

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

السنة الثانية ماستر

تخصص قانون إداري



محاضرات في أعمال الإدارة

SAHLA MAHLA

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

(العقود الإدارية)



من إعداد : الدكتورة ضريفي نادية

الحجم الساعي الأسبوعي (ثلاث ساعات)

معتمدة من طرف المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية بتاريخ

2018/11/19

مقدمة عامة

تقوم الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة بمباشرة عدة نشاطات تسمى بالأعمال الإدارية و التي تعني كل عمل قانوني أو مادي تباشره سلطة إدارية عامة ، و تنقسم الأعمال القانونية بدورها حسب معيار تكوينها إلى الأعمال الإدارية الإنفرادية (القرارات الإدارية) ، و الأعمال القانونية الثنائية أو التعاقدية أو الإتفاقية (العقود الإدارية) ، هذه الأخيرة هي محور دراستنا في هذا المقياس.

ما يهمننا في هذا المقياس هو العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة العمومية بصفتها صاحبة سلطة و لا تهمنا العقود الأخرى للإدارة التي تخضع للقانون الخاص، لذا من المهم التمييز بين العقود الإدارية و عقود الإدارة ، هذه الأخيرة التي تعتبر المفهوم الأوسع حيث تتضمن نوعين من العقود :

- عقود تشبه العقود التي يبرمها الخواص فيما بينهم وفقا للقانون الخاص و هي بذلك عقود إدارة تخضع للقانون الخاص و منازعاتها تخضع للقاضي العادي.
- و العقود الإدارية : هي عقود لا يتساوى فيها طرفي العقد و تتصرف فيها الإدارة بافضلية و مستعملة امتيازات السلطة العامة، و تتضمن بندا غير مألوف في القانون الخاص بسبب رعاية الإدارة العمومية للمصلحة العامة، كما يشترط إرتباط العقد بسير مرفق عام ، هذه الأخيرة العقود الإدارية هي مجمل ما سنتناوله في هذا المقياس.

و العقود الإدارية غير مقتصرة فقط على الصفقات العمومية (رغم انها الأكثر استعمالا) ، بل تتضمن كذلك عقود تفويض المرفق العام، و عقود القرض العام، و عقود إمتياز الأملاك الوطنية.....، سنحاول في المحاضرات تناول أهم نوعين من العقود الإدارية : عقود الصفقات العمومية في الجزء الأول ، و عقود تفويض المرفق العام في الجزء الثاني ، خاصة أن المشرع تناولهما في نفس النص حاليا و هو المرسوم الرئاسي . 247/15

المحور الأول : مفهوم جديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15 247 المؤرخ في 16

سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

أولاً: تعريف الصفقة العمومية عبر المراحل التشريعية التي عرفتها الجزائر

عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية كمايلي "ان الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

كما عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها: " صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".

كما أن المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تماشى مع سابقه كثيرا وتضمن المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية كما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

الرجوع الى المرسوم الرئاسي 02-250 خاصة المادة الثالثة منه التي أعطت تعريفا للصفقات العمومية بقولها: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

يتضح من خلال النصوص السابقة والتي صدرت في حقب زمنية مختلفة و في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة على مدى إصرار المشرع الجزائري على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى للأسباب الآتية¹:

- إن الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد، لذا وجب إعطاء

¹ د عمار بوضياف- شرح تنظيم الصفقات العمومية- جسر للنشر والتوزيع- 2011-ص 37

تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى.

- إن الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.

- إن الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى وهو ما سنحلّله لاحقاً.

ولما كانت الصفقات العمومية تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معقّدة وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة، وأنها تتيح لجهة الإدارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات، وجب حينئذ وبالنظر لهذه الأسباب خاصة إعطاء تعريف للصفقات العمومية، حتى يتسنى معرفة العقود التي تبرمها جهة الإدارة والمعنية بطرق الإبرام وبإجراءاته المحددة تنظيماً والمعنية بالرقابة المحددة في قانون الصفقات العمومية بأنواعها المختلفة وكذلك معرفة العقود التي تمارس فيها الإدارة مجموعة من السلطات والامتيازات .

نظمت الصفقة العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم ب 03/13 المؤرخ في 2013/01/13 التي عرفت الصفقة العمومية من خلال اعتماد جملة من المعايير منها معيار الكتابة و المعيار الموضوعي و العضوي ولم يخرج عن سابقه.

و بموجب المرسوم الرئاسي الجديد 247/15 المؤرخ في 2015/9/16 تحدّ المشرع أكد مرة أخرى على اعتبار الصفقة عقود مكتوبة تبرم وفق المعايير السابقة .

ثانياً: تعريف الصفقة العمومية في ظل المرسوم 247/15

لقد نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام¹ على أنها "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفقاً لشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".

وهو التعريف الذي يمكن إبداء بشأنه الملاحظات التالية:

- الاحتفاظ بمصطلحات "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به" و "وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم" و "المصلحة المتعاقدة".

الجريد الرسمية العدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015. ص ص 3-48¹

- الاحتفاظ بتعداد أنواع الصفقات العمومية: "في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".

- إضافة مصطلحات جديدة وهي: "تبرم بمقابل" و"مع متعاملين اقتصاديين" و"لتلبية حاجات"

- تبقى المعايير الأربعة لتعريف الصفقات العمومية مع بعض التغيرات.

من أجل تبيان العناصر المكونة للمفهوم الجديد للصفقات العمومية سنتناول بالدراسة معايير تعريف الصفقات العمومية (الفرع الأول) وعدم تكييف المشرع للطبيعة القانونية للصفقات العمومية (الفرع الثاني)

و عليه معايير تعريف الصفقات العمومية :

يرى الأستاذ بن ناجي شريف أنه انطلاقا من تعريف المشرع، يمكن استخلاص المعايير الأربعة لتعريف الصفقة العمومية وهي: المعيار العضوي (أولا)، المعيار الشكلي (ثانيا)، المعيار المالي (ثالثا)، المعيار المادي (رابعا).

1- المعيار العضوي

يتمثل المعيار العضوي في الهيآت التي تبرم الصفقة العمومية والتي أطلق عليها المشرع تسمية المصالح المتعاقدة والمذكورة على سبيل الحصر في المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 15-247: : لا تنطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:



-الدولة،

-الجماعات الإقليمية،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري،، عندما تكلف بإنجاز عملية

ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية"

نلاحظ أن المشرع قام بتقليص قائمة المصالح المتعاقدة التي كانت واسعة جدا في ظل المرسوم الرئاسي

236-10.

كما يستثنى بعض العقود من الخضوع لرسوم تنظيم الصفقات العمومية

إذا ما تفحصنا أحكام مرسوم تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247 سنجد بأنه قد استثنى من الخضوع لأحكامه بعض العقود التي كان البعض منها يخضع سابقاً لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، ويتعلق الأمر ب¹:

— العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها،

— العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع التجاري عندما تزاوّل هذه المؤسسات نشاطاً لا يكون خاضعاً للمنافسة،



— العقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع،

— العقود المتعلقة باقتناء أو تأجير أراض أو عقارات،

— العقود المبرمة مع بنك الجزائر،

— العقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية، أو بموجب الاتفاقات الدولية عندما يكون ذلك مطلوباً،

— العقود المتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم،

— العقود المبرمة مع محامين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل،

— العقود المبرمة مع هيئة مركزية للشراء خاضعة لأحكام قانون الصفقات وتتصرف لحساب المصالح المتعاقدة.

فقد أضاف المنظم طائفة من العقود إلى العقود المستثناة من الخضوع إلى قانون الصفقات العمومية وذلك مهما كان مبلغها، حيث لم يأت على ذكر أي تقييد بالمبلغ المالي. مع العلم هنا أن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 لم يكن يستثني سوى العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من الخضوع لأحكامه.

ونعتقد بأن المنظم وهو يضيف إلى العقود المبرمة بين الإدارات العمومية مجموعة أخرى إنما يكون قد حاول إضفاء قدر من المرونة على عمليات التعاقد في المواضيع المذكورة، لاسيما وأن الأمر هنا لا ينطوي على خطورة بالغة على المال العام، إما لأن المبالغ المنفقة في إطارها غير معتبرة كما هو الحال في خدمات المساعدة والتمثيل القانوني، أو لأن المال العام سينتقل إلى الذمة المالية لجهة إدارية أخرى وبالتالي لن يخرج من الخزينة

¹. أنظر المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

العمومية، كما هو الحال بالنسبة للتعاقد مع المؤسسات العمومية التي تمارس نشاطاً غير خاضع للمنافسة، أو لأن اتفاق التمويل مع الهيئات الدولية يقتضي ذلك كما هو الحال بالنسبة لخدمات الصلح والتحكيم...

2- المعيار الشكلي

ويقصد بالمعيار الشكلي الطابع الكتابي للصفحة إذ لا يمكن لإدارة أن تبرم عقود شفوية، وتضمنها دفاتر الشروط التي تعد عناصر أساسية و مكونة للصفقات العمومية. لم تخرج المادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 عن سابقها من النصوص فجاءت هي الأخرى معرفة للصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ولعل سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليهما في مختلف فوائين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لسببين اثنين¹:

أ-إن الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية، لذا وبالنظر لهذه الزاوية يجب أن تكون مكتوبة.

ب-أن الصفقات العمومية تتحمل أعباءها المالية الخزينة العامة ، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان

الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة.

لذا يجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة إلى جانب أنها تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة وبشرط الكتابة، إذ تتميز الصفقات العمومية على بعض العقود المدنية التي قد لا يشترط التشريع من أن تكون مكتوبة كالعقود الرضائية ويقصد بالكتابة طبقا لنص المادة 02 الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي موقع من قبل أطراف الصفقة العمومية ومختوم ويحمل تاريخا معينا دون حاجة لإفراغه في شكل عقد توثيقي على يد موثق.

فالإدارة كما تصدر قراراتها الإدارية وتتمتع بالطابع التنفيذي دون حاجة للجوء للسلطة أو جهة أخرى فذلك هي من تكتب سائر قيود الصفقة كالنسخ المطلوبة بعدها ، تبدأ عملية التوقيع وطبقا لهذا يدخل أيضا في مرونة النشاط الإداري ، فلا يعقل إلزام الإدارة باللجوء للمرفق العام كلما تعلق الأمر بتحرير صفقة عمومية².

إن القاعدة السائدة في النظام القانوني الجزائري هي إلزامية الكتابة في العقود التي تبرمها الإدارة. كما أن معظم مواد قانون الصفقات العمومية قد أكدت إلزامية الكتابة في إبرام عقود الإدارة ، كما تقتضي

¹عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية- جسر للنشر والتوزيع ، 2011، ص 63.

²عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 63، 62.

نصوص هذا المرسوم إلزامية تقديم العروض مكتوبة وإرفاقها بالوثائق والمستندات التي تثبت المواصفات التقنية والتصاميم والرسوم وغيرها، وقد اعتبر مجلس الدولة الجزائري الكتابة ركنا أساسيا من أركان العقد الإداري فجاء في قراره الصادر بتاريخ 14-5-2001 في قضية بلدية بوزريعة ضد أحد المقاولين تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة (غير منشور) وفقا للمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة وإنه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن البيانات المحددة على سبيل الحصر¹ ، بما يستفاد منه أن الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلق بالنظام العام، ويبدو واضحا من خلال هذا القرار فإن مجلس الدولة قد طبق نصوص قانون الصفقات العمومية تطبيقا كاملا ولم يحد عنها وأكد رغبة المشرع في اعتبار الصفقات العمومية عقودا مكتوبة².

إذا كان المشرع الجزائري قد شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة، فإنه أورد استثناء على القاعدة حددته³ المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 بنصها: "في حالة الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقة العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية. المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المذكورة أعلاه وترسل نسخة من المقرر المذكور في الفقرة السابقة المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول بهما إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية)، عندما لا يسمح الاستعجال الملح بإعداد الصفقة قبل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل، ومهما يكن من الأمر فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية خلافا لأحكام المادة 03 خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع، على المقرر المذكور أعلاه⁴.

¹ هيبه سردوك، المناقصة العامة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 54، 55.

² هيبه سردوك، مرجع أعلاه، ص 56.

³ عمار بوضياف، المرجع السابق، 163، 164.

⁴ المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247.

إن من محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد أنه قد سمح لرئيس المجلس الشعبي البلدي بالترخيص لتنفيذ الخدمة قبل إبرام الصفقة (حالة الاستعجال الملح) كما أضيفت فقرة تتعلق بالزامية اقتصار تنفيذ الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف المستجدة .

تبدو أهمية الإجراءات أن المشرع حينما يقرها ويفرضها فعادة ما يكون ذلك للمصلحة العامة¹.

3- المعيار المالي

يتضمن المعيار المالي ثلاثة أفكار وهي:

- فكرة الإنفاق العمومي أي صرف أموال عمومية: الصفقة العمومية هي نفقة عمومية وهي تخضع في صرفه إلى الإجراءات المحاسبية المعروفة في هذا المجال.

- فكرة المقابل المالي: والتي أضافها المشرع صراحة في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 والتي تتمثل في السعروهو المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعاقل المتعاقل معها وفق كلفيات خاصة منصوص عليها في القانون².

يعتبر المقابل المالي من الخصائص المميزة للصفقات العمومية، فالمقابل المالي عنصر جوهري في الصفقة والذي يجب أن يكون متناسبا مع الخدمة المقدمة³.
- العتبة: والتي تُعرف على أنها الحد الأدنى الذي يجب أن تتجاوزته الصفقة⁴: وهي قيمة مالية يحددها قانون الصفقات العمومية ويحينها دوريا.

و لقد نصت المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية: "كل 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 يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم"

لكن بعد صدور المرسوم الرئاسي 247-15 نلاحظ أن صياغة هذه المادة تغيرت وأصبح نص المادة 13 كما يلي : " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون

¹ أعمار بوضيف، القرار الإداري ، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 136.

² أكرور ميريام، الأجر في الصفقة العمومية للأشغال، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق.

³ C.E.F 26 Mars 2008, région de la réunion.

⁴ MORAND-DEVILLER Jacqueline, *La notion de seuil en droit administratif*, in mélange en l'honneur de Franck MODERNE « Mouvement du droit public », édition Dalloz, France, 2004, p303.

دينار (12000000) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6000000) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب.

و بهذه الصفة، تعد المصلحة المتعاقدة إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات، وعندما تختار المصلحة المتعاقدة أحد الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا المرسوم فإنه يجب عليها مواصلة إبرام الطلب بهذا الإجراء".

وهو ما يقودنا إلى طرح الملاحظات التالية:

بمفهوم هذه المادة أصبح هناك نوعين من الصفقات:

النوع الأول: صفقات عمومية يساوي فيها أو يقل المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12000000 دج) عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6000000 دج) للدراسات أو الخدمات، يمكن إبرامها إما وفقاً للإجراءات الشكلية أو وفقاً للإجراءات المكيفة المنصوص عليها في المواد من 13 إلى 22 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

النوع الثاني: صفقات عمومية يزيد فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12000000 دج) عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6000000 دج) للدراسات أو الخدمات، تبرم حصرياً ووجوباً وفقاً للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الباب الأول من قانون الصفقات العمومية.

وهذا يعني أن العتبة تصبح معياراً للتمييز بين الصفقات العمومية: وهو ما تدعمه المواد:

المادة 27: "تخضع حاجات المصلحة المتعاقدة، مهما تكن مبالغها لأحكام هذه المادة إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم"

المادة 97: "لا يمكن أن تكون محل تحيين و مراجعة أسعار الصفقات العمومية التي تقل مبالغها عن الحدود المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا المرسوم التي يقل أجلها عن ثلاثة (3) أشهر."

المادة 110: "لا تدفع التسبيقات إلا في حالة الصفقات التي يفوق مبلغها الحدود المنصوص عليها في المادة 13 من هذا المرسوم"

لقد أضاف المشرع لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 عبارة "الحاجات" ولقد كان فصل عند صدور المرسوم الرئاسي 10-236 في عملية تحديد الحاجات وهو ما يجعلنا نذهب إلى تعريف الصفقة على أنها ذلك العقد الذي يلبي حاجيات المصلحة المتعاقدة.

تري الأستاذة Marian UBAUB-BERGERON أن تضمين هذه العبارة في التعريف يهدف إلى تمييز الصفقة العمومية عن عقد الامتياز ففي حين يهدف هذا الأخير إلى تحقيق حاجيات المنتفعين تهدف الصفقات العمومية إلى تحقيق حاجات المصلحة المتعاقدة، وأن الاختلاف في محل العقد هو الاختلاف الرئيسي وهو الذي ينتج عنه الاختلاف في كيفية دفع المقابل المالي ومعيار الخطر.

ففكرة الحاجة تشمل كل حالة تكون فيها المصلحة المتعاقدة هي المبادرة لإبرام عقد تكلف متعاملا بانجازه بمقابل مالي، ما ينتج عنه إخراج من دائرة الصفقات العمومية كل العقود التي لا تستجيب لعنصر إشباع الحاجات مثل اتفاقية الشغل المؤقت¹.

وعليه فإن المعيار المادي يتمحور حول محل الصفقة العمومية الذي يتضمن فكرتين هما:

- إشباع الحاجات:

- أنواع الحاجات والتي تتمثل في: أربعة أشكال، وهي إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات.

ثالثاً: عدم تكييف المشرع للطبيعة القانونية للصفقات العمومية

لم يكيف المشرع الفرنسي بصراحة طبيعة الصفقات العمومية ، يتجه الفقه التقليدي الفرنسي على اعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا، فلقد تم تناول دراستها في إطار أهم مراجع قانون العقود الإدارية الفرنسية على هذا النحو² وهو ما دفع المشرع الفرنسي إلى تكييفها صراحة على أنها عقد اداري بمناسبة صدور قانون الصفقات العمومية لعام 2001.

بينما في الجزائر لم يكيف المشرع أبدا الصفقات العمومية على أنها عقد ادري على عكس عقد الامتياز الذي كيفه صراحة على أنه عقد ادري في عدة قوانين مثل قانون المياه.

¹ Marian UBAUB-BERGERON, Droit des contrats administratifs, Lexis Nexis, France , 2015, p 135-137.

² DE LAUBADÈRE André, MODERNE Franck, DEVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J, France, 1984. RICHER Laurent, « *Droit des contrats administratifs* » , 4ème édition, L.G.D.J, France, 2004,

إنما انطلقت هذه الفكرة في الأوساط الفقهية انطلاقاً من قراءة العميد أحمد محيو لقانون الصفقات العمومية لعام 1967 حيث قال أن هذا القانون يقدم تعريفاً كاملاً للعقد الإداري تعريف يقوم على المعايير الكلاسيكية الثلاث (المعيار العضوي، المادي، الشكلي) حتى وإن كان المعيار العضوي هو الأكثر أهمية، أي وجود شخص عمومي كطرف في العقد، وهو مجسد في المنازعات من خلال المادة 7 الشهيرة من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966.

اكتسب هذا التفسير حجية لدى القانونيين الجزائريين كما يبينه الأستاذ بن ناجي مهما كانت لغة تكوينهم (الفرنسية أو العربية) بل أصبح هذا التفسير يمثل نقطة اتفاق تذكر -دون ذكر صاحبها ومؤلفها- و أصبحت شبه مسلمة في التكوين القاعدي لأجيال من القانونيين الجزائريين.

وقدّم لتفسير العميد أحمد محيو مجالاً ومدى أوسع من القراءة التي قدمها العميد نفسه، وهو ما نتج عنه فكرة بمقتضاها أن الجزائر تملك تقنينين للعقود: التقنين المدني لعقود القانون الخاص و تقنين الصفقات العمومية لعقود القانون العام¹.

ويعتمد أنصار هذه الفكرة على العناصر الآتية:

- تمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة،
 - تمتع المصلحة المتعاقدة بإمكانية فسخ الصفقة، سلطة التعديل الانفرادي،
- لكن في المقابل نلاحظ أن تطور قانون الصفقات العمومية أدى إلى تراجع الكثير من هذه التطبيقات:

- تفضي الحل الودي لنزاعات الصفقات العمومية،
- تقنية الملحق التي تبحث عن الحلول الثنائية للقضايا الطارئة.

رابعاً: شمولية مبادئ الطلب العمومي

1- خضوع كل الصفقات العمومية للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05

أكد تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة تجسيد المبادئ التي نصت عليها المادة الخامسة منه، وذلك في جميع الصفقات التي يبرمها المصلحة المتعاقدة مهما كان مبلغها، فالمشروع من خلال تحديد مبالغ

¹ BENNADJI Cherif, *Réflexions à propos de la théorie du contrat administratif en Algérie*, in « *le débat juridique au Maghreb : De l'étatisme à l'état de droit* », études en l'honneur du doyen Ahmed MAHIOU, édition Publisud, France, 2009, pp101-141.

بعض العقود و الطلبات يستهدف إضفاء مرونة أكثر على نشاط الإدارة و فعالية من خلال تخفيف إجراءات بعض العقود التي تقل أثمانها عن الحدود المرسومة لتمكينها من الاستجابة لحاجات الناس والكيفية التي تتطلبها المصلحة العامة وليست الغاية هي إعفاؤها من احترام المبادئ المؤطرة للطلب العمومي و ذلك حماية للمال العام¹. ما ورد في المادتين 13 و 14 الثالثة عشر من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على أن الصفقات التي لا تقتضي وجوباً إبرام صفقات أي تلك التي تقل مبالغها عن الحدود المرسومة في نفس المادة ينبغي أن تكون محل استشارة بين ثلاثة متعهدين مؤهلين على الأقل لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة و السعر، و تنظم المصلحة المتعاقدة إجراء الاستشارة حسب طبيعة الحاجات الواجب تلبيتها مع الأخذ بعين الاعتبار عدد المتعاملين الذين بإمكانهم الاستجابة لها مع مراعاة أحكام المادة الخامسة من المرسوم و المتعلقة بالمبادئ العامة التي تحكم الطلب العمومي.

و يتعين على المصلحة المتعاقدة إرفاق الالتزام بالنفقة بتقرير تقييبي تبرر فيه الاستشارة و كيفية اختيار المتعهد الذي رست عليه و في حالة استشارة ثلاثة متعاملين على الأقل، فإنه يجب عليها توضيح الظروف المبررة لذلك في التقرير المذكور وهذا دليل على شمولية تلك المبادئ.

2- شمولية مبادئ الطلب العمومي لكل العقود التي يكون محلها أموالاً عمومية

و هو ما ذهبت إليه المادتين 9 و 11 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المادة 9: " لا تخضع المؤسسات العمومية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في هذا الباب. ومع هذا يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصياتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

لقد عرفت المؤسسة العمومية الاقتصادية تبايناً في موقعها في قانون الصفقات العمومية، إلا أن استقرار المرسوم الحالي على إخراجها من دائرة المصالح المتعاقدة، مع إلزامها بإخضاع عقودها التي تبقى خاضعة لرقابة اللاحقة لمجلس المحاسبة باحترام مبادئ الطلب العمومي.

المادة 11: " كل هيئة غير خاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولأحكام هذا المرسوم مهما كان وضعها القانوني تستعمل أموالاً عمومية بأي شكل كان، ملزمة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات، على أساس

¹المرجع نفسه، ص 67.

مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة".

ويقصد هنا كل الهيئات غير الخاضعة لقواعد المحاسبة العمومية ولقانون الصفقات العمومية ولكن تستعمل أموالا عمومية، فهي تبقى ملزمة أيضا باحترام مبادئ الطلب العمومي.

3- شمولية مبادئ الطلب العمومي لكل طرق الإبرام

إن وجوب احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، يشمل كافة أنواع الصفقات مهما كان شكل وطريقة إبرامها إلا أن نسبة تكريس تلك المبادئ تتباين من شكل لآخر، حيث أنه في الطلب العروض المفتوح يتم اعتماد تلك المبادئ بشكل مطلق، إلا أنه قد يقتصر الاشتراك في بعض طلبات العروض على فئة معينة مثل طلب العروض المحدود، وهو ما قد يعتبر مساسا بهذه المبادئ.

أما التراضي البسيط فيتقيد بالحالات المذكورة على سبيل الحصر في قانون الصفقات العمومية.

نلاحظ توسع مدى ومجال مبادئ الطلب العمومي ليشمل مجالا واسعا، إذ أصبحت مرتبطة ارتباطا وثيقا بالصفقات العمومية.

SAHLA MAHLA

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

المحور الثاني : المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية :

إن ضخامة حجم الأموال التي تنصب عليها عقود الصفقات العمومية، وكونها المؤشر الظاهر لقياس مدى نجاعة الخطط التنموية للدولة يكسبها طبيعة خاصة، هذا ما جعل المشرع يخصها بتشريع خاص، ومن بين الأهداف الأساسية لتنظيم عقود الصفقات بتشريع مستقل الحفاظ على الأموال العمومية وضمان أحسن توظيف لها مع اقتران ذلك بتنفيذ المشاريع المستهدفة مما يحفظ مردوديتها ونجاعتها.

وعنصر النجاعة معرض لتحدي تفرضه طبيعة عقد الصفقة العمومية، كونه يعقد بين طرفين يدافعان عن مصلحتين متعارضتين؛ مصلحة الإدارة في تنفيذ موضوع الصفقة بأفضل عرض من حيث الجودة والتكلفة، ومصلحة المتعامل المتعاقد معه في حصوله عائدات مالية من منظور البيئة التجارية التي ينتمي إليها.

فما هي القواعد ولأسس التي تبناها المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15 لضمان عنصر النجاعة في الصفقات العمومية؟ وما هي الطريقة التي تبني بها المشرع هذه الأسس؟

أولا: الأسس المنصوص عليها صراحة في المادة الخامسة من المرسوم: 247/15

أولاً: الحرية في الترشح وهو ما عبر عنه المشرع بحرية الوصول للطلبات العمومية.

1- مفهومه

تطلق عبارة حرية الترشح في مجال الصفقات العمومية ونعني بها: " حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفق الحدود التي يحددها القانون؛ بمعنى إعطاء الفرصة للجميع بالمشاركة في تقديم الخدمات العامة دون تمييز"¹.

فالمنافسة الحرة تعني " فتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة ... فيعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه، أو على حسابهم"²؛ إذ الأصل في " تنظيم الصفقات العمومية هو قانون الخضوع للمنافسة و يقصد به إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعطاءه"³، مما يدل على كون شروط الاشتراك مجردة عن الاعتبارات الشخصية أو المحاباة.

مما سبق يمكن القول أن سلطة الإدارة ليست مطلقة، حيث أنه إذا لم يراع المتنافس الضوابط الضرورية لدخوله المنافسة يكون عليها تطبيق إجراء الاستبعاد، وبالمقابل إذا استوفى كافة الشروط المطلوبة لدخول المنافسة فليس للإدارة أية سلطة تقديرية لرفض عرضه.



2- مبررات حرية المنافسة: هناك مبررين أحدهما فقهي والآخر تشريعي.

أ- المبرر الفقهي

يقوم هذا المبرر على عدة عناصر أهمها:

-المساواة أمام القانون: فالمشرع أثناء وضعه للقانون عليه أن لا يصدر منه ما من شأنه الدلالة على التمييز أو المحاباة بين المخاطبين بذلك القانون فتتحقق المساواة هنا عن طريق عمومية القاعدة القانونية، و هذا المضمون يمكن انطباقه على الإدارة في مجال الصفقات، كما أن: " اعتماد مبدأ حرية المنافسة يضمن تعدد العطاءات وضرورة اختيار الأفضل، فالمنافسة تجعل الإدارة ملزمة بمعطيات السوق بشكل يسمح لها بالاختيار الدقيق"⁴.

¹-ليلي بوكحيل: دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، الملتقى الوطني حول -حرية المنافسة في القانون الجزائري - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عنابة، 3 و 4 أفريل 2013.

-تياب ليلي: تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، الملتقى الوطني -دور الصفقات العمومية في حماية المال العام- جامعة يحي فارس المدينة 20 ماي 2013، 20 ماي 2013، ص 4.

² مهند مختارنوح، الإيجاب و القبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2005، 1، ص 496.

³-مراد بلكعبيات، مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة 20 ماي 2013، 20 ماي 2013.

⁴-ليلي بوكحيل: المرجع السابق، ص 03.

-الحرية الاقتصادية: و الغرض من ذلك جعل الحياة الاقتصادية ذات ديناميكية تنافسية ، وهذا يشجع روح الإبداع في مجال الاستثمارات بشتى أنواعها بتبني المعنى الاقتصادي للأنشطة التعاقدية.

ب- السند التشريعي

كرس التعديل الدستوري 2016 مبدأ حرية الاستثمار والتجارة¹، للتخفيف في حدة الأزمة المالية التي تسببت في انخفاض المحروقات لتشجيع ايجاد بدائل عنها، غير أن مبدأ الحرية في مباشرة نشاط التجارة والاستثمار والصناعة، ومبدأ مباشرة أية حرية أخرى ليس مطلقا ولا يمكن أن يكون خاليا من أي قيد، و إلا تحولت الحرية إلى فوضى و مصدرا للإضطراب، و النصوص التي أقرت مبدأ الحرية الاقتصادية أوردت قيودا كثيرة عليها تستهدف حماية المصلحة العامة و الأمن العام ولآداب و الصحة العامة².

3- نسبية مبدأ حرية الترشح

إن الأصل في المنافسة أن تكون حرة، إلا أن هناك سلطة هامة تمارسها الإدارة و من شأنها التضييق في مجال الانفتاح على المنافسة وهي سلطة حرمان بعض المتعهدين من دخول المنافسة لأسباب ترتبط بتدني أهليتهم الفنية ، أو لسوابق غش و تلاعب ارتكبوها سلفا.

ومن جهة أخرى، فقد أثبتت التجارب أن الشكل التقليدي الذي يكون الباب فيه مفتوحا لكل الذين يستوفون شروط المشاركة، إن كان يجدي في بعض أنماط العقود غير ذات الحساسية الفنية، والتي لا تتطلب متعهدين على اعلى درجات الكفاية الفنية، فإنه لا يجدي في نطاق بعض العقود ذات الطبيعة المعقدة فنيا، و التي تتناقض مع إمكانية فتحها للكافة، و عليه فإن مبدأ حرية الترشح لا يؤخذ على إطلاقه من وجهين:

أ- الحرمان الجزائي

و فيه يكون الحرمان من الاشتراك في المنافسة كجزاء لبعض الأشخاص على أخطاء وقعت منهم في تنفيذ عقود سابقة ربطتهم بالإدارة، أو جرائم ارتكبوها فكان الحرمان عقوبة لهم³.

ويعبر عن هذا النوع بحالات المنع بحكم القانون، و هو إجراء وقائي لكل الحالات التي يمكن أن تشكل عبء على انجاز موضوع الصفقة و التي كانت منصوصا عليها في المادة 52 من القانون السابق و في المادة 75 من القانون الجديد، وحين توسعت هذه الأخيرة في قضية المنع المرتبط بالإفلاس ليشمل الذين هم محل إجراء

¹- المادة: 43 من قانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 ، 2016/03/07.

²-مراد بلكعبيات، المرجع السابق، ص4.

³- انظر:- محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد و التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص94.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، 2009، ص 71-72.

- جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2002، ص 25-29.

عملية الإفلاس أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح أو هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التوقف أو التسوية أو الصلح بعد أن كان القانون السابق تحدث عن الحالة الأولى فقط.

وقد توسعت هذه المادة في إيراد اثنا عشر نمطا من حالات الإقصاء بعد أن كانت عشرة في القانون السابق، وقد نصت في فقرتها الأخيرة على أن توضح كليات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من وزير المالية، والذي تم إصداره فعلا في 19 ديسمبر 2015¹، وباستقراء محتوى هذا القرار نجد أنه حدد نوعين من الإقصاء وهما:

- الإقصاء المؤقت: وهو الذي ينبنى على أسباب مرتبطة في مجملها بالوضعية المالية والجبائية للمؤسسات المشاركة في الصفقة، أو بسبب الإدانة في مخالفات غير جسيمة مرتبطة بمجال التشغيل والعمل؛ وهذا الإقصاء قد يكون تلقائيا وفق ما هو منصوص عليه في المادة الثالثة إلى الخامسة من القرار الوزاري، أو قد يكون الإقصاء مؤقتا ولكن لا يتم إلا بمقرر وفق ما هو منصوص عليه في المادة السادسة من نفس القرار.

- الإقصاء النهائي: وهو الذي يخص المتعاملين الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط، وكذا المسجلون في البطاقة الوطنية للغش والمخالفات الخطيرة في مجال الجبائية والجمارك والتجارة، يضاف إلى هؤلاء المتعاملين الأجانب الذين يخالفون أحكام المادة 83 من المرسوم الرئاسي 15/ 247 التي تلزمهم بالاستثمار في نمط الشراكة وتوفير الضمانات المالية للصفقة العمومية محل الإبرام.

ب- القيود التي تضعها المصلحة المتعاقدة

لقد ظهرت الحاجة إلى نمط جديد من المناقصات، تتسلح الإدارة فيه بمساحة كافية من السلطة التقديرية في قبول المشتركين في المنافسة، مما أدى إلى ظهور مفهوم المناقصة المقيدة² إعمالا لنسبية الحرية في الترشيح.

وقد كانت هذه القضية في ظل القانون السابق محصورة ضمن المادتين 54 و 55 ورغم ما قيل عن كونهما تمسان بمبدأ الحرية، وهو ما يؤثر سلبا على نجاعة المشاريع إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد عالج القضية بنظرة توسعية من وجهتين:

- من حيث الكم : إذ أن القانون السابق أدرجها في المادتين 45 و 55 في حين أن القانون الجديد وسع من ذلك ورفع عدد المواد المتناولة له إلى (من 83 إلى 87)
- من حيث النوع: حيث أن المادتين 54 و 55 في القانون السابق كانت مدرجتين ضمن أحكام القسم الخامس المتعلق باختيار المتعامل المتعاقد في الباب الثالث الذي يتحدث عن إجراءات الاختيار، بينما في القانون

¹ - قرار مؤرخ في: 2015/12/19، يحدد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 17 بتاريخ: 2016/03/16.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 497.

الجديد نجد المشرع أفرد ذلك في قسم خاص بعنوان ترقية الإنتاج الوطني و الأداة الوطنية للإنتاج في القسم السابع من الفصل الثالث¹، الذي يعالج أحكام ابرام الصفقات العمومية

- من حيث المضمون: كان القانون القديم يتحدث عن إلزامية إصدار مناقصة وطنية إذا كانت أدوات الإنتاج الوطني قادرة على الاستجابة لحاجات المصلحة المتعاقدة، و تخصيص الأشغال المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين دون الدخول في التفاصيل ، بينما القانون الجديد تحدث عن إلزامية أن يحدد ملف استشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة و الطريقة المتبعة لتقييم و مقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية، و التي تحدد كفاءات تطبيقها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية²، و أضاف النص على الأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهل و نظام تقييم العروض إمكانات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و لاسيما منها المؤسسات الصغيرة و المتوسطة مساهمة لتعديل القانون التجاري بهدف تشجيع نشاط هذا النوع من المؤسسات و دوره في الترقية بالنشاط الاقتصادي الوطني.

ثانياً: المساواة بين المتنافسين:

والمساواة في مجال الصفقات العمومية يقتضي أن كل من له الحق قانونا التقدم إلى المناقصات يكتسب الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع غيره من المتنافسين³، حيث نصت المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الأخيرة على أنه: "يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة مع موضوع الصفقة و متناسبة مع مداها".
و هذا المبدأ مكمل لمبدأ حرية الترشح و يقصد به ضرورة احترام شروط و مواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المناقصين أو الممارسين دون تفرقة، فلا يقبل أي شخص أيا كان إذا لم تتوافر فيه هذه الشروط أو تقدم بعد الميعاد أو تقدم في الميعاد و لم يستوف الإجراءات الضرورية للاشتراك⁴.
فهذا المبدأ الهام في نطاق إجراءات المناقصات يقضي فسخ المجال لجميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات، والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم شروط المناقصات.

¹- القانون القديم كان قسم أحكامه ضمن الأبواب تليها الأقسام و الأقسام الفرعية، بينما القانون الجديد و بحكم اتساعه؛ حيث يحوي 220 مادة مقارنة بـ 181 في القديم فقد رفع سقف التنظيم لأحكامه حيث بدأها بالأبواب تليها الفصول ثم الأقسام و الأقسام الفرعية فالمواد.

²- انظر: المادة 83 ، المرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج-ر عدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015، ص 24.

³- أنظر: فتحة حابي: النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012/2013، ص 96.

⁴- انظر: - عزت عبد القادر، المناقصات و المزايدات، النسر الذهبي، القاهرة، 2000، ص 40.

- عمار عوايدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1984، ص 259.

- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 126.

وعليه فهو يقضي بإعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يتقدموا بطلباتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي، ولا يجوز للإدارة أن تستبعد أيًا من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الاشتراك في المناقصة؛ لأن "المصلحة المتعاقدة مجبرة على منح الصفقة لأكفئ العارضين"¹.

ويتربط على هذا المبدأ أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين سواء كانت وسائل تمييز إجرائية أم واقعية² ويقوم أساس المنافسة الحرة على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة، وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة، بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يقوم على أساس وقوف الإدارة موقفًا حياديًا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطاتها التقديرية بتقرير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تتبعها³.

و بتعبير آخر فإن انتماء الصفقات العمومية إلى العقود ذات الطبيعة العامة، فإن الهدف منها هو تحقيق المصلحة العامة و النفع العام، وهذا الأخير يدور وجودا وعدما مع الإجراءات التي يُنص عليها في إبرام العقود الإدارية، و العلة في تقرير هذه الإجراءات ضمان الصلاحية و الكفاءة فيمن يرغب من الأفراد و الشركات في التعاقد مع الإدارة⁴.

SAHLA MAHLA

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ثالثاً: شفافية الإجراءات.

تعتبر شفافية الإجراءات و اختيار المتعامل المتعاقد معه في مجال الصفقات العمومية أمراً جوهرياً لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواء الإدارية منها والمالية بفعالية و على مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية، والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بالتنظيم الخاص بالصفقات العمومية إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهرياً و مرئياً ، ولا يتأتى ذلك إلا بوجود و تبني إجراءات خاصة باختيار المتعامل المتعاقد معه⁵.

و تكريس الشفافية في إجراءات الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي الذي يعترف به الدستور و كلما زادت نسبة الشفافية كلما قلت نسبة الفساد، كما يدل على الفصل بين السلطات الإدارية و السلطات

¹ - بحري اسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص11.

² - تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، 2014/2013، ص71 وما بعدها.

³ - فريد كركادن: طرق وإجراءات إبرام الصفقة العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس ، المدينة، 20 ماي 2013، ص 9.

⁴ - محمد جمال الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة، عمان، ط2، 2011، ص265.

⁵ - مراد بلكعيبات، المرجع السابق، ص 06.

القضائية التي تنظر في المواد الإدارية باعتبار أن القضاء الإداري مختص في حالة وجود إخلال بشروط و إجراءات تنظيم الصفقة العمومية...

-وعليه- يعد هذا المبدأ حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة أن تكرسه عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية كما يعد هذا المبدأ آلية من آليات الحكم الراشد¹، ومن أجل ذلك جعل المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الصفقات العمومية هذا المبدأ وغيره كوسائل تحقق الحفاظ على المال العام.

ومما يحمي مبدأ الشفافية تلك البيانات و المعلومات التي يجب أن يتناولها إعلان طلب العروض و المتمثلة أساسا في تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها و رقم تعريفها الجبائي، كيفية طلب العروض، شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، موضوع العملية، قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة، مدة تحضير العروض و مكان إيداعها و مدة صلاحيتها، إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر²

ومن جهة أخرى على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط و الوثائق المنصوص عليها في المادة 64 من الرسوم 247/15 ، على أن يسحب دفتر الشروط من طرف المرشح أو المتعهد أو من طرف ممثليهما المعينين لذلك، و في حالة تجمع مؤقت لمؤسسات من طرف الوكيل أو ممثله ، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاقية التجمع³ ويتضمن هذا المبدأ عدة موجبات أهمها:

1- العلانية في التعاقد

أ-مضمون العلانية

تعتبر العلانية الوسيلة المثلى لنقل الحرية في الترشح من الجانب النظري الى الناحية التطبيقية والعملية، إذ في غياب الإعلان لا وجود لمجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد، فهذا المبدأ غير المنصوص عليه صراحة في المادة 05 كونها تتحدث عن أحكام نظرية ولكن تبناها المشرع بطريقة ضمنية من خلال الفصول و المواد التي تناولت الجوانب التطبيقية لأحكام الصفقات، لاسيما القسم الثالث من الفصل الثالث في الباب الأول؛ حيث تناولت المواد من 59 إلى 74 إجراءات إبرام الصفقات العمومية وحرصت على كل ما يضمن عنصر الشفافية فيها.

¹- نفس المرجع و الصفحة.

²قؤء- انظر: المادة 62، المرسوم الرئاسي 247/15.

³-انظر: المادتان، 63-64، المرسوم الرئاسي 247/15.

ومعنى ذلك وجوب ألا يكون إبرام العقد الإداري سرياً، فيقصد بالعلانية معرفة كافة بأن الدولة سوف تباع أو تشتري أو تؤجر أو سوف تقوم بشغل عام...إلخ، والغاية من ذلك كي لا تبرم العقود الإدارية في أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك¹، وهذا المبدأ هو الذي يحمي سابقه، حيث "يهدف الإعلان عن المناقصة إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري إذ يتم إعلام المعنيين (المقاولين، المورد...إلخ)، مما يفسح المجال للمنافسة بينهم، ويضمن احترام مبدأ المساواة ويسمح للإدارة باختيار أفضل العروض والمرشحين"². وغياب العلانية يؤدي إلى سرية التعاقد التي سوف لن تتيح الفرصة لمن يرغب في التعاقد كي يتنافس مع غيره وهذا تؤول قيمة الأشياء أو منافعها إلى النقصان بدلا من الزيادة، كما سوف تمنح مشاريع حكومية بمبالغ خيالية لا تتناسب مع تكلفتها الحقيقية³.

مما سبق فإن العلانية من أهم المبادئ التي تحكم عملية إبرام العقد وتوجهه في إطار ما ينشط نجاعة الصفقات العمومية ويخلق نوعا من الثقة المتبادلة بين الإدارة والمتعاقدين معها، فإعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد شرط ضروري لضمان فرص متكافئة للراغبين في التعاقد معها، تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد ونوع الخدمات المراد تقديمها وشروطها⁴.

ب- وسائل النشر

نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء"، وقد كانت حالات الإشهار الإلزامي منصوصا عليها في القانون السابق: حيث عدد المناقصة المفتوحة مع المناقصة المحدودة والدعوة إلى الانتقاء الأولي فالمسابقة والمزايدة⁵، أين كان إجراء الإبرام عن طريق التراضي بعد الاستشارة غير معنيا بالإشهار الإلزامي والذي تم استدراكه في المرسوم الرئاسي 247/15.

و عن لغة النشر فقد نصت المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 أنه "يحرر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل- دون تحديد أي اللغات الأجنبية التي من بينها يحلر الإعلان لكن الشائع أنها الفرنسية والإنجليزية- كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني... يمكن إعلان طلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن

¹ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 62.

² محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005، ص 36.

³ محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 62.

⁴ فريد كركادن، المرجع السابق، ص 7.

⁵ انظر: المادة 45، المرسوم الرئاسي 13/09، المؤرخ في 13 يناير 2013، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 02.

صفقات أشغال أو لوازم و دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مئة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها ، و خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الآتية:



*نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.

*إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية:

-للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرف التجارة و الصناعة و الصناعة التقليدية و الحرف و الفلاحة للولاية، للمديرية التقنية المعنية في الولاية.¹

مما سبق فإن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان ملزمة للإدارة فيتعين عليها احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد و كيفية إجرائه و عدد مراته و إلا ترتب على ذلك بطلان المناقصة، ولكن لا ضير على الإدارة إذا ما احترمت طريقة الإعلان المنصوص عليها قانونا في أن تلجأ إلى طرق إعلان أخرى ترى أنها أنسب في نقل رغبتها إلى الأفراد كالإعلان بطريق الراديو أو التلفزيون² أو أية وسيلة أخرى أكثر انتشارا و استعمالا كالوسائط الإلكترونية مما يضمن الوصول إلى أكبر عدد ممكن من الأفراد، و هو ما استدركه المشرع في المواد من 203 إلى 206 في المرسوم 247/15 و التي نظمت أحكام الاتصال و تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، و التي تم إسناد تسييرها للوزارة المكلفة بالمالية و الوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال بعد أن كان سابقا متضمنا في المادتين 173 و 174 فقط و تحت إشراف وزارة المالية لوحدها.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

2- سرية العروض:

و مقتضى ذلك أن توضع جميع العطاءات في مظاريف مغلقة يجهل العلم بموضوعها بالنسبة للإدارة و بالنسبة للمتقدمين فيما بينهم، و تظل كذلك حتى وقت فتح المظاريف عن طريق لجنة الفتح... منعا لأية محاولات تهدر مبدأ المنافسة و المساواة بين أصحاب العطاءات³ وإن كان هذا المبدأ يعد مناقضا للشفافية في ظاهره فإن الحقيقة هي كونه داعما و حاميا له، لأن هذه السرية هي التي تقطع الطريق أمام الإدارة في أي تلاعب بالعروض المقدمة أو تسريب محتوياتها بدافع المحاباة و غيرها مما يهدم الشفافية و المساواة.

¹ - انظر: المادة 65، المرسوم الرئاسي 247/15.

² - حسين عثمان و محمد عثمان، أصول القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، د ط، 2004، ص 125.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، 1989، ص 127.

و "يتحقق مبدأ السرية بوضع جميع العطاءات في ظروف مغلقة، بحيث لا تعلم الإدارة و المتقدمين بعطاءاتهم بمضمون العطاءات قبل وقت فض هذه المضاريف"¹.

ولحساسية هذه السرية و ما يترتب على إهمالها فقد تناولها المشرع في موضعين، أولهما في المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها "... تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة – لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض"، و ثانيهما في المادة 67 من ذات المرسوم بقولها "... يوضع ملف الترشيح و العرض التقني و العرض المالي في أظرفة منفصلة و مقفلة بإحكام يبين كل منها تسمية المؤسسة و مرجع طلب العروض و موضوعه و تتضمن عبارة ملف الترشيح أو عرض تقني أو عرض مالي حسب الحالة، و توضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام و مغفل ويحمل عبارة – لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض – طلب العروض رقم..... موضوع طلب العروض".

المحور الثالث : الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية و مراحلها :

إن الأصل في إبرام الصفقات العمومية التي يستند فيها العقد على حرية الإدارة في اختيارها للمتعاقد معها، يرجع إلى أن المشرع هو الذي يحدد طرق إبرام العقود الإدارية سعياً منه إلى الوصول لهدفين أساسيين هما:

- 1- يتمثل الهدف الأول في تحقيق أكبر وفر مالي للخرينة العمومية، مما يتطلب لجوء المصلحة المتعاقدة إلى اختيار المتعامل الذي يقدم أفضل العروض المالية والتقنية.
- 2- الهدف الثاني يتلخص في مراعاة المصلحة العامة، منها ما يوجب على المصلحة المتعاقدة اختيار أفضل المتعاملين (المتعاقدين) لأداء مضمون الصفقة على أحسن وجه.²

وبناءً على هذا حرص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على ضرورة إتباع جملة من الإجراءات في إطار إبرام الصفقات العمومية³، التي سوف نتطرق لها تباعاً، تمثل المنافسة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر إحدى المواضيع الأصلية والمهمة، لأن أعمال المنافسة في الأنشطة الاقتصادية للمتعاملين الاقتصاديين خاصة في مجال إبرامهم لعقود الصفقات العمومية مع الإدارة العامة بشكل عام يجعلها من ركائز النظام الاقتصادي في الدولة، لما توفره من حماية فعالة للمال العام بحيث تستعمل الأموال العمومية بشكل عقلاني، وتعرف المنافسة في مجال الصفقات العمومية بأنها "الحرية في تقديم الطلب العمومي للمصلحة المتعاقدة التي أعلنت عن رغبتها في التعاقد من أجل مجارة المتعاملين الاقتصاديين للظفر بالصفقة وفقاً للشروط التي يتضمنها

¹ - فريد كركادن، المرجع السابق، ص 06.

² جبارة جميلة، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 125.

³ ينظر المادة 25 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

تنظيم الصفقات العمومية"، أما بالنسبة للهدف الرئيسي من أعمال المنافسة في الصفقة فيتمثل في اختيار العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية والتي تعني بدرجة أولى جودة تقديم الخدمة العمومية والتي تعكس صورة وهيبة الإدارة العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى الحفاظ على الأموال العمومية والذي يعتبر من أهم المزايا الاقتصادية التي تهدف المصلحة المتعاقدة إلى تحقيقها،

أولاً: أعمال المنافسة في المرحلة السابقة لإبرام الصفقات العمومية في الحفاظ على المال العام.

قبل إبرام الصفقة العمومية يجب أن تمر أولاً على المرحلة التحضيرية، والتي تتضمن تحديد الحاجات العامة وإعداد دفتر الشروط، ويعتبر تطبيق المنافسة في هذه المرحلة من الأهمية بما كان نظراً لما ينعكس بالإيجاب فيما بعد على الصفقة العمومية في حد ذاتها، سواء من حيث جودة تقديم الخدمة العمومية أو الحفاظ على المال العام والذي يعد أهم الأهداف التي يرمي إليها تنظيم الصفقات العمومية ككل، وبطبيعة الحال لا يتحقق ذلك إلا إذا تم تطبيق المبادئ التي كرسها المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وعليه يمكن تنازل هذا المحور من خلال عنصرين بحيث نتناول في العنصر الأول مبادئ الصفقة العمومية كضمان لتطبيق المنافسة وحفظ المال العام، ونتطرق في العنصر الثاني لتطبيق المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة العمومية ضمان لحفظ المال العام.

1- مبادئ الصفقة العمومية ضمان لتطبيق المنافسة وحفظ المال العام.

تعتبر المبادئ التي نصت عليها المادة الخامسة من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام روح القانون الجديد وظهر هذا من خلال التأكيد عليها في عدة مواد، مع ملاحظة أن هذه المبادئ كانت موجودة في القوانين التي سبقتها والمُلغاة ولكن ليس بهذا الشكل وبهذا التوسع، ومن الملاحظ أن صرف المال العام أصبح في ظل التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مقيد بضرورة احترام هذه المبادئ مهما كان مبلغ الطلب العمومي¹.

✓ مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

¹ نادية ضريفي، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، مداخلية مقدمة في اليوم الدراسي التكويني المتعلق بالصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بجامعة محمد بوضياف- المسيلة، يوم 23 فيفري 2016، ص 6.

من حق كل المتعاملين الاقتصاديين الوصول للطلب العمومي أي فتح مجال الاستثمار العمومي¹، والمقصود بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية أن بإمكان أي متعامل إقتصادي تتوفر فيه الشروط المعلن عنها في إجراءات الصفقة ومن حقه التنافس من أجل الظفر بالصفقة².

أ- تعريف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

"هو فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة... فيعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه، أو على حسابهم"³.

تجدر الإشارة إلى أن مصطلح المناقصة استبدله تنظيم الصفقات العمومية الجديد بمصطلح طلب العروض⁴، وهذا الأخير هو المصطلح الأصح لأن التنظيمات السابقة للصفقات العمومية كانت تترجم مصطلح L'appel D'offre بأنه مناقصة وهو خطأ والأصح هو طلب العروض⁵.

- أساس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

إن أساس مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يرتكز على مبدأ دستوري مهم كرسه دستور 1996 المعدل والمتمم وهو مبدأ حرية التجارة والاستثمار⁶، وقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري هذا المبدأ للتخفيف من حدة الأزمات الاقتصادية المتكررة التي عرفتها الجزائر.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- نسبية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

إن مضمون مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو المنافسة الحرة، إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه إذ أن للمصلحة المتعاقدة أن تمارس سلطة من شأنها التضييق من مجال الانفتاح على المنافسة وتتمثل هذه السلطة في حرمان بعض المتعهدين من دخول المنافسة لأسباب ترتبط بتدني أهليتهم الفنية، أو لسوابق غش أو تلاعب ارتكبها المتعامل الاقتصادي سلفاً، ومن جهة أخرى فقد أثبتت التجارب أن الشكل المعتاد الذي يكون فيه الباب مفتوحاً لكل الذين يستوفون شروط المشاركة، إن كان يجدي في بعض أنواع الصفقات والتي لا تتطلب فنيات معقدة وبالتالي لا تتطلب متعهدين على أعلى درجات الكفاية الفنية، فإنه لا

¹ نادية ضريفي، المرجع نفسه، ص 6.

² النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 25.

³ مهند مختارنوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2005، ص 496.

⁴ المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.

⁵ نادية ضريفي، توسيع مجال قانون الصفقات العمومية وإعادة هيكلة وتنظيم إجراءات إبرام الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 9.

⁶ المادة 43 من دستور 28 نوفمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

يجدي في نطاق بعض الصفقات ذات الطبيعة المعقدة فنيا والتي تتناقض مع فتحها لكافة المتعاملين الاقتصاديين.

وعليه فإن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لا يؤخذ على إطلاقه من وجهين وذلك كما يلي:

✓ الحرمان بحكم القانون.

ويكون الحرمان من الاشتراك في المنافسة كجزاء لبعض الأشخاص على أخطاء وقعت منهم في تنفيذ صفقات سابقة أو جرائم ارتكبوها فكان الحرمان عقوبة لهم، وبالتالي يعتبر هذا الإجراء وقائي لكل الحالات التي يمكن أن تشكل عبء على انجاز الصفقة العمومية، وقد توسع المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على سابقه في قضية المنع من الاشتراك في المنافسة ليشمل عدة حالات وذلك كما يلي:¹

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض،
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية أو شبه الجبائية،
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،
- الذين قاموا بتصريح كاذب،
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم،



¹ المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية،
- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،
- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.

✓ القيود التي تضعها المصلحة المتعاقدة.

ظهرت الحاجة إلى نمط جديد من الصفقات العمومية والتي تتمتع فيها المصلحة المتعاقدة بسلطة تقديرية واسعة في قبول المتعاملين الاقتصاديين للمشاركة والمنافسة من أجل الظفر بالصفقة، وبالتالي ظهور مفهوم جديد لطلب العروض وهو (طلب العروض المقيّد)، وذلك إعمالاً لنسبية الحرية في الترشح. وقد وسع تنظيم الصفقات العمومية الجديد (المرسوم الرئاسي رقم 15-247) هذا الطرح مقارنة بنظيره الملغى (المرسوم الرئاسي رقم 10-236)، وذلك من خلال المواد من 83 إلى 87.

✓ مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

وهذا المبدأ يعتبر مكمل لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومضمونه أن تقف المصلحة المتعاقدة حيال الطلبات العمومية والعروض المقدمة موقف الحياد فلا يجوز لها كأصل عام التفضيل والتمييز بين العارضين إلا ضمن الأطر التي حددها القانون¹.

ويعد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين عموماً من أهم مبادئ القانون، ثابت في المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وثابت في كل النظم الدستورية والقانونية ومكرس أمام القضاء الوطني والدولي، كما يكرس أمام الإدارة العامة في مساواة المنتفعين من خدمات المرفق العام ويكرس أيضاً على مستوى الالتحاق بالوظائف العامة وتحمل الأعباء العامة من خدمة وطنية ومن ضرائب ورسوم².

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، القسم الأول، الجزائر، 2017، ص 81.

² عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 81-82.

تجدر الإشارة إلى أن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في الصفقات العمومية لا يعمل به بصفة مطلقة، بل ترد عليه استثناءات تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ويمكن الإشارة لبعض منها على سبيل المثال لا الحصر كما يلي:

✓ تخصيص هامش الأفضلية الوطنية.

سعيًا من المنظم للتوفيق بين مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وحرية المنافسة وحماية المنتج الوطني، خلق بعض التكافؤ في الفرص بين المؤسسات الأجنبية والمؤسسات الوطنية والتي ترغب في الحصول على الصفقات الدولية والمطروحة من طرف المصلحة المتعاقدة¹، وبذلك منح المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هامش الأفضلية بنسبة 25% لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية والتي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية وبقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمع².

✓ تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

من أجل تشجيع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لإثبات وجودها في المجال الاقتصادي رغم قلة إمكانياتها نص تنظيم الصفقات العمومية الجديد على بعض التحفيزات لهذه المؤسسات وردت صراحة في المطة الأولى من الفقرة الثانية من المادة 85، فتم النص على ضرورة مراعاة إمكانيات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، وكذا السماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

كما تم النص أيضا في المادة 87 في فقرتها الأخيرة من تنظيم الصفقات العمومية الجديد على إعفاء المؤسسات المصغرة المنشأة حديثا من تقديم الحصيلة السنوية ويكفي أن تقدم وثيقة من البنك تبرر وضعيتها المالية، كما تعفى أيضا من تقديم المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية.

وعليه فإنه لا يجوز طبقا للأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد للمصالح المتعاقدة أن ترفع سقف المنافسة فتضع شروطا استثنائية، لأن مثل هذه الشروط ستؤدي حتما إلى اختفاء هذا النوع من المؤسسات من الواقع الاقتصادي، لذلك فرض المنظم ضرورة مراعاة إمكانياتها وظروفها³.

¹ مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 46.

² المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

³ مونية جليل، التدابير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق، ص 47.

✓ مبدأ شفافية الإجراءات.

إن مبدأ شفافية الإجراءات في مجال الصفقات العمومية يعد أمر جوهريا لأنه يسمح بممارسة الرقابة بفعالية وعلى مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلال بتنظيم الصفقات العمومية إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهريا ومرئيا¹، ويعد مبدأ الشفافية من أهم آليات الحكم الراشد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني ولا يمكن الحديث على هذا المبدأ دون التطرق إلى الإشهار باعتباره أهم وسيلة لإعلام المتعاملين الاقتصاديين، وبذلك فإنه يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة إخطار المتعاملين الاقتصاديين برغبتها في التعاقد ونيتها في إنجاز مشروع عام بعنوان صفقة، وفتح مجال المنافسة للعارضين بغرض تقديم ترشيحاتهم وفقا للشروط المعلن عنها مع منحهم فترة معقولة للتحضير، كما تطلعهم على الفائز في المنافسة وإمكانية حقهم في الطعن².

وقد كرس تنظيم الصفقات العمومية الجديد مبدأ الشفافية في عدة مواد منها:

أ- المادة 61 والتي أوجبت الإشهار الصحفي في عدة حالات³.

ب- المادة 62 والتي حددت البيانات التي يجب أن يحتويها إعلان طلب العروض⁴.

ت- المادة 65 والتي ألزمت المصلحة المتعاقدة بأن يتم تحرير إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومية (ن. ر. ص. م. ع) وجريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

ث- وتكريسا لمبدأ الشفافية ألزم تنظيم الصفقات العمومية الجديد في نص المادة 64 و66 و70 المصلحة المتعاقدة بإخطار العارضين بساعة فتح الأظرفة، ويتم هذا في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين أو ممثلين عنهم ويتم إعلامهم مسبقا.

ج- وفي انتظار تأسيس البوابة الالكترونية للصفقات العمومية والتي من شأنها تكريس مبدأ الشفافية⁵.

¹ مراد بلكعبيات، مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس المدية، يوم 20 ماي 2013، ص 6 وما يليها.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 84-85.

³ لتفصيل أكثر حول الحالات التي أوجبت الإشهار الصحفي على سبيل الإلزام بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أنظر نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، مرجع سابق.

⁴ لتفصيل أكثر حول البيانات الإلزامية التي يجب أن يحتويها إعلان طلب العروض أنظر نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

⁵ المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

2- تطبيق المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة العمومية ضمان لحفظ المال العام.

يجب على المصلحة المتعاقدة طبقا للسلطات المخولة لها قانونا وفي إطار المحافظة على الطابع الحيادي لها، أن تكرر مبدأ المنافسة سواء عند تحديد حاجاتها، أو عند إعداد دفتر الشروط، كما تلتزم بتوفير فرص متكافئة للمتعاملين الاقتصاديين للظفر بالصفقة تطبيقا للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، وهذا بطبيعة الحال ما يساهم في الحفاظ على المال.

✓ تطبيق المنافسة في مرحلة تحديد الحاجات.

قبل أي إعلان للصفقة العمومية والدعوة للتعاقد، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد حاجاتها تحديدا دقيقا وواضحا، وبالتالي لا تنطلق الصفقة من العدم بل يرتبط وجودها أساسا بما تسفر عليه عملية تحديد الحاجات من نتائج، وتجدر الإشارة إلى أن عملية تحديد الحاجات ليست مقتصرة على التعاقد عن طريق الصفقة فقط بل هي مطلوبة حتى في حالات التعاقد عن طريق سندات الطلب¹.

ولقد تضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد مسألة تحديد الحاجات بحيث نص على أنه: " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية..."².

كما يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومدتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويشترط المشرع في هذه المرحلة ضرورة احترام المنافسة من خلال أن لا تكون هذه المواصفات موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد³.

وما يمكن استنتاجه مما سبق أن تحديد الحاجات للمصلحة المتعاقدة يجب أن يكون دقيقا وواضحا، كما يجب تحديد الحاجات قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة على أن لا تكون موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، وهذا بطبيعة الحال ما يضمن منافسة حرة ونزيهة مما ينعكس بالإيجاب على جودة تقديم الخدمة العمومية والحفاظ على المال العام وهو المقصد الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد.

¹ منال حليبي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، تخصص تحولات الدولة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، نوقشت وأجيزت بتاريخ 28 فيفري 2017، ص 20.

² الفقرة الأولى من المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، مرجع سابق.

³ الفقرة الرابعة من المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

✓ تطبيق المنافسة عند إعداد دفتر الشروط.

يعرف الأستاذ الشريف بن ناجي في أطروحته لنيل شهادة الدكتوراه دفاتر الشروط بأنها " دفاتر الشروط هي معيار من معايير تعريف الصفقات العمومية، بل معيار من معايير العقد الإداري في القانون الإداري الجزائري وهي أيضا عامل منشئ للصفقة العمومية"¹.

وبالرجوع لتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد وبالتحديد في نص المادة 26 منه نجد أن دفاتر الشروط تنقسم إلى ثلاثة أنواع كما يلي:

أ- دفاتر البنود الإدارية العامة.(Le Cahier des Clauses Administratives et Générales).

وردت كلمة دفاتر البنود الإدارية العامة بصيغة الجمع، وهو ما يوحي بإمكانية إصدار بنود إدارية لأي مجال من المجالات الأربع للصفقات².

تحدد هذه الدفاتر الأحكام الإدارية العامة التي تخص كل نوع من أنواع الصفقات، كتبيان الأحكام الملزمة لكل طرف، وتحديد الاختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية³.

ب- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة.(Les Cahiers des Prescriptions Communes).

تحدد هذه الدفاتر الشروط التقنية المشتركة الخاصة بكل صفقة وهي تتمم دفاتر البنود الإدارية العامة، كما أنها تحدد بالنسبة لكل طائفة من الصفقات كيفية تحديد السعر وشروط تسديد التسبيقات والتخليص ويجب أن يصادق الوزير المختص على دفاتر التعليمات المشتركة⁴.

ت- دفاتر التعليمات الخاصة.(Les Cahiers des Prescriptions Spéciales).

يفترض أن دفاتر التعليمات الخاصة تخضع إلى دفاتر التعليمات المشتركة وإلى دفاتر البنود الإدارية العامة التي هي أعلى منها، ويقتبس منها ما يتماشى وطبيعة الحاجة التي يعبر عنها والصيغ والخصوصيات التقنية

¹ Cherif Bennadji, L'évolution De La Réglementation Des Marchés Publics En Algérie, Thèse De Doctorat Soutenue à L'université D'Alger, 1991, Tom 2, Page 517.

² النوي خريشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 80.

³ عادل ذبيح، دور دفتر الشروط في حماية المبادئ الأساسية لنجاعة الصفقة العمومية، مداخلة أقيمت بمناسبة المنتدى الدولي حول الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يومي 18-19 أكتوبر 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، ص 7.

⁴ عادل ذبيح، نفس المرجع، ص 9.

والتنظيمية المختارة¹، وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لهذه الدفاتر ولسابقها فإن أحكامها ملزمة ولا يسمح للمصلحة المتعاقدة بمناقشتها².

وتحرص الإدارة عند إعداد دفتر التعليمات الخاصة بالصفقة على تضمينها مجموعة من الأحكام التي تركز المنافسة، من خلال إخضاع دفاتر الشروط لدراسة لجان الصفقات وتقديمها بالموافقة، وعليه فإن المصالح المتعاقدة عند إعدادها لدفاتر الشروط بكل أنواعها يجب عليها احترام المنافسة الحرة، وبالتالي الحفاظ على المال العام كهدف أساسي لتنظيم الصفقات العمومية.

وكخلاصة لهذا المحور يمكن القول أن تطبيق المنافسة في المرحلة السابقة لإبرام الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بمرحلة تحديد الحاجات العمومية للمصلحة المتعاقدة أو إعداد دفتر الشروط الخاص بالصفقة وفي ظل احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من تنظيم الصفقات العمومية الجديد، من شأنه إضفاء جودة ونوعية في تقديم الخدمة العمومية وضمان الاستعمال الأمثل للأموال العمومية في ظل احترام شروط الاقتصاد التنافسي.

ثانياً: تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار طريقة الإبرام ضماناً لتطبيق المنافسة والحفاظ على المال العام.

قيد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد سلطة المصالح المتعاقدة في اختيار إجراء الإبرام، بحيث تبرم المصلحة المتعاقدة صفقاتها وفق خيارين (إجراء طلب العروض، إجراء التراضي بشكليته) ويشكل الخيار الأول (إجراء طلب العروض) القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، في حين يشكل الخيار الثاني (إجراء التراضي بشكليته) الاستثناء عن القاعدة العامة والتي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليها إلا في حالات محددة على سبيل الحصر³.

1- طلب العروض قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية.

طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء⁴.

¹ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 83.

² فتية حابي، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العامة في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236-10، مذكرة لاستكمال متطلبات الماجستير، تخصص قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 78.

³ منال حليبي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 34.

⁴ المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، مرجع سابق.

ويقصد بالمنافسة مجموعة الإجراءات القانونية الواجبة الإلتزام، قصد الوصول إلى اختيار المتعاقد الذي يحقق أفضل الشروط للإدارة، سواء من الناحية المالية أو التقنية، ولقد نص المشرع الجزائري على أسلوب المنافسة في المادة 26 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي تضمنت مايلي: "المنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض"، وفي المرسوم الجديد سماها المشرع طلب فتح العروض في المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاء فيها " طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهّد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء..."

وتختلف المنافسة عن المزايدة، حيث تهدف المنافسة إلى اختيار المتعامل الذي يقدم أقل عطاء، أما المزايدة فتهدف إلى اختيار المتعاقد الذي يقدم أعلى عطاء في حالة ما إذا أرادت الإدارة تأجير أو بيع ممتلكاتها، أما المنافسة فهي على صلة بالأشغال العامة، وتخضع لمبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة¹.

والمنافسة تكون إما داخلية أو خارجية، والمشرع الجزائري نص عليها في المادة 28 من قانون الصفقات بعبارة وطنية أو دولية، أما في القانون الجديد (المرسوم الرئاسي رقم 247/15) فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 42 " يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/ أو دوليا ..."

SAHLA MAHLA
المجلة الأولى للمنافسة وأنواعها: التخرج في الجزائر

لقد أولى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد إجراء طلب العروض كأسلوب للتعاقد في مجال الصفقات العمومية أهمية خاصة، بحيث خصه بالأولوية في الإبرام ورصد له كما معتبرا من المواد ليضبط قواعده وإجراءاته محاولا بذلك استغلاله لتأمين ضمانات الحفاظ على المال في مرحلة الإبرام، لتحقيق المنافسة من أجل التعاقد مع المتعامل الاقتصادي الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية والتي من بينها السعر².

أما بالنسبة لأشكال طلب العروض فيمكن أن يكون وطنيا و/ أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب أحد الأشكال الآتية وذلك حسب نص المادة 42 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة.

¹ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية: مصر 2004، ص 553.

² منال حليبي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 34-35.

✓ شكل طلب العروض المفتوح

إن هذا الشكل يعد من بين أكثر الأشكال تجسيدا للمنافسة لكونه يكفل لكل متعامل اقتصادي تقديم عرض، وبذلك يتقدم للمنافسة عدد كبير من المتنافسين، مما يتيح للمصلحة المتعاقدة اختيار العرض الأحسن بل ويجعلها مرتاحة في اختيار العروض نظرا للعدد الغير المحدود من المتنافسين.

لقد تطرق لها المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الصفقات العمومية بنصه على " المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً "، وهذا يعني أن الترشح في المناقصة، يتوقف على الاستجابة للشروط والكيفيات التي تحددها الإدارة من خلال الإعلان، وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين، فليس هناك شروط اتفاقية أو اقصائية، وبالتالي فإنه بإمكان من توفرت فيهم شروط المناقصة العامة المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض، وبالتالي فالمناقصة العامة قد تكون وطنية أو أجنبية.¹ في المرسوم الجديد نص عليها المشرع في المادة 432 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقوله " طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً ".

- شكل طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

هذا الشكل هو عبارة عن إجراء تمنح فيه فرصة للمتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة والتي يتم تحديدها مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة من أجل تقديم تعهداتهم.

وقد عرف تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد هذا الشكل بأنه: "إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة".²

وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.³

لقد نص المشرع الجزائري عن المناقصة المحدودة في المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 بقوله "المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا من المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا..." appel d'offre restreint وهي بذلك تختلف عن المناقصة المفتوحة

¹ ينظر أحكام المادة 28 في المرسوم الرئاسي 10- 236 المتعلق بالصفقات العمومية، المرجع السابق ص141.

² الفقرة الأولى من المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

³ الفقرة الثانية من المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

في الشروط الموضوعية مسبقا والتي تحددها المصلحة المتعاقدة "le service contractant" كنصها مثلا عن توفر شهادة التأهيل والتصنيف المهنية في مجال متخصص معين "qualification" كتوصيل مشروع بشبكات الكهرباء والغاز أو التخصيص في بناء الجسور "المنشآت الفنية" أو التخصيص في أشغال الطرقات...إلخ. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري على وجه التحديد في الفقرة الثانية من المادة 30 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن الصفقات العمومية¹ والتي تضمنت الاستجابة للشروط المتعلقة بمجال التأهيل والتصنيف والمراجع المهنية والمتناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع، ولا بد أن تذكر هذه المراجع في دفتر الشروط المعد مسبقا من طرف الإدارة "المصلحة المتعاقدة"، والتي تذكر في الإعلان عن المناقصة المحدود في الجرائد اليومية، ولقد نص المشرع الجزائري على طلب العروض المحدود في المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15/247 بقوله " طلب العروض المحدود هو اجراء لاستشارة انتقائية ، يكون المرشحون الذين تم انتاقهم الأولي مدعويين وحدهم لتقديم تعهد ... " كما نص المشرع الجزائري في المادة 44 من المرسوم الرئاسي المذكور على طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وهو اجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا ..."

- شكل طلب العروض المحدود.

في شكل طلب العروض المحدود سوف نتطرق إلى تعريفه ثم حالاته ثم مراحل لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود وذلك كما يلي:

أ- تعريف شكل طلب العروض المحدود.

هو عبارة عن "إجراء لاستشارة انتقائية يكون فيها المرشحون الذين تم انتقاءهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد"².

وما يلاحظ على شكل طلب العروض المحدود من خلال نص الفقرة الثانية من المادة 45 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد أنه يمكن للمصلحة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم.

ب- حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة.

¹ ينظر فقرة من المادة 39 من قانون الصفقات العمومية، (المرسوم الرئاسي 15/247)

² الفقرة الأولى من المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

نصت الفقرة الثالثة من المادة 45 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على حالتين تلجأ فيهما المصلحة المتعاقدة عند تنفيذ الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة وهما:



- عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة.
- عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات ذات الأهمية الخاصة.
- ت- مراحل لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود.

يجري اللجوء إلى شكل طلب العروض المحدود عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلة واحدة وإما على مرحلتين كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة وذلك كما يلي:

✓ على مرحلة واحدة.

وذلك عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية¹.

✓ على مرحلتين.

حسب نص الفقرة الرابعة من المادة 45 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد واستثناء تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود على مرحلتين عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفة دراسات.

ونصت المادة 46 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على عدة شروط في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى طلب العروض المحدود على مرحلتين، وذلك كما يلي:

- تتم دعوة المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي طبقاً لأحكام المادة 45 من نفس التنظيم في مرحلة أولى برسالة استشارة إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي.

¹ الفقرة الرابعة من المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع نفسه.

- يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المترشحين تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.
- يمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة من طرف المصلحة المتعاقدة بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة عند الاقتضاء وخبراء يتم تعيينهم خصيصا لهذا الغرض ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين.
- يجب أن لا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات والتفصيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية وتكون الأجوبة المكتوبة للمرشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات ومحتوى محاضر الاجتماعات جزءا لا يتجزأ من عروضهم ولا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض مرشح من المرشحين.
- تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على إثر هذه المرحلة على المصلحة المتعاقدة إقصاء عروض المرشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و/أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- لا يدعى إلا المرشحون الذين جرى إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية للقيام في مرحلة ثانية بتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر شروط معدل عند الضرورة ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة على إثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى.
- يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة أتعابا للمرشحين تمثل أجر مهمة التصميم حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية، ويجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة العروض التقنية تحت طائلة رفض هذه العروض.

✓ قيام المصلحة المتعاقدة باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين.

يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انقاء أولي بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة

مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3) سنوات¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يتم النص على كفاءات الانتقاء الأولي على مرحلة واحدة أو مرحلتين والاستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط وتحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة².

✓ شكل المسابقة.

أتاح تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء للمسابقة كشكل من أشكال طلب العروض في حالة ما إذا أرادت إنجاز أعمال تتميز بجوانبها التقنية والاقتصادية والجمالية أو الفنية الخاصة.

- تعريف المسابقة.

هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار (بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد) مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة³.

- مجالات المسابقة.

فصلت الفقرة الثالثة من المادة 47 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد في مجالات المسابقة وهي: مجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات.

- الأشخاص المعنيين بالمسابقة.

تم حصرهم في رجال الفن وبالتالي فإن المسابقة تستدعيها أسباب فنية أو جمالية، وبالتالي هنا يطرح تساؤل من خلال هذا التعريف ويتمثل في: هل يستبعد التعريف المواضيع الأخرى التي ليس لها بالضرورة طابع

¹ الفقرة الخامسة من المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

² الفقرة السادسة من المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

³ الفقرة الأولى من المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

جمالي أو فني؟ كتلك المتعلقة بالدراسات الاجتماعية أو الفكرية أو تلك التي تهدف إلى إنتاج برامج مثل البرامج التعليمية والتثقيفية أو التكوينية، ولذلك فإن حصر المسابقة في رجال الفن رغم سعة ما يمكن أن يفهم من كلمة رجال الفن يعتبر حصر للإجراء وهذا في مجالات لا تغطي كافة المواضيع والتي قد تحتاج لمنافسة وفق هذا الإجراء¹.

- أشكال المسابقة.

حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى والثانية من المادة 48 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد فإن المسابقة تكون محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، أما فيما يخص المسابقة المتعلقة بالإشراف على الإنجاز فتكون محدودة وجوبا.

كما لا تبرم صفقة الإشراف على إنجاز الأشغال وجوبا عن طريق المسابقة إذا لم يتجاوز مبلغها الحد المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، وإذا كان موضوع صفقة الإشراف يتعلق بالتدخل في مبنى قائم أو منشأة بنية تحتية أو التي لا تحتوي على مهام تصميم².

- إجراءات خاصة بالمسابقة.

تمر المسابقة بمرحلة أولية تتمثل في إعداد دفتر الشروط من قبل المصلحة المتعاقدة، وذلك بما يحقق لها الأهداف المسطرة ويجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج ونظام للمسابق، كما يجب أن ينص دفتر الشروط على كفاءات الانتقاء الأولى عند الاقتضاء وتنظيم المسابقة³.

وحسب نص الفقرة السادسة من المادة 48 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستم دعوتهم لتقديم تعهد وذلك بعد انتقاء أولي بخمسة (5) منهم.

¹ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 169.

² الفقرة الرابعة من المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، مرجع سابق.

³ الفقرة الثالثة من المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، المرجع نفسه.

وتطبيقاً للفقرة الخامسة من نفس المادة السابقة (48) وفي إطار مسابقة محدودة يدعى المرشحون في مرحلة أولى إلى تقديم أظرفة ملفات الترشيحات فقط، وبعد فتح أظرفة ملفات الترشيحات وتقييمها لا يدعى إلى تقديم أظرفة العرض التقني والخدمات والعرض المالي إلا المرشحون الذين جرى انتقاءهم الأولي.

- تقييم عروض المسابقة.

يفرض نظام المسابقة بطبيعته أن يسند التقييم للجنة تتكون من خبراء في المجال موضوع المنافسة، وهذا أمر لا بد منه، لأن المنافسة في شكل المسابقة تمس الجانب الفكري والمعلوماتي، وعلى هذا الأساس يتم الإشراف على التقييم من طرف لجنة تحكيم للمسابقة ويشترط في أعضاء اللجنة أن يكونوا مؤهلين ومن ذوي الخبرات¹.

تجدر الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد قد ثبت هذه اللجنة وذلك بموجب الفقرة الثامنة من المادة 48 منه بحيث نصت على ما يلي: " يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين ".

أما بالنسبة لتشكيلة لجنة التحكيم فقد حسم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد في الفقرة التاسعة من المادة 48 تشكيلتها ويكون ذلك بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، ويمنح أعضاء هذه اللجنة تعويضات حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب مرسوم تنفيذي وهذا ما نصت عليه الفقرة العاشرة من نفس المادة (48).

وبموجب الفقرة الثانية عشر والفقرة الثالثة عشر من نفس المادة (48)، فإن رئيس لجنة التحكيم يرسل محضر الجلسة مرفقا برأي معلن يبرز عند الاحتمال ضرورة توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات إلى المصلحة المتعاقدة، وعليه فإنه يتعين على هذه الأخيرة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا لتقديم التوضيحات المطلوبة، وتكون الأجوبة المكتوبة جزءا لا يتجزأ من عروضهم.

كما يجب ألا ترد أي معلومة تتعلق بمبلغ العرض المالي في أظرفة الخدمات ولا في أظرفة العروض التقنية وذلك تحت طائلة رفض هذه العروض، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة عشر من نفس المادة (48).

وأجازت الفقرة الأخيرة من نفس المادة (48) للمصلحة المتعاقدة أن تدفع منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقا لاقتراحات لجنة التحكيم وذلك حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 215.

المكلف بالمالية بالنسبة لمشاريع إنجاز المباني، أما المشاريع الأخرى فتحدد نسب وكيفيات دفع المنح بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية.

وحفاظا على مصداقية ونزاهة العملية التنافسية فرضت الفقرة الحادية عشر من نفس المادة (48) على المصلحة المتعاقدة ضمان إغفال أظرفة خدمات المسابقة قبل إرسالها إلى رئيس لجنة التحكيم، ويجب إغفال الأظرفة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم.

يمكن الإشارة للمزايدة: إن ما يميز المناقصة عن المزايدة أن الأولى يرسو فيها المزايد كأصل عام على المتعهد الذي يقدم أقل الأثمان وأن الثانية يرسو فيها على الذي يقدم أعلى الأثمان، لذلك فإن المشرع ميز ما بين المناقصة والمزايدة، من حيث موضوع كل منهما، فموضوع المناقصة هي الأشغال العامة أو التوريد أو القيام بخدمات أو إنجاز دراسات، أما موضوع المزايدة يتمثل في البيع أو الإيجار، فالإدارة في هذه الحالة طرف بائع أو مؤجر للممتلكات، يبحث على أعلى الأثمان الناتجة عن البيع أو الإيجار¹، وتعتبر المزايدة شكل من أشكال المناقصة، مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينص في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والمتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على المزايدة كطريقة من طرق طلب العروض واقتصر على الأشكال السابقة (طلب العروض المفتوح ، والمحدود .

2- اعتبار التراضي أسلوبا استثنائيا للإبرام.

يعرف التراضي بأنه إجراء تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، كما يمكن أن يكتسي التراضي شكلين وهما التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط.

تنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والذي بواسطته يتم تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الحاجة إلى اللجوء إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة² كما أن المشرع الجزائري نص على إجراء التراضي كذلك في المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³.



¹ عمار بوضياف، شرح الصفقات العمومية، المرجع السابق ص141.

² ينظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

³ ينظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام.

إن اللجوء إلى التراضي في التعاقد في الصفقات العمومية، يعتبر إجراء استثنائي ولا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجديد والتي تقابلها المادة 43 من المرسوم القديم (10-236) وهذه الحالات محددة على النحو التالي:

✓ التراضي بعد الاستشارة.

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو محدودا من المنافسة والتي تنعدم في التراضي البسيط¹.

أ- حالات التراضي بعد الاستشارة.

نص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على خمس حالات للتراضي بعد الاستشارة وذلك كما يلي:

- عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

بينت لنا الفقرة الثانية من المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، حالة عدم جدوى إجراء طلب العروض بحيث يعلن عن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

أي أن المصلحة المتعاقدة لجأت أولا لتطبيق القاعدة العامة وهي طلب العروض واتبعت الإجراءات، غير أنه لم يتم تقديم أي عرض من طرف المتعاملين الاقتصاديين أي أننا في هذه الحالة أمام صفر عرض، أو قدمت عدة عروض ولكنها لا تتطابق مع موضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، ولذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن عدم الجدوى، ثم تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء طلب عروض جديد، وإذا ما تأكد نفس الوضع أي لا يتم استلام أي عرض أو عدم مطابقة العروض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط أو لا يمكن ضمان تمويل الحاجات وبالتالي عدم الجدوى للمرة الثانية، يتم اللجوء لحالة التراضي بعد الاستشارة موضوع المطعة رقم (1) من المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد.

¹ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2011، ص 170.

- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

لقد وردت هذه الحالة في المادة 51 مطة رقم 02 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، وتحدد خصوصية هذه الصفقة بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة، أو بالطابع السري للخدمات.

وهنا إذا لجأت المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي بعد الاستشارة بعنوان توافر هذه الحالة وقع عليها عبء تبرير الابتعاد عن أسلوب طلب العروض، وإبراز خصوصية صفقة الدراسات واللوازم والخدمات، ونشير هنا أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال العامة نظرا لاكتفاء نص المادة أعلاه بصفة اقتناء اللوازم والدراسات والخدمات فلا تنطبق على غيرها¹.

- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة.

هذه الحالة تتعلق بصفقة الأشغال العامة وفقط، وهذا بصريح نص المطة رقم (3) من المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، بالإضافة إلى أن صفقة الأشغال تكون تابعة بصفة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، وبمفهوم المخالفة أن المؤسسات التابعة للمؤسسات العمومية السيادية بصفة غير مباشرة لا تعنى بهذا النص.

وعند استقراء المطة رقم 03 من المادة 51 أعلاه نجدها لم تحدد وتضبط لنا المؤسسات السيادية في الدولة بل جاءت مطلقة ودون تحديد وضبط، فهل قصد المشرع هنا إعفاء مؤسسة الدفاع مثلا أو المؤسسة التابعة لقطاع المالية أو قطاع الخارجية أو قطاع العدل من إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض واللجوء إلى الاستثناء وهو التراضي بعد الاستشارة؟، إن الإجابة على هذا السؤال تظل في غاية الغموض إلى غاية صدور القرار الوزاري عن وزير المالية الموعود به في الفقرة الأخيرة من المادة 51².

- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

وهي حالة موضوعية نصت عليها المطة رقم (4) من المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد تبرر اللجوء للتعاقد بطريق التراضي بعد الاستشارة طالما مرت المصلحة المتعاقدة بصدد صفقة اقتناء لوازم، أو أشغال، أو خدمات مثلا بمرحلة طلب عروض تطبيقا للقاعدة العامة،

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 233.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص 234.

وتم اختيار المتعامل المتعاقد طبقا للأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد، وتم توقيع الصفقة من قبل السلطة المؤهلة وبدأت مرحلة التنفيذ، غير أنه نتيجة أسباب موضوعية حدث الفسخ، وتعذر إجراء طلب عروض جديد بالإجراءات والكيفيات المشار إليها في تنظيم الصفقات العمومية، من إشهار وتلقي العروض والمنافسة وتقييم العروض وإعلان النتائج والطعن في النتيجة وباقي الإجراءات، لذا ونظرا لهذه الدواعي الموضوعية رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد بطريق التراضي بعد الاستشارة¹.

- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية.

وهي الحالة موضوع المطة رقم (5) من المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، وفي هذه الحالة يتعين قصر مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية وفي حالة إبرام اتفاقيات مضمونها تحويل الديون إلى مشاريع واستثمارات بناء على اتفاق الدولتين هنا وفي هذه الحالة تلزم الإدارة المتعاقدة بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض، وتتجلى الحكمة في ذكر هذه الحالة من حالات اللجوء للتراضي في تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي وهي حالة معقولة ومبرر إدراجها في حالات التراضي².

✓ الحدود القانونية للتراضي بعد الاستشارة.
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

بعد تعداد حالات التراضي بعد الاستشارة يمكن القول أنه في ما عدا الحالة الأولى المذكورة في المطة رقم 01 من المادة 51، تكون المصلحة المتعاقدة مضطرة إلى إعداد دفتر الشروط في بقية الحالات الأخرى أي مطة 2، 3، 4، 5. قبل الشروع في الاستشارة كما يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة العمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة محل نشر، هذا الالتزام نص عليه تنظيم الصفقات العمومية في نص المادة 52.

وهو ملزم للمصلحة المتعاقدة وذلك محاولة من المشرع الجزائري على أن يجعله إحدى آليات تكريس الشفافية في إبرام الصفقة بطريق التراضي بعد الاستشارة وذلك ليتمكن المتعهدين من ممارسة حقهم في الطعن، إذا ما عارضوا اختيار المصلحة المتعاقدة³.

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص 235.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع نفسه، ص ص 316-317.

³ محمد بن محمد، صفقات التراضي في الجزائر أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، مجلة الدفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 180.

كما نصت المادة 61 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على إلزامية الإشهار الصحفي في شكل التراضي بعد الاستشارة.

وفي حالة الخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، وهذا ما نصت عليه الفقرة التاسعة من المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد.

ولأخذ خصوصية بعض الصفقات بعين الاعتبار ولا سيما منها تلك التي تنفذ في الخارج والتي تبرم مع الفنانين أو المؤسسات المصغرة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 87، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تكييف محتوى الملف الإداري المطلوب من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، وهذا تطبيقا لنص الفقرة الحادية عشر من المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد.

- التراضي البسيط.

يبدو واضحا من خلال نص المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد أن المشرع الجزائري كرس أسلوب التعاقد بطريق التراضي البسيط معترفا للمصلحة المتعاقدة بعدم إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، وبالتالي تحريرها كأصل عام من القيود فيما عدا بعض المسائل الواجب إتباعها في حالات خاصة، إلا أن إطلاق سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار فرض من جهة أخرى تقييدها بحالات اللجوء للتراضي البسيط بالإضافة إلى الحدود القانونية له.

✓ حالات التراضي البسيط.

حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد حالات لجوء المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط على سبيل الحصر وذلك كما يلي:

- حالة الاحتكار.

هذه الحالة تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة عندما لا يكمن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية، أو لاعتبارات تقنية، أو لاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية، وهذا ما نصت عليه المطة رقم 1 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد.

- حالة الاستعجال الملح.

نصت المطة رقم 2 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على أنه في حالة وجود استعجال ملح بشرط أن يكون معللا من طرف المصلحة المتعاقدة وذلك بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا لها، أو الأمن العمومي، أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع إجراءات إبرام الصفقات العمومية، تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذه الحالة، واشترط المنظم أن لحالة الاستعجال الملح شرطين وهما: شرط لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وشرط أن هذه الحالة لم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، واشترط المشرع هذان الشرطان محاولة منه لضبط المصلحة المتعاقدة أكثر على العمل في مجال التعاقد بالقاعدة العامة ألا وهي طلب العروض.

- حالة التمويل المستعجل.

نصت المطة رقم 3 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى حالة التمويل المستعجل والمخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، ومعنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة من حيث الموضوع أمام وضعية تخص مجالا في غاية من الأهمية هو مجال التمويل ويتعلق بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد، فكأنما المصلحة المتعاقدة أمام حالة ميدانية تكون فيها في حاجة ماسة وسريعة لأن تتحرك بغرض ضمان حسن تمويل وتوفير جيد ومستمر ومنتظم لحاجة ما أو مادة معينة للسكان، كما لو تعلق الأمر بمادة القمح أو الزيت أو الحليب أو أي مادة ذات الاستهلاك الواسع، فلو تم إلزام المصلحة المتعاقدة بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكفله من نشر وآجال وإجراءات لأثر ذلك سلبا على السوق فشهد خلا من حيث توفير الحاجات العامة وفي ذلك إضرار بالسكان لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط¹.

- حالة مشروع ذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا.

لا شك بأن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا ايجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة طالما وصفت الفقرة أعلاه المشروع بأن له أهمية وطنية، ولقد اشترط المنظم على المصلحة المتعاقدة عند لجوئها

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، مرجع سابق، ص 226.

لهذه الحالة أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وهذا ما نصت عليه المطة رقم 4 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد، كما أضافت شرطا آخر في حالة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية وهو خضوع الصفقة للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000.000) دج، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

- حالة عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج.

والحكمة من إدراجها هو تمكين المصلحة المتعاقدة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، واشترطت المطة رقم 5 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000.000) دج، أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر أي يقل عن عشرة ملايين دينار جزائري.

إن هذه الفقرة الأخيرة غير موجودة في المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236 وتم النص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي الجديد 15- 247 لتتلاءم وطبيعة التوجه الاقتصادي الرامي إلى ضرورة ترقية المنتج الوطني والبحث عن مصادر أخرى خارج التبعية للمحروقات.

- حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

نصت المطة رقم 6 من المادة 49 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة لهذه الحالة عندما يمنح نص تشريعي، أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

✓ الحدود القانونية للتراضي البسيط.

قيد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد التراضي البسيط من خلال نص المادة 50، وذلك في خمس حالات كما يلي:

- بحيث يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط أن تحدد حاجاتها في ظل احترام أحكام المادة 27 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد والتي تنص على أن: "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيةها، مسبقاً، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية. يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استناداً إلى تقدير صادق وعقلاني، حسب الشروط المحددة في هذه المادة..."، واستثنى التنظيم الجديد أيضاً بموجب نص المطة الأولى من المادة 50 حالات استثنائية منصوص عليها في المرسوم والتي لا تحدد فيها الحاجات من طرف المصلحة المتعاقدة وفق نص المادة 27.
 - كما تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من نفس التنظيم والتي تنص على ما يلي: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية. يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومناسبة مع مداها".
 - تختار المصلحة المتعاقدة أيضاً متعاملاً اقتصادياً يقدم عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من التنظيم الجديد.
 - تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 06 من المادة 52 من نفس التنظيم، والتي تنص على أنه: "...ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة. وتجرى المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في احترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم...".
 - تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.
- وكخلاصة لهذا المحور نقول أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد قيد سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار طريقة الإبرام سواء تعلق الأمر بالقاعدة العامة (طلب العروض) أو الاستثناء (التراضي)، كما يلاحظ على التنظيم الجديد أنه استبدل مصطلح المناقصة الذي كان مستعملاً في التنظيم الملغى (المرسوم رقم 10-236) بمصطلح طلب العروض وهذه التسمية هي الأصح كما تم شرحه سابقاً في العنصر الأول من هذا المحور، كما تم إضافة طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا كشكل من أشكال طلب العروض، وبذلك فإن غاية المنظم من تقييد المصلحة المتعاقدة في اختيار طريقة الإبرام كان الهدف منه هو تلبية حاجات المصالح المتعاقدة في شفافية وفعالية واحترام شروط الاقتصاد التنافسي والحفاظ على المال العام كغاية لتنظيم الصفقات العمومية.

كحوصلة لما سبق ذكره نقول أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد قد كرس المنافسة بدءا من توسيع تطبيق المبادئ المذكورة في نص المادة 5 والتي تعتبر روح القانون الجديد، بحيث تطبق هذه المبادئ على الصفقات العمومية بمفهومها الواسع أي الصفقات الشكلية والاستشارات وصفقات بعض الهيئات العمومية وحتى الخاصة منها في بعض الحالات، حتى أن المتمعن لتنظيم الصفقات العمومية الجديد يلاحظ أنه أكد على احترام هذه المبادئ في عدة مواد حتى وقع المنظم في التكرار، ولعل الملاحظة العامة التي يمكن أن نبديها في هذا الخصوص في ظل المرسوم الجديد هي أن صرف وإنفاق المال العام مقيد اليوم بضرورة احترام هذه المبادئ مهما كان مبلغ الطلب العمومي، كما كرس التنظيم الجديد المنافسة من خلال المرحلة السابقة لإبرام الصفقة بداية من مرحلة تحديد الحاجات للمصلحة المتعاقدة ووصولاً لإعداد دفتر الشروط، وقيد التنظيم الجديد أيضا سلطة المصلحة المتعاقدة في اختيار طريقة الإبرام وذلك بوضع الآليات الكفيلة بضمان المنافسة، كما ضبط مفهوم طلب العروض وأضاف طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا كشكل من أشكال طلب العروض، وعزز الأحكام المتعلقة بالتعاملات الالكترونية من أجل تكريس المنافسة والشفافية، وعليه فإن الغاية المرجوة من تكريس التنظيم الجديد للمنافسة هو السماح للمصالح المتعاقدة بتلبية حاجاتها في شفافية وفعالية في إطار احترام النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة وفي ظل احترام شروط الاقتصاد التنافسي والتخفيف من تكاليف الصفقات العمومية طبقا للمعايير الدولية.

SAHLA MAHLA

المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

ثالثاً: كفاءات إجراء طلب العروض:

- لقد نص المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية ، وبالتحديد في المادة 45 من (المرسوم الرئاسي 10-236) على ضرورة اللجوء إلى الإشهار الصحفي بصفة إلزامية بالنسبة للمناقصة المفتوحة والمحدودة والدعوى إلى الانتقاء الأولي، والمسابقة والمزايدة¹، وهو نفس الإجراء تقريبا المنصوص عليه في المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16/09/2015 والذي تضمن إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي في طلب العروض المفتوح وطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وكذا طلب العروض المحدود والمسابقة والتراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء أما عن محتوى الإعلان عن المناقصة أو طلب العروض فإنه طبقاً لأحكام المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 والتي تقابل المادة 62 من المرسوم الرئاسي 15-247 يتضمن ما يلي:
- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم التعريف الجبائي.
 - كفاءات طلب العروض.
 - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
 - موضوع العملية.
 - قائمة موجزة للمستندات المطلوبة حسب دفتر الشروط.



¹ ينظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/7

-مدة تحضير العروض ومكان إيداعها.

-مدة صلاحية العروض.

-إلزامية كفالة التعهد إن اقتضى الأمر.

--تقديم العروض في ظرف مختوم بعبارة لا يفتح.

إن طلب العروض المذكور يجب أن يتماشى ودفتر الشروط المعد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة والذي تضعه تحت تصرف المترشحين أن المتعهدين ويحتوي كل المعلومات المتعلقة بموضوع الصفقة والوصف الدقيق لموضوع الخدمات والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات، إضافة إلى الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين وكيفيات التسديد وعملية العرض وزيادة عن الآجال الممنوحة لوضع العروض¹.

إن الإعلان عن العروض الذي تضعه المصلحة المتعاقدة في متناول المترشحين أو المتعهدين الراغبين في المشاركة في المنافسة، يجب حرر الإعلان عن المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر بصفة إجبارية في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي (المصلحة المتعاقدة). وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني، كما يدرج المنح المؤقت في نفس الجرائد المتضمنة الإعلان عن طلب العروض مع تبيان العناصر التي سمحت باختيار المتعامل وتحديد السعر والآجال².

إلا أن هناك استثناء نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الموالية (الثانية) من المادة 65 والتي تضمنت إمكانية الإعلان عن العروض محليا بالنسبة للمؤسسات العمومية والبلديات والولايات والتي لديها صفقات اشتغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات يساوي مبلغها المالي 100.000.000 أو يقل عن 500.000.000 دج، تكون موضوع اشهار محلي، في يوميتين محليتين أو حصريتين ويلصق الإعلان بالمقرات المعنية وغرف التجارة والصناعة وغرف المديريات التقنية المعنية في الولاية³، مع الإشارة أنه في المرسوم الرئاسي (247/15) حدد المشرع الجزائري في المادة 13 منه متى يتم اللجوء الى ابرام صفقة فحددها بأكثر من 12.000.000 دج لصفقات الاشغال واللوازم وأكثر من 6.000.000 دج للدراسات أو الخدمات وجعل اللجوء الى اجراءات الإبرام المنصوص عليها في قانون الصفقات أمرا وجوبيا .

رابعاً: محتويات ملف طلب العروض "المناقصة" تطبيقاً لمحتوى المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المؤرخ في 16 / 09 / 2015، يجب أن يحتوي الملف طلب العروض على ما يلي:
-ملف الترشيح .

¹ ينظر إنبات المراد 63، 64 من قانون الصفقات العمومية رقم 15- 247 المؤرخ في 16 / 09 / 2015.

² ينظر المادة 65 في قانون الصفقات (15، 247).

³ ينظر الفقرة 2 في المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن الصفقات العمومية.

- عرض تقني.

- عرض مالي.

والتي يجب أن تكون في أظرفه منفصلة عن بعضها البعض¹.

- **ملف الترشح:** ويشمل ملف الترشح المقدم من طرف المترشح أو المتعهد.

تصريح بالترشح والذي يشهد من خلاله المترشح أنه غير مقصي أو ممنوع من المشاركة في المناقصة وذلك عملا بأحكام المادة 75 من قانون الصفقات العمومية والتي تتناول حالات الإقصاء في المشاركة في الصفقات العمومية²، زيادة على ذلك يتضمن التصريح بالترشح أن المترشح ليس في حالة تسوية قضائية مع الإشارة إلى استثناءه لكل الواجبات الجبائية وشبه الجبائية والتأمين ضد الكوارث الطبيعية (الأحوال الجوية) والتأمين لدى الهيئة المكلفة بالعطل المدفوعة الأجر وأن يكون مسجل في السجل التجاري أو سجل الحرف وحاصل على رقم التعريف الجبائي والقانون الأساسي للشركة. شهادة التأهيل والقدرات المالية مبررة بالمراجع المصرفية وإثبات القدرات التقنية والوسائل المادية والبشرية والمراجع المهنية، زيادة على التصريح بالنزاهة.

- **العرض التقني:** الذي يتضمن تصريح بالاككتاب والذي يذكر فيه اسم المترشح، عنوانه، رقم الجبائي أو تسمية المؤسسة وشكلها القانوني ومبلغ رأس مالها رقم وتاريخ القيد بالسجل التجاري مكان تنفيذ الأعمال ويشهد فيه بأن الشركة أو المؤسسة مؤهلة للقيام بالأشغال موضوع الصفقة ويجب عن بعض الأسئلة المتعلقة بهوية المؤسسة: كعدم الإفلاس والمؤسسة استوفت جميع واجباتها الجبائية³. إضافة إلى ذلك يجب أن يتضمن العرض التقني كل وثيقة تسمح بتقييم العرض التقني "مذكرة تبريرية تقنية" وكذلك دفع كفالة المتعهد تفوق 1% من مبلغ العرض ويجب النص عليها في دفتر الشروط⁴ والتي تعتبر من ضمانات المصلحة المتعاقدة، وكذلك من ضمن ما يحتويه العرض التقني ملء دفتر الشروط ممضي من طرف المتعهد باسمه مع ذكر عبارة "قريء وقبل" مكتوبة بخط اليد⁵.

- **الملف المالي:** ويتضمن الملف المالي رسالة التعهد أو رسالة العرض وتشمل التعهد بتنفيذ الصفقة طبقا لدفتر الشروط وتحديد المبلغ بدون رسوم وبكل رسوم TTC + (HT) والالتزام بتنفيذ الصفقة في الأجل المحددة بدفتر

¹ ينظر المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² تحدد المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

³ مأخوذ من مجال تطبيقي لصفقة معينة.

⁴ نص عليها المشرع الجزائري للمادة 125 من قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 15-247).

⁵ ينظر الفقرة 03 من المادة 67 من قانون الصفقات العمومية (15-247).

الشروط. مع ذكر رقم الحساب أو الشيك لدفع المستحقات¹، ويحتوي الملف المالي كذلك على جدول الأسعار بالزيادة وتفصيل كمي وتقديري وتحليل السعر الإجمالي والجباي ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب التفصيل الفرعي للأسعار بالوحدة والتفصيل الوصفي التقديري المفصل، إضافة إلى ذلك يمكن كذلك للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعهدين تدعيم عروضهم بعينات أو نماذج أو تصاميم لمقارنة العروض ولا بد من نص على ذلك في دفتر الشروط².

المحور الرابع : الصفقات التي يمكن أن تخضع لإجراءات خاصة.

إذا رجعنا إلى المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد بأن إبرام الصفقات العمومية يتم وفقاً لإجراء "طلب العروض" الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفقاً لإجراء "التراضي". غير أن اللجوء إلى هذين الإجراءين لا يكون دائماً لازماً، حيث أن هنالك حالات يسمح فيها القانون باللجوء إلى الإجراءات المنصوص عليها في القسمين الفرعيين الثاني والثالث من القسم الثاني من الباب الأول، وهي تخص الصفقات العمومية التي يمكن إخضاعها لإجراءات مكيفة وتلك التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار.

أولاً: الصفقات التي يمكن أن تخضع للإجراءات المكيفة

بالرجوع إلى المادة 13 أعلاه نجد بأنها تنص على أن كل صفقة أشغال أو لوازم تساوي قيمتها أو تقل عن 12 مليون دج وكل صفقة دراسات وخدمات تساوي قيمتها أو تقل عن 6 مليون دج لا تقتضي لزوماً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات المنصوص عليها في الباب الأول من مرسوم تنظيم الصفقات. وبالتالي يكون للمصلحة المتعاقدة هنا قدر مهم من الحرية في إبرام الصفقة على النحو الذي تريده ويلبي حاجياتها. لكن إذا أرادت المصلحة المتعاقدة إخضاع صفقاتها رغم ذلك إلى إجراءات الإبرام المنصوص عليها في الباب المذكور فيتوجب عليها حينئذ أن تكمل هذه الإجراءات على نحو ما هو مبين.

ونشير إلى أن إعفاء المصلحة المتعاقدة كأصل عام من الخضوع لإجراءات الإبرام المذكورة أعلاه لا يعني بأن لها مطلق الحرية في إبرام صفقاتها. حيث وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 13 أعلاه نجدها تنص على ضرورة إعداد المصلحة المتعاقدة لإجراءات داخلية لإبرام الصفقات. وتضيف المادة 14 أن هذه الصفقات يجب أن تراعى فيها مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات. كما يجب أن تكون محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابياً لانتقاء أحسن

¹ مأخوذ من مجال تطبيقي لصفقة معينة.

² المادة 68 من قانون الصفقات العمومية (15-247).

عرض من حيث المزايا الاقتصادية. وبالتالي، على الرغم من إعفاء المنظم المصلحة المتعاقدة من الخضوع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في الصفقات المذكورة أعلاه، إلا أنه أخضعها لذات المبادئ التي تقوم عليها الصفقات وهذا لغرض ضمان حسن استخدام المال العام¹.

وهناك صفقات أخرى يمكن أن تخضع للإجراءات المكيفة بصرف النظر عن مبالغها، ويتعلق الأمر بطلبات الأشغال التي لا تتطلب شهادة تصنيف وتأهيل. حيث يكفي المصلحة المتعاقدة هنا أن تقوم باستشارة الحرفيين². وغالباً ما يتعلق الأمر هنا بالأشغال البسيطة التي لا تتكلف مبالغ ضخمة.

غير أن ما يلفت انتباهنا من مضامين المرسوم الجديد هو أن المنظم وإن كان نص على ضرورة لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إجراء الاستشارة بالنسبة للصفقات التي تقل مبالغها عن الحدود المبينة في المادة 13 سالفه الذكر وقيداً بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية مثل ما أسلفنا، إلا أنه لم يحدد بدقة الإجراءات الواجب اتباعها في هذه الاستشارة ولم يقيد المصلحة المتعاقدة بعدد معين من المتعهدين ينبغي استشارتهم، كما لم يحدد الحالات التي ينبغي فيها إعادة الاستشارة.

بل إن الاستشارة في حد ذاتها لن تكون ضرورية في حال تعلق الأمر بصفقات أشغال أو لوازم يقل مجموع مبالغها عن مليون دج أو بصفقات خدمات أو دراسات يقل مجموع مبالغها عن 500 ألف دج. وإن كانت المصلحة المتعاقدة ملزمة في هذه الحالات باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وبأن لا تلجأ إلى اختيار المتعاقد ذاته ما لم تقتضي الضرورة ذلك، كالحالة التي لا يمكن فيها تلبية الحاجات من قبل متعهدين آخرين.

وعليه، يمكننا أن نقول بأن المنظم قد مال في المرسوم الجديد إلى التخفيف من القيود المفروضة من قبل سلفه على بعض الصفقات بالنظر إلى قيمتها المالية المنخفضة، حتى وإن كان توجسه من إمكانية جنوح المصلحة المتعاقدة إلى الفساد ظاهراً. فمن جهة نجده ينص على عدم لزوم لجوء هذه المصلحة إلى إجراء الاستشارة في بعض الصفقات ذات القيمة المتدنية، ومن جهة أخرى نجده يشترط عليها التقيد باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وهذا لن يتأتى -حسب رأينا- من دون القيام باستشارة المتعهدين المؤهلين أو تلقي عروض منهم بعد استيفاء إجراءات الإشهار.

بالمقابل، نلاحظ أن المادة 6 من المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236 كانت تفرض على المصلحة المتعاقدة استشارة ثلاثة (3) متعاملين مؤهلين على الأقل لغرض انتقاء أحسن عرض من حيث الجودة

¹. أنظر المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

². أنظر المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

والسعر. فإذا استحال على المصلحة المتعاقدة استشارة ثلاثة متعهدين، وجب عليها تبرير ذلك في التقرير التقديمي¹. أما المبالغ التي كانت تجيز للمصلحة المتعاقدة التملص من إجراء الاستشارة فكانت منخفضة مقارنة بما هو عليه الحال في المرسوم الجديد، حيث كانت محددة في أقل من 500 ألف دج بالنسبة لصفقات الأشغال واللوازم، و200 ألف دج بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات، وهو ما كان يترك للمصلحة المتعاقدة هامشاً أقل لاختيار المتعاقد معها بكل حرية مقارنة بما هو عليه الحال في ظل المرسوم الجديد.

ثانياً: الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار

علاوة على الصفقات التي يمكن أن تخضعها المصلحة المتعاقدة لإجراءات مكيفة فقط دون المرور على باقي التعقيدات التي يفرضها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، هنالك صفقات أخرى عمد فيها المنظم إلى إعفاء المصلحة المتعاقدة من إخضاعها إلى أحكام الإبرام المعقدة المتضمنة في المرسوم المذكور؛ وذلك بالنظر لطبيعتها التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار والتعاقد.

فطبقاً لنص المادة 23 من المرسوم المشار إليه؛ تعفى المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية بغض النظر عن قيمتها وموضوعها؛ في حال تعلق الأمر باستيراد منتجات وخدمات تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توافرها وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها؛ والتي لا تتكيف مع الأجال والإجراءات التي يفرضها قانون الصفقات العمومية. إذ قد يكون اللجوء إلى الإجراءات التي يفرضها القانون هنا ضاراً بالمال العام وبالمصلحة العامة، لاسيما في الحالات التي تكون هنالك تقلبات سريعة في الأسعار نزولاً، بحيث تحرم المصلحة المتعاقدة من الاستفادة من هبوط الأسعار فيما لو اضطرت إلى اتباع إجراءات منح الصفقة المنصوص عليها في الباب الأول من قانون الصفقات العمومية.

على أن المصلحة المتعاقدة لا يكون لها مطلق الحرية في اللجوء إلى الرخصة المنصوص عليها في المادة 23 أعلاه، حيث أن قائمة المنتجات والخدمات المعنية بالإعفاء يتم تحديدها بقرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني. كما أن التفاوض واختيار الشريك المتعاقد تتولاه لجنة وزارية مشتركة ينشئها الوزير المعني قبل كل عملية استيراد، تتشكل من أعضاء مؤهلين ويرأسها ممثل المصلحة المتعاقدة. وفضلاً عن ذلك، فإن المصلحة المتعاقدة تكون ملزمة بتحرير صفقة تسوية خلال أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ الشروع في تنفيذ الخدمات، لتعرضها على لجنة الصفقات المختصة.

¹. أنظر المادة 6 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم والمغنى فيما بعد.

وعلاوة على ذلك، تنص المادة 24 من مرسوم تنظيم الصفقات العمومية على السماح للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى الإجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بخدمات النقل والفندقة والإطعام وكذا بالخدمات القانونية وذلك بصرف النظر عن مبالغها. بمعنى أنه حتى لو كان مبلغ الصفقة يتجاوز القيمة المنصوص عليه في المادة 13 والمحددة في ستة (6) ملايين دينار يمكن اللجوء إلى الإجراءات المذكورة. ومع ذلك ينبغي التنويه إلى أنه في الحالة الأخيرة تلتزم المصلحة المتعاقدة بتقديم الصفقة لرقابة لجنة الصفقات المختصة، التي يكون لها قبل ذلك أن تدرس الطعون التي يمكن أن يقدمها لها المتعاملون الذين تمت استشارتهم.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للصفقات العمومية المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والأنترنت، حيث تنص المادة 25 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 أعلاه على ضرورة إبرامها وفق شكل صفقة طلبات دون الإشارة إلى مبلغ محدد، على اعتبار أن الطلبات المذكورة تمتاز بطابعها العادي المتكرر والمستمر¹. وتبرم صفقة الطلبات لمدة سنة واحدة تكون قابلة للتجديد بموجب مقرر من المصلحة المتعاقدة يبلغ للمتعاقل المتعاقد. ويمكن لهذه الصفقة أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، وتخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة التي يتحدد اختصاصها بالحدود القصوى للصفقة². على أنه في كل الأحوال لا يمكن أن تتجاوز صفقة الطلبات مدة خمس (5) سنوات³.

وإذا ما قمنا بمقارنة نطاق الصفقات التي يمكن إخضاعها لإجراءات خاصة على نحو ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مع ذلك الذي كان نص عليه المرسوم الملغى رقم 10-236، سنجد كذا أن هذا الأخير كان قد نص في مادته الخامسة (5) على إعفاء عمليات استيراد المنتوجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلب السريع في أسعارها ومدى توافرها من الخضوع للإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات، على أن تحدد قائمة هذه المنتوجات والخدمات بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني. وطبقاً لنص المادة ذاتها فإنه مهما يكن من أمر يجب أن تحرر صفقة تسوية في خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ الشروع في التنفيذ، لتعرض على لجنة الصفقات المختصة.

كما أن المرسوم الملغى كان قد نص في مادته 6 مكرر على تطبيق الإجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بالخدمات المتعلقة بالنقل البري والجوي والفندقة والإطعام والخدمات القانونية وذلك مهما كانت مبالغها.

¹. أنظر المادتين 25 و34 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

². هنا قد يثور الإشكال في تحديد لجنة الصفقات المختصة إذا كان مبلغ الصفقة دون المستوى الذي يدخل في نطاق اختصاص لجان الصفقات التي نص عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-

247.

³. أنظر المادة 1/34، 2، 3 و9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

ونص في المادة 7 مكرر على عدم لزوم اللجوء إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية في حال تعلق الأمر بالخدمات المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والهاتف والإنترنت، حتى لو كانت مبالغها تفوق السقف المحدد للجوء إلى تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية.

وعليه، يمكن القول بأن المرسوم الجديد رقم 15-247 لم يأت بأي جديد حينما قرّر إخضاع الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار إلى إجراءات خاصة في إبرام الصفقات. ذلك أن الأحكام المتعلقة بصفقات استيراد المنتوجات والخدمات المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه جرى استحداثها بموجب المرسوم رقم 10-236. وباقي الأحكام المنصوص عليها في المادتين 6 مكرر و7 مكرر جرى استحداثها بموجب المرسوم رقم 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236. ما يعني أن المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 أعاد فقط ترتيب الأحكام المنصوص عليها سلفاً تحت قسم واحد بعدما كانت مبعثرة في المرسوم الرئاسي الملغى.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر



المحور الخامس : الرقابة على الصفقات العمومية

من المسائل المهمة التي وضعها ونظمها قانون الصفقات آليات الرقابة على إبرام الصفقات وكذا السلطات التي منحت للإدارة (الشروط الاستثنائية غير المألوفة).

ونظرا لما للرقابة من دور في حماية المال العام وترشيد استعماله فإن المشرع خص له الفصل الخامس من الباب الأول من المرسوم الرئاسي 15-247 ولقد نصت المادة 156 منه على أن " تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده". ولقد عدت المادة أنواع الرقابة و هي رقابة داخلية وخارجية ووصائية.

أولاً: الرقابة الداخلية.

من أجل ضمان هذه الرقابة فإن المرسوم 15-247 في المادة 159 ألزم المصالح المتعاقدة بإنشاء لجنة أو أكثر مهمتها ممارسة هذه الرقابة. تسمى هذه اللجنة باللجنة الدائمة لفتح الأطراف وتقييم العروض. المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

تحدد تشكيلة اللجنة بموجب مقرر من رئيس اللجنة المتعاقدة حسب المادة 162 من المرسوم 15-247، و لم يبين المشرع أي تفصيل آخر من حيث عدد الأعضاء أو صفاتهم....كما فعل مثلا المشرع الفرنسي.

مهام اللجنة بينتها المادة 161 من المرسوم السابق وهي مهام مادية تتمثل على الخصوص في:

- عمل إداري وتقني.

ولقد بينت المادة 161 من المرسوم الحالي أن اجتماعات اللجنة تصح مهما كان عدد أعضائها الحاضرين. و الملاحظ أن هذا النص الجديد لم يوضح كيف يتم عمل هذه اللجنة عكس المرسوم الرئاسي 10-236 الذي فصل أكثر عمل اللجنة فقد بينت المادة 123 إجراءات فتح الأظرفة التقنية والمالية في اجتماع تتم الدعوة إليه وخصوصا كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقا باليوم والساعة، علما أن هذه الساعة واليوم هو نفسه اليوم الأخير لإيداع العروض المنصوص عليه في المادة 50 من هذا المرسوم والذي يحدد في إعلان الصفقة المنصوص عليه في المادة 48.

وفي تقديرنا أن هذا المبدأ يوفر كثير من الشفافية والمصادقية وهذا كله يصب في مصلحة حماية المال العام. هناك نوعان من الرقابة على الصفقات العمومية فهناك الرقابة الداخلية والوصائية وهناك الرقابة الخارجية .

لقد نص المشرع الجزائري على الرقابة الداخلية للصفقات العمومية في المادة 159 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، فما هي الغاية من هذه الرقابة ؟

حسب محتوى المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، فغن الرقابة الداخلية الصرفة للصفقات العمومية تكون من اختصاص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي تتشكل من موظفين مؤهلين في مجال تحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية ، كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحت مسؤوليتها انشاء لجنة تقنية داخلية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض 1.

وإن الأعمال التي تقوم بها اللجنة المذكورة " فتح الأظرفة وتقييم العروض " ، تعرضها على المصلحة المتعاقدة والتي هي المخولة قانونا ، بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء وحتى عملية إلغاء المنح المؤقت ، وهذا يدل على أن عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ، يعتبر بمثابة إجراء داخلي يندرج في إطار الرقابة الداخلية ، وهي بذلك تساعد لجنة الصفقات العمومية في تحليل اختيارها للمتعاقل خاصة بعد عملية تحليل العروض من الناحية المالية والتقنية ، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة ، تصادق عن طريق لجنة الصفقات العمومية على العمل الذي قامت به " لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض " ونعتقد أن المصلحة المتعاقدة لا تناقض نفسها ، بالإعلان عن عدم الجدوى

¹ ينتظر الفقرة 03 من المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام

أو الإلغاء للإجراء ، إذا كان التقرير المعد من طرف لجنة فتح الاظرفة وتقييم العروض يتضمن عكس ذلك ، وهذا هو المقصود من نص المادة 161 من قانون الصفقات العمومية .

وكذلك تطرق المشرع الجزائري في نفس الإطار أي الرقابة الداخلية على عملية إبرام الصفقات العمومية، تخضع للرقابة الوصائية إذا كانت المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية tutelle كوصاية الولاية على البلديات ، فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتنظيم نموذج يسمح بعمليات إجراء المراقبة 1 بمعنى تقرير بياني لكل مراحل إبرام الصفقة من الإعلان عن العروض الى غاية المنح المؤقت ودراسة الطعون أن وجدت مع إرفاق ذلك بكل الوثائق الثبوتية (المبررة).

ثانياً: الرقابة الخارجية

إن الغاية من وجود الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية هو ما تضمنته المادة 163 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، حيث جاء فيها أن الهدف من الرقابة المذكورة هو التحقق في مطابقتها الصفقات العمومية المفروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول به 2 كما تهدف الرقابة الخارجية الى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية والمقصود هنا ، أن المصلحة المتعاقدة تلتزم بالبرامج المحددة مسبقا من الدوائر القطاعية أو من الوزارات والهيئات المعنية التي تخضع لها المصلحة المتعاقدة ، وعلى هذا تطرق المشرع الجزائري الى مسألة الرقابة البعيدة على عمل لجان الصفقات العمومية التابعة للمصلحة المتعاقدة 3 والتي لا تختلف تماما عن نوع الرقابة المنصوص عليها في المادة 164 من قانون الصفقات العمومية ، رقابة السلطة الوصية والتي تهدف الى تحقيق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد من إعداد تقرير عن المشروع من حيث أهدافه ومقارنة ذلك بكلفة انجازه ويرسل التقرير إلى مسؤول التنمية العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية وكذلك عينة الرقابة الخارجية المختصة 4

1- مضمون الرقابة الخارجية :

إن المشرع الجزائري في المادة 165 من قانون الصفقات العمومية تطرق الى هيئات الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية ودورها، ولقد تطرقنا في المحور الخامس من هذه الدراسة للجان الخارجية للصفقات العمومية مع تحديد دورها في مجال الرقابة القبلية على الصفقات العمومية ، وهذه اللجان في

¹ - ينظر الفقرة 03 من المادة 159 من قانون الصفقات العمومية .

² يقصد بالتشريع والتنظيم المعمول به قانون الصفقات العمومية وكل القوانين ذات الصلة كقانون المنافسة ، قانون الاستثمار وما إلى ذلك

ينظر فقرة 02 من قانون الصفقات العمومية ³

⁴ ينظر المادة 164 من قانون الصفقات العمومية

- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)،
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ب- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

حسب المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247 تتشكل هذه اللجنة من:

- ممثل عن السلطة الوصية،
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- ممثل عن الوزير المكلف بالخدمة
- ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة (بناء، أشغال عمومية، ري)،
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

ت- اللجنة الولائية للصفقات

حسب المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 تتشكل هذه اللجنة من:

- الوالي أو ممثله رئيسا،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية،

ث- اللجنة البلدية للصفقات

حسب المادة 174 من المرسوم الرئاسي 15-247 تتشكل هذه اللجنة من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- منتخبين (2) يمثلان عن المجلس الشعبي البلدي،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية.

الطابع الإداري

حسب المادة 175 من المرسوم الرئاسي تتشكل هذه اللجنة من:



- ممثل السلطة الوصية، رئيسا،
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله،
- ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية،
- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة بالولاية،

ج- اللجان القطاعية للصفقات.

نص المرسوم في المادة 179 من المرسوم 247-15 على أن " تحدث لدى كل دائرة وزارية لجنة قطاعية للصفقات، تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184."

تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات حسب المادة 185 من المرسوم الرئاسي 247-15 من:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- الوزير المعني أو ممثله، رئيسا،
- ممثل الوزير المعني، نائب رئيس،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ممثلان (2) عن القطاع المعني،
- ممثلان عن وزير المالية،
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

تنصب اللجنة القطاعية بموجب قرار من الوزير المعني، يترأسها الوزير المعني مع العلم إن إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات يكون مانعا لاختصاص اللجان الوطنية للصفقات. و الملاحظ أن هذه اللجنة تختص في الصفقات نفسها التي تختص بها اللجان الوطنية من حيث مبالغ الصفقات.

ثالثاً: سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام:

نص المشرع الجزائري في المادة 213 من قانون الصفقات العمومية على إنشاء لجنة على مستوى وزارة المالية تسمى لجنة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وهذه السلطة تتمتع باستقلالية في التسيير ، وتشمل مرصدا للطلب العمومي ، وهيئة وطنية لتسوية النزاعات ذات الصلة بالصفقات وتفويضات تسيير المرفق العام ، ولكن ما هي مهام هذه السلطة ومدى علاقتها بمكافحة الفساد في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام؟

1- صلاحيات سلطة ضبط الصفقات :

لقد حدد المشرع الجزائري بدقة في المادة 213 السالفة الذكر صلاحيات هذه السلطة والمحددة كالآتي :

- إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة تنفيذه (بمعنى لها صلاحية إعداد توجيهات بخصوص تنظيم الصفقات حسب النصوص القانونية وكذا تفويضات المرفق العام) كما توجه المصالح المتعاقدة وهيآت الرقابة ولجان الصفقات العمومية ، وكذا التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين ، بمعنى لها رأي حول الإشكالات المطروحة بخصوص الصفقات العمومية ، وما يتعلق بتفويضات المرفق العام .
- إعلام ونشر وتقييم كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (بمعنى العمل على توحيد المعلومات في مجال الصفقات العمومية والمرفق العام) .
- المبادرة ببرامج التكوين وترقية التكوين في مجال الصفقات العمومية (وهذا لشرح مجالات تطبيق قانون الصفقات العمومية وكيفيات ذلك .
- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنوي ، بمعنى إعداد حوصلة عن كل الصفقات العمومية المبرمة .
- تحليل المعطيات المتعلقة ما كابنين الاقتصادي والتقني للطلب العمومي وتقديم توصيات للحكومة ، وتشكيل مكان للتشاور في إطار مرصد الطلب العمومي .

- التدقيق أو تكليف من يقوم بالتدقيق في إجراءات إبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وتنفيذها بناء على كل طلب من طرف سلطة (المراقبة لإجراءات إبرام الصفقات وتفويضات المرفق العام).

- البث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الأجانب (دور تحكيمي) .

- استغلال نظام المعلوماتية للصفقات العمومية المنصوص عليه في مجال تبادل المعلومات في الصفقات العمومية .

- إقامة علاقات تعاون بين الهيآت الأجنبية والدولية المتدخلة في مجال الصفقات العمومية 1

ثانيا : سلطة الضبط وعلاقتها بمكافحة الفساد بالصفقات وتفويضات المرفق العام .

نصت المادة 88 من قانون الصفقات العمومية على أن سلطة ضبط الصفقات العمومية مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان المتعاقدين في مجال إبرام ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ويطلع الأعوان العموميين على المدونة ويتعهدون باحترامها وذلك بإمضاء تصريح بذلك

زيادة على مدونة الأخلاقيات المهنية ، فلقد نصت المادة 89 من قانون الصفقات العمومية على المتابعة الجزائية في حالات إبرام صفقات مشبوهة وإعطاء امتيازات لعون عمومي أو لكيان آخر مكفأة أو امتيازات في إطار الصفقات العمومية ، فإن هذا يؤدي إلى إلغاء الصفقة أو فسخها أو الملحق مع تسجيل المؤسسة في قائمة الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية والتي تمسك من طرف سلطة ضبط الصفقات وتفويض المرفق العام 2 .

كما نصت المادة 90 من قانون الصفقات العمومية حالة تنافي مصلحة للموظف العمومي المشارك في عملية إبرام أو مراقبة أو تنفيذ الصفقة العمومية ، مع المصلحة العامة فإنه يتعين على هذا الموظف ، اخبار سلطته السلمية بذلك ويتنحى على ذلك ، وتنافي صفة العضوية في لجنة التحكيم أو صفة مقرر في لجنة

ينظر المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .¹

ينظر المادة 89 من قانون الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 247/15).²

الصفقات العمومية ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، كما هناك حالة منع في منح الصفقة لموظف عمومي سابق لدى 1 المصالح المتعاقدة ولمدة أربعة سنوات للموظفين السابقين.

رابعاً: نتائج الرقابة الخارجية.

في سبيل ضمان أحسن استغلال للمال العام نص المشرع الجزائري على جملة من الأساليب الرقابية الهادفة الى صون المال العام من الاهدار والتلاعب به واختلاسه، وبالتالي التحقق من الاستغلال الفعلي له، ضمن الأطر القانونية.

إذ يترتب على الرقابة الادارية الخارجية على الصفقات العمومية اثرين رئيسيين، فإما ان تتوج هذه الرقابة بمنح التأشيرة وبالتالي البدء في تنفيذ الصفقة او تكلل برفض منح التأشيرة ، وهو ما سأحاول البحث فيه من خلال مداخلتي هذه، والتي ارتأيت تقسيمها الى قسمين ، تناولت في القسم الاول منها منح التأشيرة من قبل لجان الصفقات العمومية مبينا انواعها وما يترتب عنها من اثار، وعرجت في القسم الثاني من المداخلة على رفض منح التأشيرة وما يترتب عنه من اثار، مستخدما في ذلك ومستعينا بالنهج الوصفي والمنهج التحليلي باعتبارهما انسب المناهج لموضوع الدراسة. خاتما موضوع الداخلة بخاتمة ضمنتها اهم ما توصلت اليه من نتائج وتوصيات وذلك على النحو التالي:

1- منح التأشيرة من طرف لجان الصفقات العمومية

يترتب على استفاء الصفقة العمومية لشروط وإجراءات إبرامها المنصوص عليها قانونا منح التأشيرة من قبل لجان الصفقات العمومية، هذا المنح الذي إما أن يكون شاملا وإما أن يكون بتحفظات

أ- منح التأشيرة الشاملة.

سنحاول من خلال هذا المطلب تبين شروط منح التأشيرة الشاملة ثم الآثار المترتبة عن منحها فيما يلي:

✓ شروط منح التأشيرة الشاملة.

- مطابقة الأحكام التشريعية:

بالرجوع إلى نص المادة 1/196 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية¹ نجد أن منح التأشيرة الشاملة من طرف لجان الصفقات العمومية لا يكون إلا إذا استوفت الصفقة أو

¹ ينظر المادة 92 من قانون الصفقات العمومية

مشروع الصفقة للأحكام التشريعية السارية المفعول، وبالتمعن في هذه الفقرة نجد أن المشرع قد قصر المطابقة فقط على الأحكام التشريعية فقط دون التنظيمية، حيث يقصد بمخالفة الأحكام التشريعية مخالفة النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة، الأمر الذي أكدته المشرع مرة أخرى من خلال الفقرة الثانية من ذات المادة حيث جاء فيها: "...وفي حالة معارضة عدم المطابقة لأحكام تشريعية تتعلق بالصفقات العمومية..."، وهو ما يؤكد توجه المشرع إلى استثناء الأحكام التنظيمية، وفي ذلك ولا ريب تقليص لمبدأ المشروعية وهو ما يدفعنا للتساؤل عن الحكمة المتوخاة من هذا القصر، وبذلك يكون المشرع قد جانب الصواب إذ كان يجدر به إقرار عدم منح التأشيرة حتى في حالة مخالفة الأحكام التنظيمية فذلك أحوط أن لا يهدر مبدأ المشروعية.

هذا وبالرجوع دائما إلى نص المادة 196 سالف الذكر نجد وأن المشرع الجزائري قد أضفى الطابع الإلزامي على التأشيرة الشاملة، ليس فقط على المصلحة المتعاقدة وإنما أيضا على المراقب المالي والمحاسب المكلف ولم يكتفي بذلك فقد نص في الفقرة الثانية من نص المادة 196 على أنه وفي حالة منح لجان الصفقات العمومية تأشيرة لصفقة يشوبها عيب عدم مطابقة الأحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية، وتم اكتشاف هذا العيب من طرف المراقب المالي أو المحاسب المكلف فعليه فقط ووجوباً إعلام اللجنة المختصة بذلك ويمكن لهذه الأخيرة بعد إخطارها أن تسحب تأشيرتها قبل تبليغ الصفقة للمتعهّد المختار.

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- احترام الأجال القانونية لمنح التأشيرة.

يشترط في منح التأشيرة الشاملة احترام آجال المنح، حيث تختلف هذه الآجال باختلاف طبيعة اللجنة، فاجل منحها بالنسبة للجنة القطاعية هو خمسة وأربعون يوماً تحسب ابتداء من تاريخ إيداع الملف لدى كتابة اللجنة وهو ما جاء في نص المادة 189 من الرئاسي 15/ 247 ، أما بالنسبة لباقي اللجان فنجد المشرع قد حدد الآجال بعشرون يوماً من تاريخ إيداع الملف لدى كتابة اللجنة طبقاً لنص المادة 178 من نفس المرسوم، وتكون هذه التأشيرة صالحة لمدة ثلاثة أشهر، وبانقضاء هذه المدة فإنها تعتبر صفقة جديدة وعلى المصلحة المتعاقدة إعادة إرسال ملف مشروع الصفقة للجنة المختصة لمنح تأشيرة جديدة بشأنها.

وفي حال تراجعت المصلحة المتعاقدة عن صفقة كانت موضوع تأشيرة، فعليه إعلام لجنة الصفقات العمومية المختصة بعودتها عن تنفيذ هذه الصفقة .

اما في الحالة العادية التي تحصل فيها المصلحة المتعاقدة على التأشيرة، فتقوم بإيداع مقرر التأشيرة خلال الخمسة عشر يوما الموالية لإصدارها لدى المصالح المختصة اقليميا في الادارة الجبائية والضمان الاجتماعي التي تتبعها المصلحة المتعاقدة مقابل وصل استلام، وتقوم هذه المصالح المختصة بإرسال هذه المقررات كل ثلاثة أشهر على التوالي الى الوزارة المكلفة بالمالية (المديرية العامة للضرائب) وإلى الوزارة المكلفة بالضمان الاجتماعي (المديرية العامة للضمان الاجتماعي) لجمعها واستغلالها.

والأصل أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بطلب التأشيرة في جميع صفقاتها، إلا أنه واستثناء تعفى من التأشيرة المسبقة للجنة الصفقات المختصة وذلك بالنسبة للعمليات ذات الطابع المتكرر و/أو من نفس الطبيعة التي يشرع فيها على أساس دفتر شروط نموذجي مصادق عليه في حدود مستويات الاختصاص المنصوص عليها في المادتين 173 و184 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وفي حالة عدم صدور التأشيرة في الآجال المحددة تخطر المصلحة المتعاقدة الرئيس الذي يجمع لجنة الصفقات المختصة في غضون ثمانية أيام الموالية، ويجب على اللجنة أن تبت في الأمر حال انعقاد الجلسة بالأغلبية البسيطة للأعضاء الحاضرين وهذا طبقا لنص المادة 198 من المرسوم 247/15.

هذا وقد أثبت سكوت اللجنة وعدم ردها على طلب المصلحة المتعاقدة لمدة تفوق الآجال القانونية. فهل يمكن اعتبار سكوتها موافقة ضمنية؟ أم أنه رفض لمنح التأشيرة؟
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر
من خلال استقراء نصوص مواد المرسوم الرئاسي المتضمن قانون الصفقات العمومية لاسيما المادة 196 منه، والتي تفرض على المصلحة المتعاقدة طلب التأشيرة اجباريا ما يفيد بأن هذه الأخيرة تعتبر سنداً إداريا لتنفيذ الصفقة من جهة، كما نجد المادة 195 من ذات المرسوم تذهب إلى أنه وفي حالة رفض منح التأشيرة فإنه ينبغي أن يكون هذا الرفض معللا من جهة أخرى، ما يفيد بوجود صدور قرار الرفض في شكل قرار إداري مسبب، وهو ما يدفع إلى الاعتقاد بأن سكوت اللجان عن إصدار مقررات التأشيرة لا يمكن اعتباره قبولا أو رفضا.

✓ آثار منح التأشيرة.

لاشك في أن الهدف الأساسي من طلب التأشيرة إنما هو تنفيذ الصفقة العمومية أو الملحق، وبالتالي فإن الأثر الوحيد لمنح التأشيرة الشاملة من طرف لجان الصفقات العمومية هو البدء في تنفيذ الصفقة محل التأشيرة خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تسليمها، وعليه فأثر التأشيرة هو تنفيذ الصفقة، هذا الأخير الذي يظهر بالأساس في مجموع الالتزامات والحقوق المتبادلة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، وعلى

هذا الأساس سأحاول من خلال هذا الفرع التطرق ولو بشكل مختصر لالتزامات وحقوق طرفي الصفقة على الشكل التالي:

- المتعامل المتعاقد.

✓ التزامات المتعامل المتعاقد: ويمكن تصنيفها في مجموعتين على النحو التالي:

أ. التزامات مرتبطة بتنفيذ العقد: وتتلخص في:

- تنفيذ العقد بحسن نية: وهو مبدأ قانوني معمول به في جميع العقود إدارية كانت أم مدنية، حيث جاء النص عليه في المادة 107 من القانون المدني.
- رصد كافة الوسائل المادية والبشرية المصريح بها لتنفيذ الصفقة إلا في الحالات الاستثنائية المبررة وفقا لما جاء في نص المادة 126 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والتي جاء فيها: "يجب على المتعاملين المتعاقدين ومناولهم أن يرصدوا الوسائل البشرية والمادية المصريح بها في عروضهم ماعدا الاستثناء المبرر."

• تقديم مبلغ كفالة حسن التنفيذ للصفقة⁹.

• احترام آجال التنفيذ المتفق عليها تحت طائلة العقوبات المالية وفقا لما جاء في

نص المادة 147 من المرسوم رقم 247/15.

ب. التزامات مرتبطة بانتهاء الصفقة: لا تنتهي التزامات المتعامل المتعاقد بتنفيذ موضوع الصفقة بل تستمر الى ما بعد ذلك وتتمثل هذه الالتزامات في:

- ضرورة إعلام المصلحة المتعاقدة كتابيا بانتهاء الخدمات موضوع الصفقة والقيام بالعمليات القبلية للتسليم التي يحدد اجلها دفتر الشروط والصفقة وذلك استنادا الى ما جاء في نص المادة 148 من المرسوم الرئاسي 247/15 هذا وبالتدبر في نص المادة 148 سألقة الذكر يلاحظ أن المشرع الجزائري وإن بشكل غير مباشر لالتزام أخريقع على عاتق المتعامل المتعاقد وهو التزام الضمان حيث جاء فيها: "...وفي حالة الصفقات العمومية التي تتضمن مدة ضمان فانه يتم إجراء استلام الصفقة على مرحلتين، استلام مؤقت واستلام نهائي..."

✓ حقوق المتعامل المتعاقد: المتعامل المتعاقد إنما يبغى أساسا من إبرام الصفقة العمومية

تحقيق مصلحته المالية بالدرجة الأولى وعلى هذا الأساس يكفل له تنفيذ الصفقة جملة من الحقوق المالية هي:

- الحق في اقتضاء المقابل المادي للعقد نظير ما أداه من أعمال وهو ما نظمته المشرع في الفصل الرابع من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 تحت عنوان الأسعار وذلك في المواد من 96 – 107.

- للمتعاقل المتعاقل الحق في التسوية المالية في حالة حدوث اختلال يؤثر على الثمن.

- سلطات المصلحة المتعاقدة:

استنادا إلى مبادئ الاستمرارية والقابلية للتكيف التي تحكم المرافق العامة تستأثر المصلحة المتعاقدة بجملة من الامتيازات في مواجهة المتعاقل المتعاقل يمكن إجمالها في:

- سلطة الرقابة والتوجيه: ان الطابع الخاص للصفقات العمومية يبرز جليا في سلطة الرقابة الممارسة من قبل المصلحة المتعاقدة في تنفيذ الصفقة، فالإدارة لا تمارس فقط سلطة المراقبة التي تهدف الى التأكد من سلامة التنفيذ ولكن تبسط سلطتها لمارس سلطة التوجيه الفعلي التي تمكنها من املاء طرق التنفيذ على المتعاقل المتعاقل بواسطة الاوامر المصلحية.

- سلطة التعديل الانفرادي: اعتبرت سلطة التعديل الانفرادي لوقت طويل النموذج المثالي لامتيازات الادارة العامة والطابع بالرئيسي للعقود الادارية، بل هي ابرز الخصائص التي تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية تأسيسا على اولوية المصلحة العامة التي تتغير متطلباتها في الزمان والمكان، ولا يمكن اهدارها بسبب قواعد عقدية غير قابلة للتعديل.

- سلطة توقيع الجزاءات: تعد سلطة فرض الجزاءات أخطر السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقل المتعاقل معها، وتخضع لنظام قانوني خاص، الذي لا ينظر الى اخلال المتعاقل المتعاقل بالتزاماته مجرد اخلال بالتزام تعاقدي، بل يمثل ايضا مساسا بانتظام سير المرفق العام المتعاقل بشأنه¹⁵ ومن ثم جاءت الجزاءات المترتبة على هذا الاخلال شديدة وتنطوي في الواقع على معنى العقوبة، وفي ذلك حرص على اجبار المتعاقل المتعاقل على تنفيذ التزاماته بدقة خدمة لحسن سير المرفق العام.

● سلطة فسخ العقد: اعترف المشرع للمصلحة المتعاقدة بسلطة الفسخ المنفرد للصفقة في حالة ما إذا أخل المتعامل المتعاقد بأحد التزاماته او كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، وذلك في نصوص المواد 149 و150 من المرسوم رقم 247/15، سواء كان الفسخ كلياً او جزئياً مع ضرورة احترام الاجراءات المقررة لذلك والمتمثلة اساساً في اجراء الاعذار، المنصوص عليه في المادة 149 السابق ذكرها.

ب- منح التأشيرة بتحفظات.

جاء النص على منح التأشيرة بتحفظات في نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الخامسة، حيث ميز المشرع بين صورتين لها، الصورة الاولى منها غير موقفة والصورة الثانية موقفة وهو ما سنحاول الوقوف عنده فيما يلي:

ب-1 منح التأشيرة بتحفظات غير موقفة.

استناداً الى نص المادة 195 المشار اليها سابقاً تكون التحفظات غير موقفة اذا تعلق بـ شكل الصفقة العمومية حيث جاء فيها "... وتكون التحفظات غير موقفة عندما تتصل بالشكل ..." فمن خلال هذا النص يتضح وان مخالفة المصلحة المتعاقدة للشكلية المقررة قانوناً يجعل مشروع الصفقة يخضع لتأشيرة مع تحفظات، هذه الاخيرة حتى وان لم تكن موقفة لتنفيذ الصفقة الا ان المشرع نص على ضرورة رفعها قبل عرض المصلحة المتعاقدة مشروع الصفقة او الملحق المرفق بالتأشيرة على الهيئات المالية المختصة لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها.

ب-2 منح التأشيرة بتحفظات موقفة.

التأشيرة بتحفظات موقفة هي تلك المتعلقة بموضوع الصفقة، او دفتر الشروط او الملحق، وفي هذه الحالة يتوقف تنفيذ مشروع الصفقة الى حين رفع التحفظات المدرجة ضمن مقرر التأشيرة التي تسلمها هيأت الرقابة الخارجية القبلية المختصة ثم يتم عرض المشروع على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات، قبل موافقة السلطة المختصة عليها والبدء في تنفيذها.

هذا وفي حالة وجود عيب متعلق بموضوع الصفقة ولم تتم معانيته من قبل لجنة الصفقات العمومية المختصة، ومنحت بشأنها التأشيرة، ثم تمت معايته هذا العيب او الخرق فيما

بعد من طرف المراقب المالي او المحاسب المكلف، فانهما يقومان بإعلام اللجنة المختصة كتابيا وبعد هذا الاخطار يمكن للجنة المختصة سحب تأشيرتها، وذلك قبل ابلاغ المتعهد المختار، وهو ما نصت عليه المادة 196 من المرسوم الرئاسي 247/15، والملاحظ على هذا النص انه جاء بعبارة " يمكن لهذه الاخيرة ... سحب تأشيرتها"، أي ان الامر جوازي وليس وجوبي فلجنة الصفقات العمومية ورغم اخطارها بالخرق يمكنها على سبيل الخيار سحب تأشيرتها، حتى وان كان العيب هو عدم مطابقة الاحكام التشريعية، وهو امر خطير بلا ريب فالصواب يقضي بضرورة الزام اللجان المختصة بسحب تأشيرتها في هذه الحالة.

وبالرجوع دائما الى نص المادة 196 السابقة نجدها قد علقت امكانية سحب التأشيرة من قبل اللجنة المختصة المانحة لها على شرط وهو قبل ابلاغ المتعهد المختار أي انه بمفهوم المخالفة إذا ما تم ابلاغ المتعهد المختار فان اللجنة المختصة المانحة للتأشيرة تفقد امكانية سحبها، رغم ما اعترافا من عيوب وخروقات وهو امر يحتاج الى مراجعة لما فيه من مساس بمبدأ المشروعية.

2- رفض منح التأشيرة.

لا شك في ان الهدف المبتغى من وراء الرقابة الخارجية للجان الصفقات العمومية هو التأكد من مدى مراعاتها لمبدأ المشروعية، ومن ثم التأكد من الحفاظ على المال العام وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، لكن قد يحدث وان تتضمن الصفقة العمومية ما يشوبها ويحول دون منحها التأشيرة، وهو ما سنحاول بحثه من خلال هذا الجزء، بالتعرض لحالات الرفض ثم الاثر المترتب على هذا الرفض فيما يلي:

أ- حالات (اسباب) رفض منح التأشيرة.

ترفض لجان الصفقات العمومية منح التأشيرة لاعتبارات عديدة أجملها المشرع في كل مخالفة للتشريع او التنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية إذا كان ذلك مبررا بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة رقم 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهو ما سنحاول التفصيل فيه على النحو التالي:

أ-1 رفض منح التأشيرة بسبب مخالفة الاحكام التشريعية او التنظيمية.

لاشك في ان قرار رفض منح التأشيرة هو تصرف قانوني، تنطبق عليه كل احكام وشروط التصرفات القانونية، وقرار الرفض قد يكون بسبب مخالفة مشروع الصفقة او الملحق للأحكام التشريعية او التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية وهو ما سنبينه فيما يلي:

- مخالفة الاحكام التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية.

يقصد بالأحكام التشريعية كل القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية والمتعلقة بالصفقات العمومية وفي هذا الخصوص وبالرجوع الى المرسوم الرئاسي رقم 247/15 نجده قد تضمن الاشارة الى العديد من القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية على غرار قانون الولاية، قانون البلدية، القانون المتعلق بالمالية، وكذا قانون البيئة، اضافة الى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وغيرها، فلا يتصور ابدا منح التأشيرة لمشروع صفقة او ملحق يخالف أحد هذه القوانين لما في ذلك من خرق لمبدأ المشروعية.

- مخالفة الاحكام التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية

ويقصد بها مجموعة التنظيمات والامور والمراسيم والقرارات الوزارية المتعلقة بالصفقات العمومية حيث تصدر في مجملها عن السلطة التنفيذية وعادة ما تصدر تنفيذا وتطبيقا لقانون متعلق بالصفقات العمومية، وتشمل مجموعة اللوائح الصادرة عن اعضاء السلطة التنفيذية بداية بقمة هرم هذه السلطة والمتمثل في رئيس الجمهورية، حيث يمكنه في اطار السلطة التنظيمية المخولة له دستوريا اصدار مراسيم رئاسية، ومن خلال الاطلاع على مختلف قوانين الصفقات العمومية يلاحظ انها تصدر بموجب اوامر او مراسيم رئاسية، كما يمكن للوزير الاول ايضا اصدار تنظيمات بموجب الصلاحيات المخولة له دستوريا، اضافة الى باقي اعضاء السلطة التنفيذية وصولا الى قاعدة هرم السلطة .

ب- مخالفة المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية.

سبقت الاشارة الى ان المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247/15 علق عدم منح التأشيرة على شرط مخالفة الاحكام التشريعية او التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية المبرر بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، ما يجعل من مخالفة

الاحكام التشريعية او التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية غير المبرر بمخالفة المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية سبب غير كاف لعدم منح التأشيرة، وفي ذلك مساس واضح بمبدأ المشروعية الذي يقضي بضرورة خضوع الادارة في جميع تصرفاتها الى القانون، الامر الذي يستتبع ضرورة مراجعة نص المادة 195 المشار اليها اعلاه، وفي كل الحالات فقد ورد النص على المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية في نصوص المواد 5 و9 و11 من المرسوم الرئاسي 247/15، هذه المبادئ التي تميز عملية ابرام الصفقات العمومية عن عملية ابرام العقود الخاصة، فهي استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص وسأطرق اليها بشيء من التفصيل فيما يلي:

- مبدأ المنافسة

يقوم مبدأ المنافسة على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة وفكرة المساواة بين الافراد في الانتفاع من خدمات المرفق العام. هذا المبدأ الذي يعني فسح المجال امام كل من تتوفر فيه الشروط المتطلبية في الصفقة لتقديم عرضه او المشاركة في الصفقة . ويجد هذا المبدأ تطبيقه في طريقة المناقصة، اذ تخضع بصورة الزامية له، وهذا لا يعني انعدام سلطة الادارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على اساس مقتضيات المصلحة العامة، فالادارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الكفاء من التعاقد، ولها ان تستعمل هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية شرط ان يكون ذلك وفق القانون.

- مبدأ المساواة

الحقيقة انه لمبدأ المساواة علاقة وطيدة ومتداخلة بمبدأ المنافسة، فعن طريق المساواة بين المترشحين يتحقق مبدأ المنافسة، كما ان احترام مبدأ المنافسة يستتبع بالضرورة الزامية المعاملة المتماثلة لكل المترشحين بالمساواة إذا هي اساس المنافسة. ويراد بالمساواة هنا اتاحة نفس الفرصة امام المترشحين دون أدني تمييز بينهم، وذلك بان لا يتم اعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الاخر او اضافة شروط او حذفها او تعديلها بالنسبة للبعض الاخر.

- مبدأ العلانية

لاشك في ان مبدأ العلانية يعتبر من اهم الضمانات الكفيلة للشفافية في ابرام الصفقات العمومية والذي يعني وصول العلم الى الكافة برغبة الادارة في التعاقد، وابلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان اجراء الصفقة، والغاية

من ذلك تجنب التعاقد في اجواء تشوبها الريبة وتحوم حولها الشكوك، فالعلانية دليل نزاهة الادارة العامة، وقد ورد النص علي هذا المبدأ في المواد 61، 62 و 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وتتحقق العلانية عموما بمختلف وسائل الاعلان والاعلام كالصحافة المكتوبة او الاذاعة او التلفزة، او وسائل اعلام اخرى، كشبكة الانترنت التي اصبحت تحوز اهمية كبيرة في هذا العصر، وذلك لارتفاع نسبة الاطلاع عليه، وكذلك قلة تكاليفها وسرعة وصول الاعلان عن رغبة الادارة في ابرام الصفقة، ونظرا لنجاعة وفاعلية الاتصال الإلكتروني خصص المشرع الجزائري الفصل السادس من المرسوم الرئاسي 247/15 للاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.

3- اثار رفض منح التأشيرة

ان البحث في الاثار المترتبة على رفض منح التأشيرة يقتضي حتما البحث في الطبيعة القانونية لمقرر الرفض ثم الخوض في الاثار المترتبة على هذا الرفض وذلك على النحو الموالي:

أ- الطبيعة القانونية لمقرر رفض منح التأشيرة

لتحديد الطبيعة القانونية لمقرر رفض التأشيرة يجب التعرض للأركان والشروط التي يقوم عليها باعتباره تصرفا قانونيا كغيره من التصرفات القانونية الصادرة عن الادارة العمومية وذلك كما يلي:

SAHLA MAHLA
المصدر الأول لمذكرات التخرج في الجزائر

- السبب

بالرجوع الى نص المادة 195 من المرسوم الرئاسي 247/ 15 نجد ان سبب رفض منح التأشيرة يرجع الى قيام حالة قانونية تعاينها اللجنة المختصة والمتمثلة في مخالفة الاحكام التشريعية او التنظيمية المعمول بهما والمبررة بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية.

- الاختصاص

حتى يكون رفض منح التأشيرة مؤسسا ينبغي مراعاة قواعد الاختصاص التالية:

- الاختصاص الشخصي: يقصد بالعنصر الشخصي في ركن الاختصاص: «تحديد الشخص او الجهة الادارية المخولة والمرخص لها باتخاذ القرار الاداري"وبالتالي ينبغي في مقرر الرفض ان يصدر عن اللجنة المختصة والا اعتبر باطلا وغير مشروع.

- الاختصاص الزمني: اذ حدد المرسوم الرئاسي 247/15 مدة زمنية لإصدار مقرر الرفض حددت كأصل عام وبالنسبة لجميع اللجان بعشرون يوما ابتداء من تاريخ ايداع الملف كاملا لدى كتابة اللجنة، باستثناء اللجنة القطاعية حيث حدد اختصاصها الزمني بخمسة واربعين يوما من تاريخ ايداع الملف كاملا لدى كتابة اللجنة.

- المحل

يتمثل محل مقرر الرفض في الاثر المترتب على رفض منح التأشيرة وهو عدم تنفيذ الصفقة او ملحقتها، ولما كانت رقابة لجان الصفقات بمنح التأشيرة او رفضها ليست اختصاصا بإبرام الصفقة وانما هي فقط رقابة خارجية لاحقة، فقد اجاز المشرع تجاوز قرار اللجنة²⁸ وهو ما سنفصل فيه لاحقا.

- الشكل والاجراءات

1/ التبليغ: بالرجوع الى نص المادة 195 من المرسوم 247/15 نجد انه يجب ان يبلغ قرار لجنة الصفقات بالرفض الى المصلحة المتعاقدة خلال ثمانية ايام من تاريخ انعقاد اللجنة.

2/ التسبيب: تشترط المادة 195 المشار اليها سابقا ان يكون قرار رفض منح التأشيرة معللا وذلك بتضمينه السبب او الاسباب التي يقوم عليها الرفض.

3/ الكتابة: قياسا على منح التأشيرة والذي يجب ان يكون مكتوبا حسب نص المادة 199 من المرسوم الرئاسي 247/15، فان رفضها ايضا يقتضي ان يكون مكتوبا.

- الهدف (الغاية)

بالبحث في اسباب رفض منح التأشيرة يتضح وان الغاية من هذا الرفض هو صون واحترام مبدأ المشروعية من خلال احترام المصلحة المتعاقدة للتشريعات والتنظيمات المعمول بهما خاصة احترام قوانين الصفقات العمومية.

من خلال ما سبق وبعد استظهارنا لأركان مقرر الرفض تظهر جليا اشكالية الطبيعة القانونية لهذه المقررة، فهل يمكن اعتبارها من قبيل القرارات الادارية ام لا؟

الحقيقة هي انه ورغم تمتع مقرر رفض منح التأشيرة بالعديد من خصائص القرار الاداري الا انه لا يمكن اعتبارها كذلك لعدم تمتعها بالطابع التنفيذي، كما انها لا تحدث اثرا بذاتها

خاصة وانه يمكن تجاوزها من طرف الهيئات المختصة استنادا الى نص المادة 200 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ب- مقرر التجاوز

يعتبر مقرر التجاوز احد اخطر الصلاحيات التي اوردها المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15، اذ يتيح بموجبه للسلطة المختصة تجاوز قرار رفض منح التأشيرة الصادر عن لجان الصفقات العمومية، بناء على تقرير من المصلحة المتعاقدة ، على ان يكون رفض منح التأشيرة معللا بعدم مطابقة الاحكام التنظيمية .

في حالة صدور قرار التجاوز فانه يفرض على المراقب المالي والمحاسب العمومي المكلف بشرط ان يصدر هذا القرار في اجل اقصاه تسعين يوما من تاريخ تبليغ رفض منح التأشيرة، وان يكون صادرا عن السلطة المختصة المذكورة في نص المادة 200 من المرسوم الرئاسي 247/15، والمتمثلة في:

- الوزير او مسؤول الهيئة العمومية المعني.
- الوالي في حدود صلاحياته، على ان يعلم وزير الداخلية والجماعات المحلية.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي في حدود صلاحياته، على ان يعلم الوالي المختص بذلك.

وفي جميع الحالات ينبغي ارسال نسخة من مقرر التجاوز المعد حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما الى كل من مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والمفتشية العامة للمالية) ولجنة الصفقات العمومية المعنية.

هذا ورغم القيود التي اوردها المشرع على ممارسة او اصدار مقرر التجاوز الا انه يبقى أخطر الصلاحيات الممنوحة للسلطات المختصة، وذلك لمساسه المباشر بمبدأ المشروعية القاضي بحتمية خضوع الادارة العمومية على اختلاف مراتبها الى القانون على اختلاف

درجاته، ما يستدعي في اعتقادي الغاءه صونا لمبدأ المشروعية ودولة القانون.