

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أعمال

بغـوان

آليات تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

تحت إشراف الأستاذ

خضري حمزة

من إعداد الطالب

دمبري خليفة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

الأستاذ..... أستاذ التعليم العالي جامعة

مقررا

الأستاذ..... جامعة محمد بوضياف المسيلة

عضوا

الأستاذ..... جامعة محمد بوضياف المسيلة

السنة الجامعية: 2014/ 2015

شكر وإمتنان

ليس أحق في هذا المقام بالشكر من الله والوالدين مصداقا لقوله تعالى
>>.. أن اشكر لي و لوالديك إلى المصير...<< لقمان الآية 14

فأقول

ملئ الفؤاد أول حمد خالقي حمدا يترجم ما يجيش بخافقي.
لولاه ماخطت يميني صفحة ولما أستوى قلمي أرسل ناطقي.
فله المحامد كلها عد الحصى ما انفلق صبح أو أتى من غاسق.

كما أرفع آيات الشكر والإمتنان

إلى من حملتني وهنا على وهن ورافقتني في كل مراحل حياتي بكل ود وحنان أمي
الحنون.

إلى من رباني على حب الله والعلم والعمل وكان لي سراجا أنار درب حياتي للمضي
قدما أبي الغالي.

وإلى من كان أشرف ناصح وموجه حتى إستقامت بعد ذلك أوراقي

وأخص بالذكر

أستاذي المشرف-خضري حمزة-

إلى كل أستاذة كلية الحقوق بجامعة المسيلة، وإلى كل زميلاتي وزملائي في العمل،
بالصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، وكالة المسيلة.

دمبري خليفة

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أخواتي وإخوتي

محمد، سمير، حسان ، عبد المالك ، وإلى روح أخي الحسين رحمه الله.

وإلى أبناءهم

إكرام ، هاجر، إناس، دعاء ، سناء ، حسين ، سرين.

دمبري خليفة

حققة

مقدمة

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق الخدمة العمومية، إذ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية، كما تعتبر النظام الأفضل لاستغلال الأموال العمومية، خاصة في ظل الإقتصاد الوطني على زيادة النفقات من أجل تنشيط العجلة التنموية للبلاد.

إستوجبت المعطيات ومقتضيات المصلحة العامة إصدار نصوص تنظيمية كان أولها الأمر رقم 67-90 وفي محاولة من المشرع لتفادي النقص الوارد به وتماشيا مع التيار الإشتراكي لجأ إلى إصدار المرسوم رقم 82-145 كما وجد المشرع نفسه مضطرا إلى مسايرة التطورات الإقتصادية الحاصلة فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 91-434 ثم إصدار المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 ، وبالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 نتيجة التغيرات والمستجدات الطارئة التي فرضت إيجاد الحلول التي واجهت الأطراف المتعاقدة في ظل سريان النصوص السابقة.

ورغم التعديلات التي قام بها المشرع لتفادي النقص الحاصل والتناقض الموجود إلا أنها لم تحقق الغرض المنتظر منها، مما أدى به إلى إلغاء النصوص السابقة بإصدار المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

يظهر حرص المشرع الجزائري واضحا على توفير منظومة قانونية متكاملة تحكم العمل التعاقدى بمختلف أشكاله وأنواعه، ففقد الوسائل التي يتم بها هذا التعاقد وأعطى من الإمتيازات ما يخدم المصلحة العامة، لكن لن تصل هذه النصوص إلى جوهرها ولن تبلغ مبتغاها في وجود الفساد.

ويعتبر الفساد من أكبر المشاكل التي تواجه الدول والعقبة الرئيسية أمام الإصلاح والتنمية والإستثمار، ورغم تعدد الفساد وصوره تعتبر الصفقات العمومية أكثر المجالات عرضة لهذه الظاهرة.

نظرا لحجم الفضائح الاقتصادية التي كانت ولا زالت في تصاعد من سنة لأخرى وبسببه ضيعت الملايير من الدولارات ومئات الملايير من الدينارات على وقع سلسلة من الفضائح التي طالت الإقتصاد الوطني، وهو الأمر الذي جعل الشبهات تحوم بصفة رئيسية حول كيفية منح هذه الصفقات فأصبح العام والخاص متيقنا بأن إبرام الصفقات لا يتم إلا بموجب صفقات باطنية تبرم في الكواليس وما هو ظاهر يعد سوى تمثيل شكلي لا غير، مما يجعل الكثير من ذوي النفوس المؤمنة والنزيهة تعزف عن الدخول في المنافسات الشكلية ووجود الفساد في هذا المجال الحساس يعد أمرا خطيرا، مما أستدعي مراجعة مجموعة من التدابير وكان من أهمها مراجعة الآليات التي يجب أن تركز مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، للتقليل من فرص الفساد حتى يمكن للدولة من تحقيق بيئة إقتصادية قوية مبنية على السير الحسن والشفاف لكل القطاعات.

ونظرا للاهتمام المتزايد بأعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود ارادة سياسية تهدف إلى تفعيل أليات إقتصاد السوق والحرية الإقتصادية ومن ثمة إلزام المتعامل العمومي بإحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية، خاصة تحت ضغط الإلتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في الميدان الإقتصادي خاصة بعد المصادقة على إتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوربي كذا سعيها الحثيث للإلتزام للمنظمة العالمية للتجارة (OMC)، إذ سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني للصفقات العمومية عبر العديد من التنظيمات المتعاقبة وهذا بالإعتماد على مبادئ المساواة بين المتعاملين وحرية الوصول إلى الصفقات العمومية، خاصة في ظل قانون المنافسة 08-12، إلا أن هذا الإفتتاح على حرية المنافسة أصطدم مع القطاع الخاص الجزائري الهش الذي تسعى إلى تطويره وإعادة هيكلته للنهوض بالإنتاج الوطني وحمائته من المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب خاصة، مما دفع بالمشروع لإدراج بعض الأحكام التي تعد إستثناءا على المبادئ المذكورة والتي قد تؤدي إلى تقليص حظوظ المتعاملين الأجانب في الوصول للصفقات العمومية والتي زادت حدتها مع صدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236.¹

¹ - صالح زمال، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية.

أهمية الموضوع:

إذا كان موضوع قانون الصفقات العمومية بصفة عامة على هذا القدر من الأهمية فإن أهم ما فيه هو آليات تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية حيث يرتبط مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية مباشرة بحماية مبدأ دستوري ألا وهو مبدأ المساواة أمام القانون ذلك أن الإعلان عن إبرام الصفقات العمومية بالوسائل القانونية يتيح لكل المتعاملين الراغبين في التعاقد مع الإدارة الحصول على المعلومات المتعلقة بإبرام هذا النوع من العقود الإدارية وهو ما يعتبر تجسيدا لمبدأ دستوري (المساواة أمام القانون).

وتتجلى كذلك أهمية هذا الموضوع في ارتباط مبدأ المنافسة بحماية المال العام كون أن الإعلان عن إبرام الصفقات العمومية يجلب للمصالح المتعاقدة عروض من عدة متعاملين وبذلك يتيح لها فرصة إختيار العرض الأفضل من الناحية المالية والتقنية وهو ما يجسد الحماية القانونية للمال العام.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع ببيان مدى إستجابة المنظومة القانونية الجزائرية بالإلتزام بما تفرضه الهيئات الإقتصادية الدولية كالمنظمة العالمية للتجارة وهو ما يعزز فرصة الإنضمام لها الذي يعتبر من رهانات الدولة الجزائرية.

إشكالية البحث:

إنطلاقا من الدراسة التي قمنا بها بالتعرض لأهم المظاهر التي يمكن أن نطبق فيها مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية وكذا التعرض إلى مختلف صور الجرائم التي يمكن أن تنصب على هذا المبدأ مبينا في ذلك الآليات التي رصدها المشرع الجزائري للوقاية من هذه الجرائم ومكافحتها.

يظهر لنا جليا أن المشرع قد إنتهج سياسة ومنظومة قانونية جديدة في مجال الصفقات العمومية والغرض من ذلك هو منع الممارسات الفاسدة التي تمس بنزاهة وثقة المتعاملين مع الإدارة أثناء إبرام الصفقات العمومية وإضفاء طابع الشفافية ومبدأ المساواة أمام القانون.

وانطلاقا من هذه المعطيات فإن الإشكالية الرئيسية لهذا البحث تتمثل في مايلي:

- ما مدى التزام المشرع الجزائري بتكريس الآليات التي من شأنها حماية تطبيق مبدأ المنافسة في إطار الصفقات العمومية؟ ومن ثم يمكن بلورة هذه الإشكالية في التساؤلات التالية:

- ماهي الآليات التي تجسد تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

- ماهي الحالات التي يتسع فيها تكريس هذا المبدأ؟

- ماهي الحالات التي يضيق فيها اعتماد هذا المبدأ؟

- ماهي أهم المعوقات التي تنصب على هذا المبدأ؟

أسباب اختيار الموضوع:

من المتعارف عليه في البحث العلمي أن الأسباب التي تدفع الباحث إلى إختيار موضوع معين متنوعة بين ذاتية وأخرى موضوعية، بل أن هناك جوانب مختلفة تتحكم في عملية الإختيار، أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة الشخصية الملحة في معالجة هذا الموضوع ودراسته للإحتكاك المباشر بموضوع الصفقات العمومية في المكان المهني وهو ما جعلني شديد بهذا الموضوع بصفة مضطردة.

- أما من الناحية الموضوعية، فأغلبها تتلخص فيما يطرحه الموضوع من إشكاليات قانونية أحاول طرحها والإجابة عليها، والتي تشكل سبب في إختيار الموضوع بالإضافة إلى فقر المكتبة القانونية الجزائرية لدراسات نوعية في هذا الموضوع لذلك يأتي إعداد هذه الدراسة في إطار محاولة إثراء المكتبة القانونية الجزائرية بهذه الدراسة لعلها تكون قاعدة لإعداد أبحاث أخرى في هذا الموضوع.

الدراسات السابقة:

1- الشريف بن ناجي، تطور قانون الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون سنة 1991، كلية الحقوق بن عكنون -جامعة الجزائر.

2- طلاش خليفة، إصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر، نظام الرقابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع الدولة والمؤسسات العمومية - كلية

الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2012-2013 .

- 3-مانع عبد اللطيف، طرق إبرام الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
- 4-خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2004-2005.
- 5-بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.
- 6-عياد دلال، المؤسسة الصغيرة الخاصة في قانون الصفقات العمومية الجديد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
- 7-قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2002.

صعوبات البحث:

أما بخصوص صعوبات البحث ترجع في الأساس إلى المشقة في تجميع المراجع المتعلقة ببعض المواضيع والأفكار، بالإضافة إلى كثرة بعض المراجع في بعض جوانب الدراسة مقابل قلتها في جوانب أخرى، بالإضافة إلى قلة المراجع المتخصصة التي تتناول أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته نظرا لحدثة القانون، ناهيك عن قلة المراجع المفصلة لأحكام قانون الصفقات العمومية وبالأخص ما يتعلق بمبدأ المنافسة وهي جل الصعوبات التي والحمد لله تم التغلب عليها بهدف الوصول إلى دراسة شاملة حول الموضوع.

المنهج المعتمد:

أستخدم خلال هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية سواء بصفة مباشرة (أي في إطار الصفقات العمومية) أو بصفة غير مباشرة أي في إطار القوانين ذات الصلة بإبرامها.

كما أستخدم في هذه الدراسة أيضا المنهج المقارن بالعينات بينما هو قائم في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية الرئيسية للموضوع، وما ينبثق عنه من إشكاليات فرعية قمنا بتقسيم البحث إلى مقدمة ومبحث تمهيدي وفصلين وخاتمة.

خصصنا في **المبحث التمهيدي** الإطار المفاهيمي للصفات العمومية وذلك بتقسيمه إلى مطلبين:

تطرقنا في **المطلب الأول**: إلى الإطار المفاهيمي للصفات العمومية من تعريف للصفات العمومية إلى تطور نظام الصفات ثم إلى مصادر هذه الصفات العمومية، كما بينا في **المطلب الثاني**: الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة من مفهوم مبدأ المنافسة إلى الأعمال المنافسة لهذا المبدأ إلى أهداف وحدود المنافسة.

أما في **الفصل الأول**: تطرقنا إلى مظاهر تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفات العمومية وقسمناه إلى مبحثين.

في حين بينا في **المبحث الأول**: المناقصة كمظهر من مظاهر تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفات العمومية وفي **المطلب الأول**: مفهوم المناقصة.

أما في **المطلب الثاني**: من هذا الفصل تناولنا إجراءات المناقصة في حين بينا في **المبحث الثاني**: التراضي كمظهر من المظاهر التي يضيق تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفات العمومية حيث تناولنا في **المطلب الأول**: التراضي البسيط وفي **المطلب الثاني**: تناولنا التراضي بعد الإستشارة.

كما تطرقنا في **الفصل الثاني** إلى معوقات مبدأ المنافسة في مجال الصفات العمومية حيث قسمنا هذا الأخير إلى مبحثين.

تناولنا في **المبحث الأول**: المعوقات القانونية وقسمناه إلى **مطلبين الأول**: هامش الأفضلية للمنتوج الوطني وفي **المطلب الثاني**: حق الإدارة في الإقصاء والإستعلام لبعض المتعاملين المتعاقدين وفي **المبحث الثاني** تناولنا فيه المعوقات الغير قانونية وقسمناه إلى 03 مطالب، **المطلب الأول** جريمة المحاباة، **المطلب الثاني**: إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة **المطلب الثالث**: الرشوة في مجال الصفقات العمومية. لننهي البحث بخاتمة تتضمن عرضا موجزا لما إحتوت عليه المذكرة من أفكار وما تم إستخلاصه من نتائج من خلال عملية البحث.

المبحث التمهيدي

الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية ومبدأ المنافسة

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية

الفرع الثاني: تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر

الفرع الثالث: مصادر الصفقات العمومية

المطلب الثاني: الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المنافسة

الفرع الثاني: الأعمال المنافسة لمبدأ المنافسة

الفرع الثالث: أهداف المنافسة وحدودها

يعتبر مبدأ المنافسة من المبادئ الهامة التي تقوم عليه عملية إبرام الصفقات العمومية¹ وعليه فإن المتغيرين الأساسيين اللذين تقوم عليهما هذه الدراسة يتمثلان في الصفقات العمومية ومبدأ المنافسة، ومن ثمة سنتناول في هذا المبحث التمهيدي الإطار المفاهيمي للصفات العمومية في المطلب الأول والإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للصفات العمومية

لا يمكن أن يتحدد مفهوم الصفقات العمومية بصورة واضحة إلا من خلال التطرق إلى تعريفها في الفرع الأول ثم إلى تطورها التاريخي في الفرع الثاني وأخيرا ببيان مصادرها في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية

جرح الكثير من الفقهاء في تعريفهم للصفات العمومية إلى اعتماد معايير متعددة، منها معيار مصدر التعريف الذي يترتب عليه وجود تعريف تشريعي وآخر قضائي وثالث فقهي² إلا أننا سنعتمد معيار مختلفا في تعريف الصفة العمومية حيث أننا سنقدم تعريفها وفقا للمعيار العضوي أولا، ثم تعريفها طبقا للمعيار الموضوعي ثانيا وأخيرا تعريفها إنطلاقا من المعيار المالي ثالثا.

أولا- المعيار العضوي:

تعرف الصفقات العمومية إنطلاقا من المعيار العضوي على أنها عقود مكتوبة تبرمها الدولة والإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي

¹ - حمزة خضري، الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، بحث مقدم بمناسبة الملتقى الوطني الأول

حول نظام الصفقات العمومية، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي، تمناست، فيفري 2014، ص3.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم

والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 33.

والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة¹.

وعليه نلاحظ أن تعريف الصفات العمومية إنطلاقاً من المعيار العضوي، يستند على الطرف الأساسي الذي يتولى إبرام الصفقة والذي يطلق عليه في مفهوم تنظيم الصفات العمومية المصلحة المتعاقدة.

يعاب على هذا المعيار أن المشرع تذبذب في تحديد الهيئات التي تخضع في إبرام عقودها إلى قانون الصفات العمومية عبر مختلف النصوص التي أصدرها من الإستقلال إلى يومنا هذا، حيث يلاحظ في المادة الأولى من الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967 والمتضمن قانون الصفات العمومية²، وكذا في المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفات التي يبرمها المتعامل العمومي³، أن المشرع قد أخضع كل الهيئات التابعة للدولة إلى قانون الصفات العمومية بغض النظر عن طبيعتها، سواء كانت مؤسسة إدارية أو صناعية وهذا راجع في تقديرنا إلى طبيعة النظام الإقتصادي المعتمد آنذاك وهو النظام الإشتراكي القائم على تبعية كل المؤسسات للإدارة⁴، إلا أنه وبالنظر إلى المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفات العمومية⁵، نجد أن المشرع إستبعد صراحة في المادة الثانية منه المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية التجارية من نطاق تطبيق قانون الصفات العمومية وهذا راجع في تقديرنا إلى تأثير صدور القانون

1 - المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المؤرخ في 10 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 58، لسنة 2010.

2 - الجريدة الرسمية، عدد 52، لسنة 1967.

3 - الجريدة الرسمية، عدد 15، لسنة 1982.

4 - حمزة خضري، منازعات الصفات العمومية في التشريع الجزائري، (رسالة ماجستير)، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، جوان 2005، ص 18.

5 - الجريدة الرسمية، عدد 57، لسنة 1991.

التوجيهي 01/88 المتعلق بالمؤسسات العمومية الإقتصادية والذي نص صراحة في المادة 59 منه على خضوع عقود هذا النوع من المؤسسات إلى أحكام القانون التجاري.

ورجع المشرع إلى التذبذب من جديد بمناسبة صدور المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 11/09/2003 وبالمرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية إلى إخضاع المؤسسات العمومية الإقتصادية الصناعية والتجارية إلى قانون الصفقات العمومية متى كانت الصفقة ممولة كلياً أو جزئياً بميزانية الدولة وهو نفس الأمر المعتمد في تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول والصادر بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18/01/2012 والمرسوم الرئاسي رقم 03/13 المؤرخ في 13/01/2013.¹

إن الإنتقاد الثاني الذي وجه لتعريف الصفقات العمومية إنطلاقاً من المعيار العضوي يتمثل في المقارنة التي يربتها إخضاع المؤسسات العمومية الإقتصادية الصناعية والتجارية إلى قانون الصفقات العمومية على مستوى الإختصاص لمنازعات هذا النوع من العقود، إذ أن تطبيق المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية مع المادتين 800 و801 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، يربط إختصاصاً مزدوجاً لمنازعات الصفقات العمومية، حيث أن منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية الإدارية تخضع لإختصاص القضاء الإداري، في حين أن منازعات الصفقات التي تبرمها المؤسسات العمومية الإقتصادية الصناعية والتجارية تخضع لإختصاص القضاء العادي هي وضعية غير منطقية في تقديرنا³.

1 - الجريدة الرسمية، عدد 02، لسنة 2013.

2 - الجريدة الرسمية، عدد 13، لسنة 2008.

3 - حمزة خضري، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 19.

إذ أن المنازعات تبرم في ظل تطبيق قانون واحد تخضع لإختصاص قضائيين مختلفين إختلافا جذريا زيادة على أن إخضاع المؤسسات العمومية الإقتصادية الصناعية والتجارية إلى قانون الصفقات العمومية مع إشتراط التمويل الكلي أو الجزئي بميزانية الدولة، هو إخضاع شكلي، حيث لا نتصور عقب الإصلاحات التي عرفتھا المؤسسة العمومية في الجزائر أن تتلقى تمويلا من الحكومة، لذلك نرى أن من الضروري الإستبعاد الكلي للمؤسسات العمومية الإقتصادية من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية حتى يتسنى لنا معالجة الأوضاع السابقة.

ثانيا/ المعيار الموضوعي:

يقوم هذا المعيار في تعريفه للصفقات العمومية على تحديد موضوعها، وبذلك تعتبر صفقات عمومية الصفقات التي تتضمن القيام بأشغال عامة أو إقتناء لوازم أو تقديم خدمات أو دراسات لحساب المصالح المتعاقدة المذكورة في المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية هذا ما نصت عليه المادة الرابعة منه والتي جاء فيها مايلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة " ومع ذلك لا يمكن الجزم بأن إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم وتقديم الخدمات هي العمليات الوحيدة التي تشكل موضوع الصفقات العمومية، ذلك أنه بالرجوع لقوانين الصفقات العمومية الجزائرية والصادرة في مراحل إقتصادية وسياسية مختلفة نلاحظ أن المشرع لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى نكون من حيث موضوع العقد أمام صفقة عمومية فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية أحيانا ويضيق أحيانا أخرى¹.

ثالثا / المعيار المالي:

لا تعتبر كل العقود التي تبرمها المصالح المتعاقدة المذكورة في المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية لاسيما الدولة والهيئات التابعة لها صفقات بالمعنى القانوني للكلمة حسب

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 62.

المعيار المالي الذي يترتب عليه إعتبار العقود التي يساوي مبلغها ثمانية ملايين دينار جزائري أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار جزائري لخدمات الدراسات أو الخدمات هي فقط من تعتبر صفقات عمومية وهذا ما نصت عليه المادة السادسة من قانون الصفقات العمومية في فقرتها الأولى والتي جاء فيها مايلي: " كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار جزائري (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار جزائري (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم".

خلاصة ما تقدم أن تعريف الصفقات العمومية لا يكتمل إلا بتوافر التعريفات المذكورة في المعايير الثلاث: العضوي والموضوعي والمالي وعندئذ يمكن القول أن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة والإدارة العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وتلك التي تكتسب طابع تقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري متى كانت الصفقة ممولة بميزانية الدولة كليا أو جزئيا والتي تبرم من أجل إنجاز الأشغال أو إقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة مع مراعاة العتبة المالية الدنيا المذكورة في المادة 06 فقرة 01 من قانون الصفقات العمومية و التي تقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم التنظيم والتشريع المعمول بهما.

الفرع الثاني: تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر

يقتضي بيان تطور قانون الصفقات العمومية في الجزائر التطرق إلى نظام الصفقات العمومية أثناء الفترة الإستعمارية أولا ثم نظام الصفقات العمومية خلال المرحلة الإنتقالية 1962-1967 ثانيا ومرحلة سريان نظام الصفقات العمومية الجزائري ثالثا.

أولاً/ نظام الصفقات العمومية أثناء الفترة الإستعمارية:

خضعت الجزائر إلى الاستعمار الفرنسي منذ 1830 الى غاية 1962، أي لمدة تفوق القرن والنصف، عملت الجزائر أثناءها كولاية من الولايات الفرنسية تحت شعار "الجزائر الفرنسية" وبالتالي كانت الصفقات العمومية التي تبرم في الجزائر تخضع أحيانا لقانون الصفقات العمومية الفرنسي وأحيانا أخرى إلى بعض النصوص الخاصة بالجزائر التي كانت تصدر عن السلطات الفرنسية ومن الأمثلة على ذلك:

- المرسوم الصادر في 30 أكتوبر، المتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات العمومية.
- المرسوم رقم 496/54 المؤرخ في 11 جوان 1954 المتعلق بالإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة والقرار التنظيمي المتعلق به الصادر في 11 جوان 1954.

- المرسوم رقم 256/56 المؤرخ في 13 مارس 1956، المتعلق بقواعد إبرام صفقات الدولة.
- المرسوم رقم 224/57 المؤرخ في 08 جانفي 1957 المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.
- المرسوم رقم 1015/57 المتعلق بمراقبة الصفقات المبرمة باسم الدولة¹.

ثانيا / نظام الصفقات العمومية أثناء الفترة الإنتقالية 1962-1967:

على الرغم من أن المشرع الجزائري إضطر غداة الإستقلال إلى تمديد تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر إلا ما كان يتعارض مع السيادة الوطنية، إلا أن هذا لم يمنع من إصدار بعض التنظيمات نذكر منها على سبيل المثال المرسوم رقم 60/64 المؤرخ في 10 فبراير 1964 المتعلق بالتسبيقات الإستثنائية في الصفقات والمرسوم رقم 103/64 المؤرخ في 26 مارس 1964 المتضمن إحداث اللجنة المركزية للصفات وكذا المرسوم رقم 278/64 المؤرخ في 04/09/1964 والمتعلق أيضا بالتسبيقات الإستثنائية.

والقرار المؤرخ في 21/11/1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل².

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 11-12.

² - المرجع نفسه، ص 13.

ثالثا: مرحلة بداية التشريع الوطني:

يعتبر الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 أول نص قانوني مستقل ينظم الصفقات العمومية في الجزائر والذي صدر في ظل النظام الإشتراكي الهادف أساسا إلى حماية الإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية، لذلك كان الإعتماد على الصفقات العمومية كآلية وأداة لتنفيذ المخطط الوطني في إطار سياسة التخطيط الإقتصادي المتمثل في المخططات الثلاثية والرباعية والخماسية في فترة السبعينات من القرن الماضي¹.

وقد تميز الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 بإعتماد المنافسة كأساس عام لإبرام الصفقات العمومية دون أن يعني ذلك إقصاء إجراء التفاوض مع المترشح، ذلك أنه في بعض الأحيان تكون المنافسة غير مجدية وغير محققة للأهداف المرجوة وبالتالي تلجا الإدارة المتعاقدة للتفاوض للحصول على أفضل خدمة²، ومع ذلك فإن السماح بالتفاوض في إطار هذا القانون كان بشكل محدود إذ سمح القانون للإدارة بإبرام الصفقات خارج إطار المنافسة بكيفيات وفي حالات معينة على سبيل الحصر.

إستمر تطبيق الأمر 90/67 المؤرخ في 17/06/1967 إلى غاية 1982 هي السنة التي عرفت صدور المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي والذي تميز بملاحظة سجلها الأستاذ بناجي الشريف في مرجعه تطور النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر والمتمثلة في التقسيم المتميز الذي إعتمده المشرع في هذا النص القانوني، إذ أنه تناول الكيفيات والإجراءات في الباب الثالث من هذا القانون مميّزا بين كيفيات الإبرام في القسم الأول وإجراءات الإبرام في القسم الثالث حيث أن القسم الأول المعنون بكيفيات الإبرام والمكون من 09 مواد هي المواد من 26 إلى 34 تضمن

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية - معيار العقد الإداري -، أنواع العقود الإدارية، المناقصة، التراضي، لجان الصفقات العمومية سلطات المصلحة المتعاقدة، حقوق المتعامل المتعاقد، التوازن المالي للعقد الإداري، منازعات الصفقات العمومية، فسخ العقد الإداري -، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص 7-8.

² - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008 ص 05.

عبارة (الإجراء) وعلى العكس من ذلك نجد أن القسم الثالث المعنون بالإجراءات والمكون من المواد 41 الى 51 يستعمل عبارة (كيفية الإبرام) وهو ما جعل الأستاذ بالناجي الشريف يعتبر ذلك خلطا في استخدام المفاهيم¹.

وقد تميز المرسوم 145/82 بتكريسه لكيفيتين فقط لإبرام الصفقات التي يتولها المتعامل العمومي وهي التراضي والدعوة للمنافسة مع الإشارة إلى أن المشرع في هذا النص أدرج الإستشارة في كيفية التراضي وقسم الدعوى للمنافسة إلى أشكال متعددة هي الدعوى للمنافسة المفتوحة والدعوى للمنافسة المقيدة والإستشارة الإنتقائية والمناقصة والمساابقة واستبعد إجراء طلب العروض الذي يعتبر في فرنسا من بين أهم الإجراءات المستخدمة في إبرام الصفقات العمومية بعد أن تراجعت المناقصة كإجراء شكلي تقليدي تاركة مكانها لكيفية طلب العروض التي ألغاهها تماما قانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة 1982²، صدر سنة 1988 القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12/01/1988 المعدل والمتمم للقانون التجاري والذي تضمن النص إلى إخضاع المؤسسات العمومية الإقتصادية للقانون التجاري مما أدى إلى توسيع إختصاص الأقسام التجارية على مستوى القضاء³، مما حتم على المشرع الجزائري مراجعة قانون الصفقات العمومية، وهو ما حدث فعلا حيث أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 والذي تميز بخاصية إستبعاد المؤسسات العمومية الإقتصادية الصناعية والتجارية من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية تماشيا مع الوضع الجديد الذي فرضه تعديل القانون التجاري لسنة 1988، والذي نص على خضوع المؤسسات العمومية الإقتصادية إلى أحكامه، كما تميز المرسوم التنفيذي رقم 434/91 بخصوصية الشكل الذي صدر فيه وهو المرسوم التنفيذي على خلاف قانون 67 الذي صدر في شكل أمر وقانون 82 الذي صدر في

1 - قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 69.

2 - مرجع نفسه، ص 72-73.

3 - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبعة معدلة ومنقحة وفقا لأحداث التشريعات والقرارات القضائية، الطبعة الثانية، دار جسر للنشر والتوزيع، 2007، ص 325، أنظر أيضا محمد براهيم، الوجيز في الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، الجزائر، ص 115.

شكل مرسوم وهو ما دفع بالبعض من فقهاء قانون الصفقات العمومية الجزائري بوصف هذا القانون بأنه غير دستوري كون أنه بالرجوع إلى المادتين 122 و 123 من الدستور اللتان حددتا المجالات التي يشرع فيها البرلمان بقانون وقانون عضوي وبالرجوع الى المادة 125 من الدستور التي حددت مجال السلطة التنفيذية لرئيس الجمهورية نستنتج أن الشكل الذي يصدر فيه قانون الصفقات العمومية هو الشكل التنظيمي الذي يعود إلى رئيس الجمهورية عن طريق إستعمال المراسيم الرئاسية وعليه فإن صدور قانون سنة 91 عن طريق مرسوم تنفيذي جعله غير دستوري¹.

إستمر سريان قانون سنة 1991 إلى غاية سنة 2002 التي تميزت بصدور نص جديد ينظم الصفقات العمومية ويتعلق الأمر بالمرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمتمم بالمرسومين الرئاسيين 301/03 المؤرخ في 11/09/2003 و 832/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 والذي تميز بإعادة المؤسسات العمومية الإقتصادية من جديد إلى نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية بشرط التمويل الكلي أو الجزئي للصفقة من ميزانية الدولة، كما تميز لأول مرة في إعتقاد للامركزية للجنة الوطنية للصفقات العمومية وذلك بمناسبة التعديل الصادر سنة 2008 إذ تم آنذاك إحداث اللجنتين الوطنيتين للصفقات العمومية بدل لجنة واحدة، كما إعتد قانون سنة 2002 المنافسة كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية في أشكال متعددة هي المناقصة العامة المفتوحة و المناقصة العامة المحدودة والإستشارة الإنتقائية والمزايدة والمناقصة وسمح إستثناء بالتعاقد خارج إطار المنافسة في حدود الحالات المنصوص عليها في المادتين 37-38 والمتعلقين بالتراضي البسيط والتراضي بعد الإستشارة وتحت تأثير بعض قضايا الفساد التي مست قطاعات مختلفة في الدولة سارع المشرع الجزائري الى إصدار قانون جديد للصفقات سنة 2010 والمتمثل في المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18/01/2012 والمرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 23/01/2013 والذي تميز

¹-Mohamed Kobtan, *le régime juridique des contrats du secteur public*; -Etude du droit comparé algérien et français-, thèse de doctorat, Universitaire, d'Alger, p 50.

أيضا بإعادة تنظيم اللجنة الوطنية للصفات العمومية في شكل 03 لجان هي اللجنة الوطنية لصفات الأشغال واللجنة الوطنية لصفات اللوازم واللجنة الوطنية لصفات الخدمات، كما تميز بتفعيل النصوص التطبيقية والتي نذكر منها المرسوم التنفيذي رقم 118/11 المؤرخ في 16 مارس سنة 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفات العمومية والقرار المؤرخ في 28 مارس 2011 المحدد لنماذج رسالة العرض والتصريح بالإكتتاب والتصريح بالنزاهة والقرار الصادر في نفس التاريخ المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفات العمومية.

الفرع الثالث: مصادر الصفات العمومية

تعتبر القوانين والتنظيمات من أهم مصادر الصفات العمومية لذلك سنتطرق إلى القوانين أولا ثم للتنظيمات ثانيا.

أولا : القوانين / تدخلت مجموعة معتبرة من القوانين في تنظيم الصفات العمومية نذكر منها على سبيل المثال، قانون البلدية الذي تضمن في المواد 189 إلى 194 أحكام خاصة بالمناقصات والصفات العمومية حيث نصت المادة 189 منه على مايلي " يتم إبرام صفات اللوازم والأشغال أو تقديم الخدمات التي تقوم بها البلديات والمؤسسات العمومية البلدية ذات الطابع الإداري طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفات العمومية" وأضافت المادة 190 من نفس القانون " تتأسس اللجنة البلدية للصفات طبقا للتنظيم الساري المفعول المطبق على الصفات العمومية "1، زيادة على ذلك تدخل قانون الولاية أيضا في تنظيم أحكام خاصة بالصفات العمومية خصص لها المواد من 135 إلى 137 حيث أن المادة 135 مثلا نصت على أنه تبرم الصفات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفات العمومية وأضافت المادة 136 من نفس القانون أنه عندما تجرى مناقصة عمومية لحساب الولاية فإن الموظف الذي يجريها يساعده 03 منتخبين من تشكيلات سياسية مختلفة يعينهم

¹ - مولود ديدان، قانوني البلدية والولاية، دار بلقيس للنشر، (د.ت.ن)، ص 64.

المجلس الشعبي الولائي مع العلم أنه عندما تبرم سلطة مكلفة بتسيير مؤسسة عمومية ولأئية ذات طابع إداري مناقصة عمومية فإنه يجب أن يحضرها 03 منتخبين من تشكيلات سياسية مختلفة بأصوات تداولية وكذا المحاسب أو ممثله بصفة إستشارية ويتم إعداد محضر لهذه المناقصة¹، ومن القوانين التي تدخلت بشكل مباشر في تنظيم الصفقات العمومية أيضا نجد القانون أيضا رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته²، حيث أشارت في المادة العاشرة منه أنه يتعين إتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما كما يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية منها على الخصوص علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية والإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء والمعايير الموضوعية والدقيقة في كل القرارات المتخذة والمتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات³.

ثانيا / التنظيمات: تعتبر التنظيمات المصدر الأصيل للصفات العمومية بدليل أن معظم القوانين المتعلقة بها صدرت في إطار السلطة التنظيمية التي يمارسها رئيس الجمهورية من ذلك قانون الصفقات العمومية الساري المفعول والصادر بموجب المرسوم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 والمرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 13 جانفي 2013 وإذا كانت التنظيمات هي المصدر الأصيل للصفات العمومية فإن القرارات الإدارية التنظيمية تعتبر أيضا مصدر مهم في مجال الصفقات العمومية والأمثلة على ذلك لا حصر منها القرار الوزاري الصادر في 1964/11/21 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة والقرار الوزاري المؤرخ في 1974/11/11 المتضمن

1 - المرجع السابق، ص 117.

2 - الجريدة الرسمية، عدد 14، لسنة 2006.

3 - المادتين 09-10 من الامر رقم 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14، لسنة 2006.

النظام الداخلي للجنة المركزية للصفات والقرار الوزاري الصادر في 22/02/2003 المتضمن كفاءات تطبيق المادة 19 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 والمتعلقة بهامش الأفضلية¹، والقرار المؤرخ في 28 مارس 2011 الصادر عن وزير المالية والمتضمن نموذج الإلتزام بالإستثمار ورسالة العرض والتصريح بالإكتتاب والتصريح بالنزاهة وكفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفات العمومية.

المطلب الثاني

الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة

يقضي تحديد الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة تحديد مفهومها وفق القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة في الفرع الأول ثم البحث في الأعمال المنافسة لها في إطار البحث عن ماهيتها بطريقة الاستبعاد وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المنافسة

إن إعتقاد المنافسة الحرة في الإقتصاد بوجه عام وفي الأنشطة الإقتصادية للمتعامل العمومي بوجه خاص يجعلها من ركائز النظام الإقتصادي في الدولة لما توفره من حماية فعالة للمال العام حيث تسمح بالإستعمال العقلاني للموارد العمومية وتساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة من جهة أخرى حيث يدل الإهتمام المتزايد بإعمال قواعد المنافسة في مجال الصفات العمومية على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تفعيل آليات إقتصاد السوق والحرية الإقتصادية ومن ثم إلزام المتعامل العمومي لإحترام مبدأ المنافسة خاصة تحت ضغط الإلتزامات الدولية التي تواجه الجزائر في الميدان الإقتصادي لاسيما بعد المصادقة على إتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوربي وسعيها إلى الإنضمام للمنظمة العالمية للتجارة²، وعليه

¹ - جاء في المادة 19 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في: 24/07/2002 مايلى "يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15% للمنتوج ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفات المذكورة في المادة 11 أعلاه، يجب أن يحدد ملف المناقصة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية-تحديد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة. "

² - زمال صالح، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفات العمومية، بحث غير منشور، ص 03.

سنتطرق لتحديد مفهوم المنافسة إلى تعريفها أولاً ومبررات الأخذ بها في مجال الصفات العمومية ثانياً.

أولاً- تعريف مبدأ المنافسة

يقصد بالمنافسة لغة: الرغبة في الشيء والإفراد به والغلبة عليه¹، أما إصطلاحاً فيقصد بها وضعية التنافس الإقتصادي بين مؤسسات متميزة ومتعددة تكون بصدد عرض نفس المنتج السلعي أو الخدمي داخل سوق واحدة تلبية للحاجات ذاتها على أن تكون لكل مؤسسة نفس الحظ من الربح والخسارة وتعرف أيضاً على أنها العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون لنفس النشاط الإقتصادي دون قيد وبذلك تتحقق كل ما كان عدد البائعين كثر وأحرار لأن الحرية أساس المنافسة وذهب جانب من الفقه إلى تحديد معنى المنافسة بضمها ، حيث رأوا أنها عكس الإحتكار والذي يعني ذلك الإمتياز الحصري الذي تتمتع به الدولة أو المؤسسة أو الشخص الذي يصنع أو يبيع شيء أو يستغل عمل أو مصلحة على أنه يميز بين نوعين من الإحتكار الإحتكار القانوني وهو الذي يسمح بأن يقتصر الإستغلال على مؤسسة محددة عادة ما تكون مؤسسة عمومية أو خاصة وذلك بمقتضى نص قانوني والثاني هو الإحتكار الواقعي والذي يقصد به الوضعية الإقتصادية التي تلغى فيها كل منافسة ويقصد به أيضاً إمتياز حصري لصناعة سلع أو بيعها أو إستثمار بعض الخدمات أو إشغال بعض الوظائف فتوجد عندئذ إحتكارات قانونية مقررة في النصوص من أجل منع المضاربة مثل صناعة وبيع التبغ والكبريت أو بيع البارود وإصدار العملة حيث يكون الغرض من الإحتكار هو المحافظة على السلامة العامة²، ويجب الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من أن الدستور الجزائري لم ينص صراحة على حرية المنافسة ضمن الحقوق والحريات إلا أنه تعرض له ضمناً عندما نص في المادة 37 من

1 - عارف صالح مخلف وعلي مخلف عمار، "مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الخامس، ص 258.

2 - ليلي بوكحيل، حرية المنافسة في القانون الجزائري، بحث مقدم بمناسبة ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة عنابة، ص 02.

الدستور على حرية الصناعة والتجارة كما كرسه من خلال إلزام الإدارة بمبدأ عدم التحيز في المادة 23 وبتجريم التعسف في استعمال السلطة في المادة 22¹.

ثانيا: مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة في الصفات العمومية:

نص القانون صراحة على إخضاع الصفات العمومية لقانون المنافسة من مرحلة الإعلان إلى المنح النهائي.

إبرام الصفات العمومية يجب أن يكون قائما على إحترام مبادئ حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة والمساواة في معاملة المترشحين والشفافية في الإجراءات، فحرية المنافسة لا بد أن تراعي مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة للمرافق.

- اعتماد مبدأ حرية المنافسة يضمن حياد الإدارة العامة.
- اعتماد مبدأ حرية المنافسة يضمن تعدد العطاءات وضرورة إختيار الأفضل فالمنافسة تجعل الإدارة ملزمة بمعطيات السوق بشكل يسمح لها بالإختيار الدقيق.
- اعتماد مبدأ حرية المنافسة يضمن النزاهة.
- اعتماد مبدأ حرية المنافسة فيه حماية المنافسة ذاتها والمتنافسين والمستهلك، بما يستتبع ذلك من حماية السوق باعتباره مجال هذه المنافسة من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة كحظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة الإقتصادية وحظر عمليات الإحتكار بهدف رفع الأسعار، والبيع بخسارة الذي قد يعرقل لعبة المنافسة مما يؤدي إلى إنسحاب الأعوان الإقتصاديين الأقل قدرة إقتصادية وبالتالي هيمنة الأعوان الإقتصاديين الأكثر قدرة على السوق بما يستتبعه ذلك من معاودة إرتفاع الأسعار بشكل غير مبرر إقتصاديا.

- الإصلاحات الإقتصادية التي عرفتها الجزائر تحت تأثير العولمة والأزمة الإقتصادية التي عرفتها الجزائر خاصة خلال الثمانينات بانخفاض عائداتها من البترول، وإنخفاض المستوى المعيشي وسوء الأوضاع الإجتماعية، مما أدى إلى تبني تحولات جذرية مست النشاط الإقتصادي وتبني إصلاحات إقتصادية عديدة بفتح المجال أمام المبادرة الخاصة، وإعتماد مبدأ

¹ - المرجع السابق، ص 02.

حرية المنافسة للتنظيم الإقتصادي والتخلي عن التسيير الإداري المركزي للسوق، والتفكير في وضع ميكانيزمات وقواعد جديدة ذات طابع ليبرالي لضبط النشاط الإقتصادي.

رغم ما ذكر أعلاه، إلا أن حرية المنافسة ليست مطلقة بل هي نسبية ترد عليها عدة قيود تمنح للإدارة سلطة رفض بعض العطاءات بشرط عدم التعسف.

كما أن حرية المنافسة مقيدة بالشروط والإجراءات التي يفرضها القانون والتي تختلف بحسب نوع المناقصة مفتوحة محدودة وطنية دولية... لذلك يجب تدخل وإعمال آليات الحماية والرقابة والتي من بينها القضاء الإداري سواء قاضي موضوع أو قاضي الإستعجال¹.

¹ - المرجع السابق، ص 03

الفرع الثاني: الأعمال المنافسة لمبدأ المنافسة

حصر الفقه مجموعة الأعمال والاتفاقات المنافسة في 03 أشكال تتمثل في:

الاتفاقات التعاقدية والأعمال المدبرة والاتفاقات العضوية.

أولاً - الاتفاقات التعاقدية: يقصد بها العقود في مفهوم القانون المدني أي تلك التي ترتب التزامات في ذمة طرفي العقد وبذلك لا تشترط الكتابة فيه فيضم العقود الشفهية وبالأحرى لا تشترط الرسمية في العقد فتضم المقررات العرفية بل ويشمل حسب قواعد قانون المنافسة إنطلاقاً من استعمال مصطلح الإتفاق كل العقود المسماة والتي خصها المشرع بتنظيم أحكامها فضلاً على العقود غير المسماة كونها تصرفات قانونية مولدة للإلتزامات دون أن يؤدي ذلك الى إنشاء شخص معنوي، وإذا أخذنا بالمفهوم الواسع للإتفاقات التعاقدية نجدها تشمل الإتفاقات الأفقية والإتفاقات العمودية على أنه ودون الخوض في الجدل الفقهي القائم في فرنسا حول إعتبار الإتفاقات التعاقدية العمودية أو الأفقية إتفاقات محضرة طبقاً لقانون المنافسة لذلك فإن إعتقاد المعنى الواسع للإتفاق يجعل كل منها ممارسات محضرة متى مست بأحكام المنافسة في سوق معينة تخضع بالنتيجة لرقابة مجلس المنافسة¹.

ثانياً - الأعمال المدبرة :

تعتبر الأعمال المدبرة من الممارسات المنافسة للمنافسة، وهذا ما أكدته المادة 06 فقرة 01 من الأمر 03/03 المتضمن قانون المنافسة ، ذلك أن القانون الجزائري في هذا الإطار قد سار في نفس الإتجاه الذي إعتده القانون الفرنسي عندما بدأ النص في صياغته على إقرار حضرها بدليل أنها من الممارسات الأكثر خطورة بالمقارنة مع غيرها حسب ما أكده الأستاذ بالناجي الشريف في مؤلفه تطور الصفقات العمومية في الجزائر الذي ذكرناه سابقاً، وبناءً على ما سبق يمكن القول أن الأعمال المدبرة هي شكل من أشكال التقاهم التي تؤدي إلى المساس بالمنافسة وبذلك تكون شكل من أشكال الإتفاق تقبل بموجبه المؤسسات غير المرتبطة قانوناً بتوحيد تصرفاتها والتخلي على سلوكها المستقل².

¹ - ديبياش سهيلة، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، بحث غير منشور، ص 04.

² - توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر، (رسالة ماجستير)، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، (2001)-

(2002)، ص 141.

ثالثا - الإتفاقات العضوية:

تتخذ الإتفاقات العضوية في الغالب شكل إحدى الصيغ القانونية ذات السمة العضوية فقد يتجسد الإتفاق المحضور في صورة هيئة مهنية أو يظهر في صورة مجموعة ذات مصلحة إقتصادية مشتركة فتشكل هيئات تتمتع بالشخصية القانونية، وهكذا إذ أخذنا بمفهوم الإتفاق الذي يركز على هياكل قانونية ذات طبيعة عضوية، فإنه سيأخذ صور متنوعة قد يكون في شكل شركة تعاونية، نقابة أو تجمع وبهذا تشكل التجمعات المنصوص عليها في القانون التجاري إحدى الإتفاقات الخاضعة حسب المادة 06 من قانون المنافسة باعتبارها الإطار القانوني الموحد في الشركات التجارية التي تريد توحيد نشاطها في مجال محدد مع إحفاظها بالإستقلالية وتعد الجمعيات والإتحادات المهنية في مفهوم المادة 06 من قانون المنافسة كونها أشخاص معنوية أي كانت طبيعة مهامها أو الوسائل التي تتمتع بها إتفاق محظورا إذ كان من أهدافها إصدار توصيات لأعضائها من أجل وضع قيود للدخول الى السوق أو تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الإستثمارات أو التطور التقني أو إستهدفت إقتسام الأسواق ومصادر التمويل أو شملت عرقلة تحديد الأسعار خاصة أن القانون 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المتضمن تعديل للمادة 02 من الأمر 03/03 ، أدرج هذه الهيئات في مجال تطبيق القانون حيث أصبحت تنص على أنه " تطبق أحكام هذا الأمر على نشاطات الإنتاج.....تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون والجمعيات والإتحادات المهنية أي كان قانونها الأساسي وشكلها أو موضوعها " إلا أنه إذا كان القانون الجزائري قد أخذ بالمفهوم الواسع للإتفاق القائم على فكرة تطابق الإيرادات فهل يدل إغفاله تحديد أطراف الإتفاق إمكانية خضوع العقود الإدارية بما في ذلك الصفقات العمومية لأحكام المادة 06 من الأمر 03/03 كونها أسلوب من أساليب الإتفاق تبرمه الإدارة كشخص معنوي مع طرف أو أطراف أخرى¹.

¹ - ديباش سهيلة، المرجع السابق، ص 06.

الفرع الثالث: أهداف المنافسة وحدودها

إن المنافسة فكرة إقتصادية قانونية لذلك عرفها الإقتصاديون كما عرفها القانونيون مما جعل تحديد أهدافها متعددة بالنظر لتعدد الزوايا التي ناقش الفقه موضوعها وعليه سنتناول في هذا الفرع أهداف المنافسة وحدود المنافسة ثانياً.

أولاً- أهداف المنافسة:

تهدف المنافسة إلى تحقيق الكفاءة الإقتصادية التي تعني توفير السلع والخدمات بأقل الأسعار وأفضل نوعية والبحث الدائم عن فرص للتميز والتفوق للمتنافسين، مما يترتب عليه زيادة الإنتاجية، وتحسين القدرة التنافسية للمنتجين والتجار، مما يساعد على النمو الإقتصادي والرفع من المستوى المعيشي لأفراد المجتمع، وتساعد المنافسة على إيجاد إقتصاد مفتوح حسن التنظيم يسمح للمؤسسات بالإنخراط في المنافسة بالأسواق الدولية.

ولتحقيق مزايا المنافسة وفضائلها، يتطلب الأمر تشجيعها وتميئتها وتوسيعها إلى مختلف القطاعات الإقتصادية، ومحاربة الأساليب والممارسات التي تقيدتها وتحد من مفعولها والتي سنحللها بتوسع فيما بعد¹، وقد حددت المادة الأولى من الأمر المتعلق بالمنافسة²، الأهداف التي يرمي إليها، حيث نصت على أنه " يهدف هذا الأمر الى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتقاديا كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الإقتصادية قصد زيادة الفعالية الإقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

والجدير بالذكر أن حماية المنافسة لتحقيق الأهداف المشار إليها في المادة السابقة لا يعتبر كافياً، لذا تدخل القانون لمحاربة ممارسات أخرى، حتى وإن كانت لا تمس بالمنافسة في السوق على نطاق عام وواسع، إلا أن قدرتها على إلحاق ضرر معين ومحدود بالمنافسين

¹ - محمد الشريف كتو، أهداف المنافسة الحرة، مداخلة في الملتقى الوطني حول قانون المنافسة وحماية المستهلك، الذي نظمته كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، نوفمبر 2009، ص 03.

² - أمر رقم 03/03، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43 ل 20 يوليو 2003 معدل و متمم بقانون 08-12، المؤرخ في 25 يونيو 2008، جريدة رسمية، عدد 36، ل 02 يوليو 2008 ومعدل ومتمم بالقانون رقم 05-10.

والمستهلكين، جعل المشرع يمنعها في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الإقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه "، ومن خلال النصين السابقين نلاحظ أن الوظائف والأهداف التي عقدها المشرع للمنافسة الحرة تتمثل إجمالاً في محاربة الممارسات الإحتكارية المختلفة وتحقيق الفعالية الإقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين والمحافظة على حقوق المؤسسات والأعوان الإقتصاديين.

ثانياً - حدود المنافسة:

إذا كانت المنافسة تهدف إلى تحقيق الفعالية الإقتصادية، وتحسين معيشة المستهلكين إتماداً على آليات السوق وقانون العرض والطلب، فإنه قد يلاحظ في بعض الأحيان، أنه لا يمكن لها ولآليات السوق إحداث الآثار المطلوبة منها وتحقيق الأهداف المسطرة لها، مما يتطلب تدخل أجهزة الدولة لإقرار التوازن المطلوب للسوق، بإستعمال بعض الوسائل والآليات رغم كونها منافية للمنافسة الحرة وقانون العرض والطلب، ويمكن ذكر حالتين تستدعيان تقييد العمل بقانون المنافسة وهما حالة التركيز الطبيعي للأسواق وحالة تعارض نتائج السوق مع أهداف السياسة الإقتصادية والإجتماعية للدولة ولعل الإجراءات الجديدة التي إتخذها المشرع بمقتضى القانون رقم 05-10 والقانون رقم 06-10 تدخل في هذا الإطار.

01- حالة الإحتكار الطبيعي للأسواق: من المعلوم أن إخضاع النشاط الإقتصادي إلى التقييد والتقنين يعد متافياً مع المنافسة واقتصاد السوق، غير أنه توجد إعتبارات معينة تستدعي تقييد المنافسة الحرة في قطاع نشاط إقتصادي معين وذلك في حالة المرافق العامة الأساسية وبذلك يكون مثل هذا القطاع محكوماً من جهة بقواعد المنافسة، حيث أنه مفتوح على المنافسة بقدر معين ومن جهة أخرى بقواعد وإعتبارات تدخلية ويكون ذلك عند وجود تركيز طبيعي للسوق، كما هو الحال في أنشطة بعض المرافق العامة، كخدمات البريد والمواصلات والكهرباء والغاز والمياه.. وفي مثل هذه الحالة يكون الضبط والتنظيم مطلوبين لمنع إستغلال صاحب الإحتكار

أو البائع للقوة السوقية التي تتمتع بها لفرض أسعار فاحشة أو تقليل عرض السلعة أو الخدمة لتحقيق أكبر الأرباح على حساب المستهلكين فمثلا في مجال نقل الكهرباء، فإن الشركة العاملة في الميدان تبقى هي المالكة الوحيدة لشبكة النقل ولمنشآتها المختلفة، لكن في مقابل هذه الملكية يفرض عليها قانون الضبط مجموعة من الالتزامات، أهمها وجوب فتح شبكة النقل للمنتجين والبائعين لصرف إنتاجهم من الكهرباء¹.

ويعرف الضبط على أنه كل إجراء أيا كانت طبيعته، صادر عن أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص لضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها المرن، وكذا السماح بالتوزيع الإقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقا لأحكام الأمر 03/03 من الأمر المتعلق بالمنافسة².

2- تعارض نتائج السوق مع أهداف السياسية الإقتصادية والإجتماعية:

قد تستدعي بعض الإعتبارات تدخل أجهزة الدولة في قانون المنافسة، وتعطيل قانون العرض والطلب، وتوقيف العمل بمبدأ حرية الأسعار، ولو كان ذلك بصفة مؤقتة ، وهذا إذا إقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، إذ قد يمر السوق فعلا ببعض الإضطرابات أو تحدث كوارث وأزمات في التمويل، تستدعي وقف العمل بالمنافسة مؤقتا، وذلك إلى غاية زوال الظرف أو الأزمة التي يمر بها السوق، لتعود بعدها قواعد المنافسة إلى التطبيق والعمل بها ومن أمثلة هذه الحالات فقد نصت المادة 05 من الأمر رقم 03-03 المعدل على أنه >> تطبيقا لأحكام المادة 04 أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس إقتراحات القطاعات المعنية وذلك للأسباب الرئيسية الآتية:

1 - محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادية، دار بغدادية للطباعة والنشر والتوزيع، حي بن شويان، الروبية، الجزائر، ص 12-13.

2 - راجع الفقرة هـ من المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم.

أ- تثبيت إستقرار مستويات السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الإستهلاك الواسع، في حالة إضطراب محسوس للسوق.

ب- مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك كما يمكن إتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها حسب الأشكال نفسها، في حالة إرتفاعها المفرط وغير المبرر، لاسيما بسبب إضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الإحتكار الطبيعية¹.

ويلاحظ أن القانون 10-05 قد حذف العبارة التي ذيلت بها هذه المادة في الأصل وهي " تتخذ هذه التدابير هذه التدابير الإستثنائية عن طريق التنظيم لمدة أقصاها 06 أشهر قابلة للتجديد بعد أخذ رأي مجلس المنافسة "، وذلك لإطلاق يد الحكومة في التدخل في تحديد الأسعار وتحديد هوامش الربح وتسقيف الأسعار دون إستشارة مجلس المنافسة.

3- الأساس القانوني لحرية المنافسة:

إن المنافسة حرية من الحريات الإقتصادية وتعني حق الدخول إلى السوق أو ممارسة حرية العرض دون ما قيود بما حاصله حضر تكوين عوائق لدخول تجار منافسين الى السوق أو إقصاء منافسين من السوق²، وأدخلت إلى المجال القانوني بواسطة مبدأ شهير هو مبدأ حرية التجارة والصناعة، الذي أقره لأول مرة في الجزائر دستور 1996 وأضفى بذلك شرعية دستورية لحرية ممارسة الأنشطة الاقتصادية، وأطلق حرية الأشخاص في ممارسة الأعمال التجارية والصناعية والحرفية وغيرها.

حيث نصت المادة 37 منه على أن "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

1 - محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 14-15.

2 - عبد اللطيف هداية الله، "حرية الأسعار والمنافسة من منظور الشريعة الإسلامية"، المجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، عدد خاص بندوق الأسعار والمنافسة بين حرية المقاول وحماية المستهلك، العدد التاسع والأربعين، سنة 2004، ص 21.

ويعد هذا المبدأ إنعكاساً واضحاً للأفكار الليبرالية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، ولهذا يشكل هذا المبدأ دعامة قانونية أساسية للنشاط الاقتصادي الحر والتصور الأصلي لمبدأ حرية التجارة والصناعة يعني حرية الوصول إلى الحرف والمهن المختلفة التي يرغب الأفراد في ممارستها، ومن أجل ذلك يفرض على الدولة وأجهزتها عدم التدخل في الإقتصاد ومزاومة الخواص كما يمنع عليها تقييد حرية مزاولة الأنشطة إلا في حدود ضيقة.

غير أنه يلاحظ أن اعتبارات كثيرة تستدعي تدخل الدولة في الإقتصاد وبعدم الاكتفاء بدورها التقليدي، الذي ينحصر في حماية الحريات والقيام بوظائف الأمن والدفاع والقضاء مما جعل مبدأ حرية التجارة والصناعة عرضة للمساس به وتقييده من قبل السلطات العامة. والجدير بالذكر أن حرية التجارة والصناعة بالمفهوم السابق، مقررة أيضاً في الشريعة الإسلامية الغراء فنجد أن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول " دعوا الناس برزق الله بعضهم من بعض " مما يعتبر دعوة صريحة إلى افساح المجال للمبادرة الخاصة والتنافس الشريف في مجالات النشاط البشري في مقابل منع أية عوائق أو حواجز تقف أمام حرية العمل والتجارة والمنافسة، ولكن يلاحظ أنه لا يجوز أن يؤدي إعمالاً مبدأ الحرية الاقتصادية إلى الاحتكار أو حبس المال عن الإنتاج أو صرفه على غير مقتضى العقل أو المغالاة في تحديد الاسعار¹.

¹ - محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 15 - 16 - 17.

الفصل الأول

مظاهر تطبيق مبدأ المنافسة في مجال

الصفقات العمومية

المبحث الأول: المناقصة كمظهر من مظاهر تكريس مبدأ المنافسة في

مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: مفهوم المناقصة

المطلب الثاني: إجراءات المناقصة

المبحث الثاني: التراضي كمظهر من المظاهر التي تضيق تطبيق مبدأ

المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: التراضي البسيط

المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة

الفصل الأول

مظاهر تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

من المبادئ المتعارف عليها في مختلف الأنظمة التشريعية والقضائية المقارنة، هو أن المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية تسعى دائما للتعاقد مع المتعامل الذي يقدم أفضل عرض حتى تتمكن من ترشيد النفقات العمومية وحماية المال العام، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد جعل المنافسة هي القاعدة العامة في التعاقد عند إبرام الصفقات العمومية وهذا ما جاء في المادة 25 من المرسوم الرئاسي 237/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن قانون الصفقات العمومية والتي جاء فيها مايلي " تبرم الصفقات العمومية وفق لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي"، وعليه فإن قانون الصفقات العمومية الجزائري قد إعتد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في حالة الإبرام عن طريق المناقصة أو عن طريق الإستشارة أو المسابقة أو المزايدة لذلك سنحدد في هذا الفصل مظاهر تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية بداية من دراسة المناقصة كمظهر من مظاهر المنافسة في مجال الصفقات العمومية في المبحث الأول إلى التراضي كمظهر من مظاهر المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

المبحث الأول

المناقصة كمظهر من مظاهر تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

أعطى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لتنظيم المناقصة في مختلف القوانين الخاصة بالصفقات العمومية التي صدرت منذ سنة 1967 الى يومنا هذا والتي تكفلت بتحديد معناها وأنواعها وإجراءاتها وطرق الطعن فيها وهو ما نحاول بيانه في هذا المبحث الذي نقسمه إلى مطلبين حيث نتناول في المطلب الأول مفهوم المناقصة في حين نخصص المطلب الثاني إلى إجراءات المناقصة.

المطلب الأول: مفهوم المناقصة

لتحديد مفهوم المناقصة يتطلب الأمر الوقوف عند تعريفها وأنواعها والأسس التي تقوم عليها

الفرع الأول: تعريف المناقصة

المناقصة لغة: هي أن يطرح للإلتزام بتنفيذ مشروع ما سواء تعلق الأمر بإنشاء أو توريد أو تصميم أو دراسات أو استشارات، إعلاناً للراغبين في التعاقد ليتمكنوا من عرض المبالغ التي يرونها ضرورية للإنفاق عليه مع تخصيص هامش للريح وبذلك فإن المناقصة هي أحد أساليب القانون المحددة بمجموعة من الإجراءات بمقتضاها يفرض على من هو ملزم بإتباعها إختيار من يتقدم من المتناقصين بأفضل الشروط وأنسب الأسعار وأكمل المواصفات للتعاقد على سبيل الإلتزام ودائماً ما يفرض القانون هذا الأسلوب في التعاقد مع الشخص الإعتباري وهم الوزارات الحكومية والمؤسسات العامة وبعض الشركات، كما قد تلزم الشركات الخاصة نفسها بإتباع أسلوب المناقصة وذلك وفق لوائح داخلية وإجراءات خاصة بها¹، تتعلق النظرية العامة للمناقصات ببيان أنواعها وإجراءاتها والجهة المختصة بالقيام بها والصلاحيات المالية المخولة للجهات الإدارية ولجان الفحص والبت والترسية وجهة المصادقة والتعاقد، كما تنظم كفاءات الإعلان عنها وحزمة الإجراءات التي يجب القيام بها قبل الإعلان وأثناءه وبعده وتلك التي لا يمكن أن تتم المناقصة إلا بها وهذه الإجراءات تعتبر لازمة لزوم الشرط لأن الإخلال بها قد يلحق خسائر مالية بالمال العام وقد يؤدي إلى حرمان من هو كفى من أداء الخدمة كما قد يؤدي إلى عدم طرح المناقصة أصلاً²، وإذا عدنا إلى تعريف المناقصة في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر نجد خطأ في تعريفها حيث أنه عند الرجوع إلى النص الفرنسي نجده 'Les marchés publics sont passés selon la procédure d'appel d'offres' أي أن المصطلح المقابل للمناقصة في النص الفرنسي هو "L'appel l'offres" الذي يراد به طلب

1 - عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2003، ص10.

2 - المرجع نفسه، ص 11.

أو إستدراج العروض وبذلك لا تستقيم هذه الترجمة مع المنطق القانوني ذلك أن طلب العروض أسلوب من أساليب التعاقد الإداري يتيح للإدارة حرية في إختيار المتعاقد معها في إطار المنافسة ومن خلاله تستطيع الإدارة أن تختار العطاء الأفضل دون إلزامها بمبدأ آلية الإرساء في مقدم العطاء الأقل، في حين أن ما يميز المناقصة عن غيرها من أساليب التعاقد هو مبدأ آلية إرساء الصفقة على العطاء الأقل سعر وهنا تظهر محدودية إرادة الأطراف في هذا الإجراء ويتدخل القانون بإجبار الإدارة المتعاقدة على إقامة المنافسة عن طريق إجراء المناقصة ويفرغ عليها إختيار المترشح الذي يقدم أقل العروض هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد برزت مميزات طلب العروض بجلاء في نص المادة 21 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن لقانون الصفقات العمومية الملغى والتي عرفت المناقصة على أنها إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع في المرسوم 145/82 للدعوى للمنافسة وبهذا التعريف نجد أن المناقصة تعني طلب العروض في النظرية العامة للعقود الإدارية¹، إن هذا الخط يدفعنا إلى ضرورة تتبع تعريف المناقصة في مختلف القوانين الجزائرية الخاصة بالصفقات العمومية بداية من الأمر 90/67 إلى القانون الساري المفعول.

أولاً- تعريف المناقصة في ظل الأمر 90/67

إن المطلع بدقة على الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 يجد أن المشرع الجزائري لم يخرج عن الإطار العام للمنافسة في تنظيمها حيث إعتبرها القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية والقائمة على الدعوى للمنافسة من أجل جلب أكثر عدد من العارضين وذلك للتعاقد مع الأفضل منهم وتظهر شمولية تطبيقها في إعتقاد مبدأ الحرية المحدودة خلال سريان هذا القانون والتي تتجلى في إجازة إبرام الصفقة طبقاً لكيفية محددة وعدم منع الإدارة من اللجوء إلى كفاءات أخرى وهذا يظهر كذلك في المادة (61) في بعض حالاتها حيث تم تقرير إمكانية إبرام

¹ - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، (رسالة ماجستير)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الدراسية (2008-2009)، ص 10.

المنافسة بأي شكل من الأشكال، ويستخلص من ذلك أن المناقصة كطريقة لإبرام الصفقات العمومية في ظل سريان الأمر 90/67 وانطلاقاً من المادة 32 هي الإجراءات التي يتعين على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بها إذا تعلق الأمر بالتوريدات البسيطة التي ليست من نوع عادي.¹

ثانياً: تعريف المناقصة في ظل المرسوم 145/82

على خلاف الأمر 90/67 نجد أن المشرع في المادة 26 من المرسوم 145/82 المتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي قد بدأ بإجراء التراضي قبل المناقصة حيث جاء في هذه المادة مايلي " يبرم المتعامل العمومي صفقاته تبعاً للإجراء بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوى للمنافسة " وبذلك يمكن الإستنتاج من أن إطلاق تسمية المنافسة في هذه الحالة يعتبر خطأ في حد ذاته فالدعوى للمنافسة هي مرحلة من مراحل كفيات إبرام الصفقات العمومية فكل كيفية تتضمن بالضرورة مرحلة للمنافسة تسبق مرحلة تخصيص أو إسناد الصفقة ولا تقيد المنافسة إلا في حالات إستثنائية جداً إذا فكيفية إبرام الصفقة تتضمن مرحلة الدعوى للمنافسة مهما كان شكلها سواء كانت عن طريق الإجراءات البسيطة التي لا تستدعي الإشهار بمختلف الوسائل المحددة قانوناً كأن تنظم هذه المنافسة عن طريق رسائل عادية أو الفاكس أو التلكس أو عن طريق الوسائل المحددة في القانون المتعلق بالإعلانات كالنشرة الخاصة بالصفقات العمومية.²

ثالثاً: تعريف المناقصة في ظل المرسوم 250/02

نصت المادة 20 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24/07/2002 على مايلي " تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي".

يستنتج من هذه المادة، أن المشرع الجزائري تبنى كيفيتين لإبرام الصفقات العمومية هي كيفية المناقصة التي إعتبرها كقاعدة عامة وكيفية التراضي التي إعتبرها كاستثناء، ولا يمكن

¹ - قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 11.

² - المرجع نفسه، ص 82.

الاجوء إليها في الحالات المحددة في المادتين 37 و 38 من هذا المرسوم كما نستنتج أيضا من المادة 20 من المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24/07/2002 أن المشرع الجزائري كان أكثر دقة في تحديد كئيفيات الإبرام بذكر القاعدة العامة والإستثناء وإهماله وتماديه في تجاهل الكئيفية الثالثة للإبرام وهي كئيفية طلب العروض رغم أهميتها وضرورتها في بعض الأحيان.

الفرع الثاني: أنواع المناقصة

لما كانت الصفقات العمومية كما تقدم البيان وثيق الصلة بالخبزينة العامة، وغب حينئذ تحديد طرق خاصة لإبرامها وإلزام الإدارة إن هي رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق، غير أنه من جهة أخرى تم فسح المجال للإدارة لإختيار بين عدة أنواع من المناقصة بما يعنى إعطاء حرية ومرونة أكبر لإختيار الأسلوب والنمط الذي يليق بها حسب ظروف كل عملية تعاقدية. ورجوعا إلى المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، نجدها قد عدت أنواع المناقصة في خمسة أنواع هي: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الإستشارة الانتقائية المزيدة والمسابقة.

وبذلك تكون الجزائر من الدول التي تفضل التوسيع في أنواع المنافسة فالنص السابق لم يحصرها في أسلوبى المزيدة والمناقصة كما هو الحال في التشريع المصري لقانون المناقصات والمزيدات رقم 98 لسنة 1998¹.

لقد وسع القانون من نطاق أساليب المنافسة إلى درجة أنها تكون حسب ما يتطلبه مشروع وموضوع الصفقة محل التعاقد، فقد تكون وطنية أو دولية².

¹ - حنفي عبد الله، العقود الإدارية، -الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه-، دار النهضة العربية 1999، ص 274 وما يليها.

² - بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، (رسالة ماجستير)، جامعة عنابة، 2005، ص 09.

ونظر للجوانب الإيجابية التي يتمتع بها أسلوب المناقصة، فإن الإدارة العمومية تلجأ إليه في إبرام صفقاتها فالمتصفح للجرائد اليومية الوطنية يلمس كثرة الإعلانات عن إجراء مناقصات وطنية ودولية، مفتوحة كانت أو محدودة فقد أثبتت التجربة العملية أن أسلوب المناقصة والمزايدة تلجأ اليهما المصلحة المتعاقدة لإستفادتها من خلالهما بعدة متنافسين وعارضين بحيث تلتقي العديد من العروض لإختيار افضلها وبالشكل الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة.

أولا - المناقصة المفتوحة

عرفت المادة 24 من المرسوم الرئاسي 02-250 المناقصة المفتوحة بأنها إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهد، وبالتالي فإن هذا النوع من المناقصات مفتوح لعدد غير محدود من المناقصين وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين فليس هناك شروط انتقائية أو إقصائية، وبإمكان من توفرت فيهم شروط المناقصة العامة المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض، بل أن المناقصة قد تتسع دائرتها فتضم أطرافا أجنبية إذ كانت المناقصة وطنية ودولية حسب المادة 23 من قانون الصفقات العمومية.

ففي هذا النوع من المناقصات الدخول للمنافسة حر، وهو مشروط فقط بمقارنة الأسعار المعروضة، ومن ثمة فإن الأخذ بهذا الأسلوب يسمح بفتح المنافسة بين عدد كبير من الأفراد أو الشركات تطبيقا لمبدأ المنافسة، بحيث يتم إتاحة الفرص لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعبء، فالمناقصة هي الميدان الحقيقي لتطبيق وتكريس هذا المبدأ.

ثانيا - المناقصة المحدودة

أوضحت المادة 25 من قانون الصفقات العمومية ، بأنها ذلك الإجراء الذي لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا، وبذلك تكون هذه المناقصة قد تم الاعتراف فيها للإدارة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية فقد تفتح الإدارة مجال المنافسة واسعا فتكون

حينئذ المناقصة مفتوحة، وقد تضبطها فلا يشارك فيها إلا من توفرت فيهم شروط خاصة أعلنت الإدارة عنها فتكون المناقصة مغلقة أو مقيدة ولا شك في أن أسلوب التعاقد بطريق المناقصة المحدودة يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتها أيضا أن تقدر ما تراه مناسبا لها من شروط خاصة وتعلن عن المناقصة المحدودة ضمن هذا الإطار الذي رسمته¹.

كما أنه إذا كانت طبيعة اللوازم والأشغال أو الخدمات لا تسمح بفتح باب المنافسة أمام الجميع، فإنه يجوز للإدارة أن تحصر المناقصة بين فئة محدودة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات المالية والفنية المطلوبة على أن تحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفاتر الشروط الخاصة إلى سائر الضمانات التي يجب توفرها في المناقصين والمؤهلات التي يجب أن تتميز بها الأشغال أو المواد المطلوبة².

وتجدر الإشارة إلى أن هناك أنواع أخرى من المناقصات لم ينص عليها قانون الصفقات العمومية في الجزائر لكن وردت في التشريعات المقارنة مثل:

1- المناقصة المحلية: وهي بحكم إسمها مناقصة يقتصر الإشتراك فيها على المقاولين أو الموردين المقعدين في قائمة تعدها الإدارة سلفا، وفيما عدا ذلك تطبق في شأنها الأحكام الخاصة بالمناقصة العامة فيما عدا بعض الإستثناءات³.

2- المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة: ويقصد بهذا النوع من المناقصات تمكين الإدارة من مواجهة الإعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية، فلا ينظر إلى الثمن وحده ولكن على جودة العينة أيضا وعلى هذا الأساس تقدر الإعتبارات الفنية في المشروع المطروح

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 104.

² - الخوري يوسف سعد الله، القانون الإداري العام، تنظيم إداري - أعمال عقود إدارية -، الجزء 1، الطبعة الثانية 1998، ص 472 .

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 512 ومايليها.

أو البضائع المطلوب توريدها، ثم تختار الإدارة من يتقدم بأفضل الشروط المالية لتحقيق أفضل مشروع وهي ملزمة بهذا الإختيار.¹

ثالثا - الإستشارة الانتقائية

تعد حسب المادة 23 من قانون الصفقات العمومية شكلا من أشكال المناقصة وقد تم هذا الأسلوب منذ صدور المرسوم 82-145 فتضمنتها المادة 32 منه، كما تم تأكيدها في المرسوم التنفيذي 91-434 بموجب نص المادة 28، معتبرا إياها شكلا من أشكال المناقصة حسب المادة 25 منه وقد عرفها المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المادة 01/26 منه بأنها >>الإستشارة الإنتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولى<< كما تحدده المادة 32 من هذا المرسوم وهو نفس التعريف الوارد في المادة 32 من المرسوم 82-145 والمادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 وتكفل هذه الطريقة من طرق التعاقد للإدارة صاحبة الصفقة قدرا من الحرية تتمثل في الإعتراف لها سلطة إنتقاء المترشحين مسبقا كمرحلة أولى ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عن هؤلاء العارضين وبحكم طبيعة الخدمة موضوع العقد.²

ومنه تلجأ المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها وفقا لطريقة الإستشارة الإنتقائية، حينما تتطلب الأعمال موضوع العقد بحكم تعقدها أو نظرا لطبيعتها الخاصة القيام بانتقاء مسبق للمترشحين في مرحلة أولى قبل دعوة المقبولين منهم لإيداع العروض، ويفهم مما سبق أن هذا النوع من المناقصة يتم على مرحلتين أساسيتين هما:

1-مرحلة الإنتقاء الأولي للمترشحين

وتتولى فيها الإدارة مباشرة الإتصال بمجموعة من العارضين ممن تختارهم وتقدر فيهم أهميتها الخاصة أو مهاراتهم أو امكانياتهم، وتطلب منهم تقديم عروضهم دون أن ينبج عن ذلك

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس، 1991، ص244.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 106.

أية مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة طالما وصفناها بأنها أولية¹ حيث تضع الجهة الإدارية المختصة نظاماً للانتقاء المسبق يتضمن على وجه الخصوص:

أ/ قائمة المستندات التي يجب أن يتقدم بها المترشحين وهي عبارة عن الملفات الإدارية والفنية الإضافية.

ب/ مقاييس تقييم المؤهلات التقنية والمالية للمترشحين عند الاقتضاء².

2- مرحلة إختيار المتعامل المتعاقد (الإستشارة الإنتقائية)

وتلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى انتقاء أفضل عارض من بين أحسن العارضين الذين سبق تأهيلهم وقبولهم من المصلحة المتعاقدة في ظل المرحلة الأولى، فهذه المرحلة أشبه ما تكون بالمناقصة المحدودة لأن التنافس محصور بين أحسن العارضين الفائزين في مرحلة الإنتقاء الأولى.

كما نصت المادة 02/26 من قانون الصفقات العمومية على إمكانية القيام باستشارة مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات المؤهلة والمسجلة في قائمة مفتوحة تقدمها المصلحة المتعاقدة على أساس إنتقاء أولي ونجدد هذه القائمة 03 سنوات وهذا من أجل انجاز عمليات الهندسة المركبة أو ذات الأهمية الخاصة أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات الطابع تكراري.

وما يؤخذ على كيفية اللجوء إلى هذا الأسلوب، أنه لم يتم التطرق إلى الحالات التي تدفع الإدارة لمثل هذا الإجراء، كما لم يقرر له قانون الصفقات العمومية إجراءات تضبطه، لذا فهو خاضع للإجراءات العامة لأسلوب المناقصة ومنه فإن لجوء الإدارة لأسلوب الإستشارة الإنتقائية من أجل إختيار المتعامل المتعاقد بقي محدوداً ونادراً ما تلجأ إليه مقارنة بالأشكال الأخرى.

ولعل هذا راجع إلى عدم إنتشار هذا الأسلوب في التشريعات المقارنة، فقليلة جداً هي التشريعات التي تنص على هذا الشكل من المناقصة، ومنها على سبيل المثال التشريع المغربي

1 - المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 32-250، المؤرخ في 24/07/2002.

2 - صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998-المشاكل العلمية والحلول القانونية-، دار

النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 25.

الذي إعتد هذا الإجراء كشكل من أشكال طلب العروض، بتسمية طلب العروض بالإنشاء المسبق حسب المرسوم 482/98 الصادر 1998/11/30.¹

كما أن الطبيعة الخاصة لهذه الطريقة بغرض إعطاء قدر من الحرية للإدارة طالما تعلق موضوع الصفقة بعمليات معقدة وذات أهمية خاصة، لذا لا يمكن للمشرع حصر حالات اللجوء لهذا الأسلوب بل اكتفى بتقديم وصف فقط مذكور ضمن المادة 234²، ورغم الإيجابيات التي يمتاز بها أسلوب الإستشارة الإنتقائية لاسيما أنه يتيح للإدارة حسن إختيار المتعامل المتعاقد وحصر مجالات أعماله على العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة وكذا اختصار للأجال بإعمال المنافسة بين مترشحين معروفين تتوفر فيهم معايير الإنشاء، إلا أن ما يعاب عليه هو حرمان بعض المترشحين والفئات من المشاركة في عملية المنافسة، مما يؤدي إلى تقييد الدعوة للمنافسة وخلق نوع من الإحتكار لبعض المتقدمين.

رابعاً - المزايدة

إذا كانت الصفقات العمومية بمختلف أشكالها سابقة الذكر، ينجر عنها مصاريف ونفقات حسب التعريف العام للصفقة العمومية، فإن التعاقد بطريقة المزايدة ينجم عنه تحقيق مداخيل ناتجة عن التعاقد.

وغني عن البيان أن المناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف إختيار من يتقدم بأقل عطاء، أما الثانية فترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، ولكل من النوعين حالات خاصة، رغم أن الأحكام القانونية لكل منهما واحدة بل تعتبر المزايدة شكلاً من أشكال المناقصة حسب المادة 23 من المرسوم 02-250، على الرغم من الإختلاف الجوهرى بينهما في المبادئ العامة للعقود الإدارية، بحيث نجد أن مجال أعمال المناقصة يكون عندما تظهر المصلحة المتعاقدة في وضعية المشتري أو ملزمة بتقديم ثمن معين للتعاقد معها بمناسبة

1 - المرجع السابق، ص 275.

2 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 107.

الخدمة المعروضة عليها والأعمال المنجزة لصالحها فيكون بذلك مجال تطبيق المناقصة في عقود الأشغال العامة أو عقد التوريد والنقل وكذا الخدمات وحتى الدراسات الضخمة والواسعة. بينما يكون مجال أعمال أسلوب المزايدة غالباً عندما تقوم المصلحة المتعاقدة بتأجير أو بيع جزء من أملاكها، فتظهر بذلك في مركز البائع الذي يبحث على أعلى الأثمان كتأجير البلديات للأسواق الأسبوعية... ومنه نخلص إلى أنه في كلتا الحالتين (المناقصة والمزايدة) فإن هدف المصلحة المتعاقدة واحد وهو ضمان التوفير لخزينة الدولة أكبر قدر ممكن من الأموال حين الصرف على تنفيذ العقد في المناقصات أو ضمان الحفاظ على القيمة الحقيقية للمال العام سواء بالبيع أو الإيجار في المزايدات¹.

لكن بالعودة إلى تعريف المزايدة طبقاً للمادة 27 من قانون الصفقات العمومية وهي: "المزايدة هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي، ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين والأجانب المقيمين في الجزائر"، فالملاحظ هنا هو اعتماد مبدأ إقتراح أحسن عرض والذي يقابله في النص الفرنسي دائماً:

" L'adjudication est la procédure selon laquelle le marché est attribué au soumissionnaire le moins disant "

وهذا الأمر لا يستقيم مع المنطق القانوني دائماً إذ أن المزايدة يكون الإقتراح فيها بأعلى الأثمان بينما المناقصة يكون بأقل الأثمان.

كما نسجل عدم إنسجام بين تشريع الصفقات العمومية وتشريع الإدارة المحلية (قانون البلدية)، فإذا كان الأمر 67-90 لم يشر بصريح العبارة لأسلوب المزايدة فإن نص المواد 193 و194 من قانون البلدية أشارت لأسلوب المزايدة².

¹ - محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة النشر والتوزيع، الأردن، 1988، ص 50.
² - تنص المادة 193 من قانون البلدية، لسنة 1967 على ما يلي "يدعى القابض البلدي لحضور جميع المناقصات والمزايدات" وجاء في المادة 194 من نفس القانون: "عندما تجري السلطة المكلفة بتسيير مؤسسة عمومية مناقصة أو مزايدة...".

لذا فإن عدم الإنسجام هذا خلف نوعا من الغموض في التطبيق بالنسبة لأسلوب المزايدة حيث أنه كان من الأخرى أن يتكفل قانون الصفقات وحده دون غيره بتنظيم قواعد الصفقات العمومية بمختلف أنواعها وأشكالها، وتبقى مهمة تشريع الإدارة المحلية هي الإحالة لتشريع أو تنظيم الصفقات ولا عيب أن يخص تشريع أو تنظيم الصفقات عقود الإدارة المحلية بأحكام خاصة ومميزة¹، ومع أن إجراء المزايدة بدأ يندر إستعماله شيئا فشيئا ويتعلق أساسا بالعمليات البسيطة من النمط العادي أي بشراء حاجيات أو أداء خدمات بسيطة ومحددة جيدا، إلا أنه يمتاز بسرعة إجرائه لكونه يقوم أساسا على المعيار الإقتصادي²، كما يجب هنا إعادة توضيح هذا المفهوم بالنسبة لأسلوب المناقصة.

خامسا - المسابقة

إن نظام المسابقة في التشريع الجزائري قديم وقد تم ذكره في الأمر 67-90 في المواد 54 الى 59 تحت تسمية " المباراة" كما تناوله المرسوم 82-145 أيضا في المادة 34 وإعطاه تعريفا دقيقا "المسابقة هي إجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على مظاهر تقنية وإقتصادية وجمالية أو فنية خاصة".

وهذا التعريف ذاته في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 في نص المادة 30 وكذلك تبناه المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في نص المادة 28 منه، وبذلك نجد أن النص خول للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الأسلوب إذا إقتضت ذلك إعتبرات فنية أو مالية أو جمالية إستوجبت القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد، كأن ترغب الإدارة في الحصول على تصميمات هندسية وعمرانية لبناء أحياء سكنية في منطقة ما أو الإستفادة من الطاقة الشمسية في استخراج المياه الجوفية، ويتعلق هذا النمط من المنافسة بأشياء لا يمكن تحديدها مسبقا بمواصفات دقيقة

¹ -عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 110.

²-SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLAME Mohamed, **Guide de gestion de marchés publics**, Edition de Sahel, 2000, p80.

ويهدف إلى قيام الإدارة بتحديد إحتياجاتها التي ترغب في تحقيقها ويتولى الموردون والمقاولون أنفسهم عملية إقتراح التعريف الدقيق بطبيعة هذه الإحتياجات التي ترغب الإدارة في إشباعها¹. وما يؤخذ على تعريف المادة 28 لأسلوب المسابقة هو قصرها فقط على رجال الفن أي الأشخاص الطبيعيين دون سواهم مما يمس بأهم مبدأ ألا وهو حرية المنافسة العامة والمساواة بين المتعاملين المتقدمين للطلبية العمومية كما أن هذا المفهوم يتعارض مع مقتضيات مواد كثيرة من المرسوم الرئاسي نفسه، فهذه المادة 23 إعتبرت المسابقة شكلا من أشكال المناقصة والدعوى للمنافسة، وهذه الأخيرة تعني فسخ المجال للعارضين لتقديم عروضهم وهذا ما قضت به المادة 24 من المرسوم الرئاسي المذكور².

كذلك نجد المادة 16 من نفس المرسوم والتي جاءت بعنوان المتعاملين المتعاقدين، بينت أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، ووسعت المادة 17 من المرسوم الرئاسي مجال المنافسة فقضت بإمكانية التعاقد مع الطرف الأجنبي لذلك كان أفضل لو جاء النص بالصيغة التالية: " المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة³.

وعليه فإن أسلوب المناقصة بمختلف أشكالها كما وردت في قانون الصفقات العمومية كقاعدة عامة أساسية للتعاقد، جاءت من أجل تقييد حرية الإدارة العمومية في إختيار الطرف المتعاقد، وهذا لعدة عوامل وأسباب تتلخص فيما يلي:

1- المحافظة على المال العام بواسطة المناقصة هو ضمان عدم إهدار الأموال العمومية نظرا لخصوصيتها الكثيرة التي أشرنا إليها سابقا.

¹ - محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 17.

² - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 111.

³ - المرجع نفسه، ص 112.

2- إختيار الأطراف الأكثر كفاءة والحد من تعسف الإدارة وتجاوز سلطتها من خلال ضبط أشكال وأنواع المناقصات الواجب إتباعها في تعيين المتعامل المتعاقد وفقا للشروط التي يفرضها القانون وتحددها الحاجة إلى التعاقد.

إن فرض هذه القيود كضمانات تصب جميعا في تكريس حرية المنافسة العامة التي أقرها قانون الصفقات العمومية ومختلف القوانين التي تحمي حقوق المترشحين للصفقة من خلال النص على عدة أحكام تعاقب الأشخاص بفعل المساس بأهم مبادئ إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: المبادئ التي تقوم عليها المناقصات العامة

هناك ثلاث مبادئ أساسية تقوم عليها المناقصات يجب على الجهات الإدارية مراعاتها وهي مبدأ العلنية بالتعاقد، ومبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد، ومبدأ مراعاة قواعد الاختصاص وسنتناول كل مبدأ من هذه المبادئ على حدى.

أولاً- مبدأ العلنية بالتعاقد

ومفاد ذلك أن تعلن الإدارة عن رغبتها في إبرام عقد ما بطريقة المناقصة سواء كانت عامة أو محدودة، وتحقق العلنية عدة فوائد ومنها:

- 1- تجنب الإدارة أجواء الشك والريبة في التعامل النزيه في عملية إبرام العقود.
- 2- تحقق العلنية منفعة مادية تتمثل في خلق أجواء من المنافسة المشروعة بين عدد غير محدود من الراغبين بالتعاقد مما يؤدي إلى إحالة العقد على أنسب العروض ومن حيث الثمن وأفضلها من الناحية الفنية.

3- تعزز العلنية بالتعاقد، مبدأ حرية التجارة والعمل ومساواة الأفراد في ذلك إن درجة العلنية تختلف من مناقصة إلى أخرى، فهي في المناقصات العامة تكون عامة ومطلقة وفي المناقصات المحدودة تكون اقل عمومية خاصة في المناقصات المحلية، أما في المناقصات القائمة على أساس توجيه دعوات خاصة فتكون محدودة جدا وبقدر ما توصل به الإدارة العلم إلى من توجه إليهم دعوى المناقصة، ويعتبر تجاهل الإدارة أو عدم مراعاتها لمبدأ العلنية مبطلا لعقودها فهو من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على مخالفته ولا يخل بمبدأ العلنية هذا، وجود

بعض المناقصات السرية لأن السرية هنا تتمثل في ناحية إجرائية من نواحي إبرام العقد وذلك بعد إتمام إعلان الرغبة بالتعاقد من جانب الإدارة وهي قيام الإدارة بفض العطاءات وفحصها في غياب المناقصين، بينما في المناقصات العادية يكون فتح العطاءات بحضور أصحابها أو من ينوب عنهم.

وفائدة المناقصة السرية تتجلى في كونها تجنب الإدارة عملية الإحتكاك المباشر بين المناقصين وخاصة الشركات الأجنبية في مرحلة التمهيد لإبرام العقد فهذه الشركات لديها الخبرة في التأثير على موظفي الإدارة أثناء المفاوضات وقد يؤدي ذلك إلى حصول هدر في الأموال العامة ولما كان مبدأ العلنية بالتعاقد في المناقصات يتمثل في إجراء هام من إجراءات التعاقد وهو الإعلان عن مناقصة فإننا نكتفي بهذا القدر وسوف نتناول عملية الإعلان في محلها وذلك عند بحث إجراءات التعاقد¹.

ثانياً - مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد

على الإدارة أن تراعي المساواة بين جميع الأشخاص الراغبين بالتعاقد، فلا يجوز لها أن تمنح فرصة بالتنافس لبعض الأشخاص دون البعض الآخر، ولكن يجوز لها أن تحدد من لهم حق الإشتراك في المناقصة ابتداءً كما هو الحال في المناقصات المحدودة وفي المناقصات بعد إجراء المنافسة دون أن يخل ذلك بمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد، إذ عليها أن تحقق هذه المساواة بين من يدخلوا هذا النوع من المناقصات حتى وإن كانت تتمتع بنوع من السلطة التقديرية في إختيار من تتعاقد معه وإلا كان تصرفها مشوباً بعيب الإنحراف بالسلطة إن طبيعة التعاقد تفرض على الإدارة في بعض الأحيان مهمة التكيف مع الطابع التجاري الذي تتسم به عملية التعاقد قبيل الإحالة فمثلاً نرى بعض رجال الأعمال يمتازون بالحنكة أثناء التفاوض، نرى الإدارة وقد أكسبت التجارب موظفيها عبر سنوات طويلة حنكة في التفاوض والإحالة أيضاً مما يدفعها إلى الخروج عن هذا المبدأ خاصة عندما تكون المناقصة سرية لتحيل

¹ - محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة -دراسة مقارنة-، جامعة أريد الأهلية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 72-73.

إلى من تريد وهذا غير جائز، وإن كان منسجما مع طبيعة التعامل التجاري لأن الإدارة تعمل من أجل المصلحة الحكومية تنصب في موضوعاتها على الأموال العامة وهذه الأموال تكون بطبيعتها وبمقتضى القانون مخصصة للمنفعة العامة، فلا يجوز للإدارة وهي تتعامل بالأموال العامة في المناقصات أن تقيد الإنتفاع بهذه الأموال على نحو تعسفي أو بناء على تقدير غير موضوعي، وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للإدارة أن تخرج عن إجراءات المناقصة فجأة لتحيل إلى أحد المناقصين دون مراعاة الشروط والإجراءات التي تتطلبها المناقصة، وإن كان لها الحق في إلغاء المناقصة من حيث الواقع، إلا أنها لا تستطيع قبل إلغاء المناقصة وإعلام المناقصين بذلك إجراء عملية الإحالة على أحدهم خارج المناقصة حيث تكون الإحالة باطلة في هذه الحالة.

إلا أنه ترد على مبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد بعض الاستثناءات المحددة ومنها إعطاء إمتياز في المفاضلة بين المتنافسين لبعض شركات القطاع العام أو إعطاء مثل هذا الإمتياز للموردين الوطنيين¹، أو لمن يتعامل بالعملة الوطنية أو لمن يقبل الدفع بالأجل، وغير ذلك وهذه الإستثناءات هي إستثناءات ظاهرة لأن المساواة تظل ملازمة لإجراءات المناقصة وذلك بين من تتوفر لديهم الشروط التي تطلبها الإدارة، ولا يخل بمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد عملية إستبعاد بعض أصحاب العطاءات لأسباب وقائية كمن يقدم عرضه ناقصا في ناحية أو أكثر من النواحي المطلوبة فيه ، أو يقدمه أثناء فتح العروض، بل أن هذا الإستبعاد تحقيق لمبدأ المساواة بين الراغبين بالتعاقد كما يعتبر تحقيقا لمبدأ المساواة عملية حرمان بعض أصحاب العروض لسبب جزائي كالغش السابق أو الوضع بالقائمة السوداء أو ممارسة أخطاء جسيمة بالعمل في عقود سابقة، وتكفل قوانين العقوبات في مختلف الدول مبدأ المنافسة المشروعة بالمناقصات والمزايدات العامة فتتنص على عقوبة لكل من يخل بشكل أو بآخر في سلامة وحرية المناقصات سواء كان موظفا عاما أو فردا عاديا وعلى ذلك نصت المادة 434

¹ - المرجع السابق، ص 74-75.

" كل من أقدم على تعطيل أو عرقلة حرية المزايدة العلنية المتعلقة بالبيع أو الشراء أو التأجير أو الإلتزامات أو التعهد وذلك بالتهديد أو بالعنف أو بالأكاذيب أو بإقصاء المتزايدين أو الملتزمين لقاء نقود أو هبات أو دعوة أو بأية طريقة أخرى عوقب بالحبس مدة شهر واحد حتى ستة أشهر وبغرامة من عشرة دنانير حتى خمسين ديناراً ".

كما أوجبت المادة 85 من تقنين العقود الإدارية الفرنسي على لجنة العطاءات أن تستبعد المتنافسين الذين لا تتوافر فيهم الشروط المطلوبة التي تخولهم حق التقدم بعطاءات، أو إذا لم تحقق لدى أي منهم شرط الكفاءة كما أن القضاء الفرنسي قد سمح للإدارة بإجراء القيود التي تضعها لتحقيق مصلحة المرافق العامة والتي يترتب عليها إستبعاد عدد معين من المتنافسين ولم يسمح بالقيود التي تضعها الإدارة إذ كانت لهدف آخر غير الأهداف الإدارية والمالية للمرفق، حيث تشكل مثل هذه العيوب إنحراف في إستعمال السلطة وكذلك تدخل القضاء الفرنسي في فرض طريقة المناقصة المحدودة بدلا من طريقة المناقصة العامة، متى ما كان من شأن القيود التي وضعتها الإدارة يترتب عليها إستبعاد طائفة كبيرة من المتنافسين¹.
ومن بين القيود التي يضعها القانون الفرنسي والتي تحد من مبدأ المنافسة الحرة مايلي:

- 1- تستلزم كراسات الشروط بالنسبة للشركات أن تكون مستوفية للشروط القانونية المتعلقة بصحة تأسيسها، وعليها أن تقدم الدليل على ذلك طوال مدة العقد.
- 2- إستبعاد المناقصين ناقصي الأهلية بسبب عدم بلوغ السن القانونية ومن حكم عليهم بالإفلاس ومن وضع تحت الحراسة القضائية.
- 3- حظر إشتراك الموظفين في المناقصات.
- 4- إستبعاد الذين لا يحترفون العملية موضوع العقد أو الذين لا ينتمون إلى المهنة والحرفة موضوع المناقصة.

¹ - المرجع السابق، ص 75-76.

ثالثا - مراعاة قواعد الاختصاص الإداري والمالي بإبرام العقود

على جهة الإدارة أن تتأكد من نطاق إختصاصها النوعي والمكاني قبل الشروع بإجراءات التعاقد، وعليها أيضا أن تتأكد من وجود اعتمادات مرصدة للصرف على العقد، وهذه المبادئ عامة يقرها كل من القانون الإداري والقانون المالي، في الدولة وتعتبر من النظام العام، أي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها.

إن القانون الإداري يحدد إختصاص الإدارات النوعي بالنسبة للعقود فبموجب قواعد الإختصاص تتقرر صلاحية الوحدات الإدارية بالتعاقد وبموجب القانون المالي يتحدد مقدار الصلاحيات المالية كأوامر بالصرف على تنفيذ العقود التي تبرمها تلك الوحدات على أن (أوامر الصرف) التي يحددها القانون المالي يجب أن تتقرر وابتداء من لحظة الموافقة على إبرام العقد مادامت قد خصصت له كإعتماد محدد للميزانية، وبالتالي لا يعتبر من (حسن الإدارة) حين التنفيذ ضرورة أخذ موافقات الصرف المالي من الجهات الإدارية العليا، في كل مرحلة من مراحل التنفيذ إذ ينبغي إيداع ميزانية المشروع لدى الجهة المنفذة المشرفة¹، على التنفيذ لتتمكن من الصرف على التنفيذ بمرونة تتطابق طبيعة العمل ومقتضيات السير المنتظم للمرفق العام الذي يتعلق به ذلك العقد.

أما إذا تجاوزت الإدارة المنفذة للعمل أو المشرفة على تنفيذه صلاحيات الصرف بالمجازرة على الإعتماد المالي المخصص بميزانيتها على موضوع العقد فإنها تتحمل مسؤولية ذلك التجاوز من قبل سلطاتها الرئاسية فتسأل تأديبيا أو جزائيا حسب نوع المخالفات.

غير أن ذلك التجاوز لا يؤثر في مركز المتعاقد مادام حسن النية فالعقد يظل قائما ومشروعا أما مجاوزة الإعتمادات المالية فهي مخالفة مالية تهم الإدارة في علاقتها مع جهاتها الرئاسية ولا تهم المتعاقد فإن كان بالإمكان معالجة مقدار التجاوز بقواعد المناقلة بين بنود

¹ - المرجع السابق، ص 77.

الميزانية على وفق ما يحدده النظام المالي للدولة ، فإن المخالفة تكون بسيطة إذ تحل بقرارات المناقلة المسببة، أما حينما تتجاوز المخالفة قدرا كبيرا عما يجوز مناقلته بحيث لا تستطيع الإدارة تغطية نفقات المشروع إلا بميزانية جديدة فإنها تدل على سوء الإدارة البين والذي إذ لم تعالجه الحكومة بأمر صرف مستعجل من إحتياطي الميزانية العام أو بأخذ موافقة تشريعية بذلك، سوف يؤدي إلى توقف تنفيذ المشروع الأمر الذي يصبح معه التعاقد مع الإدارة دائما لها في مقدار ما أداه من أعمال أولا وفي مدى ما أودعه من تأمينات نهائية لديها ثانيا مع الإحتفاظ بحقه بالتعويض عما أصابه من ضرر تقدره المحكمة فيما لو حصل بين الطرفين نزاع قضائي.

وبالإضافة إلى الإعتبارات المالية التي ذكرناها، هناك إعتبارات إدارية تتمثل في الإذن بالتعاقد، حيث لا يمكن إبرام بعض العقود الإدارية إلا بعد حصول السلطة المختصة بالإبرام على إذن بالتعاقد من جهة معينة، وهذا الإذن يختلف بحسب طبيعته عن الإعتماد المالي إذ هو أمر ضروري لا غنى عنه ويصبح العقد بدونه باطلا، على أن الإذن بالتعاقد لا يلزم السلطة المختصة بإبرام العقد، فقد ترى بعد حصولها على تصريح التعاقد بأن لا تتعاقد.

إن الإذن بالتعاقد قد يصدر من السلطة التشريعية، وقد يصدر من الجهات الإدارية العليا في الدولة فالعقود المتعلقة بالقروض العامة وعقود الإمتياز، والعقود المتعلقة بالتصرفات العقارية للدولة، تستلزم موافقة البرلمان في فرنسا، أما العقود قليلة الأهمية وعقود المحليات فتتم بعد أخذ موافقة الجهات الإدارية التي تحددها القوانين¹.

1 - المرجع السابق، ص 77-78.

المطلب الثاني

إجراءات المناقصة

نظم المشرع إجراءات دقيقة للتعاقد عن طريق المناقصة تبدأ بإجبارية الإعلان عنها واستلام العروض ثم فتح الأظرفة وتقييمها ووصولاً إلى إعلان المنح المؤقت وإرساء المناقصة وهو ما نتناوله بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة

يعرف الإعلان عن المناقصة على أنه الدعوى التي توجه للمؤسسات المعنية والمتعاملين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لإعلامهم بموضوع المناقصة حتى يتسنى لهم تقديم عروض بشأنها وذلك قصد إجراء المنافسة بينها وإختيار العرض الأكثر ملاءمة حسب الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط المتعلق به والذي تم إعداده مسبقاً¹، وتظهر أهمية الإعلان في مجال المناقصة كونه يفتح المجال الحقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة لأن البعض منهم قد لا يعلم برغبتها في القيام بالتعاقد هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المتعاملين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا للتعاقد مع الإدارة².

خص المشرع الجزائري الإعلان عن المناقصة بمواد متعددة بين فيها إجبارية الإعلان عنها ومحتوى هذا الإعلان ووسائل نشره أو أوعيته.

أولاً- إجبارية الإعلان عن المناقصة

جعل المشرع الجزائري الإعلان عن المناقصة إجبارياً وذلك عندما يتعلق الأمر بالمناقصة المفتوحة والمناقصة المحدودة والدعوى إلى الإنتقاء الأولي والمسابقة والمزايدة وهذا ما نصت

1- النوي خوشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 203.

2 - مانع عبد اللطيف، طرق إبرام الصفقات العمومية، (رسالة ماجستير)، جامعة أوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، (2007-2008)، ص 70.

عليه المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها مايلي " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:- المناقصة المفتوحة ، المناقصة المحدودة ، الدعوى إلى الإنتقاء الأولي، المسابقة، المزايدة"، وفي حالة إذ لم يتم اللجوء إلى إجراء الإعلان أو تم اللجوء إليه بطريقة غير كافية فإن ذلك يعيب عملية إبرام الصفقة العمومية ككل ويجعلها باطلة حيث يتوجب على القاضي الإداري إذ ما عرض عليه نزاع بشأنه أن يقضي بإلغاء الصفقة بشرط أن يكون ذلك بناء على طلب من صاحب المصلحة وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة بأن الصفقة العمومية التي تبرم دون اللجوء إلى إجراء الإعلان كما هو منصوص عليه في القانون تقع باطلة كما اعتبر أيضا بأن عدم إحترام المواعيد المقررة لتمكين المتنافسين من الإطلاع على دفتر الشروط يعتبر من العيوب الرئيسية في الإجراءات غير أنها لا تعتبر من العيوب الأساسية التي تبطل الصفقة العمومية¹.

ثانيا - محتوى الإعلان عن المناقصة

لا يختلف إعلان المناقصة في كثير من كل الإعلانات الإدارية الأخرى فهو يوجه إلى فئة معينة يتم تحديدها على ضوء الشروط المسبقة التي تم وضعها في دفتر الشروط وقد حددت المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في: 2010/10/07 المعدل والمتمم المتضمن تنظيم الصفقات العمومية البيانات التي يتعين أن ترد في إعلان المناقصة وهي "يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل أو الإنتقاء الأولي.
- موضوع العملية.

¹ - محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، -الكتاب الأول، إبرام العقد الإداري-، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2003، ص 362.

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

يفهم من نص المادة المذكورة أعلاه أن هذه البيانات تتعلق بتحديد طبيعة الدعوى إلى التعاقد بين المناقصة العامة المفتوحة والمناقصة العامة المقيدة أو المغلقة والاستشارة الانتقائية والدعوى إلى الانتقاء الأولي والمزيدة، كما ترتبط بتحديد الوثائق والمستندات الواجب إرفاقها بكل عرض يقدم للمنافسة وكذا مكان سحب دفاتر الشروط ومكان إيداع العروض وأجلها.

ثالثاً - وسائل نشر الإعلان

ميز المشرع بين وسائل نشر الإعلان في مناقصات الجماعات المحلية ومناقصات الهيئات الأخرى حيث أنه فيما يتعلق بمناقصات الجماعات المحلية أي الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات يساوي مبلغها تبعا للتقدير الإداري على التوالي 50 مليون دينار جزائري أو يقل عنها و 20 مليون دج أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات التالية:

- نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين
- الصاق إعلان المناقصة بمقرات الولاية وكافة بلدياتها وغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة والمديرية التقنية المعنية في الولاية¹.

¹ - انظر المادة 49 الفقرة 03-04 من المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 2010/10/07، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

أما فيما يتعلق بمناقصات الهيئات الأخرى فإنه يتوجب نشر الإعلان إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني مع اشتراط أن يتم إدراج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر، وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

الفرع الثاني: فتح الأظرفة

نظم المشرع الجزائري عملية فتح الأظرفة بإحداث لجنة تسمى بلجنة فتح الأظرفة حدد تشكيلتها وبين مهامها التي ضيقها في مناسبات ووسعها في مناسبات أخرى.

أولا - تشكيلة لجنة فتح الأظرفة

استقرت النصوص المنظمة للصفقات العمومية على أنه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة لفتح الأظرفة والتي تم تكييفها لأول مرة ومن خلال المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 على أساس أنها لجنة دائمة وذلك في نص المادة 121، ويكون المشرع قد أصاب بإضفاء صفة الديمومة على لجنة فتح الأظرفة عكس النصوص السابقة التي كانت تنص على إنشاء هذه اللجنة بمناسبة إبرام كل صفقة على حدى¹.

وقد بينت النصوص التنظيمية للصفقات العمومية أن المبدأ العام في تشكيلة هذا النوع من اللجان هو أن يتم بموجب مقرر من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة دون توضيح صفة الأعضاء اللذين يشكلون هذه اللجان ولا المواصفات والمؤهلات التي ينبغي أن يتمتع بها.

¹ - طلاش خليفة، إصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر، نظام الرقابة، (رسالة ماجستير)، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، (2012-2013)، ص 16.

ثانيا - مهام لجنة فتح الأظرفة

تتمثل مهمة لجنة فتح الأظرفة¹ فيما يلي:

- تثبت صحة تسجيل العروض على سجل خاص.
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- دعوة المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا إلى إستعمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاككتاب وكفالة التعهد عندما يكون منصوصا عليها والعرض التقني بحصر المعنى في أجل أقصاه عشرة أيام تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين عند الإقتضاء حسب الشروط المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.
- تحرر لجنة فتح الأظرفة عند الإقتضاء محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 31، 34، 44 من تنظيم الصفقات العمومية.

ثالثا - ميعاد فتح الأظرفة

حدد المشرع ميعاد فتح الأظرفة في المادة 123 من تنظيم الصفقات العمومية الساري المفعول والتي جاء فيها أن فتح الأظرفة التقنية والمالية يتم في جلسة علنية بحضور كافة

¹ - المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 2010/10/07 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012.

المتعهدين اللذين يتم إعلامهم مسبقا خلال نفس الجلسة وذلك في تاريخ وساعة فتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 50 من تنظيم الصفقات العمومية.

مع الإشارة أنه في حالة ما إذا اتخذت المناقصة شكل إجراء الاستشارة الانتقائية فإنه يتم فتح الأظرفة التقنية النهائية والمالية على مرحلتين وإذا اتخذت شكل إجراء المسابقة فإن عملية الفتح تتم على 03 مراحل على أن لا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية وأن لا يتم فتح الأظرفة المالية للمساابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم كما هو منصوص عليه في المادة 34 من تنظيم الصفقات العمومية.

وأخيرا قيد المشرع المصلحة المتعاقدة بضوابط أثناء عملية فتح الأظرفة تتمثل على الخصوص في إلزامها أن تضع في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها الأظرفة المالية إلى غاية فتحها كما بين لها أن إجتماعات لجنة الأظرفة لا تستوجب نصاب معين حيث تصح إجتماعاتها مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين.

الفرع الثالث: تقييم العروض

نظم المشرع عملية تقييم العروض بأن وضعها تحت مسؤولية لجنة تسمى لجنة تقييم العروض بين تشكيلتها ودورها.

أولا- تشكيلة لجنة تقييم العروض:

يقوم مسؤول المصلحة المتعاقدة حسب المادة 125 من تنظيم الصفقات العمومية بتعيين أعضاء هذه اللجنة إستنادا إلى معيار الكفاءة في تحليل العروض وبدائل العروض غير أنه تم إضافة معيار آخر بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يتمثل في الإستناد إلى معيار تحليل الأسعار في حالة تعيين أعضاء اللجنة إضافة إلى المعايير السابق ذكرها من أجل إبراز الإقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة¹.

¹ - طلاش خليفة، المرجع السابق، ص 22.

كما سمح كل من المرسومين الرئاسيين السابقين الذكر المتعلقين بتنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة الإستعانة بكل كفاءة قصد تكليفها بإعداد تقرير تحليلي للعروض ووضعه تحت تصرف لجنة تقييم العروض ويعود ذلك الى ضخامة المشاريع التي تبنتها الجزائر في السنوات الأخيرة وكذا تعقيد مواضيعها الأمر الذي يستدعي إلى الإستعانة بمختلف الكفاءات حسب طبيعة المجال الذي يرجع إلى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة بناء على طلب من لجنة تقييم العروض في حالة ما إذا واجهت صعوبات وعراقيل في تحليل العروض وتقييمها¹.

ثانيا - دور لجنة تقييم العروض:

تقوم لجنة تقييم العروض في البداية بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط وتعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، حيث تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء تلك التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط وفي مرحلة ثانية تتولى دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأول تقنيا مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم للقيام طبقا لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض أقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إذا كان الإختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات ، غير أنه يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبت أنه ترتبت على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت ويجب أن يبين في هذه الحالة حق رفض عرض من هذا النوع كما ينبغي في دفتر الشروط.

¹ - المرجع السابق، ص 22.

وتجدر الإشارة أنه إذا كان العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقفا يبدو منخفضا بشكل غير عادي فانه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بمقرر معل بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة، وفي حالة إجراء الإستشارة الإنتقائية تجري في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين اللذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا من أجل إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية طبقا لدفتر الشروط وفي حالة إجراء المسابقة تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة الفائزين المعتمدين وتدرس عروضهم المالية فيما بعد إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية طبقا لدفتر الشروط¹.

ثالثا - المنح المؤقت:

إشترط المشرع الجزائري أنه يتم تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة على أنه لا تبلغ في هذا الإعلان إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمنح الصفقة مؤقفا، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في نفس الإعلان أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم عروضهم التقنية والمالية بالإتصال بمصالحها في أجل أقصاه 03 أيام إبتداء من اليوم الأول لنشر الإعلان المؤقت للصفقة ، ويتعين أن توضح المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة رقم تعريفها الجبائي وعند الإقتضاء رقم التعريف الجبائي للمستفيد من الصفقة².

¹ - المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 2010/10/07 المعدلة بمقتضى المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 18 يناير 2012.

² - المادة 125 فقرة 11-12 من المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 2010/10/07 المعدلة بمقتضى المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012.

المبحث الثاني

التراضي كمظهر من المظاهر التي تضيق تطبيق مبدأ المنافسة

في مجال الصفقات العمومية

على ضوء ما تم دراسته من أحكام المناقصة فإن هذا الأسلوب هو القاعدة العامة بما يكفل به حق المشاركة لكل المترشحين، كما قيد جهة الإدارة بجملة من الإجراءات سبق بيانها تؤدي في مجملها لفقد الإدارة حريتها في إختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية ويأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية وإبعادها عن المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض عن عارض آخر، فبالرغم من قانون الصفقات العمومية قد أتاح للإدارة هامشا معتبرا في حرية إختيار الطرف المتعاقد، وهذا ما دفع أيضا بالمشروع إلى الاعتراف بنوع من الحرية في إختيار المتعاقد في حالات وظروف معينة لا تكون فيها المناقصة مجدية وهو ما يعرف اصطلاحا بأسلوب التراضي (le gré à gré) ، ويسمى هذا الأسلوب باسم "الإتفاق المباشر" وهو أسلوب أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في إختيار الشخص الذي ستتعاقد معه¹، ولقد تناول المشرع الجزائري كيفية التراضي لأول مرة في المادة 60 من الأمر رقم 67-90 المنظم للصفقات العمومية حيث نصت على ما يلي " تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتفاوض فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنحهم الصفقة لمن تختاره معهم"².

ويعرف التراضي بأنه الأسلوب الإستثنائي في التعاقد الذي تقوم به السلطة المختصة دون التقيد بشكليات المناقصة، وذلك في إطار من المناقشة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد، مع الإحتفاظ بحرية كاملة في إختيار المتعاقد المناسب بشرط الإلتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب³.

1 - ناصر لباد، القانون الإداري - النشاط الإداري -، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، لباد EDITUR، 2004، ص 456.

2 - أنظر المادة 60 من الأمر رقم 67-90 من قانون الصفقات العمومية.

3 - محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص 209.

أما المادة 61 من الأمر 67-90 ذكرت الحالات التي تجيز للإدارة اللجوء إلى التراضي والتي تتمثل فيما يلي:

1- عندما لا يمكن الحصول على الخدمات التي عرضت على المنافسة ولم يقدم في شأنها أي عرض أو قدمت عروض لم يتم قبولها.

2- في الأشغال أو التوريد أو الخدمات التي عرضت على المنافسة ولم يقدم في شأنها أي عرض أو قدمت عروض لم يتم قبولها.

3- في حالات الإستعجال القاهرة كأن يكون هناك خطر وشيك الوقوع من شأنه أن يضر باستثمار عمومي ، ولا يمكن أن يتحمل الآجال الخاصة بالالتجاء إلى المنافسة.

4- في خدمات النقل التي يعهد بها إلى المقاولين العموميين للنقل عن طريق إستئجار السفن والتأمينات عن أنواع الشحن التابعة لها.

5- في كل الأشغال أو التوريد أو الخدمات عندما تستلزم الظروف تنفيذها بصورة سرية.

6- إذا كانت ظروف تسيير وحدات القطاع العام ، المرتبة في أصناف لها أولوية من طرف الهيئة المركزية للتخطيط ، تتطلب توزيعا مسبقا للتوصيات العمومية.

يمكن توجيه ملاحظات هامة مما سبق حول هاتين المادتين تتمثل فيما يلي¹:

أ- إقتصر المشرع الجزائري على ذكر مبدأ المنافسة في هذا الأسلوب دون تحديد الحالات التي تلتزم فيها الإدارة بتطبيق هذا المبدأ.

ب- تمتع الإدارة بحرية كبيرة في إختيار المتعاقد معها

ج- حرية الإدارة في أسلوب التراضي غير موجودة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة

61 من الأمر رقم 67-90.

¹ - قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 65.

كذلك نص المرسوم 82-145 في مادتيه 43 و 26 على أسلوب التراضي لكن تحددت معالم هذا الأسلوب تدريجيا مع صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434 والتعديلات المدخلة عليه لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 96-54 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 98-87 الذي جاء في المادة 24 منه بأن: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة".¹

وقد إحتفظ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بهذه الأحكام مع بعض الخصوصية إذ نصت المادة 20 منه على أنه: "تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي".

وقد عرفته المادة 22 من نفس المرسوم على أنه "التراضي إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة. يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، وتنظم الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة".²

وبناء على ما سبق فإن دراسة أسلوب التراضي ستكون من خلال التعرض لأشكاله وهذا بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 الذي قسمه إلى نوعين وهو التقسيم الذي أورده التنظيم الجديد للصفقات العمومية بحيث أفادت المادة 02/22 منه على أنه يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، وكما حدد المرسوم الرئاسي رقم 02-250 حالات إعمال كل شكل من أشكال أسلوب التراضي بدقة وتفاذي كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له، ويمكن القول في هذا الصدد أن إختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 35 من قانون الصفقات العمومية.³

1 - أنظر المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 98-87.

2 - أنظر المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 98-87.

3 - قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 149.

المطلب الأول

التراضي البسيط

الفرع الأول: تعريف التراضي البسيط

نصت المادة 22 من الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي 02-250 " إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 37 من هذا المرسوم"¹، ومنه يتضح أن التراضي البسيط هو أسلوب مرن تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة بكل حرية ودون إستعمال إجراءات المنافسة، بل تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة بكل حرية ولا يستدعي كذلك حتى إستشارة مسبقة وإنما يتم الإتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر وبالتالي فهي محررة من قيود الرقابة الذاتية.

ومن خلال المادة 25 من المرسوم الرئاسي الجديد أن المشرع جعل المناقصة هي القاعدة العامة في مجال إبرام الصفقات العمومية، واستثناء من ذلك يجوز في الحالات المحددة قانوناً على سبيل الحصر وإبرام الصفقة بطريقة التراضي.²

الفرع الثاني: مزاياه وعيوبه

إن اللجوء إلى مثل هذه الصيغة توفر البساطة والسهولة في الإجراءات وبالتالي سرعة في تلبية الحاجات وريح الوقت ومن أخطر العيوب التي تعترى هذا النوع من التراضي وهو الإتصال مع شخص واحد والتفاوض معه مما يفقدها الشفافية المتوخاة والمرجوة في مثل هذه الإجراءات وما ينجر عنه من مساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين، وبالتالي تصبح إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق قليلة.

وعليه فإن هذه الصيغة تستدعي رقابة أكبر وأخلاقيات أعمق، ومن أجل كل ذلك أحيطت هذه الصيغة بمجموعة من الشروط.³

1 - المادة 22 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 188.

3 - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 165.

الفرع الثالث: مبررات اللجوء الى التراضي البسيط

أولاً- حالات الإستعجال الملح:

في هذه الحالة تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة عن طريق التراضي البسيط شرط أن تتوفر حالة الإستعجال وتكون هذه الحالة معلة بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار تجسد وتحصل في الميدان¹.

وهذا على أن تكون حالة الإستعجال غير متوقعة أي لا يكفي أن يكون الخطر محتملاً لتبرير اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط، إذ ما تعلق الأمر بمجالات الأشغال والخدمات والتجهيزات.

أما في إذ ما تعلق الأمر بمجال التموين فإن حالة الإستعجال هنا تخص تمويناً إستعجالياً يكون هذا التموين موجه لحماية سير الإقتصاد أو لتلبية الاحتياجات الأساسية للمواطنين مثل الأغذية والأدوية والوقود².

ومن ثم فإن المصلحة المتعاقدة ليست حرة في اللجوء الى أسلوب التراضي البسيط بتبرير حالة الاستعجال، لذا يجب عليها إثباته.

وتطبيقاً لهذه الحالة فقد قرر مجلس الوزراء المنعقد في 2003/12/28 تخفيف إجراءات إبرام الصفقات باعتماد صيغة التراضي طبقاً للمادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 وذلك لتحقيق البرنامج الذي يهدف إلى إنجاز 2000 سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولاية بومرداس والجزائر، وكذا يمكن إعطاء مثال آخر على ذلك في حالة تقشي حالة وباء مفاجئ مما يقتضي إقتناء لقاحات غير موجودة ولم يكن ممكناً ولا ملائماً تخزينها مسبقاً.

ثانياً- حالة الإحتكار (الوضعية الإحتكارية للمتعاقل المتعاقل):

في الحالة الثانية التي تسمح باللجوء إلى صيغة التراضي وهذا عندما لا يمكن تنفيذ موضوع الصفقة إلا على يد متعاقل وحيد يحتكر أو يتحكم هذا النشاط أو إنفراده بامتلاك

1 - المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 166-167.

قدرات تكنولوجية تحتاجها الإدارة صاحبة الصفة¹، ومن حالات التحكم بصفة إحتكارية في الخدمة نجد حالة الإحتكار القانوني المنصوص عليها في المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10-236، والذي يشمل في منح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مضطرة لإقتناء حاجاتها من هذه الخدمة لدى هذه المؤسسة، كذلك نجد ضمن هذا الإحتكار ما يسمى بالإحتكار الواقعي وهو الإحتكار الذي لا يتم بنص قانوني ولكن يفرضه واقع السوق، بحيث تكون هذه الخدمة المراد إختيارها من قبل المصلحة المتعاقدة موجودة لدى متعامل وحيد².

ثالثا: حالة المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية

في هذه الحالة تسمح باللجوء إلى صيغة التراضي البسيط بعد أخذ موافقة مسبقة من مجلس الوزراء، وقد أضاف المرسوم الرئاسي الجديد حالة أخرى تمكن من اللجوء إلى التراضي البسيط وذلك عندما يتعلق الأمر بهدف ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج³.

ولا طالما وصفت الفقرة الأخيرة من المادة 37 المشروع بأن له أهمية وطنية ومن المؤكد أيضا أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا لذلك تشدد النص في فرض موافقة مسبقة لمجلس الوزراء.

ونستنتج على كل ما تقدم أن هذه الحالات فرضتها الضرورة لذا وجب التغاضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من إختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في وقت قصير ومعقول وتبقى مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 على سبيل الحصر⁴.

1 - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 33.

2 - النوي خرشي، المرجع السابق، ص 168.

3 - المرجع نفسه، ص 168.

4 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 139.

المطلب الثاني

التراضي بعد الإستشارة

الفرع الأول: تعريف التراضي بعد الإستشارة

هو الإجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب إستشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة مخصصة ومهياة ولذلك دون الشكليات الأخرى ومنه فإن إجراء التراضي بعد الإستشارة لا يخرج عن كونه أسلوب مرن تلجأ فيه المصلحة المتعاقدة إلى التعاقد إداريا، إذ تتحرر من قيود الإجراءات والشكليات الواجبة الاتباع في أسلوب المناقصة¹.

يعتبر التراضي بعد الإستشارة، من الصيغ التفاوضية غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم في التراضي البسيط يتم اللجوء إلى هذا النوع من التراضي في الحالات المنصوص عليها في المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، والمتممة بالمادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 03-301.

الفرع الثاني: مزاياه وعيوبه

من محاسن هذه الصيغة هو تمكين المصلحة المتعاقدة من حصر إستشارتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين².

كما توفر هذه الصيغة البساطة في الإجراءات، إذ ما قرناها بما تقتضيه صيغة إستدراج العروض، وبالتالي تستجيب هذه الصيغة أكثر الى حالات الإستعجال النسبية. وما يؤخذ على هذه الصيغة، هو محدودية المنافسة التي تضمنها، إذ أن المؤسسات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة بصدد التراضي بعد الإستشارة، هي مؤسسات معروفة مسبقا بذاتها³.

¹ - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، (رسالة ماجستير)، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، كلية الحقوق، (2008-2009)، ص 30.

² - المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ - النوي خرشي، مرجع سابق، ص 170.

الفرع الثالث: مبررات اللجوء الى التراضي بعد الإستشارة

يمكن اللجوء إلى صيغة التراضي بعد الإستشارة في الحالات التي حددها التنظيم، حيث قيد التنظيم الأخير للصفقات العمومية على خلاف التنظيم السابق اللجوء الى التراضي بعد الإستشارة بتوافر إحدى حالات المادة 38 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بالمادة 09 من المرسوم الرئاسي 08-338 وهي كالآتي:

أولاً- حالة عدم الجدوى:

1- حالة عدم الجدوى في ظل النصوص السابقة:

يوجد إختلاف بين لجان مراقبة الصفقات في فهم عدم جدوى المناقصة وذلك فيما يخص المناقصة التي ينتج عنها عرض واحد، حيث ذهب الرأي الأول من أن القصد من المناقصة هو خلق منافسة وأن هذه المنافسة لا تكون إلا بوجود أكثر من عرض وإلا كانت المناقصة غير مجدية، وذهب رأي ثاني إلى أن المنافسة تتعدم بالغياب الكلي للعروض وهنا تعتبر المناقصة غير مجدية، وقد إستقر الرأي في المسألة وذلك بالنظر إلى وضعية الخدمة في السوق ودرجة المنافسة واستمر هذا الأمر على هذه الطريقة إلى غاية صدور المرسوم 08-338 والذي عدد الحالات المبررة للجوء إلى التراضي بعد الإستشارة وهي:

- ❖ عندما يتضح أن الدعوى إلى المنافسة غير مجدية، أو عند عدم تسلم أي عرض.
- ❖ إذا ظهر أن العروض المستلمة بعد تقييمها غير مطابقة لدفتر شروط المناقصة أو لعدم بلوغها حد التأهيل التقني¹.

2- عدم جدوى الجدوى في ظل التنظيم الحالي:

وبصدور المرسوم 10-236 حيث أعتبر أن إستلام عرض واحد فقط حالة من حالات عدم جدوى المناقصة، واعتبر أيضا التأهيل التقني لعرض واحد فقط يصبح منتج لحالة عدم الجدوى²، غير أنه يمكن الحكم بعدم جدوى المناقصة والمرور إلى التراضي بعد

¹ - النوي خرشي، مرجع سابق، ص 172.

² - المرجع نفسه، ص 172.

الإستشارة بسبب إعتبار العروض المالية مفرطة أو بسبب إلغاء الإدارة لأحد الإجراءات المناقصة.

ثانيا - حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى مناقصة:

إن الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الإستشارة، إلا أن المشرع لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها، حيث أن مصطلح "الخاصة" أضفى عنها نوع من الغموض وهو ما يؤخذ على تنظيم الصفقات العمومية في هذا الصدد.

ثالثا - حالة بعض أنواع الصفقات ذات الطبيعة الخاصة أو التابعة لهيئات سيادية:

1 - مجالات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

بالرجوع الى المادة 44 فقرة 03 من قانون الصفقات العمومية نجدها تحدد هذا النوع من الصفقات وعلى أن تحدد قائمة الدراسات والخدمات واللوازم والأشغال بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المعني، وعليه فإن الفقرة الثالثة المذكورة أعلاه، جاءت كبديل لما ألغي ضمن المرسوم 82-145 والذي أفرد لهذا النوع من الصفقات لجنة خاصة بها.¹

2 - مجال الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة:

بالرجوع إلى المرسوم 08-338 الملغى نجده أورد هذا النوع من الصفقات غير أنه إشتراط تحديد قائمة لهذه الأشغال، على أن تحدد هذه القائمة بموجب قرار مشترك بين الوزير القطاعي ووزير المالية.²

¹ - انظر المادة 44 فقرة 03 من قانون الصفقات العمومية.

² - انظر المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

رابعاً - حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون للحكومة:

تخص هذه الحالة المشاريع المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون للحكومة أو في إطار الإتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات عندما تنص إتفاقات التمويل على ذلك، تم النص على هذه الحالة في المادة 09 من المرسوم الرئاسي 338-08 المعدلة لنص المادة 38 من المرسوم الرئاسي 250-02 حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لإختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الإستشارة عندما تنص إتفاقات التمويل¹.

وقد نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على إمكانية حصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الإتفاقيات الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى. وما يلاحظ على هذه الحالة أنها لم تحدد المقصود من التمويلات الإمتيازية ولم تبين الكيفية التي يتم بموجبها تحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات وبالتالي توفر للمصلحة المتعاقدة جو للتحايل على تطبيق قانون الصفقات العمومية وهذا من شأنه أن يقضي على الطابع الإستثنائي للتراضي بعد الإستشارة الذي يعتبر كأسلوب ثاني لإختيار المتعامل المتعاقد. ونستنتج مما سبق نكره أن أسلوب التراضي الذي تختاره المصلحة المتعاقدة يتيح لهذه الاخيرة إنجاز المشاريع في وقت قصير مقارنة بأسلوب المناقصة، لما تمتاز به من السرعة والبساطة في كيفية الإبرام.

¹ -انظر المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الفصل الثاني

معوقات مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول: المعوقات القانونية

المطلب الأول: هامش الأفضلية للمنتوج الوطني

المطلب الثاني: حق الإدارة في الإقصاء والاستعلام لبعض المتعاملين

المتعاقدين

المبحث الثاني: المعوقات غير القانونية (الجرائم الواقعة على مبدأ المنافسة)

المطلب الأول: جريمة المحاباة

المطلب الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على

امتيازات غير مبررة

المطلب الثالث: جريمة الرشوة

المبحث الأول

المعوقات القانونية

يعطي هذا المبدأ الحق لكل المتعاملين (المقاولين والموردين) المختصين في نشاط معين بأن يتقدموا بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون تمييز بينهم ومنح جميع الممارسات التي تحد من الدخول في هذا العرض أو وضع شروط غير متكافئة لنفس المتعاملين ولنفس الخدمات مما يؤدي إلى حرمانهم من منافع المنافسة وهذا ما جاءت به المادة 06 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

المطلب الأول

هامش الأفضلية للمنتوج الوطني

في البداية قام المشرع الجزائري بالنص على الأفضلية كمبدأ عام وذلك ما ذهبت إليه العديد من الدول وحتى الإتفاقات الدولية في هذا الشأن والتي تنص جليها على المنتج الوطني. إن هامش الأفضلية لا يطبق إلا بمناسبة الصفقات الوطنية أو الدولية تقتضي دراسة هذه المسألة نظرة في مختلف التنظيمات وكيفية تعامل كل منها في هذا الشأن والتي تميزت بوجود مرحلتين أساسيتين هما:

الفرع الأول: مرحلة 67-90 إلى غاية المرسوم 54-96

المتأمل في نصوص تنظيمات الصفقات العمومية في هذه المرحلة يرى التمييز الواضح والأفضلية التي تميز بها المتعامل الوطني خاصة المتعامل الإقتصادي في القطاع العام وهو الأمر الذي نوجزه ضمن:¹

أولاً - الأفضلية الوطنية ضمن الأمر 67-90

في ظل الأمر 67-90 لم يحدد المشرع هامش الأفضلية للمنتوج الوطني غير أنه مارس تمييز لصالح المؤسسات الوطنية من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية وهذا ما أكدته

¹ - صالح زمال، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، مداخلة 29، جامعة الجزائر، ص 07.

المادة 38 فقرة 02 " وتختار الشركة الوطنية والمؤسسة المسيرة ذاتيا إذا كانتا من بين أصحاب العروض الذين عرضو السعر الأدنى"¹، وهذا بمناسبة عرض إجراءات المزايدة مما يظهر هيمنة القطاع العام ضمن أحكام الصفقات الممنوحة وفقا لإجراء التراضي المواد 60-61. حيث أنه إذ ما تعلق الأمر بمعايير إختيار العروض فإن التمييز يبدو أكثر وضوحا بين القطاعين العام والخاص، وهذا طبقا للمادة 49 " يتم إختيار العروض نظرا لما يلي - السعر إلا إذا كان عرض السعر الأدنى هو مؤسسة أجنبية..."²، خصوصا أن السعر يمثل أكثر المعايير في حسم منح الصفقة.

ثانيا - الأفضلية ضمن المرسوم 1982 ومرسوم 1992

رتب المرسوم رقم 82-145 المتعاملين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منح صفقات المتعامل العمومي طبقا لترتيب المادة 24، وفي ظل أزمة 1986 التي دفعت بالجزائر ومتعاملها العموميين اللجوء إلى الإقتراض الخارجي لتنفيذ استراتيجياتها التنموية وبالتالي وجب عليها الخضوع للمؤسسات المالية المقرضة ومنها البنك الدولي وكان أحد المبادئ هو منح هامش أفضلية يتراوح بين 5% حتى 20% من ثمن التوريدات أو الأشغال، إلا أن المشرع لم يأخذ ذلك بعين الاعتبار ضمن تعديل المرسوم رقم 82-145.

غير أن المرسوم التنفيذي رقم 91-434 بقي على نفس الحال في عدم تحديد هامش أفضلية وتخلي على أسبقية الترتيب التي أقرها مرسوم 1982 ضمن أحكام المادة 24 وبقيت على هذا المنوال إلى غاية 1996 بتعديل المرسوم التنفيذي 91-434³.

الفرع الثاني: مرحلة صدور المرسوم الرئاسي 02-250 إلى غاية المرسوم 10-236

هذه المرحلة عرفت تراجعا في مسألة الأفضلية الوطنية على تحديد نسبة مئوية تمنح للمتعاملين الوطنيين الذين تم قبول عروضهم التقنية، والتي تطبق على العرض المالي.

1 - انظر المادة 38 فقرة 02 من الامر رقم 67-90، المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية.

2 - انظر المادة 49 من الامر رقم 67-90، المؤرخ في 17/06/1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية.

3 - صالح زمال، المداخلة السابقة، ص 08.

أولاً - الأفضلية ضمن المرسوم رقم 02-250

أفادت المادة 19 من قانون الصفقات العمومية على أنه يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15% للمنتج ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفقات وهنا تدارك المشرع النقص الفادح الذي وقعت فيه التنظيمات السابقة وهذا رغم أن المشرع أراد من خلال المرسوم الرئاسي رقم 02-250 تكريس مبدأ المساواة بين المتعاملين الوطنيين والأجانب خلافاً للمرسوم رقم 82-145 الذي أعطى الأولوية للمتعامل الوطني على حساب المتعامل الأجنبي¹، ويجب أن يحدد موضوع الصفة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم العروض وهذا من أجل تطبيق هامش الأفضلية على أن تحدد كليات تطبيق أحكام هذا النص بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة².

ثانياً - الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236

رفع التنظيم الجديد للصفقات العمومية هامش الأفضلية بـ 10 نقاط ليصبح بذلك 25% لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية وهذا ما أفادت به المادة 23 من قانون الصفقات العمومية " يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرون 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 وتخضع الاستفادة من هذا الهامش، في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري كما هو محدد في الفقرة السابقة، ومؤسسات أجنبية، التي تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسات الأجنبية، من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها..، يجب أن يحدد ملف المناقصة بوضوح الأفضلية

1 - ناصر لباد، المرجع السابق، ص 416.

2 - أنظر المادة 02 من القرار الوزاري المشترك في 22/02/2003، المتعلق بكليات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 21، ص 60.

الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية، يحدد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية¹.

يستفيد من هامش الأفضلية إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية ويقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع ويأتي هذا التوجه نتيجة قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث كانت سياسة الحكومة واضحة في تكريس أداة المنتج المحلي وكذا تطبيقا منها للتعليمات الرئاسية المتعلقة بمكافحة الفساد.

تمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة مناقصات وطنية متى كان الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الإستجابة لحاجياتها وهو ما تنص عليه المادة 54 من المرسوم رقم 03-13 والتي نصت على: "عندما يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإن على المصلحة المتعاقدة هذه أن تصدر مناقصة وطنية، مراعاة حالات الإستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم"².

ليس هذا فقط إنما في إطار إختياره مكاتب الدراسات دعت الحكومة لتقليص من اللجوء إلى مكاتب الدراسات الأجنبية واقتصارها على المشاريع الكبرى للمنشآت الأساسية وهذا ما عبرت عنه العديد من الجهات المختصة بنية الحكومة في التقليص من حصة المتعاملين الأجانب في هذا المجال.

1 - أنظر المادة 23 من قانون الصفقات العمومية.

2 - أنظر المادة 54 من المرسوم 03-13، المؤرخ في 13 جانفي سنة 2013، الجريدة الرسمية عدد 02.

المطلب الثاني

حق الإدارة في الإقصاء والإستعلام لبعض المتعاملين المتعاقدين

تتمتع المصلحة المتعاقدة بقدر من الحرية في ممارسة حق حرمان بعض المتعاملين من التقدم إلى الصفقة العمومية وقد يكون هذا المنع والحرمان كجزاء بسبب التنفيذ المعيب لإلتزام سابق وهو ما يعرف بالحرمان الجزئي.

كما يمكن أن يكون كإجراء وقائي لتهيئة الجو لصالح المنافسة تتخذه الإدارة مراعاة منها لإعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ويطلق عليه الحرمان الوقائي¹.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخصص الصفقة العمومية للمتعامل الذي تراه قادرا على تنفيذها، وللمصلحة المتعاقدة كافة الطرق القانونية التي تراها مناسبة للإستعلام على المتعامل المتعاقد معها في جهة أخرى حول قدراته ووضعته المالي.

الفرع الأول: حق الإدارة في إقصاء بعض المتعاملين من المشاركة

لقد جاءت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 10-236 لتعلن عن إقصاء مؤقت أو نهائي لمتعاملين ممن هم في وضعية ورد وصفها في نفس المادة.

وبالرجوع إلى القرار الوزاري بتاريخ 28 مارس 2010 نجده قد قسم حالات الإقصاء إلى قسمين، إقصاء مؤقت وإقصاء نهائي وبدوره قسم الإقصاء المؤقت إلى إقصاء تلقائي وآخر بموجب مقرر.

أولاً- الإقصاء المؤقت

ينقسم الإقصاء المؤقت إلى قسمين إقصاء يتم بصفة تلقائية وهو ما يسمى بالإقصاء المؤقت التلقائي أي لا يحتاج لصدور مقرر يبين حالته وإقصاء يتم إثباته بمقرر يكون صادر عن الجهة المختصة ويبين حالاته.

¹ - إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص 102.

1- الإقصاء المؤقت التلقائي:

أ- حالات الإقصاء المؤقت التلقائي:

وهو الإقصاء الذي لا يحتاج صدور مقرر يثبته لأنه يصدر تلقائي ومنه فيكون المتعامل في وضعية إقصاء تلقائية متى توافرت فيه أحد الحالات التي سنذكرها حيث نصت المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2010 على حالات الإقصاء المؤقت.

- المتعاملون الذين هم في وضعية تسوية قضائية أو صلح.
- المتعاملون الذين لم يستوفوا واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- المتعاملون الذين لم يستوفوا إجراء الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
- المتعاملون الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي.
- المتعاملون الذين ثبتت ادانتهم بصفة نهائية من قبل القضاء وهذا بسبب مخالفتهم لأحد التشريعات المبينة كما يلي:

✓ مخالفة القانون 81-10 المؤرخ في 11 يوليو 1981 والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.

✓ مخالفة القانون 83-14 المؤرخ في 02 يوليو 1983 المعدل والمتمم والمتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي.

✓ مخالفة القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

✓ مخالفة القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المعدل والمتمم.

✓ مخالفة القانون رقم 04-19 المؤرخ في 25 ديسمبر 1990 المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل¹.

¹ - أنظر المادة 03 من المرسوم الوزاري، المؤرخ في 28 مارس 2010.

باستخلاص نص المادة 03 نجد أن المشرع كأنما أراد أن يحصر مجال المنافسة على المتعاملين الذين تكون وضعيتهم سليمة والذين يخضعون ويطبّقون القوانين التي لها علاقة بهذا المجال وطالما ثبتت المخالفة فهؤلاء هم في نظر القانون خارج مجال المنافسة إلى غاية تسوية وضعيتهم حتى يتسنى لهم المشاركة ولذلك يسمى هذا الإقصاء بالإقصاء التلقائي المؤقت¹.

*مدة الإقصاء المؤقت التلقائي:

نصت المادة 05 من القرار الوزاري على أن مدة الإقصاء المؤقت التلقائي:

- حالة الغش الجبائي: يكون الإقصاء لمدة 10 سنوات.
- حالة فسخ الصفقة على مسؤولية المتعامل وحالة مخالفة تشريع العمل والضمان الاجتماعي: يكون الإقصاء لمدة سنتين.
- حالة التصريح الكاذب والمخالفة التي تمس بالنزاهة تكون مدة الإقصاء خمس (05) سنوات².

ب- حالة الإقصاء المؤقت بموجب مقرر:

- وهو الإقصاء الذي يحتاج لصدوره مقرر يثبت الوضعية وقد بينت المادة 04 من القرار الوزاري حالات الإقصاء المؤقت بموجب قرار وهي:
- ✓ المتعاملون الذين قاموا بتصريح كاذب.
 - ✓ المتعاملون الذين صدر ضدهم قرار فسخ الصفقة للمرة الثانية تحت مسؤوليتهم وهذا بعد إستنفاد طرق الطعن المقررة قانونا.
 - ✓ المتعاملون الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية³.

1 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 157.

2 - أنظر المادة 05 من القرار الوزاري، الصادر بتاريخ 28 مارس 2010.

3 - أنظر المادة 04 من القرار الوزاري، الصادر بتاريخ 28 مارس 2010.

ثانياً - الإقصاء النهائي:

ينقسم الإقصاء النهائي إلى قسمين إقصاء نهائي تلقائي وإقصاء نهائي بموجب مقرر

1- الإقصاء النهائي التلقائي:

هو الإقصاء الذي لا يحتاج إلى مقرر يثبته فهو موجود بمجرد ثبوت الحالة أو الوضعية.

أ- حالاته:

نصت المادة 07 من القرار الوزاري على مايلي:

- المتعاملون الذين هم في وضعية إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط.
- المتعاملون الذين هم محل إجراء الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط.
- المرتكبون لجريمة الغش ومرتكبو المخالفات الخطيرة في مجال الجباية والجمارك والتجارة والمسجلون في البطاقة الوطنية.
- المتعاملون المسجلون في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية تطبيقاً للمادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236¹.

2- الإقصاء النهائي بموجب مقرر:**أ- حالاته:**

هو الإقصاء الذي يحتاج لصدوره مقرر يثبت الوضعية من الوزير المعني أو الوالي أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة عن إرادته في إزاحة متعامل ما بعد توافر حالات الإقصاء النهائي.

وقد بينت المادة 08 من القرار الوزاري الصادر بتاريخ 28 مارس 2010 حالتين هما:

✓ الأجانب الذين إستفادوا من صفقة وأخلوا بالتزاماتهم في المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

✓ المتعاملون الذين ثبت إرتكابهم لمخالفات خلال فترة محددة بالمعاودة أو العود².

¹ - راجع المادة 07 من القرار الوزاري، الصادر بتاريخ 28 مارس 2010.

² - راجع المادة 08 من القرار الوزاري، الصادر بتاريخ 28 مارس 2010.

وعليه فقد كرس المرسوم الجديد لمبدأ مكافحة الفساد بكل اشكاله ونص على تطبيق التشريع المعمول به في كل المجالات وألزمه على كل متعامل سواء كان وطنيا أو أجنبيا، حتى يتسنى لهذا الأخير حق المشاركة الذي يكون مكفول متى توافرت الشروط المعلن عنها، حيث لا يجوز للمتعامل في حالات الإقصاء المذكورة سابقا الإحتجاج بمبدأ المساواة التذرع به مادام حق المشاركة مخالف لجملة من النصوص القانونية ذات الصلة بمنظومة الصفقات العمومية¹. في كلتا الحالتين فإن المصلحة المتعاقدة وهي تمارس هذا الحق تخضع لرقابة القضاء لأنه يضيق كثيرا من دائرة حق الادارة في إصدار قرارات الحرمان التي تعود سلطتها التقديرية إذ لا يسمح باستعماله إلا لأسباب نص عليها القانون².

الفرع الثاني: الحق في الإستعلام والإطلاع لدى المصالح المتعاقدة

لإعلان عن إجراء صفقة عمومية من طرف المصلحة المتعاقدة تكون هذه الأخيرة مقيدة باتباع أسلوب معين، حيث تحترم فيه الأسس والمبادئ التي يقوم عليها كل أسلوب سواء كانت مناقصة أو تراضي، وكذلك قد تم الإعتراف لهذه الأخيرة بحق التأكد من قدرات المتعهدين ومواصفاتهم حتى يكون إختيار هذه الأخيرة إختيارا سديدا.

وتطبيقا لأحكام المادة 29 من المرسوم رقم 02-250 التي تقيد على وجوب تخصيص المصلحة المتعاقدة الصفقة للمتعامل الذي تعتقد أنه قادر على تنفيذها كيفما كانت طريقة الإبرام المقررة، ولهذا يمكنها إستعمال أية وسيلة قانونية، تراها مناسبة في ذلك لاسيما الإستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق التعامل معها، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج³.

فبالإضافة إلى حق المصلحة المتعاقدة في أن تطلب كل ما تراه ضروريا حتى تشكل صورة واضحة حول الوضع المالي للمتعهدين، من أية جهة إدارية أخرى أو على مستوى البنوك وتطبيقا لأحكام المادة 40 من قانون الصفقات العمومية، جعل للمصلحة المتعاقدة وسيلة أخرى تعتبر بمثابة شهادة إثبات حالة، إذ جاز لنا تسميتها كذلك، حيث ترصد الإدارة للمتعاملين معها

1 - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 160.

2 - إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 104.

3 - انظر المادتين 33-34 من المرسوم رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

مجموعة من البطاقات تثبت فيها بصفة منتظمة محاسنهم وأخطاءهم وتحين بانتظام أما محتوى هذه البطاقات وشروط تحيينها فتحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية¹، وهي كالتالي:

- بطاقة وطنية: على مستوى الإدارة المركزية.
- بطاقة قطاعية: تمسك على مستوى كل قطاع (قطاع التربية، الفلاحة، الصحة....).
- بطاقة على مستوى كل مصلحة.

ويحدد محتوى كل بطاقة وشروط تحيينها بقرار من الوزير المكلف بالمالية وقد صدر قرار وزير التجارة المؤرخ في 15/04/1984 لبيّن كليات تطبيق ومسك هذه البطاقات².

¹ - انظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 03-13، المؤرخ في 13 يناير سنة 2013.

² - هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 178.

المبحث الثاني

المعوقات غير القانونية (الجرائم الواقعة على مبدأ المنافسة)

المطلب الأول: جريمة المحاباة

هي الجنحة المنصوص عليها في المادة 26 الفقرة الأولى من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وجريمة المحاباة هي حصول الغير على مزايا غير مبررة، كحال الذي يفوز بصفقة عمومية إستفاد بها هذا الأخير من معلومات إمتيازية أهلتة للفوز بالصفقة، كنتيجة تسريب هذه المعلومات من طرف المتعامل العمومي¹.

ومنه يمكن القول بأن المحاباة في مجال الصفقات العمومية هي تفضيل مترشح على مترشح آخر في صفقة عمومية بدون وجه حق، لتحقيق مصالح معينة وهذا ما يخل بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقات العمومية، وعليه فإن جنحة المحاباة هي التي تثبت إستفادة الغير من إمتيازات ومزايا غير مبررة، وبالرجوع الى المادة 128 مكرر الفقرة الأولى من قانون العقوبات الملغاة نجدها حصرت التجريم في عدم مراعاة الإجراءات مما جعل جريمة المحاباة لا تتسع لكل ما من شأنه أن يمكن الغير من الحصول على مزايا غير مبررة².

والغاية من تجريم هذا الفعل هو لضمان وتحقيق المساواة بين كل المترشحين للنيل بالصفقة العمومية، وكل هذا جعل المشرع الجزائري بإعادة النظر في تجريم كل خرق للأحكام التشريعية واللوائح التنظيمية في مجال الصفقات العمومية وذلك بعد إدراج هذه الجريمة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

وعليه سنتناول في مطلبنا هذا أركان الجريمة في (الفرع الأول) والعقوبات المقررة لها في

(الفرع الثاني).

¹ - احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص - جرائم الموظفين وجرائم الأعمال وجرائم التزوير -، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 68.

² - المرجع نفسه، ص 69.

الفرع الأول: أركان الجريمة

أولاً - الركن المادي

01- النشاط الاجرامي:

نكون أمام نشاط إجرامي في جريمة المحاباة بأن يقوم الجاني بالمنح عمدا للغير إمتياز غير مبرر عند إبرام أو تأشير أو مراجعة عقد أو إتفاقية أو صفقة عمومية أو ملحق ودون النظر لأحكام التشريعية والتنظيمية التي تضمن حرية الترشح والمساواة والشفافية في الإجراءات للمتشحين.

حيث تقوم الجريمة بمجرد قيام المؤهل قانونا وبإسم الدولة أو الهيئة العمومية بإبرام الصفقة وتكمن المخالفة هنا بخرق إجراءات إختيار المتعامل المتعاقد، وكذا مخالفة كفاءات إبرام الصفقة على النحو المعمول به في قانون الصفقات العمومية.

وقد تأخذ جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية عدة صور نذكر منها:

أ-مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الإستشارة:

في حالة اللجوء غير المبرر للشراء بالفاخرة، أي الصفقات التي لا تتطلب شكلية أولية وذلك عن طريق تجزئة الصفقة¹.

فكل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم، وأربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات، لا يقضي وجوبا إبرام صفقة عمومية².

ويلجأ الى هذه الوسيلة أي تجزئة الصفقة العمومية، لتفادي إجراءات الوضع في المنافسة (كعدم نشر إعلان المناقصة)³، تجزئة الصفقة العمومية غالبا ما تكون مرتبطة بتحرير فواتير مزورة سواء في المبلغ أو في التاريخ أو في طبيعة أداء الخدمة وذلك من أجل إظهار الحد

1 - المرجع السابق، ص75.

2 - المادة 06-01 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

3 - المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

الأقصى للمبلغ الذي يتطلب إجراء مناقصة لم يتم بلوغه في حين أن الأشغال المنجزة تفوق ذلك المبلغ¹، وتكون هذه الفواتير عموماً من فعل شركات تابعة للشركات المستفيدة من الصفقة. وما يلاحظ في هذا الصدد فإن المشرع غالباً ما يمنع اللجوء إلى تجزئة محل العقود لأنها حسب طبيعتها تؤدي إلى التهرب من الشروط والقواعد والإجراءات الموضوعية لقيمة العقد قبل تجزئته وهذا أمر محضور، لذلك لا يجوز اللجوء إلى تجزئة محل العقود التي ينظمها القانون بقصد التحايل لتقاضي الشروط والقواعد والإجراءات المنصوص عليها في التشريع المعمول به². والقاعدة العامة المعمول بها في مجال إبرام الصفقات العمومية هو أن اللجوء إلى إجراء التراضي يعد إستثناء لهذه القاعدة وبهدف حصر الوضع في المنافسة على بعض المتعاملين واللجوء إلى إجراء التراضي بدعوى أن المشروع يتطلب مهارة خاصة وهو ما يشكل صورة من صور المحاباة، فإفشاء الموظف العام سرية بعض المعلومات بأي صورة من شأنها تخفيض الإنتاج أو تقويت فرصة إقتصادية على الدولة كالمعلومات المتعلقة بالعقود أو المناقصات والمزايدات³، يعد مرتكباً لجريمة المحاباة في مجال الصفقات العمومية.

ب- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض

كرس المشرع الجزائري لمبدأ شفافية المنافسة وذلك فيما يخص إجراءات منح الصفقات العمومية، حيث لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين، بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لإختيار الشريك المتعاقد⁴، فتقوم الجريمة في حالة التفاوض مع بعض المترشحين بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عرضهم حتى يضعوا أنفسهم موضع من يقترح أحسن عرض وذلك بتقديم كشف جديد (devis). فاللجوء إلى التفاوض بعد فتح العروض بنية تعديل العرض

1 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 76.

2 - ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات - القانون واللائحة وأحكام المحاكم -، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 494.

3 - نواف سالم كنعان، "الفساد الإداري المالي، أسبابه، آثاره، وسائل مكافحته"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 33، يناير 2008، ص 116.

4 - المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

من أجل الحصول على الصفقة يشكل في حد ذاته جنحة المحاباة، لأن هدف هذا المبدأ هو ضمان المساواة في الحظوظ بين المترشحين.

كذلك يشكل الإبعاد التعسفي لبعض المترشحين بطريقة غير شرعية صورة من صور الجريمة، كما قد تقوم الجريمة أثناء مخالفة الإجراءات المعمول بها أثناء مراجعة الأسعار، وهذا كله بغرض منح إمتيازات غير مبررة للمتعامل من أجل الفوز بالصفقة على حساب المترشحين الآخرين¹.

ج- مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة

بعد أن يتم تخصيص الصفقة، فقد يتم تنظيم صفقات تصحيحية وصفقات التسوية مخالفة للتشريع والتنظيم الساري العمل به فالصفقات التصحيحية: تخصص بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة ويتم تسويتها كي تظهر مظهر الشرعية، عن طريق تنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال قد أنجزت.

أما بالنسبة للملحقات فإنه يتم اللجوء إليها من أجل تخصيص أشغال إضافية لمؤسسة يتم إختيارها بدون اللجوء إلى إجراءات جديدة لعرض الصفقة على المنافسة أي يعني أنه اثناء تنفيذ الخدمات قد تطرأ مستجدات تؤدي إلى تعديل بند أو أكثر من الصفقة ودون المساس بجوهر موضوع الصفقة، وهكذا قضى بقيام الجريمة في قضية تتلخص وقائعها كالتالي:

بعدما يعدل محل الصفقة بصفة غير شرعية، وهذا بإلغاء أداء خدمة من أجل تفضيل مؤسسة، تم بعدها إبرام ملحق مع تلك المؤسسة لإعادة أداء تلك الخدمة بغية العودة إلى الصفقة الأولى².

وعليه يمكن القول أن الجريمة لا تقوم إلا في حالة ما إذا كانت المخالفات المرتكبة لها تأثير على تخصيص الصفقة وعلى القرار الصادر بشأنها.

1 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 77-78.

2 - المرجع نفسه، ص 79-80.

د- مخالفة أحكام التأشير

ينبغي على المصلحة المتعاقدة أن تفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية الى المصلحة المتعاقدة والمراقب المالي والمحاسب المكلف¹. حيث أنه لا يجوز تنفيذ أي عقد أو صفقة من دون تأشيرة وهذا يدخل في صلاحية رقابة لجان الصفقات العمومية.

كما تودع المصلحة المتعاقدة نسخة من مقرر التأشيرة على الصفقة أو الملحق وجوبا مقابل وصل إستلام في غضون 15 يوم الموالية للإصدار لدى المصالح المختصة إقليميا في الإدارة الجبائية²، ينبغي أن يكون التأشير على الصفقة حسب ما ينص عليه التشريع المعمول به في مجال الصفقات العمومية، وعليه تقوم جنحة المحاباة في حالة خرق أحكام التأشير على الصفقة العمومية بغرض منح أحد المتعاملين إمتياز غير مبرر.

ثانيا: الركن المعنوي

إن السلوك الإجرامي، سواء كان فعلا أو تركا، مرتكبا من قبل شخص طبيعي أي كان لقيام الجريمة، بل لابد أن نجد لدى الفاعل ركنا غير مادي هو ما يسمى بالركن المعنوي. فالقوانين المعاصرة لم تعد تكتفي بالفعل المادي وحده، بل تتطلب معرفة الحالة النفسية التي أدت بإنسان عاقل إلى ارتكاب هذا الفعل، فقد أصبح على القاضي أن يعيد الحالة النفسية التي كانت تختلج في ذهنية الفاعل أثناء ارتكاب الفعل المادي الظاهر، لكي يستطيع محاسبته معنويا على الجريمة³، وجريمة المحاباة جريمة قصدية تتطلب توافر القصد العام وكذا القصد الخاص المتمثل في إعطاء إمتيازات للغير مع العلم بأنها غير مبررة.

1 - المادة 1/166 المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 - المادة 02/166 المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

3 - زوليخة زوزو، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، (رسالة ماجستير)، جامعة

قاصدي مرياح، ورقة، (2011-2012)، ص 68.

1- القصد العام:

والقصد العام في جريمة المحاباة هي إتجاه إرادة الجاني إلى مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال الصفقات العمومية، مع علم الجاني بأن الفعل الذي قام به هو مجرم قانونا، ويتحقق الركن المعنوي في جريمة المحاباة في علم الموظف واتجاه نيته إلى مخالفة التشريع المتعلق بالصفقات العمومية¹.

2- القصد الخاص:

يتمثل القصد الخاص في جريمة المحاباة في إعطاء إمتيازات للغير مع العلم بأنها غير مبررة هذا الفعل يشكل جريمة.

ولابد من إبراز القصد الجنائي في الحكم والذي يستخلص من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية، فمثلا قضى في فرنسا بقيام القصد الجنائي على أساس أن الجاني يمارس وظائف إنتخابية منذ مدة طويلة وأن له تجربة كبيرة في إبرام الصفقات العمومية².

الفرع الثاني: العقوبة المقررة لجريمة المحاباة

حدد المشرع نصوص قانونية لمرتكبي جريمة المحاباة، وهذا ما تضمنه قانون الوقاية من الفساد ومكافحته غير أن اللافت في هذا القانون هو تخلي المشرع عن العقوبات الجنائية وإستبدالها بعقوبات جنحية، كما حدد المشرع لهذه الجريمة عقوبات أصلية تتمثل في الحبس والغرامة المالية، بالإضافة إلى عقوبات تكميلية.

¹ - جباري عبد الحميد، " قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته "، مجلة الفكر البرلماني، العدد الخامس عشر، فيفري 2007، ص 106.

² - احسن بوسقيعة، المرجع سابق، ص 81.

أولاً - العقوبات الأصلية:**1-العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:**

يعاقب المشرع على جريمة المحاباة في المادة 26 بالحبس من سنتين (02) إلى عشرة (10) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليون 1.000.000 دج¹، كل موظف عمومي يمنح عمدا للغير إمتياز غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

02- العقوبات الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

أقر المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته وممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك، وأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك²، وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة (01) خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، وحسب المادة 53 من مكافحة الفساد أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج الى 5.000.000 دج.

ثانيا - العقوبات التكميلية:

هي العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية إلا في الحالات التي نص عليها القانون صراحة سواء كانت اختيارية أو إجبارية كما ميز المشرع الجزائري في تحديده العقوبات التكميلية بين المقررة للشخص الطبيعي والمقررة للشخص المعنوي.

¹ - المادة 26 من القانون رقم 06-01، المعدلة بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 اوت 2011 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

² - المادة 51 مكرر من الأمر 66-155، المتضمن قانون العقوبات المتمم بموجب المادة 05 من القانون 04-15، المؤرخ في 10 نوفمبر، جريدة رسمية عدد 71، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

1- العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

أ- الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية: يتمثل هذا الحرمان في:

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف أو المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة.
 - الحرمان من حق الإنتخاب أو الترشح من حمل أي وسام.
 - عدم الأهلية لأن يكون مساعدا أو محلفا أو خبير، أو شاهد على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء على سبيل الإستدلال.
 - الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس وفي إدارة مدرسة أو الخدمة أو الخدمة في مؤسسة التعليم بوصفه أستاذ أو مدرسا أو مراقبا.
 - عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.
 - سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.
- وفي حالة الحكم بعقوبة جنائية، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه لمدة أقصاها 10 سنوات تسري من يوم إنقضاء العقوبة الأصلية¹.

ب- تحديد الإقامة:

إجبار المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة معينة في الحكم ولا يجوز أن تتجاوز مدته المدة المقررة قانونا.²

ج- المنع من الإقامة:

لا يجوز أن تفوق مدة إقامة المحكوم عليه في بعض الأماكن مدة خمس (05) سنوات في مواد الجرح، كذلك الحال في الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية ويطبق المنع من يوم إنقضاء العقوبة الأصلية³.

1 - المادة 09 مكرر من الأمر رقم 66-155 معدل ومتم بموجب المادة 04 من القانون رقم 06-23، المتضمن قانون العقوبات.

2 - منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجزائري العام-فقه، قضايا-، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص 238.

3 - المادة 02/12 من الأمر رقم 66-155 معدل ومتم بموجب المادة 05 من القانون رقم 06-23، المتضمن قانون العقوبات.

د- المصادرة:

هي عقوبة إجبارية تتمثل في مصادرة الأشياء التي تسلمها المستفيد من الجريمة¹.

هـ- الإقصاء من الصفقات العمومية:

هو إقصاء صاحب العطاء الذي صدر في حقه حكم نتيجة لإرتكابه جريمة من جرائم الصفقات العمومية من الدخول في المناقصات التي تعلن عنها الإدارة وهذا يعتبر جزاء يوقع عليه وذلك لأخطاء إرتكبها الشخص الطبيعي أو المعنوي في تعاقداته السابقة مع الإدارة². ويترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة في أية صفقة عمومية كانت مباشرة أو غير مباشرة لمدة تزيد عن 05 سنوات في حالة الإدانة³.

02- العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

حدد المشرع العقوبات التكميلية للشخص المعنوي في قانون العقوبات وهي كالآتي:

أ- حل الشخص المعنوي:

يعتبر الحل من العقوبات التي تمس بالوجود القانوني في الشخص المعنوي وهو من أقصى العقوبات، وأن المشرع لم يجعلها وجوبية حيث ذكر واحدة أو أكثر من العقوبات⁴.
ب- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات:

ويعني وقف الترخيص لمزاولة النشاط لمدة لا تتجاوز 05 سنوات وفي هذه المدة لا يجوز بيع المؤسسة أو التصرف فيها طوال مدة الغلق وايضا هي من العقوبات المؤقتة خلاف الحل الذي يعني الإنهاء الكلي⁵.

1 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 82

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية - الإبرام، التنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والزيادات-، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 157.

3 - المادة 16 مكرر 02 من الأمر رقم 66-156 متمم بموجب المادة 06 من القانون رقم 06-23.

4 - محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 78.

5 - المرجع نفسه، ص 54.

ج- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات :

يعني حرمان الشخص المعنوي من المساهمة في أي صفقة تكون الدولة أو أحد مؤسساتها العامة، والقصد منه هو إبقاء الهيئة للمال العام والحفاظ على مصالح الوطن¹.

د- مصادرة الشيء الذي أستعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها:

المصادرة تعني نزع ملكية مال من صاحبه جبرا عنه وإضافته إلى ملك الدولة أو الخزينة العامة دون مقابل والمصادرة كعقوبة تمتاز بأنها غير رضائية وأنها دون مقابل وأيضا قضائية².

¹ - عبد الغني حسونة، الكاهنة زواوي، " الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام "، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 215.

² - محمد أبو العلا عقيدة، المرجع نفسه، ص 55.

المطلب الثاني

جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة

هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 26 فقرة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي حلت محل المادة 128 مكرر فقرة الثانية والتي تضمنت جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية وعليه سنتناول في هذا المطلب الأركان التي تقوم عليها الجريمة في (الفرع الأول) والعقوبات المقررة لها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان الجريمة

أولا - صفة الجاني:

أشارت إليه المادة 02/26 إلى التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري¹.

فبعد أن اشترط المشرع صفة معينة في الجاني أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص، عدل عن اشتراط صفة معينة بأن أضاف بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي فالمطلوب هنا أن يكون الجاني عون اقتصادي خاص ولا يهم بعد ذلك إن كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يعمل لحسابه أو لحساب غيره².

¹ - المادة 02/26 من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخ في 08 مارس 2006، ص 09.

² - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 84.

ثانياً - الركن المادي:

تتحقق جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات مبررة بإبرام الجاني أي أن يكون تاجراً أو صناعياً أو مقاولاً عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها ويستفيد هذا الأخير من تأثير أو سلطة هيئات 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 التمويل¹، يتحلل الركن المادي إلى عنصرين أساسيين وهما النشاط الإجرامي والغرض منه:

01- النشاط الاجرامي:

يتمثل في إستغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الهيئات الخاضعة للقانون العام، وعدد المشرع هذه الإمتيازات من خلال المادة 02/26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وهي:

أ- **الزيادة في الأسعار:** بما أن السعر هو العنصر الحاسم في عملية الإسناد، فإن لجنة البت تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمناً ويعرف بمبدأ آلية المناقصة، ويتم في ذلك التأكد من العناصر التالية:

- وضع كل الأسعار لمختلف بنود كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري من طرف المتعهد وعدم إضافته لأي سعر آخر.
- مطابقة الأسعار بين كشف أسعار الوحدة والبيان الكمي والتقديري والأخذ بعين الإعتبار عند عدم المطابقة للسعر الوارد بالحرف في كشف أسعار الوحدة وتصحيح مبلغ العرض على أساس ذلك²، مثال ذلك لو أبرم تاجر عقد 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 مستغلاً بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية³.

1 - المادة 02/26 من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 - هبة سردوك، المرجع السابق، ص 172.

3 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 85.

ب- التعديل في نوعية المواد:

حدد قانون الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة والتي يتم النص عليها في دفتر الشروط، الضمانات التقنية والمالية، السعر والنوعية وآجال التنفيذ، المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتج... الخ¹، فالأمر هنا يتعلق بنوعية المواد التي تطلبها الإدارة من حيث الجودة والنوعية فيتعهد الجاني إلى تقديم مواد أقل جودة وبنفس السعر مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين.

ومثال ذلك: كما لو أبرم عقد لتزويد البلدية بأجهزة من نوع IBM الأصلي فتم تزويدها بأجهزة من نوع آخر أقل جودة وعلى أساس نفس السعر².

ج- التعديل في نوعية الخدمات:

إذ يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة وأحد مؤسساتها، ويتعلق الأمر بنوعية معينة من الخدمات كأعمال لصيانة أجهزة البلدية على أن يقوم بها مهندسون مختصون فصليا فلا يقوم بها المتعامل المتعاقد مع البلدية إلا مرة واحدة في السنة مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات³.

د- التعديل في آجال التسليم أو التموين:

كما هو الحال بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال حيث يلتزم المتعامل المتعاقد لمدة معينة لإنجاز هذه الأشغال تم النص عليها في الصفقة، فيتعهد هذا الأخير تأخير إنجازها بدون وجود أسباب جدية تمنعه من إتمام الأشغال، ومثال ذلك: كما لو تم الإتفاق على تسليم أجهزة الكمبيوتر للبلدية في أجل شهر من إبرام العقد غير أنه لا يتم تسليمها إلا بعد مرور سنة على إبرام العقد⁴.

1 - المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 85.

3 - المرجع نفسه، ص 86.

4 - المرجع نفسه، ص 87.

ثالثاً - الركن المعنوي للجريمة:

لقيام جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة لابد من توافر القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص.

01- القصد العام: يتمثل القصد الجنائي العام لهذه الجريمة في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة واستغلال هذه النفوذ لفائدته، مع علم الجاني أن الجهة التي يسعى الحصول على مزية منها هي سلطة عامة أو جهة خاضعة لإقتراها¹.

02- القصد الخاص: تتطلب هذه الجريمة توافر القصد الخاص المتمثل في نية الحصول على إمتيازات مع العلم أنها غير مبررة²، وهي الزيادة في الأسعار، التعديل في نوعية المواد، التعديل في نوعية الخدمات، التعديل في آجال التسليم، التعديل في آجال التموين.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة إستغلال نفوذ أعوان الدولة

يطبق على هذا الفعل عقوبات أصلية وعقوبات أخرى تكميلية وهي نفس العقوبات المقررة لجنحة المحاباة.

أولاً - العقوبة الأصلية: يميز المشرع بين العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي والمقررة للشخص المعنوي.

1-العقوبات الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

يعاقب المشرع على جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات غير مبررة في المادة 26 منه "بالحبس من سنتين(02) إلى عشر(10) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار 200.000 دج الى مليون 1.000.000 دج³.

¹ - مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات -القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة -، الجزء الأول، دار الفكر

العربي، القاهرة، مصر، 1988، ص 192.

² - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 86.

³ - المادة 26 من قانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص وبصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم ولو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ويستفيد من سلطة أو تأشير أعوان هذه الهيئات من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو اجل التسليم أو التموين"¹.

2- العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

أقر المشرع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، حيث يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للقواعد المقررة في قانون العقوبات.² وقرر المشرع الغرامة المالية كعقوبة أصلية والتي تساوي من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة³ وحسب المادة 53 من قانون مكافحة الفساد أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج و5.000.000 دج.

ثانياً - العقوبات التكميلية:

نص المشرع أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في القانون، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات⁴، وعليه فإن المشرع لم يميز بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي هي ذاتها العقوبات المقررة لجنحة المحاباة.

1 - المادة 26 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 - المادة 53 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3 - المادة 51 مكرر من الأمر رقم 66-155، المتضمن قانون العقوبات المتمم بموجب المادة 05 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، جريدة رسمية عدد 71، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

4 - المادة 50 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الثالث

جريمة الرشوة في الصفقات العمومية

تعتبر جريمة الرشوة من أكثر الجرائم شيوعاً في مجال الصفقات العمومية، فهي لا تقف عند حد الإتجار بالوظيفة العامة واستغلالها، وإنما يمتد نطاقها ليشمل طائفة أخرى من الجرائم الملحقة بها، كما أنها تؤدي إلى إثراء البعض دون وجه حق عن طريق إهدار الثقة في الإدارة العامة.

وعليه إتجه المشرع الجنائي الجزائري لتجريم الرشوة شأنه في ذلك شأن بقية التشريعات الجزائرية الأخرى، لما ينجر عنه من إهدار للثقة ونزاهة الإدارة، فالموظف العمومي الذي يتاجر ويستغل وظيفته لتحقيق منافع ومزايا، يعد خائناً للثقة التي وضعت فيه، فالوظيفة العامة تتطلب من يشغلها قدراً من الثقة والنزاهة.

وتعد الرشوة من أكثر مظاهر الفساد انتشاراً خاصة في الإدارة، باعتبارها سلوك تعود عليه أغلب الإداريين الفاسدين التي إنتشرت بشكل كبير، إذ تعد من أخطر الجرائم المخلة بحسن سير الإدارة، لما يترتب عنه من فقدان المواطنين للثقة في عدالة الدولة.

فالرشوة تمثل إنحراف الفرد وتشكل نوعاً من أنواع الجرائم إذ تنطوي على إتجار الموظف العام بوظيفته وإستغلالها على نحو يحقق له فائدة خاصة وهذا يؤدي إلى إختلال في ميزان القيم والعدل¹.

واختلفت التشريعات في تعريف جريمة الرشوة، إلا أن أغلبها إتفقت على أنها "إتجار الموظف العام بأعمال الوظيفة أو الخدمة التي يعهد إليه بالقيام بها للمصالح العام، وذلك لتحقيق مصلحة خاصة له"².

¹ - علال قاشي، الرشوة مظهر من مظاهر الفساد الإداري وأساليب معالجته، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية، قسم الحقوق، جامعة ورقلة، بتاريخ 02-03 ديسمبر 2008.

² - فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة -، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 32.

اختلفت الأنظمة التشريعية في تجريمها للرشوة، فمنها ما أخذ بنظام وحدة جريمة الرشوة فلا يرى فيها سوى جريمة واحدة يرتكبها الموظف العام باعتباره الفاعل الأصلي، أما فعل الراشي فهو عبارة عن شريك فيها والبعض الآخر أخذ بنظام الفصل بين جريمتي الراشي وهي جريمة الرشوة السلبية وجريمة المرتشي وهي جريمة الرشوة الايجابية، أما المشرع الجنائي الجزائري فقد أخذ بنظام ثنائية الرشوة على غرار القانون الفرنسي، يقوم على أن الرشوة تشمل جريمتين متميزتين¹.

الأولى سلبية يرتكبها الموظف العمومي وتسمى الرشوة السلبية والثانية إيجابية من جانب صاحب المصلحة وتسمى الرشوة الإيجابية.

الفرع الأول: أركان جريمة الرشوة

أولا- جريمة الرشوة السلبية:

نصت المادة 25 في فقرتها الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على جريمة الرشوة السلبية حلت محل المادتين 126 و 127 من قانون العقوبات الملغاتين وسنتطرق الى أركان هذه الجريمة.

1- صفة الجاني: (الموظف العمومي)

وهو عنصر مفترص إذ يشترط لقيام جريمة الرشوة في صورتها السلبية والإيجابية، أن يكون المرتشي موظفا عموميا أو من في حكمه، الصفة المطلوبة هنا هي كون المرتشي موظفا عاما مختصا بالعمل الذي تلقى المقابل من أجل القيام به.

وعليه فجريمة الرشوة يفترض فيها الصفة العمومية في مرتكبها، لكن هذه الصفة وحدها لا تكفي فليس كل موظف عام يمكن أن يكون فاعلا لهذه الجريمة، بل ينبغي أن يكون من المختصين وظيفيا بما تلقى المقابل من أجله².

1 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 35-36.

2 - فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 30-31.

02- الركن المادي لجريمة الرشوة السلبية:

نصت المادة 25 من قانون مكافحة الفساد أنه "يعاقب ..كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر، لأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته".

ونستخلص من نص المادة أنه يتحقق الركن المادي للرشوة السلبية بمجرد قبول أو طلب الموظف العمومي لمزية غير مستحقة ويتكون هذا الركن من السلوك الإجرامي.

أ- السلوك الإجرامي:

يتمثل النشاط الإجرامي لهذه الرشوة في صورتين إما قبول أو طلب الموظف العام لمزية غير مستحقة وتتمثل العناصر المكونة للنشاط الإجرامي من:

* الطلب:

هو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف بطلب مقابل لأداء وظيفته أو خدمته 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، ويشكل مجرد الطلب جريمة تامة فالشروع هنا لا يتميز عن الجريمة التامة والسبب في ذلك يرجع إلى هذا الطلب في حد ذاته عن معنى الإتجار بالوظيفة والخدمة واستغلالها¹.

* القبول:

هو إتجاه إرادة الموظف إلى تلقي المقابل في المستقبل نظير القيام بالعمل الوظيفي ، كما يصدر القبول عن الموظف، مع انتظار عرضا أو إيجاب من صاحب الحاجة، ويفترض القبول صورة للركن المادي لجريمة الرشوة، وأن هناك إيجابا صدر من صاحب المصلحة يتضمن عرض الوعد بالرشوة في حالة ما إذا أتم الموظف العمل أو أن يمتنع على ما طلب منه، ويتمثل سلوك الموظف في هذه الصورة في قبول الوعد الصادر من صاحب المصلحة أي في

¹ - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 38.

موافقته على تلقي مقابل أداء العمل الوظيفي في المستقبل ويلتقي قبول الموظف المرشحي بإيجاب صاحب المصلحة الراشي، ينعقد الإتفاق بمعناه الصحيح¹.

ويشترط أن يكون عرض صاحب الحاجة جدياً ولو في ظاهره فقط، فإذا إنتهى العرض الجدي في الظاهر فلا تقوم جريمة الرشوة حتى ولو قبل الموظف مثل هذا العرض².

* الشروع في الرشوة:

يستحيل تصور الشروع في الرشوة في صورة القبول بالنظر إلى صور النشاط الإجرامي في هذه الجريمة، فإنما أن تكون الجريمة تامة وإما أن تكون في المرحلة التحضيرية، ولا يتحقق الشروع إلا في صورة الطلب كما لو صدر عن موظف طلب وحال دون وصوله إلى صاحب الحاجة بسبب لا دخل لإرادة الموظف فيه فالرشوة جريمة تامة يشترط فيها الإيجاب والقبول³.

3- الركن المعنوي في جريمة الرشوة السلبية:

يتحقق الركن المعنوي بتوافر القصد الجنائي لأن جريمة الرشوة من الجرائم العمدية، ويكون القصد الجنائي قصداً عام يتكون من العلم والإرادة، حيث يكون الموظف على علم بأن هناك فائدة قدمت له مع علمه بأن تقديم تلك الفائدة هي في مقابل قيامه بعمل أو الإمتناع أو مخالفة لواجبات وظيفته، وإرادته ان يحصل عليها.

أ- العلم:

يجب أن يعلم الموظف المرشحي بتوافر أركان الجريمة العلم بأنه موظف عام أو من في حكمه⁴.

هذا العلم يجب أن يكون وقت الطلب أو القبول بالمزية غير المستحقة التي تقدم نظير العلم الوظيفي، فإذا انتفت هذه العناصر إنتفى معها القصد الجنائي.

1 - فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 70.

2 - احسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 39.

3 - المرجع نفسه، ص 40.

4 - المرجع نفسه، ص 46.

ب- الإرادة:

يجب توفر إرادة الموظف في إتيان السلوك المحقق للجريمة، فلا يكفي توافر العلم وإنما يجب أن تتجه إرادة المرئشي إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة¹.
كما يجب أن تتجه إرادة الموظف (المرئشي) إلى قبول أو طلب مزية غير مستحقة مقابل الإلتجار بوظيفته، وأن تكون إرادة الموظف حرة مختارة وجادة².

ثانيا- جريمة الرشوة الإيجابية (جريمة الراشي):

لا تتحقق جريمة الرشوة إلا إذ حصل إتفاق بين الراشي والمرئشي على إعطاء الأول للثاني هدية مقابل عمل يقوم به هذا الأخير في إطار وظيفته أو خدمته³.
نص المشرع على جريمة الرشوة الإيجابية في المادة 01/25 من قانون مكافحة الفساد بعد ما كان هذا الفعل مدرجا في المادة 129 من قانون العقوبات الملغاة وعلى غرار الرشوة السلبية تنحصر عناصر الرشوة الإيجابية في ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي.

1- الركن المادي لجريمة الرشوة الإيجابية

نصت المادة 25 من قانون مكافحة الفساد أنه " يعاقب ... كل من وعد موظفا عموميا مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها بشكل مباشر أو غير مباشر سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل من واجباته".

غير أن الركن المادي هنا يتحقق بوعد الموظف العمومي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه مقابل قيامه بأداء عمل من أعمال وظيفته ويتكون الركن المادي من السلوك الإجرامي.

1 - فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 100.

2 - احسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 47.

3 - جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2000، ص 109.

أ- النشاط الإجرامي:

يتحقق السلوك الإجرامي عندما يعد أحد الأشخاص موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو يعرضها عليه أو يمنحه إياها بطريق مباشر أو غير مباشر حتى ولو لم تكن تلك المزية أو العطفية لصالح الموظف المرشحي نفسه وإنما لصالح شخص آخر طبيعي أو معنوي وذلك من أجل أن يقوم هذا الموظف بعمل ما أو يمتنع عن أداء واجب يدخل ضمن إلتزاماته الوظيفية¹.

02-الركن المعنوي لجريمة الرشوة الإيجابية

جريمة الرشوة الإيجابية من الجرائم العمدية التي يقتضي لقيامها توافر القصد الجنائي الذي يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة.

أ- العلم:

يجب أن يعلم بتوافر كافة أركان الجريمة، وينبغي أن تتجه إرادة الراشي إلى الوعد بإغراء الموظف العمومي وتحريضه على أداء عمل أو الإمتناع عن أدائه مقابل المزية بعرضها عليه أو منحها إياه.

ب- الإرادة :

يجب أن تتجه إرادة الجاني لشراء ذمة الموظف وحمله على أداء العمل الوظيفي أو الإمتناع عنه، وينتفى القصد الجنائي إذا كان الراشي يعتقد أنه يتجه بنشاطه إلى غير موظف عام أو غير مختص لحمله على التدخل لمصلحته لدى الموظف المختص².

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة

باستقراء النصوص القانونية التي تنظم أحكام جريمة الرشوة نجد أن المشرع فرق بين العقوبات المقررة لشخص طبيعي، وتلك المقررة للشخص المعنوي وهوما سنتطرق إليه.

¹ - حنان براهيم، قراءة في احكام المادة 25 من القانون 06-01، "الوقاية من الفساد ومكافحته" مجلة الإجتهد القضائي، العدد الخامس، سبتمبر 2009، ص 139.

² - المرجع نفسه، ص 145.

أولاً: العقوبات الأصلية

1-العقوبة الأصلية المقررة للشخص الطبيعي:

نصت المادة 27 من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته: " يعاقب بالحبس من عشر (10) الى عشرون (20) سنة وبغرامة من 1.00.000 دج الى 2.000.000 دج ، كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام او 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"¹.

02-العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي:

حتى يمكن إسناد الجريمة إلى الشخص المعنوي يجب على النيابة العامة ان تثبت أن الجريمة قد ارتكبت من طرف شخص طبيعي معين بذاته وأن هذا الأخير له علاقة بالشخص المعنوي

ونصت المادة 18 مكرر من قانون العقوبات على غرامة تساوي من (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي أي غرامة تتراوح ما بين 1.000.000 دج وهو الحد الأقصى المقرر جزاء لجريمة الرشوة و 5.000.000 دج وهو ما يعادل خمس مرات الحد الأقصى².

¹ - المادة 27 من القانون 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخ في 08 مارس 2006، ص 09.

² -أنظر المادة 18 مكرر من قانون العقوبات، آخر تعديل له قانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

ثانيا: العقوبات التكميلية

ميز المشرع بين العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي عن العقوبات التكميلية للشخص المعنوي.

1-العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي:

ينص المشرع على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات¹، وهي نفسها العقوبات التكميلية المقررة في جنحة المحاباة.

2-العقوبات التكميلية المقررة للشخص المعنوي:

أشارت المادة 18 مكرر 03 من قانون العقوبات أن العقوبات المقررة للشخص المعنوي تكون حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر وهي:

حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، المنع من مزاوله نشاط مهني أو إجتماعي بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، مصادرة الشيء الذي أستعمل في إرتكاب الجريمة أو نتج عنها تعليق ونشر حكم الإدانة، الوضع تحت الحراسة القضائية².

إضافة إلى العقوبات الأصلية والعقوبات التكميلية التي حددها المشرع في حالة إرتكاب جريمة رشوة الموظفين العموميين، قرر المشرع أحكام متعلقة بتشديد العقاب والأعذار المخففة والمعفية من العقاب.

1 - المادة 50 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 - انظر المادة 18 مكرر 03 من قانون العقوبات، اخر تعديل له، قانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

أ- الظروف المشددة في جريمة رشوة الموظفين العموميين:

تشدد عقوبة الحبس لتصبح من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة، إذا كان مرتكب جريمة الرشوة قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة، أو ضابطا عموميا، أو عضوا في الهيئة، أو ضابط أو عون شرطة قضائية، أو ممن يمارسون صلاحيات الشرطة القضائية، أو موظف ضبط¹.

ب- الأعدار المعفية والمخففة لجريمة رشوة الموظفين العموميين:

يستفيد مرتكب جريمة الرشوة من الإعفاء أو بتخفيض العقوبات حسب الشروط التي حددها المشرع في القانون المتعلق بالفساد

حيث يستفيد من العذر المعفى من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية كمصالح الشرطة القضائية، عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبيها ومعرفتهم²، ويشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة أي قبل تحريك الدعوى العمومية.

ويستفيد من تخفيض العقوبة إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد، بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكاب الجريمة³.

1 - المادة 48 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2 - المادة 49 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3 - المرجع السابق، ص 37.

خاتمة

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أهمية موضوع مبدأ المنافسة وكيفية تطبيقه في مجال الصفقات العمومية من مختلف جوانبه النظرية والإجرائية.

وتتجسد مبادئ فعالية الطلبات العمومية، من خلال التنظيمات محل الدراسة، في كل من مبادئ شفافية الإجراءات، المساواة في معاملة المترشحين، إضافة إلى وجوب إحترام مبدأ المنافسة أو ما يعبر عنه بحرية الوصول للطلبات العمومية.

- نتائج الدراسة:

حيث أخضع المشرع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة بموجب قانون المنافسة المعدل في 2008، على الرغم من أن الصفقات العمومية تقوم أساسا وبطبيعتها على قواعد المنافسة حيث إمتد اللجوء إلى مبدأ المنافسة لإبرام الصفقات العمومية في كل النصوص السابقة المعالجة لكيفيات وإجراءات إبرامها، سواء في ظل قانون 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 أو في ظل قانون 250-02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 من خلال أسلوب المناقصة التي أصبحت تعتبر القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، والتي تخضع بصورة إلزامية للمنافسة، كونها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.

بينما عرف أسلوب المناقصة على أنه طريقة تعتمد فقط على المعيار المالي بمعنى من يقدم أقل ثمنا يفوز بالصفقة ويتم إعتقاد هذا الأسلوب في إنجاز العمليات البسيطة من النوع العادي ، وبينما إعتد القانون أسلوب المناقصة ولم يعتمد أسلوب المزايمة، وهذا تطبيقا للمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 250-02، كما أن في بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات السابقة الذكر لهذا تم الترخيص دائما للإدارة بإمكانية التعاقد بكيفية التراضي وهو أسلوب آخر إعتد عليه قانون الصفقات العمومية والتراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويأخذ شكلين شكل التراضي البسيط وشكل التراضي بعد الإشتارة، ويعتبر الشكل الأول قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن

اللجوء إليها إلا في الحالات المحددة في المادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 أما الشكل الثاني يتم فيه إبرام الصفقة بإقامة المنافسة عن طريق الإستشارة المسبقة لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المحددة في المادة 38 من نفس المرسوم.

يعتبر التراضي أحد المظاهر التي يضيق فيها تطبيق مبدأ المنافسة، حيث أنه لم يرد تقييد حرية المصلحة المتعاقدة بينما الضغط عليها في بعض الحالات ذات الصبغة الخاصة. وفي مقابل كل هذه الاجراءات والأساليب المعقدة والملزمة للمصلحة المتعاقدة توجد هناك بعض المعوقات التي تنصب على مبدأ المنافسة، معوقات قانونية تجعل للمصلحة المتعاقدة قدر من الحرية من ممارسة حق الحرمان وحق الإستعلام والإطلاع لدى المصالح المتعاقدة على بعض المتعاملين المتقدمين الى الصفقة العمومية، بالإضافة الى وجود معوقات غير قانونية أي مختلف الجرائم الواقعة على هذا المبدأ وخصوصا جريمة المحاباة والرشوة وإستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على إمتيازات كل هذا أعاد المشرع تنظيمها بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

حيث قمنا من خلال هذه الدراسة بتبيان مخاطر جرائم الفساد في قطاع الصفقات العمومية ما ألزم المشرع على ضرورة إعادة النظر في آليات الوقاية والمكافحة من الفساد لوضع حد لكل المخالفات والتجاوزات في هذا القطاع وهو ما قام به فعلا من خلال المصادقة على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وهذا تماشيا مع السياسة الجديدة لمكافحة الفساد ومن خلال تطرقنا لهذه الجرائم وعلى غرار باقي الجرائم تقوم على ركنين أساسيين الركن المادي والركن المعنوي.

أما الركن المادي فلا خلاف فيه على غرار الركن المعنوي في الصفقات العمومية مفترض ويقوم بمجرد مخالفة الجاني النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم الصفقات العمومية. أما بخصوص العقوبات المقررة لكل جريمة، نجد أن المشرع تولى عن العقوبات الجنائية واستبدالها بعقوبة جنحية مغلظة حيث قرر هذا الأخير عقوبتي الحبس والغرامة المالية كعقوبة أصلية بالنسبة للجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث شدد في العقوبات المالية والتي تعد أهم الجزاءات المطبقة على هذه الجرائم خاصة في جنحة المحاباة وإستغلال نفوذ أعوان الدولة

كما قرر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الصفقات العمومية، وتنوع العقوبات المقررة كجزاء بين الغرامة والقيام بحله أو غلقه مؤقت أو اقصاءه أو منعه من مزاوله أي نشاط. ومن خلال دراسة آليات مكافحة الجرائم للصفقات العمومية نجد أن المشرع نص على جملة من الآليات للوقاية من جرائم الصفقات العمومية ومكافحتها وتبنى سياسة وقائية وعقابية أراد من خلالها اجتثاث جرائم الصفقات العمومية، أما سياسة الوقاية فقد تبناها في قانون الصفقات العمومية والقوانين المكملة وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته أما عن آلية العقاب التي وضعها المشرع لجرائم الصفقات العمومية نجد أن المشرع احتفظ بالإجراءات المعمول به في قانون الإجراءات الجزائية.

وكذلك من خلال دراسة آليات تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية نجد أن المشرع تبنى السياسة الرامية لحماية المال العام في مجال الصفقات العمومية على تكريس آليات إجتهاد في تجسيدها في أرض الواقع سواء في صورتها الوقائية وحتى الردعية والتي تتضمن في طياتها ميكانيزمات وتدابير جذابة تعكس إرادة الدولة الصادقة في محاربة الفساد من خلال تجسيد مبادئ الشفافية والمساواة بين المتعاملين المتعاقدين في إطار تطبيق لمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

- إقتراحات وتوصيات:

ومن الملاحظ في التنظيمات الحالية للصفقات العمومية وبالرغم من التعديلات التي حصلت إلا أنها مازال يكتنفها الغموض في تطبيق بعض النصوص القانونية والتي لا بد من تداركها في المستقبل مثلا المناقصة تعتبر إحدى أشكال أسلوب الطلب وهذا لكونها تعتمد فقط على إرساء الصفقة على العرض الأقل سعرا لكن المشرع أدرج معايير أخرى للإختيار الى جانب المعيار المالي فأدرج المعيار التقني وغيرها وبالتالي لا بد على المشرع ضبط المقصود الحقيقي المتوخى من ذلك.

أما بالنسبة لأسلوب التراضي فقد ظهر هذا الأسلوب استثنائي في حصر حالات اللجوء إلى هذا الأخير إلا أنه يتعين توضيح بعض حالات إعماله التي وردت غامضة في جزء منها

مع ورود باقي الحالات عامة وفضفاضة دون قيد، لذا وجب على المشرع ضبطها وحصرها حتى يحافظ هذا الأسلوب على طابعه الإستثنائي.

ورغم ما توفره المنظومة الحالية أدنى شروط نجاح الصفقة غير أنها هذه المنظومة تتخللها ثغرات ونقائص حالت دون تحقيق الفعالية المرجوة، يجدر بالقائمين على القطاع جمعها في شكل منظومة كاملة تجمع كل النصوص والمواد المتعلقة بتكريس الآليات والميكانيزمات التي من شأنها تطبيق هذه المبادئ وخاصة مبدأ المنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية، إلا أن تحديد أساليب التعاقد تعد في حد ذاتها حماية لمبدأ المنافسة بين المتعاملين المترشحين للطلبية العمومية، ومنع أي تجاوز قد يصدر من المصلحة المتعاقدة.

وعلى الرغم من الجهود التي تبذلها الدولة بإستحداث آليات محلية تتولى مهمة مكافحة الفساد والجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية إلا أنها تبقى دون المستوى المطلوب لإفتقارها الصرامة في التطبيق والإستقلالية في المهام والوظائف، وحتى يتحقق نظام الوقاية ومكافحة الفساد من الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية فلا بد من إعتناء معايير موضوعية في إختيار الموظف العمومي بإختيار الموظف الكفاء والتأكد من قدرته على تحمل أعباء الوظيفة دون تحيز أو محاباة بالإضافة إلى وضع التدابير اللازمة لوقاية الموظف من الوقوع في بؤر الفساد وذلك عن طريق إصلاح نظام الأجور الذي يقي المؤسسات من الفساد الإداري كالرشوة وإستغلال النفوذ... الخ.

يجب أن تكون العقوبات المطبقة على المخالفين، عقوبات لا يفصل بين إرتكاب جرائمها وتطبيقها زمنا طويلا، لأن كل تأخير طويل يفرغ العقوبة من أهدافها ويضلل عليها كثيرا من الشبهات، كما يجب عمليا التمييز بين الخطأ بدافع الاستفادة والخطأ الإجرائي البحت الذي يقع فيه كثير من الموظفين لنقص في التكوين والذي تتحمله الهيئات المستخدمة أكثر مما يتحمله الموظف وعلى ذلك يقتضي وجود عدالة متخصصة في هذا المجال وهو ما نفتقده نسبيا إلى غاية هذا اليوم.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية

1-الكتب العامة:

- 1- ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981.
- 2- حنفي عبد الله، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري واحكام إبرامه، دار النهضة العربية 1999.
- 3- الخوري يوسف سعد الله، القانون الإداري العام، تنظيم إداري، أعمال عقود إدارية، الجزء 1 الطبعة الثانية 1998.
- 4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة مطبعة عين الشمس، 1991.
- 5- عبد العزيز عبد المنعم خايفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الابرام، التنفيذ في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2004.
- 6- عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، طبعة معدلة ومنقحة وفقا لأحداث التشريعات والقرارات القضائية، الطبعة الثانية، دار جسر للنشر والتوزيع، 2007.
- 7- محمد أبو العلا عقيدة، الإتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 8- محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 9- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام القانون الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2002.
- 10- منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجزائري العام، فقه، قضايا، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006.

11- مولود ديدان، قانوني البلدية والولاية، دار بلقيس للنشر (د.ت.ن).

12- ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، لباد
2004 EDITUR.

2- الكتب الخاصة:

1- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم الموظفين وجرائم الأعمال
وجرائم التزوير، الجزء الثاني، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2004.

2- جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الطبعة الأولى، الجزء الثاني الديوان
الوطني للأشغال التربوية، 2000.

3- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المشاكل العلمية
والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

4- عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، الطبعة الأولى، دار
النهضة العربية، بيروت، لبنان، 2003.

5- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ 07 أكتوبر
2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، دار جسور للنشر والتوزيع
الجزائر، 2011.

6- فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار
المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.

7- قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

8- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة
الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1988.

9- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، وفق الأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات البغدادي، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، حي بن شوبان، الرويبة الجزائر.

10- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، معيار العقد الإداري، أنواع العقود الإدارية المناقصة، التراضي، لجان الصفقات العمومية سلطات المصلحة المتعاقدة، حقوق المتعامل المتعاقد، التوازن المالي للعقد الإداري، منازعات الصفقات العمومية، فسخ العقد الاداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، (د.ت.ن)، عنابة، الجزائر.

11- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2003.

12- محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، الإصدار الأول 1998 دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

13- ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، القانون واللائحة وأحكام المحاكم، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005.

14- النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.

15- هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الاداري، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الاولى، الاسكندرية، 2009.

ثانيا: النصوص القانونية

1- النصوص التشريعية:

1- الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون العقوبات، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 71 لسنة 1966 المعدل والمتمم بموجب المادة 05 من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

- 2- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 52 لسنة 1967.
- 3- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408 الموافق لـ 12 جانفي سنة 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الجريدة الرسمية، عدد 52 الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988.
- 4- القانون رقم 88/04، المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدل والمتمم للقانون التجاري.
- 5- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة سنة 2003، الجريدة الرسمية، عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 يونيو 2003.
- 6- الأمر رقم 06-01، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فيفري سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.
- 7- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.
- 8- القانون رقم 08-12، المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 هـ الموافق لـ 25 يونيو سنة 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، عدد 36، الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008.

ثالثا: النصوص التنظيمية

- 1- المرسوم رقم 54-496 المؤرخ في 11 جوان 1954 المتعلق بالإجراءات المفروضة على المؤسسات المشتركة في صفقات الدولة.
- 2- المرسوم رقم 56-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المتعلق بقواعد إبرام صفقات الدولة.
- 3- المرسوم 57-224 المؤرخ في 08 جانفي 1957 المتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.

- 4- المرسوم رقم 57-1015 المتعلق بمراقبة الصفقات العمومية بإسم الدولة.
- 5- المرسوم رقم 64-60، المؤرخ في 10 فبراير 1964 المتعلق بالتسبيقات الإستثنائية في الصفقات.
- 6- المرسوم رقم 103/64، المؤرخ في 26 مارس 1964 المتضمن إحداث اللجنة المركزية للصفقات.
- 7- المرسوم رقم 64-278، المؤرخ في 04 سبتمبر 1964 المتعلق بالتسبيقات الإستثنائية.
- 8- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 هـ الموافق لـ 10 أبريل 1982 ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية، عدد 15 الصادرة في 19 جمادى الثانية عام 1402 هـ الموافق لـ 13 ابريل سنة 1982.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 02 جمادى الاولى عام 1412 هـ الموافق لـ 09 نوفمبر سنة 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 57 الصادرة في 06 جمادى الاولى عام 1412 هـ الموافق لـ 13 نوفمبر سنة 1991.
- 10- المرسوم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمتمم بالمرسومين الرئاسيين 03-301، المؤرخ في 11/09/2003 و 08-328، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 52 الصادرة في 17 جمادى الاولى عام 1423 هـ الموافق لـ 28 يوليو سنة 2002.
- 11- المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن لقانون الصفقات العمومية الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 55 سنة 2003.
- 12- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 16 شوال 1429 هـ الموافق لـ 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية عدد 62 الصادرة في 11 ذي القعدة 1429 هـ الموافق لـ 29 نوفمبر سنة 2008.

13- المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر سنة 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 58، الصادرة في 28 شوال عام 1431 هـ الموافق لـ 07 أكتوبر 2010 والمتمم بالمرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18/01/2012 .

14- المرسوم الرئاسي 10-237 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

15- المرسوم التنفيذي رقم 11-118 المؤرخ في 16 مارس 2011 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 16.

16- المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في ربيع الأول عام 1434 هـ الموافق لـ 13 يناير سنة 2013 الجريدة الرسمية عدد 02 الصادرة في أول ربيع الأول عام 1434 هـ الموافق لـ 13 يناير سنة 2013، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

رابعاً: القرارات

1- القرار الوزاري المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لـ 21 نوفمبر 1646 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة رسمية عدد 06 صادر بتاريخ 19 جانفي 1965.

2- القرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 ذي الحجة عام 1423 الموافق لـ 22 فيفري سنة 2003 يتعلق بكيفية تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقة العمومية، جريدة رسمية عدد 21 صادرة بتاريخ 26 مارس 2003.

خامسا- الرسائل الجامعية و المجالات

1-الرسائل الجامعية:

- 1- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، (2008-2009).
- 2- بن دعاس سهام، المتعامل في النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة عنابة، 2005.
- 3- توات نور الدين، الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الجزائر، (2001-2002).
- 4- خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، (2004-2005).
- 5- طلاش خليفة، إصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر، نظام الرقابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه فرع الدولة والمؤسسات العمومية-كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، (2012-2013).
- 6- مانع عبد اللطيف، طرق إبرام الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، (2007-2008).

2- المجالات العلمية:

- 1- جباري عبد الحميد، قراءة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الفكر البرلماني العدد 15، فيفري 2007.
- 2- عبد الغني حسونة، الكاهنة زاوي، الأحكام القانونية الجزائرية لجريمة إختلاس المال العام مجلة الإجتهد القضائي، العدد 05، سبتمبر 2009.
- 3- عارف صالح مخلف وعلى مخلف عمار، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 05.

- 4- عبد اللطيف هداية الله، حرية الاسعار والمنافسة من منظور الشريعة الإسلامية، المجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، عدد خاص بندوة الأسعار والمنافسة بين حرية المقاول و حماية المستهلك، العدد 49، سنة 2004
- 5- نواف سالم كنعان، الفساد الإداري والمالي، أسبابه، آثاره، وسائل مكافحته، مجلة الشريعة والقانون، العدد 33، يناير 2008.
- 6- حنان ابراهيمي، قراءة في احكام المادة 25 من القانون 06-01، المتعلقة بالوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الإجتهد القضائي، العدد 05، سبتمبر 2009.

سادسا - بحوث غير منشورة:

- 1- ديباش سهيلة، اشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، (بحث غير منشور).
- 2- زمال صالح، إمتداد قانون المنافسة الى الصفقات العمومية، (بحث غير منشور).

سابعا - المداخلات والملتقيات

- 1- حمزة خضري، الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، بحث مقدم بمناسبة الملتقى الوطني الأول حول نظام الصفقات العمومية، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي، تمارست، فيفري 2014.
- 2- علال قاشي، الرشوة كمظهر من مظاهر الفساد الإداري واساليب معالجته، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم الحقوق جامعة ورقلة، ديسمبر 2008.
- 3- ليلي بوكحيل، حرية المنافسة في القانون الجزائري، بحث مقدم بمناسبة ملتقى حرية المنافسة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة عنابة.
- 4- محمد الشريف كتو، أهداف المنافسة الحرة، مداخل في الملتقى الوطني حول القانون المنافسة وحماية المستهلك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق، نوفمبر 2009.

ثامنا - المراجع باللغة الفرنسية:

1-الكتب:

1-SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLAME Mohamed, Guide de gestion de marchés publics, Edition de Sahel 2000.

2- المذكرات والرسائل:

1-Mohamed Kobtan,le régime juridique des contrats du secteur public(Etude du droit comparé algérien et français),thèse de doctorat . universitaire ,d'alger. 2008.

الحملات حق

فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
	تشكرات
	إهداء
01	مقدمة
09	المبحث التمهيدي: الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية ومبدأ المنافسة
09	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للصفقات العمومية.
09	الفرع الأول: تعريف الصفقات العمومية
09	أولاً: المعيار العضوي
12	ثانياً: المعيار الموضوعي
12	ثالثاً: المعيار المالي
13	الفرع الثاني: تطور نظام الصفقات العمومية في الجزائر
14	أولاً: نظام الصفقات العمومية اثناء الفترة الاستعمارية
14	ثانياً: نظام الصفقات العمومية اثناء الفترة الانتقالية 1962-1967
15	ثالثاً: مرحلة بداية التشريع الوطني
18	الفرع الثالث: مصادر الصفقات العمومية
18	أولاً: القوانين
19	ثانياً: التنظيمات
20	المطلب الثاني: الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة
20	الفرع الأول: مفهوم مبدأ المنافسة
21	أولاً: تعريف مبدأ المنافسة
22	ثانياً: مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية
24	الفرع الثاني: الأعمال المنافسة لمبدأ المنافسة
24	أولاً: الاتفاقات التعاقدية
24	ثانياً: الأعمال المدبرة
25	ثالثاً: الاتفاقات العضوية

26	الفرع الثالث: أهداف المنافسة وحدودها
26	أولاً: أهداف المنافسة
27	ثانياً: حدود المنافسة
32	الفصل الأول: مظاهر تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية
32	المبحث الأول: المناقصة كمظهر من مظاهر تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية
33	المطلب الأول: مفهوم المناقصة
33	الفرع الأول: تعريف المناقصة
34	أولاً: تعريف المناقصة في ظل الأمر 90/67
35	ثانياً: تعريف المناقصة في ظل الأمر 145/82
35	ثالثاً: تعريف المناقصة في ظل المرسوم 250/02
36	الفرع الثاني: أنواع المناقصة
37	أولاً: المناقصة المفتوحة
37	ثانياً: المناقصة المحدودة
39	ثالثاً: الاستشارة الانتقائية
41	رابعاً: المزيدة
43	خامساً: المسابقة
45	الفرع الثالث: المبادئ التي تقوم عليها المناقصات العامة
45	أولاً: مبدأ العلنية بالتعاقد
46	ثانياً: مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد
49	ثالثاً: مراعاة قواعد الاختصاص الإداري والمالي بإبرام العقود
51	المطلب الثاني: إجراءات المناقصة
51	الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة
51	أولاً: إجبارية الإعلان عن المناقصة
52	ثانياً: محتوى الإعلان عن المناقصة
53	ثالثاً: وسائل نشر الاعلان

54	الفرع الثاني: فتح الأظرفة
54	أولاً: تشكيلة لجنة فتح الأظرفة
55	ثانياً: مهام لجنة فتح الأظرفة
55	ثالثاً: ميعاد فتح الأظرفة.
56	الفرع الثاني: تقييم العروض
56	أولاً: تشكيلة لجنة تقييم العروض
57	ثانياً: دور لجنة تقييم العروض
58	ثالثاً: المنح المؤقت
59	المبحث الثاني: التراضي كمظهر من المظاهر التي تضيق تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية
62	المطلب الأول: التراضي البسيط
62	الفرع الأول: تعريف التراضي البسيط
62	الفرع الثاني: مزاياه وعيوبه
63	الفرع الثالث: مبررات اللجوء الى التراضي البسيط
63	أولاً: حالات الإستعجال الملح
63	ثانياً: حالة الإحتكار (الوضعية الاحتكارية للمتعاقل المتعاقد)
64	ثالثاً: حالة المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية
65	المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة
65	الفرع الأول: تعريف التراضي بعد الإستشارة
65	الفرع الثاني: مزاياه وعيوبه
66	الفرع الثالث: مبررات اللجوء الى التراضي بعد الإستشارة
66	أولاً: حالة عدم الجدوى
67	ثانياً: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى مناقصة
67	ثالثاً: حالة بعض انواع الصفقات ذات الطبيعة الخاصة أو التابعة لهيئات سيادية

68	رابعاً: حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون للحكومة
70	الفصل الثاني: معوقات مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية
70	المبحث الأول: المعوقات القانونية
70	المطلب الأول: هامش الأفضلية للمنتوج الوطني
70	الفرع الأول: مرحلة 67-90 الى غاية المرسوم 54-96
70	أولاً: الأفضلية الوطنية ضمن الأمر 67-90
71	ثانياً: الأفضلية ضمن المرسوم 1982 ومرسوم 1992
71	الفرع الثاني: مرحلة صدور المرسوم الرئاسي 02-250 الى غاية المرسوم 10-236
72	أولاً: الأفضلية ضمن المرسوم رقم 02-250
72	ثانياً: الأفضلية ضمن المرسوم 10-236
74	المطلب الثاني: حق الإدارة في الإقصاء والاستعلام لبعض المتعاملين المتعاقدين
74	الفرع الأول: حق الإدارة في إقصاء بعض المتعاملين من المشاركة
74	أولاً: الإقصاء المؤقت
78	ثانياً الإقصاء النهائي
78	الفرع الثاني: الحق في الإستعلام والإطلاع لدى المصالح المتعاقدة
80	المبحث الثاني: المعوقات الغير قانونية (الجرائم الواقعة على مبدأ المنافسة).
80	المطلب الأول: جريمة المحاباة
81	الفرع الأول: أركان الجريمة
81	أولاً: الركن المادي
84	ثانياً: الركن المعنوي
85	الفرع الثاني: العقوبة المقررة لجريمة المحاباة
86	أولاً: العقوبة الاصلية
86	ثانياً: العقوبات التكميلية
90	المطلب الثاني: جريمة إستغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة

90	الفرع الاول: اركان الجريمة
90	اولا: صفة الجاني
91	ثانيا: الركن المادي
93	ثالثا: الركن المعنوي للجريمة
93	الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة إستغلال نفوذ اعوان الدولة
93	اولا: العقوبات الاصلية
94	ثانيا: العقوبات التكميلية
95	المطلب الثالث: جريمة الرشوة في الصفقات العمومية
96	الفرع الاول: اركان جريمة الرشوة
96	أولا: جريمة الرشوة السلبية
99	ثانيا: جريمة الرشوة الإيجابية
100	الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة
101	أولا-العقوبات الأصلية
102	ثالثا: العقوبات التكميلية
105	الخاتمة
110	قائمة المراجع
119	الملاحق
120	الفهرس
126	الملخص

ملخص المذكرة

تعتبر الصفقات العمومية من أهم أنواع العقود الإدارية وأكثرها تداولاً في الحياة العملية وغالباً ما تلجأ إليها الأشخاص العمومية من أجل إنجاز الأشغال والعمليات المعقدة، وتعرف على أنها عقود تبرم من طرف الإدارة مع أحد الأشخاص الخاصة أو العامة من أجل إنجاز أشغال أو توريدات.

إن تلبية الحاجيات الإجتماعية وتحقيق التنمية الوطنية، في الوقت المناسب وإعتماد معايير الجودة والنوعية لا يتحقق إلا في عن طريق تبني أسس وإجراءات فعالة لإختيار المتعامل المتعاقد، لإبرام الصفقة وتنفيذها من جهة.

ومن جهة أخرى فإن اعتماد أسلوب المنافسة الحرة في الإقتصاد بوجه عام وفي الأنشطة الإقتصادية للمتعامل بوجه خاص يجعلها من ركائز النظام الإقتصادي في الدولة لما توفره من حماية في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة. وفي المقابل أصدر المشرع حزمة من النصوص والتنظيمات القانونية والمراسيم الرئاسية والتي كلها تكفل وترعى مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية خاصة، ولأسيما ما تفرضه من عقوبات صارمة على كل المعوقات غير القانونية (الجرائم) التي تنصب على هذا المبدأ من (محاباة، ورشوة، وإستغلال نفوذ الأعوان العمومية).

وهذا كله من أجل إضفاء الشفافية ومبدأ المساواة أما القانون لكل المتعاملين المتعاقدين اثناء إبرام الصفقات العمومية، وكذا التقليل من فرص الفساد وحماية المال العام، ومن أجل تحقيق بيئة اقتصادية قوية مبنية على السير الحسن والشفاف لكل القطاعات.

Synthèse de mémoire :

Les marchés publics sont considérés de types de contrats administratifs d'une grande ampleur. On peut définir ces contrats comme étant des contrats conclus par l'administration avec l'un des personnes privés ou publiques dans le cadre de la réalisation des travaux ou fournitures.

Pour satisfaire aux besoins sociaux , parvenir à un développement national dans les meilleurs délais et adopter des normes de qualités ; ne peuvent être atteint que par l'adoption des mesures efficaces pour choisir l'opérateur et conclure le contrat et sa mise en œuvre d'une part et d'autre part l'adoption en général de la libre concurrence et dans les activités économiques de l'opérateur en particulier, ce qui en fait l'un des piliers du système économique dans le pays pour assurer l'éradication de la corruption dans l'administration publique.

De sa part, le législateur a adopté un ensemble de textes législatifs et réglementaires et les décrets présidentiels notamment concernant le principe de la concurrence dans le domaine des marchés publics par l'imposition des sanctions sévères sur tous les obstacles illégaux.

Tout cela est dans le but d'introduire la transparence et le principe de l'égalité devant la loi de tous les opérateurs lors de la conclusion des contrats ainsi de réduire les possibilités de corruption et de protéger les deniers publics afin de parvenir à un environnement économique solide fondé sur le bon déroulement et la transparence pour tous les secteurs.