

الفصل الاول:

الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

عملية إبرام الصفقة العمومية لا تتم إلا وفقا لقواعد وإجراءات محددة مسبقا، على أساس أنها عقد من عقود القانون العام و المعروف بتميز قواعده (البند غير المؤلف) - بصورة عامة - والتي تختلف عن القواعد التي تحكم عقود القانون الخاص.⁽¹⁾

ففي هذه الحالة تتمتع المصلحة المتعاقدة (الإدارة) بما يسمى بامتيازات الإدارة، لذلك ينبغي لدراسة ضمانات تكوين الصفقة العمومية معرفة الإطار القانوني، و التنظيمي لهذه العملية، بالتطرق الى مختلف المبادئ و القواعد التي تضبط عملية إبرام الصفقة .بالإضافة إلى التطرق الى طرق و أساليب إجراء العقد المختلفة و المراقبات التي تماس خلال مراحل إعدادة، هذا دون إغفال حقوق المتعاملين المترشحين المتمثلة مثلا في الطعن و الاعتراض على اختيارات الإدارة صاحبة الصفقة.⁽²⁾

فتقرر بناءا على ذلك وضع عدة طرق لاختيار المتعهد الذي يقدم عادة أفضل الضمانات وهو ما أفادت به المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 من أنه " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة "⁽³⁾.

و بما أن القانون قد حدد للمصلحة المتعاقدة أسلوبين للاختيار يتعين عليها التقيد بهما، فهي ليست حرة مبدئيا في منح الصفقة للمتعاقد الذي يروق لها، وفي هذين الأسلوبين تختلف أولويات الإدارة مع متطلبات و أهداف إبرام الصفقة بالنسبة للمتعاقد، فهناك أسلوب طلب العروض حيث أن حرية الإدارة تختفي تقريبا في التعبير عن إرادتها في اختيار المتعامل المتعاقد من خلال اجراءات محددة مسبقا ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية، أما الأسلوب الثاني فهو التراضي أين تبرز هذه الحرية جليا بحيث يتاح للإدارة نوع من

¹ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2006، ص05.

² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2005، ص14.

³ المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام. المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 ج ر العدد 50 لسنة 2015

المرونة في تحديد معايير اختيار الطرف المتعاقد، دون أن ننسى مجموعة الشروط التي وضعها القانون و التي يتم فيها اللجوء لسلوك هذه الطريقة التي تمس كثيرا بأحد أهم المبادئ التي تقوم عليها الصفقة وهي حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة بين المترشحين.

المبحث الأول: مبدأي المنافسة والمساواة كضمانين و شرطين لإبرام الصفقة العمومية:

أفادت المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يحدد البحث عن الشروط الملائمة أكثر لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها اختيار كيفية إبرام الصفقات".⁽¹⁾

وبالرجوع إلى نص المادة 66 من نفس المرسوم نجد بأن المشرع، قد أحسن صنعا عندما ألزم الإدارة المعنية عند اختيارها للأجل أن تفتح مجال المشاركة والترشح لأكثر عدد ممكن من العارضين وهذا ما قضت به الفقرة 4 من ذات المادة بقولها " ومهما يكن من أمر، فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكثر عدد من المتنافسين".⁽²⁾ وبذلك جسد المرسوم الجديد مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ووفر جملة من الآليات والأحكام بغرض تحقيق مساواة تامة بين العارضين.

وعلى هذا الأساس فإن الضمانات المقررة طبيعة في طريقة اختيار المتعاقدين هو مدى احترام المصلحة المتعاقدة للمبادئ والشروط اللازمة المنصوص عليها كإطار قانوني وتنظيمي عام وهذه القواعد الجوهرية تتمثل في :

¹ أعمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2007، ص204.

المطلب الاول : آلية اختيار المترشحين وتكريس مبدأ المنافسة

نصت المادة 09 من قانون مكافحة الفساد 01/06 على انه "يجب ان تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية....."(1).

فالمنافسة هي :الضمانة التي توفر المناخ الصحي اللازم لتوسيع نطاق السوق وزيادة قانوني قدرة الاستثمارات وبالتالي هي افساح المجال لجميع الأشخاص اللذين يهمهم أمر طلب العروض، لذلك هي تجسد مظاهر – غياب آثار التسلط والسيطرة – تجانس المواد – حرية المشاركة وانتشار الإعلام.(2)

والمنافسة لا تقوم إلا اذا وجد هناك أساس، وفي هذا السياق يجب التطرق إليها في ظل قانوني المنافسة والصفقات العمومية.

- فبالنسبة لقانون المنافسة: بالرجوع للمادة 2 من القانون 05/10 الصادر في 10 اوت 2010 والمعدلة للمادة 2 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر – نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي.....- الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي."(3)، ومن خلال نص المادة يتبين أن المشرع هنا وضح مجال المنافسة فهناك مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث النشاط الاقتصادي، بمعنى أنه لا يعني بالضرورة أن يكون ثمة مقابل مالي للنشاط، بل أن مجاله إلى تجمعات غير ربحية مثل: النقابات والتعاونيات متى كان للنشاط تأثير على سوق الخدمة. وهناك مجال تطبيق قانون المنافسة من حيث الأشخاص، وهم أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص كالنقابات والجمعيات...إلخ

أما بالنسبة لقانون الصفقات العمومية: يتجلى ذلك في المادة 6 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث ذكرت ذات

¹ قانون مكافحة الفساد 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² باطللي غنية، مجلة الفكر، العدد 12، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2012، ص 02

³ الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن قانون المنافسة.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

المادة اشخاص القانون اللذين تنطبق عليهم أحكام الصفقات العمومية، من بينهم: الدولة. الجماعات الإقليمية. المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية التجارية الممولة كلياً أو جزئياً من الخزينة العمومية.

وبالرجوع إلى المادة 2 من المرسوم 247/15 نجدها نصت على الصفقات التي تدخل ضمن هذه الأحكام في إطار التشريع المعمول به وهي (صفقات الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات)

- أما العقود المستثناة والتي لا تخضع لأحكام الصفقات العمومية، هي التي جاءت في مضمون المادتين 7 و 23 من المرسوم 247/15
- والمنافسة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ويتجلى ذلك في نص المادة 946 والتي جاء فيها :

"يجوز اخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية...." (1) ومن هنا تبين أن المنافسة لا تقوم إلا اذا وجدت هناك نصوص قانونية تنظمها وتحدد نطاقها. وهنا نطرح السؤال التالي: هل للإدارة الحق في اختيار الكيفية التي تراها مناسبة من بين الكيفيات المحددة قانوناً؟ وما مدى حرية الإدارة في اختيار تقنية إبرام صفقاتها؟ وذلك حول الضمانات التي يوفرها القانون للإدارة في حسن إبرام الصفقة و اختيار أفضل المتعاقدين، وتعرف المنافسة عدة أساليب من بينها(2)

الفرع الأول: اللجوء الى اسلوب طلب العروض

على عكس القوانين السابقة فقد أرسى القانون الحالي رقم(247/15) القاعدة العامة والاستثناء الذي يرد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة، حيث جاء في نص المادة 39 " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، او وفق اجراء التراضي "

¹ المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (09/08) المؤرخ في 25 فيفري 2008، ج ر 21 .
² قدوج حمامة، مرجع سابق، ص05.

يتضح من ذلك أن أسلوب طلب العروض، هو القاعدة العامة التي يتعين على الإدارة العامة اتباعها. أما أسلوب التراضي فلا يجوز اللجوء إليه إلا على سبيل الاستثناء .

طلب العروض هي الطريقة التي تلجأ إليها الإدارة العامة في إبرام عقودها الإدارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط، مثل : توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة ، أو عقد نقل إداري لنقل أجهزة وأدوات تابعة للإدارة.⁽¹⁾

كما عرف قانون الصفقات العمومية طلب العروض في المادة 40 منه بقوله: " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.....".⁽²⁾ و تظهر محدودية إرادة الأطراف في هذا الإجراء واضحة فيتدخل القانون ويقيّد حرية الأطراف بإجبار الإدارة على إقامة المنافسة عن طريق إجراء طلب العروض حيث تفرض عليها اختيار المترشح الذي يقدم أحسن عرض⁽³⁾.

فطلب العروض يشكل الأصل العام و الإجراء التقليدي لإبرام الصفقات ، ويتميز بالإشهار و المنافسة ويكون مفتوحا إذا كان كل من تتوفر فيه الشروط بإمكانه المشاركة فيه ، ويكون مقيدا إذا كان لا يشارك فيه إلا الأشخاص المرخص لهم من طرف الإدارة وهي تأخذ عدة أشكال :

أولا/ طلب العروض المفتوح: يفسح المجال هنا للجميع، وحسب المادة 43 من المرسوم الرئاسي (247/15) المؤرخ في 20/09/2015 هي " إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا "⁽⁴⁾

بحيث يتم الإعلام به بموجب إعلان يدعوا المترشحين لتقديم ملفاتهم في تاريخ محدد وهي تتطلب العلنية التامة .

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، ط 4، الجزائر، 2014، ص123.

² المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

³ هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2009، ص60.

⁴ المادة 43 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

ومما يفتح باب المنافسة بين العارضين أن هذا النوع من الطلبات مفتوح لعدد غير محدود من المتقدمين فليس هناك شروط انتقائية أو اقصائية ، ويمكن المشاركة وتقديم العرض لمن توفرت فيهم شروط طلب العروض العامة . بالتالي فهو يفتح باب المنافسة أمام الجميع دون قيود أو اشتراطات خاصة، فيكون لكل من يجد نفسه قادرا على التعاقد مع الإدارة أن يتقدم بعرضه الذي يقدم فيه السعر الذي يقبل التعاقد به.

وهذه الوسيلة لم يخلو منها أيا من التشريعات المقارنة، وقد حرص المشرع الجزائري على النص عليها في جميع القوانين المتعاقبة المنظمة لموضوع الصفقة العمومية، إلا أنه غير التسمية فقط في القانون الجديد إذ كانت تسمى بالمناقصة المفتوحة، فأصبحت تسمى بطلب العروض المفتوح.⁽¹⁾

ثانيا/ طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا: حسب المادة 44 من المرسوم الرئاسي 247/15

" هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل اطلاق الاجراء، بتقديم تعهد . ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة " ⁽²⁾.

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة ، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع .

ثالثا/ طلب العروض المحدود: حسب المادة 45 من المرسوم الرئاسي (247/15) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

"هو اجراء لاستشارة انتقائية يكون المرشحون اللذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم التعهد....." . وهنا اعترف المشرع للإدارة المتعاقدة بموجب النص بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة، فقد تفتح الإدارة

¹ هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ص63.

² المادة 44 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

المعنية مجال المنافسة واسعا فيكون هنا طلب العروض مفتوح، وقد تضبطها فلا يشارك فيها إلا من توفرت فيهم شروطا خاصة أعلنت جهة الإدارة عنها فيكون طلب العروض حينئذ

مغلق أو محدد أو مقيد ⁽¹⁾ و يمكن أن نطرح السؤال التالي: كيف تتم عملية الانتقاء الأولي؟

- **الانتقاء الأولي للمرشحين :** هنا تتولى الإدارة مباشرة الاتصال بمجموعة من العارضين ممن تختارهم وتقدر فيهم أهميتها الخاصة أو مهاراتهم أو إمكاناتهم وتطلب منهم تقديم عروضهم دون أن ينجم على ذلك أية مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة، حيث تضع الجهة الإدارية المختصة نظاما للانتقاء المسبق يتضمن على وجه الخصوص :

✓ قائمة المستندات التي يجب أن يتقدم بها المترشحون وهي عبارة عن الملفات الإدارية والفنية الإضافية.

✓ مقاييس تقييم المؤهلات التقنية والمالية للمرشحين عند الاقتضاء.

إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستنتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم قتلجاً المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء عندما يتعلق الأمر بالدراسات والعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة. كما يتم اللجوء الى طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلتين وإما على مرحلة واحدة.

✓ على مرحلة واحدة (الأصل): عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية.

✓ على مرحلتين (الاستثناء): عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفة دراسات.

اختيار المتعامل المتعاقد (الاستشارة الانتقائية-la consultation selective) :

هي أحد الأشكال التي أوردتها المادة 45 من المرسوم (247/15)، وكان المرسوم التنفيذي رقم (145/82) هو أول قانون وضع هذه الطريقة لإبرام العقد الإداري في القانون

¹ أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص134.

الجزائري، وقد أدرجها ضمن كيفية الدعوة للمنافسة،⁽¹⁾ و تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى انتقاء أفضل عارض من بين أحسن العارضين اللذين سبق تأهيلهم و قبولهم من المصلحة المتعاقدة في ظل المرحلة الأولى ، وهنا التنافس محصور بين أحسن العارضين الفائزين في مرحلة الانتقاء الأولى، كما نصت المادة 45 من قانون الصفقات العمومية على إمكانية القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين و المسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة انجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري و في هذه الحالة. يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3) سنوات.

- الاستثناء الخاص بأسلوب الاستشارة الانتقائية :

بالرجوع للمادة 46 من المرسوم الرئاسي (247/15) وحتى نستوعب مغزاها نجد أنها رسمت أحكاما تتعلق بسير عملية فتح الأظرفة.⁽²⁾

1- وجوب تقديم العارض للعرض التقني الأول دون العرض المالي:

عرفنا أن أسلوب الاستشارة الانتقائية يتميز عن غيره من أساليب التعاقد في مجال الصفقات العمومية من حيث محل التعاقد كونه ينصب على عملية خاصة أو معقدة أو ذات أهمية، بما يعني أن هناك خصوصية ستتجلى في محتوى العروض التقنية المتنافسة لذلك اشترط النص تقديم فقط العرض التقني الأولي.

2- امكانية طلب توضيح العرض التقني:

قد يحمل العرض التقني جوانب مبهمة أو غامضة بما يتعين توضيحه خاصة وأن العملية معقدة وخاصة أو غير عادية، لذا أجازت الفقرة 2 من ذات المادة (46) من المرسوم الجديد للجنة تقييم العروض أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة تقديم توضيحات فيما خص العرض التقني الأولي، وهذا بالنسبة للعروض المطابقة لدفتر الشروط، فلا يجوز والأمر يتعلق بعارض خالف دفتر الشروط أن توجه إليه الدعوة لتوضيح جانب تقني، وهنا نكون أمام مرحلة أولى من الفتح لا ينتج عنها أبدا ترتيب العروض.

¹ هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ص 66.

² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية، 2005، ص 3.

3- اقصاء العروض من قبل لجنة تقييم العروض وفتح الأظرفة:

بالرجوع إلى الفقرة 5 من المادة 46 من المرسوم المرسوم الرئاسي (247/15) فإن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تمثل سلطة اقتراح - على المصلحة المتعاقدة - اقصاء عروض المترشحين اللذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و/أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.⁽¹⁾

رابعاً/المسابقة (le concours) :

المادة 47 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 20 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي تضمنت مايلي "وهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48. مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة. قبل منح الصنفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. وتمنح الصنفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية"⁽²⁾.

وهي نظام قديم في التشريع الجزائري ولقد ذكرت في الأمر 90/67 تحت تسمية "المباراة" وعرفه المرسوم 145/82 بـ: "المسابقة هي إجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد إجراء عملية تشمل على مظاهر تقنية واقتصادية أو فنية خاصة وما يأخذ على تعريف المسابقة هو قصرها على رجال الفن بمعنى الأشخاص الطبيعيين بدون سواهم مما يمس بأهم مبدأ ألا وهو حرية المنافسة العامة والمنافسة بين المتعاملين المتقدمين للطلبية العمومية كما أن هذا المفهوم يتعارض مع مقتضيات مواد كثيرة من المرسوم الرئاسي نفسه فهذا اعتبرت المسابقة شكلاً من أشكال المناقصة و الدعوة للمنافسة وهذه الأخيرة تعني فسح المجال للعارضين لتقديم عروضهم. وعليه فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ الى هذا الاجراء اذا قامت لديها اعتبارات فنية أو مالة أو جمالية تستوجب القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد، وهذا من أجل

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص177.

² ناصر لباد ، الأساس في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف، 2011، ص210.

الحصول على أفضل العروض المقدمة من طرف المتنافسين ذوي مهارات خاصة كرجال الفن والابداع في المجال الذي ترغب في تحقيقه⁽¹⁾

الفرع الثاني: أسلوب التراضي كاستثناء:

بالرجوع إلى المادة 23 من القانون (434/91) نجدها قد عرفت أسلوب التراضي بأنه إجراء قد يمنح الصفقة العمومية لمتعامل متعاقد دون اتاع إجراءات الإعلان عن المنافسة لإبرام الصفقات العامة أو كما عبرت عنها المادة 23 أعلاه "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى"، يفهم من هذا النص أن المنافسة في أسلوب التراضي قائمة ومتوفرة لا محال، إن هذا التعريف لا يتماشى وطبيعة التراضي فكيف يمكن أن يتصور التراضي بإقامة منافسة هذا من جهة، وإذا قبلنا - تجاوزا - طريقة الاستشارة كأحد صور التراضي، فسنجد أنفسنا أمام إشكالية هامة وهي: ما هو الفرق بين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة؟ فالمتصور أن الفرق بينهما أن التراضي البسيط يتم مباشرة دون حاجة إلى إجراء منافسة، والصورة الثانية تتم بعد أن تستشير الإدارة أكثر من متعاقد لتضمن أحسن العروض. فإذا أخذنا بهذا الفرض فإننا نكون بذلك قد خالفنا إرادة المشرع الصريحة التي حملتها نص المادة 23 وذات الملاحظة يمكن توجيهها لقانون (154/82) رغم أننا كنا نأمل أن يتفادى المشرع مثل هذا الخلط.⁽²⁾

و إذا كانت طريقة طلب العروض او الطرق المعتمدة على المنافسة هي الأصل فإن المشرع مراعاة للظروف ولدواعي المرونة و الفعالية قد وضع بجوارها طرق تكميلية ومن ضمن هذه الطرق التراضي بنوعيه و التراضي هو إجراء لتخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية لمنافسة . ويمكن أن يكتسب تراضي الشكل التراضي س البسيط أو شكل التراضي بعد استشار ، وتنظم الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة

¹ هبة سردوك، مرجع سابق، ص69.

² هبة سردوك، المرجع نفسه، ص 95.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

والتراضي : هو أسلوب استثنائي في التعاقد تقوم به السلطة المختصة دون التقيد بشكليات المناقصة و ذلك في إطار المنافسة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب بشرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب وعلى ضوء هذا هل تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية مطلقة في اختيار⁽¹⁾

المتعامل المتعاقد بواسطة أسلوب التراضي ؟ أم أن حصر حالات اللجوء اليه تقييد لهذه الحرية ؟

أشكال التراضي : عرفه الأستاذ حميدة أحمد سرير في مداخلة له تحت الرقم ثلاثون (30) في جامعة المدية بـ:

" التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكالية للمنافسة"² و يكون التراضي إما بسيط أو بعد الاستشارة

أولا : التراضي البسيط (le gré à gré simple):

نصت المادة 49 من المرسوم الرئاسي (247/15) على أنه " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتي.." ويبدو من خلال المادة 49 أن المشرع جعل طلب العروض هو القاعدة العامة في مجال ابرام الصفقات العمومية، واستثناءا من ذلك يجوز في الحالات المحددة قانونيا على سبيل الحصر ابرام الصفقة بطريق التراضي، بما يعني أن كفل للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان، بل ودون إلزامها حتى باللجوء للاستشارة إن توافرت إحدى حالات التراضي البسيط⁽³⁾

والتراضي البسيط هو أسلوب مرن تلجأ اليه المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية مع متعامل اقتصادي بمجرد تطابق ارادتين اما على محلها بكل حرية دون استعمال اجراءات المنافسة ولا حتى الاستشارة

¹ محمد الصغير بعللي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية، 2005، ص32.
² حميدة أحمد سرير: الصفقات العمومية وطرق ابرامها، المداخلة رقم30، جامعة لمدينة، د ت.
³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص195.

وانما يتم الاتفاق بين طرفين الصفقة بشكل مباشر فهي محررة من قيود الرقابة الذاتية اين يتحتم اللجوء الى هذا الطريق بسبب عدم جدوى الطرق الأخرى ويمكن ان تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط :

1/ الوضعية الاحتكارية في السوق أي لا يمكن تنفيذ الصفقة الى على يد متعامل اقتصادي وحيد.

يحتكر هذا النشاط. وقد أحسن المشرع تحرير الإدارة من الخضوع لإجراءات طلب العروض، بل وحتى الاستشارة في هذه الحالة طالما ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاطات وتوافرت فيه المواصفات التقنية المطلوبة من جهة الإدارة فلماذا يشترط الإعلان أو تلزم الإدارة بالخضوع لإجراءات طلب العروض

2/ في حالة الاستعجال الملح المعلل بأخطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعى التكيف مع آجال إجراءات ابرام الصفقات العمومية. واشترط النص ضرورة أن لا تكون هذه الظروف متوقعة من قبل المصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى أن لا تكون حالة الاستعجال ناجمة عن ممارسات احتيالية من طرفها، أي أن تكون خارجة عن ارادتها.(1)

3/ حالة التمويل المستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد وتوفير حاجات السكان الأساسية. فلو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية لما تكفله من نشر وآجال واجراءات لأثر ذلك سلبا على حسن سير الاقتصاد الوطني على نطاق توفير الحاجيات العامة ، وفي ذلك اضرار بها وللاقتصاد الوطني، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط

4/ إذا تعلق الأمر بمشروع أهمية وطنية يكتسب طابعا واستعجالا فالأعباء المالية لهذا المشروع تكون ضخمة جدا. مما لاشك فيه أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا ايجابيا عاما يمس كل اقليم الدولة.

¹ محمد الصغير بلي ،العقود الإدارية ،دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية،2005،ص33.

5/ عندما يتعلق الأمر بترقية الانتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج .الحكمة من ادراج هذه الحالة هو تمكين الإدارة المعنية من ابرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، فوردت العبارة بشكل جد مطلق ولم يتم فيها توخي الدقة والوضوح مما يفسح المجال واسعا للتفسير.

6/ عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية . فمن خلال هذا يبدو أن المشرع أراد اعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية هكذا اطلاقا دون تحديدا لطبيعتها، ومصدر هذه الأولوية هي نص تشريعي أو نص تنظيمي.

ثانيا: **التراضي بعد الاستشارة (le gré à gré après consultation)** : لم يقدم له المشرع تعريفا غير أنه يمكن القول بأنه الاجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب استشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة مخصصة ومهياة لذلك، ومنه فإن هذا الاجراء لا يخرج عن كونه أسلوبا مرنا تلجأ فيه المصلحة المتعاقدة إلى التعاقد إداريا إذ تتحرر من قيود الإجراءات و الشكليات الواجبة الاتباع في أسلوب المناقصة⁽¹⁾

و اذا كانت الادارة المتعاقدة في التراضي البسيط تلجأ لإبرام الصفقة عن طريق التفاوض المباشر فإنها في هذا الاسلوب يجب عليها استنفاد واتباع طريق الاستشارة، وقيد قانون الصفقات العمومية على اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة بتوافر إحدى حالات المادة 51 من المرسوم 247/15.

1. حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
2. حالة صفقات الدراسات واللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض.
3. حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
4. حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

¹ هبة سردوك، مرجع سابق، ص68.

5. حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات.

- وجوب الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في أسلوب التراضي بعد الاستشارة:

سبق البيان والتأكيد أن المنح المؤقت للصفقة يعد من أهم الآليات التي تكرس مبدأ الشفافية في ابرام الصفقات العمومية، ومن باب الإنصاف والموضوعية نؤكد أن من بين نقاط قوة تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 أنه لم يقصر المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض ، بل مده أيضا لأسلوب التراضي بعد الاستشارة . فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وضيقة النطاق وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن، وحتى يتحقق ذلك على الإدارة المعنية أولا نشر إعلان المنح المؤقت حسب مقتضيات المادة 52 من المرسوم الجديد، ونشير هنا أن التراضي البسيط لا تلزم الإدارة فيه بنشر إعلان منح الصفقة لمتعامل ما لأن المادة 52 من المرسوم الرئاسي (247/15) خلت من الإشارة لذلك نظرا للطابع الخاص لأسلوب التراضي البسيط، ثم أن اسمه يدل عليه فهو تراضي بسيط، والبساطة هنا يعني عدم التقيد بإجراءات محددة على الوجه الغالب.⁽¹⁾

- الآثار الناتجة عن نشر إعلان المنح المؤقت:

ينتج عن نشر إعلان المنح المؤقت لصفقة أعدت بطريق التراضي بعد الاستشارة نشوء حق المتعامل المشارك في تقديم طعن أمام لجنة الصفقات المعنية، وهذا حكم مشترك بين نظام طلب العروض وأسلوب التراضي بعد الاستشارة، وسنفصل أكثر في هذه النقطة عند الحديث عن الرقابة على الصفقات العمومية.

المطلب الثاني: قاعدة المساواة واختيار المتعامل المتعاقد:

تضمنت المادة 5 من المرسوم الرئاسي (247/15) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مايلي : " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات

¹ أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص205.

العمومية والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

وهذه القاعدة تعني أن يعامل جميع المشتركين في طلب العروض معاملة متساوية قانونا وفعلا، وتعد هذه القاعدة مرادفة لمبدأ المساواة أمام القانون وهو مبدأ دستوري أساسي.⁽¹⁾

وبهذا يجب أن يكون المترشح لنيل الصفة حرا غير مقيد ويتوجب على السلطة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بحيث لا يجوز لها إقصاء مترشحين على أساس شروط أو اعتبارات غير منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية⁽²⁾ كما يهدف هذا المبدأ أيضا إلى منع إقصاء المترشحين اللذين تستوفي فيهم الشروط المفروضة قانونا لأجل إجراء استشارة إضافة إلى أن هذه الشروط لا يمكن أن تخرج عن إطار تلك المحددة في موضوع العقد.

ورغم تعدد أشكال الصفقات العمومية و اختلافها، إلا أنها تقوم جميعها على المبدأ العام المتمثل في حرية الترشح و المساواة بين المتنافسين، فأحداثا وتطبيقا لهذه المبادئ بين العارضين وضع المشرع اجراءات خاصة لإبرام الصفة العمومية، لأنه من المقرر أن المتعاقد مع الإدارة لا يمكن أن يتم اختياره إلا بإعمال إجراءات محددة بموجب تنظيم قانوني.

فمبدأ المساواة له علاقة وطيدة بمبدأ المنافسة، فعن طريق تطبيق مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فالمساواة أمام المرفق العام تقضي كل تفضيل في اسناد الصفة وبالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة لذلك فاحترام المنافسة يؤدي إلى الزامية العاملة المتماثلة لكل المعنيين. فالمساواة إذن هي في نفس الوقت ووسيلة لخدمة المنافسة⁽³⁾

و إذا كانت هذه الإجراءات تقيد من حرية اختيار المصلحة المتعاقدة للطرف المتعاقد معها. فهل بالمقابل كرسست المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفة العمومية؟ وما هي

¹ المادة 29 من الدستور "كل المواطنين سواسية أمام القانون"، والمادة 31 "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات..."

² ناصر لباد ، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ط1، سطيف، 2011، ص209.

³ حميدة احمد سرير، الصفقات العمومية وطرق إبرامها، المداخلة 30 جامعة المدية، د ت.

حدود تطبيق مبدأ حرية الوصول للصفقة العمومية، وكذا المساواة بين المترشحين مقارنة مع الضمانات المقررة، ولتكريس هذين المبدئين ؟

الفرع الأول: مدى حرية الإدارة في تحديد معايير اختيار المترشحين:

حددت المواد من 76 إلى 81 من المرسوم الرئاسي (247/15) جملة من المعايير تلزم كل إدارة خاضعة لتنظيم الصفقات العمومية بتطبيقها، فإذا كان المشرع قد اعترف للإدارة المعنية بسلطة اختيار أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتحليل العروض، ومكنها إلى حد بعيد من اختيار المتعامل معها في المادة 160 من نفس المرسوم غير أن ذلك كله جب أن يتم وفق ضوابط حددها المرسوم الرئاسي يمكن اجمالها فيما يلي وحسب المادة 78:⁽¹⁾

1/ وجب توضيح اختيار المتعامل المتعاقد ووزن وقيمة كل معيار في دفتر الشروط ويستند التقييم من حيث المزايا الاقتصادية على تنقيط يراعى فيه مايلي:

/ / إما إلى عدة معايير، من بينها:

- النوعية
- آجال التنفيذ أو التسليم
- السعر والكلفة الإجمالية للاقتناء والاستعمال
- الطابع الجمالي والوظيفي
- النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي، لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة
- القيمة التقنية
- الخدمة بعد البيع والمساعدة التقنية
- شروط التمويل عند الاقتضاء وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية

ب/ وإما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك

¹بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص25.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

وفي صفقات الدراسات يستند اختيار المتعامل المتعاقد أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات.

والقاعدة العامة فإن المصلحة المتعاقدة تتقيد بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقة بغض النظر عن أي اعتبارات قد تحول دون التحاقهم أو تقدمهم لنيل المشاريع أو الخدمات أو الدراسات التي يرغبون في المساهمة في إنجازها، بمعنى أنه من له الحق قانونا التقدم الى الصفقة . الحق في الاشتراك فيها على قدم المساوات مع باقي المتنافسين وليس للإدارة ان تقيم اي تمييز غير مشروع بين المتنافسين.⁽¹⁾

وتطبيقا لهذا المبدأ فان المصلحة المتعاقدة لا تستطيع أن تعفي بعض الاشخاص من بعض الالتزامات الواردة في دفتر الشروط دون البعض الآخر فيجب عليها التقيد بهذه الالتزامات والشروط وتطبيقها على الجميع

لكن قد يحدث وأن تتدخل الادارة باعتبارها سلطة متعاقدة وصاحبة المصلحة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، بحيث تضع معايير وشروط لتأهيل المتنافسين.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة

جاءت المادة 75 من المرسوم الرئاسي (247/15) لتعلن عن اقصاء أو نهائي لمتعاملين ممن هم في وضعية ورد وصفها وتحديد لها في المادة ذاتها.

و صدر أيضا القرار الوزاري بتاريخ 28 مارس 2010 عن وزير المالية معلنا عن كفيات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وقد نشر في الجريدة الرسمية لسنة 2010 .

ومن هنا نجد بأن الإقصاء من المشاركة في الصفقة العمومية يعتبر الآلية التي تخرق مبدأ المساواة وبذلك وجب علينا التطرق والنظر في هذه الآلية.

¹عمار عوايدي، مرجع سابق، ص205.

* الاقصاء من الصفقات العمومية وصوره:

جاء في المادة 5 من القانون 12/08 "تحظر الممارسات والأعمال الدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن ان تهدف على عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أوفي جزء جوهري منه.."⁽¹⁾

رجوعا لمقتضيات القرار الوزاري المذكور نجده قد صنف حالات الاقصاء إلى صنفين، (اقصاء مؤقت واقصاء نهائي) كما صنف الاقصاء المؤقت إلى اقصاء تلقائي وآخر بموجب مقرر، واعترف للوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليميا بإصدار مقرر الاقصاء.

1- الاقصاء المؤقت:

ينقسم الاقصاء المؤقت إلى قسمين، اقصاء تلقائي وآخر يثبت بمقرر صادر عن الجهة المختصة كما بين القرار حالاته.

ا/ الاقصاء المؤقت التلقائي وحالاته :

بالرجوع إلى نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي (247/15)، ونص المادة 03 من القرار الوزاري المذكور نجد أنهما نصتا على حالات اقصاء المتعاملين المتعاقدين من الصفقة، ومن هؤلاء المتعاملين⁽²⁾

-الذين رفضوا استكمال عروضهم او تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض

-الذين هم في حالة الافلاس او التصفية او التوقف عن النشاط....

-الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية

¹ القانون رقم 12/08 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة.
² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات، مرجع سابق، ص163.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

-الذين لا يستوفون الايداع القانوني لحسابات شركاتهم

-الذين قاموا بتصريح كاذب⁽¹⁾

-المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من اصحاب المشاريع....

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

-الذين كانوا محل ادانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي⁽²⁾

* مدة الاقصاء المؤقت التلقائي:

حددت المادة5 من القرار الوزاري المذكور مدة الاقصاء المؤقت التلقائي بـ:

- حالة الغش الجبائي: يكون الاقصاء لمدة 10 سنوات
 - حالة فسخ الصفقة على مسؤولية المتعامل وحالة مخالفة تشريع العمل والضمان الاجتماعي: تكون مدة الاقصاء(2)سنتين
 - حالة التصريح الكاذب والمخالفة التي تمس بالنزاهة: تكون مدة الاقصاء(5) خمس سنوات⁽³⁾
- ب/- الاقصاء المؤقت بمقرر وحالاته :

جاء ذلك في المادة4 من القرار الوزاري المذكور، حالات الاقصاء المؤقت بموجب مقرر، ومن هنا فهذه الوضعيات وهذا الاقصاء لا يكون تلقائيا كما هو الحال في الصنف الأول، بل يحتاج لمقرر يثبت الوضعية صادر عن الوزير المعني أو الوالي أو مسؤول الهيئة المستقلة، أما عن حالاته فهي تتمثل في:

¹ المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص165.

³ القرار الوزاري بتاريخ 28 مارس 2010 الصادر عن وزير المالية المتضمن كفايات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر 2010.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

-المتعاملون اللذين قاموا بتصريح كاذب. وذلك لتكريس مبدأ التعامل النزيه في مجال الصفقات العمومية.

-المتعاملون اللذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة للمرة الثانية تحت مسؤوليتهم، وهذا بعد استنفاد طرق الطعن المقررة قانونا، حالة فسخ الصفقة يدل على خطأ جسيم من جانب المتعامل ولا يعكس جديته والتزامه.

-الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه، بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.⁽¹⁾

2- الاقصاء النهائي:

ينقسم بدوره إلى نوعين:

ا/ الاقصاء النهائي التلقائي وحالاته:

اسمه يدل عليه لا يحتاج إلى مقرر يثبته فهو متوافر بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية، وتتمثل حالاته في:

بينتها المادة 7 من القرار المذكور كما يلي:

- المتعاملون الذين هم في وضعية افلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط.
- المرتكبون لجريمة الغش ومرتكبو المخالفات الخطيرة في مجال الجباية والجمارك والتجارة والمسجلون في البطاقة الوطنية.
- المسجلون في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، طبقا للمادة 75 من المرسوم (247/15).

ب/ حالات الاقصاء النهائي بمقرر:

بالرجوع إلى المادة 8 من القرار المذكور، نجدها قد تضمنت حالتين:

¹ المادة 04 من القرار الوزاري المذكور.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

- الأجانب الذين استفادوا من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من المرسوم (247/15) بما يعني أن خرجوا عن مجال الاستثمار المبين في الصفقة.
- المتعاملون الذين ثبت ارتكابهم لمخالفات خلال فترة محددة بالمعاودة أو العود، وحددت المادة 8 فترة 3 سنوات.⁽¹⁾

ومهما قيل حول تطبيق هذه المبادئ الأساسية في إبرام الصفقات العمومية وكذا الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي يتقدم لنيل الصفقة من طرف الإدارة المتقاعدة فإن الملاحظ دائما ان ضمانات احترام تطبيق هذه المبادئ تبقى غير كافية رغم ترسانة النصوص القانونية والتنظيمية في مجال سير عملية الإبرام ، فهناك ضمانات وقائية تتمثل في جملة الاحكام والنصوص التي تضبط كفاءات وشروط التعاقد واختبار المصلحة المتعاقدة للمتعامل سواء طريق المناقصة والتراضي.

وهناك ضمانات لاحقة (بعدية) ترمي الى تكريس الرقابة بشتى انواعها سواء كانت إدارية أم قضائية تهدف منع تعسف الإدارة و انفرادها بمسألة اختيار المتعاملين المتعاقدين من جهة وحسن استعمال الأموال العمومية وحماية حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى.

المبحث الثاني: الضمانات المتواجدة في مرحلة منح الصفقة

أفادت المادة 09 من القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية و من الفساد ومكافحته " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية " ⁽²⁾

فالصفقات العمومية هي احدى أهم عقود الادارة تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث عملية الإبرام في طريقة التعبير والافصاح عن ارادة السلطة الادارية فلا يمكن التعبير عن ارادة الادارة الا بعد قطع مراحل متعددة و مختلفة بإتباع مجموعة من الاجراءات الضرورية ، ذلك أن المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص168.

² المادة 09 من القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية و من الفساد ومكافحته.

وضع مجموعة من الاجراءات القانونية حيث يجب مراعاتها أثناء المراحل التي تمر بها عملية ابرام الصفقات العمومية اعتبارا من بداية التحضير لها الى غاية الانتهاء من تنفيذها مكرسا بذلك مجموعة من المبدأ المتعلقة باحترام قواعد المنافسة و الشفافية و اختيار المتعامل و التعاقد مع الادارة (1).

المطلب الأول: مبدأ الشفافية كضمان للحصول على الصفقة

وضع المشرع مجموعة من المبادئ التي يتعين أن تقوم عليها عملية ابرام الصفقة العمومية لتكريس الشفافية التي تحقق مشاركة أكبر ممكن من العارضين بغية تحقيق المنافسة الايجابية التي من شأنها اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل خدمة بأقل سعر، فهذه المبادئ موضوعة أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلبات العمومية (2).

حيث تضمن قانون الصفقات العمومية جملة من المبادئ والأسس بصفة عامة ومجملتها لتنظيم الصفقات العمومية إلا أن قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وقبل تجريمه للمخالفات المتعلقة بعدم احترام اجراءات إبرام الصفقات العمومية ليؤكد على ذات المبادئ والأسس بصفة صريحة فأثنى بأحكام جديدة من بينها أنه وضع الاجراءات الكفيلة لتحقيق هذه المبادئ والأسس الهامة

فجاء تحديدها في المادة 9 الفقرة 2 من القانون نفسه، وتهدف الى ضمان احترام الاجراءات و القواعد المنصوص عليها لدرء اي تعسف من جانب الادارة في عملية اختيار المتعاقد حيث لا يصح العقد بدون اجراء هذه الرقبات .

كما نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي (247/15) على هذه المبادئ الأساسية أيضا بقولها "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

¹بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر، 2009، ص30.
² خضري حمزة، آليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، مذكرة دكتوراه، جامعة الجزائر 2015، ص129.

الفرع الأول : الزامية اعلان عن الصفقة العمومية :

أفادت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 بـ: " يكون اللجوء الى الاشهار الصحفي الزاميا في الحالات الآتية طلب العروض المفتوح - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات الدنيا - طلب العروض المحدود - المسابقة - التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء"

لم يكتفي المشرع بهذا فقط بل ضبط الإعلان بالبيانات الالزامية بحيث يجب أن يتضمنها الاعلان وهذا حسب المادة 62 من نفس المرسوم لذلك اعتبر - حتى تنكسر المنافسة الحقيقية بين المترشحين - للتعاقد مع الادارة لأن بعضهم قد لا يعلمون بحاجة الادارة الى ذلك، ومن ناحية أخرى فإن الاعلان يحول بين الادارة و بين اقتصار عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم و حدهم الذين تقدموا بالتزامات، وشروط اعلان او الدعوة للمنافسة يرتبها قانون الصفقات فهي موضوعة أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام وكل هذا ضمانا للمساواة في المعاملة وحرية الدخول المترشحين لإبرام صفقة عمومية .⁽¹⁾

والزامية الإعلان عن الصفقة تقتضي دراسته التطرق إلى طبيعة هذا الالتزام ونتائجه.

أولا/ الطبيعة القانونية للإعلان عن الصفقة:

مبدأ الاعلان عن المنافسة ورد النص عليه بصفة الالتزام بحيث يتضح بأن المشرع فرض اللجوء للإشهار بنشر اعلان طلب العروض بأشكاله المختلفة دون اجراء التراضي حتى يفتح فرصة للمنافسة أمام الجميع المترشحين ويجسد مبدأ المساواة بينهما.

فبموجب المادة 61 من المرسوم الرئاسي الجديد التي جعل المشرع بمقتضاها اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في حالات طلب العروض المفتوح والمفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، والمحدود ثم المسابقة والتراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

¹بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص31.

كما أن الإعلان يخضع لضوابط مختلفة من بينها ضرورة تحريره باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن ر ص م ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، حسب المادة 65 من المرسوم الرئاسي (247/15) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وتجب الإشارة إلى أن صفقات البلديات والمؤسسات ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير اداري، على التوالي، مائة مليون (100.000.000) أو يقل عنها وخمسين مليون (50.000.000) أو يقل عنها، أن تكون محل اشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية :

- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.

- إلصاق طلب العروض بالمقررات المعنية:

- للولاية

- لكافة بلديات الولاية

- لغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية.

- للمديريات التقنية المعنية في الولاية

ثانيا/ الإعلان الإلكتروني:

فضلا على الأحكام القانونية المنظمة للإعلان عن الصفقة العمومية بالطرق التقليدية، اعتمد المشرع في قانون الصفقات العمومية الساري المفعول، نظام تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.⁽¹⁾

كما جاءت الإشارة ولأول مرة للنشر الإلكتروني في التشريع الجزائري سنة 2010 وذلك ما تضمنه المرسوم الرئاسي (236/10) المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية السابق، وقد غيب هذا الأخير في القوانين التي سبقتة، رغم أهميته من الناحية العملية، ورغم اعتماد

¹ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في اطار الصفقات العمومية، ص131-133.

المشروع منذ سنة 2005 أسلوب التعاقد الإلكتروني في المنظومة المدنية، ولم يغفل ذلك أيضا المرسوم الرئاسي (247/15)، إذ جاء في نص المادة 204 "تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية...."

وإذا كان نشر المناقصات في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية أمر نثني عليه، نظرا لمحاسنه الكثيرة وحتى نساير التطور التكنولوجي، إلا أننا نشير إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، خاصة أمام ما نشهده من تطور رهيب في هذا المجال، ويبدو أنه كل ما تطورت الاختراعات في مجال المعلوماتية وأنظمة الحماية، كلما ظهرت أساليب للقرصنة من الصعب النجاة منها وتقاديبها.⁽¹⁾

ثالثا/ الآثار الناجمة عن نشر إعلان المنح المؤقت :

ينتج عن نشر إعلان المنح المؤقت لصفقة أعدت بطريق التراضي بعد الاستشارة نشوء حق المتعامل المتعاقد المشارك في تقديم طعن أمام لجنة الصفقات المعنية، وهذا حكم مشترك بين نظام طلب العروض و أسلوب التراضي بعد الاستشارة.

الفرع الثاني : اجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية (*L'avis d'attribution provisoire*)

أولا-الاجراءات السابقة للمنح المؤقت: يعتبر المنح المؤقت اجراء اعلانيا بموجبه نخطر الادارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير نهائي لمتعاقد ما نظرا على اعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي. فبعد مرحلة الاعلان ، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف اية مؤسسة او مترشح يسمح لهما بتقديم العروض، كل الوثائق المتعلقة بالصفقة مع امكانية ارسالها الى المترشح الذي يطلبها وبعد اطلاعهم على الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتهم من اجل الظفر بالصفقة.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص 154.

1- تقديم العروض :

جاء في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 في الفقرة الأخيرة "...تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة " لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض.

وتعرف العطاءات بأنها العروض التي يتقدم بها الاشخاص في الصفقة والتي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في ملف الصفقة، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة¹

وقد اعطيت السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار الأجل الذي يناسبها، لكن شريطة مراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وايصال التعهدات. وهذا ما جاء في نص المادة 66 من المرسوم (247/15) ويجب أن يتضمن العرض ما يلي :

ا/ العرض التقني: ويتضمن ما يلي :

- التصريح بالاكنتاب، وفق نموذج تسلمه الإدارة والمحدد شكلا بموجب قرار صادر عن وزير المالية نشر في العدد 24 من الجريدة الرسمية لسنة 2011
- كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال واللوازم، التي تفوق 1% من مبلغ التعهد، والتي يجب ادراجها في دفتر الشروط.
- العرض التقني وفق الشروط المعلن عنها والمحددة في الإعلان أو في دفتر الشروط.
- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في الميدان المعني(شهادة التأهيل والترتيب لصفقات الإشغال والاعتماد لصفقات الدراسات) وكذا المراجع المهنية.
- كل الوثائق الأخرى التي تشترطها المصلحة المتعاقدة(كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعقدة والسجل التجاري والحصائل المالية والمراجع المصرفية والبطاقة المهنية للحرفي ومستخرج الصناعة التقليدية والحرف فيما يخص الحرفيين الفنيين)

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص157.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

- الشهادات الجبائية وشهادات هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين والأجانب الذين عملوا بالجزائر.
 - شهادات الايداع القانوني لحسابات الشركة فيما يخص الشركات التجارية التي تتمتع بالشخصية المعنوية والخاضعة للقانون الجزائري. هذا الشرط جاء بعد تعديل 2008
 - تصريح بالنزاهة وفق نموذج تسلمه الإدارة والمبين في القرار الصادر عن وزير المالية والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 24 لسنة 2011.
- ب/ العرض المالي: ويتضمن ما يلي:

- رسالة التعهد وفق نموذج إداري تسلمه الإدارة المحدد في القرار السابق الذكر.
- جدول أسعار الوحدات
- التفصيل التقديري والكمي.⁽¹⁾

2- فحص العطاءات :

توكل هذه المهمة الى هيئات الإدارة المتعاقدة نفسها وهي ما يعرف بالرقابة الذاتية حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بمراجعة نفسها في كل الأعمال و المشاريع التي أنجزتها وهذا من خلال فحص العروض وتقييمها وكذا مراقبة تنفيذها ونصوص قانون الصفقات العمومية اسندت هذه المهمة الى :

*** / لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:** ضمانا لمبدأ الشفافية الذي كرسه المرسوم الرئاسي 247/15 فقد اسندت عملية فتح الاظرفة الى لجنة الى لجنة مختصة وهذا حسب المادة 160 التي نصت على انه "تحدث المصلحة المتعاقدة في اطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة او اكثر مكلفة بفتح الاظرفة وتحليل العروض والبدائل والاسعار الاختيارية" والمادة 71 من نفس المرسوم تنص " يتم فتح الاظرفة من طرف لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض المنشأة بموجب احكام المادة 160 من هذا المرسوم .

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 161

تجتمع هذه اللجنة في التاريخ المحدد لإيداع العروض بموجب استدعاء من المصلحة المتعاقدة

في جلسة علنية بحضور العارضين الذين يتم اعلامهم مسبقا في دفتر الشروط ، ويصح اجتماعها مهما كان عدد اعضائها الحاضرين ، هذا حسب المادة 162 من المرسوم الرئاسي 247/15

اما فيما يخص تقييم العروض فالهدف منه هو تحليل وتقييم كل العروض المقدمة للوصول لأحسن العارضين لمنحه الصفقة من جهة واستكمالا لتناسق عمليات الرقابة الداخلية من جهة اخرى.

كما تتمتع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعمل ادري 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 .

ثانيا- المنح المؤقت وارساء الصفقة:

*- تعريف المنح المؤقت:

يعتبر المنح المؤقت إجراءا اعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة، المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغبر النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي.

بحيث أن ينشر في الإعلان مجموعة بيانات أو عناصر: كاسم أو لقب الشخص العارض، أو اسم الشركة أو المؤسسة أو المقولة، وموضوع طلب العروض وسعره آجال التنفيذ وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار الإدارة للفائز المعلن عنه مؤقتا.⁽¹⁾

تتضمن عملية المنح سلسلة من الاجراءات تبدأ من فتح الاظرفة ، فيتم فحص كل عرض وضع علامة تقييمية من الناحيتين التقنية والمالية، فأفادت المادة 78 من المرسوم الرئاسي

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص188.

247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات وتفويضات المرفق العام على انه "يجب ان تكون معايير اختيار المتعامل التعاقد ووزن كل منها ، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية مذكورة اجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة ويجب ان تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار احسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية :

1/ اما على عدة معايير، من بينها :-النوعية-آجال التنفيذ او التسليم -السعر والكلفة الاجمالية للاقتناء والاستعمال

- الطابع التقنية. لوظيفي -التقنية المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الادماج المهني للأشخاص المعوقين....-القيمة التقنية

2/ اما الى معيار السعر وحده، اذا سمح موضوع الصفقة بذلك....." ومن هنا المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الاختيار والبت النهائي في العروض لذلك يجب عليها التقييد في هذه المرحلة بجملة من الضوابط والثوابت تحددها سلفا وتعلن عنها عملا بنص المادة 87

لذا يجب على المصلحة المتعاقدة تخصيص الصفقة للمؤسسة التي تعتقد انها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الابرام المقررة ولن يأتي ذلك الا بالتأكد من قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية حتى يكون اختيارها لهم سديدا ولقد جاء التنظيم الاخير للصفقات العمومية ليكرس اكثر مبدا الشفافية، وهذا بإدراجه لإجراء جديد يسمى بالمنح المؤقت للصفقة بعد اتمام اجراءات فحص العروض وانتقائها واختيار افضل متعهد فيصدر قرار منح مؤقت لهذه الصفقة التي رست عليه في انتظار اتمام اجراءات التصديق والاعتماد والرقابة الخارجية عن طريق عرض الصفقة على لجنة الصفقات المختصة.⁽¹⁾

المطلب الثاني : مدى اعتبار الرقابة القبلية كضمان اساسي

ان الرقابة التي فرضها المشرع على الصفقات العمومية متعددة وتستمر من بداية تسجيل مشاريع الصفقات في الميزانية الى غاية الانتهاء من تنفيذها ، والغرض منها هو

¹برهان مسعودة: منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2014/2015.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

التأكد من تطبيق الاهداف المرجوة من وراء التعاقد والزام الادارات العمومية والهيئات المستقلة بالتقيد بأحكام قانون الصفقات العمومية بمال مسؤولين يكرس خاصة تحقيق المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والصفقة المبرمة لا تكون نهائية ولا تدخل حيز التنفيذ الا بعد موافقة السلطة المختصة عليها واعتمادها ويمكن كل سلطة من ان تفوض صلاحياتها في هذا المجال الى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتمثل الجهة المختصة فيما يلي :

- الوزير فيما يخص صفقات الدولة
 - الوالي فيما يخص صفقات الولاية
 - رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدي
 - المدير العام او المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية والمحلية ذات الطابع الاداري
 - المدير العام او مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري
 - مدير مركز البحث والتنمية
 - مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي و المهني.⁽¹⁾
- بعدما تطرقنا الى الرقابة الداخلية الممارسة من قبل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ، وجب علينا ان نتعرض الى أشكال أخرى للرقابة القبلية المنصوص عليها المتمثلة في:-
- الرقابة الخارجية -الرقابة المالية للالتزامات -الرقابة الوصائية.⁽²⁾

¹ حميدة أحمد سرير: الصفقات العمومية وطرق ابرامها، المداخلة 30 ، جامعة لمدينة، د ت.
² بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق ، ص41.

الفرع الاول: مضمون الرقابة القبلية وانواعها

في الحقيقة ان الرقابة الداخلية هي الرقابة التلقائية التي تمارس من طرف هيئات الادارة المتعاقدة اي داخل الادارة نفسها حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بمراجعة نفسها في كل الاعمال والمشاريع التي انجزتها وهذا من خلال فحص العروض وتحليلها وتقييمها وكذا مراقبة تنفيذها عن طريق لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض فتبقى المصلحة المتعاقدة متمسكة بزمam المبادرة في تعيين اعضاء هذه اللجنة بالتالي امكانية التأثير على عملها ، لذا جاء التنظيم الخاص بالصفقات العمومية بأنواع اخرى للرقابة وهي:(1)

- رقابة خارجية تمارسها لجان الصفقات العمومية -الرقابة المالية للالتزامات -رقابة الوصاية على صفقات المصلحة المتعاقدة.

اولا/ الرقابة الخارجية :

افادت المادة 163 من المرسوم الرئاسي 247/15 على انه "تتمثل غاية الرقابة الخارجية في مفهوم هذا المرسوم وفي اطار العمل الحكومي في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية المعروضة على الهيئات الخارجية المذكورة في القسم الثاني من هذا الفصل للتشريع والتنظيم المعمول بهما وترمي الرقابة الخارجية ايضا الى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية"

هذه الرقابة فرضها المشرع على المصلحة المتعاقدة وهذا بهدف مراقبة مدى مطابقة الصفقات المعروضة للقوانين والتنظيمات المعمول بها وهي تمارس من طرف اجهزة خارجة عن المصلحة المتعاقدة تعرف بلجان الصفقات العمومية (2). ولهذا النوع من الرقابة مفهومان الضيق والواسع.

بالنسبة للمفهوم الواسع: هي مجموعة الوظائف التي يمارسها جهاز خارجي عن الهيئة الخاضعة للرقابة والمستقل تماما عنها ،وتهدف هذه الرقابة الى:

¹ جميلة حميدة: الرقابة على الصفقات العمومية، المداخلة الأولى، جامعة البليدة، 2013.
² جميلة حميدة، نفس المرجع.

-التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على هيئاتها للتشريع والتنظيم المعمول بهما
وللتحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية.

- توفير رأي حول الحسابات والحالات المالية ، شرعية العمليات المالية وكذا نوعية التسيير المالي عن طريق اعداد التقارير .

اما المفهوم الضيق: فهي تمارس عن طريق اجهزة خارجية في نطاق الجهاز التنفيذي وبصفة عامة فان الرقابة الخارجية يمكن تقسيمها الى الرقابة السياسية الشعبية من خلال المجالس المنتخبة والرقابة التقنية التي تمارسها هيئات مختصة ، حسب المادة 165 من المرسوم الرئاسي السابق الذكر فانه يحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية في حدود مستوى الاختصاص .

ومن بين هذه اللجان المذكورة نجد :

- اللجنة الجهوية للصفقات (المختصة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية)، حسب ما جاء في المادة 171 من المرسوم الرئاسي (247/15)

- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري ،(المختصة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات)، وهذا حسب المادة 172 من المرسوم الرئاسي (247/15)

- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية في كل دائرة وزارية، تختص بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي يفوق مبلغها مليار دينار (1.000.000.000 دج) في صفقات الأشغال...⁽¹⁾

¹ خصري حمزة: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الفكر، العدد 13، جامعة لمسيطة، د ت.

- اللجنة الولائية للصفقات المختصة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط و الصفقات والملاحق التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير المذكورة في المادة 172 من نفس المرسوم، بالإضافة إلى دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، التي يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة، مائتي مليون دينار

(200.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات، كما تختص بدراسة الملاحق التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، ضمن حدود المستويات المحددة في المادة 139 من نفس المرسوم، وهذا حسب ما جاء في المادة 173 من هذا المرسوم.

- اللجنة البلدية المختصة بدراسة صفقات البلدية، ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادتين 139 و 173 من المرسوم الرئاسي (247/15).

- لجنة صفقات المؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 172 من المرسوم الرئاسي (247/15).

ملاحظة: مما يلاحظ في التعديلات والفروق التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم (247/15) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، خاصة في مجال الرقابة على الصفقات العمومية على مستوى الرقابة الخارجية، الموكلة للجان الصفقات العمومية باختلاف مستوياتها، وخاصة على الصعيد المركزي، فهو قد ألغى اللجان الوطنية للصفقات العمومية والمتمثلة في اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال و صفقات اللوازم و صفقات الدراسات، كما ألغى العمل باللجان الوزارية قصد القضاء على المركزية.⁽¹⁾

¹ مداخلة للدكتور خضري حمزة حول: الرقابة على الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، جامعة لمسيطة، مارس 2016.

2- الرقابة المالية للالتزامات :

وهي الرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها لذلك يجب ان تؤشر ، بمعنى انها تخضع لتأشيرة المراقب المالي ، فعند صدور المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المؤرخ في 14/11/1992 اقتصر نطاق اختصاص المراقب المالي في المادة 2 منه على رقابة النفقات التي يلتزم بها على ميزانية المؤسسات الادارية التابعة للدولة والميزانيات الملحقة وعلى الحسابات الخاصة للحزينة وميزانيات الولاية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري ، وهناك ما يعرف في المحاسبة العمومية رقابة الشرعية أثناء دفع النفقات وتحصيل الإيرادات حيث يقوم المحاسب العمومي بالتأكد و التحقق من احترام القواعد الأساسية للمحاسبة العمومية من أجل ضمان تلاؤم النفقة مع رخص البرامج في الميزانية حسب المادة 35 من القانون رقم 90-21 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية، وينتج عن رقابة المحاسب العمومي قبول أو رفض مسبب للنفقة⁽¹⁾.

3-رقابة الوصاية

يقصد بالرقابة الوصائية بالمفهوم الواسع تلك التي يمنحها القانون لسلطة عليا تمارسها على تصرفات الهيئات اللامركزية حماية للمصلحة العامة.

وهذا النوع من الرقابة تمارسه السلطة الوصية ، ومضمونها هو التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد وكذلك برامج واولويات القطاع ، اذ تعد المصلحة المتعاقدة عند الاستلام النهائي للمشروع تقريراً تقييمياً عن ظروف انجازه وكلفته الاجمالية مقارنة بالهدف المسطر اصلاً وتشير المادة 164 من قانون الصفقات وتفويضات المرفق العمومي الى انه يرسل هذا التقرير حسب طبيعة النفقة الملتزم بها الى مسؤول الهيئة العمومية او الوزير او الوالي او رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني ،

¹ بحري اسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص43.

وكذلك الى هيئة الرقابة الخارجية المختصة. كما ترسل نسخة من هذا التقرير الى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.⁽¹⁾

الفرع الثاني : ضوابط وحدود ممارسة الرقابة القبلية

ان المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير اختياراتها أمام كل عملية رقابة تمارس على ابرام صفقاتها السلطة المختصة، وهذا طبقا لأحكام المادة 60 من المرسوم الرئاسي (247/15) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، فمنح التأشيرة يعتبر هو الالية القانونية التي تمارس من خلال لجان الرقابة الخارجية حيث يمكن هذه الأخيرة رفض منح التأشيرة في حالات معينة غير أن هذا الرفض يجب ان يعلل أن كل مخالفة للتشريع او التنظيم المعمول بهما تعاينها اللجنة يكون سبب لرفض التأشيرة ويمكن ان تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة وغير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة وتعرض الصفقة بمجرد موافقة اللجنة المختصة عليها بعد رفع التحفظات الموقفة المحتملة المرافقة للتأشيرة التي تسلمها هيئة الرقابة القبلية المختصة على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها و البدء في تنفيذها، وفي حالة البلديات يخضع مشروعا الصفقة والملحق لمدولة المجلس الشعبي البلدي ومراقبة الشرعية للدولة، (طبقا لأحكام القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011) قبل إرسالهما إلى لجنة الصفقات المختصة. وهذا طبقا لأحكام المادة 195 من المرسوم الرئاسي (247/15).

ويمكن للجنة الصفقات أن تطلب استكمال بعض المعلومات وتؤجل الجلسة، وفي هذه الحالة يوقف سريان الأجل المتعلق بمنح التأشيرة، وتستأنف الأجل من يوم تقديم المعلومات المطلوبة، وفي جميع الحالات وجب تبليغ المصلحة المتعاقدة المعنية والسلطة الوصية عليها بالقرارات التي اتخذتها لجنة الصفقات، وهذا في أجل لا يتعدى ثمانية (8) أيام من انعقاد الجلسة.⁽²⁾ وهذا طبقا لأحكام المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247/15

¹ جميلة حميدة: مفهوم ص ع بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، جامعة البليدة، المداخلة 01، 2013.
² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص137.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

وإذا لم يصدر مقرر اللجنة في أجل الثمانية أيام، تقوم المصلحة المتعاقدة بإعلام الرئيس الذي يجمع لجنة الصفقات في غضون ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ إخطارها والتي تفصل في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين.⁽¹⁾ طبقاً لأحكام المادة 198 من نفس المرسوم

وحسب المادة 164 من المرسوم الرئاسي (247/15)، تعد المصلحة المتعاقدة عند الاستلام النهائي للمشروع، تقريراً تقييمياً عن ظروف إنجازها وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر أصلاً.

ويرسل هذا التقرير حسب النفقة الملتمزم بها إلى مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، وكذلك إلى هيئة الرقابة الخارجية المختصة، وترسل نسخة من هذا التقرير إلى سلطة (ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام) المنشأة بموجب أحكام المادة 213 من هذا المرسوم.

***تساؤل:** طرحت إشكالية قانونية حول القيمة القانونية لمقرر التأشيرة في مواجهة المصلحة المتعاقدة فكانت الإجابة في فرنسا أن اللجان المختصة بالصفقات تصدر رأياً حول قانونية الصفقة وفعاليتها دون أن يكون لرأيها القوة الإلزامية في مواجهة المسؤول عن عملية إبرامها، وهو نفس التوجه الذي اعتمدته المشرع الجزائري والذي – وإن جعل مسألة طلب التأشيرة أمراً إلزامياً بمقتضى نص المادة 195 منه – إلا أنه أعطى الصلاحية الكاملة للوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المعني ببناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز بمقرر معلل قرار رفض منح التأشيرة على أن يعلم الوزير المكلف بالمالية بذلك، وهي نفس الصلاحية الممنوحة للوالي في الصفقات التي تدرج ضمن اختصاصه إلا أنه قيد بضرورة إعلام وزير الداخلية والجماعات المحلية بزيادة على إعلام الوزير المكلف بالمالية، وفي السياق نفسه سمح القانون لرئيس المجلس الشعبي البلدي بتجاوز مقرر رفض التأشيرة بموجب قرار معلل على أن يعلم الوالي بذلك، وفي جميع الحالات تسلم من قرار تجاوز

¹ خضري حمزة: آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2014/2015، ص191.

رفض منح التأشيرة إلى لجنة الصفقات المختصة ومجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية.⁽¹⁾

المبحث الثالث : تسوية النزاعات الناجمة عن إبرام الصفقات العمومية

مما لا شك ان مسألة تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية تخضع الى الإجراءات القضائية المعمول بها للفصل في المنازعات الادارية وهي الاجراءات المقررة في قانون الاجراءات المدنية الا أن هذا لم يمنع المشرع من تنظيم تسوية النزاعات المتعلقة باختيار المتعاقد في قانون الصفقات العمومية

وذلك في المواد من 153/155 في ما يخص التسوية الودية ⁽²⁾.

والهدف من ذلك حماية للطرف المتعاقد من جهة وتكريس اهم مبادئ الأساسية في عقد الصفقة وهي احترام الشفافية والمساواة بين المترشحين

بالإضافة الى أن القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته قد تبني في المادة 9 منه هذه القاعدة وذلك مراعاة لممارسة طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الصفقة العمومية.

المطلب الأول: آلية التسوية الودية للنزاع الناشئ عن منح الصفقة كإجراء أولي

ان البت في الفصل في النزاعات الناجمة عن الصفقات العمومية لا يخضع لنظام قضائي واحد لأن في المنازعات من تدخل في اختصاص المحكمة الادارية والتي تبرمها المصلحة المتعاقدة ممثلة في المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية أو احد مؤسسات الدولة ومنها ما يدخل من اختصاص القضاء العادي اذا كانت المنازعات الناجمة على احدى المؤسسات العمومية الاقتصادية و التجارية و الصناعية لكن هذا لم يحقق الهدف بصفة مباشرة فالمشرع الجزائري اهتم بجواز وألوية اللجوء الى تسوية هذه النزاعات بطريقة الودية عن طريق أساليب وضحاها وأسهب في ذلك.

¹ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص193.

² خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بسكرة، 2004/2005، ص21.

بحيث تشكل على مستوى كل وزارة هيئة عمومية وكل والي لجنة للتسوية الودية حيث تستهدف هذه اللجنة البحث في المنازعات المتعلقة بصفقة بقصد ابراز ما قد يكون فيها من عناصر عادلة يمكن أن تساعد على ايجاد تسوية ودية ، وجاء ذلك في القسم الحادي عشر من الفصل الرابع من قانون الصفقات و تفويضات المرفق العام في المواد 153/155 بعنوان التسوية الودية للنزاعات . كما خصص هذا القانون في المادة 82 للطعون المنصبة على المنح المؤقت للصفقة والمادة 153 لآليات تسوية النزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقة⁽¹⁾.

الفرع الأول: حق الطعن في قرار المنح المؤقت

افادت المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تفويضات المرفق العام ب: >> المنح المؤقت للصفقة أو الغاءه او اعلان عدم جدوى او الغاء الاجراء ، في اطار طلب زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على عروض او اجراء التراضي بعد الاستشارة ، ان يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة << بهذا يمكن للمتعهد الذي يحتج على تصرف المصلحة المتعاقدة حول الاختيار والمنح المؤقت للصفقة أو الغاءه في اطار طلب العروض او اجراء التراضي بعد الاستشارة ، ان يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل اقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي او في الصحافة وتجسيدا لمبدأ الشفافية فإن قرار المنح المؤقت للصفقة يجب ان يتم عنه في الصحافة وفي نفس الجرائد التي تم اعلان الصفقة فيها سابقا مع تحديد سعر وأجال التنفيذ وكل العوامل التي سمحت باختياره.

ويجب على المتعهد عند تقديمه الطعن استقاء الشروط الشكلية و الموضوعية مع احترامه للأجال القانونية في ايداع الطعن امام الجهة المختصة [لجنة الصفقات المختصة مراعيًا في ذلك الاختصاص النوعي و الاقليمي بالعودة الى النصوص القانونية ، كما يتوجب عليه أيضا اثبات وجه خرق القانون، أو صورة التمييز بين المتنافسين.⁽²⁾

¹بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص47.

²بحري اسماعيل، مرجع سابق، ص48.

ومما لا شك فيه هو انه باللجوء الى الطعن الاداري المسبق لتسوية منازعات الصفقات العمومية وتقديمه امام اللجان المختصة هو امر يدعونا الى القول بان هذه اللجان لا تتحرك في هذا الاطار من تلقاء نفسها بل لابد من اخطارها عن طريق المتعهد المعني الذي قدم عطاءه واحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة في اطار ابرام صفقة عمومية ،وتحديدا لذلك فان هذا الطعن يرفع بشروط محددة قانونا امام هذه اللجان .من بينها الشروط المتعلقة بوثيقة الطعن، بحيث يجب ان يفرغ في الشكل المكتوب وان يحتوي على عرض الوقائع وتحديد

النصوص القانونية التي يستند عليها المتظلم في تحديد طلباته والاشارة الى القضاء في حالة عدم استجابة اللجنة لطلبه بتصحيح الخطاء سواء بتعويض الاضرار او بالتراجع عن القرار محل التظلم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: اجراءات ومواعيد التسوية الودية(الطعون).

باستقراء المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، يتبين بانه يشترط على الطاعن التقيد بمواعيد الطعن الواردة في النصوص القانونية المرتبطة بشرط ميعاد رفع الطعن امام اللجان المختصة والمحدد ب:10 ايام من تاريخ نشر اعلان المنح المؤقت للصفقة مع امكانية تمديد هذا الاجل في حالة مصادفة يوم العاشر مع يوم عطلة او راحة قانونية وهنا يرفع الطعن في يوم العمل الموالي. غير انه في حالات المسابقة او الاستشارة القانونية فان الطعن يقدم عند نهاية الاجراء .

وبالمقابل تصدر لجنة الصفقات رأيا في اجل 15يوما ابتداء من تاريخ انقضاء اجل 10 ايام حسب نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي (247/15) ويبلغ هذا الرأي الى كل من المصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن.

وحسنا فعل المشرع حين مكن الطرف المعني من رفع الأمر إلى اللجنة المختصة لدراسته، لأن هذا الإجراء يتماشى والقواعد المقررة في قانون الوقاية من الفساد سابق الإشارة إليها، خاصة تلك المنصوص عنها في المادة 9 منه، كما أن عرض الأمر على لجنة

¹برهان مسعودة: منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص21.

الصفقات يخدم سرعة البت في المنازعة خاصة وأن اللجنة التي ستفصل في الطعن مقيدة من حيث المدة.⁽¹⁾

المطلب الثاني : الرقابة القضائية واثرها في تسوية النزاعات في مرحلة الإبرام .

لعله من بين القواعد الإجرائية الجديدة التي حملها القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه خصص مادتين لمنازعات الصفقات أثناء مرحلة الإبرام.

فالمادة 946 من القانون المذكور أجازت للطرف المعني صاحب المصلحة رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية، في حال إخلال أحد الإدارات المتعاقدة بقواعد الإشهار و المنافسة، وكذلك يجوز للوالي رفع ذات الدعوى إن تعلق الأمر بمؤسسة محلية.⁽²⁾

وتعتبر التسوية القضائية الآلية الثانية لحل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، وغالبا ما يلجأ إليها بعد فشل محاولات التسوية الودية والوصول الى حل رضائي .

فنظم المشرع الجزائري الاختصاص القضائي للمنازعات الادارية عموما ، دون الاشارة صراحة للاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات العمومية ، حيث يتبين بالرجوع الى المادتين 800/2 و 801 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ان المشرع اعتمد المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي للمنازعات الادارية.⁽³⁾

ثم بالرجوع ايضا الى قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2000/05/08، وقضاء المحكمة العليا (الغرفة الادارية سابقا) فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 1990/01/13 في قضية (ب م ب) ضد وزير المالية ووالي ولاية المسيلة الذي جاء فيه ".....حيث انه نتيجة

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص322.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص323.

³ خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص3، د ت.

لذلك فان اخلال احد طرفي الصفة لا يمكن ان يعاقب عليه الا من قبل القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في مثل هذه الحالات " .

وجاء في المادة 801 ما يلي "تختص المحاكم الادارية كذلك بالفصل في :

1- دعاوى الغاء القرارات الادارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية

- البلدية والمصالح الادارية الاخرى للبلدية

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الادارية

2 - دعاوى القضاء الكامل.

3- القضايا المخول لها بموجب نصوص خاصة "(1)

اما عن اختصاص مجلس الدولة فان المادة 801 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تنص على انه يختص كدرجة اولى بالفصل في دعاوى الالغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الادارية الصادرة عن السلطات المركزية ، بالإضافة الى اختصاصه بالفصل في استئناف الاحكام والوامر الصادرة عن المحاكم الادارية وكذا بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في اخر درجة عن الجهات القضائية الادارية(2).

ومع ذلك تبقى إشكالية الاختصاص القضائي لمنازعات الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري مطروحة، على أساس أنه بتطبيق المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يمكن الجزم بأنها تندرج ضمن اختصاص القضاء الإداري وذلك لأن المشرع اعتمد المعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضائي للمنازعات الإدارية، وهذا ما أكدته مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/05/24 ملحق رقم 05147 المتعلق بالنزاع بين الوكالة الوطنية للسدود، ضد حميد انترناسيونال حيث أكد أن هذه الوكالة هي مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، وبالتالي لا ينعقد له الاختصاص بالفصل في المنازعة(3).

¹ نفس المجلة، ص4

² حسين بن شيخ آث ملوياً، شرح قانون الإجراءات الإدارية ، دار هومه، الجزائر ، 2013، ص172.

³ خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الفكر، مرجع سابق، ص4.

الفرع الثاني: اجراءات وواجه ممارسة الدعوى

ان اختصاص القضاء الاداري في مجال الصفقات العمومية يمكن رده الى نوعين اساسيين هما قضاء الالغاء والقضاء الكامل ، إضافة الى الاحكام الجديدة التي جاء بها قانون الاجراءات المدنية والادارية والمتعلقة بتدخل قاضي الاستعجال الاداري في مجال العقود والصفقات العمومية (1).

والبحث عن صور منازعات تكوين الصفقة العمومية يقودنا حتما للتطرق الى اوجه ممارسة الطعن ضد قرارات المصلحة المتعاقدة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد ، ولعل اهم قرار يصدر في هذا الاطار هو ذلك المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية والمتمثل في الاعلان عن المنح المؤقت للصفقة اي تخصيص هذه الاخيرة لمتعامل متعاقد معين بذاته وبالتالي فهذا القرار قد يكون محل طعن امام اللجنة المختصة ، كما قد ترفع بشأنه دعوى الالغاء ، اما اذا كان موضوع الدعوى هو طلب بطلان العقد برمته نظرا لوجود عيوب في تكوينه فنكون امام دعوى القضاء الكامل كما لا ننسى المجال الذي يتدخل فيه قاضي الاستعجال (2).

أولا/- قضاء الاستعجال:

أ/ دور القاضي الإداري في قضاء الاستعجال:

في دعوى القضاء المستعجل يوكل النظر لقاضي الاستعجال، ولا يمس بأصل الحق وانما يتخذ التدابير الاستعجالية والضرورية فقط ، إلا أنه في هذه الدعوى يفصل فيها بصفة استعجالية موضوعية (اي ينظر في الموضوع)، وهذا طبعا من خصائص دعوى الاستعجال. ففي التشريع الجزائري وفي اطار الجهود الرامية الى إضفاء الشفافية على ابرام الصفقات العمومية فقد تم وضع نصوص تسد هذا الفراغ وتعمل على تدعيم الشفافية ، اذ تسمح للقاضي الاستعجالي التدخل قصد تأجيل ابرام الصفقات في الحالات التي لم تحترم فيها الاجراءات المسبقة المتعلقة بإجراءات الاشهار والمنافسة وقد روعيت المصلحة العامة وعدم عرقلة الادارة في نشاطاتها .

¹ خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مجلة الفكر، مرجع سابق، ص4

² بحري اسماعيل ، مرجع سابق، ص51.

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفة العمومية

فجاءت المادتان 946 و 947 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08 ونصتا على كيفية تسوية وحل النزاعات التي تثور بالنسبة لاجراء الاشهار ودون فتح المجال للمنافسة لاعتبارات موضوعية

فباستقراء المادة 946 نجد انها منحت ثلاث سلطات للقاضي الاستعجالي في حالة الاخلال بالتزامات الاشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية ابرام العقود والصفقات العمومية منها:

- سلطة توجيه الادارة والامتنال لالتزاماتها، بمعنى سلطة الأمر injonction

– سلطة القاضي في فرض الغرامة التهديدية التي اقرها المشرع في المواد 980 الى 986 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية والإدارية المتمثلة في «مبلغ مالي يوقعه القاضي الاداري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي ، بناء على طلب الدائن»⁽¹⁾

- تأجيل امضاء الصفة . حسب الفقرة 06 من المادة 946 الى غاية نهاية الاجراءات لمدة لا تتجاوز 20 يوم.⁽²⁾ بمعنى سلطة الوقف suspension

وهذا التأجيل يعد وسيلة ضغط على الادارة لتفي بالتزاماتها وهي سلطة خطيرة تشمل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد ولعدم تعطيل المصلحة العامة تفصل المحكمة في اجل 20 يوم من تاريخ اخطارها بالطلبات المقدمة لها وهذا حسب ما جاء في المادة 947 من ق ا م ا بقولها "تفصل المحكمة الادارية في اجل 20 يوم تسري من تاريخ اخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 اعلاه"⁽³⁾.

ب/ الأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى الاستعجال:

من خلال أحكام المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية في الفقرة 2، نستخلص أن الأشخاص الذين لهم الحق في إخطار المحكمة الإدارية هم:

1- كل من له المصلحة في ابرام العقد والذي قد تضرر من الإخلال:

والمصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، فهذه المنفعة تشكل الدافع وراء الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى بدون مصلحة،

¹ أنظر المادتين 946 و 947 من القانون (09/08) المتضمن ق ا م ا

² خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص4

³ برهان مسعودة، مرجع سابق، ص24

الفصل الأول : الضمانات أثناء تكوين الصفقة العمومية

والمصلحة قد تكون (قائمة أو محتملة). فالقائمة هي حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر.

أما المحتملة فتكون، إذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، يقال بأن المصلحة محتملة فقد تولد مستقبلاً كما قد لا تولد أبداً.

أما الضرر فهو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ما أساساً يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه.

2- الوالي:

جاء في المادة 2/946 من ق إ م إ على أنه " يتم إخطار قاضي الاستعجال من طرف ممثل الدولة على مستوى الولاية " هذا من جهة، والمادة 110 من قانون 07-12 المؤرخ في 2012/02/21 المتعلق بالولاية التي نصت على أن " الوالي ممثل الدولة على مستوى الولاية وهو مفوض الحكومة. " من جهة أخرى ، نستنتج أن الوالي هو من له الحق في إخطار قاضي الاستعجال الإداري في حالة إخلال جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. ⁽¹⁾

*وتبعاً لما سبق نجد هناك أشكال يطرح نفسه وهو :

ما هو الهدف من ادراج منازعات مرحلة الإبرام ضمن قضاء الاستعجال ؟
لأنها منازعات موضوعية تتعلق بإجراءات الإبرام على أن يتم الفصل فيها بسرعة ، وذلك لا اعتبارات منها:

- المحافظة على المال العام.
- المحافظة على الوقت.
- المحافظة على أهمية موضوع مشروع الصفقة العمومية.

ثانياً/- قضاء الإلغاء:

¹برهان مسعودة، مرجع سابق، ص25

تشمل هذه الدعوى المرفوعة من طرف المتعهد الطاعن في هذا الصدد كل القرارات الادارية المتخذة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد والقابلة للفصل والمتعلقة بعمليات واجراءات تحضير ابرام وانعقاد العقود الادارية اجمالا اي كل القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة ، كالقرار الصادر بوضع شروط طلب العروض والاستشارة الانتقائية وقرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والبت بإرساء الصفقة وحتى القرار الصادر بالتوقيع على العقد يمكن الطعن فيه بالإلغاء ، علما ان صاحب الدعوى لا يسمح له بان يبني طعنه على حقوق شخصية ، فهو لن يستطيع ان يدافع عن مركز قانوني ذاتي بدعوى الالغاء انما يجب ان يبني طعنه على اساس ان القرار المنفصل قد خالف القواعد القانونية القائمة وذلك لان الطعن بالإلغاء طعن موضوعي لا يحمي سوى المراكز القانونية الموضوعية التي يستمدّها الشخص من القانون مباشرة .⁽¹⁾

تنويه: إن القرارات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية – وهي في حقيقتها ليست قرارات إدارية – وإنما هي إجراءات تتخذها الجهة الإدارية في منطقة العقد أثناء سريانه

كما أن أعمال التنفيذ في غالبيتها متصلة بالعقد وغير قابلة للفصل، وكذلك الحال بالنسبة للمتعامل المتعاقد مع الإدارة فإذا كان يستطيع أن يستعمل الطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة انعقاد العقد ويؤسسه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية، فإن الوضع يختلف تماما لأن كل أعمال التنفيذ التي تكون له مصلحة في الطعن فيها إنما تخالف الشروط العقدية، ومخالفة العقد لا يمكن أن يبني عليه الطعن بالإلغاء.⁽²⁾

ج-/- القضاء الكامل:

دعوى التعويض من اهم دعاوى القضاء الكامل وقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 801 إذ هي الدعوى التي يلجأ إليها غالبا لحل منازعات الصفقات العمومية قضائيا، و يظهر جليا بأن دعوى القضاء الكامل تمارس أكثر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية لأن مناطها هو العقد، بينما دعوى الإلغاء تمارس في جميع المراحل التي

¹ بحري اسماعيل ، مرجع سابق ، ص52.

² خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص5.

تمر بها الصفقة لأن محلها هو القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة و بالتالي تكون طرفا فيها.

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

و يفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود و الضوابط المقررة في الفصل في الطلبات المستعجلة ولا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل و بين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار إداري و إنما ينبثق عن رابطة عقدية، ويدخل في منطقة العقد و تقوم له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء.⁽¹⁾

وتتخذ دعاوى القضاء الكامل صور متعددة نذكر منها:

1- دعوى الحصول على مبالغ مالية:

سواء كانت هذه المبالغ في صور ثمن أو أجر متفق عليه في العقد، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأي سبب من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى الحكم بالتعويض، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري في الكثير من قراراته، من بينها قضية المعهد الوطني للوقود والكيمياء ضد مكتب الدراسات العمرانية ببرج منايل في 1999/05/03.

2- المنازعات المتعلقة بفسخ الصفقة:

سواء كانت هذه المنازعة في شكل دعوى الفسخ التي يرفعها المتعامل المتعاقد مع الإدارة ضدها في حالة قيامها بتعديل أحد بنود الصفقة، بشكل يؤدي إلى زيادة معتبرة في التزاماته ذلك أن المتعامل المتعاقد له أن يطلب بفسخ الصفقة مع الإدارة في حدود معينة، ودعواه في هذا الصدد تندرج ضمن القضاء الكامل، أو منازعة المتعامل المتعاقد للإدارة في حالة قيامها بالفسخ بإرادتها المنفردة، حيث أن قانون الصفقات العمومية سمح للمصلحة المتعاقدة بذلك

¹.بحري اسماعيل ، مرجع سابق، ص52

دون المتعامل المتعاقد في المادة 149 من المرسوم الرئاسي (247/15) والتي جاء مضمونها بـ " إذا لم ينفذ المتعاقد بالتزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد " وعليه فإذا رأى المتعامل المتعاقد أن قرار الفسخ بالإرادة المنفردة لم يكن مبررا، يمكن له أن ينازع الإدارة في ذلك أمام القضاء.⁽¹⁾

¹ خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص5