وبالرجوع للنصوص القانونية المنظمة للسلطات الإدارية المستقلة،- التي سكت المشرع عن ذكر طبيعتها الإدارية بصفة صريحة- نجد أن ميزانية هذه الهيئات تخضع للقواعد المحاسبة

1 فعلي سبيل المثال، يتشكل مجلس ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية من سبعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية، أنظر المادة 15، من القانون رقم 2000-03، المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المعدل والمتمم، السالف الذكر، كذلك الحال بالنسبة لأعضاء اللجنة المصرفية، الذين يعينهم رئيس الجمهورية، لمدة 05 سنوات، أنظر المادة 106، من الأمر 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 «...le Conseil d'État avait estimé qu'il s'agissait d'une autorité administrative » notamment à raison de son mode de nomination», cf., Voir: CE, les autorités administratives indépendantes, op, cit, p.294.

3 القانون 90-21، المتعلق بالمحاسبة العمومية، الملغى بموجب القانون 07-23 المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

العمومية، من ذلك مثلا ما نص عليه المشرع في أن محاسبة سلطة ضبط الصحافة المكتوبة تمسك طبقا للقواعد المحاسبية العمومية، ويقوم بذلك محاسبون عموميون يعينهم الوزير المكلف بالمالية، كما أن مراقبة نفقاتها تمارس طبقا لإجراءات المحاسبة العمومية¹.

كذلك الامر بالنسبة لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، حيث أن المشرع نص صراحة على أن هذه الهيئة تخضع للمراقبة المالية للدولة طبقا للتشريع المعمول به، ليعود وينص على أنه: "تشمل موارد سلطة الضبط ما يأتي:..... وبمناسبة إعداد مشروع قانون المالية لكل سنة، تفيد عند الحاجة، الإعتمادات الإضافية والضرورية لسلطة الضبط لتمكينها من أداء مهامها، في الميزانية العامة للدولة وفق الإجراءات المعمول بها..."².

ومما يناسب ذكره في هذا السياق، أن لجنة الإشراف على التأمينات على الرغم من عدم صراحة النص على معيار المحاسبة العمومية، إلا أن المشرع ذكر بأن ميزانية الدولة، هي من تتكلف بمصاريف تسيير هذه اللجنة³، مما يبين ويؤكد اعتماد المحاسبة العمومية فيما يخص هذه الهيئة.

وتجدر الإشارة هنا أن مجلس الدولة الجزائري قد سبق له وأن أخذ بمعيار المحاسبة العمومية لتبرير اختصاصه من عدمه⁴، وبذلك فإن رجوع الباحث لهذا المعيار لتحديد الطابع الإداري لبعض هذه الهيئات ليس بالأمر الجديد، نظرا لإعتماد أعلى هيئة قضائية إدارية على ذلك، كما أن معيار المحاسبة هو الآخر لا يمكن الإعتماد عليه لوحده، لتبرير الطبيعة الإدارية لهذه الأجهزة، كون أن هناك من الهيئات ما وصفها المشرع صراحة بأنها سلطات إدارية مستقلة، ومع ذلك، فإن محاسبتها تمسك وفقا للقانون التجاري لا وفقا للقانون العام .

ثالثا : طبيعة وظائف وأعمال السلطات الإدارية المستقلة :

إن وظيفة السلطات المستقلة قائمة أساسا على تطبيق القانون في مجال تخصصها والحفاظ على ذلك، فمثلا اللجنة المصرفية تهدف إلى مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام

1 أنظر المادة 49، من القانون العضوي رقم 12-05، المتعلق بالإعلام، السالف الذكر.
2 المادتين 18 و 22، من قانون رقم 2000-03، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، عدل ومتمم، السالف الذكر.
3 أنظر المادة 27، من الأمر رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، السالف الذكر.
4 قرار الملف رقم 18، الصادر بتاريخ 22 جانفي 2001، عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، في قضية (ب.أ) والوكالة العقارية ما بين البلديات، القرار أشار إليه: زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة" دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 66.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

التسريعية والتنظيمية المطبقة عليها، ومعاقبته على الإخلالات التي تعابنها¹، ونفس الشيء ينطبق على لجنة ضبط الكهرباء والغاز²، لجنة الإشراف على التأمينات³، وباقي السلطات الإدارية المستقلة التي تعتبر بمثابة سلطة ضبط قطاعية.

على أن دور هذه الهيئات يتجاوز مجرد تطبيق القانون من الناحية المادية، حيث يمتد هذا الدور ليشمل مجال الأخلاق والآداب، بعبارة أخرى فإن وظيفة السلطة الإدارية المستقلة تكمن في مهمة الضبط والتنظيم⁴، إذ أنه وفي العديد من الحالات أوكل المشرع لبعض الهيئات مهمة إصدار لوائح تنظيمية، وبالتالي فإن أعمال الصادرة عن الهيئات بمثابة قرارات إدارية، التي تعد من امتيازات السلطة العامة المعترف بها تقليدياً للإدارة العامة⁵، كما هو الحال مثلاً بالنسبة لمجلس النقد والقرض⁶، ولجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة⁷.

فالتغير الذي ميز الدولة- من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة- جعلها تعيد النظر في تشريعاتها بإنشاء هيئات جديدة لها صلاحيات ذات طابع إداري تعود في الأصل إلى الإدارة المركزية، وينقل هذه الصلاحيات الإدارية لهذه الهيئات الجديدة، اكتسبت هذه الأخيرة طابعاً إدارياً، إضافة إلى ذلك فإن هناك من الهيئات بإمكانها أن توقع عقوبات إدارية على المتعاملين الإقتصاديين⁸، هذه العقوبات تختلف عن تلك الموقعة من طرف القضاء، كون أنها تصدر من سلطة إدارية متخذة شكل القرار الإداري، وهي بذلك إحدى امتيازات السلطة العامة الثابتة تقليدياً للإدارة العمومية⁹.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي هو الآخر اعتمد على طبيعة وظائف وأعمال السلطات الإدارية المستقلة لإقرار الطابع الإداري لهذه الهيئات، والتي يرى بأنها تمارس صلاحياتها بإسم

1 أنظر المادة 105، من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بموجب الأمر 10-04، السالف الذكر.

2 أنظر المادة 114، فقرة 03، من القانون رقم 02-01، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، السالف الذكر.

3 أنظر المادة 28، من القانون رقم 06-04، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07، المتعلق بالتأمينات، السالف الذكر.

4 حنفي عبد الله، المرجع السابق، ص 06.

5 «...dans certains cas, ils reçoivent compétence pour l'édiction de règlement ...les actes émanant de ces structures sont ainsi manifestation de l'exercice de prérogative de puissance publique traditionnellement reconnus aux autorités administratives.» cf. Rachid ZOUAÏMIA, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, op.cit, p.22.

6 أنظر المادة 62، من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، السالف الذكر.

7 أنظر المادة 15، من القانون رقم 03-04، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، السالف الذكر.

8 أنظر المادة 114، من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، السالف الذكر.

9 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة (الغرامة، الوقف، الإزالة، السحب وإلغاء التراخيص، الغلق الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 11.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الدولة ولحسابها، مما يجعل من طابعها الإداري عنصرا غير قابل للجدل¹، وهو نفس الموقف تبناه المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة قراره الصادر بتاريخ 23 جانفي 1987، والذي وصف بموجبه مجلس المنافسة بالجهاز الإداري أو بالهيئة الإدارية التي تقوم بدور هام في تطبيق العديد من القواعد المتعلقة بقانون المنافسة².

وبالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، فإن مجلس الدولة الجزائري صرح وأقر في بعض قراراته بالطابع الإداري لتلك السلطات الإدارية المستقلة، التي لم تتضح حقيقة طبيعتها القانونية نظرا لسكوت النصوص القانونية عن تبيان ذلك³، ومن تم، فإن يمكن القول بأن معيار طبيعة وظائف وأعمال السلطات الإدارية المستقلة، معيار أساسي لتبرير الطابع الإداري لهذه الهيئات الجديدة، كون أن فكرة السلطات الإدارية المستقلة " تتجلى... في قيام المشرع بحسب سلطة اتخاذ القرار بصدور نشاط إداري معين يندرج في الأنشطة العادية للإدارة (والتي تخضع للنفوذ الحكومي ولمبدأ التدرج الرئاسي)، والعهود بهذه السلطة أو هيئات أخرى مغايرة- في بعض النواحي- للهيئات الإدارية التقليدية " ⁴.

إلا أن طبيعة وظائف وأعمال السلطات الإدارية المستقلة ينبغي لها ان تقترب بعنصر آخر لتأكيد الطابع الإداري، ويتجلى ذلك فيلا البحث عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذه الوظائف والأعمال.

رابعا: طبيعة الرقابة القضائية على اعمال السلطات الإدارية المستقلة:

يعتبر معيار طبيعة الرقابة القضائية من بين اهم المعايير المتبعة قصد تبيان وتحديد الطبيعة القانونية لهيئة معينة لم تكيف قانونا⁵، ويتأتى ذلك من خلال التطرق إلى الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون المرفوعة ضد أعمال هذه السلطات الإدارية المستقلة التي تتخذ في غالبيتها شكل القرار الإداري.

1 « les autorités administratives indépendantes ne sont pas rattachées aux structures hiérarchiques de de l'administration centrale, elles n'en sont pas pour autant extérieures à l'État. C'est au nom et pour le compte de l'État qu'elles agissent,..... et leur nature administrative apparaît aujourd'hui comme un élément incontestable ». cf., Voir: CE, les autorités administratives indépendantes, op, cit, p.293.

2 زين العابدين بلماحي، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 71.
3 ".... حيث أن مجلس النقد والقرض يتمتع وذلك تطبيقا للقانون بصلاحيات من بينها إعداد الأنظمة في مسائل الصرف واتخاذ قرارات تفويض السلطة في مسائل تطبيق تنظيم الصرف التي يصدرها وينفذها المحافظ...."، مجلس الدولة، الملف رقم 002138، القرار الصادر بتاريخ 08 ماي 2000، مجلة الدولة، العدد 06، 2005، ص ص، 75-79.

4 حنفي عبد الله، المرجع السابق، ص 01.
5 نصيرة تواتي، ضبط سوق القيم المنقولة "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 135.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

فإذا كان الطابع الإداري لهذه السلطات يخول اختصاص الفصل في منازعاتها للقضاء الإداري بالدرجة الأولى، إلى مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة؛ لأنه صاحب الاختصاص في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، فإن ما دعم أكثر اختصاص مجلس الدولة في النظر في قرارات سلطات الضبط هي النصوص التأسيسية لهذه الأخيرة، إذ جاءت في مجملها مؤكدة لدور مجلس الدولة في فرض رقابته على قرارات سلطات الضبط المستقلة¹.

وهذا النوع من السلطات يمكن إدراجه في السلطات الإدارية المركزية؛ أي الدولة في مفهومها الإداري الضيق أو بعبارة أخرى الإدارة المركزية الموجودة على مستوى العاصمة، غير أن المشرع قد يتدخل لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي وبالتالي منح الاختصاص لهذا الأخير كاستثناء²، وقد بينت المادة 65 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، بأن الأنظمة والقرارات الفردية الصادرة عن مجلس النقد والقرض، قد تكون قابلة للإبطال بدعوى تجاوز السلطة أمام مجلس الدولة، بقولها: "يكون النظام الصادر والمنشور كما هو مبين في المادة 64 أعلاه، موضوع طعن بالإبطال يقدمه الوزير المكلف بالمالية أمام مجلس الدولة... يسمح بتقديم طعن واحد بالإبطال في القرارات المتخذة بموجب المادة 62 أعلاه...".

كما تنص المادة 87 منه على أنه ".... لا يمكن الطعن أمام مجلس الدولة في القرارات التي يتخذها المجلس بموجب المواد 82 و 84 و 85 أعلاه، إلا بعد قرارين بالرفض...."، وهو ذات الأمر بالنسبة لكل من اللجنة المصرفية³، ولجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها⁴، وسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁵.

1 المادة 901، من ق إ م و إ، السالف الذكر.
2 سعودي علي، سالم عبد السلام، السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر وأشكالها منازعات الاختصاص القضائي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2021، ص 98.
3 إذ تنص المادة 107، من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، على ما يلي: "...تكون قرارات اللجنة المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتاً، أو المصفي، والعقوبات التأديبية وحدها قابلة للطعن القضائي،... تكون الطعون من اختصاص مجلس الدولة وهي غير موقوفة النفاذ التنفيذ".
4 أنظر المادة 06، من القانون رقم 03-04 المعدل والمتمم، للمرسوم التشريعي رقم 93-10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم، التي تنص على ما يلي: "في حالة رفض الاعتماد أو تحديد مجاله، يجب أن يكون قرار اللجنة معللاً، يجوز لطالب الاعتماد أن يرفع طعناً بالإلغاء ضد قرار اللجنة أمام مجلس الدولة...".
5 وتنص المادة 18، من نفس القانون، على أنه: "تعد قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي قابلة للطعن بالإلغاء أمام مجلي الدولة...."، السالف الذكر.
6 أنظر المادة 17، من القانون رقم 03-2000، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، على أنه: "يجوز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة..."، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أما فيما يخص باقي الهيئات التي سكت المشرع عن ذكر الجهة القضائية المختصة للنظر في الطعون المرفوعة ضدها، فإنه وكتحصيل حاصل لطبيعة الأعمال الصادرة عنها، وانطلاقا من العناصر المثبتة لطابعها الإداري، فإنها تخضع وكقاعدة عامة لنفس الرقابة القضائية المطبقة على باقي السلطات الإدارية المستقلة، والمتمثلة في رقابة القاضي الإداري.

المبحث الثاني: الآليات القانونية لسلطات الإدارية المستقلة لضمان حرية المنافسة.

لما كانت المنافسة الحرة تشكل منهجا لإقتصاد السوق، فقد أولاهها المشرع اهتماما كبيرا وكرسها في جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية، ولهذا الغرض أنشأ المشرع الجزائري ما يسمى " مجلس المنافسة" كسلطة إدارية مستقلة وبديلا عن الهيئات التقليدية، وهو ما بينته المادة 26 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ويوضع هذا المجلس تحت سلطة الوزير المكلف بالتجارة يتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، يسهر على ضبط المنافسة الحرة ومنع الممارسات المنافية لها أو الإخلال بها¹.

وعلى مستوى آخر، أدى ارتباط الصفقات العمومية بالمال العام إلى جعلها من أهم القنوات المستهلكة له، لهذا أعطها المشرع أهمية خاصة وأولاهها عن بقية النفقات بحماية جنائية، إذا ما أسيء استغلالها عن طريق الإتجار بها أو الإخلال بواجب النزاهة، ولأجل سد الباب في وجه الطامعين لتكسب الغير المشروع، تناول قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته إنشاء هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته²، يعهد إليها تنفيذ استراتيجية الدولة في مجال محاربة الفساد بكل أشكاله، الذي ما فتئ يتفشى شيئا فشيئا في مجال الصفقات العمومية .

ونتيجة لهذه الإعتبارات، تيقن المشرع الجزائري أنه لا بد من انشاء سلطة ضبط تعنى بحماية الاقتصاد الوطني من جميع أنواع الممارسات والأعمال التي تمس تكريس حرية المنافسة في الصفقات العمومية، وعلى إثر ذلك نص على ميلاد "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"³، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ومع كل هذا وذاك، وبالنظر إلى الدور الفعال الذي تقوم به السلطات

1 المادة 23، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 18، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
3 المادة 213، من المرسوم الرئاسي 15 رقم-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الإدارية المستقلة، في مجال حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، فإن الأمر يقتضي التطرق إلى أهم النقاط التي عالجها كل من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته والأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، بخصوص إنشاء سلطات إدارية مستقلة لما لها ارتباط بحرية المنافسة، ونخص بالذكر كل من مجلس المنافسة والسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته (المطلب الأول) إلى جانب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور سلطتي مجلس المنافسة والسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته في حماية المنافسة.

أدى المرور من الاحتكار العمومي إلى المنافسة الحرة، إلى إعادة النظر أيضا في دور الدولة وعلاقتها بالاقتصاد، من خلال الفصل التام بين وظائفها باعتبارها عونا تجاريا اقتصاديا، ووظائفها باعتبارها سلطة عامة ضامنة للمرفق العام، فبالنسبة للدور الأول أصبحت تنافس كلا من المتعاملين الخواص المحليين والأجانب، وذلك بالنظر إلى أهمية اشتراك القطاع الخاص في استغلال وتسيير المرفق العام.

أما بالنسبة للدور الثاني، فقد تم تحويل الوظيفة الرقابية للدولة إلى هيئات ضبط مستقلة، وهي هيئات تتوب عنها وتتمتع بنظام قانوني خاص بها، يسمح لها بممارسة الوظيفة الضبطية والرقابة، التي عرفهما نظام اقتصاد السوق، وهو ما تحقق في صورة ما يسمى بمجلس المنافسة، بصفته هيئة مختصة في الحفاظ على مبدأ المنافسة الحرة، والسهر على حماية النظام العام الاقتصادي¹، وتكريس النزاهة والشفافية خلال عملية إبرام الصفقات العمومية، ووقايتها من كل أشكال الفساد وهو الدور الذي أناط به المشرع السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ولإبراز الدور الأساسي لكلا الهيئتين، سيتم معالجة دور مجلس المنافسة وتنظيمه وبيان طبيعته القانونية (الفرع الأول) ثم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته (الفرع الثاني).

1 المادة 34، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الفرع الأول : دور مجلس المنافسة كسلطة رئيسية في حماية المنافسة

تضمن المنافسة المشروعة حسن سير آليات اقتصاد السوق، التي تجسد حرية الأسعار وحرية التداول والتعامل بمقتضى النزاهة والشفافية في المبادلات والمعاملات التجارية بخلاف المنافسة الغير مشروعة التي تتطوي على سلوك وأفعال خاطئة ترتكب من تاجر مباشرة على تاجر آخر تترتب عليه خسارة هذا الأخير ماليا لذا لجأت غالبية الدول في العالم إلى إنشاء أجهزة متخصصة تسهر على تنظيم قواعد المنافسة في السوق¹.

كلف مجلس المنافسة بمهمة غاية في الأهمية وهي حماية المنافسة في السوق، حيث إن اختصاصه في حماية هذه الأخيرة بوصفه الحارس الساهر على احترام النظام العام الاقتصادي جعل المشرع يزوده بصلاحيات واسعة تمكنه من القيام بذلك الدور على أكمل وجه، فهو لا يعتبر حكم ولا جهاز لحل الخلافات القائمة بين المؤسسات، بقدر ما هو الجهاز الساهر على حماية كل السوق من جميع الممارسات التي من شأنها أن تمس المنافسة فيها، فهو الهيئة التي تحمي المنافسة على المستوى الأفقي أي على مستوى جميع الأسواق²، لذلك زود بصلاحيات ذات طبيعة بيداغوجية وأخرى ذات طبيعة ردعية وثالثة ذات طبيعة تصحيحية، يتدخل بموجب كل منها في مرحلة مختلفة من مراحل حماية المنافسة.

البند الأول : تنظيم وسير لمجلس المنافسة

نظم المشرع عمل مجلس المنافسة بطريقة جد محكمة، بحيث جاءت نشأته كسياسة وإستراتيجية وطنية منتهجة في سبيل ضبط المنافسة بصفة عامة، لذا كان من الواجب تفعيل نشاط هذه الهيئة، ونظرا لطبيعة وخصوصية مجلس المنافسة في إطار بسط الحماية المقررة للمؤسسات المشاركة في المنافسة، فإن تلك الخصوصية التي يتمتع بها، تظهر في الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة (أولا) وكذا تشكيلة المجلس وهيكله (ثانيا).

1 كرمية عبد الحق، تعداد السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021، ص 310.
2 قابة صورية الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 295.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أولا : الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة:

تأسيسا على ما سلف بيانه، ومحاولة لكشف الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، لاحظ أن المشرع قد وصف مجلس المنافسة على أنه سلطة ادارية مستقلة، كما زودها بالشخصية القانونية والاستقلال المالي.

1- مجلس المنافسة سلطة إدارية:

لما كان مجلس المنافسة سلطة إدارية، فإن ذلك يمنحه ميزتين أساسيتين هما:

أ- الطابع السلطوي لمجلس المنافسة:

تظهر خاصية "السلطة" لمجلس المنافسة من خلال صلاحية اتخاذ القرارات، معنى ذلك عدم اعتباره مجرد هيئة استشارية، وهذه الميزة تتمتع بها السلطات الإدارية المستقلة، والتي كانت تؤول في الأصل إلى السلطة التنفيذية¹، لاسيما في مجال قمع ومنع جميع الممارسات المناهية للمنافسة والحد منها، والتي كانت تؤول في السابق إلى القضاء الجزائي²، الذي أصبح اليوم غير قادر على مسايرة التطورات الاقتصادية التي تتسم بسرعة الحركة والتغيير³.

كما يتمتع أيضا مجلس المنافسة باختصاص تنظيمي، من خلال إمكانيته اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة⁴، ولو أن هذا الاختصاص وحسب البعض يشوبه نوع من الغموض والنقص، طالما أن سلطة التنظيم تبقى من صلاحيات السلطة التنفيذية، وأن الأنظمة الصادرة عن المجلس تنشر في النشرة الرسمية للمنافسة، وليس في الجريدة الرسمية⁵، لكن بالمقابل فإنه بإمكان مجلس المنافسة أن يصدر أي تعليمة وأي منشور لأجل شرح وتنفيذ أحكام قانون المنافسة.

- الطابع الاداري لمجلس المنافسة:

كيف مجلس الدولة الفرنسي مجلس المنافسة على أنه سلطة إدارية على أساس أنها تعمل باسم ولحساب الدولة، وكذلك بالنظر إلى طريقة تعيين أعضاء هذه السلطة الذين يتم تعيينهم غالبا

1 ليندة بلحارث، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 228.
2 BERRI Norddine, La régulation des services publics, le secteur des Télécommunications, Revue Académique de la recherche juridique, Volume 1, N°02, faculté de droit et science politique, Université Abderrahmane Mira de Béjaia, Algeria, 2010, p.20.

3 قرناش جمال، أي دور لمجلس المنافسة في حماية وترقية المنافسة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 02، العدد 01، مركز الجامعي أفلو، الجزائر، 2020، ص 492.

4 المادة 34، فقرة 02، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

5 ليندة بلحارث، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 229.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

من طرف رئيس الجمهورية أو الوزراء¹، حيث تساهم طريقة التعيين هذه في اضعاف الطابع الإداري عليها، أما بخصوص المشرع الجزائري لم يخلع في البداية هذه الصفة على مجلس المنافسة صراحة، حيث كان يكتنف طبيعته الإدارية الغموض في أول قانون للمنافسة رقم 95-06²، أين اكتف المشرع بالنص فقط على المهام المخولة له بعيدا عن السلطة الوصائية أو السلطة الرئاسية، مما يعني أنه غير خاضع للرقابة الادارية، كما بين وظيفته وهي ترقية المنافسة وحمايتها من كل أشكال الممارسات المنافسة لقواعد المنافسة³، ثم أصبح يتمتع صراحة بهذه الصفة في ظل الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم، من خلال المادة 23 منه التي نصت على عبارة: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة". يسهر مجلس المنافسة على تطبيق قواعد المنافسة في السوق والعمل على احترامها، والتي تتخذ شكل قرارات إدارية إلزامية كانت في السابق من صلاحيات وزير التجارة، كما أن ميزانية المجلس تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة وتخضع للقواعد العامة للتسيير، وهو ما يؤكد أكثر أنه سلطة ذات طابع إداري.

2- مجلس المنافسة سلطة مستقلة:

يقصد باستقلالية مجلس المنافسة عدم خضوعه لرقابة أو موافقة السلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية⁴، وأن القرارات الصادرة عنه لا يمكن أن تكون محلا لأي إلغاء أو سحب من أي سلطة تعلوها، وهذه الاستقلالية هي التي تمنح الخصوصية لهيئات الضبط المستقلة كمجلس المنافسة، لأن سلطته ومصادقيته متوقفة على مدى استقلاليته عن جميع السلطات الأخرى⁵.

وهذه الاستقلالية هي التي تمنح الخصوصية لهيئات الضبط المستقلة، كمجلس المنافسة؛ لأن سلطته ومصادقيته متوقفة على مدى استقلاليته عن جميع السلطات الأخرى، فهو وسيلة غير عادية مثل السلطات الثلاث السالفة الذكر، ولا يهم إن كان يتمتع بالشخصية المعنوية؛ لأنه ليس بمعيار لقياس نسبة الاستقلالية⁶، وحتى أنه لم يكرس بموجب الدستور وإنما بموجب الأمر 95-06

1 مصعور فطيمة الزهراء، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، مداخلة الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، يومي 16 و 17 مارس 2015، ص 03.

2 حيث كانت تنص المادة 16، من الأمر 95-06، المتعلق بالمنافسة: "ينشأ مجلس للمنافسة يكلف بترقية المنافسة وحمايتها...". الملغى، السالف الذكر.

3 بريك فارس، بريك عبد الرحمان، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة وصلاحياته في التشريع الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 02، العدد 01، المركز الجامعي بركة، الجزائر، 2018، ص 146.

4 قرناش جمال، أي دور لمجلس المنافسة في حماية وترقية المنافسة، المرجع السابق، ص 493.

5 لبيدة بلحارث، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 230.

6 ZOUIAMIA Rachid, op cit, p p 34-35

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

المتعلق بالمنافسة-الملغى-، علما أن إنشاء مثل هذه السلطات يتطلب أكثر من مجرد قانون عادي، وهو الدستور¹.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على استقلالية مجلس المنافسة من خلال الاعتراف للمجلس بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهو ما كرسته المادة 23 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه: " تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة."

ورغم تمتع مجلس المنافسة بالاستقلالية إلا أنها تظل أمرا نسبيا، وذلك بالنظر إلى أن ميزانية مجلس المنافسة تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة، وتخضع في محاسبتها إلى قواعد العامة للتسيير والمراقبة المطبقة على ميزانية الدولة- المحاسبة العمومية-²، وهو ما يعكس التبعية المالية لهذه الهيئة إلى السلطة التنفيذية، ويؤثر على استقلاليتها المالية وعلى استقلال عمله برمته، خاصة وأن المجلس يوضع وصاية وزير التجارة، وهو ما يتنافى واعتبارها سلطة إدارية مستقلة.

ثانيا : تشكيلة وهيكل مجلس المنافسة

بنتبع ما ورد في النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم هذه الهيئة، يتضح جليا أن تنظيم المجلس، يتباين في تكوينه بين تشكيلة بشرية تضم فئات مختلفة، بالإضافة إلى تنظيم يخص هيكل مجلس المنافسة، وذلك على الشكل التالي:

1- تشكيلة مجلس المنافسة:

بالنظر إلى للأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، يتضح أن المشرع الجزائري لم يستقر على تركيبة بشرية مستقرة لمجلس المنافسة، لا من حيث عدد أعضائه ولا من حيث الفئات المجتمعية التي ينتمون إليها، حيث يتكون المجلس من اثني عشر (12) عضوا ينتمون إلى فئات مختلفة، في حين كانت التشكيلة في السابق تضم القضاة وذوي الكفاءات في المجال الاقتصادي والمعيّن الذي يُختارون من مجالات مختلفة³.

1 حنفي عبد الله، مرجع سابق، ص 56.

2 المادة 33، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 المادة 24، من نفس الأمر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ثم تم تقليصها بموجب الأمر رقم 03-03 تم الاستغناء عن المهنيين والحرفيين، ليتم إعادة إدراجهم مرة أخرى بموجب تعديل 2008، الأمر الذي جعل هذه التشكيلة الجديدة تتسم بالتنوع، مما يدعم لا محالة استقلالية المجلس، من خلال تحديد الطابع الجماعي له والاعتماد على معيار التخصص الذي يعتبر من أبرز المعايير التي تشكل استقلاليته، ويساهم ذلك على حماية حقوق وحريات المستهلكين والأعوان الاقتصاديين الذين ينشطون في السوق، بالإضافة إلى ضمان وتحقيق الضبط الاقتصادي الفعال.

ويتم تعيين الأعضاء من الفئات التالية:

- ستة (06) أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات والخبراء الحائزين على الأقل على شهادة الليسانس أو شهادة جامعية ممتلئة وخبرة مهنية لمدة ثماني (08) سنوات على الأقل في المجال القانوني و/أو الاقتصادي والتي لها مؤهلات في مجال المنافسة والتوزيع والاستهلاك، وفي مجال الملكية الفكرية.

- أربعة (04) أعضاء يختارون ضمن المهنيين المؤهلين الممارسين أو الذين مارسوا نشاطات ذات مسؤولية والحائزين شهادة جامعية ولهم خبرة مهنية مدة خمس (05) سنوات على الأقل في مجال الإنتاج والتوزيع والحرف، والخدمات والمهن الحرة¹.

- عضوان (02) مؤهلان يمثلان جمعيات حماية المستهلك .

تُعد التركيبة البشرية لمجلس المنافسة معيارا حاسما في معرفة درجة الاستقلالية العضوية لهذه الهيئة، فإذا كان مبدأ الجماعية يحكم النظام القانوني لهذه السلطة ومن شأنه أن يخدم استقلاليته من خلال تركيبة جماعية تضمن حلولاً وقرارات توفيقية، فإنه لا يمكن في المقابل الاكتفاء بهذا المبدأ، بل ضرورة إعطائه محتوى فعلي، وذلك بإيجاد صيغة تركيبية متوازنة تضمن تمثيل مختلف الجهات المعنية².

1 المادة 24، الفقرة 02، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 فوسم غالية، عن فعالية مجلس المنافسة الجزائري كجهة مختصة في متابعة الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص 13.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أ- طريقة ومدة التعيين:

إنّ ضمان أصالة النّظام القانوني لمجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط مستقلة، لا بدّ أن يمرّ عضويا بضمان توازن التركيبة البشرية لهذه السلطة، ويمكن للمشرّع عادة استعمال آليات مختلفة في ذلك، كتنويع لتركيبية إضافة إلى تنويع جهات التعيين بما يكفل تعدديتها وتوازنها¹.

يتمّ تعيين الموظفين العموميين في الإدارة التقليدية في الغالب عبر مرحلتين، مرحلة اقتراح الموظف من قبل سلطة إدارة عمومية، ثمّ تأتي مرحلة التعيين بناءً على ذلك الاقتراح، غير أنّ التجربة الجزائرية في مجال تعيين أعضاء مجلس المنافسة تعرف منحى آخر، وهو ما قد يفرغ النّظام القانوني لهذه السلطة من محتواه، لاسيما مع احتكار رئيس الجمهورية لسلطة تعيين أعضائه، ماعدا العضوين الممثلين لجمعيات حماية المستهلكين الذين يُعيّنان بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح الحركة الجمعوية²، حيث يُعيّن رئيس مجلس المنافسة وكذا نائباه والأعضاء الآخرون بموجب مرسوم رئاسي وتنتهي مهامهم بالأشكال نفسها، ويتمّ اختيار الرئيس من ضمن أعضاء الفئة الأولى المذكورة آنفاً، في حين يتم اختيار نائباه من ضمن أعضاء الفئة الثانية والثالثة³.

نلاحظ أنّ كيفية التعيين المتبعة لا تخدم استقلالية الجهاز هذا نظرا لغياب مشاركة الهيئات التمثيلية الوطنية والمتمثلة في المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في اختيار أعضاء الجهاز، إنّ تركيز سلطة التعيين بين أيدي رئيس الجمهورية ليس من طبيعة تسمح بأية استقلالية لمجلس المنافسة اتجاه السلطة التنفيذية، لذلك ومن أجل أن تكون السلطة الإدارية مستقلة فعلا، فإنّ هناك داع لاقتراح توزيع سلطة التعيين، والتي يستفيد منها إلى جانب رئيس الجمهورية، المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي (CNES)، وأخيرا، يجب أن يتم انتخاب رئيس مجلس المنافسة من طرف أعضاء هذا المجلس.

بالرجوع لأحكام المادة 25 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، يعين رئيس المجلس ونائبيه والأعضاء الآخرون له بموجب مرسوم رئاسي، وتنتهي مهامهم بالشكل نفسه، وذلك لمدة 13 سنوات، مع قابلية تجديد العهدة في حدود نصف الأعضاء لجميع الفئات المشكلة له،

1 وليد بوجمليين، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 69.
2 Rachid ZOUIAMIA, le droit de la concurrence, op. cit., p. 42.
3 المادة 25، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

للتجارة والتنمية (كنوساد)، إلى مجلس المنافسة الجزائري بشأن الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم والخاص بالمنافسة ما يلي:

"يجب تقوية هذا القانون الأساسي (القانون الأساسي لإطارات مجلس المنافسة) من حيث الراتب والمسيرة المهنية، لاجتذاب أكبر عدد ممكن من الكفاءات ذات الصلة بمهام المجلس وخاصة القانونيين والاقتصاديين"¹.

وللإشارة فإن إلى أنّ رئيس المجلس وأعضاءه المصنفون في الفئة الأولى يمارسون وظائفهم بصفة دائمة وبتوقيت كلي، من خلال حضورهم لجميع جلسات المجلس ومداوماته إلاّ بعذر مقبول، كما يلزم عليهم عدم القيام إلى جانب ممارسة وظيفة عضو مجلس المنافسة بنشاط مهني آخر، أمّا أعضاء مجلس المنافسة المصنفون في الفئتين الثانية والثالثة، يمارسون وظائفهم بصفة غير دائمة، ويعتبرون في حالة غياب مرخص خلال الفترة المخصصة لمشاركتهم في أشغال المجلس².

يعتبر مبدأ التنافس من أبرز مظاهر استقلالية المجلس³، ويقصد به تعارض الوظيفة في المجلس مع أي وظيفة أخرى سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص⁴، وقد أدرك المشرع الجزائري أهمية مبدأ التنافس في دعمه لاستقلالية أعضاء سلطات الضبط الاقتصادي لاسيما مجلس المنافسة وحيادها⁵، مما دفعه إلى إصدار الأمر رقم 07-01 المتعلق بحالات التنافس والالتزامات الخاصة ببعض الوظائف⁶.

كما أنه لا يمكن أن يمارس شاغلو الوظائف العليا أو على من يقوم بالتأطير وذلك عند نهاية مهامهم، لأي سبب كان، ولمدة سنتين (02) نشاطا استشاريا أو نشاطا مهنيا أيا كانت طبيعته، أو أن يكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات التي سبق لهم

1 مجلس المنافسة الجزائري، التقرير السنوي، لسنة 2014، ص 14.
2 أنظر المادة 02، من م ت رقم 12-204، المحدد لنظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، السالف الذكر.

3 نصت المادة 29، الفقرة 03، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنه: "تتنافى وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني"، السالف الذكر.
4 المادة 29، الفقرة 03، من نفس الأمر.

5 ZOUAIMIA Rachid, «les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique, Revue IDARA, Volume 14, ,N° 02, 'École Nationale d'Administration , Algérie ,2004,p 143.

6 أمر رقم 07-01، المؤرخ في 01 مارس 2007، يتعلق بحالات التنافس والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ر.ج، العدد 16، المؤرخة في 07 مارس 2007.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أن تولوا مراقبتها أو الإشراف عليها أو أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها أو لدى أية مؤسسة أو هيئة أخرى تعمل في نفس مجال النشاط.

ويعاقب كل من يخالف الأحكام المذكورة أعلاه بالحبس من ستة(06) أشهر إلى سنة واحدة وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج¹.

هذا لم يأت النظام الداخلي لمجلس المنافسة الجزائري بجدید أو توضیح فیما یخص حالات التنافی، ما عدا تأكيده على وجوب تحلی أعضاء مجلس المنافسة بالمواظبة²، ونصت المادة 29 /1 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على ما يلي: " لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية»، لذا على العضو الذي يكون له مصلحة في قضية أو صلة قرابة بأحد أطرافها إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية كمحام مثلا أن يطلب من رئيس مجلس المنافسة تحيته أو إبعاده عن المداولة. وفي حالة إخلال أعضاء مجلس المنافسة بواجباتهم المهنية، فإنه تطبق عليهم الأحكام التأديبية المنصوص عليها في الأنظمة المعمول بها في الأسلاك المشتركة للإدارة العمومية، وفي حالة ارتكاب خطأ فادح من طرف عضو من أعضاء المجلس، فإن حالته التأديبية تعرض على هيئة المجلس لاتخاذ القرارات³.

2- هياكل مجلس المنافسة :

تتكون إدارة مجلس المنافسة من أربع مديريات، أنيطت بمهام متباينة بغية ضمان السير الحسن لمجلس المنافسة، وتمارس هذه المديريات نشاطاتها تحت سلطة رئيس المجلس بمساعدة الأمين العام، وذلك على الشكل التالي⁴ :

أ- مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات والمنازعات: وتكلف على الخصوص بما يلي:

-استلام الاخطارات وتسجيلها،

-معالجة كل البريد بما فيها الإخطارات،

1 أنظر المواد 02،03،06، من الأمر المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، السالف الذكر.
2 أنظر المادة 06، من القرار رقم 01، الصادر عن مجلس المنافسة الجزائري، المحدد للنظام الداخلي له، السالف الذكر.
3 أنظر المادة 1/45، من نفس القرار.
4 المادة 02، من م ت رقم 15- 79، المعدل والمتمم للم ت رقم 11-241، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

-إعداد الملفات ومتابعتها في جميع مراحل الاجراءات على مستوى المجلس والجهات القضائية المختصة؛

- تسيير المنازعات ومتابعتها في القضايا التي يعالجها المجلس،
-تحضير جلسات المجلس.

ب-مديرية أنظمة الإعلام والتعاون والوثائق: وتكف على الخصوص بما يلي:

-جمع الوثائق والمعلومات والمعطيات ذات الصلة بنشاط المجلس وتوزيعها،

- وضع نظام للإعلام والاتصال،

-وضع برامج التعاون الوطني والدولي؛

-ترتيب الأرشفة وحفظه.

ج-مديرية الإدارة والوسائل: وتكف على الخصوص بما يلي¹:

- تسيير الموارد البشرية والوسائل المادية للمجلس،

- تحضير ميزانية المجلس وتنفيذها،

- تسيير وسائل الاعلام الآلي للمجلس،

د-مديرية دراسات الأسواق والتحقيقات الاقتصادية: وتكف على الخصوص بما يلي:

- انجاز الدراسات والأبحاث المتعلقة بمجال اختصاص المجلس،

- القيام بتحليل الأسواق في مجال المنافسة،

-انجاز ومتابعة التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات

الصلة بالمنافسة.

البند الثاني : صلاحيات مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة

باعتبار أن مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة، فهو في هذا إطار مكلف بتنظيم منافسة

حرّة وضمن الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية المختلفة والمتعدّدة، لاسيما تحليل وضبط

وضعية المنافسة في السوق ومراقبة الممارسات المنافية لها والممارسات التجارية غير المشروعة،

1 المادة 03 من م ت رقم 11-241،المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسييره، المعدل والمتمم،السالف الذكر .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

لذلك يتمتع هذا المجلس بجملة من الصلاحيات الاستشارية وأخرى قمعية تهدف جميعها إلى ضبط المنافسة في السوق¹.

أولا : الصلاحيات الإستشارية :

تعتبر الاستشارة من أهم المواضيع التي ترتبط بالإدارة العامة، قد حاولت السلطات العامة الاهتمام بها خاصة في مرحلة التحول الاقتصادي، حيث بدأ التفكير في الدور الاستشاري لبعض الهيئات ابتداء من سنة 2000 في إطار حركة إصلاح هياكل الدولة ومهامها²، نظرا لكون الإستشارة عبارة عن عملية حيوية³، هذا ما يفسر تخويل هذه الأخيرة لمعظم سلطات الضبط الإقتصادي وعلى رأسها مجلس المنافسة، على أساس أنها تمثل أحسن صورة للدور البيداغوجي الذي يلعبه هذا الأخير، الأمر الذي أعطاه طبيعة وقائية وقيمة كبيرة⁴، فهي وسيلة في متناول جميع المشاركين في الحياة الإقتصادية إبتداء من السلطة العامة إلى المواطن البسيط من خلال جمعيات المستهلكين، لتمكينهم من اللجوء إلى المجلس وطلب رأيه في كل مسألة مرتبطة بالمنافسة. يستشار مجلس المنافسة في جميع الأمور ذات الصلة بالمنافسة رغم عدم تمتعه بالسلطة التنظيمية التي يحتكرها وزير التجارة، وذلك باعتباره الخبير الاقتصادي⁵، كما تبرز الحاجة الملحة لاستشارة المجلس في اعتبار أن العديد من الأعوان الاقتصاديين الجزائريين يضطرون لطلب استشارات من طرف هيئات دولية بمبالغ كبيرة، على عكس مجلس المنافسة الذي يقدمها مجانا.

1- الاستشارة الاختيارية :

هذا النوع من الاستشارة تناوله المشرع من خلال المواد من 35 إلى 38 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، التي تجيز ذلك في كل المسائل المرتبطة بالمنافسة، فلمجلس المنافسة أن يقوم بهذا الدور إذا طلب منه ذلك أو بمبادرة تلقائية منه، طبقا لنص المادة 1/34 التي تنص على ما يلي: " يتمتع مجلس المنافسة بسلطة إتخاذ القرارات والإقتراح و إبداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني....."، غير أن المشرع من خلال هاتين المادتين لم يبين لنا صراحة طبيعة تلك الاستشارة، بمعنى هل هي اختيارية أم إلزامية، لكن

1 المادة 23، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المرسوم الرئاسي رقم 2000-372، المتضمن إحداث لجنة إصلاح هياكل الدولة ومهامها، السالف الذكر.

3 سهيلة ديباش، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 2010، ص 595.

4 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 313.

5 ليندة بلحارث، المرجع السابق، ص 233.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ذلك السكوت يمكن تجاوزه بالبحث في صياغة المادتين في حد ذاتهما والتي يتبين منها أن هذا النوع من الاستشارة يكون إختياري، وذلك من خلال وجود مصطلحات مثل 'يمكن، وإذا طلبت الحكومة ذلك'¹، الأمر الذي يدفعنا إلى محاولة البحث في الجهات التي لها الحق في المبادرة بطلب هذه الإستشارة.

كما حددت المادتين المذكورتين أعلاه الجهات التي يمكنها طلب هذه الاستشارة والمتمثلة في كل من الحكومة، الجماعات المحلية، الهيئات الاقتصادية والمالية، المؤسسات والجمعيات المهنية النقابية وكذا جمعيات المستهلكين إضافة إلى الجهات القضائية، حيث إن هذا التحديد جاء على سبيل الحصر، وبالتالي لا يمكن لشخص أو أي هيئة لا تنتمي إلى هذه القائمة أن تقوم باستشارة مجلس المنافسة، إضافة إلى نصها على وجود نوعين من هذه الاستشارة، النوع الأول هو الاستشارة العامة المتعلقة بجميع المسائل المرتبطة بالمنافسة، أما النوع الثاني فهو الاستشارة الخاصة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة وهو ما سوف نوضحه فيما يلي:

أ- الاستشارة الاختيارية العامة:

هذه الفئة من الاستشارة الاختيارية ربطها المشرع بكل المجالات التي لها علاقة بالمنافسة، الأمر الذي يجعل مثل هذا المجال واسعاً، مما قد يكون سبب في حدوث لبس وعدم فهم لدى الجهات المعنية بطلب مثل هذه الاستشارة، لذلك كان لمجلس المنافسة السابق الفرصة في تحديد المقصود بذلك من خلال مختلف الآراء التي أصدرها بمناسبة استشارات قدمها لجهات متعددة. وقد حدد المشرع الجهات أو الأطراف التي لها الحق في طلب هذه الفئة من الاستشارة بصفة حصرية في مجموعة من الأشخاص هي:

- الحكومة:

أولى المشرع لطلب الاستشارة الصادر من الحكومة أهمية كبيرة، حتى يمكن اعتبار مجلس المنافسة بمثابة المستشار الدائم لها²، ذلك بالنظر إلى عدد المواد القانونية التي تطرقت إلى هذا النوع من الاستشارة، والتي تتأرجح بين الاختيارية والإجبارية، لكن ما يهم هو لاستشارة الاختيارية

1 تنص المادة 35، من الأمر 03-03: "يؤدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة، إذا طلبت الحكومة منه، ويؤدي كل اقتراح في مجالات المنافسة....."، السالف الذكر.
2 سهيلة ديباش، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، المرجع السابق، ص 602.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أي تلك التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة 35 السالفة الذكر التي تنص على: يبدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة ذلك ويبدي كل اقتراح في مجالات المنافسة¹.

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع أعطى للحكومة صلاحية استشارة مجلس المنافسة في كل المسائل المرتبطة بالمنافسة، مما يجعل من هذه الصلاحية وسيلة فعالة في يد الحكومة تدخل في إطار التأكيد على احترام مبادئ المنافسة على جميع المستويات.

والمقصود بالحكومة هنا، هي مختلف الوزارات المكونة لهذه الأخيرة والتي لها إمكانية استشارة مجلس المنافسة كلما أرادت اتخاذ أي قرار أو إجراء مهما كان شكله أو قيمته القانونية بإمكانه أن يمس بقواعد المنافسة، بالرغم من أن نص المادة جاء بصيغة عامة، لم يبين لنا المشرع إذا عما إذا كان يجب من الناحية الإجرائية أن يتم طلب هذه الاستشارة من قبل الوزير الأول أو إنه يحق لكل وزير القيام بذلك بصفته ممثلاً لقطاعه، إلا أننا نرى أن صياغة المادة لا تمنع هذه الفرضية الأخيرة، بشرط أن ترتبط بمسائل ذات طبيعة عامة، مع الإشارة إلى أن هذا الطلب يبقى وسيلة اختيارية في يد الحكومة يمكنها استخدامها أو لا وحتى إن لجأت إلى استعمالها فهي غير مقيدة بما يمكن أن يتضمنه رأي مجلس المنافسة من إجابة على تلك الاستشارة.

غير أن الدراسة العملية تبين لنا أنه بالرغم من كون الكثير من الوزارات معنية بطلب هذه الاستشارة إلا أن كل طلبات الاستشارة التي قدمت إلى مجلس المنافسة السابق كانت من طرف الوزير المكلف بالتجارة، الأمر الذي نتأسف له ونتمنى أن يتغير في ظل المجلس الحالي، خاصة وأن معظم القطاعات الاقتصادية فتحت أمام المنافسة، وبالتالي تحتاج إلى توضيح الرؤيا بالنسبة إليها في تسيير تلك القطاعات.

بل حتى لجوء الوزير المكلف بالتجارة إلى استعمال هذه الوسيلة ضئيل جداً، إذ أنه ما بين سنتي 2013-2014 لم يرد إلى مجلس المنافسة إلا طلب إبداء رأي واحد فقط من وزير التجارة²، حيث لجأ هذا الأخير إلى مجلس المنافسة الجديد لطلب رأيه بخصوص قرينة استغلال الموقف

1 المادة 35، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 مجلس المنافسة، النشرة الرسمية، رقم 06، لسنة 2015، ص 49.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

المهيمن على سوق الإسمنت، خص ذلك الطلب مراقبة وتأطير سوق الإسمنت والموقف المهيمن لمجموعة " لافارج " لمصانع الإسمنت على تلك السوق.

حيث لوحظ استغلال مجموعة " لافارج " لوضعيتها المهيمنة على سوق الإسمنت باعتبارها تحوز على نسبة 36 %، لترفع أسعارها بشكل مفرط، مما قد يؤدي إلى اضطرابات في السوق والحاق أضرار بالمستهلكين، فكان لمجلس المنافسة أن رد عليهم عن طريق الرأي رقم 2013-ر-01 وذلك بعد دراسة كل الوثائق المرتبطة بالموضوع، بأنه من الصعب الجزم بأن مجموعة " لافارج " مارست تعسف في الهيمنة، خاصة وأن ارتفاع الأسعار الممارس من قبلها يمكن تفسيره بكون تغطية التكاليف بزيادة الأسعار التي لم تكن مبدئيا مفرطة، بل كان نتيجة طبيعية لممارسات الضبط التي تقيدت بها المجموعة للمساهمة طوعا في هيكل السوق وجهود الاستثمار التي تحققت، سواء فيما تعلق بالتجديد أو الانتاج والتوزيع أو التكوين، إضافة إلى اهتمام المجموعة بتطوير نشاطاتها في الجزائر¹.

-الجماعات المحلية:

خول المشرع للجماعات المحلية طلب الاستشارة في المسائل التي تتعلق بالمنافسة، خاصة أنها تساهم في التنمية الاقتصادية، حيث يدخل مثلا نجد من ضمن اختصاصات المجلس الشعبي الولائي التداول في مجال التجارة والأسعار والتنمية الاقتصادية، كما يعمل على تطوير أعمال التواصل بين المتعاملين الاقتصاديين والإدارات المحلية من أجل ترقية الإبداع في القطاعات الاقتصادية، إضافة إلى سهره على ترقية التشاور مع المتعاملين الاقتصاديين قصد ضمان محيط ملائم للاستثمار².

فهذه الصلاحيات نجد أنه من الطبيعي أن تحتاج الجماعات المحلية لطلب الاستشارة، من مجلس المنافسة في المسائل التي لها علاقة بالمنافسة، غير أنه من الناحية العملية ونتيجة لقلّة المعلومات المتوفرة حول الدور الاستشاري لمجلس المنافسة، فإننا لا نملك أي إحصائية أو معلومة تبين لنا لجوء الجماعات المحلية لطلب الاستشارة، مما يدفعنا للرجوع إلى تجربة سلطة المنافسة في

1 رأي مجلس المنافسة رقم 2013-ر-01، المؤرخ في 25 يوليو 2013، والصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الإسمنت، تطبيقا لنص المادة 35 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم..
2 طبقا لنص المادتين 77 و 83، من القانون رقم 07-12، المتعلق بالولاية، السالف الذكر .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

فرنسا التي لها نفس الصلاحية، إلا أن الأمر هناك فيما يخص هذه النقطة لا يختلف كثيرا عما هو موجود عندنا، حيث إن سلطة المنافسة هناك تأسفت في العديد من المناسبات عن صمت الجماعات المحلية المستمر وعدم لجوئها إلى استعمال هذه الوسيلة القانونية الهامة وطلب الاستشارة في مجال المنافسة، خاصة وأنها كانت في العديد من المرات ضحية للممارسات المناهية للمنافسة، لاسيما في مجال الصفقات العمومية¹.

-المؤسسات والهيئات الاقتصادية والمالية:

إن إعطاء المشرع إمكانية طلب الاستشارة لكل من المؤسسات والهيئات الاقتصادية والمالية أمر له أهمية كبيرة، بحيث يجعل من كل الهيئات والمؤسسات المتدخلة في مجال النشاط الاقتصادي تحاول على الأقل بذل جهد من أجل عدم خرقها للقواعد القانونية المنظمة للمنافسة في السوق. أما من الناحية العملية فقد تلقى مجلس المنافسة السابق عددا من طلبات الاستشارة من طرف مؤسسات مختلفة حول مسائل متعددة، مثل طلب الاستشارة طلب الاستشارة الذي تقدمت به مؤسسة "سيفيتال" حول مدى تطابق تنظيم المؤسسة المذكورة وتنظيمها والجزء من السوق الذي تمتلكه ومشاريع تنميتها مع الأحكام القانونية الخاصة بالتجميعات - الرأي رقم 02-ر-2001، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2001.

-الجمعيات المهنية والنقابية وجمعيات المستهلكين:

حافظ بشأنها المشرع على نفس الموقف الذي كان معتمدا في ظل الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة -الملغى-، نظرا لكون مسألة ارتباطها بالمنافسة أمرا سبق توضيحه، مما يجعل إمكانية استشارتها لمجلس المنافسة أمرا صائبا، انطلاقا من أنه لها الحق في مباشرة الأعمال التجارية²، مما يحتم عليها التأكد من عدم مخالفة القواعد والتنظيمات المعمول بها ومن بينها القواعد القانونية المرتبطة بالمنافسة.

أما فيما يخص مدى لجوء مثل هذه الجمعيات عمليا إلى طلب الاستشارة من مجلس المنافسة السابق فلا توجد احصائيات دقيقة بخصوصها، ما عدا تلك التي تخص لجوء جمعية ممثلي شركات السيارات ووكلائهم المعتمدين في الجزائر إلى طلب استشارة مجلس المنافسة بتاريخ 15 سبتمبر 2014

1 قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 313.
2 المادة 02، الفقرة الأخيرة، من القانون رقم 12-06، المتعلق بالجمعيات، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

من مدى تطابق قانونها الخاص والقانون الداخلي وميثاق اخلاقياته مع أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، حيث لم يسجل مجلس المنافسة بمناسبة دراسته لذلك الطلب أية أحكام من شأنها التشجيع على الممارسات المقيدة للمنافسة، لكن أهم نقطة في نظرنا تخص هذه الاستشارة فهي تتمثل في التوصيات التي أصدرها مجلس المنافسة بخصوص هذا الطلب والتي أكد من خلالها على أهم القواعد التي تحكم عمل هذه المنظمات، إذ ذكر بأن المنظمات المهنية عبارة عن فضاء للقاءات تتم بين المتعاملين الاقتصاديين، حيث يجب فرض احترام قواعد المنافسة وذلك بادراج قواعد قانون المنافسة ضمن ميثاقها، أما بخصوص توصياته فتتمثل في ما يلي¹ :

- لاجتماعات المنظمة في إطار الجمعية يجب أن لا تكون مكانا للتفاهات أو ممارسات مضادة للمنافسة.

- الامتناع أثناء الاجتماعات من الدخول في أحاديث صريحة أو غير صريحة بشأن مواضيع خاصة بالأسعار أو أي عنصر من شأنه أن ينعكس على الأسعار، تكاليف أو مصاريف، مشاريع سرية مستقبلية، الزبائن والموردين الفرديين.

- الامتناع عن نشر طرق حساب التكاليف، لأن هذه الطرق سيتم معاملتها على أنها غير جائزة إذا استهدفت إعطاء شكل مقنع لسلم أسعار البيع، لذا يتوجب على المؤسسات تحديد تكاليفها وأسعارها بصفة فردية.

يبقى في الأخير أن نذكر بنقطة مهمة وهي أن هذه الأطراف ليست ملزمة بطلب مثل هذه الاستشارات، وأنه إذا ما قامت بذلك يجب أن يتوفر لديها مصلحة فيه وأن يتعلق طلبها بمسائل عامة تتعلق بالمنافسة وأن رأي مجلس المنافسة الممثل للرد على طلبها غير ملزم بالنسبة لها، بحيث يبقى لها كل الحرية بأن تأخذ به بكامله أو أن تأخذ ببعض جوانبه فقط أو أن لا تأخذ به أصلا وهو ما يميز الاستشارة الاختيارية عن الاستشارة الالزامية.

ب- الاستشارة الاختيارية الخاصة:

هذه الاستشارة الاختيارية نصت عليها المادة 38 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقول " : يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة

1 النشرة الرسمية للمنافسة رقم (06) لسنة 2015، السالفة الذكر، ص 34.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر، ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية.

تبلغ الجهات القضائية مجلس المنافسة، بناء على طلبه المحاضر أو التقارير ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه.¹

فهذه الاستشارة الاختيارية حصرها المشرع في الممارسات المقيدة للمنافسة فقط، مما يجعلها أمرا جديدا بالنسبة لقانون المنافسة، مقارنة بالأمر رقم 95-06 لم ينص على إمكانية لجوء الجهات القضائية إلى طلب الاستشارة من قبل مجلس المنافسة، مما يجعل مثل هذه الاستشارة أمرا جد إيجابي يريد من ورائه المشرع تحقيق هدف يتضمن عدة أبعاد:

- فهو من جهة يهدف إلى توحيد الأحكام بين مختلف الهيئات المتدخلة، في عملية النظر في الممارسات التي يمكنها أن تمس بالمنافسة، كما أنه يهدف إلى مساعدة الجهات القضائية على معرفة محتوى وطريقة الفصل في القضايا المتعلقة بالمنافسة، عن طريق طلب هذه الاستشارة بسبب عدم تخصص القضاة في قانون المنافسة.

هذا لم تحدد المادة 38 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الجهات القضائية المقصودة، لكن بتحليل نص المادة يمكننا مبدئيا استبعاد القضاء الإداري من فئة الجهات القضائية، التي بإمكانها طلب مثل هذه الاستشارة، انطلاقا من أن النص حصر ذلك الطلب في القضايا المرتبطة بالممارسات المقيدة للمنافسة، مما يجعل مجلس الدولة كهيئة قضائية إدارية تخرج من دائرة طلب هذه الاستشارة لأن تدخله مقترن بالتجميعات الاقتصادية².

لكن رغم ذلك يجب اقترانها-الإستشارة بمجموعة من الشروط سواء عند الطلب أو عند الإجابة على الطلب، فمن حيث شروط طلب الاستشارة فهي تتمثل في وجوب صدورها من الجهات القضائية العادية التي تدرس القضية موضوع الاستشارة فقط، مع وجوب تعلق القضية بالممارسات المقيدة للمنافسة فقط³، أما فيما يتعلق بشروط الرد على طلب الاستشارة فهي شروط إجرائية يجب توفرها في حالة ما إذا كان مجلس المنافسة لم يدرس تلك القضية على مستواه من قبل، وهذه الشروط

1 المادة 38 ،من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادة 19، من نفس الأمر.

3 المادة 38 ، من نفس الأمر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

هي ضرورة اتباع إجراءات الاستماع الحضورى، مع الاطلاع على محاضر وتقارير التحقيق ذات الصلة بالوقائع المرفوعة إليه¹.

2- الاستشارات الاجبارية :

تعني أن الجهات المعنية ملزمة وجوبا باستشارة مجلس المنافسة، بغض النظر عن الأخذ أو عدم الأخذ برأيه، وذلك قبل الإقدام على أي تصرف ذي صلة بالمنافسة²، حيث ألزمت المادة 36 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، الحكومة بطلب رأي مجلس المنافسة بخصوص جميع مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة، بقولها: **يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها لاسيما:**

- إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاطا ما، أو دخول سوق ما، إلى قيود من ناحية الكم .

- وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات.

- فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات.

- تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع".

قد يبدو للوهلة الأولى أن هذا النص هو الوحيد الذي نظم هذه الاستشارة، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 05 من نفس الأمر نجدها تضيف طلب الاستشارة المتعلق بالتنظيمات المرتبطة بأسعار السلع والخدمات الإستراتيجية، إضافة إلى التنظيمات الخاصة بالحالات الاستثنائية على التوالي، فمن خلال هذه المادة نلاحظ بأن المشرع أقر طلب الاستشارة بصفة اجبارية لكل من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، خلافا لنظيره الفرنسي الذي جعل من الاستشارة التي تبادر بطلبها السلطة التشريعية استشارة اختيارية وربطها باقتراحات القوانين وذلك من خلال اللجان البرلمانية³.

هذه النقطة تدفعنا إلى الرجوع إلى موقف المشرع المتغير دائما بخصوص تحديد الجهة التي يتوجب عليها طلب الاستشارة من مجلس المنافسة والعلاقة التي تربط بينهما، حيث إنه بالرجوع إلى الأمر رقم 95-06 نجده كرس تلك العلاقة بشكل موسع يشمل كل من اقتراحات القوانين التي يبادر بها النواب ، وأيضا مشاريع القوانين التي تبادر بها الحكومة أي السلطة التنفيذية على حد سواء، بشرط

1 المادة 19، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 قرناش جمال، أي دور لمجلس المنافسة في حماية وترقية المنافسة، المرجع السابق، ص 497.
3 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 321.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ارتباطها بالمنافسة مع ابقاءها اختيارية¹، بينما استبعدت تماما السلطة التشريعية من مجال الاستشارة في ظل الأمر رقم 03-03، ليأتي القانون رقم 08-12 المعدل له بالمادة 36 بالصيغة السابق ذكرها. في مقابل ذلك نلاحظ استقرار من قبل المشرع فيما يتعلق بمواضيع هذه الاستشارة على أساس أنها لم تتغير رغم تغيير النص القانوني ورغم التعديلات المتكررة التي أدخلت عليه، ربما ما يفسر هذا الاستقرار هو أن هذه الأهداف ذكرت على سبيل المثال وليس الحصر والدليل على ذلك هو استعمال مصطلح "لاسيما" أو "Notamment"، الأمر الذي يجعلنا نفترض أن المشرع الجزائري فضل ترك المجال مفتوحا أمام احتمالات مستقبلية قد تظهر مع الوقت، خاصة أننا ما زلنا في مرحلة لم تكتمل فيها الرؤية بصفة تامة بدليل التعديلات الدورية، التي يدخلها المشرع من فترة إلى أخرى على قانون المنافسة.

ثانيا : الصلاحيات التنازعية :

يقصد بالصلاحيات التنازعية تلك التي تمكن مجلس المنافسة من متابعة الممارسات التي ترتكبها المؤسسات في إطار القيام بنشاطاتها الإقتصادية، من أجل تعزيز قدرتها التنافسية بطريقة غير مشروعة، تؤدي إلى إقصاء منافسيها ومن ثم القضاء على المنافسة في السوق²، وتلك الصلاحيات من شأنها تحقيق أكبر قدر ممكن من الشفافية في ذلك الميدان، بشكل يؤكد بأن هذا المجلس هو فعلا الضابط الأساسي والخبير الرسمي في ميدان المنافسة، لذلك زوده المشرع بمجموعة من الصلاحيات تمكنه من أداء دوره على أكمل وجه، بحيث تم تنظيم وترتيب تلك الصلاحيات بشكل متدرج، يمكن مجلس المنافسة باستعمال الوسيلة القانونية التي تتماشى مع طبيعة القضية المرفوعة أمامه والمرحلة الإجرائية التي يكون فيها، إضافة إلى درجة الخطورة التي تمثلها على احترام وتطبيق قواعد المنافسة في السوق.

هذا ما يمكننا من تقسيم تلك الصلاحيات إلى نوعين مختلفين، يتمثل النوع الأول في الصلاحيات التصحيحية التي يسعى من خلالها مجلس المنافسة إلى تصحيح الوضعية في السوق قبل النظر في موضوع الدعوى وبالتالي تطبيق الجزاء المناسب، حيث إن مصطلح "الصلاحيات

1 حيث كانت الفقرة الأولى من المادة 19، من الأمر رقم 95-06، المتعلق بالمنافسة تنص على : "يمكن أن تستشير الهيئة التشريعية مجلس المنافسة حول اقتراح القوانين ومشاريع القوانين وحول كل مسألة ترتبط بالمنافسة"، الملغى، السالف الذكر.
2 بزاز وليد، السلطة القمعية لمجلس المنافسة بين حماية المنافسة الحرة وضبط حرية المبادرة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2019، ص 370.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

التصحيحية " استعمل من أجل توضيح أن هذا المجلس يدخل في مرحلة متقدمة من عملية حماية المنافسة، بمعنى أن تدخله هذا يكون قبل النظر في الموضوع، سواء لوجود خطر محقق وشيك الوقوع أو لوجوب استغراقه وقتا طويلا من أجل استكمال التحقيق، مما قد يلحق ضررا معيناً بالمنافسة في السوق وفي كلتا الحالتين يتدخل المجلس من أجل تصحيح وضعية غير صحيحة، قبل اللجوء إلى استعمال سلاح التهديد والردع والمتمثل في العقوبة التي تأتي في مرحلة موائية.

1- الصلاحيات التصحيحية لمجلس المنافسة

لقد اعترف المشرع بنوعين من الصلاحيات التصحيحية لمجلس المنافسة¹، تمكنه من لعب هذا الدور وتحقيق الغاية المبتغاة منه، تتمثل هذه الصلاحيات في كل من التدابير المؤقتة وإصدار الأوامر إلى المؤسسات المعنية، الأمر الذي يجعل هذه الصلاحيات تأتي في نفس المرحلة المتقدمة من الإجراءات، بمعنى قبل النظر في موضوع الدعوى وهو ما يعبر عن الإهتمام البالغ الذي يعطيه المشرع للدور الذي يلعبه مجلس المنافسة في حماية المنافسة، حيث إنه يعطي كل الفرص والإمكانات للمؤسسات المخالفة من أجل تدارك الأمر وتصحيح وضعيتها المخالفة وذلك بالامتثال لما يقرره مجلس المنافسة في هذه المرحلة، انطلاقاً من كون العقوبة ليست هي الغاية الأولى لعمل مجلس المنافسة، بل هي آخر حل يتم اللجوء إليه.

لذلك سنتطرق إلى مضمون هذه الصلاحيات سواء تعلق الأمر بالتدابير المؤقتة أو بالأوامر، ثم نتطرق إلى الجزاءات المترتبة عن عدم احترام تلك التدابير المؤقتة وعدم تنفيذ تلك الأوامر.

أ- التدابير المؤقتة:

تعتبر التدابير المؤقتة من بين المستجدات التي جاء بها الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم وذلك لحماية لمصالح المؤسسات الاقتصادية والاقتصاد الوطني على حد سواء، لذلك تم تكييفها على أنها دليل على وجود "واقعية اقتصادية"²، من كونها تعمل على الحد من بعض الممارسات قبل إضرارها بالسوق³.

1 المادة 34، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 قاية صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 326.

3 Rachid ZOUAÏMIA, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, op. Cit, p 94.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

حيث إن حالة الضرورة والاستعجال تفرض على مجلس المنافسة التدخل السريع بإتخاذ تدابير مؤقتة في انتظار الفصل في الموضوع من أجل درء الخطر الذي يهدد السوق، لأنه قد ينشأ عن تلك الممارسات آثار لا يمكن درؤها أو إصلاحها في المستقبل، فيكون من المناسب اتخاذ بعض التدابير بشكل مؤقت من شأنها أن توقف تلك الممارسات لحين الفصل في الدعوى، حتى يتم تفادي الآثار الجسيمة، التي تنشأ عنها والتي قد يصعب إعادة الحال لما كان عليه في شأنها إذا فصل مجلس المنافسة في الموضوع.

غير أن الاستعجال لا يعني التعجل، بل يجب التريث والتأكد من صحة الإجراء من حيث توفر الشروط القانونية اللازمة لتطبيقه، مما يجعل من هذه التدابير وسيلة جد هامة في يد هذا المجلس يستعملها متى توفرت شروطها لحماية قواعد المنافسة في السوق، لذلك نجد أغلب التشريعات المتعلقة بالمنافسة أقرت مثل هذه التدابير، الأمر الذي قام به المشرع الجزائري أيضا، حيث نصت المادة 46 من الأمر السالف ذكره على هذه التدابير كما يلي:

"يمكن مجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة."

يتبين من هذه المادة أن الهدف من هذه التدابير المؤقتة هو تجميد الممارسات المفترض فيها تقييد المنافسة، حتى يتم تفادي آثارها السلبية في المستقبل، لذلك فهذا التصرف مقترن بتوفر ثلاثة شروط متكاملة، يتمثل الشرط الأول في وجوب صدور طلب لاتخاذ تلك التدابير، أما الشرط الثاني فيتمثل في وجود خطر وشيك أي ضرر محقق وهو ما يكون ظرف الاستعجال، أما الشرط الثالث فيتمثل في الطابع المؤقت لهذه التدابير وهو ما سنوضحه فيما يلي:

*وجوب تقديم طلب:

إن اتخاذ التدابير المؤقتة لا يتم إلا من طرف مجلس المنافسة، وهي مقيدة بتقديم من طرف الأشخاص الذين يتوفر فيهم شرط الصفة، والذين حددتهم المادة 46 على سبيل الحصر، وهم الوزير

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

المكلف بالتجارة بصفته حامى الصالح العام في السوق¹، متى ألحقت أضراراً بالمصلحة الاقتصادية العامة هذا من جهة، من جهة ثانية المدعي وهو الشخص الذي تضررت مصلحته الخاصة من جراء الممارسة المقيدة للمنافسة موضوع الإخطار الأصلي، والذي يجب أن ينتمي إلى فئة الأشخاص الذين يمكنهم إخطار مجلس المنافسة، وهم الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين².

بهذا يتضح لنا أن المشرع لم يمكن مجلس المنافسة من التدخل تلقائياً وتقرير مثل هذه التدابير حتى في الحالة التي تكون الإجراءات الأصلية المتعلقة بموضوع النزاع انطلقت من إخطار تلقائي، مما يجعلنا نفترض أن تفسير ذلك يرجع إلى رغبة المشرع في ضمان حياد مجلس المنافسة باعتباره الجهة التي تفصل في النزاع القائم وبالتالي لا يمكنه أن يرجح مصلحة طرف على مصلحة الطرف الآخر.

* وجود حالة الاستعجال :

إن اقتران وجود حالة الاستعجال باتخاذ التدابير المؤقتة ما هو إلا تعبير عن حالة الضرورة، التي لا تحتل لا التأخير ولا التأجيل والتي تقتضيها هذه التدابير، مع الإشارة إلى أن مفهوم الضرورة هنا هو مفهوم واقعي يجعل مجلس المنافسة يتمتع بسلطة في تقديرها، أي أن الضرورة يحددها الواقع المتعلق بظروف ووقائع كل قضية، الأمر الذي يجعلها تختلف من حالة إلى أخرى.

فعبارة المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم³، ربطت توفر حالة الاستعجال باحتمال وقوع ضرر محقق لا يمكن إصلاحه يمس بالطرف المدعي أو بالمصلحة العامة، مما يجعلنا نستنتج أن المشرع أخذ بمعيار الضرر المحتمل وليس الواقع، أي أن هذه التدابير لا تتخذ من أجل إزالة ضرر واقع وإنما من أجل تفادي ضرر محتمل ووشيك الوقوع، يتم التوصل إليه

1 تنص المادة 46 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، على أنه: "يمكن مجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة"، السالف الذكر.

2 تنص المادة 35 من نفس الأمر، على أنه: "...ويمكن أن تستشيرها أيضاً بالمنافسة في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين".

3 تنص المادة 46 من الأمر رقم 03+03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، على أنه: "يمكن مجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة"، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

من خلال وقائع وحديثات القضية، أي أن هذا الضرر يجب أن يكون مؤكد الوقوع وأن يكون معتبرا، بحيث لو لم يتم تداركه بالتدابير المؤقتة لأدى إلى حدوث أضرار كبيرة لا يمكن إصلاحها.

كما أن عمومية النص مست الاستعجال في نقطة الإثبات، بمعنى أن المشرع لم يبين لنا على من يقع عبئ إثبات ذلك الاستعجال، غير أن المنطق يدفعنا للقول بوقوع ذلك العبء على المدعي الذي يستوجب عليه إثبات علاقة سببية مباشرة بين الممارسات المقيدة للمنافسة والضرر المحتمل الوقوع وما يبقى لمجلس المنافسة سوى التأكد من ذلك. وهو ما أكدته سلطة المنافسة الفرنسية في أحد قراراتها، حيث أقرت بأن الاستعجال في اتخاذ التدابير المؤقتة يتحقق متى تحققت ثلاثة معايير متكاملة والا انعدم هذا الشرط وهي: درجة الخطورة التي يمثلها التصرف، الوقوع الوشيك للضرر وعلاقة السببية بين التصرف والضرر المحدق¹.

ب- الطابع المؤقت للتدابير:

إن مصطلح التدابير المؤقتة يعبر في حد ذاته على هذا الشرط حيث يعتبر هذا الأخير أمرا يفرضه المنطق قبل القانون، انطلاقا من أن هذه التدابير أقرت من أجل تفادي الإضرار بمصلحة المدعي، مما يمنع ديمومة هذه التدابير، حتى لا تلحق ضرار بالطرف الآخر في القضية أي المدعي عليه، لذلك نجد أن محدودية آثارها فرضت محدودية مدتها.

في مقابل ذلك نجد أن المشرع أعطى سلطة تقديرية واسعة لمجلس المنافسة في تطبيق مثل هذه التدابير المؤقتة، ويتجلى لنا مدى إتساع تلك السلطة من خلال نقطتين:

تتعلق النقطة الأولى بعدم تحديد المشرع لطبيعة التدبير المؤقت، بل أعطيت السلطة التقديرية لمجلس المنافسة من أجل تقرير ذلك، بينما نجد المشرع الفرنسي ذكر على سبيل الاستدلال أمثلة من تلك التدابير دون أن تكون حصرية، حيث جعلها تتراوح بين تعليق الممارسة المعنية وتوجيه أوامر لأطراف القضية بالرجوع إلى الحالة التي كانوا عليها من قبل غير أن ذلك القول لا يعني التوسع في تلك التدابير، بل يجب أن تكون تلك التدابير مقيدة إلى أقصى تقدير بما يسمح مواجهة الخطر المحدق بالسوق²، سواء من حيث الموضوع أو من حيث المدة، بشكل يجعل منها الإجراء الأنسب والأكثر فعالية في تلك المرحلة في انتظار الفصل النهائي في القضية، وهو الأمر الذي أشار إليه المشرع

1 قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 328.
2 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 329.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

عندما نص في المادة 46 السالفة الذكر على...": "إتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة".

بمعنى أنه أقر "مبدأ التناسب"، الذي يعتمد على خلق نوع من التوازن بين الضرر المحتمل الوقوع والتدابير المؤقتة المتخذة لمواجهة، مما يؤكد ما سبق قوله بأن مثل هذه التدابير تبقى موضوعية تختلف بحسب إختلاف موضوع كل قضية.

-أما النقطة الثانية فتتعلق بعدم تحديد المشرع للمدة الزمنية، التي يجب أن تسري خلالها هذه التدابير ،مما يجعل لمجلس المنافسة كامل السلطة التقديرية في تقديرها بشرط أن لا تكون مدة طويلة، نتيجة لشرط الاستعجال المرتبط بهذه التدابير، مع الإشارة إلى أن سلطته التقديرية تلك تعطيه كل الحرية في تقرير تلك التدابير المؤقتة أو رفضها ويتجلى ذلك من عبارة "يمكن" الواردة في نص المادة 46 السالف ذكرها أعلاه، مع العلم أنه في حالة إقرارها وعدم احترامها من الطرف المعني بالأمر، يجوز لمجلس المنافسة اتخاذ إجراءات أخرى تدخل في خانة الجزاءات، حتى لو تم الطعن في تلك الإجراءات المؤقتة، لأن ذلك لا يرتب أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة.

2-إصدار الأوامر:

قصد ضمان وجود منافسة شرعية في السوق، خول المشرع للمجلس المنافسة صلاحية إصدار الأوامر إلى المؤسسات المعنية في القضية التي يدرسها، هذه الأوامر تعتبر أول شكل لتدخله في المجال التنافسي بعد اتخاذه للتدابير المؤقتة، وتتميز بكونها ذات طبيعة دائمة لا تزول إلا بتطبيق محتوى الأمر عكس الطابع المؤقت للتدابير، حيث نجد المادة 01/45 من قانون المنافسة¹ تنص عليها كما يلي: "يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلقة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعايينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من إختصاصه".

فللأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة دور وقائي وتصحيحي، فهي تأثر مباشرة على التصرف الصادر عن المؤسسة المعنية وذلك عند أمرها بتصحيح الوضع فوراً والا تعرضت إلى جزاءات أخرى، وقد تظن المشرع لأهمية هذه الوسيلة في حماية المنافسة منذ أول نص أصدره يتعلق

1 المادة 45، الفقرة 01، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

بالمنافسة¹، مع الإشارة إلى أنه يمكن إصدار الأوامر بمفردها كما يمكنها أن تقترن بالعقوبات المالية التي يصدرها أيضا مجلس المنافسة في مواجهة المؤسسات المخالفة².

وبالرجوع إلى تحليل إجتهد سلطة المنافسة الفرنسية، نجدها قد أقرت في العديد من قراراتها، بأن مضمون الأوامر يتباين ويختلف وأنه يتضمن درجات متفاوتة الشدة بحسب طبيعة كل قضية، إلا أنها في العموم لا تخلو من أن تكون، إما أوامر بالقيام بتصرف ما، أو التوقف والإمتناع من القيام بفعل ما³، مما يلزمها بأن تكون صادرة بشكل واضح، وذلك باستعمال عبارات دقيقة ومحددة وواضحة لا تترك أي مجال للشك عند تطبيقها⁴، إضافة إلى وجوب التقييد الصارم لمجلس المنافسة بما هو ضروري لوضع حد للممارسة المقيدة للمنافسة موضوع الأمر، أي وجوب تفعيل مبدأ "التناسب" بين الأمر ودرجة الضرر الذي تلحقه الممارسة المرتكبة، حتى لا يتم الإضرار بمصالح المؤسسة المعنية، مما يجعل هذه الأوامر بدورها وعلى غرار التدابير المؤقتة تتصف بالموضوعية، أي أنها يجب أن تتخذ حسب ظروف ووقائع كل حالة على حدة.

كما أن طبيعة هذه الأوامر تجعلها تكتسي قوة تنفيذية، مما يقتضي تطبيقها فور تبليغها إلى الأطراف المعنية نظرا لطبيعتها الإلزامية، حتى لو تم الطعن في تلك الأوامر، حيث إنه يجب أن لا ننسى أن من حق الأطراف المعنية الطعن في تلك القرارات⁵، دون أن يؤثر هذا على قرارات مجلس المنافسة كأصل عام، مما يبقى لهذا الأخير الحق في مراقبة مدى التزام المؤسسات المعنية بتطبيق محتوى تلك الأوامر، حيث إن عدم تطبيقها يعطي لهذا الأخير الحق في اتخاذ إجراءات أكثر صرامة. يبقى في الأخير أن نشير إلى أن المشرع وضع قواعد إجرائية تضبط تدخل مجلس المنافسة، للنظر في الممارسات المقيدة للمنافسة ووضع حدًا لها، وتتعلق تلك القواعد بالكيفية التي ينبغي على

1 من خلال نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة 24، من الأمر رقم 95-06، المتعلق بالمنافسة والملغى التي كانت تنص على: "يتخذ مجلس المنافسة مقررات عندما يبين أن العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يادر هو بها من إختصاصه لوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة المعايينة.

-تتضمن هذه المقررات:

-تصنيف الممارسات وفق أحكام هذا الأمر،

-أمر الجهات المعنية بوضع حد للممارسات المنافية للمنافسة و/ أو بالرجوع إلى الوضعية السابقة في الأجل المحدد من طرف مجلس المنافسة"

2 المادة 56، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 330.

4 Louis VOGEL, Traité de droit commercial, 18^e édition, LGDJ, Paris, 2003, p 1116..

5 المادة 47، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أطراف النزاع عند طرح نزاعهم أمام المجلس، من أجل الوصول إلى اتخاذ قرار صحيح يضع حدا لتلك الممارسات المقيدة للمنافسة.

البند الثالث: القواعد الإجرائية لتدخل مجلس المنافسة في ضبط السوق.

نظم المشرع عمل مجلس المنافسة بطريقة جد محكمة، بحيث جعله يمارس صلاحياته إما بطريقة مباشرة أي تلقائياً، أو بناء على طلب من قبل المؤسسات والجهات المعنية التي تلجأ إليه إما لطلب استشارة في مجال اقتصادي معين أو من أجل تقديم شكوى ضد مؤسسة ما، لتأتي بعدها عملية التحقيق المنظمة بقواعد قانونية تحترم فيها حقوق المؤسسات المعنية، حتى الوصول إلى تاريخ انعقاد جلسة المجلس للنظر في القضية وإصدار القرار المناسب¹.

أولاً: مرحلة التقدم من مجلس المنافسة

إن اللجوء إلى مجلس المنافسة يمكن أن يكون من أجل تقديم شكوى من قبل إحدى المؤسسات المتضررة من الممارسات المقيدة للمنافسة، وفي هذه الحالة يسمى هذا الإجراء بـ "الإخطار"، كما يمكن التقدم إليه من أجل طلب استشارة وهنا يسمى هذا الإجراء بـ "طلب الرأي"، إضافة إلى الإجراءات المتعلقة بالتجميعات الاقتصادية² وهو ما يسمى بـ "طلب الترخيص"، دون أن ننسى أن لمجلس المنافسة الحق في المبادرة التلقائية وذلك في حالة الإخطار التلقائي وهو ما سنحاول التطرق إليه في النقاط الآتية:

1- إخطار مجلس المنافسة:

يعتبر شرطاً جوهرياً لجميع الإجراءات المتبعة أمام المجلس، بشأن جميع المخالفات التي تدخل ضمن صلاحياته، ولا يتضمن الإخطار إلا النزاعات التي لم تتعدّ مدتها 03 سنوات كاملة، وهي مدة تقادم الدعوى أمام مجلس المنافسة يبدأ حسابها من تاريخ وقوع الفعل، مالم يحدث سبب يوقف التقادم³، ذلك من أجل ضمان حسن تنفيذ قواعد المنافسة وأخضعها في ذلك إلى إجراءات تتسم بالبساطة⁴، وتتخذ في سبيل ذلك طريقتين هما الإخطار الخارجي والإخطار التلقائي.

1 أنظر المادة 44، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 17، من القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر.
3 المادة 44، الفقرة 04، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 317.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

* الإخطار الخارجي:

هو الإجراء الذي تقوم به هيئات خارجية عن مجلس المنافسة والمتمثلة في كل من الوزير المكلف بالتجارة، بالإضافة إلى الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية، مع مراعاة في ذلك توفر مجموعة من العناصر يمكن حصرها في ما يلي:

-الوزير المكلف بالتجارة¹، بناء على التحقيقات التي تقوم بها مصالحه المختصة بالمنافسة، باعتبار وزارته هي القائمة على حماية السوق ومراقبتها.

-الهيئات الممثلة لمصالح جماعية والتي تشمل كلا من الجماعات المحلية² وجمعيات المستهلكين، والجمعيات المهنية والنقابية، وذلك في إطار سعي كل واحدة منها للدفاع عن المصالح التي كلفت بها، كدليل على امتداد نطاق اختصاص قانون المنافسة الى تلك القطاعات.

فالجماعات المحلية قد تتقرب من مجلس المنافسة في المسائل التي لها علاقة بالمنافسة، خاصة في مجال الصفقات العمومية عندما تكون طرفا فيها، والذي قد تخرق فيه قواعد المنافسة مما يجعل إخطارها هنا قائم بإسم المصلحة العامة، نفس الهدف تقصده الجمعيات المهنية والنقابية عند لجوئها إلى مجلس المنافسة كونها تدافع عن مصالح جماعية مشتركة.

كما أن لجوء المؤسسات والهيئات الاقتصادية والمالية إلى مجلس المنافسة يعتبر أمر طبيعي على أساس أنها المحور الرئيسي الذي يدور حوله قانون المنافسة وبالتالي فهي أعلم بالممارسات المرتكبة داخل الميادين أو المجالات التي تنشط فيها، أما بالنسبة للهيئات الاقتصادية والمالية فإننا نرى أن لجوؤها إلى مجلس المنافسة يعتبر مسألة اختيارية، خاصة في حالة وجود سلطات ضبط قطاعية في القطاعات الاقتصادية والمالية الخاضعة لها، حيث يكون لها الاختيار بين اللجوء إلى مجلس المنافسة أو إلى سلطة الضبط القطاعية.

فكل هذه المؤسسات والهيئات لها الحق بإخطار مجلس المنافسة بشرط :

1 الإشارة هنا إلى أن نص المادة 44، أعطى ذلك الحق إلى الوزير المكلف بالتجارة، بينما نص المادة 1/35 كان أوسع من سابقه، إذ أعطى ذلك الحق إلى الحكومة، هذه الأخيرة تعني الوزير الأول وكل أعضاء حكومته أي كل الوزراء بما فيهم الوزير المكلف بالتجارة .
2 لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة، ارجع إلى:
-القانون رقم 10 - 11، المتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم، السالف ذكره .
-القانون رقم 07 - 12 المتعلق بالولاية، السالف ذكره.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

-تقديم الطلب وهو الشكوية التي يجب اتباعها عند إخطار مجلس المنافسة، وهذا بموجب عريضة مكتوبة ترسل إلى رئيس المجلس¹، يتم إيداعها إما مباشرة على مستوى مكتب التنظيم العام لمجلس المنافسة أو على مستوى الأمانة العامة، أو إرسالها عن طريق رسالة مضمنة مع وصل بالاستلام إلى رئيس مجلس المنافسة²، مع وجوب احتواء تلك العريضة على مجموعة من البيانات الإيجابية³، كتحديد صفة ومصلحة صاحب الشكوى وتحديد أحكام الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، التي يدعي صاحب الشكوى أنه تم خرقها.

وقد اعتمد مجلس المنافسة السابق على الصفة كأول شرط شكلي للنظر في الدعوى، مما يدل على أهمية شرط الصفة في إجراء الإخطار، مع أن هناك من يرى أن هذا الشرط يفقد كل أهميته ويصبح دون معنى طالما هناك إمكانية الإخطار التلقائي⁴، وهو لا يستقيم كون مجلس المنافسة ليست لديه الإمكانيات المادية، للتوصل إلى كل حالات التجاوزات التي تستدعي تدخله تلقائياً، وإلا كان ذلك الإخطار غير مؤسس، من ذلك مثلاً قضية الإخطار المتعلق بإبرام صفقة لإنجاز مركز للتكوين المهني، والتي رفض المجلس فيها النظر في القضية المرفوعة أمامه لعدم الاختصاص مصرحاً بما يلي: "اعتباراً أنه يستنتج من كل ما سبق أن الممارسات التي يشتكي منها المدعو (ب ل)، لا تدخل في مجال اختصاص مجلس المنافسة وعليه فإن إخطاره غير مقبول"⁵.

كما يتم عرض الوقائع التي تميز هذا الإنتهاك والظروف الأخرى ذات الصلة، لاسيما التي لها علاقة بالقطاع والمنطقة الجغرافية المعنية والمنتجات والخدمات المتأثرة والشركات المعنية وأيضاً السياق القانوني والإقتصادي ذو الصلة إضافة إلى تحديد هوية وعناوين الشركات أو الجمعيات التي يسند إليها صاحب الشكوى هذه الخروق في حالة ما إذا كان بإستطاعته تحديد هويتها، كما يجب إرفاق ذلك الإخطار بكل الوثائق المتعلقة بالوقائع والعناصر المتضمنة فيه، بحيث يجب أن ترتب تلك الوثائق وترقم بشكل تسلسلي ضمن جدول إرسال يتضمن رقم كل وثيقة وموضوعها وعنوانها أو طبيعتها وعدد

1 أنظر المادة 08، من م ت رقم 11-241، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، المعدل والمتمم السالف الذكر.
2 أنظر المادة 07، من القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر.
3 أنظر المادة 08، من نفس القرار.
4 سهيلة ديباش، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، مرجع سابق، ص 286.
5 القرار رقم 02-D-99، الصادر عن مجلس المنافسة، بتاريخ 17 أكتوبر 1999، المتعلق بالإخطار الخاص بإبرام صفقة لانجاز مركز للتكوين المهني.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الصفحات التي تتضمنها، مع ضرورة الحرص أن يكون إرسال ذلك الجدول والوثائق الملحقة به في أربع نسخ¹.

- ضرورة توفر شرط الإختصاص، أي أن تكون الممارسات المشار إليها في الإخطار تدخل في إختصاص مجلس المنافسة².

وترفق عريضة الإخطار بعناصر مقنعة تدعم الوقائع المعروضة، كما جاء في المادة 3/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، التي تنص على ما يلي: "يمكن أن يصرح مجلس المنافسة بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية".

مما يعني أن عبء الإثبات يقع على المدعي أو المتضرر من الممارسة الغير المشروعة في الصفقات العمومية، وأن تكون تلك العناصر مدعمة بما يثبت جديتها وأنها ليست مجرد تخمينات³، غير أن ذلك لا يعني أنه ينتظر من الجهة المخطرة القيام بدور المحقق، لأن هذا الأخير يؤول إلى المجلس بعد إخطاره، بل يجب عليها تقديم الحجج الكافية والبراهين عن طريق إعطاء المؤشرات الأولية، التي تسمح باقتناع المجلس وحمله على قبول الإخطار⁴، وإلا كانت محل رفض لعدم توفرها على عناصر الإثبات الكافية، مثل القضية المتعلقة بإخطار شركة "فارنال" ضد عدد من المستوردين، التي إتهمتهم بالقيام بإستيراد بعض السلع وإعادة بيعها في السوق الداخلية بسعر أقل من سعر التكلفة وقد رفض المجلس آنذاك النظر في تلك القضية لعدم تدعيمها بعناصر إثبات مقنعة مصرحا بما يلي: "إعتباراً أنه لا يوجد أي دليل مقنع يثبت أن المستوردين المشتكى منهم قد باعوا منتوجاً ينافس منتوج الشاكي بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي وأنهم قاموا بذلك بهدف الحد من المنافسة في السوق يتعين الإعلان عن عدم قبول الإخطار"⁵.

وللمجلس سلطة تأجيل النطق في القضية وتوسيع التحقيق إذا كانت عناصر الإثبات غير مقنعة، مما يؤكد بأن العناصر المرفقة بعريضة الإخطار تكون على سبيل الدعم وليس الإثبات، لأنه

1 أنظر المادة 09، القرار رقم 01، المؤرخ في 24 جويلية 2013، يحدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر.
2 تنص المادة 44، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، على أنه: "ينظر مجلس المنافسة إذا كانت الممارسات والأعمال المرفوعة إليه تدخل ضمن تطبيق المواد 10، 11، 12، 07، 06، أعلاه أو تستند على المادة 09 أعلاه"، يمكن أن يصرح المجلس بموجب قرار معلل بعدم قبول الإخطار إذا ما ارتأى أن الوقائع المذكورة، لا تدخل ضمن إختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية". السالف الذكر.
3 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 301.
4 جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 333.
5 القرار رقم 07-09-D-99، الصادر عن مجلس المنافسة يوم 05 ديسمبر 1999، المتعلق بإخطار شركة "فارنال" ضد عدد من المستوردين.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يجب أن تتكون لدى مجلس المنافسة قناعة شخصية، كونه غير مقيد بما جاء في العريضة من طلبات أو تكييفات، إذ يمكنه إعادة تكييف الوقائع المتضمنة في تلك العريضة مع ما يراه مناسب وفق الدراسة والتحقيق التي يقوم بها¹، مثل ما قام به مجلس المنافسة السابق في القضية المتعلقة بشركة "صوميكس" ضد شركة "سافيكس"، حيث صرح المجلس آنذاك بما يلي:

اعتباراً أن العناصر المستخلصة من الملف والمناقشات التي دارت في الجلسة لا تسمح للمجلس بالتأكد من حقيقة الممارسات المشتكى منها ومن سداد الردود المنفذة لها، مما سيتوجب معه استكمال التحقيق قصد جمع المزيد من العناصر والمعلومات حول السوق المعنية ليتسنى للمجلس تحليلها..... لذلك قرر تأجيل البث في الإخطار².

- ضرورة عدم تقادم الوقائع بالتقادم المسقط المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 44، والمحدد بثلاث سنوات، ما لم يحدث بشأنها أي بحث أو معاينة أو عقوبة.

بعد التأكد من توفر جميع الشروط المذكورة وقبل إيداع أو إرسال عريضة الإخطار إلى مجلس المنافسة، يجب الحرص على أن تكون تلك العريضة وكل الوثائق الملحقة بها مكتوبة باللغة العربية أو إرفاقها بالترجمة الرسمية في حالة تخلف هذه الأخيرة³، مع تضمين الملف بنسخة إلكترونية تحتوي على كل الوثائق الواردة في الملف الورقي وارسالها إلى الموقع الإلكتروني لمجلس المنافسة، سواء بالتزامن مع الملف الورقي أو بعده⁴، بعد ذلك يمكن إيداع أو إرسال عريضة الإخطار إلى مجلس المنافسة، الذي يقوم بتسجيلها والوثائق الملحقة بها على مستوى مديرية الإجراءات، مع وسمها بطابع يدل على تاريخ استلامها أو إيداعها ومنح وصل استلام يشير إلى تاريخ التسجيل ورقم القضية وموضوعها والذي يجب على الأطراف ذكره في جميع مراسلاتهم⁵، يبقى في الأخير الإشارة إلى أن النظام الداخلي لمجلس المنافسة يسمح للأطراف المعنية بتقديم الإخطار بالإستعانة بمحام⁶.

1 Rachid ZOUAÏMIA, Le droit de la concurrence, op Cit, p 201.

2 القرار رقم 05-D-99، الصادر عن مجلس المنافسة يوم 05 ديسمبر 1999، المتعلق بإخطار شركة "صوميكس" ضد شركة "سافيكس".

3 أنظر المادة 08، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م و إ، السالف الذكر.

4 تطبيقاً لنص المادة 22، من القرار رقم 01 المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف ذكره.

5 انظر لنص المادة 11، من نفس القرار.

6 انظر لنص المادة 19، من نفس القرار.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

*الإخطار التلقائي:

ينظر مجلس المنافسة مباشرة في القضايا التي تدخل في اختصاصه من تلقاء نفسه¹، مما يجعله وسيلة مهمة وضعت لدى مجلس المنافسة تعطيه الحق في التدخل مباشرة للحد من الممارسات التي تقيد المنافسة ومعاقبة مرتكبيها، غير أنه في الفترة الممتدة بين 1996-2002 لم يتم اللجوء إليها واستعمالها، الأمر الذي ميز مجلس المنافسة السابق بالجمود وجعل الكثير من المؤسسات تفلت من العقاب وهو ما يعتبر مساساً بالمنافسة في حد ذاته، لكن بالإعتماد على تطبيقات مجلس المنافسة الفرنسي نستطيع استنتاج الحالات التي يمكنه فيها اللجوء إلى هذا النوع من الإخطار وهي²:

- في حالة ما يتم إخطار مجلس المنافسة بممارسة ما، لكنه يرفض ذلك الإخطار بسبب افتقاره لعناصر إثبات مقنعة وكافية، أو كان ينقصه أحد العناصر الشكلية، رغم كون الممارسات موضوع الإخطار تدخل في اختصاص مجلس المنافسة، أو كانت العريضة مستوفية للشروط لكن المؤسسة التي تقدمت بها تراجع وسحبها، ففي هذه الحالة وحتى لا تفلت المؤسسات المرتكبة للممارسات المعروضة عليه من المتابعة، يلجأ مجلس المنافسة إلى هذا النوع من الإخطار.

- في حالة قيام مجلس المنافسة بالتحقيق ودراسة قضية معينة، ثم يتبين له وجود ممارسات مقيدة للمنافسة في سوق أخرى، سواء تعلق الأمر بقطاع نشاط مجاور أو مرتبط أو جغرافياً متميز عن مجال السوق محل الإخطار والدراسة، ففي هذه الحالة يلجأ مجلس المنافسة تلقائياً للتحقيق في تلك الممارسات حماية للسوق.

2-التحقيق:

يتوجب على مجلس المنافسة قبل إنطلاق مرحلة التحقيق، التأكد من أن موضوع الإخطار لا يدخل ضمن صلاحيات سلطة ضبط قطاعية، فإذا حدث العكس يتوجب عليه تبليغ سلطة الضبط المعنية لإبداء رأيها في القضية وذلك في مدة أقصاها 30 يوماً³، بمعنى العمل بالتنسيق بين مصالح السلطتين، لتبدأ مرحلة التحقيق وذلك بتعيين الأشخاص المكلفين بذلك والذين يتوجب عليهم اتباع إجراءات محددة قانوناً، مع ضرورة الإشارة هنا إلى وجوب التمييز بين مرحلة التحقيق ومرحلة إتخاذ

1 المادة 44، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 303.
3 المادة 39، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

القرار، حيث أن المقررين المتمتعين بسلطة التحقيق لا يحق إشراكهم في إتخاذ القرار النهائي، كما سيتم توضيحه فيما سيأتي :

أ- الأشخاص المكلفون بالتحقيق:

تتطلب عملية التحقيق في العريضة المقدمة أمام مجلس المنافسة، بقيام رئيسه بتعيين المقرر المكلف بتلك العملية¹، فهو يعتبر بمثابة الركيزة الرئيسية للمجلس، فذلك التعيين يعتبر حرصاً من قبل المشرع على الفصل بين التحقيق وبين إتخاذ القرار، أي الفصل بين عمل المقرر (التحري والتحقيق) وعمل المجلس (إتخاذ القرار)، وفي هذا الإطار من أجل ذلك يرسل رئيس مجلس المنافسة جميع الإخطارات طلبات إبداء الرأي وكذا طلبات التدابير المؤقتة فور تسجيلها إلى المقرر العام المكلف بتأمين التنسيق والمتابعة والإشراف على أعمال المقررين²، كما يمكن مساعدته من طرف فئات أخرى سمح لها القانون بالتدخل على مستوى هذه المرحلة للقيام بعملية التحقيق³ على غرار:

-ضباط الشرطة القضائية⁴،

-أعوان الشرطة القضائية⁵،

-المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة⁶، -الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية⁷، وذلك بموجب تفويض كتابي يستظهرونه في جميع مراحل التحقيق، كما يجب على المقرر أو المحققين أثناء عملية التحقيق هذه احترام جميع المراحل الإجرائية الخاصة بهذه المرحلة .

ب-إجراءات التحقيق:

يمر التحقيق في القضايا المرفوعة أمام مجلس المنافسة بعدة مراحل إجرائية إلزامية مهمة، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

1 أنظر المادة 1/50، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
2 أنظر المادتين 24، 25، من القرار رقم 01، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر .
3 أنظر المادة 49، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
4 أنظر المادة 15، من الأمر 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن في ج، ج، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم، بالقانون رقم 19-10، المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ج، ج، ج، ج، العدد 78، المؤرخة في 18 ديسمبر 2019، والمتمم بالأمر رقم 21-11، المؤرخ في 25 غشت 2021، ج، ج، ج، ج، العدد 65، المؤرخة في 25 غشت 2021.
5 المحددين بموجب نص المادة 19، من الأمر 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، وهم :
-موظفو مصالح الشرطة وذوو الرتب في الدرك الوطني ورجال الدرك ومستخدمو مصالح الأمن العسكري الذين ليست لهم صفة ضباط الشرطة القضائية.
6 المقصود بهم الموظفون الذين ينتمون إلى الإدارة المركزية والمصالح الخارجية (ولائية و جهوية) التابعة لوزارة التجارة، السالف الذكر .
7 المادة 02، من م ت رقم 06-327، المؤرخ في 18 سبتمبر 2006، المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلاحياتها، ج، ج، ج، العدد 59، المؤرخة في 24 سبتمبر 2006.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

-مرحلة المعاينة والمراقبة:

يحق للمقرر أو المحقق فحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني¹، سواء كانت تلك المستندات إدارية أو تجارية أو مالية أو محاسبية وكذا أية وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية، كما يمكنه المطالبة بإستلام أية وثيقة، حيثما وجدت ومهما كانت طبيعتها من المؤسسة المعنية بالقضية مباشرة أو من أي مؤسسة أو شخص آخر وله في ذلك أن يحدد لهم الأجال الواجب فيها تسليم تلك المعلومات ويسمى عمل المقرر في هذه المرحلة ب "التحقيق المبسط".

غير أن التحقيق قد لا يكتفي بالتوقف عند هذه الأعمال البسيطة وإنما القيام بأعمال ثقيلة، أي عدم الاكتفاء بفحص الوثائق فقط، بل يمكنه حجز كل المستندات التي تساعده على أداء مهامه بشرط تحرير محاضر بذلك سواء عند الحجز أو عند إعادة المستندات المحجوزة إلى أصحابها الذين تسلم لهم نسخة منها²، كما يمكنه الدخول بكل حرية إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وبصفة عامة إلى أي مكان، بإستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، كما يمكنه أيضاً معاينة البضائع أثناء نقلها وفتح أي طرد أو متاع بشرط حضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل³، كما يمكن للمقرر استدعاء أي شخص له علاقة بالملف المدروس للاستماع إليه⁴.

وهنا يجب الإشارة إلى أن القانون الجزائري لم يلزم المقرر باللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على إذن للقيام بعمليات التفتيش والحجز، عكس القانون الفرنسي الذي يشترط ذلك، مما دفع بالبعض إلى التساؤل حول ما إذا يكون بإمكان المقرر القيام بذلك من غير الحصول على تلك الرخصة، تطبيقاً للمبدأ القانوني الذي يقضي بـ " ما لم يمنعه القانون فهو مباح .

يبقى في الأخير أن نشير إلى أنه يجب على كل المؤسسات المعنية بهذه العملية الانصياع لأوامر المقرر والا اعتبرت مرتكبة لمخالفة توصف كمعارضة لمراقبة كل عرقلة وكل فعل من شأنه منع تأدية مهام التحقيق من طرف الموظفين المكلفين بذلك والمعاقب عليها بالحبس من ستة (06) أشهر

1 انظر المادة 1/28، من القرار رقم 01، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر .
2 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 306.
3 انظر المادة 51، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 انظر المادة 53، من نفس الأمر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

إلى سنتين (02) وبغرامة من مائة ألف (100.000) دينار إلى مليون (1.000.000) أو بإحدى هاتين العقوبتين من طرف القضاء العادي¹، كما يدخل في إطار معارضة التحقيق المعاقب عليها رفض تقديم الوثائق التي من شأنها السماح بتأدية مهام التحقيق وغيرها من الأعمال المشابهة الأخرى، وتنتهي هذه المرحلة بتحرير المقرر لتقرير أولي يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة من طرفه.

-مرحلة إعداد التقارير:

استخلاصا من نتائج المرحلة السابقة، هناك عدة تقارير يعدها المقرر، يمكن تقسيمها إلى نوعين هما:

-التقرير الأولي الذي يعده المقرر مباشرة بعد الإنتهاء من عملية المعاينة والمتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة من قبله، فهو بمثابة حصيلة أولية للعمل التحقيقي الذي قام به المقرر أو عمل تحضيري لقرار مجلس المنافسة الذي له أمر اتخاذ القرار النهائي الذي بإمكانه مخالفة محتوى ذلك التقرير، حيث إن مجلس المنافسة غير مقيد بما ورد من طلبات في عريضة الإخطار، بل بإمكانه تمديد تحقيقه إلى وقائع لم يرد ذكرها في عريضة الإخطار أصلا لكن تم التوصل إليها أثناء مرحلة التحقيق²، ليتم بعد ذلك تبليغه إلى رئيس مجلس المنافسة الذي يبلغه بدوره إلى كل الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى جميع الأطراف ذات المصلحة، إحتراما لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، مما يترتب على ذلك إمكانية قيام تلك الأطراف بإبداء ملاحظاتها بشكل كتابي في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر³، بمعنى أن القانون أعطى لهم حق الرد على أوجه المتابعة التي تم الاحتفاظ بها بعد عملية التحقيق.

-التقرير النهائي الذي يعده المقرر، بعد إنتهاء آجال الرد على ما ورد في التقرير الأولي من طرف الجهات ذات المصلحة، على أن يكون معللا ومتضمنا المآخذ النهائية المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وعند الاقتضاء اقتراح تدابير تنظيمية، بعد ذلك يتم تبليغه إلى رئيس مجلس المنافسة، الذي يحدد تاريخ الجلسة وبيّله مرفقا بالتقرير النهائي إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة، الذين يعطى لهم أجل شهرين لإبداء ملاحظاتهم المكتوبة، وارسالها إلى المقرر

1 أنظر المادة 53، القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 محمد الشريف كتو، الممارسات المنافسة للمنافسة في القانون الجزائري: دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، مرجع سابق ص 313-314.

3 أنظر المادة 52، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

مرة أخرى لإبداء رأيه فيها، كما يمكن للأطراف المعنية الاطلاع على الملاحظات المكتوبة قبل 15 يوم من تاريخ الجلسة.

نلاحظ مما سبق حرص المشرع على تمكين الأطراف المعنية بالقضية من الاطلاع على تطورات عملية المعاينة والتحقيق في القضية في جميع المراحل الإجرائية، من أجل إضفاء الشفافية الكاملة على عمل مجلس المنافسة، مع التذكير أن ذلك الاطلاع يستثنى منه الوثائق المحاطة بطابع السرية، كما لهؤلاء الأطراف الحق بالاستعانة بمحاميين خلال هذه العملية، الذين يحضرون معهم إلى مقر مجلس المنافسة، مما يسمح لهم بالإستفادة من ضمانات قانونية تكفل لهم مناقشة الوقائع المنسوبة إليهم¹، مع إمكانية تصوير نسخ عن جميع الوثائق أو على أجزاء منها على نفقتهم الخاصة².

وبهذا الإجراء تكون القضية موضوع التحقيق مهياً للفصل فيها وبها تنتهي المرحلة الإجرائية الأولى، لتتطلق المرحلة الثانية وهي انعقاد جلسة مجلس المنافسة للنظر في القضايا المعروضة عليه، والتي من يمكن من خلالها أن تباشر المؤسسات المعنية بالقضية موضوع الدراسة على مستوى مجلس المنافسة، باستعمال الحق في التفاوض مع مجلس المنافسة حول مسألة إيجاد حلول بديلة، بعد أن تتأكد من أنه لا محالة أمامها سوى هذه الوسيلة، للإفلات من العقوبة أو على الأقل التخفيف منها.

-الفصل في القضية:

بعد الانتهاء من إجراء التحقيق تكون القضية جاهزة للفصل فيها، حيث يعقد مجلس المنافسة جلساته مغلقة تحت إشراف الرئيس، ولا تصح إلا بحضور ثمانية (08) من أعضائه على الأقل، إلى جانب المقرر وممثل الوزير المكلف بالتجارة اللذين لا يملكان حق التصويت على أن يتم إتخاذ القرارات بالأغلبية البسيطة لأصوات الأعضاء الحاضرين وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً³.

كما يمكن لرئيس المجلس في حالة الضرورة عرض القرار أو الرأي إلى التصويت عن طريق رفع اليد أو باللجوء إلى إستعمال ورقة سرية التصويت غير المعبر عنه أو الامتناع واللذين لا يؤخذان عند احتساب الأغلبية⁴، ولا يمكن لأي عضو أن يشارك في المداولة يكون له فيها مصلحة أو يكون

1 عبد الرحمن عزوي، "العقوبة الإدارية سبيل قانوني للحد من سلبيات الوضعية الإجتماعية للعقاب"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 275.

2 انظر المادة 28، من القرار رقم 01، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر.

3 انظر المادة 28، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 انظر المادة 40، من القرار رقم 01، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

بينه وبين أحد الأطراف صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية، ولا يحضر الأطراف المعنية المداولات ولا وزير التجارة، الذي يحضر الجلسات فقط¹.

كما يجب أن تحرر تلك القرارات في نسخة أصلية واحدة يعطى لها رمز يتطابق مع طبيعة القضية ورقمها التسلسلي، متضمنة إسم ولقب الأعضاء واسم ولقب المقرر العام أو المقررين الذين ضروا الجلسة، مع وجوب توقيعها من قبل رئيس الجلسة وكتابها أو من قبل مدير الإجراءات ومتابعة الملفات في حالة وجود مانع يحول دون توقيع الكاتب².

كما يجب أن تتضمن تلك القرارات وتحت طائلة البطلان آجال الطعن وكذلك أسماء وصفات وعناوين الأطراف التي بلغت إليها³، مما يفيد خضوع تلك القرارات إلى الرقابة القضائية عن طريق الطعن استنادا إلى الأسباب المعتمد عليها من قبل مجلس المنافسة عند اتخاذه قراراته، مما يسمح باعتبار التسبب شكلية جوهرية في تلك القرارات والتي لا يمكن اعتبارها نهائية، مما يضيف عليها نوعا من الشفافية⁴.

إضافة إلى وجوب تبليغها إلى الأطراف المعنية عن طريق محضر قضائي وذلك لتنفيذها، كما ترسل إلى الوزير المكلف بالتجارة⁵، لنصل في الأخير الى نشر القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة في النشرة الرسمية للمنافسة وعلى موقعه الإلكتروني مع إمكانية نشر مستخرجات منها عبر أية وسائل إعلامية أخرى، كالجرائد أو المجالات المتخصصة حتى يتم إعلام المؤسسات الناشطة في السوق بطبيعة القرارات الصادرة عن المجلس والأطراف المعنية بها حتى تكون عبرة لغيرها وحتى تكون مادة وأساسا يستند عليه الباحثون الناشطون والمهتمون بهذا المجال.

وعليه يمكن تصنيف القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة عقب كل تلك المراحل الإجرائية المذكورة أعلاه إلى⁶:

-الحفظ ويصدر هذا القرار عندما يتنازل صاحب الإخطار عن ادعائه.

1 انظر المادة 26، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 انظر المادة 41، من القرار رقم 01، المحدد للنظام الداخلي لمجلس المنافسة، السالف الذكر.
3 انظر المادة 47، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 117.
5 انظر المادة 47، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
6 محمد الشريف كتنو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري : دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، رجع سابق، ص 333.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

-قرار إنتفاء وجه الدعوى وذلك عندما لا يؤدي التحقيق إلى إثبات وجود ممارسة مقيدة للمنافسة.

-رفض الإخطار وذلك عندما تكون الوقائع المسجلة لا تدخل ضمن إختصاص المجلس أو أنها لم تكن مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، أو لا يكون لصاحبها صفة التقاضي أو عندما لا يتمسك المجلس بالمآخذ التي تم تبليغه بها.

-قرار تعليق الفصل في القضية عندما يتطلب الأمر إجراء تحقيق تكميلي أو في حالة إنتظار حكم محكمة قضائية أو إدارية والتي تكون قد أخطرت هي الأخرى بنفس الوقائع.

-القرار التنازعي وذلك عندما يحكم مجلس المنافسة على الأطراف المعنية المرتكبة لإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة بالعقوبات المنصوص عليها قانونا.

- قرار قبول أو رفض الإجراءات التحفظية وذلك تطبيقا لنص المادة 46 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم السالف ذكره.

البند الرابع: الرقابة على قرارات مجلس المنافسة

تعد الرقابة على أعمال هيئات الضبط الاقتصادي من أهم المهام المنوطة بالجهات القضائية، نظرا لما لها من أهمية في مجال المنافسة، ما دام من يباشرها ويتولاها يتمتع بالحياد التام والاستقلال الحقيقي عن أطراف النزاع، ويمتلك الدراية والمقدرة القانونية للفصل والرقابة وفرض الجزاء الملزم بتقرير المصادقة والإلغاء أو التعويض، وإجبار الهيئات المتدخلة على احترام كافة القوانين في الدولة والسير وفق ما يقتضي القانون والعمل في دائرته وعدم مخالفة أحكامه¹.

ولقد اختلف الفقه حول طبيعة الرقابة القضائية على الهيئات الإدارية المستقلة، بين قائل بكون أن القاضي الإداري هو المختص لمراقبة أعمال هيئات الضبط ما دام القاضي العادي غير مؤهل لممارسة هذه الرقابة لخروجها عن دائرة اختصاصه، وبين قائل بضرورة منح هذه الرقابة للقاضي العادي .

1 بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10، العدد 01، جامعة 08 ماي 1945، قلمة، الجزائر، 2016، ص 396.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أولا : رقابة القاضي العادي على منازعات مجلس المنافسة

تتعدد القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة في مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة، بين أوامر وتدابير مؤقتة¹ واستعجالية، والذي كان من المفروض أن يتم مراقبتها من طرف القضاء الإداري، تماشيا والمعيار العضوي المعتمد من طرف المشرع الجزائري لتحديد الإختصاص، ولكن خروجاً على هذه القاعدة منح المشرع الإختصاص استثناءً لمجلس قضاء الجزائر-الغرفة التجارية- لفحص ورقابة منازعات مجلس المنافسة المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة ومنح الإختصاص الطبيعي لفحص منازعات المجلس للقاضي الإداري في قضايا رفض التجميع.

1-الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الغرفة التجارية حصراً:

نصت الفقرة الأولى من المادة 63، من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم ، على ما يلي: "تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية من قبل الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة وذلك في أجل لا يتجاوز شهراً واحداً إبتداءً من تاريخ استلام القرار".

فمن خلال استقراء هذه الفقرة يمكننا إعطاء الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى هي أن المشرع استعمل مصطلح " طعن " ولم يستعمل مصطلح " استئناف"، حتى وان كان الإجراء الممارس أمام المجلس القضائي يسمى في الأصل بالاستئناف²، وحسنا ما عمل المشرع الجزائري، ذلك أن الاستئناف لا يكون إلا ضد حكم صادر عن جهة قضائية من الدرجة الأولى، بينما مجلس المنافسة لا يعبر جهة قضائية، بل هو " سلطة إدارية مستقلة"³، وبالتالي فهو لا يصدر أحكاماً قضائية بل قرارات إدارية قابلة للطعن و ليس للاستئناف⁴.

-الملاحظة الثانية هي أن المشرع حصر الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، غير أنه لم يتطرق إلى الآثار الناتجة عن ذلك الطعن، بمعنى أن المشرع فتح المجال أمام فئة معينة من الأشخاص للطعن في قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، مما يجعل إمكانية

1 انظر المادة 46، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 ينظر المادة 537، وما يليها من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م و، السالف الذكر.
3 ينظر المادة 23، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 ينظر المادة 63، من نفس الأمر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

قيام القاضي التجاري هنا بالحكم لصالح هؤلاء الأشخاص، وبالتالي اقرار خطأ مجلس المنافسة في إصدار قراره محل الدعوى، مما يجعل امكانية قيام مسؤولية هذا الأخير واردة وقائمة ذلك ما سيمكنهم بالمطالبة بالتعويض.

ولا تختلف الإجراءات المتبعة أمام المجلس عن الإجراءات المعروفة أمام المحاكم، لاسيما ما تعلق منها بالتحقيق في القضايا وضمان حقوق الدفاع واعتماد مبدأ الوجاهية بين الخصوم المعتمد في المحاكمات العادية، وفوق ذلك كله فإن القرارات التي يتخذها قد تكون محل طعن أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المواد التجارية، هذا الأخير يمكن الطعن بقراراته بالنقض أمام مجلس المحكمة العليا، بإستثناء القرارات التي يرفضها مجلس المنافسة الخاصة بمنح تراخيص بالتجميع، فإن الطعن فيها يكون أمام مجلس الدولة، فهي قرارات إدارية مما يجعل الطعن فيها يكون أمام مجلس الدولة¹، ويعود منح المشرع الجزائري لمجلس الدولة هذا الاختصاص، نتيجة ممارسة مجلس المنافسة لصلاحياته الإدارية، ومن بينها القرارات المتعلقة برفض منح الترخيص بالتجميع.

أ- سلطة القاضي في الغاء قرارات مجلس المنافسة:

تقع رقابة مجلس قضاء الجزائر في هذا المجال، على مراقبة المشروعية الداخلية والخارجية للقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، حيث يتأكد القاضي بأن المجلس عند اصداره لتلك القرارات لم يخالف قانون المنافسة، سواء تعلق الأمر بالتكييف القانوني للممارسات محل القرار المطعون فيه، أو عدم احترامه للإجراءات القانونية أو الشكلية المتطلبية لإصدار ذلك القرار.

فإذا ما لاحظ القاضي أن قرار مجلس المنافسة مشوب بعيب إجرائي أو موضوعي، فله سلطة إلغاء القرار على اساس العيب القائم سواء بالإلغاء لعدم الاختصاص أو للتقادم أو انعدام النصاب القانوني أو تجاوز القانون بخطأ في التكييف أو بأي عيب، عندئذ فإن القرارات المحتمل صدورها من قبل القاضي التجاري يمكنها أن تتخذ إحدى الصور التالية:

- رفض الدعوى شكلا لتخلف أحد الأركان الشكلية، أو رفضها لعدم التأسيس في الموضوع.

- إما قبول الدعوى والقضاء بإلغاء القرار الصادر عن مجلس المنافسة.

1 تتص المادة 19، الفقرة 03، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، على أنه: "يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة"، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ب- سلطة القاضي في مراجعة قرارات مجلس المنافسة

إن مراجعة قرارات مجلس المنافسة من قبل القاضي الفاصل في دعوى الطعن، تعني صلاحية هذا الأخير في تعديل تلك القرارات، في هذه الحالة فإننا نتساءل عن تلك الصلاحية فيما يتعلق بالقرارات المقررة لتطبيق عقوبات مالية، بمعنى هل بإمكان القاضي التجاري تخفيض قيمة الغرامة المالية التي قضى بها مجلس المنافسة على المؤسسة المدعى عليها أم لا؟.

في الحقيقة لا يمكننا في هذا المستوى من البحث تقديم إجابة وافية ومقنعة لتلك الأسئلة، غير أن ذلك لا يمنعنا من الإستناد على التجربة الفرنسية في هذا المجال، حتى تكون لدينا نظرة حول طريقة إيجاد الحلول لمثل هذه التساؤلات، حيث إنه ساد هناك الاعتقاد ولمدة طويلة وبالإستناد على النتائج المحصل عليها عقب اللجوء إلى الطعن أمام محكمة استئناف باريس، بأن قاضيها يؤكد في أغلب الأحيان العقوبات المقررة من قبل مجلس المنافسة¹.

غير أنه وبموجب الطعن في القرار الصادر عن مجلس المنافسة الفرنسي رقم 08-D-32² والذي قضى بمعاقبة مجموعة من المؤسسات الاقتصادية الناشطة في مجال الحديد والصلب والتي قدر عددها بإحدى عشرة مؤسسة، بسبب ارتكابها لممارسات منافية للمنافسة، بغرامة مالية خيالية آنذاك قدرت في مجملها بـ 716.450.000 أورو.

أعقب ذلك القرار لجوء العديد من تلك المؤسسات إلى تقديم طعن أمام محكمة استئناف باريس، التي فاجأت الجميع بإصدارها قرارا يقضي بتخفيض قيمة تلك الغرامة إلى قيمة قدرت بـ 575.454.500 أورو هذا القرار أثار ضجة كبيرة في الأوساط القضائية الفرنسية (مع الإشارة إلى أن ذلك القرار لم يكن سابقة في قضاء محكمة استئناف باريس، حيث إنها أقرت في العديد من قراراتها الأخرى تخفيض قيمة الغرامات المطبقة من طرف مجلس المنافسة الفرنسي على المؤسسات المرتكبة لممارسات منافية للمنافسة³، دفعت بوزيرة الاقتصاد آنذاك إلى تعيين لجنة عمل وتحقيق للبحث في

1 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 439.

2 Décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques . Disponible sur le site web :- www.autoritedelaconcurrence.fr (Consulté le 28/01/2022, a 11 :20).

3 Voir à ce propos :

- Arrêt CA Paris, (pol 5, ch 5-7), du 29 septembre 2009, relatif à la décision déferée a la cour n° 08-D-12 rendue le 21 mai 2008 par le conseil de la concurrence.

- Arrêt CA Paris, (1° ch, sec H), du 06 mai 2008 relatif a la décision déferée a la cour n° 07-D-08 , rendue par le conseil de la concurrence.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

جانب مهم من سياسة المنافسة المتمثل في توقيع الجزاءات، هذه الأخيرة أقرت ضمن النتائج المتوصل إليها في نهاية عملها ما يلي:

« C'est à l'autorité, donc au rapporteur pour ce qui est de l'instruction qu'il revient d'établir au premier chef, les éléments permettant d'apprécier la sanction et en particulier l'importance du dommage a l'économie »¹.

والجدير بالتنويه، أنه في حالة تأييد الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر لقرار مجلس المنافسة، فيكون للمعني الخيار بين تنفيذ قرارات مجلس المنافسة أو الطعن ضد قرار الغرفة التجارية أمام المحكمة العليا وفق الإجراءات الواردة في القواعد العامة.

2- الطعن أمام مجلس الدولة فيما يخص قرارات التجميع :

ينشأ التجميع عن اندماج مؤسستين أو أكثر كانت مستقلة من قبل، كما ينتج عن عقد مهمما كان شكله يتضمن تحويل الملكية بكل أو جزء من ممتلكات أو حقوق أو سندات عون اقتصادي، قصد تمكين العون الإقتصادي من مراقبة عون اقتصادي آخر، أو ممارسة النفوذ الأكيد عليه والذي من شأنه المساس بالمنافسة وتعزيز وضعية الهيمنة على السوق².

فمجلس المنافسة هو صاحب الاختصاص في اتخاذ القرارات بشأن عمليات التركيز الإقتصادي، فبعد انتهاء مجلس المنافسة من تقييم مشروع التجميع يقوم خلال الآجال المحددة بثلاثة أشهر³، بإصدار قراره بشأن مصير التجميع المعروض عليه، وهذا بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالقطاع المعني، فيكون القرار المتخذ من قبل مجلس المنافسة يتضمن الترخيص بالتجميع، إذا ارتأى المجلس أن عملية التجميع لا تتجرا عنها نتائج سلبية وخطيرة تؤثر على المنافسة، قد يكون قراره المتضمن الترخيص بالتجميع قرارا عاديا أو مشروطا⁴.

أما في حالة صدور قرار بالرفض من قبل مجلس المنافسة يعطى لطالبي الترخيص بالتجميع الحق في الطعن أمام مجلس الدولة⁵، وهذا ما تضمنته الفقرة 03 من المادة 19 من الأمر رقم 03-03 " يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

1 قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص440.
2 أنظر المادة 15، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 أنظر المادة 17، من نفس الأمر.
4 أنظر المادة 19، من نفس الأمر.
5 حبيبة نموشي، الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة الصادرة في مجال عمليات التركيز الاقتصادي، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 06، العدد 12، جامعة العلوم الإسلامية، الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2017، ص308.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري حصرا مجال الطعن في قرارات رفض التجميع دون باقي القرارات الأخرى، فيكون بذلك قد خول لمجلس الدولة سوى اختصاص النظر في القرارات القاضية برفض التجميعات الإقتصادية، مستبعدا قرارات الترخيص أو الترخيص المصحوب بتنفيذ تعهدات أو أوامرا مجلس المنافسة من نطاق الطعن على اعتبار أن إمكانيات الطعن أو الإلغاء تخص فقط قرارات رفض الترخيص¹، وهنا يكون المشرع قد تجاهل حق الأطراف الخارجة عن عملية التجميع من الطعن في قرارات الترخيص بالرغم من إمكانية تضرر هذه الأطراف نتيجة الترخيص بالعملية.

خلافًا لذلك نجد المشرع الفرنسي الذي أعطى الاختصاص في اتخاذ القرارات بشأن التجميعات الإقتصادية إلى الوزير المكلف بالاقتصاد يمنح للأطراف الخارجة عن عملية التجميع حق الطعن أمام مجلس الدولة ضد قرار الوزير على أساس التعسف في استعمال السلطة وذلك عندما تلاحظ الأطراف الخارجة عن التجميع أن القرار يمس بمصالحها².

أ- سلطة القاضي الإداري في إلغاء قرارات مجلس المنافسة:

إن هدف القاضي الإداري في دعوى الإلغاء هو البحث عن مدى مشروعية القرار الإداري وإعدام أي عمل إداري غير مشروع تكريسا لدولة القانون والمحافظة على مشروعية الأعمال الإدارية، وعليه يتولى القاضي الإداري ممثلا في مجلس الدولة فحص مشروعية القرار الإداري محل الطعن³، إذ يفحص المشروعية الخارجية لقرار مجلس المنافسة وذلك بالتأكد من أن مجلس المنافسة تصرف وفقا لقواعد الاختصاص المحددة له واحترام الإجراءات والشكليات التي يستوجبها القانون.

و يتأكد من مدى التزام مجلس المنافسة بالأجل القانوني الذي يجب خلاله اتخاذ قراره بشأن عملية التجميع، بما يفحص المشروعية الداخلية لقرار مجلس المنافسة ويتأكد من أنه لم يخالف معايير تقديرا التجميعات، والتي على أساسها يتم إخضاع عملية التجميع لرقابة مجلس المنافسة، كما يراقب

1 بن حملة سامي، الرقابة على التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، رسالة الدكتوراه علوم في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة متنوري قسنطينة، الجزائر، 2010، ص 365.

2 DOMINIQUE Berlin, Control des concentrations, Edition de l'Université de Bruxelles Paris, 2009, p348.

3 عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 67.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

مدى مشروعية الاقتراحات والشروط والتعهدات التي فراضها المجلس لقبول التجميع¹، فإذا تأكد من عدم مشروعية القرار يتم إلغاؤه.

وانطلاقاً من أن دعوى الإلغاء تهدف بالدرجة الأولى إلى إقرار مبدأ المشروعية، وذلك من خلال إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، فإن سلطات القاضي الإداري في هذه الدعوى ضيقة ومحدودة، وتقتصر فقط على الحكم بإلغاء القرار الإداري إذا تبين أنه غير مشروع، أما إذا تبين العكس فإنه يقوم بتأييده لكونه قراراً إدارياً مشروعاً².

بخصوص ميعاد الطعن فيحدد أمام مجلس الدولة خلال 04 أشهر، تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ القرار المتضمن رفض التجميع، وللمدعي أن يقوم بإجراء التظلم أمام مجلس المنافسة في نفس الآجال المطبقة على رفع الدعوى، وفي حالة مرور شهرين من تبليغ التظلم وسكوت مجلس المنافسة عن الرد يعد رفضاً للتظلم، ومن تاريخ انتهاء الشهرين المتعلقين بالتظلم يكون للمتظلم شهران آخران لرفع الدعوى القضائية ونفس الأمر في حالة رد مجلس المنافسة برفض تظلم في الأجل الممنوح له، إذ يبدأ أجل الشهرين من تاريخ تبليغ الرفض، ويثبت إيداع التظلم أمام مجلس المنافسة بكل الوسائل المكتوبة ويرافق مع عريضة³.

وبالتالي فإن القبول بإختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد المنافسة، لن يكون أمراً غريباً بالموازاة مع القاضي المدني الذي يختص بنظر البطلان المتعلق بالإتفاقيات التي لها علاقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، وكذا بإقرار مرتكبيها مدنياً .

ب- سلطة القاضي الإداري في المصادقة على قرارات مجلس المنافسة:

شدد المشرع في أحكام قانون المنافسة على رقابة الصفقات العمومية، بإدراج هذه الأخير ضمن النشاطات الخاضعة لتطبيق قانون المنافسة وضمن نطاق اختصاص مجلس المنافسة، وهذا ما نصت عليه المادة 02 بقولها: تطبق أحكام هذا الأمر:- الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة⁴، وبالتالي فإختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد قانون المنافسة بالموازاة مع القاضي المدني يعزز المنافسة.

1 أنظر المواد: 17، 18، 19، 58، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 حبيبة نموشي، الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة الصادرة في مجال عمليات التركيز الاقتصادي، المرجع السابق، ص 316.

3 أنظر المواد من 815 إلى 819، من ق إ م و إ، السالف الذكر.

4 أنظر المادة 02، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ثانيا : وقف تنفيذ القرارات الإدارية

انطلاقا من تمتع القرارات الإدارية بقرينة المشروعية وامتياز الأولوية للذات يسمحان بالتنفيذ الفوري لها، رغم أنه محل طعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري، وانطلاقا من الخصائص المميزة لمنازعات مجلس المنافسة بصفة خاصة وسلطات الضبط القطاعية بصفة عامة، التي تقتضي السرعة في تطبيقها، نظرا لطبيعتها الاقتصادية التي تحتم ذلك.

كل ذلك جعل أغلب النصوص القانونية المنشئة لتلك السلطات تقرر بعدم وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها أمام الطعون المقدمة ضدها، بمعنى أنه يجب تنفيذها مباشرة وبقوة القانون، ذلك ما من شأنه أن يجعل تلك الأحكام تتماشى مع القواعد العامة المتضمنة في القانون العام والقاضية بأن القرارات الإدارية ممهورة بالنفوذ وأن الطعون القضائية لا توقف تنفيذها كأصل عام، كنتيجة منطقية لامتياز الإدارة¹، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك.

غير أن قاعدة نفاذ القرارات الإدارية وضع لها استثناء وهو وقف تنفيذ القرار الإداري كإجراء وقائي ومؤقت في مسار دعوى الإلغاء يرتبط بها ابتداء وانتهاء، بهدف حماية مصالح لا تحتل التأخير لحين البت النهائي في القضية²، بمعنى أن التبرير الذي تستند إليه قاعدة نفاذ تلك القرارات وعدم تأثيرها بالطعن بالإلغاء أمام القاضي الإداري المتجسد في المصلحة العامة، التي لم تصدر تلك القرارات إلا في سبيل تحقيقها³، إلى جانب تلك القواعد أوجدت ووضعت أيضا القواعد المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقرر باختصاص القاضي الإداري وبصفة استثنائية في وقف تنفيذ القرارات الإدارية، سواء تعلق الأمر بالقاضي الإداري على مستوى المحاكم الإدارية أو على مستوى مجلس الدولة .

لا يمكن القول أن وقف مكنة مطلقة، وإنما يجب أن تحديده بضوابط أو شروط قانونية، وهذا ما سوف نوجزه في ثلاث عناصر رئيسية:

- اختصاص القاضي (العادي والإداري) في وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة.

1-Gustave PEISER, Contentieux administratif, 12^e édition, Dalloz, Paris, 2001, p 139.

نقلا عن : قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص413.
2 منصور داود " الرقابة القضائية على منازعات شرعية قرارات سلطات ضبط النشاط الاقتصادي "، مجلة الفكر، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2015، ص570.
3 عبد الغني بسبوني عبد الله، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام القضاء الإداري: دراسة مقارنة، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص20.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

-شروط وإجراءات وقف التنفيذ في منازعات مجلس المنافسة.

-طرق الطعن في الأمر الإستعجالي القاضي بوقف التنفيذ في منازعات مجلس المنافسة.

1- اختصاص القاضي العادي والإداري في وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة:

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنشئة لسلطات الضبط الاقتصادي، على غرار القانون المتعلق بالمنافسة، الذي لم يشر إطلاقاً إلى ذلك لما يتعلق الأمر بالتجميعات الاقتصادية، لكنه تضمن إشارة صريحة إلى إمكانية اللجوء إلى رئيس المجلس القضائي لمدينة الجزائر لطلب وقف تنفيذ بعض القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، بشرط أن تكون مرتبطة بالممارسات المقيدة للمنافسة والتي يرجع النظر في الطعون الخاصة بها أصلاً إلى القضاء العادي، وتتعلق تلك القرارات في كل من الأوامر والعقوبات المالية وأعمال النشر والتدابير المؤقتة¹.

أ- دور القاضي الإداري في وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة

نصت العديد من النصوص القانونية على كون القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات تكون متبوعة بالصيغة التنفيذية حتى لو تم الطعن فيها أمام القاضي الإداري، أي أنه لا يجوز السعي إلى طلب وقف تنفيذها، مثل ما تضمنته المادة 17 من القانون رقم 03-2000 المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية المعدل والمتمم، التي نصت على ما يلي: يحوز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ تبليغها وليس لهذا الطعن أثر موقوف² .

كما يمكن في هذا المقام الاستئناس أيضاً بنص المادة 65 فقرة 01 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم³، التي تنص على ما يلي: يكون النظام الصادر والمنشور كما هو مبين في المادة 64 أعلاه، موضوع طعن بالإبطال يقدمه الوزير المكلف بالمالية أمام مجلس الدولة ولا يكون لهذا الطعن أثر موقوف" ، لتضيف المادة 107 فقرة 02 منه ما يلي " تكون قرارات اللجنة المتعلقة بتعيين قائم بالإدارة مؤقتاً أو المصفي والعقوبات التأديبية وحدها قابلة للطعن القضائي."

1 ينظر المادة 63، الفقرة 02، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 17، من القانون رقم 03-2000، المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 القانون 90-10، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

لتكتملها الفقرة الأخيرة من نفس المادة بنصها على أن: تكون الطعون من إختصاص مجلس

الدولة وهي غير موقفة التنفيذ."

بينما الإشارة الوحيدة من طرف المشرع إلى إمكانية وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن سلطات الضبط الاقتصادي، نجدها في النص القانوني المتعلق ببورصة القيم المنقولة، حتى لو كانت إشارة غير مباشرة لكنها تكفي لتكوين فكرة على إمكانية السير في هذه الدعوى، وهو ما تضمنته أحكام المادة 33 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم¹، التي تنص على ما يلي: "يمكن في حالة حصول طعن قضائي أن يؤمر بتأجيل تنفيذ أحكام اللائحة المطعون فيها، إذا كانت هذه الأحكام مما يمكن أن تنجر عنه نتائج واضحة الشدة والإفراط، أو طرأت وقائع جديدة بالغة الخطورة منذ نشرها."

هذه الأسباب تبين لنا أن القاضي الإداري هنا لا يستطيع الحكم بوقف تنفيذ القرارات الصادرة عن العديد من سلطات الضبط الاقتصادي، مما يجعل منه انتقاصا صارخا للضمانات التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، ذلك ما يجعل من تلك المواد تسيير ضد الأحكام العامة المتضمنة في هذا الأخير والتي تكرر الحق في القيام برفع مثل تلك الدعاوى، الأمر الذي ينتج عنه إضعاف وضعية المؤسسات الاقتصادية محل تلك القرارات الغير مشروعة، نظرا لحرمانها من ضمانات في مواجهة سلطات الضبط الاقتصادية، حتى وان كان الحصول على تلك الضمانة خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي حسب مقتضيات كل قضية³.

غير أنه يمكن للقاضي الإداري كاستثناء وحماية للمصالح الاقتصادية والمالية للمؤسسات قبل الفصل في دعوى الإلغاء، يمكنه أن يوقف تنفيذ بعض القرارات الصادرة عن سلطات الضبط لوضع حد للأثر الفوري لها⁴، ذلك ما تجسد فعلا من خلال بعض التطبيقات القضائية المتعلقة بهذه المسألة والتي على الرغم من قلتها وقدمها نوعا ما، إلا أنها تبقى تمثل لنا مادة علمية عملية مهمة جدا بخصوص موقف قضاءنا بخصوص الطعون المقدمة ضد سلطات الضبط الاقتصادي، لنجد بعض

1 المرسوم التشريعي رقم 93-10، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

2 وردية فتحي، "وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت بمناسبة فعاليات الملتقى الوطني حول : سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المنظم يومي 23-24 أبريل 2007، ص 333.

3 Rachid ZOUAIMIA, Droit de la régulation économique, op. Cit, p 176.

4 وردية فتحي، مرجع سابق، ص 328.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأمثلة عن دعاوى نظر فيها مجلس الدولة في طلبات وقف التنفيذ وهي تتعلق بقضايا مرتبطة بالمجال البنكي، فمنها من قضى فيها بقبول تلك الطلبات ومنها من رفضها لعدة أسباب¹.

كما يمكننا الاستناد إلى قرار صادر عن مجلس الدولة يتعلق أيضا بوقف التنفيذ وهو القرار الصادر عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة في القضية رقم 006570 بتاريخ 27 فبراير 2001، التي تنازع فيها كل من يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر²، إضافة إلى قضايا أخرى متعلقة بوقف التنفيذ تم النظر فيها على مستوى مجلس الدولة.

فمن مجمل هذه القضايا نلاحظ أن مجلس الدولة عند إقراره بوقف تنفيذ القرارات الصادرة عن كل من اللجنة المصرفية ومجلس النقد والقرض، استند إلى القواعد العامة المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية وبالتحديد على المادة 2/283 من ذلك القانون آنذاك، مما يدل على أن المشرع وضع ضمانات قانونية لمراقبة نشاطات وقرارات سلطات الضبط الاقتصادي من قبل القاضي مع إمكانية وقف التنفيذ في الحالات التي يؤدي التنفيذ المباشر لتلك القرارات إلى إلحاق أضرار ونتائج وخيمة تمس مصالح المتعاملين المعنيين³، خاصة وأن دعاوى الإلغاء في غالب الأحيان تستغرق مدة زمنية طويلة وحتى إن تم إلغاء القرار الإداري محل تلك الدعاوى، فإنه غالبا ما تكون آثاره قد تحققت بشكل لا يمكن تداركه، لذلك يجب تمكين الأطراف المتقاضية ضد سلطات الضبط الاقتصادي من توقيف تلك القرارات محل نزاع بينها وبإجراءات سريعة وهو أمر ممكن في إطار القواعد العامة⁴، مما

1 القرار الصادر عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة، في القضية رقم 19081 بتاريخ 30 ديسمبر 2003، بخصوص القضية التي تنازع فيها كل من مساهمي البنك التجاري الصناعي الجزائري (BCIA) واللجنة المصرفية، التي من خلالها إلتمس المساهمين في البنك التجاري والصناعي الجزائري وقف تنفيذ القرار رقم 09 المؤرخ في 21 أوت 2003، الصادر عن اللجنة المصرفية المتضمن تعيين السيد (أ-ب) مصفيا للشركة، حيث جاء هذا القرار متضمنا للبيانات التالية:

- حيث إن المعارضين يتمسكون بأن هذا الأخير لا يستطيع القيام بهذه المهمة بكل الحياد والموضوعية المطلوبين، بسبب وظيفته كمحافظ للحسابات بالبنك الخارجي الجزائري، الذي هو في نزاع مع البنك التجاري والصناعي الجزائري.

- حيث إن اللجنة المصرفية تثير أولا انعدام الصفة بالنسبة للمعارضين بالنظر للمادة 766 من القانون التجاري.

- حيث إن اللجنة المصرفية تثير ثانيا أنه حتى وإن كان السيد (أ-ب) محافظا للحسابات بالبنك الخارجي الجزائري، إنه لا يخضع سوى للقانون ولقواعد أخلاقيات المهنة.

- حيث ودون الحاجة إلى الفصل في صفة المعارضين التي يتولى قضاة الموضوع البت فيها، فإنه وإذا كان القانون لا ينص على أي تعارض بين ممارسة مهمة محافظ الحسابات لدى بنك وبين مهمة المصفي فإن وجود نزاع مطروح أمام المحاكم بين البنك الخارجي الجزائري والبنك التجاري والصناعي الجزائري من شأنه أن يجعل المعارضين يشكون في حياد المصفي.

وان هذا الإرتياب بالرغم من عدم ثبوته بأي دليل، من شأنه إعاقه التسيير المنصف لعمليات التصفية التي من شأنها إلحاق ضرر بمجموع الغير الذين تعينهم التصفية.

في الأخير قضى مجلس الدولة بما يلي:

فضلا في القضايا المتعلقة بوقف التنفيذ طبقا لأحكام المادة 2/283 من قانون الإجراءات المدنية علنيا وحضوريا:

- في الشكل: بالقول بأن الطعن مقبول.

- في الموضوع: بالأمر بوقف تنفيذ القرار رقم 09 المؤرخ في أوت 2003، مجلة مجلس الدولة، العدد 06، لسنة 2005، ص 72-74.

2 مجلة مجلس الدولة، لعدد 06، لسنة 2005، المرجع السابق، ص 80-83.

3 كايس شريف " استقلالية مجلس النقد والقرض بين النظرية والتطبيق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 06، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 38.

4 بن لطرش منى، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي: وجه جديد لدور الدولة، مجلة إدارة، العدد 02، 2002، ص 80.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يعطي للطعن بتوقيف التنفيذ كل الأهمية التي يستحقها، خاصة من الناحية العملية، في إنتظار أن يتم تعميم ذلك على كل سلطات الضبط الاقتصادي.

كل ذلك يدل على أن وقف تنفيذ القرارات الذي يسري على قرارات سلطات الضبط الاقتصادي يتميز بخصوصية لا نجدها في غيره، فهو أكثر شمولية من أن يعتبر مجرد إجراء فقط، بل إنه يلعب دورا ذو أهمية كبيرة بالنسبة للأشخاص والمؤسسات المتقاضية، تخص مصالحهم الاقتصادية والمالية، كونه يشكل ضمانا لهم في مواجهة سلطات الضبط الاقتصادي في إطار ممارستها لوظائفها، حتى وان لزم الأمر السماح للقاضي من خلال سلطته التقديرية بأن يقرر وفقا لظروف القضية¹.

ب- دور القاضي العادي في وقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة

إن مسألة تدخل القاضي العادي في مجال حماية المنافسة تطرح خصوصا فيما يتعلق بالنظر في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، حيث يمكننا أن نذكر في مرحلة أولى الاستثناء الذي أقره المشرع بخصوص بعض القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة من رقابة القاضي الإداري، مشكلا بذلك الإستثناء الوحيد ضمن كل سلطات الضبط الاقتصادي، حين لم تخرج القرارات الصادرة عن سلطات الضبط الأخرى عن اختصاص القضاء الإداري لممارسة رقابته عليها، مما يجعل هذا الإستثناء تجسيدا لخروج المشرع عن المعيار العضوي عند منحه القضاء العادي سلطة الفصل في منازعات تتعلق بسلطات وصفها المشرع بأنها ذات طابع إداري²، بحيث أعطى المشرع للقاضي التجاري صلاحية التدخل في عملية حماية المنافسة ولعب دورا أقل ما يقال عنه أنه مهم وذا آثار هامة.

كما سبق الذكر، فإن الفصل في طلب وقف التنفيذ يعود لاختصاص رئيس المجلس القضائي للجزائر، فيكون له سلطة تقدير الظروف والوقائع الخطيرة، لتحديد مدى توفرها ضابطا لاختصاصه ضد تدابير أتخذها مجلس المنافسة³.

ولكن ما معيار هذه الحالة، أو قولها الخطر الحقيقي المحقق كما فعل المشرع في المادة 63، من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، عندما استخدم عبارة الظروف والوقائع الخطيرة، والفكرة نفسها توجه إلى المشرع الذي غالبا ما يعطي الحالات التي بموجبها يختص قاضي

1 منصور داود، "الرقابة القضائية على منازعات شرعية قرارات سلطات ضبط النشاط الاقتصادي"، المرجع السابق، ص 571.
2 غناي رمضان، "سلطات إدارية من نوع جديد: سلطات الضبط الاقتصادي"، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2007، ص 331.
3 بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، المرجع السابق ص 409.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الإستعجال دون غيره، لأن حالات العجلة لا يمكن أن تأتي على سبيل الحصر، وعلى ذلك سار المشرع الجزائري حيث اكتفت المواد التي تنظم حالة الاستعجال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بذكر التدابير دون أن توضح مفهوم العجلة.

وإذا كان طلب وقف التنفيذ هو أمر متفرع عن دعوى الإلغاء، وألا يخرج اختصاص القاضي الإستعجالي عن اختصاص قاضي الإلغاء نوعا وإقليميا ، فإن ما يلام عليه المشرع أنه لم يراع ذلك التلازم ما بين قاضي الموضوع وقاضي إذ جعل الفصل في الموضوع من اختصاص القضاء التجاري في حين الفصل في طلب وقف التنفيذ أناط به إلى رئيس مجلس قضاء الجزائر بوصفه ناظرا في القضايا الإستعجالية الخاصة بمنازعات مجلس المنافسة.

غير أن المشرع قد قيد أكثر قاضي الإستعجال بأن حصر اختصاصه تحديدا بشأن التدابير الصادرة عن مجلس المنافسة، والمنصوص عليها في المادتين 45 و 46¹ من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، عندما تقتضي ذاك الظروف أو الوقائع الخطيرة، فهو وإن كانت سلطته تقديرية بشأن الظروف والوقائع الخطيرة، للفصل في مدى توافرها من عدمه ضبطا وتقديرا للأمر بوقف التنفيذ، إلا أن سلطته مقيدة إذا كان الطلب الرامي إلى وقف التنفيذ موضوعه تدابير اتخذها مجلس المنافسة، فأثر الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة الغير موقوف هو دعم دور المجلس في ضبط السوق وحماية المصالح ضد مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة.

ثالثا : شروط واجراءات وقف التنفيذ في منازعات مجلس المنافسة.

إن البحث في الأحكام القانونية المنظمة لأحكام الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة تحثنا على البحث أولا في شروط الطعن، ثم في إجراءات ذلك الطعن ثانيا.

1- من حيث شروط وقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة

بالاستناد إلى نص المادة 63 السابق ذكرها وجميع المواد المنظمة لإجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، نلاحظ أن المشرع حدد لصحة ذلك الطعن بعض الشروط يمكن تلخيصها في ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم الحق في ممارسة ذلك الطعن وبكل الشروط الأخرى المتطلبة لذلك.

1 تنص المادة 45، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، على أنه: " يتخذ مجلس المنافسة أوامر معللة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعايينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها، من اختصاصه"، السالف الذكر.

وتنص المادة 46، من نفس الأمر، على أنه: " يمكن مجلس المنافسة، بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق، إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة".

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أ- الأطراف الرئيسية في الطعن:

تتمثل الأطراف الرئيسية في الطعن، في كل من الوزير المكلف بالتجارة والأطراف المعنية بالقضية وهي كما يلي:

- بالنسبة للوزير المكلف بالتجارة وباعتباره يملك صلاحية إخطار مجلس المنافسة، فقد منحه القانون أيضا صلاحية الطعن في قراراته أمام مجلس قضاء الجزائر الفاصل في المسائل التجارية، لذلك يفترض أن الوزير من خلال ذلك الطعن سوف يوجه انتقادات لقرار مجلس المنافسة، فقد يطلب تشديد العقوبات المقررة ضد المؤسسات المحكوم عليها، أو المطالبة بتسليط عقوبات ضد تلك التي لم يتم معاقبتها، هذه الصلاحية الأخيرة ونظرا لأهميتها يمكن تكييفها على أنها " سلطة الإلحاق الفعلي"¹.

أما بالنسبة للأطراف المعنية فهي تمثل المؤسسات المعنية بأحد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة والمتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة والتي تم تبليغها بها، وفي هذا الشأن يمكننا الاستئناس بقرار صادر عن محكمة استئناف باريس في سنة 2003، لدى معالجتها لإحدى القضايا المتعلقة بالطعن في قرار صادر عن مجلس المنافسة²، هذه الأخيرة حددت في قرارها بأن المؤسسات التي يمكنها الطعن في قرارات مجلس المنافسة هي:

- المؤسسات التي صدر بحقها قرار بعدم قبول الإخطار، أو برفضه وعدم متابعة الاجراءات.
- المؤسسات التي كانت محل تحقيق على مستوى مجلس المنافسة والتي صدر ضدها قرار يتضمن أوامر أو عقوبات مالية.

بعبارة أخرى يتمثل هؤلاء الأطراف المعنيين، في الأطراف التي لها علاقة مباشرة بالقضية والمتضررة من قرارات مجلس المنافسة على اعتبارها قرارات فاصلة في الموضوع³، بالتالي تخرج عن مفهوم القرار القابل للطعن، جملة الأوامر التي يصدرها مجلس المنافسة والتي لها علاقة بمجريات التحقيق في القضية والتي تعتبر من الأعمال الداخلية لسير المجلس، كقرار وقف النظر إلى حين القيام

1 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 432.

2 Arrêt C A Paris (1° Ch, Sect H) en date du 11 Mars 2003, relatif au recours formé par Chronopost SA, la poste et la SA TAT, contre la décision n°02-D-09 du conseil de la concurrence en date du 20 Février 2002 relative a une saisine du Syndicat Français de l'express international (SFEI) et autres. BOCCRF, n°8, du 11 Juillet 2003.

نقلا عن : قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 433.
3 جلال مسعد محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 428.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

بالخبرة أو استكمال التحقيق، مما يستبعد من دائرة الأطراف المعنية بالقيام بالطعن المؤسسات التي تم استدعاؤها من طرف المقرر أثناء مرحلة التحقيق للإدلاء بأقوالها وملاحظاتها واعطاء بعض المعلومات فقط، دون أن يتم إثبات أي مأخذ ضدها.

وانطلاقا من هنا يبرز لدينا وجوب توفر شروط في تلك الأطراف لقبول طعنهم، تتمثل في كل من شرطي الصفة والمصلحة، باعتبار أن ذلك الطعن يمكن أن ينتج عنه تغيير وضعيات قانونية. فبالنسبة لشروط الصفة فهو يتوفر في كل الأطراف الذين تم تبليغهم بقرار مجلس المنافسة محل الطعن والا رفض طعنهم، سواء تعلق الأمر بالوزير المكلف بالتجارة أو الأطراف المعنية مباشرة بالقضية، أما بالنسبة لشروط المصلحة فيجب أخذه بالمفهوم الواسع الذي يشمل المصلحتين الخاصة والعامّة، هذه الأخيرة يمثلها في هذا المقام الوزير المكلف بالتجارة الذي أعطاه المشرع حق الطعن، سواء تعلق الأمر بالطعن ضد القرارات الصادرة تبعا للإخطار المقدم من قبله أو ضد أي قرار آخر صادر عن إخطار غيره، أما بالنسبة لشروط المصلحة الخاصة فهو يتوفر في كل المؤسسات التي تم معاقبتها من طرف مجلس المنافسة، أو تلك التي اعتبرت نفسها متضررة من قراراته الصادرة في غير صالحها¹، غير أنه يمكن أن يتدخل في القضية أطرافاً أخرى ليست من بين الأطراف الرئيسية ولا تدخل في الفئة المذكورة أعلاه، لكن يمكنها أن تتدخل في مراحل مختلفة من الطعن.

ب-المتدخل في الخصومة إراديا :

في بعض الحالات قد نجد أن الطعن المقدم أمام المجلس القضائي يمس فيه بحقوق الغير، أي يمس بحقوق أطراف غير معنيين مباشرة بالدعوى أمام القضاء، لكنهم كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة، لذلك مكنهم المشرع من التدخل في الدعوى وهم من يسمون بالمتدخل في الخصومة²، حيث يمكنه أن يكون تدخله أصليا(عندما يتضمن ادعاءات لصالح المتدخل)، أو فرعيا (عندما يدعم

1 ذلك ما يمكن استخلاصه من أحد قرارات محكمة استئناف باريس حيث قضت هذه الأخيرة في أحد قراراتها الصادر سنة 2006، بمناسبة الطعن الذي قامت به مؤسسة « Canal 9 »، ضد قرار صادر آنذاك عن مجلس المنافسة الفرنسي والذي جاء لصالح مؤسسة « Groupement Intérêts Économiques –Les indépendants »، حيث إن المؤسسة الأولى تقدمت إلى مجلس المنافسة شاكية المؤسسة الثانية التي قامت بإقصائها من امكانية الدخول في التجمع الخاص بقنوات الإذاعات المحلية الذي أنشأته وذلك دون احترام قواعد قانون المنافسة، حيث إنه وعند نظر مجلس المنافسة في تلك الشكوى، تقدمت المؤسسة الثانية بتعهدات إليه تتضمن التزمها بالكف عن تلك الممارسات، مما جعل المجلس لا يعاقبها ويقبل تعهداتها، الأمر الذي اعتبرته مؤسسة Canal 9 إضراراً بوضعيتها الشخصية، الأمر الذي جعلها تطعن في ذلك القرار أمام محكمة استئناف باريس التي قبلته واعتبرتها ذات مصلحة للقيام بذلك الطعن:
A Paris, (1° ch Sect H), Arrêt du 06 novembre 2007, contre la décision n° 06-D-29 du conseil de la concurrence rendue le 06 Octobre 2006.

نقلا عن : قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 434.
2 أنظر المواد من 196 إلى 198، من ق إ م و إ، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ادعاءات أحد الخصوم في الدعوى)، بمعنى أن المتدخل في الخصومة إراديا هو " طرف ينضم إلى الخصومة بعد طرحها أمام القضاء من تلقاء نفسه، بموجب مذكرة يتقدم بها إلى رئيس الجلسة، يضمنها أسباب تدخله ويقدم طلباته، شأنه في ذلك شأن طرفي الدعوى، على أن يمكن طرفي الدعوى من نسخة من مطالبه تلك¹."

لذلك يشترط أن يكون المتدخل في الخصومة إراديا ممن له مصلحة قائمة وحالة في النزاع، حتى ولو كانت قائمة على ضرر محتمل ولو لم يقع حتما، كما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 198 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على ما يلي: " لا يقبل التدخل إلا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم"، كأن تلجأ نقابة أو جمعية إلى هذا التدخل قصد تأييد وتدعيم طلبات أحد أعضائها²، مع ضرورة الإشارة هنا إلى أنه يمكن لأحد أطراف الدعوى أن يرفض تدخل ذلك الشخص، متى كان تدخله لا يتماشى مع القانون، غير أن تلك الحالة لا يتصور وقوعها إلا لما لا تتوفر في المتدخل الشروط المطلوبة في الدعوى، لكن غالبا ما يكون تدخله في الخصومة إلى جانب المدعي.

وقد أكد الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على هذه الحالة من خلال أحكام المادة 68 منه التي تنص على ما يلي: "يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة والذين ليسوا أطرافا في الطعن، التدخل في الدعوى، أو أن يلحقوا بها في أية مرحلة من مراحل الإجراء الجاري، طبقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية".

ج- المتدخل في الخصومة أو الإلحاق بالخصومة:

المتدخل في الخصومة أو الملحق بالخصومة هو الطرف الذي يطلبه أحد أطراف الدعوى الأساسيين ويكون ذلك سواء مع بداية الدعوى، أي يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى، أو أثناء سريانها فالمهم هو أنه يجب ادخاله قبل اقفال باب المرافعة³، لذلك يجب أن يكون لهذا الشخص مصلحة أو له علاقة بموضوع النزاع، كما يمكنه أن يدخل إلى جانب المدعي، كما قد يكون في مركز المدعي عليه⁴.

1 سائح سنقوقة، الدليل العملي في اجراءات الدعوى المدنية، دار الهدى، لجزائر، 1996، ص25.
2 أعمار لخضاري، إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، أيام 23-24 ماي 2007، ص259.
3 أنظر المادة 200، من ق إ م و إ، السالف الذكر.
4 سائح سنقوقة، الدليل العملي في اجراءات الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص 25.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

وقد نص على هذه الفئة من الأطراف الأمر رقم 03-03 في المادة 68 السالفة الذكر، حيث يتم استعمال هذه الإمكانية الإجرائية خاصة عندما يقدم الطعن من شخص ملزم بتنفيذ أمر أو قرار مشترك مع عدة أشخاص آخرين، لم يعلنوا بعد عن عدم قبولهم لقرار المجلس، ذلك بهدف جعل القرار القضائي الذي سيتخذ فيما بعد، يحتج به في مواجهة كافة الأشخاص الذين أرسل إليهم قرار مجلس المنافسة وكل الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تمس حقوقهم بالقرار الذي سيتخذ فيما بعد، حتى ولو كانوا أطرافا متخاصمة أمام مجلس المنافسة.

كما أنها تهدف إلى منحهم امكانية المطالبة بإلغاء هذا القرار أو بتعديله والتعبير عن موقفهم والدفاع عنه، هذا من جهة، من جهة أخرى يسمح هذا الإجراء للهيئة القضائية بمراقبة قرارات مجلس المنافسة، بشكل يجعلها أكثر وضوحا في عملها بفضل شروح ومعلومات الطرف المعني بالأمر والمتدخل في نفس السوق، لكنه لم يمثل أمام مجلس المنافسة، غير أنه متواجد في الخصومة ومعني بمراميها ونتائجها، خاصة لأنه بفضل شكواه أو بلاغه أمام مجلس المنافسة، نظر هذا الأخير في القضية ووصلت هذه الأخيرة فيما بعد أمام الهيئة القضائية المختصة¹.

2- من حيث اجراءات الطعن

أحال المشرع إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة إلى قانون الإجراءات المدنية، حسب ما تقتضيه المادة 64 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم والتي تنص على:
يرفع الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر ضد قرارات مجلس المنافسة من قبل أطراف القضية طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية".

وتعتبر هذه الإحالة مسألة بديهية على اعتبار أن الإجراء سيتم أمام جهة قضائية، وبالتالي يجب أن يخضع للشكلية المنصوص عليها في ق إ م إ ، مع الإشارة هنا إلى ضرورة احترام الخصوصية التي تميز قانون المنافسة، نذكر على سبيل المثال أن قانون الإجراءات المدنية ينص على أنه يتم توقيف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي²، بينما نجد الفقرة الأخيرة من المادة 63 من الأمر رقم 03-03 المتضمن قانون المنافسة تنص على قاعدة أخرى مخالفة لما هو منصوص عليه في

1 أمر لخضاري " إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة "، مرجع سابق، ص 260.
2 أنظر المادة 1/323، من ق إ م و إ، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص هذه الأخيرة على ما يلي: "لا يترتب على الطعن لدى مجلس قضاء الجزائر أي أثر موقف لقرارات مجلس المنافسة".

أي أنها تنص على خلاف القاعدة العامة المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية¹، إلا أنه واعمالاً بالاستثناء المتضمن في هذا الأخير والقاضي بوجود تنفيذ الأحكام المستثناة بقوة القانون²، فإننا نطبق أحكام قانون المنافسة، مما يجعل الطعن في قرارات مجلس المنافسة الذي يتم أمام مجلس قضاء الجزائر لا يكون له أي أثر موقف لتلك القرارات³.

وعليه فإن إجراءات الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة والمتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، تتم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية مهما كانت طبيعة الطعن، سواء كان ذلك عن طريق طعن رئيسي، أو عن طريق التدخل، أو عن طريق الإلحاق وذلك حسب الإجراءات التالية:

- يجب أن يتم الطعن كأصل عام في بواسطة عريضة مكتوبة، مع إمكانية السماح للخصوم بتقديم ملاحظات شفوية إضافية⁴، كما يجب أن تتضمن عريضة الطعن، مجموعة من البيانات الإلزامي، وذلك تحت طائلة رفضها وعدم قبولها شكلاً، والتي تتمثل في:

- الجهة التي أصدرت الحكم المطعون ضده - في هذه الحالة يتعلق الأمر بمجلس المنافسة -
- اسم ولقب وموطن الطاعن - في حالة ما إذا كان هذا الطرف شخصاً طبيعياً -، أو الإشارة إلى طبيعة وتسمية الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي - في حالة ما إذا كان شخصاً معنوياً.

- اسم ولقب المطعون ضده.

- عرض موجز للوقائع والطلبات والأوجه التي أسس عليها الطعن.

- ختم وتوقيع المحامي وعنوانه المهني، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁵.

1 بإستثناء حالة التدابير المنصوص عليها في المادتين 45 و 46، من الأمر رقم 03 - 03، المتعلق بالمنافسة التي تمكن القاضي من اتخاذ قرار توقيف نفاذها إذا كانت الظروف أو الوقائع الخطيرة تقتضي ذلك .

2 أنظر المادة 2/323، من ق إ م و إ، السالف الذكر.

3 قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 436.

4 أنظر المادة 537، من ق إ م و إ، السالف الذكر

5 وهنا نرى أن تمثيل المستأنف من طرف محام خلال هذا الإجراء أمر إلزامي ووجوبي وذلك تحت طائلة عدم قبول الاستئناف من طرف المجلس القضائي، لأن المستأنف لا يدخل ضمن الفئة المعفية أو التي لا يكون تمثيلها من طرف محام وجوبياً والتي نصت عليها الفقرتين 02 و 03، من المادة 538، من ق إ م و إ، هذا من جهة ومن جهة أخرى، نرى أنه بالرغم من أن الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وإن لم ينص صراحة على وجوب الاستعانة والتمثيل بمحام لدى الطعن في قرارات مجلس المنافسة أمام القضاء، إلا أن ذلك يعتبر أمراً منطقياً، خاصة وأنه أشار ونص صراحة على إمكانية الأشخاص الذين يتم سماعهم من طرف المقرر خلال التحقيق، الاستعانة بمستشار خلال ذلك الإجراء، فمن المنطقي أيضاً أن يتم ذلك أثناء الطعن.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

كما يجب الإشارة إلى وجوب إرفاق عريضة الطعن وتحت طائلة عدم قبولها شكلا، بنسخة مطابقة لأصل القرار المطعون ضده¹، بعد ذلك يتم إيداع عريضة الطعن بأمانة ضبط المجلس القضائي للجزائر والتي يتم تقييدها في الحال في سجل خاص، مرقم ومؤشر عليه من قبل رئيس المجلس القضائي تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة، كما يقوم أمين الضبط بتسجيل رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخة من عريضة الطعن تلك والتي يجب أن يراعى فيه أجل 20 يوم على الأقل بين تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة. هذه النسخة تسلم إلى الطاعن الذي يلزم بتبليغها رسميا للمطعون ضده²، - أي أنه يجب أن يتم التبليغ بموجب محضر يعده المحضر القضائي³، المتمثل في رئيس مجلس المنافسة إضافة إلى الوزير المكلف بالتجارة عندما لا يكون هذا الأخير طرفا في النزاع⁴.

ويعتبر إجراء التبليغ ذا أهمية كبيرة، حيث إنه يلتزم الطاعن بإحضار نسخة من محاضر التبليغ الرسمي والوثائق المدعمة للطعن في أول جلسة، أما في حالة عدم القيام بذلك فيمنح له أجل وإذا لم يتم بذلك دون مبرر مقبول يتم شطب القضية بأمر غير قابل للطعن⁵، كما يعتبر هذا التبليغ ملزم بالنسبة لرئيس مجلس المنافسة وذلك من خلال إلزامه بإرسال ملف القضية موضوع الطعن إلى رئيس مجلس قضاء الجزائر في الآجال التي يحددها هذا الأخير⁶.

يبقى فقط أن نشير إلى أن القاضي هنا ملزم بضمان تساوي المراكز القانونية بين الخصوم المائلين أمامه وتحقيق الوجاهية في جميع مراحل التقاضي، مع سهره على أن لا يعتمد الخصوم إلى استعمال وسائل غير قانونية، قصد إطالة آجال التقاضي أو لعرقلة الخصم في الدفاع عن حقوقه⁷.

الفرع الثاني: السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ودورها في ضمان حرية المنافسة.

قصد تكريس حماية فعالة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية من مظاهر الفساد، عمد المشرع الجزائري إلى انشاء آليات وإجراءات قانونية وأخرى قضائية، تهدف إلى القضاء على هذه الظاهرة من جهة، ولتحقيق الشفافية والنزاهة في عمليات إبرام الصفقات العمومية، وهذا مسايرة

1 أنظر المادة 541، من ق إ م و إ، السالف الذكر .
2 أنظر المواد 539 و 542، من ق إ م و إ، السالف الذكر .
3 أنظر المادة 1/406، من نفس القانون.
4 أنظر المادة 1/65، من الأمر رقم 03 - 03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
5 أنظر المادة 542، من ق إ م و إ، السالف الذكر .
6 أنظر المادة 2/65، من الأمر رقم 03 - 03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
7 قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 438.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

للمستجدات الدولية التي أصبحت تهتم بمحاصرة آفة الفساد والتصدي لتداعياته، ومنع الإتجار بالوظيفة العمومية والتلاعب بالمنافسة في مجال الصفقات العمومية.

حيث استهلّت سلطات الدولة الجزائرية هذا المسار بالانضمام إلى اتفاقيات دولية¹ وأخرى إقليمية²، تقتضي في بنودها بوجوب ضم الجهود الوطنية والدولية ضمن استراتيجيات متفق عليها، والالتزام بإحترام الشفافية والمساواة في تسيير شؤون الإدارة، وكذا رفض كل الأفعال والأعمال التي تشكل جرائم الفساد سواء كان إداريا أو ماليا، وذلك عن طريق إحداث أجهزة متخصصة في الوقاية من جميع الأفعال التي تشكل جريمة متعلقة بالفساد، كما تقوم كل دولة طرف بمنح الهيئة أو الهيئات ما يلزم من استقلالية، لتمكينها من الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة بمنأى عن أي تأثير لمسوغ له³.

وفي سياق متصل التزمت الدولة بتجسيد تلك الآليات تدريجيا، من خلال إصدار نص تشريعي سنة 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁴، والذي كرس جملة من التدابير القانونية المفروضة في النصوص الاتفاقية، فضلا عن استحداثه ما يسمى بـ 'الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته'، التي غيّرت تسميتها بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020⁵، وسميت بـ "السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته"، كآلية مؤسسية متخصصة في مجابهة عوامل الفساد وممارساته.

لذا سنحاول في هذا الفرع تبيان الإطار المفاهيمي لسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته (البند الأول)، وكذا المهام المنوطة لهذه السلطة العليا ومدى فعاليتها في مجال الصفقات العمومية (البند الثاني).

1 اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من طرف الجمعية العامة في القرار رقم 03، المؤرخ في 31 أكتوبر 2003، بنيويورك، بالولايات المتحدة الأمريكية ودخلت حيز التنفيذ في 14 ديسمبر 2005، وتمت المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19 أبريل 2004، ج، ج، ج، ج، العدد 04، المؤرخة في 26 أبريل 2004 .
2 إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لسنة 2003، المعتمدة خلال الدورة العادية الثانية، لمؤتمر الإتحاد الإفريقي المنعقد بمابوتو في 11 جويلية 2003، ودخلت حيز التنفيذ في 05 أوت 2006، وتمت المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-137، المؤرخ في 10 أبريل 2006، ج، ج، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 16 أبريل 2006.
3 أنظر المادة 6، الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المتضمن المصادقة على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، والمادة 05، الفقرة 03، من المرسوم الرئاسي رقم 06-137، إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لسنة 2003، السالف الذكر.
4 القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
5 المادة 204، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

البند الأول: الإطار المفاهيمي لسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.

تعتبر السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته إحدى المؤسسات الدستورية، التي استحدثها المشرع في التعديل الأخير للدستور، بهدف مساعدة الدولة في مهمة الوقاية من الفساد ومكافحته لاسيما في مجال الصفقات العمومية، تحقيق أعلى مؤشرات النزاهة والشفافية في تسيير الشؤون العمومية¹، من خلال هذا العنصر سنتعرض إلى تعريف السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته (أولا)، ثم الحديث عن طبيعتها القانونية (ثانيا).

أولا: تعريف السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.

عَرَفَ المشرع الجزائري السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، في المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، على أنها: "مؤسسة مستقلة"، وهي تتدرج ضمن المؤسسات الرقابية التي تعنى بالتحقيق في مطابقة العمل التشريعي والتنظيمي للدستور، وفي كفاءات استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها².

وعرفها أيضا المشرع في المادة 02 من القانون رقم 22-08 المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياته، بالقول: "السلطة العليا مؤسسة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري"، في حين أن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، عرفها المشرع في المادة 18 من الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم بالقول: "...هي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع لدى رئيس الجمهورية"³، وهو تعريف يقترب لما هو وارد في التعديل الدستوري لسنة 2020، وهي خطوة تحسب للمشرع كونها تعبر عن إرادة خالصة وحقيقية في محاربة الفساد والمفسدين⁴، وتبعية الهيئة لسلطة معينة لا يعني بالضرورة الإنقاص من استقلاليتها، بل قد تعكس في بعض الأحيان ما توليه الدولة من اهتمام لهذا الجهاز الرقابي.

1 المادة 04، القانون رقم 22-08، المؤرخ في 05 مايو 2022، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

2 المادة 184، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، السالف الذكر.

3 المادة 02، من المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكفاءات سيرها، ج، ج، ج، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006، المعدل والمتمم، بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 07 فبراير 2012، ج، ج، ج، العدد 08، مؤرخ في 15 فبراير 2012 (الملغى).

4 تنص المادة 173، فقرة 05، من تعديل الدستور لسنة 2016، على أنه: "تؤسس هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وهي سلطة إدارية مستقلة توضع لدى رئيس الجمهورية، تتمتع الهيئة بالاستقلالية الإدارية والمالية واستقلال هذه الهيئة مضمون على الخصوص من خلال أداء أعضائها وموظفيها اليمين، ومن الحماية التي تكفل لهم من شتى أشكال الضغوط والترهيب أو التهديد أو الإهانة أو الشتم أو التهجم أيا كانت طبيعته، سالتني قد يتعرضون لها من خلال ممارسة مهامهم".

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

وتعد استقلالية السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته أمرا ضروريا، يؤهلها لتأدية دور بارز وفعال في مسعى محاربة آفة الفساد، لأنّ تحقيق هذه الغاية يقتضي اعتماد آليات مؤسساتية تسمح بمعالجة أفعال الفساد وفق أسلوب قانوني عالمي¹، و يفرض ضرورة مأسسة هيئات متخصصة تمثل شكل من أشكال السلطة العامة، تتمتع بالاستقلالية وبصلاحيات تقريرية تمكنها من اتخاذ القرارات بكل حياد وحرية.

على هذا الأساس، بذل مسؤولو الدولة جهودا ملموسة في سبيل الارتقاء بالمكانة القانونية للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، مع تدعيم نظامها القانوني بصلاحيات مستحدثة ومتعددة.

ثانيا : الطبيعة القانونية للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.

ينبغي الإشارة أولا إلى أن استحداث السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، جاء استجابة لإلتزامات دولية، القاضيّة جود هيئة أو هيئات تتولى منع الفساد، تتمتع بالاستقلالية الكافية من أجل الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة وبعيدا عن أي تأثير لا مسوغ لها، وقد أشار إلى ذلك المشرع في المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، والمادة 02، القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها.

فمن خلال هذه النصوص، يستشف بأن المشرع صنف السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته ضمن السلطات الإدارية المستقلة، وهي تمثل شكلا من أشكال ممارسة السلطة العامة، نظرا لما تحوزه من سلطات حقيقية واستقلال في أداء وظائفها وعدم خضوعها للرقابة الرئاسية أو الوصائية²، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي في فكرة السلطة الإدارية المستقلة، التي يهدف انشاؤها إلى ضمان الحياد في مواجهة المتعاملين الإقتصاديين وكذا الشفافية في الحياة السياسية والشؤون العمومية.

1 حويذق عثمان، سلخ محمد لمين، "النظام القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 13، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي، 2022، ص483.
2 بن مالك احمد، عقباوي محمد عبد القادر، النظام القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته كآلية للرقابة، المجلد 6، العدد 02، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2022، ص1006.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تضافرت مع هذا التأطير دعائم أخرى دستورية وتشريعية من شأنها تهمين المكانة القانونية للسلطة العليا، وهو ما يظهر من خلال التكريس القانوني لمبدأ استقلاليتها.

1- سلطة إدارية مستقلة:

أكدت المادة 02 من القانون 08-22 على أن السلطة العليا هي سلطة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري، فهي مستقلة عن السلطة التنفيذية ولا تخضع لرقابتها، فهي تجمع بين وظيفتي التسيير والرقابة، ولها حق التقاضي والتمثيل أمام الجهات القضائية، كما ان مسألة استقلالية المؤسسة المكافئة لمكافحة الفساد، تعتبر بمثابة قيد موضوعي يفرض بمقتضىات الحوكمة ودولة القانون، ومن الناحية العملية يمكن قياس استقلالية الهيئة إزاء السلطة السياسية، -من وجهة نظر الأستاذ زوايمية رشيد- من الناحية العضوية من جهة، ومن الناحية الوظيفية من جهة أخرى.

أ- الاستقلالية العضوية :

تدل فكرة الاستقلالية عن عدم خضوع السلطة العليا لبرنامج الوصاية الإدارية ولا للسلطة الرئاسية، وفي هذا السياق نلاحظ تراجع كل من المؤسس والمشرع عن ظاهرة الوصاية الخفية، التي كانت تخضع لها الهيئة الوطنية المكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته حيث تم إحداثها لدى رئيس الجمهورية¹، لكن من جانب آخر تتمتع السلطة العليا بالشخصية المعنوية، وتتجسد استقلاليتها في تشكيلها الجماعي حيث تتكون من جهازين، جهاز تداولي ممثلا في مجلس السلطة وجهاز تنفيذي ممثلا في رئيسها، غير أنه لا يمكن الاكتفاء بالتشكيلة الجماعية لضمان استقلالية السلطة العليا، بل يجب الرجوع إلى طريقة تعيين أعضاء التشكيلة الجماعية².

من هذه الزاوية نلاحظ أنه خلافا للهيئة الوطنية المكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، التي كان أعضاء تشكيلتها الجماعية يعينون بموجب مرسوم رئاسي دون تدخل هيئات أخرى لاقتراح الأعضاء، مما يحد من استقلاليتها، تم توزيع الاختصاص في اقتناء أعضاء تشكيلتها السلطة العليا على عدة جهات وهو ما يخدم استقلاليتها من الجانب العضوي.

1 زوايمية رشيد، المركز القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، المجلد 14، العدد 01، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2023، ص 16.
2 المادة 04، من القانون رقم 08-22، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أخيرا ومن أهم مقتضيات الاستقلالية العضوية، نذكر فنية العهدة التي تسمح بتحصين أعضاء التشكيلة الجماعية، وحمايتهم من أي إغراء لإقالتهم من طرف السلطات العمومية في حالة اتخاذهم مواقف غير متطابقة مع مواقف الحكومة، فبالرجوع إلى أحكام المادة 21 من القانون السالف الذكر، يعين رئيس السلطة العليا لعهدة مدتها خمس (05) سنوات، قابلة للتجديد مرة واحدة، بينما يتم تعيين أعضاء المجلس بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (05) سنوات غير قابلة للتجديد وذلك وفقا لما ورد في أحكام القانون رقم 22-08 السالف الذكر¹.

وتم تعزيز استقلالية السلطة العليا بموجب أحكام المادة 26 من القانون سالف الذكر، حيث تنص على الحالات التي تتسبب في إنهاء العضوية لدى السلطة العليا وتتمثل في انتهاء العهدة، الاستقالة، فقدان الصفة التي عين العضو بموجبها، الإدانة من أجل جناية أو جنحة عمدية، الوفاة، الإقصاء بسبب الغياب بدون سبب مشروع عن ثلاث اجتماعات متتالية للمجلس، القيام بأعمال أو تصرفات خطيرة تتنافى والتزامات العضو في السلطة العليا.

نستنتج أن انعدام النص على عدم قابلية العهدة للإلغاء يعني إمكانية تراجع السلطات العمومية عن إجراء التعيين للمدة المحددة وذلك بصورة تقديرية، وهو ما يتناقض ومقتضيات العهدة بالمعنى القانوني الدقيق ويجعل أعضاء السلطة العليا في وضعية اللاستقرار، الأمر الذي يبين مواصلة العمل بالقواعد المطبقة على الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتشويه مدلول الولاية أو العهدة التي تفترض تمتع الأشخاص المعنيين بنوع من الحصانة حيث لا يمكن عزلهم إلا في الحالات المنصوص عليها بصفة حصرية ضمن أحكام القانون.

ب- الاستقلالية الوظيفية :

من جانب أول تعني فكرة الاستقلالية الوظيفية أنه لا يمكن للسلطة التنفيذية أن توجه أو أن تتدخل في الصلاحيات والقرارات التي تتخذها السلطة العليا، من جهة أخرى يقتضي البحث حول درجة الاستقلالية التي تحظى بها السلطة العليا من الجانب الوظيفي الكشف عن القواعد القانونية المتعلقة بكل من الجانب المالي او لجانب الإداري.

1 المرسوم الرئاسي المؤرخ في 17 يوليو 2022، المتضمن تعيين أعضاء مجلس السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر، ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تتمثل الاستقلالية الإدارية أساسا في الاختصاص في وضع القواعد الخاصة بتنظيم السلطة العليا وبسيره، فيما يتعلق بالقواعد الخاصة بالهيكل التابعة للسلطة العليا تختص بوضعها السلطة التنفيذية وذلك وفقا لأحكام المادة 18 من القانون رقم 22 - 08، كما تختص السلطة التنفيذية بوضع القواعد الخاصة بتنظيم وسير الهيكل المتخصص للتحري الإداري والمالي في الإثراء غير المشروع للموظف العمومي¹، أما بخصوص القواعد الخاصة بسير السلطة العليا تدون ضمن النظام الداخلي، الذي ينجز من قبل الرئيس ويتم اعتماده من طرف مجلس السلطة، وهو ما يميز السلطة العليا عن إحدى السلطات الإدارية المستقلة التي تم إحداثها والمتمثلة في السلطة الوطنية للأمان والأمن النوويين، حيث يتم إعداد النظام الداخلي من قبل رئيس مجلس السلطة ويصادق عليه المجلس ولا يدخل حيز التنفيذ إلا بعد موافقة الوزير الأول².

أما فيما يخص الوسائل البشرية يتم إعداد مشروع القانون الأساسي لمستخدمي السلطة العليا من قبل رئيسها لعرضه على الحكومة ويصدر في شكل نص تنظيمي، أما فيما يتعلق بالموارد المالية ينص القانون رقم 22 - 08 السالف الذكر في المادة 2 منه على تمتع السلطة بالاستقلال المالي، من الناحية العملية تزود السلطة العليا بميزانية خاصة تقيّد في الميزانية العامة للدولة، بالإضافة إلى تزويدها من قبل الدولة بكل الوسائل المالية والمادية الضرورية لسيرها، و يتم إعداد مشروع الميزانية السنوية من طرف رئيس السلطة العليا ويوافق عليه مجلس السلطة، ويكون رئيس السلطة العليا هو الأمر بصرف ميزانية السلطة العليا.

توازيا مع الطبيعة الخيالية لاستقلالية السلطة العليا من الناحية العضوية، يبين التحليل الدقيق للنصوص القانونية المنشئة لها انتفاء استقلاليتها من الجانب الوظيفي وذلك على مستويين: يتعلق الأول بالموارد المالية بينما يرتبط الثاني بالموارد البشرية.

1- عن الاستقلالية المالية :

يمكن قياس فكرة الاستقلال المالي من الجانب القانوني من 03 زوايا:

1- تنص المادة 17، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، على أنه: "تزود السلطة العليا بهيكل متخصص للتحري الإداري والمالي في الإثراء غير المشروع للموظف العمومي"، السالف الذكر.
2 المادة 14، من م ت رقم 21 - 148، المؤرخ في 20 أبريل 2021، يحدد تنظيم السلطة الوطنية للأمان والأمن النوويين وطريقة عملها، ج، ج، ج، العدد 31، المؤرخة في 24 أبريل 2021.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

من جانب أول، يقصد بالاستقلال المالي ظاهرة الاستقلالية التي تحظى بها السلطة العليا من حيث مصادر تمويلها من جانب ثان، تعني فكرة الاستقلال المالي تلك الاستقلالية التي تسمح للسلطة أن تقرر استخدام ميزانيتها، من جانب ثالث، تشير فكرة الاستقلال المالي إلى قدرة السلطة على القيام بالنفقات الضرورية لضمان سيرها¹.

إذا كانت تتمتع السلطة العليا بقدر من الاستقلالية للتصرف في استعمال ميزانيتها، يختلف الأمر من الزوايا الأخرى وذلك لأسباب عديدة.

فيما يتعلق باستقلالية السلطة العليا من زاوية مصادر مواردها المالية، تمول عن طريق إعانات الدولة إذ تسجل ميزانية الهيئة في الميزانية العامة للدولة، الأمر الذي يؤدي إلى وضع السلطة العليا في حالة تبعية إزاء السلطة التنفيذية حيث إذا كانت تختص بوضع مشروع ميزانيتها يعود الاختصاص للسلطة التنفيذية في إجراء العملية التحكيمية لتوزيع الاعتمادات بين مختلف الهياكل المركزية للدولة، وأما فيما يتعلق بالاستقلالية السلطة العليا من زاوية قدرتها على القيام بالنفقات الضرورية، تجدر الإشارة إلى خضوعها لنظام المحاسبة العمومية الذي يقيد من حرية التصرف في الإنفاق وذلك من جانبين:

يتعلق الأول بالتعقيدات الواردة ضمن أحكام القانون المتعلق بالمحاسبة العمومية وبالخصوص تلك المتعلقة بإجراء الرقابة السابقة، ويتمثل الثاني في المساس باستقلالية السلطة العليا إزاء السلطة التنفيذية، وذلك بالنظر إلى المركز القانوني للمحاسب المالي الذي يتبع وزارة المالية، وفي هذا السياق تنص المادة 38 من القانون رقم 22 - 08 على أن "تمسك محاسبة السلطة العليا وفقا لقواعد المحاسبة العمومية، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تخضع محاسبة السلطة العليا لرقابة الأجهزة المختصة في الدولة"²، وهو ما يعني ممارسة الرقابة من قبل عون محاسب يعين من طرف الوزير المكلف بالمالية.

2- عن الاستقلالية الإدارية:

فيما يتعلق بالموارد البشرية لم ينص القانون على اختصاص رئيس السلطة العليا في تعيين لا الإطارات السامين ولا الأعوان الآخرين، ومن جهة أخرى تنص المادة 41 من القانون رقم 22 -

1 زوايمية رشيد، المركز القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، المرجع السابق، ص 20.
2 أنظر المادة 38، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

08 على أن "يتم تحويل موظفي الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وممتلكاتها غير المنقولة والمنقولة والتزاماتها وحقوقها وملفاتها وأرشيفها، إلى السلطة العليا وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

إذا تفحصنا النصوص القانونية التي تحكم الوضعية القانونية للأعوان السامين، الذين كانوا يمارسون مهامهم لدى الهيئة الوطنية وتقرر تحويلهم إلى السلطة العليا، نستشف أنه يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي¹، إذ تنص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 23-234 المؤرخ في 27 جوان 2023، المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، على أن: "وظائف الأمين العام ورئيس قسم ومدير دراسات والمدير ونائب المدير ووظائف عليا في الدولة، ويتم التعيين في هذه الوظائف بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس السلطة العليا"². تثبت هذا التحليل بالمادة 19 من القانون رقم 22 - 08 حيث تنص على أن "تحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان السلطة العليا وتصنيفها، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما" علما بأنه يتم التعيين في الوظائف العليا للدولة بموجب مرسوم رئاسي أو بمرسوم تنفيذي، الأمر الذي يؤثر في الاستقلالية الوظيفية للسلطة العليا التي لا تتحكم في عملية توظيف الإطارات السامين المكلفين بممارسة وظائف عليا تسمح بتأطير النشاط الإداري والتقني والأعوان المكلفين بنشاطات التصميم والدراسات.

في هذا السياق -وعلى سبيل المقارنة- تجدر الإشارة إلى أن الإطارات السامين لدى السلطات الإدارية المستقلة، كانوا في الأصل يعينون من طرف رئيس السلطة، وابتداء من سنة 2000 تراجع المشرع عن هذا الأسلوب ليمنح لرئيس الجمهورية الاحتكار في تعيين الأعوان السامين على مستوى السلطات الإدارية المستقلة، وهو الاتجاه الذي يؤدي إلى التقليل من استقلالية السلطة وهيمنة السلطة التنفيذية عليها.

1 المرسوم الرئاسي، المتضمن تعيين أعضاء مجلس السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

2 ج،ر،ج، العدد 45، المؤرخة في 06 جويلية 2023 .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

3- هيئة دستورية رقابية:

لقد نص عليها الدستور في الباب الرابع تحت عنوان مؤسسات رقابية، التي أنيط بها التحقيق في كفيات استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية، وتسييرها وفقا للمادة 184 من الدستور، وبالتالي فهي آلية دستورية لها مكانة هامة في المنظومة القانونية للدولة.

ثالثا: تشكيلة للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وهيكلها :

بالرجوع للقانون رقم 08-22، فإن للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، تتشكل من جهازين رئيسين هما : رئيس السلطة العليا و مجلس السلطة العليا¹، تتسند لهما العديد من المهام والصلاحيات، وفي إطار تدعمت السلطة العليا بهيكل وأقسام، نتطرق لها فيما يلي :

1- تشكيلة للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته:

تضم السلطة العليا جهازين، أحدهما جهاز تنفيذي يمثله رئيس السلطة العليا، وآخر جهاز تداولي يمثله مجلس السلطة:

أ- رئيس السلطة العليا.

يعين رئيس السلطة العليا من طرف رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي²، وهذا لعهد مدتها خمس (5) سنوات قابلة لتجديد مرة واحدة³، وتنتهي مهامه بنفس الطريقة التي تم تعيينهم بها تطبيقا لقاعدة "توازن الأشكال"، وتتناهي عهدته الرئيس مع أية عهدة انتخابية أو وظيفية أو نشاط مهني آخر، كذلك الحال بالنسبة لأعضاء الذين يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي لعهدته خمس (5) سنوات، ولم يتحدث المشرع عن تجديد العهدة من عدمها، ويعد الرئيس الممثل القانوني للسلطة العليا وهو نفسه رئيس المجلس⁴، ويمارس الصلاحيات التالية⁵ :

- يقوم بإعداد مشروع الاستراتيجية الوطنية للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته والسهر على تنفيذها ومتابعتها،

1 أنظر المادة 16، من القانون رقم 08-22، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

2 المرسوم الرئاسي المؤرخ في 17 يوليو 2022، المتضمن تعيين السيدة سلمية مسراتي رئيسة السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر، ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.

3 المادة 21، من القانون رقم 08-22، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

4 المادة 23، من القانون رقم 08-22، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

5 المادة 22، ، من نفس القانون.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- يقوم رئيس السلطة بإعداد مشروع مخطط عمل والنظام الداخلي للسلطة، كما يدير أشغال المجلس وبعد مشروع الميزانية السنوي،

- يعد رئيس السلطة العليا مشروع التقرير السنوي للسلطة العليا ورفعها إلى رئيس الجمهورية بعد مصادقة مجلس السلطة العليا عليه، كما أنه يحيل الملفات التي تتضمن وقائع تحتمل الوصف الجزائي إلى النائب العام المختص إقليمياً، أما الملفات التي يمكنها أن تشكل إخلالاً في التسيير تحال إلى رئيس مجلس المحاسبة .

- يتولى رئيس السلطة بتبليغ المجلس وبشكل دوري بجميع التبليغات أو الإخطارات التي تم تبليغها أو إخطاره بها، والتدابير التي اتخذت بشأنها.

- تطوير التعاون مع هيئات الوقاية من الفساد ومكافحته على المستوى الدولي وتبادل المعلومات معها.

بالرجوع إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته السابقة نجد أن رئيسها كانت اختصاصاته مرتبطة بمجلس اليقظة والتقييم، فمثلاً كان رئيس الهيئة يعد ميزانية الهيئة بعد أخذ رأي مجلس اليقظة والتقييم، في حين رئيس السلطة العليا له السلطة المستقلة في إعداد الميزانية وبعد إعدادها يتولى مجلس السلطة الموافقة عليها.

ب- مجلس السلطة العليا:

يعتبر المجلس من التشكيلة الأساسية للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وقد تضمن المجلس أعضاء ممثلين عن السلطات الثلاث -التنفيذية، التشريعية والقضائية- فضلاً عن ممثلين عن المجتمع المدني، تطبيقاً لأحكام المادة 13 من اتفاقية الأمم لمكافحة الفساد، وذلك في حدود 12 عضواً وهم كالاتي¹ :

- ثلاثة (03) من اختيار رئيس الجمهورية من بين الشخصيات الوطنية المستقلة ،

- ثلاثة (03) قضاة (واحد من المحكمة العليا وواحد من مجلس الدولة وواحد من مجلس المحاسبة يتم اختيارهم توالياً من المجلس الأعلى للقضاء ومجلس المحاسبة).

1 المادة 23، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- ثلاثة (03) شخصيات مستقلة يتم اختيارهم على أساس الكفاءة في المسائل المالية و/أو القانونية ونزاهتهم وخبرتهم في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته يتم اختيارهم على التوالي من رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ومن الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة.

- ثلاثة (03) شخصيات من ناشطي المجتمع المدني يختارون من بين الأشخاص المعروفين باهتمامهم بالقضايا المتعلقة بالوقاية من الفساد وذلك من قبل رئيس المرصد الوطني للمجتمع المدني.

ويتم التعيين بموجب مرسوم رئاسي لمدة خمس (05) سنوات غير قابلة للتجديد، وتنتهي عهدتهم بنفس الطريقة، ويستفيد رئيس المجلس وأعضاؤه من كل التسهيلات، لممارسة مهامهم خلال مدة عضويتهم، كما يستفدون حماية الدولة أثناء ممارسة مهامهم و/أو بمناسبة، من القذف والتهديدات والاعتداءات أيا كانت طبيعتها، كما يؤدي رئيس المجلس وأعضاؤه اليمين القانونية أمام المجلس القضائي قبل تنصيبهم، ويلتزم كل عضو في مجلس السلطة العليا بالسر المهني، حتى بعد انقضاء عهدة العضو في المجلس في الحالات المحددة قانونا¹، وهذا تحت طائلة العقوبات المقررة في التشريع الساري المفعول².

وما يلاحظ على هذه التشكيلة أنها تشكيلة مختلطة، تتوافق والمهام التنفيذية الموكلة للسلطة، وجاء لافتا كون التشكيلة تضم قضاة يكونون أقدر على فهم الإجراءات، وأقدر على اتخاذ القرار بعد تفحص الملفات والإخطارات التي قد ترد للسلطة العليا، على أن الملاحظ في خصوص أعضاء السلطة العليا أن حالة التنافي التي أحاطها المشرع برئيس السلطة لم يحط بها أعضاء السلطة، ومن ثمة فإن الأمر يعني أن يمارس أعضاء السلطة الآخرين مهامهم ووظائفهم بطريقة عادية وفي ذلك ربما عدم تفرغ تام لمهامهم الرقابية لا سيما منهم الممارسين للقضاء أو لوظائف أخرى قد تكون على تماس مباشر مع وظائفهم في السلطة العليا، لذلك كان من المناسب أكثر أن تشمل حالة التنافي أيضا أعضاء السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وفي ذلك تحقيق أيضا لنفس الغايات التي جعلت من التنافي حالة ثابتة في حق رئيس السلطة العليا من قبيل تعزيز الشفافية وتحقيق الاستقلالية.

ومن مهام مجلس السلطة العليا هي³:

1 المادتين 24، 25 من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.
2 المادة 27، من نفس القانون.
3 انظر المادة 29 نفس القانون.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- المصادقة على مشروع الاستراتيجية الوطنية للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ومشروع مخطط عمل السلطة الذي يعرضه عليه رئيس السلطة، وفي حالة الإخلال بقواعد النزاهة من طرف المؤسسات والأجهزة المعنية يصدر المجلس أوامر في هذا الصدد.

- الموافقة على مشروع ميزانية السلطة العليا وعلى النظام الداخلي للسلطة وأيضاً على التقرير السنوي لنشاطات السلطة الذي يتم عرضهم من طرف رئيس السلطة، دراسة الملفات التي يحتمل أن تتضمن أفعال فساد والتي يعرضها عليه رئيس السلطة.

- إبداء الرأي في المسائل التي تعرضها الحكومة أو البرلمان أو أية هيئة أو مؤسسة أخرى، وأيضاً حول مشاريع التعاون في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته مع الهيئات والمنظمات. فدور المجلس هو إعطاء رأيه أو دراسة والموافقة على الأعمال التي تقدم إليه من طرف الرئيس، فهو بمثابة جهة استشارية لرئيس السلطة العليا.

يجتمع المجلس في دورة عادية بناء على استدعاء من رئيسه مرة واحدة على الأقل كل ثلاثة أشهر، كما يمكن الاجتماع في دورات غير عادية كلما اقتضت الضرورة بناء على استدعاء من الرئيس تلقائياً أو بناء على طلب من نصف أعضائه على الأقل، لا تصح مداوات المجلس إلا بحضور نصف أعضائه على الأقل، مداوات المجلس سرية، يتخذ المجلس قراراته بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت رئيس الجلسة مرجحاً، لا يمكن لأي عضو من أعضاء المجلس التداول في قضية له صلة قرابة أو مصاهرة أو مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، سواء كانت آنية أو سابقة خلال ثمانية (8) سنوات التي سبقت المداوات¹.

3- هياكل السلطة العليا:

حدد المرسوم الرئاسي رقم 23-234 المؤرخ في 27 جوان 2023، هياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وبين بدقة المهام المسندة لكل هيكل من هياكلها، والمتمثلة في الأمانة العامة، قسم التصريحات بالامتلاكات والمطابقة للإخطارات والتبليغات، وقسم التحسيس والتكوين والتعاون، وهيكل متخصص للتحري الإداري والمالي في الإثراء غير المشروع للموظف العمومي².

1 انظر المواد 31،32،33،34، من القانون رقم 22-08،المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها،السالف الذكر.
2 انظر المادة 02،المرسوم الرئاسي رقم 23-234،المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته،السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أ-الإمانة العامة :

يتولى أمانة المجلس الأمين العام للسلطة العليا¹، الذي يتم تعيينه بموجب مرسوم رئاسي بحكم أنه من المنصب العليا في الدولة، وهو ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 23-234، المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، على أن: "وظائف الأمين العام ورئيس قسم وظائف عليا في الدولة، ويتم التعيين في هذه الوظائف بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس السلطة العليا"، ويعهد له القيام بالمهام التالية²:

-تنشيط وتنسيق عمل هياكل السلطة العليا،

- ضمان التنظيم والسير الحسن لمصالح السلطة العليا،

-تنفيذ ميزانية السلطة العليا،

- تنسيق أشغال إعداد التقرير السنوي للسلطة العليا ،

- تحضير أشغال مجلس السلطة العليا وتنظيمها،

-ضمان أمانة المجلس،

-تنفيذ قرارات السلطة العليا ومتابعتها.

ويساعد الأمين العام ثلاث (3) مديريات فرعية وهي : المديرية الفرعية للموارد البشرية والوسائل العامة وكذا المديرية الفرعية للميزانية والمحاسبة والمديرية للإعلام الآلي والوثائق والأرشيف، ولكل من هذه المديريات الفرعية مهام محددة.

ب- قسم التصريحات بالامتلاك والمطابقة والإخطارات والتبليغات:

يشرف على القسم رئيس، يعين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس السلطة العليا، ومن بين المهام التي يقوم بها القسم³:

1 يساعده الأمين العام ثلاث (3) مديريات فرعية وهي : -مديرية فرعية للموارد البشرية والوسائل العامة، وهي تكلف على الخصوص بما يأتي:-إعداد مخطط تسيير الموارد البشرية وبرامج التكوين والسهر على تنفيذها،-وتحديد الاحتياجات من الموارد البشرية بالتنسيق مع مختلف هياكل السلطة العليا، ومتابعة عمليات التوظيف وتسيير المسار المهني للموظفين وكذا السهر بالتنسيق مع الهياكل الأخرى، على تكوين وتحسين مستوى مستخدمي السلطة العليا، وتحديد الاحتياجات المادية للسلطة العليا، وضمان تسيير الأملاك المنقولة والعقارية الخاصة بها وصيانتها، -إعداد الصفقات والطلبات والاتفاقات الخاصة بالسلطة العليا وضمان تسيير حظيرة السيارات وصيانتها وتقييمها".

-أما المديرية الفرعية للميزانية والمحاسبة: فهل تكلف على الخصوص بما يأتي:-اقتراح الاحتياجات المالية للسلطة العليا وتقييمها، وضمان تنفيذ ميزانية التسيير والتجهيز للسلطة العليا، والسهر على تنفيذ الصفقات العمومية واحترام إجراءاتها"، ينظر المادة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 23-234، المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

2 أنظر المادة 04، من نفس المرسوم.

3 أنظر المادة 06، نفس المرسوم.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- تلقي التصريحات بامتلاكات الموظفين العموميين الخاضعين لوجوب التصريح بالامتلاكات، وضمان معالجتها ومراقبتها،
- السهر على احترام الإمتثال للإلتزام بالمطابقة لمعايير وأنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وقواعد النزاهة،
- تلقي الإخطارات والتبليغات المتعلقة بقضايا الفساد ومعالجتها وفقا للتشريع والتنظيم الساري المفعول،
- جمع ومركزة واستغلال المعلومات،
- إعداد تقارير عن نشاطاته.

ويضم قسم التصريحات بالامتلاكات والمطابقة والإخطارات والتبليغات مديرتين: الأولى هي مديرية تسيير ومعالجة التصريحات بالامتلاكات، والتي تختص بتلقي التصريحات بالامتلاكات الخاصة بالموظفين العموميين الخاضعين للإلتزام التصريح بالامتلاكات وتصنيفها وحفظها وفق التشريع والتنظيم الساري المفعول، إلى جانب ضمان التسيير التقني والإلكتروني للتصريحات بالامتلاكات ومعالجتها واستغلال المعلومات الواردة فيها، وكذا التحقق من صحة التصريحات بالامتلاكات ومراقبتها، وإعداد دراسات وتقارير تحليلية وإحصائية حول التصريحات بالامتلاكات¹.

أما مديرية المطابقة والإخطارات والتبليغات، فهي تكلف على الخصوص بمراقبة مدى امتثال الهيئات والمؤسسات المعنية بالالتزام بالمطابقة لأنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، واقتراح التوصيات المناسبة في هذا الشأن ومتابعة تنفيذها، والسهر على تنفيذ التوصيات والأوامر الصادرة عن السلطة العليا فيما يتعلق بتنفيذ أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وقواعد النزاهة، واقتراح كل إجراء مناسب تجاه المؤسسات المعنية في حالة عدم امتثال لها، إلى جانب إدراج أنظمة

1 تتفرع عن مديرية التسيير ومعالجة التصريحات بالامتلاكات، مديرية فرعية لتسيير التصريحات بالامتلاكات، وتكلف على الخصوص، بما يأتي: تلقي التصريحات بالامتلاكات المتعلقة بالموظفين العموميين الخاضعين للإلتزام بالإكتتاب بالتصريح وتصنيفها وحفظها، والسهر على المراقبة الدورية للقوائم الإسمية الخاصة بالموظفين العموميين الخاضعين للإلتزام بالإكتتاب بالتصريح بالامتلاكات وضمان تحيينها، وضمان إدارة المنصة الإلكترونية للتصريح بالامتلاكات وسيرها الحسن، أما المديرية الفرعية لمعالجة التصريحات بالامتلاكات ومراقبتها، فهي تكلف على الخصوص، بما يأتي: ضمان معالجة البيانات الواردة في التصريحات بالامتلاكات، بما في ذلك معالجتها إلكترونيا وجمع واستغلال المعلومات الواردة فيها، والتنسيق مع الإدارات والمصالح المعنية للتأكد من صحة المعلومات الواردة في التصريحات بالامتلاكات، واقتراح التدابير المناسبة بخصوص حالات عدم التصريح بالامتلاكات أو التي تتضمن تصريحات كاذبة أو تصريحات تتضمن فوارق غير مبررة طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، المادة 06، من المرسوم الرئاسي رقم 23-234، المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتعميمها على مستوى المؤسسات والإدارات العمومية والجماعات المحلية والهيئات العمومية والمؤسسات الاقتصادية والجمعيات والمؤسسات الأخرى.

كما تكلف بإقتراح إخطار الجهات القضائية المختصة إقليمياً، عندما تفضي المراقبة إلى وقائع تحتمل وصفا جزائياً أو على مجلس المحاسبة إذا توصلت إلى أفعال تتدرج ضمن اختصاصاته، وكذا اعداد التقارير والتوصيات واقتراح التدابير حسب الحالة، عند معاينة حالات تقصير في وضع آليات المطابقة، وتتلقى وتعالج الإخطارات والتبليغات عن حالات تتعلق بأفعال الفساد، بما فيها حالات انتهاك أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، أو حالات خرق للقواعد المتعلقة بالنزاهة¹.

ج- قسم التحسيس والتكوين والتعاون:

يتولى رئاسة القسم رئيس²، ويكلف قسم الوثائق كالتحليل كالتحسيس على الخصوص بما يأتي :

- التحسيس بمخاطر الفساد وآثاره ونشر ثقافة نبذه وأخلاق الحياة العامة،
- تعزيز قدرات الموظفين العموميين والمجتمع المدني في مجال مكافحة الفساد،
- القيام بالدراسات ،وضمان اليقظة القانونية المتعلقة بالشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته ،
- متابعة الأنشطة والأعمال المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته ، والتقارير والمؤشرات الصادرة عن المنظمات الدولية والجهوية والمنظمات غير الحكومية حول وضعية الفساد في الجزائر،
- إعداد مشاريع التقارير الدورية حول تنفيذ تدابير وإجراءات الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وفقاً للأحكام المتضمنة في المواثيق والاتفاقيات الدولية،

1 تنفرد عن مديرية المطابقة والإخطارات والتبليغات : مديرية فرعية لأنظمة الشفافية ومكافحة الفساد، وهي مكلفة على الخصوص ما يأتي: المساهمة في إعداد وتحديد محتوى أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وشروط وكيفية تنفيذها، القيام بمهمة الرقابة للتأكد من وضع تدابير وأنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته على مستوى المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية والمؤسسات الاقتصادية والجمعيات والمؤسسات الأخرى، والوقوف على مدى جودتها وفعاليتها وملائمة تنفيذها وإعداد تقارير بذلك، واقتراح التدابير المناسبة عند عدم الأخذ بالتوصيات الموجهة للمؤسسات المعنية، أو عند معاينة أو بعد الإخطار أو التبليغ عن وجود انتهاكات لجودة وفعالية الإجراءات المطبقة داخلها، والمتعلقة بالشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وقواعد النزاهة ومساعدتها في وضعها، ومراقبة المؤسسات والإدارات والهيئات المذكورة أعلاه في تطوير برامج المطابقة في مجال مكافحة الفساد وتنفيذها، أما المديرية الفرعية للإخطارات والتبليغات، فهي مكلفة على الخصوص بما يأتي: تلقي ومعالجة الإخطارات والتبليغات المتعلقة بقضايا الفساد وفقاً للتشريع والتنظيم الساري مفعولهما، وتلقي الإخطارات والتبليغات عن وجود حالات انتهاك لأنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وجودتها وفعاليتها، أو حالات خرق للقواعد المتعلقة بالنزاهة، واستغلال المعلومات الواردة إلى السلطة العليا حول شبهة الفساد في غير الحالات المطروحة أمام الجهات القضائية، واقتراح إخطار الجهات المختصة، عند الاقتضاء لاتخاذ الإجراءات المناسبة، جمع الوثائق التي تتضمن وقائع تحتمل وصفا جزائياً والتي بإمكانها أن تشكل إخلالات في التسيير، واستقبال العرائض وإعلام أصحابها بمآل الإجراءات المتخذة في شأنها، السهر على اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية المبلغين وفق التشريع والتنظيم الساري مفعولهما³، المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 23-234، المحدد لهيكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

2 المادة 10، المرسوم الرئاسي رقم 23-234، المحدد لهيكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

-إعداد تقارير دورية لنشاطاته.

ويضم قسم التحسيس والتكوين والتعاون مديرتين: الأولى هي مديرية التحسيس والتكوين واليقظة القانونية، والتي تكلف على الخصوص، بإعداد برامج التحسيسية وتربوية حول مخاطر الفساد وآثاره الضرة، والسهر على نشر وتعميم الأنظمة والمعايير وآليات الحكم الراشد والنزاهة والشفافية في الإدارات العمومية والمؤسسات الاقتصادية والجمعيات والمؤسسات الأخرى، إلى جانب تعزيز قدرات الموظفين العموميين والأجهزة المكلفة بالشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، والمجتمع المدني والفاعلين الآخرين في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته.

وكذا تشجيع البحث العلمي، لاسيما في الميادين القانونية والإقتصادية والإجتماعية والسياسية حول ظاهرة الفساد والمواضيع ذات الصلة، وإنجاز دراسات وتحاليل وسبر الآراء من أجل قياس حجم الفساد ومكافحته، وإعداد مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بمجال نشاط السلطة العليا، والسهر على انشاء الرصيد الوثائقي الخاص بالسلطة العليا وتسييره¹.

أما الثانية فهي مديرية التعاون والتي تكلف على الخصوص ، بتعزيز التعاون مع الهيئات والمنظمات المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته على المستويين الدولي والإقليمي، وتطوير المساعدة التقنية وتبادل المعلومات مع نظيراتها من الهيئات على المستوى الدولي، ومع الأجهزة والمصالح المعنية بمكافحة الفساد وترقية الشفافية، والسهر على ضمان التنسيق والتعاون في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، مع المؤسسات العمومية والهيئات الوطنية ومنظمات المجتمع المدني والفاعلين الوطنيين الآخرين، وضمان متابعة تنفيذ الالتزامات الدولية للجزائر في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وإعداد تقارير دورية بشأنها².

1 تتفرع عن مديرية التحسيس والتكوين واليقظة القانونية: مديرية فرعية لتحسيس والتكوين وهي مكلفة على الخصوص بما يأتي :- القيام بالتعاون مع الفاعلين المعنيين، بأنشطة إعلامية وتوعوية لفائدة المواطنين حول الفساد وآثاره الضرة، وتنظيم حملات ونشاطات تحسيسية في الأوساط التربوية والجامعية والمهنية، إلى جانب تصميم واقتراح برامج تربوية تهدف الى نشر ثقافة نبذ الفساد وعدم التسامح مع هذه الظاهرة، وترقية وتشجيع المبادرات العلمية والإعلامية والفنية والرياضية والثقافية، التي تساهم في الوقاية من الفساد ومكافحته، مع تنظيم دورات تكوينية لفائدة الموظفين العموميين والمساهمة فيها، لاسيما منهم موظفو الأجهزة المكلفة بالشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وكذا إعداد وتنفيذ برامج تكوينية لفائدة المجتمع المدني والآخرين، بهدف تعزيز وتدعيم قدراتهم في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته".

اما مديرية الفرعية لليقظة القانونية: فهي مكلفة على الخصوص: بالقيام بدراسات حول ظاهرة الفساد وسبر الآراء لقياسه وآثاره والجهود المبذولة لمكافحة هذه الظاهرة، والقيام بالتنسيق مع مختلف القطاعات بإعداد خرائط لمخاطر الفساد تسمح بالكشف عن أسباب الفساد والوقاية منها، ودراسة وتحليل مختلف المؤشرات الصادرة عن المنظمات الدولية والإقليمية المتخصصة في مجالات الشفافية والنزاهة مكافحة الفساد، والتقييم الدوري للأدوات القانونية والإجراءات الإدارية الرامية إلى تعزيز الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته والنظر في مدى فعاليتها، واقتراح الآليات المناسبة لتحسينها، ودراسة مشاريع النصوص القانونية المعروضة على السلطة العليا وتحليلها".

2 تتفرع عن مديرية التعاون: مديرية فرعية لتطوير التعاون، وتكلف على الخصوص، بما يأتي: العمل على وضع آليات فعلى للتعاون والتنسيق مع مختلف الفاعلين الوطنيين، في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، بما فيها منظمات المجتمع المدني، واقتراح ووضع آليات التعاون والشراكة مع المنظمات الدولية والإقليمية المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته والهيئات المماثلة والسهر على

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- د- هيكل المتخصص للتحري الإداري والمالي في الإثراء غير المشروع للموظف العمومي:
- يسير هذا الهيكل المتخصص رئيس برتبة رئيس قسم، ويعين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من رئيس السلطة العليا¹، ويكلف على الخصوص بما يأتي² :
- القيام بالتحريات وجمع الأدلة في ملفات الإثراء غير مشروع للموظف العمومية،
 - التنسيق مع الأجهزة المتخصصة الأخرى في مجال التحري،
 - تحضير برنامج الحريات ورفعها إلى رئيس السلطة العليا،
 - اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يقوم بها الهيكل المتخصص، على رئيس السلطة العليا،
 - جمع ومركزة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالإثراء غير المشروع للموظف العمومي، والتأكد من صحتها،
 - إعداد مشاريع تقارير وعرضها على رئيس السلطة بغرض استصدار التدابير التحفظية من رئيس الجهة القضائية، عند الإقتضاء وفقا للتشريع الساري المفعول،
 - إعداد تقارير حول ملفات التحري ورفعها إلى رئيس السلطة العليا،
 - إعداد تقارير دورية حول نشاطات الهيكل المتخصص ورفعها إلى رئيس السلطة العليا،
 - اقتراح برامج التكوين المتواصل وتحسين المستوى لفائدة موظفي الهيكل المتخصص.
- ويضم هيكل المتخصص للتحري الإداري والمالي في الإثراء غير المشروع للموظف العمومي مدرّبتين: الأولى هي مديرية المقاييس ومعالجة البيانات، وهي تكلف على الخصوص، بتصميم دلائل ومعايير تتعلق بمجال الإثراء غير المشروع، وتطوير نماذج معيارية لمذكرات تنظيمية خاصة بالتحريات والتحقيقات، إلى جانب إعداد دليل الممارسات الفضلى في مجال وقاية من الإثراء غير

=تنفيذها، والبحث عن فرض المساعدة التقنية الممكنة ومتابعة تنفيذها، والاستفادة من الخبرات الدولية في مجال ترقية الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته قصد تطوير الخبرة الوطنية في هذا المجال، والمبادرة ببرامج ودورات تكوينية يتم إنجازها بالتعاون مع المؤسسات أو المنظمات أو الهيئات الدولية المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته، والسهر على المشاركة فيها- أما مديرية فرعية لمتابعة تنفيذ الاتفاقيات الدولية والإقليمية: فهي مكلفة على الخصوص بما يأتي: إعداد تقارير دورية حول مدى تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقيات والموثيق الدولية والإقليمية التي تعنى بمكافحة الفساد، وتحضير تقارير موضوعاتية حول مساهمة الجزائر في مجال ترقية الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ومتابعة التقارير والمؤشرات التي تنشرها المنظمات الدولية والإقليمية المتخصصة في مجال الشفافية والنزاهة ومكافحة الفساد، واقتراح التدابير اللازمة لمواءمة التشريع الوطني مع الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تعنى بمكافحة الفساد"، ينظر المادة 07، من المرسوم الرئاسي رقم 23- 234، المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

1 أنظر المادة 10، من المرسوم الرئاسي رقم 23- 234، المحدد لهياكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر..

2 أنظر المادة 08، من نفس المرسوم.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

المشروع ومكافحته، وكذا إعداد مشروع برنامج نشاط الهيكل المتخصص ورزنامة التحريات والتحقيقات المالية والإدارية، ومتابعة التدابير التحفظية المبلغ عنها بكافة الوسائل القانونية إلى الجهات المكلفة بتنفيذها، وكذا اقتراح برامج التكوين ذات الصلة بالتحري الإداري والمالي في مجال الإثراء غير مشروع¹.

أما الثانية: فهي مديرية التحريات والتحقيقات، والتي تختص على الخصوص ، بالقيام بالتحري الإداري والمالي في مظاهر الإثراء غير المشروع للموظف العمومي وجمع الأدلة بخصوصه، وتنفيذ ومتابعة برنامج التحريات الإدارية والمالية المرتبطة بالإثراء غير المشروع للموظف العمومي، إلى العمل على استغلال المعلومات والإخطارات والبيانات الواردة إليها من مختلف هيكل السلطة العليا، ومن الإدارات والمؤسسات الإدارية والمالية وعرضها على جهاز التحري².

البند الثاني : اختصاصات السلطة العليا ومدى فعاليتها في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.

جاء النص على مهام السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ضمن الفصل الثاني من القانون رقم 08-22 تحت عنوان صلاحيات السلطة العليا، بحيث تضمنت المادة الرابعة منه جملة صلاحيات السلطة واسعة للتصدي لظاهرة الفساد، والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين: الصلاحيات ذات الطابع الوقائي، التي تهدف إلى زرع ثقافة النزاهة في الوسط الإداري والاجتماعي (أولاً)، والصلاحيات ذات الطابع الرقابي التي تم تكريسها لعلاج أعمال الفساد (ثانياً)، وفعاليتها في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية(ثالثاً).

1 تنفرد عم مديرية المقاييس ومعالجة البيانات: مديرية فرعية للمقاييس، والتي تتولى على الخصوص: إعداد دليل الممارسات الفضلى والتجارب الرائدة في مجال الوقاية من الإثراء غير المشروع للموظف العمومي، وإعداد بطاقيات تتضمن معايير لتحسين عمل الهيكل المتخصص، واقتراح برامج التكوين وتعزيز القدرات في مجال الوقاية من الإثراء غير المشروع للموظف العمومي، مع إعداد وتطوير النماذج التنظيمية الخاصة بالتحريات والتحقيقات، وجمع ومركزة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالإثراء غير المشروع للموظف العمومي. أما المديرية الفرعية لمعالجة البيانات فهي تكلف على الخصوص: معالجة واستغلال المعطيات والمعلومات التي يمكن على أساسها فتح تحريات حول أفعال الإثراء غير المشروع للموظف العمومي، والتحقق والتأكد من صحة المعطيات والمعلومات المرتبطة بالإثراء غير المشروع للموظف العمومي، مع وضع برنامج ورزنامة التحريات والتحقيقات المالية والإدارية ذات الصلة بالإثراء غير المشروع، والتنسيق مع الإدارات العمومية والهيكل المالية والإقتصادية في مجال جمع المعلومات والمعطيات ذات الصلة بمهامها، ودراسة وتحليل التقارير ذات الصلة بالتحريات الإدارية والمالية في الإثراء غير المشروع".

2 تنفرد عم مديرية التحريات والتحقيقات: مديرية فرعية للتحريات الإدارية والمالية، وهي تكلف على الخصوص بما يأتي: تنفيذ برنامج التحريات الإدارية والمالية، والقيام بالتحري الإداري والمالي وجمع الأدلة في مظاهر الإثراء غير المشروع للموظف العمومي، وإجراء التحري مع أي شخص يحتمل أن تكون له علاقة بالنسبة على الثروة غير المبررة للموظف العمومي المعني، واقتراح كل تدبير تحفظي من شأنه المحافظة على السير الحسن للتحريات.

أما المديرية الفرعية لمتابعة وتقييم سير التحريات الإدارية والمالية: فهي تكلف على الخصوص بما يأتي: ضمان متابعة تنفيذ برامج التحريات الإدارية و المالية، وتقييم نتائج التحريات المنجزة وإعداد تقارير دورية عنها، ومتابعة تنفيذ التدابير التحفظية المقترحة على الجهات القضائية المختصة، وتقديم توصيات من أجل تحسين سير التحريات الإدارية والمالية"، ينظر المادة 08، من المرسوم الرئاسي رقم 23-234، المحدد لهيكل السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

أولا : الصلاحيات ذات الطابع الوقائي.

يلح الفقه على أنه يتطلب التحسن في الحوكمة، من حيث الشفافية والنزاهة والمساءلة بصفة خاصة اتخاذ إجراءات حازمة للوقاية من مختلف أشكال الفساد، فيتطلب اعتبار مكافحة الفساد في إطار منهج استباقي القضاء على جذور الظاهرة إذ يهدف هذا الاستثمار إلى تشجيع اعتماد تدابير وقائية وإشراك المجتمع بطريقة منهجية وذلك لأن الوقاية أصعب بكثير من العقاب¹.

يلح الفقه على أنه يتطلب التحسن في الحوكمة، من حيث الشفافية والنزاهة والمساءلة بصفة خاصة اتخاذ إجراءات حازمة للوقاية من مختلف أشكال الفساد²، وبهذا الصدد تنص المادة 7/205 من الدستور، على تكليفها بإبداء الرأي حول النصوص القانونية ذات الصلة بمجال اختصاصها، وإن لم تتطرق أحكام القانون رقم 22-08 للاختصاص الاستشاري بالتفصيل، نستنتج من خلال ما ورد في النصوص التشريعية المتعلقة بالسلطات الإدارية المستقلة أنه يقصد بالنصوص القانونية مشاريع النصوص التشريعية وكذا النصوص التنظيمية.

من جانب ثان، كلف المشرع السلطة العليا بجملة من المهام التي تهدف إلى زرع ثقافة الشفافية والنزاهة لمجابهة ظاهرة الفساد على المستوى المؤسسي، وبهذا الصدد تنص المادة 04 من القانون رقم 22-08، على أن تتولى السلطة العليا³:

- جمع ومركز واستغلال ونشر أي معلومات وتوصيات من شأنها أن تساعد الإدارات العمومية وأي شخص طبيعي أو معنوي في الوقاية من أفعال الفساد وكشفها، والتقييم الدوري للأدوات القانونية المتعلقة بالشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته والتدابير الإدارية وفعاليتها في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، واقتراح الآليات المناسبة لتحسينها،

- ضمان تنسيق ومتابعة الأنشطة والأعمال المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته التي تم القيام بها، على أساس التقارير الدورية والمنتظمة المدعمة بالإحصائيات والتحليل والموجهة إليها من قبل القطاعات والمتدخلين المعنيين.

1 زوايمية رشيد، المركز القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، المرجع السابق، ص 22.
2 عميري أحمد، "أخلة الحياة العامة وتعزيز مبادئ الشفافية طبقا للتعديل الدستوري لسنة 2020، السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد نموذجا"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 07، العدد 01، 2021، ص 70.
3 أنظر المادة 04، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يضاف إلى ما ورد في أحكام القانون السالف الذكر ما نصت عليه أحكام المادة 8/205 من الدستور، التي ألفت على عاتق السلطة العليا مهمة المشاركة في تكوين أعوان الأجهزة المكلفة بالشفافية والوقاية ومكافحة الفساد.

من جانب ثالث وبما أن انتشار ظاهرة الفساد لا يقتصر على القطاع العام، تختص السلطة العليا بنوعين من الصلاحيات حيث تم تكليفها:

-بوضع شبكة تفاعلية تهدف إلى إشراك المجتمع المدني وتوحيد وترقية أنشطته في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته من جهة،

-بتعزيز قواعد الشفافية والنزاهة في تنظيم الأنشطة الخيرية والدينية والثقافية والرياضية، وفي المؤسسات العمومية والخاصة من خلال إعداد ووضع حيز العمل الأنظمة المناسبة للوقاية من الفساد ومكافحته من جهة أخرى.

أخيرا وبما أن لظاهرة الفساد تداعيات على المستوى الدولي ينص القانون على أن تضطلع السلطة العليا:

-بالسهر على تطوير التعاون مع الهيئات والمنظمات الإقليمية والدولية المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته،

-بإعداد تقارير دورية عن تنفيذ تدابير وإجراءات الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، وفقا للأحكام المتضمنة في الاتفاقيات،

-بالتعاون بشكل استباقي في وضع طريقة منتظمة ومنهجية لتبادل المعلومات مع نظيراتها من الهيئات على المستوى الدولي، ومع الأجهزة والمصالح المعنية بمكافحة الفساد،

- بالسهر على تطوير التعاون مع الهيئات والمنظمات الإقليمية والدولية المختصة بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ثانيا: الصلاحيات ذات الطابع الرقابي.

إذا كانت تحدد أنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وكذا شروط وطرق تنفيذها عن طريق التنظيم، تختص السلطة العليا بمتابعة مدى امتثال الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمؤسسات الاقتصادية والجمعيات والمؤسسات الأخرى للالتزام بالمطابقة لهذه

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأنظمة. فتتأكد السلطة العليا من وجود أنظمة على هذه المستويات بالإضافة إلى فحص مدى فعاليتها وجودتها وملاءمة تنفيذها.

في حالة الكشف عن نقائص تصدر السلطة العليا توصيات، وذلك لمساعدة الأشخاص المخاطبين بأنظمة الشفافية في وضع الإجراءات والتدابير الملائمة والتي تتناسب وكل مؤسسة أو هيئة، أما في حالة مخالفة الأنظمة وانتهاك لجودة وفعالية الإجراءات المطبقة على مستوى الهيئات والإدارات العمومية والجمعيات والمؤسسات والمتعلقة بالوقاية من أفعال الفساد والكشف عنها، ونتيجة للمعينة من تلقاء نفسها أو بعد تبليغها أو إخطارها، تقوم السلطة العليا بتوجيه توصيات للأشخاص المعنية، وذلك لاتخاذ التدابير الضرورية لوضع حد لمثل هذه التجاوزات وذلك مع تحديد أجل للمعنيين بالأمر.

فيلتزم المخاطبون بالتوصيات بتقديم تقرير إلى السلطة العليا بخصوص مدى استجابتهم لمضمون هذه التوصيات¹، وفي حالة قصور الرد أو عدمه، توجه السلطة العليا أمرا إلى المؤسسة أو الهيئة المعنية يلزمها بتنفيذ التوصيات في مدة لا تزيد عن سنة، أما في حالة عدم الالتزام بالأمر، تبلغ السلطة العليا الأجهزة المختصة المحددة عن طريق التنظيم لاتخاذ التدابير المناسبة .

كما يتعين على المؤسسات والهيئات العمومية وكذا أي شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، التعاون مع السلطة العليا وموافاتها بالمعلومات والوثائق، التي تطلبها للقيام بمهامها، تحت طائلة العقوبات المقررة لجريمة إعاقة السير الحسن للعدالة، المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته²، وهو ما نصت عليه المادة 44 القانون رقم 06-01 المتعلق بالقوانين من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، بالقول: "يعاقب بالحبس من سنة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.00 دج:- كل رفض عمدا ودون تبرير تزويد الهيئة بالوثائق والمعلومات المطلوبة".

وتقوم هذه الجريمة حين يقابل طلب الهيئة للوثائق والمعلومات بالرفض أو الرد السلبي من طرف الإدارة المعنية، أي لا تقوم الجريمة في حال التأخر، وقد تضمن القانون 22-08 المحدد

1 انظر المادة 09، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.
2 أنظر المادة 13، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، حکما يفيد بعدم الإعتداد بالسر المهني أو المصرفي في مواجهة السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته¹، إذا حق الإطلاع وطلب الوثائق والمعلومات من الإدارات والمؤسسات العمومية من الحقوق الأصلية، التي تتمتع بها السلطة العليا

في الكشف عن الجرائم ومكافحة الفساد خاصة في مجال الصفقات العمومية. ومن أجل إنجاز هذه المهمة الحساسة والمفصلية في جمع المعلومات، وبيانات المساعدة على الكشف عن الجرائم المتعلقة بالفساد في مجال الصفقات العمومية، فقد ألزم القانون 08-22 بموجب المادة 04 الفقرة 09 مهمة تبادل المعلومات، حيث تضمنت ما يلي: "تتولى السلطة العليا الصلاحيات الآتية:.....التعاون بشكل استباقي في وضع طريقة منتظمة ومنهجية لتبادل المعلومات مع نظيرتها من الهيئات علة المستوى الدولي، ومع الأجهزة والمصالح المعنية بمكافحة الفساد".

من جانب آخر تتلقى السلطة العليا التصريحات بالامتلاكات لمعالجتها ومراقبتها وفقا لأحكام القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ومن المرسوم الرئاسي رقم 06-414 يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات²، وفي هذا الصدد يلزم كل موظف عمومي بالتصريح بامتلاكاته وذلك خلال الشهر الذي يعقب تاريخ تنصيبه في الوظيفة أو بداية عهده الانتخابية كما يجب تجديد التصريح فور كل زيادة معتبرة في ذمته المالية كما يتعين على الموظف العمومي اكتتاب التصريح عند انتهاء الخدمة أو عند نهاية العهدة الانتخابية³.

تتولى السلطة العليا التحريات الإدارية والمالية في مظاهر الإثراء غير المشروع لدى الموظف العمومي، الذي يعجز عن تبرير الزيادة المعتبرة في ذمته المالية، ويمكن أن تشمل هذه التحريات أي شخص يحتمل أن تكون له علاقة بالتستر على الثروة غير المبررة ل لموظف المعني في حالة ما إذا

1 نصت المادة 05، الفقرة 04، من نفس القانون: "لا يعتد بالسر أو المصرفي في مواجهة السلطة العليا".
2 المرسوم الرئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالامتلاكات، ج، ج، ج، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
3 تنص المادة 04، القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، على أنه: "...يلزم الموظف العمومي بالتصريح بامتلاكاته، يقوم الموظف العمومي بإكتتاب تصريح بالامتلاكات خلال الشهر الذي يعقب تاريخ تنصيبه في وظيفته أو بداية عهده الانتخابية"، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تبين أن هذا الأخير هو المستفيد الحقيقي منها بمفهوم التشريع المعمول به، وفي هذا السياق، بإمكان السلطة العليا أن تطلب توضيحات مكتوبة أو شفوية من الموظف العمومي أو الشخص المعني.

من جهة أخرى وبالإضافة إلى تدخل السلطة العليا بصورة تلقائية، يمكن لأي شخص أن يبادر بإخطارها أو تبليغها معلومات أو معطيات أو أدلة تتعلق بأفعال الفساد.

نتيجة للتحريات أو الإخطار أو التبليغ وعند اكتشاف مخالفة القواعد المتعلقة بالنزاهة، تتخذ السلطة العليا التدابير التي تراها مناسبة لوضع حد لهذا الخرق وتتمثل في¹:

- توجيه إعدار إلى المعني، إذا كانت الإجابات التي قدمها غير مجدية،

- إصدار أوامر في حالة معاينة أي تأخير في تقديم التصريحات، أو قصور أو عدم الدقة في محتواها، أو عدم الرد على طلب التوضيح،

- إخطار النائب العام المختص إقليميا في حالة عدم التصريح، بعد إعدار المعني أو في حالة التصريح الكاذب بالامتلاكات.

من جهة أخرى وفي حالة وجود ثراء غير مبرر للموظف العمومي تؤكد عناصر جديده، يمكن السلطة العليا أن تقدم لوكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي امحمد تقريرا بغرض استصدار تدابير تحفظية لتجميد عمليات مصرفية أو حجز ممتلكات لمدة ثلاثة (3) أشهر، عن طريق أمر قضائي يصدره رئيس ذات المحكمة.

أما إذا توصلت السلطة العليا إلى وقائع تحتل الوصف الجزائي، تقوم بإخطار النائب العام المختص إقليميا وتخطر مجلس المحاسبة إذا توصلت إلى أفعال تتدرج ضمن اختصاصاته، وهنا نسجل تراجع المشرع عن أحكام القانون رقم 01 - 06 التي كانت تمنح مثل هذا الاختصاص لوزير العدل نتيجة إخطاره من طرف الهيئة الوطنية².

أخيرا تخضع القرارات الصادرة عن السلطة العليا بصفقتها هيئة عمومية وطنية لمراقبة القاضي الإداري المتمثل في المحكمة الإدارية للاستئناف بالجزائر كدرجة أولى وتكون القرارات القضائية لهذه الجهة قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة³.

1 المادة 10، الفقرة 01، من القانون رقم 08-22، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.
2 بن نصيب عبد الرحمن، "السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد من منظور القانون رقم 08-22، المؤرخ في 05/05/2022، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 15، العدد 03، ص 326.
3 أنظر المادة 14، من القانون رقم 08-22، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ثالثا : مدى فعالية للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.

إن التدقيق في مختلف النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، يجعلك تكتشف نوع من التناقض بالنظر إلى الأهداف التي أنشئت من أجل تحقيقها، حيث نستنتج التعدد المفرط للصلاحيات المخولة لها في المجال الوقائي، والذي يقابله تقييد اختصاصات السلطة العليا ذات الطابع العلاجي.

1- الطابع الرمزي للاختصاصات ذات الطابع الوقائي.

بالرغم من تسمية السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته في صلب نصوص الدستور، إلا أن دور هذه السلطة ينحصر أساسا في الوقاية من الفساد وليس مكافحته، وذلك من خلال الطابع الرمزي للصلاحيات المسندة للسلطة العليا، يستحيل ممارستها بصورة كلية وعلى أحسن وجه وذلك لعدة أسباب.

- الطبيعة الإستشارية لمهام السلطة في إصدار التقارير وإبداء الآراء والتوصيات، واقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد، تجسد مبادئ دولة القانون وتعكس النزاهة والشفافية والمسؤولية في تسيير الشؤون والأموال العامة، بالإضافة إلى اقتراح التدابير لاسيما ذات الطابع التشريعي والتنظيمي للوقاية من الفساد، وهو ما يعبر عنه بسلطة إبداء الرأي¹.

- التعدد المفرط للصلاحيات المخولة للسلطة العليا التي من المحتمل أن تؤدي إلى تجميدها، على سبيل المثال تم تكليف السلطة العليا بمتابعة " مدى امتثال الإدارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والمؤسسات الاقتصادية والجمعيات والمؤسسات الأخرى للالتزام بالمطابقة لأنظمة الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته ومدى جودتها وفعاليتها وملاءمة تنفيذها " ²، وهو ما يعني متابعة الوزارات والولايات والدوائر والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي أو المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، وكذا الجمعيات وكل الهيئات الأخرى !!!،

1 أنظر المادة 04، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

2 أنظر المادتين 07 و 08، من نفس القانون.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأمر الذي يدفع إلى التشكيك في مصداقية نية المشرع بالنظر إلى الطابع الخيالي لمثل هذه المهام التي تقتضي ممارستها إنشاء عشرات من الهيئات للقيام بها على أحسن وجه، أو على الأقل أن تكون للسلطة العليا فروع على مستوى الولايات، كما تم اعتماد هذا الحل بالنسبة للسلطة المستقلة للانتخابات.

- النص على تدخل السلطة العليا بصفقتها الخبير في مجال اختصاصها، من أجل المشاركة في تكوين أعوان الأجهزة المكلفة بالشفافية والوقاية ومكافحة الفساد. يعاب على مثل هذه الأحكام أنها تتطلب إمكانيات بشرية ذات المستوى السامي والخبرة العالية بينما لا يشترط في أغلبية أعضاء التشكيلة الجماعية للسلطة العليا ومن بينهم الرئيس سوى شرط الحياد.

- ازدواجية الهياكل المكلفة ب الوقاية من الفساد ومكافحته حيث تم إحداث السلطة العليا إلى جانب الديوان المركزي لقمع الفساد، بازدواجية الهياكل المكلفة ب الوقاية من الفساد ومكافحته حيث تم إحداث السلطة العليا إلى جانب الديوان المركزي لقمع الفساد، وبالنظر إلى تراكم الصلاحيات المخولة للسلطة العليا فمن المؤكد أنها سوف تتقاسم مع الديوان المركزي العديد من الصلاحيات المشتركة ، لذا من المحتمل أن يترتب عن هذه الوضعية تشابك في الاختصاصات وتجميد الجهازين .وهو ما يعبر عنه أحد المؤلفين بقوله " أن هذا التعدد رتب تداخل وتنازع الصلاحيات والاختصاصات بين الهيئات المذكورة ¹ .

- ناقض بين ما تنص عليه القواعد القانونية وتطبيقها على أرض الواقع من طرف السلطات العمومية التي لا تحترم ما ورد فيها وهو ما يعبر عنه بعدم فعالية القانون أو بالطابع التجميلي للقاعدة القانونية. في هذا السياق وبالرجوع إلى أحكام المادة 5/205 من الدستور يقع على عاتق السلطة العليا، "المساهمة في تدعيم قدرات المجتمع المدني والفاعلين الآخرين في مجال مكافحة الفساد"، بينما تنص المادة 5/4 من القانون رقم 08-22 ، على تكليف السلطة العليا " بوضع شبكة تفاعلية تهدف إلى إشراك المجتمع المدني وتوحيد وترقية أنشطته في مجال الشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته".

غير أن الواقع يختلف تماما عن فحوى هذه الأحكام القانونية، حيث تم تأسيس جمعية تهدف إلى مكافحة ظاهرة الفساد على المستوى الوطني، لكن لم تتحصل على الاعتماد من وزارة الداخلية وكان السبب الرسمي الذي قدمته الو وزارة أن مهمة مكافحة الفساد تؤول إلى السلطات العمومية بصفة

1 قريمس عبد الحق، من جدوى تعدد هيئات الوقاية من الفساد، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 04، العدد 02، جامعة بسكرة، الجزائر، 2016، ص 161.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

حصرية ولا يجوز للجمعيات التدخل في هذا المجال¹، كما تمت محاكمة رئيس الجمعية وإدانته²، وهو ما يثبت غياب الإرادة السياسية الحقيقية في مواجهة هذه الظاهرة، والتي تتبلور من خلال وضع النصوص القانونية مع الامتناع عن تطبيقها، علما أن كل الاتفاقيات التي تم التصديق عليها تلح بصفة خاصة على ضرورة إشراك المجتمع المدني في إنجاز ومتابعة تنفيذ السياسة والبرامج الهادفة إلى مكافحة الفساد.

2- تقييد اختصاص السلطة العليا في معالجة التصريحات بالامتلاكات

لقد خص المشرع السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته ببعض الإختصاصات، التي يمكن أن تسهم بها في الحد من الفساد بمختلف أشكاله، مثل مهمة معالجة تصريحات بالامتلاكات، التي تم إقصاء السلطة العليا فيما يتعلق بتلقي التصريحات بالامتلاكات الخاصة برئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان ورئيس وأعضاء المحكمة الدستورية ورئيس وأعضاء الحكومة وكذا رئيس مجلس المحاسبة، ومحافظ بنك الجزائر والسفراء والقناصل والولاة والقضاة، حيث يتم التصريح بامتلاكات هؤلاء أمام الرئيس الأول للمحكمة العليا³.

وعليه يقتصر اختصاص السلطة العليا على تلقي التصريحات الخاصة بالمنتخبين المحليين والموظفين الآخرين⁴، وإذا كانت السلطة العليا مؤهلة لدراسة واستغلال المعلومات الواردة في التصريحات بالامتلاكات، فيختلف الأمر بالنسبة للرئيس الأول للمحكمة العليا حيث لم يزود بمثل هذا الاختصاص ويقتصر على تلقي التصريحات دون أن يتعدى دوره إلى استغلال المعلومات التي تحتويها.

هكذا نلاحظ تراجع المشرع عن الأحكام الواردة في الأمر رقم 97-04 المؤرخ في 11 يناير والمتعلق بالتصريح بالامتلاكات⁵، كما نص هذا الأمر على خضوع كل الأعوان لهذه الإجراءات بما في ذلك أعضاء البرلمان وأعضاء الحكومة، وتبين اللجنة في تقريرها السنوي ما قد تلاحظه من تطور

1 زوايمية رشيد، المركز القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، المرجع السابق، ص 28.
2 زوايمية رشيد، "ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، لمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة تيزي وزو، 2008، ص ص 7-18.

3 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 28.

4 المرسوم الرئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كليات التصريح بالامتلاكات، ج، ر، ج، ج، العدد 74، المؤرخة في نوفمبر 2006.

5 الأمر رقم 97-04، المؤرخ في 11 يناير 1997، والمتعلق بالتصريح بالامتلاكات، ج، ر، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 12 يناير 1997، (الملغى).

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

في الممتلكات إذا لم يقدم الشخص المعني بشأنها توضيحات أو قدم توضيحات يعتقد أنها غير كافية، ومن جهة أخرى إذا لاحظت اللجنة أن التصريح بالممتلكات غير صحيح فتحيل الملف على الجهة القضائية المختصة التي يتعين عليها تحريك الدعوى العمومية.

أما بعد إلغاء الأمر رقم 97-04 المذكور أعلاه، يتمتع الأشخاص المعنيون ولاسيما أعضاء الحكومة وأعضاء البرلمان والولاية بنوع من الحصانة بالنظر إلى عدم اختصاص السلطة العليا بتلقي تصريحاتهم بالممتلكات، يضاف إلى هؤلاء الأعوان أعضاء القيادة العسكرية الذين لا يخضعون لأي حكم من أحكام القانون، هكذا نسجل تراجع المشرع عن إحدى ركائز دولة القانون التي تتمثل في إعمال مبدأ المساواة الذي يفترض أن يخاطب به كل الموظفين بما فيهم القادة السياسيين، الأمر الذي يدفع إلى تجديد الانتقادات الموجهة للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

من جانب آخر إذا كان القانون ينص على التزام الأعوان السامين باكتتاب التصريح الذي ينشر في الجريدة الرسمية، نلاحظ أنه لم يراع هذا الالتزام سوى لمدة محدودة حيث نسجل منذ سنوات امتناع السلطات العمومية عن نشر التصريحات في الجريدة الرسمية مما يثبت عدم فعالية القواعد القانونية.

يضاف إلى كل ما سبق أنه يعاب على القانون السالف الذكر، باعتباره لا ينص سوى على إجراء التصريح بالممتلكات دون فرض التزام آخر يتمثل في التصريح بالمصالح، الذي يسمح بالكشف عن حالات تعارض المصالح، التي لا تسمح بتقلد الوظيفة إذا كان للموظف العمومي بمفهوم قانون الوقاية من الفساد مصالح تتعارض مع مصلحة الهيئة المستخدمة، ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بالمنتخبين والوزراء والولاية.

أخيرا ومن زاوية مبدأ الشفافية، ينص القانون رقم 22-08 السالف الذكر على التزام السلطة العليا بإعداد تقرير سنوي حول نشاطها ورفعها إلى رئيس الجمهورية وإعلام الرأي العام بمحتواه¹. بالنظر إلى مقتضيات الشفافية كان على المشرع أن يلزم السلطة العليا بنشر التقرير السنوي في الجريدة

1 أنظر المادة 04، الفقرة 10، من القانون رقم 22-08، المحدد لتنظيم السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وتشكيلها وصلاحياتها، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الرسمية، لتمكين المواطنين من الاطلاع على النتائج التي حققتها في مجال اختصاصها ومدى مساهمتها في تقليص حجم الفساد، كما يتناقض عدم نشر التقرير وأحكام القانون الأخرى، التي تلح على ضرورة ضمان الشفافية في تسيير الشؤون العمومية. أما النص على إعلام الرأي العام بمحتوى التقرير السنوي فلا يعوض النشر في الجريدة الرسمية، بالنظر إلى عدم إمكانية نشر كل المعطيات والنتائج المحققة، ضمن إعلان صحفي لا يسمح بتقييم فعالية السلطة العليا بصورة موضوعية.

المطلب الثاني: دور سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ضمان مبدأ حرية المنافسة

إذا كان مجلس المنافسة هو سلطة الضبط الأولى للمنافسة، فإن ذلك لا يعني أنه السلطة الوحيدة في هذا المجال، نظرا لوجود قطاعات خاصة تستلزم وجود سلطات ضبط مختصة تتدخل في المقام الأول لضبط القطاع المعني¹، لأن الطابع اللتقني لبعض القطاعات يدفع في الكثير من الأحيان بالمشروع إلى إنشاء سلطات الضبط للقيام بتنظيمها، والهدف من ذلك هو إشراك المختصين لإيجاد السبل الكفيلة لمعالجة الأمور الفنية في ذلك القطاع.

وفي هذا السياق خصص المشرع القسم الأول بعنوان " سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام " من الباب الرابع المتضمن الأحكام المتعلقة بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، لموضوع إنشاء سلطة ضبط جديدة للصفقات العمومية، وقد استحدثها المشرع بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247،² توضع هذه الهيئة تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية (الفرع الأول) وبين اختصاصاتها بموجب المادة 214 لإعطاء فعالية فائقة للطلبات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

إضافة لما احتواه المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من قواعد قانونية تنظم مسألة الرقابة الداخلية والخارجية على الصفقات

1 نجات حملاوي، تفعيل سلطات الضبط الاقتصادي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمزة لخضر، الوادي، الجزائر، 2019، ص 393.
2 المادة 213، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

العمومية، فقد تقرر كذلك إنشاء هيئة أخرى من الهيئات الإدارية المستقلة، وهي سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية، على خلاف سابق قوانين الصفقات في الجزائر، وذلك بالنظر للأهمية البالغة للصفقات العمومية وارتباطها بالمال العام.

ورغبة من المشرع في خلق سلطة ضبط توكل لها اختصاصات ضبطية للعمل على حماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وتعزيز دورها في الجانب الاقتصادي، لما لها من دور فعال وديناميكي في ترقية إجراءات مثل هذه العقود وتتبع حسن سيرها، ولعل المبادرة بإنشاء هذه السلطة بموجب أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي المذكور، جاء متوافقا مع التعديل الذي مس الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، وإخضاع الصفقات العمومية لقانون المنافسة ابتداء من الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح النهائي¹.

وقد قضت المادة 213 بما يلي: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير و تشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات"، بمعنى أن سلطة ضبط الصفقات تكون تحت وصاية وزير المالية، مع الاعتراف لها بالاستقلالية في التسيير المتعلق بممارسة صلاحياتها كسلطة ضبط دون التحديد الدقيق لطبيعتها القانونية واستقلالها المالي وان كانت تتمتع بشخصية معنوية أم لا؟، لأن منح الشرعية والاستقلالية لسلطات الضبط الاقتصادي (الهيئات الإدارية المستقلة) منذ نشأتها، يشكل نوعا من الارتياح للمواطنين بحيث تكون العلاقة معها أسهل بكثير من العلاقة مع سلطة يرأسها وزير².

ورغم عدم تنصيب سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بسبب تأخر صدور المرسوم التنفيذي، إلا أننا ارتأينا التطرق لها وفق ما هو موجود من نصوص، وبالمقارنة مع النظام القانوني المطبق على السلطات الإدارية المستقلة الموجودة على أرض الواقع في العديد من القطاعات ولا سيما في المجال الاقتصادي، وقد حدد تنظيم الصفقات العمومية اختصاصات هذه السلطة (البند الأول)، ضمن الإستقلالية التي تتمتع بها (البند الثاني) والمشار إليها في المادة 213 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

1 المادة 02، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 رنا سمير اللحام، السلطات الإدارية المستقلة، المرجع السابق، ص 21.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

البند الأول : استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

تنقسم دراسة استقلالية أي سلطة مستقلة بما فيها سلطات الضبط المستقلة ومنها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، إلى دراسة:

-الاستقلالية من الناحية العضوية

-الاستقلالية من الناحية الوظيفية.

أولاً- الاستقلالية من الناحية العضوية

يقاس مدى استقلالية أي سلطة ضبط مستقلة من الناحية العضوية بناء على عدة معايير من أهمها¹:

-أخذ المشرع بالتشكيلة الجماعية لسلطة الضبط بدلا من التسيير الفردي للسلطة، وهو ما يضمن تنوع في الآراء، خصوصا إذا تنوعت تركيبة التشكيلة، وما يدعم هذا المظهر اشتراط المشرع في القانون المنشأ لسلطة الضبط المستقلة شروط تتعلق بالخبرة والتخصص والكفاءة يتعين توفرها في اعضاء سلطة الضبط المستقلة، وأيضا الفصل بين جهات الاقتراح وجهات التعيين مع تفضيل آلية الانتخاب على التعيين.

-تحديد المشرع لمدة العضوية بسلطة الضبط المستقلة بشكل صريح ، والتأكيد على أن المدة غير قابلة للتجديد أو على الأقل قابلة للتجديد مرة واحدة، وذلك بغرض ابعاد الضغط عن الاعضاء كلما اقترب موعد التجديد.

توسيع المشرع في حالات التنافي مع العضوية بسلطة الضبط المستقلة لتشمل جميع الاعضاء دون أن يقتصر على رئيس السلطة فقط، ويمتد لجميع المناصب الإدارية والحكومية والعهدية الانتخابية مهما كان نوعها وطنية أو محلية كما يمتد التنافي للمهن الحرة وامتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في مؤسسات خاضعة لرقابة سلطة الضبط كما يمتد المنع إلى أقارب العضو المعين في سلطة الضبط لإمتلاك مصالح في مؤسسات خاضعة لرقابة سلطة الضبط، ويستمر هذا المنع للسنتين الموالتين لانتهاء العضوية، وهو ما يطلق عليه بالمنع المطلق خلافا للمنح النسبي الذي يقتصر على بعض المظاهر فقط أو على الرئيس دون الاعضاء.

1 أحسن غربي، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، امعة 20 أوت 1955، العدد 11، سكيكدة، الجزائر، 2015، ص241.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

- دعم أيضا استقلالية سلطة الضبط من الناحية العضوية، إذا كرس المشرع عدم قابلية العضو المعين بالسلطة المستقلة للعزل إلا وفق الحالات المحددة حصرا في النص القانوني، منها وقوع العضو في حالة التنافي وأيضا صدور عقوبة سالبة للحرية ضد العضو خصوصا في الجرائم المتصلة بالمال العام والشرف.

بالرجوع إلى أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، نجد أنها لم تنص على جميع هذه المعايير التي ذكرناها، ما يعني أنها تركت المسألة للتنظيم الذي يصدره الوزير الأول في شكل مرسوم تنفيذي، وذلك بخصوص تحديد تشكيلة سلطة الضبط ومدة العضوية بها وحالات التنافي، وإن كانت هذه الحالة الأخيرة مكرسة بصورة عامة بموجب المواد 1، 2، 3 من الأمر رقم 07-01 المؤرخ في 01 مارس 2007، والمتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف².

حيث تشمل المادة 01 منه العديد من السلطات والهيئات التي تشملها حالات التنافي منها سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية مكلفة بمهمة الضبط أو المراقبة أو التحكم وتشمل حالة التنافي حسب المادة 02 كل امتلاك مباشر أو غير مباشر لمصالح في مؤسسات تابعة لرقابة السلطة ويمتد هذا المنع للسنتين المواليين بعد انتهاء العضوية بسلطة الضبط أو الهيئة المكلفة بالضبط أو الرقابة أو التحكم طبقا للمادة 03 من الأمر المذكور اعلاه.

كما أن عدم تحديد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة 213 لمعايير أو مظاهر استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وترك المسألة للتنظيم الصادر عن الوزير الأول هو بمثابة إجراء يؤثر سلبا على استقلاليته من الناحية العضوية ولا يخدم بناتا استقلاليته، كما ينعكس سلبا على اختصاصاتها والقرارات التي تصدرها.

وتضمنت المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، النص على أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، وهو ما ينعكس سلبا على الاستقلالية العضوية لسلطة الضبط.

1 تنص المادة 213، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومية وهيئة وطنية لتسوية النزاعات".
2 الأمر رقم 07-01، المؤرخ في 01 مارس 2007، والمتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج، ر، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 07 مارس 2007.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

وعليه فإن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المستحدثة هي سلطة ضبط غير مستقلة من الناحية العضوية¹، إذ بالإضافة إلى انشائها لدى الوزير المكلف بالمالية، فإنها تفتقد لأدنى مقومات الاستقلالية من حيث التشكيل، خصوصا إذا تضمن المرسوم التنفيذي الذي سيصدر لاحقا النص على تشكيلها من ممثلي الوزارات أو القطاعات ما يعني تقربها من الهيئة العمومية الإدارية.

وتفتقد سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لأدنى مقومات الاستقلالية من حيث النظام القانوني للأعضاء من خلال تأثير السلطة التنفيذية على تشكيلة السلطة الضبط من خلال فتح العهدة وجعلها قابلة للتجديد، وهو عامل يسمح للحكومة بالضغط على أعضاء سلطة الضبط للتأثير على قرارات السلطة، كما يبقى العضو مهدد بالإقالة في أي لحظة، نظرا لغياب نص صريح يكرس عدم قابلية العضو للعزل.

كما أنه في حال عدم تشكيل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام من كفاءات متخصصة في مجال عملها فما الفائدة من انشائها، خصوصا أن المرسوم الرئاسي 15-247 تضمن النص على العديد من آليات الرقابة²، وعليه فما الفائدة من إضافة آلية رقابية على نفس شاکلة الآليات الرقابية الأخرى، لذا فإننا نرى بأن استحداث سلطة ضبط في تنظيم الصفقات العمومية هو رغبة المشرع في تنويع آليات الرقابة ونوعية الرقابة على المال العام.

ثانيا- الاستقلالية من الناحية الوظيفية

حتى نقيس مدى استقلالية أي سلطة ضبط من الجانب الوظيفي يتعين التركيز على عدة نقاط، أهمها:

-خضوع سلطة الضبط لأي مظهر من مظاهر الرقابة الإدارية الرئاسية أو الوصائية ما يعني غياب التدرج الإداري أو التبعية لجهة إدارية تقليدية، غير أن هذا لا يشمل الرقابة القضائية على تصرفات سلطة الضبط المستقلة، إذ تبقى خاضعة في تصرفاتها لرقابة القضاء الإداري المختص، مالم

1 المادة 213، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 157، من نفس المرسوم.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ينص المشرع على استثناء لصالح القضاء العادي مثل الطعن في قرارات مجلس المنافسة الذي يرفع أمام الغرفة التجارية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة¹.

- تمتع سلطة الضبط بالاستقلال الإداري من خلال قيام السلطة على أجهزة وهياكل توضع تحت سلطة رئيس السلطة بالإضافة إلى خضوع مستخدميها للسلطة السلمية لرئيس السلطة المستقلة، كما توضع قواعد سير السلطة من قبل المشرع أو تدرج ضمن النظام الداخلي للسلطة المستقلة وخصوصا كيفية التصويت على قرارات السلطة وترجيح صوت الرئيس في حال الاخذ بنظام الاغلبية البسيطة في التصويت.

- الاستقلال القانوني والمتمثل في منح سلطة الضبط الحرية في اعداد النظام الداخلي الذي يحدد قواعد عملها وسيرها والنظام القانوني لمستخدميها والأجور الخاصة بهم، وذلك دون إشراك جهة أخرى وأيضا المصادقة على النظام الداخلي دون موافقة جهة أخرى، إذ يعد هذا المعيار حاسم في منح الاستقلالية الوظيفية لسلطة الضبط، كما يشمل الاستقلال القانوني بالإضافة إلى النظام الداخلي، تمتع سلطة الضبط بالشخصية المعنوية وإن كان معيار الشخصية المعنوية هو معيار ثانوي وليس معيار حاسم.

يعتبر الاستقلال المالي لسلطات الضبط المستقلة من بين أهم الركائز التي تدعم استقلاليتها الوظيفية، فالتمويل عن طريق مواردها الخاصة يقوي من استقلاليتها، ويظهر الاستقلال المالي من خلال امتلاك هذه الهيئات لمصادر تمويل ميزانيتها خارج عن إطار الإعانات والمنح التي تقدمها الدولة²، خلافا لمجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية، ولجنة الاشراف على التأمينات، حيث أن هذه السلطات لا تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، مما يجعلها تابعة للسلطة التنفيذية من حيث التمويل³، فكلما كانت سلطة الضبط تملك مصادر تمويل ذاتي كلما كانت أكثر استقلالية، وبذلك يشكل الاستقلال المالي أحد الركائز الأساسية لنجاعة وفعالية سلطة الضبط في القيام بمهامها وتحقيق النتائج المرجوة منها⁴.

1 المادة 63، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 بن جيلاني عبد الرحمان، انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر " قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة المسيلة، ص1106.
3 أحسن غربي: نسبية الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، جامعة 20 أوت 1955، العدد 11، سكيكدة، الجزائر، 2015، ص241.
4 بن جيلاني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 1107.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

كلما تحررت سلطة الضبط من الالتزام بإعداد تقرير أو حصيلة مهما كان شكل التقرير أو الحصيلة، كلما زادت استقلاليتها بالمقارنة مع سلطة الضبط الملزمة قانونا بتقديم التقرير أو حصيلة عن نشاطاتها لجهة أو أكثر داخل السلطة التنفيذية أو البرلمان أو لكليهما، إلا أنه عامل ثانوي وليس عامل حاسم في منح الاستقلالية.

منح سلطة الضبط صلاحيات بموجب التشريع يكرس استقلالية أكبر من منحها صلاحيات بموجب التنظيم، إذ غالبا ما تعمل السلطة التنفيذية على تقييد دور سلطات الضبط في القطاع الذي انشئت فيه لصالح تدخل الحكومة عن طريق الوزير، وهو ما يتعارض مع فلسفة إنشاء سلطات الضبط المستقلة خصوصا في القطاع الاقتصادي، وعليه فإن الاستقلال القانوني والاستقلال الإداري والاستقلال المالي هي بمثابة معايير حاسمة في منح الاستقلالية العضوية لأي سلطة مستقلة وخصوصا سلطات الضبط المستقلة ومنها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

إذ بالرجوع لنص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، نجد أنها لم تنص على أغلب هذه المظاهر باستثناء النص على تمتع سلطة الضبط بالاستقلالية في التسيير، وهذا لا يشكل بالضرورة استقلال قانوني واستقلال إداري واستقلال مالي¹.

ما دام المشرع سكت عن مسألة النظام الداخلي، فإننا نرى بأنها فرصة أمام السلطة في إعداد نظامها الداخلي بكل حرية والمصادقة عليه شريطة أن تحترم الموضوعات الممنوحة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، للوزير الأول ليصدر بشأنها مرسوم تنفيذي، أما بخصوص الجانب المالي فهي على غرار العديد من سلطات الضبط التي لا تملك حرية تمويل نشاطها لا تكون خاضعة لتمويل كلي من خزينة الدولة، وعليه فإن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ليس لها مصادر تمويل خاصة بها، رغم أنها مستحدثة في قطاع اقتصادي ومالي يمكنها من تمويل نفسها بنفسها إذا كانت هناك رغبة صريحة من المشرع خلافا لسلطات الضبط المستحدثة في قطاع الشفافية في التسيير وحقوق الانسان التي تحتاج لتمويل كلي من خزينة الدولة.

وتبقى أيضا مسألة تعويضات اعضاء سلطة الضبط لم تنطرق لها المادة 213 ما يعني أن اعضائها يتم تحديد مستحقاتهم المالية بموجب مرسوم تنفيذي على غرار العديد من سلطات الضبط

1 المادة 213، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

المستقلة¹، وربما لا تكون لهم أي تعويضات في حال تم تشكيلها من طرف ممثلين عن الوزارات والقطاعات التي لها صلة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

البند الثاني : هيكلية سلطة ضبط الصفقات العمومية

تتكون سلطة ضبط الصفقات العمومية من مرصد الطلب العمومي ومن الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات.

أولاً : مرصد الطلب العمومي

استخدم مصطلح الطلب العمومي في مجال الصفقات العمومية ، ويتعلق بمجموع العقود المبرمة من طرف الهيئات العمومية لتلبية احتياجاتها، ويستمد مفهوم الطلب العمومي أساسه القانوني من عدة مبادئ ترمي إلى تحقيق هدف مزدوج، ضمان التسيير العقلاني للمال العام وكذلك ضمان منافسة فعلية ما بين المتر حين، حيث يضع المتر حين في حالة منافسة، ويسمح بالحصول على أفضل العروض ويحقق الاستعمال العقلاني للمال العام ويضمن حماية قانونية للمصلحة المتعاقدة.

1- مفهوم مرصد الطلب العمومي

لم يقدم المشرع أي تعريف لمرصد الطلب العمومي، ولم يجسدا في أرض الواقع إلى حد الآن، على الرغم من مرور فترة زمنية معتبرة من صدور المرسوم الرئاسي 15-247، ناهيك عن تناول أحكام إنشاء أول مرة بموجب المادة 175 من المرسوم الرئاسي السابق 10-236²، ضمن الباب السابع منه المعنون ب: المرصد والاحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، حيث يؤسس مرصد الطلب العمومي لدى الوزير المكلف بالمالية، وقد أحال المرسوم الرئاسي بدورا لصدور مرسوم تنفيذي يحدد تنظيمه، ومهامه وكيفيات سيره.

باستقراء المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، يعتبر مرصد الطلب العمومي من الأجهزة المكونة لسلطة ضبط الصفقات العمومية، فهو جهاز وطني وليس إقليمياً مرتبط بالصفقات العمومية فقط، حيث يحدد حاجات المصالح المتعاقدة ويقدر مدى نجاعتها ويقوم بترشيدها، كما يحدد التسيير العقلاني للمال العام وكذلك يضمن حماية قانونية للمصلحة المتعاقدة.

1 المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر .
2 تنص المادة 175 ، من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، على أنه : " يحدث لدى الوزير المكلف بالمالية مرصد اقتصادي للطلب العمومي، ..."، المعدل والمتمم، الملغى، السالف الذكر .

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

2- اختصاصات مرصد الطلب العمومي

لم يحدد المشرع الجزائري اختصاصات مرصد الطلب العمومي في المرسوم الرئاسي 15-247، ولم يصدر بعد المرسوم التنفيذي المنظم له، إلا انه لا بأس من الإستئناس بالمرسوم الرئاسي رقم 16-03، المؤرخ في 07 جانفي 2016 المنظم للمرصد الوطني للمرفق العام¹، وإنشاء هذا الهيئة يندرج ضمن جهود السلطات العمومية لتعزيز شفافية الإنفاق العمومي ويتولى مهام المتابعة والمراقبة، وتتمثل اختصاصاته فيما يلي:

أ- إحصاء اقتصادي للطلب العمومي

لاشك أن هذا المرصد سيعمل بصفة مشتركة مع كل الدوائر الوزارية والمؤسسات، التي لها علاقة بالطلب العمومي، وفي هذا الشأن يقوم بإحصاء حجم الطلب العمومي السنوي لإجمالي طلبات الهيئات الرسمية، وذلك من خلال رصد النفقات العمومية من أجل تحليلها وترشيدها.

أ- إعداد التقارير

يقوم المرصد بتحليل الصفقات العمومية وكذلك تقديم توصيات للحكومة حول الصفقات الاقتصادية.

ثانيا : الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات

قد يترتب على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية نزاعات تتسبب في زعزعة استمراريتها، لتفادي ذلك فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحددة في العقد، ما أدى إلى إنشاء الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات.

1- مفهوم الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات

وضع المشرع الجزائري هيئات خاصة مكلفة بالتسوية الودية للنزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث وضع لجان خاصة لتسوية الودية للنزاعات حيث نجدا نص عليها في المواد 82 ومن 153 إلى 158 من المرسوم الرئاسي 15-247، كالهيئة الوطنية لتسوية النزاعات في إطار ما يسمى الطرق البديلة والودية لحل النزاعات².

1 المرسوم الرئاسي رقم 16-03، المؤرخ في 07 يناير 2016، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 2016.
2 المواد 82، ومن 153 إلى غاية 158، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

يمكن القول إن الهيئة الوطنية هي جهاز وطني مرتبط بسلطة ضبط الصفقات العمومية تختص بحل النزاعات المتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية مع المتعاملين الاقتصاديين الأجانب فقط، أما المتعاملين الاقتصاديين المحليين فقد اعتمد المشرع على اللامركزية وهذا بإنشاء لجان متخصصة لحل النزاعات ، حسب نص المادة 154 المرسوم الرئاسي 15-247 وهي تتواجد على المستويين المركزي والمحلي.

أ- على المستوى المركزي:

تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية لجنة متخصصة لحل نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها، وتتشكل هذه اللجنة من :

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية ،رئيسا،

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع،

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة¹،

ويتم تعيين أعضاء اللجنة المختارون، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير، على أن يعين رئيس اللجنة مقرا من ضمن أعضائها، وتوضع أمانة اللجنة لدى رئيسها.

ب- على المستوى المحلي :

تختص لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية ، بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة، وتتشكل اللجنة كما يأتي :

- ممثل عن الوالي، رئيسا،

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع،

- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

1 ينظر المادة 154، الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ويعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني، ويمكن لرئيس اللجنة- على سبيل الإستشارة- الإستعانة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة، وأن يعين من بين أعضاء اللجنة مقررا ، وتوضع أمانة اللجنة لدى رئيس اللجنة¹.

2- أهداف إنشاء الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات.

بما أن الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات هي جهة ودية لفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، يمكن حصر أهم الأهداف التي أنشئت من أجلها فيما يلي:

- تكريس الطرق البديلة والودية في حل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية.
- الاعتماد على الإدارة من أجل ربح الوقت في التقاضي أمام جهات القضاء.
- تخفيف العبء على القاضي والمتقاضين.
- مساندة التطورات الحالية في حل النزاعات.

الفرع الثاني : اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

تتكفل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بسلطة التنظيم والضبط في مجال المالية وموارد الدولة في إطار التسيير الجيد للمال العام ومكافحة الفساد، وهو ما يضمن حسب فلسفة واضعي المرسوم الرئاسي 15-247 التوازن بين المصالح المتعاقدة²، إذ لا تكتفي سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بإعداد مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وإنما تقوم بالعديد من الاختصاصات³، التي منحت لها بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث نصت المادة 213 على اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

1 ينظر المادة 154، الفقرة 02، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر .
2 سامية حساين، آليات حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 5، العدد 2، جامعة عبد الحميد مهري، قسنطينة، الجزائر، 2019، ص 79.
3 خلدون عيشة، قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص 56.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

البند الأول : اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

أكد المؤسس الدستوري من خلال أحكام المادة 43 من دستور الجزائري، على ضرورة أن تأخذ الدولة على عاتقها مهمة توفير مناخ ملائم للاستثمار والأعمال، بعد أن كان قد تبنى مبدأ حرية الصناعة والتجارة، بموجب دستور 1996.

ولعل ما يعكس هذا التوجه الجديد للمؤسس الدستوري هو الحركية التنافسية التي تنامت أكثر من ذي قبل، إضافة إلى رغبة الدولة الجزائرية في الاهتمام أكثر بالجانب المؤسساتي المتعلق بإنشاء سلطات الضبط، والتي كان آخرها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

حيث إن إنشاء سلطات الضبط أو ما يعرف بالهيئات الإدارية المستقلة، وإن كان له عديد المبررات السياسية و الاقتصادية وغيرها فإنها تؤسس بغرض ضبط مجموعة من القطاعات الحساسة، للحيلولة دون تدخل الدولة المباشر لتحقيق مزيد من الفعالية والشفافية، ويتحقق ذلك بإضفاء رقابة القضاء الذي يهدف إلى ضمان احترام هذه السلطات الشرعية¹.

بالنظر إلى العشر (10) صلاحيات واردة في المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، بالإضافة إلى الصلاحية الواردة في نص المادة 88 من نفس المرسوم، وعليه يمكن رد هذه الصلاحيات إلى أربعة اختصاصات رئيسية وهي:

أولا-الصلاحيات ذات الطابع الاستشاري والتكويني والاتصال

تصدر سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بخصوص الصلاحيات الاستشارية رأيا، وتشمل هذه الجوانب كل من جانب الاعلام ونشر المعلومات والوثائق والمبادرة ببرامج التكوين وترقيته(المتعلق بالصفقات العمومية) ، لتشكل بذلك سلطة الضبط في إطار مرصد الطلب العمومي، مكانا للتشاور بخصوص المسائل المتعلقة بمجال عملها.

وتكلف سلطة الضبط أيضا وبالاتصال مع الهيئات المستخدمة بضمان دورات تكوينية وتحسين المستوى وتجديد المعارف بغرض تحسين مستمر لمؤهلات وكفاءات الموظفين والاعوان العموميون المكلفون بتحضير ابرام الصفقات العمومية وتنفيذها والرقابة عليها².

1 نجاة حملاوي، المرجع السابق، ص394.
2 المادة 212، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع ، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

ثانيا-الصلاحيات ذات الطابع الرقابي

تتمثل الصلاحيات ذات الطابع الرقابي الممنوحة لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في كل ما يتعلق بالدراسة والتحليل للمعطيات والوثائق والاحصاءات السنوية للطلب العمومي.

وتشمل أيضا التدقيق في إجراءات الإبرام والتنفيذ، وتباشر السلطة هذه الصلاحية بناء على طلب الجهات المختصة، كما تكلف المصلحة المتعاقدة بإعداد بطاقات احصائية وإرسالها لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وذلك لتمكين سلطة الضبط من القيام بمهمة الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي السنوي، الذي من خلاله تتحكم في عملية ضبط القطاع.

وتمسك سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قائمة المؤسسات المدرجة في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الحصول على الصفقات العمومية، وذلك في إطار مكافحة الفساد¹، إذ لا يمكن للمصلحة المتعاقدة التعامل مع هذه المؤسسات المقصاة من إبرام الصفقات العمومية، وتراقب سلطة ضبط الصفقات العمومية مدى احترام المصلحة المتعاقدة لهذا المنع رغم الغموض الذي يتخلل نص المادة 89 بخصوص تعامل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مع الحالات التي تتعامل فيها المصلحة المتعاقدة مع المؤسسات الممنوعة من إبرام الصفقات العمومية، وإن كان إجراء إبطال الصفقة وفسخها هو الإجراء الممكن باعتبار ان الصفقة قد ابرمت خرقا للمرسوم الرئاسي 15-247.

كما لم يبين المرسوم الرئاسي 15-247 علاقة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بسلطات الضبط في القطاع الاقتصادي أو مجلس المنافسة والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وذلك إذا خلصت من خلال سلطتها في الرقابة إلى وجود خرق لقواعد المنافسة أو وجود فساد مالي في إبرام الصفقة العمومية، وهي مسائل كان يتعين على المشرع التطرق لها فينص المادة 213 أو مواد أخرى في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وفي إطار تسهيل ممارسة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لدورها الرقابي، ألزم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المصلحة المتعاقدة بإرسال نسخة من

1 المادة 89، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

التقرير التقييمي الذي أعدته عن ظروف إنجاز المشروع وكلفته الاجمالية مقارنة بالهدف المسطر له إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، وهذا الإجراء يمكنها من القيام بدور رقابي حقيقي وتساهم من خلاله في حماية المال العام، وإن كان النص لم ينص بشكل صريح على خضوع التقرير التقييمي لرقابة سلطة الضبط عندما استلامها له، كما لم يحدد الجزاء المترتب على عدم ارساله لسلطة الضبط أو الجزاء المتخذ من قبل سلطة الضبط إذا ثبت أن التقرير يحمل دلائل قاطعة لوجود هدر للمال العام.

كما منحت المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247 لسلطة الضبط صلاحية إعداد مدونة أدبيات واخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة ابرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي تخضع لموافقة وزير المالية، وتعد هذه المدونة ملزمة للجهات المذكورة وذلك من خلال تعهدهم باحترامها بناء على تصريح ممضي ومقدم من قبلهم مع تأكيدهم على عدم وجود تضارب في المصالح، إذ من خلال هذه الصلاحية تمارس سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اختصاصا تنظيميا له علاقة بالدور الرقابي لها. وتعد هذه المدونة بمثابة آلية وقائية لمكافحة الفساد المالي والإداري في إطار السياسة التي كرسها المرسوم الرئاسي 15-247²، ولاسيما في المواد من 88 إلى 94 منه.

ثالثا-صلاحيات تتعلق بحل النزاعات

منحت المادة 213 لسلطة الضبط صلاحية حل النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية التي تبرم مع متعاملين أجنبين دون أن تبين المادة نوع القرار الذي تصدره السلطة وهل هو متعلق بحل ودي للنزاع أو فصل في نزاع أو تحكيم بين الاطراف المتعاقدة، إلا أنه بخصوص إمكانية قيامها بالتحكيم فهو أمر مستبعد، وذلك لأن المشرع الجزائري سمح بطلب إجراء التحكيم الدولي بناء على اتباع جملة من الإجراءات والشروط³.

1 تتص المادة 164، الفقرة 03، من نفس المرسوم، على أنه: "وتعد المصلحة المتعاقدة، عند استلام النهائي للمشروع، تقريراً تقييمياً عن ظروف إنجاز وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلاً، وترسل نسخة من هذا التقرير إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم"، السالف الذكر.
2 بوطية مراد، قراءة في نص المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 23، العدد 03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سبتمبر 2018، ص 11.
3 غلاب عبد الحق، لتسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، 2018، ص 98.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

كما تتلقى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نسخة من رأي لجنة التسوية الودية للنزاعات المشكلة على مستوى الوزارة أو الهيئة العمومية أو الولاية طبقاً للمادتين 154-155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، دون أن يوضح لنص الهدف من تلقي هذا الرأي، وبأي صفة تتلقاه، هل باعتبارها جهة رقابية على اللجنة أو من باب الاعلام فقط، وكيف تتعامل معه سلطة الضبط، وغيرها من المسائل التي اغفلها النص.

رابعاً-صلاحيات تتعلق بالتعاون الخارجي

تتعاون سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مع الهيئات الاجنبية والهيئات الدولية التي لها علاقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وعليه فإن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام منح سلطة الضبط صلاحية السهر على تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المبرمة من قبل المصلحة المتعاقدة، وبذلك يكون المشرع من خلال النص على استحداث سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في تنظيم الصفقات العمومية قد اختار نمط رقابي آخر (جديد) على عملية إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية.

غير أنه لا يمكن أن تكون أهداف الرقابة المفروضة من قبل سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تخرج عن نطاق أهداف الضبط الإداري بصفة خاصة وأهداف الحكومة المدرجة ضمن مخطط عملها الموافق عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني بصفة عامة، إذ لا يمكن لسلطات الضبط المستقلة أن تعمل خارج الإطار الذي تحدده السلطة التنفيذية والبرلمان².

البند الثاني : تقدير سلطة ضبط الصفقات العمومية

تظهر فعالية سلطات الضبط الإدارية من خلال مبدأ الاستقلالية الإدارية والمالية الذي أكدنا عليه في النقطة السابقة، وكذلك من خلال التمتع بسلطة التقرير النهائي والفصل البات في المسائل التي تعمل على تسويتها وتنظيمها، وذلك بإصدار قرارات إدارية نهائية تنفيذية بمجرد صدورها، كما

1 تنص المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع ، على أنه:.....يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب المادة 213 من هذا المرسوم. ""،السالف الذكر .
2 عبد الله حنفي، السلطات الادارية المستقلة" دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص10.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تظهر من خلال التمتع بصلاحيات قانونية فاعلة ومقررة تؤكد على أهمية سلطة الضبط المستقلة . وبالتالي أمكن لنا التساؤل حول مدى فعالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؟.

أولا : من خلال الاختصاصات الموكلة لها

نبين من خلال هذا العنصر عدم نجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية، من خلال الاختصاصات الموكلة لها، وذلك لعدم تمتع تلك المؤسسة بسلطة اتخاذ القرارات بصفة مستقلة "غياب السلطة التقريرية"، وغياب سلطة التحقيق وغياب سلطة القمع وتوقيع الجزاءات.

1- غياب السلطة التقريرية

تعتبر سلطة إصدار القرارات من مظاهر الاستقلالية الإدارية للسلطات الإدارية المستقلة، وهي تتضمن السلطة التقريرية النهائية والباتية؛ بحيث يكون للسلطة الإدارية المختصة إصدار قرار إداري باعتباره عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة، يتمتع بصيغة التنفيذ المباشر فور صدوره يحدث آثارا قانونية عن طريق إنشاء مراكز قانونية عامة أو خاصة لم تكن موجودة وقائمة أو بتعديل مراكز قانونية قائمة أو إلغائها، حيث تقوم الإدارة بالإفصاح عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة تقتضيها القوانين واللوائح، وحتى تكون نافذة تلك القرارات الإدارية لابد أن تكون متوفرة على كل الأركان الأساسية التي تقوم عليها، وإلا أصبحت محل طعن أمام القضاء الإداري¹.

وباعتبار سلطة ضبط الصفقات العمومية من بين السلطات الإدارية الضابطة في الجزائر، فإننا ننتظر من خلال إرسائها قيامها بعملية ضبط كل الأعمال التي تتم على مستوى إبرام الصفقات العمومية، وبذلك تكون المختصة بتنظيمها ومراقبتها وتسوية الطعون والنزاعات التي تثور بشأنها، واتخاذ القرارات النهائية بخصوصها حتى تصبح صفقات قانونية نهائية واجبة التنفيذ في الميدان.

غير أننا، بقراءتنا لنص المادة 213 من الرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، نجد أن سلطة التقرير النهائي التي تجعل من سلطة ضبط الصفقات العمومية فعالة متمتعة بصلاحيات حقيقية تؤديها في سبيل تنظيم الصفقات العمومية ومراقبتها قد غابت تماما، فلا يمكن أن نستشف من خلال الصلاحيات المحددة حصرا سلطة إصدار

1 بن جيلاني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 1108.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

قرار إداري، بل هي مجرد اختصاصات هامشية شكلية لا تمت للفعالية اتجاه تنظيم الصفقات العمومية بأية صلة، من ذلك نحدد الإختصاص الأول الآتي :

-إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه، وتصدر بهذه الصفة رأياً موجهاً للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين.

يظهر من خلال هذا الاختصاص الذي تقوم به سلطة ضبط الصفقات العمومية أن هذه الأخيرة أصبحت بمثابة هيئة استشارية في مجال تنظيم الصفقات العمومية ومتابعة تنفيذها، وذلك يستشف من خلال الرأي الذي تعمل على تقديمه للجهات المعنية¹، والحقيقة أن هذا الاختصاص يؤدي إلى تفويض سلطة ضبط الصفقات العمومية، ويجعل من هذا الاختصاص استشاري؟ ألا يعد ذلك احد المحددات الأساسية لعدم نجاعة تلك السلطة الإدارية؟ على اعتبار أنها لا تعمل فقط في مجال هذا الاختصاص إلا على تقديم الآراء؛ ونحن نؤكد من هذا الباب بأن الرأي استشاري غير ملزم كقاعدة عامة في القانون، وهذا ما يجعل الحكم بغياب السلطة التقريرية النهائية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- من بين الاختصاصات الموكلة لسلطة ضبط الصفقات العمومية بحكم المادة 213، إعلام ونشر وتعميم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

فيظهر من خلال هذه الصلاحية أن سلطة ضبط الصفقات العمومية هي مجرد هيئة استعلامات موفرة لكل المعلومات والوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومنه يتبين بأنها صلاحية إعلام ونشر لا غير، وهنا لا يمكن الحديث عن سلطة إصدار القرار النهائي "غياب السلطة التقريرية".

-المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام².

يتبن هنا بأن سلطة ضبط الصفقات العمومية أصبحت سلطة مكونة وليست ضابطة؟ وهو أمر مثير للغرابة؟ كيف بسلطة ضابطة تصبح هيئة راعية للتكوين وترقيته؟، ثم إنه لمن الضروري الإشارة

1 المادة 213، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 المادة 213، المطة 03، من نفس المرسوم.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

إلى أن هذه المهمة تتولاها سلطة ضبط الصفقات العمومية بموجب مبادرة، إذن هي سلطة مبادرة وليست سلطة تقرير، وهو أمر يتنافى والهدف الأساس ي من وجود هذه السلطة الإدارية.

- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا.

كذلك لا يمكننا أن نستشف سلطة التقرير النهائي من خلال هذه المهمة الموكلة لسلطة ضبط الصفقات العمومية، وهي مهمة لا تظهر فيها سلطة الضبط التي تسمى بها هذه السلطة الإدارية، بل الأمر لا يعدو أن يكون مجرد إحصاء وأرقام.

-تحليل المعطيات المتعلقة بالجانبين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة.

نستشف عدم الفعالية مرة أخرى لسلطة ضبط الصفقات العمومية من خلال هذا الاختصاص فالمرجو من خلال تلك السلطة الضبط وليس مجرد تحليل المعطيات ثم تقديم توصيات للحكومة؟؟ ألم تجعل تلك التوصيات من سلطة الضبط الخاصة بالصفقات العمومية هيئة استشارية للحكومة؟ أين السلطة التقريرية في هذا المجال؟، إذن يمكننا القول بأن هذه السلطة خاضعة لهيمنة الحكومة ما دامت لا تستطيع مدّها بقرارات نهائية على اعتبار أن الحكومة لا تملك إلا سلطة التنفيذ، لكن المسألة هنا معكوسة ومخالفة للمبادئ القانونية التي تقوم عليها السلطات الإدارية المستقلة، حيث أن الأمر هنا لا يعدو مجرد تقديم توصيات من سلطة ضبط الصفقات العمومية للحكومة، وأن هذه الأخيرة هي من تقرر؟.

-تشكيل مكان للتشاور، في إطار مرصد الطلب العمومي.

مرة أخرى يظهر الطابع الاستشاري لسلطة ضبط الصفقات العمومية كسمة بارزة لها على حساب ما يتوجب أن تظهر به تلك الهيئة وهي سلطة التقرير الملزمة¹.

-التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتنفيذها بناء على طلب من كل سلطة مختصة².

في هذا الاختصاص نستشف صلاحية التدقيق والتحقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، وهو العمل الأصيل الذي يتوجب أن تظهر به سلطة ضبط الصفقات العمومية، وعلى هذا

1 المادة 213، من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 بن جيلاني عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 1111.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

الأساس نتبين بأن هذا الاختصاص هو أهم ما تتمتع به من اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتنظيمها وتسوية المنازعات التي تثار بشأنها. إلى جانب صلاحية البث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب.

-تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية.

-إقامة علاقات تعاون مع الهيئات الأجنبية والهيئات الدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹.

يتبين من خلال هذين الاختصاصين غياب السلطة التقريرية لسلطة ضبط الصفقات العمومية، فهي هنا تعمل على تسيير واستغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية، كما تعمل على إقامة التعاون مع الهيئات الأجنبية والدولية في مجال الصفقات العمومية، فالأمر هنا ليس له علاقة بضبط الصفقات العمومية بالأساس، وبالتالي يمكن القول عنها بأنها صلاحيات عادية لا تتعلق بالضبط الإداري .

يفهم من خلال ما تقدم في مجال اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية المحددة في المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أن تلك السلطة مجرد هيئة إدارية استشارية تقدم آراء واستشارات عملية في مجال الصفقات العمومية لمصلحة الحكومة، خاصة ونحن نعلم بأنها تابعة لوزارة المالية بحكم المرسوم المذكور آنفاً، وهنا نؤكد جيداً بأن اختصاص الضبط غائب عن هذه المؤسسة بالرغم من أنه يظهر من تسميتها أنها سلطة ضابطة في مجال تنظيم الصفقات العمومية وإبرامها وتسوية المنازعات التي تثار بشأنها.

2- غياب سلطة التحقيق

وهي ما يطلق عليها بسلطة ال رقابة والبحث والتحري قصد حماية الصفقات العمومية والاقتصاد الوطني من جهة وحماية المواطن المنتفع من ثمار هذه الصفقات العمومية من جهة ثانية، ولتحقيق هذه الغاية يستلزم الأمر رقابة معمقة لاحترام القوانين والأنظمة. ولقد استقر أغلب الفقه في جانب السلطات الإدارية المستقلة على أن لها أن تقوم بمراقبة قطاع نشاط محدد.

1 المادة 213، المطة 10، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

وبالتالي تكون على علم بكل ما يجري في ذلك القطاع، فيمكنها فتح ملفات إدارية للمؤسسات العمومية والخواص إن كان ذلك ضروريا للحصول على أية معلومة تحتاج لها في إطار التحقيقات الاقتصادية والإدارية التي تؤديها وذلك دون أن تتمكن الإدارة بالطابع السري للوثائق التي تملكها، وهناك من يرى أنها أخطر السلطات التي منحت لهذه الهيئات، وتشمل سلطة الاطلاع على الوثائق الرسمية وممارسة الرقابة على أرض الواقع للمراقبة عن كثب، وهي تختلف من سلطة إلى أخرى، وهناك تحقيقات قصيرة تمارسها في إطار البحث عن المخالفات؛ تمتاز بإمكانية التفتيش والحجز، وتمس هذه السلطة بالحرية الفردية المنصوص عليها في المادة 66 من الدستور الفرنسي، لذا تدخل المجلس الدستوري الفرنسي لوضع الشروط الأساسية في حالة اللجوء إلى هذه الوسيلة، فهي لا تتم بطريقة عشوائية¹.

غير أنه برجعنا للمادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، يتبين أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مفقورة لسلطة التحقيق والبحث والتحري المؤسسة لسلطة الرقابة؛ فلا تظهر من الاختصاصات الموكلة لتلك السلطة أية صلاحية تحقيق، كيف يحدث ذلك ونحن قد تبينا أن سلطة ضبط الصفقات العمومية مجرد جهاز استشاري لا يملك سلطة التقرير، وبالموازاة مع ذلك فإنها لا يمكنها أن تتمتع بسلطة التحقيق، وهذا ما حدث قانونا؛ فلم نلاحظ أية عبارة مانحة لسلطة التحقيق أو على الأقل، الأمر الذي يجعلنا نحكم بغياب سلطة تستشف تلك السلطة ضمنا لبحث والتحري والتحقق عن سلطة ضبط الصفقات العمومية، وهو أمر يضيف من شكليتها وعدم جدوى وجودها كسلطة ضابطة.

3- غياب سلطة القمع وسلطة توقيع الجزاءات

رغم أن هذا الاختصاص في الأصل يؤول للسلطة القضائية إلا أن السلطة الإدارية المستقلة قد زودت بهذا الاختصاص وإن كان ذلك ليس كاختصاص السلطة القضائية في القمع وتوقيع الجزاءات، فهناك فرق واضح بين السلطتين، حيث يمكن القول أن اختصا هذه السلطات الإدارية اختصاص إداري شبه قضائي.

1 بن جيلالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 1112.

الفصل الأول..... دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

وللمجلس الدستوري الفرنسي مواقف كثيرة بشأن دستورية السلطة القمعية للهيئات الإدارية بصفة عامة والهيئات الإدارية المستقلة بصفة خاصة فهي كثيرة، ففي قراره رقم 82-155 اعترف المجلس الدستوري الفرنسي للإدارة بحق توقيع العقوبات في المجال الضريبي، وأكد على أن مبدأ عدم الرجعية لا يطبق فقط على العقوبات التي تنطق بها الهيئات القضائية.

وإنما يمتد إلى العقوبات ذات الطابع الإداري طالما أنّ هذه الأخيرة لها صفة الردعية، فالهيئة الإدارية كالهيئة القضائية لها الحق بالنطق بعقوبات ذات طابع ردع، ولكن هل يمكن إدخال الهيئات الإدارية المستقلة في نفس سياق الهيئات الإدارية التقليدية؟، صدر في هذا الشأن قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتعلق بلجنة عمليات البورصة¹، حيث قضى المجلس لا يمثل مبدأ فصل السلطات ولا أي مبدأ دستوري آخر عقبة أمام الاعتراف للسلطة الإدارية التي تتصرف في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة بممارسة سلطة الجزاء.

إن سلطة القمع التي تمارسها هذه السلطات تتجسد في اتخاذ بعض الجزاءات الردعية فقط، وهذه الأخيرة تتسم بنوع من القسوة ولها على الأقل بالغ الأثر على من توقع عليه وهي لذلك تمثل مساساً بأحد حقوقه، إما انتقاصاً أو حرماناً ولذا يجب أن تحاط بطائفة من الضمانات التي تحول دون الانحراف في تطبيقها وتكفل في الوقت نفسه لمن يخضع لها حماية من التعسف في إنزالها، وتوقيع الجزاء يكون عن طريق تطبيق العقوبة المناسبة والتي تعبر عن إعادة التوازن بين الفعل المرتكب والإساءة إلى المجتمع.

وبالنظر إلى العقوبات التي توقعها السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، من ملاحظ أنها تمتاز بالشدة وأنها تقترب من العقوبات الجزائية، فلذا وقعت هذه الهيئات في الغالب عقوبات مالية بالنظر إلى المعيار الاقتصادي، غير أن هذه الهيئات يمكن أن توقع عقوبات غير مالية أيضاً².

وبرجوعنا للمادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 يتبين أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مفنكرة لسلطة القمع وتوقيع الجزاءات؛ وهو أمر يجعلنا نؤكد على عدم فعالية ونجاعة تلك السلطة في باب تنظيم الصفقات العمومية وتسويتها.

1 عز الدين عيساوي، "المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة، مآل مبدأ الفصل بين السلطات"، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 3، العدد 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص 212.
2 بن جيلالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 113.

الفصل الثاني

تدخل القضاء في ضمان حماية مبدأ حرية
المنافسة في الصفقات العمومية

إن الناظر لمختلف المراسيم المنظمة للصفقات العمومية، يرى انها وضعت الإطار القانوني الصحيح الذي يجب أن تمر عليه الصفقة العمومية، والمبادئ التي تقوم عليها حرية المنافسة، وهذا قصد الوصول إلى طلبات عمومية ذات نجاعة وجودة لفائدة المصلحة العمومية، وهذا الإحترام للإجراءات والمبادئ يقع على الإدارة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع وعلى المتعامل الاقتصادي على حد سواء.

وفي هذا الإطار، وضع المشرع الجزائري قواعد قانونية جزائية، تهدف لمنع سوء استغلال الوظيفة العمومية أو المال العام، ووقف مختلف التجاوزات التي قد تطال مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بإعتبار أن هذه الأخيرة تعد مجالا خصبا لأعمال الفساد، وتشجع بعض المكلفين بالتحضير الإداري للصفقة العمومية، على الإتيان بأفعال يجرمها القانون، ويعطي للمحاكم المختصة بالتدخل لمعاقبة المخالفين لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومراقبة مدى احترام حرية المنافسة سواء بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أو بالنسبة للمتعهدين المشاركين في المنافسة.

ولا مناص من القول، بأن القضاء يشكل ركيزة أساسية في ضمان نزاهة حرية التنافسية وشفافيتها في مجال الصفقات العمومية من جهة، وحماية لحقوق المتنافسين في مواجهة سلطات وامتيازات الإدارة المتعاقدة من جهة أخرى، ويختلف تدخل القضاء باختلاف الواقعة أو الدعوى أو الأمر المعروض عليه، فقد يكون تدخلا إداريا إذ ما كان التصرف القانوني المطعون ضده صادر من جهة عمومية إدارية، ومشوبا بأحد عيوب اللامشروعية، وهو ما يقتضيه إلغاء القرار المعيب من ذرف القاضي الإداري.

وقد يكون التدخل لحاجة ملحة للمتقاضين ولا تتحمل التأخير، ولا يمكن للإجراءات العادية أن تلبّيها، وهي التي تدعى بـ"بالتدابير الإستعجالية"، والتي يختص بها القضاء الاستعجالي في جميع مراحل الصفقة العمومية، ولاسيما تلك المتعلقة بعملية الإشهار أو المنافسة، وإذا كان الحكم الصادر عن قضاء الإستعجال القانوني إلغاء قرار إداري صادر عن المصلحة المتعاقدة، فإن هذا الحكم يأخذ بالإضافة إلى ذلك حجة الحكم بالإلغاء¹، الذي له الحجية العامة والمطلقة في مواجهة كافة وجميع السلطات العامة في الدولة.

¹ المادة 300، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م و إ، السالف الذكر.

وتبعاً لذلك، فالأمر يقتضي استقصاء مناحي الحماية القانونية المتاحة لحقوق ومصالح المتنافسين أمام القاضي الإداري سواء على مستوى قضاء الموضوع أو على مستوى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدى هذا من ناحية (المبحث الأول) وفي مقابل ذلك، يتدخل القاضي الجنائي وفق قوانين التجريم والعقاب، من أجل كبح جماح المتدخلين في الصفقات العمومية، سواء كانوا موظفين مكلفين بتحضير الصفقة أو المتعاملين الإقتصاديين، عن طريق منح القاضي الجنائي سلطة اتخاذ التدابير اللازمة ومباشرة الإجراءات التي يراها كفيلة بردعها، بغية تعزيز الشفافية والنزاهة للوصول إلى منافسة شريفة عند إبرام الصفقات العمومية،

فالموظف العام الطالح أو من يقوم مقامه، يعلم بأنه أداة الدولة في تنفيذ مخططات التنمية المحلية منها والوطنية، وأنه يملك وسائل يتحكم بها في زمام الأمور، فيستعمل نفوذه ومكانته في تسهيل منح الصفقات مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، خارقاً بذلك مبدأ المنافسة التي تقوم عليها هذه العقود، مما استدعى بالمشروع بضرورة التدخل بموجب قانون العقوبات وقانون و ف م، من أجل التصدي لهذه الجرائم من منح امتيازات غير مبررة وسوء استغلال الوظيفة وإبرام الصفقات مخالفة للقوانين وغيرها من الجرائم (المبحث الثاني).

المبحث الأول : حماية المنافسة في إطار القضاء الإداري

ضماناً لمبدأ المشروعية وحتى لا تتعسف الإدارة العامة في استعمال سلطتها التقديرية خول القانون للقضاء مراقبة أعمالها، كونه يحتل مكانة متميزة ضمن أشكال وصور الرقابة المختلفة، فالفرد هو من يدافع عن مصلحته ويسارع إلى عرض دعواه على جهة القضاء بعد استيفاء كل الإجراءات القانونية اللازمة¹، خاصة وأن الدعوى القضائية هي الوسيلة القانونية والقضائية الوحيدة لإعمال وتطبيق عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة²، ومن ثم التصريح في حال ثبوت الخرق بإعدام القرار المطعون فيه أو إقرار مسؤولية الإدارة مع التعويض عن العمل الضار وغير ذلك من القرارات القضائية.

وينظر القضاء الإداري في الدعاوى المرفوعة أمامه بصفة مستقلة، فلا سلطان لإدارة في غالبية النظم القانونية على القضاء، خاصة وأن استغلال الجهاز القضائي صار اليوم يشكل حقا من

1 عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص32.
2 عمار عابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، "النظرية الدعوى الإدارية"، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 217.

حقوق الإنسان¹، والذي يضطلع بمهام مختلفة تتعدى الجانب القانوني الردعي، إلى جوانب سوسيوولوجية واقتصادية ترتبط بالنهضة الشمولية للبلاد، ومن هنا نجد أن القاضي الإداري يعتمد على مجموعة من النظريات والقواعد القانونية كوسائل تمكنه من الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية التي تعرض عليه، ويكون الإخلال بمبدأ المنافسة أحد أسبابها.

فالصفقة العمومية بالنظر لطبيعتها وارتباطها بالمصلحة العمومية والأموال العامة بصفة خاصة، تمر بمجموعة من الإجراءات من المراحل المختلفة-سابق بيانها- لتنتهي بجملة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد، فالمصلحة المتعاقدة تملك من السلطات والإمكانيات ما يمكنها من الإشراف والتوجيه وحتى توقيع الجزاءات من أجل تنفيذ المشروع وخدمة المرفق العام، ولا يملك بالمقابل المتعامل المتعاقد سوى حق في المبلغ المالي للصفقة، كل ذلك يكون تحت رقابة القضاء الإداري، سواء في المرحلة التمهيدية للصفقة أو أثناء التنفيذ، وفي هذا ضمانة قضائية ضد أي إخلال بمبدأ حرية المنافسة.

وأمام الإخلال والخروقات التي تطال مبدأ المنافسة عبر مراحل إبرام الصفقة العمومية، كإقصاء تعسفي لأحد المترشحين أو إبرام ملاحق غير مبررة ودون وجه حق، مما دفع بالمشروع الجزائري لوضع بين يدي المتنافس المتضرر عدة سبل في إطار القضاء الإداري، سواء كان ذلك أمام قضاء الموضوع (المطلب الأول) أو أمام القضاء الإستعجالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية قواعد المنافسة في إطار قضاة الموضوع

رغم اعتبار القضاء الإداري في فرنسا كل الأعمال التي تسبق إبرام العقد، قرارات إدارية منفصلة قابلة للطعن فيها بدعوى الإلغاء²، فإن ذلك لا يعفي كليا دفاع المتنافس الراغب في مخاصمة الإدارة قضائيا من صعوبة اختيار المسلك القضائي، الذي يتعين تحديده على ضوء المعايير المعتمدة بين قضاء الكامل وقضاء الإلغاء، لكن يبقى الراجح في العمل القضائي هو جواز الطعن في القرارات الممهدة لإبرام الصفقات عن طريق الإلغاء، على أساس أن الحماية المطلوبة في مواجهة هذه القرارات لا تتحقق إلا في إطار رقابة القاضي الإداري على مشروعيتها (الفرع الأول).

1 نصت المادة 10، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، بأنه: " لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة، نظرا منصفا وعائنا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه"، وقد صادقت الجزائر على هذه الوثيقة، بموجب المادة 11، من دستور الجزائر لسنة 1963، السالف الذكر.

2 رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية " شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل"، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 47.

غير أنه ليس من شأن ذلك استبعاد أهمية الدور المنوط بالقضاء الكامل، في ما يرجع لإستخلاص الآثار القانونية المترتبة عن الحكم بالإلغاء في هذا المجال، وفرض التقييد بضوابط النظام القانوني للصفقات بمناسبة الفصل في المنازعات المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية الناشئة حيدا على هذه الضوابط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة قضاء الإلغاء على القرارات المنفصلة في الصفقات العمومية

تعد دعوى الإلغاء أهم الدعاوى الممارسة أمام القضاء الإداري، والتي حظيت باهتمام كبير لم تحظى به أية دعوى إدارية أخرى، كونها تقوم على حماية مبدأ المشروعية، أي أنها وسيلة من وسائل الرقابة على أعمال السلطات الإدارية بصفة عامة وسلطات الضبط الاقتصادي بصفة خاصة، هدفها البعيد فضلا عن حماية المركز القانوني للمدعي الذي مسه لقرار المخاصم بصفة سلبية هو حماية مبدأ المشروعية في النظام القانوني للدولة¹.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف القضاء في دعوى الإلغاء على أنه: "قضاء موضوعي تنصب فيه الدعوى على مهاجمة قرار إداري فردي أو لائحي عام ويكون اختصاص المحكمة قاصرا على بحث مشروعية القرار المطعون ضده، دون أن يمتد أثر الحكم إلى أكثر من ذلك، فلا يملك القاضي تعديل القرار المطعون فيه، أو تصحيحه أو تقرير نتائج مالية عليه لأنه غير مشروع"²، وتعرف أيضا على أنها: "الدعوى القضائية التي تقوم قصد مخاصمة قرار إداري حامل في طياته لعيب، أو مخالف لقاعدة قانونية"³.

بمعنى أنها دعوى موضوعية لمخاصمة القرار الإداري لعدم مشروعيته، انطلاقا من القاعدة التي تقضي بأن "دعوى الإلغاء ليست دعوى بين الخصوم ولكن دعوى ضد قرار"⁴، بمعنى أنها لا تنصب على العقود الإدارية، على اعتبار أن الصفقة عقد إداري مكتوب⁵، فإن ذلك يجعلها بعيدة عن قضاء الإلغاء لإرتباطه بالفصل في دعاوى إلغاء الأعمال الإدارية المنفردة، كما أنه لا يمكن الإستناد إلى مخالفة المصلحة المتعاقدة لإلتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فكل الدعاوى الناشئة عن الصفقات العمومية هي دعاوى القضاء الكامل⁶.

1 قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 397.

2 علي عبد الفتاح، الوجيز في القضاء الإداري "مبدأ المشروعية-دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة"، ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 135.

3 عمر بوجادي، المرجع السابق، ص 261.

4 قابة سورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، المرجع السابق، ص 397.

5 المادة 02، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

6 قرار مجلس الدولة الجزائري، ملف رقم 117879، الصادر بتاريخ 01 فيفري 2018، في قضية "شركة ميديا للإنجاز" ضد بلدية دار البيضاء"، حيث جاء فيه: "وحيث أنه من المستقر عليه بإجتهاد مجلس الدولة أن كل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية هي من دعاوى القضاء الكامل، وبالتالي فإن قرار الفسخ لا يمكن أن يكون محل دعوى الإلغاء لأن هذا القرار ليس قرارا إداريا بمفهومه

فالإختلاف الأساسي بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، يكمن في أن الأولى-الإلغاء- موضوعها هو القرار الإداري المطعون فيه بعدم مشروعيته لوجود عيب من العيوب المحددة قانوناً ولهذا فهي دعوى موضوعية، في حين أن الثانية -دعوى التعويض- تتضمن خصومة بين رافع الدعوى والإدارة، أي مدى احترام الإلتزامات المترتبة عن العقود الإدارية.

ومع ذلك سادت في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، فكرة مفادها أن جميع القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة تحتفظ بذاتيتها المستقلة حتى لحظة إبرامها، فإذا تم هذا الإبرام تفقد هذه القرارات استقلاليتها وتذوب في العقد الذي تم إبرامه، وبذلك فإنها تتشكل مع الصفقة باعتبارها التصرف الرئيسي تصرفاً كلياً غير قابل للتقسيم، وبالتالي إذا كان يمكن قبول دعوى تجاوز السلطة ضد هذه القرارات، التي تساهم في تكوين الصفقة العمومية يكون قبل إبرامها، إذ تستبعد ضد القرارات نفسها في حالة ما إذا تمت عملية إبرامها، لأن إثارة الدعوى ضد هذه القرارات يعتبر وفق ما جاءت به أدبيات نظرية الاندماج إثارة لدعوى تجاوز السلطة ضد الصفقة في كليتها مما لا يختص قضاء الإلغاء¹.

إضافة إلى ذلك استندت هذه النظرية إلى فكرة أساسيتين: تتمثل الفكرة الأولى في أنه بعد إبرام الصفقة يوجد طريق قضائي آخر للطعن يحقق النتائج التي يحققها طريق الإلغاء، وهو طريق الدعوى أمام قاضي العقد، حيث يجوز الطعن بالقرار الذي ساهم في تكوين التعبير عن إرادة لإدارة أمام قاضي العقد نفسه، الذي سيسحب بالضرورة آثار عدم مشروعيته على الوجود القانوني للعقد نفسه. أما الفكرة الثانية التي قامت عليها هذه النظرية، فهي فكرة الحقوق المكتسبة ذلك أن العقد يؤدي إلى تبلور مراكز أطراف هذا العقد واستقراره بإنتاجه حقوقاً مكتسبة، والتي يمكن أن تتأثر إلى حد كبير فيما لو قبل الطعن ضد القرارات التي تساهم في تكوين التعبير عن إرادة الإدارة، على أساس أنه لا يمكن تصور إلغاء مثل هذه القرارات دون أن يرتب ذلك بطلان العقد ذاته ومارتبه من مراكز قانونية².

=التقليدي، أي ليس قرار قائماً بذاته وإنما هو مترتب عن فسخ عقد من العقود، وأن الإدارة لها حق الفسخ بسبب أو بدون سبب، ولا يبقى للمتعاقد إلا طلب التعويض عندما يثبت أنه لم يكن متسبب في الفسخ" مجلة مجلس الدولة، العدد 16، لسنة 2018، ص 50.

1 حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 251- 252.

2 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 252.

وعليه سنحاول دراسة نظرية القرارات القابلة للانفصال طبقاً لمضمونها، ومدى تطبيقها على رقابة القاضي الإداري الجزائري على القرارات المنفصلة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة العمومية.

البند الأول: الإطار المفاهيمي للقرارات الإدارية القابلة للانفصال

تمر عملية إبرام الصفقات العمومية بعدة مراحل، تعمل خلالها المصلحة المتعاقدة على تجسيد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المنافسة، وتأخذ هذه العملية شكل قرارات إدارية، والتي تنقسم من حيث تكوينها إلى قرارات بسيطة وقرارات مركبة، فالقرار البسيط هو الذي يتمتع بكيان مستقل وغير مرتبط بعمل قانوني آخر مثل تعيين موظف.

أما القرار المركب فهو الذي يتكون من مجموعة من العمليات القانونية، بحيث تشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد وغير مستقلة عنه، والتي تتم على عدة مراحل من ذلك مثلاً قرار نزع الملكية لمنفعة العامة¹، وما يعيننا بالأساس ما تصدره المصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة، ويأخذ شكل القرارات الإدارية أو ما يطلق عليها في العمليات المركبة القرارات القابلة للانفصال، والتي تظهر أهميتها خاصة في المرحلة التمهيديّة السابقة لعملية التعاقد، ولما لها من علاقة مباشرة بكيفية اختيار المتعامل المتعاقد.

أولاً: الإطار النظري لنظرية القرارات القابلة للانفصال.

كان مجلس الدولة منذ سنة 1862 يعتبر أن الطعن بالإلغاء المرفوع ضد القرارات الإدارية النهائية غير مقبول، إذا كان بإمكان الطاعن اتباع طريق طعن آخر لطلب إلغاء القرار، وكان يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أيضاً أن التظلمات الإدارية يمكن أن تحول دون رفع دعوى الإلغاء باعتبارها طعن مقابل²، لكن الأمر لم يثبت على ذلك وغير رأيه في الأمر منذ سنة 1905، في قضية السيد مارتن **MARTIN**، التي تتلخص وقائعها في قيام هذا الأخير بصفته مستشار بمحافظة **(loir-cher)** أدرج دعوى إلغاء ضد مداوات شهر أوت 1900، 1901، 1902، الخاصة بامتياز الخط الكهربائي **((Tramways))**.

1 رشا عبد الرزاق جاسم، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة الحقوق، العدد 04، جامعة المستنصرية، العراق، 2011، ص 192.
2 عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص ص، 320-321.

واستند في طعنه على أن المحافظ لم يوزع على أعضاء المجلس تقرير مطبوع يخص موضوع الامتياز ثمانية أيام قبل تاريخ المداولة ومنع بذلك أعضاء المجلس من ممارسة مهامهم بكل موضوعية خاصة تلك المنصوص عليها في 10 أوت 1987، المتعلق بتنظيم المحافظات، فدفعت الإدارة بأن المداولات المطعون فيها أدت إلى إبرام عقد وأنه لا يمكن أن تكون محل طعن بالإلغاء بل تخضع لاختصاص قاضي العقد إلا أن مجلس الدولة لم يستجيب لدفع الإدارة وطبق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وحكم بقبول الدعوى، التي تقدم بها السيد مارتان من أجل تجاوز السلطة¹. كما اقترح مفوض الحكومة " روميو " قبول الطعون المقامة من قبل الغير في القرارات القابلة للإنفصال عن العقد، واعتبر أن إلغاء هذه القرارات لا يؤدي حتما إلى ابطال العقد واستنادا إلى ذلك تم قبولها، فتبنى مجلس الدولة من هنا النظرية، ولكنه طبقها بداية على الغير أي من كان خارجا عن العقد وعلى من كان طرفا فيه أن يلجأ إلى قاضي العقد، ولكن الأمر لم يدم على ذلك مدة طويلة حيث أصدر حكما آخر في نفس السنة (1905)²، رسخ النظرية دون تفرقة بين من كان طرفا في العقد أو من لم يكن، وبذلك يكون مجلس الدولة قد تخلى نهائيا عن نظرية الدعوى الموازية في العمليات الإدارية المركبة.

كما أن النظرية في بداية تطبيقها اقتضت فقط على القرارات الصادرة في مرحلة تكوين العقد، أما القرارات الصادرة في مرحلة التنفيذ أو بعد نهايتها، فلا يمكن للغير الطعن فيها لأن الأمر يقتصر على طرفي العقد دون سواهم لإرتباطها بالعملية التعاقدية، لكن مجلس الدولة عدل عن ذلك سنة 1964، وأجاز للغير الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد إذا كنت تمس مصالحهم، ومثال ذلك الطعون المقدمة من المنتفعين ضد القرارات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة³.

ثانيا : تعريف القرارات الإدارية المنفصلة

تعرف القرارات القابلة للإنفصال على أنها: " قرارات إدارية تكون جزء من بنيات عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها على انفراد"⁴.

1 حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 254.

2 عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص، ص، 334-335.

3 نسرين بوعكاز، قرارات القابلة للإنفصال في عقود الصفقات العمومية " صفقة الاشغال العمومية"، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد 13، جامعة العربي تيسي، تبسة، الجزائر، 2005، ص، ص، 69-70.

4 أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارية في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص، ص، 17-18.

ويعرفها البعض بأنها: " عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها أو السلطات العامة بصورة عامة في إطار عملية مركبة ،مع امكان تجنيد هذه التصرفات، لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته، دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها، أو يعطل أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية المرجوة من ورائها، النتائج القانونية التي من أجلها قامن الإدارة بالإلتزام هذه العملية"¹ .

وبينت ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 05 أبريل 1975، إلى أنه: " قرار يسهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف اتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته ،الأمر الذي يجعل الطعن عليه بالإلغاء جائزا"² .

البند الثاني: صور القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة

تصدر المصالح المتعاقدة قبل وأثناء وبعد إبرام الصفقة مجموعة من القرارات، يمكن أن توصف بأنها قرارات قابلة للانفصال، على اعتبار أنها قرارات يساهم إصدارها في تمام إبرام الصفقة العمومية مع احتفاظها بذاتيتها واستقلاليتها، ويمكن تقسيم هذه القرارات بحسب مرحلة صدورها إلى قرارات تصدر خلال المرحلة السابقة على التعاقد ،وقرارات تصدر أثناء الدعوة إلى التعاقد وإبرام الصفقة، وقرارات تصدر في مرحلة تنفيذ الصفقة.

أولا - القرارات المنفصلة الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد

تعتبر عملية تسجيل المشاريع التنموية في إطار الصفقات العمومية، من القرارات التي تسبق عملية التعاقد، كونها تدخل ضمن عمل المصالح المتعاقدة في تحديد الحاجات الضرورية التي تتطلب القيام بالدراسات الأولية وتستند على تقرير إداري وعقلاني³، وتكون عملية التسجيل بوجب قرارات إدارية يمكن وصفها بأنها قرارات قابلة للانفصال، لأنها أساسية لتمام إجراءات إبرام الصفقة، ومع ذلك تتمتع بذاتية واستقلالية حتى لحظة إبرامها و تنفيذها⁴.

1 جورجى شفيق الساري،القرارات القابلة للانفصال في القانون الإداري "دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، د ب ن ،2002، ص ص، 63-64، أنظر كذلك: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 208.
2 حكم المحكمة الإدارية العليا،في الطعنين رقم 456، 320، لسنة 17 ق، جلسة 05 أبريل 1975،مجموعة أحكام السنة 20،ص307،أشار إليهما : عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الأسس العامة للعقود،المرجع السابق، ص 338.
3 المادة 27،من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر .
4 خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 273.

هذا السياق، يمكن اعتبار قرار الإعلان عن المنافسة من القرارات المنفصلة عن الصفقة¹، وبالتالي يجوز لكل متنافس أن يطعن في هذا القرار بدعوى الإلغاء، كما يمكن اعتبار القرارات الصادرة عن لجان الصفقات العمومية المختصة، لاسيما قرار منح أو رفض منح التأشير الذي تتخذه اللجنة، بعد إجراء عملية مطابقة الصفقة للنصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بالصفقات العمومية من القرارات الإدارية المنفصلة² فهذه اللجان مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة على الصفقات التي تندرج ضمن اختصاصها.

ثانيا - القرارات المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام الصفقة.

يأتي قرار إبرام الصفقة بعد عملية تقييم العروض التي تقدم بها أصحابها، من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض³، ويطلق على عملية تدخل السلطة المختصة بإعتماد نتائج التقييم تسمية الإعتدال "l'approbation"، التي تقتضي إرساء الصفقة على أحد المتعهدين، وهو إجراء تمهيدي في عملية العقد الإداري المركبة، فإذا رأت أنها تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المتعهد الذي اقترحتة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض⁴، وتمتتع عن التعاقد مع غير هذا المتعهد، واختصاصها في هذه الحالة مقيد، إلا أن ذلك يقابله سلطة تقديرية للسلطة المختصة بالإبرام، فلها الحق في قبول أول رفض إبرام العقد، إذا ثبتت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة⁵.

1-القرارات الصادرة بقبول إبرام العقد

بعد استيفاء الصفقة لإجراءات الإعلان وفتح الأظرفة وتقييم العروض المستلمة من المتعهدين، وإرساء الصفقة على المتعهد الفائز بها، تأتي مرحلة الموافقة والإسناد النهائي للمشروع، والتي تختص بها لجنة الصفقات العمومية المحددة قانونا، ويحرر في هذا الشأن "محضر إختيار" يبين فيه اسم المتعامل المتعاقد ومبلغ المقترح ومدة إنجاز المشروع، وهذا المحضر في حال توقيعه

1 ينظر المواد من 61 إلى 66، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 195، من نفس المرسوم.

3 ينظر المواد 71، 72، من نفس المرسوم..

4 المادة 161، من نفس المرسوم.

5 حكم المحكم الإدارية العليا المصرية، حيث جاء فيه: "...وقرار لجنة البث بإرساء المناقصة على أحد المتعاقدين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراء تمهيدا في عملية العقد الإداري المركبة، ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة في إبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه، فإنها تلتزم بإبرامه مع المتناقص الذي عينته لجنة البث، واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد، حيث تلتزم بالإمتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص، إلا أنه يقابل هذا الإختصاص المقيد سلطة تقديرية، هي حق هذه الجهة في عدم اتمام العقد، وفي العدول عنه إذا ثبتت ملائمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة...". الطعن رقم 313-لسنة 4 ق، جلسة 13 فيفري 1960، السنة الخامسة، ص 339، مجموعة 15 عاما في العقود الإدارية، ص 133، أشار إليه: مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 674 .

من طرف السلطات المختصة¹ يعتبر بمثابة القبول بإبرام العقد، وهو قرار منفصل يمكن للمؤسسات المستبعدة من المنافسة الطعن فيه بالإلغاء لتجاوز السلطة.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة القضاء الإداري في مصر بأن: "القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود، يمثل إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة أثناء قيام بأداء وظائفها المقررة لها قانونا، بقصد إحداث أثر قانوني معين، ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرا جائزا قانونا، لأن إبرام العقود والمراحل السابقة عليه، وتعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة..."².

فضلا على ذلك يمكن اعتبار منح أو رفض منح التأشيرة من طرف المراقب المالي من القرارات القابلة للانفصال عن الصفة العمومية، على اعتبار أن هذا الأخير له دور هام وضروري في تمام عملية إبرام الصفقة، بعد القيام بالرقابة المنصوص عليها في المواد 05،06،07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المتعلق بالرقابة السابقة على النفقات التي يلتزم بها المعدل والمتمم³، وفي هذا الشأن يصدر المراقب المالي قراره، إما بمنح أو رفض منح التأشيرة للصفة العمومية، على الرغم من أنه يتمتع بذاتية مستقلة وهو ما يجعله من القرارات القابلة للانفصال.

2-القرارات الصادرة برفض إبرام العقد:

إذا كانت المصلحة المتعاقدة ملزمة بإرساء الصفقة على صاحب الأقل عرض، إلا أنها غير ملزمة بإتمام إجراءات الإبرام معه، وقرارها في هذا الشأن لا يعدو إلا أن يكون قرارا إداريا يجوز الطعن فيه بالإلغاء، إذا ما خالف القانون أو صدر مشوبا بعيب انحراف السلطة، على اعتبار أن هذا العيب يشكل قيد على سلطة الإدارة التقديرية في جميع الأحوال⁴.

فمن حيث أنه لا نزاع في أن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العروض وإرسائها على صاحب أفضل عطاء، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد، ومن ثم فهي تملك كلما رأت المصلحة العامة أو دواعي التعاقد تقضي بإلغاء طلب

1 المادة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، د.ط، الناشرالمكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008، ص339.
3 ينظر المواد 05،06،07 من م ت رقم 92-414، المتعلق بالرقابة السابقة على النفقات التي يلتزم بها، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 343.

العروض والعدول عنه¹، دون أن يكون لصاحب العرض أي حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بالتعويض.

وقد انتهت المحكمة القضاء الإداري في مصر إلى تقرير: "إن قرار الوزارة بإلغاء المناقصة الخاصة بالمدعي ضد صدر في حدود سلطة الوزير التقديرية في إبرام العقد ولا مخالفة للقانون أو انحراف"، كما وجد حكم لمجلس الدولة الفرنسي، قبل فيه الطعن بالإلغاء ضد قرار أحد العمداء لرفض إبرام العقد، خلافا لما استقر عليه المجلس البلدي في مداواته²، وعليه فإن الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة برفض إبرام الصفقة يقع في نطاق سلطة التقديرية، وهي من قبيل إساءة استعمال السلطة أو انعدام المادي والقانوني للأسباب.

ثالثا - القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ الصفقة.

سبق وأن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسي كان بادئ الأمر يحصر نظرية القرارات القابلة للانفصال في مرحلة إبرام العقد فقط، ويستبعدا في مرحلة التنفيذ على أساس أن الطاعن خلال هذه المرحلة يملك طريقا قضائيا آخر في إطار الدعوى الموازية، والمتمثلة في هذه الحالة في إمكانية اللجوء إلى القضاء الكامل، إلا أنه وفي وقت متأخر من القرن الماضي تراجع عن هذا المبدأ وقبل الطعون بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد، وكانت باكورة أحكامه في هذا الموضوع الحكم الصادر في 24 أبريل 1964³.

وهي حالة القرارات الصادرة بعد المصادقة على الصفقة ودخولها حيز التنفيذ، من ذلك مثلا قرار الفسخ بإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة سواء بخطأ المتعامل المتعاقد أو لضرورة المصلحة العامة، وهو الإجراء المنصوص عليه في المادتين 149 و150، من المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁴، ومن الطبيعي أن يكون الفسخ في هذه الحالة بموجب قرار مسبب، يمكن الطعن فيه بالإلغاء لدى الجهة القضائية المختصة .

1 المادة 73، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 جمال عباس عثمان، المرجع السابق، ص 351.

3 خضري حمزة، الآليات القانونية لحماية المال العام في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 279.

4 تنص المادة 149، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد بالتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي يحدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد....".
أما المادة 150، من نفس المرسوم، فتتص على أنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ المتعامل المتعاقد"، السالف الذكر.

كذلك بالنسبة لقرارات تطبيق العقوبات مالية في حالة إخلال المتعامل المتعاقد بالالتزامات المقررة على عاتقه، بسبب التأخير في إنجاز الأشغال، ويعود للمصلحة المتعاقدة أيضا صلاحية في الإعفاء منها إذا لم يكن المتعامل المتعاقد هو المتسبب في هذه الوضعية¹، بعدما أن تكون المصلحة المتعاقدة هي التي أمرته بتوقيف الأشغال، وفي الحالتين - سواء القرار المتضمن تسليط العقوبة أو الإعفاء منها - تعتبر هذه القرارات من القرارات القابلة للانفصال، والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

البند الثالث: شروط إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة وآثارها على الصفقة.

إذا كان القرار المنفصل عن العقد الإداري يخضع الطعن عليه لولاية قضاء الإلغاء، إلا أن لهذه الطعن شروطا يتعين توافرها لقبول دعوى الإلغاء، تتمثل أساسا في وجوب توجيه الدعوى ضد القرار المنفصل وليس ضد العقد ذاته، وأن يكون القرار محل الدعوى مما يقبل الانفصال عن العقد، ومما لا شك فيه أيضا في أنه في حال استيفاء الدعوى لشروط القانونية، فإن ذلك سيرتب لا محال آثار على سيرورة الصفقة العمومية.

أولا : شروط إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة

تتمثل شروط إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية في ما يلي:

1- توجيه الدعوى ضد القرار المنفصل.

إن القاعدة الكلاسيكية المستقرة لدى القضاء الإداري في فرنسا، قائمة على أنه لا يمكن توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ يؤكد على أن الخصومات المتعلقة بالعقود في حد ذاتها لا تصلح بحكم طبيعتها، لأن تكون موضوعا لدعوى تجاوز السلطة²، وهو نفس الموقف الذي اعتمده محكمة القضاء الإداري في مصر بالقول: "أن العمل القانوني الذي يصلح محلا لدعوى الإلغاء هو القرار الصادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة، وليس العقد الذي يستلزم توافق إرادتين أو أكثر"، وقد سيقت مجموعة من الحجج من جانب الفقه لتبرير عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد في حد ذاته تتمثل فيما يلي³:

أ- وجود دعوى موازية أمام قاضي العقد، حيث أن دعوى الإلغاء كان يمكن أن توجه ضد العقد ذاته في فرنسا قبل سنة 1864، إلا أن صدور المرسوم المؤرخ في 02 نوفمبر 1864 المتضمن

1 المادة 147، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 حمزة خضري، الآليات القانونية لحماية المال العام في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 264.
3 حكم الصادر في 16 ديسمبر 1947، في قضية رقم 298 لسنة 1 ق، المجموعة، السنة 02، ص 163، أشار إليه: مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 234.

إعفاء المتقاضين من شروط توكيل محام في نطاق دعوى الإلغاء، أدى إلى خشية مجلس الدولة من اكتظاظ محكمته بدعاوي تجاوز السلطة، مما نجم عنه إخراج العقد من دائرة قضاء الإلغاء إلى دائرة القضاء الكامل على أساس مفهوم الدعوى الموازية.

ب- تاريخيا لم تقبل دعوى الإلغاء ضد العقد، استنادا إلى نظرية التفرقة بين أعمال والتي أقامها على قاعدة عدم السلطة وأعمال الإدارة التي جاء بها الأستاذ **L'affrriere** قابلية دعوى الإلغاء إلا ضد أعمال السلطة، في حين أنها لا تقبل ضد العقد بحكم أنه من أعمال الإدارة، وقد لقيت هذه النظرية ردودا من بعض الفقهاء الذين رأوا أن العقد الإداري لا يمكن أن ينعت بصفة التصرف الاتفاقي بشكل تام، بل تغلب عليه الطبيعة الانفرادية أيضا من حيث أن إرادة الشخص في العقد تكون أقل فعالية، مما يؤدي إلى تلاشي المظهر الاتفاقي لهذه العقود أمام فاعلية السلطة العامة.

ج- إن عدم إمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد تنبع من النصوص التي تحصر إمكانية الطعن بالإلغاء في قرارات السلطات الإدارية، مما يستبعد بشكل صريح التصرفات التعاقدية من نطاق هذه الدعوى.

د- استبعاد دعوى الإلغاء من نطاق الخصومات العقدية يجد مبرره في العقد ذاته من حيث كونه تصرفا إداريا هجينا تتدخل في تكوينه إرادة شخص خاص والتي يجب أن تخرج من نطاق رقابة قاضي الإلغاء، لأن هذه الرقابة قد اقتربت بالقرارات¹، وفي هذا السياق يقول سليمان الطماوي ما يلي: " ذلك لأن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه ضد قرار إداري، ولا يمكن أن توجه ضد عقد من العقود، لأن العقد توافق بين إرادتين بينما القرار الإداري هو تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة "².

2- أن يكون القرار محل الدعوى يقبل الانفصال عن العقد.

يجب أن يكون القرار الذي يقبل الانفصال تنفيذيا وقابلا لأن يكون محلا لدعوى الإلغاء، ولا فرق في أن يكون العقد الذي يتصل به هذا القرار عقدا إداريا أو أن يكون من العقود، التي تبرمها الإدارة في ظل قواعد القانون الخاص³.

1 إضافة إلى الحجج الأربعة رأى جانبا من الفقه الفرنسي أن هناك اعتبارات عملية حرص مجلس الدولة الفرنسي على مراعاتها دوما تهدف إلى عدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد، وتتجلى هذه الاعتبارات في حرص على إبقاء العقد المبرم قائما، لأن الإلغاء يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، مما يمكن أن يسبب نتائج مباشرة ومحرجة من الأفضل لو يتم تحاشيها، مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 236.

2 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 204
3 حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 05 أبريل 1957، في الطعن رقم 456، ولسنة 17، بقولها: " ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد لها لإبرام هذه العقد وتتهيئ له لمولده، ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنيا أو إداريا، فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، وله خصائص القرار الإداري"، أشار إليه: مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ص، 237-238.

وقد سار مجلس الدولة الفرنسي إلى آخر شوط في نطاق فصل قرارات إبرام العقود، حينما فصل قرار التوقيع العقد عن العقد ذاته، وأجاز توجيه دعوى الإلغاء ضده، مستندا في ذلك على أن توقيع العقد يسبقه قرار ضمني من السلطة المختصة بالتوقيع محله إبرام هذا العقد، مما يعني أن مثل هذه القرارات لا يكون متميزا ماديا، ويترجم وجوده عن طريق توقيع العقد واندماج هذا القرار ضمن العقد لا يحول دون انفصاله بشكل افتراضي أو تصوري.

وقد تبني مجلس الدولة الفرنسي بهذا المنهج لأول مرة في حكمه الصادر بتاريخ 08 أفريل 1911، في قضية "Ousse Suzan"، وسار على ذلك أيضا القضاء الإداري المصري بالقول: "إن القرار الصادر بإبرام العقد يعد من غير شك قرارا إداريا، وهو بهذه المثابة كالقرار الصادر بإرساء المناقصة أو المزايدة من حيث انفصاله عن العملية العقدية ذاتها، ومن ثم يكون الطعن بالقرار الصادر بإبرام العقد جائزا قانونا، لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه، تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة بجهة الإدارة"¹.

وفي الحقيقة، فإن هذا المنهج الذي اتبعه القضاء الإداري في فرنسا ومصر كان محل انتقاد الفقه، من حيث أنه يحلل العقد خلافا لما تقتضي به طبيعته المتعلقة بالتعبير عن إرادتين متطابقتين ومتوافقتين، وذلك بعزل هاتين إرادتين وافترض أن كلا منهما تصرف انفرادي، ومن ثم قبول الطعن ضد ذلك التصرف المنفرد الصادر عن الإدارة فقط.

وبالمقابل فإننا نجد جانبا من الفقه في مصر، الذي يرى ان العقد لا يبزم بمجرد صدور قرار إبرامه من جانب السلطة المختصة بذلك، بل يجب أن يصل قرار المصلحة المتعاقدة بالإبرام إلى علم الموجب خلال المدة القانونية المنصوص عليها، وبالتالي فإننا في هذه الحالة نكون أمام تصرفين منفصلين ومستقلين عن بعضهما: قرار الإدارة بالإبرام والعملية التعاقدية، التي تتم وتنتج آثارها بوصول قرار الإدارة بإبرام إلى علم الموجب، وبالتالي فإن قرار إبرام العقد يكون حقيقيا ومستقلا وليس قائما على مجرد افتراض قانوني².

• قرارات اعتماد أو رفض اعتماد العقد من جانب السلطة الوصائية التي تمارس دورا فاعلا في اعتماد عقود الجماعات المحلية في فرنسا قبل صدور قانون اللامركزية بتاريخ 02 مارس 1983،

1 حكم محكمة القضاء الإداري، في قضية رقم 141329 ق، جلسة 01 فيفري 1963، مجموعة السنوات الخمسة، ص 188، أشار إليه: مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 210.
2 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 243.

الذي ألغى وصاية السلطات المركزية واستبدالها برقابة مشروعية ذات آلية خاصة، وبالتالي فإن فصل قرارات سلطة الوصاية لم يعد ذا معنى اليوم في فرنسا إلا بالنسبة لقرارات اعتماد عقود المؤسسات العامة الوطنية من السلطات المركزية المختصة، وذلك لأن أشخاص اللامركزية المصلحية على المستوى الوطني لم يشملها قانون 02 مارس 1983.

أما في النظام اللامركزي الجزائري، فإن رئيس الدائرة يمارس رقابته على الجماعات الإقليمية الخاضعة لإختصاصه الإقليمي، فهو يتولى في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها وتحت سلطة الوالي وبتفويض منه، بتنشيط عمليات تحضير مخططات البلدية للتنمية وتنفيذها، وكذا المصادقة على مداوات المجالس الشعبية البلدية حسب الشروط المحددة قانونا، والتي يكون موضوعها المناقصات والصفقات العمومية والمحاضر والإجراءات¹، إلا أن الطعن في مثل هذه القرارات أضحي دون معنى، كون أن الدائرة لا تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي²، فهي تقسيم اداري للولاية يضم مجموعة من البلديات³.

* الأحكام التنظيمية التي يحتويها العقد، حيث أنه إذا كان المبدأ الذي مازال ساريا في فرنسا حتى اليوم هو عدم جواز توجيه دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قطع شوطا كبيرا في هذا المجال، حتى وصل سنة 1996، إلى إمكانية توجيه دعوى الإلغاء ضد الأحكام التنظيمية التي يتضمنها العقد ولاسيما عقد تفويض مرفق عام، ولا يجب أن يتم الخلط في هذه الحالة مع حالة طعون المستفيدين من المرافق التي تدار عن طريق التفويض، حيث أن هذه الحالة الأخيرة تتعلق بتوجيه دعوى الإلغاء ضد قرار الإدارة المتضمن رفض التدخل لدى الملتزم " المفوض " لاحترام شروط العقد ذات الطابع التنظيمي، أما التوجه الجديد الذي أقره المجلس في السنوات الأخيرة يفتح باب دعوى الإلغاء ضد الشروط التنظيمية الواردة في العقد مباشرة إذا كانت مخالفة في حد ذاتها للمشروعية⁴.

ثانيا: آثار إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على الصفقة

تختلف آثار الغاء القرار المنفصل على الوجود القانوني للعقد، وذلك وفقا للمرحلة التي وصل إليها ابرام العقد وفقا لأطراف الصفقة، وذلك من خلال فرضيتين: الأولى عندما ترفع دعوى الإبطال أمام قاضي العقد، والثانية إذا لم ترفع الدعوى أمام قاضي العقد.

1 المادة 10، المطة 01 و 02، من م ت رقم 94-215، المتعلق بضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، السالف الذكر.
2 المادة 49، من الأمر رقم 75-59، المتعلق بالقانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 المادة 09، الفقرة 02، من م ت رقم 94-215، المتعلق بضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها، السالف الذكر.
4 مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 245.

1- آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل إذا رفع الدعوى أمام قاضي العقد

لقد استقر الاجتهاد منذ زمن طويل، على بقاء العقد في حيز الوجود القانوني على الرغم من الغاء القرار المنفصل، وذلك ما لم يتمسك به أحد أطراف العقد بهذا الإلغاء ويطلب بإبطال العقد بناء على الغاء القرار المنفصل¹، دون أن يكون للغير الحق بهذا الطلب والذي يستطيع فقط اللجوء إلى قاضي الإلغاء، ويطلب منه بطلان القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد وليس العقدة ذاته، فإذا حدث أمام قاضي الإلغاء بطلان القرار المنفصل بسبب عيب خاص به، واكتسب ذلك الحكم درجة القطعية، فإنه يحق لأطراف العقد اللجوء إلى قاضي العقد استناداً على الحكم الصادر بالإلغاء، وطلب منه العمل على ترتيب آثار هذا الإلغاء على العقد المبرم²، وعليه يترتب على الغاء القرار المنفصل عن العقد الإداري بصورة عامة النتائج التالية:

أ- يتمتع حكم الإلغاء بحجية مطلقة أمام قاضي العقد، لا توجد مشكلة في رفع الدعوى من قبل الغير، ذلك أن حجية الأمر المقضي به لا تتأثر باختلاف الخصوم والموضوع بسبب دعوى الإلغاء ودعوى العقد، ولا يعتبر العقد باطلاً بمجرد صدور حكم بالإلغاء بل لا بد أن يقضي به قاضي العقد³، إذ إن الغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى بطلان العقد بنفس الدرجة، بل إن مسألة البطلان تكون حسب السبب الذي برر الإلغاء، فإذا كان مرد إلغاء القرار المنفصل يتمثل في مخالفة الشروط التعاقدية للقانون، فإن الإلغاء يحتم عندئذ بطلان العقد⁴.

ب- يتوجب على قاضي العقد أن يحكم ببطلان العقد بناء على الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل، ويكون ذلك في الحالات التي يقضي بها القانون إصدار مثل هذا الحكم، فعندما لا تنقيد المصلحة المتعاقدة بأسلوب المنافسة رغم الزام المشرع لها بضرورة اتباع ذلك الأسلوب، فلا مناص من البطلان أيضاً، طالما لم تقم الإدارة المتعاقدة بإصدار قرار جديد لتصحيح الوضع السابق⁵، وفي هذا الشأن أجاز مجلس الدولة الفرنسي تغطية العيوب الإجرائية المقترفة في قرار التوقيع، كأن يتم توقيع العقد دون سلطة التقرير، على أن تتدخل هذه الأخيرة لترخص بإبرام العقد⁶.

1 مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 257.
2 محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة " دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر" ،نوزيع دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص 72.
3 أبو بكر صديق عمر، المرجع السابق، ص 39.
4 مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 257.
5 أبو بكر صديق عمر، المرجع السابق، ص 39.
6 مهند نوح مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 258.

ج-إن بطلان القرار القابل للإنفصال، يقتصر اثره على الإجراءات التالية له التي بنيت عليه، ولا يمتد إلى الإجراءات السابقة عليه التي تمت سليمة وصحيحة في ذاتها، فالحكم الصادر بإلغاء قرار الترخيص بإجراء التعاقد أو استبعاد أحد المتقدمين لطلب العروض، يترتب عليه بطلان العملية التعاقدية بأكملها، ولكن القرارات المتعلقة بإبرام العقد أو التصديق عليه، بسبب عيب شاب القرار في ذاته، فلا يؤدي إلى بطلان الإجراءات السابقة على التصديق أو الإبرام للعقد الإداري¹.

2- آثار إلغاء القرار الإداري المنفصل في حال عدم رفع الدعوى أمام قاضي العقد

في أغلب الاحيان عندما يلغى القرار يكون العقد قد تم ابرامه²، نظرا لبطء اجراءات التقاضي، لذلك فإن الحكم بإلغاء القرار المنفصل بعد اتمام العقد، يثير الكثير من الإشكاليات حول أثر هذا الحكم على العملية التعاقدية³، وبالنظر للإتجاه القضائي في بعض الدول نجد أن موقف القضاء يختلف باختلاف الدول، ففي فرنسا وفقا للقاعدة التقليدية التي تحكم هذه المسألة، فإن الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل عن العملية التعاقدية ليس له أي أثر مباشر على العقد نفسه⁴، ولقد كرس هذا هذا المبدأ من خلال قضية "مارتن"، والتي سبق الإشارة إليها، بأن إلغاء القرار المنفصل لا يؤدي إلى إلغاء العقد⁵.

أما في مصر، فقد ساير القضاء الإداري فيها فيما استقر عليه في فرنسا، فيما يتعلق بآثار إلغاء القرارات القابلة للإنفصال، بمعنى أن إلغاء القرار الإداري لا يؤدي إلى فسخ العقد إذا لم يتمسك به أطراف العقد، ذلك أن قاضي العقد هو المختص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ولا يحق طلب البطلان إلا من قبل أطراف العقد⁶، وفي هذا الشأن قضت محكمة القضاء الإداري بأن: "الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، وذلك لأن مناط

1 محمد السناري،التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة....، المرجع السابق، ص ص ، 73-74.

2 إن الحكم بإلغاء القرار الإداري كقاعدة عامة يجعل من القرار المطعون فيه كأن لم يكن، وتنتهي القرارات والإجراءات التي استندت إلى هذا القرار المحكوم بإلغائه،حتى ولو كان ما بيني على هذا القرار عقدا اداريا،ولكن القضاء لم يعكس بهذه الآثار،بل يفرق بين حالتين:فالحالة الأولى هي التي تلغى القرار المنفصل فيها قبل ابرام العقد،والحالة الثانية تلغى القرار في وقت تتم عملية ابرام العقد،ففي الحالة الأولى يؤدي إلغاء القرار الى عدم ابرام العقد،وإذا قامت الإدارة بإبرامه تلتزم التعويض فضلا عن المسؤولية التأديبية والجنائية،ولكن في الحالة الثانية لا يمتد أثر الإلغاء إلى العقد الإداري،الذي ساهم القرار الإداري المطعون فيه في تكوينه،بحيث يبقى العقد رغم ذلك صحيحا،ينظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 364.

3 أبو بكر صديق عمر ، المرجع السابق، ص 41.

4 جورجى شفيق ساري،المرجع السابق،ص 163.

5 أنظر الفصل الثاني من الأطروحة، المبحث الأول، المطلب الأول، الفرع الأول،رقابة قضاء إلغاء على القرارات المنفصلة في الصفقات العمومية،ص398.

يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي،أصدر حكيمين في أزمنة مختلفة،كان يسمح بإبطال العقد المبرم بناء على إلغاء القرار المنفصل الذي أبرم العقد على أساسه،والذي قضى المجلس في الحكم الأول بأن عقد الالتزام لا يكتمل إلا بتصديق صحيح،حيث كان قرار التصديق على عقد الالتزام صدر من الجهة غير المختصة،والحكم الثاني قضى المجلس بأن القرار الصادر باختيار المقاول دون الالتزام بإجراءات الممارسة بينه وبين من لهم الحق في الإشتراك فيها يؤدي الى بطلان القرار الصادر في هذه الشأن،وبالتالي بطلان العقد المبرم على قرار المذكور"،الحكيمين أشار اليهما:جورجى شفيق ساري،المرجع السابق،ص ص،80-81.

6 أنس جعفر،العقود الإدارية، ط3، دار النهضة العربية،القاهرة، مصر ،2003،ص246.

الإختصاص هو ما إذا كان تمة قرار اداري يجوز أن يكون محلا للطعن أم لا، فحينما يمكن فصل القرار من العملية المركبة فإن طلب الإلغاء يكون، والحالة هذه من اختصاص القضاء الإداري عل أن وجه المصلحة في الطعن ظاهر، إذا لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو الإدارية، كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن في العقد مدنيا لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك، على اعتبار أنهم ليسوا طرفا في العقد، يمكنهم الطعن في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن، وقد يؤدي إلغاء القرار إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم...¹، ورغم بوادر في الأحكام² وبعض الفتاوى³ في مجلس الدولة المصري لتجاوز هذا المسلك، إلا أن القاعدة التقليدية المعمول بها سابقا في فرنسا بقيت في مصر كما هي، بمعنى أنه لا تأثير في الغاء القرار المنفصل عن العقد المبرم، أي لا ينتج إلغاء القرار المنفصل أثاره مباشرة على العملية التعاقدية⁴.

ثالثا : صفة الطاعن في دعوى إلغاء القرارات المنفصلة

تمتاز أية دعوى إدارية بجملة من الإجراءات المحددة أساسا ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵، التي تخضع لها كذلك المنازعات في مجال الصفقات العمومية مهما كان موضوعها، بإعتبار أن تنظيم الصفقات العمومية قد أخضع منازعاته لإجراءات المنصوص عليها ضمن القواعد العامة، وفقا لما أشارت إلى ذلك المادتين 82 و 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وبالتالي فإن الأشخاص المؤهلين قانونا لممارسة دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة ضمن مجال منازعات الصفقة العمومية، لا تخرج عن شخصين وهما: المتعامل المتعاقد أو الغير .

1 حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 143، لسنة 1 ق، في 25 نوفمبر 1947، مجموعة أحكام القضاء الإداري، ص 2، بند 17، أشار إليه: أبو بكر صديق عمر، المرجع السابق، ص 42.

2 وبالرغم من ما استقر عليه القضاء الإداري في مصر، أن لا يقبل الطعن بالإلغاء العقد الإداري، إلا أن هناك حكما فريدا ومنفردا، كان قد صدر من محكمة القضاء الإداري منذ زمن بعيد، دون أن يكون لهذا الحكم أي صدى بالرغم من أهميته، حيث قبلت فيه طعن مقدم أمام دائرة الإلغاء الخماسية بفسخ أحد العقود، واستندت في قبولها لمثل هذه الدعوى إلى القول بأن هذه الدعوى لا تعدو في حقيقتها أن تكون دعوى إلغاء ضد العقد، أيا كانت صيغة طلبات المدعي، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 08 مارس 1954، قضية رقم 190 لسنة 7 القضائية، مجموعة السنة 8، ص 880، أشار إليه: جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري....، المرجع السابق، ص 136.

3 وبالمقابل هناك فتوى صدرت من قسم الرأي مجتمعيا في مجلس الدولة المصري، والمعاكسة لما يتبعه هذا المجلس في الوقت الحاضر، حيث عبر في هذا الرأي: "وبما أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادرا من سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف... وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن ارادة مصلحة المناجم في إحداث أثر قانوني، ذلك أن المختص في هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشؤون الوقود.... ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة"، فتوى قسم الرأي مجتمعيا، رقم 684، الصادر في 23 ديسمبر 1952، أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 217.

4 جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للإنفصال في القانون الإداري....، المرجع السابق، ص 169.

5 القانون رقم 08-09، المتضمن ق،م،م، السالف الذكر.

1- المتعامل المتعاقد:

إن إطلاق تسمية المتعامل المتعاقد على أي شخص بهذه الصفة، لا تكون إلا إذا كانت العملية التعاقدية للصفقة العمومية قد تمت، أي الإنتهاء من مرحلة الإعداد والإبرام وتم الشروع في مرحلة التنفيذ، ذلك أن المتعامل المتعاقد قبل إبرام الصفقة والتصديق عليها يتمتع بصفة المرشح فقط.

فقبل أن يبحث القاضي في موضوع الدعوى، عليه أن يبحث أولاً في مدى توافر شروطها، فإذا تخلف إحدى هذه الشروط حكم بعدم قبولها، والحكم في هذه الحالة ليس حكماً في الموضوع، مما يعني إعادة نشر الدعوى من جديد، إذا توافرت شروطها دون أن يكون في ذلك إخلال بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، وقد عدت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الشروط، بنصها على ما يلي: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"¹.

ما يلاحظ في هذا النص، أن المشرع اكتفى بالإشارة إلى شروط قبول الدعوى وحصرها في الصفة والمصلحة دون أي تفصيل، من ثم يطرح التساؤل في مدى توافر الصفة والمصلحة في المتعامل المتعاقد، حتى تقبل الدعوى التي يرفعها والرامية إلى إلغاء القرارات القابلة للإنفصال.

أ-المصلحة : L'INTERET

من المبادئ الأساسية في الإجراءات القضائية هو أنه يشترط في رافع الدعوى الإدارية توافر مصلحة الإلغاء، فلا مصلحة بدون دعوى ولا دعوى بدون مصلحة، تطبيقاً للمقولة المشهورة "حيث لا مصلحة لا دعوى"² وهو الأمر الذي أكده المشرع في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتعرف المصلحة على أنها: " المنفعة أو الفائدة العملية المشروعة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم بطلباته، فهي الباعث والغاية المقصودة منها"³، ومعنى الفائدة في هذا المقام أنه لا يجوز اللجوء إلى الجهات القضائية دون تحقيق منفعة معينة، ويقصد بلفظ عملية استبعاد المسائل

1 المادة 13، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، السالف الذكر .
2 علي الدين زيدان، الشامل في دعوى إلغاء القرار الإداري " شروط الدعوى وقبولها، إجراءات رفع الدعوى"، ط1، دار سلام للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص137.
3 شريف أحمد بلعوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري " دراسة مقارنة تحليلية"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017، ص137.

النظرية لأنها لا تصلح لأن تكون محلا لدعوى قضائية، فوظيفة القضاء هي حل المنازعات وليس ترجيح رأي نظري أو الإفتاء.

ويقصد بمصطلح مشروعة أن تكون المصلحة جديرة بالحماية لأنها تتفق مع القانون وتهدف إلى حماية النظام العام الإداري، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي حينما رفض طعن الأنسة "ROCHTON" ضد قرار الإدارة الراض تعويضها عن الأضرار، التي أصابها من جراء وفاة خليلها بفعل الإدارة، واستند مجلس الدولة في هذا الرفض إلى أن القانون لا يحمي العلاقات الغير المشروعة، وأن المصلحة التي استندت عليها الطاعنة في دعواها غير مشروعة وغير نظامية¹، ويشترط أن تكون المصلحة قائمة أو مؤكدة، أي أن تكون متوفرة وموجودة وحاضرة أثناء رفع دعوى الإلغاء وإلا رفضت الدعوى شكلا.

وتعتبر المصلحة الشخصية شرطا أساسيا في قبول دعاوى الإدارية وبالأخص دعوى الإلغاء، وبانعدامها يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى، يقصد بها الحالة التي يكون فيها الطاعن في مركز قانوني خاص يجعله مميذا عن باقي الأفراد، بحيث يؤثر القرار المطعون فيه بالإلغاء على هذه المصلحة تأثيرا مباشرا، مثال ذلك المصلحة الشخصية للمترشح في الطعن في طلب العروض جرى خلافا للقواعد العامة، إذا كانت تنطبق عليه شروط المنافسة.

وفي هذا الشأن قضت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 11 أبريل 1948، حيث جاء فيه: "وإن كان لا يشترط في المصلحة المسوغة لطلب إلغاء القرارات الإدارية، أن تقوم على حق أهدره القرار الإداري المطعون فيه، كما هي الحال في دعوى التعويض، بل يكفي أن يمس القرار الإداري حالة قانونية ما، بطلب الإلغاء تجعل له مصلحة مادية أو أدبية في إلغاءه، إلا أنه من ناحية أخرى يجب أن تكون تلك المصلحة شخصية ومباشرة، فلا يقبل الطلب من أي شخص لمجرد أنه مواطن إنفاذ القانون حماية الصالح العام، بل يجب فوق ذلك أن يكون طالب الإلغاء في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطلوب إلغاءه"².

فإذا لم يتوافر شرط المصلحة حكم بعدم قبول الدعوى، وليس بعدم الإختصاص بنظر الدعوى، ولا برفضها والعبرة بتوافر هذا الشرط يوم رفع الدعوى، أما زوال هذه المصلحة أثناء نظر

1 خالد خليل ظاهر، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، ط2، مكتبة القانون والإقتصاد، مكتبة الملك فهد الوطنية للنظر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2004، ص204.

2 فيصل عبد الحافظ الشوابكة، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء "دراسة مقارنة الأردن -فرنسا"، مجلة الدفاتر السياسة والقانون، المجلد 04، العدد 07، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012، ص153.

الدعوى وعدم زوالها، فإنه يكون من الأمور الموضوعية التي تنتظر فيها المحكمة دون أي يؤدي ذلك إلى عدم قبول الدعوى¹.

ب-الصفة: LA QUALITE

الصفة هي أن تكون للمدعي حق المطالبة بالحق بنفسه أو عن طريق نائبه أو وكيل له يكون بمثابة ممثل قانوني، إذ لا تقبل الدعوى الإلغاء إلا إذا كان للمدعي حقا أو مركزا قانونيا لنفسه²، والمبدأ العام الذي يحكم شرط الصفة هو أن الدعوى شخصية، بحيث إذا رفعت من غير صاحبها عدت غير مقبولة، غير أن المشرع وعبر مختلف التشريعات قد منح الصفة لأشخاص من الدفاع عن حقوق الغير، وفي هذه الحالة تنتظر الصفة في شخص رافع الدعوى، ولكن المصلحة ينظر فيها في شخص الغير، من ذلك مثلا الدعوى المرفوعة من طرف النقابات دفاعا عن مصالح العمال³.

إن التمييز بين الصفة والتمثيل القانوني مهم، ففي حين تتعلق الصفة بشروط قبول الدعوى، أما التمثيل القانوني فهو يخص إجراءات مباشرة الخصومة، وانتفاءه يترتب عليه بطلان الإجراءات فقط، فهو دفع شكلي يمكن تصحيحه، في حين أن عدم توافر شرط الصفة يترتب عليه عدم قبول الدعوى، وقد اعتبرت المحكمة العليا أن: "الصفة ليست مسألة تتعلق بالشكل بل تشكل في حد ذاتها مسألة تتعلق بالموضوع، فيجب على الجهات القضائية معاينة ثبوتها أو دحضها ولو باللجوء إلى إجراءات تحقيق مناسبة"⁴.

وهكذا فإن التمييز يظهر من خلال تنظيم المشرع لموضوع التمثيل القانوني في المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵، بينما نظم الصفة في المادة 13 من نفس القانون، مما يؤكد أن المشرع ميز بين الإثنين، من خلال النص على كل منهما في مادة مستقلة، وحسب المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدولة تمثل في الدعوى بواسطة الوزير المعني، وتمثل الولاية بواسطة الوالي⁶، في حين تمثل البلدية بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي⁷، وتمثل المؤسسة

1 محمد بن براك الفوزان، مبادئ المرافعات الإدارية " دراسة تحليلية في ضوء ديوان المظالم الجديد وما استقر عليه العمل بالقضاء، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2018، ص104.

2 أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص116.

3 مقفولوجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة البليدة 02، الجزائر، د س ن، ص114.

4 قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، بتاريخ 25 فيفري 1998، الملف رقم 150265، المجلة القضائية، العدد 01، 1998، ص74.

5 تنص المادة 828 من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، على أنه: "مع مراعاة النصوص الخاصة، عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في الدعوى بصفة مدعي أو مدعى عليه، تمثل بواسطة الوزير المعني، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي، والممثل القانوني بالنسبة لمؤسسة ذات الصبغة الإدارية"، السالف الذكر.

6 المادة 106، من القانون رقم 12-07، المتعلق بالولاية، السالف الذكر.

7 المادة 82، من القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

العمومية ذات الصبغة الإدارية بواسطة الممثل القانوني والذي يكون عادة المحامي¹، و تفوض النصوص الخاصة أحيانا بعض أعوان الدولة لتمثيلها نيابة عن الوزير المعني، حيث نلمس هذا التفويض في قانون الضرائب وفي قانون الأملاك الوطنية وغيرها....ففي جميع الحالات فوضت النصوص أحد الموظفين العموميين لتمثيل الدولة في الدعاوى، التي تكون طرفا فيها سواء كمدعي أو مدعي عليه بدلا من الوزير².

2-الغير .

إن فكرة الغير من الأفكار المحورية الهامة في العديد من موضوعات القانون المدني، كما أنها فكرة غير منضبطة، إذ يختلف معناها من موضوع لآخر، بحيث أنها لا تتضمن مدلولاً قانونياً واحداً، بل أنه من المتعذر ردها إلى معنى واحد³، إلا أن ما يهمننا في هذه الفكرة هو تحديد مفهوم الغير عن العقد، ومدى تمتعه بصلاحيات رفع الدعوى؟.

الأصل في القانون الوضعي أن آثار العقد تتحدد بالمتعاقدين فقط ولا تتعداها إلى الغير، وما دام الأمر كذلك فإن المنطق العقلي يقضي بأن تتصرف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص، ولكن لا تتصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص إلا وفق شروط معينة⁴.

اشتراط المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما المادة 13 منه، في المصلحة المادية المباشرة القائمة والمؤكدة كشرط لقبول الدعوى، وهو ما لا يتوافر لدى الغير، كون أن كل شخص من خارج المتعاملين المشاركين في الدعوة للمنافسة من الضروري أن لا تكون له المصلحة المادية والمباشرة المشترطة بنص القانون.

لذلك فإن الغير في تقدير بعض الباحثين⁵، الذي يحق له ممارسة دعوى الإلغاء ضد القرارات القابلة للانفصال الصادرة أثناء إبرام الصفقة وتنفيذها يقتصر على مجموع المشاركين في المنافسة على الظفر بالصفقة، والذين يثبتون مصلحة مادية مباشرة يسعون لتحقيقها من خلال مخاصمة القرار المطعون فيه.

1 تنص المادة 05، من القانون رقم 13-07، المؤرخ في 29 أكتوبر 2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، على أنه: "يقوم المحامي بتمثيل الأطراف ومساعدتهم ويتولى الدفاع عنهم كما يقدم لهم النصائح والاستشارات القانونية"، ج، ج، ج، العدد 55، المؤرخة في 30 أكتوبر 2013.

2 خضري حمزة، الآليات القانونية لحماية المال العام في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 285.

3 هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغير في العقد "دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011، ص 215.

4 علاء جريان تركي الحمداني، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة "دراسة مقارنة في القانون المدني"، د.ط، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، 245.

5 خضري حمزة، الآليات القانونية لحماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 287.

الفرع الثاني: حماية المنافسة وفرض ضوابط إبرام الصفقات أمام القضاء الكامل

وضع المشرع في مختلف التشريعات المقارنة آليات قانونية لضمان مبدأ المنافسة، الذي تقوم عليه عملية إبرام الصفقات العمومية، وبغية استدراج أكبر عدد من العروض واختيار الأفضل منها، من الناحيتين المالية والتقنية، لذلك تدخل المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية لحماية تطبيق هذا المبدأ عن طريق إعطاء الاختصاص القضاء الكامل، للفصل في المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية، ولا يخرج عن هذا سوى الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية.

يعرف القضاء الكامل، على أنه: "مجموعة من الدعاوى القضائية التي يرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات السلطات القضائية العادية أو الإدارية المختصة، في ظل مجموعة من الشروط والإجراءات والشكليات المقررة، وتهدف لمطالبة هذه السلطات القضائية الإعتراض أولاً بوجود حقوق شخصية مكتسبة، وثانياً تقرير ما إذا كان قد أصابها أضرار مادية أو معنوية وتقدير هذه الأضرار وتقدير التعويض الكامل اللازم لصالحها، والحكم على السلطات الإدارية المدعى عليها بالتعويض"¹.

ويرجع السبب في اختصاص القضاء الإداري الكامل لمنازعات الصفقات العمومية، إلى طبيعة دعوى القضاء الكامل، التي تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات العقود، وذلك بعكس الحال في دعوى الإلغاء².

فالطعن في القرارات الإدارية في إطار دعوى الإلغاء يؤسس على مخالفة مبدأ المشروعية، في حين أنه من النادر أن يكون مرجع الطعن في منازعات العقود الإدارية ومنازعات الصفقات العمومية مخالفة لنص تشريعي أو تنظيمي، ولكن يكون السبب في الغالب من ناحية أولى مخالفة بند من عقد الصفقة أو نص عقدي أو خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين أو هناك إخلال في الإلتزامات المتفق عليها، كما قد يرجع الطعن إلى قيام عارض من عوارض التنفيذ مثل القوة القاهرة والظروف الطارئة، وهو ما طبقه القضاء في كثير من أحكامه³.

1 علاء جريان تركي الحمداي، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة "دراسة مقارنة في القانون المدني"، د.ط، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص ص 116-117.
2 كلوفي عزالدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.ط، دار النشر جليطي، برج بوعريش، الجزائر، 2012، ص 108.
3 قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية البلدية لبلدية سكيكدة الصادر بتاريخ 08 مارس 1993، أنظر لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنقح في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 73.

ومن ناحية ثانية فإن منازعات المتعلقة الصفقات العمومية والعقود هي منازعات شخصية بين أطراف العقد وليست منازعة عينية توجه إلى العقد ذاته، بالإضافة إلى أن القاضي في منازعات العقود يجب أن يتمتع بسلطات واسعة مثل القيام بتعيين خبير أو فسخ العقد أو الحكم بالتعويض أو ابطال بعض التصرفات أو تعديل بعض الأعمال .

وأن دعاوى القضاء الكامل تمارس في منازعات الصفقات العمومية والعقود الإدارية، التي تشمل أصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها سواء اتخذت صورة لقرار الإداري أو لم تأخذ طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري وارتباطها ببنود الصفقة وشروطها، ومن ثم فإن المنازعة كلما ارتبطت ببنود الصفقة ونصوص العقد، سواء كانت منازعة خاصة بإنعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها تدخل كلها في نطاق القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء¹.

تستمد دعوى القضاء الكامل أساسها القانوني بصفة صريحة من الفقرة 02 من المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وبصفة ضمنية من المواد من 800، 953، و960 من نفس القانون، والتي تشير إلى إمكانية الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وتتحقق الحماية القضائية المتوفرة أمام القضاء الكامل بالنسبة لقواعد المنافسة من خلال المستويين:

-**المستوى الأول:** يتجلى فيه دور القضاء الكامل كإمتداد لقضاء المشروعية، طالما أن اللجوء إليه يعد أمرا لازما من أجل استخلاص الآثار القانونية المترتبة عن الحكم بإلغاء بما له من حجية مطلقة، يعني اعدام القرار المطعون فيه من أصله، فكأنه لم يكن بالنسبة للجميع، مما يحق معه للمستفيد من الحكم المطالبة أمام القضاء الكامل بمحو الآثار المترتبة منذ تاريخ صدوره والتعويض عن الأضرار الناجمة عن تنفيذه.

-**المستوى الثاني:** يكون فيه القضاء الكامل مطالبا بتحديد من الإلتزامات التي تنشأ حيادا على ضوابط نظام الصفقات العمومية، في إطار ما يسمى بالصفقات الغير المشروعة². وتتخذ المنازعات في القضاء الكامل التي تنصب على الصفقات العمومية في عدة صور (**البند الأول**)، كما أن دعوى التعويض تتميز بعدة خصائص في إطار المطالبة بالضرر الحاصل للمتنافس بسببه (**البند الثاني**).

1 كلوفي عزالدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 109.
2 خيرة بن سالم، الأليات القانونية المكرسة للمنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 254-255.

البند الأول : صور المنازعات العقدية في إطار القضاء الكامل

القضاء الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب عن العقود الإدارية، بما في ذلك النزاع الذي يهدف الى الغاء القرار الإداري الذي اتخذته الإدارة اثناء سريان العقد، سواء تعلق الامر بتوقيع الجزاءات أو فسخ العقد أو انهائه أو الغائه، على اعتبار أن كل ما يدخل في منطقة العقد، هو من اختصاص القضاء الكامل، ونتيجة لذلك فإن المنازعات التعاقدية تتخذ عدة أشكال في دعوى القضاء الكامل وهي:

أولاً : سلطات القاضي الإداري في دعوى بطلان الصفقة

إن الصفقات العمومية هي عقود إدارية تبرم من أجل تحقيق الحاجيات العامة وتقديم الخدمات¹، ولتحقيق هذه الغاية كان لزاماً على المصلحة المتعاقدة أن تبرمها وفقاً للمبادئ والقوانين التي تفرض إجراءات وشروط جوهرية يجب مراعاتها، وهي لا تختلف عن عقود القانون الخاص، من حيث ضرورة توافر أركان العقد المتمثلة أساساً في ركن الرضا المحل والسبب، إضافة إلى حتمية تحقيق شروط الصحة وسلامة انعقاده، وشروط موضوعية وإجرائية، التي نص عليها المشرع في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فإذا تخلف أحد هذه الأركان أو ورد عيب يؤثر على سلامته، جاز للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مطالبة القاضي الإداري بالحكم².

1-البطلان المطلق :

تكون الصفقة باطلة بطلاناً مطلقاً إذ لم تشمل أركانها وشروطها صحتها، إذ يعتبر مجال البطلان المطلق في القانون الإداري أوسع منه بالنسبة إلى مجاله في عقود القانون الخاص، وهذا لأن القواعد والأحكام القانونية المنظمة للعقود الإدارية والصفقات العمومية، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة، ومن ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، بحيث يحق لكلا طرفي العقد طلب الحكم بالبطلان.

غير أن الإتجاه القضائي في نهاية القرن الماضي والقرن الحالي، كان يقرر أن هذه القواعد والإجراءات مقرر فقط لمصلحة الإدارة، ولها وحدها طلب الحكم بالبطلان، ولكن سرعان ما تراجع عن هذه النظرية مقررًا أن هذه القواعد لم تشرع إلا لحماية المصلحة العامة، بمفهوم المخالفة فإن

1 Jean françois BRISSON, les fondements juridique de droit des marches publics, imprimerie national, paris, France,2004,p07.

2 سعيد سليمان، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، العدد 04، جامعة تلمسان، 1994، ص 221.

الجزء عن تخلفها هو البطلان المطلق، مما يسمح لكلا الطرفين لتمسك به على أساس مخالفة القواعد المقررة قانوناً وتنظيمياً¹.

2-البطلان النسبي:

يقرر البطلان المطلق لحماية المصلحة العامة أما البطلان النسبي فهو مقرر لمصلحة أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة يمكن للطرف الذي تقرر له الحماية القانونية طلب الحكم ببطلان الصفقة، وبالرجوع لإجراءات ابرام الصفقات العمومية فالظاهر فيها أنها تتم بوتيرة أسرع بكثير مما هي عليه بالنسبة لدعوى الإلغاء، من أجل استصدار حكم بإلغاء القرارات الصادرة في إطار عملية تنظيم المنافسة، وبالتالي فإن حكم الإلغاء في حالة ثبوت عدم مشروعية هذه القرارات، لا ينشأ إلا بعد تمام نشوء الإلتزام التعاقدى برسم الصفقة على إثر المصادقة عليها والشروع في تنفيذها².

إلا أن صدور الحكم بالإلغاء بوجود علاقة تعاقدية قائمة في إطار صفقة قد تجاوزت مراحل متقدمة في التنفيذ، مما يدفعنا إلى البحث عن تسوية خارج الحكم ببطلان الصفقة، الذي لن يستفاد منه إلا خسارة أموال باهضة قد صرفت على هذا العقد الباطل، هذا ما جاء به مجلس الدولة الفرنسي، حيث أكد أن القرار المنفصل لا ينتج بذاته أي أثر مباشر على العقد، الذي يتعين الإستمرار في تنفيذه واعتباره شريعة الطرفين بما يكفل مصلحة المرفق العام، مع الإحتفاظ للمتنافس المتضرر من الإخلال بضوابط ابرامه بحقه في التعويض، غير أنه صرح في نفس الوقت بأن مبدأ المشروعية الذي يقوم على أساسه أي نشاط إداري يقتضي من الإدارة أن تلجأ إلى قاضي العقد للمطالبة بالحكم بطلان الصفقة أو تبادر من تلقاء نفسها لفسخها³.

إن رفع دعوى بطلان الصفقة يشترط فيها من المتعاقد صاحب المصلحة، لأن الأجنبي عن العقد، لا يجوز به رفعها لأنه لا يتمتع بأي قوة ملزمة في مواجهته، وإذا تضرر من عملية التعاقد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فلا تكون أمامه إلا حق الطعن بالإلغاء من تصرفات صاحب المشروع.

1 بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 274.

2 امزيد الجبالي، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة، المرجع السابق، ص 143.

3 خيرة بن سالم، الآليات القانونية المكرسة للمنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 256.

ثانيا : دعوى الحصول على المبالغ المالية.

يعتبر تحقيق الربح والحصول على المقابل المالي الحق الأساسي الذي يسعى المتعاقد من وراء تعاقد مع المصلحة المتعاقدة، كما يعد يكون ثمنا للبضائع الموردة أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو مقابل الخدمة المطلوبة، والمقابل المالي لا يقرر إلا بعد تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية¹، وأن امتناع الإدارة عن الوفاء بالثمن المستحق تعسفيا، يبطل للمتعاقد مراجعة القضاء الإداري، لتقدير مدة توفر استحقاق المبلغ، ومن ثم يلزم الجهة الإدارية بالوفاء بإلتزاماتها للمتعاقد بدفع الثمن في حال استحقاقه، أو يقرر رد طلب الإدارة بدفع الثمن في حال عدم استحقاقه، وفي كل الحالات فإن امتناع الإدارة عن دفع الثمن للمتعاقد عند استحقاقه يعد خطأ عقديا يبطل التزام الإدارة بدفع الثمن، بالإضافة إلى ذلك يمكن إلزامها بالتعويض².

ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة التوقف لأي سبب عن الوفاء بالمقابل المادي، لما نفذ المتعاقد معها من أعمال منصوص عليها بالعقد، وإلا يعد ذلك اخلافا جسيما منها بإلتزاماتها التعاقدية يؤدي لإلغائها مسؤوليتها التعاقدية، ويعطي للمتعاقد الحق في اللجوء لقاضي العقد طالبا لفسخه واستيفاء المقابل المادي.

ثالثا : دعوى ابطال تصرفات الإدارة المخالفة للإلتزامات التعاقدية

من المستقر عليه في الإلتزامات التعاقدية في مجال الصفقات العمومية، أن تكون مطابقة لما ينص عليه القانون والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال، لكن قد ينشأ نزاع نتيجة مخالفة المصلحة المتعاقدة لإلتزاماتها التعاقدية اتجاه المتعامل معها، ولا يكون لهذا الأخير سوى اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم يبطل تلك التصرفات المخالفة للتنظيم، وهو ما يعرف بدعوى القضاء الكامل، وهذا ما أكدته أحكام كثيرة للمحكمة الإدارية العليا في مصر، نذكر منها الحكم الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1994، الذي جاء فيه: " إن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساسا إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري وجميع ما يتفرع عنها " ³.

1 فتوح محمد هنداوي،القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية " دراسة مقارنة"، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص48.

2 حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم 2006، لسنة 41 ق، جلسة 06 أبريل 1999، حيث جاء فيه: "إن من الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت مدنية أو إدارية، أن الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد أي كان السبب في ذلك، يستوي أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو إهماله، وليس من شك في أن العقد محل المنازعة المماثلة يولد في مواجهة الجهة الإدارية الإلتزامات عقدية، غير أن الجهة الإدارية لم تقم بهذا الإلتزام، الأمر الذي يشكل في جانبها خطأ عقديا يخول الشركة المطعون ضدها الحق في طلب التعويض عن اضرار الذي اصابها من جراء عدم قيام جهة الإدارة بإلتزاماتها" ،أشار إليه:وفاء محمود أحمد البيوتاتي،المقابل المالي في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، ط1،المركز العربي للنشر والتوزيع،القاهرة،مصر، 2018، ص189.

3 مفتاح خليفة عبد العزيز، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، ب.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2013، ص292.

وتختلف هذه الدعوى عن دعوى بطلان العقد، من حيث تؤدي هذه الأخيرة إلى إبطال العقد كله، لأنه معيب بأحد العيوب التي تصيب العقد، أما دعوى إبطال تصرفات الإدارة المخالفة للإلتزامات التعاقدية فإن العقد يكون صحيحا، ولا يقوم القاضي حينئذ سوى إبطال ذلك التصرف المخالف للإلتزامات التعاقدية دون المساس بمشروعية العقد، ويقع على المدعي عبء إثبات ذلك أي مخالفة الإدارة للإلتزامات التعاقدية، وبعدها يقوم القاضي بالتأكد من ذلك حتى يصدر حكم إبطال تلك التصرفات، حتى ولو كانت متعلقة بإلغاء قرار إداري متعلق بالفسخ أو توقيع جزاءات مالية، لأنها تدخل ضمن القضاء الكامل¹.

رابعا: دعوى فسخ الصفقة.

يمنح العقد الإداري للمصلحة المتعاقدة من السلطات ما يجعل منها في مركز مؤثر، لأن الهدف الذي تسعى إليه عادة المصلحة المتعقدة هو تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم يتحمل المتعاقد عددا من الواجبات أو الإلتزامات، التي يقع عليه عبء احترامها وتنفيذها بدقة وإلا أثيرت مسؤوليته العقدية، إلا أن شروط العقد الإداري عادة ما ترتب للمتعاقد حقوقا اتجاه المصلحة المتعاقدة ذات طبيعة مختلفة تضع على عاتقها وجوب تنفيذها، وهذا تأكيدا لمبدأ الإلتزامات المتقابلة التي تحكم معظم العقود ومنها العقد الإداري، من ذلك مثلا حق المتعاقد في طلب الفسخ في حالة مجاوزة المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل العقد مع التعويض².

وترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا، التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه³، ويتوجب على الإدارة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الإستناد على أسباب جدية التي تستوجب الفسخ القضائي، ويبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى، ويمكن إجمال أسباب الفسخ في ثلاث محاور وهي :

1-الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة :

يشمل مفهوم القوة القاهرة في إطار الصفقة العمومية للأشغال، كل فعل أو حدث غير متوقع ولا يقاوم ومستعص ومستقل عن إدارة الأطراف المتعاقدة، وتمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية عن تنفيذ

1 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 308.

2 سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2020، ص ص، 53-54.

3 ينظرالمادة 804، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ . السالف الذكر.

التزاماتهم التعاقدية المتبادلة¹، وتؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من التزاماته، إذا ما ثبت تحققها بسبب أجنبي لا دخل له فيه ولم بوسعه توقعه، وإذا ما تحقق ذلك فإن العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه، ولا تستطيع الإدارة إرغام المتعامل المتعاقد على التنفيذ، وإذا ما لجأ هذا الأخير إلى القضاء لإستصدار حكم بإستحالة التنفيذ لسبب أجنبي، فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه.

2-الفسخ القضائي كجزاء لإخلال بالإلتزامات التعاقدية:

إن حق الفسخ بحكم قضائي بناء على طلب الإدارة أو المتعامل المتعاقد، لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته مضمون للطرفين، ما دامت الإدارة تملك حق فسخ العقد- بإرادة منفردة- بقرار إداري استنادا إلى خطأ المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته العقدية²، فلا تلجأ الإدارة إلى القضاء إلا لتقرير الفسخ، لكي تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض، إذا تبين أن قرارها بالفسخ مشوبا بالتعسف، أما المتعاقد فلا بد له من اللجوء إلى القضاء للحصول على الحكم بفسخ العقد، إذا أخلت الإدارة بإلتزاماتها إخلالا جسيما، وإذا صدر حكم من القاضي الإداري بالفسخ فإن آثاره تترد إلى يوم رفع الدعوى.

3-الفسخ القضائي كموازن لسلطة الإدارة³ :

تملك المصلحة المتعاقدة كما بيناه سابقا ،سلطة تعديل شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر انفاقا مع الصالح العام، ويملك المتعاقد في مقابل هذا الحق المطالبة بالتعويض، وإذا وجد المتعاقد أن هذا التعويض غير كاف في مواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن هذا الإجراء-التعديل- تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية، مما تسبب في قلب اقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاء مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف المصلحة المتعاقدة دائما.

وعلى ذلك استقرت أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار فسخ الصفقة بإرادة المصلحة المتعاقدة المنفردة ودون خطأ المتعاقد، يجب أن يقابله تعويض مناسب بسبب الخسارة التي

1 المادة 110، من م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.

2 المادة 149، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص و ت م ع ، السالف الذكر.

3 خيرة بن سالم، الآليات القانونية المكرسة للمنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 258.

لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها والاستثمارات التي تم فسخها ، حيث يقع عليه عبء إثبات الخسارة والأضرار التي لحقت به ، وإلا فلا مجال للتعويض¹.

والتعويض المستحق في هذه الحالة، هو التعويض الكامل عما لحق المتعامل المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب ، ويتم تقديره من قبل القضاء الإداري في حالة عدم النص على تراتبيه ومقداره في بنود عقد الصفقة التي شملها الفسخ، أما إذا وجد نص يحرم المتعاقد من التعويض أو إذا لم يلحق المتعامل المتعاقد أي ضرر من جراء إنهاء العقد من طرف المصلحة المتعاقدة ، فلا يحق له الحصول على أي تعويض².

البند الثاني: دعاوى التعويض أمام القضاء الكامل.

لا يقتصر اختصاص القضاء الإداري على النظر في دعوى الإلغاء، وإنما إلى جواز ذلك يثبت له اختصاص آخر هو النظر بدعوى التعويض، عن الاعمال الصادرة من المصلحة المتعاقدة، ولدعوى التعويض أهمية كبيرة بالنظر إلى الفوائد العديدة التي تحققها، منها على سبيل المثال إذا ما أغلق باب الطعن بالإلغاء بسبب فوات الميعاد القانوني، فإن طريق الطعن بالتعويض يظل مفتوحاً لأن هذه الدعوى لا تخضع للمدد المحددة لإقامة دعوى الإلغاء، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 13 أبريل 1956، حيث جاء فيه: " أن رجوع الإدارة في القرار بصورة غير مشروعة، يسمح باختصاصه خلال الميعاد المقرر، فإذا رفض الطعن لمرور الميعاد فإن ذلك لا يحول دون طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بصاحب الشأن نتيجة لرجوع الإدارة في القرار بصورة غير مشروعة"³.

ولا تختص هذه الدعوى فقط الصفقات العمومية وإنما تشمل كافة العقود الإدارية، وإذا ما رفعت مثل هذه الدعاوى أمام القاضي بغية الحصول على المقابل المالي، فإن لهذا الأخير - القاضي - سلطة الزام الإدارة بالتعويض في الحالات التالية:

1- حالة حدوث خطأ من جانب الإدارة يترتب عليه ضرر للمتعاقد معها:

مما لا ريب فيه أن الصفقة العمومية تحمل في طياتها سلطات، تجعل من المصلحة المتعاقدة ذات ثقل أكبر في ميزان العقد الإداري، كون هذا الأخير يمنح لها امتيازات تمكنها من إدارة

1 محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 102.
2 سهام بن دعاس، أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص 313.
3 محمد برادي راضي، القواعد العامة في تحديد ميعاد رفع دعوى الإلغاء " دراسة مقارنة"، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017، ص ص، 183-184.

دفة العقد، وإزاء ذلك نجد أن مباشرة الإدارة لسلطاتها قد يستتبع إلحاق الأذى بالمتعاقد، الذي يجد نفسه ملزماً بطرق أبواب القضاء لطلب فسخ العقد الإداري المبرم مع المصلحة المتعاقدة.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها المؤرخ في 24 جوان 2008 ، جاء فيه: "...والعقد الإداري كغيره من العقود الملزمة للطرفين يولد إلتزامات عقدية على كل منهما، ولاشك أن أخص الترتامات الإدارة في عقد مفاولة الأعمال، أن تمكن المتعاقد معها في موقع تنفيذ هذه الأعمال، بحيث يبسط عليه سيطرته المادية، بما يمكنه من البدء في التنفيذ، كما يقع عليها أيضا الإلتزام بضمان استمراره بالموقع.....، فإن أخلت الإدارة بذلك ولم تمكن المتعاقد معها من موقع العملية ليبدأ في التنفيذ أو مكنته ولم تضمن له الاستمرار فيه كانت مرتكبة لخطأ عقدي يستوجب الترتامها بتعويض المتعاقد معها، عما يكون قد لحق به من أضرار نتيجة لخطئها"¹.

2- حالة تعويض نتيجة لتعديل العقد:

تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وصولاً إلى فسخه، من دون خطأ المتعاقد ومن دون حاجة إلى أخذ موافقة الطرف الآخر في العقد، لأن طبيعة العقد الإداري تأتي بفكرة الجمود، فضلاً عما تهدف إليه هذه الأخيرة من تحقيق مصالح عليا تسمو على المصالح الفردية التي تصبو إلى تحقيقها عقود القانون الخاص.

إذا كان المستقر في العمل القضائي هو الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل بنود العقد²، فمن المستقر عليه أيضاً أن سلطة التعديل، لا يمكن أن تتجاوز مبدأ المشروعية الإدارية وفي حدود الطبيعة المعقولة من حيث نوعها وأهميتها، وتطبيقاً لذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي بحق المجلس الشعبي البلدي في عقد اشتراك توزيع المياه، أن يعدل الاشتراكات المتعلقة بتنظيم المرفق بشرط أن لا يكون لهذا التعديل خاصية تعسفية أو مشوباً بعبب من عيوب تجاوز السلطة.

وكقاعدة العامة أنه متى اتفقا طرفا العقد على سعر معين الأسعار، التي لا يصوغ لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر، وترتيباً على ذلك لا يصوغ للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول السعر المتفق عليه، كون المساس به يؤثر على المزايا المالية

1 فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، ص ص ، 52-53.
2 تتلخص وقائع القضية بقيام مدير مقاطعة الرن الفرنسية بتعديل جدول سير القطارات على خطوط الترتام التي كانت ممنوحة بالإمتياز للشركة الفرنسية العامة للترام، والطلب إلى الشركة الملتزمة بزيادة عدد القطارات نظراً لعدم قدرة الخطوط المنشأة والقاطرات العاملة وقت إبرام العقد على اوفاء بحاجات الجمهور، التي تزايد عدده واتسعت رقعة سكناه"، أشار للقضية في الهامش: سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لخطأ الإدارة، المرجع السابق، ص55.

للمتعاقدين¹، إلا في حالة تدخل المشرع في بعض الأحيان للسماح للإدارة المختصة بمراجعة الأسعار أو في حالة أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على مقابل مالي إضافي في حالة قيامه بأعمال إضافية لصالح المصلحة المتعاقدة.

3- حالة التعويض لضمان التوازن العقدي.

يعتبر التوازن المالي حالة العدل التي ارتضاها طرفا العقد وقت إبرامه، ومن حق المتعاقد في حال اختلال التوازن المالي للعقد أن يطالب بالتعويض لإعادته لحالته الأولى²، والتزام الإدارة بتعويض المتعاقد في ظروف معينة لا يعد سوى محاولة لإحداث توازن مالي بين التزامات وحقوق المتعاقد، والتي اختلت بسبب ظروف خارجية لا يد له فيها.

وعن عبئ إثبات الدليل ذلك، فإنه يقع على عاتق المدعي (المتعاقد) كقاعدة عامة، ولكن نظرا لخصوصية الدعوى الإدارية فإنه تنثور مشكلة تطبيق هذه القاعدة في ظل معظم الأنظمة القانونية، من حيث أن المتعاقد في الدعوى الإدارية يقف دائما -كأصل- موقف المدعي، وهذا المركز يعتبر المركز الأصعب بالإضافة إلى أن المتعاقد في الغالب لا يحوز أي أدلة وليس له أي امتيازات، على عكس الإدارة صاحب الإمتيازات والحائزة على أدلة الإثبات تقف في أغلب الأحيان في مركز المدعى عليه، وهو المركز الأسهل في الدعوى.

وبالتالي تنشأ ظاهرة عدم التوازن بين الطرفين، الأمر الذي يتطلب معالجة ذلك الوضع في مجال الإثبات لتحقيق التوازن العادل، من خلال قيام المشرع بتنظيم ذلك أو من خلال الدور الإيجابي للقاضي الإداري، والذي يتمثل في قيام القاضي بمتابعته لإجراءات الإثبات، فعندما تخطر الإدارة بالدعوى فيكون من السهل عليها تقديم المستندات والإيضاحات التي تؤيد موقفها، ولكن إذا امتنعت ورفضت تقديم تلك المستندات، فإن القاضي يتدخل ويكلف الإدارة بتسليمها، فإذا امتنعت أو

1 في هذا الموضوع أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ما يلي: "من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، ومن ثم فإن تحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام، وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي النقدي في العقد الإداري و لهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار، ويوجد ذلك الأصل في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه و يسعى إليه كنتائج لما يقدمه للطرف الآخر، ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ما حدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال، فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها أن تكون من ثوابت العقد باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نص على شرط تعاقدية وذلك دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفات الجمركية وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة"، أشار إليه: خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 332.

2 فتوح محمد هندواوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية " دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 53.

تراخت يمكن أن يعتبر هذه الموقف من جانبها قرينة تنقل عبء الإثبات إليها، أي أن هذا الموقف السلب يفسر ضدها¹.

4- حالة التعويض نتيجة تنفيذ العقد .

أثر عدم استقرار أسعار السلع الأساسية في الأسواق الدولية، والتي تدخل في انجاز مشاريع التجهيزات والتنمية، حيث أدت إلى تكاليف إضافية معتبرة على التموينات، وتوقف الأشغال في العديد من الورشات، وتسبب في عدم قدرة المؤسسات على تحمل التكاليف الإضافية². وعلى هذا الأساس، جاز للمصلحة المتعاقدة تبعاً للظروف، وبعد مراعاة توازن التكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، الشروع في الإجراءات الملائمة للتعويض، وهذا مع احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما، ويقع على عاتق المتعامل المتعاقد الطالب للتعويض إثبات بأن الزيادة كانت استثنائية وغير متوقعة سواء بحدوثها أو بحجمها، وأنها تسببت في عجز الإستغلال، مدعماً طلبه بالوثائق الثبوتية اللازمة، على غرار إثبات أن عملية التمويل بالمواد المعنية، كان بعد فترة ارتفاع سعر هذه المواد على نحو لا يمكن التنبؤ به.

والجدير بالذكر، أن التعويض الممنوح للمتعامل المتعاقد، لا يغطي إلا التكلفة غير التعاقدية، لأن هذا الأخير يجب أن يتحمل تكلفة "الخطر الاقتصادي"، وذلك طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما³.

5- حالة تعرض المتعاقد أثناء تنفيذ العقود لصعوبات مادية استثنائية

أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية في منتصف القرن 19، ومقتضاها أن إذا صادف المتعاقد في تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، دون أن يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام الصفقة، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حق المتعامل المتعاقد أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار مادية⁴.

ومن تم يمكن القول أن الصعوبات المادية غير المتوقعة تلزم الإدارة المتعاقدة على إعادة التوازن المالي عن طريق التعويض حينما يهتز وبخطورة هذا التوازن بأحداث خارجة عن إرادة

1 محمد شعبان الدهوي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 80.
2 تعليمية الوزير الأول، رقم 255، المؤرخة في 28 جوان 2022، المتضمنة تنفيذ الصفقات العمومية في سياق ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية، ينظر في الملحق رقم 02.
3 المادتين 100 و 110، من م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، السالف الذكر.
4 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 682.

الأطراف المتعاقدة أو لم يتوقعها المتعاقدون، ففي نطاق صفقات الأشغال العمومية قد يصادف المتعاقد عند إحداثه مجرى مائي طبقة صخرية شديدة الصلابة، لم يكن يتوقعها في ذلك المكان خلال إبرم العقد، ولو تم الاتفاق في العقد على تحديد الثمن، فإنه في هذه الحالة يعترف للمتعاقد بحقه في التعويض، حماية له من الضرر الذي لحقه بسبب جعله تنفيذ العقد أكثر كلفة¹.

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه على تفسير الشروط العقدية، التي تقضي مسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد في كافة الظروف وأيا كانت الصعوبات التي يواجهها، على أنها تعني الصعوبات العادية أما بالنسبة للصعوبات غير العادية أو الاستثنائية، فإن من حق المتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عنها رغم تلك الشروط، غير أن وجود مثل هذه الشروط في عقد من العقود، يجعل القاضي يتشدد في اعتبارها صعوبة معينة من قبيل الصعوبات التي تخول الحق في التعويض.

فقد أضاف مجلس الدولة الفرنسي شرطا خامسا بالنسبة للعقود الجزافية (**les marches à forfait**)، وهي التي تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة تحديدا إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابلها، فهذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن، لا يحول -وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي- دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أو كما يقول في حكمه الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1938 في قضية "Léauté" حيث يقول:

« Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux »².

واستحقاق التعويض وفق هذه النظرية يستلزم أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية واستثنائية³، وأن تكون طارئة وغير متوقعة، أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد⁴، وأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد، وتزيد في أعباء المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.

1 خضري حمزة، آليات حماية المال العام في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 316-317.

2 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 698.

3 حكم المجلس الصادر في 28 مارس 1890، في قضية "albony" المجموعة، ص 377، وفي 27 مارس 1903، في قضية "Gouv. gèn de l'Indochine" commune de jeumont"، المجموعة، ص 289، وفي 10 ديسمبر 1938، في قضية "Min. de la Guerre" المجموعة، ص 359، هذه الأحكام، أشار إليها: سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 694.

4 حكم المجلس الصادر في 30 مارس 1911، في قضية "Lazies"، المجموعة، ص 281، وفي 19 يوليو 1923، في قضية "Ville de paris"، نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 695.

البند الثالث : حماية المنافسة من الصفقات الغير المشروعة في إطار القضاء الكامل

إن الأصل في منازعات الصفقات العمومية أنها تتدرج في ضمن الإختصاص الأصيل للقضاء الكامل، وبالتالي فإن ما يستثنى من هذا الأصل يدخل ضمن ولاية قضاء الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية¹، وسبب في ذلك يعود إلى كون طبيعة دعوى القضاء الكامل تستجيب للطبيعة الذاتية لمنازعات الصفقات العمومية.

إن حرص القضاء الكامل على فرض ضوابط المنافسة، تبدو جلية وواضحة من خلال موقفه من المنازعات المتعلقة بالأشغال الإضافية المنجزة من طرف المتعامل المتعاقد دون الإلتزام بالشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال²، وتظهر عدم مشروعية الصفقة من خلال عدم احترام أركان العقد بصفة عامة أو من خلال عدم احترام البنود التنظيمية للصفقة.

أولاً :عدم مشروعية الصفقة لتخلف أركان العقد

باعتبار أن الصفقة العمومية عقد إداري رضائي فإنه بذلك ينشأ التزامات تعاقدية متبادلة بين طرفيه، ويقوم على ثلاثة أركان رئيسية : الرضا المحل والسبب، بحيث يؤدي تخلف إحداها إلى بطلان العقد ولا تقوم مسؤولية الإدارة التعاقدية بصدده حيث لا يكون هناك عقد³، وهو نفس الأثر الذي يرتبه غياب الشروط الشكلية والإجراءات في انعقاد الصفقة العمومية، من حيث اشتراط الكتابة في العقد وتوافر الإعتمادات المالية المخصصة له.

1-ركن الرضا :

يقصد به اقتران الإيجاب والقبول على نحو مرتب لآثار قانونية، سليما من عيوب الغلط، التدليس، الإكراه والغبن⁴، فإذا شابت إرادة المتعاقد بإحدى هاتاه العيوب، جاز طلب إبطال العقد، غير أن سلامة الرضا في العقود الإدارية يستلزم توافر شروط أخرى لاحظها الأستاذ محمود خلف الحموري في مؤلفه العقود الإدارية بقوله: " يشترط لسلامة الرضا الصادر عن الإدارة أن يكون صادرا من جهة إدارية مختصة بالتعاقد وضمن صلاحياتها المالية، وإذا اشترط القانون شكلية معينة

1 ولد عمر طيب، الآليات القانونية لفض منازعات الصفقات العمومية في التشريعين الجزائري والمغربي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018، ص 748.
2 م ت رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، السالف الذكر.
3 خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر 2007، ص 80.
4 ينظر المواد من 81 إلى 91، من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

لصدور تلك الإيرادات فيجب أن تتوافر ابتداءاً كأن يكون التعبير عن الإرادة صادر من لجنة مختصة بالتعاقد أو هناك إجراءات تمهيدية لإبرام العقد، حتى لو كانت تلك الإجراءات بسيطة فيجب أن تتبعها الإدارة لأنها في الحقيقة تبعث على إيجاد الضمانة فيما بعد على سلامة التعبير عن رضاها¹. وقد كان المشرع الجزائري حريصاً على تحديد الأشخاص والجهات الإدارية التي يرجع إليها التعبير عن إرادة الإدارة، فالمادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ألزمت حين إبرام عقد الصفقة العمومية تحديد هوية الأشخاص المؤهلين قانوناً لإمضاء الصفقة وصدقتهم، هؤلاء الأشخاص ينحصرون في كل من الشخص العام المتعاقد وصفة الشخص الخاص الذي يتعاقد مع الإدارة².

بالنسبة لصفة الشخص العام المتعاقد فإن أهم الإشكالات التي تطرح تنحصر في نقطتين، تتمثل الأولى في مدى اختصاص الشخص العام والذي يأخذ ثلاثة صور:

- حالة عدم اختصاص إقليمي:

يعرف هذا الإختصاص على أنه تحديد الدائرة المكانية التي يمكن لرجل الإدارة المختص أن يمارس اختصاصه ضمنها³، ومثال ذلك قيام إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في بلدية "أ" خطأ بإبرام صفقة عمومية تدخل في اختصاص مؤسسة عمومية أخرى تابعة لنفس البلدية.

- حالة عدم اختصاص الزماني :

يقصد به تحديد المدى الزمني الذي يحوز ضمنه إبرام التصرف القانوني، كأن تبرم المؤسسة عمومية صفقة بعد قرار حلها وإنشاء مؤسسة عمومية أخرى.

- حالة عدم اختصاص النوعي :

يرتبط هذا الإختصاص بقاعدة تخصيص الأهداف بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، إذ لا يمكن مباشرة اختصاصاتها إلا داخل النطاق القانوني المحدد لها بموجب القوانين والتنظيمات⁴، أما النقطة الثانية فتتمثل في مدى اختصاص الموظف الذي يمثل الشخص العام المتعاقد في إبرام الصفقة العمومية، وأما بالنسبة لصفة الشخص الخاص الذي يتعاقد مع الإدارة، فإن هذا الأخير يرتكز على أساس المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

1 راضية رحماني، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 263.
2 أنظر المادتين 04، 06، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و م ع، السالف الذكر.
3 مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 272.
4 بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 265.

المرفق العام ، والتي تنص على عدم خضوع العقود المبرمة بين إدارتين لأحكام المرسوم المنظم للصفقات العمومية، ومن ثم لا بد أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع الإدارة شخصا خاصا. هذا ويعتبر كل من الفقه والقضاء الإداري المقارن الصفقات العمومية باطلة إذا أبرمت في ظروف غير مشروعة، كتوقيعها مثلا من طرف شخص غير مختص، وهو بطلان يعتبر من النظام العام حيث يمكن إثارته تلقائيا من طرف القاضي أو من طرف المتعاقد في كل حين، وإذا حصل تنفيذ المتعامل المتعاقد لصفقة باطلة فيمكن أن يكون له الحق في التعويض اعتمادا حسب الحالة، إما على المسؤولية الشبه التعاقدية أو استنادا إلى المسؤولية التقصيرية للإدارة.

2- ركن السبب :

يعرف السبب على أنه مجموعة من الوقائع المادية والقانونية التي دفعت كل من الإدارة والمتعاقد إلى إبرام العقد، فغرض الإدارة من إبرام عقد التوريد مثلا هو الحصول على منقول لازم لاستمرار المرفق بأداء خدماته، وأما غرض المتعاقد-المورد- فهو الربح بالدرجة الأساس¹، ويشترط في سبب الصفقة أن يكون موجودا ومشروعا²، إلى جانب ذلك يجب أن يكون السبب غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وأن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة³.

وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها، متى ما وجدت أن سبب العقد غير مشروع ومخالف للنظام العام.

1 سحر جبار يعقوب، الجزاءات الإدارية في عقد التوريد "دراسة مقارنة"، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2020، ص 84.

2 قضى مجلس الدولة بتاريخ 15-02-2008، في قضية " La commune de la Londe-les-Maures "، ضد " La SARL La Brûlade "، بأن: " أي اتفاق قد يكون باطلا عندما يكون بدون سبب أو أنه يستند إلى سبب غير مشروع ".

3 *Considérant qu'une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite...*

أشار إليه :صادقي عباس ،تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي"، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، المركز الجامعي أمود بن مختار، إيليزي، الجزائر، 2018، ص132.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المجال قضية "Roussy"، والتي تتلخص وقائعها في أنه تم عقد اتفاق سري بين عمدة إحدى البلديات ومقاول بهدف استبعاد المتنافسين من الدخول في المناقصة المتعلقة بإنشاء قناة مائية، وقد كان عرض السيد "Roussy" كافيا لاعتباره صاحب أفضل العطاءات، كما تضمن الاستلام النهائي أعمالا وهمية لم يتم المقاول بتنفيذها، وبعد انتهاء ولاية العمدة اكتشف العمدة الجديد هذه المناورة وطلب من السيد "Roussy"، إعادة المبلغ الذي دفع له دون وجه حق لقاء أعمال وهمية، غير أن هذا الأخير تمسك بالعقد المبرم مع سلفه ورغم أن مفوض الحكومة قد دفع بالاحتيايل والتدليس لإبطال هذا العقد إلا أن الحكم لم يؤسس على أحد هذين الأساسين وإنما اقتصر على تأسيس البطلان على فكرة الباعث الذي هدف إليه المتعاقدون وهو دفع مبالغ مالية أعلى من المستحق لو أجريت مناقصة سليمة، ومن ثم فإن الصفقة باطلة لعدم مشروعيتها سببها، نقلا عن :راضية رحماتي، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 266.

3- ركن المحل :

يقصد بمحل العقد، العملية القانونية التي يراد تحقيقها، من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين، فيشترط فيه أن يكون موجوداً أو ممكناً معيناً أو قابلاً للتعين ومما يجوز التعامل به¹، مثال ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة 1966، حينما أبطلت عقداً إدارياً أبرمته الإدارة مع أحد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقاً لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد الضارة، فقالت المحكمة في هذا الصدد: "ومن حيث ان الثابت من التحميل ان من شأن استعمال الادوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخالف لمنظام العام، فان للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها.."² .

وفي مجال الصفقات العمومية أوجب المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ضرورة تحديد موضوع الصفقة وتوصيفها وصفها دقيقاً، وأن يكون محل الصفقة أشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات³، وأن غياب سبب الصفقة بعد إبرامها يبرر فسخها لا بطلانها، وعلى ذلك فإن القاضي الإداري يبحث في وجود السبب وقت إبرام الصفقة، فإذا طرأت ظروف بعد ذلك أدت إلى انعدام السبب، فإن ذلك ليس من شأنه إبطال الصفقة.

وفي هذا الشأن قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان عقد شركة الرسائل البحرية، وتتلخص وقائع هذه القضية أنه: "أنه بمقتضى مرسوم تم إصداره سنة 1939 بشأن تأمين أخطار الحرب، والذي أتم شركات التأمين بتغطية أخطار الحرب للسفن ذي الحمولة 500 طن على الأقل باستثناء الذين سبق لهم إبرام عقود التأمين، وكانت هذه الشركة قد أبرمت عقد في فبراير 1939، مع الحاكم العام للهند الصينية، تضمنت بعض شروط الآثار المترتبة على عقد التأمين والمتعلقة بأخطار الحرب، ولم يتضمن العقد أي أعباء تلتزم بها الدولة في مقابل هذا التأمين من جانب الشركة، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التزام الشركة منذ لحظة إبرام العقد قائم على غير سبب مستوجب للبطلان"⁴.

ثانيا :عدم مشروعية الصفقة لعب في الشكل والإجراءات

1 المواد من 92 إلى 96، من الأمر 75-59، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 لؤي كريم، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية، العراق، 2011، ص 282.
3 المادتين 02 و 95، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و م ع، السالف الذكر.
4 خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 267.

الأصل في العقود أنها تتم بالتراضي ولا يشترط ان يفرغ العقد في شكل معين، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وتعلب الشكلية والإجراءات دورا هاما في إبطالها، حيث يرتب القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في الجزائر¹، نتائج بالغة الأهمية بخصوص الشكل الكتابي للصفقات العمومية .

1- الشكلية .

تظهر الشكلية في الصفقات العمومية من خلال اشتراط المشرع الجزائري للكتابة، وفي هذا إشارة للمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، التي نصت صراحة:"الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به"، وأن تتضمن كل صفقة عمومية بيانات إلزامية، حسب ما أشارت إليه المادة 95 من نفس المرسوم بقولها" يجب أن تشير كل صفقة....ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات اللازمة الآتية...".

مما تبين أن الشكلية المطلوبة هي للإنعقاد وواجب إفراغ الصفقة في شكل كتابي، بحيث يشكل عدم احترام المصلحة المتعاقدة الالتزامات القانونية التي تحكمها في هذا المجال هو سببا كافي لإبطال الصفقة، غير أن هذا الأمر لا يؤخذ على إطلاقه حيث يرد عليه استثناء، والذي جاءت به المادة 12 من نفس المرسوم بقولها:".... عندما لا يسمح الإستعجال الملح بإعداد الصفقة.....يثبت إتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل"، ومع ذلك تبقى الكتابة شرطا قائما وذلك بإجراء صفقة تسوية خلال ستة (06) أشهر .

وقد ميز القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا، يفرق بين الشكليات الجوهرية وبين الشكليات غير الجوهرية، ويقرر جزاء الإلغاء بالنسبة للشكليات والإجراءات الجوهرية فحسب، وقد جاءت هذه التفرقة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي،الذي انتهج سياسة قضائية تتمثل في إهمال الشكليات إذا كانت ثانوية وغير مؤثرة في مدى صحة القرار الإداري².

2- الإجراءات.

الأصل أن المصلحة المتعاقدة لا تنطلق في إجراءات ابرام الصفقة العمومية، إلا بعد استيفاء الشروط الإجرائية المطلوبة، من ذلك الموافقة الصريحة من مسؤول المصلحة المتعاقدة، وضرورة

1 قرار الغرفة الرابعة لمجلس الدولة، تحت رقم 001519، الصادر بتاريخ 14 ماي 2001، بين بلدية بوزريعة ومقاول، بالقول:"من المقرر قانونا وفقا للمادة 03 من م ت رقم 91-434،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية،فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة وأنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محددة على سبيل الحصر، بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام"،ذكره: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق للمرسوم الرئاسي رقم 15-247،القسم الأول،المرجع السابق،ص139.

2 خميس السيد اسماعيل،الدعوى الإدارية فقها وقضاء، ط1، دار محمود، القاهرة،مصر،2016، ص58.

توفر الإعتمادات المالية لتغطية النفقة الملتزم بها، ولا يجوز للمصلحة المتعاقدة التعذر بعدم توافرها، وهو الأمر الذي كرسه القضاء الإداري في الجزائر، حيث جاء قرار مجلس الدولة على النحو التالي: ".... لا تستطيع البلدية التذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن تسديد مبلغ الأشغال التي طلبتها..."¹.

فإذا لم تراعي المصلحة المتعاقدة الإجراءات المتبعة في الصفقة العمومية، فإن ذلك يعتبر سببا كافيا ليتدخل القضاء الكامل في إبطال الصفقات غير المشروعة، بحيث يمتد هذا الجزاء لكافة العقود سواء كانت مدنية أو إدارية، وبما أن الصفقة تهدف إلى المصلحة العامة، فأكد أن مخالفتها يؤدي إلى البطلان المطلق، أما عن البطلان النسبي فهو يتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة فإن الظرف الذي تقررت له الحماية هو الذي يطلب الحكم ببطلان الصفقة.

المطلب الثاني: حماية قواعد المنافسة في إطار رقابة القضاء الإستعجالي

إن الاستعجال ما قبل التعاقد هو آلية قضائية جديدة، أوجدها المشرع الجزائري تكريسا لمبدأ الرقابة على أعمال الإدارة العامة، وضمانا للقواعد المتعلقة بالإعلان عن الصفقات العمومية، والمنافسة والمساواة بين المرشحين فيها، ومن أجل تفادي الفساد في مجال الصفقات العمومية²، وتتضح أهمية القضاء الإداري الإستعجالي بالنظر لإتساع تدخل الإدارة العامة في شؤون المتعاملين معها، الأمر الذي أدى إلى تعاظم دوره بسبب تعاظم تدخل الإدارة في الحياة العامة³.

تتمتع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد بمجموعة من الخصائص الأصلية التي تميزها الدعاوى الأخرى بما في ذلك دعوى الاستعجال العادية تتمثل في ما يلي:

- هي تقنية قضائية قبل تعاقدية أي أنها تثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد بهدف منع كل المخالفات المتعلقة بخرق مبدأ العلانية والمنافسة وقواعد الشفافية وهي بذلك ذات طابع وقائي، تسعى إلى منع الأمر الواقع الذي من جراء تدخل الدعوى القضائية بعد إبرام العقد بل بعد تنفيذه في بعض الأحيان⁴.

1 قرار مجلس الدولة رقم 20289، المؤرخ في 12 جويلية 2005، قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي بلدية ثنية الأحد ضد (زهد)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 86، نقلا عن: راضية رحمان، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 266.
2 مراد بدران، القضاء الإستعجالي قبل التعاقد: آلية جديدة نحو حوكمة العقود والصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 03، العدد 02، جامعة أبو بكر بكرايد، تلمسان، الجزائر، 2016، ص 50.
3 هونني نصر الدين، تراعي نعيمة، الخبرة القضائية في مادة منازعات الإدارية، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 48.
4 خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 296.

-هي دعوى تخول للقاضي سلطات هامة وغير مألوفة في نطاق القضاء الإداري، حيث أن القاضي عندما يفصل في هذه الدعوى يتمتع بسلطة الأمر Injonction والوقف Suspension والإلغاء L'annulation، وإبطال بعض شروط العقد و لكنه لا يمنح التعويض.

- هي دعوى قضائية إستعجالية وذلك لأنه يوكل أمر النظر فيها إلى قاض فرد من الهيئة القضائية Un juge unique، والذي يبت فيها كأول وآخر درجة في نفس الوقت وبصيغة قضاء الاستعجال En la forme de la référé .

-يمكن للقضاء عند نظره في الدعوى أن يبت في الموضوع ذلك على خلاف القضاء المستعجل العادي، على أن تكتسب الأحكام التي يصدرها في الموضوع حجية الشيء المقضي به.

يرجع ظهور هذا النوع من القضاء للمشرع الأوروبي، الذي سعى لإيجاد دعوى فعالة لضمان احترام الأوروبية في مجال المنافسة والعلانية، وقد أصدر في هذه الشأن التعلية رقم 665/89 المؤرخة في 21 ديسمبر 1989، المتعلقة بالطعن والرقابة في مجال الصفقات العمومية للأشغال والتوريدات، وذلك من أجل خلق تجانس تشريعي بين دول الإتحاد¹.

وبناء على هذا التوجيه الأوروبي فقد تبني المشرع الفرنسي قضاء الاستعجال قبل التعاقد وذلك بصدور القانون 92-10 المؤرخ في 04 جانفي 1992، والقانون رقم 93-1416 المؤرخ في 19 ديسمبر 1993، بالإضافة إلى القانون رقم 93-122 المؤرخ في 29 جانفي 1993 المتعلق بمنع الرشوة، وتم إدراج أحكامهما في المادتين L.22 و L.23 من قانون المحاكم الإدارية ومجالس الاستئناف الإدارية، ثم المواد L.551-1 و L.551-5 في تعديل قانون القضاء الإداري، وفق الأمر 09-515 المؤرخ في 07 ماي 2009²، وهكذا كان للمشرع الفرنسي السبق الإيجابي في إرساء معالم دعوى قضائية جديدة تعد حديثة العهد بالولادة غير أنها في جوهرها آلية شديدة القوة تضمن فعالية أحكام العلانية والمنافسة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عرف هو الآخر فراغا تشريعيا في هذا الشأن، انعكس سلبا على مبادئ المنافسة في الصفقات العمومية، حيث إن المُتتبع لحركة التشريع الجزائري يلحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري على مدى تعاقب النصوص القانونية التي

1 مروان دهمة، القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة التمكين الإجتماعي، المجلد 02، العدد 03، كلية العلوم الإجتماعية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2020، ص 125.

2 عبد الله كنتاوي، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي: 2017-2018، ص ص 30-31..

الفصل الثاني.....تدخل القضاء في ضمان حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية

سبقت قانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية¹، فقانون الإجراءات المدنية السابق 90-23 جاء هزيلا جدا في هذا المجال، و لم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171، أما القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة 98-01² والمحاكم الإدارية 98-02³، ومحكمة التنازع 98-03⁴، فلم تتناول بأي القضاء الإستعجالي الإداري، وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في المجال التطبيقي إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09.

يمكن رد أسباب عدة التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين الإستعجالي قبل التعاقد في هذه المرحلة بالذات، نذكر منها ما يلي:

-الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية، وهو ما اثر سلبا على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن التقدم بعبء اتهم من جهة ظنا منهم أنها لن تحظى بالقبول سلفا لأن معايير الاختيار تجافي قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن تركز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى.

-رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي، وذلك فضلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة و نافذة حتى يطلب احد أطرافها إلغائها أمام قاضي العقد، وهو ما أكده المفوض " روميو "في قضية « Martin بقوله " :إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية...."5.

1 القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج، ج، ج، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2022، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 17 جويلية 2022.
2 القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 18-02، المؤرخ في 04 مارس 2018، ج، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 07 مارس 2018، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 22-11 المؤرخ في 09 جوان 2022، ج، ج، ج، العدد 41، المؤرخة في 16 جوان 2022.
3 القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998.
4 القانون رقم 98-03، المؤرخ في 03 جوان 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج، ج، ج، العدد 39، المؤرخة في 07 جوان 1998.
5 سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، يوم 20 ماي 2013، ص 07.

-تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطورا كبيرا في حماية مبادئ المساواة، العلانية، والمنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي.

ومن هنا وحتى يخول للمتنافس الوقوف أمام القاضي الإستعجالي، للمطالبة بحقه في صفقة لم تحترم فيها مبادئ المنافسة والشفافية والعلانية، يقتضي الإلمام بالشروط التي تقوم عليها الدعوى (الفرع الأول) ثم حدود القاضي الإستعجالي عند الوقوف على الممارسات المنافية للمنافسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات سير الدعوى الإستعجالية

قد تطرأ بعض الظروف ما تجعل من بعض القضايا تتطلب السرعة في اتخاذ الإجراءات، ولهذه الأسباب أولى المشرع عناية خاصة لمثل هذه العوامل الطارئة، وهذا النوع من الدعاوى يتعلق بالتدابير المؤقتة التي تتخذ من أجل الحفاظ على الحالة الظاهرة، وفي حالة الخطر الحال الذي لا يمكن تدارك عواقبه في المستقبل، والتي تتطوي على حالة الإستعجال، ولهذا حباها القانون الجزائري بنظام هو جزء من النظام القضائي الجزائري.

ولرفع الدعوى الإستعجالية لابد من توافر مجموعة من الشروط التي يتطلبها القانون، من شروط عامة وشروط خاصة بالصفقات (البند الأول)، غير أن عمل القاضي الإداري في مجال الصفقات العمومية تعترضه مجموعة من العقبات ذات الطبيعة القانونية (البند الثاني).

البند الأول : شروط رفع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية

انطلاقا من مبدأ المشروعية، تخضع أعمال الإدارة إلى رقابة القضاء، ومنه فإن كل من يشعر بأنه متضرر من تصرفات الإدارة أن يلجأ إلى القضاء الإداري لمقاضاتها بموجب دعوى قضائية متبعا في ذلك شروط خاصة¹.

وتتفق معظم النظم القضائية على ضرورة وجود قضاء مختص بالمنازعات التي تتميز بالطابع الإستعجال، والتي لا ينفع فيه اللجوء إلى القضاء العادي المعروف بإجراءات الطويلة، وقد نظمها المشرع لضمان حسيب العدالة ولأنها تحتاج إلى وقت غير قصير لتحقيق أهدافها، مما قد يضر المتقاضين وضياع الحق المراد حمايته، كما أن الإدارة تكون قد شرعت في تنفيذ قرارها بداية.

1 نسرين جابر هادي، القضاء الإداري الإستعجالي "دراسة مقارنة"، د.ط، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2016، ص 101.

إضافة للشروط العامة التي تتطلبها الدعوى الإستعجالية لرفعها أمام القضاء المختص، من عنصر الإستعجال¹ وعدم المساس بأصل الحق² وعنصر الجدية³، نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شروط خاصة تتعلق بالصفقات العمومية.

أولا : موضوع الدعوى الإستعجالية .

أقر المشرع الفرنسي بإمكانية إخطار رئيس المحكمة الإدارية أو القاضي المفوض في حالة مخالفات إلتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها الصفقات العمومية، وذلك بموجب المادة 1/551 من قانون القضاء الإداري⁴، وقد صدر عن مجلس الدولة الفرنسي عدة إجتهادات في الإستعجال، لاسيما قراره المشهور في قضية région Nord pas de calais، بتاريخ 07 أكتوبر 2005، أين قام مجلس الدولة بإلغاء صفقة تتعلق ببرمجة تثبيت هوائية على مستوى متحف، وذلك بسبب أن الإشهار لم يكن كاف أو مكتمل".

وفي قرار آخر عن قاضي الاستعجال للمحكمة الإدارية الفرنسية «Caen»، الذي إعتبر بأن الصفة العمومية لم تحترم مبادئ الشفافية والمساواة في معاملة المترشحين وحرية الوصول للطلبات العمومية، بسبب أن الإشهار تم في جريدة جهوية شرق فرنسا وقد اعتبر القاضي أخذا بعين الاعتبار طبيعة الصفقة بأن هذا الإشهار لا يمكنه أن يضمن مشاركة للمؤسسات التي يعتقد أنها يمكن أن تؤدي الصفقة بشكل أفضل، واعتبره غير كاف⁵.

1 فالإستعجال مفهوم مرن وواسع، يقدر حسب الواقعة والظروف التي تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور المجتمع، وهو الشرط الذي عالجه المشرع في المواد: 920، 921، 924 من القانون رقم 08-09 المتعلق بـ ق إ م إ، دون أن يعطي تعريفا له، فتولى الفقه والقضاء ذلك، حيث تم الإستقرار على تحديد مفهوم الإستعجال بكونه ذلك: "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم درؤه عنه بسرعة، لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيد"، كلوفي عزالدين، المرجع السابق، ص 127.

2 الأصل العام أن القضاء المستعجل يتدخل لاتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية لا تمس بأصل الحق فيكفي لرفع الدعوى الاستعجالية احتمال وجود الحق، إذ يقتصر دور القاضي الاستعجالي على بحث الأمر الظاهر الذي يدل على احتمال وجود الحق أو عدم وجوده من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم، نقلا عن: خميس السيد إسماعيل، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ طبقا لأحدث التعديلات، دار محمود للنشر و التوزيع، مصر، 2005.

3 يكفي لنشأة الدعوى الإستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، إن لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة، و ترتبط جدية الطلب بمسألتين هما: وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته: فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 75 من ت ص ع و ت م ع، فإنه لا محل لرفع دعواه الإستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا.

يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع، بما من شأنه أن يعطي احتمالا لوجود هذا الحق وهو ما تؤكد المادة 924 ق إ م إ، بنصها على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب"، فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقا للمادة 946 ق إ م إ.

4 « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délégué peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures au la prestation de services, avec une contrepartie économique constituées par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service publics».

نقلا عن : راضية رحمانى، المرجع السابق، ص 295.

5 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 296.

أما المشرع الجزائري، فقد اعتبر أن موضوع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية، يتعلق بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة، حسب ما أشارت إليه المادة 964 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد جاءت هذه المادة كما يلي "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية".

ويرتبط هذا مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المنافسة من مساواة وشفافية الإجراءات، والتي تكون واجب الإحترام من قبل المصالح المتعاقدة خلال إبرام الصفقات، وأن أي مساس بها يترتب عنها قيام المسؤولية القانونية على مختلف مستوياتها، ويمكن حينئذ لأي شخص له مصلحة في إبرام العقد إخطار القاضي الاستعجالي، لا تقتصر تلك الأحكام الموجودة في تنظيم الصفقات العمومية بل تمتد إلى احترام أحكام قانون المنافسة، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والتمم¹.

وينحصر دور القاضي في هذه الحالة بالبحث عن أهم الخروقات القانونية التي مست قواعد المنافسة والإشهار، من ذلك مثلا المادة 09 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، كما ينظر في أي نصوص أخرى قد لا تكون لها علاقة مباشرة بإجراءات المنافسة والإشهار، ولكن عدم إحترامها من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بقواعدها أو بالتأثير على اختيار المتعامل²، غير أنه في الواقع فإن جل الإجراءات ترتبط إما مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بالإشهار والمنافسة، وعلى سبيل المثال نجد :

1-مخالفة قواعد الإعلان عن الصفقة العمومية.

يعد من قبيل إنتهاك قواعد الإعلان عدم قيام الإدارة بالإعلان عن الصفقة مطلقا، أو قيامها بإعلان معيب فنتشره في جريدة يومية واحدة بدل من اثنتين ، اللتان اشتراطهما المشرع وهما جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية وبلغت أجنبية موزعتين علي المستوى الوطني³، كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية عيبا من عيوب العلانية والمنافسة..

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى إنتهاك قواعد العلانية والمنافسة والأشكال الثانوية التي لا تؤثر فعليا على العقد والتي

1 المادة 02، من الأمر رقم 03/03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص457.
3 المادة 65، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

يمكن تصحيحها لاحقا ،فلا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلا¹، كما إعتبر القضاء الإداري كل خرق للقواعد المتعلقة بمدد إستلام العروض مخالفا لقواعد العلانية، كذلك الشأن إذا لم تحترم الإدارة التزامها بتسليم أحد المتعاقدين الشروط الكاملة للمنافسة².

2- مخالفة المصلحة المتعاقدة لأسلوب إبرام الصفقة العمومية

حدد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية في المواد من 39 إلى 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، بحيث يشكل طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقة العمومية وما التراضي إلا استثناء لها، وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها، لذا فإن إستخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة، ومثاله أن تقوم الإدارة بإبرام صفقة مع متعامل وحيد طبقا لإجراء التراضي دون مراعاة الحالات الداعية للجوء إليه³.

3-مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية:

يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المرشحين على حساب البقية إنتهاكا لقواعد المنافسة، وعلى هذا فإن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها، بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين بذواتهم ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة⁴، ومن شأنه أن يؤدي الى خرق مبدأ المساواة بين المتعاقدين وحصر المنافسة في فئة معينة من دون أخرى.

4-الحرمان أو الإستبعاد من الصفقة دون وجه حق:

يقوم الإشتراك في الصفقات العمومية على مبدأ حرية المنافسة، ونتيجة لذلك فإنه لا يوجد مانع قانوني من الدخول للمنافسة في إطار احترام الشروط القانونية العامة والإجراءات الشكلية، فلا يجوز للإدارة أن تبعد مرشحا متى توافرت فيه الشروط القانونية⁵، وهي ليست حرة في إقصاء أي متعهد خارج عن الحالات الإقصاء المحددة في المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات

1 بزاحي سلوى زوجة بومقورة ،رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري،مجلة الأكاديمية للبحث القانوني،المجلد03،العدد01،جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، د.س ن، ص37.
2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية،المرجع السابق، ص108.
3 المادتين 49 و 50 ، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
4 المادة 75، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
5 تابتي بوحانة، دور القضاء الاستعجالي قبل التعاقد،مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد02، العدد06،جامعة مولاي الطاهر،سعيدة، الجزائر، 2016، ص407.

المرفق العام ، أو تلك التي بينها القرار الوزاري المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية¹، فإن تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.

5-الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد

تظهر مخالفة المصلحة المتعاقدة لإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، عندما لا تلتزم بإجراء التأكد من مؤهلات المرشحين وقدراتهم التقنية والمالية والمهنية في تنفيذ المشروع²، أو أن تستند على معايير تمييزية ترجح أحد المترشحين على بقية الآخرين، كما منعت المادة 80 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المصلحة المتعاقدة من التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض ،لاختيار الشريك المتعاقد إلا في حالة محددة قانونا، فإن ثبت عدم التزام الإدارة بمعايير لاختيار، كان ذلك دليلا على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة، وقد اعتبرت المحكمة الإدارية ARNE.CHALON_SUR " أن صفقة الدراسات المبرمة بين " SIVOMAT " و LE CABINET OTH _ EST بتاريخ 06 أكتوبر 1993، باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض³.

ثانيا :الأجل القانوني لرفع الدعوى:

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى، إلا أن المادة 946 من قانون إجراءات المدنية والإدارية نصت في فقرتها الثانية على أن الإخطار يتم إذا أبرم العقد أو سيبرم، ثم أردفت في فقرتها الثالثة بأنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، وتشبه هذه المادة في صياغتها إلى حد بعيد المادتين 1/551 و 2/551 من القانون الفرنسي إذ تنص الأولى على "رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يبت قبل إبرام العقد..." ، أما الثانية "فقد نصت على " لا يمكن للقاضي أن يبت قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة فيما يلي....".

فالمنطق الوقائي يفرض أن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد ،حيث يمارس القاضي الإستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للامتنثال لالتزاماتها أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد.

1 قرار المؤرخ في 28 مارس 2011،المحدد لكيفيات التسجيل والسحب من قائمة ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، سالف الذكر.

2 المادة 54،من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،المتضمن ت ص و ت م ع، السالف الذكر.
3 Mireille BERBARI, marchés public. La réforme à travers la jurisprudence. Le moniteur. Paris.2001 p.79.

لقد قبلت بعض المحاكم الإدارية بفرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الإستعجالي قبل التعاقدى , غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبني مبدأ مستقرا مفاده أن لاتتطرق القاضي الإستعجالي إلى مشروعية العلانية والمنافسة بعد إبرام العقد يخرجها من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية وعلى هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية¹.

غير أن إبداع القاضي الإداري الفرنسي أبى إلا أن يبتكر اجتهادا حديثا ،أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها القضائية، وذلك بمقتضى قراره الصادر في 16 جويلية 2007 في قضية «société tropic travaux signalisation» .

وتتلخص وقائعها في أنه " على إثر دعوة للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ pitre à pointe العرض الذي تقدمت به شركة «Rugoway» «فرغت شركة «Tropic» باعتبارها مرشحة للصفقة-دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها , قرار منح الصفقة لـ «Rugoway» قرار إمضاء الصفقة ,الصفقة ذاتها، وتاريخ 02 مارس 2006، رفض القاضي الإستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم و نفذ كليا، استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه:" يمكن للغير , المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية ,لحقهم في مخاصمة العقد ذاته " إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة ,ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:²

1.إمكانية رفع الدعوى الإستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات قبل أو بعد إبرام العقد، وهو ما يجعلنا نطالب المشرع الجزائري بتسمية الدعوى بـ "شبه الإستعجالية في مجال العقود الإدارية" بدلا من الإستعجالية قبل التعاقدية.

2.حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكرا على أطراف العقد، وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأسا على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد.

1 Rémy SHWARTS , Le juge Français des référés administratifs, revue du Conseil d'Etat, n4, Algérie 2003, p72.

2 فقير محمد، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن-آلية وقائية لحماية المال العام-،مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام،بكلية الحقوق،جامعة المدية،الجزائر،يوم 20 ماي 2013، ص13.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإن ما يلاحظ في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنها تتعلق فقط بالاستعجال قبل التعاقد، أما كلمة "يجوز" فإنها تدل على حرية الاختيار بين القضاء الاستعجالي وبين الطعن المنصوص عليه في المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة وأن دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد غير مقيدة بانتظار الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، إذ بالإمكان رفعها قبل هذا الإجراء، فلا يمكن الحديث عن إمكانية الجمع بين الطعن الإداري ودعوى الاستعجال قبل التعاقد¹، ومن تم فإن إخطار المحكمة الإدارية يكون قبل إبرام العقد، وعلى هذا الأساس يجد المدعي نفسه في سباق مع الزمن حتى تقبل دعواه².

لكن على الرغم من ذلك يمكن أن يتخذ من هذا الأجل - عشرة (10) أيام - كمرجعية لتحريك دعوى الاستعجال قبل التعاقد، خاصة وأن المصلحة المتعاقدة غالبا ما تلجأ إلى توقيع العقد بعد انتهاء الأجل المقرر للطعن، بحيث إذا انتهى هذا الأجل انتهت معه كل إمكانية لتحريك الدعوى، كما أن هناك احتمال آخر يتمثل في أن المشرع الجزائري يكون قد تعمد النص على هذه العبارة -يجوز-، قاصدا من وراء ذلك أن يستفيد المدعي من دعوى الاستعجال قبل التعاقد في حال لم يتم توقيع العقد، أو من دعوى الاستعجال التعاقدية في الحالة التي يتم فيها توقيع العقد، فإن فاتته الأولى إستدراك الأخرى³.

ومهما يكن من أمر، فإنه لا يستبعد أن يأخذ القضاء الإداري الجزائري (المحاكم الإدارية- مجلس الدولة)، بما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي من وجوب إخطار قاضي الاستعجال قبل التعاقد قبل إبرام العقد، وهذا فعلا ما ذهب إليه مجلس الدولة في الجزائر في قراراته القضائية⁴،

1 لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في الإستعجالات الإدارية، المرجع السابق، ص 200.

2 غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 263.

3 كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 216.

4 قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 074854، الصادرة بتاريخ 21 جوان 2012، قضية ولاية البيض ضد (أ.م.)، وقد جاء في حيثيات ما يلي: "

حيث أن النزاع الحالي يتعلق بإلزام المدعي عليها (المستأنفة) باحترام بنود الصفقة.

حيث تنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة... الخ.

حيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه إمتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في مرحلة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة وقبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاءه.

لهذه الأسباب يقرر مجلس الدولة، حال فصله في القضايا الاستعجالية، علنيا، حضوريا :

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف والتصريح من جديد بعدم إختصاص قاضي الاستعجال"، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، لسنة 2014، ص 265.

وقطع بذلك الشك باليقين ووضع حدا لكل التأويلات، وأقر بأن ميعاد إخطار المحكمة الإدارية بخصوص دعوى الاستعجال قبل التعاقد يتم قبل إبرام العقد وليس بعد إبرامه والبدء في تنفيذه.

ثالثا : أطراف الدعوى

في كل دعوى مهما كانت طبيعتها، فإننا نجد كل من المدعي والمدعى عليه أطراف فيها، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لأطراف الدعوى الاستعجالية في الصفقات العمومية، فهي محددة بموجب 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالطرف المدعى عليه في الدعوى يكون في أغلب الأوقات إن لم نقل كلها هو دائما المصلحة المتعاقدة، أما المدعي فهو الطرف الثاني في الدعوى، وقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة 946 بقولها: " كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية"، ويتعلق الأمر بالأشخاص المتنافسين بصدد إبرام الصفقة، والذين يمكن أن تمس حقوقهم جراء الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة¹.

في هذا السياق، يذكر بأن القضاء الإداري الفرنسي كان في بادئ الأمر لا يأخذ بفكرة الضرر، فمجرد وجود مصلحة من إبرام العقد يكفي لإخطار القاضي الاستعجالي، وفي هذا الشأن قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Société radiomètre » بتاريخ 8 أبريل 2005، بأن كل مؤسسة مترشحة من أجل نيل صفقة، فهي بالتالي تملك المكنة من أجل رفع طعن الاستعجالي ما قبل التعاقد، ويمكنها أن تحتج أمام القاضي على مخالفة التزامات الإشهار والمنافسة التي طبعت الصفقة، حتى وإن لم يضر بها هذا الالتزام، لكن بعد قرار Smirgeones الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 03 أكتوبر 2008، أصبح القاضي يبحث عن الضرر الناجم من إبرام العقد فكل مؤسسة تضررت من عملية إبرام العقد أو كان إبرام العقد سوف يحدث لها ضرر بإمكانها إخطار قاضي الاستعجال².

كما قد يكون المدعي عبارة عن حالة تجمع مؤسسات، بحيث يمكن لممثله القانوني مؤسسة التقدم لدى قاضي الإستعجال المختص، وإخطاره من أجل التدخل لجبر الخلل الواقع على قواعد الإشهار والمنافسة في صفقة معينة³، كما يحق للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية

1 خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 454.

2 راضية رحمانى، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 299.

3 المادة 81 وما يليها، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

بمقتضى 106 من قانون الولاية، أن يخطر المحكمة الإدارية في حال الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، إذا أبرمت صفقة أو ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية¹، واكتساب الوالي صفة المدعي في هذه الحالة يكون بحكم القانون، فهو ليس متنافس متضرر من خرق التزامات العلانية والمنافسة، وإنما هو جهة رسمية أعطاه القانون صلاحية إثارة هذه الدعوى لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، التي تهدف إلى حماية شفافية إبرام العقود.

إلا أنه يؤخذ على النص القانوني المرخص للوالي بحماية شفافية الصفقات المحلية، أنه أغفل الصفقات المبرمة من قبل الهيئات المركزية المحددة في المادة 06 تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ففي حال وجود خرق وإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة في إجراءات إبرامها، من يحق له إخطار القضاء الإداري الاستعجالي بذلك؟ خاصة وأن هذه الهيئات تعنى بإبرام الصفقات المهمة وذات الأهمية الوطنية وتخصص لغرض تنفيذها أغلفة مالية معتبرة هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفية تبليغ الوالي وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة، من شأنه أن يحد من ممارسته لهذه المكنة القانونية، ومن ثم حمايته لمبادئ الشفافية والعلانية في الصفقات العمومية².

البند الثاني: القيود التي تحكم القاضي الإستعجالي الناظر في الدعوى

بالرجوع لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المشرع أخضع الدعوى الإستعجالية لجملة من الإجراءات القانونية التي يتعين التقيد بها وهي :

أولا : تحديد آجال الفصل في المنازعة

في العادة لا يقوم المشرع الجزائري بتحديد آجال الفصل في المنازعات القضائية، وإنما يشترط فقط بأن تتم الفصل في أقرب الآجال أو بسرعة، ما عدا الحالات النادرة التي تدخل فيها المشرع وحدد أجل للفصل في المنازعات، مثل ما حدده المشرع بستة (06) أشهر أمام محكمة التنازع في الدعاوى المرفوعة أمامها³.

1 المادة 2/946، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، السالف الذكر.
2 سهام بن دعاس، حماية القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدية لعملية إبرام الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمي لخضر، الوادي، الجزائر، 2020، ص 373.
3 ينظر للمادتين 28 و 29، من القانون رقم 98-03، المتعلق بإختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الصالف الذكر.

حدد المشرع آجالاً للفصل في منازعات الصفقات العمومية ضمن قضاء الإستعجال بعشرين (20) يوماً تسري من تاريخ الإخطار بالعريضة الافتتاحية¹، وهي المدة التي يجب على القاضي التقيد بها بإعتبارها من القواعد الإجرائية ومن النظام العام، وهذا ما أشارت إليه المادة 947 من قانون إجراءات المدنية والإدارية " تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه".

ثانياً: حجية الحكم الصادر عن القاضي الإستعجالي في مجال منازعات العمومية.

إلى جانب الغموض الموضوعي الذي يشوب مسألة الإستعجال في مجال الصفقات العمومية، هناك غموض آخر يتعلق بالجانب الإجرائي لحجية الحكم الصادر عن القاضي الإداري الإستعجالي الفاصل في استعجال إبرام الصفقات العمومية ومدى إمكانية الطعن فيه، فلقد خلت المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أية إشارة إلى قابلية الطعن في كل ما يصدر عن المحكمة الإدارية من قرارات وأعمال وتدابير في هذا الشأن².

وبالتالي فهل الحكم الذي يصدر عن القاضي الإستعجالي في منازعات الصفقات العمومية، الناشئة في مرحلة الإبرام هو حكم قطعي فاصل في أصل الحق يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ومن ثم التمتع بنفس حجية الحكم الصادر عن قاضي الموضوع وليس بحكم مؤقت لا يتعلق بتدابير وقائية³، كما الشأن عليه في دعاوى الإستعجالية الإدارية الأخرى، أم أنه يدخل ضمن الأحكام القابلة للطعن والمراجعة؟.

وعلى هذا الأساس فإنه طبقاً للمادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وضمن الأحكام العامة المشتركة لجميع الجهات القضائية، التي تضمنت اختصاص القاضي الإستعجالي في المواد التي نص صراحة القانون على اختصاصه بالنظر فيها، وإنه في حال الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر حجية الشيء المقضي به، وعليه إذا تضمن الحكم الصادر عن القضاء الإستعجالي إلغاء القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة، فإن هذا الحكم إضافة للحجية المطلقة في مواجهة الجميع مشمول بالنفذ المعجل وغير قابل للطعن فيه.

1 المادة 947، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، السالف الذكر.

2 عبد الحميد بن عيشة، دور القاضي الإستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، د.س.ن، ص 244.

3 كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 142.

ولكن إذا ما رجعنا إلى الأحكام الخاصة بالاستعجال الفوري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المادة 936 نصت على أن الأوامر تطبيقاً للمواد 919، 129، 229، هي أوامر غير قابلة للطعن، دون ذكر الأوامر الصادرة عن القاضي الإستعجالي في منازعات الصفقات العمومية، إلا أن المادة 943 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بالاستعجال في مادة التنسيق المالي تضمنت حكماً يقضي بإمكانية إستئناف الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة خلال خمسة (15) عشرة يوماً من تاريخ التبليغ الرسمي.

إذا كان على المشرع الجزائري إزالة هذا الغموض، بالنص على حجية الأمر الصادر من قبل القاضي استعجالي الإداري بشأن منازعات إبرام الصفقات العمومية، إما بالنص صراحة على ذلك أن عن طريق الإحالة إلى تطبيق المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، أو اتباع نفس التوجه على غرار النطق المتعلق بالاستعجال الفوري، ومهما يكن من أمر فإنه تبعاً لخصوصية الاستعجال في منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن مرحلة الإبرام، ولطبيعة هذه الدعوى والهدف منها: فإن الحكم الذي يصدر عن قضاء الإستعجال القانوني، والذي يتعلق بالبت في منازعات الصفقات العمومية في هذه المرحلة، هو حكم قطعي يحوز حجية الشيء المقضي به، وكذا له نفس خصائص الحكم الإستعجالي، فهو مشمول بالنفاذ المعجل وغير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل، وأما عن طريق الطعن فيه فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الإستعجالية ضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: سلطات القاضي الإستعجالي

نظم المشرع الجزائري سلطات قاضي الاستعجال في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي بينت صلاحيات قاضي الاستعجال في حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزامات الإشهار والمنافسة، تمثلت في كل من سلطة توجيه الأمر للمصلحة المتعاقدة (البند الأول) أو سلطة تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية (البند الثاني)، والحكم بغرامة تهديدية (البند الثالث).

البند الأول: سلطة توجيه الأمر للمصلحة المتعاقدة

إن وظيفة القاضي لا تقتصر فقط على النطق بالحكم القانون، وإنما يتعدى الأمر إلى سلطة إتخاذ جميع الإجراءات الضرورية، لكي يأخذ هذا الحكم طريقه للتطبيق العملي، وهي سلطة مكملة

1 تنص المادة 300، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، على أنه: "يكون قاضي الإستعجال مختصاً أيضاً في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي به" السالف الذكر.

لسلطته، فالأمر القضائي هو أمر موجه من القضاء إلى الإدارة لتقوم بعمل محدد أو الإمتناع عن القيام به، ويعد تدخل القاضي بتوجيه الأمر للإدارة واحد من مقتضيات التنفيذ الفعال لأحكام القضاء، بل يعد العامل الرئيسي لأمرين: هما سرعة التنفيذ من جهة وتيسير مهمة الإدارة في تحقيق آثار الحكم من جهة ثانية¹.

وقد اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض حول مسألة توجيه الأوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري، وقدم كل فريق منهم مبرراته تدعم موقفه.

أولا : الرأي الفقهي القائل بحظر توجيه أوامر للإدارة²

إذا كان القاضي في الأصل يملك سلطة القضاء والأمر، فإن علاقته بالإدارة يحكمها أصل إجرائي مؤداه "أن القاضي يقضي ولا يدير"³، ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يجوز القاضي بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه، توجيه أمر إلى جهة الإدارة بالقيام بالعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل معين، سواء كان ذلك بمناسبة دعوى الإلغاء أو دعوى من دعاوى القضاء الكامل⁴، كما يمكن أن ينظر إلى مبدأ حظر توجيه الأوامر إلى الإدارة بأنها حالة التي لا يستطيع القاضي الإداري أن يأمر جهة الإدارة بالقيام بالعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل معين، كما لا يجوز أن يحل نفسه محل جهة الإدارة في القيام بعمل أو إجراء معين وهو من صميم اختصاصها⁵، ويسوق فقهاء هذا الرأي، جملة من المبررات:

1-مبدأ الفصل بين السلطات كمصدر لمبدأ الحظر:

إن الناظر في أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو الجزائر، يلاحظ أن مبدأ الفصل بين السلطات يعد مبررا أساسيا للحظر المفروض على القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، إذ نجد أن اختصاص القاضي بالنظر في المنازعة الإدارية يكون في إطار الحدود التي رسمها القانون، دون أن يتدخل في شؤون السلطة الإدارية، وأن تدخله من شأنه أن يكون ذا أثر سالب للسلطة الإدارية،

1 ساكر حسين، مسؤولية الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية" دراسة تحليلية مقارنة"، د.ط، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص141.

2 يعد مبدأ حظر المفروض على القاضي الإداري رؤية قديمة، حيث إنه بدأ مع السنوات الأولى للثورة الفرنسية، ولم يكن هذا الحظر ناتجا من نص قانوني مكتوب، وإنما يرجع ذلك إلى مجموعة من العوامل، أهمها تبني رجال القضاء الإداري الفرنسي، والذي سار على نهجه القضاء الإداري في مصر وهو وجو تفسير خاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات والذي مقتضاه عدم إمكانية وجود تدخل من جانب القضاء في شؤون الإدارة، نقلا عن: ساكر حسين، مسؤولية الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية....، المرجع السابق، ص141.

3 حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 02، العدد 02، جمعة محد خيضر، بسكرة، الجزائر، د.س.ن، ص229.

4 يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص05.

5 فريدة مزياي، أمانة يلطاني، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الفكر، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2011، ص122.

وبناء عليه لا يجوز للقاضي أن يوجه في منطوق حكمه أمرا للإدارة أو أن يحل محلها ويصدر القرار بالشكل المطلوب¹، وهو موقف تبناه كل القضاء الإداري في فرنسا² والجزائر³.

2- النصوص التشريعية:

لا يختلف إثنان في القول بأنه لا توجد نصوص تشريعية صريحة تقرر منع القاضي الإداري-إن في القانون الفرنسي أو الجزائري- من توجيه أوامر للإدارة، غير أن جانبا كبيرا من الفقه الفرنسي أرجع مبدأ الحظر ذلك إلى عدد من النصوص التشريعية الصادرة بعد الثورة الفرنسية، أبرزها المرسوم الصادر في 22 ديسمبر 1789 الذي قرر منع قيام المحاكم بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة أعمال الإدارة، وكذا المادة 13 من قانون التنظيم القضائي الصادر في 24/16 أوت 1790 التي منعت المحاكم القضائية بإعتبارها سلطة قضائية منفصلة عن الإدارة التي تمثل السلطة التنفيذية، من التعرض بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الإدارة مهما كانت الحالة التي عليها⁴.

أما في الجزائر فقد خلت المنظومة القانونية تماما من أية نصوص صريحة تقرر بمبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة من القاضي الإداري، هذا الحظر وكان الإرتكاز دائما على النص الدستوري الذي يقرر استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية.

3- طبيعة صلاحية قاضي الإلغاء:

إن الطبيعة القانونية للقاضي الإداري في دعوى الإلغاء تقف عند مجرد الحكم بالإلغاء قرار الإداري غير المشروع، دون إمكانية توجيه القاضي أوامر للإدارة أمر لإحداث أثر حكم الإلغاء، وتطبيقا لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار أن سلطة قاضي الإلغاء تقتصر على إلغاء القرار أو رفض طلب الإلغاء، وليس للقاضي أن يرتب بنفسه آثار الحكم الذي أصدره، بأن يقوم بإصدار القرار الصحيح مكان المعيب، أو أن يصدر القرار الذي يتعين اتخاذه لإلغاء المعيب⁵.

1 علي عمر حمدي، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 07.
2 وفي هذا الشأن صرح مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته بأنه: "إذا كان يناط بالقاضي أن يبين الحقوق والالتزامات المتبادلة للمتداعيين، أن يقضي بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار، فإنه لا يسوغ له التدخل في إدارة المرافق العامة بتوجيه أوامر تنطوي على التهديد بجزاء مالي سواء إلى الإدارة أو إلى أولئك الذين يقومون على إدارة مرفق عام"، أشارت إليه: سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 16.
3 وهو الموقف الذي ظل القاضي الإداري الجزائري يتبناه إلى وقت قريب جدا فنجده يصرح في 24 أبريل 2000، في قضية "رئيس بلدية درقينة ضد" س ع " بأن: "البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلا لأمر أداء"، أشار إليه: لحسين بن شيخ آث ملوينا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 444-445، وفي قرار حديث له بتاريخ 08 أبريل 2008 في قضية "قضية السيدة" ك م " ضد وزارة التربية الوطنية، قضى بأنه: "لا يجوز للقاضي الإداري الحكم بغرامة تهديدية لانعدام النص القانوني الصريح"، نفس المؤلف، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص 505.
4 حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 231.
5 نفس المؤلف، نفس المرجع، ص 232.

فمهمة القاضي الإداري تقتصر في دعوى القضاء الكامل على التحقق من مدى مشروعية القرار الإداري، وليس له سلطة إصدار أمر للإدارة للقيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل معين، ويترتب عن ذلك أنه ليس بإمكانه تعديل القرارات المعيبة، لأن التعديل هو بمثابة أمر صادر عن الإدارة، وقد تأثر كل من القضاء الإداري الجزائري والمصري، بما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي في اتباع سياسة عدم توجيه أوامر للإدارة¹، رغم أن هذا الحظر لم يكن ناتجا عن نصوص صريحة في منظومتها القانونية ولكنه ثابت بالطريق القضائي.

ثانيا : الرأي الفقهي القائل بجواز توجيه أوامر للإدارة

إن تدخل القاضي بتوجيه أوامر للإدارة، يعد واحد من مقتضيات التنفيذ الفعال للأحكام القضائية، سواء تضمن الأمر القيام بعمل معين أو الإمتناع عن القيام به، وقد كان المشرع الفرنسي قد تخلى بنفسه عن الحظر التقليدي المفروض على القاضي الإداري بتوجيه أوامر للإدارة، لكنه بموجب قانون 08 فيفري 1995 المتضمن إصلاح القضاء الإداري المستعجل، اعترف المشرع الفرنسي للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر للجهات الإدارية، بناء على طلب صاحب الشأن في الدعوى الإستعجالية السابقة للتعاقد²، وأصبح بموجب القانون المؤرخ في 30 جوان 2000، القاضي الإداري المستعجل بإمكانه أن يأمر بكل إجراء ضروري لحماية الحرية الأساسية في حالة حصول أي اعتداء جسيم وغير مشروع، من الشخص المعنوي العام على الشخص الخاص المكلف بإدارة مرفق عام وذلك أثناء ممارسته إحدى سلطاته³.

ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، حيث منح للقضاء الإداري الإستعجالي سلطة استخدام أسلوب التهديد المالي في مواجهة الإدارة في حال امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية، وفي هذا الشأن كرست محكمة القضاء الإداري في مصر مبدأ قانونيا تاريخيا، قضت فيه بأن: " امتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية هي مسؤولية رئيس الدولة طبقا للدستور الجديد، وعليه الأمر بالتنفيذ، وأكدت ذات المحكمة أن عدم تنفيذ الأحكام القضائية من أي جهة أو سلطة في الدولة، يمثل إخلالا جسيما

1 قرار مجلس الدولة رقم 2695، المؤرخ في 11 جوان 2001، في قضية السيد " بن عمار " ضد مدير البريد والمواصلات لولاية تيارت، (غير منشور)، حيث جاء فيه: " حيث فعلا فإن القاضي الإداري لا يمكن أن يقدم أمرا للإدارة ولا يمكنه إرغامها مثل ما هو في قضية الحال على تنفيذ القرار القضائي "، وفي قرار له آخر، المؤرخ في 26 جويلية 1999، في قضية (ب.ر) ضد بلدية ففلة، (غير منشور) ضد والي ولاية ميللة ومن معه، والذي جاء فيه: "..... ولكن لما كان الأمر كذلك فإن القاضي الإداري لا يدخل ضمن اختصاصه توجيه أمر للإدارة للقيام بإجراء معين، أو أن يقوم محلها في اتخاذ هذا الإجراء، وحيث بالنتيجة يتعين رفض طلب المعارض لما فيه مخالفة للقانون "، نقلا عن: مباركي براهيم، مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة، مجلة البحوث القانونية والإدارية، العدد 11، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2018، ص 231.

2 ساكر حسين، مسؤولية الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص 142.

3 حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، المرجع السابق، ص 241.

بمبدأ الفصل بين السلطات، وهي المسؤولية التي تقع على عاتق رئيس الجمهورية في المقام الأول، إذ يتوجب عليه أن يأمر بتنفيذ هذه الأحكام ولا يجوز له التنصل من هذه المسؤولية¹.

ساير المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظيره الفرنسي، حينما خول للقضاء الاستعجالي إمكانية توجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة، وهذا طبقا للمادة 2/946 من ق إ و إ والتي نصت على أنه: "يمكن للحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب عليه أن يمثل فيه"، فالقاضي حسب هذا النص، له صلاحية إبطال الشروط المدرجة في العقد التي تمس بقواعد الشفافية والمنافسة².

البند الثاني: سلطة تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية

نصت المادة 964 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها السادسة على أنه: "ويمكن لها كذلك، وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات لمدة لا تتجاوز 20 يوم"³، ما يلاحظ أن مدة تأجيل إمضاء الصفقة العمومية هي نفسها المدة المقررة للفصل في أصل المنازعة أمام قضاء الإستعجالي القانوني، وإن إجراء تأجيل عقد الصفقة إلى غاية الفصل في المنازعة يؤخذ بالدراسة من زاويتين: الزاوية الأولى بالنظر إلى الغاية من منح سلطة تأجيل إمضاء العقد، والزاوية الثانية مقارنة تأجيل إمضاء العقد مع إجراءات وقف التنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه، وذلك كالتالي:

أولاً: إن غاية المشرع من وضع إجراءات الإستعجال الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية والمتمثلة في تقصير آجال الفصل، وجواز الطعن قبل إبرام الصفقات العمومية، وتحويل لهيئة القضاء سلطة تأجيل إمضاء العقد، وهو لتقادي وضعية يصعب تداركها، ذلك أنه إذا نشب نزاع للمطالبة بإلغاء إحدى القرارات الإدارية المنفصلة التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام، وبالمقابل تكون عملية إبرام الصفقة العمومية قد تمت ودخلت حيز التنفيذ وصدر حكم بالإلغاء، فما مصير عقد الصفقة العمومية؟، ولتجنب هذه الوضعية المتشابكة، ولضمان مبدأ

1 علي حسين عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2019، ص290.

2 وهذا ما جاء في الأمر الاستعجالي، المؤرخ في 14 ديسمبر 2015، بقضية رقم 00980/15 الصادر عن المحكمة الإدارية لولاية بسكرة بالقول: "وحيث أن الجمع بين الحصنتين من حيث العرض المالي مخالف لدنتر الشروط ولا يوجد ما يبرره، فضلا عن ذلك أن فيه خسارة مالية للمصلحة المتعاقدة والخزينة العمومية بمبلغ 25.082.460 دج لذلك قررت المحكمة القضاء بإلغاء الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة الخاصة بالنقل الجامعي للطلبة لسنة 2016 وأمر المدعي عليها بالامتثال لالتزاماتها القانونية وذلك بالتقيد بالعرض المالي لكل حصة وفقا لدنتر الشروط"، أشار إليه: كنتاوي عبد الله، المرجع السابق، ص 252.

3 المادة 946، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ و إ، السالف الذكر.

المنافسة والاختيار الأفضل للمتعاقل المتعاقد، قام المشرع الجزائري بوضع إجراءات الإستعجال القانوني في مجال الصفقات العمومية، ومنح للقاضي الإستعجالي سلطة تأجيل إبرام عقد الصفقة العمومية إلى غاية الفصل في الطعن، بأجال قصيرة، كما خول الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة قبل إبرام الصفقة العمومية.

ثانيا: أما المسألة الثانية التي يثيرها إجراء تأجيل عملية إبرام عقد الصفقة العمومية، هو ما مدى إمكانية رفع دعوى وقف التنفيذ للقرار الإداري المطعون فيه؟، ذلك وأنه كما هو مقرر قانونا أن القرار الإداري مشمول بالنفاذ المعجل، فهو بمجرد صدوره قابل للتنفيذ رغم الطعن فيه أمام القضاء¹ وإن المشرع أجاز عند الطعن بالإلغاء في القرار الإداري أن يتم رفع دعوى متزامنة معه للمطالبة بوقف تنفيذ ذلك القرار المطعون فيه إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء².

والتساؤل الذي يطرح في هذا المقام، هو هل أن الطعن بالإلغاء في قرار إداري صادر عن المصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أمام القضاء الاستعجالي يخول رفع دعوى متزامنة معه لوقف تنفيذ ذلك القرار إلى غاية الفصل في الطعن بالإلغاء وفقا للقواعد المقررة قانونا؟. إن دعوى وقف التنفيذ لقرار الإداري المطعون فيه في هذه الحالة هي بدون فعالية، مادام أن دعوى الموضوع المتعلقة بالطعن في القرار الإداري المطعون فيه هي دعوى ذات طابع استعجالي سريع بقوة القانون، إذ يتم الفصل فيها خلال عشرين (20) يوما من إيداع عريضة افتتاح الدعوى، وهي أسرع في الفصل من دعوى وقف التنفيذ ذاتها المقرر الفصل فيها في أقرب الآجال فقط، كما أن المشرع قد استبدلها بإجراء أكثر فعالية وجدية وتناسبا مع سرعة الفصل في مدى مشروعية القرار المطعون فيه، وهو إجراء تأجيل إمضاء الصفقة العمومية، أي توقيف إجراءات الإبرام برمتها وليس وقف تنفيذ قرار إداري بعينه فقط، ولمدة تتناسب وآجال الفصل في دعوى الإلغاء لذلك القرار الإداري.

إذا فخاصية إجراء تأجيل إمضاء الصفقة العمومية هو إجراء تتميز به منازعات العقود الإدارية بصفة عامة ومنازعات الصفقات العمومية بصفة خاصة، أمام القضاء الإستعجالي القانوني

1 تنص المادة 833، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، على أنه: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية، تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون خلاف ذلك،...". السالف الذكر.
2 تنص المادة 834، من نفس القانون، على أنه: "تقدم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة: "لا تقبل طلب إيقاف تنفيذ القرار الإداري، ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع،.....".

دون سواها من المنازعات، وهي من الصلاحيات المعتبرة والهامة المخولة لجهات القضاء الاستعجال في هذا المقام.

البند الثالث: الغرامة التهديدية

تعتبر الغرامة التهديدية أحد أهم وسائل التنفيذ الجبري للأحكام القضائية، وهي من ابتداع القضاء الفرنسي بتاريخ 29 جانفي 1934، وظهرت للوجود بموجب القانون رقم 626/72 المؤرخ في 05 جويلية 1972، والذي أجاز فيه لمجلس الدولة فرض غرامة تهديدية على الجهات الإدارية لإجبارها على تنفيذ أحكامه، ثم شمل هذا الإجراء جميع المحاكم الإدارية¹.

وعرفت الغرامة التهديدية على أنها: "مقدار مالي من مبلغ يحدد سواء عن كل يوم أو شهر من التأخير ضد الشخص العام المدين، والذي يهمل أو يمتنع عن تنفيذ قرار من أية جهة قضائية كانت، وبالتالي يمكن اعتبارها كجزء لإخلال الإدارة بالحكم المنطوق"².

وحسب مجلس الدولة الفرنسي، فإن طلب الغرامة التهديدية لا يقتصر فقط على أطراف الخصومة، إنما يمتد ليشمل كل الأشخاص المعنيين مباشرة بالقرار محل الخصومة، وأن الغرامة التهديدية يمكن أن تفرض ليس في مواجهة الشخص العام الذي صدر في مواجهته التصرف الملغى فحسب، وإنما في مواجهة شخص عام استفاد من ذلك التصرف وان لم يصدر عنه، ويستثنى المجلس بعض الحالات التي يحكم فيها بالغرامة التهديدية وهي³:

- ثبوت تنفيذ الإدارة للحكم الذي امتنعت عن تنفيذه.
- إذا شرعت الإدارة في اتخاذ إجراءات التنفيذ أو أعلنت عن رغبتها الصادقة في البدء فيه.
- إذا تم إلغاء الحكم الذي كان واجبا على الإدارة من جانب المحكمة الأعلى، أي أن التنفيذ صار مستحيلا.

أما بالنسبة للقضاء الإداري في الجزائر يمكن القول بصفة عامة، أنه عرف تذبذبا في أحكامه القضائية، حيث لم نجد قرارا يفصل في إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارات العمومية من قبل القاضي الإداري، من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر في 13 أفريل 1997 في قضية (ب.م) ضد بلدية الأغواط، والذي جاء فيه: "أن لا سلطة للقاضي الإداري على ضوء التشريع

1 ساكار حسين، مسؤولية الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائي....، المرجع السابق، ص 145.

2 خيرة بن سالم، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 292.

3 أنسام فالح حسن حمزة الأحمد، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، 204.

والاجتهاد القضائي للفرقة الإدارية الحاليين في الحكم على الإدارة بغرامات تهديدية لإجبارها على تنفيذ القرارات القضائية المنطوق بها ضدها".

وسار على هذا النهج مجلس الدولة في أحكامه، منها القرار الصادر في 19 أبريل 1999 في قضية "بلدية سيدي راشد" ضد "آيت أكلي"، والذي جاء فيه أنه: "... حيث أنه فيما يخص الغرامة التهديدية التي حكم بها مجلس قضاء تيزي وزو، فإنها لا تستند إلى أي نص قانوني ولا يمكن التصريح بها ضد الإدارة يتعين تأييد القرار المستأنف مبدئياً، مع تعديله بالتصريح إضافة بأنه لا مجال للحكم بالغرامة التهديدية"¹.

ولكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أقر المشرع الجزائري صراحة بالغرامة التهديدية²، للقاضي الاستعجال سلطة تقرير الغرامة ضد الإدارة بمقتضى المادة 946 في الفقرة 04 و 05 بقولها: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد"، غير أن صياغة المادة جاءت بكلمة "يمكن" التي تفيد بالسلطة التقديرية للقاضي الاستعجالي، ومن هنا نقع في تباين للأحكام والقرارات من مختلف المحاكم الإدارية، والتي تمنع وتعيق الاجتهاد القضائي لإختلاف هذه القرارات الصادرة بناء على سلطاتهم التقديرية، وهذا ما يعود الوضع السابق قبل صدور نص المادة ما بين مؤيد ومعارض لتوقيعها.

الفرع الرابع : أهمية الإستعجال في حماية المنافسة في الصفقات العمومية

يمثل القضاء الإستعجالي ضماناً أساسية، تمكن كل شخص مهدد حالياً يلتمس من رئيس المحكمة الحماية الضرورية ضد خطر داهم.

« Il ya une garantie précieuse: toute personne menacée sur l'heure, peut obtenir du président du tribunal, la protection nécessaire contre un danger imminent »³.

وقد ازدادت أهمية القضاء المستعجل في عصرنا نظراً للتقدم الصناعي والاقتصادي، وهذا باتساع نطاق المعاملات وتشعبها بين المتعاملين، فترتب على ذلك اجتهادات قضائية وفقهية وحتى تشريعية، بما يتصل بالقضاء المستعجل.

1 أسيا ملايكية، الغرامة التهديدية كضمانة لتنفيذ الأحكام الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر، الوادي، الجزائر، 2017، ص 430.
2 ينظر المواد من 980 إلى 986، من الأمر رقم 08-09، المتضمن ق إ م إ، السالف الذكر.
3 موساوي فاطمة، دور القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018، ص 274.

فهذه الاعتبارات أدت إلى تكاثر أنواع القضايا المستعجلة، فوقع العبء على قاضي الأمور المستعجلة وأصبحت مهمته تستوجب بذل الجهد في حل ما يعرض عليه من المسائل في مختلف الميادين بسرعة ودقة، ولقد تطورت سلطة قاضي الاستعجال مع تطور الأوضاع الاقتصادية والتجارية والمالية، فأصبحت له حرية كبيرة في التقدير ولم تعد فكرة المساس بأصل الحق قيذا عليه يمنعه من تقرير الحماية المطلوبة.

ويتبين لنا مما تقدم، أن نظام القضاء المستعجل أصبح علاجاً ناجحاً للقضاء على تضخم القضايا وكثرتها، كما هو بمثابة العلاج لبطء التقاضي، وبالتالي فهو أساس لحماية الحقوق¹، وتكمن أهمية اللجوء للقضاء الاستعجالي الإداري بأنه يعتبر الوسيلة الفعالة للتوفيق بين مركز الفرد ومركز الإدارة بصفة وقتية حول نزاع معين، إذ يوازن بقوته القضائية قوة الفرد في مواجهة القوة التي تمتاز بها مركز الإدارة².

المبحث الثاني: دور القضاء الجنائي في حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية

لم تكتف التشريعات المقارنة بتنظيم الآليات القانونية ذات الطابع الوقائي لحماية المال العام في مجال الصفقات العمومية، بل نظمت مختلف هذه التشريعات آليات أخرى تكتسي الطابع العقابي، وذلك بموجب قوانين العقوبات، من خلال تجريم الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى تبديد الأموال العامة عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتحديد عقوبات لمرتكبيها طبقاً للمبدأ الدستوري³ والقانوني الموسوم بمبدأ الشرعية⁴.

وبالرجوع للتشريع الجزائري، فإن المنتبغ للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية، يرى أنها سعت كلها إلى حماية الصفقات العمومية حماية إدارية من خلال تحديد أنواع الصفقات العمومية والأطراف المخول لها قانوناً إبرام الصفقات العمومية وتحديد قيمتها والإجراءات المتبعة لذلك، وتحديد آليات الرقابة عليها، وذلك قصد حمايتها من أي تلاعب قد يقع عليها وظل القضاء الإداري هو المختص لمراقبة حسن تطبيق هذه النصوص، ليعزز الحماية الإدارية للصفقات العمومية

1 الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص06.

2 بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة قرفي عمار، باتنة، الجزائر، 1993، ص234.

3 المادة 43، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتعلق بإصدار تعديل الدستور لسنة 2020، السالف الذكر.

4 المادة 01، من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج، ر، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 20-01، المؤرخ في 30 يوليو 2020، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 30 يوليو 2020، المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 21-14، المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، ج، ر، ج، ج، العدد 99، المؤرخة في 29 ديسمبر 2021.

باعتبار أن أحد أطرافها الإدارات أو المؤسسات العامة التابعة للدولة، وذلك من خلال دعوى الإلغاء التي قد ترفع وفق نص المادة 801 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، وكذا الدعوى الاستعجالية التي قد ترفع في حالة الإخلال بقواعد الشراء العمومي سواء قبل أو بعد إبرام الصفقة العمومية¹. وبهذا فقد يقوم القاضي الإداري بإلغاء صفقة عمومية تم إبرامها مخالفة لقواعد الشراء العمومي قصد منح الغير عمدا امتيازاً غير مبرر، وفي نفس الوقت لا يمكنه متابعة الموظف العمومي على أساس جريمة منح الامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية، وبالتالي فإن الحماية الإدارية للصفقات العمومية تعتبر حماية قانونية ناقصة لا يمكن تحقيق هدفها، إلا بوجود حماية جزائية للصفقات العمومية من أي اعتداء قد يقع عليها، غير أن الواقع قد أثبت قصور هذه الأخيرة في توفير حماية فعالة للصفقات العمومية، خاصة مع انتشار كل أشكال التلاعب بالمال العام.

الأكثر من ذلك يمكن للقاضي الجنائي أن يمارس صلاحيات الولاية الكاملة عند نظره لجريمة من جرائم الصفقات العمومية، حيث له صلاحية البحث المعمق في مدى مشروعية الصفقة والقرارات المتعلقة بها، إضافة لسلطته في تفسير القرارات التنظيمية متى كان محلا للدعوى العمومية مرتبطاً بها، وله حتى أن يصرح ببطلان العقد أو الصفقة².

فالبرغم من تقنين وتنظيم الصفقات العمومية بقوانين خاصة، إلا أنها تبقى المجال الواسع لإنتشار الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية، كما تعتبر المجال الخصب للسوق العمومي في أي بلد، نظراً للحجم الكبير لقيمة الغلاف المالي، الذي خصصته الدولة لإنجاز المشاريع الإستراتيجية، والبنية التحتية³، الأمر الذي يبين أهمية الصفقات العمومية على الصعيد الاقتصادي للبلاد، من حيث الأموال الضخمة المنفقة مقابل إنجاز الصفقات العمومية التي تجذب المتعامل الاقتصادي الراغب في تحقيق الربح.

هذا المتعامل الاقتصادي قد يكون مؤسسة إقتصادية تتحصل على الصفقة بصفة قانونية وتسعى لتنفيذها بأحسن شكل ممكن، كما قد تكون مؤسسة إقتصادية لا يهتما سوى الفوز بالصفقة

1 سرير الحرسى خديجة، الحماية الجزائية للصفقات العمومية، أطروحة دكتوراة ل.م.د، تخصص قانون جنائي وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2019-2020، ص 10-11.
2 نصت المادة 55، من ق و ف م، على أنه: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 جريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 05.

وهي من أجل ذلك مستعدة للقيام بأي شيء من أجل الحصول عليها بعيدا عن السعي في تقديم أحسن العروض، ومن هنا اعتبرت قواعد المنافسة مصلحة محمية بمقتضى نصوص التشريع، على أساس أن جرائم الفساد ليست بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة فحسب، بل تمس أيضا المصالح الخاصة للأفراد وحقهم في منافسة نزيهة وشريفة، بما يمكن معه القول أننا أمام ازدواجية في المصلحة المحمية بنصوص التجريم.

أما السبب إهتمام الخاص بهذا النوع من الفساد فهو عائد لكون العولمة الإقتصادية فرضت على الدول فتح أسواقها الداخلية على العالم، وتشجيع التعامل بالصفقات العمومية الدولية، فطلب العروض لم يعد وطنيا فحسب، بل أصبح مفتوحا لترشح الشركات الأجنبية¹، لا سيما تلك متعددة الجنسيات، علما أن البعض من هذه الأخيرة يحوز على قوة إقتصادية تفوق ميزانية بعض الدول، ومن ثمة فهي قادرة على دفع أموال طائلة في سبيل الحصول على الصفقات العمومية الدولية مما يضع المؤسسات الإقتصادية الأخرى في وضعية ضعف ويبعدها عن فرص الفوز بالصفقات².

والجزائر من الدول السبابة، التي سعت إلى إيجاد نصوص قانونية تساعد على إخضاع عمليات الشراء العمومي لقواعد الشفافية والمنافسة الشريفة، حيث بادرت الدولة إلى تبني إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الموقعة بليرما (plerma) بتاريخ 15 ديسمبر 2000، التي تعتبر أول انجاز إيجابي قامت به المنظمة في مجال مكافحة الإجرام المالي³، وصادقت الجزائر عليها بتحفظ، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 55/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002⁴.

ورغم أهمية هذه الإتفاقية إلا أن تزايد خطورة الفساد لاسيما في مجال الصفقات العمومية، استوجب إتفاقية دولية خاصة بالفساد، وهي إتفاقية "مريدا" "MERIDA" التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 31 أكتوبر 2003، ودخلت حيز التنفيذ في 14 ديسمبر 2005 وصادقت عليها الجزائر بتحفظ في 19 أبريل 2004⁵.

وقد عجلت هذه الإتفاقية الدولية بإصدار الجزائر لقانون رقم 01/06 المتعلق بـ و ف م⁶، والذي تضمن العديد من النصوص القانونية الخاصة بجرائم الفساد، والتي كان منصوصا عليها في

1 المادة 42 ، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ، السالف الذكر .

2 جريمة علنة، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 13.

3 دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ، بعدما صادقت عليها 40 دولة، وذلك بتاريخ 29 سبتمبر 2003، وعلى إثر ذلك تمت متابعة عملية تعديل القوانين الوطنية بما يتماشى مع هذه الإتفاقية بصفة مستمرة، لاسيما من خلال التقارير المنجزة حولها.

4 المرسوم الرئاسي رقم 02-55، المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتضمن التصديق بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر 2000، ج، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 10 فبراير 2002.

5 المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر 2003، ج، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 25 أبريل 2004 ..

6 نشير في هذا الصدد إلى أن هذا القانون لم يستحدث جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، ذلك أنه إن كان قانون العقوبات عند صدره في 1966 لم يكن ينص على جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، إلا أنه في سنة 1975 صدر الأمر 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 الذي ألقى محتوى المادة 423 من قانون العقوبات، وعوضه بنص يعاقب على إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية، وهو النص الذي عدل ثلاث

قانون العقوبات، لاسيما المواد الواقعة في الفصل المتعلق بالجنايات والجرح ضد السلامة العمومية، ابتداء من المادة 119 إلى غاية 134، بإستثناء المواد 119 مكرر و120 و132، ويعود أفراد هذه المواد بنص خاص-حسب رأي الباحث- إلى زيادة توضيح هذه الجرائم وتسليط الضوء عليها بشكل يساعد على الإطلاع عليها وتطبيقا لقاعدة عدم العذر بجهل القانون، زيادة على تسطير سياسة شاملة لمكافحة الفساد، بما يساهم في توضيح النصوص الجنائية وتفسيرها تفسيراً متناسقاً.

وعموماً فقد فرض المشرع مجموعة من الإجراءات القانونية والتدابير اللازمة بين القوانين والتنظيمات، وضبط إجراءات المتابعة بمجموعة من القيود والإجراءات للحصول لإثبات الجريمة، وفي إطار البحث والتحري عنها بين أحكام منصوص عليها في قانون إجراءات جزائية وأخرى منصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إذ خص هذا النوع من الجرائم بإجراءات تحري ومتابعة خاصة به أمام جهات قضائية تعرف بإسم "الأقطاب المتخصصة"، التي نظمها المشرع بإجراءات قانونية.

ومن هنا سنتطرق إلى الأحكام الموضوعية لجرائم الصفقات العمومية (المطلب الأول) والأحكام الجزائية الخاصة بمتابعة هذه الجرائم (المطلب الثاني).

المطلب الأول الأحكام الموضوعية لحماية المنافسة من جرائم الصفقات العمومية

إن التجريم¹ في مادة الصفقات العمومية يشمل جميع المراحل التي تمر بها الصفقة، ونتيجة لذلك فإن كل مرحلة قد تكون عرضة لإرتكاب جرائم تمس بالمنافسة النزيهة وحقوق المشاركين فيها، لذلك شمل التجريم² كافة إجراءات إبرام الصفقات العمومية وكذا المبادئ التي تقوم عليها³.

خلافاً لما تقتضيه النظرية العامة للتجريم التي تشترط توافر ثلاثة أركان (الشريعي، المادي والمعنوي)، فإن الأمر يختلف في جرائم الصفقات العمومية، أين يشترط المشرع فيها توافر ركن مفترض ينحصر في صفة الموظف العام أو من يقوم مقامه، الأمر الذي يقتضي معه اعتبار جرائم

=مرات، بتغليب هذه الجريمة تارة وتطبيقاتها تارة أخرى، زيادة على تعديله للمصلحة المحمية بنص المادة، قبل أن يتم إلغاء تماماً بموجب القانون 01-09 المؤرخ في 26 يونيو 2001، الذي استحدث المادة 128 مكرر الملغاة بدورها بموجب القانون 06-01 المتعلق بوقاية من الفساد ومكافحته. 1 كان للمشرع الفرنسي الأسبقية في مجال تأطير القواعد المتعلقة بتجريم الانتهاكات المرتكبة في مجال الصفقات العمومية إخلالاً بمبادئها العامة، ومنافاة لواجبات النزاهة والحياد المفترضة في أعوان الدولة بمناسبة إبرام الصفقات العمومية، حيث كانت الإنطلاقة من ردة فعل السلطة القضائية على قانون العفو الصادر بتاريخ 15 جانفي 1990، والذي عفا على كل الأفعال غير المشروعة المتعلقة بتمويل الأحزاب السياسية في قضية Carrefour du développement، الأمر الذي اعتبره القضاء تدخلاً من السلطة التشريعية في عمل القضاء، وولد لديه إصرار عدم التسامح مع المنتخبين المحليين، زيادة على الشعور العام الذي تولد لدى المجتمع المدني بفرنسا، حيث أصبح رجال السياسة يظهرون وكأنهم أعلى من سلطة القانون، فانفجرت كنتيجة لهذه المعطيات العديد من قضايا الفساد في الصفقات العمومية، نقلاً عن: محمد زكرياء رقرقي، التجريم في الصفقات العمومية، صراع بين الردع الجزائي وهشاشة الأمن القانوني للمقررين العموميين، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 07، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016، ص 2-3.

2 يقصد بالتجريم بمفهوم عام، على أنه: "التدخل من أجل ردع فعل معين بعقوبة تتمثل في الحبس بسبب تطورات يعرفها المجتمع والواقع الاجتماعي البشري"، لمزيد من المعلومات، يراجع في ذلك:

Au sens commun, la pénalisation invoque la punition par une peine d'emprisonnement. Elle correspond à une évolution de la société, à une réalité sociale et humaine". Catherine Prebissy-Shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002, p.12.

3 المادة 05، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م، السالف الذكر.

الصفقات العمومية من جرائم ذات الصفة، التي تشترط صفة معين في الجاني، كما قد يكون الجاني هو المتعامل الاقتصادي أو شخصا طبيعيا آخر، يسعى للحصول على امتيازات غير مبررة. وتجسيدا لمبدأ الشرعية، فإن القاضي ملزم بتطبيق العقوبات المنصوص عليها قانونا لكل جريمة، ولا يجوز له الخروج عن النص الجنائي الذي أصدره المشرع، وهذا لا تتافى مع سلطة القاضي في تقدير واختيار العقوبة المناسبة للجاني، لذلك سنتناول التصنيف المعتمد من قبل المشرع الجزائي لهذه الجرائم، ودراسة الأركان التي تقوم عليها (الفرع الأول) والمسؤولية الجزائية لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تقسيم الجرائم صفقات العمومية

قبل الحديث عن جرائم الصفقات العمومية، حلي بنا أن نبين بأن المصالح المتعاقدة ملزمة بأن تؤسس إجراءاتها المعمول بها في الصفقات العمومية، على قواعد الشفافية والمنافسة النزيهة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تكرر هذه القواعد على وجه الخصوص في :

- علانية المعلومات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

-الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء.

-معايير الموضوعية ودقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية¹.

وعلى هذا الأساس، نظم المشرع كافة الأعمال والتصرفات التي يقوم بها كل مكلف بوظيفة عمومية أثناء عملية إبرام الصفقة وتنفيذها، والتي من شأنها -حسب نظر المشرع- عدم المساس بحرية المنافسة، حيث في هذا الصدد نجد المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والواردة تحت عنوان "الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية"، والمادة 27 منه المعنونة ب" الرشوة في مجال الصفقات العمومية"، بالإضافة لنص المادة 35 المتعلقة بجريمة "أخذ الفوائد بصفة غير قانونية"²، كما توسع المشرع في تجريمه للرشوة أكثر، وذلك باستحداثه

1 المادة 09، من القانون رقم 06-01، و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 يلاحظ أن المواد 26، 27، 35، من القانون رقم 06-01، المتعلق و ف م، لمعدل والمتمم، جاءت فقط تعاقب على جرائم الصفقات العمومية، ولكن المادة 34 منه جاءت تحت عنوان "تعارض المصالح" ويتصفح مضمونها نجدها تنص على عقاب كل موظف عمومي خالف أحكام المادة 09 من ذات القانون، والتي نصت على أهم مبادئ الواجب العمل بها في كل عملية إبرام الصفقة العمومية، وهذا ما أدى إلى طرح إشكال قانون، هل المشرع حاول إدراج جريمة جديدة في الصفقات العمومية، وهذا مستبعد، طبقا للمادة 01 من قانون العقوبات التي تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص، أم أنه أخطأ سهوا في رقم المادة 09، والتي من المفروض أن تكون المادة 08 من نفس القانون، المتعلقة بتعارض المصالح للموظف العمومي، وهو الأرجح على الغالب.

إضافة إلى ذلك، فقد ورد في المادة 35، من القانون 06-01، المتعلق و ف م، كلمة " المناقصات والمزيدات"، والحال أن المرسوم الجديد للصفقات العمومية لسنة 2015، قد اعتمد مصطلح " طلب العروض" واستغنى عن "المزايدة"، كآلية لإبرام الصفقات العمومية، وهذا في المادة 42، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م، السالف الذكر.

لجريمة أخرى سماها "جريمة تلقي الهدايا"، الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 38 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، من هنا يمكن تقسيم الجرائم إلى نوعين:

- الجرائم التقليدية للصفقات العمومية.

- الجريمة المستحدثة في مجال الصفقات العمومية.

البند الأول : الجرائم التقليدية للصفقات العمومية

تتمثل هذه الجرائم وفقا لما نص عليه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، في كل جريمة الإمتيازات الغير المبررة وجريمة الرشوة وأخذ الفوائد بصفة غير قانونية، وبذلك تتجلى صور الرقابة الجزائية التي فرضها المشرع على الصفقات العمومية.

أولا : جريمة منح الإمتيازات الغير المبررة

جناحة منح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية أو كما يصطلح على تسميتها فقها بجناحة المحاباة، هي جريمة تقليدية تناولها قانون العقوبات في القسم الثاني "الرشوة واستغلال النفوذ" بموجب المادة 128 مكرر الفقرة 01، والتي تم إلغاؤها وتعويضها بالمادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، والتي تنص على معاقب كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات."

الجدير بالذكر بأن النشاط الإجرامي في جريمة الإمتيازات الغير المبررة ، يتخذ إحدى الصورتين: إما مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية من أجل منح امتيازات غير مبررة ، وإما استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتياز غير مبرر .

1-جناحة المحاباة: Délit de favoritisme

تعد جريمة المحاباة من أهم وأخطر الجرائم الواقعة في مجال الصفقات العمومية¹، وقد تم النص عليها بموجب المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ولا يوجد أثر لهذه الجريمة

1 المادة 26، الفقرة 01، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ وف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

في الاتفاقية الإفريقية لمنع الفساد ولا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وإنما هي جريمة استحدثها المشرع الجزائري.

وتعرف جنحة المحاباة، بأنها تلك الإمتيازات التي لا تستند إلى أي أساس أو مبرر قانوني، أي تلك التي يتم الحصول عليها من دون وجه حق نتيجة تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق، للحصول على مصالح معينة، بعد القيام بمخالفة التشريع والتنظيم المعمول بهما في الصفقات العمومية¹، وفي هذا الشأن أثبتت قضية محكمة جيجل-قسم الجرح- بتاريخ 18 ماي 2008، حول قيام أحد رؤساء بلديات ولاية جيجل بتجزئة مشروع توسيع مقر البلدية إلى سبعة مشاريع، ومنح كل مشروع إلى مقاول بموجب سند الطلبية، حتى لا يكون ملزما بالإعلان عن المشروع وطرحه للمنافسة، لذا قام بمنح الصفقة لمقاولين من اختياره، ومن هنا تظهر إفادة الغير بإمتيازات غير مبررة وعلى إثرها تمت متابعته جزائيا².

ومن ثم فلا تقوم هذه الجريمة لمجرد خرق ومخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية، التي تحكم عملية إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الغرض من وراء ذلك تفضيل أحد المتنافسين على غيره³، وقد كانت هذه الجريمة منصوص عليها بادئ الأمر في نص المادة 128 مكرر من الأمر رقم 75-47 المعدل والمتمم لقانون العقوبات بموجب المادة 423 منه، التي اعتبرت هذه الجريمة جنحة وأدرجت ضمن الاعتداءات على حسن سير الإقتصاد الوطني.

ثم اعتبرت هذه الجريمة "جناية" بموجب الأمر رقم 82-04، إلى أن ألغيت في 2001 ونقل محتواها إلى المادة 128 مكرر بموجب القانون رقم 01-09، والذي ألغي بدوره بموجب الأمر 06-01 المتعلق بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الذي نقل نص المادة 128 مكرر كما هو دون تغيير إلى المادة 26 من نفس القانون، هذا الأخيرة عرفت تعديلا آخر في 2011 بموجب القانون رقم 11-15⁴، حيث أن المادة 1/26 قبل التعديل، كانت تنص على أنه: "يعاقب.....كل

1 ظريف قدور، جنحة منح امتيازات غير مبررة في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، العدد 08، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، د.س.ن، ص378.

2 الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، ج1، ط1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، صص 262-263.

3 بومدين كعبيش، الحماية الجزائية للصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراة في الحقوق نظام ل.م.د، تخصص قانون جنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقياد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018، ص12.

4 القانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 غشت 2011، ج، ج، ج، العدد 44، الصادرة في 10 غشت 2011، ص4.

موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري العمل بها، بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير"، أما بعد التعديل، صارت تنص على أنه: "يعاقب.... كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية".

حيث أن المشرع في الصياغة القديمة للمادة 26 من ق.و.ف.م (قبل التعديل)، جاء حكمه عاما وتجريمه يتسم بشيء من الاتساع بحيث يشمل جميع الصور المحتملة والمتوقعة، والتي يمكن أن تدخل تحت نطاق هذا الوصف من التجريم بحيث لا يترك أي مجال للتهرب من المسؤولية الجزائية، حيث يعتبر خرق أي من أحكامها عنصرا ماديا للجريمة معاقبا عليه، وكنتيجة لحكم المادة 26 أعلاه فإن جميع المتدخلين في مجال إبرام الصفقات العمومية ولاسيما المطالبين بالتأشير عليها، قد وجدوا أنفسهم مضطرين لقضاء أوقات طويلة للتدقيق في ما يقومون به من أعمال الرقابة للتأكد من احترام هذه الصفقات لكل الإجراءات المنصوص عليها قانونا، الأمر الذي أدى إلى تعطيل عدد كبير من المشاريع الإستراتيجية¹.

ولهذه الاعتبارات والدواعي تم حصر التجريم في مخالفة الإجراءات المتعلقة بشفافية الترشح للصفقات والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، وهي القواعد التي تركزها المادة 09 من ق.و.ف.م وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

أ-الركن المفترض (صفة الجاني):

تعد جريمة المحاباة من جرائم ذوي الصفة، التي يتطلب لقيامها توافر صفة معينة في الجاني وهي صفة الموظف العام²، وهذه الصفة تعد وصفا قانونيا يجد وجوده سلفا قبل وجود الجريمة، كما تشكل الركن الأساسي لقيامها، فصفة الموظف العام هي مفهوم يعبر عن شخص يحمل أمانة السعي إلى تحقيق مصلحة الجهة التي يعمل بها بنزاهة وتجرد غير مبتغ لنفسه أو لغيره ربحا أو منفعة³، وقد عرفت المادة 02 فقرة ب من القانون رقم 06-01 المتعلق بقانون و ف م الموظف العمومي، وهو ذات التعريف الوارد في المادة 02 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة فساد:

1 حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية: 2012-2013، ص 110.
2 المادة 04، من الأمر رقم 06-03، المتعلق بالقانون الأساس للوظيفة العمومية، السالف الذكر.
3 بومدين كعبيش، الحماية الجزائرية للصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 15.

- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة وسواء كان معنيا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

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

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

من خلال ما تقدم، يمكن ملاحظة أن المشرع انفرد بذكر كل الأشخاص الذين تتوافر فيهم الصفة لإرتكاب جرائم الصفقات العمومية، فلم يترك لا شاردة ولا واردة إلا وتطرق إليها، مريحا بذلك القاضي الجنائي من مغبة البحث في مفهوم الموظف، ذلك أن هذا الأخير يختلف عما هو منصوص عليه في قانون الوظيفة العمومية أو حتى عما هو متعارف عليه في القانون الإداري¹، كما أن هذه المسألة تتعلق أساسا بركن من أركان الجريمة، وأن طبيعة التجريم والعقاب تقتضي تحديد المخاطبين بها على وجه لا يدع مجالاً للتفسير والقياس.

ومن هذا المنطلق عدد المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ثلاث فئات ينطبق عليها وصف الموظف العام بمفهوم هذا القانون، وسنأتي على بيانها كما يلي :

-ذوو الوكالات النيابية:

وهم الأشخاص الذين تم اختيارهم عن طريق الانتخاب، وتشمل الفئات التالية:

-الشاغلين لمناصب تشريعية:

يقصد بهم أعضاء البرلمان بغرفتيه وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، سواء كانوا هؤلاء الأعضاء منتخبين أو معينون، فأعضاء المجلس الشعبي الوطني فكلهم منتخبون عن طريق الاقتراع العام والسري المباشر لمدة خمس (05) سنوات²، وأما أعضاء مجلس الأمة فتلثا أعضائه (3/2) منتخبون عن طريق الاقتراع العام والسري، والتلث (3/1) فيعون من طرف رئيس الجمهورية

1 حميد زوقاي، الآليات القانونية لمكافحة جرائم الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2018-2019، ص 16.
2 المادة 122، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتعلق بإصدار تعديل الدستور لسنة 2020، السالف الذكر.

من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية، الثقافية، المهنية، الاقتصادية والاجتماعية¹.

-المنتخبون في المجالس المحلية:

وتشمل هذه الفئة كل من أعضاء المجالس الشعبي الولائية بما فيهم الرئيس ويمثلون هيئة المداولة للولاية²، وأعضاء المجالس الشعبية البلدية الذين يمثلون كذلك هيئة المداولة للبلدية إضافة للرئيس بصفته ممثلاً للهيئة التنفيذية³، وينتخب هؤلاء جميعاً عن طريق الاقتراع النسبي على القائمة المفتوحة وبتصويت تفضيلي دون مزج، لمدة خمس (05) سنوات⁴.

- ذوو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية:

يدخل ضمن هذه الفئة من الموظفين العموميين الأشخاص الذين يشغلون مناصب تنفيذية أو إدارية أو قضائية، سواء أكانوا معينين أو منتخبين، بشكل دائم أو مؤقتين، وسواء أكانوا مدفوعي الأجر أو غير مدفوعي الأجر، وبصرف النظر عن الرتبة أو الأقدمية⁵، وذلك على النحو التالي:

* الأشخاص شاغلين لمناصب تنفيذية:

يأتي رئيس الجمهورية على رأس السلطة التنفيذية وهو منتخب من طرف الشعب وفقاً لنظام الاقتراع العام المباشر والسري⁶، ثم يليه الوزير الأول المعين بمقتضى مرسوم رئاسي من قبل رئيس الجمهورية، كذلك الوزراء والوزراء المنتدبون المعينين من قبل رئيس الجمهورية بعد استشارة الوزير الأول⁷.

* الأشخاص شاغلين لمناصب إدارية:

تضم طائفة المناصب الإدارية كل من يعمل في إدارة عمومية سواء كان دائماً في وظيفته أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، وبصرف النظر عن رتبته أو أقدميته، وينطبق هذا التعريف على فئتين هما:

الفئة الأولى: تشمل شاغلين لمناصب إدارية دائمة، وهم الموظفون المعرفين في القانون الأساسي للوظيفة العمومية، والذين ينتمون للإدارات المركزية للدولة وكذا المصالح غير المركزية

1 المادة 121، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتعلق بإصدار تعديل الدستور لسنة 2020، السالف الذكر.

2 المادة 15، من القانون رقم 11-10، المتعلق بالولاية، السالف الذكر.

3 المادة 12، من القانون رقم 12-07، المتعلق بالبلدية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 المادة 169، من الأمر رقم 21-01، المؤرخ في 10 مارس 2021، المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج، ح، ج، ح، ج، ح، العدد 17، المؤرخة في 10 مارس 2021، المعدل والمتمم، بالأمر رقم 21-10، المؤرخ في 25 غشت 2021، ج، ح، ج، ح، العدد 65، المؤرخة في 26 غشت 2021.

5 المادة 02، من الأمر رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

6 المادة 85، من المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المتعلق بإصدار تعديل الدستور لسنة 2020، السالف الذكر.

7 المادة 104، من نفس المرسوم.

التابعة للإدارة المركزية كالمديريات التابعة للوزارات، كما يشمل أيضا الموظفين في الجماعات الإقليمية (البلدية-الولاية)، وكل الموظفين في المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كالمستشفيات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العملي والثقافي والمهني كالجامعات، بالإضافة إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي كمركز التنمية للطاقة المتجددة، وكل مؤسسة يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون كهيئات الضمان الاجتماعي¹، أما بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات طابع صناعي وتجاري، فإن صفة الموظف العام تكاد تنحصر في المدير العام².

الفئة الثانية: العمال الذين يشغلون مناصبهم بصفة مؤقتة، وهم عمال الإدارات والمؤسسات العمومية الذين لا تتوفر فيهم صفة الموظف بمفهوم القانون الإداري، ويشمل مصطلح الشخص الذي يشغل منصبا إداريا بمفهوم قانون مكافحة الفساد، الموظفين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية والعمال المتعاقدين والمؤقتين العاملين في الإدارات والمؤسسات العمومية³.

* المناصب القضائية:

أخذ المشرع الجزائري في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالمعيار الموضوعي في تحديد هذه الفئة، معبرا عنها بمن يشغل منصبا قضائيا، وهم فئتان:

الفئة الأولى: القضاة التابعون لنظام القضاء العادي، ويشمل هذا السلك قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم، وكذا القضاة العاملون بالإدارة المركزية لوزارة العدل.

- **الفئة الثانية:** القضاة التابعون للقضاء الإداري وهم قضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، كما يضاف إلى ذلك كل من: المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات⁴، المساعدون في القسم الاجتماعي وفي قسم الأحداث باعتبارهم يشاركون في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية، ولكونهم أساسيين في تشكيلة المحكمة⁵، إضافة إلى الوسطاء والمحكمون الذين استحدثهم المشرع في قانون الإجراءات والإدارية⁶.

1 المادة 02، من الأمر رقم 06-03، المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية، السالف الذكر.

2 حميد زوقاي، الآليات القانونية لمكافحة جرائم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 21.

3 المرسوم الرئاسي رقم 07-308، المؤرخ في 29 سبتمبر 2007، المحدد لبيانات توظيف الأعوان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، ج، ر، ج، العدد 61، المؤرخة في 30 سبتمبر 2007، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 22-140، المؤرخ في 31 مارس 2022، ج، ر، ج، العدد 23، المؤرخة في 06 أبريل 2022.

4 المادة 309، من الأمر رقم 66-155، المتضمن ق إ ج، المعدل المتمم، السالف الذكر.

5 المادة 502، من نفس الأمر.

6 المادة 994، من القانون رقم 08-09، المتضمن ق إ م و إ د، السالف الذكر.

ويدخل ضمن هذه الفئة أيضا، قضاة مجلس المحاسبة لأنهم يمارسون مهما قضائية، وذلك بناء على الاعتبارات التالية:

*أنهم معينون بموجب مرسوم رئاسي مثلهم مثل قضاة القضاء العادي¹.

*عدم قابلية قضاة مجلس المحاسبة للعزل أو النقل: والمقصود بذلك عدم جواز فصلهم أو توقيفهم عن العمل أو نقلهم لوظيفة أخرى غير قضائية أو إحالتهم بصفة إجبارية على التقاعد، لا في حالات التي ينص عليها القانون، وذلك بهدف تحصينهم ضد القرارات التعسفية التي قد يتعرضون لها أثناء ممارستهم لوظائفهم .

*أن أحكامهم قابلة للطعن أمام مجلس الدولة².

-من يتولون وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو ذات رأس مال

مختلط:

يتعلق الأمر بالعاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية أو في المؤسسات ذات رأسمال مختلط أو في المؤسسات الخاصة، التي تقدم خدمة عمومية والذين يتمتعون بقسط من المسؤولية³.

*** الهيئات العمومية:**

يقصد بها كل شخص معنوي عام آخر غير الدولة والجماعات المحلية يتولى تسيير مرفق عمومي، ويتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وهيئات الضمان الاجتماعي، فضلا عن بعض الهيئات المتخصصة كهيئة الضمان الاجتماعي⁴، ويعتبر القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية العاملين في المؤسسات العمومية والمعنيين بصفة دائمة والمرسمين في رتبة في السلم الإداري موظفين، وبذلك فهم يدخلون في فئة من يشغل وظيفة إدارية، كما يدخل ضمن مجموع الهيئات العمومية، السلطات الإدارية المستقلة والمنشأة بموجب قوانين خاصة مثل مجلس المنافسة⁵.

1 المواد : 03، 04، 05، من الأمر رقم 95-23، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، السالف الذكر
2 المادة 28، من الأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 أوت 2010، المعدل والمتمم، للأمر رقم 95-20، المتعلق بمجلس المحاسبة، السالف الذكر.
3 مليكة هنان، جرائم الفساد والرشوة، الاختلاس، تكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010، ص 48.
4 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص بجرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، ط 13، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 20.
5 المادة 23، من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

***المؤسسات العمومية:**

تشمل هذه الفئة كل المؤسسات العمومية الاقتصادية، التي كانت تعرف بالشركات الوطنية، التي تنشط في مجالات الإنتاج والتوزيع والخدمات، بما فيها مؤسسات سونطراك وسونلغاز، والبنوك العمومية وشركات التأمين والخطوط الجوية الجزائرية وشركات الملاحة البحرية¹.

*** المؤسسات ذات رأس مال مختلط:**

وهي بالمؤسسات التي قامت بفتح رأسمالها الاجتماعي أمام الخواص عن طريق بيع بعض الأسهم، أو التنازل عن بعض رأسمالها لشريك آخر²، سواء كان هذا الشريك مواطنا جزائريا أو أجنبيا، طبيعيا أو معنويا، ومن أمثلتها: مجمع الرياض، مجمع صيدال .

***المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية:**

يتعلق الأمر بمؤسسات من القانون الخاص التي تتولى تسيير مرفق عام عن طريق ما يسمى بعقود الامتياز، ولا ينحصر نشاطها في قطاع معين، مثل النقل العمومي كما هو الحال في الجزائر بالنسبة لشركة " طحكوت محي الدين " لنقل الطلبة الجامعيين، والهاتف كما هو الحال بالنسبة لشركتي " أوراسكوم "جازي"، والوطنية " أوريدو "، وإنما يتعدى ذلك ليشمل استغلال المطارات والموانئ والطرق السريعة والأسواق.... وغيرها من المجالات.

*** تولي وظيفة أو وكالة:**

تحمل كلمة "تولي" معاني التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية، وتبعاً لذلك يقتضي تولي وكالة أن يكون الجاني منتخبا أو مكلفا بالنيابة³، واعتبر المشرع الجزائري كل من يتولى وظيفة دائمة أو مؤقتة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويساهم بهذه الصفة في تقديم خدمات لإحدى المؤسسات، والهيئات موظفا عاما، وذلك رغبة منه في توسيع دائرة الأشخاص المعنيين بالمساءلة الجزائية عن جرائم الصفقات العمومية ومنها جريمة المحاباة .

هذا ويقصد بتولي الوظيفة: كل من أسندت له مسؤولية في المؤسسات أو الهيئات السابقة، أي

أن يتمتع بقسط من المسؤولية ولا تهم صفته سواء كان رئيساً أو مدير عام أو رئيس مصلحة⁴، في حين

1 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص بجرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 20.
2 محمد بكارشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ط1، ج2، دار صحبي للطباعة والنشر، غرداية، الجزائر، 2014، ص 19.
3 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص بجرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 21.
4 حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 67.

يقصد بتولي الوكالة كل شخص انتخب أو كلف بالنيابة في إحدى المؤسسات والهيئات، كأن يكون عضو مجلس إدارة إحدى المؤسسات الاقتصادية مثلا، والتي تخضع في تنظيمها وتسييرها للأحكام المقررة في القانون التجاري على غرار شركة المساهمة¹.

كما يتولى ممثلوا العمال في مختلف اللجان التي استحدثها المشرع في قانون العمل رقم 90-11، على مستوى المؤسسات، نذكر منها على وجه الخصوص اللجنة المتساوية الأعضاء للوقاية والصحة وطب العمل، المنصوص عليها في القانون رقم 07/08، المؤرخ في 26 جانفي 1988، بواسطة المشاركة المنصوص عليها في المادة 91 من قانون العمل².

*من في حكم الموظف:

ليس من عادة المشرع الجزائري أن يوظف مصطلحات عامة وفضفاضة في مجال التجريم والعقاب، لأنه يترتب عليها أثارا قد تمس بحقوق وحرية الأشخاص المخاطبين بها، ولكن المشرع ورغبة منه في حماية المنافسة في مجال صفقات عمومية، قرر معاقبة كل من تسول له نفسه المساس بها، لذلك أدرج كل لم تشمله الفئات السابقة في هذه الفئة، وقال "من في حكم الموظف" ولعلنا نتفهم هذه الطرح لصعوبة تحديد الفئات المخاطب بهذا القانون، لذا فإن حكم الموظف ينسحب على الفئات التالية:

-مستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني:

لا تخضع هذه الفئة من الموظفين للأمر رقم 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية³، وإنما يخضعون للأمر رقم 06-02، المؤرخ في 28 فبراير 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، الذي يطبق على العسكريين العاملين، العسكريين المؤدين للخدمة بموجب عقد، العسكريين المؤدين للخدمة الوطنية، والعسكريين الاحتياطيين في وضعية النشاط⁴.

1 المادة 611، من الأمر رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 تنص المادة 91، من القانون رقم 90-11، المتعلق بعلاقات العمل، على أنه: "تتم مشاركة العمال في الهيئة المستخدمة كما يأتي: -بواسطة مندوبي المستخدمين في مستوى كل مكان عمل متميز يحتوي على عشرين (20) عاملا على الأقل.
-بواسطة لجنة مشاركة تضم مندوبي المستخدمين، في مستوى مقر الهيئة المستخدمة، المنتخبين طبقا للمادة 93 أدناه".
3 تنص المادة 02، الفقرة 03، على أنه: "لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني...."، السالف الذكر.
4 المادة 01، من الأمر رقم 06-02، المؤرخ في 28 فبراير 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، ج، ج، ج، العدد 12، الصادر في 01 مارس 2006.

وبهذا فإن أفراد الجيش الوطني الشعبي مثلهم مثل باقي الموظفين العاديين خاضعون لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته إن هم ارتكبوا جرائم الفساد، هذا وقد أخضع القضاء الجزائري هذه الفئة من الموظفين لأحكام جرائم الفساد كالاختلاس مثلا، حتى قبل صدور قانون و ف م، ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 03 مارس 2004، بخصوص شروط قيام جريمة اختلاس المرتكبة من قبل هذه الفئة بقولها: "يجب في جريمة اختلاس شيء مخصص للجيش أن يشمل السؤال: أركان الجريمة، من حيث تحديد صفة الجاني وهو عسكري، ومن حيث أن الأشياء المختلسة مخصصة للجيش، وعهد بها إليه بهذه الصفة لأجل الخدمة"¹.

- الضباط العموميين:

يقصد بهم كل الأشخاص الذين يعملون باسم الدولة وبتفويض من السلطة العامة، وتتمتع محرراتهم بصفة الرسمية وبالحجة الكاملة، وبالتالي فهم مكفون بمقتضى أحكام القانون بضبط القضايا المعروضة عليهم من حيث التكييف القانوني ومتابعة الإجراءات وتنفيذها²، ويدخل ضمن هذا الإطار الموثقون³، لمحضرون القضائيون⁴، محافظوا البيع بالمزاد⁵، والمترجمون الرسميون⁶. فبرغم أن هؤلاء الضباط العموميين هم أصحاب مهن حرة، إلا أنه يمكن اعتبارهم وسطاء بين الدولة والمواطنين، ومن ثم فإن الدولة افترضت فيهم الشفافية النزاهة عند أدائهم لمهامهم، ورتب على الإخلال بها المساءلة الجنائية.

ب- الركن المادي للجريمة:

في البداية ينبغي الإشارة، إلى أن القانون لا يعاقب الجاني على الأفكار والنوايا مهما بلغت درجة خطورتها، مادامت محبوسة في نفسيته، ودون أن يعبر عنها بفعل مادي ملموس ينتج عنه أثره في العالم الخارجي، فالقانون يعاقب على الأفعال المادية التي تتطابق مع نص التجريم والتي تكون ماديات الجريمة⁷.

1 القرار الصادر بتاريخ 03 مارس 2004، ملف رقم 330989، أشار إليه: حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 68.
2 وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري "دراسة قانونية تحليلية"، ط2، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 22.
3 المادتين 03 و 05، من القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن مهنة التوثيق، ج، ج، ج، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.
4 المادة 04، من القانون رقم 06-03، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن مهنة المحضر القضائي، ج، ج، ج، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.
5 المادة 05، من الأمر رقم 96-02، المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن تنظيم مهنة محافظي البيع بالمزادة، ج، ج، ج، العدد 03، الصادرة في 14 جانفي 1996.
6 المادة 04، من الأمر رقم 95-13، المؤرخ في 11 مارس 1995، المتضمن مهنة المترجم الترجمان الرسمي، ج، ج، ج، العدد 17، الصادرة في 19 مارس 1995.
7 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 144.

والركن المادي يقوم أساسا على وجود فعل أو سلوك، يتنوع ويختلف باختلاف الجرائم على تعددها وكثرتها، فقد يكون الفعل إيجابيا أو سلبيا، كما يمكن أن يكون لحظيا أو مستمرا، وقد يكون مفاجئا أو نتيجة الاعتياد على القيام به، كما قد يكون مشكلا من فعل واحد أو من سلسلة من الأفعال، ومن ثم فإن الفعل المادي المكون لهذا الركن يختلف حسب تصنيف الجرائم، هذا التصنيف المستمد أساسا من نوع الفعل المادي المكون للجريمة¹.

ويتحقق الركن المادي لجنة المحاباة حسب المادة 1/26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بإقدام الجاني على المنح عمدا للغير امتياز غير مبرر عند إبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشيرته أو مراجعته مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو اللوائح التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات. ومن ثم فإن هذه الجريمة ترتكب في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة، ونتيجة لذلك فإن الركن المادي للجريمة يشمل كل السلوك الإجرامي والغرض منه .

*النشاط الاجرامي (السلوك):

يتحقق النشاط الاجرامي في جريمة المحاباة بأن يقوم الجاني بالمنح عمدا للغير امتياز غير مبرر عند إبرام عقد أو إتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق أو تأشيرته أو مراجعة الصفقة دون مراعاته للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتأخذ لجنة المحاباة في مجال الصفقات العمومية الصور التالية:

*مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات:

إن مجال تطبيق لجنة المحاباة المنصوص عليها في المادة 1/26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، لا ينحصر في مخالفة إجراءات الصفقات العمومية، وإنما يمتد ليشمل كل مساس بمبادئ حرية الترشح والمساواة وشفافية الإجراءات، ثم إن الصفقة العمومية وفقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته لا تكون فقط في تلك المحددة في المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بل يتعداه إلى الإتفاقيات والعقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة، والتي لا

1 زولبيخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، ط1، دار الولاية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016، ص95.

تتجاوز قيمتها المالية المحددة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام¹، مثل اقتناء لوازم مكتبية².

والملاحظة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص، هو قيام المشرع بموجب القانون رقم 11-15 المعدل والمتمم لقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بإلغاء إجراء المراجعة³ للصفقة من قائمة العمليات التي يمكن أن تكون محلا للنشاط الإجرامي في جنحة المحاباة، وإبقائه فقط على الإبرام والتأشير وهو منحى لا نؤيده فيه، كون أنه لا يوجد أي مبرر عملي لرفع التجريم عن فعل المحاباة عندما يتعلق الأمر بمراجعة الصفقة أو اتفاقية أو عقد، ومن تم كان من المناسب بمكان الإبقاء على العمليات الخاصة بالمراجعة ضمن نطاق الأفعال المجرمة في جنحة المحاباة، وذلك على غرار ما ينص عليه النص القديم قبل التعديل.

وما يعاب على المشرع الجزائري، أنه بعد تعديل قانون و ف م بموجب القانون رقم 11-15 أصبح التجريم منحصر فقط بمخالفة النصوص التشريعية واللوائح التنظيمية المرتبطة بحرية الترشح والمساواة وشفافية الإجراءات، دون أن يمتد إلى باقي الشكليات المطلوبة في الصفقات العمومية، وهو ما يعتبر شكلا من أشكال الرفع الغير المباشر للتجريم عن هذه الأفعال، التساهل غير مبرر مع المتلاعبين بالمال العام، الأمر الذي لا يخدم بالنتيجة سياسة المشرع في مكافحته لهذه الجريمة، ويقضي على الرغبة في محاربة الفساد المالي ككل⁴.

وكان من الأولى الإبقاء على النص القديم للمادة 1/26 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته قبل أن يطاله التعديل، والذي كان يعتبر أية مخالفة للنصوص القانونية المعمول بها في الصفقات العمومية، مهما كان نوعها بغية منح امتيازات غير مبررة يشكل جريمة المحاباة، خاصة مع ما يملكه أعوان المصلحة المتعاقدة من وسائل احتيالية وطرق التوائية، تجعلهم

1 تنص المادة 13، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، على أنه: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب"، السالف الذكر.

2 تنص المادة 14، من نفس المرسوم، على أنه: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل اشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا، لإنشاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية،.... وتنظم المصلحة المتعاقدة اجراء استشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الاقتصاديين الذين بإمكانهم الاستجابة لها، مع مراعاة احكام المادة 05 من هذا المرسوم".

3 يقصد بالمراجعة للصفقة، هو تحيينها وفقا للصيغ والكيفيات المتفق عليها والمحددة في الصفقة، إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك، وقد نظم المشرع كليات مراجعة الصفقات العمومية في القسم الثاني من ت ص ع و ت م ع، حيث نصت المادة 97 منه على أنه: "يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة...".

4 سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دط، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 39.

متفوقين في التستر على هذه الجريمة، التي يقابها في نفس الوقت صعوبة عملية اثبات قيامها، مع ضعف ونقص القضاة في الإلمام بكل الأحكام القانونية والمسائل التقنية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، مما يصعب عليهم معالجة القضايا المرتبطة بها.

*التأشير على صفقات مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول بهما:

يقصد بالتأشير تلك الرقابة التي تمارسها لجان الصفقات العمومية المختصة على صفقة المصلحة المتعاقدة، فلا يمكن تنفيذ أي عقد أو صفقة عمومية من دون تأشيرة، وطلبها إجباري وتفرض على المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف، وللجان الصفقات العمومية المختصة كامل الصلاحية في رفض أو منح التأشيرة، على أن يكون الرفض معللا في حال وجود مخالفة تنظيم الصفقات العمومية، فهنا يمكن للجنة سحب التأشيرة مهما يكن من الأمر قبل تبليغ الصفقة للمتعهد المختار¹.

يمكن تصور ارتكاب هذه الجريمة في حال قيام أحد موظفي هذه اللجان بالتغاضي عن تدبير مهم، أو شرط وجب توفره في جميع المترشحين بما فيهم المتعهد المختار، والذي على أساسه منحت له الصفقة، فيتم التجاوز عن إغفاله من قبل هذا المتعهد وعدم استيفائه وتوفره فيه محاباة له، حتى تتم المصادقة النهائية على انتقائه والتأشير عليها رغم النقائص السابقة، فهذا التغاضي أيضا يمكن ان يشكل امتيازاً غير مبرر منح في مرحلة التأشير على الصفقة².

-الغرض من ارتكاب الجريمة:

لا يكفي لقيام الركن المادي في جريمة المحاباة قيام الموظف العمومي بإبرام عقد أو صفقة أو إتفاقية أو ملحق أو مراجعتها أو التأشير عليها مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية بل يجب أن يكون الغرض من النشاط إفادة الغير بإمتيازات غير مبررة.

وعليه فلا تقوم جريمة المحاباة في الصفقات العمومية بمجرد مخالفة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية المتعلقة أساسا بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الاجراءات، لأن ذلك يعد من قبيل الأخطاء المهنية التي يحاسب عليها الموظف من قبل السلطة المكلفة بالرقابة أو السلطة الوصية، وإنما يشترط زيادة على ذلك أن يكون الهدف والغاية المرجوة من وراء هذه المخالفة

1 المادة 196، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 31.

هي تبجيل ومحاباة أحد المتنافسين على غيره، كتعمد زيادة تنقيط العروض التقنية والمالية بالنسبة لحد المتنافسين على لصفة بصفة غير مستحقة¹.

كما يشترط أن يكون الغير هو المستفيد من هذا النشاط، فإذا استفاد منه الجاني جاز أن يكون الفعل رشوة، وهي جريمة قائمة بحد ذاتها في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما نستشفه صراحة من صريح نص المادة 26 فقرة 1 بقولها: " .. كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر ..."، ولا يجوز للغير الذي لم يتعاقد معه أن يحتج بقيام جريمة المحاباة، في حال إذا تمت هناك نص قانوني يبرر منح امتياز لأحد المترشحين².

وتبعاً لذلك تنتفي الجريمة بإنعدام الغرض المتمثل في إفادة الغير بإمميزات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، ولذلك تشدد المحكمة العليا رقابتها على إبرازه في حكم الإدانة، إذ نقضت في مناسبات عديدة أحكاماً لا لسبب إلا لعدم إبراز الغرض من عدم مراعاة الأحكام القانونية واللوائح التنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية³، وعلى القاضي إبراز العنصرين المكونين للركن المادي لهذه الجريمة، وذلك بكشف الإجراء المخالف للقانون، وربطه بمن رست عليه الصفة مبرزا العلاقة بين الإجراء المخالف وإجراء منح الصفة لأحد المترشحين ويتضح له ذلك من خلال ملف الصفة المدرج بملف القضية.

إذا كان لا يوجد حصرة دقيقة للأفعال التي يمكن أن تعتبر من قبيل المحاباة، فإنه يمكن إجمال أهم التصرفات والسلوكيات المخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المتنافسين وشفافية الإجراءات، والتي قد تكون في مرحلة السابقة للإبرام أو مرحلة فحص العروض أو في مرحلة التنفيذ و فيما يلي هذه الصور:

*في مرحلة السابقة للإبرام :

وهي تتعلق بالمساس بالقواعد المتعلقة بالإعلان عن طلب العروض، ومن هذا القبيل نشر إعلان الصفة في الصحف الإلكترونية بدلا من الصحف المكتوبة وهو الأمر الذي أفادته عبارة "

1 خديجة خالدي، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمي لخضر، الوادي، الجزائر، 2019، ص 693.
2 المادة 83، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
3 حكم المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، بتاريخ 17 ديسمبر 2000، ملف رقم 304276، أشارت إليه: زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 105.

التوزيع"، أو إغفال أحد البيانات الإلزامية للإعلان عن الصفقة المنصوص عليها قانونا¹، بحيث يكون هناك نوع من التعطيم في عملية المنافسة لبعض المعنيين بالصفقة.

كما يكون التفضيل في حال أحد المترشحين عن طريق إمداده بمعلومات عن الصفقة بغرض إقصاء الآخرين، أو وضع شروط تقنية معينة لا توافر إلا في المترشح معين بذاته، تجعله هو الوحيد القادر على تلبية الصفقة، وهو ما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين المتعهدين، كما تظهر المحاباة من خلال لجوء المصلحة المتعددة إلى تجزئة الحاجات موضوع الصفقة، بغرض تفادي الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²، ولا تتجسد هذه الصورة إلا من خلال إعداد فواتير مضخمة أو تزوير في التاريخ أو الخدمة المؤداة.

*في مرحلة فحص العروض:

تتجسد مظاهر المحاباة فيها من خلال الإقصاء التعسفي والغير المشروع لبعض المتعاملين الإقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية، إما بشكل مؤقت أو نهائي، رغم استيفاء الشروط القانونية المعلن عنها، ولا تتوافر فيهم حالة من حالات الإقصاء المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، كما يكون فعلاً تفضيلياً عندما يتم التفاوض الغير المشروع مع أحد المتعهدين لأجل تحسين عرضه وهذا خارج حالات المنصوص عليها قانوناً⁴.

*في مرحلة تخصيص الصفقة:

تظهر المحاباة في هذه المرحلة من صورة إبرام ملاحق غير مبررة، وهو النوع الذي يخرق مبدأ المساواة بأثر رجعي في المعاملة بين المترشحين، وذلك بمنح المتحصل على الصفقة أشغالا إضافية و/ أو تكميلية، والتي لو علم بقية المترشحين أثناء مباشرة إجراءات الإعلان عن طلب العروض لكانت موضوع لتعديل العروض⁵.

كما أن منح الإمتياز غير مبرر يكون أيضا بإبرام ملحق يهدف إلى تحديد السعر الأصلي للصفقة، والذي تم تخفيضه عن قصد لأجل تفضيل مقاول معين، بحيث يقوم هذا الأخير بعرض

1 المادة 65، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

2 المادة 27، من نفس المرسوم.

3 حسن ما فعل المشرع حينما قام بتحديد حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، حتى لا يكون هناك تلاعب أو تهميش أو استبعاد غير مبرر للمتعاملين الإقتصاديين الراغبين في الدخول للمنافسة، وهذا ما يعد أيضا تكريسا بمبدأ الشفافية والمساواة بين العارضين من أجل الوصول لأكفئهم.

4 المادة 80، الفقرة 01، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

5 Brahim BOULIFA, op cite, p 164.

سعر منخفض من اجل الفوز بالصفقة، ثم بعد ذلك يتم إبرام ملاحق بتواطؤ مع المصلحة المتعاقدة، وهذا لأجل إعادة التوازن للصفقة للوصول إلى الأسعار الحقيقية.

ب- الركن المعنوي لجنحة " المحاباة"

إن القانون الجنائي يولي أهمية أساسية للعلاقة الذهنية ما بين الركن المادي للجريمة ومرتكبه، فالجريمة لا تقوم بمجرد ارتكاب ركنها المادي بل ينبغي إثبات وجود موقف معنوي نفسي تجاه التصرف المادي وهو ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة¹، ذلك أنه ليس بلازم في السلوك المطابق ماديا لنموذج الجريمة كما رسمه نص التجريم، أن ينطوي نفسيا على القصد الذي تطلبه هذا النموذج، فقد يتوافر ماديا بدون أن يقتنرن به نفسيا القصد الجنائي الذي يستلزمه القانون لجوده الجريمة، وفي هذه الحالة يكون قد تحقق من الجريمة مظهرها المادي، بغير الباطن النفسي اللازم لتوافرها².

فالركن المعنوي؛ هو انعكاس لماديات الجريمة في نفسية الجاني، فليس من العدالة في شيء أن يسأل إنسان عن وقائع لم تكن له بها صلة نفسية، طالما أن غرض الجزاء الجنائي، هو ردع الجاني وتقويمه أو درء خطره، وذلك لن يتحقق إلا بالنسبة لمن توافرت لديه إرادة انتهاك القانون³.

فتحقق السلوك الإجرامي، غير كاف لقيام المسؤولية الجنائية للفاعل، بل لابد من توافر شرط ضروري لقيام هذه المسؤولية، وذلك بصدور الفعل من شخص متمتع بالأهلية المطلوبة لتحمل المسؤولية الجنائية، أي شخص يتمتع بالملكات النفسية والعقلية والإدراكية السليمة، إضافة إلى ضرورة أن يتوافر عنصر الإرادة؛ أي إرادة تحقيق نتيجة إجرامية، وهو ما يسمى بالإسناد المعنوي⁴، وجريمة المحاباة تعد من الجرائم العمدية، التي تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام والخاص.

*القصد العام:

جريمة المحاباة في الصفقات العمومية هي جريمة عمديه تتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، وهذا ما أكدته المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بقولها: **"..كل موظف منح عمدا..."**، حيث يشترط أن يكون الجاني على علم بأن هذا

1 جريمة علة، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 266.
2 عبد الرحمان بن جيلالي، أحكام جريمة المحاباة في الصفقات العمومية في ظل مكافحة الفساد، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، الجزائر، 2020، ص 14.
3 هدى زوزو، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية و المدنية دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العام الدراسي: 2010-2011، ص 230.
4 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 106.

الفعل مجرماً قانوناً، واتجاه إرادته إلى مخالفة الأحكام التشريعية التنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، ونتيجة لذلك لا تقوم الجريمة إذ ثبت أن الموظف منح امتياز غير مبرر تحت تأثير الإكراه أو التهديد بالقتل.

*القصد الخاص:

القصد الخاص في هذه تتطلب الجريمة يتمثل في إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير، مع العلم بأن هذا الفعل يشكل جريمة، ويستخلص ذلك من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية، وفي هذا الصدد قضى القضاء الفرنسي في عدة مناسبات بقيام القصد الجنائي، على أساس أن الجاني يمارس وظائف انتخابية منذ زمن طويل، وأن له تجربة كبيرة في إبرام الصفقات العمومية، فهو على دراية تامة بكل الأحكام التي تحكمها، ولا يمكن له التعذر بجهلها فبمجرد مخالفة تلك الأحكام تقوم الجريمة في حقه، حتى ولو لم يكن يبحث عن فائدته الخاصة ولو الفائدة المعنوي في العملية¹.

وتظهر حسن صياغة المشرع الجزائري لنص المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حينما ميز بين الشروع والجريمة التامة، والتي لا تقوم بمجرد نية الجاني فقط إلى منح الإمتيازات الغير المبررة، بل يجب أيضاً أن يكون الجاني قد منح حقيقة وفعلياً امتيازات غير مبررة للغير، واستفاد منها فعلاً².

ولا يشترط أن يكون التفضيل ممنوحاً لقاء مقابل، ففعل التفضيل يمكن أن ينجم عن مجرد إهمال أو المجاملة البسيطة غير المقتزنة بمصلحة خاصة محددة، وهذا يعني أن المجاملة غير المتفق عليها أو التي تكون دون مقابل، يمكن أن تصدر من جانب الموظف المسؤول عن إبرام العقد وحده وبناء على مبادرته حتى دون علم المستفيد بها³، مما دفع بجانب من الفقهاء إلى القول أن التجريم في جنحة المحاباة ينصب على الخطأ في الإدارة *faute de gestion* المتمثل في مخالفة القانون أو النظام الذي كلف الموظف بتطبيقه، وذلك بغض النظر عن كل نقص في النزاهة، فعلى القاضي إبراز الركن المعنوي للجريمة، كما هو الحال بالنسبة للركن المادي، بإبراز مدى علاقة

1 صليحة بن عودة، مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية "جريمة المحاباة نموذجاً"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 03، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021، ص 775.

2 حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، المرجع السابق، ص 264.

3 مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 925.

الأفعال المرتكبة بنية المتهم في ارتكاب الفعل عن علم وإرادة سواء بالنسبة لقضاة الحكم أو قضاة التحقيق.

2- استغلال النفوذ ومنح امتيازات غير مبررة

تجد هذه الجريمة سندها القانوني في الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، التي اعتبرت أنه يعد مرتكبا لهذه الجريمة، كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية -إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين¹.

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع اشترط لقيام جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين صفة محددة للجاني، والقيام بنشاط إجرامي يتمثل في استنفاذ هذا الأخير من تأثير أعوان الهيئات الخاضعة في إبرام عقودها لقانون الصفقات العمومية بغرض التعديل في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

تكاد تتطابق جريمة استغلال النفوذ مع جنحة المحاباة، سواء في نص التجريم أو في النتيجة الإجرامية، فمن حيث نص التجريم فقد نص المشرع عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة التي تناولت جريمة المحاباة، أما من حيث النتيجة الجرمية التي تتمثل في الإمتياز غير مبرر، إلا أن الاختلاف يكمن في كل من النشاط الإجرامي وفي صفة الجاني، والعلّة في تجريم هذه الفعل، هو ما ينطوي عليه من إخلال بالثقة في الوظيفة العامة.

أ- صفة الجاني:

إن كانت جرائم الفساد هي جرائم الموظف العمومي بالدرجة الأولى فإن المشرع قد أدرج بعض الجرائم المرتكبة من قبل أشخاص لا تتوفر فيهم هذه الصفة²، فالفاعل بالنسبة لهذه للجريمة قد يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي

1 كان المشرع قد أدرج هذه الجريمة في نص المادة 128 مكرر ، فقرة 02 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات ، الملغاة بموجب القانون 06-01، المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.
2 المادة 26، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م ، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

أو معنوي، يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الأشخاص العمومية المذكورة في نفس الفقرة.

ولذلك فإن المشرع قد استعمل في تحديده لصفة الجاني أسلوب التخصيص قبل التعميم، وهو أسلوب لا يتماشى مع قواعد المنطق القائمة على الانتقال من العام إلى الخاص، لذلك لا يفهم في هذه الحالة قصد المشرع في التخصيص قبل التعميم سوى أنه لم يوفق في صياغة هذه المادة، إذ كان كافيا أن يستعمل عبارة كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص، وكانت العبارة ستكون كافية وشاملة في تحديد صفة الجاني بدقة في هذا النوع من الجرائم¹.

فالتاجر عرفته المادة الأولى من القانون التجاري² على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك³، والملاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 26 تشترط ممارسة العمل التجاري بصفة اعتيادية، بل اعتبرت الفاعل أيضا من يقوم بالفعل بصفة عرضية بقولها: " كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية.."، أما الشخص الطبيعي فيقصد به الإنسان العادي المتمتع بالشخصية والأهلية القانونية لمباشرة حقوقه المدنية⁴، ويحوز على صفة

1 باستقراء الفقرة الثانية من المادة 26، من ق و ف م، يمكن تسجيل ملاحظتين أساسيتين، تجعل الباحث يرى أن المشرع قد فشل في صياغة هذه المادة فشلا ذريعا إلى درجة أنه أخرج مرتكب الجريمة من نطاق التجريم .
-الملاحظة الأولى: يلاحظ على تحديد صفة الجاني في هذه الجريمة أن التجريم لم يشمل مرتكب النشاط الإجرامي بصفة مباشرة، بل شمل المحرض على ارتكاب النشاط الإجرامي ذلك أن الجاني ممثلا في الطرف المتعاقد مع الإدارة بأي صفة كان، ليس هو من يقوم بالنشاط الإجرامي المتمثل في استغلال النفوذ من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، إنما من يرتكب هذه الجريمة هو الموظف أو العون العمومي الذي يشرف على تنفيذ الصفقة، والذي يمنح المتعاقد مع الإدارة عن طريق الاستفادة من سلطته، امتيازات غير مبررة تتمثل في الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة، أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.
وعليه فإن مقتضيات مبدأ الشرعية في هذه الحالة تقتضي استبعاد الموظف العمومي أو العون القائم على تنفيذ الصفقة العمومية من نطاق التجريم، على أساس أن المشرع نص صراحة في المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أن العقاب يشمل كل تاجر أو مقاول أو حرفي أو أي شخص طبيعي أو معنوي تعاقد مع الإدارة واستفاد من نفوذ أعوانها من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة عند تنفيذ الصفقة ؛ وهو أمر يجافي العدالة والإنصاف، إذ لا يعقل أن يعاقب المحرض على ارتكاب الجريمة، و يعفى منفذها من العقاب.

-الملاحظة الثانية: تتمثل في أن مجال جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة مقتصر على الاستفادة من سلطتهم من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين ؛ ومن ثم يمكن القول أن تجريم استغلال نفوذ الأعوان العموميين ينحصر على مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية فقط، كون الاستفادة من النفوذ محصور في التعديل في نوعية المواد أو الخدمات، وهو ما يتعلق بمرحلة ما بعد التعاقد إذ أن هذا التعديل يفترض أن المصالح المتعاقدة قد أكملت عملية الإبرام وعليه فإنه لا وجود لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية في مرحلة ما قبل التعاقد و مرحلة الدعوة إلى المنافسة، ومن ثم يعتبر غير مجرم في مفهوم المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته استغلال النفوذ خلال هذين المرحلتين، وهذا ما يجعل الجاني يفلت من العقاب في حالة ارتكاب الجريمة خلالهما تطبيقا للقاعدة الدستورية والقانونية القائمة على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون .

2 الأمر رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

3 حدد المشرع الجزائري، الأعمال التجارية في المواد من 03 إلى 05 القانون التجاري، وهي أن تكون أعمالا بحسب الموضوع أو الشكل أو بالتبعية.

4 تنص المادة 40، من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة"، السالف الذكر .

التاجر بتسجيله في المركز الوطني للسجل التجاري، أما من حيث المسؤولية المدنية والجزائية فيتحملها الشخص الطبيعي ذاته صاحب النشاط التجاري.

أما الشخص المعنوي أو الاعتباري فيتمثل عموماً في كل تجمع لأشخاص أو أموال أو هما معاً، يعطيه القانون الشخصية القانونية تسمح له بالتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون¹، والأشخاص المعنوية العامة ليست كلها متجانسة، فهناك الأشخاص المعنوية العامة وهناك الأشخاص المعنوية الخاصة².

أما الصناعي فهو الشخص الذي يمارس نشاطاً إقتصادياً في مجال إستخراج أو إنتاج أو تحويل الثروات³، وفي مقابل ذلك فإن الحرفي فهو كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطاً تقليدياً يثبت تأهيلاً ويتولى بنفسه ومباشرة تنفيذ العمل، وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته⁴.

أما المقاول فقد أشارت إليه المادة 549 من القانون المدني حينما عرفت المقاول على أنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وقد عدد المشرع الجزائري المقاول في نص المادة 02 من القانون التجاري.

ب-الركن المادي للجريمة

يتحقق الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، في استغلال الموظف العمومي أو أي عون من أعوان العموميين من سلطة أو نفوذ له في الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية والاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، من أجل الحصول على امتيازات غير مبررة، والتي تتمثل في الإستفادة من زيادة في الأسعار المطبقة عادة أو من تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين⁵.

1 المادتين 49 و50، من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 حيث يتولى القانوني المدني بوضع القواعد العامة في تنظيم الأشخاص المعنوية، في حين تتولى فروع القانون الأخرى تنظيم الأشخاص المعنوية التي تنتمي إليها، سواء كانت من فروع القانون العام كالإداري، أو فروع القانون الخاص التجاري، حيث ينظم هذا الأخير الأشخاص المعنوية الخاصة التي تتخذ صورة شركات تجارية، وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 549 من القانون التجاري: "لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري".
3 كريمة علة، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 235..
4 المادة 10، من الأمر 96-01 المحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، السالف الذكر.
5 تجدر الإشارة هنا، إلى اللبس الذي أحدثه الصياغة الغير الدقيقة لنص المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث ورد فيها: "كل تاجر أو...يقوم...بإبرام...عقد أو صفقة...مع الدولة أو...ويستفيد من سلطة تأثير أعوان الهيئات المذكورة من

فلا يعد الموظف العمومي في هذه الجريمة جانبا، وإنما يعد طرفا في العلاقة أو عنصرا ضروريا لقيام الجريمة يستغل الجاني نفوذه وسلطته للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، ويعرف النفوذ بأنه: ما يكون للشخص من سلطة وتأثير وقوة وامكانية ووجاهية وتقدير مجتمعة أو منفردة، والنفوذ يزداد ويتقلص حسب حجم هذه الإمكانية والقوة، فقد يكون نفوذا قويا وكبيرا وقد يكون نفوذا محدودا¹، ويعرف البعض الآخر النفوذ بأنه "القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه والعاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادرا على توجيه القرارات أو الإجراءات بطرق غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني². وعلى ذلك يتكون الركن المادي لهذه الجريمة من عنصرين أساسيين :

*- السلوك الإجرامي :

تتم جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات مبررة من قبل شخص طبيعي أو معنوي يستفيد من تأثير أو سلطة أعوان الهيئات المذكورة، من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

فعادة ما يستطيع أصحاب السلطة والنفوذ تمرير قرارات لفائدة الجاني مخالفة للقانون أو اللوائح ومنح غير المستحقين لمزايا مالية دون وجه حق واستخدام النفوذ الرسمي لتحقيق منافع أو مصالح خاصة على حساب المصالح العامة، وبذلك فقد يتمكنون من التسهيل للغير بالحصول على أموال ومنافع مخالفة للقانون واللوائح والأضرار بمصالح المنظمات وإهدار المال العام أو الخاص المملوك للغير اعتمادا على السلطة الوظيفية وما يرتبط بها من نفوذ وصلاحيات³.

ووجبت الإشارة في هذا الصدد، أن مدلول أعوان الدولة والهيئات التابعة لها كما ورد في نص المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، يختلف تماما عن مدلول الموظف العمومي الوارد في نص المادة 02/ب من نفس القانون، فقد أشار النص الأول إلى أعوان الدولة

=أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية الخدمات أو آجال التسليم أو التموين"، فالمفروض أن الجاني في هذه الجريمة هو المتعامل المتعاقد الذي يستفيد من هذه الإمتيازات غير المبررة، فالهاء تعود هنا على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقول أو كل شخص طبيعي أو معنوي، وليس أعوان الدولة والهيئات التابعة لها، لذا فإن هذا النص يحتاج إلى تعديل وضبط سليم، لأن الإمتياز هنا والفساد عموما يتم لصالح الجاني وليس لصالح أعوان الإدارة.

1 مصطفى عمران، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017، ص137.

2 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص127.

3 حمدي عبد العظيم، عولمة الفساد وفساد العولمة، منهج نظري و عملي، ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص31.

والجماعات المحلية والمؤسسات أو الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، مستبعدا بذلك المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية، ويشترط أن يكون عون الدولة ممن لهم نفوذ فعلي لدى إحدى السلطات العامة أو الهيئات الخاضعة لإشرافها، أو أن يكون على الأقل زعم لنفسه هذا النفوذ¹، ومن تم فالأمر يتعلق برئيس أو مدير الهيئة أو بمسؤول مختص بإبرام الصفقات أو بتنفيذ بنودها. وهكذا فإذا كان العقد أو الصفقة أبرمت مع بلدية فعلى سبيل المثال: أن يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه والأمين العام للبلدية ورؤساء المصالح الفنية التابعة للبلدية كرئيس مصلحة التجهيزات ورئيس مصلحة الأشغال هم المعنيين بهذه الجريمة².

تظهر العلة من تجريم هذا الفعل ما ينطوي عليه من إخلال بالثقة في الوظيفة العامة، إذ يوحي بأن السلطات العامة لا تتصرف في تعاملاتها مع المرشحين للصفقات العمومية وفقا للقانون، وإنما تحت سطوة ما يمارسه أصحاب النفوذ من تأثير، فضلا عما في ذلك من إخلال بالمساواة والنزاهة بين المواطنين أمام المرافق العامة³.

أما بالنسبة للصفقات العمومية فيوجد في كل هيئة إدارية أو مؤسسة تابعة للقطاع العام مصلحة أو مكتب خاص بالصفقات العمومية يشرف عليه رئيس المصلحة، بمساعدة مهندسين وتقنيين وأعاون إداريون، توكل إليهم مهمة تحضير إجراءات الصفقة أو أي عقد تبرمه هذه الإدارة، كالتحضير لإعلان عن المنافسة وتحضير اجتماعات لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض وإرسال استدعاء لأعضائها، إلى جانب مراجعة دفتر الشروط وكذا إعداد الدراسات الخاصة بالعروض المقدمة وترتيبها، تحت إشراف مسؤول المصلحة المتعاقدة.

*- الغرض من ارتكاب الجريمة

لم يكتفي المشرع في تجريم استغلال نفوذ الأعاون العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بقيام الموظف العمومي باستغلال نفوذه، بل اشترط أن يكون الهدف من الاستغلال الجاني لنفوذه أو سلطة أو تأثير أعاون الدولة أو الهيئات التابعة لها من أجل

1 محمد سامر دغمش، استراتيجيات مواجهة الفساد المالي والإداري والمواجهة الجنائية والآثار المترتبة على الفساد المالي "دراسة مقارنة"، ط1، مركز العربي للنشر والتوزيع، الجبوة، مصر، 2018، ص 183.
2 الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016، ص220.
3 فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص166.

الحصول على زيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد أو التعديل في نوعية الخدمات أو التعديل في آجال التسليم أو التموين، وهذه العمليات محددة حصرا ووجب توضيحها كما يلي :

-الزيادة في الأسعار.

يمثل السعر المقابل المالي الذي تدفعه الإدارة للمتعاقل المتعاقد معها في مقابل الخدمات التي يلتزم بإنجازها"¹، وبما أن السعر يعتبر العنصر الحاسم في عملية الإسناد فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا، من خلال مطابقة الأسعار بين كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري، والأخذ بعين الاعتبار عند عدم المطابقة للسعر الوارد بالحرف في كشف أسعار الوحدة وتصحيح مبلغ العرض على أساس ذلك².

تكون الزيادة مبالغ فيها إذا تجاوزت الحد المعقول للسعر الحالي في السوق، مثال ذلك لو أبرم تاجر عقدا مع بلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر، كان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة في حين طبق التاجر على البلدية سعر 70.000 دج مستغلا بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية³، وينتهي الأمر بتحرير فواتير مضخمة على حساب خزينة الدولة، وفي هذه الحالة يكون الركن المادي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة مكتملا.

-التعديل في نوعية المواد:

غالبا ما يتم تحديد نوعية ومواصفات المواد التي تطلبها المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط، لكن قد يحدث أن يتم تنفيذ الصفقة ب مواد أقل جودة وذات نوعية رديئة، أو بكميات أقل مما تم التعاقد عليه، بنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين في الهيئة أو الإدارة، مثال ذلك إبرام عقد لتزويد البلدية بأجهزة إعلام آلي ولواحقها من نوع تعرف جودته ونوعيته في السوق، خاصة لو كانت العلامة التجارية معروفة، فيتم تزويدها بأجهزة من نوع آخر أقل جودة وبنفس السعر.

فمسألة تعديل نوعية المواد لصالح المتعاقد، مسألة تقنية تحتاج إلى خبرة فنية لتقييم نوعية المواد المتفق عليها، وإثبات أنها أقل من المستوى المطلوب لاسيما بالنظر إلى السعر الزائد الممنوح

1 مصطفى عمراني، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 163.

2 المادة 72، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.

3 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، المال و الأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 130.

للمتعامل، ولم يضع المشرع معيار معين في هذه الصورة كما فعل في مسألة زيادة الأسعار، بل يبقى المعيار موضوعي خاضع لمعايير الجودة المعمول بها عامة في مثل هذه الصفقات، مما يفتح مجالاً واسعاً في اختيار وتفضيل متعهد عن بقية المتعهدين الآخرين.

-التعديل في نوعية الخدمات:

ينحصر النشاط الإجرامي في صفقات الخدمات¹، التي تبرمها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد من أجل تقديم خدمات معينة، كالحراسة والأمن أو النظافة أو الاتصالات أو التكفل بخدمات السفر وغيرها من الخدمات، التي تكون المصلحة المتعاقدة في حاجة إليها.

إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها، والسابق تحديدها بموجب النص المجرم لهذا السلوك، تنصب على نوعية معينة من الخدمات تقدم دورياً لفترات محددة وبطرق معينة طبقاً لدفتر شروط الصفقة المبرمة، في عمد المتعامل المتعاقد هنا إلى عدم مراعاة قواعد وفترات تقديم هذه الخدمات وكذا نوعية أدائها، بحيث تكون أدنى مما تم التعاقد بشأنه، بسبب استغلاله لنفوذ أعوان الجهة المتعاقد معها أو علاقته برئيسها²، ومثال ذلك خدمة صيانة الدورية للأجهزة المعلوماتية وتحيين برامج المضادة للفيروسات، المحددة بمدة شهرين مثلاً في دفتر الشروط، فيقوم الجاني هنا بتعديل تلك المدة لتصبح أطول مما كانت مثل 06 أشهر، مستغلاً في ذلك علاقته مع أحد أعوان المصلحة المتعاقدة.

- التعديل في آجال التسليم والتموين:

يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها، فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط فاطلع عليه وتعهّد بتنفيذ الخدمة وتعاقد مع الإدارة، فوجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه، فإن إخلال بذلك وتأخر في تسليم ما هو مطلوب منه، فإن تطبق عليه الجزاءات إدارية بسبب هذا التأخير، ويتم التلاعب في آجال التسليم بعدة أوجه وغايات، تهدف كلها إلى الحصول على منفعة مادية لصالح الجاني باستغلاله سلطة أو تأثير أحد مسؤولي الهيئة صاحبة المشروع، كما تتم عملية تمديد الآجال بطريقتين اثنتين:

1 المادة 29، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 50.

***الطريقة الأولى:** إبرام ملحق تعديل آجال التسليم، والذي يتم من خلاله تمديد أعمال تم المشروع فيها أصلاً، وهو تطبيق واقعي دأبت على القيام به المصلحة المتعاقدة، وذلك لتفادي العقوبات الإدارية المتمثلة في غرامة التأخير التي قد تصل إلى حد نسبة 10% من قيمة الصفقة¹، لكن هذه الطريقة قد تصبح قانونية إذا ما تم الموافقة على هذا الملحق من طرف لجان الصفقات المختصة.

***الطريقة الثانية:** صدور أوامر من المصلحة المتعاقدة بتوقيف الأشغال لمدة معينة، ويكون هذا عندما يطلب المقاول من الإدارة توقيف الأشغال بذريعة وجود أسباب تمنعه من مواصلة تنفيذ المشروع، كنقص الإسمنت في السوق أو هطول أمطار غزيرة في موقع المشروع، فهنا تتقطع مدة التنفيذ الأشغال على أن تستأنف بعد نهاية مدة التوقيف، ولا يخضع هذا الأمر - توقيف واستئناف - لفحص هيئات الرقابة الخارجية للصفقات، وإنما يقع على عاتق مسؤول المصلحة المتعاقدة تقديم التوضيحات والتبريرات اللازمة عند أية رقابة.

وهناك طريقة أخرى نالته ليس لها سند قانوني، ولكنها متبعة بشكل واسع في عملية التلاعب بآجال التسليم التي يلجأ إليها الجاني، حيث يضع في محضر الإستلام المؤقت ووضعيات المالية للأشغال، تاريخاً سابقاً ليس حقيقياً يتماشى مع آجال العقد، وكأن الجاني قام بتسليم المشروع أو التموين في الأجال المتعاقد عليها، ويفلت من غرامة التأخير أو التسجيل في القائمة السوداء للمتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية².

حيث أن علة التجريم في هذه الحالة تكمن في أن التعديل يخرق مبدأ المساواة بين المتعاملين في إبرام الصفقات العمومية على أساس أن آجال التسليم كانت معيار استناد منه المتعامل المتعاقد معه في الحصول على الصفقة، كما أن التعديل في الأجال يحرم الخزينة العمومية من الغرامات المقررة على المتعاقد كعقوبات مالية نتيجة التأخر في تنفيذ الخدمة، ومن ثم كان من الواجب تجريم هذا السلوك الإداري.

1 المادة 147، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 مصطفى عمراني، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 216.

3-الركن المعنوي :

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية من الجرائم العمدية التي يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة، والقصد الجنائي الخاص.

أ-القصد العام :

يكمن القصد الجنائي العام في هذه الجريمة في علم الجاني بنفوذ وسلطة وتأثير أعوان الدولة وقيامه باستغلال هذا النفوذ أو التأثير لفائدته، كما يقتضي هذا القصد انصراف علم الجاني إلى كافة العناصر المكونة للنشاط أو الواقعة الإجرامية، فيلزم أن يعلم الجاني أن الجهة التي يسعى للحصول على مزية منها هي سلطة عامة أو جهة خاضعة لإشرافها¹.

ب-القصد الخاص:

يكون القصد الجنائي الخاص في هذه الجريمة في نية الجاني الحصول على امتيازات مع علمه أنها غير مبررة²، تخدم مصالحه في مجال الصفقات العمومية أو الحصول على معلومات تفصيلية تجعله مميّزا دون غيره سواء من المتعهدين أو المتعاملين المتعاقدين، حيث أن البحث في نية الجاني والتأكد من وجودها يكون من خلال الظروف والملابسات، التي جرى فيها ارتكاب النشاط الإجرامي.

ومن خلال البحث في العلاقة بين الجاني والموظف العمومي القائم على التنفيذ الذي استغل نفوذه لمصلحته، وهي عملية ليست بالبسيطة، إذ يتعين على القاضي التأكد من قيام القصد الجنائي الخاص من خلال الوثائق المكونة للصفقة العمومية، والمستندات التي تم بناء عليها ارتكاب النشاط الإجرامي والتي تؤكد في مجملها أن إرادة الموظف العمومي الذي استغل نفوذه اتجهت لمنح امتيازات غير مبررة للغير وهو ما أكدته المحكمة العليا الكثير من قراراتها³.

1 مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1988، ص199.

2 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال و الأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 170.

3 أخذت المحكمة العليا بهذه القواعد في أكثر من مناسبة من بينها قرارها الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 2002، المتعلق بالملف رقم 304276، والذي جاء فيه ما يلي: " يتعرض للنقض حكم محكمة الجنايات القاضي بإدانة المتهم بجريمة إبرام صفقة عمومية بطريقة مخالفة للتشريع المعمول به متى كان السؤال الخاص بهذه الجريمة ناقصا من بيان الغرض من تلك المخالفة وهو إعطاء امتيازات غير مبررة للغير..."، نقلا عن: خضري حمزة، آليات حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص373.

كما يتم التأكد من قيام القصد الجنائي الخاص بكل وسائل الإثبات المتاحة في المواد الجنائية، بما في ذلك اعتراف الجاني أو اللجوء إلى القرائن التي تدل على ارتكاب الجريمة كحالة تكرار العملية، التي يستنتج منها إدراك الموظف العمومي الذي ارتكب الجريمة ووعيه بمخالفة القواعد القانونية المنظمة لعملية تنفيذ الصفقة العمومية بغرض منح امتيازات غير مبررة للمتعاقل¹.

ثانيا : جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية

يعتبر سلوك دفع المزايا والعمولات من قبل المتعاملين مع المرفق العام، وقبض هذه الأخيرة وتلقيها، من قبل القائمين على هذا المرفق من أجل قضاء مصالحهم من السلوكات المشينة، والتي اتخذت مسميات مختلفة كالإكرامية، عمولة أداء الخدمة وغيرها من المصطلحات، لكنها تتدرج تحت وصف الرشوة التي تتطوي على اتجار الموظف العام بوظيفته واستغلاله لفائدته الخاصة، فتتخطى الرشوة مقومات العدالة بحصول الراشي على ميزات أو خدمات يعجز عن الحصول عليها بدون الرشوة متخطيا حقوق الآخرين، فتثير اضطرابات في العلاقات الإنسانية وتشكل تهديدا لسلطة الدولة والقانون بإعتبارها من أخطر الآفات التي تصيب الوظيفة العامة وأبلغ أنواع الفساد الذي يمكن أن ينخر في أجهزة الدولة².

وبإعتبار الصفقات العمومية أهم أنواع العقود التي تيرمها الإدارات والمرافق العامة الإدارية إجمالا، فتكون بذلك بؤرة لهذا النوع من الفساد، خاصة وأنها تحتوي على أموال ضخمة ومصالح معتبرة، مما يدفع ببعض القائمين على الصفقات العمومية من قبض عمولات غير مستحقة سواء من المتعهدين أو المتعاملين المتعاقدين، وعلى هذا الأساس لم يتوانى قانون و ف م في تجريم هذه الآفة الخطيرة وخصها بجريمتين، أولهما نص المادة 27 منه، الواردة تحت عنوان الرشوة في مجال الصفقات العمومية، وثانيهما جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، والمدرجة بموجب نص المادة 35 منه.

1-جريمة الرشوة في الصفقات العمومية:

تعد الرشوة³ انحراف الموظف عن أداء وظيفته من أجل تحقيق مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة، فهي تمس بحسن سير الأداة الحكومية وتؤدي إلى فقدان المواطنين الثقة في عدالة

1 علي عبد القادر الفهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص "الجرائم المضرة بالمصلحة العامة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص52.

2 عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص15.

3 نشير أن مصطلح corruption في اللغة الفرنسية قد يعبر عن الرشوة كما قد يعبر عن الفساد بصورة عامة، ويبقى علينا التمييز إن كان المقصود منها الرشوة أم الفساد من خلال المضمون الذي جاءت فيه عبارة corruption، فالمشعر الفرنسي مثلا يطلق على جريمة

ونزاهة الدولة، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري بالتدخل لتجريم وقمع كل أشكال الرشوة، وقد نص عليها في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بقولها: "يعاقب... كل موظف عمومي بقبض أو يحاول يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية"¹.

ومن القراءة الأولية لهذا النص يتضح أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، لا تخرج عن الإطار العام لجريمة رشوة الموظفين العموميين، لكن شدد المشرع فيها العقوبة وحدد مجال منح الرشوة في تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الهيئات المبينة في النص تحديدا، وهذا حماية لحرية المنافسة من كل فساد، كما أن الظفر بالصفقة عن طريق الرشوة قد ينعكس سلبا على نوعية وجدية الإستثمار، بخلق مناخ فاسد له لا يساعد على تحقيق التنمية المنشودة في شتى المجالات.

وبناء على ذلك فإن جريمة الرشوة في جوهرها، جريمة خاصة بالموظف العام ومن في حكمه، على أساس أن تمتعه بسلطات الوظيفية يعطيه وحده إمكانية الإتجار فيها، وطبقا للقواعد العامة فهي تشترط توافر صفة خاصة في مرتكبها، وهي أن يكون الفاعل موظفا عاما مختصا، بالإضافة الأركان العامة للجريمة والتي تتمثل في كل الركن المادي والركن المعنوي.

أ- صفة الجاني في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية:

لقيام جريمة الرشوة افترض المشرع أن يكون الجاني موظفا عموميا أو من في حكمه، بحيث يقوم هذا الموظف باستغلال الوظيفة الإدارية من أجل الحصول على المقابل، دون وجه حق وقد قمنا بتفصيل الموظف العمومي في جريمة المحاباة²، وهو أمر ضروري لا تقع الجريمة إلا بتوافره، لدرجة

= الرشوة مصطلح corruption التي تتعلق بالرشوة السلبية والرشوة الإيجابية corruption passive et corruption active ولا نجد مثل هذا الخلط في اللغة العربية، فالمشرع الجزائري يستعمل مصطلحين، وكل منهما يعبر عن شيء مختلف عن الآخر، حيث أن الفساد مصطلح للتعبير عن جرائم الفساد بصورة عامة (جريمة استغلال النفوذ، جريمة الاختلاس، جريمة عدم التصريح بالامتلاكات أو التصريح الكاذب بالامتلاكات، جريمة تلقي الهدايا، جريمة الإثراء غير المشروع، جريمة إساءة استغلال الوظيفة...)، أما مصطلح الرشوة فهو يعبر واحدة من بين جرائم الفساد وهي جريمة الرشوة، بينما مصطلح الرشوة في اللغة الإنجليزية أوضح من اللغة الفرنسية، حيث أن الفساد يطلق عليه مصطلح corruption في حين يطلق على جريمة الرشوة مصطلح Bribery.
1 المادة 27، من الأمر رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 لمزيد من الإطلاع، ينظر إلى الأطروحة.

أن الفقهاء أطلقوا عليه تسمية الركن الخاص للجريمة لأهميته في وقوعها وأدرج إلى جانب ذلك الأركان العامة، وهو في ذلك يتفق مع الركن في أن تخلفه يترتب عليه عدم وقوع الجريمة¹. وللعلم أن المادة 128 مكرر قبل إلغائها كانت لا تشترط صفة معينة في الجاني، ما يعني أنه من الجائز أن يكون الجاني من غير ذوي الصفة، فقد تلجأ إدارة أو هيئة عمومية إلى شخص يمارس مهنة حرة كأن يكون محامياً أو مستشاراً أو صاحب مكتب دراسات وتكلفه بتحضير عقد أو صفقة أو إبرام عقد باسمها أو بالدفاع عن مصالحها بمناسبة إبرام العقد أو تنفيذه²، وبالرجوع ل تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نجد أن جل القائمين على إجراءات الصفقات العمومية وعلى اختلاف المصالح المتعاقدة، ينطبق عليهم وصف الموظف العمومي، وهذا سواء في مرحلة إبرامها أو أثناء تنفيذها وحتى في عملية الرقابة عليها، فكل لجان الصفقات العمومية أصليون كانوا أو مستخلفين، يعتبرون موظفين عموميين بمنظور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

تجدر الإشارة هنا، إلى أن الركن المفترض لتوافر جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، ينطوي على عنصرين يجب توافرها في الجاني، الأول ثبوت صفة الموظف التي بتطلبها القانون وقت ارتكاب الجريمة، والثاني أن يكون العمل المطلوب أدائه داخلاً ضمن اختصاصه، والتعرض كالاتي:

*ثبوت صفة الموظف العام وقت ارتكاب جريمة الرشوة في الصفقات العمومية:

لا تقوم جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية إلا إذا ثبت أن المرتشي كان وقت ارتكاب الجريمة، شخصاً من الأشخاص الذين ينطبق عليهم وصف الموظف العام³، وعلى ذلك لا تتحقق هذه الجريمة إذا كان الموظف العام قد فقد وظيفته نتيجة استقالة أو عزل وقت ارتكاب الجريمة، مثال ذلك لا تقوم جريمة الرشوة في حق أحد أعضاء لجان الصفقات سحبت عضويته من اللجنة أو استقال من وظيفته الأصلية أو أنهيت مهامه، وكذلك الحال بالنسبة للوالي المختص بالمصادقة على صفقات الولاية، والذي أنهيت مهامه أو قدم استقالته⁴.

1 عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإدارية، المرجع السابق، ص 27.
2 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 172.
3 المادة 02، من القانون رقم 06-01، المتعلق ب و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
4 سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 58.

فالمهم أن الوقت الذي يتعين أن تتوفر فيه صفة الموظف العام للجاني، هو ذات الوقت الذي يرتكب فيه الجاني السلوك المادي لجريمة الرشوة¹، أي لحظة ارتكاب فعل الأخذ أو القبول أو الطلب، ولا تتوفر أحكام وعناصر جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، إذا لم يكن الفاعل وقت قيامه بالعمل امتناعه عنه موظفاً أو من في حكمه كما بينه القانون.

*اختصاص الموظف العام بالعمل المطلوب أدائه:

أساس جريمة الرشوة موظف يتاجر بوظيفته، ولا يتحقق له ذلك إلا إذا كان العمل المطلوب منه أدائه يدخل ضمن اختصاصه، ولا يشترط في ذلك أن يكون بصورة كاملة، إذ يكفي أن يكون له فيه نصيب من الإختصاص ولو برأس استشاري يسمح له بتنفيذ الغرض من الرشوة، أو أية علاقة تسمح له بالمساعدة على تنفيذها، إذ أن الأمر مرجعه هنا إلى طبيعة الإدارة وتنظيم العمل، وما قد يتطلبه من أعمال أساسية وأعمال معاونة استشارية².

ومن ثم فإن الإختصاص القانوني والصلاحيية المخولة قانوناً للموظف العام تحدد نطاق اختصاصه بالعمل، سواء كان نوعياً أو مكانياً، فلا يكفي أن يكون الموظف مختصاً بعمل معين، إذا كان نظام تعيينه لا يسمح له بمباشرة إلا في جهة معينة، إذ أن مباشرته لعمل من نفس نوع العمل الداخل في أعمال وظيفته، وخارج عن نطاق اختصاص المكاني لا تقع منه جريمة الرشوة³.

ويرجع في تحديد اختصاص الموظف العام بذلك العمل هو مقرر التعيين الذي تصدره السلطة التي لها صلاحية التعيين وينتسب إليها الجاني، وعلى المحكمة الناظرة في مثل هذه الجرائم التحري وبدقة عن الإختصاصات الموكولة اليهم لدى الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف المرتشي، لأن توزيع الإختصاص وتنظيمه يكون بتكليف منها، والعبرة في نطاق جريمة الرشوة بالإختصاص الفعلي للموظف وقت اقترافه جريمته، كما لا يشترط أن يمارس كل اختصاصه الوظيفي، بل يكفي أن يمارس جزء منه، وقد لا يكون الموظف مختصاً أصلاً بمباشرة هذه الوظيفة، وإنما فعل ذلك بناء على تفويض من الموظف الأصيل⁴.

1 عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإدارية، المرجع السابق، ص35.
2 ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص47.
3 عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإدارية، المرجع السابق، ص35 وما يليها.
4 سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص60.

ب-الركن المادي لجريمة الرشوة:

يقوم الركن المادي لجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية طبقا للمادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ،على قيام الجاني بقبض او محاولة قبض لنفسه او لغيره، بصفة مباشرة او غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات الاقتصادية. وعليه يتحلل الركن المادي لهذه الجريمة إلى عنصرين، الأول هو **النشاط الإجرامي** الذي يتحقق بقبض أو محاولة قبض عمولة أجرة أو فائدة ، والثاني هي **المناسبة** وتكون بتحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام.

-السلوك الإجرامي:

يتمثل النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية في قبض أو محاولة قبض عمولات وهي أجرة أو منفعة مهما كان نوعها من طرف الموظف العمومي سواء لنفسه أو غيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك مناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام، وتتمثل العناصر المكونة للنشاط الإجرامي في جريمة الرشوة في فعل القبول والطلب والأخذ.

*القبول :

هو تعبير عن إرادة الموظف في تلقي المقابل في المستقبل نظير قيامه بالعمل الوظيفي، ويفترض القبول كصورة للركن المادي في جريمة الرشوة بتقديم عرض من طرف صاحب الحاجة يعرض فيه مزية غير مستحقة على الموظف مقابل مخالفة ما تقتضيه الوظيفة المسندة إليه، ويشترط في هذا القبول أن يكون جديا وحقيقيا، وأن يسبقه إيجاب من جانب صاحب المصلحة، وذلك بالتقاء قبول الموظف بإيجاب صاحب المصلحة، عندئذ ينعقد الاتفاق وتقع جريمة الرشوة حتى لو عدل هذا الأخير عن عرضه¹، ويستوي في القبول أن يكون شفويا أو مكتوبا بالقول أو الإشارة صريحا أو ضمنيا، وهو ما عبرت عنه المادة 27 بقولها: "... بصفة مباشرة أو غير مباشرة...".

1 بومدين كعبيش، الحماية الجزائية للصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، المرجع السابق"، ص102.

***الطلب :**

يقصد به التعبير عن إرادة منفردة من جانب الموظف وتجاهها إلى الحصول على منفعة نظير العمل المطلوب أدائه¹، ويكفي الطلب لقيام الجريمة متى توافرت باقي أركانها حتى ولو لم يصدر قبول من صاحب الحاجة أو المصلحة، بل حتى ولو رفض صاحب المصلحة الطلب وسارع بإبلاغ السلطات العمومية، إذ يشكل مجرد الطلب جريمة تامة كونه يكشف في حد ذاته عن معنى الاتجار بالوظيفة واستغلالها².

كما وقد يقع الطلب كتابة أو شفاهة ، صريحا أو ضمنيا، وطلب الرشوة لنفسه يساوي طلبها لغيره ، ومن ثم فإن الموظف الذي يطلب الرشوة لموظف آخر، يعد فاعلا أصليا في جريمة الرشوة وليس مجرد شريك، وتظهر علة اعتبار الطلب المجرد كافيا لتمام الرشوة أن الموظف قد عرض بذلك العمل الوظيفي إلى الاتجار وأخل بنزاهة وظيفته والثقة في عدالة الدولة، ولم يرى المشرع فرقا بين عرض الاتجار والاتجار الفعلي.

***الأخذ :**

وهو الصورة الأكثر شيوعا والأوضح في جريمة الرشوة، ويقصد به تلقي أو استلام الموظف أو انتفاعه بالعطية موضوع الرشوة، وتتميز هذه الصورة من الركن المادي بأنها ترد مباشرة على العطية سواء سبقها وعد بالرشوة أو لم يسبقها هذا الوعد، وتعتبر أخطر صور الرشوة، إذ يكون الموظف فيها قد قبض فعلا ثمار اتجاره بالوظيفة أو استغلالها، وإذا تسلم الموظف العطية فلا عبرة بنوع التسليم فيستوي أن يكون حقيقيا أو رمزيا، كما يستوي أن يكون العطاء سابقا أو معاصرا لأداء العمل أو لاحقا عليه، مادام أداء العمل كان تنفيذا لإتفاق سابق، إذ أن نية الإتجار بالوظيفة في هذه الحالة تكون قائمة منذ البداية³.

ويستوي أن يكون الاستلام أو الأخذ من المرشحي نفسه أو بواسطة شخص آخر، فالعبرة بانتقال الشيء من الراشي إلى المرشحي ودخول الفائدة لحوزته مادامت مصحوبة بقصد الحصول عليها، وإذا كان الأخذ لمصلحة للغير، فليزيم أن تكون للموظف مصلحة شخصية في حصول الغير على تلك

1 علياء عبد الكريم مهدي، ريمة الرشوة ووسائل مكافحتها وطنيا ودوليا، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص51.
2 أحسن بوسقيعة، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، المرجع السابق، ص75.
3 إيهاب عبد المطلب، جريمة الرشوة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص 14.

العتبية¹، وقد حرصت المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على توضيح ذلك بنصها: "يعاقب كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة"، فمن المحتمل أن يعين الموظف المرشحي شخصا آخر تتقدم إليه المزية، قد يكون صديقا أو قريبا، وقد لا يعلم هذا الشخص سبب تقديم المزية.

أما إذا كان موضوع النشاط الإجرامي متجردا من الطبيعة المادية، فإن أخذه يتحقق بحصول الموظف على الميزة أو الفائدة موضوع الرشوة، وإثباتها يشكل نوعا من الصعوبة، كأن يستخدم المرشحي عقارا صيفيا للراشي دون مقابل، أو يعيره شيئا ذو قيمة لإستعماله دون مقابل، ففي مثل هذه الحالات لابد من اثبات وجود علاقة أو رابطة سببية واضحة بين الأخذ والتصرف الذي قام به الموظف المرشحي لصالح الراشي، وغالبا ما يكون ذلك بإقرار أحد أطراف الجريمة.

*المستفيد :

الأصل أن تقدم المنفعة إلى الجاني نفسه نظير قيامه بأداء الخدمة المطلوبة منه، وقد يعين الجاني شخصا آخر يقدم إليه الأجر أو الفائدة حتى وإن لم يكن ثمة اتفاق سابق بين الشخص المعين والجاني؛ وقد يقوم المتعامل المتعاقد مع الدولة أو الهيئات الخاضعة للقانون العام، الذي يكون في موضع الراشي بتسليم المنفعة إلى شخص لم يعينه الجاني، ولكن توجد صلة ما بينهم ، ففي هذه الصورة تتحقق الفائدة إذا علم الجاني بالأجرة أو المنفعة المقدمة إلى هذا الشخص ووافق عليها نظير قيامه بالعمل لمصلحة الراشي².

* المناسبة:

تقتضي جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية أن يقبض الجاني عمولته، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو ملحق باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة، وهي الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية، وبذلك تكون مناسبة قبض العمولة في هذه الجريمة محددة في تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق،

1 مليكة هنان، جرائم الفساد والرشوة، الاختلاس، تكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 53 .
2 خيرة بن سالم، جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 01، العدد 02، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2014، ص 190.

بخلاف الأمر في جريمة الرشوة السلبية التي يكون فيها مقابل الحصول على المزية، هو أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل هو من واجبات الجاني مهما كان نوعه.

وبالتمعن في الأعمال نجد أن المشرع وسع من نطاق التجريم والعقاب، حيث يمس مرحلة الإبرام والتنفيذ للعقود والملاحق، وكذلك العقود التي قد تنشأ عن الاستشارة التي تبرم في حالة عدم بلوغ المستويات والعتبات المالية التي اشترطها تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للقول بوجود صفقة¹، ومثال ذلك قيام عون المصلحة المتعاقدة بتسريب معلومات وتفاصيل الصفقة إلى أحد المتعهدين، التي من شأنها أن تجعله يفوز في المنافسة، لاسيما ما تعلق منها بالكلفة التخمينية للمشروع، ونوعية الضمانات المقدمة والمرغوب من المصلحة المتعاقدة الحصول عليها في حال توافرها في العارض وغيرها من الأعمال التحضيرية، التي تفيد المتعهد في مرحلة الإنتقاء وتجعله في مركز متميز يسهل عليه الظفر بالصفقة.

ب-الركن المعنوي لجريمة لرشوة :

القاعدة العامة في الركن المعنوي،تفترض أن يكون المرتشي عالما بالأعمال التي يقوم بها بمعنى أن يكون مدركا وقت الأخذ أو القبول أو الطلب أنه يتاجر بوظيفته، وأن ما حصل عليه ما هو إلا ثمنا لما قام به أو امتنع عن القيام به مما يدخل في وظيفته، أو يزعم أن وظيفته تسهل له أداءه²، ويتوافر الركن المعنوي بتوافر القصد الجنائي لأن جريمة الرشوة من الجرائم العمدية، هذا القصد هو عام يتكون من العلم والإرادة .

*العلم:

يجب أن يعلم الموظف المرتشي بتوافر أركان الجريمة، العلم بأنه موظف عام أو من في حكمه، وأن العمل المطلوب منه يدخل ضمن اختصاصه أو يعتقد أنه كذلك، بل حتى لو كان العمل لا يدخل ضمن التزاماته الوظيفية، فانه يكفي أن يكون المرتشي موظفا في الجهة التي يطلب أداء العمل أو الامتناع عنه فيها، كما ينبغي أن ينصرف علم الموظف المرتشي إلى المقابل الذي يقدم إليه وأنه نظير العمل الوظيفي الذي يقوم به، فقد يعلم بوجود المزية لكنه لا يعلم بقيام إرتباط بينهما وبين العمل الوظيفي، ومن اللحظة التي يتوافر فيها ذلك العلم تتحقق جريمة الرشوة³.

1 المادتين 13 و 14،من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
2 محمد صبحي نجم،شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم الخاص،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2000،ص15.
3 دليلة جلايلة،جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 06-01،المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلته بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام،بكلية الحقوق، جامعة المدينة،الجزائر،يوم 20 ماي2013،ص07.

*الإرادة :

يلزم لقيام جريمة الرشوة في الصفقات العمومية قانونا، أن تتجه إرادة الفاعل إلى إتيان أحد المظاهر السلوكية الأساسية التي نص عليها المشرع وهي قبض أو محاولة القبض، ويجب أن تتصرف نية الفاعل إلى الاستيلاء على الفائدة بقصد التملك أو الانتفاع، وإرادة السلوك التي يعتد بها قانونا هي التي تكون صادرة عن وعي واختيار، فالموظف العمومي الذي يتناول دون اختياره مادة مخدرة تفقده ملكة العقل والتمييز، ثم يأخذ منفعة مهما يكن نوعها من المرشحي صاحب المصلحة، لا يمكن اعتباره مرشحا بسبب عارض السكر الاضطراري الذي يفقده إرادته¹، كما تنتفي إرادة الجاني وهو واقع تحت الإكراه كتهديده بقتله أو قتل أحد أصوله في حالة عدم فوز صاحب المصلحة بالصفة.

جدير بالذكر أن هناك رأي في الفقه يرى إلى اشتراط قصد خاص في هذه الجريمة، وهي نية الاتجار بالوظيفة، والواقع أن هذا القصد يكفي عنه توافر عنصر العلم في القصد العام، حيث أن اتجاه إرادة الجاني في الفعل والنتيجة مع علمه دليل على توافر نية الاتجار بالوظيفة².

2- جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية

نصت المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على معاقبة كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة، وإما بعقد صوري وإما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما و يأخذ منه فوائد أيا كانت³.

واستنادا إلى المادة يظهر لنا أن جوهر الجريمة هو استغلال الجاني أعمال الوظيفة والمهام المكلف بالقيام بها والتي يختص بأدائها، وذلك قصد تحقيق ربح ومنفعة غير مستحقة له، لذلك أفرد المشرع نصا لعقاب الموظف العام الذي يكون له شأن في إدارة المقاولات أو التوريدات المتعلقة بالدولة أو إحدى الهيئات العامة إذا حاول الحصول أو حصل لنفسه أو لغيره بأية كيفية على ربح من هذه الأعمال⁴.

1 محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للتوزيع والدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 1999، ص453.
2 زهيرة عيوب، جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، يوم 20 ماي 2013، ص9.
3 حلت هذه المادة محل المادة 123 من قانون العقوبات، الملغاة بموجب القانون رقم 06-01، المتعلق ب و ف م ، السالف الذكر.
4 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص180.

فعلة التجريم الأساسية هي أن الموظف يجمع بين صفتين لا يجوز الجمع بينهما، وهذا الجمع من شأنه إهدار المصلحة العامة، فإختصاصه الوظيفي يفرض عليه السهر على المصلحة العامة ومباشرة الرقابة على من يتعاقدون مع الدولة أو يؤدون عملا لحسابها، فإذا قام بالعمل بنفسه، سواء ظاهرا أو مستترا، أو عهد به إلى شخص يريد أن يحقق له ربحا أو منفعة، فإنه لن يستطيع أن يؤدي واجبه في الرقابة الذي يفرضه عليه إختصاصه ، وإنما سيحابي مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة .

ومن ناحية ثانية، فإن إختصاصه الوظيفي الذي أساء إستغلاله يتيح له أن يحقق ربحا يزيد عما كان يحققه مقاول أو مورد عادي، وذلك حتما على حساب المصلحة العامة، وفي النهاية فإنه يدخل مع جمهور المقاولين والموردين في منافسة غير متكافئة، إذ يستطيع بفضل ما لديه من معلومات وظيفية وما يحوزه من سلطات أن يتفوق عليهم دون سند مشروع وهذا يعد إخلالا بمبدأ حرية المنافسة¹.

وتقوم جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية بتوافر أركانها الثلاث، وهي الصفة الخاصة في الجاني وركنها المادي والركن المعنوي، وهي الأركان التي سيتم التعرض لها تباعا:

أ-الركن المفترض في الجريمة

تقتضي جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية صفة خاصة في مرتكبها، وهي أن يكون موظفا عموميا وهو ما اشترطته المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والذي سبق وأن حصر الفئات التي يطلق عليها وصف الموظف العام في منه، والسابق التعرض إليها بالتفصيل في جنحة المحاباة في الصفقات العمومية.

ولكن تم حصر ارتكاب هذه الجريمة في الموظف الذي يدير أو يشرف بصفة كلية أو جزئية على العقود أو مزایدات² أو مناقصات أو مقاولات أو يشرف عليها، أو في الموظف الذي يكون مكلفا بإصدار إذن الدفع في عملية ما أو يكون مكلفا بتصفية أمر ما، وهذا لأن الطبيعة الخاصة لهذه الجريمة تفرض مدلولها خاصا للموظف العمومي، بالرغم من سعي المشرع لتوحيد صفة الفاعل في جميع جرائم الفساد³، وبالتالي تنحصر صفة الجاني في هذه الجريمة في فئتين:

1 جريمة علة، جرائم الفساد في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص ص 87-88.
2 يلاحظ أن المشرع الجزائري مازال يستخدم مصطلح "المزایدات"، كآلية لإبرام الصفقات العمومية بالرغم من إلغائها في المرسوم الرئاسي 15-247، التضمنت ص ع و ت م ع ، والتي كان ينص عليها المرسوم الرئاسي السابق 10-236 في المادة 28 منه، لذا كان من اللازم تعديل نص المادة 35 من ق و ف م ، بما يتماشى الكيفيات الجديدة التي نظمها المشرع الجزائري في المرسوم الجديد.
3 تجدر الإشارة في هذا الصدد، أن جريمة استثمار الوظيفة العامة والمجربة بموجب المادة 123 الملغاة من قانون العقوبات بموجب ق و ف م، كانت تحصر صفة الجاني في الموظف بمفهومه الضيق، الأمر الذي جعل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لا تنطبق على

***الفئة الأولى:** تشمل هذه الفئة من الموظفين، كل من تولى مسؤولية الإشراف أو الإدارة على العقود أو العمليات المذكورة من مناقصات ومزايدات ومقاولات، وتمنحه هذه المسؤولية سلطة فعلية بشأن هذه العمليات التي يتلقى أو يأخذ منها فوائد بصفة غير مشروعة، وذلك في أي مرحلة كانت عليها العملية سواء أثناء تحضير العقد أو تنفيذه¹.

هذا ويسوي المشرع الجزائري بين الموظف المكلف بالإدارة والإشراف وبين الموظف المكلف بعملية إصدار الأمر بالدفع أو التصفية، ويتعلق الأمر أساسا بمدير الهيئة أو المؤسسة أو رئيس المصلحة، أو رئيس مكتب أو أي مهندس أو تقني أو عون إداري وغيرهم، ممن له دور يقوم به في هذه العمليات، وينطبق هذا الوصف أيضا على أعضاء لجان الصفقات المختصة الذين يشغلون في الأساس مناصب إدارية، ويقومون بمهام الرقابة على الصفقات العمومية والتي تدخل ضمن وظيفة الإشراف على العقود.

***الفئة الثانية:** تتضمن هذه الفئة، الموظفين أو الموظف المكلف بإصدار أمر بالدفع أو تصفية في عملية ما، ونعني بذلك كل موظف يسمح له منصبه الذي يتولاه سلطة إصدار إذن بالدفع، بعبارة أخرى هو الأمر بالصرف على مستوى المؤسسة أو الهيئة التي يعمل بها، ويختص الأمر في مدير الهيئة أو المؤسسة الذي يكون عادة هو الأمر بالصرف، أو من ينوب عنه إذا خوله القانون ذلك صراحة، كما يدخل رؤساء المصالح المحاسبية والمراقبين الماليين وكذا رؤساء المجالس الشعبية البلدية بإعتبارهم رؤساء لجان الصفقات العمومية وآمرون بالصرف في البلديات التي يترأسونها².

علاوة على صفة الموظف العمومي، يشترط المشرع أن يكون للجاني شأن في إعداد الأشغال أو المقاولات أو التعهدات أو إحالتها أو تنفيذها أو الإشراف عليها، أي أن يكون مختصا وله سلطة فعلية بشأن العقود والصفقات العمومية التي أخذ أو تلقى منها فوائد بصفة غير قانونية، وبالتالي فقد يكون الموظف مختصا إختصاصا مباشرا في أعمال الوظيفة العامة كما قد يكون مختصا إختصاصا غير مباشر كأن يكون له سلطة في الإشراف والرقابة³.

=المنتخبين في المجالس الشعبية البلدية والولائية،والذين لا ينطبق عليهم وصف الموظف العام بمفهوم الأمر 06-03 المتعلق بقانون الأساسي للوظيفة العمومية،غير أن قانون الفساد أدخلهم في هذا الوصف وحسن ما فعل المشرع الجزائري في هذا الشأن،لاسيما وأن المنتخبين من الأشخاص الأكثر عرضة أكثر من غيرهم للحصول على فوائد شخصية غير مشروعة بحكم صفتهم وأختصاصهم الواسع في عملية إبرام وتنفيذ الصفقات المحلية،وكذا قدرتهم على الإطلاع على المشاريع والصفقات عن كثب.
1 سهام بن دعاس،جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 81.
2 المادة 174، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
3 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص182.

ولا أهمية لمصدر الإختصاص فيجوز أن يكون القانون أو اللائحة أو القرار الإداري، أو التكليف الكتابي أو الشفهي متى كان صادرا من رئيس مختص، كما أنه لا يشترط أن يكون الموظف مختصا وحده بكل العمل الذي تريح منه، وإنما يكفي أن يكون مختصا بجزء منه أيا كان قدره¹، وإذا تجاوز الموظف اختصاصه أو اقم نفسه في اختصاص غيره، فلا تقوم الجريمة في حقه ولو حصل على فائدة من وراء ذلك.

ب-الركن المادي:

يستفاد من نص المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، أن الركن المادي لهذه الجريمة يتحقق بقيام الجاني بأخذ أو تلقي فائدة من عمل من الأعمال التي يديرها أو يشرف عليها أو كان فيها آمرا بالدفع أو مكلفا بالتصفية سواء كانت الفائدة له أو لغيره، بمعنى أن يحصل الجاني على منفعة من العقود التي تدخل في نطاق اختصاصه، والتي يتولى إعدادها أو إحالتها أو تنفيذها أو الإشراف عليها، ومن تم فإن عناصر الركن المادي لهذه الجريمة تتمثل في النشاط الإجرامي والمناسبة.

-النشاط الإجرامي:

يتمثل النشاط الإجرامي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في أخذ أو تلقي فائدة أو الاحتفاظ بها من جراء العمليات التي يديرها أو يشرف عليها، وأخذ فائدة معناه أن يكون للجاني نصيب من مشروع أو عمل من الأعمال التي تعود عليه بالفائدة، أما التلقي فهو أن يستلم الجاني بالفعل الفائدة، سواء حصل عليها بنفسه أو عن طريق شخص آخر لحسابه²، فتتحقق إذا ماديات الجريمة بأخذ أو قبول هذه الفوائد غير القانونية، إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة من عقد أو عملية أو صفقة كان وقت إرتكاب الجريمة يديرها أو يشرف عليها أو كان آمرا بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية³، سواء كان الفعل الذي قام به الجاني إيجابيا أو سلبيا، ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في مدى كفاية سلوك الجاني لتحقيق الربح أو المنفعة من العمل الوظيفي⁴.

وأما الإحتفاظ بالفائدة، فهذه الصورة لم يأت نص المادة 35 قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في النسخة العربية بخلاف النص في نسخته الفرنسية الذي تضمن الإشارة إليه صراحة، ويقصد بها حيازة الفائدة وإقرارها، حيث يعرض صاحب المصلحة في الصفقة أو المقاول أو الإذن بالدفع

1 فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص256.

2 مليكة هنان، مرجع سابق، ص ص 147-148.

3 محمد بكارشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته...، المرجع السابق، ص103.

4 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وألية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص186.

قابلا(فائدة) لاستغلال الموظف لوظيفته والاتجار بها ويلقى هذا العرض القبول، وبالتسليم تنتقل حيازة الفائدة للجاني الذي يحتفظ بها .

والاحتفاظ يعني انعقاد نية الجاني على المضي قدما في إتمام الجريمة، ويشترط أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير المقاوله أو العملية التي يشرف عليها أو مكلف بالأمر بالدفع فيها أو مكلفا بالتصفية¹، وتبعاً لذلك لا تقوم الجريمة في صورة الاحتفاظ بالفائدة إذا أخذ الموظف العمومي الفائدة أو تلقاها في وقت لم يكن فيه مكلفا بإدارة المشروع أو العملية أو العقد أو الصفقة أو مشرفا عليها.

يتضح من عبارة " فائدة أيا كانت " الواردة في المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن المشرع لا يولي اهتماما بطبيعة الفائدة، وأن مدلول الفائدة لا يقتصر على ما يحصل عليه الجاني من ربح اقتصادي أو مالي أو مادي، بل يشمل أيضا ما يعود عليه من فوائد معنوية أو اعتبارية كالاستفادة من تخفيضات في السعر أو الحصول على تسهيلات في الدفع أو التعيين في وظيفة دون وجه حق².

* المناسبة:

وهي المجال الزمني التي تتم فيه الأفعال المجرمة من طرف الجاني، والمتمثلة في الأعمال التي تتم بموجبها إبرام العقود أو طلب العروض.

فإبرام العقود طبقا لنص المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تأخذ مفهوما واسعا، سواء كان هدفها اقتناء خدمات أو انجاز أشغال أو بيع سلعة أو تقديم خدمة في حالة المؤسسات العمومية الإقتصادية، وهذا خلافا لجريمة المحاباة التي ينحصر مجال التجريم فيها في الصفقات العمومية بمفهومها القانوني، لاسيما من جانب المعيار المالي في عنصرها المتعلق بوجهة المال العام، أي أن الصفقات العمومية تعني النفقات أو صرف الأموال العامة التي يقوم بها أشخاص القانون العام وفق المعيار المادي المحدد في نص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.

1 عبد الكريم تبون،الأركان الخاصة لجنحة أخذ الموظف العمومي للفوائد بصفة غير قانونية أثناء ممارسته لمهامه في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة الميزان،المجلد02، العدد02،المركز الجامعي أحمد صالح، النعامة، الجزائر، 2017، ص 31 .
2 بومدين كعبيش،المرجع السابق، ص 125.
3 صلحية بن عودة،الجرائم الماسة بالصفقات العمومية " بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري،أطروحة دكتوراه في الحقوق نظام ل.م.د،تخصص قانون الأعمال الجنائي،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بفايد،تلمسان،الجزائر،السنة الجامعية: 2016-2017،ص161.

ج- الركن المعنوي:

تعد جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مجال الصفقات العمومية، من الجرائم العمدية التي لا بد من توافر القصد الجنائي لقيامها، وهو تعمد إتيان الفعل المجرم أو تركه مع العلم أن المشرع يحرم الفعل أو يوجبه، وبمعنى آخر هو اتجاه إرادة الجاني إلى الحصول على منفعة مع العلم بكل عناصر الجريمة، ولا يمكن تصور أنها يمكن أن تقع بسبب خطأ من الموظف¹.

*- العلم:

لا تقوم الجريمة إلا إذا كان الجاني علم بأنه موظف عام، مختصا بالعمل الوظيفي الذي باشره، المتعلق بإحدى العمليات السالفة الذكر المكونة للنشاط الإجرامي، وأن الفائدة التي يتلقاها أو يأخذها أو يحتفظ بها هي فائدة غير مشروعة مصدرها استغلال منصبه الوظيفي²، فإذا جهل الجاني أن من شأن فعله تحقيق ربح أو منفعة لنفسه أو لغيره، وكان يعتقد أن فعله يستهدف المصلحة العامة فحسب، انتفى لديه القصد الجنائي³، لكن القصد يتوافر إذا كان الجاني يجهل أن القانون يفرض عليه عدم الجمع بين المصلحتين العامة والخاصة، ويحظر عليه بالتالي أن يقدم المصلحة الخاصة إلى العمل الوظيفي المكلف به، فهذا الواجب يفرضه قانون العقوبات ذاته، ومن ثم يكون الجهل به غير ذي أثر في نفي القصد لدى المتهم.

*- الإرادة :

إضافة إلى ضرورة علم الجاني بالعناصر المكونة للسلوك الإجرامي، يتعين أن تتجه إرادته إلى ارتكاب الفعل المجرم المتمثل في استغلال وظيفته قصد تحقيق مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة، أي انصراف إرادته إلى فعل الحصول أو محاولة الحصول على الربح أو المنفعة، ولا بد أن يكون الموظف مدركا مختارا فيما أقدم عليه، فإذا كان مكرها مثلا انعدم القصد⁴.

علاوة على القصد العام يجمع الفقهاء على ضرورة توافر قصد خاص يتمثل في الطمع والجشع، أي اتجاه إرادته إلى تحقيق منفعة غير مشروعة تكمن في الحصول على ربح أو منفعة لنفسه أو لغيره سواء تحقق هذا الربح أم لم يتحقق⁵، غير أنه منذ مطلع القرن العشرين أصبحت محكمة النقض الفرنسية تكتفي بالقصد العام وهو مجرد الوعي بأخذ فوائد غير مشروعة⁶.

1 مليكة هنان، المرجع السابق، ص 150.

2 فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 167.

3 سهام بن دعاس، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 92.

4 مليكة هنان، المرجع السابق، ص 151.

5 بومدين كعبيش، المرجع السابق، ص 127.

6 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير...، المرجع السابق، ص 133.

البند الثاني: الجريمة المستحدثة في مجال الصفقات العمومية.

تعد جريمة تلقي الهدايا من الجرائم المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، والتي لم تكن موجودة في قانون العقوبات، وتعد هذه الجريمة صورة من صور الرشوة في مجال الصفقات العمومية، لما تنطوي عليه من تأثير سلبي على السير العادي للصفقة العمومية، إذ يمكن للمتعامل الإقتصادي أن يغري الموظف بهدية أو مزية غير مستحقة بهدف الحصول على الصفقة، وهو ما يمثل في نظر القانون الإتجار بالوظيفة ومساسا بمبدأ المساواة والشفافية التي تقوم عليها المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

أولاً: مفهوم جريمة تلقي الهدايا

تم تجريم فعل تلقي الهدايا في الجزائر بموجب المادة 38 قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، التي تقتضي بأنه " يعاقب.....كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه، ويعاقب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة المسلطة على الموظف الجاني.

وما يلاحظ في النص أنه جاء عاماً، وهذا لا يؤثر في اعتبارها جريمة من جرائم الصفقات العمومية، حيث جاء تجريم النص نظراً لتطور أساليب ووسائل دفع الرشوة، والعلة في ذلك-التجريم- هو درء الشبهة عن الموظف العام وسد كل السبب المؤدية إلى تحويل الوظيفة الإدارية عن مقاصدها المشروعة، حيث جاءت لتكملة النقص الذي يعتبرها جريمة الرشوة بمختلف صورها¹.
لدراسة هذه الجريمة، فإنه يقتضي بداية تحديد مفهومها من خلال تعريفها وتحديد الحكمة من وراء التجريم.

أ-تعريف الهدية :

عرف الفقهاء الهدية على أنها تقديم عين إلى شخص ما على سبيل التملك بلا عوض، وهي تأخذ معنى الهبة والصدقة والعطية²، والهدية عند الإمام العيني هي " هي إيصال الشيء للغير بما ينفعه، سواء كانت مالا أو غير مال"، وهذا التعريف يشمل كل ما يتودد به إلى الغير من منافع أو أعيان أوحث نفعاً معنوياً، وهذا التعريف أشمل وأعم³.

1 خيرة بن سالم، الآليات القانونية المكرسة لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص344.

2 حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، المرجع السابق ، ص176.

3 جاوي حوية، جريمة تلقي الهدايا كآلية لتبييض الأموال في مجال الصفقات العمومية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية، العدد 03، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي بأفلو، الأغواط، الجزائر، 2018، ص ص، 165-166.

ويتضح جليا أن المشرع في المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أخذ بثنائية التجريم، إذ جرم وعاقب في الفقرة الأولى جريمة تلقي الهدايا من الموظف العمومي، وفي الفقرة الثانية جرم وعاقب الشخص مقدم الهدايا أي اعتبرها جريمة مستقلة يستقل فيها عمل الموظف العمومي عن عمل الشخص مقدم الهدية، ولا يعد اشتراكا في تلقي الموظف العمومي.

وبالنظر إلى أن المشرع الجزائري كان قد أخذ بشكل صريح بثنائية الجريمة في الرشوة، فإنه يمكن القول أنه لم يكن منسجما في تجريمه لتلقي الهدايا، ذلك أنه بين عناصر الركن المادي في جريمة تلقي الموظف العمومي للهدية أو المزية غير المستحقة، واكتفى بالنص على عقاب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة التي قررها للموظف العمومي الذي يتلقى الهدية¹.

وعليه، يقترح في هذا الشأن النص صراحة على تجريم فعل تقديم الهدية للموظف على أساس اعتباره فاعلا أصليا في صورة أخرى مستقلة، دون الاكتفاء بالنص على عقاب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة المقررة لمتلقي الهدية، وذلك ببيان عناصر الركن المادي لهذه الصورة، وبالتالي، وتأسيسا على ما سبق يقترح الجمع بين الصورتين في مادة واحدة تحت عنوان "تلقى وتقديم الهدايا".

ب- العلة من تجريم تلقي الهدايا

تتجلى العلة من تجريم هذا الفعل هو درء الشبهة عن الموظف العمومية، إذ ارتأى المشرع من ورائها سد كل السبل المؤدية إلى تحويل الوظيفة عن مقاصدها المشروعة²، فالجاني يسعى للحصول الصّفقة العمومية بالتواطؤ مع الموظف الذي يساعده على تحقيق فعله الإجرامي مقابل استلامه للهدية المغرية، وهنا تكمن خطورة جريمة تلقي الهدايا في الصفقات العمومية، مما استدعى بالمشرع على وضع قواعد وضوابط رديعية لحماية كل من الموظف العمومية وصاحب المصلحة.

وبالتالي فإن علة تجريم تقديم الهدايا ليست في الهدية ذاتها، وإنما في الظروف والوقائع التي يثبت منها تأثير الهدية على واجبات الموظف العمومية، وهكذا فمتى كانت الهدية عن أي قصد غير مشروع وكانت صادرة عن حسن نية فلا مجال لتجريمها، والهدف من كل هذا هو ضمان نزاهة العمل الوظيفي للموظف العمومي في وظيفته.

1 عبد الكريم تبون، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراة علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بكرايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 352.
2 خيرة بن سالم، الآليات القانونية المكرسة لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 346.

ثانيا: أركان جريمة تلقي الهدايا

تقوم جريمة تلقي الهدايا على ثلاثة أركان هي: الركن المفترض، النشاط الإجرامي، والركن المعنوي.

أ- الركن المفترض (صفة الجاني).

يشترط لقيام جريمة تلقي الهدايا أن يكون الجاني موظفا عموميا، على النحو الذي سبق بيانه في جريمة المحاباة¹، وهذه الصفة تعتبر شرطا جوهريا لقيام جريمة تلقي الهدايا، فهي لا تقع إلا بوجوده، وهو أمر سابق على توافر الأركان العامة للجريمة².

ب الركن المادي:

يرتكز الركن المادي لجريمة تلقي الهدايا بالأساس على قبول الموظف العام هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة ما لها علاقة بمهامه، كما يلحق التجريم مقدم الهدية، وبهذا يمكن تحليل الركن المادي في هذه الجريمة إلى عنصرين هما: السلوك الإجرامي ومحل الجريمة .

1- النشاط الإجرامي:

جاء نص المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ليشترط أن تكون الهدية أو المزية التي قبلها الموظف العمومي، من شأنها أن تؤثر في معالجة ملف أو في سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه، أي أن يكون لمقدم الهدية أو المزية حاجة أو مطلبا معروضا على الموظف العمومي الذي قبل الهدية أو المزية.

أما في مجال الصفقات العمومية، قد تكون الحاجة موضوع الهدية التي قبلها الموظف العمومي متعلقة بإجراء ينص عليه التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية، ومثال ذلك المماثلة في القيام بإجراء إقصاء متعامل اقتصادي لم يتم بإيداع الحسابات القانونية للشركة، وغيرها من حالات الإقصاء، وبهذا فإن النشاط الإجرامي يتمثل فيما يلي:

- قبول هدية أو مزية غير مستحقة:

يفترض القبول كصورة للركن المادي في هذه الجريمة إيجابا صدر من صاحب المصلحة على قبول الهدية، حيث جاء نص المادة 38 تحت عنوان تلقي الهدايا ما يعني استلام الهدية وقبولها³، وعلى

1 المادة 02، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 صليحية بن عودة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية " بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 86.
3 زولبخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 198.

خلاف جريمة الرشوة السلبية التي يتحقق فيها القبول سواء تسلمها الجاني بالفعل أو وعد بالحصول عليها عند قضاء الحاجة، فإن جريمة تلقي الهدايا لا تقوم إلا بالتسليم الفعلي للهدية من طرف مقدمها للموظف العام وليس مجرد قبولها¹.

وأن قبول الهدية في جريمة تلقي الهدايا لا يشترط فيه قضاء حاجة، إذ أن المشرع لم يربطه بأداء عمل أو الإمتناع عن أدائه، كما هو الحال في جريمة الرشوة²، ولم يحدد نوع الهدية أو المزية غير مستحقة، غير أن الجريمة مادامت تعد صورة من صور جريمة الرشوة يمكن أن نصدق عليها مدلول المزية التي يعرضها الجاني على الموظف في جريمة الرشوة، فالمزية تأخذ عدة معاني وصور فقد تكون ذات طبيعة مادية أو معنوية، وأمثلتها كثيرة كالذهب، المال وغيرها.

ولا مناص من القول، أن المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته جاءت عامة، لم تبين قيمة الهدايا أو المبلغ الذي لا يمكن تجاوزه لتشكل بذلك جنحة تلقي الهدايا، ولا حتى نوع الهدية التي من شأنها أن تؤثر في مهام الموظف، إلا أن المشرع وفي إطار الرقابة على العمل الحكومي، حدد في المرسوم الرئاسي رقم 20-78 المؤرخ في 29 مارس 2020، الكيفيات المتعلقة بتخصيص وقيمة الهدايا المتلقاة والمقدمة عادة في إطار التشريعات، لأعضاء الوفود سواء كانوا في مهمة الجزائر أو في الخارج، واعتبر أن كل هدية تفوق قيمتها خمسين ألف دينار (50.000 دج)³، يجب إيداعها لدى مصالح الجمارك وفق النموذج المخصص لهذا الغرض⁴، كما يمنع على المسؤولين الجزائريين تبادل الهدايا فيما بينهم.

- طبيعة الهدية أو مزية ومناسبتها:

اشترط المشرع أن يكون قبول الهدية أو المزية التي يقبلها الموظف العمومي، من شأنها أن تؤثر في معالجة ملف أو في سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه دونما حصر أو تحديد ما هو الإجراء الذي يقصده، بمعنى آخر لا بد أن يكون لمقدم الهدية أو المزية حاجة أو مطلباً معروضاً على الموظف العمومي، الذي قبل الهدية أو المزية، وقد يأخذ المطلب أيضاً شكل الدعوى القضائية أو العريضة الإدارية أو الترشح لمشروع أو التظلم أو الطعن في قرار⁵.

1 صلحية بن عودة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية " بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 86.
2 أحسن بو سفيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، المال و الأعمال، جرائم التزوير، مرجع سابق، ص 105.
3 المادة 03، فقرة 02، والمادة 07، من المرسوم الرئاسي رقم 20-78، المؤرخ في 29 مارس 2020، المحدد لكيفيات المتعلقة بتخصيص وقيمة الهدايا التي تقدم عادة في إطار التشريعات لأعضاء الوفود في مهمة في الخارج وأعضاء الوفود في مهمة في الجزائر، ج، ج، العدد 18، الصادرة في 31 مارس 2020.
4 ينظر في الملحق رقم 03، نموذج من تصريح بتلقي الهدايا الممنوحة في إطار التشريعات من طرف الوفود في مهمة في الخارج.
5 زولبخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 199.

هذا وتتفق جريمة تلقي الهدية مع جريمة الرشوة السلبية في شرط تلقي الموظف العام الهدية قبل البث في الأمر محل الجريمة، أما إذا تلقاها بعد البث فيه فلا تقوم الجريمة، على اعتبار أن الهدية أو المكافأة اللاحقة غير مجرمة¹، فإستعمال النص لعبارة " من شأنها أن يؤثر " يدل على الهدف هو درء الشبهة، وكان من الأفضل لو تم تجريم الهدية أو المزية التي تقدم بعد قضاء الحاجة أو الإجراء أو الصفقة.

جاء في نص المادة 38 أيضا عبارة " لها صلة بالمهام"، بينما تضمن نص المادة 25 فقرة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عبارة "من واجباته" أي من اختصاصه، وعند مقارنة العبارتين نجد أن عبارة " لها صلة بمهامه" ذات مفهوم أوسع إذ تشمل الإختصاص والأعمال التي من شأن الوظيفة أن تسهل له أداء هذه الإجراء أو المعاملة، أو كان من الممكن تسهيل ذلك، وعليه فلا بد أن يكون الإجراء أو المعاملة التي بسببها تم تقديم الهدية أو المزية غير المستحقة-كإبرام الصفقة مثلا-، لها صلة بمهام الموظف العمومي، كان يكون من أعضاء لجنة الصفقات العمومية، ولا يكفي لقيام جريمة تلقي الهدايا أن يتوافر لدى الجاني صفة الموظف العمومي والعناصر المكونة للركن المادي للجريمة على النحو الذي تم بيانه، بل يتطلب الأمر أن تتوافر عناصر الركن المعنوي، وهذا ما سيتم تناوله تباعا.

ج-الركن المعنوي:

جريمة تلقي الهدايا من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، كما يشترط توافر القصد الجنائي العام لحظة تلقي الهدية، أي لحظة ارتكاب السلوك الإجرامي، ويبقى عبء الإثبات القصد الجنائي على النيابة العامة.

1-العلم:

هو أحد العناصر المهمة والأساسية التي يقوم عليها الركن المعنوي لأي جريمة من الجرائم العمدية، ويتحقق هذا العلم بأن يكون الجاني (الموظف العام) على علم بأن هذا الفعل الذي يُريد إتيانه مُجرّم، أي على علم بأن مقدم الهدية أو المزية له حاجة لديه واتجاه إرادته رغم ذلك إلى تلقيها، فتتوافر بذلك صلة ارتباط نفسي لديه بين المقابل الذي يحصل عليه والعمل الذي يلتزم به².

1 صلحية بن عودة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية " بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص88
2 فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع ال سابق، ص97.

2-الإرادة:

إضافة إلى العلم بالعناصر المكونة للجريمة، يجب أن تتجه إرادة الموظف إلى تحقيق السلوك أو النشاط الإجرامي، والذي يتحقق بقبوله الهدية واستلامها، ولا يثور شك في توافر عنصر الإرادة حين يطلب الموظف مقابلا لأداء العمل الوظيفي هدية كانت أو عطية، وغني عن البيان أن تلك الإرادة، التي تتحقق بها الجريمة ينبغي أن تكون إرادة حرة مختارة¹، كما أن الشيء الملاحظ على هذه الجريمة أنه من الصعب إثباتها من الناحية العملية، لأنه يصعب إثبات أن الهدية أو المزية هي التي أدت وأثرت على سير الإجراءات، ولم يكن لظرف آخر أي دخل في تغيير مسار الإجراءات².

الفرع الثاني:العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية .

نص المشرع الجزائري بعد تجريم الأفعال التي تعتبر انحراف في مجال الصفقات العمومية، على عقوبات تخص كل جريمة من هذه الجرائم، سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، وذلك من أجل ردع المخالفين والجانحين،وقد جاءت هذه العقوبات محددة في قانون الفساد 01/06 اعتمد المشرع فيها على آليات خاصة .

ونفس الصدد، نجد أن المشرع فرق بين العقوبات المقررة للشخص الطبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي، والتي تنقسم بدورها إلى عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

البند الأول : العقوبات الخاصة بالشخص الطبيعي:

في مجال الصفقات العمومية اعتمد المشرع في تقرير العقوبات على آلية التنجيح، لأن جرائم الفساد يغلب عليها الطابع المالي هذا من جهة، وإخضاعها لإجراءات تتسم بالبساطة والسرعة في الفصل فيها ضمن محكمة الجرح من جهة الثانية، كما أن هذا النوع من الجرائم يتميز بقلّة تأثيره في الرأي العام، على عكس الجرائم العادية الأخرى كالقتل أو الضرب والجرح، فإن المجتمع يتأثر بها ويطالب دائما بتوقيع العقوبة العادلة، وأحسن مثال على ذلك قضية سوناطراك فلم يكثر لها المجتمع كثيرا عكس قضية خطف الأطفال،التي أصبح المجتمع كله يطالب فيها بإعادة تنفيذ عقوبة

1 زولبخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 200.
2 أمال يعيش تمام، صور التجريم الجديدة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته،مجلة الإجتهاد القضائي،العدد05،جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص99.

الإعدام، ولعل هذا ما دفع المشرع إلى تسليط عقوبات مشددة على مرتكبي جرائم الفساد عموماً وجرائم الصفقات خصوصاً، بتغليظ العقوبة حتى تصل إلى حد عقوبة الجناية¹.

وعليه تنقسم العقوبات الأصلية المقررة لجرائم الصفقات العمومية بالنسبة للشخص الطبيعي، إلى عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة إضافة إلى العقوبات التكميلية، ويمكن تشديد العقوبة أو الإعفاء منها أو حتى تخفيضها.

أولاً : العقوبة الأصلية:

تكون العقوبات الأصلية إذا صدر الحكم بها دون أن تلحق بها أية عقوبة أخرى²، ولهذا فإن العقوبة الأصلية بوجه عام هي الجزاء الأساسي للجريمة، إذ تستمد هذا الوصف من كونها العقاب الأصلي والمباشر المقرر للجريمة³، ولكل من الجنايات والجنح والمخالفات عقوبتها الأصلية الخاصة بها⁴، أما بالرجوع لقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فإن المشرع وفي إطار المواد المتضمنة الصفقات العمومية، فقد نص لكل جريمة من جرائم الصفقات العمومية العقوبة المناسبة لها، وأهم ميزة نلمحها في هذه الجرائم هو تخلي المشرع عن العقوبات الجنائية واستبدالها بعقوبات جنحية.

1- عقوبة الحبس :

تطبيقاً لنص المادة 1/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فإن جريمة المحاباة تتجسد في جميع المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، ويعاقب عليها المشرع بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون

1 محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم والتحرير في الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، يوم 20 ماي 2013، ص 14.
2 المادة 04، من القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، ج، ج، ج، العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.
3 خيرة بن سالم، الآليات القانونية المكرسة لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 352.
4 تكون العقوبات الأصلية في مواد الجنايات كالاتي:

-الإعدام،
-السجن المؤبد،
-السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس (5) سنوات وعشرين (20) سنة، ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى قصوى .
أما العقوبات الأصلية في مواد الجنح فهي:
-الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات، ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى، أو قررت الجهات القضائية استبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر .
-الغرامة التي تتجاوز 2000 دج،
أما العقوبات الأصلية في مواد المخالفات فهي :
-الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر .
-الغرامة من 20 إلى 2000 دج.

(1.000.000 دج) دينار¹، وهذه العقوبة هي نفسها المقررة بالنسبة جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات تغير مبررة، وهي التي تقع في مرحلة التنفيذ دون غيرها من المراحل .

أما في جريمة الرشوة في الصفقات العمومية، فإن المادة 27 من القانون رقم 06-01 المتعلق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، نصت على أنه : "يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ، ما يلاحظ في هذه النص أن المشرع شدد في تغليظ العقوبة مقارنة بما هو منصوص عليه في المادة 26 فقرة 01 وفقرة 02، أما عن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية فيعاقب مرتكبها بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون (1.000.000 دج) دينار²، ويعاقب مرتكب جريمة تلقي الهدايا" بالحبس من ستة أشهر (06) إلى سنتين (02) وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 200.000 دج³ .

وعموماً فإن المشرع يعاقب على الشروع بنفس العقوبة المقررة للجريمة، وهو ما جاء في المادة 52 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، وكذلك الحال بالنسبة للشريك والمحرض⁴ ، فإنه يعاقب بنفس العقوبة للجريمة من جرائم الصفقات العمومية، مما يقتضي الرجوع للنص العقابي المقرر للجريمة.

2-الغرامة المالية:

يقصد بالغرامة المالية ذلك المبلغ النقدي الذي يلتزم به المحكوم عليه بدفعه لخزينة الدولة⁵، وهي بذلك تنشأ علاقة دائنية بين الدولة صاحبة الدين وبين المحكوم عليه بصفته المدين، وبسبب الحكم القضائي الذي اثبت مسؤولية الجاني وجعل الغرامة هي جزاء ارتكابه الجريمة. وتشترك كل من جريمة المحاباة واستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة، وجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في مقدار الغرامة المقررة للجريمة، بخلاف جريمة تلقي الهدايا التي حددت فيها الغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج.

1 المادة 26، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م ، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

2 المادة 35 من نفس القانون.

3 المادة 38، من نفس القانون.

4 المواد 41، 45، من القانون رقم 06-23، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، السالف الذكر .

5 علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية الجنائية والجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 204.

وبهذا فإن المشرع تبنى نظام ثنائية الحد في قانون العقوبات، ما بين الحد الأدنى والحد الأقصى، ولا يكون القاضي في هذه الحالة سوى السلطة التقديرية في توقيع الغرامة.

ثانيا: العقوبة التكميلية:

وهي العقوبات التي تكون تابعة للعقوبات الأصلية بحيث لا يجوز الحكم بها منفردة، وقد عد المشرع العقوبات التكميلية في كل من قانون العقوبات وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

1-العقوبات التكميلية المدرجة في قانون العقوبات :

نصت المادة 50 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات¹، وتتمثل هذه العقوبات التكميلية حسب المادة 09 من قانون العقوبات في :

• الحجر القانوني:

يتمثل في حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية²، وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي³، وفي إطار الصفقات العمومية فإنه يكون اختياري لا إلزامي، لأن وصف الجريمة هو جنحة، وقد قصر المشرع مدة الحجز على مدة تنفيذ العقوبة الاصلية، وهي التي يثبت فيها عجز المحكوم عليه عن إدارة أمواله.

• الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية:

حسب المادة 09 مكرر 1 من قانون العقوبات، فإن هذا الحرمان يشمل :

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،
- الحرمان من حق الانتخاب والترشح ومن حمل أي وسام،
- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عق، أو شاهدا أم القضاء إلا على سبيل الاستدلال،
- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة التعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا،

1 المادة 50، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م ، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، ص 238 .
3 المادة 07، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

-عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو مقدم،

-سقوط الولاية كلها أو بعضها.

ويجوز للحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية، وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه¹.

• تحديد الإقامة:

تعني إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة يعينها الحكم الصادر في حقه، لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، على أنه يمكن لوزارة الداخلية أن تأذن لهذا الأخير بموجب رخصة مؤقتة بالانتقال داخل المنطقة، وإذا خالف المحكوم عليه تدابير تحديد اقامته يعاقب بالحبس من ثلاثة (03) اشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 25.000 دج إلى 300.000 دج².

• المنع من الإقامة:

هو إجراء يتم بموجبه حظر على المحكوم عليه التواجد في أماكن معينة، لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات في مواد الجنح و عشر (10) سنوات في مواد الجنايات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وعندما يكون المنع من الإقامة مقترنا بعقوبة سالبة للحرية، فإن مدة المنع تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، وإذا خالف المحكوم عليه تدابير المنع من الإقامة، يعاقب بالحبس من ثلاثة (03) اشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 25.000 دج إلى 300.000 دج³.

• المصادرة الجزئية للأموال :

نصت المادة 15 من قانون العقوبات على أيلولة بعض أموال المحكوم عليه للدولة، أو ما يعادل قيمتها عند الإقتضاء، كما استثنيت ذات المادة بعض الأموال التي لا يجوز مصادرتها أو الحجز عليها، مما يعني جواز مصادرة غيرها⁴، وفي حالة الحكم إصدار الحكم في جنائية، للمحكمة

1 المادة 14، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 المادة 11، من نفس الأمر.

3 المادة 12، من نفس الأمر.

4 تنص المادة 15، من نفس الأمر، على أنه: ".....غير أنه لا يكون قابلا للمصادرة:

أن تأمر بمصادرة الأشياء التي استعملت لمكافأة مرتكبي الجريمة، ولا يجوز الحكم بذلك في جنحة أو مخالفة، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية الذي لم يكن شخصيا محل متابعة أو إدانة من أجل الوقائع التي أدت إلى المصادرة، ولهم سند ملكية أو حيازة صحيح ومشروع على الأشياء القابلة للمصادرة¹.

• المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط:

يجوز للمحكمة الحكم على الشخص المدان لإرتكابه جنائية أو جنحة، بالمنع من ممارسة نشاط مهني، إذا تبث للجهة القضائية أن للجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولتها، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما، ويصدر الحكم بالمنع لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات في مواد الجرح وعشر (10) سنوات في مواد الجنائيات، كما يجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء².

• إغلاق المؤسسة:

يترتب عن هذا الإجراء منع المحكوم عليه من أن يمارس فيه النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة، ويحكم بالغلق بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنحة وعشر (10) سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنائية، كما يجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء³.

• الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية:

يترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية، منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة مباشرة وغير مباشرة في أية صفقة عمومية، بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنحة وعشر (10) سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنائية، كما يجوز أن يؤمر بالنفاذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء⁴.

والجدير بالذكر، أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أشار إلى الإقصاء في المادة 75 منه، لاسيما حالة المتعامل الإقتصادي

- محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه، إذا كان يشغلونه عند معاينة الجريمة، وعلى شرط أن لا يكون هذا المحل مكتسباً عن طريق غير مشروع، والأموال المشار إليها في الفقرات من 02 إلى 13 في المادة 636 من ق إ م إ، والمداخيل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته،¹
1 المادة 15 مكرر 2، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر..
2 المادة 16 مكرر، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر..
3 المادة 16 مكرر 1، من نفس الأمر.
4 المادة 16 مكرر 2، من نفس الأمر.

الذي كان محل حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالف تمس النزاهة المهنية، وحالة المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم، وهاتين الحالتين تتعلقان بالجانب الجزائي.

• **الحظر من إصدار شيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع:**

هي تلك العقوبة التي يترتب عنها حظر اصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع من طرف المحكوم عليه، وارجاع الدفاتر والطاقت التي بحوزته أو التي عند وكلائه إلى المؤسسة المصرفية المصدرة لها، غير أنه يستثنى من هذا الحظر، الشيكات التي تسمح بسحب الأموال من السحاب لدى المسحوب عليه أو تلك المضمنة، وتكون مدة الحظر لا تزيد عن خمس (05) سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنحة وعشر (10) سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جناية، كما يجوز أن يؤمر بالنفاد المعجل بالنسبة لهذا الإجراء¹.

• **تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة:**

بغض النظر عن الأحكام الواردة في قانون المرور، فإنه يجوز للجهة القضائية الحكم بتعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها، مع منع من استصدار رخصة جديدة، ولا تزيد مدة التعليق أو السحب عن خمس (05) سنوات، من تاريخ صدور حكم بالإدانة، كما يجوز أن يؤمر بالنفاد المعجل بالنسبة لهذا الإجراء².

• **سحب جواز السفر:**

يجوز للجهة القضائية الحكم بسحب جواز السفر لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات، في حالة الإدانة بجناية أو جنحة وذلك من تاريخ النطق بالحكم، ويجوز أن يؤمر بالنفاد المعجل بالنسبة لهذا الإجراء وتبليغه لوزارة الداخلية³.

• **نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة:**

يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها، وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على ألا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض،

1 المادة 16 مكرر3، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 16 مكرر4، من نفس الأمر.
3 المادة 16 مكرر5، من نفس الأمر.

وإذا تجاوزت مدة التعليق شهرا واحدا، وكل من يقوم بإتلاف أو إخفاء أو تمزيق المعلقات جزئيا أو كليا، فإنه يعاقب بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنتين (02)، وبغرامة من 25.000 دج إلى 200.000 دج، مع الأمر بتنفيذ التعليق من جديد على نفقة الفاعل¹.

2-العقوبات التكميلية المدرجة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته:

إضافة إلى العقوبات التكميلية المدرجة في قانون العقوبات، فإن المشرع نص على عقوبات تكميلية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لاسيما المادة 51 منه، التي جاءت تحت عنوان التجديد والحجز والمصادرة، والمادة 55 التي جاءت تحت عنوان آثار الفساد، وبذلك فإنه تتمثل هذه العقوبات في :

أ-تجميد وحجز العائدات والأموال الغير المشروعة:

يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة، الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وذلك بموجب قرار قضائي أو أمر من سلطة مختصة، وفي حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية².

ويعتبر إجراء المصادرة إلزاميا وهو ما يستشف من عبارة " تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة"، وكنتيجة فإنها تختلف عن المصادرة المنصوص عليها في قانون العقوبات، كون هذه الأخيرة تنصب على أشياء مشروعة واستعملت في ارتكاب الجريمة، بينما المصادرة عليها في المادة 51 تخص أموال وعائدات غير مشروعة.

ب-الرد:

بقصد إعادة ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح من وراء ارتكاب الجريمة، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى³.

1 المادة 18، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 51، الفقرة 01 و 02، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ ق و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 المادة 51، فقرة 03 من نفس القانون.

• إبطال العقود والصفقات والبراءات والامتيازات:

نصت على الإجراء المادة 55 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، على أنه: " كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية" وهو حكم جديد لم يسبق له مثيل من حيث امكانية إبطال العقود أو صفقة عمومية من طرف القاضي الجنائي الناظر في الدعوى، وليس القضاء الإداري¹.

البند الثاني: العقوبات الخاصة بالشخص المعنوي:

بعدها قرر المشرع الجزائري مسألة الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص على الجرائم التي ترتكب لحسابه الخاص في المادة 53 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، دون الإخلال بمسألة الشخص الطبيعي كفاعل أو شريك عندما تتعلق هذه الجرائم بالشخص المعنوي، يطرح تساؤل حول كيفية إسناد هذه الجرائم للشخص المعنوي، مع العلم أن المدير أو الميسر هو الذي يتوفر فيه الفساد والاتجار بالوظيفة في الصفقات العمومية، فإذا ما حصل على هدية أو مزية غير مبررة فإنه سيستفيد منها كما لو حصل عليها وهو موظف في مؤسسة تابعة للدولة، كما أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تعلق مسؤولية المسير كفاعل أصلي أو شريك، فبالنظر إلى المسؤولية المقررة له كفاعل أصلي نجد أنها تشترك مع المسؤولية الخاصة بالشخص الطبيعي في حالة ما إذا ارتكب جريمة من جرائم الصفقات².

ومن ثم نجد أن المشرع قد تشدد في العقوبة الخاصة بالشخص المعنوي في هذه الحالة بحيث يعاقب الشخص المعنوي والمسير كفاعلين أصليين وكأن كيان كل من الشخص المعنوي والمسير مستقلين عن بعضهما البعض، وهذا يتنافى مع طبيعة العلاقة بينهما فالاستقلال المنصوص عليه هو الاستقلال في الذمة المالية الموجبة للشخصية المعنوية للشركة أو المؤسسة، أما القرارات

1 كان بإمكان المشرع الجزائري في نص المادة 55 من ق و ف م، أن يشير إلى الجهة المختصة للفصل في مصير العقود أو الصفقات أو براءات أو امتيازات أو التراخيص، التي يتحصل عليها نتيجة ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بدلا من التعدي على اختصاص القاضي الإداري الناظر في العقود والصفقات العمومية، بدليل ما نصت عليه المادة 800، من ق و ف م، بقولها: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية"، والمادة 32، من نفس القانون، بالنسبة للقضاء العادي، بقولها: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام"، لذا من المستحسن إعادة النظر في صياغة المادة 55 من ق و ف م.
2 محمد بن مشيرخ، خصوصية التجريم و التحري في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص15.

والتصرفات الموجبة للمسؤولية فلا يوجد هناك فرق بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي، لأن هذا الأخير هو المعبر عن إرادة الشخص المعنوي في كل الحالات.

ولعل تقرير المشرع لمسؤولية الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص بهذه الطريقة يجد مبرره في التأكيد على الطابع المالي للعقوبات الخاصة بجرائم الفساد وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي أحالت على المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، بالإضافة إلى العقوبات التكميلية.

أولاً: العقوبات الأصلية:

نصت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على أن: "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجناح وهي :
أ-الغرامة:

اعتبر المشرع الجزائي الغرامة عقوبة أصلية توقع على الشخص المعنوي في حالة ارتكابه لجريمة من جرائم الصفقات العمومية، وقد اعتمد بهذا الخصوص نظام الغرامة في حدها الأدنى وحدها الأقصى، مبلغ الغرامة التي يمكن فرضها على الشخص المعنوي بحسب نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري تساوي من مرة (01) إلى خمس(05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة عندما يرتكبها الشخص الطبيعي، أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج و 5.000.000 دج وهو ما يعادل الحد الأقصى¹.

ثانياً: العقوبات التكميلية:

عملت جميع التشريعات التي أخذت بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، إذ حرص المشرع الجزائري على النص على العديد من العقوبات التي يمكن أن توقع على الشخص المعنوي في قانون العقوبات، حيث جعل الغرامة كعقوبة أصلية وباقي العقوبات الأخرى عقوبات تكميلية، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

أ-عقوبة حل الشخص المعنوي:

يعرف الحل بأنه إعدام الوجود القانوني للشخص المعنوي، فيزول من عداد الأشخاص المعنوية التي ترخص لها الدولة صراحة أو ضمناً بممارسة نشاطها، ويستتبع حل الشخص المعنوي اختفاء

1 من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

اسمه وفقد مديره وممثليه وعماله مراكزهم وصفاتهم وتصفية أموالهم¹، وقد نص المشرع الجزائري على هذه العقوبة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، واعتبرها عقوبة تكميلية جوازية يمكن للقاضي أن يحكم بها في حالة ارتكاب الشخص المعنوي جناية أو جنحة، دون أن يتعرض إلى مضمون هذه العقوبة وقواعد تطبيقها².

ومادام أن جرائم الصفقات العمومية هي من ضمن الجرائم التي تناولها قانون الوقاية من الفساد، فمعنى ذلك أن هذه الجرائم المرتكبة من طرف الأشخاص المعنوية معنية بهذه العقوبة.

ب- عقوبة غلق الشخص المعنوي:

يقصد به منع الشخص المعنوي من ممارسة النشاط في المكان الذي ارتكبت فيه أو بسببه جريمة متعلقة بهذا النشاط، وهي عقوبة عينية تقع على ذات الشخص المعنوي أو فرع أو أكثر من فروع بصفة مؤقتة طيلة المدة المحددة في الحكم الصادر بالإدانة³.

وتطبق هذه العقوبة بصفة مؤقتة على الأشخاص المعنوية عند ارتكابها إحدى الجنايات والجنح المنصوص عليها قانوناً، في حين استبعد مادة المخالفات من تطبيقها، ومن ضمنها تلك الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، وحددت مدتها بـ خمس (05) سنوات كأقصى حد.

ج- الإقصاء من الصفقات العمومية :

يقصد بهذه العقوبة حرمان الشخص المعنوي المحكوم عليه من المشاركة في أية صفقة يكون طرفها أحد أشخاص القانون العام، بحيث يصبح غير قادر على إبرام الصفقات العمومية مهما كان نوعها، كما أنه لا يستطيع المساهمة في هذه الصفقات بطريق غير مباشر، أي بواسطة التعاقد مع شركاء الشخص المعنوي⁴.

د- المنع من ممارسة النشاط المهني والاجتماعي:

يقصد بهذه العقوبة الحيلولة بين الشخص المعنوي وبين ممارسة نشاطه متى كان سلوكه الإجرامي يمثل خروجاً عن أصول عمله وانتهاكاً لواجباته، ويترتب على الحكم بهذه العقوبة حرمان الشخص المعنوي المحكوم عليه من حق مزاولته نشاطه خشية أن ترتكب عن طريقه أو بمناسبته جرائم

1 محمود داوود يعقوب، المسؤولية في القانون الجنائي الاقتصادي، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 335.

2 بومدين كعبيش، المرجع السابق، ص 197.

3 المادة 18 مكرر، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 المادة 16 مكرر 02، من نفس الأمر .

أخرى، ومن ثم فإن مباشرتها له مصدر خطورة إجرامية تهدد المجتمع، فأريد القضاء على هذه الخطورة بمنعه من الاستمرار في هذا العمل¹.

تناول المشرع الجزائري هذه العقوبة في المادة 17 من قانون العقوبات، بقولها: "منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسته نشاطه تقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى ولو كان تحت اسم آخر أو مع مديرين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين ويترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية."، وتطبق هذه العقوبة بصفة نهائية أو مؤقتة بحيث لا تتجاوز مدتها خمس (05) سنوات، وهي إما تمس نشاط واحد أو عدة أنشطة، وهذا المنع إما يكون مباشرا أو غير مباشر يشمل النشاط الذي وقعت الجريمة بسببه أو بمناسبة².

* عقوبة المصادرة:

تعد المصادرة من العقوبات الفعالة بالنسبة للشخص المعنوي، لأنها تقع على الأشياء التي كانت محلا للجريمة أو نتجت عنها أو استعملت في ارتكابها، والهدف من ذلك هو حث الأشخاص المعنوية على حسن تنفيذ النصوص القانونية وبذل كل الجهود للامتناع عن ارتكاب الجرائم كي لا يتحمل نتائجها، وقد نص عليها المشرع كإحدى العقوبات التكميلية التي توقع على الشخص المعنوي لارتكابه إحدى جرائم الصفقات العمومية في قانون العقوبات³.

* عقوبة نشر وتعليق حكم الإدانة:

على اعتبار أن سمعة الشخص المعنوي هي العامل الأساسي لنهوضه وجذب العملاء أو المساهمين، فإن هذه العقوبة تشكل تهديدا كبيرا وفعليا للشخص المعنوي وتمس بمكانته والثقة التي وضعها فيه الجمهور، مما قد يؤثر سلبا على نشاطه مستقبلا، وهذا ما من شأنه أن يحقق الردع للشخص المعنوي ويمنعه من ارتكاب الجريمة، وقد نص المشرع الجزائري على هذه العقوبة في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، كإحدى العقوبات التكميلية التي يجوز للقاضي توقيعها على الشخص المعنوي المسؤول جزائيا إلى جانب عقوبة الغرامة في مواد الجنائيات والجنح التي يسأل عنها ومن ضمنها جرائم الصفقات العمومية.

1 أحمد محمد قائد مقليل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص358.
2 المادة 18 مكرر، المطبة 04، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 نفس المادة، المطبة 05، من نفس الأمر.

وحددت مدة النشر بشهر واحدا، وأن تكون تكاليف النشر والتعليق على نفقة المحكوم عليه، وفي حدود المبلغ الذي يحدده الحكم بالإدانة لهذا الغرض¹.

* عقوبة الوضع تحت الحراسة القضائية:

يقصد بهذه العقوبة وضع الشخص المعنوي تحت إشراف السلطة القضائية لدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات²، في حالة ارتكابه جرائم ضد الأشخاص أو الأموال أو المصلحة العامة، إذ يتعين على القاضي الذي يصدر الحكم بهذه العقوبة أن يعين وكلاء قضائيا وأن يحدد مهمته بدقة، على أن يقدم هذا الأخير كل ستة (06) أشهر تقريرا إلى قاضي تطبيق العقوبات عن المهمة المكلف بها، ولقاضي الحكم السلطة التقديرية في أن يأمر بتبديل العقوبة أو رفع الرقابة القضائية عنه نهائيا³. وقد حددت 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، نطاق تطبيق عقوبة الوضع تحت الحراسة كعقوبة تكميلية من بين أنواع أخرى من العقوبات التكميلية التي تطبق إحداها أو أكثر إلى جانب عقوبة الغرامة على الشخص المعنوي بالنسبة لجرائم ذات وصف جنائية أو جنحة التي يسأل عنها الشخص المعنوي جزائيا، وذلك بأن جعل هذه العقوبة مؤقتة، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

المطلب الثاني: الأحكام الإجرائية لحماية المنافسة من جرائم الصفقات العمومية.

يقصد بالأحكام الإجرائية تلك الإجراءات التي تتخذ من يوم إكتشاف جرائم الفساد إلى غاية الفصل نهائيا، وإن كانت جرائم الصفقات العمومية تخضع بالدرجة الأولى إلى كافة الإجراءات العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، فقد خصها المشرع ببعض الأحكام الإجرائية المميزة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، لذلك سنتعرض في الفرع الأول إلى الأحكام الإجرائية على الصعيد الدولي ثم في الفرع الثاني إلى الأحكام الإجرائية على الصعيد الوطني.

الفرع الأول : إجراءات البحث والتحري على المستوى الدولي

تشكل عقود الصفقات أكثر استقطابا للمتعاملين الأجانب، بسبب حجم الأموال الضخمة المرصودة لها، لذلك نجدهم-المتعاملين الأجانب- يحاولون بثتى الطرق لنيل هذه العقود ولو كانت غير مشروعة، ولمجابهة ذلك كثفت الجزائر جهودها في مجال التعاون الدولي لمكافحة جرائم الفساد

1 المادة 18، الفقرة 01، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 18 مكرر، المطبة 07، من نفس الأمر .
3 بومدين كعبيش، المرجع السابق، ص 200.

في أكثر من مناسبة، من خلال الإتفاقيات الدولية والإقليمية التي انضمت إليها، وكرستها في قوانينها الجنائية الداخلية، بهدف إلى الكشف عن العمليات المالية المرتبطة بجرائم الفساد، ومن بينها جرائم الصفقات العمومية.

والتعاون هو العون المتبادل، أي تبادل المساعدة لتحقيق هدف معين وهذا هو المعنى العام لكلمة تعاون، ويفهم منه التضافر المشترك بين شخصين أو أكثر لتحقيق نفع مشترك¹، وهو ما نص عليه المشرع على أن تقام علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن خاصة مع الدول الأطراف في الاتفاقية في مجال التحريات والمتابعات والإجرائية القضائية المتعلقة بالجرائم².

ومما لا شك فيه أن استراتيجية مكافحة الفساد والوقاية منه على المستوى الدولي، تستدعي التنسيق والتعاون على العديد من المراحل، لاسيما ما تعلق بتقديم المعلومات والتنسيق في إجراءات البحث والتحري(البند الأول)، وفي مجال الإجراءات القضائية المؤقتة كالتجميد والحجز أثناء سير الخصومة القضائية، واسترجاع الممتلكات عن طريق إجراءات المصادرة الدولية ومتابعة المجرمين وتسليمهم(البند الثاني).

البند الأول: التعاون الدولي في مجال التحقيقات الأولية

تضمنت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نظام إجرائي فعال في مجال مكافحة جرائم الفساد، ويظهر ذلك في إطار تعزيز التعاون الدولي في مجال المساعدة التقنية لمنع ومكافحة الفساد والذي يشمل إنشاء وتدعيم أجهزة الملاحقة المزودة بالوسائل والإمكانيات الحديثة وتدريب العنصر القائم على هذه الأجهزة³.

والملاحظ أن التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم الصفقات العمومية بمعناه العام، يشمل على مراحل عديدة تبدأ من أعمال الضبطية القضائية وإجراءاتها، وتستمر إلى ما بعد تنفيذ حكم القضائي، ويعتبر التعاون الدولي لمكافحة أي جريمة من الالتزامات الهامة الملقاة على عاتق الدول⁴، حيث تقدم الدول الأطراف بعضها إلى بعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بهذه الجرائم.

1 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، ص 233.
2 المادة 57، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 المادة 43، من المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالف الذكر.
4 تنص المادة 46، من المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالف الذكر، على أنه: "أن تقدم الدول الأطراف بعضها إلى بعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بهذه الجرائم".

ولا مناص من القول، سياسية مكافحة الفساد والوقاية منه على المستوى الدولي تستوجب التنسيق والتعاون على العديد من المراحل وكل هاته المراحل تعد بالغة الأهمية، خصوصا تلك التي تتعلق بتبادل المعلومات الخاصة بالتحقيق (أولا) والتعاون المشترك في استخدام أساليب البحث والتحري (ثانيا).

أولا : تقديم المعلومات.

يمكن للسلطات الوطنية المماثلة أن تمد السلطات الأجنبية المختصة بالمعلومات المالية المفيدة المتوفرة لديها بمناسبة التحقيقات الجارية على إقليمها وفي إطار الإجراءات المتخذة بغرض المطالبة بعائدات الجرائم واسترجاعها¹.

ويجوز للسلطات المعنية لدى الدولة الطرف دون المساس بالقانون الداخلي، ودون أن تتلقى طلبا مسبقا، أن ترسل معلومات ذات صلة بمسائل جنائية إلى سلطة مختصة في دولة طرف أخرى، حيثما تعتقد أن هذه المعلومات يمكن أن تساعد تلك السلطة على القيام بالتحريات والإجراءات الجنائية أو إتمامها بنجاح، أو قد تفضي إلى تقديم الدولة².

وترسل المعلومات دون المساس بما يجري من تحريات وإجراءات جنائية في الدولة، التي تتبع لها السلطات المعنية التي تقدم تلك المعلومات، وعلى السلطات المختصة التي تتلقى المعلومات أن تمتثل لأي طلب بإبقاء تلك المعلومات طي الكتمان، وإن مؤقتا أو بفرض قيود على استخدامها³، ويلتزم الموظفون العموميون الذين لهم مصلحة في حساب مالي في بلد أجنبي أو حق أو سلطة توقيع أو سلطة أخرى، على ذلك الحساب بأن يبلغوا السلطات المعنية عن تلك العلاقة، وأن يحتفظوا بسجلات ملائمة تتعلق بتلك الحسابات وذلك تحت طائلة الجزاءات التأديبية.

ثانيا: التعاون بمناسبة البحث والتحري

من أجل مكافحة الفساد مكافحة فعالة، تقوم كل دولة طرف، بقدر ما تسمح به المبادئ الأساسية لنظامها القانوني الداخلي، وضمن حدود إمكانياتها ووفقا للشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي، باتخاذ ما قد يلزم من تدابير لتمكين سلطاتها المختصة من استخدام أسلوب التسليم المراقب على النحو المناسب وكذلك، حيثما تراه مناسبا، إتباع أساليب تحرر خاصة كالترصد

1 المادة 60، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م ، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 46، الفقرة 04، من المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالف الذكر.
3 المادة 46، الفقرة 05، من نفس المرسوم.

الإلكتروني وغيره من أشكال التردد والعمليات السرية، استخداما مناسباً داخل إقليمها¹، إضافة إلى تعزيز التعاون الدولي في المسائل الجنائية المتعلقة بملاحقة جرائم الفساد وهذا من خلال نقل الأشخاص والإجراءات، والتعاون في التحقيقات المشتركة وإجراءات الاستدلال².

البند الثاني: التعاون الدولي في المجال القضائي:

يشمل التعاون الدولي في هذا المجال، تقديم المساعدات الأولية في إطار الإجراءات القضائية (أولاً) وتجميد وحجز الأموال واسترداد الممتلكات عن طريق إجراءات المصادرة الدولية (ثانياً) ومتابعة المجرمين وتسليمهم (ثالثاً).

أولاً : المساعدات الأولية في إطار الإجراءات القضائية

نصت الاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على أن الدول الأطراف تقدم لبعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية، في التحقيقات والملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية وتشمل المساعدة القانونية³:

-الحصول على الأدلة أو أقوال الأشخاص.

-تبليغ المستندات القضائية.

-تنفيذ عمليات التفتيش والحجز والتجميد.

-فحص الأشياء والمواقع.

-تقديم المعلومات والمواد والأدلة وتقييمات الخبراء.

-تقديم الأصول المستندات والسجلات ذات الصلة، بما في ذلك السجلات الحكومية،

المصرفية، المالية، الشركات والمنشآت التجارية أو نسخ منها مصادق عليها.

-تحديد العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو الأشياء الأخرى أو اقتفاء أثرها لأغراض الإثبات.

-تيسير مثول الأشخاص طواعية في الدولة الطرف.

-استرداد الموجودات.

والتعاون مع الدول الأطراف الأخرى فيما يتعلق بالجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية على إجراء

تحريرات بشأن:

1 المادة 50، الفقرة 01، من من المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المتضمن التصديق بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالف الذكر.

2 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية....، المرجع السابق، ص 233.

3 المادة 46، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالف الذكر.

-هوية الأشخاص المشتبه في ضلوعهم في تلك الجرائم وأماكن تواجدهم وأنشطتهم، أو أماكن الأشخاص المعنيين.

-حركة العائدات الإجرامية أو الممتلكات المتأتية من ارتكاب تلك الجرائم¹.

-حركة الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى المستخدمة أو المراد استخدامها في ارتكاب جرائم الفساد.

-القيام عند الاقتضاء بتوفير الأصناف أو الكميات اللازمة من المواد لأغراض التحليل أو التحقيق.

-تبادل المعلومات عند الاقتضاء مع الدول الأطراف الأخرى بشأن وسائل وطرق معينة تستعمل في ارتكاب جرائم الفساد، بما في ذلك استخدام هويات زائفة أو وثائق مزورة أو محورة أو زائفة أو غيرها من وسائل إخفاء الأنشطة².

-تسهيل التنسيق الفعال بين السلطات وأجهزتها ودوائرها المعنية وتشجيع تبادل العاملين وغيرهم من الخبراء بما في ذلك تعيين ضباط اتصال رهنا بوجود اتفاقات أو ترتيبات ثنائية بين الدول الأطراف المعنية³.

-تبادل المعلومات وتنسيق ما يتخذ من تدابير إدارية وتدابير أخرى حسب الاقتضاء بهدف الكشف المبكر عن جرائم الفساد.

-تسعى الدول الأطراف إلى التعاون ضمن حدود إمكانياتها للتصدي لجرائم الفساد التي ترتكب باستخدام التكنولوجيا الحديثة⁴.

ثانيا : تجميد وحجز الأموال واسترداد الممتلكات عن طريق إجراءات المصادرة الدولية:

يعتبر التجميد والحجز من قبيل الإجراءات المؤقتة أثناء سير الخصومة الجزائية، فإن المصادرة تعتبر بمثابة آثار الحكم الصادر في الموضوع مع العلم أن المشرع الجزائري كان قد نص عليها في عدة مناسبات⁵.

1 المادة 48، الفقرة ب، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالفة الذكر.

2 المادة 48، الفقرة ج، من نفس اتفاقية .

3 المادة 48، الفقرة هـ، من نفس الاتفاقية.

4 المادة 48، الفقرة و، من نفس اتفاقية.

5 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، ص240.

ويقضي المشرع الجزائري في هذا على أن الأحكام القضائية الأجنبية التي أمرت بمصادرة ممتلكات اكتسبت عن طريق إحدى جرائم الفساد المنصوص عليها، أو الوسائل المستخدمة في ارتكابها نافذة بالإقليم الجزائري طبقا للقواعد والإجراءات المقررة، كما يضيف أن مصادرة الممتلكات تكون حتى في انعدام الإدانة بسبب انقضاء الدعوى العمومية أو لأي سبب آخر¹.

كما يمكن للجهات القضائية أو السلطات المختصة بناء على طلب إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية، التي تكون محاكمتها أو سلطاتها المختصة قد أمرت بتجميد أو حجز العائدات المتأتية من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، أو الممتلكات أو المعدات أو الأدوات التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام في ارتكاب جرائم الفساد أن تحكم بتجميد أو حجز تلك الممتلكات شريطة وجود أسباب كافية لتبرير هذه الإجراءات ووجود ما يدل على أن مآل تلك الممتلكات هو المصادرة².

وتؤكد اتفاقية الأمم المتحدة على ضرورة تفعيل نظام استرداد الأموال والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد وهذا من أجل حرمان مرتكبي جرائم الفساد من ثمار مشروعهم الإجرامي وهذا مهما استخدموا من حيل الإخفاء والتمويه المصرفي ووسائل غسل الأموال وقد خصص لنظام استرداد الأموال الفصل السادس من هذه الاتفاقية وهذا في المواد من 51 إلى 59، وفي ذلك تؤكد اتفاقية الأمم المتحدة أنه على كل دولة طرف ومن أجل تقديم المساعدة القانونية المتبادلة، عملا بالمادة 55 من ذات الاتفاقية فيما يتعلق بممتلكات اكتسبت بارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية بان تقوم بما يلي:

-اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بإنفاذ أمر مصادرة صادر عن محكمة في دولة طرف³.

-اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة عندما تكون لديها ولاية قضائية، بأن تأمر بمصادرة تلك الممتلكات ذات المنشأ الأجنبي من خلال قرار قضائي، بشأن جرم غسل الأموال أو أي جرم آخر يندرج ضمن ولايتها القضائية أو من خلال إجراءات أخرى يأذن بها قانونها الداخلي⁴.

-النظر في اتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح بمصادرة تلك الممتلكات، دون إدانة جنائية في الحالات التي لا يمكن ملاحقة الجاني بسبب الوفاة أو الفرار أو الغياب.

1 المادة 63، الفقرة 03، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م ، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 63، الفقرة 01، من نفس القانون.
3 المادة 54، الفقرة أ، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالفة الذكر.
4 المادة 54، الفقرة ب، من نفس الاتفاقية.

فضلا عن الوثائق والمعلومات اللازمة التي يجب أن تتضمنها طلبات التعاون القضائي وفقا لما تقرره الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف وما يقتضيه القانون ترفق الطلبات المقدمة من إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية لأجل الحكم بالصادرة أو تنفيذها حسب الحالات التالية:

- بيان بالوقائع التي استندت إليها الدولة الطالبة ووصف الإجراءات المطلوبة إضافة إلى نسخة مصادق على مطابقتها للأصل من الأمر الذي استند إليه الطلب حيثما كان متاحا وذلك إذا تعلق الأمر باتخاذ إجراءات التجديد أو الحجز أو بإجراءات تحفظية.

- وصف الممتلكات المراد مصادرتها وتحديد مكانها وقيمتها متى أمكن ذلك مع بيان الوقائع التي استندت إليها الدولة الطالبة والذي يكون مفصلا بالقدر الذي يسمح للجهات القضائية الوطنية باتخاذ قرار المصادرة طبقا للإجراءات المعمول بها وذلك في حالة الطلب الرامي إلى استصدار حكم المصادرة.

بيان يتضمن الوقائع والمعلومات التي تحدد نطاق تنفيذ أمر المصادرة الوارد من الدولة الطالبة إلى جانب تقديم هذه الأخيرة لتصريح يحدد التدابير التي اتخذتها لإشعار الدول الأطراف حسنة النية بشكل مناسب وكذا ضمان مراعاة الأصول القانونية والتصريح بان حكم المصادرة نهائي وذلك إذا تعلق الأمر بتنفيذ حكم المصادرة¹.

ويوجه الطلب الذي تقدمه إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية لمصادرة العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو المعدات أو الوسائل الأخرى المذكورة في المادة 64 من هذا القانون والمتواجدة على الإقليم الوطني مباشرة إلى وزارة العدل التي تحوله للنائب العام لدى الجهة القضائية المختصة وترسل النيابة العامة هذا الطلب إلى المحكمة المختصة مرفقا بطلباتها ويكون حكم المحكمة قابلا للاستئناف والطعن بالنقض وفقا للقانون تنفذ أحكام المصادرة المتخذة على أساس الطلبات المقدمة وفقا لهذه المادة بمعرفة النيابة العامة بكافة الطرق القانونية².

مما يعني أن مكافحة جرائم الصفقات العمومية لا يتطلب اتباع استراتيجية عقابية فقط، ولا يقتصر متابعتها على الصعيد المحلي وحده، بل يجب أن يشمل الصعيد الدولي والمجهودات في مواجهة جرائم الفساد على المستوى الدولي أو الوطني الذي توسع في مجال مكافحته.

1 المادة 66، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م ، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
2 المادة 67، من نفس القانون.

ثالثا: التعاون بمناسبة تسليم المجرمين.

لم تعد جرائم الفساد في العديد من صورها محض جرائم داخلية، يستغرق تنفيذ أركانها إقليم دولة واحدة، بل تعدت وصار لها طابعها الدولي الذي يتنامى يوما بعد يوم، لذلك دعت اتفاقية الأمم المتحدة إلى ضرورة تفعيل نظام تسليم الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم الفساد أو المحكوم عليهم بالإدانة وفي هذا الإطار أكدت الاتفاقية على عدم جواز رفض التسليم استنادا للدفع بالطابع السياسي للجريمة المنسوبة إلى الشخص حسب المادة 44 في فقرتها الرابعة، والتأكيد على مبدأ عدم إجبار الدولة على تسليم رعاياها لكنها تلتزم بمحاكمتهم¹، ويجوز للدولة الطرف التي يسمح قانونها بذلك، أن توافق على طلب تسليم شخص ما، بسبب أي من الجرائم المشمولة بهذه الاتفاقية، والتي لا يعاقب عليها بموجب قانونها الداخلي².

وتعتبر كل من الجرائم التي تنطبق عليها هذه المادة مدرجة في عداد الجرائم، الخاضعة للتسليم في أي معاهدة لتسليم المجرمين قائمة بين الدول الأطراف، وتتعهد الدول الأطراف بإدراج تلك الجرائم في عداد الجرائم الخاضعة للتسليم في كل معاهدة تسليم تبرم فيما بينها، ولا يجوز للدولة الطرف التي يسمح قانونها، بذلك أن تعتبر أي من الأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية جرما سياسيا إذا ما اتخذت هذه الاتفاقية أساسا للتسليم³.

ومن هنا وفي إطار التعاون الدولي لمكافحة الفساد في الصفقات، يجب أن تتخذ كل دولة ما يلزم من التدابير بما فيها التشريعية والإدارية، لضمان تنفيذ التزاماتها بموجب اتفاقية مكافحة الفساد، كما لها أن تعتمد تدابير أكثر صرامة أو شدة من التدابير المنصوص عليها في هذه الاتفاقية من أجل منع الفساد ومكافحته.

الفرع الثاني: إجراءات البحث والتحري عن جرائم الصفقات على المستوى الداخلي

هذه المرحلة تلي وقوع الجريمة مباشرة وهي تهدف إلى الكشف عن الحقيقة، ولذلك فهي من مراحل إثبات الدعوى الجنائية، ويتجه هدفها الأساسي إلى جمع عناصر الإثبات اللازمة لتحضير التحقيق الابتدائي⁴.

1 زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية.....، المرجع السابق، ص 236.

2 المادة 44، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالفة الذكر.

3 المادة 44، الفقرة 04، من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، السالفة الذكر.

4 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، مطبعة القاهرة، مصر، 1981، ص84.

وعلى اعتبار أن التحريات الأولية تسبق مرحلة التحقيق، وتتسم بالبحث والتحري عن وقوع الجريمة تسهيلا لجمع الأدلة، يجب على ضابط الشرطة القضائية البحث والتحري عن مرتكبيها، ما دام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي¹، وخلال هذه المرحلة نجد أن للنيابة العامة سلطة تقدير واسعة في اتخاذ القرار المناسب للدعوى الجزائية متابعة أو حفظا.

كما أن تكييف الوقائع وفق النصوص القانونية السارية المفعول لهو أيضا من صميم السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى الجزائية²، وفحوى التحريات هو مجرد جمع المعلومات وغايته هو توضيح الامور للنيابة العامة كي تتصرف على وجه معين وليست غايته توضيح عناصر الدعوى لقاضي الحكم لكي يحكم على نوع معين فتلك مهمة النيابة العامة أو قاضي التحقيق³.

البند الأول: تحريات الشرطة القضائية للكشف عن جرائم الصفقات العمومية باستعمال أساليب التحري الخاصة:

إن الكشف عن الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، يتطلب جملة من إجراءات من قبل الشرطة القضائية، صاحبة الاختصاص في الكشف عن الجرائم ومعرفة كافة الظروف التي ارتكبت فيها، وكذا التحري عن كافة المعلومات الخاصة بوقوعها.

أدرج المشرع الجزائري أساليب جديدة في البحث والتحري من أجل مواكبة ومسايرة التطور الكبير في أشكال الإجرام في العصر الحديث، لاسيما جرائم الفساد عموما وجرائم الصفقات العمومية على وجه التحديد، وذلك من خلال الباب الثاني تحت عنوان "التحقيقات" في قانون الإجراءات الجزائية و قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سماها أساليب التحري الخاصة، حيث منح المشرع صلاحيات أوسع للشرطة القضائية، وذلك من أجل تسهيل عملية جمع الأدلة تضاف إلى الاختصاصات والصلاحيات، التي يباشرونها أصلا في مختلف الجرائم المقررة في قانون العقوبات والمنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، سواء تعلق الأمر بالاختصاصات العادية أو الاختصاصات الممنوحة لهم في حالة التلبس أو في حالة الإنابة القضائية⁴.

1 سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص120.

2 محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3 ط1 دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن، ص73.

3 عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2010، ص54.

4 تنص المادة 68، الفقرة 06، من القانون رقم 06-01، المتعلق بـ و ف م، المعدل والمتمم: "وإذا كان من المتعذر على قاضي التحقيق أن يقوم بنفسه بجميع إجراءات التحقيق جاز له أن يندب ضابط الشرطة القضائية للقيام بتنفيذ جميع أعمال التحقق اللازمة ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد 138 إلى 142، وعلى قاضي التحقيق أن يراجع بنفسه عناصر التحقق الذي اجري على هذه الصور"، السالف الذكر.

هذا، ويمكن تعريف أساليب التحري الخاصة بأنها: "تلك العمليات أو الإجراءات أو التقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة وإشراف السلطة القضائية بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات، وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين¹."

وعليه، فإن الدراسة تقتضي منا التعرض لكل أسلوب على حدة بدءاً بأسلوب اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور (أولاً) ثم أسلوب التسرب والترصد الإلكتروني. **أولاً: أسلوب اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور:**

مكن المشرع الجزائري ضابط الشرطة القضائية من صلاحية اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور للكشف عن جرائم الصفقات العمومية، وهذا بموجب المواد من 65 مكرر 05 إلى غاية 65 مكرر 10، من الأمر 66-156، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم².

وباستقراء هذه النصوص نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، لكن ومع ذلك يمكن تعريفها بصفة عامة بأنها: "وضع شخص أو وسائل نقل أو أماكن أو مواد تحت رقابة سرية بهدف الحصول على معلومات خاصة بالنشاط أو كشف شخصية الأفراد، وهي تفيد في منع إتمام الجريمة وفي جمع الأدلة عنها والتأكد من صحة المعلومات ثم الحصول عليها بالفعل"³.

وتعرف أيضاً بأنها: "تتبع سري ومتواصل للجرم أو للمشتبه به قبل وبعد ارتكابه للجريمة ثم القبض عليه متلبساً بها"⁴.

يتضح من خلال هذه التعريفات أن الهدف من هذه العمليات هو الاطلاع على أحوال الغير بطريقة خفية ودون علمهم بالقدر الذي يهتك خصوصياتهم وعمومياتهم، وجعلهم في حالة مكشوفة للمراقب بقصد الحصول على معلومات أو بيانات تؤدي إلى كشف الجريمة⁵.

1 عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، ط2، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص ص، 97-98.
2 ينظر المواد من 65 مكرر 05 إلى غاية 65 مكرر 10، من الأمر 66-156، المتضمن ق إ ج، المعدل والمتمم، والمادة 56 من ق و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 روابح فريد، الأساليب الإجرائية الخاصة للتحري والتحقيق في الجريمة المنظمة، رسالة دكتوراه في القانون العام، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 28.
4 مصطفىاوي عبد القادر، أساليب البحث والتحري الخاصة وإجراءاتها، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009، ص ص، 70-71.
5 بومدين كعبيش، المرجع السابق، ص 231.

لكن على الرغم من هذه التعريفات العامة لاعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، إلا أنه وبغية ضبط المصطلحات بشكل أدق فإن الأمر يقتضي منا التعرض لكل أسلوب على حدة على النحو التالي:

1- اعتراض المراسلات:

تعد المراسلات مظهرا من مظاهر الحق في حرمة الحياة الخاصة، لا يجوز لغير مصدرها الاطلاع عليها، إلا أن القوانين في مختلف دول العالم لمصلحة التحقيقات وضرورتها، سمحت بعملية مراقبة سرية للمراسلات السلوكية واللاسلكية في إطار البحث والتحري عن الجريمة، وجمع الأدلة أو المعلومات حول الأشخاص المشتبه في ارتكابهم أو في مشاركتهم في ارتكاب الجريمة.

فيقصد بإعتراض المراسلات بأنه: "إجراء تحقيقي يباشر خلسة وينتهك سرية الأحاديث الخاصة، تأمر به السلطة القضائية في الشكل المحدد قانونا، بهدف الحصول على دليل غير مادي للجريمة، ويتضمن من ناحية أخرى استراق السمع إلى الأحاديث والتي تتم عبر وسائل الإتصال السلوكية واللاسلكية¹، وبالرجوع لـ ج، نجد أن المشرع اشترط لمشروعية إجراءات الإعتراض على المراسلات، ضرورة حصول على إذن من وكيل الجمهورية المختص².

فوسائل الاتصال السلوكية المعروفة تتمثل في الهاتف الثابت والتلغراف، أما الوسائل اللاسلكية فهي الهاتف النقال، الإنترنت والبريد الإلكتروني، وبذلك أخرج المشرع الوسائل الكلاسيكية المعتادة، المتمثلة في الخطابات والمراسلات المكتوبة مهما كان نوعها كالرسائل والبرقيات.

2- تسجيل الأصوات:

هو أسلوب يعتمد على وضع رقابة على الهاتف وتسجيل الأحاديث التي تتم عن طريقه، كما يتم عن طريق وضع ميكروفونات حساسة تستطيع التقاط الأصوات وتسجيلها على أجهزة خاصة، وقد يتم عن طريق التقاط إشارات لاسلكية أو إذاعية³، وقد أشار إليه المشرع في المادة 65 مكرر 05 الفقرة 02 من ق إ ج: "وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية."

1 خيرة بن سالم، الآليات القانونية المكرسة لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 381.
2 65 مكرر 05، من الأمر 66-156، المتضمن ق إ ج، المعدل والمتمم، السالف الذكر.
3 الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 242.

ويقتضي اللجوء إلى هذه الوسيلة استعمال تقنيات الصورة أو الصوت أو كليهما، وكذا وسائل الاتصال عن بعد أو المراقبة بواسطة الأقمار الصناعية، وهذا للقيام بعمليات التردد والتصنت على العناصر الإجرامية لمعرفة تحركاتها والكشف عن خططها المستقبلية لارتكاب الجرائم. في هذا المقام، ينبغي التفرقة بين اعتراض المكالمات الهاتفية كوسيلة تحري خاصة، وبين وضع الخط الهاتفية تحت المراقبة، فهذا الإجراء يتم برضا صاحب الشأن ويخضع لتقدير الهيئة القضائية، بعد تسخير مصالح البريد لهذا الغرض، كما انه غير محدد الموضوع بمحادثة أو محادثات معينة، بينما الأول هو وسيلة تحري خاصة تتم دون علم أو رضا صاحب الشأن¹.

3- التقاط الصور:

تعتبر هذه التقنية من التقنيات التي استخدمها المشرع الجزائري في البحث والتحري عن جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية، وقد أشار إليه المادة 65 مكرر 09 من ق إ ج، ويقوم هذا الإجراء أساسا على استخدام الكاميرات أو أجهزة خاصة تلتقط الصور والصوت لشخص أو عدة أشخاص مشتبه في أمرهم على الحالة التي كانوا عليها وقت التصوير لغرض استخدام محتوى الفيلم كمادة إثبات ودليل مادي².

ويعتبر إجراء التقاط الصور استثناء عن المبدأ العام الذي يمنع التقاط الصور خلسة دون موافقة المعني كونه يشكل انتهاكا للحياة الخاصة المضمونة دستوريا³، إلا أن المشرع والقضاء رخصا بالاتجاه لهذه الوسيلة لما لها من فعالية في اكتشاف الجريمة وتحديد هوية مرتكبيها، وبالتالي الوقوف على الحقيقة كما هي، لذلك لم يستبعد القضاء الجنائي مثل هذه الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي. نظرا لخطورة هذه الإجراءات على حقوق وحرية المواطنين، فإن المشرع قيدها بشروط وضوابط تهدف إلى توفير أكبر قدر من الضمانات ضد أي تعسف أو إفراط في استعمالها، إما من طرف الجهات الأمنية التي تتولى مهمة تنفيذها أو الجهات القضائية التي تتولى إصدارها، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1 نادية تيباب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 337.
2 الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 243.
3 تنص المادة 46، من د، ج، هـ، ش، لسنة 1996، على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه ويحميها القانون.
سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة"، السالف الذكر.

- يجب أن تتم هذه الإجراءات بمناسبة جرائم محددة في القانون على سبيل الحصر، ومنها جرائم الفساد عموماً وجرائم الصفقات العمومية على وجه التحديد.
- يجب أن تكون هذه الأساليب من أجل التحري والتحقيق في الجرائم، ولهذا لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 05 من ق إ ج ومن ضمنها جرائم الصفقات العمومية، وفي حالة فتح تحقيق قضائي، تتم العمليات المذكورة بناءً على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة¹.
- وجوب الحصول على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية المختص أو قاضي التحقيق تحت رقابتهما المباشرة، وعدم الحصول على إذن قضائي مسبق يترتب عنه بطلان إجراءات المتابعة القضائية، ويجب أن يتضمن هذا الإذن البيانات التالية:
- يجب أن يتضمن الإذن كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها.
 - تحديد الأماكن المقصودة سكنية أو غيرها.
 - تحديد الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير ومدتها².
- ضرورة أن يكون الإذن محددًا بمدة زمنية معينة، والتي لا يمكن أن تتجاوز أربعة (04) أشهر قابلة للتجديد ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية وذلك بتحديد بداية العملية أو نهايتها³.
- مباشرة هذه الأساليب من طرف ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص، ويحرر محضراً عن كل عملية اعتراض وتسجيل المراسلات، وحتى عن عمليات وضع الترتيبات التقنية وعمليات الالتقاط والتثبيت والتسجيل الصوتي أو السمعي البصري، كما يذكر بالمحضر تاريخ وساعة بداية هذه العمليات والانتهاؤها منها⁴.
- ضرورة المحافظة على سرية الإجراءات وكتمان سر المهنة أثناء التحريات الخاصة، بحيث تكون هذه الإجراءات ذات طابع سري دون علم ورضا الشخص محل المراقبة، فسرية إجراء التحري

1 المادة 65 مكرر 05، الفقرة 06، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، السالف الذكر .
2 المادة 65 مكرر 10، من الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، السالف الذكر ..
3 المادة 65 مكرر 07، من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن ت ص ع و ت م ع، السالف الذكر.
4 المادة 65 مكرر 09، من نفس الأمر.

يعتبر من المقومات الأساسية له، والذي يعني القيام قدر الإمكان ممن هو قائم بعملية التحري أو كلف بإجراء من إجراءاته أو ساهم فيه بالمحافظة على السر المهني¹.

يتضح من خلال ما سبق مدى أهمية هذه الإجراءات في الكشف عن مختلف الجرائم صفقات العمومية لاسيما جريمة الرشوة، لكن مع ذلك تبقى هذه الأساليب وحدها غير كافية للكشف عن هذه الجرائم والحد منها، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى البحث عن وسائل أكثر فاعلية ومن ضمنها ما يعرف بإجراء التسرب أو الإختراق

ثانيا : التسرب أو الإختراق.

يعد التسرب أو الاختراق تقنية جديدة أدرجها المشرع في تعديل ق إ ج في سنة 2006، وذلك في المواد من 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18، وكذا في المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، فأصبح بموجبه للضبطية القضائية صلاحية استعمال هذا الإجراء في البحث والتحري عن الجرائم المحددة حصرا في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ومنها جرائم الصفقات العمومية.

يقصد بالتسرب وفق المفهوم القانوني حسب ما جاء في نص المادة 65 مكرر 12: " قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة، بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف"²، ويسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية أن يستعمل لهذا الغرض هوية مستعارة لتوغل داخل جماعة إجرامية، وذلك تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب، بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية، وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية³،

1 نصت المادة 65 مكرر 06، من الأمر 66-156، امتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم،: على أنه تتم العمليات المحددة في المادة 65 مكرر 05 أعلاه، دون المساس بالسر المهني المنصوص عليه في المادة 5 من هذا القانون"، وتتص المادة 45، على أنه: ".....غير أنه يجب عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني، أن تتخذ جميع التدابير اللازمة لضمان إحترام ذلك السر"، السالف الذكر.

2 لقد جاء هذا التعريف مطابقا تماما للتعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجزائية، في المادة 2/81/706، والذي عرفه كالآتي:

«L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions » , disponible sur cite, www.legifrance.gouv.fr.

3 تتص المادة 65 مكرر 16، على أنه: " لا يجوز إظهار الهوية الحقيقية لضابط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باشروا التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات. "، من نفس الأمر.

ويقدم المتسرب نفسه على أنه فاعل أو شريك، وأن يرتكب عند الضرورة الأفعال الاتي بيانها التي لا تشكل تحريضا على ارتكاب الجرائم:

- إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

- استعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الإتصال¹.

1- شروط التسرب أو الإختراق :

حرصا من السير العادي والحسن لإجراء التسرب، استوجب توافر عدة شروط ينبغي مراعاتها والتقيد بها، لإضفاء طابع الشرعي على العملية من جهة، ومن جهة أخرى لضمان نجاح العملية وإعطائها لنتائج إيجابية، وبإستقراء نصوص ق إ ج يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط شكلية وأخرى موضوعية .

أ- الشروط الشكلية:

تتمثل الشروط الشكلية لعملية التسرب، ضرورة حصول المتسرب على إذن من وكيل الجمهورية المختص، وأن تتم عملية التسرب تحت إشرافه ومراقبته فإن قرر قاضي التحقيق مباشرة هذا الإجراء وجب عليه أولا إخطار وكيل الجمهورية بذلك، ثم يقوم بمنح إذن مكتوب لضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته، على أن يتم ذكر هويته فيه² .

كما يجب أن يكون الإذن مكتوبا ومسببا، حيث يذكر في الإذن الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء وهوية ضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته، ولا بد أن يحدد الإذن مدة عملية التسرب التي لا يمكن أن تتجاوز أربعة (04) أشهر حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية³ .

ويجوز للقاضي الذي رخص بإجرائها أن يأمر في أي وقت بإيقافها قبل انقضاء المدة المحددة، أما إذا انتهت الأربعة أشهر محددة في رخصة التسرب، ولم يتمكن العون التسرب من انهاء العملية والخروج منها في ظروف تضمن أمنه وسلامته، جاز له مواصلة نشاطه لمدة أربعة

1 المادة 65 مكرر 06، من الأمر 66-156، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2 محمد خريط، قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2009، ص115.

3 المادة 65 مكرر 15، الفقرة 02 و03، من الأمر 66-156، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(04) أشهر أخرى إضافية، وعلى العون أن ينسحب من العملية في المدة المحددة، وإن لم يستطع الوصول إلى أهداف العملية¹.

كما أنه جدير بالتنبيه أن عملية التسرب من بدايتها حتى نهايتها تجري بها تحت رقابة وإشراف الأمر بها، ويكون على علم بها خطوة خطوة، حتى لا تحدث أي تجاوزات للقانون من جهة، وحتى يتمكننا من وضع حد لها في أي وقت إذا تطلبت خطورة الوضع ذلك من جهة أخرى².

ب-الشروط الموضوعية:

نظرا لخطورة التسرب وحساسيته، فإنه لا يتم اللجوء إليه إلا إذا اقتضت ضرورات التحقيق والتحري ذلك، وللمحافظة على سرية العملية، فإنه لا يتم إيداع رخصة التسرب إلا بعد الإنتهاء منها في ملف إجراءات عملية المتسرب³، وهذا ما قضت به المادة 65 مكرر 15 الفقرة 05 من ق إ ج. وفي إطار تأكيد الحماية للشخص القائم بعملية التسرب حتى بعد انتهاء العملية، فقد نص المشرع جواز سماع ضابط الشرطة القضائية الذي تجرى عملية التسرب تحت مسؤوليته دون سواه بوصفه شاهد عن العملية⁴.

3-الترصد الإلكتروني:

هذه الآلية أشار إليها المشرع الجزائري من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كأسلوب تحري خاص ضمن نص المادة 56⁵، دون إعطاء تعريف لها أو حتى تنظيمها وهو ما إعتبر قصورا فيحقه إلى غاية صدور القانون رقم 06-22 المعدل والمتمم لقانون لإجراءات الجزائية بأشهر معدودة⁶، أين نظمها فقط من دون تعريفها ضمن فصل كامل تحت عنوان مغاير وهو "إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور".

هذا وكما جرت عليه العادة فقد أوجدت لآلية الترصد الإلكتروني عدة تعريفات ذات طابع فقهي، أين عرفها بعضهم بعينها لا بصورها وقالوا بأنها: "عبارة عن تتبع سوي ومتواصل للمجرم أو

1 المادة 65 مكرر 15، الفقرة 5، و المادة 65 المكرر 17، من نفس الأمر.

2 جمال نجيمي، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهد القضائي "دراسة مقارنة"، دار هومة، الجزائر، 2011، ص452.

3 لمادة 65 مكرر 15، الفقرة 5، من الأمر 66-156، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

4 المادة 65 مكرر 18، الفقرة 01، من نفس الأمر.

5 تنص المادة 56، من القانون رقم 06-01، بأنه: "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني والاختراق، على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة،

تكون الأدلة المتوصل إليها هذه الأساليب حجيتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما."

6 القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر 66-156، والمتضمن ق إ ج، ج، ج، ج، ج، العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.

للمشتبه به قبل وبعد ارتكابه لجريمة تم القبض عليه متلبسا بها ، أو بأنه : " ذلك العمل الذي يقوم به المراقب باستخدام التقنية الإلكترونية لجمع المعلومات عن المشتبه فيه سواء أكان شخصا أم مكانا أم شيئا، وذلك لتحقيق غرض أمني"¹.

ويتمثل التردد الإلكتروني في ترصد الرسائل الإلكترونية وإجراء فحوصات تقنية لها، وذلك بغية الوصول إلى مصدرها ومعرفة صاحبها، ويسمح هذا الإجراء برصد حركات المعني بالأمر والأماكن التي يتردد عليها، حيث انه بواسطة جهاز مسح الذبذبات الصوتية أو الضوئية بمكان ما، يرسم تشكيل مجسم لجسم الجاني مواصفاته الفيزيولوجية، وبذلك فإنه قد يعتمد كأسلوب للتحري عن جرائم الصفقات العمومية.

أما بالنسبة لأسلوب التسليم المراقب هو الآخر نص عليه المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، ويقصد به السماح لشحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو دخوله بعلم من السلطات المختصة وتحت مراقبتها، بغية التحري عن جرم وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه².

وفي الأخير تعتبر الحماية الجنائية للصفقات العمومية نوعا آخر تردع فيه الممارسات المنافية للمنافسة ،فكل إخلال بهذا المبدأ سيكون إخلال بالتنظيم والتشريع المعمول به في الصفقات العمومية، وتجاوزا لأحد الإجراءات المنصوص عليها، وذلك إما بإستغلال نفوذ أو لرشوة من أجل تفضيل عارض عن عارض، وحسن ما فعل المشرع حينما قام بتجريم كل سلوك من شأنه الإخلال بالمبادئ الأساسية للصفقات، والتي كلها تصب في مجال المنافسة الشريفة والنزيهة.

1 خرشي عثمان، التردد الإلكتروني كآلية لمكافحة الجرائم المعلوماتية،مجلة الدراسات الحقوقية،المجلد07، العدد03،جامعة مولاي الطاهر،سعيدة، الجزائر، 2020،ص804.
2 المادة 02، من القانون رقم 06-01،المتعلق و ف م، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

الختامة

تتيح دراسة مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، ما بين النصوص القانونية التي تنظمها كأصل عام لإبرام هذه العقود، وما بين النصوص المكملة لها من قوانين مختلفة لاسيما قانون المنافسة، بإعتبار الصفقات العمومية من المجالات الحيوية وآلية هامة في تسيير الحياة الإقتصادية والإجتماعية، فإن المشرع عمل على إقرار المساواة وحرية الوصول للطلب العمومي وإضفاء الشفافية في إجراءات الإبرام، التي تؤدي بتكاملها ومجملها إلى تحقيق المنافسة الحقيقية بين المتعاملين الإقتصاديين، وتكريس هذا المبدأ -حرية المنافسة- يجعل الصفقات العمومية أكثر استجابة لمتطلبات الحكامة الجيدة، وآلية من أليات الجودة في القطاع العام، ومن هنا كانت حتمية التعديل في منظومة الصفقات العمومية بما يتماشى وتغيرات الإقتصادية الحاصلة في الدولة.

إن تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية وضمان حمايته، استند إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، بإعتباره المصدر الهام للضمانات المؤطرة لحق الوصول للطلبات العمومية وضابطا مرجعيا للممارسة المنافسة في مجال إبرام هذه العقود، من خلال الأطر الجديدة التي اعتمدها في تكريس المنافسة عبر كل المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية، بدءا من المرحلة السابقة على التعاقد، عن طريق إلزام المصالح المتعاقدة بالقيام بتحديد الحاجات العمومية المطلوب تلبيتها، وتنسيق الطلبات العمومية بين المصالح المتعاقدة والقيام بعملية تخصيصها، وإلزامية الإعداد المسبق لدفاتر الشروط، زيادة على ضرورة القيام بالدراسات الأولية بمختلف أنواعها خاصة تلك التي تثبت الجدوى الإقتصادية للمشاريع محل الصفقات العمومية وعدم تأثيرها على البيئة، زيادة على الدراسات الجيوتقنية، ودراسات الملاءمة، والدراسات القبلية للمشاريع التي سيتم تنفيذها لاحقا عن طريق الصفقات العمومية.

كما المشرع خص مرحلة تكوين الصفقات العمومية باليات خاصة، منها ما يتعلق بضمان تطبيق مبدأ المنافسة، ومنها ما يهدف إلى ضمان الشفافية عند إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، حيث أنه وفي هذا الإطار قيدت المصالح المتعاقدة بطرق خاصة عند اختيار المتعامل المتعاقد -

على خلاف التعاقد في القانون المدني الذي يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين - تتمثل في جعل طلب العروض بأشكاله المختلفة القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، واعتبار التراضي استثناء لا تلجأ إليه المصالح المتعاقدة إلى في الحالات التي يحددها القانون، وفي نفس المسعى الرامي إلى تطبيق مبدأي المنافسة والشفافية عند إبرام الصفقات العمومية، ألزم المشرع أيضا المصالح المتعاقدة بضرورة التقيد بعلنية المعلومات عن طريق الإشهار عند كل دعوة إلى المنافسة .

لم يكتفي المشرع بهذا الحد، في حماية المنافسة في المرحلة السابقة على التعاقد، ومرحلة الدعوة إلى المنافسة فحسب، بل نظم آليات أخرى ذات طابع وقائي بموجب قانون الصفقات العمومية، وبموجب قوانين أخرى تتعلق بالمالية العمومية تتعلق بالرقابة على الصفقات العمومية، وترتبط بالصفقات العمومية بطريقة غير مباشرة.

حيث أنه خص الرقابة على الصفقات العمومية أهمية بالغة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فقسمها إلى رقابة داخلية وخارجية ووصائية، ففرض في إطار الرقابة الداخلية على المصالح المتعاقدة إنشاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض التي تتولى فتح الأظرفة المالية والتقنية لعروض المتعاملين الذين تقدموا للمنافسة، وإقصاء تلك التي لا تتوافر على الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط بداية، ثم دراسة العروض المتبقية واختيار واحد منها، على أساس معيار العرض الأقل أو العرض الأفضل على حسب طبيعة الصفقة المراد عقدها، والتقيد عند اختيار المتعامل المتعاقد بمعايير الانتقاء التي تم الإعلان عنها في دفتر الشروط.

أما عن الرقابة الخارجية، فقد نص قانون الصفقات العمومية على إحداث مجموعة من اللجان، أسند لها مهمة الرقابة على مدى احترام النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بالصفقات العمومية عند إبرام الصفقة عن طريق التأشيرة، حيث أن هذه اللجان وبعد رقابة المطابقة تقرر إما منح أو رفض منح التأشيرة على حسب احترام المصالح المتعاقدة للنصوص القانونية والتنظيمية الجاري العمل بهما، مع ملاحظة أن المشرع قد أعاد هيكله هذه اللجان

بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث أحدث اللجان الجهوية والقطاعية للصفقات، زيادة على رقابة اللجنة البلدية والولائية. كذلك ضرورة استكمال هذه الضمانات، من خلال الفحص في مسألة قابلية قانون المنافسة للتطبيق في هذا المجال، حيث حرص المشرع على إخضاع إبرام الصفقات العمومية ليس فقط للمرسوم الرئاسي 15-247 وإنما يتعدى ذلك لقانون المنافسة، وفي هذا قفزة نوعية من حيث خضوع أشخاص القانون العام لقانون المنافسة، تحت رقابة مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة يسهر على حسن تطبيق هذا القانون والتصدي للممارسات المنافسة للمنافسة. إن إمكانية تطبيق قانون المنافسة كقانون خاص على الصفقات العمومية، دعامة مكملة للحماية القانونية لحرية المنافسة في مجال الصفقات، فهي قائمة على أساس أن الطلبات العمومية جزء لا يتجزأ من سوق الأنشطة الاقتصادية، التي يسودها منطق التجاذب بين العرض والطلب المتعلق بأعمال الإنتاج والتوزيع والخدمات الخاضعة بطبيعتها لهذا القانون.

وتبعاً لذلك، ليس هناك ما يحول دون الإحتكام إلى الضوابط العامة الخاصة بقانون المنافسة، للحد من التصرفات والممارسات التي قد يكون النظام القانوني للدولة نفسه مصدراً لها، ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بضمان المساواة بين المتنافسين أمام الحق في المشاركة والوصول للطلبات العمومية، التي قد لا تتوافر إما بسبب بعض الإمتيازات الممنوحة لأشخاص القانون العام المرشحين لنيل الصفقات، وإما في سياق تطبيق المقتضيات التفضيلية المقررة لفائدة المؤسسات الوطنية.

كما أنه لا شيء يمنع من العمل بأحكام قانون المنافسة للحد من التصرفات والممارسات التي يقوم بها بعض المتعاملين الإقتصاديين، سواء فيما بينهم أو بينهم وبين المصلحة المتعاقدة، من وضعية الهيمنة أو تركيز بعض الصفقات بين أيدي الفاعلين الإقتصاديين بسبب التعاقدات التي يجيزها تنظيم الصفقات إبرامها بين المتنافسين لإنشاء تجمعات فيما بينهم، أو التعاقدات من الباطن بين الفائز بالصفقة والمناول في إطار تنفيذ

الأعمال الموكلة إليه، وفي هذا الشأن يمكن لمجلس المنافسة التدخل وفقا للأوضاع والأشكال المقررة قانونا، وذلك من أجل ضبط النشاط الإقتصادي في مجال الصفقات العمومية، بإستثناء التدخل بخصوص تصرفات وقرارات الشخص العام المتصلة بمهام أداء المرفق العام وممارسة السلطة العامة، إلا في الحالات التي يمارس فيها نشاطات منفصلة عن مهام سير المرفق العام.

غير أنه يمكن أن نصطدم بأشكال عدم إمكانية الجمع بين حرية المنافسة وسلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية، وذلك للعلاقة المختلفة بينهما والمتعكسة، فكلما وسعنا من المنافسة قيدنا من سلطة الإدارة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، لذلك يكون لزاما رسم الحدود بين الدعاوى المتبعة في إطار تنظيم الصفقات العمومية والمسائل التي تتطلب تحريك الرقابة المقررة في قانون المنافسة، لإرتباطه بالأنشطة الإقتصادية.

إن تعزيز حرية المنافسة في الصفقات العمومية، لم يكن حصرا فقط على الحماية القانونية التي جاء بها تنظيم الصفقات العمومية أو قانون المنافسة، بل تعداه إلى إقرار ضمانات تكفلت الجهات القضائية المختصة بتوفيرها حماية لمبدأ المنافسة، من خلال اسناد المشع للقضاء الإداري والجزائي صلاحيات مهمة في مجال الرقابة على إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية من جهة ومراعاة المشروعية من جهة أخرى .

حيث أن القضاء الإداري يتدخل في إطار اختصاصاته المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في هذا المجال عن طريق قضاء الإلغاء أو قضاء الاستعجال أو القضاء الكامل، ذلك أن قضاء الإلغاء، وإن كان يبدو في الوهلة الأولى بعيدا عن مجال الصفقات العمومية كونه مختصا بالنظر والفصل في الدعاوى المرفوعة ضد القرارات الإدارية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ابتكر منذ عقود طويلة نظرية القرارات القابلة للانفصال، وهي النظرية القائمة على اختصاص القضاء الإداري بالنظر والفصل في دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة، وتكون ضرورية لتكوين الصفقة، على أن تحتفظ باستقلاليتها، وعليه فإن القضاء الإداري الجزائري كما سبق الذكر قد تبنى هذه النظرية من

خلال فرض رقابته على القرارات التي تصدرها المصالح المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة والحكم بالغائها إذا كانت غير مشروعة، تطبيقاً لمبدأ المشروعية عند إبرام الصفقات العمومية وحفاظاً على شفافية المنافسة .

يتدخل القضاء الإداري في الرقابة على الصفقات العمومية في حالة الاستعجال، إذا ما كان هناك إخلال المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها القانونية المتعلقة بالإشهار والمنافسة، التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة الإدارية المختصة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد له أجلاً لذلك، ويمكن لها بمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء الصفقة إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز العشرين يوماً، كما يمكن للمحكمة الإدارية أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد للمتسبب في الإخلال بالالتزامات القانونية المتعلقة بالمنافسة والإشهار للامتثال لالتزاماته.

في مجال القضاء الكامل ينعقد الاختصاص للقاضي الإداري للفصل في دعاوى الصفقات العمومية التي يرفعها المتعامل المتعاقد ضد المصلحة المتعاقدة، في حالة قيام نزاع بينهما، ومن ذلك دعاوى البطلان، ودعاوى الفسخ، والدعاوى الرامية إلى إعادة التوازن المالي للصفقة، ودعاوى المتعلقة بالتنفيذ، وتلك المرتبطة بطلب المتعامل المتعاقد الحصول على مستحقاته المالية، وغيرها من الدعوى الناشئة عن عدم التفاهم بين طرفي الصفقة حول بند أو أكثر من بنودها.

تطبيقاً للنصوص القانونية الجزائية المتعلقة بالصفقات العمومية، لاسيما الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وكذا القواعد العامة للتجريم والعقاب المنصوص عليها في قانون العقوبات، فإن القضاء الجزائي يتدخل لمعاقبة كل شخص يقوم بانتهاك الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، وإبطال الآثار القانونية المترتبة عن الصفقة المخالفة للتشريع، والتي لم يحترم فيها المبادئ الأساسية لإبرام هذه العقود.

فمن الجرائم التقليدية التي كانت على عقود الصفقات وتتم من خلالها متابعة الجناة إلى الجرائم المستحدثة لتوسيع التجريم وتضييق الخناق على القائمين بإبرام هذه العقود، من خلال معاقبة كل من يرسي الصفقة على غير مستحقيها بغير منافسة شريفة، ويتأتى ذلك إلا بإقرار أساليب تحري جديدة وطرق أخرى للكشف عن هذه الجرائم المرتكبة من أشخاص لهم دراية وعلم كافي لتحاييل في ابرام الصفقات العمومية، لهذا كان من بين أركان هذه الجرائم، الركن المفترض " الموظف العمومي".

على أن مظاهر الإرتقاء بالإطار التشريعي ودور القضاء في مجال حماية قواعد المنافسة وتكريسها في مجال الصفقات العمومية المشار إليها، لا تغني عن القول بوجود بعض العوامل المعاكسة لتطور الحماية القانونية والقضائية للمنافسة، منها ما هو مرتبط بتنظيم الصفقات العمومية ومنها ما هو مرتبط بقانون المنافسة كمجال تكميلي.

فحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ليست فلسفة أو فكرة مجردة فحسب، بل هي ممارسة تتطلب عملا متزنا وجهدا متواصلا من طرف جميع الفاعلين الإقتصاديين، أخذا بعين الإعتبار أن قانون المنافسة -من خلال ما توصلنا إليه في هذه الدراسة- لا يتوقف دورها في هذا الجانب القانوني فحسب بل يتعداه إلى دور اقتصادي ينعكس سلبا أو ايجابا على الإقتصاد الوطني ووتيرة الإستثمار، وخاصة على وضعية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

كما أن الظروف الإقتصادية والسياسية التي تعرفها الجزائر، ورغبة هذه الأخيرة في الإنضمام للهيئات الدولية ذات الصلة، جعلها أكثر من أي وقت مضى تعمل على تكوين نسيج اقتصادي متكامل، يقوم على أساس المنافسة الحرة مهما كانت مجالات التعامل، وما تكريس حرية المنافسة بشكل متزايد وعقلاني في نفس الوقت ، إلا لضمان جودة الخدمات وتطور وتيرة التنمية الإقتصادية .

خلاصة القول، أن تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية لا يمكن تجسيده ولا ضمان حمايته إلا بترسيخ شفافية والمساواة العادلة والحقيقية، تطبيقا لقاعدة " رابح رابح"،

وإن كان المرسوم الرئاسي 15-247 قد أضفى نوعاً من المرونة وسهولة في الإجراءات عكس المراسيم السابقة، إلا أن هناك من النصوص التي تتطلب التوضيح والتعديل لما في ذلك من خدمة للمنافسة، ومن هنا نورد ما توصلنا إليه من النتائج التالية:

أولاً : بالنسبة للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن ت ص ع و ت م ع :

1- ضرورة تعديل المادة 27 من تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، بحيث تكون المصالح المتعاقدة ملزمة بتحديد الحاجات العمومية في حدود اختصاص لجان الصفقات التابعة لها، على أساس المواصفات التقنية، وفي هذا الإطار نقترح إلزام المصالح المتعاقدة بالرجوع لبيان معنى وطبيعة المواصفات التقنية التي تكون أساساً في عملية تحديد الحاجات العامة، بالرجوع إلى الهيئات الخاصة المكلفة التقييس les organismes normalisation، في تحديد المواصفات التقنية والفنية، و أن لا تشكل هذه المواصفات عوائق غير مبررة لتطبيق مبدأ المنافسة، أو المساواة بين المتعاملين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، غير أن الاعتماد على مثل هذه المعايير أو على مرجعيتها يمكن قبوله إذا ما كان موضوع الصفقة يبرر ذلك، كما يجب أن يتضمن تعديل المادة 27 من قانون الصفقات العمومية منع المصلحة المتعاقدة من رفض العرض المقدم من متعامل معين تحت ذريعة عدم مطابقته للمواصفات التقنية، إذا أثبت المتعهد بكل الوسائل المناسبة بأن الحلول المقترحة من طرفه تراعي بصفة كاملة المواصفات التقنية المطلوبة، ويثبت بالوثائق أن المعايير المقترحة من طرفه تستجيب للأداءات والمتطلبات الوظيفية المعلن عليها في دفتر الشروط، وله أن يثبت ذلك بكل الوسائل المناسبة لاسيما عن طريق الاختبارات أو التجارب التي خضع لها المنتج المقترح من طرفه على مستوى الهيئات المكلفة بالقياسات المعترف بها على المستوى الوطني أو الدولي.

2- تعديل المادة 36 من قانون الصفقات العمومية بشكل يجعل عملية تنسيق الطلبات العمومية أكثر وضوحاً، إذ أن المشرع لم يحدد المصالح المتعاقدة المعنية بعملية تنسيق الطلبات العمومية، مما يفهم منه أن المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية تخضع أيضاً لعملية تنسيق الطلبات العمومية، وهو أمر مستحيل لاختلاف شكلها ومضمونها والقانون الواجب

التطبيق عليها وطلباتها على شكل ومضمون وطلبات الجهات الأخرى الخاضعة لقانون الصفقات العمومية لاسيما الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، لذلك يتعين على المشرع عند تعديل المادة 36 استبعاد المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية من نطاق تطبيق عملية تنسيق الطلبات العمومية.

كما أنه يلاحظ أن المشرع لم يحدد الجهة المكلفة بالإعلان عن الصفقة، وفتح الأظرفة المالية والتقنية ودراسة العروض و إرساء الصفقة، ومن ثم وجب تدارك هذا النقص عند اللجوء إلى تنسيق الطلبات العمومية.

3-الإفراج عن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية بموجب المادة 213 من قانون الصفقات العمومية، والتي لم تر نور منذ 2015 ، ومنحها استقلالية حقيقيه من الناحيتين العضوية والوظيفية، ووضع تشكيلة متوازنة تقوم على عنصر التخصص والخبرة ولاسيما الجانب القانوني والتقني، وتحديد مدة العضوية فيها بستة (06) سنوات غير قابلة للتجديد أو على الأقل تحديدها بثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

كما يتعين منح سلطة الضبط اختصاص قمعي من خلال إصدار العقوبات الإدارية على كل من تثبت مخالفته لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ولاسيما عملية ابرام وتنفيذ الصفقة العمومية، أو تسيير المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز مثلا، منح سلطة الضبط اختصاص تحكيمي تساهم من خلاله في حل النزاعات التقنية على الأقل المتعلقة بتطبيق قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

3- تعديل المادة 66 فقرة 05 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، التي نصت على أن فتح الأظرفة يكون عند انتهاء ميعاد إيداع العروض الذي تحدده المصلحة المتعاقدة على ضوء موضوع الصفقة ومدى تعقيده والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات، هو ما يؤدي إلى حرمان المتعاملين من يوم كامل من الأيام المخصصة لإيداع العروض، لذلك كان يتعين العودة إلى ما كان مقرر في المرسوم الرئاسي 91-434،

والذي كان ينص على أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تجتمع في يوم العمل الذي يلي آخر أجل لإيداع العروض، في جلسة علنية بحضور العارضين الذين يكونون قد سبق إعلامهم من طرف المصلحة المتعاقدة بذلك في بنود دفتر الشروط، أو السماح للمتعهدين بتوجيه طلب تمديد مدة إيداع العروض للمسؤول المصلحة المتعاقدة في حال عدم كفاية الآجال أسوة بالمشروع المغربي.

2- ضرورة تحديد العدد الأدنى في النصاب القانوني لصحة اجتماعات أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، سواء في حصة الفتح أو التقييم، لإعطاء شفافية أكبر للمنافسة وتفادي شبكات الفساد، إلى جانب وضع آلية قانونية تسمح بحل مشكل تباين الآراء بين الأعضاء خلال عملية فتح وتقييم العروض، مع ضرورة تبيان وبدقة المعطيات الواجب تدوينها في كل من محضر الفتح ومحضر تقييم العروض أسوة ببعض التشريعات المقارنة، وهذا نظرا لأهمية هذا التحديد في تجسيد أكثر للشفافية كأحد متطلبات الحوكمة.

3- اشتراط المشروع للكفاءة والنزاهة للعضوية في هذه اللجنة هو أمر ايجابي، لكنه يبقى دون فعالية، إذ ينبغي النص صراحة على حد أدنى من المؤهلات العلمية والخبرة المهنية والرتبة الإدارية لموظفين أو عمال الذين لهم دراية وعلم بالقوانين والأمر التقنية للصفقة، فمن غير المعقول أن يعهد مسؤول المصلحة المتعاقدة إلى تعيين مثل عاملة نظافة أو عامل مهني كعضو في هذه اللجنة.

4- إضفاء الصفة الإلزامية على عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتخلي عن الصفة الإستشارية، بحيث يصبح الزاماً على المصلحة المتعاقدة أن تصرح برفض العرض المقبول إذا كانت ممارسات المتعهد تشكل تعسفاً وهيمنة على السوق، وسبب ذلك اختلال المنافسة في القطاع المعني، وهذا ما يستلزم معه ضرورة تحديد نسبة مئوية لمرجع الأسعار للمواد أو السلع أو الخدمات الموجودة في السوق، بغرض مساعدة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في تحديد العروض المنخفضة بشكل غير عادي واستبعادها من المنافسة، ولما لا ادراجها ضمن حالات الإقصاء.

5- الاستفادة من تجربة المشرع الكويتي المتمثلة في إلزام المصالح المتعاقدة بتخصيص أظرفة نظامية مرقمة ترقبما تسلسليا، تسلم للمتعاملين الراغبين في التعاقد لاستعمالها في إيداع عروضهم ، ذلك لأن استعمال الأظرفة العادية يسهل على المصلحة المتعاقدة عملية فتحها لتمكين أحد المتعاملين من إضافة بعض الوثائق أو الإطلاع على الأسعار المقترحة من العارضين المنافسين، حتى يتسنى له اقتراح أقل عرض، وهو ما يخرق مبدأ المنافسة والشفافية اللذان تقوم عليهما عملية إبرام الصفقات العمومية، كون مثل هذه التصرفات تشكل تفضيلا لمتعامل معين على الآخرين.

6- معالجة الثغرات القانونية المتعلقة بسير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة التقييم ، حيث أن المشرع من خلال المادة 162 لم يحدد أجلا معيناً لانعقادها، على خلاف ما كان منصوص عليه في المادة 37 من قانون الصفقات العمومية لسنة 1967، حيث نصت هذه المادة على أنه إذا لم يمكن القيام بالفحص الدقيق للعرض في الحال، يتعين القيام به خلال الآجال المنصوص عليها في دفتر الشروط، شرط أن لا تتجاوز العشرة أيام، وعليه كان من الأفضل الاحتفاظ بهذا النص للحيلولة دون استخدام الفترة التي تمتد بين حصة فتح الأظرفة وحصة تقييم العروض، للقيام ببعض الأعمال والمناورات التي من شأنها تفضيل متعامل على آخر، وهو ما يشكل خرقاً لقواعد المنافسة والشفافية والمساواة بين المتعاملين.

7- تعزيز نظام الكشف القبلي للممارسات المنافسة للمنافسة، بالزامية حضور ممثل مديرية التجارة أو ممثل عن مجلس المنافسة في اجتماع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهو الأمر الذي لم ينص عليه التنظيم الحالي للصفقات العمومية.

5- تحديد معنى حالة الاستعجال التي تمنح للمصلحة المتعاقدة الصلاحية في اللجوء إلى التعاقد عن طريق التراضي البسيط، لأن إطلاق لفظ الاستعجال مطلقاً، قد يؤدي إلى استعماله من طرف المصالح المتعاقدة بشكل مفرط على اعتبار أن تقدير حالة الاستعجال متروكة لمصالحهم، زيادة على أن أسلوب العمومية الذي اعتمده المشرع في تقرير صلاحية المصالح المتعاقدة في اللجوء إلى التراضي البسيط في حالة الاستعجال، قد تفتح المجال واسعاً أمام بعض

موظفي المصالح المتعاقدة في القيام ببعض المناورات التي تؤدي إلى تحقيق حالة الاستعجال، وهو ما أدى إلى تعطل الكثير من المشاريع العمومية نتيجة الخلافات في وجهات النظر بين المصالح المتعاقدة من جهة و جهات الرقابة ممثلة في لجان الصفقات العمومية المختصة ومصالح المراقب المالي من جهة أخرى، وهو ما يعود بالسلب على نشاط المرافق العامة، و دورها في تلبية الحاجات العمومية.

6- التخلي على مبدأ السماح للمصالح المتعاقدة تعزيز آليات الرقابة على الصفقات العمومية بموجب قوانينها الأساسية أو نظامها الداخلي، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تعارض آليات الرقابة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية وتلك التي تقرها المصلحة المتعاقدة بموجب قوانينها الأساسية أو أنظمتها الداخلية، زيادة على أن تقرير المصالح المتعاقدة لآليات رقابة بموجب قوانينها الأساسية يؤدي إلى اختلاف أحكام الرقابة على الصفقات العمومية بين مصلحة متعاقدة وأخرى وهو ما يصعب عمل لجان الصفقات العمومية عندما ممارسة الرقابة على مدى مشروعية إبرام الصفقات في حدود اختصاصها المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية، كما أن السماح للمصالح المتعاقدة بتعزيز آليات الرقابة، قد يؤدي خرق مبادئ المنافسة والشفافية والمساواة بين المتعاملين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، عندما تضع هذه المصالح آليات تكون في صالح بعض المتعاملين على حساب المتعاملين الآخرين.

7- اعتماد معيار قوي لتمييز بين التحفظات التي تصدرها لجان الصفقات العمومية المختصة الموقفة للتنفيذ، وتلك غير الموقفة للتنفيذ، حيث أن المادة 24 من المرسوم من التنفيذي رقم 11-118، المتضمن النظام الداخلي النموذجي للجان الصفقات المختصة اعتبرت أن التحفظات الموقفة للتنفيذ هي التحفظات المتعلقة بموضوع الصفقة، في حين التحفظات غير الموقفة للتنفيذ هي المتعلقة بشكل الصفقة، دون أن تبين هذه المادة المعيار الفاصل بين التحفظات المتعلقة بالموضوع وتلك المتعلقة بالشكل، وهو أمر يعود للسلطة التقديرية للإدارة، والتي قد تستعمله في غير محله، من خلال جعل تحفظات غير موقفة للتنفيذ على الرغم من أنها تتعلق بالموضوع، أو جعلها موقفة على الرغم من أنها تتعلق بالشكل، خاصة في ظل ضعف

الرقابة الإدارية على أعضاء اللجنة و في ظل ضعف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في القضاء الجزائري.

الأمر نفسه ينطبق على قرار لجنة الصفقات المختصة بإلزام المصلحة المتعاقدة بالعودة إلى اللجنة بعد القيام برفع التحفظات أو إعفائها من ذلك، حيث أن قرار اللجنة في هذا الإطار متروك للسلطة التقديرية للإدارة، والتي قد تستعمل في غير الإطار المخصص لها كما سبق الذكر سابقا، لذلك وجب تدارك هذا النقص بإلزام المصالح المتعاقدة بالعودة إلى اللجنة متى كانت التحفظات تتعلق بالموضوع لاسيما في المسائل المتعلقة بمخالفة النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة بالصفقات العمومية بعملية إبرام الصفقات العمومية، ولا حرج أن يتم إعفاء المصلحة المتعاقدة من العودة إلى لجنة الصفقات المختصة إذا كانت التحفظات تتعلق بالطابع الشكلي كأن تتعلق بالأخطاء المطبعية أو إغفال وضع الأختام والتوقيعات اللازمة من الموظفين المكلفين بعملية الإبرام، وعليه وجب على المشرع التدخل لتحديد الحالات التي يتعين على المصلحة المتعاقدة فيها العودة إلى اللجنة، وتلك التي تعفى فيها من الرجوع إليها على سبيل الحصر.

8- معالجة الخلل الموجود في صياغة المادة 200 من قانون الصفقات العمومية التي سمحت للمصلحة المتعاقدة بتجاوز رفض التأشير في الحالة التي يكون فيها قرار الرفض معللا بمخالفة الأحكام التنظيمية، دون أن يكون هذا الحق مقررا لها في حالة مخالفة الأحكام التشريعية، وهو أمر في منتهى الغرابة كون أن قانون الصفقات العمومية هو نص تنظيمي يصدره رئيس الجمهورية في إطار ممارسة سلطته التنظيمية خارج المجالات المخصصة للقانون، ومن ثم يمكن القول تطبيقا للمادة 200 من قانون الصفقات العمومية، أن المصلحة المتعاقدة يمكنها تجاوز مقرر رفض التأشير الصادر من لجنة الصفقات المختصة إذا كان معللا بمخالفة الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية باعتباره نصا تنظيميا، وهو ما يعد إفراغا لهذا القانون من محتواه وعلى درجة كبيرة من الخطورة، إذ يكون لرجل الإدارة على مستوى المصلحة المتعاقدة المجال واسعا لمخالفة أي إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في قانون

الصفقات العمومية، سواء كان متعلقا بالمنافسة أو الشفافية أو المساواة، لأنه يعلم مسبقا أنه يمكنه تجاوز مقرر رفض التأشير عند صدوره من لجنة الصفقات المختصة.

9- رفع التناقض الموجود بين قانون الصفقات العمومية و أحكام الخاصة بطلب العروض " المناقصة" المنصوص عليه في قانون البلدية، حيث أن هذا الأخير - قانون البلدية- يثير إشكالية تحديد موقع لجنة الصفقات العمومية من أنواع الرقابة الأخرى، ذلك أنه من الصعوبة بما كان الجزم بأن هذه اللجنة هي هيئة رقابة خارجية، كونها تمارس بنص المادة 192 من قانون البلدية مهامها تتدرج ضمن أعمال الرقابة الداخلية، على اعتبار أنها تتولى تحرير محضر يتضمن جميع الملاحظات يوقعه أعضاء اللجنة، وهو ما يرتب ازدواجية في النصوص القانونية المنظمة لعملية الإبرام، مما يضع رجل الإدارة أمام صعوبة كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية العملية.

زيادة على أن النصوص المتعلقة بطلب العروض " المناقصة" الوارد ذكرها في قانون البلدية أسندت للجنة المناقصة مهمة المصادقة على دفتر الشروط، وهي مهمة تتناقض مع نص المادة 169 من قانون الصفقات العمومية التي تنص على أن دفاتر الشروط تخضع لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل الشروع في إجراء المنافسة، أو عند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة حسب تقدير إداري للمشروع ضمن الشروط المنصوص عليها في نفس القانون، وعليه يلاحظ وجود تعارض بين قانون الصفقات العمومية وبين قانون البلدية. الذي أسند هذه المهمة إلى لجنة المناقصة المحدثة بنص المادة 190 من قانون البلدية.

ثانيا: بالنسبة لتطبيق قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية

1- غياب آلية الربط بين القواعد المقررة في نظام الصفقات وأحكام قانون المنافسة، ما عدا ما تمت الإشارة إليه في المادة 02 والمادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وهو شح كبير للربط بين القانونين.

والأكثر من ذلك أن هذا الربط غير قائم على المستوى الإجرائي، حتى في الحالات التي يتعين فيها وجوباً بنص القانون المذكور استطلاع رأي مجلس المنافسة في كل مشروع نص تنظيمي يهدف إلى وضع شروط لإبرام الصفقات.

2- ضرورة تدخل بتوضيح كيفية تطبيق المادة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة لاسيما ما تعلق بمصطلح اعاقه سير المرفق العام، لإعتبره شرطاً جوهرياً لتطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، فلا معنى لإخضاع هذه الأخيرة-الصفقات - لقانون المنافسة إذا كان يستبعد تطبيقه حالة ممارسة الشخص المعنوي العام لإمكانيات السلطة العامة أو أدائه لمهام المرفق العام، بحكم أن إبرام الصفقة العمومية يندرج ضمن ممارسة الدولة لإمكانيات السلطة العامة، فلا تتصرف كمتعامل اقتصادي كما أنها لا تمارس من خلاله أي نشاط اقتصادي لإنتاج السلع أو الخدمات، إنما لتلبية حاجاتها في مجال الأشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات، حتى تسطيع القيام بمهامها المرتبطة بالمصلحة العامة وأداء مهام المرافق العمومية.

3- ضرورة تبيان حدود اختصاص مجلس المنافسة في قضايا الصفقات العمومية، وذلك بوضع الحدود الفاصلة بين الأعمال الإدارية والممارسات المنافية للمنافسة بصفة دقيقة، أي توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري ومجلس المنافسة لصعوبة معرفة ما إذا كانت رقابة الممارسات المحظورة يمكن فصلها عن رقابة مشروعة الأعمال الإدارية.

4- غياب إشارة تنظيم الصفقات العمومية إلى الدور يلعبه مجلس المنافسة في حماية وضمان نزاهة وشفافية الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية، بالرغم من أن هذا الأخير-مجلس المنافسة- سلطة إدارية مستقلة يتمتع بصلاحيات في صد الانتهاكات والتجاوزات التي تعيق التنافس الحر النزاهة والشفاف في كل مراحل الصفقة العمومية.

5- غياب الفعالية في تشكيلة مجلس المنافسة، من حيث عدم وجود أعضاء من ذوي الاختصاص في الصفقات العمومية، بحكم أن قانون المنافسة أصبح يشمل مثل هذه العقود.

6- غياب نص قانوني يحدد طبيعة اقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بخصوص رفض منح صفقة عمومية تثبت بشأنها ممارسات منافية للمنافسة.

7- عدم خضوع مرحلة تحديد الحاجات لقانون المنافسة، بالرغم من أن هذه المرحلة تشكل حجر الزاوية في الإعلان عن المنافسة، وعرضة للتلاعب فيها من طرف المصلحة المتعاقدة.

7- ضرورة تعديل المادة 07 و المادة 12 من قانون المنافسة، بإضافة عملية إبرام الصفقات العمومية، لأن المترشحين قد يأتون إلى جانب الإتفاقات ممارسة تعسفية كوضع الهينة والأسعار المنخفضة تعسفيا.

8- تعزيز دور مجلس المنافسة أمام الجهات القضائية الإدارية، من خلال النص على إلزامية استشارة المجلس عند عرض أي قضية أمام القضاء الإداري.

ثالثا: بالنسبة لدور القضاء في ضمان حماية المنافسة

1- تعزيز الآليات القانونية الكفيلة بممارسة القضاء الإداري الجزائري لرقابة الإلغاء على القرارات الإدارية القابلة للانفصال، وهي القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة، و تكون ضرورية و أساسية في تكوينها، ومع ذلك تبقى محتفظة باستقلاليتها عند صدورها من الجهات الإدارية المختصة، حيث أن هذه النوع من الرقابة القضائية يشكل آلية وقائية لحماية المنافسة في إطار الصفقات العمومية، على أساس أن القاضي الإداري سيتصدى إلى القرارات التي تصدر من المصالح المتعاقدة أثناء إبرام الصفقة، وتكون حال صدورها غير مشروعة، أي معيبة بعيب أو أكثر من عيوب اللامشروعية الإدارية، و بذلك يتم إلغاء هذه القرارات التي تكون فضلا على عدم مشروعيتها الإدارية، تأخذ وصفا جزائيا في مفهوم قانون العقوبات والقوانين المكمل له.

وقد لاحظنا من خلال تتبعنا لعمل الجهات القضائية الإدارية في الجزائر عدم وجود تطبيقات لنظرية القرارات القابلة للانفصال في حدود ما اطلعنا عليه من اجتهاد قضائي على الرغم من أن تطبيقها سيشكل ضربة موجعة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، خاصة

في ظل وجود الكثير من القرارات التي تصدرها المصالح المتعاقدة قبل وأثناء إبرام الصفقة والتي يمكن أن تأخذ وصف القرار القابل للانفصال.

2- معالجة التناقض الذي وقع فيه المشرع في تنظيمه للأحكام المتعلقة بالاستعجال في مادة الصفقات العمومية، و ذلك في المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث سمح باللجوء إلى دعوى الاستعجال في مادة الصفقات العمومية بعد إبرام الصفقة، في حين أن نظرية الإستعجال نشأت وتطورت في التشريعات الأوربية على أساس أنها دعوى الاستعجال قبل التعاقدية، أي أنها دعوى ترفع قبل إبرام الصفقة في حالة ما إذا ثبت أن المصلحة المتعاقدة قد خرقت قواعد المنافسة و الإشهار أثناء إبرام الصفقات العمومية، و بذلك يكون المشرع قد وقع في تناقض حينما أسند للقاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر للمصلحة المتعاقدة في حالة خرق القواعد المتعلقة بالمنافسة و الإشهار للامتثال لالتزاماتها القانونية، و ذلك سواء كان الخرق قبل أو بعد إبرام الصفقة، في حين أنه لا يتصور على الإطلاق أن يتم خرق قواعد المنافسة و الإشهار بعد إبرام الصفقة العمومية، لذلك يتعين على المشرع أن ينظم الاستعجال في مادة الصفقات العمومية كما ورد في إطاره النظري الذي جاء تحت مسمى دعوى الاستعجال قبل التعاقدية.

3- تطوير امكانيات الهيئات القضائية في مجال الكشف والتحري وتعزيز ضمانات استعمالها للحد من وقوع جرائم الفساد، من خلال تبني استراتيجية تكوين فعالة في مجال الصفقات العمومية على وجه الخصوص.

4- إعادة النظر في نص الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بحيث أن الصياغة الحالية تجعل الموظف العمومي الذي قام بارتكاب النشاط الإجرامي لجريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لمنح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، خارج إطار التجريم والعقاب، من حيث أن الصياغة الحالية للنص تجعل المحرض على ارتكاب النشاط الإجرامي هو من يعاقب بارتكاب جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين لمنح امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات.

5- تغليظ العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية خاصة تلك التي تمس بالمصلحة العليا للوطن، وذلك بالرجوع إلى اعتبار هذا النوع من الجرائم جنائيات وتقرير عقوبة تصل إلى الإعدام كما كان منصوص عليه في المادة 119 من قانون العقوبات الملغاة، وذلك لأن سياسة التجنيح المعتمدة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لم تحقق الردع الكافي الذي يقلل من ارتكابها.

هذا وفي الختام، فإن التحدي الرئيسي أمام تحسين تنافسية الصفقات العمومية، هو تحدي على المستوى السلوكي، إذ أن نجاح تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مرهون بضرورة وجود إرادة حقيقية، تعمل على تكريس الشفافية والنزاهة في مجال الطلبات العمومية، من خلال إعمال أقصى قدر من الضوابط والإجراءات، التي تهدف إلى الإرتقاء بقدرات مختلف المتدخلين في مجال الصفقات العمومية ومراقبة سلوكياتهم، مع جعل الردع واقعا ملموسا في حالة عدم احترام القواعد والتقييد بها.

انتهى، ولله الحمد والمنة

الملاحق

الملاحق

الملحق رقم 01: نموذج التسجيل في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية.

الملحق رقم 02: تعليمة الوزير الأول، رقم 255، المؤرخة في 28 جوان 2022، المتضمنة تنفيذ

الصفقات العمومية في سياق ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية.

الملحق رقم 03: نموذج من تصريح بتلقي الهدايا الممنوحة في إطار التشريفات من طرف الوفود

في مهمة في الخارج.

الملحق رقم 04: نموذج من مقرر التغاضي.

الملحق رقم 05: نموذج من مقرر التسخير.

الملحق رقم 01: نموذج التسجيل في البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية

-استمارة التسجيل بالنسبة للمصالح المتعاقدة.

30	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 21	9 جمادى الثانية عام 1435 هـ 9 أبريل سنة 2014 م
الملحق		
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
بوابة الصفقات العمومية للجزائر		
استمارة تسجيل المصالح المتعاقدة		
التسمية الكاملة :		
النص القانوني للإنشاء أو تحديد المهام، حسب الحالة :		
العنوان الكامل للمقر :		
الرمز البريدي :		
بلدية :		
ولاية :		
الهاتف :		
فاكس :		
رقم التعريف الجبائي :		
معلومات شخصية عن الشخص المكلف بتسيير الحساب والمتصرف باسم المصلحة المتعاقدة.		
الاسم واللقب :		
البريد الإلكتروني :		
الهاتف :		
الفاكس :		
حرر بـ..... في.....		
إمضاء، طابع وختم المصلحة المتعاقدة		
ملاحظة : كل الخانات واجبة الاستعلام		

-استمارة التسجيل بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين .

31	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 21	9 جملين الثانية عام 1435 هـ 9 أبريل سنة 2014 م
الملحق		
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
بوابة الصفقات العمومية للجزائر		
استمارة تسجيل المتعاملين الإقتصاديين		
اسم المؤسسة :		
الشكل القانوني :		
العنوان :		
الرمز البريدي :		
بلدية :		
ولاية :		
البلد :		
الهاتف :		
فاكس :		
رقم التعريف الجبائي(1) :		
رقم السجل التجاري(2) :		
المعرف الوطني (رقم التسجيل الوطني، رقم DUNS، إلخ)(3).....		
معلومات شخصية عن الشخص المكلف بتسيير الحساب والمتصرف باسم ولحساب المؤسسة.		
الاسم و اللقب :		
البريد الإلكتروني :		
الهاتف :		
الفاكس :		
حررَ بـ..... في.....		
إمضاء، طابع وختم المسؤول الأول للمؤسسة		
ملاحظة : كل الخانات واجبة الاستعلام		
(1) خاص بالمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية التي سبق لها العمل بالجزائر، ترفق نسخة من الوثيقة.		
(2) ترفق نسخة من الوثيقة.		
(3) خاص بالمؤسسات الأجنبية. ترفق نسخة من الوثيقة.		

الملحق رقم 02: تعليمية الوزير الأول، رقم 255، المؤرخة في 28 جوان 2022، المتضمنة تنفيذ الصفقات العمومية في سياق ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية



السيد
السيدات والسادة أعضاء الحكومة
والتبليغ
إلى السيدات والسادة الولاة



الموضوع: تنفيذ الصفقات العمومية في سياق ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية.

لقد أقر بحكم استقرار أسعار السلع الأساسية في الأسواق الدولية وارتفاع أسعار المواد والمدخلات والعمالة التي تدخل في إنتاج وتصنيع المنتجات الأساسية أساسا من شأنها دعم وفقدان التوازنات الجيوسياسية الدولية، على الخصوص من الطاقات المتاحة بما في ذلك الكميات المتاحة والاحتياط العمومية والتي، حيث حالت هذه الأخيرة من نقص في التمويل، مما أدى إلى تحديد الأجل في إطار تنفيذ الصفقات العمومية، وبالتالي اختلال التوازن الاقتصادي لهاته الأخيرة.

وقد شملت نتائج هذا الوضع الذي لم يكن في التوسع توقعه، ما يلي:

- تعاليف إضافية معتبرة على التمويلات
- توافر الأثمان في العديد من الفرضيات بسبب عدم قدرة المؤسسات على تحمل التكاليف الإضافية.

وبالتالي الصفاق الاستثنائي، أصبح من الضروري أن تتم، عند تنفيذ الصفقات العمومية، هذه التغييرات الخارجية من نطاق السيطرة، وإن تكيف من أجل تخفيف العبء والتكاليف الإضافية على المتعاملين المتناقلين وعلى المشاريع.

وعلى هذا الأساس، فإن هذه التعليمات:

- يتضمن مظهرها توجيه المصالح المتعاملة ذات تدابير يمكن أن تخفف وتزيل وتغادي الصفقات في الأثر الفاعلة في سياق تنفيذ الصفقات العمومية قيد التنفيذ وفي المستقبل.
- موجهة إلى المصالح المتعاملة بالكلفة بالصفقات العمومية محل الصفقات لتجولة تركيزها هيئات الرقابة المختصة في هذا المجال.

كما يمكن للمصالح المتعاملة الأخرى المشار إليها في المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 17، المؤرخ في 10 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتلويحات المرفق العام، وهيئات الرقابة المختصة اعتماد هذه التدابير وتطبيق محتواها.

- أ. التدابير الواجب تطبيقها في إطار الصفقات العمومية قيد التنفيذ:
- في حالة وجود صعوبات تتعلق بارتفاع أسعار المواد والمدخلات، أثناء تنفيذ الصفقات العمومية قيد التنفيذ، يمكن للمصالح المتعاقدة أن تشرع في تدابير تهدف إلى تكيف ترتيبات تنفيذ الصفقات العمومية.
- وعليه، فإن التدابير المذكورة ستكون كافية بتخفيف أو إبطال آثار وتداعيات الصعوبات التي يواجهها المتعاملون المتعاقدون، الذين لا يستطيعون احترام آجال التنفيذ، وبالتالي استعادة التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية والاستمرار في تنفيذها.
- ويتم تطبيق هذه التدابير، تحت إشراف المصالح المتعاقدة، على أساس حالة بحالة.
- ويجب تبرير تنفيذ التدابير تبريراً موضوعياً في إثبات العلاقة المباشرة بين هذه الصعوبات والمواد والخدمات المعنية بالصعوبات التي تواجهها، والمنصوص عليها في الصفقات العمومية أثناء التنفيذ.
- وتتمثل ذات التدابير أساساً في:
- تعديل آجال التنفيذ، قد أدى هذا الحدث غير المتوقع والاستثنائي والأجنبي عن الأطراف المتعاقدة إلى تجاوز، بل وإلى توقف بعض المشاريع وعدم قدرة المتعاملين المتعاقدين على مواصلة الوتيرة والنسق المطلوبين. وعليه، يمكن إيقاف الأجال أو تمديدتها، شريطة أن تقدم المؤسسة ما يثبت أنها ليست في وضع يمكنها من احترام آجال التنفيذ، أو أن تنضيد بعض الخدمات التي تؤطرها الأجال من شأنه أن يولد تكاليف إضافية مبالغ فيها.
 - الإغفاء من غرامات التأخير، يمكن تطبيق هذا الإجراء، بغض النظر عن أحكام المادة 147، الفقرة 1، من المرسوم الرئاسي رقم 15. 247 المؤرخ 11 سبتمبر 2016 لتنظيم الصفقات العمومية وتوضيحات المرفق العام، عندما لا يكون التأخير منسوباً إلى المتعامل المتعاقد.
 - ويتجسد الإغفاء من العقوبات المتأخرة في إصدار أوامر مصلحة تتضمن إيقاف واستئناف الأشغال، من أجل معالجة هذه التأخيرات. وترفق بالملف شهادة إدارية تتضمن الإشارة إلى حالات الظروف غير المتوقعة.
 - التعويض أو الفسخ:
 - إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمتعامل المتعاقد بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمصلحة المتعاقدة تبعاً للظروف، وبعد مراعاة توازن التكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين. الشروع في الإجراءات الملائمة للتعويض، وهذا مع احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما.
 - يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطالب بالتعويض، في حالة عدم وجود بند تحيين ومراجعة الأسعار، أو في حالة وجوده وعدم استجابته بشكل فعال لهذا الوضعية.
 - ومن هذا المنطلق، لا يمكن تعديل بند مراجعة الأسعار أو إدخاله أثناء تنفيذ الصفقة، وهذا باعتباره يمس بمبدأ شروط المناقصة الأولية.
 - وفي نفس الصدد، يقع على عاتق المتعامل المتعاقد العالاب للتعويض إثبات بأن الزيادة كانت استثنائية، وغير متوقعة سواء بحدوثها أو بحجمها، وأنها تسببت في مجز للاستغلال، مدعماً طلبه بالوثائق الثبوتية اللازمة، على غرار إثبات أن عملية التمويل بالمواد المعنية كان بعد فترة ارتفاع سعر هذه المواد على نحو لا يمكن التنبؤ به.

1
 وجدير بالذكر أن التعويض الممنوح للمتعاقد لا يغطي إلا التكلفة غير التعاقدية، لأن هذا الأخير يجب أن يتحمل تكلفة «الخطر الاقتصادي» وذلك طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، لا سيما أحكام المادتين 100 و110 من المرسوم التنفيذي رقم 210.21 المؤرخ في 21 ماي 2021 الذي يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المحببة على الصفقات العمومية للأشغال.

وفي حال أدت هذه الظروف غير المتوقعة إلى إحداث اختلال في التوازن الاقتصادي للصفقة، يمكن للمتعاقد أن يطالب بالفسخ التعاقدية للصفقة طبقاً لأحكام المادة 151 من المرسوم الرئاسي رقم 15.17 المؤرخ في 10 سبتمبر 2018 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

• المعالجة السريعة في عملية تسديد الفواتير المتعلقة بالصفقات العمومية المعنية؛
 في هذا السياق يتعين على المصالح التعاقدية الإسراع في إجراءات دفع النفقات العمومية الناجمة عن تنفيذ ذات الصفقات العمومية بغض النظر عن الأجل المنصوص عليها في المادة 122 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المؤرخ في 10 سبتمبر 2015 المذكور أعلاه.

• وأخيراً، قد تؤدي التأخيرات الناجمة عن الصعوبات المذكورة أعلاه، أو حتى الاختلالات التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، إلى إبرام ملحق بغرض تكييف شروط تنفيذ الصفقة الأولية، وذلك دون التأثير على شروط المنافسة الأولية.

ب. الترتيبات الواجبة التطبيق في إطار الصفقات العمومية المستقبلية؛

فيما يتعلق بمشاريع الصفقات التي ستبرم في المستقبل، يتعين على المصالح التعاقدية أن تستحدث أو تدرج ما يلي عند تحرير الصفقة؛

• بند مراجعة الأسعار، الذي يجب بالضرورة أن يحدد إجراءات حساب المراجعة بالإضافة إلى تحديد فترات مراجعة الأسعار المحددة وفقاً للمعدل المتوقع لتقلبات الأسعار في النشاط الاقتصادي المعني.

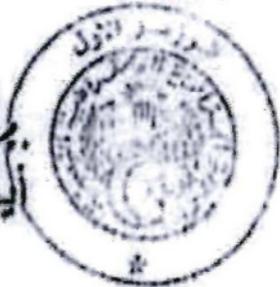
• النص في البند المتعلق بأجل التنفيذ على إعفاء حائز الصفقة من ضمانات التأخير وتمديد الأجل في حالة وجود ظروف تخرج عن مسؤوليته ومن شأنها أن تحول دون تمكنه من احترام الأجل التعاقدية.

وجدير بالتوضيح أن هذه العملية لا تطبق على الصفقات المبرمة وفقاً لأحكام المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 247.15 المؤرخ في 10 سبتمبر 2015 المذكور أعلاه، والتي يساوي مبلغها أو يقل عن حدود الصفقات العمومية ولا يقتضي إبرامها وجوباً وفقاً للإجراءات الشكلية.

وتكلف المصالح التعاقدية وهيئات الرقابة المختصة في مجال الصفقات العمومية بالسهر على التطبيق الأمثل لهذه التعليمات.

وتفضلوا، السيدات والسادة، بقبول شائق اعتباري.

الوزير الأول
 عبد الرحمن بن عبد الرحمن



رئيس الجمهورية (على سبيل عرض حال).

الملحق رقم 03: نموذج من تصريح بتلقي الهدايا الممنوحة في إطار التشريفات من طرف الوفود في مهمة في الخارج.

6 شعبان عام 1441 هـ 31 مارس سنة 2020 م	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 18	4
<p>الملحق</p> <p>نموذج التصريح بتلقي الهدايا الممنوحة</p> <p>في إطار التشريفات من طرف الوفود</p> <p>في مهمة في الخارج</p>		
أنا الممضي أسفله،		
- الاسم واللقب :		
- تاريخ ومكان الميلاد :		
- الوظيفة : الهيئة المستخدمة :		
- أصرّح أنني تلقيت الهدية (الهدايا) :		
- المناسبة :		
- التاريخ :		
- البلد :		
- طبيعة الهدية :		
- خصائصها :		
- قيمتها :		
- مكان صنعها :		
- اسم ولقب الشخصية التي قدمت الهدية (الهدايا) :		
- الوظيفة :		
- تسمية الهيئة التي قدمت الهدية (الهدايا) :		
- البلد :		
- حرّر بـ في		
التوقيع		

الملحق رقم 04: نموذج من مقرر التغاضي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE/WILAYA/COMMUNE.....

DECISION DE PASSER-OUTRE
 N° DU

L'ORDONNATEUR:

- Vu la loi n° 84-17 du 07/07/1984, modifiée et complétée, relative aux lois de finances.
- Vu la loi n° 90-21 du 15/08/1990, modifiée et complétée, relative à la comptabilité publique
- Vu l'ordonnance n° 95-20 du 17/07/1995 relative à la cour des comptes.
- Vu le décret n° 08-272 du 06 septembre 2008 fixant les attributions de l'inspection générale des finances.
- Vu le décret présidentiel n° 10-236 du 07 octobre 2010, portant réglementation des marchés publics,
- Vu le décret exécutif n° 92-414 du 14 novembre 1992, modifié et complété, relatif au contrôle préalable des dépenses engagées, notamment ses articles 18 et 19.
- Vu le refus de visa de la Commission des marchés de du sous le n° du

DECIDE

Article unique: il est passé outre, sous ma responsabilité, au refus de visa de la Commission des marchés de cité ci-dessus, à l'effet d'engager les dépenses, objet du dossier ci-après désigné:

- Dépenses de : fonctionnement ou équipement.
- Exercice budgétaire:
- Mode de passation :
- Section :
- Chapitre :
- Article:
- Montant :

Fait à le

- NOTE:** La présente décision de passer-outre d'écrit établie et signée par l'ordonnateur doit être accompagnée:
- ✓ d'une fiche d'engagement;
 - ✓ de la décision de refus de visa de la Commission des marchés;
 - ✓ des pièces justificatives de la dépense.

الملحق رقم 05: نموذج من مقرر التسخير

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الطاقة

ولاية

مقاطعة

بلدية

مقرر تسخير رقم

- أن رئيس المجلس الشعبي البلدي

- بمقتضى القانون رقم 21/90 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية للمحل والمقضي

- بمقتضى القانون رقم 18/11 المؤرخ في 22/06/2011 المتعلق بالبلدية.

- بمقتضى المرسوم التأسيسي رقم 313/91 المؤرخ في 07/03/1991 الذي وحد إدارات المحاسبة التي كانت مسجلة بالأسرى والصرف والمحاسبين العموميين والبلديات ومخزناها المحل والمعلم .

- بمقتضى المرسوم التأسيسي رقم 314/91 المؤرخ في 07/03/1991 المتعلق بإجراء تسخير الأسرى والصرف المحاسبين العموميين.

- بمقتضى المرسوم التأسيسي رقم 41/93 المؤرخ في 19/01/1993 الذي وضم المرسوم التأسيسي رقم 311/91 المؤرخ في 07/03/1991 المتعلق بتعيين المحاسبين العموميين وإعادة هيكلة في.

- بمقتضى المرسوم التأسيسي رقم 42/93 المؤرخ في 19/01/1991 الذي يعدل ويحدد المرسوم التأسيسي رقم 315/91 المؤرخ في 07/03/1991 الذي وحد إدارات المحاسبة التي كانت مسجلة بالأسرى والصرف والمحاسبين العموميين والبلديات ومخزناها المحل والمعلم.

ولما حل محل مكررة الترخيص رقم المؤرخة في الخاصة بجمع تسفيد العوالة رقم المؤرخة في
تقديرا

بالتوازي مع السيد الأمين العام للبلدية ولاية

بالتوازي مع

- السيد الأمين العام للبلدية على مستوى بلديات ومخزناها المحل عن مكررة الترخيص رقم
المؤرخة في ويطلب من المحاسب أن يطلع على المرفق رقم المؤرخة في

- السيد الأمين العام للبلدية أن يؤمنا بصفة يثابرة محضري هذا القرار.

رئيس المجلس الشعبي البلدي

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية:

I (الكتب:

*كتب عامة :

1. أبو بكر صديق عمر، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
2. أبو زيد مصطفى فهمي، الإدارة العامة نشاطها وأموالها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
3. أبو سعد وسيم نقولا، رقابة ديوان المحاسبة المسبقة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
4. أبو عامر محمد زكي، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للتوزيع والدراسات والنشر، بيروت، لبنان، 1999.
5. آث ملويا لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
6. آث ملويا لحسين بن شيخ، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007.
7. آث ملويا لحسين بن شيخ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2004.
8. آث ملويا لحسين بن شيخ رسالة في الإستعجالات الإدارية، دون طبعة، الجزء الثاني، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
9. آث ملويا لحسين بن شيخ، دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية، طبعة 3، دار هومة، الجزائر، 2007.
10. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص جرائم الفساد، المال والأعمال، جرائم التزوير، طبعة 13، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
11. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
12. الأحمدى أنسام فالح حسن حمزة، السلطات غير التقليدية للقاضي الإداري، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
13. أزياب نبيل، سلطة الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2018.

14. أكرم ابراهيم حماد، الرقابة المالية في القطاع الحكومي، طبعة 1، دار جهينة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
15. البيواتي وفاء محمود أحمد، المقابل المالي في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
16. الجباري نزار عبد القادر أحمد، عيب عدم الإختصاص الجسيم في القرارات الإدارية والرقابة القضائية عليه "دراسة تحليلية مقارنة"، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
17. الجبوري خلف محمود، العقود الإدارية، طبعة 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
18. الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، الجزء 1، طبعة 1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.
19. الحمادي مال الله جعفر عبد الملك، ضمانات العقد الإداري، المناقصة العامة (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة بين كل من القانون البحريني والقانون المصري وقانون اليونسترال)، طبعة 2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
20. الحمداني سامي حسن نجم، الإدارة المحلية وتطبيقاتها والرقابة عليها، طبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014.
21. الحمداني علاء جريان تركي، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة "دراسة مقارنة في القانون المدني"، دون طبعة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
22. الدرهبوي محمد شعبان، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
23. بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
24. بسيوني عبد الله عبد الغني، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام القضاء الإداري 'دراسة مقارنة، الطبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
25. بعلي محمد الصغير، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.

26. بكرارشوش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجزء 2، طبعة 1، دار صحي للطباعة والنشر، غرداية، الجزائر، 2014.
27. بلال صلاح الانصاري، مبادئ واقتصاديات المالية العامة، طبعة 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017.
28. بلعوشة شريف أحمد، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري "دراسة مقارنة تحليلية"، دون طبعة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017.
29. بلعيد بشير، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطبعة قرفي عمار، باتنة، الجزائر، 1993.
30. بن داود ابراهيم، الرقابة المالية على النفقات العامة، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009.
31. بن دعاس سهام، جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2019.
32. بن ملحّة الغوثي، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
33. بن ناصر بوطيب، رقابة السلطة المركزية على البلديات "دراسة حالة الجزائر"، طبعة 1، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
34. بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011.
35. بوراس محمد، النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات، "دراسة تأصيلية للإشهار التجاري"، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
36. بوراس محمد، النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات "دراسة تأصيلية للإشهار التجاري"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
37. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، طبعة 1، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
38. بوضياف عمار، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة 1، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

39. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم 01، طبعة 5، دار جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2017.
40. بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2014.
41. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر.
42. جابر عبد الرؤوف، ضمانات المشاريع الإنشائية العامة (المناقصة-الإستثناءات الواردة عليها-العقد-الكفالات-ضمانات الإدارة-التأمين)، "دراسة قانونية مقارنة"، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
43. جابر هادي نسرين، القضاء الإداري الإستعجالي "دراسة مقارنة"، دون طبعة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2016.
44. جاد نصار جابر، المناقصات العامة (دراسة مقارنة)، في القانونيين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال"، طبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر.
45. جبار يعقوب سحر، الجزاءات الإدارية في عقد التوريد "دراسة مقارنة"، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2020.
46. جبار يعقوب سحر، فسخ العقد الإداري قضائيا لخطأ الإدارة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2020.
47. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دون طبعة، الناشر المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008.
48. جوزف أبو الياس، المؤسسة التجارية، الجزء 1، دار بيروت للنشر، لبنان، 1983.
49. حسام محسن عبد العزيز، سلطة الإدارة الجزائية في فرض الغرامة التأخيرية في العقد الإدارية وضمانتها "دراسة مقارنة"، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
50. حسن محمد هند، محمد حسن علي حسن، الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات، يشتمل على التعليق على قانون المناقصات والمزايدات رقم 89/1998، ولائحته التنفيذية مدعما بأحكام محكمة النقض وأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى سنة 2002، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

51. حمدي عبد العظيم، عولمة الفساد وفساد العولمة، منهج نظري وعملي، طبعة 1، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
52. حمدي علي عمر، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
53. حمدي فؤاد علي، التنظيم والإدارة الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 1981.
54. حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
55. خالد خليل ظاهر، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، طبعة 2، مكتبة القانون والإقتصاد، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2004.
56. خباياة إدريس، دور الدولة في ضبط النشاط الإقتصادي، طبعة 1، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، مصر 2014.
57. خرشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018.
58. خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، دون طبعة، القبة القديمة، الجزائر، 2011.
59. خريط محمد، قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري، طبعة 2، دار هومه، الجزائر، 2009.
60. خلف الجبوري محمود، العقود الإدارية، طبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
61. خلفي عبد الرحمان، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2010.
62. خلفي عبد الرحمان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، طبعة 2، دار بلقيس، الجزائر، 2016.
63. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية " شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
64. خليفة خالد، دليل ابرام العقود الإدارية في القانون الجزائري الجديد، طبعة 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017.

65. خليفة خالد، طرق ابرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دون طبعة، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2017.
66. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
67. خليل الظاهر خالد، القانون الإداري (دراسة مقارنة) الكتاب الثاني، طبعة 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 1997.
68. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة "إبرام-تنفيذ-انتهاء" دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
69. خليل محسن، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989.
70. خميس السيد اسماعيل، الدعوى الإدارية فقها وقضاء، طبعة 1، دار محمود، القاهرة، مصر، 2016.
71. دغمش محمد سامر، استراتيجيات مواجهة الفساد المالي والإداري والمواجهة الجنائية والآثار المترتبة على الفساد المالي "دراسة مقارنة"، طبعة 1، مركز العربي للنشر والتوزيع، الجبوة، مصر، 2018.
72. الدليمي عبد الرزاق محمد، الإعلان في القرن الحادي والعشرين، طبعة 1، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2019.
73. راضي برادي محمد، القواعد العامة في تحديد ميعاد رفع دعوى الإلغاء "دراسة مقارنة"، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2017.
74. ريس وفاء، نظام التسيير بالأهداف في المؤسسات العامة "بين النظرية والتطبيق"، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2020.
75. رحمان منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، الجزائر، 2006.
76. رنا اللحام سمير، السلطات الإدارية المستقلة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
77. ريم علي احسان محمد العزاوي، وسائل ابرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014.

78. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآلية مكافحتها في التشريع الجزائري، طبعة 1، دار الولاية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2016.
79. زيدان علي الدين، الشامل في دعوى إلغاء القرار الإداري " شروط الدعوى وقبولها، إجراءات رفع الدعوى"، ط1، دار سلام للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.
80. الساري جورجي شفيق، القرارات القابلة للإلغاء في القانون الإداري "دراسة تحليلية مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، دون بلد النشر، 2002.
81. ساكر حسين، مسؤولية الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية" دراسة تحليلية مقارنة"، دون طبعة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
82. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، طبعة 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2016.
83. سامر دغمش محمد، نظرية البطلان في العقود الإدارية ' دراسة مقارنة"، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2018.
84. سردوك هبة، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
85. سرور أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء 1، مطبعة القاهرة، مصر، 1981.
86. سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
87. السناري محمد، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة " دراسة تحليلية ونقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر"، توزيع دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر.
88. سنووقة سائح، الدليل العملي في إجراءات الدعوى المدنية، دار الهدى، الجزائر، 1996.
89. السيد دبوس مصطفى، تامين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات " دراسة تحليلية"، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2019.
90. الشاذلي فتوح عبد الله، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.

91. الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دون طبعة، دار الفكر العربي، للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2005.
92. العامري حسن عبد الأمير، النظام القانوني للرقابة الإدارية الخارجية "دراسة مقارنة"، طبعة 1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
93. العسكري علي أنور، الرقابة المالية على الأموال العامة في مواجهة الأنشطة غير المشروعة، مكتبة بستان المعرفة، الإسكندرية، مصر، 2008.
94. العصار يسرى محمد، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراتها الحديثة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
95. العموري محمد، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018.
96. الفاتح محمود بشير المغربي محمد، الرقابة الإدارية، طبعة 1، الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي، القاهرة، مصر، 2020.
97. الفوزان بن براك محمد، مبادئ المرافعات الإدارية "دراسة تحليلية في ضوء ديوان المظالم الجديد وما استقر عليه العمل بالقضاء"، طبعة 1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2018.
98. القهوجي علي عبد القادر، قانون العقوبات، القسم الخاص "لجرائم المضرة بالمصلحة العامة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
99. القهوجي علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية الجنائية والجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
100. المصري زكريا، العقود الإدارية "ما بين الإلتزام القانوني والواقع العملي" دراسة مقارنة محلية ودولية، طبعة 1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصور، مصر، 2014.
101. صبحي نجم محمد، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
102. صبره محمود محمد، إعداد وصياغة العقود الحكومية، ط 4، مطب صبره للتأليف والترجمة، جيزة، مصر، 2007.

103. صوالحية عماد، السلطات الإدارية المسنقة في الأنظمة العربية، طبعة 1، إي كتب، بريطانيا، 2020.
104. ضريفي نادية، تسير المرفق العام والتحويلات الجديدة، دار بلقيس، الجزائر، 2010.
105. عابد زهير عبد اللطيف، مبادئ الإعلان، دون طبعة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
106. عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة فقهية، تشريعية، قضائية)، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018.
107. عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية "دراسة قانونية"، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
108. عبد الرؤوف جابر، الرقابة المالية والمراقب المالي من الناحية النظرية، طبعة 1، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2004.
109. عبد الستار فوزية، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
110. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، (الإبرام-التنفيذ-المنازعات) في ضوء أحدث أحكام مجلس الدستوري ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
111. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة (الغرامة، الوقف، الإزالة، السحب وإلغاء التراخيص، الغلق الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.
112. عبد المطلب إيهاب، جريمة الرشوة، طبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.
113. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015.
114. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011.

115. علي حسين عبد الأمير، كشف وابتكار المبادئ العامة في القانون والقضاء الإداري، طبعة 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2019.
116. علياء عبد الكريم مهدي، جريمة الرشوة ووسائل مكافحتها وطنيا ودوليا، طبعة 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
117. عمرانني مصطفى، جريمة استغلال النفوذ في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، طبعة 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2017.
118. عوابدي عمار، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
119. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج2، "النظرية الدعوى الإدارية"، طبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
120. عيساوي أحمد، الإعلان من منظور الإسلامي، كتاب الأمة، طبعة 1، العدد 71، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1999.
121. غني أمينة، قضاء الاستعجال في المواد الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
122. قائد مقبل أحمد محمد، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
123. قطيش عبد اللطيف، الصفقات العمومية، تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
124. كلوفي عزالدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون طبعة، دار النشر جليطي، برج بوعرييج، الجزائر، 2012.
125. لباد ناصر، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء 2، طبعة 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
126. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الجزء 1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1988.

127. محدة محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء 3، طبعة 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون سنة النشر.
128. محمود داود يعقوب، المسؤولية في القانون الجنائي الاقتصادي، دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
129. مطر عصام عبد الفتاح، جرائم الفساد الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
130. مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، (دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
131. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، طبعة 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2018.
132. مفتاح خليفة عبد العزيز، حمد محمد الشلماني، انقضاء العقود الإدارية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2013.
133. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
134. ناجي المعلا، إدارة التسويق "مدخل استراتيجي متكامل"، دار يازوري للنشر والوزيع، عمان، الأردن، 2021.
135. نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهاد القضائي "دراسة مقارنة"، دار هومة، الجزائر، 2011.
136. هلدير أسعد أحمد، نظرية الغير في العقد "دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2011.
137. هنان مليكة، جرائم الفساد والرشوة، الاختلاس، تكسب الموظف العام من وراء وظيفته في الفقه الإسلامي، قانون مكافحة الفساد الجزائري، مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010.
138. هنداي فتوح محمد، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، طبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.

139. هونوي نصر الدين، تراعي نعيمة، الخبرة القضائية في مادة منازعات الإدارية، دون طبعة ، دار هومة، الجزائر، 2007.
140. وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري " دراسة قانونية تحليلية"، طبعة 2، دار هومة، الجزائر، 2012.
141. ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.
142. يزيد محمد أمين، الرقابة السابقة على النفقات الملتزم بها في الجزائر (المراقب المالي نموذجاً)، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2015.
143. يعقوب عبد الكريم، دراسات جدوى المشروع، دون طبعة، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

*** كتب متخصصة:**

1. امزيد الجليلي، الحماية القانونية والقضائية لقواعد المنافسة في صفقات الدولة ، طبعة 02، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، المغرب، 2012.
2. الزندي لارا عادل جبار، حماية المنافسة في قطاع الاتصالات 'دراسة مقارنة'، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.
3. الشناق معين فندق، الإحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والإتفاقيات الدولية، طبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
4. الماحي حسين، حماية المنافسة " دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية، طبعة 1، المكتبة العصرية لنشر والتوزيع، مصر، 2007.
5. باقي لطيف عدنان، التنظيم القانوني ومنع الممارسات الإحتكار "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
6. بلعيد بجيلالي، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2018.
7. بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام المنافسة، طبعة 1، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، 2018.
8. تامر محمد الصالح، الحماية الجنائية للحق في المنافسة "دراسة مقارنة"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
9. حسن السبك صبري مصطفى، دعوى المنافسة غير المشروعة كوسيلة قضائية لحماية المحل التجاري "دراسة مقارنة"، طبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2012.

10. سلمان الغريب محمد، الإحتكار والمنافسة غير المشروعة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
 11. شروط حسين، شرح قانون المنافسة على الأمر 03/03 ووفقا لقرار مجلس المنافسة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2012.
 12. عمران جابر فهمي، المنافسة في منظمة التجارة العالمية، تنظيمها وحمايتها "دراسة مقارنة"، القانون الأمريكي، الإتحاد الأوروبي، القانون المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2011.
 13. فكتور تادرس خليل، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعينة على ضوء أحكام قوانين حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007 .
 14. كتو الشريف محمد، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.
- II. الرسائل الجامعية:**
- أطروحات الدكتوراة:**
1. أكرور ميريام، الأجر في الصنفقة العمومية للأشغال، أطروحة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية: 2014-2015.
 2. بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة دولة، جامعة سيدي بلعباس، 2006.
 3. بلماحي زين العابدين، النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة "دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبي بكر بكايد، نلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016.
 4. بن احمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراة علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بكايد، نلمسان، السنة الجامعية: 2017-2018.
 5. بن بوحلايس إلهام، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة دكتوراة علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية: 2016-2017.
 6. بن سالم خيرة، الآليات القانونية لتكريس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018.

7. بن عودة صالحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية "بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق نظام ل.م.د، تخصص قانون الأعمال الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2016-2017.
8. تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية " دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018.
9. تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
10. تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم والقانونية والإدارية، جامعة أبو بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2010-2011.
11. جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة الدكتوراه في القانون العام أطروحة، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.
12. الحاج علي بدر الدين، جرائم الفساد وآليات مكافحتها في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016.
13. حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية: 2012-2013.
14. الحرسى سرير خديجة، الحماية الجزائية للصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل.م.د، تخصص قانون جنائي وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2019-2020.
15. خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، جامعة سطيف 2، الجزائر، السنة الجامعية: 2014-2015.
16. خلدون عائشة، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2015-2016.
17. ديباش سهيلة، مجلس الدولة ومجلس المنافسة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010.
18. رحمانى راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة الدكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2016-2017.

19. رقراقي محمد زكرياء، الممارسات المنافية للمنافسة في الصفقات العمومية " دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراة علوم في القانون، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19 مارس 1962، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018.
20. روابح فريد، الأساليب الإجرائية الخاصة للتحري والتحقق في الجريمة المنظمة، رسالة دكتوراه في القانون العام، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
21. زوزو هدى، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية و المدنية دراسة مقارنة ، أطروحة الدكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العام الدراسي: 2010-2011.
22. زوقاي حميد، الآليات القانونية لمكافحة جرائم الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2018-2019.
23. سرباح خالد ، مسؤولية السلطة العامة في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه القانون العام المقارن، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2018-2019.
24. سكوتي خالد، الأجهزة الرقابية الدور والفعالية، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
25. عزاوي عبد الرحمان، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.
26. علجية شمون، مركز سلطات الضبط المستقلة بين أشخاص القانون العام في القانون الجزائري، أطروحة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، الجزائر، 2018.
27. قابة صورية، الآليات القانونية لحماية المنافسة، أطروحة الدكتوراة علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017، 1.
28. قوسم غالية، التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي، أطروحة دكتوراة في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.

29. كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية: 2012-2013.
30. كعبيش بومدين، الحماية الجزائرية للصفقات العمومية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في الحقوق نظام ل.م.د، تخصص قانون جنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2017-2018.
31. كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام، الموسم الجامعي: 2017-2018.
32. لهاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين "دراسة مقارنة"، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية، فرع تجريم الصفقات العمومية، جامعة الجيلالي ليايس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 19 مارس 1962، سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2017-2018.
33. مجيدي علي، السلطة التقديرية للإدارة ورقابة القضاء، دراسة تحليلية ومقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية: 1998-1999.
34. مخاشنة آمنة، آليات تفعيل مبدأ حرية المنافسة دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه ل.م.د في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة باتنة-1، الجزائر، السنة الجامعية: 2016-2017.
35. مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2015.
36. مسعد جلال، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

• **مذكرات الماجستير:**

1. بوزيدة صبرينة، قانون المنافسة لا أمن قانوني أم تصور جديد لأمن القانوني، مذكرة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016.
2. رقرقي محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014.

3. قنان نهاد، المفهوم الأوروبي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، مذكرة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، السنة الجامعية: 2012-2013.

4. لحراري ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

5. ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة ماجستير في لقانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية: 2003-2004.

(III) المقالات :

1. ارزيل الكاهنة، عن استخدام تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحيى، جيجل.

2. إقلولي ولد رابح صافية، مكانة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة الإدارة، المجلد 18، العدد 02، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2008.

3. براغ محمد، دور الرقابة على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العمومية، مجلة الإقتصاد الجديد، المجلد 01، العدد 18، جامعة خميس مليانة، الجزائر.

4. بريك فارس، بريك عبد الرحمان، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة وصلاحياته في التشريع الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 02، العدد 01، المركز الجامعي بريك، الجزائر، 2018.

5. بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 03، العدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر.

6. بزاز وليد، السلطة القمعية لمجلس المنافسة بين حماية المنافسة الحرة وضبط حرية المبادرة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2019.

7. بعوش دليلة، المفهوم القانوني للتعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016.

8. بلحارث ليندة، دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة، مجلة المعارف، المجلد 11، العدد 21، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.
9. بن السي حمو محمد المهدي بن عبد الله، الرقابة الداخلية على إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 01، جامعة غرداية، الجزائر، 2017.
10. بن جيلالي عبد الرحمان، أحكام جريمة المحاباة في الصفقات العمومية في ظل مكافحة الفساد، مجلة القانون والعلوم الساسية، المجلد 06، العدد 01، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، الجزائر، 2020.
11. بن جيلاني عبد الرحمان، انتفاء استقلالية ونجاعة سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر " قراءة في نص المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة المسيلة.
12. بن دعاس سهام، أحكام فسخ الصفة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020.
13. بن دعاس سهام، حماية القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدى لعملية إبرام الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمى لخضر، الوادي، الجزائر، 2020.
14. بن زيطة عبد الهادي، نطاق اختصاص السلطات الإدارية المستقلة" دراسة حالة لدنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وسلطة الضبط للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، المجلد 01، العدد 01، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، 2008.
15. بن سالم خيرة، جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 01، العدد 02، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2014.
16. بن عبد القادر زهرة، حماية مبدأ المنافسة من التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق، دراسة تحليلية في التشريع الجزائري على ضوء نظيره الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة حسنية بن بوعلوي، الشلف، الجزائر، 2019.

17. بن عزة محمد، دراسة في مبادئ حرية المنافسة ضمن قانون المنافسة الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 01، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2000.
18. بن علي عبد الحميد، دور اللجنة الولائية في الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر.
19. بن عودة صليحة، مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية "جريمة المحاباة نموذجاً"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 03، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021.
20. بن عودة صليحة، أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 01، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
21. بن عيشة عبد الحميد، دور القاضي الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.
22. بن لشهب أسماء، مجلس المنافسة كآلية لترقية وحماية المنافسة من الممارسات المقيدة لها، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 01، العدد 01، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016.
23. بن لطرش منى، "السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي بوجه جديد لدور الدولة، مجلة إدارة، العدد 02، 2002.
24. بوعكاز نسرين، اقرارات القابلة للإنفصال في عقود الصفقات العمومية " صفقة الاشغال العمومية"، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد 13، جامعة العربي تبسي، تبسة، الجزائر، 2005.
25. بوقندورة عبد الحفيظ، الرقابة القضائية على منازعات مجلس المنافسة وحق الطعن، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10، العدد 01، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2016.
26. بن يسعد عذراء، مبدأ حظر الاتفاقات واعماله في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 01، العدد 45، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2016.
27. بن نصيب عبد الرحمن، "السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد من منظور القانون رقم 22-08، المؤرخ في 05/05/2022، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 03، جامعة الجلفة.

28. بن مالك احمد، عقباوي محمد عبد القادر، النظام القانوني للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته كآلية للرقابة، المجلد 6، العدد 02، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2022.
29. بوالكور عبد الغاني، عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، ديسمبر 2017.
30. بوالكر عبد الغاني، القواعد التي تنظم فتح الأظرفة وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، جامعة جيجل، الجزائر، 2018.
31. بوالكر عبد الغاني، سناء متغير، ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة ابرام الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد صديق بن يحي، جيجل، الجزائر.
32. بوسلامة حنان، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47 جوان 2017، المجلد ب، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2017.
33. بوسعيد ماجدة، الإتفاقات المحظورة المقيدة لمبدأ حرية المنافسة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، العدد 3، المجلد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، سبتمبر، 2018.
34. بوضياف الخير، الرقابة الداخلية في مجال الصفقات العمومية وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2018.
35. بوطبة مراد، قراءة في نص المادة 88 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 23، العدد 03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018.
36. بولكوار عبد الغاني، القواعد المنظمة التي تنظم فتح وتقييم العروض في طلب العروض المحدود والمسابقة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2018.
37. تابتي بوحانة، استقلالية الجماعات الإقليمية في الجزائر بين الحقيقة القانونية والممارسة العملية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد رقم 17، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014.

38. تابتي بوحانة، دور القضاء الإستعجالي قبل التعاقد، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 06، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016.
39. تبون عبد الكريم، الأركان الخاصة لجنحة أخذ الموظف العمومي للفوائد بصفة غير قانونية أثناء ممارسته لمهامه في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، مجلة الميزان، المجلد 02، العدد 02، المركز الجامعي أحمد صالح، النعامة، الجزائر، 2017.
40. تقيّة توفيق، الرقابة الإدارية الداخلية على الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 01، جامعة الجيلالي بونعامة، بخميس مليانة، الجزائر، 2018.
41. تياب نادية، واقع الجماعات المحلية في ظل الوصاية الإدارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة المسيلة، الجزائر، 2021.
42. تياب نادية، أحمية وهيبة، تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2021.
43. تياب نادية، مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 1، العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر.
44. جاوي حوية، جريمة تلقي الهدايا كآلية لتبييض الأموال في مجال الصفقات العمومية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي بأفلو، الأغواط، الجزائر، 2018.
45. جبار يعقوب سحر، سلطة الإدارة في حرمان المتعاقد واستبعاده، المجلد 01، العدد 16، مركز الدراسات الكوفة، العراق، 2010.
46. جبور علي سايح، اللجنة البلدية للصفقات كأداة للرقابة الخارجية على الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020.
47. حراق مصباح، قمبرور محمد أمين، فعالية الرقابة المالية على الصفقات العمومية في ترشيد النفقات العامة والحد من تبديد المال العام في الجزائر، مجلة نماء للإقتصاد والتجارة، المجلد 03، العدد 01، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2019.
48. حساين سامية، آليات حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام على ضوء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 5، العدد 2، جامعة عبد الحميد مهري، قسنطينة، الجزائر، 2019.

49. حملاوي نجاه، تفعيل سلطات الضبط الاقتصادي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حماة لخضر، الوادي، الجزائر، 2019.
50. حوت فيروز، حظر البيع بأسعار منخفضة تعسفا، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 03، المركز الجامعي عبد الله مرسلبي، تيبازة، الجزائر، 2017.
51. خالد خديجة، جريمة المحاباة في الصفقات العمومية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمى لخضر، الوادي، الجزائر، 2019.
52. خرشي إلهام، دور التوصيات والأراء في تفعيل تدخلات السلطات الإدارية المستقلة، مجلة العلوم الإجتماعية، العدد 18، جامعة سطيف، 2014.
53. خرشي عثمان، الترصد الإلكتروني كآلية لمكافحة الجرائم المعلوماتية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 07، العدد 03، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2020.
54. خلدون عيشة، قراءة في الأحكام الجديدة لقانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام رقم 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017.
55. خليفي عبد الكريم، آليات الرقابة الداخلية للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام في ضوء المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة أبعاد اقتصادية، المجلد 07، العدد 01، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2011.
56. خيضر عبد الكريم، دور الشفافية في مكافحة الفساد "الصفقات العمومية نموذجاً"، مجلة الحقوق والحريات، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2016.
57. دمانة محمد، الحاسي مريم، تبرير الإتفاقات المقيدة للمنافسة وفقا للأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، العدد 02، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2015.
58. دهمة مروان، القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة التمكين الإجتماعي، المجلد 02، العدد 03، كلية العلوم الإجتماعية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2020.
59. راضي البياتي رنا محمد، العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق، المجلد 13، العدد 02، جامعة النهرين، العراق، 2011.
60. رايس سامية، الرقابة الوصائية على المجلس البلدية في النظامين الجزائري والتونسي، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد 07، العدد 12، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.

61. رقراقي محمد زكرياء، التجريم في الصفقات العمومية، صراع بين الردع الجزائي وهشاشة الأمن القانوني للمقررين العموميين، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 07، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016.
62. زوزو هدى، زوزو زوليخة، الرقابة كآلية للوقاية من جرائم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2016.
63. زيدان عبد النور، الممارسات المقيدة في الصفقات العمومية، مجلة صوت القانون، المجلد 05، العدد 01، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2018.
64. زوايمية رشيد، "ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة تيزي وزو، 2008،
65. سعودي علي، سالم عبد السلام، السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر واشكالية منازعات الاختصاص القضائي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2021.
66. سليمان سعيد، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة كلية الحقوق، العدد 04، جامعة تلمسان، 1994.
67. سويسي إبراهيم، دور لجنة الصفقات العمومية في مكافحة الفساد، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تلجي، الأغواط، الجزائر، 2021.
68. شرون حسينة، بن مشري عبد الحليم، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 02، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
69. صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي"، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، المركز الجامعي أمود بن مختار، إيليزي، الجزائر، 2018.
70. صوالحية عماد، الأساس القانوني لقيام مسؤولية السلطات الإدارية المستقلة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 07، العدد 03، جامعة أم البواقي، الجزائر، 2020.
71. طالب محمد كريم، الإتفاقات المتعلقة بالأسعار والمقيدة بالمنافسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 9، المجلد 3، جامعة المسيلة، الجزائر، 2018.

72. طيب ولد عمر، الآليات القانونية لفض منازعات الصفقات العمومية في التشريعين الجزائري والمغربي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018.
73. ظريف قدور، لجنة منح امتيازات غير مبررة في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 08، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر.
74. عارف صالح مخلف، وعلي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 05، العراق، 2005.
75. عبد الرزاق جاسم رشا، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة الحقوق، العدد 04، جامعة المستنصرية، العراق، 2011.
76. عثمانى فاطمة، تجريم عدم التبليغ عن تعارض المصالح تكريس لمكافحة الفساد في الوظائف العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 12، جامعة البليدة 2، الجزائر، 2011.
77. عزوي عبد الرحمان، "العقوبة الإدارية سبيل قانوني للحد من سلبيات الوضعية الاجتماعية للعقاب"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 06، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
78. عماري غالية، التصريح بعد التدخل لضبط السوق، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2006.
79. عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 18، جامعة حسبية بن بوعلي، شلف، الجزائر، 2017.
80. عميري أحمد، "أخلقة الحياة العامة وتعزيز مبادئ الشفافية طبقاً للتعديل الدستوري لسنة 2020، السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد نموذجاً"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة تيارت، 2021.
81. عيساوي عز الدين، "المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة بمآل مبدأ الفصل بين السلطات"، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 3، العدد 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
82. غربي أحسن، سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة 20 أوت 1955، العدد 11، سكيكدة، الجزائر، 2015.
83. غربي أحسن، نسبية الاستقلالية الوظيفية للسلطات الإدارية المستقلة، مجلة البحوث والدراسات الانسانية، جامعة 20 أوت 1955، العدد 11، سكيكدة، الجزائر، 2015.

84. غلاب عبد الحق، التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقات العمومية كضمان للتنفيذ في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، المركز الجامعي تندوف، الجزائر، 2018.
85. غنية عباس، الإعلان عن الصفقة العمومية كآلية لتكريس مبدأ المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 49، المجلد أ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2018.
86. قارة تركي إلهام، الرقابة المالية اللاحقة على الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 01، العدد 01، جامعة أبو بكر بقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
87. قرناش جمال، أي دور لمجلس المنافسة في حماية وترقية المنافسة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 02، العدد 01، مركز الجامعي آفلو، الجزائر، 2020.
88. قوسم غالية، عن فعالية مجلس المنافسة الجزائري كجهة مختصة في متابعة الممارسات المنافسة للمنافسة، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2017.
89. قريمس عبد الحق، من جدوى تعدد هيئات الوقاية من الفساد، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 04، العدد 02، جامعة بسكرة، الجزائر، 2016.
90. كايس شريف " استقلالية مجلس النقد والقرض بين النظرية والتطبيق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 06، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
91. كتو محمد الشريف، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة، مجلة الإدارة، المجلد 12، العدد 23، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2002.
92. كتو محمد الشريف، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، المجلد 47، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
93. كرمية عبد الحق، تعداد السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2021.
94. لاكلي نادية، شروط حظر وضعية الهيمنة في قانون المنافسة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، 2018.
95. لباد ناصر، السلطات الإدارية المستقلة، مجلة الإدارة، المجلد 11، العدد 01، المدرسة الوطنية للإدارة، حيدرة، الجزائر، 2001.

96. لعور بدر، حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة الجزائري، مجلة الفكر، العدد 10، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2006.
97. لؤي كريم الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى للبحوث الإنسانية، العراق، 2011.
98. ليازيد مختارية، التعامل الثانوي في مجال الصفقات العمومية، المجلد 02، العدد 03، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2014.
99. مباركي براهيم، مبدأ حظر توجيه أوامر للإدارة، مجلة البحوث القانونية والإدارية، العدد 11، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2018.
100. مبروك عبد النور، علي سالم محمد فاضل نورالدين، الوصاية الإدارية ضمانا للإستقلالية الجماعات المحلية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 04، العدد 01، جامعة المسيلة، الجزائر، 2019.
101. مجاجي سعاد، التعسف في استعمال الحق الإداري، العدد 08، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، 2016.
102. محمد محمد عبد اللطيف، "الدستور والمنافسة"، مجلة الدستورية، العدد 13، السنة السادسة، المحكمة الدستورية العليا، القاهرة، مصر، 2008.
103. مختور دليلة، حظر البيع بأسعار منخفضة بشكل تعسفي "استثناء لحرية الأسعار"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2017.
104. مزياني فريدة، سلطاني آمنة، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة الفكر، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2011.
105. مسعد جلال، مدى اخضاع الأشخاص المعنوية لقانون المنافسة، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
106. مقفولوجي عبد العزيز، شروط قبول الدعوى، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 06، جامعة البليدة 02، الجزائر.

107. مراد بدران، القضاء الإستعجالي قبل التعاقدية: آلية جديدة نحو حوكمة العقود والصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 03، العدد 02، جامعة أبو بكر بقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
108. ملايكية أسيا، الغرامة التهديدية كضمانة لتنفيذ الأحكام الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر، الوادي، الجزائر، 2017.
109. منصور داود " الرقابة القضائية على منازعات شرعية قرارات سلطات ضبط النشاط الاقتصادي"، مجلة المفكر، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2015.
110. موساوي فاطمة، دور القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018.
111. موساوي فاطيمة، هيئات الرقابة الداخلية والخارجية كضمان لحماية مبدأ حماية المنافسة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمى لخضر، الوادي، الجزائر، 2018.
112. ناصري نبيل، تنظيم المنافسة الحرة كآلية لضبط السوق التنافسية وحماية المستهلك، المجلد 52، العدد 04، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.
113. نموشي حبيبة، الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة الصادرة في مجال عمليات التركيز الاقتصادي، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 06، العدد 12، جامعة العلوم الإسلامية، الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2017.
114. ودان بو عبد الله، مركان محمد البشير، البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية، مجلة المالية والأسواق، العدد 3، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، سبتمبر 2015.
115. يعيش تمام آمال، السلطات الإدارية المستقلة وإشكالية التكييف القانوني، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 10، جامعة مولاي طاهر، بسعيدة، الجزائر، 2018.
116. يعيش تمام آمال، صور التجريم الجديدة المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهد القضائي، العدد 05، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.

الملتقيات:

1. احمدياتو محمد، الضمانات البنكية المقدمة في الصفقات العمومية، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد الملتقى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 والشريعات المقارنة، بجامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، يومي 18 و 19 أكتوبر 2016.
2. الشادلي زيار، ماهية المنافسة في الجزائر، مداخلة في ملتقى وطني حول " قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قلمة، يومي 16 و 17 مارس 2015.
3. لخضاري أعمر، إجراءات الطعن في قرارات مجلس المنافسة، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، أيام 23-24 ماي 2007.
4. بن مشيرخ محمد، خصوصية التجريم و التحري في الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، يوم 20 ماي 2013.
5. بومقورة سلوى، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، يوم 20 ماي 2013.
6. تياب نادية، كريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية لحماية للمال العام، مداخلة قدمت ضمن الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس المدية، يوم 20 ماي 2013.
7. جلايلة دليلة، جريمة الرشوة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، يوم 20 ماي 2013.
8. رقراقي محمد زكرياء، الإتفاقات المحظورة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني حول " حرية المنافسة بين دسترة المبادرة ومتطلبات الضبط"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، بالشراكة مع مديرية التجارة والصناعة لولاية البويرة جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، يوم 13 نوفمبر 2018.

9. زواوي عباس، طرق وأساليب ابرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-217، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد اليوم الدراسي حول "تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام"، المنظم من طرف جامعة محمد خيضر بالتنسيق مع ولاية بسكرة، يوم 17 ديسمبر 2015.
10. ساسان رشيد، خضوع الأشخاص المعنوية العامة لقانون المنافسة، مداخلة في ملتقى وطني حول "قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قالمة، يومي 16 و 17 مارس 2015.
11. طويرات عبد الرحمان، الرقابة الإدارية الداخلية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.
12. عبوب زهيرة، جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدينة، الجزائر، يوم 20 ماي 2013.
13. فريدي نبيل، مبدأ حرية المنافسة بين التعسف في وضعية الهيمنة ونظرية التسهيلات الأساسية، مداخلة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني حول "حرية المنافسة بين دسترة المبادرة ومتطلبات الضبط"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، بالشراكة مع مديرية التجارة والصناعة لولاية البويرة، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، يوم 13 نوفمبر 2018.
14. فقير محمد، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن - آلية وقائية لحماية المال العام-، مداخلة بمناسبة أعمال الملتقى الوطني حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، بكلية الحقوق، جامعة المدينة، الجزائر، يوم 20 ماي 2013.
15. كسال سامية، "مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة"، مداخلة الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، يومي 13 و 14 نوفمبر 2012.
16. مصعور فطيمة الزهراء، الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، مداخلة الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، يومي 16 و 17 مارس 2015.

17. موري سفيان ، مدى فعالية أساليب الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، دراسة مقارنة مع المشرع الفرنسي والتونسي، مداخلة مقدمة بمناسبة انعقاد ملتقى وطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013.
18. نجار لويزة، مجلس المحاسبة في الجزائر، مداخلة بمناسبة انعقاد الملتقى الوطني حول "السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 05 ماي 1945، قالمة، يومي 13 و 14 نوفمبر 2012.
19. نزليوي صليحة، سلطات الضبط المستقلة: آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة، مداخلة في أعمال الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، أيام 23-24 ماي 2007.
20. وردية فتحي، "وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة، مداخلة أقيمت بمناسبة فعاليات الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الإقتصادي والمالي"، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المنظم يومي 23-24 أبريل 2007.

(V) المصادر:

* الدساتير:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963، الصادر بموجب استفتاء 08 سبتمبر 1963، ج،ر،ج،ج، العدد 64، المؤرخة في 10 سبتمبر 1963 .
2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج،ر،ج،ج، العدد 94، المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.
3. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج،ر،ج،ج، العدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.
4. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج،ر،ج،ج، العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 20-

442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ر، ج، ج، العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

*** الإتفاقيات الدولية:**

1. اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من طرف الجمعية العامة، في القرار رقم 03، المؤرخ في 31 أكتوبر 2003، بنيويورك، بالولايات المتحدة الأمريكية ودخلت حيز التنفيذ في 14 ديسمبر 2005، وتمت المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19 أبريل 2004، ج، ر، ج، ج، العدد 04، المؤرخة في 26 أبريل 2004.

2. إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته لسنة 2003، المعتمدة خلال الدورة العادية الثانية، لمؤتمر الإتحاد الإفريقي المنعقد بـمابوتو في 11 جويلية 2003، ودخلت حيز التنفيذ في 05 أوت 2006، وتمت المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-137، المؤرخ في 10 أبريل 2006، ج، ر، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 16 أبريل 2006.

*** القوانين العضوية:**

1. القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج، ر، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم، بالقانون العضوي رقم 18-02، المؤرخ في 04 مارس 2018، ج، ر، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 07 مارس 2018، المعدل والمتمم، بالقانون العضوي رقم 22-11 المؤرخ في 09 جوان 2022، ج، ر، ج، ج، العدد 41، المؤرخة في 16 جوان 2022.

2. القانون العضوي رقم 12-05، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، ج، ر، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 15 جانفي 2012 الملغى بموجب قانون العضوي رقم 23-14، المؤرخ في 27 أوت 2023، المتعلق بالإعلام، ج، ر، ج، ج، العدد 56، المؤرخة في 29 أوت 2023.

*** القوانين:**

1. القانون 62-157، المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج، ر، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 11 جانفي 1963، النص باللغة الفرنسية، الملغى اعتبارا من 05 يوليو 1975، بموجب المادة 04، من الأمر 73-29، المؤرخ في 05 يوليو 1973، ج، ر، ج، ج، العدد 62، المؤرخة في 03 غشت 1973.

2. القانون رقم 80-05، المؤرخ في 01 سبتمبر 1980، المتعلق بممارية وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، ج، ج، ج، ج، العدد 10، المؤرخة في 04 مارس 1980. (الملغى).
3. القانون رقم 81-10، المؤرخ في 11 يوليو 1981، المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ج، ج، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 14 يوليو 1981.
4. القانون رقم 83-14، المؤرخ في 02 يوليو 1983، المتعلق بالتزامات المكلفين بالضمان الإجتماعي، ج، ج، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 05 يوليو 1983، المعدل بالقانون رقم 88-04، المؤرخ في 12 يناير 1988، ج، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 1988، والمعدل بالقانون رقم 98-12، المؤرخ في 31 ديسمبر 1998، المتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج، ج، ج، ج، العدد 98، المؤرخة في 31 ديسمبر 1998.
5. القانون رقم 84-17، المؤرخ في 7 يوليو 1984، المتعلق بقوانين المالية، ج، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 10 يوليو 1984.
6. القانون رقم 88-01، المؤرخ في 13 جانفي 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، ج، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988.
7. القانون رقم 88-02، المؤرخ في 19 جويلية 1988، المتعلق بإحتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج، ج، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 20 يوليو 1988، الملغى بموجب الأمر رقم 03-04، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج، ج، ج، ج، العدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003.
8. القانون رقم 88-07، المؤرخ في 26 يناير 1988، المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج، ج، ج، ج، العدد 04، المؤرخة في 27 يناير 1988.
9. القانون رقم 89-12، المؤرخ في 05 يوليو 1989، المتعلق بالأسعار، ج، ج، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 19 يوليو 1989.
10. القانون 90-07، المؤرخ في 03 أبريل 1990، المتعلق بالإعلام، ج، ج، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 14 أبريل 1990، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-13، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق ببعض أحكام القانون رقم 90-07، المتعلق بالإعلام، ج، ج، ج، ج، العدد 69، المؤرخة في 27 أكتوبر 1993، الملغى.
11. القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج، ج، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 18 أبريل 1990، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 01-01، المؤرخ في 07 فيفري 2001، ج، ج، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 28 فيفري 2001، الملغى، بالأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26

- أوت 2003، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 10-04، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
12. القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 افريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج، ج، ج، العدد 7، المؤرخة في 25 ابريل 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 91-29، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج، ج، ج، العدد 68، المؤرخة في 25 ديسمبر 1991، والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 94-03، المؤرخ في 11 ابريل 1994، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 13 ابريل 1994، والمتمم بالأمر رقم 97-01، المؤرخ في 11 يناير 1997، ج، ج، ج، العدد 38، المؤرخة في 12 يناير 1997.
13. القانون رقم 90-21، المؤرخ في 15 غشت 1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 15 غشت 1990، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التشريعي رقم 92-04، المؤرخ في 11 أكتوبر 1992، المضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1992، ج، ج، ج، العدد 73، المؤرخة في 11 أكتوبر 1992، المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 11-16، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج، ج، ج، العدد 72، المؤرخة في 29 ديسمبر 2011 (الملغى).
14. القانون رقم 90-32، المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، ج، ج، ج، العدد 53، المؤرخة في 04 ديسمبر 1990، (الملغى).
15. القانون رقم 98-02، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج، ج، ج، العدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998.
16. القانون رقم 98-03، المؤرخ في 03 جوان 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ج، ج، ج، العدد 39، الصادرة بتاريخ 07 جوان 1998.
17. القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 05 أوت 2000، المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد والموصلات السلكية واللاسلكية، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 06 أوت 2000، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 2004-21، المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.
18. القانون رقم 01-10، مؤرخ في 03 جويلية 2001، يتضمن القانون المنجمي، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 04 جويلية 2001، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 07-02، المؤرخ في 01 مارس 2007، ج، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 07 مارس 2007، ملغى بموجب القانون رقم 14-05، مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتضمن قانون المناجم، ج، ج، ج، العدد 18، المؤرخة في 30 مارس 2014.
19. القانون رقم 02-01، مؤرخ في 05 فيفري 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج، ج، ج، العدد 08، المؤرخة في 06 فيفري 2002، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 14-10، مؤرخ

- في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج، ر، ج، ج، العدد 78، المؤرخة في 31 ديسمبر 2014.
20. قانون رقم 02-11، مؤرخ في 24 ديسمبر 2002، يتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج، ر، ج، ج، العدد 86، المؤرخة في 25 ديسمبر 2002.
21. القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج، ر، ج، ج، العدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 18 غشت 2010.
22. القانون 04-19، المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، ج، ر، ج، ج، العدد 83، المؤرخة في 26 ديسمبر 2004.
23. القانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 ابريل 2005، المتعلق بالمحروقات، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 19 يوليو 2005، الملغى بالقانون رقم 19-13، المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المنظم لنشاطات المحروقات، ج، ر، ج، ج، العدد 79، المؤرخة في 22 ديسمبر 2019.
24. القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، ج، ر، ج، ج، العدد 60، المؤرخة في 04 أوت 2005، المعدل والمتمم، بالأمر رقم 09-02، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 26 يوليو 2009.
25. قانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم، بالقانون بالأمر 10-05، المؤرخ في 26 غشت 2010، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، والمعدل والمتمم، بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 أوت 2011، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 10 غشت 2011.
26. القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن مهنة التوثيق، ج، ر، ج، ج، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.
27. القانون رقم 06-03، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن مهنة المحضر القضائي، ج، ر، ج، ج، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.
28. القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر 66-156، والمتضمن ق إ ج، ج، ر، ج، ج، العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.
29. القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، ج، ر، ج، ج، العدد 84، الصادرة في 24 ديسمبر 2006.

30. القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج، ر، ج، ج، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2022، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 جويلية 2022، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 17 جويلية 2022.
31. القانون رقم 03-09، "المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج، ر، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، ج، ر، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.
32. القانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج، ر، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 03 جويلية 2011، المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-13، المؤرخ في 31 غشت 2021، ج، ر، ج، ج، العدد 67، المؤرخة في 31 غشت 2021.
33. القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج، ر، ج، ج، العدد 12، المؤرخة في 19 فبراير 2012.
34. القانون رقم 13-07، المؤرخ في 29 أكتوبر 2013، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج، ر، ج، ج، العدد 55، المؤرخة في 30 أكتوبر 2013.
35. القانون رقم 14-05، المؤرخ في 24 فبراير 2014، المتضمن قانون المناجم، ج، ر، ج، ج، العدد 18، المؤرخة في 30 مارس 2014.
36. القانون رقم 15-04، المؤرخ في 01 فبراير 2015، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج، ر، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 10 فبراير 2015.
37. القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج، ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.
38. القانون رقم 16-04، المؤرخ في 19 يونيو 2016، الذي يعدل ويتمم، القانون رقم 04-04، المتعلق بالتقييس، ج، ر، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 22 يونيو 2016.
39. القانون رقم 17-02، المؤرخ في 10 أكتوبر 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج، ر، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 11 يناير 2017.
40. القانون رقم 19-13، المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المنظم لنشاطات المحروقات، ج، ر، ج، ج، العدد 79، المؤرخة في 22 ديسمبر 2019.
41. القانون 23-07، المؤرخ في 21 جوان 2023، المتعلق بقواعد المحاسبة العمومية والتسيير المالي، ج، ر، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 25 جوان 2023.

*المراسيم التشريعية:

1. المرسوم التشريعي رقم 94-08، المؤرخ في 26 ماي 1994، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج، ج، ج، ج، العدد 33، المؤرخة في 28 ماي 1994.

*الأوامر:

1. الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج، ج، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدل والمتمم، بموجب الأمر رقم 20-01، المؤرخ في 30 يوليو 2020، ج، ج، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 30 يوليو 2020، المعدل والمتمم، بموجب القانون رقم 21-14، المؤرخ في 28 ديسمبر 2021، ج، ج، ج، ج، العدد 99، المؤرخة في 29 ديسمبر 2021.

2. الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم، بالقانون رقم 19-10، المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، ج، ج، ج، ج، العدد 78، المؤرخة في 18 ديسمبر 2019، والمتمم بالأمر رقم 21-11، المؤرخ في 25 غشت 2021، ج، ج، ج، ج، العدد 65، المؤرخة في 25 غشت 2021.

3. الأمر رقم 67-24، المؤرخ في 18 جانفي 1967، المتضمن قانون البلدي، ج، ج، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 18 جانفي 1967.

4. الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 يونيو 1967، المتعلق بقانون الصفقات العمومية، ج. ر، العدد 52، الصادرة في 27 يونيو 1967، والمتمم بالأمر رقم 69-32، المؤرخ في 22 ماي 1969، ج، ج، ج، ج، العدد 46، الصادرة في 27 ماي 1969، والمعدل بالأمر رقم 76-11، المؤرخ في 20 فبراير 1976، ج، ج، ج، ج، العدد 20، الصادرة في 09 مارس 1976، (ملغى).

5. الأمر رقم 67-279، المؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى " الوكالة الوطنية للنشر والإشهار "، ج، ج، ج، ج، العدد 02، الصادرة بتاريخ 05 جانفي 1968.

6. الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن قانون التجاري، ج، ج، ج، ج، عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج، ج، ج، ج، عدد 11، المؤرخة في 09 فيفري 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج، ج، ج، ج، عدد 71، المؤرخة في 03 ديسمبر 2015.

7. الأمر رقم 76-57، المؤرخ في 05 جويلية 1976، المتضمن نشر الميثاق الوطني، ج، ج، ج، ج، العدد 61، المؤرخة في 30 يوليو 1976.

8. الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالمنافسة، ج، ج، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 22 فيفري 1995 (الملغى) .

9. الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، ج، ر، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج، ر، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 18 مارس 2006.
10. الأمر رقم 95-13، المؤرخ في 11 مارس 1995، المتضمن مهنة المترجم_الترجمان الرسمي، ج، ر، ج، ج، العدد 17، الصادرة في 19 مارس 1995.
11. الأمر رقم 95-20، في 17 يوليو 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج، ر، ج، ج، العدد 39، المؤرخة في 23 يوليو 1995، المعدل والمتمم، بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
12. الأمر رقم 95-22، المؤرخ في 24 أوت 1995، المتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 03 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم، المرسوم التنفيذي رقم 97-12، المؤرخ في 19 مارس 1997، ج، ر، ج، ج، العدد 15، المؤرخة في 19 مارس 1997.
13. الأمر رقم 95-23، المؤرخ في 26 غشت 1995، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 03 سبتمبر 1995.
14. الأمر رقم 96-01، المؤرخ في 10 يناير 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، ج، ر، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 14 يناير 1996.
15. الأمر رقم 96-02، المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن تنظيم مهنة محافضي البيع بالمزايدة، ج، ر، ج، ج، العدد 03، الصادرة في 14 جانفي 1996.
16. الأمر 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمارات، ج، ر، ج، ج، العدد 47، الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001، والملغى بالقانون رقم 16-09، المؤرخ في 03 غشت 2016، المتعلق بترقية الاستثمارات، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 03 غشت 2016، الملغى بالقانون رقم 22-18، المؤرخ في 24 يوليو 2022، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 28 يوليو 2022.
17. الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج، ر، ج، ج، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12، المؤرخ في 25 يوليو 2008، ج، ر، ج، ج، العدد 36، الصادرة بتاريخ 02 جويلية 2008، وبالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج، ر، ج، ج، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غشت 2010.
18. الأمر رقم 06-02، المؤرخ في 28 فبراير 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، ج، ر، ج، ج، العدد 12، الصادر في 01 مارس 2006.

19. الأمر رقم 01-07، المؤرخ في 01 مارس 2007، يتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف، ج.ج.ج، العدد 16، المؤرخة في 07 مارس 2007.
20. الأمر رقم 01-09، المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ج.ج، العدد 4، المؤرخة في 26 يوليو 2009.
21. الأمر رقم 01-10، المؤرخ في 26 غشت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ج.ج، العدد 49، المؤرخة في 29 غشت 2010.
22. الأمر رقم 01-21، المؤرخ في 10 مارس 2021، المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ج.ج، العدد 17، المؤرخة في 10 مارس 2021.
23. الأمر رقم 09-21، المؤرخ في 08 يونيو 2021، المتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية، ج.ج.ج، العدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021.
- *المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم رقم 63-127، المؤرخ في 19 أبريل 1963، المتضمن تنظيم وزارة المالية، ج.ج.ج، العدد 23، المؤرخة في 19 أبريل 1963.
2. المرسوم رقم 80-53، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتضمن احداث المفتشية العامة للمالية، ج.ج.ج، العدد 10، المؤرخة في 04 مارس 1980، المعدل بموجب المرسوم رقم 83-502، المؤرخ في 20 أوت 1983، المتضمن التنظيم الداخلي للمفتشية العامة للمالية، ج.ج.ج، العدد 35، المؤرخة في 23 أوت 1983، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-32، المؤرخ في 20 جانفي 1992، المتضمن تنظيم هياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج.ج.ج، العدد 06، المؤرخة في 26 جانفي 1992، والرسوم التنفيذية رقم 92-33، المؤرخ في 20 جانفي 1992، والذي يحدد تنظيم المصالح الخارجية للمفتشية العامة للمالية ويضبط اختصاصاتها، ج.ج.ج، العدد 06، المؤرخة في 26 جانفي 1992.
3. المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتعلق بالصفقات المتعامل العمومي، ج.ج.ج، عدد 15، الصادرة في 13 أبريل 1982، (ملغى)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 88-72، المؤرخ في 29 مارس 1988، ج.ج.ج، العدد 13، المؤرخة 30 مارس 1988، المعدل بموجب المرسوم رقم 91-320، المؤرخ في 14 سبتمبر 1991، ج.ج.ج، العدد 44، المؤرخة في 25 سبتمبر 1991.
4. المرسوم رقم 84-116، المؤرخ في 12 ماي 1984، المتضمن إحداث نشرية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ج.ج، العدد 20، المؤرخة في 15 ماي 1984.

5. المرسوم الرئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989، ج، ر، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.
6. المرسوم الرئاسي رقم 93-252، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام، ج، ر، ج، ج، العدد 69، المؤرخة في 27 أكتوبر 1993.
7. المرسوم الرئاسي 95-377، المؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المحدد لنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، ج، ر، ج، ج، العدد 72، المؤرخة في 26 نوفمبر 1995.
8. المرسوم الرئاسي رقم 96-113، المؤرخ في 23 مارس 1996، المتعلق بوسيط الجمهورية، ج، ر، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 31 مارس 1996، الملغى المرسوم الرئاسي رقم 99-170، المؤرخ في 02 غشت 1999، ج، ر، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 04 غشت 1999.
9. المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ر، ج، ج، العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.
10. المرسوم الرئاسي رقم 2000-372، المؤرخ في 22 نوفمبر 2000، المتضمن إحداث لجنة إصلاح هيكل الدولة ومهامها، ج، ر، ج، ج، العدد 71، المؤرخة في 26 نوفمبر 2000.
11. المرسوم الرئاسي رقم 01-71، المؤرخ في 25 مارس 2001، المتضمن إحداث اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، ج، ر، ج، ج، العدد 18، المؤرخة في 28 مارس 2001، الملغى، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 09-263، المؤرخ في 30 غشت 2009، المتعلق بمهام اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، وتشكيلها وكيفيات تعيين أعضائها وسيرها، ج، ر، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 30 غشت 2009.
12. المرسوم الرئاسي رقم 02-55، المؤرخ في 05 فبراير 2002، المتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 15 نوفمبر 2000، ج، ر، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 10 فبراير 2002.
13. المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 28 يوليو 2002، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 08-388، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج، ر، ج، ج، العدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 (الملغى).
14. المرسوم الرئاسي رقم 04-128، المؤرخ في 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من طرف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة يوم 31 أكتوبر 2003، ج، ر، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 25 أبريل 2004.

15. مرسوم الرئاسي رقم 05-159، المؤرخ في 27 أبريل 2005، المتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي والدول الأعضاء فيها من جهة، الموقع بفرنسا يوم 22 أبريل 2002، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 31، المؤرخة في 30 أبريل 2005.
16. المرسوم الرئاسي رقم 06-413، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006، المعدل والمتمم، بالمرسوم الرئاسي رقم 12-64، مؤرخ في 07 فبراير 2012، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 08، مؤرخ في 15 فبراير 2012.
17. المرسوم الرئاسي رقم 06-414، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالممتلكات، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
18. المرسوم الرئاسي رقم 06-415، مؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفية التصريح بالممتلكات، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
19. المرسوم الرئاسي رقم 07-308، المؤرخ في 29 سبتمبر 2007، المحدد لبيانات توظيف الأعوان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 61، الصادرة في 30 سبتمبر 2007، المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 22-140، المؤرخ في 31 مارس 2022، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 06 أبريل 2022.
20. المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 2013 (الملغى).
21. المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المؤرخ في 08 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 86، المؤرخة في 14 ديسمبر 2011، المعدل والمتمم، بالمرسوم الرئاسي رقم 14-209، المؤرخ في 23 يوليو 2014، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 31 يونيو 2014.
22. المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.
23. المرسوم الرئاسي رقم 15-261، المؤرخ في 08 أكتوبر 2015، المحدد لتشكيلة وتنظيم وكيفية سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج، ج، ر، ج، ج، العدد 53، المؤرخة في 08 أكتوبر 2015.

24. المرسوم الرئاسي رقم 16-03، المؤرخ في 07 يناير 2016، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، ج، ر، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 13 يناير 2016.
25. المرسوم الرئاسي رقم 20-237، المؤرخ في 31 غشت 2020، المحدد للتدابير الخاصة المكيفة لإجراءات ابرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج، ر، ج، ج، العدد 51، الصادرة بتاريخ 31 غشت 2020، المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 21-72، المؤرخ في 16 فبراير 2021، ج، ر، ج، ج، العدد 12، الصادرة بتاريخ 17 فبراير 2021.
26. المرسوم الرئاسي رقم 20-45، المؤرخ في 15 فبراير 2020، المتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، ج، ر، ج، ج، العدد 09، المؤرخة في 19 فبراير 2020.
27. المرسوم الرئاسي رقم 20-78، المؤرخ في 29 مارس 2020، المحدد لكيفيات المتعلقة بتخصيص وقيمة الهدايا التي تقدم عادة في إطار التشريرات لأعضاء الوفود في مهمة في الخارج وأعضاء الوفود في مهمة في الجزائر، ج، ر، ج، ج، العدد 18، الصادرة في 31 مارس 2020.
28. المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج، ر، ج، ج، العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
29. المرسوم الرئاسي المؤرخ في 17 يوليو 2022، المتضمن تعيين أعضاء مجلس السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر، ج، ج، العدد 50، الصادرة بتاريخ 28 يوليو 2022.
- *المراسيم التنفيذية:**
1. المرسوم التنفيذي رقم 88-201، المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، المتضمن الغاء جميع الاحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الإقتصادي التفرّد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج، ر، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 18 أكتوبر 1988.
2. المرسوم التنفيذي رقم 90-39، المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج، ر، ج، ج، العدد 41، المؤرخة في 31 جانفي 1990، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315، المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج، ر، ج، ج، العدد 61، المؤرخة في 21 أكتوبر 2001.
3. المرسوم التنفيذي رقم 90-334، المؤرخ في 27 أكتوبر 1990، المتضمن القانون الاساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، ج، ر، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 31 أكتوبر 1990.

4. المرسوم التنفيذي رقم 90-391، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية وقانونها الأساسي، ج، ج، ج، العدد 54، المؤرخة في 12 ديسمبر 1991.
5. المرسوم التنفيذي رقم 91-37، المؤرخ في 13 فيفري 1991، المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج، ج، ج، العدد 12، المؤرخة في 20 مارس 1991، المعدل والمتمم، المرسوم التنفيذي رقم 94-135، المؤرخ في 05 جوان 1994، ج، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 12 يونيو 1994.
6. المرسوم التنفيذي رقم 91-148، المؤرخ في 12 ماي 1991، المتضمن احداث وكالة وطنية لتحسين السكن وتطويره، ج، ج، ج، العدد 25، المؤرخة في 29 ماي 1991، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 14-298، المؤرخ في 21 أكتوبر 2014، ج، ج، ج، العدد 63، المؤرخة في 22 أكتوبر 2014.
7. المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج، ج، ج، العدد 57، الصادرة في 13 نوفمبر 1991، (ملغى)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 98-87، المؤرخ في 07 مارس 1998، ج، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 11 مارس 1998.
8. المرسوم التنفيذي رقم 91-312، المؤرخ في 07 سبتمبر 1991، المحدد لشروط الأخذ بمسؤولية المحاسبين العموميين، واجراءات مراجعة باقي الحسابات، وكيفيات اکتتاب تأمين يغطي مسؤولية المحاسبين العموميين، ج، ج، ج، العدد 43، سبتمبر 1991.
9. المرسوم التنفيذي رقم 91-313، المؤرخ في 7 سبتمبر 1991، المحدد لإجراءات المحاسبة التي يمسكها الآمرون بالصرف والمحاسبون العموميون وكيفياتها ومحتواها، ج، ج، ج، العدد 43، المؤرخة في 18 سبتمبر 1991، المعدل والمتمم، المرسوم التنفيذي رقم 11-332، المؤرخ في 19 سبتمبر 2011، ج، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 21 سبتمبر 2011.
10. المرسوم التنفيذي رقم 92-414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، ج، ج، ج، العدد 82، المؤرخة في 15 نوفمبر 1992، المعدل والمتمم، المرسوم التنفيذي رقم 09-374، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، ج، ج، ج، العدد 67، المؤرخة في 19 نوفمبر 2009.
11. المرسوم التنفيذي رقم 94-188، المؤرخ في 06 يوليو 1994، المتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، ج، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 07 يوليو 1994، والمتمم، بالمرسوم التنفيذي رقم 04-01، المؤرخ في 03 يناير 2004، ج، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 03 يناير 2004.
12. المرسوم التنفيذي رقم 94-215، المؤرخ في 23 يوليو 1994، المحدد لأجهزة الإدارية العامة في الولاية وهياكلها، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 27 يوليو 1994.

13. المرسوم التنفيذي رقم 96-54، المؤرخ في 22 يناير 1996، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 6، الصادرة بتاريخ 24 يناير 1996. (الملغى).
14. المرسوم التنفيذي رقم 96-132، المؤرخ في 13 أبريل 1996، المتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، ج، ر، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 14 أبريل 1996.
15. المرسوم التنفيذي رقم 96-296، المؤرخ في 08 سبتمبر 1996، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتشغيل الشباب وتحديد قانونها الأساسي، ج، ر، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 11 سبتمبر 1996، المعدل والمتمم، ب المرسوم التنفيذي رقم 11-102، المؤرخ في 06 سبتمبر 2011، ج، ر، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.
16. المرسوم التنفيذي رقم 97-141، المؤرخ في 30 أبريل 1997، يحدد كفاءات تنظيم سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج، ر، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 04 مايو 1997.
17. المرسوم التنفيذي رقم 97-142، المؤرخ في 30 أبريل 1997، يحدد كفاءات تسجيل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج، ر، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 04 مايو 1997، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 15-124، المؤرخ في 14 مايو 2015، ج، ر، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 20 مايو 2015.
18. المرسوم التنفيذي رقم 97-143، المؤرخ في 30 أبريل 1997، يحدد شكل ومحتوى البطاقة المهنية للحرفي والمستخرج من سجل الصناعة التقليدية والحرف، ج، ر، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 04 مايو 1997
19. المرسوم التنفيذي رقم 98-269، المؤرخ في 29 غشت 1998، المتضمن تحسين تعريفات نقل المسافرين الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج، ر، ج، ج، العدد 65، المؤرخة في 02 سبتمبر 1998.
20. المرسوم التنفيذي رقم 98-329، المؤرخ في 13 أكتوبر 1998، المتضمن تحسين تعريفات نقل البضائع الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، ج، ر، ج، ج، العدد 77، المؤرخة في 14 أكتوبر 1998.
21. المرسوم التنفيذي رقم 98-44، المؤرخ في أول نوفمبر 1998، المتعلق بحدود الريح القصوى عند الإنتاج والتوضيب والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري، ج، ر، ج، ج، العدد 05، المؤرخة في 04 فبراير 1998.
22. المرسوم التنفيذي رقم 01-50، المؤرخ في 12 فبراير 2001، المتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموظب في أكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع، ج، ر، ج، ج، العدد 11، المؤرخة في 12

- فبراير 2001، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 20-153، المؤرخ في 08 يوليو 2020، ج، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 14 يونيو 2020.
23. المرسوم التنفيذي رقم 02-127، مؤرخ في 07 أبريل 2002، يتضمن انشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها، ج، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 07 أبريل 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-175، المؤرخ في 15 أبريل 2013، ج، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 28 أبريل 2013، والمغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 22-36، المؤرخ في 04 جانفي 2022، المحدد لمهام خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وسيرها، ج، ج، ج، ج، العدد 03، المؤرخة في 09 جانفي 2022.
24. المرسوم التنفيذي رقم 05-14، المؤرخ في 05 يناير 2005، المحدد لكفيات تسعير الماء المستعمل في الفلاحة وكذا التعريفات المتعلقة به، ج، ج، ج، ج، العدد 05، المؤرخة في 12 يناير 2005.
25. المرسوم التنفيذي رقم 05-128، المؤرخ في 24 أبريل 2005، المتضمن تحديد أسعار البيع الداخلي للغاز الطبيعي، ج، ج، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 24 أبريل 2005.
26. المرسوم التنفيذي رقم 05-175، المؤرخ في 12 مايو 2005، المحدد لكفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، ج، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 15 مايو 2005.
27. المرسوم التنفيذي رقم 05-299، المؤرخ في 16 غشت 2005، يحدد مهام المركز الجامعي والقواعد الخاصة بتنظيمه وسيره، ج، ج، ج، ج، العدد 58، المؤرخة في 25 غشت 2005.
28. المرسوم التنفيذي رقم 05-313، المؤرخ في 10 سبتمبر 2005، المحدد حد الربح عند التوزيع بالتجزئة وسعر البيع الغاز الطبيعي المضغوط كوقود، ج، ج، ج، ج، العدد 62، المؤرخة في 11 سبتمبر 2005.
29. المرسوم التنفيذي رقم 06-06، المؤرخ في 09 يناير 2006، المتضمن تحديد أسعار البيع عند دخول النفط الخام للمصفاة وأسعار البيع عند الخروج من المصفاة وحدود الربح عند التوزيع وأسعار بيع المنتجات البترولية المودعة للإستهلاك في السوق الوطنية، ج، ج، ج، ج، العدد 02، المؤرخة في 15 يناير 2006.
30. المرسوم التنفيذي رقم 06-215، المؤرخ في 18 يونيو 2006، المحدد لشروط وكفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحالات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج، ج، ج، ج، العدد 41، المؤرخة في 21 يونيو 2006، المعدل والمتمم، بالمرسوم التنفيذي رقم 20-399، المؤرخ في 19 ديسمبر 2020، ج، ج، ج، ج، العدد 80، المؤرخة في 29 ديسمبر 2020.

31. المرسوم التنفيذي رقم 06-327، المؤرخ في 18 سبتمبر 2006، المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلحاياتها، ج، ج، ج، ج، العدد 59، المؤرخة في 24 سبتمبر 2006.
32. المرسوم التنفيذي رقم 07-140، المؤرخ في 19 ماي 2007، المتضمن انشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج، ج، ج، ج، العدد 33، المؤرخة في 20 ماي 2007، المعدل والمتمم، بالمرسوم التنفيذي رقم 11-357، المؤرخ في 17 أكتوبر 2011، ج، ج، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 19 أكتوبر 2011.
33. المرسوم التنفيذي رقم 08-273، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم هياكل المركزية للمفتشية العامة للمالية، ج، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 07 سبتمبر 2008.
34. المرسوم التنفيذي رقم 08-274، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، المتضمن تنظيم المفتشيات الجهوية للمفتشية العامة للمالية، ج، ج، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 07 سبتمبر 2008.
35. المرسوم التنفيذي رقم 09-96، المؤرخ في 22 فيفري 2009، والذي يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة للمالية لتسير المؤسسات العمومية الإقتصادية، ج، ج، ج، ج، العدد 14، المؤرخة في 04 مارس 2009.
36. المرسوم التنفيذي رقم 09-148، المؤرخ في 02 مايو 2009، ج، ج، ج، ج، العدد 26، المؤرخة في 03 مايو 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المؤرخ في 13 يوليو 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج، ج، ج، ج، العدد 51، المؤرخة في 15 يوليو 1998.
37. المرسوم التنفيذي رقم 11-218، المؤرخ في 16 مارس 2011، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، ج، ج، ج، ج، العدد 16، المؤرخة في 13 مايو 2011.
38. المرسوم التنفيذي رقم 11-241، مؤرخ في 10 جويلية 2011، يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره، ج.ج.ج، العدد 39، المؤرخة في 13 جويلية 2011، المعدل والمتمم المرسوم التنفيذي رقم 15-79، المؤرخ في 08 مارس 2015، ج.ج.ج، العدد 13، المؤرخة في 11 مارس 2015.
39. المرسوم التنفيذي رقم 11-381، المؤرخ في 21 نوفمبر 2011، المتعلق بمصالح المراقبة المالية، ج، ج، ج، ج، العدد 64، المؤرخة في 27 نوفمبر 2011.
40. المرسوم التنفيذي رقم 11-396، المؤرخ في 24 نوفمبر 2011، يحدد القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، ج، ج، ج، ج، العدد 66، المؤرخة في 04 ديسمبر 2011.
41. المرسوم التنفيذي رقم 12-204، مؤرخ في 06 مايو 2012، يحدد نظام أجور أعضاء مجلس المنافسة والأمين العام والمقرر العام والمقررين، ج.ج.ج، العدد 29، المؤرخة في 13 مايو 2012.

42. المرسوم التنفيذي رقم 14-117، المؤرخ في 24 مارس 2014، المحدد لمبالغ التعويضات وكيفيات منحها لأعضاء لجان الصفقات وأعضاء لجان تحكيم المسابقات والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات، ج، ر، ج، ج، ج، العدد 19، المؤرخة في 02 أبريل 2014.
43. المرسوم التنفيذي رقم 14-139، المؤرخ في 20 أبريل 2014، الذي يوجب على المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات، أن يكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، ج، ر، ج، ج، العدد 26، الصادرة بتاريخ 07 مايو 2014.
44. المرسوم التنفيذي رقم 16-320، المؤرخ في 13 ديسمبر 2016، المتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على الأمين العام للبلدية، ج، ر، ج، ج، العدد 73، المؤرخة في 15 ديسمبر 2016.
45. المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المؤرخ في 21 غشت 2018، المتعلق بتفويض المرفق العام، ج، ر، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 05 غشت 2018.
46. المرسوم التنفيذي رقم 19-165، المؤرخ في 27 مايو 2019، المحدد لبيانات تقييم الموظف، ج، ر، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 09 يونيو 2019.
47. المرسوم التنفيذي رقم 19-190، المؤرخ في 03 يوليو 2019، يحدد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج. عدد 43، صادر في 07 يوليو سنة 2019.
48. المرسوم التنفيذي رقم 21-219، المؤرخ في 20 مايو 2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ج، ر، ج، ج، العدد 50، المؤرخة في 24 يونيو 2021.
49. المرسوم التنفيذي رقم 21 - 148 ، المؤرخ في 20 أبريل 2021، يحدد تنظيم السلطة الوطنية للأمان والأمن النوويين وطريقة عملها، ج، ر، ج، ج، العدد 31، المؤرخة في 24 أبريل 2021.
- *القرارات الوزارية الفردية:**
1. القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتعلق بدفتر الشروط الإدارية العامة (C.C.A.G)، المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج، ر، ج، ج، العدد 06، الصادرة بتاريخ 19 يناير 1965.
2. قرار الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ج، ر، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011.

3. القرار وزير المالية بتاريخ 28 مارس 2011، الذي يحدد كيفية الإقضاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 20 أبريل 2011. (الملغى).
4. القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية الإقضاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج، عدد 17، المؤرخة في 16 مارس 2016.
5. قرار وزير المالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 17، المؤرخة في 16 مارس 2016.
6. قرار وزير المالية، المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، يحدد نماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالإكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناولة، ج، ر، ج، ج، عدد 17، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2016.
7. قرار وزير المالية، المؤرخ في 02 أبريل 2012، يضبط كيفية تحديد مهام المراقب المالي المساعد وكذا شروط وكيفية ممارسة النيابة عن المراقب المالي، ج، ر، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 21 غشت 2013.
8. قرار رقم 13، الصادر عن الوزير المكلف بالمالية، المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و كيفية تسيرها و كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج، ر، ج، ج، عدد 21، الصادرة بتاريخ 09 أبريل 2014.
9. قرار مؤرخ في 25 افريل 2019، المحدد لتشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، ج، ر، ج، ج، العدد 45، المؤرخة في 17 يوليو 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 01 مارس 2020، ج، ر، ج، ج، العدد 28، المؤرخة في 10 مايو 2020.
10. قرار مؤرخ في 02 مارس 2020، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة السكن والعمران والمدينة، ج، ر، ج، ج، العدد 29، المؤرخة في 14 مايو 2020، المعدل بالقرار المؤرخ في 16 ابريل 2020، ج، ر، ج، ج، العدد 34، المؤرخة في 07 يونيو 2020.
11. قرار مؤرخ في 21 أكتوبر 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التجارة، ج، ر، ج، ج، العدد 13، المؤرخة في 01 مارس 2020.
12. قرار مؤرخ في 09 ابريل 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 10 يوليو 2019.
13. قرار مؤرخ في 29 أبريل 2021، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الصناعة والمناجم، ج، ر، ج، ج، العدد 44، المؤرخة في 08 يونيو 2021.

14. قرار مؤرخ في 31 مارس 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التكوين والتعليم المهنيين، ج، ج، ج، ج، العدد 47، المؤرخة في 25 يوليو 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 12 فبراير 2020، ج، ج، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 26 أبريل 2020.
15. قرار مؤرخ في 07 ديسمبر 2015، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ج، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 30 مارس 2016، المعدل بالقرار المؤرخ في 27 مارس 2019، ج، ج، ج، ج، العدد 42، المؤرخة في 30 يونيو 2019.
16. قرار مؤرخ في 22 يناير 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الموارد المائية، ج، ج، ج، ج، العدد 21، المؤرخة في 11 أبريل 2018، المعدل بالقرار المؤرخ في 14 مايو 2019، ج، ج، ج، ج، العدد 46، المؤرخة في 21 يوليو 2019 .
17. قرار مؤرخ في 19 فبراير 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة البيئة والطاقات المتجددة، ج، ج، ج، ج، العدد 24، المؤرخة في 25 أبريل 2018، المعدل بالقرار المؤرخ في 10 يونيو 2019، ج، ج، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 18 سبتمبر 2019.
18. قرار مؤرخ في 13 أكتوبر 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة السياحة والصناعة التقليدية، ج، ج، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 31 مارس 2019.
19. قرار مؤرخ في 11 مارس 2021، المتضمن إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الانتقال الطاقوي والطاقات المتجددة، ج، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 28 مارس 2021، والقرار المؤرخ في 11 مارس 2021، المحدد لتشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الانتقال الطاقوي والطاقات المتجددة، ج، ج، ج، ج، العدد 23، المؤرخة في 28 مارس 2021.
20. قرار مؤرخ في 24 سبتمبر 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المجاهدين، ج، ج، ج، ج، العدد 67، المؤرخة في 10 نوفمبر 2019.
21. قرار مؤرخ في 13 مايو 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة العمل والتشغيل والضمان الإجتماعي، ج، ج، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 18 سبتمبر 2019 المعدل بالقرار المؤرخ في 18 سبتمبر 2019، ج، ج، ج، ج، العدد 68، المؤرخة في 12 نوفمبر 2019 .
22. قرار مؤرخ في 13 مايو 2019، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ج، ج، ج، ج، العدد 48، المؤرخة في 31 يوليو 2019.
23. قرار مؤرخ في 20 ديسمبر 2018، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الطاقة، ج، ج، ج، ج، العدد 07، المؤرخة في 30 جانفي 2019، المعدل بالقرار المؤرخ في 07 أبريل 2020، ج، ج، ج، ج، العدد 35، المؤرخة في 14 يونيو 2020 .

24. قرار مؤرخ في 05 مايو 2019، المتضمن تجديد تشكيلة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة، ج، ر، ج، ج، العدد 57، المؤرخة في 18 سبتمبر 2019.
25. قرار مؤرخ في 12 أكتوبر 2017، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الإتصال، ج، ر، ج، ج، العدد 63، المؤرخة في 29 أكتوبر 2017، المعدل بالقرار المؤرخ في 23 جانفي 2020، ج، ر، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 06 مايو 2020.
26. قرار مؤرخ في 26 ديسمبر 2016، المتضمن تحديد تشكيلة أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الأشغال العمومية والنقل، ج، ر، ج، ج، العدد 30، المؤرخة في 17 مايو 2017، المعدل بالقرار المؤرخ في 07 نوفمبر 2018، ج، ر، ج، ج، العدد 27، المؤرخة في 24 أبريل 2019.
27. قرار مؤرخ في 29 مارس 2016، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الثقافة، ج، ر، ج، ج، العدد 20، المؤرخة في 30 مارس 2016.
28. قرار مؤرخ في 05 ديسمبر 2020، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الشؤون الخارجية، ج، ر، ج، ج، العدد 08، المؤرخة في فبراير 2021.
29. قرار مؤرخ في 20 يونيو 2017، لمتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة التربية الوطنية، ج، ر، ج، ج، العدد 49، المؤرخة في 22 غشت 2017.
30. قرار مؤرخ في 18 يوليو 2017، المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة الفلاحة والتنمية الريفية والصيد البحري، ج، ر، ج، ج، العدد 61، المؤرخة في 22 أكتوبر 2017، المعدل بالقرار المؤرخ في 21 مايو 2019، ج، ر، ج، ج، العدد 52، المؤرخة في 29 غشت 2019.
31. القرار المؤرخ في 18 نوفمبر 2020، المحدد للتنظيم الداخلي للأقسام التقنية والمصالح الإدارية لمجلس المحاسبة وتوزيع المهام فيها، ج، ر، ج، ج، العدد 07، المؤرخة في 31 جانفي 2021.
- *القرارات الوزارية المشتركة:**
1. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 09 مايو 2010، المحدد لبرنامج تنفيذ الرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها والمطبقة على ميزانيات البلديات، ج، ر، ج، ج، العدد 37، المؤرخة في 09 يونيو 2010.
2. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 02 غشت 2011، الذي يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال التي لا تتطلب اللجوء الى المناقصة، ج، ر، ج، ج، العدد 06، المؤرخة في 12 فبراير 2012.

3. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 13 نوفمبر 2012، المتضمن تنظيم مديريات الديوان المركزي لقمع الفساد، ج، ر، ج، ج، العدد 69، المؤرخة في 19 ديسمبر 2012.
4. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، كفاءات تطبيق الإلتزام بالإستثمار بالمعاملين الإقتصاديين الأجانب، ج، ر، ج، ج، العدد 21، المؤرخة في 9 أبريل 2014.
5. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 29 أبريل 2014، يحدد كفاءات تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، ج. ر، ج، ج، العدد 30، الصادرة بتاريخ 21 مايو 2014.
6. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 30 يونيو 2014، الذي يحدد الخدمات المعنية بالإعتبارات الثقافية و/أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات التراضي البسيط، ج، ر، ج، ج، العدد 57، الصادرة بتاريخ 28 سبتمبر 2014.
7. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 17 أبريل 2016، الذي يحدد قائمة التي يتكون منها ملف طلب التأهيل والتصنيف المهنيين للمؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية، ج، ر، ج، ج، العدد 07، الصادرة بتاريخ 07 فبراير 2017.
8. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 17 أبريل 2016، الذي يحدد كفاءات تصنيف المؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للموصلات السككية واللاسلكية، ج، ر، ج، ج، العدد 07، الصادرة بتاريخ 07 فبراير 2017.

* تعليمات ومقرارات:

1. تعليمة الوزير الأول، رقم 334، المؤرخة في 13 ديسمبر 2014، الموجهة لأعضاء الحكومة وللتبليغ الى السادة الولاة، بخصوص الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط..
2. تعليمة الوزير الأول، رقم 255، المؤرخة في 28 جوان 2022، المتضمنة تنفيذ الصفقات العمومية في سياق ارتفاع أسعار بعض المواد الأولية.
3. مقرر رئيس الحكومة، رقم 05، المؤرخ في 18 أغسطس 2004، المتضمن إرسال الإعلانات والإشهارات إلى الوكالة الوطنية للنشر والإشهار دون سواها.

استشارات قانونية:

1. رد" وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 355، المؤرخ في 29 افريل 2017، على استشارة قانونية لمجلس الشعبي لبلدية عين عبيد، ولاية قسنطينة، الجزائر.
2. رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 67، المؤرخ في 23 افريل 2017، عن الإستشارة القانونية رقم 266، المؤرخة في 09 فيفري 2017، عن بلدية بوزينة، ولاية باتنة، الجزائر.

3. رد قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، رقم 55، المؤرخ في 29 أبريل 2017.
4. رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 425، لمؤرخ في 16 ماي 2016.
5. رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 158، المؤرخ في 06 مارس 2017، على توضيح قانوني رقم 2278، المؤرخ في 04 ديسمبر 2016.
6. رد قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية رقم 90، المؤرخة في جويلية 2016، على استشارة قانونية رقم 115، المؤرخة في 18 يوليو 2016، الصادرة عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بوزريعة، الجزائر.
7. رد وزارة المالية، قسم الصفقات العمومية، رقم 158، المؤرخ في 06 مارس 2017، على طلب توضيح قانوني رقم 2278، المؤرخ في 04 ديسمبر 2016.

*** القوانين الأجنبية:**

1. القانون 89 لسنة 1998، المتعلق بالمناقصات والمزايدات، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، رقم 19 مكرر، المؤرخة في 08 مايو 1998، المعدل بالقانون رقم 48، سنة 2014، الجريدة الرسمية، العدد 23 (تابع)، المؤرخة في 05 يونيو 2014.
2. قانون المنافسة الأردني، رقم 33، لسنة 2004، الجريدة الرسمية، العدد 4673، المؤرخة في 01 سبتمبر 2004.

*** التقارير والنشرية:**

1. التقرير السنوي لمجلس المنافسة الجزائري، لسنة 2014.
 2. النشرة الرسمية لمجلس للمنافسة، عدد 03، لسنة 2013.
 3. النشرة الرسمية لمجلس المنافسة، العدد 03، لسنة 2014.
 4. النشرة الرسمية، لمجلس المنافسة، رقم 06، لسنة 2015.
5. bulletin de magistrats, N° 60, 2006.
6. التقرير السنوي مجلس المنافسة التونسي، العدد 08، سنة 2004.

***المجلات :**

1. المجلة القضائية، العدد 01، 1998.
 2. مجلة مجلس الدولة، العدد 05، لسنة 2004.
 3. مجلة مجلس الدولة، العدد 06، سنة 2005.
 4. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2007.
 5. مجلة مجلس الدولة، العدد 16، لسنة 2018.
 6. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009.
7. revue du Conseil d'Etat, n4, Algérie 2003.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

I) Les Ouvrages :

A-Les ouvrages générales :

1. Ali Bissad, droit de comptabilité ,édit Houma, Alger , 2004.
2. Bruno Petit, droit commercial,2 eme,èd,litec, paris, France,2000.
3. DOMINIQUE Berlin, Control des concentrations, Edition de l'Université de Bruxelles Paris, 2009.
4. Gustave Peiser, Contentieux administratif, 12° édition, Dalloz, Paris, 2001.
5. Guy. Braibant et B. Stern, le droit administratif Français, 5ème éd., presses de sciences po et Dalloz, Paris,France ,1999.
6. Guyon Yves, Droit des affaires, droit commercial général et société tome 1,12 èd, economia, parid, France, 2003.
7. Louis VOGEL, Traité de droit commercial, 18° édition, LGDJ, Paris, 2003.
8. Marie–Jose Guedon,Les autorité administratives indépendantes ,L.G.D.J ,paris,France,1991 .
9. Matallah Ali, Recueil sur la réglementation des marches publics et des Délégation de service public, édition Houma, Alger, 2016.
10. Rachid Khalloufi, Les institutions des régulation, R.A.S.J.E.P. Vol.41.N°02, faculté de droit Université Benyoucef Benkhedda d'Alger, 2003.
11. Rachid Zouaïmia, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, èdit Houma ,Alger, 2005.
12. Robbins Stephen, Mangement l'essentiel des concepts et des pratiques,4 édit,Pearsan Education , France , 2004.

B-Les ouvrages sepeciaux

1. Auguet Yvan ,droit de la concurrence, ELLIPESE, prais, France,2002.
2. Catherine Prebessy-Shmal , la pénalisation du droit des marches publics,L.G .D.J,paris ,France,2003.
3. Catherine Prebissy-Shnall , La pénalisation du droit des marchés publics, LGDJ, Paris, 2002,
4. Charbit Nicolas, secteur public et droit de concurrence ,èdit joly, paris ,France,1999.
5. Jean François Brisson, les fondements juridique de droit des marches publics, imprimerie national, paris, France,2004.
6. Menouer Mustapha, Droit de la concurrence, Berti édition, Alger, 2010.
7. Mireille Berbari, marchés public, La réforme à travers la jurisprudence, Le moniteur, Paris,2001.

8. Nicinski Sophie, Droit public de la concurrence , L G D J, paris, France,2004.
9. Pascal Lehuède, droit de la concurrence, éd, BREAL ,paris, France, 2012.
10. Patrick Schultz, Eléments du droit des marchés publics, L.G.D.J, paris, Deuxième édition, 2002.
11. Rachid Zouiamia, le droit de la concurrence, belkeise, Alger, 2011.

II) Les Articles :

1. Bennadji Cherif, « Marchés publics et corruption en Algérie », Revue d'études et de critique social, n°25, Alger, 2008.
2. Berri Norddine, La régulation des services publics, le secteur des Télécommunications, Revue Académique de la recherche juridique, Volume 1,N°02 ,faculté de droit et science politique, Université Abderrahmane Mira de Béjaia,Algerie,2010 .
3. Olivier Guezou, « Champ d'action du droit de la concurrence et marchés publics », revue DMP ,Edtions le Moniteur,paris,France,2006.
4. Zouaimia Rachid, «les fonctions répressives des autorités administratives indépendantes statuant en matière économique, Revue IDARA, Volume 14, ,N° 02, 'École Nationale d'Administration , Algérie ,2004.
5. Zouiamia Rachid, le régime des ententes en droit algérien de la concurrence, revue académique de le juridique, faculté de droit des science politiques, université de Bajia,n°1,année 2012.

III) Les Sources juridiques :

A) Les Sources juridiques algériennes :

Décret n° 57/24 du 8 Janvier 1957 relatif aux marchés passés en Algérie, J.O.A. n°09 du 22 janvier 1957.

VII) Sites d'internet :

1. www.afrosai.org.
2. www.google.fr/livre.
3. www.arabosai.org.
4. www.carosai.org.
5. www.eurosai.org.
6. www.olacefs.com.
7. www.conseil-etat.fr.
8. www.autoritedelaconcurrence.fr
9. www.legifrance.gouv.fr.
10. <http://www.cct.gov.tn>.
11. <http://ar.m.wikipedia.org>.
12. <http://economicdb.com>.

الفهرس

الفهرس

الصفحة	الموضوع: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية وضمانات حمايته
	شكر و عرفان
	الإهداء
	قائمة أهم المختصرات
02	مقدمة
14	الباب الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية
18	الفصل الأول: تكريس مبدأ حرية المنافسة وفقا للنصوص القانونية
18	المبحث الأول: تكريس قانون المنافسة لمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية
18	المطلب الأول: قابلية سريان قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية
19	الفرع الأول: مفهوم قانون المنافسة
19	البند الأول: تعريف قانون المنافسة وتطوره
19	أولا : تعريف قانون المنافسة
20	ثانيا : تطور قانون المنافسة
24	البند الثاني: علاقة قانون المنافسة بالأشخاص العامة
24	أولا : استبعاد خضوع الشخص العام لقواعد المنافسة
25	ثانيا : إدراج قواعد قانون المنافسة في مجال الشرعية الإدارية
27	الفرع الثاني: نطاق تدخل قانون المنافسة في مجال الصفقات العمومية
27	البند الأول : شروط تطبيق قانون المنافسة في الصفقات العمومية
27	أولا : الأشخاص والنشاطات المعنية بتدخل قانون المنافسة
31	ثانيا : العقود الإدارية المعنية بتدخل قانون المنافسة
32	البند الثاني : الإطار الزمني والجغرافي لتدخل قانون المنافسة
35	الفرع الثالث: الإستثناءات الواردة على تطبيق قانون المنافسة في الصفقات العمومية.
36	البند الأول : عدم إعاقه تطبيق قانون المنافسة لأداء مهام المرفق العام
36	أولا : خضوع المرافق العامة لقواعد المنافسة
37	ثانيا : ضرورة الموازنة بين مهام المرفق العام وقواعد المنافسة
38	البند الثاني: عدم إعاقه تطبيق قانون المنافسة على ممارسة السلطة العامة

39	أولا : أعمال السلطة العامة غير المعنية بتطبيق قانون المنافسة.
41	ثانيا :سريان قانون المنافسة على الممارسات المنفصلة عن امتيازات السلطة العامة
43	المطلب الثاني: الممارسات المقيدة لحرية المنافسة في الصفقات العمومية
43	الفرع الأول: مفهوم الإتفاقات المقيدة للمنافسة
44	البند الأول : تعريف الإتفاقات المقيدة للمنافسة وشروط قيامها
44	أولا : تعريف الإتفاقات المقيدة للمنافسة
46	ثانيا : شروط قيام الإتفاقات المقيدة للمنافسة
50	البند الثاني : صور الاتفاقات المقيدة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية
50	أولا : تبادل المعلومات قبل إيداع العروض
52	ثانيا : عروض التغطية
54	الفرع الثاني: حظر التعسف في الهيمنة على السوق
54	البند الأول : مفهوم التعسف في وضعية الهيمنة على السوق
54	أولا : تعريف وضعية الهيمنة
55	ثانيا : تحديد السوق
58	ثالثا: مقاييس تحديد وضعية الهيمنة
60	رابعا : وضعية الهيمنة المتعسف فيها
61	البند الثاني: صور أوضاع الهيمنة في الصفقات العمومية
62	أولا : وضعية الهيمنة المترتبة عن تألف التجمعات
63	ثانيا : وضعية الهيمنة بسبب تعامل ثانوي (المناولة)
64	الفرع الثالث: تقييد المنافسة في الصفقات العمومية من خلال الأسعار
64	البند الأول : حظر البيع بأسعار منخفضة تعسفا في الأمر 03/03
65	أولا : تعريف البيع بأسعار منخفضة تعسفا
66	ثانيا : معايير البيع بأسعار منخفضة تعسفا
68	البند الثاني : إشكالية العروض المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية
68	أولا : تعريف الأسعار المنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية
69	ثانيا :تأهيل العروض لمنخفضة بشكل غير عادي في الصفقات العمومية
70	ثالثا :مؤشرات الكشف عن العروض المنخفضة بشكل غير عادي
71	المبحث الثاني: تجسيد مبدأ المنافسة في شروط وإبرام الصفقات العمومية

72	المطلب الأول: مبدأ المنافسة في اختيار المترشحين بين الحرية والتقييد
73	الفرع الأول: مرحلة التحضير المسبق للصفقة العمومية وأثرها على حرية المنافسة
73	البند الأول : مظاهر تكريس حرية المنافسة في مرحلة تحديد الحاجيات
74	أولاً: إجراءات ضبط وتحديد الحاجيات
75	ثانياً : المواصفات التي تحكم تحديد الحاجيات
76	البند الثاني: الإجراءات المتعلقة بإشباع حاجيات المصلحة المتعاقدة
76	أولاً : دراسات المتعلقة بالمشروع
78	ثانياً: تسجيل المشروع ضمن قائمة المشاريع القابلة للإنجاز
79	الفرع الثاني: تكريس المنافسة في مرحلة الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء
80	البند الأول : مفهوم دفتر الشروط وأنواعه
80	أولاً : تعريف دفتر الشروط
81	ثانياً : أنواع دفاتر الشروط
83	البند الثاني : إجراءات إعداد دفتر الشروط وطبيعته القانونية
84	أولاً : إجراءات إعداد دفتر الشروط
86	ثانياً : الطبيعة القانونية لدفتر الشروط
87	الفرع الثالث : تكريس المنافسة في مرحلة الإعلان عن الصفقة
88	البند الأول : مفهوم الإعلان وأهميته في الصفقات العمومية
88	أولاً : تعريف الإعلان
90	ثانياً : أهمية الإعلان عن المنافسة
90	البند الثاني : مضمون الإعلان وتكييفه القانوني
91	أولاً : مضمون الإعلان
94	ثانياً : التكييف القانوني للإعلان والآثار المترتبة عنه
96	ثالثاً : مدة الإعلان ولغته
98	البند الثالث : وسائل الإعلان عن المنافسة في الصفقات العمومية
98	أولاً : وسائل نشر الإعلان التقليدية
100	ثانياً : وسائل نشر الإعلانات الإلكترونية
105	الفرع الرابع: حدود مبدأ حرية المنافسة في الوصول للصفقة والمساواة بين المترشحين

106	البند الأول : الصفقات المحجوزة
106	أولاً: فئة الحرفيين
107	ثانيا : تخصيص الصفقات للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة
110	البند الثاني : مبدأ الأفضلية وترقية الإنتاج الوطني
111	أولاً: مبدأ هامش الأفضلية في القانون الجزائري.
112	ثانيا : كيفية تطبيق هامش الأفضلية
114	البند الثالث: الإلتزام بالإستثمار في اطار الشراكة:
115	أولاً: مضمون الإلتزام بالإستثمار ومجال تطبيقه
115	ثانيا: إجراء الإلتزام بالإستثمار والإستثناءات الواردة عليه
117	ثالثاً: العقوبات المترتبة عن عدم احترام شرط الإلتزام بالإستثمار
119	البند الرابع: سلطة المصلحة المتعاقدة في إقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية
120	أولاً: أسباب الإقصاء
128	ثانيا: أثار القانونية للإقصاء
128	المطلب الثاني: التزام الإدارة بأعمال المنافسة عند إبرام و إرساء الصفقة
128	الفرع الأول: جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام
129	البند الأول: تعريف طلب العروض
130	البند الثاني: أشكال طلب العروض
130	أولاً : طلب العروض المفتوح
131	ثانيا- طلب عروض مفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
132	ثالثاً- طلب العروض المحدود
135	رابعاً-المسابقة
136	الفرع الثاني: المنافسة في إبرام الصفقات عن طريق التراضي
137	البند الأول: مفهوم أسلوب التراضي
137	أولاً: التعريف الفقهي
137	ثانيا : التعريف القانوني
138	البند الثاني: أشكال التراضي و حالاته
138	أولاً: التراضي البسيط
144	ثانيا : التراضي بعد الإستشارة

147	الفرع الثالث: المنافسة في مرحلة إيداع العروض
147	البند الأول : مفهوم العرض ومكوناته
148	أولاً : تكوين العرض
151	ثانياً : صيغة العرض
152	ثالثاً-تقديم العرض
153	الفرع الرابع: تعزيز المنافسة من خلال المنح المؤقت
153	البند الأول : مضمون المنح المؤقت ومجاله
153	أولاً : تعريف منح المؤقت
155	ثانياً: الجهة المختصة للنظر في الطعن
158	الفصل الثاني: تكريس حرية المنافسة في مجال الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية
161	المبحث الأول: مستويات الرقابة الإدارية لحماية المنافسة الصفقات العمومية.
162	المطلب الأول : الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية .
163	الفرع الأول : الأساس القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
164	البند الأول : تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
165	أولاً : شروط العضوية في اللجنة
169	البند الثاني: قواعد تنظيم وسير عمل اللجنة
169	أولاً انعقاد اللجنة ونصابها القانوني
171	ثانياً : طريقة عمل اللجنة ونظام مداولاتها
172	الفرع الثاني : اختصاصات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وطبيعتها القانونية
172	البند الأول : اختصاصات اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة و تقييم العروض
173	أولاً: صلاحيات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة الفتح
175	ثانياً: صلاحيات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حصة التقييم
182	البند الثاني : الطبيعة القانوني لأعمال لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.
183	أولاً : الطابع الإستشاري للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
184	ثانياً: الطابع التقريبي للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
186	المطلب الثاني: هيئات الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية.
188	الفرع الأول : رقابة لجان الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة .

189	البند الأول : رقابة اللجان المركزية والمحلية للصفقات العمومية .
189	أولا : رقابة اللجان المركزية للصفقات العمومية
194	ثانيا : رقابة اللجان المحلية على الصفقات العمومية
204	البند الثاني : رقابة اللجنة القطاعية للصفقات العمومية
204	أولا : تشكيل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية
206	ثانيا : صلاحيات واختصاصات اللجنة القطاعية للصفقات العمومية
210	البند الثالث : الرقابة الوصاية على الصفقات العمومية
211	أولا : تعريف الرقابة الوصاية وآليات ممارستها
213	ثانيا : نتائج الرقابة الوصاية ومدى فعاليتها
218	الفرع الثاني: قواعد سير لجان الصفقات العمومية والآثار القانونية المترتبة عنها
219	البند الأول : الأحكام المشتركة المنظمة لعمل لجان الصفقات العمومية
219	أولا : تعيين أعضاء اللجان الرقابية لصفقات العمومية
220	ثانيا : طريقة سير عمل لجان الصفقات العمومية
228	البند الثاني:الآثار القانونية المترتبة عن ممارسة لجان الصفقات العمومية لإحتصاصها الرقابي
228	أولا: منح أو رفض التأشيرة
239	ثانيا : طبيعة القانونية لمقرر التأشيرة
242	البند الثالث : مدى فعالية الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية
242	أولا: المركز القانوني لأعضاء لجان الصفقات العمومية
244	ثانيا: فعالية الإختصاص الرقابي الذي تمارسه لجان الصفقات العمومية
246	المبحث الثاني: رقابة الأجهزة المالية على الصفقات العمومية
247	المطلب الأول: الرقابة المالية الداخلية على الصفقات العمومية
247	الفرع الأول: رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية
248	البند الأول : تعريف المراقب المالي ومجاله الرقابي على الصفقات العمومية
249	أولا : تعريف المراقب المالي
250	ثانيا : المجال الرقابي للمراقب المالي على الصفقات العمومية
254	البند الثاني : مهام ومسؤوليه المراقب المالي
254	أولا : مهام المراقب المالي

260	ثانيا: أثر سلطة التغاضي المخولة للأمر بالصرف على عمل المراقب المالي
262	ثالثا: مسؤولية المراقب المالي
264	رابعا: تقدير رقابة المراقب المالي على الصفقات العمومية
266	الفرع الثاني: رقابة المحاسب العمومية على الصفقات العمومية
266	البند الأول : فكرة المحاسبة العمومية في التشريع الجزائري
266	أولا : تعريف المحاسب العمومي
268	ثانيا : أصناف المحاسب العمومي
270	البند الثاني: مجال رقابة للمحاسب العمومي على الصفقات العمومية والآثار المترتبة عنها
270	أولا : المجال الرقابي للمحاسب العمومي
272	ثانيا : النتائج المترتبة على رقابة المحاسب العمومي على الصفقات العمومية
274	ثالثا: أثر الأمر بالتسخير على رقابة المحاسب العمومي
275	رابعا: مسؤولية المحاسب العمومي
276	المطلب الثاني: مستويات الرقابة المالية الخارجية على الصفقات العمومية
276	الفرع الأول: رقابة المفتشية العامة للمالية
277	البند الأول:تحديد الهيئات الخاضعة لرقابة المفتشية العامة في مجال الصفقات العمومية
278	أولا :آليات رقابة المفتشية العامة للمالية على الصفقات العمومية
280	ثانيا : مضمون رقابة المفتشية العامة في مجال الصفقات العمومية
281	البند الثاني:إجراءات رقابة المفتشية العامة للمالية ومدى فعاليتها في مجال الصفقات العمومية .
281	أولا : إجراءات رقابة المفتشية العامة للمالية.
284	ثانيا : مدى فعاليتها رقابة المفتشية العامة للمالية
286	الفرع الثاني: رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية.
286	البند الأول : مفهوم مجلس المحاسبة
286	أولا : نشأة وتطور القانوني لمجلس المحاسبة في التشريع الجزائري
289	ثانيا : تنظيم مجلس المحاسبة في التشريع الجزائري
292	ثالثا: إجتماعات مجلس المحاسبة
294	البند الثاني : اختصاصات مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية

294	أولا : طرق ممارسة مجلس المحاسبة لرقابته على الصفقات العمومية
296	ثانيا : تقدير رقابة مجلس المحاسبة في مجال الصفقات العمومية
299	الباب الثاني: الضمانات القضائية والإدارية في حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية
302	الفصل الأول: دور السلطات الإدارية المستقلة في حماية مبدأ حرية المنافسة
303	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للسلطات الإدارية المستقلة
304	المطلب الأول: نشأة السلطات الإدارية المستقلة
305	الفرع الأول: ظهور السلطات الإدارية المستقلة في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري
305	البند الأول : ظهور السلطات الإدارية المستقلة في القانون المقارن.
305	أولا : في التشريع المقارن
309	ثانيا: في التشريع الجزائري
313	الفرع الثاني: أسباب ظهور السلطات الإدارية المستقلة
313	البند الأول: الأسباب السياسية والاقتصادية لظهور السلطات الإدارية المستقلة
313	أولا- الأسباب السياسية
315	ثانيا- الأسباب الاقتصادية
321	ثالثا: أسباب متعلقة بحماية الحقوق والحريات العامة
322	المطلب الثاني: الخصائص المميزة للسلطات الإدارية المستقلة
322	الفرع الأول: السلطات الإدارية المستقلة سلطة إدارية .
322	أولا: تمتع السلطات الإدارية المستقلة بالسلطة
326	الفرع الثاني: السلطات الإدارية المستقلة هيئة إدارية
327	أولا : تشكيلة السلطات الإدارية المستقلة
328	ثانيا: المحاسبة العمومية كمعيار لتحديد طابع الإداري للسلطة الإدارية المستقلة
329	ثالثا : طبيعة وظائف وأعمال السلطات الإدارية المستقلة
331	رابعا: طبيعة الرقابة القضائية على أعمال السلطات الإدارية المستقلة
333	المبحث الثاني: الآليات القانونية لسلطات الإدارية المستقلة لضمان حرية المنافسة
334	المطلب الأول: دور سلطتي مجلس المنافسة والسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته في حماية المنافسة.

335	الفرع الأول : دور مجلس المنافسة كسلطة رئيسية في حماية المنافسة
335	البند الأول : تنظيم وسير لمجلس المنافسة
336	أولا : الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة:
338	ثانيا : تشكيلة وهيكل مجلس المنافسة
344	البند الثاني : صلاحيات مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة
345	أولا : الصلاحيات الإستشارية
353	ثانيا : الصلاحيات التنازعية
360	البند الثالث: القواعد الإجرائية لتدخل مجلس المنافسة في ضبط السوق.
360	أولا :مرحلة التقدم من مجلس المنافسة
371	البند الرابع: الرقابة على قرارات مجلس المنافسة
372	أولا : رقابة القاضي العادي على منازعات مجلس المنافسة
378	ثانيا : وقف تنفيذ القرارات الإدارية
383	ثالثا : شروط واجراءات وقف التنفيذ في منازعات مجلس المنافسة
389	الفرع الثاني: السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ودورها في ضمان حرية المنافسة.
391	البند الأول: الإطار المفاهيمي لسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.
391	أولا: تعريف السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.
392	ثانيا : الطبيعة القانونية للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.
398	ثالثا: تشكيلة للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته وهيكلها
407	البند الثاني : اختصاصات السلطة العليا ومدى فعاليتها في الكشف عن جرائم الصفقات العمومية.
408	أولا : الصلاحيات ذات الطابع الوقائي.
409	ثانيا: الصلاحيات ذات الطابع الرقابي.
413	ثالثا : مدى فعالية للسلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته.
417	المطلب الثاني: دور سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ضمان مبدأ حرية المنافسة
417	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

419	البند الاول : استقلالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
419	أولا- الاستقلالية من الناحية العضوية
421	ثانيا- الاستقلالية من الناحية الوظيفية
424	البند الثاني : هيكله سلطة ضبط الصفقات العمومية
424	أولا : مرصد الطلب العمومي
425	ثانيا : الهيئة الوطنية لتسوية النزاعات
427	الفرع الثاني: اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومدى فعاليتها
428	البند الأول : اختصاصات سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام
428	أولا-الصلاحيات ذات الطابع الاستشاري والتكويني والاتصال
429	ثانيا-الصلاحيات ذات الطابع الرقابي
430	ثالثا-صلاحيات تتعلق بحل النزاعات
431	رابعا-صلاحيات تتعلق بالتعاون الخارجي
431	البند الثاني : مدى فعالية سلطة ضبط الصفقات العمومية
432	أولا : من خلال الاختصاصات الموكلة لها
439	الفصل الثاني: تدخل القضاء في حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية
440	المبحث الأول: حماية المنافسة في إطار القضاء الإداري
441	المطلب الأول: حماية قواعد المنافسة في إطار قضاة الموضوع
442	الفرع الأول: رقابة قضاء الإلغاء على القرارات المنفصلة في الصفقات العمومية
444	البند الأول: الإطار المفاهيمي للقرارات الإدارية القابلة للانفصال
444	أولا: الإطار النظري لنظرية القرارات القابلة للانفصال.
445	ثانيا : تعريف القرارات الإدارية المنفصلة
446	البند الثاني : صور القرارات القابلة للانفصال عن الصفقة
446	أولا - القرارات المنفصلة الصادرة في المرحلة السابقة على التعاقد
447	ثانيا - القرارات المنفصلة الصادرة في مرحلة إبرام الصفقة.

449	ثالثا - القرارات القابلة للانفصال في مرحلة تنفيذ الصفقة.
450	البند الثالث: شروط إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة وآثارها على الصفقة.
450	أولا : شروط إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة
453	ثانيا: آثار إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة على الصفقة
456	ثالثا : صفة الطاعن في دعوى إلغاء القرارات المنفصل
461	الفرع الثاني: حماية المنافسة وفرض ضوابط ابرام الصفقات أمام القضاء الكامل
463	البند الأول : صور المنازعات العقدية في إطار القضاء الكامل
463	أولا: سلطات القاضي الإداري في دعوى بطلان الصفقة
465	ثانيا : دعوى الحصول على المبالغ المالية
465	ثالثا: دعوى ابطال تصرفات الإدارة المخالفة للالتزامات التعاقدية
466	رابعا : دعوى فسخ الصفقة
468	البند الثاني: دعاوى التعويض أمام القضاء الكامل
473	البند الثالث: حماية المنافسة من الصفقات الغير المشروعة في إطار القضاء الكامل
473	أولا : عدم مشروعية الصفقة لتخلف أركان العقد
477	ثانيا :عدم مشروعية الصفقة لعيب في الشكل والإجراءات
478	المطلب الثاني: حماية قواعد المنافسة في إطار رقابة القضاء الإستعجالي
481	الفرع الأول: إجراءات سير الدعوى الإستعجالية
481	البند الأول : شروط رفع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية
482	أولا : موضوع الدعوى الإستعجالية .
485	ثانيا :الأجل القانوني لرفع الدعوى:
488	ثالثا : أطراف الدعوى
489	البند الثاني : القيود التي تحكم القاضي الإستعجالي الناظر في الدعوى
489	أولا : تحديد آجال الفصل في المنازعة
490	ثانيا:حجية الحكم الصادر عن القاضي الإستعجالي في مجال منازعات العمومية.
491	الفرع الثاني: سلطات القاضي الإستعجالي
491	البند الأول: سلطة توجيه الأمر للمصلحة المتعاقدة

492	أولا : الرأي الفقهي القائل بحظر توجيه أوامر للإدارة
494	ثانيا : الرأي الفقهي القائل بجواز توجيه أوامر للإدارة
495	البند الثاني: سلطة تأجيل إمضاء عقد الصفقة العمومية
497	البند الثالث: الغرامة التهديدية
498	الفرع الرابع: أهمية الإستعجال في حماية المنافسة في الصفقات العمومية
499	المبحث الثاني: دور القضاء الجنائي في ضمان حماية حرية المنافسة في الصفقات العمومية
502	المطلب الأول: الأحكام الموضوعية لحماية المنافسة من جرائم الصفقات العمومية
503	الفرع الأول : تقسيم الجرائم صفقات العمومية
504	البند الأول : الجرائم التقليدية للصفقات العمومية
504	أولا : جريمة منح الإمتيازات الغير المبررة
530	ثانيا : جريمة قبض العمولات في الصفقات العمومية
544	البند الثاني : الجريمة المستحدثة في مجال الصفقات العمومية.
544	أولا: مفهوم جريمة تلقي الهدايا
546	ثانيا: أركان جريمة تلقي الهدايا
549	الفرع الثاني :العقوبات المقررة لجرائم الصفقات العمومية .
549	البند الأول: العقوبات الخاصة بالشخص الطبيعي
550	أولا: العقوبة الأصلية
552	ثانيا: العقوبة التكميلية
557	البند الثاني: العقوبات الخاصة بالشخص المعنوي
558	أولا: العقوبات الأصلية
558	ثانيا: العقوبات التكميلية
561	المطلب الثاني:الأحكام الإجرائية لحماية المنافسة من جرائم الصفقات العمومية
561	الفرع الاول : إجراءات البحث والتحري على المستوى الدولي
562	البند الأول :التعاون الدولي في مجال التحقيقات الأولية
563	أولا : تقديم المعلومات.
563	ثانيا: التعاون بمناسبة البحث والتحري

564	البند الثاني:التعاون الدولي في المجال القضائي:
564	أولا : المساعدات الأولية في إطار الإجراءات القضائية
565	ثانيا: تجميد وحجز الأموال واسترداد الممتلكات عن طريق إجراءات المصادرة الدولية:
568	ثالثا: التعاون بمناسبة تسليم المجرمين.
568	الفرع الثاني:إجراءات البحث والتحري عن جرائم الصفقات على المستوى الداخلي
569	البند الأول: تحريات الشرطة القضائية للكشف عن جرائم الصفقات العمومية
570	أولا:أسلوب اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور
574	ثانيا : التسرب أو الإختراق
579	الخاتمة
597	الملاحق
607	قائمة المراجع
661	الفهرس

ملخص

اعتبرت الصفقات العمومية من أهم المجالات الحيوية، التي تدخلت فيها الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية، في تدبير وإدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية، وقصد الوصول لأنجع الطلبات العمومية والإستغلال العقلاني والمثالي للمال العام، عمل المشرع على إقرار جملة من الأسس والمبادئ المبنية على المساواة والحرية والشفافية، والتي تؤدي بتكاملها إلى تحقيق حرية المنافسة بين المتعاملين الإقتصاديين.

ومن هنا كان المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الأساس القانوني والأصيل لحماية مبدأ حرية المنافسة وتكريسه في جميع مراحل ابرام الصفقات العمومية، مؤطرا ذلك بقواعد تضبط الدعوة للمنافسة، ولم يقتصر حرص المشرع على خضوع عملية ابرام الصفقة العمومية فقط على المرسوم الرئاسي 15-247 والقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، بل شمل أيضا القانون المتعلق بالمنافسة، وهذا ما يمثل قفزة نوعية من حيث أنه أصبح هذا القانون يسري حتى على أشخاص القانون العام، وقد تم إسناد مهمة حسن تطبيقه إلى مجلس المنافسة كسلطة إدارية مستقلة، تتصدى للممارسات المنافية للمنافسة. وتعزز تكريس حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية بحماية قضائية، تولى القضاء الإداري والجنائي بتجسيدها، من خلال الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم المختصة، في حال الإخلال بهذا المبدأ، وصدور الاحكام التي تبطل الصفقات المخالفة للتشريع والمبادئ التي تقوم عليها، وهو ما يبين دور القضاء في تشكيل ضمانات أساسية في حماية مبدأ حرية المنافسة.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، المنافسة، الفساد، المصلحة المتعاقدة، المتعهد.

Résumé

Les transactions publiques étaient considérées comme l'un des domaines les plus vitaux dans lesquels l'État, les groupes régionaux et les institutions publiques intervenaient dans la gestion et la gestion des affaires économiques et sociales, afin de répondre aux demandes publiques les plus efficaces et à l'exploitation rationnelle et idéale des fonds publics. , le législateur a travaillé pour approuver un ensemble de fondements et de principes basés sur l'égalité, la liberté et la transparence, dont leur intégration conduit à réaliser la liberté de concurrence entre les opérateurs économiques.

Ainsi, le décret présidentiel n° 15-247 réglementant les marchés publics et les autorisations d'utilité publique a été la base légale et originale pour protéger le principe de liberté de concurrence et le consacrer à toutes les étapes de la conclusion des marchés publics, en l'encadrant par des règles qui réglementent l'appel à Le souci du législateur ne s'est pas limité à soumettre le processus de passation des marchés publics au seul décret : la loi présidentielle 15-247 et la loi 06-01 relatives à la prévention et à la lutte contre la corruption, mais a également inclus la loi relative à la concurrence, et cela représente un saut qualitatif dans la mesure où cette loi s'applique désormais également aux personnes de droit public, et la tâche de sa bonne mise en œuvre a été confiée au Conseil de la concurrence en tant qu'autorité administrative indépendante et luttant contre les pratiques anticoncurrentielles.

La consécration de la liberté de concurrence dans le domaine des marchés publics est renforcée par la protection judiciaire, que la justice administrative et pénale s'est engagée à concrétiser, par des poursuites intentées devant les tribunaux compétents, en cas de violation de ce principe, et par la délivrance de décisions qui invalident les transactions qui violent la législation et les principes sur lesquels elle repose, ce qui démontre le rôle du pouvoir judiciaire dans l'élaboration d'une garantie fondamentale dans la protection du principe de la liberté de concurrence.

Mots clés : Marchés publics, Concurrence, Corruption, service contractant, le soumissionnaire. .

Abstract

Public transactions were considered one of the most vital areas in which the state, regional groups and public institutions intervened in the management and management of economic and social affairs. In order to reach the most effective public requests and the rational and ideal exploitation of public funds, the legislator worked to approve a set of foundations and principles based on equality, freedom and transparency, which Their integration leads to achieving freedom of competition among economic operators.

Hence, Presidential Decree No. 15-247 regulating public contracts and public utility authorizations was the legal and original basis for protecting the principle of freedom of competition and consecrating it in all stages of concluding public contracts, framing this with rules that regulate the call for competition. The legislator's keenness was not limited to making the process of concluding public contracts subject only to the decree. Presidential Law 15-247 and Law 06-01 relating to the prevention and combating of corruption, but also included the law relating to competition, and this represents a qualitative leap in that this law now applies even to public law persons, and the task of its proper implementation has been assigned to the Competition Council as an administrative authority. Independent and combats anti-competitive practices.

The consecration of freedom of competition in the field of public procurement is strengthened with judicial protection, which the administrative and criminal judiciary has undertaken to embody, through lawsuits filed before the competent courts, in the event of a violation of this principle, and the issuance of rulings that invalidate transactions that violate the legislation and the principles on which it is based, which demonstrates the role of the judiciary in shaping A basic guarantee in protecting the principle of freedom of competition.

Key words: Public procurement, Competition, Corruption, contracting service, the tenderer