

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص: التجريم في الصفقات العمومية فرع: قانون عام.

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

معوان مصطفى

إعداد الطالب

عمراني مصطفى

لجنة المناقشة

السيد: تابري مختار	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: معوان مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: مهداوي محمد صالح	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي بعين تموشنت	عضوا مناقشا
السيد(ة): بودلال فطومة	أستاذة محاضرة "أ"	المركز الجامعي بغليزان	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2019م / 1440/1441هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى

"فَوَجَدَا عَبْدًا مِّنْ عِبَادِنَا

اتَيْنَاهُ رَحْمَةً مِّنْ عِنْدِنَا

وَعَلَّمْنَاهُ مِمَّا لَدُنَّا عِلْمًا"

الكهف ﴿65﴾

صَدَقَ اللهُ الْعَظِيمُ

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لو لا فضل الله علينا و الصلاة و السلام على أشرف خلق الله و على آله و صحبه.

أما بعد

فإلى من نزلت في حقهم الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم

" وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا {23} وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ

ازحمهما كما زيباني صغيراً {24} " الإسرائء 23-24

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أغلى ما أملك في الوجود أبي وأمي العزيزين

حفظهما الله لي...

إلى جميع العائلة والأقارب وأصدقاء العمل

إلى الأساتذة الكرام والأسرة الجامعية ورفقاء الدراسة

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعاً يستفيد منه الجميع

عمراني مصطفى

تشكرات

قبل كل شيء نشكر الله عز وجل الذي رزقنا من العلم ما لم نكن نعلم، نحمده حمدا كثيرا يليق بعظمته وجلال قدره وكثرة نعمه، ولما أعطاه لنا من القوة والشجاعة والإرادة، لإتمام هذا البحث المتواضع.

نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا المشرف " أ.د معوان مصطفى " على إرشاداته القيمة وتوضيحاته اللازمة التي أفادنا بها، ولم ييخل علينا من زاده العلمي و المعرفي، فما يسعنا إلا أن نقول له شكرا.

نتقدم بالشكر كذلك للأساتذة الكرام الذين تقبلوا وتفضلوا بمناقشة رسالتي فلهم الشكر الجزيل تشكراتنا أيضا لكل من زودونا بكتب في إطار إنجاز هذه المذكرة. كما نشكر أساتذتنا الكرام، من الإبتدائي إلى الجامعي، والذين كان لهم الفضل الكبير في وصولنا إلى ما نحن عليه الآن.

وفي الأخير نشكر كل شخص من قريب ومن بعيد لم ييخل علينا ولو بكلمة طيبة.

عمراني مصطفى

قائمة أهم المختصرات

ج.ر :جريدة رسمية.

ج: الجزء

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.ص.ع : قسم الصفقات العمومية.

م.ف.ت: المديرية الفرعية للتنظيم.

م.م.ق.ص.ع: مديرية منازعات قسم الصفقات العمومية.

ن.ر.ص.م.ع: النشرة الرسمية لصفقات المتعامل المتعاقد.

و.م: وزارة المالية.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA : Actualité juridique du droit administratif.

ART : Article

B.P.U :Bordereau des Prix Unitaires

BJCP : Bulletin juridique des contrats publics

CP-ACCP : Contrats publics-Actualité de la commande et des contrats publics

et s. : et suivant(e)s.

ibid. : ibidem.

JCP A : La semaine juridique, édition Administration et collectivités territoriales

JORF : Journal Officiel de la République Française

N: Normal.

n° : numéro.

Op.Cité : Ouvrage Précédemment Précité.

P : Page.

PCD: Plan Communal de Développement.

PSC : Programme Sectoriel Centralisé.

PSD: Programme Sectoriel Déconcentré.

RDP : Revue de droit public et de la science juridique en France et à l'étranger

S:Spécial.

U: Urgent..

vol. : volume.

للصفقات العمومية الكثير من الآليات التي تسمح لها بان تكون فاعلا حقيقيا في التنمية الاقتصادية الشاملة والمستدامة. وذلك من خلال سعيها إلى تحقيق التنمية المحلية والوطنية، ودعم جميع مكوناتها خاصة التنمية الاقتصادية والاجتماعية...إلخ. ولكن هذا الدعم لن يكون ناجحا وذو فاعلية، إن لم تحترم وتطبق القوانين بالصرامة والفاعلية المطلوبة بغرض ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. وعلى هذا الأساس، توصي الدراسات والبحوث العلمية، بشكل أساسي على التطبيق الصارم لتلك المبادئ بصفة مجتمعة في شكل وحدة وظيفية متكاملة فيما بينها على جميع مراحل الصفقة العمومية.

ولأن تعقيد المسائل القانونية وكثرة الفروع والنصوص القانونية أدى إلى ظهور مبادئ أساسية، بهدف إعادة هيكلة وتوحيد الأنظمة المعمول بها. وفي هذا السياق، فإن اللجوء إلى استخدام المبادئ يتمتع بشرعية مزدوجة، بسبب ترشيد وتماسك النظام القانوني المعني.

ففي القانون البيئي. على سبيل المثال، فإن تراكم اللوائح القانونية وارتباطها بعدة فروع قانونية أدت إلى ظهور المبادئ الرئيسية المتعلقة بهذا القانون، لتخفيف تجزئة وتشعب نصوص وأحكام هذا الفرع من القانون.¹ هذا المنطق نفسه، هو الذي يبرر تعدد المبادئ في قانون المحاسبة العمومية.² وبالتالي، الأمر نفسه ينطبق على تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.³

وفي الواقع، يتزامن ظهور المبادئ الخاصة بحرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، إلى اجتهادات القضاء الفرنسي وبالخصوص محاكم الإتحاد

¹ القانون رقم 03-10، المؤرخ في 10 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المعدل، (ج.ر. 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003).

² القانون رقم 90-21، المؤرخ في 15 غشت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، المعدل (ج.ر. 35 المؤرخة في 15 غشت 1990).

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (ج.ر. 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015).

الأوروبي. بالإضافة، إلى أبحاث وكتابات الفقه المقارن خاصة من خلال الحركة المشتركة بين القانون الداخلي للصفقات العمومية الفرنسي والخارجي بالنسبة للإتحاد الأوروبي.¹

وفي سياق متصل بموضوع الدراسة، فإن ظهور مجموعة من المبادئ في هذا الفرع من القانون يقود الباحث للبحث في معنى ومضمون هذه المبادئ. بعد اعتمادهم من قبل المشرع.² وعلى إثر ذلك، يتم طرح عدة أسئلة تتعلق بوظائف وتطبيقات مبادئ الصفقات العمومية وكذلك الأهداف المرصودة لها. بالإضافة للتطور المستمر للدعوى قبل التعاقد. كلها عناصر تشير إلى أن موضوع الدراسة، وطريقة تناول هذه المبادئ ولاسيما تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، دراسة حديثة لم يسبق التطرق لها من قبل.

وبالتالي، فإن المقصود بمبادئ الصفقات العمومية، فهي مبادئ تعمل على اعتماد قواعد تحكم نظام إعداد وتنفيذ وإبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما تسعى لتعزيز نظام الدعوى القضائية وتسوية النزاعات التعاقدية.

أهمية الدراسة

إن أول ملاحظة يتم تسجيلها بالنسبة لأحكام المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، هو وجود مجموعة متجانسة من المبادئ، تسعى لتحقيق أهداف مشتركة تتمثل في ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. وبالتالي، فإن الوظائف التي تشكلها المبادئ محددة بوضوح. فهي تسعى إلى تحقيق هذه الأهداف بشكل مشترك عن طريق الإعلان عن

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Préparée au sein de l'école doctorale, Droit et Science politique, Et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038) Spécialité : Droit public, Université de Montpellier, France, Soutenue le 7 novembre 2015, p 30.

² تم التكريس الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية في المادة 02 مكرر من المرسوم الرئاسي 08-338، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 02-250، كتالي: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم." المرسوم الرئاسي رقم 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250، ملغى (ج ر 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008).

طلبات العروض، وتحديد شروط تقديم العروض التنافسية ضمن دفتر الشروط، والتي تترجم في الأخير لاختيار الفائز بالصفقة العمومية.

ومن ناحية أخرى، نسجل صعوبة إدراك الوظائف الخاصة المحددة لكل مبدأ، وكذلك التعبير عنها وتحديد آثارها، ومجال تداخلها ضمن الوحدة الوظيفية التي تشكلها. بمعنى آخر، يوجد صعوبة أو عدم الدقة في تحديد الوظائف الخاصة بكل مبدأ. ويرجع السبب في ذلك، إلى أن اعتماد هذه المبادئ في مجال الصفقات العمومية حديث. بالإضافة لقلة السوابق القضائية والبحوث والدراسات القانونية.

إلا أنه وبالرجوع إلى الدراسات السابقة، لأبحاث وآراء الفقهاء خاصة لدى الفقه المقارن والآراء القانونية. بإمكانه أن يقدم مساعدة ولو جزئية في تحديد الوظائف المناسبة لكل مبدأ على حدى، ولاسيما مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية مجال الدراسة.

الدراسات السابقة

بالرغم من تناول عدد لا بأس به من البحوث والدراسات، لمادة الصفقات العمومية بصفة عامة إلا أنها تبقى ضئيلة جدا مقارنة بأهمية ومكانة الصفقات العمومية. سواء من حيث الجانب الاقتصادي و/أو الاجتماعي و/أو الثقافي... إلخ وما يلاحظ على هذه البحوث والدراسات السابقة في مجملها أنها تنقسم إلى بحوث مخصصة للبحث في جرائم الصفقات العمومية، وأخرى متعلقة بمنازعات الصفقات العمومية، والقليل منها متعلق بالجانب الإجرائي والتنظيمي لمادة الصفقات العمومية. وهو ما يدفع الباحث للبحث في مصادر أخرى كالآراء القانونية الصادرة عن قسم الصفقات العمومية لدى وزارة المالية، والتي تعد في مجملها إجابات حول استفسارات في الجانب الإجرائي لمرحلة إعداد الصفقات أو إيرامها أو تنفيذها. أما بخصوص السوابق القضائية فلا تشير بصفة واضحة وصريحة إلى تعريف مبادئ الصفقات العمومية أو إلى تحديد آثارها، أو حتى الإشارة إلى العلاقة فيما بينهم فجل الأحكام الصادرة تتعلق بالشق الجزائي فقط.

أما بخصوص الأبحاث والأحكام القضائية لدى الفقه المقارن وبالخصوص الفرنسية، والتي تطرقت بعض الأبحاث والأحكام القضائية منها على المستوى الداخلي-أي الفرنسي- والمحاكم

الأوروبية، الإشارة إلى مبادئ الصفقات العمومية من حيث وظائفها وآثارها. إلا أننا وجدنا صعوبة في الحصول عليها وبمساعدة الأصدقاء والأساتذة تحصلنا على جزء قليل منها تم اعتمادها كمراجع ضمن هذه الرسالة.

الهدف من الدراسة وأسباب اختيار الموضوع

يمثل الاعتراف بمبادئ الصفقات العمومية نظاما قانونيا مطبقا على مفهوم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ويعطي معنى دقيق لمفهوم عقود الصفقات العمومية. من حيث ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. وفي جانب المنازعات التعاقدية تساهم في حل النزاع المطروح بين أطراف العقد عندما تكون النصوص القانونية غير دقيقة وواضحة.¹ لذلك، فهي ذات أهمية أساسية في تطوير قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وفي فرض عقوبات عند خرق هذه المبادئ أو أحدها.

إلا أن تكريس هذه المبادئ سرعان ما أحدث صعوبة باعتبارها كتلة واحدة. وفي هذا الشأن يتساءل GREGORY KALFLÈCHE حول تحديد الوظائف الخاصة والدقيقة لكل مبدأ على حدى؟ وكيفية فرض عقوبات على خرق مبدأ من بين المبادئ إذا لم يتم تحديده بتفاصيل كافية وواضحة؟²

وبمأن موضوع الدراسة يتعلق بمبدأ المساواة والذي يعد من بين أهم مبادئ الصفقات العمومية، والحلقة الوسط بينهم. تم اختيار هذا المبدأ كدراسة حالة لتحديد وظائفه الخاصة، والآثار والنتائج المترتبة على تطبيق هذه الوظائف في مجال الصفقات العمومية. وما يدعم هذا الاختيار الدور الأساسي لمبدأ المساواة، عندما تكون النصوص القانونية غائبة أو غير دقيقة. وبالتالي، فإن توضيح جوهرها أمر لا غنى عنه.

¹ بن بوزيد دغبار نورة، منازعات الصفقات العمومية، دفاثر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 15، جوان 2016.

² GREGORY KALFLÈCHE, Des marchés publics à la commande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Université de Panthéon-Assas(Paris II), France, Spécialité : Droit Soutenue le 14 décembre 2004, p. 69 et s.

بالإضافة إلى ذلك، التوجهات الجديدة لتطبيق سياسة الدولة والمتمثلة في إدماج المعايير الاجتماعية و/أو البيئية و/أو التنمية المستدامة، والذي يؤدي إلى زيادة في تعقيد الإشكاليات المتعلقة بغموض تطبيقات الوظائف الخاصة بكل مبدأ. ولاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين لأن توسيع نطاق هذه المعايير يواجه خاصية الجمود لدى مبدأ المساواة، مما أجبر المشرع بخرق مبدأ المساواة لاحتواء هذه المعايير وغيرها من الحالات. أما بالنسبة، لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وشفافية الإجراءات تمتاز بالمرونة في احتواء هذه المعايير.

وبالتالي، فإن استقرار مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية وتأثره بالتطور الدائم لقانون الصفقات العمومية يؤكد مثل هذا البحث الذي يجب تحديد إطاره.

مجال الدراسة

يتطلب أي بحث علمي، تحديد مجال البحث بغرض التعريف بعناصر الدراسة التي ستكون موضوع التحليلات والمقارنة اللاحقة، وذلك من خلال التطرق للإطار المفاهيمي لعناصر موضوع الدراسة(أ) ثم شرح مجال الدراسة(ب).

أ. الإطار المفاهيمي لعناصر موضوع الدراسة

ترتبط مبادئ الصفقات العمومية بحرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات. بفرع حديث ومحدد من القانون، والمتمثل في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.¹ لذلك من الضروري، تحديد عناصر مصطلحات عنوان الرسالة الموسومة بـ"تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر".

من خلال تعريف مصطلح "الصفقات العمومية" من أجل تصور نطاق مبدأ المساواة الذي هو موضوع الدراسة(1) ثم تحديد الأهداف المشمولة بهذا المبدأ والعلاقة الناشئة بينه وبين بقية المبادئ الأخرى، من حيث تحديد المرحلة الزمنية التي ينتج آثاره القانونية فيها.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

ثم التطرق لتحديد مصطلح "تطبيقات مبدأ المساواة" لأن هذا الأخير يتطلب إقامة موازنة بين معايير انتقاء العروض الموضوعة من قبل المصلحة المتعاقدة، وبين العرض المقدم من طرف المرشح المؤهل سلفا للدخول للمنافسة. كذلك لتحديد الجهات المساهمة في تطبيق مبدأ المساواة والمتمثلة في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، زيادة على المصلحة المتعاقدة وصولاً إلى نتائج وآثار هذا المبدأ على مستوى تنظيم الصفقات العمومية(2).

1. مفهوم الصفقات العمومية

1.1 للوصول إلى مفهوم دقيق للصفقات العمومية، لابد من التطرق إلى معرفة معاني ألفاظ "الصفقة العمومية"، ذكرت كلمة "الصفقات" بدون اقترانها بلفظ "العمومية" في مواضع محصورة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247،¹ لاسيما المادة 4 منه حيث جاء فيها: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة:..."، وهي تعني عقود معينة تبرمها الأشخاص المعنوية العامة التي أتى ذكرها في هذا النص وفق شروط خاضعة لأحكام هذا المرسوم.

أما كلمة "العمومية" فهي كل ما يتصل بالدولة من مصالح، أموال، أشغال،... إلخ.

وعليه فإن الكلمة المركبة "الصفقة العمومية" فهي تعني نوعاً من أنواع العقود الإدارية الذي يعتبر أهم أطرافه جهة عمومية تستعمل أموالاً عامة لغرض مصلحة عامة.²

2.1 المدلول القانوني للصفقات العمومية: لقد فشل كل من الفقه والقضاء في تعريف الصفقات العمومية تعريفاً دقيقاً، نظراً للخصوصية التي يتميز بها هذا النوع من العقود الإدارية، وكذلك تعقيد المنظومة القانونية التي تخضع لها عملية إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وعدم استقرارها. بحيث لا يكاد يمر وقت حتى يبادر المشرع بتعديل وتنظيم النصوص المتعلقة بتنظيم هذا العقد، فتتغير بذلك معالم وحدود تطبيق نظام الصفقات العمومية، فيتوسع المعيار العضوي ويضيقه أحياناً، وكذلك الأمر بالنسبة، للمعيار

¹ أنظر المواد، 12، 24، 27، 34، 35، 36، 37، 40،...، المرسوم الرئاسي 15-247.

² المادة 02، المرسوم الرئاسي 15-247.

الموضوعي والمعياري المالي.¹ وعلى هذا النحو، يصعب تحديد تعريف دقيق للصفقات العمومية.

بناء على ما سبق، فإن أحسن تعريف يمكن اعتماده هو تعريف المشرّع الوارد في نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث جاء فيها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات." أي أن الصفقات العمومية هي العقود المبرمة بين السلطات المتعاقدة المحددة في المادة 04 من جهة، ومتعاملين اقتصاديين عموميين أو خواص من جهة ثانية، من أجل تلبية حاجياتها من اللوازم، الأشغال، الخدمات والدراسات. وذلك بمقابل نقدي.

2. تطبيقات مبدأ المساواة

1.2 مصطلح "مبدأ" تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم." وكذلك المادة 09 من قانون رقم 06-01: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية."² والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 18-199³: "دون الإخلال بأحكام المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، يجب أن يتم تفويض المرفق العام

¹ **عمراني مصطفى**، جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة - دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهري محمد، بشار، الجزائر، 2013-2014، ص 46.

² القانون رقم 06-01، بتاريخ 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل (ج.ر. 14، المؤرخة في 08 مارس 2006).

³ المرسوم التنفيذي رقم 18-199، بتاريخ 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام (ج ر 48، المؤرخة في 5 غشت 2018).

في إطار احترام مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية.¹

وهكذا يتم الاعتراف من المشرع، لكل من حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات على أنها مبادئ. ويشمل مصطلح "مبدأ" لغة: على أنه مصدر ميمي من الفعل بدأ يبدأ مبدأ. والمبدأ كل ما يحصل عنه وجود شيء آخر ويتقوم به. واصطلاحاً: هو فكر أساسي تبني عليه أفكار فرعية أخرى، فمثلاً يقول قائل: "الصدق مبدئي" فيقصد أن الصدق هو الأساس الذي يقيم عليه معاملاته.¹

ومنه نقول أساس قانوني بمعنى: القاعدة القانونية التي تشكل أساساً يرتكز عليه الحل القانوني للمسائل المعروضة.²

وفي المجال القانوني، يعبر عن "المبدأ": المصدر في الأولوية والأسبقية. وتعني "الأساسي": المصدر في الصلابة والاستقرار. وعندئذ، يمكن أن يفهم مصطلح "المبدأ الأساسي" على أنه له معنى مزدوج: أي الأصل والمنشأ. أما في القضاء المقارن، فقد استمدت هذه المبادئ قيمتها الدستورية منذ قرار المجلس الدستوري الفرنسي في 26 يونيو 2003، والذي يصنفها على أساس أنها مبادئ أساسية يجب على أطراف العقد احترامها.³

وفي سياق العمل الحالي، فإن الطبيعة القانونية للمساواة في معاملة المرشحين له صفة مبدأ ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، ولما كان الغرض من هذه الرسالة هو تحديد تطبيقات مبدأ المساواة فمن الضروري أيضاً تحديد ماهية مصطلح المساواة.

¹ يوسف خياط، معجم المصطلحات العلمية والفنية، دار لسان العرب، بيروت، سنة 1950، ص 55.

² محمد شريط، عقود الصفقات العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر-1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، السنة الجامعية، 2016-2017، ص 32.

³ يستعمل مجلس الدولة الفرنسي، صراحة في بعض قراراته صيغة "المبادئ الأساسية للطلبات العمومية". إلا أن المشرع الفرنسي لا يستخدم صفة "الأساسية" عندما يشير إلى المبادئ. وهو ما نلاحظه كذلك لدى المشرع الجزائري من خلال المادة 05 من

المرسوم الرئاسي 15-247. أنظر، MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit , p 37.

2.2 المساواة في مجال الصفقات العمومية: المساواة محل البحث هي المساواة في معاملة المرشحين، أو ما يصطلح عليها المساواة القانونية وليست المساواة الفعلية.¹ والمساواة ذات مصدر قانوني تم النص عليها ضمن بقية المبادئ في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، ويقضي مبدأ المساواة بين المتعاملين المتعاقدين، أن لا تتطوي معايير اختيار العروض على طابع تمييزي. وبالتالي، فهو يعد ضمانا للمنافسة الحرة في الصفقات العمومية، كما يسعى لمعاملة الأشخاص الذين يوجدون في نفس المركز القانوني معاملة واحدة. وفي موضوع الحال، يتعين على المصلحة المتعاقدة معالجة ودراسة ملفات المتعهدين بصفة مماثلة، وفق نفس الإجراءات والأشكال التي حددها التنظيم الساري المفعول، بعيدا عن أي تمييز أو تفضيل لصالح مرشح دون الآخر، وهذا مهما كانت أهميتهم الاقتصادية.

وعليه، لا يمكن للإدارة تأسيس اختيارها على معايير لم يتم تحديدها من قبل عند دراسة الملفات. بل يكون المنح على أساس موضوعي وهذا ما جاء في المادة 09 من القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بها."²

ويحدث في بعض الأحيان، التمييز في المعاملة بين نفس المراكز والوضعيات المتماثلة لاعتبارات المصلحة العامة. أي تستعين المصلحة المتعاقدة في إطار تطبيق القانون بعدم المساواة لضمان المساواة بصفة تعويضية. وعليه عدم المساواة يأخذ شكلين، إما لضمان التعبير عن مبدأ المساواة، أو يكون تقنية لتنفيذ الصالح العام.³ وهذا يعني، أن المصلحة العامة هي أساس لكل

¹ اختل مبدأ المساواة عندما وضع أول إنسان سورا حول قطعة الأرض، وقال: "هذه الأرض لي". ثم صدقه الناس الذين من حوله، وهكذا ظهرت الملكية الخاصة، واستتبع ذلك ظهور التفاوت الطبقي بين الناس، وتسبب ذلك في قيام التنافس والصراع والعداوة، وانقلبت حياة الناس إلى بؤس، وانعدمت أسباب الطمأنينة والحرية والمساواة. أنظر، **عمراني مصطفى**، المرجع السابق، ص 46.

² القانون رقم 01-06، السالف الذكر.

³ الصالح العام أو المصلحة العامة هي فكرة تتسع لجميع مهمات الإدارة في الحفاظ على النظام القانوني، بتنظيمها للحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتسييرها للخدمات والممتلكات العامة. وبهذا المفهوم فهي فكرة جده واسعة وعامة، يصعب تحديدها أو حصرها في نشاطات محددة. أنظر، **عمراني مصطفى**، المرجع السابق، ص 50.

التمييزات، ولا يعد هذا الاستثناء وصمة عار بالنسبة لمبدأ المساواة، بل يضمن ويبرز قيمة مبدأ المساواة بحد ذاته، فالمراكز القانونية المختلفة تحكمها قواعد قانونية مختلفة. لكن تبقى هذه المراكز القانونية وليست مراكز فعلية. والمادة 53 واضحة بهذا الصدد من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة"¹. كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية، المالية والتجارية.

وبالتالي، فعدم المساواة بين المرشحين يكون هو الأساس الذي نستمد منه تخصيص الصفقات العمومية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، نظرا لقدراتها المحدودة بهدف حماية اليد العاملة الوطنية، والفئات المهمشة استنادا إلى مقتضيات النظام العام الاجتماعي والنظام العام الاقتصادي.² وهو ما يسعى إليه المشرع من خلال حث المصلحة المتعاقدة إلى الاستعمال الحسن للمال العام، وهو في حقيقة الأمر الجوهر الحقيقي لهذا الهدف. فمثلا، من حق المؤسسة المتوسطة والصغيرة الاستفادة من المال العام وهو ما سوف نتطرق له من خلال هذه الدراسة.

3.2 تطبيقات مبدأ المساواة: يقصد بمصطلح "تطبيقات مبدأ المساواة" في مفهوم هذا البحث بمعنى "وظائف مبدأ المساواة". وعليه سوف نعتمد تطابق المصطلحين "التطبيقات" و"الوظائف" ضمن سياق هذا البحث.³

1.3.2 مفهوم مصطلح الوظائف: تشير المفردات القانونية لمفهوم مصطلح الوظيفة إلى: مجموعة الأفعال التي يتم استدعاء عضو أو كيان للقيام بها من أجل هذه الخدمة وللتعمق أكثر في المفهوم القانوني لمصطلح الوظائف والتطبيقات نستعرض أبحاث

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر.

² عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تميم الإيرادات -دراسة حالة الرسم العقاري ورسم التطهير لبلدية بشار، مجلة المدير، المدرسة التحضيرية في العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، القليعة، الجزائر، العدد 06، جوان 2018.

³ يقال، طبق القانون: أنفذ أحكامه، بممارسة القانون بإخضاع كل حالة من الحالات لنص قانوني عام. ويقال أيضا: تطبيقات الإسلام: أي العمل به. يوسف خياط، المرجع السابق، ص 40.

GÉRARD TIMSIT و CHARLES EISENMANN حيث يميز المؤلفان بين مفهوم "وظيفة العضو" والذي يشير إلى النشاط نفسه، وإلى "وظيفة النتيجة" والتي تشير إلى النية المتبعة في ممارسة الوظيفة، والتي كانت موجودة قبل إنجاز الفعل، لأنه هو الذي يحدد هذا الإنجاز.¹

وعلى هذا الأساس، فمصطلح الوظائف أو التطبيقات تهدف إلى معنى مزدوج وهو "النتيجة والغرض من النشاط" وهي بالتالي مقسمة بين "الهدف" والمعنى "النهائي".

ومن هذا المنطلق، فإن المغزى القانوني لمصطلح الوظيفة يحمل مفهومين يرتبطان ارتباطاً جوهرياً، بمعنى مفهوم الوظيفة يميزه في المقام الأول هدف الوظيفة، أي طبيعة الآثار القانونية التي تنتجها هذه الوظيفة، إلا أنه لا يمكن تحديد هذه الآثار دون الرجوع إلى الهدف من الوظيفة.

2.3.2 وظائف مبدأ المساواة: غالباً ما يتم إستعاب مفهوم الوظيفة إلى العضو ونادراً ما يشار إلى المبدأ. وبمأن موضوع الدراسة يركز على وظائف مبدأ المساواة، فمن الضروري تحديد المقصود بمصطلح "وظيفة المبدأ" سبق وأن أشرنا أن مفهوم مصطلح المبدأ له معنى مزدوج أي الأصل والمنشأ. وبالتالي، له وظيفة معيارية ووظيفة هيكلية بمعنى: "أن المبدأ له طابع الاستقرار. بمعنى أنه يضمن التماسك بين المعايير المتفرقة ويمنحها الاستقرار والاستمرارية."²

وخلاصة ما سبق، فإن المفهوم القانوني لمصطلح "وظائف المبدأ في مجال الصفقات العمومية" أو "تطبيقات المبدأ في مجال الصفقات العمومية" تجعل من الممكن تقسيم المهام المشتركة لوظيفة أو تطبيقات المبدأ إلى وظيفتين. الوظيفة الأولى، تتمثل في نشاط المبدأ وقدرته على إنتاج القواعد التي تحدد طريقة وكيفية إعداد وإبرام وتنفيذ عقود الصفقات العمومية، ويتم استعاب هذا النشاط في وظيفة العضو ومثال ذلك الالتزام بالإعلان عن المنافسة. أما الوظيفة

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p. 134.

² Ibid, p. 138.

الثانية، تتمثل في أهداف فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ويمكن استيعابها في وظيفة النتيجة.

وبالتالي، فإن الغرض المحدد من خلال تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، تتجسد في نشاط مبدأ المساواة وقدرته على إنتاج القواعد التي تساهم في اختيار العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، بهدف الوصول إلى نتيجة تتمثل في ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

تحديد مجال الدراسة

بهدف التعمق النظري لدراسة موضوع تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية فمن الضروري استبعاد بعض المجالات من الدراسة (1)، وبغرض تأكيد البحث المتخصص لإبراز وظائف ونتائج مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، نستعرض المجالات المشمولة بالدراسة (2).

1. المجالات المستبعدة من الدراسة

يتم استبعاد في هذه الدراسة كل من المساواة الفعلية، المساواة الاجتماعية، السياسية... الخ، كذلك لا يتم التطرق لوظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وشفافية الإجراءات. بالإضافة، لإجراءات التقاضي وشروط رفع الدعوى. وبمأن مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية ينتج آثاره في المرحلة الأولى والثانية، يتم استبعاد المرحلة الثالثة من الصفقات العمومية. للإشارة، بالرغم من كون هذه المجالات مستبعدة من مجال الدراسة ومع ذلك يمكن أحيانا تعبئتها والاستدلال بها.

2. المجالات المشمولة بالدراسة

بغرض تحديد الوحدة الوظيفية لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، والوظائف المشتركة مع بقية المبادئ الأخرى، بهدف ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

- نحدد المرحلة الأولى والثانية لمراحل الصفقات العمومية كمجال زمني لدراسة وظائف مبدأ المساواة، لأن هذا الأخير يكون قد استنفذ جميع آثاره مع بداية الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية.
- نقصد بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، المساواة في معاملة المرشحين كما هو وارد في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- نتناول بالدراسة كذلك المجالات المعنية بوظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية مثال ذلك الوظيفة القانونية والاقتصادية لمبدأ المساواة، تحديد واختيار معايير انتقاء العروض بالإضافة لتأهيل المرشحين...إلخ.

إشكالية الدراسة

إن عدم وجود تحديد خاص لوظائف مبادئ الصفقات العمومية ضمن المجموعة التي تشكلها، يؤدي بالضرورة إلى صعوبة في تحديد وظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. وعليه، فإن التصدي لهذه الإشكالية تساهم في إبراز القيمة العلمية المضافة للأطروحة الحالي. والمتمثلة في تحديد الوظائف المناسبة لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، ولبقية المبادئ الأخرى.

وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية المطروحة في هذا الشأن: هل من الممكن تحديد الوظائف الخاصة لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية؟ وما هي الآلية القانونية المساعدة في ذلك؟

تبرير إشكالية الدراسة

بغرض تبرير إشكالية الدراسة، وعرض الأسئلة المتفرعة عنها تشير الدراسة المقدمة من طرف NICOLAS BOULOUIS بأن تصنيف المبادئ ومصادرها ليست "من نفس الجوهر". ويقول في هذا الخصوص: "المبادئ الأساسية للطلبات العمومية ليس لديهم نفس الجوهر، ويمكن تفسير هذا الاختلاف في الجوهر بوقت مؤقت متميز، بغرض تحقيق أهداف محددة لكل منهما. ولذلك

يجب البحث على مفتاح جديد لتحديد وظائف مبادئ الصفقات العمومية، والتي ستجعل من الممكن التمييز بين الوظائف المناسبة في مجملها.¹

هذه الآلية والتي تتبع من التسلسل الزمني لمراحل تنفيذ الصفقة العمومية، يمكن اعتمادها كأساس لتحديد صياغة وظائف المبادئ حسب مراحل تنفيذ الصفقة العمومية.

ويربط هذه الآلية بأعمال GÉRARD TIMSIT و CHARLES EISENMANN الخاصة بمفهوم مصطلح "وظائف المبدأ" يتعلق السؤال بتعريف الأهداف الوظيفية و/أو الوظائف النهائية لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. وبالتالي، فإن الغرض من هذه الدراسة هو العمل على الوظائف الأساسية لمبدأ المساواة، لأنها المنتجات والأفعال المراد تحديدها. وبالاعتماد على النهج النهائي لوظائف مبدأ المساواة أو ما يصطلح عليه بآثار المبدأ. يمكن تحديد الوظائف الموضوعية والأهداف المحددة للمبدأ. وبالتالي، تخصيص للمبدأ وظائفه الخاصة دون سواه ضمن الترابط والتكامل الوظيفي المشكل فيما بين مبادئ الصفقات العمومية.²

هذا التقسيم الزمني، بالمقارنة مع الواقع القانوني يشكل مفتاح قراءة جديدة تفيد في تحديد الوظائف المناسبة لكل مبدأ، ويجعل من الممكن تحديد الأهداف المشتركة، والعلاقة القانونية بين مبادئ الصفقات العمومية. وبالاعتماد على تخصيص لكل مبدأ مرحلة زمنية خاصة به، ينتج آثاره ووظائفه فيها، كما يساهم مستقبلا في حل عدة إشكاليات قانونية، لاسيما تطبيق آلية الأثر الرجعي للمبادئ، ويؤدي تفرد وظائف المبادئ بشكل خاص إلى دقة التعبير عن كل مبدأ. كما يقدم هذا الوضوح بشكل خاص، إمكانية تنظيم بعض قواعد الطلبات العمومية المرتبطة حتى الآن، كحالة تعديل البنود التعاقدية قبل توقيع الصفقة العمومية. والتي تعاني من عدم الدقة القانونية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، أو تلك التي سبقته.

وفي الأخير، يعمل هذا البحث على إثارة مسألة ذات فائدة قانونية. من حيث تواجد مصلحة حقيقية في تحديد الوظائف الخاصة بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. بحيث يسهل

¹ FREDERIC LINDITCH, Les principes fondamentaux de la commande publique, Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 2007, p. 23.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p. 150

مجال البحث في تخصيص وظائف خاصة أخرى ببقية المبادئ والمتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية وشفافية الإجراءات.

منهج الدراسة

تتطلب منا دراسة موضوع "تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية" تحديد الوظائف الخاصة بمبدأ المساواة، وإمكانية ربطها بالآثار المترتبة على اعتماد هذه الوظائف.

هذا التصور في العمل، يضع الباحث في مواجهة إشكالية البحث عن المنهج الملائم والمساعد لتجسيد هذا التصور العملي. من حيث عدم وجود نص قانوني، أو حكم قضائي أو بحث علمي سابق يكشف عن وجود وظائف محددة لكل مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية.

وفي سياق هذه الرسالة، ولتفادي هذه الإشكاليات المعروضة، نعتمد على المنهج التحليلي والذي يتيح لنا إمكانية متابعة المراحل العملية التي تمر بها الصفقة العمومية. عن طريق الرصد والملاحظة العلمية، بغرض الحصول على أدلة قانونية تفيد تحديد الوظائف المناسبة لمبادئ الصفقات العمومية وبالخصوص مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

ومن هذا المنطلق، تفيد المرحلة الأولى من المنهج التحليلي في الاعتماد على فكرة متابعة وتحليل التقسيم الزمني لمراحل تجسيد الصفقة العمومية، والمشار إليها ضمن المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247: "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم." وتخصيص لكل مرحلة المبدأ أو المبادئ المناسبة لها. لذلك تستدعي الضرورة الاستعانة كذلك، بالمنهج الوصفي لإجراء دراسة وصفية لإجراءات تطبيق مبدأ المساواة ووضعها ضمن الحيز القانوني لها. وكذا المنهج المقارن للمقارنة بين القوانين الداخلية و/أو القوانين والفقهاء المقارن، بالإضافة للمنهج التاريخي.

وفي المرحلة الثانية من اعتماد المنهج التحليلي، يجعل من الممكن ربط الأهداف الزمنية والدقيقة الخاصة بالمبدأ الموافق لها. وعلى هذا الأساس، يمكن تحديد وظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية وإمكانية ربطها بالآثار والنتائج المترتبة على اعتماد هذه الوظائف.

خطة الدراسة

تكشف نتائج هذه الدراسة، وبالاعتماد على المنهج المعتمد عن وجود عنصر أساسي يتم الاعتماد عليه لتحديد وظائف مبادئ الصفقات العمومية. وبالخصوص، مبدأ المساواة والمتمثل في المراحل الزمنية لتجسيد الصفة العمومية. كما تكشف هذه الدراسة، عن وجود توافق بين الغايات المحددة لكل مبدأ والمنهج الزمني لقانون الصفقات العمومية. ومن خلال تحليل وقت بداية تنفيذ وظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، والمتمثلة في تحديد وتنفيذ انتقاء العروض ثم تأهيل المرشحين والمتعهدين، ولأن الأصل في المساواة القيام بموازنة بين معايير انتقاء العروض الموضوعة من قبل المصلحة المتعاقدة وعروض المرشحين. وجب إسناد هذه المهام للجنة خاصة يتم إسناد أعمالها وتأطير مهامها من طرف مبدأ المساواة (الباب الأول).

ومن خلال النهاية الزمنية لمبدأ المساواة بالإضافة إلى الوظيفة النهائية المسندة إليه، يمكن تحديد الآثار والنتائج المترتبة على تطبيق مبدأ المساواة، من خلال التطرق لمبررات خرق هذا المبدأ المهم في مجال الصفقات العمومية. بالإضافة إلى أن هذا التصور الزمني لوظائف مبدأ المساواة يفيد بشكل خاص إمكانية تنظيم بعض الإشكاليات العملية. وفي الأخير وبالإشتراك مع بقية المبادئ الأخرى، يعمل على تعزيز فعالية الطلبات العمومية وحماية المال العام (الباب الثاني).

الباب الأول: تأصيل وتحديد وظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

الباب الثاني: آثار ونتائج تطبيق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

لم تعد مبادئ الطلبات العمومية تتمحور فقط في حماية الأهداف التقليدية للمصلحة المتعاقدة، بل أصبحت تنتهج أهداف جديدة ضمن السياسة العامة للدولة. وعليه كان يُنظر دائما للاستعمال الحسن للمال العام وفعالية الطلبات العمومية باعتبارهما أهداف تقليدية، تتمثل في حماية المصلحة المتعاقدة. إلا أن التوجهات الجديدة للسياسة العامة للدولة، وسّع من الدور الرئيسي لقانون الصفقات العمومية. من خلال الفهم الجيد والتطبيق الحسن لمبادئ الصفقات العمومية. وبالتالي، أصبح لمفهوم عقود الطلبات العمومية بهذا المفهوم نطاق أوسع، ينبغي على المصلحة المتعاقدة بلوغه. وأصبح بإمكان هذه التوجهات الجديدة أن تثري الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية، وعلى رأسها مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

هذا التصور، أدى من جهة، إلى غياب تحديد الوظائف الخاصة لمبادئ الصفقات العمومية، ولاسيما مبدأ المساواة موضوع الدراسة. ومن جهة ثانية، يفرض الواقع العملي لتجسيد الصفقات العمومية، على جميع المتدخلين في إعداد و/أو إبرام و/أو تنفيذ و/أو مراقبة الصفقة العمومية، وحتى أصحاب القرار والسياسيين إلى ضرورة الفهم الصحيح للوظائف المشتركة والخاصة لمبادئ الصفقات العمومية.

ولإبراز هذه الحتمية الضرورية، وجب البحث في الطابع الزمني لتكوين العقود وتنفيذها، وتزداد هذه الفكرة وضوحا في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (الفصل الأول).

ومن خلال إجراء مقارنة بالمراسيم الرئاسية السابقة المتضمنة تنظيم الصفقات العمومية، يمكننا اعتبار المرسوم الرئاسي 15-247، ساهم في التخفيف من حدة إجراءات تقييم العروض. وذلك بإيجاد ضمانات تحقق توازن أفضل بين إجراءات تقييم العروض، والبراهماتية في اختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية. بالإضافة، للتنظيم الجيد لمهام المصلحة المتعاقدة. ومن جهة أخرى، إلزام هذه الأخيرة بالتطبيق القانوني الصارم لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، خلال هذه المرحلة الحساسة من مراحل الصفقة العمومية. كل هذه الأهداف المخصصة لمرحلة خاصة بتجسيد الصفقة العمومية تبرز الوظائف الخاصة لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية (الفصل الثاني).

من أجل التأكد من وجود أهداف مشتركة، ووحدة وظيفية بين مبادئ الصفقات العمومية، والذي ينبع أساسها من التطور التدريجي لتنظيم الصفقات العمومية، والذي يحتضن الآن أهداف أوسع نطاق من تلك الأهداف التقليدية. والتي تشير مباشرة إلى الاهتمام بحماية المصالح المالية للمصلحة المتعاقدة. ومع ذلك، فإن تنفيذ التوجيهات الجديدة في إبرام الصفقات العمومية يلزم المشرع بضمان حرية وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للطلبات العمومية، بالإضافة إلى إدراج الأهداف الاجتماعية والبيئية. مع الأخذ في الاعتبار أن هذه التوجيهات الجديدة لا تثير أي إشكال عندما يتعلق الأمر بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية. ومن ناحية، يبدو من الصعب دمجها كمعايير في تقييم العروض، على مستوى تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين (المبحث الأول).

يمثل إدماج المبادئ في الصفقات العمومية نقلة نوعية، نظراً لما تتضمنه من أهداف مختلفة بما يساهم في تعزيز ضمان فعالية الطلبات العمومية، من حيث الجودة والكفاءة والسماح للمتنافسين في الإبداع والابتكار، مما يؤدي إلى فتح مجال المنافسة بين جميع المرشحين، وإتاحة مساحة لمؤسسات جديدة لتزويد من كفاءة الإبداع، بالإضافة للاستعمال الحسن للمال العام. تحت إطار حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات. إلا أن هذا الأمر كما توصي الدراسات والبحوث العلمية، يعتمد بشكل أساسي على التطبيق الصارم لتلك المبادئ بصفة مجتمعة في شكل وحدة وظيفية متكاملة فيما بينها، وكمجموعة متجانسة غير قابلة للانفصال. لذلك فإن السؤال المطروح هل من الممكن تحديد وظائف خاصة لكل مبدأ ضمن المجموعة التي يشكلها؟ ولعل الإجابة تكمن في البحث في عناصر التقسيم الزمني لمراحل تجسيد الصفقة العمومية والمتمثلة في الإعداد؛ الإبرام؛ التنفيذ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية

نسعى من خلال هذا المبحث، البحث في مضمون وآلية عمل مبادئ الطلبات العمومية، باعتبارها تسعى إلى تحقيق أهداف مشتركة فيما بينها، والمتمثلة في ضمان فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. والتي تشير مباشرة إلى الاهتمام بحماية المصالح المالية للمصلحة المتعاقدة. ومع ذلك، فإن تنفيذ التوجيهات الجديدة في إبرام الصفقات العمومية يبرز القيمة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية لعقود الطلبات العمومية. هذه الأخيرة لها تأثير على وظائف مبادئ الصفقات العمومية، خاصة فيما يتعلق بالبحث عن التوازن بين حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين، والتي يبدو من الصعب دمجها كمعايير في مرحلة تقييم العروض، وهو ما يؤثر على تطبيقات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

ومن هذا المنطلق، لم تعد الطلبات العمومية تتمحور فقط في الأهداف التقليدية (المطلب الأول)، بل أصبحت تنتهج أهداف جديدة ضمن السياسة العامة للدولة، وعليه كان يُنظر دائما للاستعمال الحسن للمال العام، وفعالية الطلبات العمومية باعتبارها أهداف تقليدية، تتمثل في حماية المصلحة المتعاقدة. إلا أن التوجهات الجديدة للسياسة العامة للدولة، وسّعت من الدور الرئيسي لقانون الصفقات العمومية. وأصبح لمفهوم عقود الطلبات العمومية نطاق أوسع، ينبغي على المصلحة المتعاقدة بلوغه (المطلب الثاني). وأصبح بإمكان هذه التوجهات الجديدة أن تثرى الأهداف المشتركة للمبادئ الأساسية للطلبات العمومية، وتتكيف مع الآثار المحددة لكل مبدأ.

المطلب الأول: الأهداف التقليدية لمبادئ الصفقات العمومية

تولد الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية، في إطار تحقيق فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. وقد تم تحقيق احترام هذه الأهداف، من خلال إنشاء إجراءات محددة لإبرام الصفقة العمومية، مما يسمح بتوجيه الإدارة في اختيار الطرف المتعاقد معها. وقد ركزت في البداية على حماية مصلحة العمل الإداري، من خلال حماية المال العام. ثم تطورت هذه الأهداف في ظل الأزمة الاقتصادية، لتتحول إلى منطق اقتصادي يهدف إلى ضمان فعالية الطلبات العمومية.

وقبل الحديث عن تبني الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية، وجب التطرق لمراحل تبني المشرع لمبادئ الصفقات العمومية، وتكريس مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة، سواء بالنسبة للمشرع الجزائري وكذلك المشرع الفرنسي (الفرع الأول).

ثم نتناول بالتحليل الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية، والمتمثلة في الأهداف التقليدية المرصودة لحماية مصالح المصلحة المتعاقدة، ثم الأهداف المشتركة لفعالية الطلبات العمومية، والذي ظهر وتطور بشكل أكبر من خلال ظهور آليات مكافحة الفساد (الفرع الثاني).

ولأن مضمون وآلية عمل مبادئ الصفقات العمومية باعتبارها وحدة متكاملة، تسعى إلى تحقيق أهداف مشتركة فيما بينها. والمتمثلة في ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. وفي سبيل تحقيق هذا الغرض نسعى للتأكد من وجود هذه الوحدة الوظيفية، من خلال البحث في وجود ارتباط بين هدف واحد أو أكثر مع أحد هذه المبادئ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تأصيل مبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على مبادئ الصفقات العمومية، في الوهلة الأولى ضمن أول تشريع منظم للصفقات العمومية، وهو الأمر الذي ينطبق على بقية المشرعين. وللبحث في الموضوع أكثر، نتطرق لمراحل تكريس هذه المبادئ ضمن مرحلتين. مرحلة ما قبل التكريس الفعلي للمبادئ، ومرحلة التكريس الفعلي للمبادئ (البند الأول). ثم التطرق لتعريف مبادئ الصفقات العمومية (البند الثاني).

وبمأن موضوع الدراسة ينحصر في مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، تم تخصيص (البند الثالث) لتحليل تكريس مبدأ المساواة ضمن تنظيم الصفقات العمومية، خاصة لدى القضاء والفقهاء الفرنسيين.

البند الأول: مراحل تكريس مبادئ الصفقات العمومية

مرت مراحل تبني مبادئ الصفقات العمومية بشكلها الحالي في التشريع الجزائري إلى مرحلتين. مرحلة ما قبل التكريس الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية، ولعل أبرز محطة في هذه المرحلة هي مرحلة ما قبل الاشتراكية وما بعدها (أ)، ثم مرحلة التبني الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية ضمن المراسيم الرئاسية المنظمة للصفقات العمومية (ب).

أ. مرحلة ما قبل التكريس الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية

يمكن تقسيم هذه المرحلة إلى فترتين. تمتد الفترة الأولى من 1964 إلى غاية 1988 والتي تشمل مرحلة تبني النظام الاشتراكي (1) والفترة الثانية الممتدة من 1989 إلى غاية 2002، والمعبر عنها بمرحلة ما بعد النظام الاشتراكي (2).

1. مرحلة النظام الاشتراكي

إن أول نص صدر في مجال تنظيم الصفقات العمومية، هو المرسوم رقم 64-103¹ المؤرخ في 26 مارس 1964، والمتضمن إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية، التي كانت لها صلاحيات في مجال الشؤون القانونية، وفي إجراءات إنجاز الصفقات العمومية، كما صدر في نفس السنة قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة،² في هذه المرحلة لم يتم الإشارة صراحة إلى مبادئ الصفقات العمومية. وبغرض سد الثغرات الموجودة في

¹ المرسوم رقم 64-103، بتاريخ 26 مارس 1964، يتضمن تنظيم اللجنة المركزية للصفقات، (ج.ر. 27، المؤرخة في 31 مارس 1964).

² هذا الدفتر لا يزال يعتبر مرجعا قانونينا إلى يومنا هذا، في مجال إبرام الصفقات العمومية وتنفيذها، قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، (ج.ر. 6، المؤرخة في 19 جانفي 1965).

ذلك المجال، تم إصدار نص خاص بالصفقات العمومية وهو الأمر رقم 67-90¹ المؤرخ في 17 يوليو 1967، والمتضمن قانون الصفقات العمومية، والتعديلات التي تلتها عدة مرات، في السنوات 1971، 1972، 1974، 1976. تجدر الإشارة إلا أن كل هذه التعديلات، لم تأتي على ذكر مبادئ الصفقات العمومية، وإن كانت في جوهرها جاءت لتعبر عن جملة من المواقف السياسية، والاقتصادية والاجتماعية والتي جاءت من أجل حماية الاقتصاد والإنتاج الوطني، والتي كانت تهدف في أساسها إلى تعزيز المساواة، وحرية المنافسة.²

أما المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي،³ والتعديلات التي تلتها 1983، 1984، 1986، 1988. لم نلمس في هذا الأخير وتعديلاته ذكر للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية.

2. مرحلة ما بعد النظام الاشتراكي

بعد صدور دستور 1989⁴، والذي جسد مرحلة تطور العلاقة بين قانوني المنافسة وتنظيم الصفقات العمومية، كما أحدث تغييرا متمثلا في الانتقال من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي، وأنشأ أوضاع جديدة والمتمثلة في إعادة النظر في دور الدولة، والمتمثل في تحررها من المجال الاقتصادي، وتفرغها لنشاطات أكثر حيوية. وفي هذا الاتجاه صدر المرسوم التنفيذي رقم 91-434⁵ المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والذي جاء بدوره ليجسد هذا الاتجاه، فكانت أهم تعديلاته:

¹ الأمر رقم 67-90، بتاريخ 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية ملغى، (ج ر 52)، المؤرخة في 27 يونيو 1967).

² لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، 2007، ص 5-6.

³ المرسوم رقم 82-145، بتاريخ 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ملغى، (ج ر 15)، المؤرخة في 13 أبريل 1982).

⁴ دستور 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، بتاريخ 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه باستفتاء 23 فبراير 1989، (ج ر 09)، المؤرخة في 01 مارس 1989) الملغى.

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 91-434، بتاريخ 09 نوفمبر سنة 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ملغى، (ج ر 57)، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991).

تحقيق المساواة ببين القطاع العام والخاص وإلغاء نظام الاحتكار.

ترسيخ قاعدة المنافسة.

إعطاء المصلحة المتعاقدة الحرية في تحديد معايير وشروط اختيار أفضل للمتعامل.

تعزيز مبدأ الشفافية من خلال إقرار أنواع مختلفة من الرقابة.

بالرغم من كل هذه التعديلات إلى أن هذا المرسوم هو الآخر لم يقر صراحة بالمبادئ

الأساسية للصفقات العمومية، والتعديلات التي تلتها 1994، 1996، 1998.¹

المرسوم الرئاسي رقم 02-250² بتاريخ 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات

العمومية، جاء هذا الأخير هو الآخر استجابة لظروف اقتصادية وسياسية واجتماعية فكانت من

بين تعديلاته:

- البحث عن أكبر شفافية ومنافسة.

- حماية المتعامل المتعاقد.

- الاستعمال الأمثل للأموال العمومية.

ب. مرحلة التكريس الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية

تم التكريس الفعلي للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية في المادة 02 مكرر من المرسوم

الرئاسي 08-338³، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 02-250، كالتالي: " لضمان نجاعة

الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية

الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام

أحكام هذا المرسوم."

¹ لوز رياض، المرجع السابق، ص 7.

² المرسوم الرئاسي رقم 02-250، بتاريخ 24 يوليو 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ملغى (ج ر 52)، المؤرخة في 28 جويلية 2002).

³ المرسوم الرئاسي رقم 08-338، بتاريخ 26 أكتوبر 2008، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 02-250، ملغى (ج ر 62)، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008).

المرسوم الرئاسي 10-236،¹ تم التأكيد على نفس المبادئ وفي نفس المادة 03، ووردت هي الأخرى كالتالي: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

ما يشار إليه، بهذا الخصوص أن المشرع استدرك الخطأ اللغوي، والمعنوي الوارد في المادة فأصبح صياغة المادة كالتالي: "... يجب أن تراعى في الصفقات العمومية..." بدل "... يجب أن تراعى الصفقات العمومية..." وهو تأكيد صريح من المشرع على الأخذ بمبادئ الصفقات العمومية.²

المرسوم الرئاسي 15-247، نص على نفس المبادئ بنفس الصياغة في مادته الخامسة.³

¹ المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ملغى (ج.ر. 58، المؤرخة في 7 أكتوبر 2010).

² لشرح هذا الاستدراك اللغوي نرجع لعلماء اللغة العربية حيث قسموا الحروف حسب حواس الإنسان كالتالي:

- الحروف للمسية (ت.ث.ذ.د.ك.م.)

- الحروف الذوقية (ر.ل.)

- الحروف السمعية (ز.ق.)

- الحروف الشعورية غير الحلقية (ص.ض.ن.)

- الحروف الشعورية الحلقية (خ.ح.ه.ع.)

- الحروف البصرية (أ.ب.ج.س.ش.ط.ظ.غ.ف.و.ي). أنظر، حسن عباس، خصائص الحروف العربية ومعانيها -دراسة-، منشورات اتحاد الكتاب العرب، ط1، سنة 1998، ص، 50. من خلال هذا التقسيم نرى بأن حرف الفاء من الحرف البصرية، وهو ما يؤكد بأن المشرع حريص على التطبيق الفعلي للمبادئ في مجال الصفقات العمومية، فقد عبر عنها باستعمال حرف من الحروف البصرية. وهو ما يدعم قولنا بأن المشرع يلزم المصلحة المتعاقدة بالتطبيق الصارم للمبادئ لدرجة أن الملاحظ يرى بحاسته البصرية تطبيق هذه المبادئ.

³ المادة 05، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

البند الثاني: تعريف مبادئ الصفقات العمومية

بعدما تم التطرق لتكريس مبادئ الصفقات العمومية سواء في مرحلة ما قبل الاشتراكية وما بعدها، ثم مرحلة التبني الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية ضمن المراسيم الرئاسية المنظمة للصفقات العمومية.

نخصص هذا البند لتعريف مبادئ الصفقات العمومية كما هو وارد ضمن المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية (أ)، ثم شفافية الإجراءات (ب). أما بالنسبة لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين تم التطرق له ضمن مقدمة هذه الدراسة، وهذا تفاديا للتكرار.

أ. مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

يندرج مبدأ حرية الدخول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين تحت مبدئين عامين هما: مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة.¹ وهو ما يتيح للمصلحة المتعاقدة استقطاب أكبر قدر ممكن من المتنافسين، ولن يتأتى هذا إلا عن طريق فتح المجال أما جميع العارضين للمشاركة في تلبية الطلب العمومي كمبدأ عام. وبالتالي، اختيار المتعامل الأفضل والكفاء بما يضمن معه الاستعمال الحسن للمال العام وفعالية الطلبات العمومية.

إلا أن حرية الدخول إلى مجال الطلبات العمومية هي حرية مقيدة بعدم مخالفة المتعامل الاقتصادي للتشريع والتنظيم المتعلق بالجباية والأهلية القانونية بمفهوم القانون التجاري، مع الأخذ بعين الاعتبار القدرة المالية والتقنية والمهنية للمتعامل الاقتصادي.²

¹ محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص 75.

² نرجس الدباجة، الصفقات العمومية المحجوزة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع، قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2013-2014، ص 132.

إن الالتزام بهذه الشروط لدخول الطلب العمومي من شأنه خلق الشفافية بين المؤسسات، وتحقيق مبدأ الاستعمال الحسن للمال العام عن طريق المقارنة والأخذ بالصفقة الأكثر ملائمة من الناحية الاقتصادية مراعاة لمعادلة نوعية/ثمن، وهذا يعني أن الصفقة لا تمنح بالضرورة للمتعامل الذي يقدم أقل سعر، وهذا يخدم مبدأ الشراء الدائم.¹

كما يقضي هذا المبدأ الهام في نطاق إجراءات العروض، إفساح المجال لجميع الأفراد والأشخاص الذين يهمهم أمر العقد، والذين تتحقق فيهم وتطبق عليهم شروط الصفقة.²

وعلى هذا الأساس، لا يجوز للمصلحة المتعاقدة منع أي متنافس استوفى كافة الشروط المطلوبة لدخوله المنافسة، وليس لها أي سلطة تقديرية لرفض عرضه. ما لم يراعي هذا الأخير الضوابط الضرورية لدخوله المنافسة.

ب. مبدأ شفافية الإجراءات

يعد مبدأ شفافية الإجراءات من بين أهم المبادئ، الذي من خلاله يمكن للإدارة استعادة ثقة المتعاملين معها من خلال عدم التخصيص والتفضيل والتمييز بين المتعاملين، وكذلك فتح المجال لكل الراغبين في الترشح للتعاقد معها، ومعاملتهم على قدم المساواة فمبدأ الشفافية هو الوسيلة التي من خلالها يمكن الوصول إلى تحقيق المبادئ الأخرى، والمتمثلة في مبدأ المساواة والمنافسة

¹ أما بالنسبة للمعيار المالي فقد تولد مسبقا وعرفا لدى المتعامل الاقتصادي أن معيار السعر هو معيار حاسم. أما بالنسبة للمعايير التقنية ما هي إلا عملية إدارية ترمي إلى ترتيب وتنظيم العروض وفق ترتيب تقني معين ليس الهدف منه الاختيار المباشر. ولتفادي هذه الإشكالية أي الاختيار على أساس الثمن الأقل والحقيقي ويتم اللجوء إلى إجراءات مثل طلب العروض للوصول إلى أسعار مطابقة لما هو موجود في السوق الدولية. أنظر، محمد خرفان، المرجع السابق، ص 82.

أما بالنسبة للأخذ بمعيار السعر الأقل أو الأدنى قد يكون له فائدة مالية إلى أن نتائج الأخذ بمعيار السعر الأدنى يضع قيمة الخدمات أو الأداءات في الصفقة المعتمز إبرامها محل شك وخطر. وهذا يتنافى ومبدأ نجاعة الطلبات العمومية وينعكس على الجودة وعلى هذا الأساس فإن الاقتصاديات الحرة تجعل من السوق هو المحدد الوحيد للسعر وسط منافسة. نفس المرجع، ص 83.

² فريد كركادن، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013.

الحرّة، من خلال جعل الأمور واضحة وغير مبهمة منذ الوهلة الأولى بالنسبة للمتعاقدين، وبالتالي التقليل من تسلط الإدارة.¹

وعلى هذا الأساس، لا يتحقق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية إلا بإضفاء الشفافية في تعاملات المصلحة المتعاقدة، تدعيماً لحرية المنافسة بين أكبر عدد ممكن من الممتهين للنشاط موضوع الصفقة، فلا يكون التعاقد حكراً على شخص أو أشخاص محددين بذواتهم.² وشفافية تعاملات المصلحة المتعاقدة الضامنة لحرية الوصول للطلبات العمومية يمكن أن تتعلق بطرق إبرام الصفقات (طلب العروض هو الأصل والتراضي هو الاستثناء) أو إجراءات إبرامها (الإعلان والذي يفسح الفرص لعدد كبير من العارضين بتقديم عروضهم، والولوج للمنافسة على الصفقة مما يدعم المنافسة الحرّة).

البند الثالث: تكريس مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية

ترتبط مبادئ الصفقات العمومية بشكل جوهري في تكامل وظائفها بهدف تحقيق الأهداف المشتركة للطلبات العمومية، والمتمثلة في فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. غير أن تحليل نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، والتي سبقته، بالإضافة إلى الأبحاث العلمية في هذا الشأن، يكشفان عن عدم تحديد مفهوم ونطاق كل مبدأ، وبالرجوع للفقّه المقارن خاصة لدى بعض قرارات القاضي الإداري الفرنسي والتي تتضمن تحديد وظيفة ومفهوم كل مبدأ على حدى، خاصة ما تعلق منها بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. وبالتالي، يخضع القاضي الإداري الفرنسي لإسناده الأول اللجوء إلى مبدأ أكثر عمومية من شأنه توحيد مفهوم وظائف مبادئ الطلبات العمومية. وفي الواقع، يمكن السعي إلى تحقيق استقرار مفاهيمي ووظيفي من خلال ظهور مبدأ أساسي واحد، ووجود مثل هذا المبدأ مؤكّد في القانون العام، حيث تشير المحكمة الدستورية الفرنسية، في بعض قراراتها، إلى مبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية

¹ بهي لطيفة، آليات الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، 2014، قسنطينة، الجزائر، ص 193.

² زلماط سفيان، الإخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء إبرامها كركن من أركان جريمة المحاباة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2013-2014، ص 59.

أو مبدأ المساواة أمام الطلبات العمومية (أ). ومع ذلك، فإن استخدام مثل هذه المبادئ في تنظيم الصفقات العمومية صعب للغاية، بسبب عدم قابليته للمفهوم والتطبيق (ب).

أ. ظهور مبدأ عام للمساواة مرتبط بالطلبات العمومية

من خلال تكريس مبدأ أكثر دقة من مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وأوسع من المبادئ الثلاثة للطلبات العمومية، يقدم المجلس الدستوري الفرنسي فكرة اللجوء إلى مبدأ واحد يشمل جميع مبادئ الصفقات العمومية (1). ويدعم هذه الفكرة مجلس الدولة الفرنسي (2).¹

1. اكتشاف المبدأ من قبل القاضي الدستوري الفرنسي

في قرار بشأن قانون منع الفساد وشفافية الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، كان يشير القاضي الدستوري إلى هدف غير معروف حتى الآن، وهو مبدأ المساواة في الوصول إلى الطلبات العمومية.²

ويشدد المجلس الدستوري على أن هذا الهدف لن يؤدي على الأرجح إلى خرق مبدأ المساواة في الوظائف العامة، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يتطرق إلى تحديد وظائفه والآثار المترتبة عليه. والذي يبدو أنه مزيج من مبدأ المساواة والأهداف التشريعية للشفافية والمساواة في المعاملة. وفي قرار مؤرخ في 22 أوت 2002، تستخدم المحكمة الدستورية لأول مرة مبدأ "المساواة في الوصول للطلبات العمومية"، ثم يستخدمه بعد فترة وجيزة في قرار صدر في 29 أوت 2002.³

وهكذا يكشف المجلس الدستوري عن وجود مبدأ له قيمة دستورية أكثر تحديداً من مبدأ المساواة أمام القانون أو مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، والذي يستخدم لرقابة قرارات المصلحة المتعاقدة في منح الصفقات العمومية والتي من المحتمل أن تعيق المنافسة الشريفة، وحرية وصول

¹ LAURENT RICHER, Constitution, contrat et commande publique, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, N° 37, 2012, p.44: " il fait application en ce domaine de l'omniprésent principe d'égalité qui n'a rien de spécifique aux contrats ou aux contrats administratifs ."

² Ibid., p 47 : " la procédure de publicité préalable prévue à l'article 38 de la loi qui a précisément pour objet de favoriser un égal accès à l'octroi de délégations de service public n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ."

³ Ibid., p 48.

المرشحين إلى الطلبات العمومية. ينبع هذا المبدأ من المبدأ العام للمساواة، ومن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

وبعد استقراء القرارات الصادرة من المجلس الدستوري، خاصة بعد تاريخ 26 جويلية 2003، لم تعد المحكمة الدستورية تشير إلى مبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية، ولكنها تلجأ إلى مبدأ المساواة أمام الطلب العمومي. وبالتالي، فإنه تم استبدال مبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية بمبدأ المساواة في الطلبات العمومية.¹

2. تبني المبدأ من قبل قضاة العقد في الفقه الفرنسي

تبنى مجلس الدولة الفرنسي نفس المنطق الذي وضعه المجلس الدستوري في إدخال مفهوم "المساواة في الوصول للطلبات العمومية" في قانونها العام، وبالتالي وبعد قرار المحكمة الدستورية المؤرخ في 22 أوت 2002. ثم دمج مبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية في الفقه القانوني لمجلس الدولة الفرنسي. وبالتالي التخلي عن مصطلح المساواة في الوصول للطلبات العمومية، كما أشارت إليها المادة 1 من قانون الطلبات العمومية الفرنسي.²

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة يستخدم هذا المبدأ فقط بخصوص الإجراءات المتعلقة بمنح الصفقات العامة وتنظيمها. وبالتالي، يكشف تحليل السوابق القضائية الدستورية والعادية نشأت مبادئ محددة خاصة بالصفقات العمومية، كما يثير ظهور هذه المبادئ مسألة استخدامها في وضع أساس دائم لقانون الصفقات العمومية.³

¹ LAURENT RICHER, op, cit, p 50 : " que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ".

² Le Conseil d'Etat rattache les trois principes de la commande publique à l'égal accès à la commande publique pour la première fois dans la décision du 23 février 2005. "considérant que les marchés passes en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er de ce code, selon lequel : Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ". MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p. 171.

³ FLORIAN LINDITCH, Les principes fondamentaux de la commande publique, Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 2007, p 19.

ب. جدلية استخدام مبدأ المساواة لتوحيد قانون الطلبات العمومية لدى الفقه الفرنسي

يثير ظهور مبدئي المساواة في الوصول للطلبات العمومية والمساواة أمام الطلبات العمومية مسألة استخدامها لوضع إطار لقانون العقود العامة. هذين المبدئين دون وجود مجال وظيفي واسع للغاية مثل المبدأ العام للمساواة، يبدو كافياً لتشكيل مبادئ وقواعد وإجراءات قانون الصفقات العمومية. كونهما المصدر المباشر للمبادئ الثلاثة الكلاسيكية للصفقات العمومية. وبالتالي، لديهما كل الوظائف والالتزامات الضروري للاستقرار القانوني للموضوع. شريطة أن يتم تعريفهما بشكل جيد. ومن هذا المنطلق، يمكن أن يكون استخدام أحد هذين المبدئين حلاً للخلط الحالي في وظائف المبادئ الثلاثة للصفقات العمومية. إذا كان يمكن النظر في هذا الحل.¹

إلا أن الواقع يظهر أنه، لا يبدو ذلك مناسباً، حيث أن هذه المبادئ لها مخطط قانوني غير مؤكد، والتي تغذي شرعيتها التقسيم الإشكالي لمصادر قانون الصفقات العمومية.²

إن استخدام مبدأ المساواة للوصول للطلبات العمومية أو مبدأ المساواة أمام الطلبات العامة لتوحيد قانون العقود العامة يبرهن على أنه غير دقيق، لأنه لا يوجد لديه تعريف ولا مجال دقيق.³ كما أن المجلس الدستوري لم يحدد هذه المبادئ بصفة دقيقة. بالإضافة إلى أن هذه الآراء الدستورية لم يتم اعتمادها، ولم تظهر أي منها في مواد قانون الصفقات العمومية، أو ضمن قانون الاتحاد الأوروبي.⁴ لذلك، رغم أنه يشار إليها أحياناً باسم "المبدأ الموحد للمبادئ والقواعد الأخرى للطلبات العمومية"، فإن مبدأ المساواة في الوصول للطلبات العمومية والمساواة أمام الطلبات العمومية يعانيان من غياب تعريف دقيق وشامل لجميع مراحل الطلبات العمومية.⁵

وبالتالي، يظل مفهوم المساواة في الوصول للطلبات العمومية بعيد المنال لتوحيد قواعد وإجراءات الصفقات العمومية، كما أن السوابق القضائية للقضاة العقد في الفقه الفرنسي لم تقدم تعريفاً دقيقاً لهذين المبدئين. وفي هذا الإطار، يحاول GREGORY KALFLECHE التمييز، على

¹ CYRILLE EMERY, Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé, AJDA 2005, p 269.

² Ibid., p 270.

³ FLORIAN LINDITCH, op, cit, p 23.

⁴ CYRILLE EMERY, op, cit, p 270-272.

⁵ GREGORY KALFLECHE, op. cit, p 600.

سبيل المثال، بين المساواة في الوصول والمساواة في المعاملة، والتي تبدو قريبة من الناحية النظرية والوظيفية بدرجة كافية.¹

وفي نفس الإطار، تشدد **HELENE HOEPFFNER** على أنه بالرغم من إنشاء مثل هذا المبدأ الخاص بموضوع المساواة في الطلبات العمومية من قبل المجلس الدستوري منذ عام 2001، إلا أنه وبشكل أكثر دقة، تكمن الصعوبة في تفسير نطاق "مبدأ المساواة أمام الطلبات العمومية".² لذلك، من الصعب تحديد حدود هذين المبدأين من أجل جعلهما قاعدة أساسية لقانون الصفقات العمومية.

وعلاوة على ذلك، فإن هذين المبدأين لا يستطيعان استيعاب كل من المبادئ التي تبناها المشرع الفرنسي سواء في القانون الداخلي المتعلق بقانون الصفقات العمومية أو على مستوى الإتحاد الأوروبي، والمتمثلة في حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات. بالإضافة إلى التمييز بين المساواة في المعاملة وعدم التمييز.³

الفرع الثاني: تبني الأهداف المشتركة للمبادئ في تنظيم الصفقات العمومية

خصت المبادئ الأساسية للطلبات العمومية في الأصل، لتحقيق هدفاً تقليدياً يتمثل في حماية مصلحة الإدارة- أي المصلحة المتعاقدة-. من خلال وضع إجراءات منح الصفقة العمومية،⁴ بهدف الحفاظ على الاستعمال الحسن للمال العام، من خلال عدم الثقة في كل من الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية. ثم أضيف له نجاعة الطلبات العمومية، بغرض تعزيز الحماية التقليدية للإدارة، وتوسيع المهام والأهداف المتجانسة للمبادئ الأساسية، وهو ما يعبر عنها بالأهداف التقليدية لمبادئ الصفقات العمومية (البند الأول).

¹ **GREGORY KALFLECHE**, p. 602: " l'égalité d'accès est un principe général qui va principalement guider le législateur ou l'auteur des réglementations et le contraindre à mettre en place des procédures de passation; l'égalité de traitement étant celle qui va – principalement encore – préciser le contenu de ces procédures de passation et les discriminations possibles. "

² **FLORIAN LINDITCH**, op, cit, p 30.

³ Ibid., p. 33.

⁴ **MARIE-CHARLOTTE BONTRON**, op. cit , p 56.

إلا أن الاعتماد على فكرة حماية مصالح الإدارة، كمصدر أساسي لتشكيل إجراءات منح الصفقة العمومية، بدأت تتلاشى تدريجاً لصالح أهداف أخرى، بحيث أصبح ظهورها وارتباطها مرتبطاً بشكل كبير من خلال ظهور آليات مكافحة الفساد (البند الثاني).

البند الأول: الهدف التقليدي لحماية مصالح المصلحة المتعاقدة

تعد الأسباب الاقتصادية والأخلاق السياسية المتشددة لصالح الإدارة في اختيار المتعاقد معها، من الأسباب التي ساهمة في ظهور إجراءات منح العقد.¹ إلا أن الواقع، يثبت أن نية المشرع في مكافحة الفساد المتنامي بسرعة مذهلة، وتجنب الإدارة مخاطر الفساد. المبرر الأساسي والوجيه بالدرجة الأولى بإلزام المصلحة المتعاقدة بإتباع إجراءات ملزمة في منح أي عقد إداري لصالح الطرف المتعاقد معها. من أجل الحفاظ على المال العام، واستغلال أكبر قدر ممكن من التوفير في الإنفاق العام.

وهكذا، فإن كل من الاستعمال الحسن للمال العام، ومكافحة الفساد والذي يقضي بمنح الصفقة العمومية في إطار منافسة نزيهة قد أنشئ لحماية المصلحة العامة للإدارة وصون كرامتها.

وعلى هذا النحو، يؤكد **XAVIER BEZANÇON** أن: "حماية الأموال العامة كانت دائماً تملّي على الملوك مراقبة أداء موظفيهم، والقرارات التي يتخذها المنتخبون المحليون".²

لذلك، كان دائماً يتم إتباع إجراءات صارمة في اختيار المتعاقد. وعليه، فإن الإجراءات الشكلية والتي تجبر الموظف العموميين في منح الصفقة العمومية، ترمي إلى تعزيز النزاهة في الشراء العمومي، والأداء الاقتصادي. كما تعتبر هذه الإجراءات الشكلية الوسيلة الفعالة، لتسيير الأموال العامة بفعالية.

وعليه هذا الإجراء سمح للإدارة، من جهة العثور على متعامل متعاقد يمنحها سعراً مفيداً بشكل خاص لضمان أفضل قيمة لاستخدام الأموال المنفقة. ومن ناحية أخرى، حماية أطراف العقد من التواطؤ في منح الصفقة، والذي من المؤسف يقع تحت شرعية الإدارة. هذه الإجراءات

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, p 57.

² IBRAHIM REFAAT MOHAMED EL-BEHERRY, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat en droit, institut de droit de la paix et de développement, université de Nice Sofia-Antioliis, mars 2004, p 163.

الملزمة والواجب إتباعها من طرف الإدارة والتي كانت تقيد حريتها في اختيار الطرف المتعاقد، تؤدي بالنتيجة إلى استخدام باهظ للأموال العامة. (...). والقيمة القانونية للعقد هي المعيار الملزم للإدارة إتباعه في منح أو إلغاء أي عقد لا يحافظ على المال العام.¹

وعليه، فحماية الأموال العامة ومكافحة الفساد، يعتبران من الأهداف التقليدية، والتي يجب على مبادئ الصفقات العمومية كفالة حمايتها. وخلاصة القول، ومن خلال هذه الأهداف التقليدية تعتبر المصلحة المتعاقدة غير قادرة على الاختيار الحر للطرف المتعاقد معها، استنادا على الحرص الشديد على حماية المصالح المالية للإدارة، ومحاربة الفساد. والسماح لها لاختيار المؤسسة والتي تكون على استعداد لقبول شرط السعر الأكثر ملائمة.² هذه الآلية لحماية الإنفاق العمومي أفرزت الكثير من العيوب، وأدت أيضا إلى الإفراط في تجريم سلوك الموظفين العموميين.

وقد تم استدراك ذلك باستبدال مصطلح "أقل سعر" بالمصطلح "أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية"،³ مع ترك إمكانية اختيار إجراء يحافظ على منق أقل ثمن، ثم تعديل المادة 26 من القانون رقم 06-01،⁴ استجابة لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة التي أوصت برفع وصف الجريمة عن فعل التسيير.⁵

وهكذا تظل حماية المال العام، والمصلحة المالية للإدارة، أساسا جوهريا لتنظيم الصفقات العمومية. وبالتالي، فإن مبادئ الصفقات العمومية، تسعى إلى تحقيق هدف تقليدي يتمثل في

¹ FREDERIC ALLAIRE, Dépasser le droit des marchés publics, AJDA, 28 Septembre 2009, p. 1696.

² CATHERINE PREBISSY-SCHNALL, Concurrence et offre anormalement basse, comm. sous CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis, CCC n° 8, Août 2013, p 190.

³ المادة 40، المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ وهي الفعل المنصوص عليه في المادة 01-26 المعدلة بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15، بتاريخ 2 غشت 2011، يعدل ويتم القانون رقم 06-01، بتاريخ 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر. رقم 44، المؤرخة في 10 غشت 2011): "كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المرشحين و شفافية الإجراءات."

⁵ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم الأعمال وجرائم التزوير، ط1، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 120.

حماية الإدارة، والتي يجسدها الاستخدام الأمثل للأموال العامة، ومكافحة الفساد. وقد برز مؤخراً هدف مشترك آخر، ألا وهو نجاعة الطلبات العمومية.

البند الثاني: الهدف المشترك لفعالية الطلبات العمومية

منذ فترة طويلة كان ينظر إلى حماية الإدارة على أنها المصدر الأساسي لتشكيل إجراءات منح الصفقة العمومية.¹ وظلت فكرة التنافس مقتصرة على عدد معين من الشركات فقط، والتي تهدف إلى خفض تكاليفها، وزيادة إنتاجها لصالح الإدارة.² وعلى هذا النحو، وصفت إجراءات منح الصفقة بأنها إجراءات داخلية، ونتيجة لذلك لا تخضع هذه العملية للاستئناف، باعتبارها تسعى لتحقيق المصلحة العامة.

إلا أن إجراءات منح الصفقة بالمفهوم التقليدي -أي لصالح الإدارة- بدأت تتلاشى تدريجياً، وظهرت إجراءات جديدة لصالح المؤسسات المشاركة في المنافسة، خاصة تلك المؤسسات التي شاركت في إجراءات منح الصفقة وتم إقصائها.

وقد تجسد ظهور هذا الهدف، من خلال الأفكار التي كانت تتنادي بحق الاعتراف للمؤسسات، والمرشحين غير الفائزين بالصفقة، بحق الطعن في حالة خرق قواعد إجراءات منح الصفقة. وقد تم الترحيب بهذا الهدف، وإدراجه ضمن متطلبات الحكم الراشد، وتبنيه ضمن السياسة العامة في إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية.³ لأنه لا جدوى من القول، إن المتعهد الذي يشارك في الصفقة العمومية لا يحق له حتى إعلان نجاحه، أو حتى ذكر أسباب رفض عرضه، في حالة تم إقصائه من المنافسة.

وعلى هذا الأساس، تم تبني هذا الهدف وتكييف إجراءات منح الصفقات العمومية لتصبح منفتحة على تلقى طعون المتعهدين غير الفائزين في عقود الصفقات العمومية. ومن خلال ذلك،

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 60.

² Ibid, p 60-61 .

³ تم تجسيد هذا المبدأ كذلك في المادة 12 من القانون رقم 11-10، بتاريخ 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، (ج.ر.37، المؤرخة في 3 يوليو 2011): "قصد تحقيق أهداف الديمقراطية المحلية في إطار التسيير الجوّاري المذكور في المادة 11 أعلاه، يسهر المجلس الشعبي البلدي على وضع إطار ملائم للمبادرات المحلية التي تهدف إلى تحفيز المواطنين وحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم."

أكد القاضي الإداري الفرنسي في قرار له: " أن قواعد التعاقد لم تصدر لمصلحة الإدارة لوحدها (...) يدمج هذا التكامل المتزامن بين حتمية المساواة بين المرشحين (...) ثم أصبح بإمكان أي مرشح غير فائز أن يسأل عن إلغاء مناقصة بمناسبة خرق القواعد الأساسية لمنح الصفقة للمزاد (...) عندما يتم خرق مبدأ المساواة بين المتنافسين."¹

تم تطور هذا المفهوم بشكل أكبر من خلال ظهور آليات مكافحة الفساد، والتي ينظر إليها كطريقة لحماية الإدارة ضد الأعوان العموميين والمتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، والأطراف المساهمة في تكوين العقد، وكذلك لحماية مصالح المرشحين المحتملين للطلبات العمومية.²

وعليه، فإن ربط هذا الهدف بالمبادئ الأساسية للطلبات العمومية، يثير تساؤلات حول محتواه ومعناه. ولأن القانون لا يعطي أي تعريف بشأن فعالية الطلبات العمومية. نبحث في كتابات وأبحاث الباحثين، وفي هذا الشأن، تقدم CATHERINE PREBISSY-SCHNALL محاولات علمية لتحديد معنى فعالية الطلبات العمومية بقولها: " فعالية الطلبات العمومية تعني وجود مسؤولية للشراء بشكل جيد، مهما كانت كيفية الإبرام المقررة."³

وبالنسبة للمشرع الجزائري، يمكن إدراك ذلك من خلال المادة 79 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية، مهما يكن إجراء الإبرام المختار، متلائماً مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته." وعليه، فنجاعة الطلبات العمومية إلى جانب الاستعمال الحسن للمال العام بمثابة الأهداف العريضة، والتي يجب على المصلحة المتعاقدة تكيف إجراءاتها بهدف بلوغ هذين الهدفين.

كما يمكن عرض فعالية الطلبات العمومية، كهدف مكمل للاستعمال الحسن للمال العام، وعليه يمكن اعتباره مجموعة أهداف تنتهجها مبادئ الصفقات العمومية، والتي لا تتناسب مع طبيعة الاستعمال الحسن للمال العام. وعليه كل الأهداف التي لا تندرج في نطاق الاستعمال

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 75.

² المرشح المحتمل هو كل مرشح يشمل إعلان المنافسة، وله الحق في عدم المشاركة، أو المشاركة بحرية في الوصول للطلبات العمومية. أما المرشح الحقيقي هو كل مرشح استجاب لدعوة المنافسة و قدّم عرضه. أنظر مواد المرسوم الرئاسي 15-247.

³ CATHERINE PRÉBISSY-SCHNALL, op, cit, p 195.

الحسن للمال العام، بالضرورة أن تشملها فعالية الطلبات العمومية. وفي هذا السياق، يمكن دمج العناصر النوعية الغائبة عن الاستخدام الحسن للمال العام، والذي يراعي الجوانب المالية للصفقة العمومية فقط، ضمن فعالية الطلبات العمومية.

من خلال ما تقدم، يُظهر هدف فعالية الطلبات العمومية، الدور الرئيسي لإبرام الصفقات العمومية والذي لا ينحصر في إنفاق أقل قدر ممكن من المال العام، بل يساهم أيضا في تحقيق أهداف أوسع نطاق ينبغي على المصلحة المتعاقدة بلوغها. كما يكشف تحليل مواد قانون الصفقات العمومية، أن المبادئ الأساسية للطلبات العمومية تسعى بشكل مشترك لتحقيق هدفين مشتركين هما: فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. في إطار ما يسمى بالوحدة الوظيفية لمبادئ الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: الوحدة الوظيفية لمبادئ الصفقات العمومية

في سبيل تعزيز فكرة: "لا يمكن لحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ولا المساواة في معاملة المرشحين ولا شفافية الإجراءات، أن تدعي في حد ذاتها السعي إلى تحقيق أي من هذين الهدفين"¹. من خلال هذا المنطلق، نخصص هذا الفرع من الدراسة للبحث في إمكانية أو استحالة ربط نجاعة الطلبات العمومية (البند الأول) والاستعمال الحسن للمال العام (البند الثاني) بمبدأ محدد من مبادئ الصفقات العمومية.

البند الأول: استحالة ربط نجاعة الطلبات العمومية بمبدأ محدد

إن مسألة بلوغ نجاعة معينة لا بد أن يتلاءم العقد مع وينود دفاتر الشروط في حد ذاتها، ولأن النجاعة مسألة تقنية بحة ولا يمكن تحديدها إلا وفق دراسات تقنية تقام عليها تقييم هذه النجاعة، وتحديدها تحديد لا لبس فيه ولا يتحمل حتى المبالغة، ولأن الوصول إلى نجاعة معينة يدرج على الأقل في دفاتر الشروط حتى يكون المتعامل المتعاقد على علم بكل ماله علاقة بموضوع الصفقة، لأن النجاعة معيار في الاختيار.²

¹ GREGORY KALFLECHE, op. cit, p 610.

² محمد خرفان، المرجع السابق، ص: 77.

وفي هذا الإطار، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو أن فكرة النجاعة التي يتعين بلوغها هي في حد ذاتها فكرة غامضة، ومطاطة إلى حد كبير. ويصعب على ضوئها تحديد الحاجات، واختيار المتعامل المتعاقد وفقها؟ كما أن فكرة النجاعة هل هي عامل أساسي ومؤثر في الاختيار؟ أم أنها عامل مثل العوامل الأخرى يتساوى معها الاختيار؟

من خلال التحليل القانوني لمواد المرسوم الرئاسي 15-247، يظهر جليا بأنه لا يمكن ربط فعالية الطلبات العمومية على وجه التحديد بأحد المبادئ الثلاثة للصفقات العمومية، وعليه لا يمكن لحرية الوصول للطلبات العمومية، ولا المساواة في معاملة المرشحين، ولا شفافية الإجراءات أن تدعي في حد ذاتها السعي إلى تحقيق هذا الهدف. فعندما تجتمع المبادئ الثلاثة في كتلة قانونية واحدة غير مجزئة أو منفصلة كما مر معنا في الفروع السابقة. حينها يمكن القول أنها تحقق مبدأ فعالية الطلبات العمومية، وهو ما يؤكد وظائفها المشتركة.

وبالتالي، فإن بلوغ نجاعة الطلبات العمومية والمكرس قانونا ضمن نصوص قانون الصفقات العمومية، هذا الأمر في حد ذاته يطرح تساؤل عن مصدر هذا الهدف من خلال التحقق مما إذا كان يمكن ربطه بمبدأ محدد من بين المبادئ الثلاثة المنصوص عليها؟ أو إذا كان لابد من إستعابه على نحو متكامل؟

وتتمثل الإجابة، في تحليل نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، التي يمكن الإشارة فيها أن الهدف من نجاعة الطلبات العمومية يدمج مع جميع المبادئ، ولا يبدو أن أيا منها هو الأساس الحصري لهذا الهدف والذي يبدو أنه نتيجة لاستخدام جميع المبادئ في كتلة واحدة. وفي هذا الصدد، فإن المادة 5 من نفس المرسوم الرئاسي 15-247 تنص: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم". دون تمييز بين وظائفها وهو ما تشير إليه المادة 9 من القانون رقم 06-01، المذكورة أعلاه. ومن ثم فإن الوحدة الوظيفية لمبادئ الصفقات العمومية تسعى إلى تحقيق هدف نجاعة الطلبات العمومية.

وعلى الرغم من الاقتناع الراسخ للقضاة بوجود بلوغ الصفة العمومية الهدف المرصود لها، أي نجاعة الطلب العمومي. إلا أنهم لا يستخدمون هذا الهدف أبدا كأساس للتجريم، وإنما يتم التجريم على أساس خرق مبدأ من المبادئ الأساسية للصفقات العمومية.¹

إن استحالة ربط فعالية الطلبات العمومية بمبدأ معين يعطيه معنى واسع يمنعه من أن يكون محاطا بوظيفة مبدأ محدد. وبالتالي، فإن فعالية الطلبات العمومية لا تستمد أساسها حصرا من مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، أو من مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، أو من مبدأ شفافية الإجراءات.² ومن ثم فإن البحث عن أساس نجاعة الطلبات العمومية يكشف عن وجود وحدة وظيفية للمبادئ تعمل معا لتحقيق هذا الهدف المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية.

البند الثاني: استحالة ربط الاستعمال الحسن للمال العام بمبدأ محدد

يقصد بالاستعمال الحسن للمال العام أن يكون متاح لجميع الأفراد، دون تفرقة أو تمييز في الحدود المتفقة مع الغرض الذي خصص له المال العام، ويتجلى هذا الاستعمال في انجاز المشاريع العامة، ويحكم هذا التنظيم عدة قواعد أهمها:³

المساواة في استعماله: تكون هذه المساواة لجميع المرشحين الذين يوجدون في ذات المركز القانوني، بحيث يكون الاستعمال المشترك متساويا بالنسبة للجميع بحيث لا تحدث أية تفرقة، أو تمييز بينهم في هذا الاستعمال. والمساواة في الاستعمال هي مساواة نسبية وليست مطلقة، وهذا يعني أن يأخذ البعض وضعا خاصا عن البقية لأسباب مشروعة تقتضيها المصلحة العامة، ومثال ذلك في مجال الصفقات العمومية ترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج المواد من 83 إلى 87، من المرسوم الرئاسي 15-247.

إلا أن الصعوبة تتمثل في السعي إلى إيجاد أساس محدد من أجل الاستعمال الحسن للأموال العمومية مقارنة بمبادئ الصفقات العمومية، إلا أنه وباستقراء النصوص القانونية تاريخيا نجد أن

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 75 .

² Ibid.,P 75.

³ جمال البلحاني، الأموال العامة، مقال منشور على موقع، WWW.droit-dz.com، تاريخ زيارة الموقع 2017/10/08.

مبدأ الاستعمال الحسن للأموال العمومية راسخ منذ وقت بعيد،¹ وعلى هذا الأساس، فإن مبدأ الاستعمال الحسن للأموال العمومية لا يستمد القوة القانونية من أي مبدأ محدد من بين مبادئ الصفقات العمومية. كما أن استحالة الكشف عن أساس محدد لمبدأ الاستعمال الحسن للأموال العامة، يؤكد الفكرة القائلة بأن تمثيل مبادئ الصفقات العمومية يقوم على مفهوم موحد لوظائفها.²

ويهدف بلوغ غاية الاستعمال الحسن للمال العام، يكشف تحليل مواد المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بدمج جميع المبادئ في وحدة وظيفية متكاملة. وبصفة عامة، فإن إجراء طلب العروض هو الإجراء الأنسب والذي يسمح بالاستعمال الحسن للأموال العامة من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يكون عرضه أكثر ملائمة للنفقات العامة.³

المطلب الثاني: الأهداف الحديثة لمبادئ الصفقات العمومية

تؤكد أهداف المرسوم الرئاسي 15-247، تبني المشرع توجهات جديدة تضاف إلى الأهداف التقليدية المذكورة سابقا. وفي سياق البحث، والمتعلق باعتماد سياسات أوسع لدمج الأهداف الاجتماعية والبيئية، بالإضافة للتنمية المستدامة، في ظل أزمة البترول الحالية. تصبح عقود الطلبات العمومية آلية، من بين الآليات الفعالة لتجسيد توجهات السياسة العامة للدولة ذات الأهمية. هذه التوجهات الجديدة، تثري وظائف مبادئ الصفقات العمومية، وتتكيف مع الآثار المحددة لكل منها. وبالتالي، فإن لها تأثير على الأهداف المشتركة لوظائفها، خاصة مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وتتمثل هذه التوجهات الجديدة في تكريس حرية وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى الطلبات العمومية (الفرع الأول) ودمج الأهداف الاجتماعية والبيئية (الفرع الثاني).

¹ Les anciens textes relatifs à l'adjudication n'évoquent pas l'existence éventuelle d'un fondement précis à la protection des deniers publics. La loi fondatrice du 31 janvier 1833, précisée par les ordonnances royales du 4 décembre 1836 et du 31 mai 1838, le décret impérial du 31 mai 1862 qui systématise le choix d'une publicité et d'une mise en concurrence, et l'article 1^{er} de l'ordonnance royale du 4 décembre 1836 qui consacre formellement le principe de la concurrence et de la publicité, **MARIE-CHARLOTTE BONTRON**, Op, cit, p 76.

² Ibid, p 77.

³ المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "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، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء."

الفرع الأول: صياغة المبادئ فيما يتعلق بتدابير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة

يعتبر تيسير وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للطلبات العمومية مصدر قلق المشرع، لاسيما بالنسبة للتوزيع المتوازن للأسواق، بين المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، والمؤسسات الكبيرة. ويزداد الأمر قلقا بالنسبة للطلبات العمومية على المستوى المحلي. وبالتالي، فإن إشكالية وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للطلبات العمومية تدور حول البحث عن التوازن بين مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية (البند الأول) ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين (البند الثاني).

البند الأول: بالنسبة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

في إطار واجباته والإشراف على شروط حرية الوصول للعقد، يُظهر مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية الجانب السلبي، من حيث إلزام المصلحة المتعاقدة بعدم تحديد حاجاتها طبقا لمواصفات تقنية موجهة نحو منتج معين، أو متعامل اقتصادي محدد خلال مرحلة تحديد الحاجات.¹ كما يقدم وظيفة إيجابية من خلال تسهيل الوصول إلى الطلبات العمومية من قبل فئة معينة من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

وفي هذا السياق، تبنى المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، بعض الأحكام بهدف تعزيز وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للطلبات العمومية، من خلال تبسيط أساليب تقديم العروض والتي تخفف من العبء الإداري، خاصة تلك المبررات التي يقدمها المرشحين للمصلحة المتعاقدة. وعلى سبيل المثال لا الحصر، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة إلزام المؤسسات المصغرة المنشأة حديثا، والتي لا يمكنها تقديم على الأقل حصيلة السنة الأولى من وجودها، إلا وثيقة من البنك أو الهيئة المالية المعنية لتبرير وضعيتها المالية. كما لا تشترط عليها المؤهلات المهنية المماثلة للصفة المعنية، بل تأخذ بعين الاعتبار تلك المثبتة بالشهادات.²

وفي إجراء مماثل لما سبق، يحق للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المرشحين حد أدنى لرقم الأعمال، وذلك لضمان أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة. إلا أن هذه الشروط الاقتصادية والمالية،

¹ المادة 27 فقرة 03، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 87 فقرة 07، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

تشكل عقبة غير مبررة أمام مشاركة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ومن أجل تعزيز وصول هذه المؤسسات والتي غالباً ما يكون رقم أعمالها أقل من المؤسسات الكبيرة. فإن المادة 57 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247، منحت المصلحة المتعاقدة إمكانية تجاوز المبلغ الأدنى لرقم الأعمال¹، وهو نفس الإجراء المنتهج من قبل المشرع الفرنسي في المادة 45 من قانون الصفقات العمومية. إلا أن المشرع الفرنسي راعى خصوصية مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، حيث ألزم المصلحة المتعاقدة تبرير هذا الاستثناء والإشارة إليه في وثائق الاستشارة.² وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يضمن هذا الإجراء ضمن المادة 57 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبذلك يعد خرقاً لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وبهذا المفهوم يعدّ هذا التفاضل عن هذه الجزئية إجراء غير مبرر وثغرة قانونية يجب استدراكها.

وبالتالي، فإن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يدعو إلى اعتماد تدابير لتشجيع وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى العطاءات التنافسية، وذلك عن طريق تكييف إجراءات قانون الصفقات العمومية، بما يوافق خصائصها المحددة.³

البند الثاني: بالنسبة لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين

يمثل مبدأ المساواة في معاملة المرشحين عقبة في اعتماد إجراءات لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. فقد تؤدي هذه الإجراءات إلى خرق مبدأ المساواة.⁴ ولهذه الأسباب، فإن هذا المبدأ يحول دون اتخاذ تدابير التمييز الإيجابي.⁵ لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية. في هذا السياق، يشير المجلس الدستوري الفرنسي إلى أن: "مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من تسوية أوضاع مختلفة بشكل مختلف، ولا من الانتقاص من المساواة

¹ المادة 57 فقرة 04، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² BERTRAND DACOSTA, L'accès des PME aux marchés publics dans le nouvelle directive Marchés publics, BJCP n° 96, p 323.

³ Ibid, p 330.

⁴ PIERRE BOURDON, Le contrat administratif illégal, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Université de Panthéon-Assas(Paris II), France, Spécialité : Droit, Soutenue le 4 décembre 2012, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p 240.

⁵ لتعرف على مصطلح التمييز الإيجابي، أنظر المبحث الأول "خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية إجراءات مبررة"، ضمن الفصل الأول، الباب الثاني.

لأسباب المصلحة العامة.¹ ومع ذلك، فإن هذا المبدأ لا يمنع المشرع من أجل التوفيق بين نجاعة الطلبات العمومية، والمعاملة المتساوية للمرشحين مع أهداف أخرى ذات أهمية عامة مستوحاة بشكل خاص من الاهتمامات الاجتماعية، لتوفير الحق في الأفضلية، لصالح فئات معينة من المرشحين.

وبالتالي، فإن مبدأ المساواة لا يحول دون تطبيق تدابير لصالح فئات معينة من المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة الدعوى للمنافسة، ومع ذلك، يجب أن تكون هذه التدابير محدودة، ومراقبة رقابة صارمة حتى لا تُظهر تمييزاً غير عادل في الطلبات العمومية. ومن ثم، فإن مبدأ المساواة في المعاملة يحد من التدابير التي تحابي المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في سياق منح الصيغة.

وبالنسبة لمحكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي: "إن مبدأ المعاملة المتساوية يتطلب عدم معاملة الحالات المماثلة بطريقة مختلفة، وأن الحالات المختلفة لا يتم التعامل معها بالطريقة نفسها، ما لم يكن سببا موضوعيا يبرره."²

ومع ذلك، فإن اعتماد تدابير لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مرحلة الدعوة إلى المنافسة، يجعل جميع المرشحين في وضع مماثل. ونتيجة لذلك، فإن المعاملة المتساوية للمرشحين تمنع وجود تدابير لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في المرحلة الثانية من المنافسة.³

وهكذا، فإن هذا المبدأ يشرح أن التمييز الإيجابي الوحيد، والمشروع لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، هي تلك الإجراءات المدرجة في المرسوم الرئاسي 15-247، أي التفضيل، والصفقات المحجوزة.

وفي الحالات التي يقبل فيها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، تدابير التمييز الإيجابي التي تحابي المؤسسات الصغيرة والمتوسطة. فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تحرمها في

¹ BERTRAND DACOSTA, op, cit, p 340.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 515.

³ FAOUZI FETTAT, ALLAL BOURAHALA, le développement de la PME en Algérie atouts et contraintes, In IDARA, Revue de L'Ecole Nationale d'administration, volume 19, Numéro 1/2009, N°37, p 51.

مرحلة اختيار العروض من هذه الميزة.¹ وبهذا المنطق، يمكن أن يكون للأهداف المشتركة لهذين المبدئين آثار متناقضة، في السعي إلى تحقيق نفس الهدف. وتوضح هذه المواجهة بين المبادئ، أن التمييز الإيجابي المتخذ لصالح المؤسسات الصغيرة والمتوسطة قانونياً، ويقع في مرحلة الوصول إلى المنافسة فقط. ولا يتعداها إلى المرحلة الثانية لاختيار العروض.

الفرع الثاني: صياغة المبادئ في تكامل الأهداف البيئية والاجتماعية

يتضمن قانون الصفقات العمومية الآن قضايا متميزة عن الأهداف التقليدية المتمثلة في حماية المال العام، ونجاعة الطلبات العمومية.² وبالفعل، تنص المادة 78 من القسم الخامس، والمتعلقة باختيار المتعامل المتعاقد، من المرسوم الرئاسي 15-247: "النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعية لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة." ووفقاً لمجلس الدولة الفرنسي، تساهم هذه الأهداف في حماية وتعزيز البيئة، والتنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي.

وفي هذا الصدد، يطرح السؤال عن مكانة هذه الأهداف الجديدة في قانون الصفقات العمومية؟. وعليه من الضروري تحليل كيفية صياغة أهداف مبادئ الصفقات العمومية حول السعي وراء تحقيق هذه الأهداف المدمجة حديثاً في قانون الصفقات العمومية (البند الأول).

ومن ناحية أخرى، ليس من السهل دمج هذه الأهداف دون إحداث خلل لدى مبادئ الصفقات العمومية ووظائفها التقليدية المعتادة، وبالخصوص تأثر مبدأ المساواة من خلال تحديد معايير انتقاء عروض تتناسب وطبيعة هذه الأهداف الحديثة. وعلى هذا الأساس نتناول بالتحليل الحلول المقترحة خاصة لدى الفقه الفرنسي (البند الثاني).

¹ وهذا ما نادى به التقرير النهائي لمنتدى رؤساء المؤسسات، من أجل انبعاث الاقتصاد الوطني، جوان 2015: "لأنه من الضروري إعادة النظر في التوجه الخاص بترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ووضع إطار قانوني جديد يهدف إلى إنعاش هذا النوع من المؤسسات التي تمثل دون جدال أهم مكن في مجال إنشاء مناصب العمل". أنظر **عمار بوضياف**، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 83-84.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 518.

البند الأول: دمج الأهداف البيئية والاجتماعية ضمن قانون الصفقات العمومية

بالرجوع لأحكام مواد المرسوم الرئاسي 15-247، وخاصة المادة 78 والمادة 95 والمتعلقة بكل من اختيار المتعامل المتعاقد، والبيانات الإلزامية للصفقة العمومية. إمكانية مطالبة المصلحة المتعاقدة بإصدار شهادات تثبت التزام المتعامل الاقتصادي ببعض معايير ضمان الجودة، بما في ذلك إمكانية الوصول للأشخاص ذوي الإعاقة، وبعض الأنظمة المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة.¹

أما بالنسبة للمبادئ التوجيهية في 26 فبراير 2014 للإتحاد الأوروبي، تذكر الدباجة التوجيهية فرضية استبعاد عروض المتعاملين الاقتصاديين، الذين يقوموا على سبيل المثال خرق الالتزامات البيئية أو الاجتماعية. بالإضافة إلى ذلك، تنص الدباجة التوجيهية على أنه يمكن صياغة المواصفات الفنية من حيث الأداء أو المتطلبات الوظيفية، بما في ذلك الخصائص البيئية، وعلى وجه الخصوص الرجوع إلى علامة البطاقة الإيكولوجية ECOLABEL.²

هذه التدابير تثير إشكالية قانونية، فيما يتعلق بدمج المعايير البيئية أو الاجتماعية، في اختيار الطلبات العمومية. لأنه في الأصل، هناك مفهوم صارم الصلة بين موضوع العقد، ومعايير اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية. ويستند هذا المفهوم إلى حياد قانون تنظيم الصفقات العمومية. أي أن فكرة الإنفاق العام الذي يحدث خلال طلب العروض، لا ينبغي أن يحيد عن هدف اختيار أفضل عرض بأفضل سعر.

وبالتالي، فإن الغرض الوحيد من الطلبات العمومية هو تلبية الحاجة الاقتصادية، التي تختلف عن الأهداف الأخرى ذات الأهمية العامة. ما لم يكن الطلب العمومي مدفوعاً بشكل حصري بالاهتمامات الاجتماعية أو البيئية. فمن غير المقبول، أن تكون المعايير الاجتماعية أو البيئية مرتبطة بشكل مباشر بهدف العقد. لذلك، لا يمكن استخدامها في اختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية.

¹ المادة 95، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015/2014، ص 47.

وللإجابة عن إشكالية التخلي عن مبدأ حياد الطلبات العمومية، وإدراج أهداف التنمية المستدامة والأهداف الاجتماعية والبيئية الجديدة، يشير مجلس الدولة الفرنسي: "إلى أن الأمر متروك للمصلحة المتعاقدة لتحديد المناقصة الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية، بناء على معايير تسمح بتقييم الأداء العام للمناقصات فيما يتعلق باحتياجاتها، على النحو المحدد في قانون الطلبات العمومية، مع مراعاة أهداف التنمية المستدامة."¹

وبالتالي، نجد أن المشرع الفرنسي تقدم بهذا الشأن للفصل في الجدول القائم بين الأهداف التقليدية والحديثة، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يتخذ موقف بهذا الشأن. وهذا ما يثير إشكالية في تضارب الوظائف والأهداف المشتركة بين مبادئ الصفقات العمومية. خاصة بين مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

البند الثاني: نتائج دمج الأهداف الحديثة على أهداف مبادئ الصفقات العمومية

ضمن السياسة المنتهجة من طرف الدولة، أصبح المرسوم الرئاسي 15-247 يشتمل على أهداف جديدة تشكل عقود الطلبات العمومية. بالإضافة إلى الأهداف التقليدية المنصوص عليها في المادة 05 من نفس المرسوم. ولذلك، من الضروري تحليل الوظائف المحددة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين، فيما يتعلق بهذه الأهداف الجديدة لقانون الصفقات العمومية.

وفي الواقع، هذه الأهداف لا علاقة لها بالقدرات التقنية والمهنية والمالية للمرشحين، وعلى هذا الأساس يرى القضاء الفرنسي أن هذه المتطلبات لا تؤدي إلى تقييم قدرات المرشحين، ولكن من قيمة المناقصات.² ومن ناحية أخرى، من السهل تحديد ما إذا كان دمج هذه الاعتبارات يعيق تحديد المواصفات التقنية والفنية. وبالتالي، يحدث خرق في مبدأ حرية وصول بعض مقدمي العروض المحتملين إلى العطاءات التنافسية.

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 516.

² Ibid, p 520.

وعليه فمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، له وظيفة محددة تمنع المراجع والعلامات التجارية والمواصفات التقنية والمنتجات أو التقنيات أن تكون موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد والتي لا تتوفر لجميع المرشحين.¹

وعلى هذا الأساس، لا يبدو أن وظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يتأثر بالاعتبارات الاجتماعية والبيئية، أما السؤال الأكثر تعقيدا يتعلق بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. حيث يتم إدراج الاعتبارات الاجتماعية والبيئية في تحديد معايير انتقاء العروض، حيث يتم تضمين التأثيرات الاجتماعية والبيئية في تقييم أفضل عرض.

ولهذا السبب، كان مجلس الدولة الفرنسي متردداً في قبول شرعية هذه المعايير، في تقييم العروض والتي لا يتمثل غرضها الوحيد في الاستجابة لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، في المسائل الاجتماعية و/أو البيئية.²

وعليه، إذا كان موضوع العقد يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأهداف الاجتماعية و/أو البيئية، فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يسمح بالإبقاء على هذه المعايير في تقييم عروض المرشحين، واختيار أفضل عرض من بين العروض.

وهذا ما جعلنا نصطدم بإشكالية أخرى، حول معرفة إلى أي مدى يمكن اعتبار أن هناك صلة مباشرة أو غير مباشرة بين معايير اختيار العروض، والنتيجة المراد تحقيقها مستقبلاً من خلال إبرام هذه الصفقة العمومية؟

- بالنسبة للمشرع الفرنسي، منذ صدور المرسوم 01 أوت 2006 أدرج المشرع أهداف التنمية المستدامة والأهداف الاجتماعية والبيئية في تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة ضمن قانون الصفقات العمومية. وبالتالي، إذا كانت المصلحة المتعاقدة تستهدف حاجات ذات صلة مباشرة بالأهداف الاجتماعية و/أو البيئية، فإن هذه الأخيرة تعد معياراً أساسياً من بين معايير أفضل عرض. أما إذا كانت المصلحة المتعاقدة لا تستهدف

¹ المادة 27، المرسوم الرئاسي 15-247.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 522.

حاجات ذات صلة غير مباشرة بأهداف اجتماعية و/أو بيئية، يمكن أن تدرج ضمن معايير تقييم العروض، إلا أنه لا يمكن أن يكون لها تأثير على المرشحين.¹

وبالتالي، أصبحت الأهداف البيئية والاجتماعية لدى بعض المشرعين جزء من سياستها العامة، وتم تضمينها ضمن قانون الطلبات العمومية. وعليه فوظائف ومهام مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لا يتأثر بهذا التغيير في السياسة الجديدة المنتهجة، إلا أن وظائف وأهداف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يجب أن تتكيف مع دمج هذه الأهداف، مثل فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p.518.

المبحث الثاني: التقسيم الزمني لوظائف مبادئ الصفقات العمومية

بغرض الوصول لإثبات الوحدة الوظيفية التي تنشأ من خلال تطبيق مبادئ الصفقات العمومية، خلال مراحل تجسيد الصفة العمومية. نعتد التقسيم الزمني لمبادئ الصفقات العمومية والذي يؤدي إما لإنشاء علاقة قانونية فيما بينها أو إلى الفصل في وظائفها.

هذه التساؤلات الجدلية، تؤدي بنا للبحث في فكرة وجود ترابط حقيقي في تطبيق المبادئ، والذي ينبع من التسلسل الزمني لمرحل تنفيذ الصفة العمومية. وبعبارة أخرى، فإن الغايات المحددة لكل مبدأ يمكن كشفها من خلال النهج الزمني لقانون الصفقات العمومية. والذي يجعل من الممكن ربط الأهداف الزمنية والدقيقة المحددة إلى المبدأ الموافق بها (المطلب الأول). هذه الخطوة تؤدي إلى اعتماد تصنيف قوي ونهائي للمبادئ فضلا عن الغرض منها.

وعليه، فإن تخصيص المراحل الزمنية للصفقات العمومية وربطها بالأهداف المنصوص عليها ضمن المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتمثلة في نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. يطرح إشكالية البحث في ربط المراحل الزمنية بالمبادئ الموافقة لها (المطلب الثاني).

وعلى هذا الأساس، فإن هذا النهج الزمني لمبادئ الصفقات العمومية يشكل مفتاح قراءة جديد لكشف العلاقة الوظيفية الحقيقية لكل مبدأ، والعلاقة القانونية التي تنشأ بينهم. وهو ما يجسد الروح القانونية المناسبة لكل مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية.

المطلب الأول: المفهوم الزمني لمبادئ الصفقات العمومية

نبحث في هذا المطلب من هذه الدراسة، العلاقة بين وظائف مبادئ الصفقات العمومية والمراحل الزمنية لتنفيذ قانون الصفقات العمومية. هذه النظرة الزمنية لمراحل تنفيذ الصفقات العمومية تجعل من الممكن معالجة عدة إشكاليات، من بينها تقديم قراءة منفردة لوظائف مبادئ الصفقات العمومية. ومن جهة أخرى، يمكن تقديم الوحدة الوظيفية المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية. بالإضافة إلى ذلك، تطبيق آلية الأثر الرجعي للمبادئ خاصة فيما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية.

يستند هذا التقسيم الزمني لقانون الصفقات العمومية، على وجود أهداف متعلقة بكل مبدأ ومحددة لآثاره.¹ كما تتيح هذه الدراسة المتأنية لمراحل تنفيذ الصفقات العمومية تحديد أكثر دقة وعمقا لوظائف المبادئ الثلاثة للصفقات العمومية، من حيث تحديد الفصل بين وظائف كل مبدأ على حدى، وتحديد كذلك الوحدة الوظيفية للوظائف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية.

ومن خلال استقراء أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، ولاسيما نص المادة الأولى منه: "يتم تطبيق سياسة إعداد وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم." وكذلك أبحاث الفقهاء، خاصة لدى الفقه المقارن. نجد أن مراحل تنفيذ الصفقة العمومية تمر بثلاث مراحل رئيسية. المرحلة الأولى؛ هي المرحلة التي تتيح فيها المصلحة المتعاقدة للمرشحين المحتملين فرصة إبرام العقد من خلال الدعوة للمنافسة عن طريق الإشهار(الفرع الأول)،² أما المرحلة الثانية؛ تخصص لتنفيذ إجراءات انتقاء أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية بمجرد انقضاء مدة تحضير العروض(الفرع الثاني)، وأخيرا المرحلة الثالثة؛ وهي منح الصفقة للمتعاقد من بين مختلف المرشحين وتنفيذها(الفرع الثالث).

للإشارة لم نتطرق للمرحلة الثانية من مراحل الصفقات العمومية، والتي هي بالضرورة مخصصة لأهداف ووظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. والسبب في ذلك، راجع إلى أن

¹ FLORIAN LINDITCH, op, cit, p 32.

² المادة 61، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

مبدأ المساواة موضوع الدراسة قد خصصنا له باقي فصول الدراسة وهذا لتفادي التكرار، وللبحث بعمق في موضوع الدراسة.

الفرع الأول: مرحلة الدعوة للمنافسة

إن اختيار المتعامل المتعاقد هو النتيجة المنطقية للإجراءات الشكلية المنصوص عليها ضمن المرسوم الرئاسي 15-247، هذه المرحلة الأساسية لإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية والتي تسعى إلى تحقيق هدف الوصول للطلبات العمومية يدعمها الهدف الاقتصادي المستمد من حرية الوصول للطلب العمومي، بحيث يمكن لجميع المتعاملين الاقتصاديين الوصول للطلبات العمومية والتي أعلنت عليها المصالح المتعاقدة (البند الأول).

وبالتالي، فإن الغرض من هذا الهدف، والذي يقع بالضرورة ضمن المرحلة الأولى من مراحل الصفقات العمومية. هو إنشاء منافسة واسعة تتكيف مع نوع الصفقة. ومن أجل الحصول على منافسة فعالة، يجب البحث في الآليات المساعدة لتحقيق هذا الهدف الأساسي من هذه المرحلة (البند الثاني).

البند الأول: هدف حرية الوصول للطلبات العمومية

يتجسد الهدف الرئيسي للطلبات العمومية المعلن عنها من قبل المصالح المتعاقدة، وهو تحقيق إمكانية وصول المتعاملين الاقتصاديين لهذا الطلب. هذا الهدف الاقتصادي مستمد من منطلق الانفتاح على حرية ممارسة المنافسة للفوز بهذا الطلب العمومي المعلن عنه.¹ بحيث يمكن للمتعاملين الاقتصاديين بموجب مواد المرسوم الرئاسي 15-247، ممارسة حرية الوصول للطلبات العمومية. ويتمثل التحدي بالنسبة للمشرع وكذا المصلحة المتعاقدة في إتاحة الفرصة لأي مرشح قد يكون مهتمًا بالمشاركة في إجراءات منح الصفقة العمومية بهدف الفوز بالعقد.

أما الغرض من هذا الهدف، والذي يقع بالضرورة في المرحلة الأولى من إجراءات منح الصفقة العمومية، هو إنشاء منافسة عريضة إلى حد ما تتكيف مع نوع العقد، من أجل الحصول

¹ EFHYMIA LEKKOU, La transparence et la commande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, dans le cadre de l'École doctorale, Université de Lyon 3, France, Soutenue le 26 November 2012, p 300 et s .

على منافسة فعالة.¹ والذي يتجسد في تحديد شروط المشاركة في الإعلان عن المنافسة، وجعلها معروفة لأولئك المرشحين المحتمل أن يكونوا مهتمين بالعقد، ويتجسد هذا المفهوم كذلك بالنسبة للعقود التي تخضع للإجراءات المكيفة.²

وفي نفس السياق، وبهدف حماية حرية الوصول للطلبات العمومية، يفرض المشرع على المصلحة المتعاقدة عدم التعاقد المنهجي مع نفس مقدم الخدمة،³ ويكشف عن وجود هدف الوصول. وينطبق هذا الالتزام بالنسبة لجميع العقود التي لا تخضع لمتطلبات الإعلان والدعوة للمنافسة.⁴ أما السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال تحديد نقطة بداية هذه المرحلة؟ وفي هذا الشأن، تختلف الإجابة حول هذا السؤال باختلاف العقود المبرمة من مصلحة متعاقدة إلى أخرى. فمثلا، بالنسبة لمصالح البلدية يمكن الاعتماد على إجراءات المداولات كنقطة بداية لهذه المرحلة. إلا أن المتفق عليه وقت نهاية هذه المرحلة يتفق تماما مع تاريخ أجل تحضير العروض.⁵

البند الثاني: الآليات المرصودة لتحقيق هدف الوصول للطلبات العمومية

في هذا السياق، يمكن تحديد العناصر التي تدخل في هذه المرحلة. بهدف تحديد الوظائف المحددة للمبدأ المقابل لهذه المرحلة، ومن أهم الآليات التي تدعم هدف حرية الوصول للطلبات العمومية في هذه المرحلة. الاستعانة بالإعلان عن المنافسة، ومن هذا المنطلق فإن عدم وجود الالتزام بالإعلان يقلل من وصول المرشحين للعقد.⁶

ومن هذا المنطلق، يعد الإعلان عنصر أساسي في هذه المرحلة للوصول للطلبات العمومية، ويفرض هذا الإعلان وصول عدد كبير من المهتمين بهذا الطلب العمومي. وبدون الإعلان لا يمكن للمتعامل الاقتصادي ممارسة حرية وصولهم لهذه الطلبات العمومية، ومع ذلك يجب التمييز بين عنصرين في الإعلان وسيلة الإعلان ومحتوى الإعلان. تعني الأولى الدعاية التي يتم

¹ أنظر أحكام المواد، من 13 إلى 22، القسم الفرعي الثاني، الإجراءات المكيفة، المادة 24، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² EFHYMIA LEKKOU, op, cit, p 381.

³ المادة 31 فقرة 1، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ LAURENT RICHER, Le règlement de consultation, Dalloz, 2015, p 563.

⁵ المادة 66، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁶ EFHYMIA LEKKOU, op, cit, p 384.

بواسطة نشر بيانات العقد وإجراءات تنفيذه، أما محتوى الإعلان فهو البيانات الإلزامية التي لها صلة بهدف الوصول إلى العقد. وتعتمد فعالية هذا الهدف في الواقع على عدد المرشحين المحتملين. وفي هذا الشأن، لا يعتبر من قبيل المرشحين المحتملين المعنيين بهدف حرية الوصول للطلبات العمومية، ما ذكرتهم المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي تحدد قائمة المرشحين الممنوعين من الوصول للطلب العمومي.

وبنفس الطريقة، يتم الاستعانة بمبدأ المساواة والذي يضمن خلال هذه المرحلة تجسيد الوصول الحقيقي للطلبات العمومية لكافة المرشحين مهما كانت وضعياتهم القانونية. فعلى سبيل المثال لا الحصر، تمكين وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من ممارسة حرية الوصول للطلبات العمومية والتي تدخل ضمن أهداف هذه المرحلة الأولى من عملية الطلبات العمومية. وفي هذا الإطار، وضع المشرع آليات لإعادة التوازن والمساواة بين هذه الفئة من المؤسسات والمؤسسات الكبرى التي كانت تحتكر عقود الصفقات العمومية. وذلك بالاستعانة بالتخصيص،¹ ومنح هامش الأفضلية،² كآليات تسهل حرية وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للطلبات العمومية.

وفي الأخير، يجب جمع كل هذه العناصر المتعلقة بحرية وصول المرشحين للطلبات العمومية في هذه المرحلة من حيث إعداد وضمان المنافسة الفعالة. وبالتالي، تحقيق هذا الهدف من الإجراءات المتأصل في هذه المرحلة، والذي يبدو أنه مرتبط بوظيفة مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية والذي يعمل على الإشراف وتأطير هذه المرحلة، وبساعده في ذلك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

¹ نرجس دبابحة، المرجع السابق، ص 90.

² المادة 83، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تنص على منح 25% للمنتجات ذات المنشأ و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات سواء كانت صفقات أشغال أو صفقات لوازم أو صفقة دراسات أو تقديم خدمات.

الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد

تبدأ هذه المرحلة والتي تجمع بين هدفين المعاملة المتساوية بين المرشحين، وشفافية الإجراءات. من الإعلان عن الصفقة العمومية، وتنتهي عند اختيار الطرف المتعاقد. ولذلك لديهم نفس التوقيت، ويشتركان في نفس الهدف. وهو ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.¹

كما يتجسد خلال هذه المرحلة، تطبيق إجراءات المنافسة الحقيقية بين المرشحين الفعليين فقط وبذلك تكون المصلحة المتعاقدة قد تحققت فعلا من دخول جميع المرشحين المحتملين للمنافسة بهدف الفوز بالصفقة العمومية.²

في هذه المرحلة الثانية من الصفقات العمومية، وبعد التأكد من تحقق هدف الوصول للطلبات العمومية، تسعى المصلحة المتعاقدة لتحقيق هدفين آخرين في هذه المرحلة وفي نفس الوقت. وهي المساواة في معاملة المرشحين الذين دخلوا المنافسة بالفعل (البند الأول) ووضوح الإجراءات (البند الثاني) هذه الأهداف المترامنة في نفس الوقت لا تؤثر على بعضها البعض.

وبالتالي، تبدأ هذه المرحلة بمجرد نهاية المرحلة الأولى، أي بتاريخ نهاية صلاحيات العروض وبداية فتح الأظرفة. كما تنتهي هذه المرحلة عندما تؤكد الهيئة المانحة للعقد اختيارها للطرف المتعاقد أي الفائز بالصفقة.

البند الأول: هدف المعاملة المتساوية بين المرشحين

المنافسة الفعالة بين المرشحين هي المرحلة الثانية من مراحل الصفقة العمومية، والتي تلي مرحلة وصول المرشحين المحتملين للطلب العمومي بمجرد الإعلان عن الصفقة العمومية. تختلف هذه المرحلة عن المرحلة الأولى من حيث وضوح الإجراءات بحيث نجد أن المصلحة المتعاقدة

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 314-315.

² FLORIAN LINDITCH, op, cit, p 34.

تخاطب المرشحين الفعليين وهي فئة محددة بعدد المرشحين الذين ثبت دخولهم فعلا للمنافسة.¹ أما في المرحلة الأولى لا يمكن تحديد عدد المرشحين المحتملين الذين وصلتهم الدعوة للمنافسة.

وفي الواقع العملي لهذه المرحلة، يضع المشرع المصلحة المتعاقدة في مواجهة فعلية بينها وبين المرشحين الفعليين، لذا وجب عليها المعاملة المتساوية بينهم وينعكس هذا الهدف في نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، نجد نص المادة 40: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء." وعلى نفس المنوال، تنص المادة 54 فقرة 02، من نفس المرسوم الرئاسي: "يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفة ومتناسبة مع مداها." وينطبق الأمر كذلك بالنسبة للمادة 78 من نفس المرسوم الرئاسي: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة. ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية."

وعلى هذا الأساس، فإن الاختيار الفعلي للعرض الأفضل من الناحية الاقتصادية يتجسد من خلال تحديد معايير انتقاء العرض، وتأهيل المرشحين أو المتعهدين ضمن إجراءات غير تمييزية.² تشرف على هاته الإجراءات لجنة تعمل على فتح الأطراف وتقييم العروض.

وفي الأخير، ينتهي هذا الهدف من المساواة بين المرشحين منطقيا عندما تشرع المصلحة المتعاقدة في تطبيق إجراءات إبرام العقد مع المشرح الفائز بالصفة، أما بقية المرشحين ينطبق عليهم مصطلح مرشحين غير ناجحين.

البند الثاني: هدف وضوح الإجراءات

الاعتبارات المتعلقة بمعاملة المرشحين، ليست العنصر الوحيد لتنفيذ إجراءات الصفة، بل يتوقف الأمر كذلك على البيانات المرسلة للمرشحين في سياق الدعوة للمنافسة. والتي يجب أن

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 316.

² IBRAHIM RÉFAAT MOHAMED EL-BÉHÉRY, op, cit, p 164.

تكون شفافة وواضحة. فمن ناحية لا يمكن للمرشحين دون هذه المعلومات من تقديم عرض يتوافق مع حاجات المصلحة المتعاقدة.¹

ومن هذا المنطلق، ثم اختيار مصطلح "شفافية الإجراءات" لأنه يشير إلى فكرة الوضوح وفهم القواعد الإجرائية وإمكانية الوصول إليها، وبدون هذا الهدف نجد الإجراءات المتخذة من طرف المصلحة المتعاقدة تتم في إطار المحاباة في منح الصفقة.

أما بخصوص تحقيق هدف شفافية الإجراءات، خلال هذه المرحلة يتعلق الأمر بالإبلاغ عن هذه المعايير وشروط تنفيذها، لأن هذه الأخيرة تعتبر القاعدة الأساسية لإعداد عرض يلبي حاجات المصلحة المتعاقدة وبالتالي يجب على المرشحين أن يكونوا قادرين على معرفتها.²

ومن خلال هذه المرحلة، نجد تعايش هدفين بطريقة متوازنة بحيث لا يؤثر أحدهما على صلاحيات المبدأ الآخر. بل يكمل أحدهما الآخر في إطار ما يسمى بالتكامل الوظيفي لمبادئ الصفقات العمومية، من خلال توازي الأهداف والوظائف. أما بالنسبة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية فقد استنفذ آثاره القانونية ضمن المرحلة الأولى، لذلك لا يمكن المناداة بتطبيق آثاره في هذه المرحلة الثانية.

الفرع الثالث: مرحلة المنح المؤقت للصفقة وتنفيذها

لا تتوقف إجراءات الصفقة العمومية عند اختيار المتعامل المتعاقد، طالما أن هناك العديد من الإجراءات لم تتم بعد هذا الاختيار، والمتمثلة في الإجراءات الإدارية الإلزامية التي تقوم بإنهاء إجراءات المنح (البند الأول) والمتمثلة غالبا في الإعلانات والمعلومات اللاحقة، وتنتهج فهذه المرحلة هدف التحقق من قانونية الإجراءات بهدف مواصلة تنفيذ العقد، وتجسيده على أرض الميدان (البند الثاني).

¹ EFHYMIA LEKKOU, op, cit, p 301.

² Ibid, p 301-302.

البند الأول: مرحلة المنح المؤقت للصفقة العمومية

تنتهي هذه المرحلة بالتحقق من مشروعية عملية منح الصفقة العمومية، وفي حالة المخالفة يمكن للمرشح المتأثرة مصالحه الطعن في قرارات المنح المؤقت للصفقة العمومية.¹ ويتم التحقق من هذه الأهداف بشكل أساسي من خلال الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة وفتح إمكانية الطعون.

ومن خلال وجود هذين الهدفين، يمكن المصلحة المتعاقدة من وضع الصيغة النهائية لإجراءات منح الصفقة العمومية. وبالتالي، يوجد ارتباط واضح بين الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية، والتحقق من مشروعية الإجراءات. عن طريق فتح مجال الطعن لفائدة المرشحين غير الناجحين، وكذلك بالنسبة للغير. ولا يتم ذلك إلا عن طريق نشر بيانات معينة عن الإجراء الفعلي للمنح المؤقت للصفقة، لأن هذا الإعلان يمنح المصلحة المتعاقدة فرصة حماية الإجراءات المتبعة طيلة المراحل الأولى، وتأكيد مشروعية العقد المبرم مع الفائز بالصفقة العمومية.²

وفي الأخير، لا يتم تحقيق هذين الهدفين إلا من خلال مبدأ شفافية الإجراءات، الملزم إتباعه من طرف المصلحة المتعاقدة، في هذا الوقت المحدد من مراحل الصفقة العمومية. وبالتالي، فمبدأ شفافية الإجراءات، المبدأ الوحيد الذي له شرعية تحقيق هذه الأهداف. بعدما استنفذ كل من مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين آثارهما. في المرحلة الأولى بالنسبة للمبدأ الأول، وفي المرحلة الثانية بالنسبة للمبدأ الثاني. وفي الأخير تنتهي هذه المرحلة من الإجراء عندما يبدأ تنفيذ العقد.

البند الثاني: مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية

تبدأ هذه المرحلة بعد نهاية المدة القانونية لإجراءات الطعن،³ وبذلك تشرع المصلحة المتعاقدة بتنفيذ العقد بناء على الشروط التي تحدد العلاقة القانونية بين الأطراف المتعاقدة، وتحديد

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 317.

² EFHYMIA LEKKOU, op, cit, p 333.

³ المادة 82، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

واجباتهم من خلال تنفيذ التزاماتهم المتبادلة. ونتيجة لذلك، ففي هذه المرحلة تختلف عن مرحلة تكوين العقد، وهي المرحلة التي يسعى من خلالها كل من المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها لتحقيق هدف استقرار العلاقة التعاقدية حتى النهاية الطبيعية للعقد.¹

المطلب الثاني: وظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وعلاقته بالمرحلة الأولى

يرتبط مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية بالمرحلة الأولى من الصفقات العمومية، وهي الوصول إلى المنافسة. هذه المرحلة تسعى لتحقيق هدف اقتصادي، وهو ما يتجلى من منطلق الانفتاح على المنافسة الناتجة عن قانون الصفقات العمومية. والهدف هو خلق سوق (بالمعنى الاقتصادي) حيث يجتمع الطلب من المصلحة المتعاقدة والعرض من المتعاملين الاقتصاديين.²

كما أن هذه الطبيعة الاقتصادية وتأثير عقود الطلبات العمومية على النشاط الاقتصادي، شجع أغلب المشرعين على تبني إجراءات محددة لمنح الصفقات العمومية، بهدف فتح الطلب العمومي للمنافسة.

وبالتالي، فإن الطبيعة الاقتصادية لعقود الصفقات العمومية هي التي تبرر وجود إجراءات الطلب العمومي، حيث أن تطبيق مبادئ الشفافية والإعلان والمنافسة يرتبط بالطبيعة الاقتصادية لنشاط المتعاقد الآخر.³

وبالتالي، فإن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، له وظيفة ذات هدف اقتصادي ضمن المرحلة الأولى، وهي الوصول إلى الطلبات العمومية. وعلى هذا النحو، فإن فعالية وظائفه مشروطة بضرورة وجود سياق اقتصادي (الفرع الأول). وبالتالي، فإن نطاق حرية الوصول يعتمد على الطبيعة الاقتصادية للسياق الذي يتم فيه الطلب العمومي. وفي هذا المجال يمارس هذا المبدأ وظيفته الأولى، أي وظيفة لجعل الإجراءات الشكلية إلزامية (الفرع الثاني).

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 318.

² GREGORY KALFLECHE, Secteur public et concurrence: la convergence des droits, AJDA 2007, p 2420.

³ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 319.

الفرع الأول: النطاق الاقتصادي لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

إن وجود سياق اقتصادي أمر ضروري لفعالية وظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، فالأخير يسعى إلى تحقيق غرض اقتصادي. وعلى هذا الأساس، يشير تحليل نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 إلى وجود سياق اقتصادي مشروط بالاستعانة بمصادر خارجية عن-المصلحة المتعاقدة- تتمثل في التعامل الاقتصادي. وبالتالي، يتم تحديد نطاق حرية الوصول بواسطة اتحاد هذه العناصر (البند الأول). من ناحية أخرى، لا تصبح حرية الوصول للطلبات العمومية نافذة المفعول في غياب سياق اقتصادي (البند الثاني) إما بسبب عدم الاستعانة بمصادر خارجية، أو أن العقد ليس داعماً للنشاط الاقتصادي.

البند الأول: وظيفة اقتصادية مشروطة بالاستعانة بمصادر خارجية

لقد ثبت أن حرية الوصول للطلبات العمومية يجب أن ترافق لأول مرحلة من مراحل الصفقات العمومية. لذلك، تسعى المصالح المتعاقدة للوصول إلى المنافسة، من خلال السماح لجميع المرشحين المهتمين بالوصول إلى العقد المستقبلي.¹ هذه الطبيعة الاقتصادية للمرحلة الأولى من الصفقات العمومية، تعطي لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وظائف ذات بعدا اقتصاديا متساويا. وعلى هذا النحو، فإن حرية الوصول للطلبات العمومية، تكون فعالة فقط في السياق الاقتصادي للطلب العمومي. لذلك، فإن نطاقه مشروط بوجود نشاط اقتصادي.²

وبالتالي، لم يعد من المشكوك فيه أن يكون النشاط الاقتصادي معياراً لتطبيق قانون الصفقات العمومية. ناهيك عن حرية الوصول للطلبات العمومية، وهو المبدأ الأولي لعملية الطلبات العمومية.

وعلى هذا النحو، فإن قانون الصفقات العمومية يطبق على أي تصرف تعهد بموجبه المصلحة المتعاقدة بأداء نشاط اقتصادي إلى الغير. وبالتالي، فإن نطاق حرية الوصول للطلبات العمومية، وهو أول مبدأ فعال في مراحل الصفقات العمومية بسبب ارتباطه لأول مرحلة، ويعتمد في ذلك على وجود نشاط اقتصادي، لذلك فمن الضروري، توضيح مفهوم "النشاط الاقتصادي"

¹ GREGORY KALFLECHE, op. cit, p 620.

² Ibid, p 620-622.

وفي هذا الشأن، يشير مجلس الدولة الفرنسي بأن مفهوم النشاط الاقتصادي يعتمد على تحديد طبيعة وشروط تنفيذه، إلا أنه ليس كافياً لتطبيق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.¹ وعلى هذا الأساس، فقد تعهد المصالح المتعاقدة بإنجاز خدمة عامة دون منافسة، نظراً لطبيعة النشاط المعني أو الظروف المحددة التي يمارس فيها ذلك النشاط.

وقد أشار المشرع الفرنسي، في قانون الصفقات العمومية إلى مفهوم النشاط الاقتصادي،² وبنفس الطريقة، تطرق المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247، إلى مفهوم النشاط الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية كالتالي: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع المتعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات."

وقد أشارت إلى هذا المفهوم، كذلك المادة 24 من المرسوم الرئاسي 15-247،³ والتي تشير إلى الخدمات التي تتدرج ضمن النشاطات الاقتصادية، والتي تعهد إلى المتعامل الاقتصادي.

وتشير المادة 28 من نفس المرسوم كذلك إلى الطبيعة الاقتصادية والتي يعبر عنها بالاستثمار.⁴ وتشير المادة 40 من نفس المرسوم الرئاسي إلى الجو التنافسي الذي يفرضه اقتصاد السوق، من خلال تقديم طلبات العروض.⁵

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 319-320.

² Art. 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015, " les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ".

³ المادة 24، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: " يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بالخدمات المتعلقة بالنقل والفندقة والإطعام والخدمات القانونية، مهما كانت مبالغها."

⁴ المادة 28، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: " يمكن المصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجة معينة خاصة بالتسيير أو الاستثمار."

⁵ المادة 40، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: " 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 الإجراء."

أما بالنسبة لتفويضات المرفق العام، يشير المشرع في المادة 207 من المرسوم الرئاسي 15-247، عن النشاط الاقتصادي كالتالي: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام، أن يقوم بتفويض تسييره إلى مفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف. ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام. وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية."

بالإضافة إلى ذلك، تطرق المشرع لتحديد مصطلح "المتعامل الاقتصادي" ضمن أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، باعتباره: "كل شخص طبيعي أو اعتباري أو هيئة عامة أو مجموعة من هؤلاء الأشخاص و/أو الكيانات، والذي يتعهد بتنفيذ أشغال، توريد اللوازم، تقديم الخدمات أو إنجاز دراسات."

وبالتالي، فإن نطاق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية مشروط بوجود علاقة اقتصادية، بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي. هذا المبدأ ساري المفعول عندما تنوي المصلحة المتعاقدة الاستعانة بمصادر خارجية أو تعيين النشاط الاقتصادي في سياق السوق، وخلق علاقة تعاقدية مع كيان منفصل عن الإدارة ولديه صفة تاجر.¹ لذلك، عندما تريد المصلحة المتعاقدة تلبية حاجات اقتصادية فإن هذا الطلب يكون موجه للمتعاملين الاقتصاديين، فإن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يكون فعالا وينتج آثاره الوظيفية. أما في حالة غياب الطبيعة الاقتصادية على الطلبات العمومية فلا يكون لمبدأ حرية الطلبات العمومية أي تأثير وتتعدم جميع وظائفه بالنسبة لهذه المرحلة.

البند الثاني: العقود المبرمة من طرف أشخاص القانون العام فيما بينهم

بما أن نطاق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية محدد بفعل وجود سياق اقتصادي، فلن يكون له أي تأثير عندما يكون الطلب العمومي موجه في سياق غير اقتصادي. وهذا هو الأساس في حالة العقود الداخلية في مجال الطلبات العمومية، عندما لا تقوم المصلحة المتعاقدة بالاستعانة

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 321.

بالمعاملين الاقتصاديين لتنفيذ العقد وتتجسد هذه الحالة عندما يتم إبرام العقد بين أشخاص القانون العام فيما بينهم.

ففي هذه الحالة، لا ينتج مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية آثاره القانونية. وبالتالي، على المصلحة المتعاقدة احترام الالتزامات الناشئة عن حرية الوصول فقط، لأنها لا تستهدف أي نشاط اقتصادي. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أشار إلى هذه الحالات من التعاقد في المادة 07 المطبة الأولى، من المرسوم الرئاسي 15-247: "لا تخضع لأحكام هذا الباب، العقود الآتية: - المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها." وهو ما يعبر عنه بعقود المنفعة العامة، أو ما يسمى "IN HOUSE" وهي عقود ذات منشئ قضائي على أساس النظر في القضايا التي تحدد العلاقة بين المصلحة المتعاقدة والطرف الآخر الذي له نفس سلطة المصلحة المتعاقدة، بهدف إنجاز خدمات أو توريد لوازم أو دراسات.¹

ومن صور عقود IN HOUSE نجد:

- IN HOUSE VERTICALE INVERSE، تتم هذه الحالة عندما تمنح الهيئة الخاضعة للرقابة الصفة العمومية إلى الهيئة المعنية بالرقابة.²

- IN HOUSE HORIZONTALE يتعلق هذا الإجراء بهيئتين إداريتين يخضعان لرقابة نفس الهيئة. هذا الإجراء يسمح لهذين الهيئتين تحرير صفقات فيما بينهم دون الدعوة للمنافسة. للإشارة رفضت محكمة العدل مؤخرًا الاعتراف بهذا النوع من إبرام العقود.³

وفي الأصل يثور سؤال حول إمكانية إخضاع هذا النوع من العقود للإجراءات الشكلية التي يفرضها المرسوم الرئاسي 15-247، من حيث الالتزام بالإعلان وإجراءات المنافسة. وللإجابة عن هذه الإشكالية تم البحث في الفقه المقارن، نجد القضاء الفرنسي: يستثني من نطاق عقود

¹ LIONEL LEVAIN, MATHIEU PRATS-DENOIX, Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes, JCPA, n° 16, avril 2015, P 301.

² Ce mécanisme est également dénommé " in house verticale inversé ". Les directives n'exigent pas de mise en concurrence lorsque l'organisme contrôlé attribue un marché au pouvoir adjudicateur contrôleur. Ibid.,

³ La relation in house horizontale concerne deux personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur. Ces dernières peuvent librement s'attribuer entre elles un marché. La Cour de justice a récemment refusé de reconnaître une relation in house dans cette hypothèse. Ibid.,

الصفقات العمومية العقود التي تبرم بين أشخاص القانون العام، بهدف ضمان خدمة عامة مشتركة وليس مجرد تقديم خدمات خاصة من إدارة عمومية إلى إدارة عمومية أخرى. وبالتالي، فإن أشخاص القانون العام ليسوا ملزمين بالإجراءات القانونية التي يفرضها قانون الصفقات العمومية. وبذلك فهي غير معنية بإجراءات قانون الصفقات العمومية.¹

وفي نفس السياق، يحدد المشرع الأوروبي أربعة شروط للاستفادة من التعاون بين القطاع العام-العام يتمثل في:²

1. حضور المصلحة المتعاقدة.

2. تجسيد الأهداف المشتركة.

3. تحقيق المصلحة العامة.

4. يجب ألا تتجاوز نسبة هذه العقود 20% من العقود المبرمة.

هذه الشروط تدل على عدم وجود سوق اقتصادية. وبالتالي، تبرر عدم تطبيق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي في الأمر رقم 2015-899، المتعلق بالصفقات العمومية، في المادة 18 منه.³

لذلك، فإن حرية الوصول للطلبات العمومية لها نطاق محدود بسبب وجود سوق اقتصادي. وبالتالي، فإن الوظيفة الأساسية لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هي إجبار المصلحة المتعاقدة بإتباع الإجراءات الشكلية للصفقات العمومية بصفة إلزامية.

¹ LIONEL LEVAIN, MATHIEU PRATS-DENOIX, op, cit, p 303.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 328.

³ Article 18 : « La présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies:

°1 La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général;

°2 Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 17. »
Abrogé par, **Décret n° 2018-1075** du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018.

الفرع الثاني: الوظيفة الاقتصادية لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

الغرض من هذه الدراسة في هذا الفرع، هو إثبات أن وظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هي التي تبرر الوجود الإجباري لإجراءات منح الصفقة العمومية. وفي هذا الشأن تكمن العلاقة بين المرحلة الأولى من الصفقات العمومية ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، كما تلزم هذه الوظيفة أيضا المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها (البند الأول). وبالفعل، فإن هذا التحديد هو الذي يكشف الطبيعة الإلزامية لإجراءات منح الصفقة ويحدد طبيعة الإجراء الشكلي لتنفيذ الصفقة العمومية (البند الثاني) وعلى هذا النحو، يختلف محتوى ومضمون مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وفقاً لعدة عوامل، وفقاً للخصائص والتكوين والأثر الاقتصادي للعقد المستقبلي.

البند الأول: وظيفة تأطير مرحلة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة

يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة وجوبا تحديد حاجاتها،¹ هذه الأخيرة هي التي تكشف الإلزامية إتباع الإجراءات الشكلية لمنح الصفقة، أو إتباع الإجراءات المكيفة. كما تحدد شروط الاختيار وفقا لكمية وخصائص الخدمات التي يتعين القيام بها.

ونتيجة لذلك، يكون لها تأثير حاسم على حرية وصول المرشحين للطلبات العمومية. وبالتالي، فإن تحديد الحاجات خطوة أساسية في عملية الطلب العمومي، لأن التحديد غير المدروس أو الخاطئ للحاجات يؤدي بالنتيجة إلى تشويه المنافسة وإساءة استخدام المال العام.²

كما يعزز التوجيه الجديد للمرسوم الرئاسي 15-247، إلى التحديد الجيد للحاجات، وقد يؤدي الإخلال بهذا الالتزام إلى إلغاء إجراءات منح الصفقة بالكامل. ومن هذا المنطلق، فإن المبدأ الوحيد الذي تستند إليه المصلحة المتعاقدة في إمكانية الإشراف والتأطير لمرحلة تحديد حاجاتها هو مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية. وعلى هذا الأساس، لا ينبغي الخلط بين تحديد الحاجات وبين الإعلان عن الصفقة. هذا الإجراء الأخير ينقل حاجات المصلحة المتعاقدة عبر

¹ المادة 27، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² لحول كمال، اختيار المشاريع العمومية دراسة مشروع الطريق السيار "شرق غرب"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص، تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013-2014، ص 87.

الوسائط الإعلانية، وفي هذه الحالة يتدخل مبدأ شفافية الإجراءات، لأن الإعلان عن هذه الحاجات بشكل غير كافي لا يسمح باقتراح عرض يلبي حاجات المصلحة المتعاقدة.¹

أما في حالة عدم كفاية محتوى الإعلان نتيجة لعدم تحديد جيد للحاجات ففي هذه الحالة يعتبر عدم كفاية محتوى الإعلان نتيجة مباشرة لضعف تحديد الحاجات، والسبب يرجع في ذلك لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وليس لمبدأ شفافية الإجراءات.²

وبالتالي، فإن تحديد الحاجات هو إجراء أولي ضمن المرحلة الأولى في الصفقات العمومية، يدخل ضمن الوظائف الاقتصادية لحرية الوصول للطلبات العمومية. وعليه، فإن حرية الوصول هي أساس القواعد المتعلقة بتحديد الحاجات، أما شروط الوصول للطلب العمومي هي التي تحدد اختيار الإجراء الشكلي لكيفية إبرام الصفقات العمومية، وطرق تنفيذها.³

البند الثاني: وظيفة إلزامية تطبيق الإجراءات الشكلية لمنح الصفقة العمومية

عندما تقرر المصلحة المتعاقدة صاحبة العقد، منح النشاط الاقتصادي إمكانية الوصول في سياق السوق. فإن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية المبدأ الأولي الذي ينتج آثاره. بسبب ارتباطه بالمرحلة الأولى من الصفقة العمومية. وبالتالي، يضمن هذا المبدأ وظيفة اقتصادية من خلال منح المرشحين المحتملين فرصة الوصول إلى الطلب العمومي. كما يضمن هذا المبدأ لأي مرشح محتمل أن يقرر ممارسة حريته في الوصول إلى الطلب العمومي عن طريق المشاركة في المنافسة، مما يسمح في الأخير للمصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد في ظروف المساواة والشفافية.

وفي هذا الإطار، يعني مصطلح "الحرية" من هذا المبدأ أن تضمن المصلحة المتعاقدة لجميع المرشحين الراغبين في أن يصبحوا طرفاً متعاقداً معها، تطبيق حرية المنافسة والاستفادة من جميع الإجراءات والتدابير القانونية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247. أما

¹ EFHYMIA LEKKOU, op, cit, p 360.

² Ibid, p 361.

³ المادة 59، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات."

مصطلح "الوصول" يعني الدخول الفعلي للسوق التنافسية عن طريق الإعلان عن المنافسة. وعلى العكس من ذلك، عندما لا تسفر "حرية الوصول" عن آثارها، لا تلتزم المصلحة المتعاقدة باحترام حرية المتعاملين الاقتصاديين في الدخول للطلب العمومي. وفي هذه الحالة، يجوز للمصلحة المتعاقدة منح العقد للطرف المتعاقد باختيارها.

وللتوضيح أكثر، فإن حرية الوصول للطلبات العمومية لا تعني وجود "حق الوصول للطلب العمومي". وبهذا المعنى، لا يضمن هذا المبدأ للمتعامل الاقتصادي أن يفوز بالعقد المستقبلي بشكل منهجي. بل يضمن فقط، للمرشح المحتمل، الحق في الاطلاع على وجود عقد مستقبلي، وحرية استغلال الفرصة للفوز بها. وبالتالي، فإن هذا المبدأ يعني أن: "المرشحين أو المتعهدين يحق لهم أن يمارسوا بحرية الوصول للطلبات العمومية."¹ وبالتالي، فإن تحقيق هذه الوظيفة الاقتصادية لحرية الوصول يكمن في الوجود الإلزامي لإجراءات منح العقد.

هذه الوظيفة الاقتصادية لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية لا تنشأ من تطبيق القوانين وحدها فقط، ما لم يساند هذا المبدأ بقية المبادئ الأخرى، فيضمن مبدأ المساواة في هذه المرحلة المعاملة بالمثل لجميع المرشحين المحتملين دون تمييز، أما مبدأ شفافية الإجراءات يضمن الإعلان الشاف والواسع على مستوى جميع وسائل الإعلان المتاحة قانوناً.

وفي ختام ما سبق، لا يتم التقيد بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، في غياب الإجراءات الشكلية لمنح الصفقة العمومية. وبالتالي، نجد بعض الحالات التي أوردها المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 كالتالي:

1. حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم.²

2. في الحالة التي يكون فيها مبلغ العقد أقل من المعيار المالي المحدد قانوناً، وفي هذه الحالة يمنع التعاقد مع نفس مقدم الخدمة بشكل منتظم،¹ كما يمنع تخصيص الطلب العمومي لتفادي المبلغ القانوني للصفقة العمومية.²

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 330.

² المادة 12، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

3. في حالة العقود التي لها غرض وخصائص معينة، نجد هذه الحالة عندما يتم اللجوء إلى الإجراءات المكيفة لبعض الخدمات المتعلقة بالنقل والفندقة والإطعام والخدمات القانونية،³ كذلك بالنسبة للعقود التي تكتسي طابعا سريا، أو حالة الصفقات التابعة للمؤسسات السيادية للدولة.⁴

ومعنا الحالات المنصوص عليها سابقا، فإن الوظيفة الاقتصادية لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هي التي تدعم الوجود الإلزامي للإجراءات الشكلية، وتؤدي بالتالي إلى تطبيق المبدأين الآخرين.

المطلب الثالث: وظائف مبدأ شفافية الإجراءات وعلاقته بالمراحل الثلاثة

ينتج مبدأ الشفافية آثاره القانونية في المرحلتين الثانية والثالثة من الصفقات العمومية. كما له طابع لاحق في المرحلة الأولى عند تطبيق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية بحيث يؤسس لوجود إجراءات منح وتكليف الوصول.

كما يتجسد وضوح الإجراءات في مسألة العناصر المرسلة إلى المرشحين، وفي شروط الدعوة للمنافسة. وبالتالي، تعتبر مرحلة الإعلان المرحلة الأساسية لأنها تحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية.⁵

وفي هذا السياق، تضمن الشفافية كفاءة الإجراءات، مما يسمح للمرشحين إعداد طلبات وفق الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة. كما أنه يجعل من الممكن الوقاية من جرائم الفساد في

¹ المادة 21، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تلجأ لنفس المتعامل الاقتصادي."

² المواد من 13 إلى 22، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ المادة 24، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المادة 52، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁵ يقصد بالإعلان: "هو إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط المنافسة ونوعية المواصفات المطلوبة في العقد ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال طلب العروض." والغاية من ذلك يجب أن لا يكون إبرام العقد الإداري بشكل سري، لكصا سي سيد أحمد، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، جامعة أم البواقي، العدد السابع، جوان 2017، ص 797.

مجال تنفيذ وإبرام الصفقات العمومية. وعلى العكس من ذلك، فإن عدم التواصل بشأن عناصر العقد المستقبلي يضر بفعالية الطلب العمومي والاستعمال الحسن للمال العام.

وعلى هذا النحو، تتطلب الشفافية من المصلحة المتعاقدة الإبلاغ عن العناصر الأساسية للعقد وإجراءات التنفيذ (الفرع الأول). كما يجب تحليل مسألة إعلان معايير اختيار العروض على وجه الخصوص، لأنه يكشف عن تمديد وظائف مبدأ الشفافية لمراحل سابقة (الفرع الثاني). هذه الشفافية ووضوح الإجراءات تسمح بالإبقاء على نزاهة وحياد المصلحة المتعاقدة طيلة مراحل الصفقة العمومية.¹

الفرع الأول: وظيفة شفافية الإجراءات ضمن المرحلة الأولى والثانية

يفرض مبدأ شفافية الإجراءات على المصلحة المتعاقدة نشر نوعين من المعلومات. فمن ناحية، يجب على المرشحين المحتملين الوصول إلى العناصر الأساسية للعقد المستقبلي من أجل إعداد عرض متوافق الخصائص المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة (البند الأول). ومن ناحية أخرى، يجب الإبلاغ عن إجراءات تنفيذ الطلب العمومي بحيث يتم إبلاغ المرشحين طرق وكيفيات إبرام الصفقة العمومية (البند الثاني). وفي الأخير الإعلان عن معايير انتقاء العروض (البند الثالث). وبالتالي، فإن مبدأ الشفافية يلزم المصلحة المتعاقدة باحترام هذه الشروط المعلن عنها طوال مراحل الصفقة العمومية.

لذلك، تعمل الشفافية، جنبا إلى جنب مع مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ويتجسد ذلك من خلال ضمان تحقيق كامل للإعلان الأولي. مما يسمح بحرية الوصول لمعلومات الصفقة، على نطاق واسع بما يكفي لاستدعاء أكبر عدد من المرشحين المحتملين.²

وبالتالي، تضمن الشفافية وضوح الإجراءات لضمان توافق العرض المقدم من المرشح وحاجات المصلحة المتعاقدة. وبذلك تساهم هذه المبادئ أي شفافية الإجراءات ومبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في فعالية الطلب العمومي.

¹ JENNIFER. MARCHAND, Réflexions sur le principe de transparence, RDP 2014, n° 3, p 687.

² لكصاسي سيد أحمد ، المرجع السابق، ص 799.

البند الأول: وظيفة الإعلان عن البيانات الإلزامية للعقد

لا يؤثر الإعلان عن البيانات الإلزامية الأساسية للعقد أي صعوبة، ولا سيما أن نصوص المرسوم الرئاسي 15-247 ينص على أن يظهر في إعلان طلب العروض التفاصيل الإلزامية التي تعتمد عليها المصلحة المتعاقدة في تحديد حاجاتها.¹

أما بالنسبة للصفقات العمومية المحلية الخاصة بالولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها تكون محل إشهار محلي وفق الكيفيات المنصوص عليها،² ووفقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247، تعتبر البيانات الإلزامية الواجب ذكرها ضمن إعلان طلب العروض هي البيانات المحددة في جوهرها طبيعة العقد، وغرضه ومدته وخصائصه الرئيسية. كما يجب أن تصف الغرض من العقد بطريقة دقيقة بما فيه الكفاية، في جميع وسائل الإعلان التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.

بالنسبة للعقود التي تقل مبالغها عن المعيار المالي المحدد في نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، على المصلحة المتعاقدة أن تختار بحرية الأساليب الإعلانية المتكيفة مع خصائص العقد، ولا سيما مبلغ وطبيعة العقد والأعمال أو المستلزمات أو الخدمات المعنية.³ ووفقاً لنص المواد، فإن الأمر متروك للمصلحة المتعاقدة في تحديد أساليب الإعلان المناسبة لخصائص العقد، وعلى وجه الخصوص الغرض من الصفقة، مقدارها، درجة التنافس بين المتعاملين الاقتصاديين.

هذه الأحكام تترك مجالاً تقديرياً للمصلحة المتعاقدة لاتخاذ قرار بشأن طرق الإعلان المسبق. وبالتالي، فإن شفافية الإجراءات يعتمد على مفهوم الإعلان الملائم. هذه الوضعيات تثير مسألة التفاصيل التي يجب أن تظهر في الإعلان عن الطلب العمومي.⁴ وفي هذا الصدد، نجد

¹ المادة 62، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 65، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ المادة 13، المرسوم الرئاسي 15-247: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب."

⁴ MOULOU SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, Guide de Gestion des marchés publics, Edition du sahel, Alger, 2000, p. 47.

اختلاف في مضمون بيانات الإعلان حسب كل هيئة عمومية، لذا نرى وجوب الاتفاق حول بيانات موضوع العقد، من حيث تضمينه معلومات متعلقة بالمصلحة المتعاقدة، طبيعة العقد وخصائصه، معايير منح العقد، مدة العقد، الموعد النهائي لتقديم العروض.¹

وبالتالي، يضمن مبدأ شفافية الإجراءات من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بتقديم معلومات مسبقة عن البيانات الأساسية للعقد، وظيفة وضوح الإجراءات التي تمكن المرشحين من تقديم عروض تلبي حاجات المصلحة المتعاقدة.² وفي هذا الإطار، تلزم الشفافية المصلحة المتعاقدة إعلام المرشحين بشروط الدعوة المستقبلية للمنافسة.

بالنسبة لتفويض المرفق العام، تنص كل من المواد 25-26-27 من المرسوم التنفيذي 18-199، على إجراءات الإشهار وتحديد البيانات الواجب إشهارها ضمن إعلان المنافسة.

البند الثاني: الإعلان عن شروط الدعوة للمنافسة

يلزم مبدأ شفافية الإجراءات المصلحة المتعاقدة بإعلان المرشحين عن إجراءات منح الصفقة. مما يسمح لهم بمعرفة إجراءات كيفية اختيار المتعامل المتعاقد. كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تذكر في الإعلان معايير تأهيل المرشحين و/أو المتعهدين. وهذا الالتزام واضح في حالة الصفقات العمومية، وكذلك بالنسبة لمعايير انتقاء العروض، وفي حالة إذا كانت المصلحة المتعاقدة تتطلب، الحد الأدنى من مستويات القدرات المهنية والتقنية والمالية، فيجب أن تذكر كل ذلك في دفتر الشروط.³

هذه الشفافية في معايير انتقاء العروض وتأهيل المرشحين أساسية، لأنها شرط مهم للوصول للطلبات العمومية. وفي هذا الشأن يشير NICOLAS BOULOUIS: " يمكن أن تتخذ المصلحة المتعاقدة من معايير انتقاء العروض وتأهيل المرشحين، وسيلة لممارسة منح امتيازات غير مبررة.

¹ المادة 64، المرسوم الرئاسي 15-247.

² عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017، ص 228.

³ المادة 66، المرسوم الرئاسي 15-247.

وبذلك تمنع وصول المرشحين المحتملين للطلبات العمومية، لذا يجب الإعلان عنها بحيث يمكن للمرشحين المحتملين الطعن فيها.¹

أولاً: بالنسبة للموعد النهائي لتقديم العروض وهو الوقت المنقضي بين تاريخ نشر الإعلان وتاريخ نهاية استلام العروض. وبالتالي، إن ذكر هذه التواريخ أمر أساسي، لأنه على أساسه يتم غلق إمكانية استلام عروض المرشحين ومن أجل ذلك يجب تنظيم مدة الإعلان، من أجل إتاحة الوقت الكافي للمرشحين للحصول على الوقت اللازم لإعداد وتقديم عروضهم.² وفي حالة عدم وجود نص قانوني يحدد المدة الزمنية يجب على المصلحة المتعاقدة أن تضمن وجود الوقت الكافي للسماح للمرشحين التقدم بعروضهم. وإلا فإن إجراءات إبرام ومنح العقد تكون معيبة. وعلى هذا الأساس فإن مدة الإعلان والموعد النهائي لاستلام العروض هي بيانات إلزامية يجب أن تظهر في الإعلان عن الصفقة وفي حالة إجراء تعديلات يجب إعادة الإعلان.

ثانياً: بالنسبة لبعض العقود، يكون لدى المصلحة المتعاقدة إمكانية التفاوض قبل اختيار المتعامل المتعاقد، وبالتالي فإن السؤال المطروح هل يوجد ما يلزم المصلحة المتعاقدة بأن تذكر في بيانات الإعلان عن نيتها في اللجوء إلى التفاوض؟

وفي سياق مجال البحث، لم نجد في الفقه والقانون الجزائري ما يفيد الإجابة حول هذا الإشكال. وبالرجوع للفقه المقارن خاصة لدى مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر له في 18 ديسمبر 2015، وفي ملخص هذا الحكم يؤكد أنه: "إذا قررت المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التفاوض في سياق إجراء ما، يجب عليها إبلاغ المرشحين من بداية الإجراء ولا يمكن التخلي عن التفاوض خلال هذا الإجراء. بالإضافة إلى ذلك، يجوز للمصلحة المتعاقدة أيضاً أن تبلغ المرشحين، بأنها تحتفظ بالحق في التفاوض، دون الإقرار بإجراءات التفاوض."³

وباختصار، يلزم مبدأ شفافية الإجراءات المصلحة المتعاقدة بتقديم معلومات مسبقة ومناسبة عن البيانات الأساسية للعقد، وكذلك شروط الدعوة للمنافسة.⁴ ومن أجل تعزيز أكثر لشفافية

¹ Marie-Charlotte Bontron, op, cit, p 432.

² عميري أحمد، المرجع السابق، ص 230.

³ Marie-Charlotte Bontron, op, cit, p 433.

⁴ عميري أحمد، المرجع السابق، ص 232.

الإجراءات، يتعين على المصلحة المتعاقدة في حالة إجراء تعديلات على موضوع العقد، أو شروط الدعوة للمنافسة، أن تعلن ذلك لجميع المرشحين عن طريق إعلان ثاني، وذلك قبل تاريخ تقديم العروض.

البند الثالث: الإعلان المسبق لمعايير انتقاء العروض

عقود الصفقات العمومية هي عقود يتم إبرامها في الكثير من الأحيان بواسطة متعاملين اقتصاديين، وبذلك يكون لها اهتمام اقتصادي كبيراً بالنسبة لهم. وبالتالي، فإنها تحتل مكاناً مهماً لوصول هذه المؤسسات-أي المتعامل الاقتصادي-إلى الصفقات العمومية.¹ بالإضافة إلى ذلك، بالنسبة لهذا النوع من العقود، تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة باختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية، مما يجعلها لا تملك مساحة كافية لممارسة سلطتها التقديرية في اختيار معايير انتقاء العروض.

ولذلك، فإن مسألة وضوح الإجراءات أمر أساسي، بحيث يمكن للمرشحين المحتملين من اقتراح حل يلبي الحاجات ويطابق المعايير التي حددتها المصلحة المتعاقدة.² هذا هو السبب في وجود قيود قانونية واضحة تتعلق بالإفصاح عن معايير انتقاء العروض وطريقة تنفيذها.

وبخصوص عقود الصفقات العمومية، ينص المرسوم الرئاسي 15-247، على إجراءات الإعلان عن معايير انتقاء العروض. وفي هذا الصدد، تنص المادة 78 على أنه: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبط بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة...". ومن ثم، هناك التزام نصي واضح لا لبس فيه بشأن الإعلان عن معايير انتقاء العروض وأساليب تنفيذها.

لذلك، يتطلب مبدأ شفافية الإجراءات من المصلحة المتعاقدة أن تعلن بوضوح معايير انتقاء العروض وكيفية تطبيقها، بحيث لا يمكن تفسير هذه المعلومات بطريقة متباينة من قبل المرشحين المحتملين الذين اعتادوا تنفيذ مثل هذه الصفقات العمومية بشكل مستمر. وبالتالي، فإن وظائف

¹ FRANÇOIS LLORENS, La transparence des procédures, Contrats et marchés public. 2004.

² المادة 27، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الشفافية تجعل من الممكن ضمان وضوح الإجراء.¹ كما تلزم المصلحة المتعاقدة بعدم الرجوع عن الطريقة المعلن عنها بخصوص تقييم العروض.² إلا أن الإشكال يصبح أكثر تعقيدا بالنسبة لشفافية المعايير الفرعية. والقاعدة العامة هي لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تطبق قواعد ترجيح أو معايير فرعية لم يتم الإعلان عنها ولم تكن معروفة لدى المرشحين عند إعداد عروضهم طبقا لنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247.³

وفي الأخير يجب الإشارة، إلى أن إجراء الإعلان المسبق لمعايير الاختيار يسمح بالمساواة في الوصول إلى المعلومات. إلا أنه ليس من صميم وظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين التي تبرر، وتشجع على مثل هذه الإعلانات بحد ذاتها. ولكن الحاجة إلى مثل هذه الإعلانات يفيد المرشحين بالدرجة الأولى من حيث إعداد عروضهم. ولذلك، فإن وضوح هذه الإجراءات والتحكم في نزاهتها، من وظائف مبدأ شفافية الإجراءات، التي تقوم على أساس المعلومات السابقة والمناسبة لمعايير انتقاء العروض.

الفرع الثاني: وظيفة التحقق من نزاهة الإجراءات ضمن المرحلة الثالثة

ترتبط وظيفة وضوح الإجراءات بالوظائف الأخرى لمبدأ الشفافية، وهي التحقق من نزاهة إجراءات منح الصفقة العمومية. وذلك من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن المنح المؤقت(البند الأول). بالإضافة إلى إمكانية حصول المرشحين غير ناجحين على المعلومات المتعلقة برفض ملفات ترشيحهم وعروضهم(البند الثاني). هذا الإجراء يمكنهم من ممارسة حقهم في الطعن ومعارضة قرار المنح.

وفي هذا السياق، وكجزء من وظائف مبدأ شفافية الإجراءات يتم تأسيس مبدأ التحقق من نزاهة إجراءات منح الصفقة العمومية، كمؤسس للحماية القانونية الفعالة لمصالح الإدارة.⁴

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 436.

² FRANÇOIS LLORENS, op, cit.

³ أنظر كذلك، المواد من 40 إلى 54، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ FRANÇOIS LLORENS, La transparence des procédures, Contrats et marchés public. 2004.

البند الأول: الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن رغبتها في التعاقد وجوبا وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247، وقد اشترط المشرع أن يكون الإعلان عن الرغبة في التعاقد عن طريق الإشهار الصحفي وجوبا، سواء كانت طريقة التعاقد طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود أو المسابقة أو التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.¹ كما أدرج المشرع في الفقرة 2 من المادة 65، من نفس المرسوم الرئاسي السابق، أنه يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا، مع تحديد السعر، وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة. فالنص على إمكانية النشر لا يسمح لمقدمي العروض من معرفة مكانتهم بالنسبة للفائز بالعرض. فهذا الأمر، لا يضمن لعملية الإبرام كل الشفافية اللازمة وينتج عن هذا تحريف لمسار حرية الوصول للطلبات العمومية. وبالتالي، فتح المجال لممارسات غير نزيهة.

ضف إلى ذلك، إلزامية تقديم المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة 158 من المرسوم الرئاسي 15-247، بداية كل سنة مالية قائمة بكل الصفقات المبرمة خلال السنة المالية السابقة وكذا المستفيدين منها، والبرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الانطلاق فيها خلال السنة المعنية، مع إمكانية التعديل أثناء نفس السنة مع إجبارية نشر المعلومات المذكورة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة، وتعفى من هذا الإجراء الصفقات العمومية التي تكتسي طابعا خاصيا لا يمكن نشرها.

البند الثاني: نزاهة المعلومات المقدمة للمرشحين غير الناجحين

بالنسبة لعقود الصفقات العمومية تنص المادة 82 فقرة الرابعة: " يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو، في إعلان المنح المؤقت للصفقة، المرشحين والمتعهدين الراغبين في الاطلاع

¹ تنص المادة 65، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنه يحزر الإعلان باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية، الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا. " وفي هذه الحالة، يجب أن تكون الأسباب التي أعطيت للمرشح مفصلة بما فيه الكفاية لكي يمارس حقه في الطعن.

زيادة على ذلك، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تراعي عند إبلاغها بأسباب رفض عرض المرشح ممارسة شفافية الإجراءات، لأن تطبيق هذا الأخير يمكن أن يكون غير نزيه. وذلك في حالة عدم احترام مبدأ سرية الأعمال التجارية للطرف المنافس. وفي هذا الخصوص، ينص مجلس الدولة الفرنسي على أنه: " لا يجوز للهيئة المانحة للعقد أن تنقل معلومات قد يؤدي الإفصاح عنها إلى الإضرار بالمصالح التجارية المشروعة للمؤسسات أو قد يضعف المنافسة فيما بينهم."¹

ونتيجة لما سبق، فإن لمبدأ شفافية الإجراءات ووظيفة ضمان فعالية التقاضي. وبالتالي، تساهم في تعزيز الرقابة على نزاهة إجراءات منح الصفقة العمومية. وفي هذا السياق، يبدو أن وظيفة مبدأ شفافية الإجراءات آخذة في التوسع من حيث تجسيد فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p. 436.

اكتسبت كل من حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات صفة مبادئ ضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وباعتبارهم وحدة وظيفية لا تتجزأ يشكلون مجموعة من القواعد تنسب إليها وظيفتين رئيسيتين تتمثل الأولى في حماية الأهداف العامة المشتركة والمتمثلة في فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والثانية تتجسد في تبني التوجهات الجديدة للسياسة العامة للدولة.

هذا المفهوم السائد لدى وظائف مبادئ الصفقات العمومية والذي كان ينظر إليها كوحدة وظيفية مشتركة غير قابلة للانفصال أدى إلى طرح التساؤل في إمكانية تحديد وظائف كل مبدأ ضمن المجموعة التي تشكلها؟

التصور الزمني لمبادئ الصفقات العمومية ساهم في تحديد وظائف خاصة ومحددة لكل مبدأ وبالتالي تفهم حرية الوصول للطلبات العمومية كتعبير عن المساواة في الوصول إلى الطلبات العمومية والشفافية تعني الامتثال لمتطلبات الإعلان والمنافسة الشريفة وترجم فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام في اختيار العرض الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية.

بعدما تم التطرق باختصار في المبحث السابق، لتحديد وظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وشفافية الإجراءات حسب المراحل الزمنية الموافقة لكل مبدأ. فقد أشرنا سابقا بأننا سوف نخصص هذا الفصل من الدراسة، لتحديد الوظائف الخاصة لمبدأ المساواة والذي ينتج آثاره في المرحلة الأولى والثانية من الصفقات العمومية.

وعلى هذا الأساس، سوف نتطرق لجزئيات هذه المرحلة وتفاصيلها الدقيقة. وبعبارة أخرى، فإن الغاية المحددة للمصلحة المتعاقدة الواجب بلوغها في مرحلة اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، يفرض تحديد الوظيفة الخاصة لمبدأ المساواة في هذه الجزئية، والتي تتجسد من خلال تحديد معايير انتقاء العروض ضمن المرحلة الأولى من تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة (المبحث الأول).

كما تبرز أهمية الوظيفة الثانية لمبدأ المساواة، في دور المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل الاقتصادي، والتي تخدم غرضا آخر محدد، يتمثل في تأهيل المرشحين والمتعهدين بما يسمح به القانون. بغرض الوصول لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، من خلال اعتماد الإجراءات العملية الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 15-247، من أجل اختيار أحسن عرض (المبحث الثاني).

ولأن أهمية الجزئية الأخيرة من المرحلة الثانية من عمر الصفقة العمومية، حاسمة ومكملة للمراحل التي سبقتها، والمتمثلة في إقامة موازنة فعلية بين معايير انتقاء العروض المحددة سلفا من قبل المصلحة المتعاقدة والعرض المقدم من المرشح الفعلي للصفقة العمومية. وجب تأطير هذه المرحلة بوظائف مناسبة وخاصة تساعد لجنة فتح وتقييم العروض الاعتماد عليها، لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: وظيفة تحديد وتنفيذ معايير انتقاء العروض

يتم تحديد معايير انتقاء العروض بشكل عام من قبل المصلحة المتعاقدة، وذلك قبل البدء في إجراءات إعداد منح الصفقة أي بعد تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة. ولذلك يتصور البعض بأن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو الضابط في تحديد معايير انتقاء العروض. إلا أن الواقع العملي يثبت أن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين هو المسؤول بالدرجة الأولى في تحديد معايير انتقاء العروض. والضابط في ذلك أن تنفيذ معايير انتقاء العروض يتم بعد مرحلة الوصول إلى المنافسة، أي عند دخول المرشحين الفعليين (الحقيقيين) بالفعل في المنافسة. ومن ناحية أخرى يقتصر دور معايير انتقاء العروض في اختيار الطرف المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة. لهذا السبب ليس لهذه المعايير أي علاقة بدخول المرشحين إلى المنافسة، ومن هذا المنطلق يتم التمييز بين معايير اختيار تنفيذ الطلبات، ومعايير انتقاء العروض أثناء مرحلة فتح وتقييم العروض.¹

وبالتالي، يجب تناول معايير انتقاء العروض ضمن المرحلة الثانية من مراحل منح الصفقات العمومية، على أساس مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وفي هذا الصدد، تعتبر مسألة تحديد وتنفيذ معايير اختيار العروض أمر ضروري بالنسبة لمبدأ المساواة بين المرشحين. وفي الواقع، في هذه المرحلة يتم تحديد معايير الاختيار، كما تحدد المصلحة المتعاقدة مسبقا الاختيار الذي ستجريه. ولذلك، فإن أي رقابة تمارسها أي سلطة مختصة تولى اهتماما خاصا بهذه المرحلة، وبالخصوص التأكيد بأن المعايير المعتمدة ليست معايير تمييزية لصالح مرشح دون البقية.²

ولذلك، فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين له وظيفة وضع معايير انتقاء العروض في تنظيم الصفقات العمومية. بالإضافة إلى ذلك، فإنه يضمن الإطار القانوني لوضع هذه المعايير بهدف انتقاء أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية، واختيار المتعامل المتعاقد وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247(المطلب الأول).

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 490.

² المادة 156، المرسوم الرئاسي 15-247.

أما بالنسبة لوظيفة تنفيذ معايير انتقاء العروض، والتي تثير إشكالية في تطبيق مبدأ المساواة بين العارضين، خاصة فيما يتعلق بوضع معايير تسمح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والحرفيين بالوصول للطلبات العمومية. بالإضافة لما يتعلق بإدراج معايير متعلقة بالبيئة و/أو بالتنمية المستدامة... إلخ. الأمر الذي يضع المصلحة المتعاقدة وبالأخص لجنة فتح وتقييم العروض في مواجهة إشكالية اختيار المتعامل المتعاقد، خاصة إذا كان عدد لا بأس به من المتعاملين الذين بوسعهم القيام بهذه الطلبات بما يتوافق مع ما حدد من معايير لانتقاء العروض، وقد تتساوى حتى عروض المرشحين في حد ذاتها. وعليه، فإن تطابق العرض والطلب ليس بالأمر الحاسم في عملية الاختيار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وظيفة تحديد معايير انتقاء العروض

إن شرط وجود علاقة بين موضوع الصفقة ومعايير انتقاء العروض ضروري جداً، لأن المعيار الذي لا يرتبط بموضوع الصفقة سيكون على الأرجح تمييزياً، ويعد خرق لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. ويجب أن تكون هذه المعايير كذلك دقيقة بما فيه الكفاية حتى لا تترك الخيار التقديري للمصلحة المتعاقدة.¹

وبالإضافة إلى ذلك، يجب أن تضمن إمكانية المنافسة الحقيقية، بمعنى أن هذه المعايير يجب ألا تقيد المصلحة المتعاقدة في اختيار مسبق لمرشح على حساب جميع المرشحين. هذه الحتمية من الدقة تستلزم القوة المعيارية أو ما يسمى بالمعايير الإلزامية. بحيث يجب أن تكون هذه المعايير محددة ومتصلة بموضوع العقد ومتطابقة مع شروطه في الأداء. (الفرع الأول)

أما في حالة اعتماد معيار إضافية، نظراً للغرض من الصفقة، خاصة إذا كان موضوع الصفقة معقد أو ذو خصوصية كبيرة. فيسمح باللجوء لمثل هذه المعايير شريطة أن يتم الإعلان عنها، وأن تتلاءم مع ما يمكن أن يكون لدى هذه المؤسسات من قدرات (الفرع الثاني).

أما بخصوص، تحديد الحد الأدنى المعتمد من طرف المصلحة المتعاقدة، بغرض تأهيل المرشحين. فقد أجاب الرأي القانوني رقم: 234، الصادر بتاريخ 20 مارس 2016، في جزئيته

¹ GREGORY KALFLECHE, op. cit, p 623.

الأولى بقوله: "1/ يقصد بتحديد القدرات المهنية والتقنية والمالية الدنيا للمرشحين المنصوص عليها في المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247، الشروط الدنيا الواجب توفرها في المرشحين والتي تسمح بتأهيلهم لتقديم تعهد، كصنف أدنى في شهادة التصنيف والتأهيل المهني بالنسبة لصفقات الأشغال، وحد أدنى للمراجع المهنية، وحد أدنى لرقم الأعمال... إلخ."¹

الفرع الأول: وظيفة تحديد المعايير الإلزامية

سبق وأن أشرنا سابقا، أن عملية اختيار المتعامل المتعاقد هي من اختصاص المصلحة المتعاقدة طبقا لمبدأ حرية التعاقد. وقد عمد المشرع الجزائري على تأطير هذه المرحلة من أجل الحصول على أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، في إطار تحقيق المساواة بين جميع المرشحين. من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بمعايير محددة وجب عليها التقيد بها، وذلك بدليل نص المادة 78 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تنص على: "ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية..." وبذلك نلاحظ وجود عبارة الوجوب في نص المادة السابقة الذكر، على خلاف التنظيمات السابقة التي تلزم الإدارة بمعايير معينة ومحددة يتعين عليها التقيد بها.²

ومن هذا المنطلق، قام المشرع الجزائري بتعداد مجموعة من المعايير وألزم المصلحة المتعاقدة أن تؤسس عليها منح الصفقة العمومية، فقد يكون معيار الاختيار قائما على أساس تعدد معايير حددها التنظيم (البند الأول)، أو يكون قائما على أساس معيار السعر وحده متى سمح موضوع الصفقة العمومية بذلك (البند الثاني).

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 234 وم.ق.ص.ع /م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 20 مارس 2016.

² المادة 56، المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي 15-247: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على نظام تنقيط مؤسس لاسيما على ما يأتي:..."

البند الأول: وظيفة تحديد معايير انتقاء العروض بناء على تعدد المعايير

يقوم مبدأ المساواة بإرساء الأسس والقواعد القانونية الصحيحة لاختيار المتعامل المتعاقد. في أهم مرحلة من عمر الصفقة العمومية، من خلال وظيفته المسماة بتحديد معايير انتقاء العروض. سواء كان الفائز بالصفقة مقاول يعهد إليه أمر التشييد أو البناء أو الترميم. أو مورد يملك أحسن المنتجات وأفضلها بنوعية وجودة عالية، خاصة جودة الصنع. أو مقدم الخدمات العامة التي تتطوي على نوعية وكفاءة وتكنولوجيا عالية. أو متعهد بتقديم مخططات ودراسات ذات نوعية من طرف مكاتب دراسات متنافسة.¹ وهو ما يتوافق مع الرأي القانوني رقم 945، في جزئته الرابعة، بقوله: "4/ طبقاً لأحكام المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، لا يمكن أن تكون قدرات المؤسسة موضوع اختيار العرض.

وعليه لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اعتماد المراجع المهنية والحصائل المالية كمعيار اختيار العروض.²

وفي سياق العمل الحالي، أورد المشرع بعض من هاته المعايير ولم يحمها من أجل السماح للمصلحة المتعاقدة باستعمال معايير أخرى. وفي هذا البند من الدراسة، سوف نتطرق لمعيار النوعية والمتعلق بالجودة في أداء الخدمات (أ)، ثم لمعيار أجل التنفيذ (ب)، بالإضافة لكل من معيار المتطلبات الاجتماعية (ت) ومعيار البعد البيئي (ث)، كذلك المعيار المتعلق بالتسوية الفنية للعروض والمتمثل في معيار القيمة التقنية (ج) والتطرق كذلك لكل من معيار خدمة ما بعد البيع (ح) ومعيار شرط التمويل (د).

أ. معيار النوعية

يعتبر معيار النوعية من أهم المعايير التي تشكل الحيز الكبير للمنافسة، فغالبا ما تلجأ المصالح المتعاقدة إلى إجراء منافسة محدودة من خلال أسلوب طلب العروض المحدود أو أسلوب

¹ محمد الجبالي، قضي صالح، نصر الدين خير الله، إدارة الجودة في مشاريع التشييد في سوريا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الأول، 2006.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 945 و.م.ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2015، بتاريخ 15 ديسمبر 2015.

المسابقة، لاستدراج المرشحين الذين يمتلكون الكفاءة والنوعية في الأداء والخدمة، فيلجأ إلى معيار النوعية كمعيار حاسم لاختيار أحسن عرض، خاصة بالنسبة للصفقات العمومية التي يحتاج تنفيذها إلى النوعية والجودة في التنفيذ.

وعلى هذا الأساس، نجد أن معيار النوعية أخذ عدة مصطلحات متعددة من بينها:¹

1. الجودة في أداء الخدمات المطلوب تنفيذها، وذلك بطريقة صحيحة وباستخدام الطرق العلمية الموثوق بنتائجها.
2. الجودة والملائمة للاستعمال أو الغرض.
3. المطابقة للمتطلبات والمواصفات.
4. الجودة في إرضاء الزبون.
5. النوعية هي درجة التميز.

وبالتالي، يتحقق معيار النوعية بوجود ما يثبت ذلك من طرف المزود بالخدمة كشهادات نظام الجودة، أو إمكانية استعمال المذكرة التقنية من أجل التتقيط.² وبذلك فإن معيار النوعية يحقق الأهداف التالية:³

1. يتم تخفيض الانتكاسات وسوء التنفيذ على مستوى المشاريع المنجزة.
2. الإجابة على الحاجيات وفق المعطيات والمواصفات الفنية.
3. تحسين التوازن الاقتصادي بين العرض والطلب، حيث يتم ضمان التنفيذ الجيد للخدمات دون التكرار في تنفيذها في حالة فشل وسوء تنفيذها.

أما بخصوص إشكالية تطبيق معيار النوعية، وآثاره على مبدأ المساواة فنجد، قد يخدم بعض المؤسسات على حساب أخرى، خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي لديها ضعف في تقديم الخدمات، نظرا لافتقارها للخبرة والعمالة الفنية المدربة،¹ ومشكلة التمويل التي تواجهها.

¹ محمد الجيلالي، قصي صالح، نصر الدين خير الله، المقال السابق.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 425 و.م.ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع / م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 ماي 2016.

³ محمد الجيلالي، قصي صالح، نصر الدين خير الله، المقال السابق.

وفي سياق تعزيز الإجراءات المتخذة في هذا الشأن، نجد الرأي القانوني رقم 234 في نقطته الرابعة يجيب كالتالي: "4/ يجب على المصالح المتعاقدة، عندما يمكن تلبية بعض حاجاتها من قبل المؤسسات المصغرة، تخصص هذه الخدمات حصريا، يجب الرجوع إلى القرار الوزاري المشترك 29 أبريل 2014، الذي يحدد كليات تطبيق المنح التفصيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، والذي يبقى ساري المفعول طبقا للمادة 118 من المرسوم الرئاسي 15-247".²

ب. معيار أجل التنفيذ

يقصد بأجل التنفيذ الفترة الزمنية لإنهاء كل الأعمال المتعلقة بإنجاز الأداءات محل العقد وتسليمها للمصلحة المتعاقدة،³ وبذلك فإن الأجل الأقصى هو الذي يحقق الفعالية الزمنية لأي عقد من العقود، حيث أن البطء في التنفيذ وطول الآجال قد يؤدي في بعض الأحيان إلى شل مرفق عام برمته. فتشترط المصلحة المتعاقدة أجلا معقولا، وعلى أساسه ترفض كل العروض التي يقترح أصحابها آجال إنجاز تفوق هذا الأجل، وتقبل بقية العروض دون اللجوء إلى تنقيطها، أو أن يتم ترك الاقتراح مفتوحا للمنافسة.⁴

وبالتالي، يتم تنقيط الأجل الأقصى بالنقطة القصوى، ومع ذلك يجب أن تراعى المعقولية والتوسط في النقطة الممنوحة بصدد معيار الأجل، بحيث يجب أن لا يدخل أجل التنفيذ كعامل مهم في الاختيار، خصوصا وأن بعض المرشحين يقترحون آجال أقصر بهدف الحصول على أكبر نقطة تمنح لهذا المعيار.⁵ لذلك وجب على المصلحة المتعاقدة تقدير معيار الأجل قبل قيامها بتقييم العروض بغرض معرفة الأجل المناسب والمجدي لتنفيذ الخدمة. وأن لا تقف على ما اقترحه

¹ أيت عيسى عيسى، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، آفاق وقيود، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر العدد السادس، 2008، ص 276.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 234 و/م.ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 20 مارس 2016.

³ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p 175.

⁴ مريان حورية، الأجل في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-01، 2012-2013، ص 24.

⁵ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 197.

العارضون. وفي إطار الحرص على المزيد من تفعيل التدابير المتعلقة بالتحكم في الآجال، وتجسيد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. تقوم المصلحة المتعاقدة بمقارنة بين الآجل الذي حددته والآجل الأقرب إليه ليكون هو العرض الأفضل بميزان معيار أجل التنفيذ.

غير أنه من آثار اعتماد هذا المعيار، أن تكون معايير الاختيار متلائمة مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته. ومثل هذا الحكم يلزم أن تكون معايير الاختيار متلائمة، أي تكون المعايير مساوية ومعادلة لما يطلب من أداءات، وهذا بالنسبة لجميع الصفقات العمومية. إلا أن هذا الأمر لا يصلح في حالات الاستعجال الملح المعطل بخطر داهم، لأن العبرة هنا بالآجل، أي أجل التنفيذ وهذا ما حددته المادة 12 من المرسوم 15-247،¹ التي اعتبرت السعر والنوعية وآجال التنفيذ معايير اختيار المتعامل المتعاقد، لأنه الأجدر على تنفيذ هذه الصفقة ومواجهة هذا الظرف الإستعجالي، باعتبار معيار الآجل أوجد في مثل هذا الوضع.

ت. المعيار الاجتماعي

نص عليه المشرع في المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث أكد على النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل وذوي الاحتياجات الخاصة. وبذلك يكون المشرع قد استجاب لمتطلبات هذه الفئات الاجتماعية التي يتم حرمانها في كثير من الأحيان من ولوج سوق العمل. وذلك من خلال إدماج معيار لاختيار أفضل عرض اجتماعي.² غير أن هذا المعيار لا يطبق إلا في حالة الصفقات العمومية ذات الطابع الاجتماعي، بشرط أن لا يكون هذا المعيار تمييزيا يؤدي إلى إقصاء فئة من المتعاقدين، وأن يذكر في دفتر شروط الصفقة حتى يتم الحصول على أفضل عرض اجتماعي.³

¹ عرفت المادة 12، المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حالات الاستعجال كالتالي: "في حالة الاستعجال الملح المعطل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية..."

² صبيحة لوافي، نظام الإدماج وإعادة الإدماج المهني والاجتماعي للمعوقين في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 193.

³ CATHERINE RIBOT, La passation des marchés publics, éditions le moniteur, Paris, 2007, p 283.

ومثال ذلك، ما ألزم به المشرع في دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال والنقل، على أنه يجب على المقاول تقديم بيان جميع المعلومات التي من شأنها أن تفيد العاطلين المحتاجين للاستخدام. كما يلتزم المقاول بتجديد تلك البيانات في الوقت المناسب، كلما وجد نفسه مضطرا إلى تشغيل جديد.¹

ث. المعيار البيئي

تسعى المصلحة المتعاقدة عند إبرامها للصفقات العمومية مراعاة البعد البيئي كأساس لاختيار المتعامل المتعاقد، باعتباره صاحب أفضل عرض بيئي. وذلك في ظل الصفقات العمومية الإيكولوجية، خاصة وأنه قد تبين خلال الفترة الماضية أن عددا من المشاريع التنموية قد أفرزت العديد من الآثار البيئية غير المرغوبة، مما جعل من الضروري أخذ بالحسبان أثناء مراحل التخطيط والتنفيذ والتشغيل للمشاريع التنموية، اعتماد معيار البيئة في مجال الصفقات العمومية.²

ومن هذا المنطلق، أصبح المعيار البيئي في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد معيارا ضروريا من منظور التنمية المستدامة، وهذا ما عمد عليه المشرع بحيث أدرجه ضمن المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وبالتالي، يتجسد تطبيق المعيار البيئي في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد، صاحب أفضل عرض بيئي وهو العرض الذي يستجيب للشروط البيئية في ظل احترام مبادئ الصفقات العمومية. وبالخصوص مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، حيث يجب أن يكون هذا المعيار غير تمييزي ولا يؤدي إلى إقصاء العديد من المتنافسين.³ ولتقادي هذه الإشكالية، ألزم المشرع الفرنسي ضمن قانون الصفقات العمومية الفرنسي، أسلوب محدد في قائمة الوثائق والمعلومات التي تطلب من المرشحين، والتي يحصلون عليها من السلطات والمنظمات المختصة والتي تثبت عدم تأثير تنفيذ

¹ ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 1998 إلى اعتبار المعيار الاجتماعي معيار مساعد أو إضافي يلجا إليه

في حالة المقارنة بين العروض لاختيار أفضل عرض بينها. أنظر، MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p 190

² تجدر الإشارة إلى أن مرحلة تحديد الحاجات، لاعتبارها المرحلة الأساسية والمهمة في تعريف موضوع الصفقة، تتضمن كل الاعتبارات البيئية من خلال إجراء دراسات التأثير البيئي، أو ما يعرف بدراسة الجدوى البيئية، وذلك لدراسة المشكلات البيئية ومعالجتها. لحول كمال، المرجع السابق، ص 90.

³ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p 200.

المشاريع والمشتريات على البيئة.¹ فهناك من المؤسسات الخاصة في مجال البناء والتجهيز لديها نظام بيئي في التسيير الإداري والاقتصادي المتعلق بمختلف المشاريع التي تتجزأها، كتعاملها مع النفايات بطريقة متطورة، إضافة إلى استخدام أكفأ التكنولوجيات وأنظفها مما يجعلها تستهلك أقل قدر من الطاقة.²

كما أشارت المادة 48 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، ضمن القدرات الاقتصادية والمالية والتقنية والمهنية، بأنه باستطاعة المصلحة المتعاقدة أن تفرض على المرشحين للصفقة تقديم معلومات في مادة حماية البيئة.³ كشهادة النوعية التي تسلم من قبل المنظمات المختصة المتواجدة على المستوى الأوروبي، بالنسبة للصفقات المتعلقة بالأشغال أو الخدمات والتي تنفذ وفقا لمقاييس التسيير البيئي (EMAS)، أو على المقاييس الأوروبية والعالمية في تسيير البيئة.

بشكل عام، يشكل معيار البيئة معيارا مهما لاختيار أحسن عرض بيئي. إلا أن الواقع العملي، يثبت أن المصالح المتعاقدة تلجأ لهذا الأخير بهدف خرق مبدأ المساواة بالرغم من صدور المرسوم التنفيذي رقم 07-145،⁴ المعدل والذي يحدد قائمة المشاريع التي تخضع لدراسة مدى التأثير وقدرها بـ 29 مشروع، ليتم رفع عددها إلى 35 مشروع بموجب المرسوم التنفيذي 18-255، المعدل للمرسوم التنفيذي السابق، نجد من بين هاته المشاريع مشاريع بناء مدن جديدة،

¹ RAPHELE CHARLIER, Les Critères Environnementaux Dans Les Marchés Publics, AJDA, 2007, p 56.

² عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تثمين استعادة النفايات... ضرورة بيئية ومنجم ذهب "ساورة نت أنموذجا"، الملتقى الدولي، الاطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر "الفرص والتحديات"، يومي 30 و 31 جانفي 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر.

³ Article 48, Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016

I. - Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et notamment qu'il est en règle au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés ;

2° Les documents et renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat conformément à l'article 44.

II. - Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché public. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

III. - Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché public.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 07-145، بتاريخ 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق محتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، (ج.ر، 34، المؤرخة في 22 ماي 2007). المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 18-255، بتاريخ 09 أكتوبر 2018، (ج.ر 62، المؤرخة في 17 أكتوبر 2018).

ومشاريع التتقيب والخطوط الكهربائية، ومشاريع إنجاز مراكز توليد طاقة الرياح والطاقة الشمسية. أما المشاريع التي تخضع لموجز التأثير فهي 17 مشروع، تم ذكرها ضمن الملحق الثاني للمرسوم التنفيذي 18-255.

ج. معيار القيمة التقنية

ينصب هذا المعيار على كل المحددات المتعلقة بالتسوية الفنية للعرض، مثل منشأ التوريدات، أو منشأ المواد المستعملة في تنفيذ الأشغال، والحلول المقترحة في التنفيذ والأجهزة والآلات والمعدات التي سوف تستخدم، وشهادات الجودة التي يحوزها المنتج.¹

كما يجسد هذا المعيار كافة الضمانات الفنية المتعلقة بالعرض، والمتمثلة في الوسائل البشرية ومدى كفاءتها وتطورها، والوسائل المادية ومدى حداتها وعملها بالطرق التكنولوجية، وكذا المراجع المهنية. وحرصاً على التطبيق الصارم للمساواة بين المرشحين، يشترط المشرع على المصلحة المتعاقدة حتى تلجأ لاعتماد هذا المعيار كأساس لانتقاء أفضل عرض من حيث الجدوى الاقتصادية. أن تعتمد نظام تقييم للعروض التقنية بما يتلاءم مع طبيعة المشروع وتعقيده وكذا أهميته،² مهما كان الإجراء الذي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام مثل هذه الصفقات.

وعليه فإن الصفقات العمومية ذات الطابع العادي أو المتكرر لا يمكنها اعتماد هذا المعيار كمعيار أساسي إذا كان ضمن المعايير المتعددة. بمعنى أنه في نظام التتقيب المعتمد لتقييم العروض تمنح النقطة القصوى لهذا المعيار على خلاف الصفقات المعقدة والمهمة، الذي قد يشكل اعتماده فرقا واضحا أين يؤثر على عملية انتقاء العروض، ويؤدي إلى اختيار أفضل عرض يستجيب للمتطلبات الفنية والمواصفات التقنية لهذا النوع من الصفقات العمومية.³

¹ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري- دراسة مقارنة- ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 782.

² المادة 79، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ تعتبر صفقات الدراسات المجال الذي يعتمد على المعيار التقني، كأساس لاختيار مكتب الدراسات صاحب أفضل اقتراح تقني، والذي يشكل أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية نظرا لأن موضوع الخدمة يركز على جوانب فكرية وفنية تتعكس على تنفيذ المشروع، كالقيام بدراسة أو رسومات أو مخططات هندسية. أنظر، محمد الجليلي، قصي صالح، نصر الدين خير الله، المقال السابق.

ويرجع اشتراط هذا الأمر من طرف المشرع الجزائري، هو فتح باب المنافسة أمام المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حديثة العهد في مجال الطلبات العمومية، حتى لا يتم حرمانها في حالة ما إذا كان هذا المعيار هو الحاسم في اختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية. خاصة إذا كان موضوع الصفقة العمومية المراد إنجازها يدخل ضمن القدرات والإمكانات الفنية والتقنية لهذه المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.¹ وهذا تحفيزا من المشرع للنهوض بهاته المؤسسات وتفضيل المؤسسة الجزائرية على المؤسسة الأجنبية لإنجاز هاته الصفقات، وعدم استبعادها بحجة أنها لا تملك القدرات الفنية والتقنية اللازمة.

والأمر ينطبق كذلك بالنسبة لاعتماد معيار الوسائل البشرية والمادية الموضوعة تحت تصرف المشروع، موضوع معايير اختيار دون اشتراط ملكية هاته الوسائل من المتعهدين أو المرشحين، إلا إذا تطلب موضوع الصفقة وطبيعتها ذلك.²

ح. معيار خدمة ما بعد البيع

يتم اعتبار خدمة ما بعد البيع كمعيار اختيار، إما باشتراط فترة دنيا يلتزم خلالها المتعامل المتعاقد بمواصلة أداء خدمة ما بعد البيع. وفي هذه الحالة فإن العروض التي لا تستجيب لهذا الشرط يتم استبعادها، مهما كانت مقترحاتها ضمن المعايير الأخرى. ونحن بدورنا نرى بأن هذا الإجراء، قد يشكل خرق لمبدأ المساواة. خاصة إذا تم إخطار أحد المتعاملين بالمدة الدنيا المقترحة من طرف المصلحة المتعاقدة.

ولهذه الأسباب، يرى البعض بأن يترك اقتراح مدة خدمة ما بعد البيع لاقتراحات المتنافسين، وبهذا الإجراء يتم ضمان تحقيق المساواة بين المرشحين، من خلال منح نقطة قصوى للمرشح الذي يقترح المدة الأطول، ثم بعد ذلك تطبق على بقية العروض.³ ومثال ذلك، كأن تلجأ المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقة عمومية لتوريد أو اقتناء قطع غيار، أو صيانة معدات. فمعيار

¹ محمد زيدان، الهياكل والآليات الداعمة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السابع، 2012، جامعة شلف، ص 130.

² المادة 57 فقرة 6، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 194.

الاختيار في هذه الحالة يكون مقترن بمعيار خدمة ما بعد البيع بالنسبة لهاته الآلات أو قطع الغيار.

ويجدر التأكيد في هذا السياق، على أن معيار خدمة ما بعد البيع لا ينطبق على كل السلع بنفس الطريقة.¹ فقد ربط المشرع معيار خدمة ما بعد البيع بالمساعدة التقنية التي يقدمها المتنافسون، والتي تتمثل في كل ما من شأنه أن يساعد المصلحة المتعاقدة في المسائل التقنية لتنفيذ موضوع الصفقة.

د. معيار شرط التمويل

يتجسد هذا المعيار في القدرات المالية التي تملكها المؤسسة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد إذا ما اقتضى موضوع الصفقة ذلك. وبالرغم من كون المشرع قد أجاز لكل متعهد أو مرشح أن يتقدم بمفرده، أو في إطار تجمع، أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى إذا ما وجدت علاقة قانونية تجمعها.² إلا أن هذا المعيار هو الآخر يعتبر عائق أمام تطبيق مبدأ المساواة بين المرشحين، خاصة إذا تعلق الأمر بتشجيع وترقية المؤسسات الصغيرة. نظرا لاعتبار مشكلة تمويل هاته الأخيرة تعتبر من أهم المشاكل التي تواجهها نظرا للنقص الكبير في التمويل البنكي لها، في ظل غياب الأسواق المالية في الدول النامية.³

ونظرا لأهمية هذه الإجراءات، يفرض مبدأ المساواة على المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى عدة معايير لانتقاء أفضل عرض يستجيب للشروط والمواصفات الواردة في دفتر الشروط. حيث تخضع هاته المعايير وبموجب مبدأ المساواة، لترتيب سلم التتقيط أو نظام التقييم، الذي تضعه المصلحة المتعاقدة بناء على توزيع نقاط معينة على كل معيار، حيث يكون الفائز بالصفقة هو من يحصل على أعلى نقطة من مجموع هاته المعايير، باعتباره صاحب أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

¹ العماري سميرة، إختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في القانون العام، التخصص: عقود إدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2018-2019، ص 173.

² المادة 57، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ محمد زيدان، المقال السابق، ص 135.

البند الثاني: وظيفة تحديد معايير انتقاء العروض بناء على معيار السعر فقط

إن النظرة التقليدية للمصلحة المتعاقدة في تعاملها مع العروض المقدمة لها لتقييمها لازالت تخضع لقاعدة أقل عرض أو أدنى عرض. وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد استغنى عن هذه القاعدة.¹ إلا أن هاته القاعدة التي لا زالت تطبق من الناحية العملية من طرف المصالح المتعاقدة. وبالتالي، تمنح الصفقة لمن يقدم أدنى سعر أو أقله، بالرغم من اعتماد معيار طلب العروض القائم على تعدد المعايير.

أما الحالات التي يعتمد فيها الأخذ بمعيار وحيد والمتمثل في الثمن الأقل، والذي يجب أن يرتبط مع متطلبات الصفقة في حد ذاتها والمتمثل في الصفقات التي تتعلق بالخدمات العادية.² فالعملية في هذه الحالة تكون آلية، وأي اختيار لا يوافق معيار الثمن الأقل يكون بمثابة إجراء تمييزي، وخرق لمبدأ المساواة بين المرشحين. لأن المرشحين قد ركزوا مسبقا على معيار السعر لمعرفة مسبقا أنه معيار حاسم في منح الصفقة. أما بالنسبة للإجراءات السابقة والمتمثلة في تأهيل العروض التقنية يمكن وصفها بالعمل الإداري الذي يرمي إلى ترتيب وتنظيم العروض، وفق ترتيب تقني معين ليس الهدف منه هو الاختيار المباشر. وإنما هي عملية أشبه ما تكون بالتأهيل التقني وإقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا اللازمة والمنصوص عليها في دفتر الشروط.³ وعليه وبالرغم من وجود معايير، ووجود نظام تقطيع فإن العبرة بالثمن والذي يعتبر معيار حاسم في العملية. أما بالنسبة للمعايير التقنية والتي على أساسها تم ترتيب العروض وإقصاء العروض الأخرى فيمكن الاصطلاح على تسميتها شروط أقرب منها بمعايير.

وبالتالي نتطرق في هذا البند للبحث عن المقصود بمعيار أقل ثمن (أ) وما هي الاستثناءات الواردة على هذا المعيار (ب).

¹ إن أغلب القوانين نجدها قد تخلت على هذا المعيار في اختيار المتعامل المتعاقد، حتى المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والملغى، لم يعد ينظر إلى السعر بالشئ الكافي دون الرجوع إلى المعايير الأخرى والتي تعد عملية تركيبية بين السعر والنوعية والأجال، من أقل الأثمان **Le Moins disant** بل هو إرساء على

أحسن العروض **Le mieux disant**

² وهو نفس المصطلح **Prestations Courantes** كما جاء في نص المادة 72 باللغة الفرنسية

³ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p 201.

أ. معيار أقل ثمن

يعتبر السعر عامل مهم للتحضير للصفقة وإطلاقها للمنافسة، وله دور فعال في إرساء الصفقة واختيار المتعامل المتعاقد، فهو يرتبط إجمالاً بالواقع الاقتصادي للبلاد.¹ ومن هذا المنطلق كان يسمى سابقاً بمعيار أقل عرض. وقد يكون هذا المعيار وفقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، معيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، لأن المشرع استغنى عن عبارة أقل عرض الذي يتماشى مع معيار أدنى سعر أو الثمن الأقل. وجعل عبارة العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، حيث يكون هذا المصطلح صالحاً لاستعمال العديد من المعايير والعناصر.

كما يعتبر معيار الأقل ثمن، ضماناً كبيراً للاستعمال الحسن للمال العام إذا تم ضبطه بالشكل الصحيح. أما بالنسبة لتحديد السعر،² في مجال الصفقات العمومية فيخضع لقاعدة العرض والطلب، طالما أن هذه الصفقة خضعت إلى منافسة، أو صيغة التراضي بناء على اعتبارات معينة. ولا توجد أسعار إدارية محددة من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار الصفقات العمومية، إلا بشأن تلك الصفقات التي:

1. يكون موضوعها مادة تم منح احتكار تجارتها لمؤسسات عمومية وتحدد الدولة أسعارها إدارياً.³
2. تبرم بصيغة التراضي البسيط في حالة الاستعجال الملح.
3. التي تكون مخصصة للإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفة العرض المطلوب.
4. تكون تكميلية خدمات، في إطار صفقات الأشغال.⁴

¹ نصيرة بلحاج، تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقاً للتشريع الجزائري، المداخلة الثانية والثلاثون، جامعة ديجي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

² نصت المادة 28 من القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطلقة على صفقات الأشغال العمومية والبناء والنقل، على أن: "أسعار الصفقة تشمل الربح وكذا جميع الحقوق والضرائب والأداءات والنفقات العامة، والنفقات غير الرسمية وبصورة عامة جميع المصروفات الحادثة كنتيجة ضرورية ومباشرة للشغل."

³ خرشي النوي، المرجع السابق، ص 198.

⁴ المادة 97، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي يستند في تحديد السعر على ما يلي:

1. إما على اقتراح من المتنافسين، وعليه يتم الإرساء لصاحب السعر الأقل من بين عروضهم.
2. إما بتحديد السعر الأعلى من طرف المصلحة المتعاقدة فيتم منح الصفقة لصاحب التخفيض الأعلى.¹

ومن خلال ما سبق، نجد أن المشرع اعتبر معيار السعر كأحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، عندما ينص دفتر شروط الصفقة على اعتبار ذلك. فتلجأ المصالح المتعاقدة في هذه الحالة إلى اختيار العرض الذي قدم أدنى سعر. أما بقية المعايير الأخرى فيكتفي بشأنها اشتراط مطابقة المنتجات التي تعرضها للمواصفات التقنية المطلوبة. وفي هذا الصدد، نجد الرأي القانوني رقم 125، بتاريخ 02 مارس 2016، يؤكد ذلك بقوله: "يتم الإعتماد على مبلغ العرض المالي، عند تقييم العروض باحتساب كل الرسوم كما يجب على المصلحة المتعاقدة الأخذ بعين الاعتبار المتعاملين الإقتصاديين المعفيين من الرسوم، حيث إذا أعلنت المصلحة المتعاقدة عن مناقصة² يكون فيها منح الصفقة للعرض المالي الأقل، فإنها تمنح الصفقة لأقل عرض حتى وإن كان المتعهد المعني معفى من الرسوم."³

وفي سياق الإجراءات الموصى بها، وبهدف تكريس مبدأ المساواة منع المشرع أي إجراء للتفاوض مع المتعهدين في حالة إجراء طلب العروض، وسمح به في حالة التراضي. غير أنه أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تحسن عرض الفائز بالصفقة وأن تضبطه بعد موافقة هذا الأخير دون

¹ يتم تحديد العطاء الأقل سعرا من خلال الاسترشاد بأسعار السوق، التي تحكم المعاملات المماثلة لموضوع الصفقة سواء أكانت هاته الأسواق محلية أو عالمية، إضافة إلى أن القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد تكون أساسا لتحديد السعر، حيث يتم تقييم ذلك من طرف لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة، وعليها مراعاة أسعار السوق في الطرح الذي تقدمه. أنظر، **عمراني مصطفى**، جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 160.

² كان لابد على رئيس قسم الصفقات العمومية، السيد: م. بوزرد، تعديل مصطلح مناقصة، بمصطلح طلب العروض.

³ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 125 و.م.ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 02 مارس 2016.

أن تؤثر هاته العملية على شروط المنافسة.¹ وهذا ما سجلناه من خلال الرأي القانوني رقم 91 بتاريخ 07 فيفري 2017، والذي يستند طبقا للمادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247، بقوله: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

إلا أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة العمومية، أن تضبط الصفقة وتحسن عرضه. غير أنه لا يمكن، بأي حال من الأحوال، لهذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة."²

وفي نفس السياق، يوضح رأي قانوني آخر المسائل التي يمكن أن يمس هذا التحسين: "على سبيل المثال: السعر، آجال الإنجاز، آجال الضمان، الوسائل البشرية والمادية، طريقة وجدول تنفيذ الصفقة... إلخ."³

وعليه يتم إرساء الصفقة العمومية ومنحها لصاحب أقل ثمننا، سواء كان معيار اختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية قائما على معيار السعر وحده، أو بناء على تعدد المعايير من بينها معيار السعر، وهذا ما يؤكد النظرة التقليدية وتوجه المشرع الجزائري إلى تعميم الأخذ بمعيار السعر من طرف المصالح المتعاقدة.

وفي حقيقة الأمر، أكد الواقع العملي على شمولية هذا المعيار كأساس لاختيار المتعامل المتعاقد من طرف العديد من المصالح المتعاقدة. حيث نلاحظ فشل هذا المعيار في ضمان التنفيذ الجيد للصفقة من جانبها الفني والمالي، وما يؤكد ذلك هو إبرام العديد من الملاحق في مرحلة تنفيذ الصفقة بالزيادة،⁴ نظرا لعدم كفاية السعر الأولي والذي تم على أساسه منح الصفقة للمتعامل المتعاقد صاحب الأقل ثمننا. وبالرغم من تحديد المشرع الجزائري نسبة هاته الزيادة المقدرة بـ 15%

¹ المادة 80 فقرة 2، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 91 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع / م.ف.ت/2017، بتاريخ 07 فيفري 2017.

³ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 558 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع / م.ف.ت/2016، بتاريخ 28 جوان 2016.

⁴ يعتبر الملحق وفقا لنص المادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الضمان أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات و20% من المبلغ الأصلي لصفقات الأشغال.¹

وبالتالي، يجب على المصلحة المتعاقدة في حالة تجاوز الملحق النسب السالفة الذكر أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة بأنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة، وأنه لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد بعنوان الخدمات بالزيادة لا يسمح بإنجاز المشروع، حسب الشروط المثلى للأجال والسعر.² غير أن تبرير اللجوء إلى الملحق بالزيادة من طرف المصلحة المتعاقدة قد يكون ظاهريا، بحجة وجود أشغال إضافية وأسباب تقنية، قد لا تعكس حقيقة ما استقر عليه العمل من طرف المصالح المتعاقدة. فقد أصبح ملحق بالزيادة يتبع مبلغ الصفقة الأولى أمرا حتميا وعرف جرى العمل به من طرف المصالح المتعاقدة.³

ب. إشكالية تساوي العروض

قد يطرح معيار السعر إشكالية عملية تتمثل في تساوي الأسعار، بين عرضين ماليين أو أكثر. ففي هذه الحالة لم ينص المشرع الجزائري كيفية إجراء المفاضلة بين العرضين، وهو ما يمثل طعن صارخا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تاركا للجنة فتح وتقييم العروض السلطة التقديرية في اللجوء إلى معيار آخر يتماشى مع موضوع وطبيعة الصفقة، ويتلاءم مع مدى تعقيد وأهمية المشروع.

أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فقد أخذت في هذا الصدد مواقف مختلفة، من بينها المشرع الفرنسي الذي أعطى الأفضلية للعروض التي تقدمت بها جمعية تعاونية للإنتاج والمقدمة من قبل مجموعة المنتجين والمزارعين والحرفيين، والجمعية التعاونية للحرفيين أو جمعية تعاونية للفنانين أو شركات ملائمة،⁴ وفي حالة عدم وجود هذه الصفة في العرضين يتم إجراءات قرعة من طرف اللجنة المختصة بتقييم العروض يسمى بـ "TRIAGE AU SORT".

¹ المادة 136 فقرة 08، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 18، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ عمرائي مصطفى، المرجع السابق، ص 163.

⁴ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 665.

وفي هذا الخصوص، أدرج المشرع الفرنسي في المادة 61 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي في حالة تساوي عطاءين أو أكثر فيما يتعلق بمعايير الاختيار في قانون الصفقات العمومية الفرنسي، يتمثل في إعطاء الأفضلية للعروض التي لا يمكن رفضها. وتعتبر العروض متعادلة إذا لم يوجد فرق بين أسعارها، أو أن الفرق بين الأسعار لا يتجاوز 3%.¹

أما بالنسبة للمشرع المصري فقدم أربعة حلول في حالة تساوي الأثمان بين عطاءين أو أكثر، وتتمثل فيما يلي:

1. تجزئة إسناد المناقصة في حالة تساوي الأسعار: فقد ذهب المشرع المصري إلى جواز تجزئة ترسية المناقصة في هذه الحالة وذلك بتوافر شرطين أساسيين هما:²

- وجود عطاءين أو أكثر متماثلين أو متساويين في الأثمان.
- أن يكون ذلك في صالح العمل.

2. تفضيل العرض الوطني على العرض الأجنبي: يمكن للجنة البت في حالة تساوي العطاءات أن تسترشد في التميز بينهما بتفضيل الموضوعات المعرفة، أو الخدمات أو أعمال إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة عن العطاء الأجنبي بـ 15% من قيمة أقل عطاء لأجنبي.³

3. إرساء المناقصة على صاحب العطاء المقترن بتسهيلات ائتمانية: في هذه الحالة تنتظر لجنة البت في العطاءات إذا كان من بين أحد العطاءات مقترنا بتسهيلات ائتمانية، فهو من يجب أن ترسو عليه الصفقة.⁴

4. تجزئة الأداءات الناتجة عن فعل العارض: لا تنطبق هذه الحالة إلا على المناقصات التي يكون محلها توريدات فقط، حيث يسكت مقدم العطاء في مناقصة توريد الأصناف عن تحديد

¹ ART 61, décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, op, cit.: "I. - Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

II. - Un marché public peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché public est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer."

² وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، الناشر: المتحدون، ج1، ط3، القاهرة، مصر، سنة 2015، ص 168.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ نفس المرجع، ص 169.

سعر صنف من الأصناف المراد توريدها، وكانت المناقصة قد استوفت إجراءاتها من البداية حتى النهاية، وقد تم الإرساء عليه. فيتوجب حينئذ على لجنة البت أن ترسي على أحد المتنافسين الآخرين ممن يقدمون أفضل عرض في حدود الصنف الذي سكت عنه مقدم العطاء، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري في تنظيمه لعملية تجزئة الأداءات بين العرضين.¹ وفي هذا المقام، تجدر الإشارة أن تحديد المعايير من طرف المشرع لا يعني تضيق الخناق على حرية المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد، أو إعاقه تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. بل سمح لها باستخدام معايير إضافية، من أجل بلوغ نجاعة الطلبات العمومية، وتقادي إشكالية تساوي العروض. بشرط أن تكون هذه المعايير مدرجة في دفتر شروط الصفقة، وبذلك نستنتج وجود نوعين من المعايير المتعلقة باختيار المتعامل المتعاقد، وهي معايير رئيسية وأخرى إضافية، مؤطرة هي الأخرى ضمن مبدأ المساواة. وهذا ما سوف نتطرق له لاحقاً.

الفرع الثاني: وظيفة تحديد المعايير الإضافية

قد تجد المصلحة المتعاقدة صعوبة في إظهار جميع المواصفات الضرورية لاختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية. ولذلك لغموض بعض المعايير العامة وغير الواضحة مثل "معيار القيمة التقنية للعرض" أو "القيمة الفنية للعرض" خاصة إذا ما تعلق الأمر بصفقة البناء المرتبطة بالبيئة، فهاتين العبارتين غامضتين وذات مفهوم واسع وعام فاستعمال هذا النوع من العبارات أو المعايير قد يؤدي إلى خرق مبادئ الصفقات العمومية، لاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.²

وبالتالي وبمنطق الواقع العملي، والذي يفرض على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى معايير فرعية شريطة ألا تكون بهدف خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين (البند الأول).

¹ وليد رمضان عبد التواب، المرجع السابق، ص 172.

² يتجسد هذا الأمر من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 28 أبريل 2006 ضد بلدية تولوز "COMMUNE DE TOULOUSE" في قضية شركة ج.س ديكو حول صفقة عقارية حيث اقتصر في الإعلان عن ذكر "معايير القيمة الفنية للعرض" فاعتبر القضاء الفرنسي أن هذا المعيار قد أضفى الغموض على مجمل الصفقة. أنظر، زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 52.

وفي هذا الصدد، فإن التساؤل الذي نطرحه، كيف يمكن إدراج معايير إضافية دون المساس بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين؟ بالنسبة للذين قد يتنافسون على معايير لا تتوفر فيهم على غرار باقي المعايير الرئيسية السالفة الذكر، لذلك وجب تقييد هاته المعايير وفق ضوابط وأسس تحمي مبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات (البند الثاني). وفي هذا الشأن نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، في إدراج معايير إضافية تتلاءم مع الحاجات التي حددتها سلفا، بشرط واحد وهو إدراجها في دفتر شروط الصفقة المعنية بالإنجاز والإعلان عنها.

البند الأول: تعريف المعايير الإضافية

سميت معايير الاختيار "بالإضافية" لأنها تضاف إلى المعايير الرئيسية وتشكل معها كتلة معايير متى كانت هاته المعايير عملية وغير تمييزية أي مرتبطة بموضوع الصفقة،¹ وللمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية للإستناد إليها عند تقييم العروض، وانتقاء العرض الأكثر ملاءمة ضمن شروط معينة،² ومن أمثلة المعايير التي تم إضافتها عمليا معيار المقابلة المواطنة (ENTERPRISE CITOYENNE) والمعيار الأحسن اجتماعيا (LE CRITERE LE MIEUX DISANT SOCIAL)، والذي يتجسد في مدى قدرة المقابلة على إدماج اليد العاملة ومدى تطورها وتكوينها.³

وفي هذا الشأن، سمح المشرع الفرنسي للمصلحة المتعاقدة عند لجوئها لأسلوب طلب العروض القائم على تعدد المعايير إدراج معايير إضافية، إذا ما توفرت فيها الشروط السالفة الذكر. حتى لا يمكن اتخاذ هاته المعايير كذريعة لتجاوز النصوص القانونية ذات الصلة والمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية. وغالبا ما تتعلق المعايير الإضافية أو التكميلية بالإمكانات العامة للمشروع العارض مثل الاحتياطات الأمنية في الورشة أو المصانع التي تستنفذ فيها الأداءات،

¹ بوصوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في

الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24-25 أبريل 2013، ص 2.

² المادة 78، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ بوصوار عبد النبي، المقال السابق، ص 10.

ومدى قربها من مكان تنفيذ المشروع أو الأداءات، أو الطرق المالية التي يعتمد عليها في نمو هذا المشروع، أو وسائل الإدارة والتنظيم المتبعة داخل المشاريع العارضة.¹

تجدر الإشارة، إلى أن التعامل الثانوي أو التعاقد من الباطن المقترح من طرف المرشح يعتبر معيارا تكميليا أو إضافيا هاما، حيث أن المتعامل المتعاقد الذي يدخل في علاقة تعامل ثانوي مع متعاقدين آخرين محل معيار حاسم ومهم، وتلعب هاته العلاقة القانونية المتجسدة في التعاقد من الباطن معيار قد يلجأ إليه في الموازنة بين العروض.² خاصة في حالة الترشح حيث يمكن الاعتماد بقدرات المناول المالية والمهنية والتقنية، التي تدخل في نظام تقييم قدرات المرشح أو المتعهد الأصلي.³

وبالتالي، ومهما تعددت المعايير الإضافية وتتنوع حسب طبيعة الصفقة وأهميتها، فهي الأخرى يجب أن تتوفر على شروط تشكل ضوابط قانونية تحكمها.

البند الثاني: الضوابط القانونية المتعلقة بالمعايير الإضافية

أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة وضع معايير إضافية تلجأ إليها عند تقييم العروض، من أجل التطبيق الصارم لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وهذا بهدف اختيار أفضل العروض، ومنح الصفقة لمستحقها. غير أن هاته المعايير يجب أن تتوفر على ضوابط قانونية هي نفسها الضوابط والشروط التي تحكم المعايير الرئيسية لاختيار المتعامل المتعاقد لاسيما ما تعلق بـ:

1. علم المتنافسين بالمعايير الإضافية: يجب أن تصل إلى علم جميع المرشحين المحتملين وذلك من خلال ذكرها في الإعلان المتعلق بالدعوة للمنافسة. كما يجب أن تذكر كبيان إلزامي في دفتر شروط الصفقة،⁴ وأن تذكر في الوثائق التي تعدها المصلحة المتعاقدة، مما يمكن جميع المرشحين من الاطلاع عليها.

¹ DAMIEN GUILLOU, Critères, sous-critères et méthodes de notation : une distinction délicate, CP-ACCP, février 2013, p 37.

² Ibid., p 38.

³ المادة 57 فقرة 4، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المادة 78 الفقرة 2، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

2. اتصال هاته المعايير بموضوع العقد: يجب أن تكون هاته المعايير على صلة وثيقة بمحل العقد ومتعلقة بشروط تنفيذه.¹

3. يجب أن تكون المعايير الإضافية معايير مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة: تقتضي الشرعية هنا في أن المعيار الذي تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة كمعيار تكميلي أو إضافي، أن يوافق القوانين واللوائح القانونية وأن لا يخالفها. ومن مثال ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية لبوردو عندما ألغت مداولة إحدى البلديات لتعارضها مع قانون CNE عقد العمل الجديد "CONTRAT NOUVEL EMBAUCHE".²

وعلى كل حال، فإن اعتراف المشرع للمصلحة المتعاقدة بجملة من المعايير الرئيسية وحتى الإضافية، ينطوي على مواكبة التطورات الاقتصادية التي تشهدها الدولة، والتي تنعكس على صفقاتها العمومية. مما جعله يزوج بين معايير الاختيار القائمة على أساس المعيار المالي والتقني والفني، وعدم إبقائه على المعايير الكلاسيكية القائمة على معيار السعر فقط إلا في الحالة التي يتلاءم معها.

ومع ذلك فإن معايير اختيار العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، تخضع لنظام تقييم من طرف المصلحة المتعاقدة التي عليها أن تتعامل مع هاته المعايير وفقا لمنهجية تحدد الأولوية المرغوبة في انتقاء العرض الأفضل من بين العديد من العروض.

المطلب الثاني: وظيفة تنفيذ معايير انتقاء العروض

بعد الانتهاء من وظيفة تحديد المعايير المتطابقة والمناسبة لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، يشرع مبدأ المساواة في تنفيذ وظيفته الثانية والمتمثلة في تنفيذ هذه المعايير.

وفي إطار تجسيد وظيفة تنفيذ معايير انتقاء العروض كما هو مسطر لها، ويهدف انتقاء أحسن عرض. يستعين مبدأ المساواة بالأسس التي يبني عليها ركانزه، حسب التسلسل الزمني والطبيعي لتأثير كل منها في الآخر من أجل تحقيق المساواة في مجال الصفقات العمومية (الفرع الأول).

¹ DAMIEN GUILLOU, op, cit, p 40.

² بوضوار عبد النبي، المقال السابق، ص 14.

وبهذا الإجراء، يتيح مبدأ المساواة للمصلحة المتعاقدة في إطار تقييم العروض باعتماد إجراءات عملية لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إما باعتماد طريقة الموازنة بين المعايير، أو طريقة الترتيب التسلسلي تصاعدياً أو تنازلياً للمعايير، وذلك من خلال عملية تنقيط رقمي للمعايير بحسب أهميتها في الصفقة لاختيار أحسن عرض (الفرع الثاني) ثم التطرق للإشكاليات العملية التي تعترض نظام تقييم العروض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أسس مبدأ المساواة في مرحلة اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

يعتمد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في مرحلة انتقاء أحسن عرض، على غرار جميع المناسبات والحالات التي يتم فيها استدعاء مبدأ المساواة بصفة عامة، للفصل إما في ملفات المسابقات، أو عروض المتعهدين... إلخ، على مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ الكفاءة. والتي تعتبر أسس سابقة ومؤهلة لاختيار أحسن عرض (البند الأول)، ومبدأ الجدارة والذي يعد من الأسس الحاسمة في اختيار أحسن عرض (البند الثاني)، حسب التسلسل الطبيعي لتأثير كل منها في الآخر من أجل تحقيق المساواة، في أي مجال من المجالات.

البند الأول: الأسس السابقة على اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

تعتبر مرحلة اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية من أهم المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية. فالعناية بهذه المرحلة ونجاحها يعتبر العنوان الرئيسي لبلوغ فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. ومن هذا المنطلق، ولبلوغ هذه الغاية يرتكز مبدأ المساواة على مبدأ تكافؤ الفرص (أ)، ثم مبدأ الكفاءة (ب) والتي تعد في مجملها أسس سابقة لاختيار أحسن عرض.

أ. مبدأ تكافؤ الفرص

يقصد بتكافؤ الفرص بصفة عامة القيم المتعادلة أو المتطابقة، ويسمى في المنطق، قانون إبدال القيم المتكافئة. وبمقتضاه يمكن للقيمتين المتكافئتين إحلال أية قيمة محل الأخرى، دون أن ينشأ عن ذلك تغيير.¹ ومن هنا يمكن تعريف تكافؤ الفرص في ميدان الصفقات العمومية

¹ أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص 139.

بأنه: "عملية إعطاء فرص متساوية لجميع المرشحين والمتعهدين، للحصول على الصفقة العمومية."¹ وعلى هذا الأساس، يتم الاستناد لمبدأ تكافؤ الفرص منذ البدء عن إعلان الصفقة بالنسبة لجميع المرشحين الراغبين في ذلك، إلى غاية انتقاء أفضل العروض. ومن خلال ما سبق، نستنتج أن مبدأ تكافؤ الفرص متاح لجميع المرشحين والمتعهدين، ويتحقق هذا الأمر إذا تماثلت فرص التأهيل وطبقت نفس معايير الانتقاء بالنسبة للجميع. بتحقيق الشروط التالية:

- تماثل فرص التأهيل: إذا كانت فرص التأهيل متماثلة لجميع المرشحين والمتعهدين، بمنحهم نفس الإمكانيات التي تؤهلهم، مع التطبيق الفعلي لما أقره المشرع الجزائري، من أن المساواة تبدأ: "بإزالة العقبات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، التي تحد في الواقع من المساواة بين المواطنين."²

- عدم وضع شروط غير الشروط المشروعة للصفقات العمومية: ويتم ذلك عن طريق حظر أي بند خارج عن شروط متطلبات الصفقة. كوضع بنود أو شروط تميز بين المرشحين والمتعهدين.³

- الإعلان عن الصفقة: يتم الإعلان عن الصفقة بكل الوسائل التي تجعل المعنيين بالترشح يعلمون بها في الزمان والمكان، وبالوسائل القانونية المعروفة.⁴

وبالتالي وما يمكن استخلاصه، كون مبدأ المساواة يستدعي مبدأ تكافؤ الفرص في المرحلة الأولى. باعتباره من بين أهم الأسس والركائز التي يستند عليها مبدأ المساواة بصفة عامة، بغرض مساندة مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في هذه المرحلة، وهو ما يفسر العلاقة الهرمية الموضحة في المبحث السابق من مراحل الصفقات العمومية، وهو ما يحقق مستقبلا بروز العروض الجديرة بتنفيذ الصفقة العمومية.

¹ تعريف مقدم من طرف الباحث، استنادا لما توصلنا إليه من خلال مواد المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 41، دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، بتاريخ 07 فيفري 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه باستفتاء 28 نوفمبر معدل ومنتتم (ج.ر. 09، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996).

³ المادة 27، المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ المواد 61-62، المرسوم الرئاسي 15-247.

وتأكيدا لما سبق، نجد الرأي القانوني رقم 126، بتاريخ 12 فيفري 2017، والذي جاء ردا على سؤال متعلق بالاستعانة بمكتب دراسات، كتالي: "1/ لا يوجد أي حكم في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يمنع المصلحة المتعاقدة من الاستعانة بمكتب دراسات من أجل إعداد التقدير الإداري.

إلا أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة، الأخذ بعين الاعتبار أحكام المادة 94 من المرسوم الرئاسي 15-247.¹

أما بالنسبة للسؤال المتعلق بإمكانية إبرام عقد مع مكتب دراسات من أجل متابعة مشاريع دون مقابل مالي لا يتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فهو ليس من اختصاص قسم الصفقات العمومية.²

ب. مبدأ الكفاءة

يعتبر القسم الثاني بعنوان تأهيل المرشحين والمتعهدين، المتضمن المواد 53، 54، 55، 56، 57، 58. من المرسوم الرئاسي 15-247، السند القانوني الذي يستند عليها مبدأ الكفاءة في مجال الصفقات العمومية، والكفاءة المراد تناولها في هذا المجال هي التي تتحقق نتيجة تكافؤ الفرص. وتقاس الكفاءة بالطرق التي حددها المرسوم الرئاسي 15-247، وهي طرق كافية لتحديد كفاءة المرشح أو المتعهد إذا صدق المشرفون على لجان الصفقات العمومية القائمة على عملية انتقاء أحسن العروض.

¹ المادة 94، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لا يمكن صاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة. وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين."

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 126 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2017، بتاريخ 12 فيفري 2017.

وقبل تحديد كيفية قياس الكفاءة، يجب تحديد المقصود بها وتعريفها.

- تعرّف الكفاءة أو المقصود منها: "بالقدرة على تحقيق الأهداف بالنوعية المناسبة والمطلوبة في الوقت المناسب، في ظل الظروف المحيطة بالصفقة العمومية لإنجاز مجموعة المهام المحددة الواضحة من العمل المسند للمتعاقل المتعاقل في إطار إنجاز الصفقة المتعاقل بها."¹

- تقاس كفاءة المرشح أو المتعاقل للصفقة العمومية، بالحصول على البيانات والحقائق التي من شأنها أن تساعد المصلحة المتعاقل على تحديد مدى كفاءة وأداء وإنجاز المرشح للصفقة العمومية. حتى تتمكن من اتخاذ قرار يخص منح الصفقة أو الإلغاء أو عدم الجدوى...إلخ.

أما فيما يخص، طرق قياس الكفاءة في مجال الصفقات العمومية والتي يستند عليها مبدأ المساواة، ورد ذكرها في المرسوم الرئاسي 15-247 كآلي:

- الاستناد على القدرة المالية والتقنية والمهنية.²
- الاستناد على شهادات التأهيل والاعتمادات والرخص الممنوحة.³
- الوضع تحت التجربة والتقارير، والمتمثلة في الاستناد على مصالح متعاقل أخرى، أو إدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرافق العمومية، كذلك اللجوء إلى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.⁴
- استنادا على الوسائل المادية أو عن طريق تجمع مؤسسات أو اللجوء إلى المناولة أو التعاقل المشترك.⁵

¹ أما المفاضلة تعني تقديم مرشح على غيره بما يتمتع به من مواصفات شخصية متصلة بمتطلبات الصفقة العمومية أما الاختيار فقد يكون خاضعا لدوافع شخصية أو ضغوط خارجية على أحد لجان الصفقة العمومية. أنظر، **عمراني مصطفى**، المرجع السابق، ص 80. أنظر، كذلك المواد 54، 55، 56، 57، 58. المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 54، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ المادة 55، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المادة 56، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁵ المادة 57، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وفي ضوء ما سبق، يعتبر من أخطر ما يتم به خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، تخطي الكفاءة،¹ وتفضيل غيرهم بناء على امتيازات غير مبررة، أو من منظور الولاء رغم أنه لا أحد يستطيع أن يضمن الولاء الحقيقي أو المستمر.

ومن خلال كل ما سبق، وبالنتيجة المستخلصة، تؤكد أنه لا يمكن تحقيق مبدأ الجدارة واقعيًا، وعمليًا، إلا باللجوء إلى مفتاح الكفاءة. حتى يمكن تأهيل المرشحين الكفاء في قوائم الاستحقاق لظهور الأجدر.

البند الثاني: الأسس الحاسمة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

تعتبر المرحلة الحاسمة لاختيار أحسن عرض المرحلة اللاحقة، للمرحلة السابقة حسب التسلسل الزمني والطبيعي لتأثير كل منهما في الآخر. ففي هذه المرحلة يستعين مبدأ المساواة بمبدأ الجدارة، والذي يعتبر من أهم الأسس الحاسمة والموصلة إلى اختيار أحسن العروض من الناحية الاقتصادية. وباعتبار هذه المرحلة من أهم المراحل وأخطرها على الإطلاق بالنسبة لمراحل الصفقات العمومية. لذا لا بد أن نتطرق في هذا البند من الدراسة للمقصود بمبدأ الجدارة ومكوناتها في مجال الصفقات العمومية (أ). ثم التطرق لإجراءات تطبيق مبدأ الجدارة وآثارها (ب).

أ. المقصود بمبدأ الجدارة ومكوناته في مجال الصفقات العمومية

- يقصد بالجدارة لغة: الأهلية، يقال جدر بهذا المنصب، أي كان أهلاً له، ومن مرادفاتها استهل، أحقية، أهلية، استحقاق، أهل، أولى، استحق، يقال استحق الجائزة استأهلها وكان جديراً بها.²
- أما الجدارة في مجال الصفقات العمومية تعني: "القدرة على القيام بالأعمال التي تتطلبها الصفة العمومية وفقاً لدفتر الشروط".¹

¹ لا يمكن الحصول على الكفاءة بسهولة، لأنها تتطلب وقتاً طويلاً وصبراً كبيراً ومزيجاً من الجهد والتعب. والخبرة الناتجة عن زمن من معاشة الأحداث والتجارب بما فيها من إيجابي وسلبي ولأنها تتطلب العمل مع المشاكل ومن يصنعونها ومواكبتها في الظروف الخطرة التي تمت فيها. أنظر، بلعيفة عبد العالي، الآليات القانونية لتحقيق المساواة في التوظيف في المؤسسة العمومية الجزائرية-مقاربة نقدية سوسيوقانونية، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد 23، ديسمبر 2016، ص 67.

² أحمد مختار عمر، المكنز الكبير (معجم شامل للمجالات والمترادفات والمتضادات)، مطبعة سطور، ط1، 2000، بغداد، ص 326.

وعلى هذا الأساس، تطلق عبارة الجدارة على المرشح أو المتعهد القادر على أداء الصفقة العمومية. وتتفني هذه الصفة على المرشح أو المتعهد عندما يتم الاعتماد على المحاباة أو ما يسمى بجرائم الصفقات العمومية. وفي الأخير يمكن إجمال مكونات مبدأ الجدارة في مجال الصفقات، والتي يعول عليها كأساس لتطبيق المساواة الفعالة في مجال الصفقات العمومية، والتي خصها المشرع بمجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة فيما بينها بغرض تحقيق الهدف المرجو منها وهي كالتالي: تكافؤ الفرص. المساواة. المسابقات. الاستحقاق. واقعية التقرير.

1. عنصر تكافؤ الفرص: تتكافأ الفرص بالمساواة بين المرشحين قبل الإعلان عن الصفقة وتأهيل المرشحين، وتشمل الحقوق والالتزامات المتبادلة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد طوال مسار الصفقة العمومية وهو ما تم الإشارة إليه خلال البند السابق.
2. اعتماد كل من طلب العروض،² والمسابقة،³ كإجراءات عامة لإبرام الصفقات العمومية، لأن هذا الإجراء جدير بإظهار الأكفأ والأجدر بالصفقة العمومية. دون تدخل الأهواء الشخصية، والضغط الخارجية على القائمين على عملية اختيار المرشح الفائز بالصفقة.
3. الاستحقاق وسيلة للمفاضلة أو الفرز بين المرشحين المتبارين للظفر بالصفقة العمومية.⁴

ب. إجراءات تطبيق مبدأ الجدارة وآثارها في مجال الصفقات العمومية

1. إجراءات تطبيق مبدأ الجدارة في مجال الصفقات العمومية

سبق الإشارة إلى أن مبدأ الجدارة في أغلب التشريعات المنظمة للصفقات العمومية بما فيها التشريع الجزائري يعتمد على طلب العروض كقاعدة عامة أو وفق إجراءات التراضي كاستثناء، أو إلى المسابقة، مما يحقق رقابة فعالة في اختيار أكفأ المرشحين لنيل الصفقة العمومية.¹

¹ تعريف مقدم من طرف الباحث استنادا للمادة 53، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، কিما كانت كيفية الإبرام المقررة."

² المادة 39، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي."

³ المادة 47، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار،..."

⁴ المادة 39، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "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،..."

إلا أن هذا الأمر لا يتحقق دون إتباع إجراءات صارمة لتحقيق مبدأ المساواة في ما بين المرشحين والمتمثلة أساسا في:

- إقصاء المرشح من المشاركة في الصفقات العمومية في حالة التأكد من عدم كفاءته، حسب الحالات الواردة في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- عدم التمييز بين المرشحين على أي أساس كان، إلا المؤهلات المشروطة ومتطلبات الصفة العمومية.²
- اعتبار طلب العروض والمسابقة الوسيلة الأنجع لاختبار المعارف والقدرات، لأن الفرصة فيها تتاح لكل من تتوفر فيه شروط ومتطلبات تنفيذ الصفة العمومية.
- إسناد تقييم العروض والمفاضلة بين المرشحين، إلى لجنة خاصة محايدة ومستقلة ذات كفاءة.³
- منح الصفة للمرشح لصاحب الكفاءة والجدارة المطلوبة، الذي أفرزه تقييم طلب العروض و/أو المسابقة، وليس كمكافأة على أساس انتماء حزبي أو محسوبية... إلخ⁴

¹ مبدأ الجدارة في مجال التوظيف هو أسلوب عملت به أوروبا تطبيقا لمبادئ الثورة الفرنسية، وإلحاق منظمات المجتمع المدني الحر، كبدل لنظام التوظيف القديم الذي يعتمد على الولاءات السياسية، والحزبية، والشخصية، وحتى الطائفية والقبلية كما سبق ذكره. وإذا نظرنا إلى الواقع اليومي نجد نظام الجدارة الحالي مرتبط أساسا بالامتحانات والمسابقات التي تظهر مدى صلاحية المرشحين للوظيفة العمومية، وهي طريقة مثلى تحقق اختيار أكفأ وأجدر المرشحين، ويعمل بها في الوظائف الإدارية الدنيا والوسطى، أما الوظائف العليا أو السامية والنوعية خاصة السياسية منها، فإنه لا يعمل بها، بقدر ما يعتمد على التقدير الشخصي للمكلف بالتعيين ومدى الولاء المنتظر من المرشح لأن التعيين هنا يؤسس منذ البداية على الولاء الشخصي للمكلف بالتعيين ورؤسائه، أو الولاء العقائدي أو المذهبي أو حتى الطائفي أو القبلي. بلعيفة عبد العالي، المقال السابق، ص 69.

² المادة 54 فقرة 02، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفة و متناسبة مع مداها."

³ المادة 160، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الاقتضاء، تدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض". وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم. يمكن المصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض."

⁴ شباح بوزيد، جريمة استغلال النفوذ آليات الوقاية والمكافحة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر-01-كلية الحقوق بن عكنون، 2012-2013، ص 90.

2. آثار تطبيق مبدأ الجدارة في مجال الصفقات العمومية

1.2 الآثار الإيجابية لتطبيق مبدأ الجدارة في مجال الصفقات العمومية

في إطار تعزيز وظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وترسيخ ثقافة الثقة المتبادلة بين المصلحة المتعاقدة وبقية المرشحين. يعمل مبدأ الجدارة بتوطيد هذه العلاقة عن طريق انجاز الصفقة الممنوحة على أساس أهداف ونجاعة يتعين بلوغها، حسب ما تم الاتفاق عليه.¹ بالإضافة إلى أن حائز الصفقة اعترف محيطه بقدرته على انجاز هذه الصفقة دون منازع. كما يضمن هذا المبدأ كذلك:

- الأداء الجيد للصفقة الممنوحة له، لأن بعض الصفقات العمومية حساسة أو ذات أهمية كبرى فهي تتطلب الكفاءة العالية في التنفيذ.²
- الحفاظ على المال العام وذلك من خلال التقليل من الملحقات، والدخول في منازعات مع المصلحة المتعاقدة... إلخ.³
- سرعة التغيير التنظيمي أي استجابة حائز الصفقة إلى أي تغيير أو تعديل في تنفيذ بنود الصفقة، دون آثار سلبية تذكر عليهم وعلى المصلحة المتعاقدة.⁴

2.2 الآثار السلبية لعدم تطبيق مبدأ الجدارة في مجال الصفقات العمومية

يمكن تصنيف أهم الأسباب التي تدفع القائمين على عملية منح الصفقات العمومية في المصلحة المتعاقدة إلى تخطي مبدأي الكفاءة والجدارة، إلى مجموعتين رئيسيتين: أسباب عامة وأخرى خاصة. ويتفرع كل منها إلى العديد من الأسباب نوجزها فيما يلي:

¹ وليد رمضان عبد التواب، المرجع السابق، ص 175.

² تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 23 نوفمبر 2013، ص 95.

³ فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإدارية، الرياض، 1431-2010، ص 100.

⁴ تياب نادية، المرجع السابق، ص 96.

1.2.2 الأسباب العامة

- ضعف الكفاءة والتسيير، ويرجع سبب ذلك أن القائمون على الصفقة العمومية ليست لهم القدرة على وضع إستراتيجية تراعي مصلحة المصلحة المتعاقدة، فيحولون اهتمامهم من الحفاظ على فعالية الطلبات العمومية، إلى المحافظة على مصالحهم الشخصية واستزادتها، وهو ما يؤدي إلى فشل الصفقة العمومية في تحقيق أهدافها.¹
- اتخاذ القرارات الخاطئة، وسبب ذلك تشكيل لجنة فتح وتقييم العروض من أشخاص غير قادرين على اتخاذ القرارات الصحيحة. خاصة تلك الصفقات العمومية التي تعتمد على الدراسات واستشارات، إما لعدم كفاءتها أو لأنها لا تمارس مهامها بشكل حيادي ومستقل.²
- عدم الالتزام بالأهداف التي يتعين بلوغها، وهي الأهداف التي رصدتها المصلحة المتعاقدة من خلال تحديد حاجاتها وترجمتها في دفتر الشروط وتم الإعلان عنها.³

2.2.2 الأسباب الخاصة: هي أسباب تعود لأصحاب القرارات العليا في الدولة فهي لا تلتزم بمبدأي الكفاءة والجدارة وإنما تعمل بما يحق لها مكاسب شخصية من خلال:

- المحاباة لأصحاب النفوذ والانتماء السياسي والحزبي، وذوي العلاقة الشخصية، والأسرية.⁴
- التزح كالرشوة، ومقايسة المصالح الشخصية بين المتعاملين مع الإدارة، وأصحاب السلطة والنفوذ.⁵

¹ المادة 211، المرسوم الرئاسي 15-247: "يجب أن يتلقى الموظفون والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تكويناً مؤهلاً في هذا المجال". أنظر كذلك، المادة 212، المرسوم الرئاسي 15-247.

² بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، شعبة: الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، تاريخ المناقشة 07 جوان 2012، السنة الجامعية 2011-2012، ص 70.

³ نفس المرجع، ص 71.

⁴ شباح بوزيد، جريمة استغلال النفوذ آليات الوقاية والمكافحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، 2012-2013، ص 50.

⁵ نفس المرجع، نفس الصفحة.

- استغلال السلطة والنفوذ: السلطة والنفوذ ممنوحتان للقائمين على الإدارة لاستغلالها بما يعود على المؤسسة بالنفع والفائدة، تجاوبا مع مواقف خاصة أو طارئة، لكنها قد تستغل في صالح متخذها أكثر من صالح المصلحة المتعاقدة.¹
- ضعف أو قلة الرقابة ويعود سبب ذلك إلى قلة النصوص التشريعية المفصلة، سواء منها القانونية و/أو التنظيمية أو الاتفاقية. وهو ما يؤدي إلى التراخي في بذل الجهد الرقابي في متابعة القائمين على تنفيذ الصفقة العمومية.²

الفرع الثاني: الإجراءات العملية لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية

بالنسبة للطريقة المتبعة من طرف المصلحة المتعاقدة، فيما يتعلق باختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، تختلف القواعد وفقا لنوع الإجراء ونوع العقد. وبالتالي، ليس لدى المصلحة المتعاقدة مجال كبير للمناورة عندما يتعين عليها اختيار الصفقة الأكثر فائدة من الناحية الاقتصادية. وبما أن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يتطلب احترام المعايير وتطبيقها على النحو نفسه لجميع المرشحين، فإنه يسلك إما طريقة الموازنة أو التنقيط بين المعايير (البند الأول) أو طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير (البند الثاني). وفي جميع الحالات فإن أي مكافأة على أي عرض لا يحقق هذه المعايير في أفضل الأحوال يشكل خرقاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

البند الأول: طريقة الموازنة أو التنقيط بين المعايير

لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين وظيفة أساسية خلال مراحل سير عملية اختيار طريقة الموازنة أو التنقيط بين المعايير، والعروض. ويكشف تحليل معمق لإجراءات منح الصفقة أن هذا المبدأ ينطبق على درجات مختلفة حسب طبيعة العقد المتوخى.³ إما أن يتم تقييم المساواة بصرامة

¹ يقصد بها السلطة الرسمية والسلطة الشخصية فهذه الأخيرة هي التي يتمتع بها الشخص نتيجة لذكائه ومعلوماته ومهاراته وقدراته، أما السلطة الرسمية فهي مرتبطة بمركز رئاسي معين تصبح حقا لكل من يشغل هذا المركز من الأفراد. أنظر، حسين عبد الحميد أحمد رشوان، في القوة والسلطة والنفوذ، مركز الاسكندرية للكتاب، 64 ش د. مصطفى مشرفة-الأزاريطة-مصر، 2006-2007، ص: 77-78. أما النفوذ فيعود إلى الشخص نفسه ومدى قدرته على فرض إرادته دون الاستناد إلى المنصب، وقد يجمع الشخص بين السلطة التي تقوم على المنصب وعلى النفوذ المستمد من شخصيته، نفس المرجع، نفس الصفحة.

² تياب نادية، المرجع السابق، ص 75.

³ DAMIEN GUILLOU, op, cit, p 41.

أو أنها أكثر نسبياً. لا كنه وفي جميع الحالات، وبالنسبة لجميع إجراءات منح الصفقة العمومية، يفرض مبدأ المساواة في معاملة المرشحين الحد الأدنى من الالتزام للتعامل مع جميع المرشحين الحقيقيين بالطريقة نفسها. وبهدف تحليل هذه الإشكالية، خصصنا هذا الفرع من الدراسة لدراسة مقارنة بين كل من المشرع الجزائري(أ)، والمشرع الفرنسي(ب)، من حيث تحديد النمط المتبع بهدف تقييم العروض.

أ: بالنسبة للمشرع الجزائري

لم يشر المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، لنظام التقييط كأساس لتقييم العروض، تاركا السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد النمط الذي تلجأ إليه في تقييم العروض، وبالرغم من أن المرسوم الرئاسي 10-236، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، قد نص على طريقة تقييم العروض على أساس التقييط، الذي يعتبر اعتماده أمر إجباري بالنسبة للمصلحة المتعاقدة،¹ إذ لا يمكن إجراء أية مناقصة دون اللجوء إلى وضع نظام تقييط.

وعلى هذا الأساس، كان يستند هذا الأسلوب-أي التقييط- ضمن المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، على أساس معاملات أو علامات حسابية تخص كل معيار من المعايير الموضوعة في دفتر شروط الصفقة، سواء أكانت معايير رئيسية أو معايير إضافية أو تكميلية ويكون العرض الحاصل على أكبر نتيجة له الحق بالفوز بالصفقة.

ب: بالنسبة للمشرع الفرنسي

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد اعتمد هو الآخر على نظام التقييط من خلال إعطاء رقم أو علامة أو نسبة لكل معيار، متخذاً الصيغ التالية:

- إعطاء لكل معامل معيار.

- تحديد المعامل في صورة نسبة مئوية وهي الطريقة الشائعة للتعبير على أهمية المعيار.²

¹ نص المشرع في المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الملغى ما يلي: "ويستند هذا الاختيار على نظام تقييط مؤسس لاسيما على ما يأتي...".

² ومثال ذلك تمنح المصلحة المتعاقدة للجانب التقني 60% الآجال 30% والسعر 10%.

- نظام تنقيط للعروض طبقا لجدول أو سلم قيم، ويتم بعد ذلك ضرب النقاط الممنوحة بمعامل حسب أهمية المعيار، ليتم في الأخير جمع هذه النقاط المضروبة في المعاملات، مما يؤدي إلى نتيجة رقمية تعكس أحسن عرض من ناحية الجدوى الاقتصادية.¹

البند الثاني: طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير

تلجأ المصلحة المتعاقدة في هذا الأسلوب بترتيب المعايير، من المعيار الأقل أهمية إلى الأكثر أهمية. وبنفس المنهج المتبع في الفرع السابق نحاول التطرق لهذا الأسلوب لدى المشرع الجزائري (أ)، ثم بالنسبة لنظيره الفرنسي (ب)

أ: بالنسبة للمشرع الجزائري

يقصد بطريقة الترتيب التسلسلي لمعايير الاختيار، أن تقوم المصلحة المتعاقدة بترتيب المعايير، من المعيار الأقل أهمية إلى الأكثر أهمية فالأكثر، حتى يأتي في آخر اللائحة المعيار الأهم والذي سيأخذ مساحة أكبر من الاعتبار عند المقارنة بين العروض.² وهذا ما يعرف بالترتيب التصاعدي، وقد يكون تنازليا في حالة العكس وذلك من أجل تحليل المعايير بصفة مستقلة، حيث يقدر كل معيار حسب أهميته، وذلك بإعطاء كل معيار نسبة مئوية تحدد وزنه عند المقارنة بين العروض المختلفة لنكون أمام أسلوب كمي لبيان وزن كل معيار من المعايير المعتمدة.³

ب: بالنسبة للمشرع الفرنسي

اعتمد المشرع الفرنسي على طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير، بالرغم من أنه اعتبر طريقة الموازنة بين المعايير هي الأصل العام، في حالة الصفقات المبرمة على أساس الإجراءات الشكلية وهي الأكثر استعمالا من طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير.⁴

¹ DAMIEN GUILLOU, op, cit, p 48.

² العماري سميرة، المرجع السابق، ص 126.

³ أنظر المواد 78، 79، المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ MOULOUD SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, op, cit, p 73.

وتجدر الإشارة إلى أن النسب الممنوحة لكل معيار من المعايير، تكون ضمن سلم يتم فيه المقارنة بين العروض بناء على هاته النسب الممنوحة لكل معيار، فإذا كان معيار الثمن مثلا في المرتبة رقم 1 فلا يمكن أخذ المعيار رقم 2 إلا في حالة تساوي العروض في المعيار رقم 1، مما يصعب عملية الاختيار، بمعنى أنه يتم تقدير العروض بناء على المعيار الذي يحصل على الأهمية الكبرى دون تقييم العروض الأخرى، إلا في حالة تساوي عرضين أو أكثر في المعيار الذي يحتل المرتبة الأولى في سلم الترتيب.¹

من خلال ما سبق، يجب أن نوضح أن المشرع الفرنسي أخذ بالطريقتين عند تقييم العروض، وأعطى للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية، في إتباع طريقة الموازنة، أو طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير حسب الحالة.² كما فرض على جهة الإدارة القيام بتسلسل المعايير حسب أهميتها، مع ملاحظة أن تقدير أهمية هاته المعايير يخضع للسلطة التقديرية للإدارة وحدها، مما يمكن من تفوق المعايير التكميلية كلها أو بعضها على المعايير الرئيسية. وهذا الإجراء مفقود لدى المشرع الجزائري، والذي اكتفى بطريقة الترتيب التسلسلي للمعايير فقط.

الفرع الثالث: الإشكاليات العملية التي تعترى نظام تقييم العروض

بالرغم من وجود هاتين الطريقتين لتقييم العروض من أجل اختيار أفضلها من حيث المزايا الاقتصادية، غير أنه قد تثار بعض الإشكالات من الناحية العملية والمتمثلة في اختيار العرض الذي قد لا يكون الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، خاصة إذا ما كان معيار السعر هو المعيار الوحيد لتقييم العروض.

وبالتالي، فإن نظام تقييم العروض، سواء تم بواسطة نظام التقييط أو الموازنة يتميز بإجراء عمليات حسابية رياضية تتمثل في الجمع بين النقاط، وضرب المعاملات المحددة لكل معيار من معايير الاختيار المقترحة من طرف المصلحة المتعاقدة. قد ينجم عن ذلك بعض الأخطاء التي تؤدي في النهاية إلى اختيار عرض قد لا يكون الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية ومن بين

¹ MOULOU SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, op, cit, p 77.

² Art 62 décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics: « Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles 60 ou 61, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.»

هاته الأخطاء. نجد إما الأخطاء المرتكبة من طرف المرشح أثناء إعداد وتقديم العرض (البند الأول)، أو عن طريق ممارسات غير قانونية ترتكب من طرف المرشح، إما بتعدد العروض من عارض واحد (البند الثاني)، أو تنازل الفائز بالصفقة (البند الثالث).

البند الأول: الأخطاء المرتكبة أثناء إعداد وتقديم العروض

قد يحدث أثناء إعداد أو تقديم العرض من طرف المتعامل المتعاقد ارتكاب أخطاء، هذه الأخطاء قد تكتشفها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بطريقة تلقائية، أو تكتشف بناء على الشكوى من صاحب الشأن.

وفي سياق هذا البحث، سوف نعرض بعض الآراء القانونية الصادرة عن قسم الصفقات العمومية التابع لوزارة المالية. في إطار الإجابة عن إشكاليات عملية تعتري لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وإبداء الحلول القانونية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، إما برفض هذه العروض أو تصحيح الخطأ المرتكب.

1. إجابة الرأي القانوني رقم: 275 بتاريخ 27 مارس 2016، كتالي¹:

- عدم ملء التصريح بالترشح أو التصريح بالاككتاب أو رسالة العرض (رسالة تعهد) بصفة كلية أو عدم إدراجها في العرض أو عدم إمضاءها يؤدي إلى رفض العرض المعني.
- عدم ملء أحد أو بعض خانات الوثائق المذكورة في الفقرة السابقة فلا يكن سببا كافيا لرفضها. إلا في حالة مخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- إذا تعلق الأمر بعدم إدراج التصريح بالنزاهة في العرض أو عدم إمضاءه أو عدم ملء كل أو بعض خاناته أو عدم كتابة عبارة "قرء وقبل" على دفتر الشروط فإن ذلك ليس سببا كافيا لرفض العروض المعنية، وفي هذه الحالة يجب طلب استكمال عرض المرشح طبقاً لإحكام المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247.

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 275 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 27 مارس 2016.

2. إجابة الرأي القانوني رقم: 425 بتاريخ 12 ماي 2016، كتالي¹:

2/ طبقا للمادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، يجب أن يوضع كل من ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفه منفصلة ومقفلة بإحكام، إلا أنه إذا قدم المتعهد ظرف واحد أو طرفين (تقني ومالي) عوض ثلاثة أظرفه (ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي) أو قام بخلط الوثائق فإن ذلك لا يعتبر سببا كافيا لإقصاء العرض المعني.

وعليه يتعين على لجنة فتح الأظرفه وتقييم العروض فتح الظرف الوحيد أو الظرف المتعلق بالعرض التقني حسب الحالة، ثم إجراء التقييم الأولي للترشيدات وفقا لأحكام دفتر الشروط، مع احترام المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3. إجابة الرأي القانوني رقم: 539 بتاريخ 19 جوان 2016، كتالي²:

إذا قام مترشح بالإمضاء في المكان المخصص لممثل المصلحة المتعاقدة في التصريح بالاككتاب ورسالة العرض، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تطلب منه، إذا كان صاحب أحسن عرض، عند ضبط الصفقة، أن يعيد الإمضاء في المكان المخصص له.

البند الثاني: تقديم عدة عروض من طرف نفس المرشح

أثبتت الفحوصات العملية للجنة فتح الأظرفه وتقييم العروض، أنها تتلقى عدة عروض من مرشح واحد، سواء كان متعهدا أو مرشحا لوحده، أو في إطار تجمع لتقديم أكثر من عرض واحد في كل إجراء لإبرام الصفقة العمومية، وبالرغم من حسم المشرع الجزائري أمر هاته المسألة بمنع تعدد العروض من عارض واحد، بحيث لا يمكن لنفس العارض أن يمثل أكثر من متعهد أو

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 425 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 ماي 2016.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 539 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 19 جوان 2016.

مرشح في نفس الصفة العمومية.¹ غير أن تحايل العارضين وإسراهم الملح على ولوج المنافسة في الصفقات العمومية، يجعل من شخص واحد يرشح نفسه في صفة عمومية واحدة بأكثر من عرض ولكن بأسماء عارضين مختلفين، نظرا لوجود علاقات بينهم، أو ما يعرف بالاسم المستعار لصاحب السجل التجاري، مما يجعل في حقيقة الأمر شخصا واحدا مسيطرا على المنافسة في الصفة العمومية. وهو ما يجعل تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين إجراء شكلي، نهايته الحتمية تؤدي إلى اختيار أحد العروض، والتي تمثل في الحقيقة مرشح واحد فقط.

البند الثالث: تنازل أو رفض تنفيذ الصفة من قبل الفائز بها

قد يتراجع صاحب المرتبة الأولى في ترتيب العارضين ويتنازل عن تنفيذ موضوع الصفة قبل إتمام إجراءات التبليغ بالصفة، أو رفضه الاستلام المؤقت فيبقى أمام المصلحة المتعاقدة أن تجد بديلا لهذا المتعاقد. ومن أجل حسم هذه المسألة تدخل المشرع بفرض إجراءات عملية مفادها إلزام المصلحة المتعاقدة بمواصلة تقييم العروض الباقية بعد إلغاء المنح المؤقت، مراعية في ذلك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ومتطلبات اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، مع إبقاء المتعهد المتنازل عن الصفة في قائمة ترتيب العروض.²

وعليه فإن صاحب المرتبة الثانية في قائمة الترتيب يصبح صاحب أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وفي الحالة التي لا يوجد فيها إلا عارض وحيد، تعاد إجراءات الدعوة للمنافسة من جديد. وبعد الانتهاء من مرحلة تقييم العروض القائمة على الطريقة المختارة من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، في المقارنة بين العروض بناء على طريقة الموازنة أو الترتيب التسلسلي للمعايير، تتضح أمام هاته اللجنة الملامح الأساسية لصاحب أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، والذي يتناسب عرضه مع حاجات المصلحة المتعاقدة وأهدافها.

وبالتالي، ينتهي مبدأ المساواة من وظيفة تحديد وتنفيذ معايير انتقاء العروض، إلى الوظيفة الثانية والتي نقل أهمية عن الوظيفة الأولى، والمتمثلة في الوظيفة القانونية والاقتصادية لتأهيل المرشحين.

¹ المادة 77، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 74، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المبحث الثاني: وظائف وإشكاليات تطبيق مبدأ المساواة في تأهيل المرشحين والمتعهدين

إن التعاقد في مجال الصفقات العمومية لا يكون مباشرة مع أي متعامل متعاقد على خلاف قواعد القانون الخاص، أين يكون لسلطان الإرادة وحده مسألة تحديد أطراف العلاقة التعاقدية دون قيد أو شرط.¹ ففي مجال العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة، نجد أن القانون وحده هو من يؤطر عملية اختيار المتعامل المتعاقد بدءاً من ترشحه، إلى غاية إرساء الصفقة عليه. بل يمتد حتى لتنفيذ الصفقة وكيفية الرقابة عليها، في جو تحكمه مبادئ الصفقات العمومية والمتمثلة في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات.

ومن هذا المنطلق، يلعب مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، الدور الهام والأساسي، في تأهيل المرشحين والمتعهدين، من حيث ضبط معايير وشروط تأهيل المرشحين المتعهدين طبقاً لنوع الصفقة العمومية في إطار وظيفته القانونية (المطلب الأول) والاقتصادية (المطلب الثاني). وذلك من خلال التمييز بين الأشكال القانونية للمتعاقد، وتحديد ما يناسب من معايير وشروط طبقاً لنوع وهدف الصفقة العمومية. من حيث تحديد المعايير التقنية والمالية، أو الشروط القانونية والقضائية الواجب توفرها في المرشح. سواء كان هذا الأخير أجنبي أو وطني، أو في إطار تجمع مؤسسات، أو ضمن مؤسسات صغيرة أو متوسطة... إلخ.

وبالرغم من الوظائف العامة والشاملة لمبدأ المساواة، والتي تستمد منه جميع القواعد القانونية في جميع ميادين وفروع القانون العام والخاص. إلا أن الواقع العملي، يفرز لنا دائماً إشكاليات ونقائص تعتري المواد التي أناطها المشرع بمبدأ المساواة بصفة عامة. وبالخصوص تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، بالنسبة للصفقات العمومية. وخاصة الصفقات ذات الطابع التقني والمعقد، أو إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية (المطلب الثاني). وفي هذا الشأن يجب الإشارة، إلا أن إشكاليات تطبيق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. لا يمكن إيعازه إلى عجز أو نقص في القواعد العامة لمبدأ المساواة، أو ضمن وظائفه الاقتصادية أو القانونية. لأن هذه الوظائف في الأصل تستجيب لمتطلبات المساواة في كل حالة ومع كل متغير. بل يجب

¹ العماري سميرة، المرجع السابق، ص 86.

إرجاع السبب إلى كون المشرع قوّض مبدأ المساواة بقواعد قانونية لا تتناسب إطلاقاً مع المبادئ العامة لمبدأ المساواة ووظائفه.

أما بخصوص الترتيب الزمني للوظائف الاقتصادية والقانونية لمبدأ المساواة في مجال تأهيل المرشحين والمتعهدين، لم نجد أي مادة تشر إلى ذلك، مما يوحي بأن مباشرة الوظيفتين يكون آني وتزامني. غير أن الواقع العملي والمنطقي يثبت تقدم الوظيفة القانونية على الوظيفة الاقتصادية وهو ما سوف نعتمده في الترتيب المنهجي في هذا المبحث.

المطلب الأول: الوظيفة القانونية لتأهيل المرشحين والمتعهدين في إطار القوانين والتشريع المعمول به

تعتبر المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247 الأساس القانوني، التي يستند إليها مبدأ المساواة في تحديد وظيفته القانونية، بغرض تأهيل المرشحين والمتعهدين لمجال الصفقات العمومية. وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر، نجدها قد حددت الشروط والالتزامات القانونية التي يجب أن تتوفر في الشخص المرشح للصفقات العمومية، حيث يترتب على مخالفتها إقصاء المرشح من الدخول إلى مجال الطلبات العمومية كونها تشكل ضماناً لنزاهة المتعامل المتعاقد. كما تستند هذه الوظيفة إلى الشروط التي تفرضها القوانين والتنظيمات المتعلقة بممارسة المنافسة التجارية (الفرع الأول).

هذه الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة في مجال التأهيل تستند أيضاً إلى المعايير المتعلقة بالأهلية القضائية، للمرشح وذلك من خلال الإطلاع على وضعيته القضائية والتي يجب أن تكون سليمة. بهدف التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات التي يترتبها عقد الصفقة العمومية (الفرع الثاني)، وفي هذا إشارة للحماية الجنائية للمال العام طبقاً لما نصت عليه المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الأول: المعايير القانونية لتأهيل المرشحين والمتعهدين

تتمثل هاته الالتزامات والتي تتطلبها الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، في الأحكام القانونية التي يتطلبها القانون ويفرضها على المتعاملين الاقتصاديين بحكم ممارستهم إما للأنشطة التي يتطلبها قانون المنافسة (البند الأول)، أو تنظيم الصفقات العمومية والمتجسد في المرسوم الرئاسي 15-247 (البند الثاني). الأمر الذي يجعل من مخالفتها حرمان المرشح والمتعهد من الدخول إلى الطلبات العمومية، نظرا لعدم توفره المعايير القانونية التي تفرضها الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة.

البند الأول: الشروط التي تفرضها القوانين والتنظيمات المتعلقة بممارسة الأنشطة التي تحكم المنافسة التجارية

يمكن حصر هذه الشروط بما يتوافق مع الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية إلى مايلي:

1. شرط استقاء الالتزامات الجبائية وشبه الجبائية: يعتبر الالتزام بدفع الضرائب من أهم الالتزامات التي تحافظ على التوازن المالي بين المتعاملين الاقتصاديين وتضمن حق الدولة من خلال الانتفاع بخدماتها، ومن بين أبرز أنواع الضرائب والرسوم في مجال الصفقات العمومية، هو الرسم على القيمة المضافة TVA¹، حيث يقدم المتعهد الشهادات التي تثبت استيفائه لواجباته الجبائية وشبه الجبائية، التي تعتبر من الوثائق الأساسية التي يحتوي عليها ملف الترشح وإن كان يمكن تسليم هذه الوثائق بعد تسليم العروض، حيث تقوم لجنة فتح وتقييم العروض بطلب استكمال هاته الوثائق من المتعهد قبل تقييم العروض. وفي نفس السياق، نجد الرأي القانوني رقم: 355 بتاريخ 23 أبريل 2017، يؤكد ذلك بقوله: "المتعهد الذي قدم في

¹ يعتبر الرسم على القيمة المضافة من بين الرسوم المقررة على رقم الأعمال، الوارد تنظيمها في المادة 24 القسم الرابع من القانون رقم 16-14، بتاريخ 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانون المالية لسنة 2017، (ج.ر. 77، المؤرخة في 29 ديسمبر 2016).

عرضه جدول الضرائب وشهادة أداء المستحقات لضمان الإجتماعي لغير الأجراء محل جدولة للتسديد يعتبر قد استوفى لالتزاماته الجبائية وشبه الجبائية.¹

2. إيداع حسابات الشركة: ألزمت المادة 11 من القانون رقم 04-08 على أنه: " يجب على كل شركة تجارية أو أية مؤسسة أخرى خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إجراء الإشهارات القانونية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما."² فقد ألزم القانون التجاري الشركات التجارية المتمتعة بالشخصية المعنوية إيداع حساباتها لدى المركز الوطني للسجل التجاري خلال الشهر الذي يلي مصادقة الجمعية العامة عليها، ويعد الإيداع بمثابة إشهار.³

3. عدم ارتكاب المتعامل الاقتصادي الغش والمخالفات الخطيرة: يضمن مبدأ المساواة التأكد من عدم ارتكاب المتعامل الاقتصادي لمخالفة الغش والمخالفات الخطيرة في مجال الصفقات العمومية من خلال البطاقات الوطنية، التي تسجل فيها كافة المعلومات المتعلقة بالمتعاملين الاقتصاديين على المستوى الوطني،⁴ وذلك لإثبات مدى نزاهتهم ويسري مفعول التسجيل فيها على كل المصالح المتعاقدة.

البند الثاني: الالتزامات التي يفرضها المرسوم الرئاسي 15-247

فرض تنظيم الصفقات العمومية على المرشح للصفقة العمومية عدم القيام بأفعال من شأنها المساس بمبدأ المنافسة، وخرق مبدأ المساواة. مما يدل على عدم نزاهة المرشح للصفقة العمومية، ويعتبر من قبيل ذلك ما يلي:

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 355 و.م.ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع / م.ف.ت/2016، بتاريخ 23 أبريل 2017.

² القانون رقم 04-08، بتاريخ 14 أوت 4004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل، (ج.ر. 52)، المؤرخة في 18 أوت 2004).

³ المادة 717 من المرسوم التشريعي رقم 93-08، بتاريخ 25 أبريل 1993، (ج.ر. 27)، المؤرخة في 27 أبريل 1993)، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري.

⁴ المادة 75 فقرة 10، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

1. عدم الاتفاق بين المتعامل الاقتصادي وأعوان المصلحة المتعاقدة: من بين الالتزامات التي فرضها المرسوم الرئاسي 15-247، ما نصت عليه المادة 89 والمتمثل في قيام المتعامل الاقتصادي بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص صفقة عمومية أو ملحق أو إبرامه أو مراقبته أو التفاوض بشأن ذلك أو تنفيذه، حيث أن هذه الأفعال تؤدي إلى فسخ الصفقة أو إلغائها. ويتم تسجيل المؤسسة المعنية من المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية.¹

2. عدم تقديم التصريح الكاذب: يعتبر التصريح بالاكنتاب من بين الوثائق اللازمة التي ألزم القانون بإتباعها تحت طائلة رفض العرض، ويأتي في مقدمة الوثائق التي يتضمنها العرض التقني.²

3. أن لا يكون المتعهد موظفا في المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة: منع المشرع الجزائري الموظفين أثناء مزاوله مهامهم وحتى بعد الانتهاء منها بالمشاركة في الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة التي كانوا يشغلون مناصبا فيها، إلا بعد مرور أربع سنوات على انتهاء مهامهم،³ والحكم جاء مطلقا لكافة الموظفين بغض النظر على درجاتهم ومراتبهم ومدى علاقاتهم بمصلحة الصفقات. فالحكم جاء عاما وشاملا لكل موظفي المصالح المتعاقدة، وجاء هذا التقييد لدعم مبدأ المساواة والشفافية في مجال الطلبات العمومية.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالأهلية القضائية

سبق وأن أشرنا سابقا بأن الوظيفة القانونية التي يوفرها مبدأ المساواة، تستند كذلك للمعايير القضائية للمرشح والمتعهد المؤهل للصفقات العمومية. وتقتضي هاته المعايير بأن يكون المرشح للصفقات العمومية في وضعية قضائية سليمة. بمعنى تمتعه بالأهلية تجاه القضاء، والتي يترتب عليها وجود المتعامل المتعاقد سواء الطبيعي، أو المعنوي في وضعية سليمة للتمتع بالحقوق

¹ أنظر أحكام الفصل الثالث: إبرام الصفقات العمومية، القسم الثامن: مكافحة الفساد، المرسوم الرئاسي 15-247.

² الملحق الثالث من القرار الوزاري المؤرخ في 19/12/2015، المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة والترشح والتصريح بالاكنتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، (ج.ر، 17 المؤرخة في، 16 مارس 2016).

³ المادة 92، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وتحمل الالتزامات التي يترتبها عقد الصفقة العمومية. وتتمثل في عدم وجود المرشح ضمن إجراءات التسوية القضائية أو حالات الإفلاس أو التصفية (البند الأول)، وكذلك عدم الحكم بالإدانة القضائية على المرشح للصفقة العمومية (البند الثاني).

وهو ما أكدنا عليه سابقا من حيث إثبات سمعة ونزاهة المتعامل المتعاقد، وتأكيد عنصر الثقة لدى المصلحة المتعاقدة مع المتعامل معها.

البند الأول: عدم وجود المرشح ضمن إجراءات التسوية القضائية أو حالات الإفلاس أو التصفية

1. عدم وجود المرشح ضمن إجراءات التسوية القضائية والصلح: لقد حرص المشرع الجزائري على منع المتعهدين الذين هم محل تسوية قضائية من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث يلزم المتعهد أو المؤسسة المتعقدة عند ملاءمة استمارة التصريح بالاكنتاب على أنه ليس في حالة تسوية قضائية، أما إذا كان في حالتها، فإنه يتعين عليه تعيين المحكمة وأن يذكر الحكم أو الأمر والشروط التي رخص فيها للشركة بمتابعة نشاطها وذكر اسم وعنوان وكيل التسوية القضائية.¹

2. عدم وجود المرشح ضمن حالات الإفلاس أو التصفية أو التوقف المؤقت: يعتبر الإفلاس بمثابة الموت المدني للتاجر، وفي مجال الصفقات العمومية يؤدي إلى حرمان المتعامل المتعاقد من المشاركة في الصفقات العمومية بصفة نهائية، كونه يؤدي إلى فقد الاعتبار بسبب الحكم بالإفلاس أو التصفية.²

البند الثاني: عدم الحكم بالإدانة القضائية على المرشح للصفقة العمومية

يكون هذا الشرط كعقوبة تكميلية لحكم سابق على الفرد أو المؤسسة بعقوبة ما نظرا لارتكابه لمخالفة تمس بنزاهتهم، كالحكم عليه في جريمة الرشوة أو جريمة فساد، وقد اشترط القانون أن

¹ نصت المادة 44 من القانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة: "تعتبر أرباح صناعية وتجارية لتطبيق ضريبة الدخل الأرباح التي يحققها الأشخاص الطبيعيون والاعتباريون والناجمة عن ممارسة مهنة تجارية أو صناعية أو حرفية وكذلك الأرباح الناجمة عن الأنشطة المنجمية أو الناتجة عنها."

² سليمان الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية- دراسة مقارنة- دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1991، ص 216.

تكون هذه الإدانة القضائية نهائية. غير أن المشرع الجزائري لم يحدد ما هي الجرائم التي تمس بالنزاهة المهنية، هل هي تلك المخالفات والجرائم في مجال الصفقات العمومية. أو في مجالات التجارة أو العمل أو في مجال الاقتصاد، كجريمة تبييض أموال وغيرها من الجرائم الاقتصادية.¹

وبناء على ما تقدم ذكره، فإن الشروط السالفة الذكر تساهم في وجود مساواة قانونية فعلية قوية بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين، وقيام فرصة الفوز بالصفقة العمومية لديهم، والتي تعهد في الأخير لمتعامل متعاقد واحد من بين العديد من المرشحين، على أساس العرض الذي قدمه وذلك بوصفه صاحب أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، الذي يتم اختياره بناء على المعيار المعتمد لتقييم العروض ليتم في الأخير المنح المؤقت للصفقة واعتماد قرار اختيار المتعامل المتعاقد من طرف الهيئات المخولة قانونا.

المطلب الثاني: الوظيفة الاقتصادية المتعلقة بتأهيل المرشحين والمتعهدين طبقا لنوع الصفقة العمومية

يقع على عاتق مبدأ المساواة بالموازاة مع بقية المبادئ الأخرى، تحقيق الوظيفة الاقتصادية بغرض تأهيل المرشحين والمتعهدين. فتندرج الوظيفة الاقتصادية في ضبط المعايير التقنية والمالية للمرشح بما يوافق نوع الصفقة العمومية من حيث قدراتهم التقنية والمالية. وبالتالي، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة تستهدف بلوغ حاجات أو دراسات ذات طابع تقني تتطلب تكنولوجيا عالية جدا فإنها توجه الطلب نحو المرشح الوطني و/أو أجنبي.² أما إذا كانت تستهدف حاجات اجتماعية و/أو بيئية، فإنها تخصص معايير تأهيل بما يناسب الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة وما ينسجم مع التوجه الاقتصادي والسياسي أو البيئي أو الاجتماعي للدولة.

ويهدف إبراز الوظائف الصحيحة لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، وخاصة ما تعلق منها بالوظيفة الاقتصادية من حيث تأهيل المرشحين والمتعهدين. يجب الإشارة في هذا

¹ والذي وصفه المشرع الجزائري بمقرر قضائي نهائي يثبت التورط في الغش الجبائي وهنا يكون الإقصاء لمدة ثلاثة (3) سنوات من المشاركة في الصفقات العمومية بناء على نص المادة 5 من القرار الوزاري، بتاريخ 19 ديسمبر 2015، المحدد لكيفيات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. (ج.ر، 17 المؤرخة في، 16 مارس 2016)

² سراط هجيرة، التحضير لإجراءات طلب العروض وتجهيزات ما قبل الإيداع، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد درارية، المجلد 17، العدد 02، جوان 2018، ص 52.

الإطار، إلى أن الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة، والتي أساسها معايير تأهيل يستند إليها مبدأ المساواة تنقسم إلى قسمين.

قسم يتعلق بمعايير تأهيل المتعامل المتعاقد حسب المادة 37 من المرسوم الرئاسي 15-247، فهي معايير متعلقة بتحديد مفهوم المتعامل المتعاقد، ومعايير تتعلق بتحديد موقف المشرع من المتعامل الأجنبي، وإشكالية تطبيق مبدأ الجنسية وأثره على مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية (الفرع الأول).

أما القسم الثاني من معايير التأهيل، والمتعلقة بالقدرات التقنية والمالية للمرشح،¹ وقد تم تعريفها من خلال الرد على طلب توضيح قانوني، من قسم الصفقات العمومية، بقولها: "1/ يقصد بالوثائق الصادرة عن المتعهد كل وثيقة يعدها المتعهد طبقا لمتطلبات دفتر الشروط والتي تكون محل تنقيط."² بالإضافة لمعيار الجاهزية المالية الواجب توفرها في الشخص المتعامل المتعاقد³ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية

نصت المادة 37 من المرسوم الرئاسي 15-247: "أن المتعامل المتعاقد يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى أو في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات قد تكون خاضعة للقانون الجزائري أو مؤسسات أجنبية."

¹ المادة 53، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة."

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 447 و م.ق.ص.ع / م.ق.ص.ع / م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 جوان 2016.

³ ذهب المشرع الفرنسي أيضا إلى أن الشروط التي تضعها المصلحة المتعاقدة في المرشح للصفقة العمومية، يجب أن تكون متناسبة مع موضوع وطبيعة الصفقة وشروط التنفيذ إلا إذا تعلق الأمر بالصفقات المتعلقة بالأمن أو الدفاع، فهنا لا يجوز للمشتري العمومي قبول أي متعامل اقتصادي يتواجد موقعه الجغرافي خارج إقليم الإتحاد الأوروبي. أنظر، MARIE-

CHARLOTTE BONTRON, op.cit. p 126.

وعليه يمكن تعريف المتعامل المتعاقد: " بأنه كل متعامل اقتصادي يرغب في الترشح في مجال الطلبات العمومية قد يكون شخصا طبيعيا يلتزم في إطار الصفقات العمومية إما فرادى أو مجموعة أشخاص أو في إطار تجمع وطنيا كان أو أجنبيا.¹

لذلك سنقسم هذا البند إلى جزئيتين، نتعرض في الأولى إلى المراكز القانونية المختلفة للمتعامل المتعاقد (البند الأول)، ثم شرط الجنسية في الترشح للصفقات العمومية (البند الثاني).

البند الأول: التعبير الصحيح للمتعامل الاقتصادي ضمن المراحل الزمنية للصفقة العمومية

من خلال القراءة المتأنية لمواد المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع أشار إلى عدة مصطلحات تشير إلى المرشحين حسب كل مرحلة من مراحل مسار الصفقة العمومية (أ)، وتحديد الآثار القانونية المترتبة على ذلك (ب).

أ. المراكز القانونية المختلفة للمتعامل المتعاقد خلال مراحل الصفقة العمومية

من خلال هذا الطرح، نقدم تعريفات أكثر وضوحا. نهدف من خلالها تحديد المصطلح الصحيح للمتعامل الاقتصادي ضمن المراحل الزمنية التي تمر بها الصفقة العمومية. وفي سبيل الوصول إلى هذه الغاية، نستند إلى المراكز القانونية للمستفيدين المعنيين من مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين. والمتمثل في المرشحين المحتملون بالنسبة للمبدأ الأول، والمرشحين الفعليين بالنسبة للمبدأ الثاني. هذا التقسيم الزمني المستمد من مراحل الصفقات العمومية حسب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 15-247،² والذي يتناسق

¹ فقد عرفه المشرع الفرنسي بأنه من يعهد إليه بتنفيذ الصفقة العمومية، وتحقيق موضوعها سواء أكانت صفقة أشغال أو دراسات أو لوازم مهما كان شكله القانوني، ويختلف المتعامل الاقتصادي عن المرشح والعارض في الصفقة العمومية، أنظر المادة

ART 13 de l'ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics est défini les opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires": opérateurs économiques ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public.

Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de de passation d'un marché public".

² المادة الأولى، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: " يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام التي تبرمها على التوالي المصالح المتعاقدة والسلطات المفوضة طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم."، بالإضافة إلى نتائج المبحث الأول والثاني من الباب الأول ضمن الفصل الأول من هذه الدراسة.

مع الجانب الزمني لمراحل الصفقات العمومية. وبالتالي، تستفيد كل فئة من المرشحين من حماية مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية، وبالتالي نجد فئة المرشحين المحتملين تستفيد من مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وفئة المرشحين الفعليين من مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وكلا الفئتين تستفيد من مبدأ شفافية الإجراءات.

ومن هذا المنطلق، نجد أن المشرع يستخدم مصطلح المتعامل الاقتصادي، ثم مصطلح المتعامل المتعاقد، كما نجده يستعمل مصطلح المرشح، المتعهد، المتعهد المقبول،¹ المتعهد الأجنبي،² المتنافس،³ حائز الصفقة.⁴ وعلى هذا الأساس، يمكن حصر تعريف المرشح حسب المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام كتالي المتعامل الاقتصادي: " هو كل متعامل اقتصادي بإمكانه تقديم عرض للفوز بالصفقة العمومية".⁵

1. المرشح الإجمالي: " هو كل متعامل اقتصادي يعمل في نفس السوق التنافسية، من المحتمل أن يتقدم بعرض بهدف الحصول على الصفقة العمومية".⁶

2. أما المرشح الفعلي: " هو المتعامل الاقتصادي الذي تقدم بالفعل بعرض بهدف الحصول على الصفقة العمومية".⁷

3. المرشح المقصى يمكن تعريفه حسب مواد المرسوم الرئاسي 15-247: " هو كل متعامل اقتصادي كانت له مصلحة في إبرام العقد، ولم يسمح له بتقديم عرضه، وله القدرة على أن يكون مرشح. أو قدم عرضاً غير مقبول أو غير قانوني، أو عرض منخفض بصورة غير قانونية".⁸

¹ المادة 99، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 110، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ المادة 66، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المواد 65،67،69،74، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁵ تعريف مقدم من طرف الباحث، استناداً لما توصلنا إليه من خلال تحليل مواد المرسوم الرئاسي 15-247، والمراسيم السابقة له.

⁶ التعريف نفسه.

⁷ التعريف نفسه.

⁸ التعريف نفسه.

4. المتعامل المتعاقد الوطني في مجال الصفقات العمومية، وعلى غرار قواعد القانون المدني: "هو من يملك القدرة على إحداث الأثر القانوني، بإشراك إرادته مع إرادة الطرف الآخر على إحداث هذا الأثر القانوني، وإن كان في مجال العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة لا دخل لإرادة المتعامل المتعاقد في إنشاء العقد أو تعديل بنوده. وهو ما يجعل العقد الإداري يتميز عن عقود القانون الخاص فهو يشبه عقود الإذعان وإن كانت عقود الإذعان تحكمها قواعد القانون الخاص."¹

5. المتعامل المتعاقد الأجنبي: بعد الاستقلال توجهت الجزائر إلى تبني سياسة للنهوض باقتصاد البلاد، خاصة من خلال آلية الصفقات العمومية وتشجيع الاستثمار. وذلك بإصدار قانون 63-277، المؤرخ في 1963/07/26، والملغى بموجب القانون رقم 82-11.² والذي يهدف إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية من خلال الاعتراف للمتعهدين الأجانب بامتيازات في إطار قانون الاستثمار بصفة عامة، وقانون الصفقات العمومية بصفة خاصة. غير أن التغييرات الاقتصادية التي تتخبط فيها الجزائر جعلها تتخذ عدة مواقف إزاء المستثمر الأجنبي منذ الاستقلال إلى غاية يومنا هذا.

6. تعريف المؤسسة الأجنبية: يقصد بالمؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي، على غرار بعض التشريعات التي حددت شروط الجنسية كشرط الاشتراك في تنفيذ بعض الصفقات منها المشرع اللبناني، الذي ألزم أن يكون المتعامل المتعاقد لبنانيا، وإذا كان أجنبيا فعليه أن يستوفي جميع الشروط المطلوبة بالاشتراك في تنفيذ بعض الصفقات العامة الخاصة بنشاط الأجانب في لبنان.³

1.6. موقف المشرع الجزائري من مركز المتعامل الأجنبي في تنظيم الصفقات العمومية: شهد موقف المشرع الجزائري في تعريف المؤسسة الأجنبية تذبذبا عبر جل التنظيمات المتعلقة

¹ محمد الشافعي أبوراس، العقود الادارية، مركز التعليم المفتوح، www.olg.bw.eg/colg/images/413، تاريخ تفحص الموقع، 2018/03/26.

² قانون رقم 82-11، بتاريخ 21 أوت 1982، يتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، المعدل، (ج.ر. 34، مؤرخة في 24 أوت 1982).

³ عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها وإجتهدا، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2013، ص 33.

بالصفقات العمومية، فبالرجوع إلى الأمر رقم 90-67 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى والذي ميز بين المؤسسة الأجنبية المقيمة في الجزائر، والمؤسسة الأجنبية غير المقيمة. حيث كانت المؤسسة الأجنبية الكائنة في الجزائر موضوع أول منشور أصدرته اللجنة المركزية للصفقات العمومية. وتعرّف على أنها: "كل مؤسسة أجنبية تملك على التراب الوطني مرافق مهنية دائمة ضرورية لإنجاز كل أو جزء من الخدمات التي تطلبها الإدارة."¹ أما بالنسبة للمرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10/04/1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الملغى، فقد أزال التمييز بين المؤسسة الأجنبية المقيمة بالجزائر وغير المقيمة، ليعيد المشرع النص عليها مرة أخرى في المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الملغى هو الآخر. وبخصوص المرسوم الرئاسي 02-250، الملغى، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والذي استعمل مصطلح المتعاملين الأجانب، والذي قصد بهم المؤسسات الأجنبية غير الكائنة في الجزائر، في حين لم يطلق صفة المتعامل الأجنبي على المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر.² وقد حذف المرسوم الرئاسي 10-236، الملغى، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية مصطلح المؤسسة الأجنبية الكائنة بالجزائر، وغير الكائنة حيث استعمل مصطلح المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، بمعنى أن المؤسسة الكائن مقرها بالجزائر تخضع للقانون الجزائري، أما المؤسسة غير الكائنة بالجزائر فهي تعتبر مؤسسة أجنبية، وهو نفس التمييز الذي أبقى عليه المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247.

من خلال ما سبق نجد، تمسك المشرع الجزائري بضرورة إبرام الصفقات العمومية مع مؤسسات أجنبية، وإن كان قد ميز بين المؤسسة الخاضعة للقانون الجزائري، والمؤسسة الأجنبية والذي تبرره مسألة منح الامتيازات في مجال الصفقات العمومية للمؤسسات الخاضعة لقانون

¹ ميريام أكرور، الاستثمارات الأجنبية والصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس بالمدينة 2013، ص 3.

² فضيل شبلي، حمزة عبد الكريم، قانون الصفقات العمومية، قصر الكتاب، طبعة 2005، ص 9.

الجزائري، إضافة إلى ضرورة ترقية الاستثمار وتطويره. حيث أن الهدف من الاستثمار هو جلب رؤوس الأموال الأجنبية ونقل التكنولوجيا والاستفادة منها.¹

وعلى هذا الأساس، فإن هذه المفاهيم المختلفة حول المتعامل الاقتصادي الوارد ذكرها ضمن مواد المرسوم الرئاسي 15-247، والتي تختلف مراكزه القانونية حسب المراحل الزمنية للصفقات العمومية. والتي تثبت ارتباطها بمبادئ الصفقات العمومية، والتي تعد إجراء أساسي في الحق في الطعن في أي إجراء من إجراءات إعداد و/أو إبرام و/أو تنفيذ الصفقة العمومية.

ويغرض التقيد بمجال الدراسة والمتمثلة في دراسة تطبيقات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ومن أجل التطرق لإجراءات التعديلات السابقة على التعاقد، فإننا نكتفي بدراسة المرشحين المحتملين والمرشحين الفعليين لأن مبدأ المساواة كما سبق الإشارة هو المسؤول عن المرحلة الثانية من مراحل الصفقات العمومية كما أن له وظيفة مبدأ داعم لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومي في المرحلة الأولى من الصفقات العمومية.

ب. الآثار القانونية للتمييز بين المرشحين المحتملين والمرشحين الفعليين

يضمن المشرع للمتعهد والمرشح والمتعامل الاقتصادي، الذين تم إقصاؤهم، في أي مرحلة من مراحل الصفقة العمومية. بسبب أنهم لم يستطيعوا تقديم عروضهم ومنعوا تحت أي إجراء من الإجراءات التي يرون أنهم قد حرمتهم من تقديم عروضهم ضمن المرحلة الأولى للصفقات العمومية والتي هي مؤطرة ضمن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية. أو تم إقصاؤهم ضمن المرحلة الثانية والمتمثلة في فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي يشرف عليها مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وحتى بالنسبة للمرشح غير الفائز بالصفقة الذي يحتج على المنح المؤقت.²

لم نجد أي نص قانوني أو أي قرار يوضح الإجراءات القانونية المتعلقة بالتعديلات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، كما أنه لم يسبق لأي بحث

¹ عثمان بودحوش، تخفيض التكاليف كمدخل لدعم الميزة التنافسية في المؤسسات الصناعية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية التسيير والعلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، تخصص اقتصاد وتسيير المؤسسات، 2007-2008، ص 55.

² المادة 82، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

التطرق لمثل هذه الإشكاليات، ويرجع السبب حسب اعتقادنا إلى تعدد كفاءات إبرام الصفقات العمومية. بالإضافة إلى تعدد أوضاع التعديلات التي يمكن أن تحدث أثناء إعداد و/أو إبرام و/أو تنفيذ الصفقة العمومية. وما زاد الأمر تعقيدا الخلط في تحديد وظائف مبادئ الصفقات العمومية أثناء كل مرحلة من مراحل الصفقات العمومية، وكذلك الجهل بآثار كل مبدأ على حدى وعدم التعيين الدقيق لمجال تداخل ومجال الفصل بين مبادئ الصفقات العمومية. وبالتالي، لا توجد أسس واضحة توضح إجراءات قانونية خاصة بالتعديلات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية. ومع ذلك، كان لا بد أن نتطرق في هذا البحث إلى التوضيحات الضرورية المتعلقة بالتعديل السابق على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، لأنه من المرجح أن تؤدي مثل هذه التعديلات إلى خرق مبادئ الصفقات العمومية. مما يستلزم الحاجة إلى التطرق لمثل هذه الإشكاليات القانونية خاصة في مجال مبدأ المساواة في معاملة المرشحين -مجال الدراسة- معتمدين في ذلك على النتائج المتوصل إليها من خلال المبحث الأول والثاني من هذه الدراسة.

البند الثاني: إشكالية تطبيق مبدأ الجنسية في إطار الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة

تعتبر الجنسية النظام القانوني الذي تضعه الدولة لتحديد به ركن الشعب، ويكتسب الفرد صفة تفيد انتسابه إليها. وقد تم تعريف الجنسية على أنها: "علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضوا في شعب الدولة."¹ وهي تنقسم إلى نوعان جنسية أصلية وجنسية مكتسبة.

وفي إطار النهوض بالسياسة الاقتصادية للبلاد، لم يفرض المشرع الجزائري شرط الجنسية سواء كانت أصلية أو مكتسبة في المتعامل المتعاقد، ويرجع ذلك إلى رغبة الدولة في فتح المجال أمام الأجانب من أجل الاستثمار من خلال آلية إبرام عقودا مع مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري بمعنى متمتع بجنسية جزائرية ومؤسسات أجنبية.² وإن كان المشرع الجزائري في التنظيمات السابقة الخاصة بالصفقات العمومية ميز بين المتعاملين الوطنيين، ومؤسسات أجنبية

¹ حفيظ السيد الحداد، مدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 11.

² بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، ص 26.

كائنة في الجزائر، والمتعاملين الأجانب. وقد حدد هذا الأخير شروطا قانونية لدخول المتعامل الأجنبي للمنافسة في مجال الصفقات العمومية.¹

تجدر الإشارة إلى أن واقع الصفقات العمومية في الجزائر لم يصادف إبرام صفقات عمومية مع أشخاص طبيعية أجنبية بصفتها متعامل متعاقد، بل تعاقد مع مؤسسات أجنبية تتخذ أشكال شركات تجارية.²

ومن أهم الأسباب التي دعت إلى عدم اشتراط شرط الجنسية في المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، هو الحاجة إلى تقوية الاقتصاد الوطني والسعي الحثيث للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية (OMC) القائمة على أساس الاقتصاد الحر والسوق المفتوحة.³ غير أن هذا لم يمنع من منح الكثير من الأولويات وهامش الأفضلية بالنسبة للمتعامل الجزائري سواء أكان فردا أو مؤسسة وهذا لتمكينهم من الولوج إلى عالم الصفقات العمومية وتقوية الاقتصاد الوطني.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإن وضع شرط الجنسية قد مر بمرحلتين. مرحلة ما قبل معاهدة روما أين طالب الفقه الفرنسي بضرورة فرض الجنسية اعتمادا على فكرة الحماية في نطاق المناقصات التي تجريها الإدارة، على أساس أنه ليس من المنطق تمويل خزائن واقتصاد دول أخرى وتبديد أموال دافعي الضرائب الفرنسية، وذلك من خلال السماح للرعايا الأجانب بالدخول إلى المنافسة ضمن المناقصات العامة الفرنسية، إضافة إلى ظهور منافسة شرسة بين المتعهدين الأجانب والفرنسيين الأمر الذي من شأنه أدى إلى إقصاء المنتجات الوطنية (الفرنسية).⁴ أما الاتجاه الثاني من الفقه الفرنسي فقد أباح ضرورة فتح باب المنافسة للأجانب، على أساس أن التضييق منها يؤدي إلى فرض معاملات مماثلة انتقامية.

¹ المادة 38، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 30.

³ نفس المرجع، ص 32.

⁴ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 562.

أما بعد مرحلة عقد معاهدة روما بتاريخ 1957/03/25، أصبحت السوق الأوروبية موحدة ومشتركة، والتي كان من أهم أهدافها إقامة قواعد المنافسة على أساس الابتعاد عن التمييز القائم على أساس التعصب الوطني أو القومي،¹ الأمر الذي فنده الإتحاد الأوروبي الذي اعتبر شرط الجنسية شرط تفضيلي يتناقض وروح الإتحاد القائمة على أساس المنافسة الحرة والسوق الموسعة. واستنادا على ذلك، استبعد المشرع الفرنسي شرط الجنسية كونه شرط ينطوي على التمييز والتصيق في مجال المساواة في معاملة المرشحين، سواء تعلق الأمر برعايا الإتحاد الأوروبي أو رعايا دول أخرى.²

الفرع الثاني: معايير التأهيل التقني والمالي للمرشح للصفقة العمومية

سبق وأن أشرنا، أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة التأكد من مدى جاهزية المؤسسة المتعاقدة لتنفيذ الصفقة تقنيا وماليا ومهنيا. حتى تضمن تنفيذ حاجاتها المعبر عنها على أحسن وجه، حيث يتحكم موضوع الصفقة ومدى تعقيده، في تحديد الشروط الخاصة بتأهيل المرشحين والمتعهدين للدخول للصفقة العمومية. لذلك لابد للمصلحة المتعاقدة أن تراعي مجموعة من الضوابط عند وضعها لمعايير التأهيل والمتمثلة في التأهيل على أساس شهادة التصنيف(البند الأول) أو التأهيل على أساس الاعتماد(البند الثاني) بالإضافة إلى التأهيل المالي للمرشح(البند الثالث).

¹ معاهدة روما، اتفاقية أوروبية، تم التوقيع عليها بتاريخ 1957/3/25 بالعاصمة الإيطالية، بحيث تعتبر النواة الأولى للاعتراف بالإتحاد الأوروبي. وقعت عليها 6 دول (فرنسا، ألمانيا، إيطاليا، بلجيكا، لوكسمبورغ، هولندا) وقد نصت المادة 8 من اتفاقية روما صراحة على منع أي تمييز بسبب الجنسية في نطاق العمليات التجارية والاقتصادية التي تتم في دولة عضو بالإتحاد. أنظر، العماري سميرة، ص 101.

² ART 18 de directive 2014/24/ue, sur la passation des marchés publics, MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 22.

البند الأول: التأهيل على أساس شهادة التصنيف

يعتبر التأهيل التقني من أهم الشروط الواجب توفرها في المتعامل المتعاقد، باعتباره الفيصل في اختياره من بين العديد من المتنافسين، الأمر الذي يدل على اهتمام المشرع بالكفاءة الفنية والتقنية للمتعاقد.¹

وقد أشار المشرع، إلى إمكانية الاستغناء عن شهادة التصنيف والتأهيل في حالة طلبات الأشغال التي لا تتطلب ذلك. فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستشير الحرفيين كما هم معرفين بموجب التشريع المعمول به وذلك طبقاً لنص المادة 17 من مرسوم رئاسي 15-247.

وتجدر الإشارة إلى أن شهادة التصنيف والتخصص، كانت حكراً فقط على المؤسسات المتدخلة في الصفقات العمومية في مجال الري والبناء والأشغال العمومية،² الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن صلاحية هاته الشهادات في قطاعات أخرى غير القطاعات المذكورة سالفاً، فهل هي صالحة لكل المجالات خاصة في ظل تطور المرافق العامة؟ واستحداث مرافق عامة جديدة كمجال الاتصالات مثلاً؟

وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تدارك الأمر، من خلال إصدار مرسوم تنفيذي جديد وهو المرسوم التنفيذي رقم 14-139 المؤرخ في 20/04/2014³ الذي ألغى المرسوم 93-289، والذي أوجب على المؤسسات ومجموعة المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات، بأن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين.

¹ يعتبر المرسوم الرئاسي رقم 82-145، المنضم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، أول مرسوم نص على التأهيل التقني للمتعامل المتعاقد تحت عنوان تأهيل المرشحين، حيث نص على أنه يتعين على المتعامل العمومي أن يتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية، وأن التأهيل يكتسي طابع الاعتماد الإلزامي، المادة 36، 37 من المرسوم رقم 82-149، بتاريخ 10 أبريل 1982، المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الملغى (ج.ر. 15، المؤرخة في، 13 أبريل 1982).

² MOULOU SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, op, cit, p 105.

³ المرسوم التنفيذي رقم 14-139، بتاريخ 20 أبريل 2014، الذي يوجب على المؤسسات ومجموعة المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض القطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، (ج.ر. 26، المؤرخة في، 07 ماي 2014).

1. معايير تصنيف المتعاملين المتعاقدين: بين المرسوم التنفيذي رقم 14-139، كيفية التأهيل والتخصص من حيث مدى قدرة المؤسسة على القيام بإنجاز الأشغال بوسائلها المتوفرة سواء المادية والبشرية والتقنية. حيث أن معايير التصنيف كانت تحدد وفق عدد العمال للسنة الأخيرة المصرح به للضمان الاجتماعي في الوثائق المحاسبية، ورقم الأعمال المحقق للسنة الأخيرة كما هو مبين في الوثائق المحاسبية،¹ وقيمة وسائل التدخل المادية الخاصة بالمؤسسة أو مجموعة المؤسسات، أو رأسمال المؤسسة أو مجموعة المؤسسات ورقم الأعمال المحقق في قطاع السكن والأشغال العمومية والري كما هو مبين في الحصيلة الجبائية، ومستخرج جدول الضرائب المتعلق بالسنوات المحاسبية الثلاثة الأخيرة، والشهادات الإدارية التي يسلمها صاحب أو أصحاب المشاريع.²

وقد أضاف المرسوم التنفيذي رقم 14-139، السالف الذكر معايير جديدة إضافة إلى تلك التي نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 93-289 الملغى من بينها:

- عدد الممتهنيين المتخرجين من مؤسسات التكوين والتعليم المهني الذي تم توظيفهم.
- المخططات المنجزة في التكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف لفائدة عدد العمال المصرح به.

أما فيما يتعلق بقائمة وسائل التدخل المادية المثلثة، فقد نص المشرع على أن النقطة فيما يتعلق بهذا المعيار تكون متوازنة بالنسبة للمؤسسات المتخصصة، إضافة إلى أن رأسمال المؤسسة يجب أن يكون متوازنا حسب القانون الأساسي للأشخاص المعنوية طبقا للقانون التجاري، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعية فيكون معيار رأسمال المال محسنا،³ كما يحق للمؤسسة الصغيرة بأن يكون لها تأهيل وترتيب في الصنف الأول.⁴

¹ المادة 3، المرسوم التنفيذي رقم 14-139.

² المادة 3، المرسوم التنفيذي رقم 05-114، بتاريخ 07 أبريل 2005، الذي يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 93-289، (ج.ر. 26، المؤرخة في، 10 أبريل 2005)، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين.

³ المادة 8 المطعة 05، المرسوم التنفيذي رقم 14-139.

⁴ المادة 213، المرسوم التنفيذي رقم 14-139.

2. شهادة تصنيف المتعاملين المتعاقدين: تعتبر شهادة التصنيف والتأهيل المهنيين للمؤسسات المتدخلة في إنجاز الصفقات العمومية مهما كان نوعها، وثيقة تنظيمية يجب تقديمها تدعيما لكل عرض يتعلق بأشغال البناء، الأشغال العمومية، الموارد المائية، الأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية. حيث تعطي هاته الشهادات للمؤسسات اختصاصا على مستوى الوطن في شتى ميادين التدخل.

وعن كفاءات تسليم شهادات التصنيف والتأهيل المهنيين، فإنها تتم وفقا لمقتضيات القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 أبريل 2016، المحدد لكفاءات تسليم شهادات التصنيف والتأهيل المهنيين للمؤسسات ومجموعة المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز صفقات عمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية، والذي جعل للمؤسسات الصغرى الحق في التأهيل بناء على علاقتها بالوسائل المادية والبشرية وفقا لمدونات القطاع، حيث يتم تصنيفها تبعا لذلك في الصنف الأول.¹

أما المشرع الفرنسي فقد عرف نظام شهادات الأهلية، ويلزم المرشحاتون لأجل قبولهم في ساحة المنافسة إبراز شهادات تثبت أهليتهم الفنية، حيث تسلم الشهادات من قبل الإدارات المتعاقدة نفسها بمناسبة أداءات منفذة سابقا لديها من جانب المتنافس،² مما أعطى الإدارة سلطة تقديرية واسعة في نطاق إعطاء أو عدم إعطاء شهادات الخبرة لطالبيها في مجال البيانات التي يمكن أن تدون فيها، وقد تم هجر هذا الأسلوب بعد أن ظهرت تأثيراته الخطيرة على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

وعليه تم ظهور نظام آخر وهو نظام ملاحظات الخبرة، والذي بمقتضاه يلتزم العارض بتقديم المستندات الضرورية التي تعكس مؤهلاته وخبراته في شكل شهادات مقدمة شخصيا منه، واستمر إتباع هذا الأسلوب في تقنين عقود الشراء العام الحالي في المادة 50 منه والمادة 48 من قانون

¹ المادة 3، القرار الوزاري المشترك، بتاريخ 17 أبريل 2016، يحدد كفاءات تسليم شهادات التأهيل والتصنيف المهنيين للمؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية، (ج.ر. 36، مؤرخة في 19 جويلية 2016).

² مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 582.

الصفقات العمومية الفرنسي،¹ إضافة إلى أنه يتم طلب شهادات التأهيل المقدمة من طرف المصالح المكلفة برقابة النوعية والمخولة بإثبات مطابقة اللوازم والمواد وفقا لتقرير الخصوصية التقنية.

وعلى المستوى الأوروبي، تقدم شهادات تخصص وتصنيف لمؤسسات تخولها إنجاز الصفقات على مستوى دول الإتحاد الأوروبي،² كما أن الإدارة لا تكتفي بالوثائق المقدمة من العارض بل يتوجب عليها أن تنتقل إلى المصانع والمشاغل والورشات الخاصة بالجهة المرشحة لتعاينها عن قرب.³

البند الثاني: التأهيل على أساس الاعتماد

تعتبر صفقات الدراسات الهوية الثقافية المعمارية الوطنية التي تتميز عن غيرها من الصفقات، فمجز الدراسة يعتبر فنا مبدعا أكثر من اعتباره مجرد مهندس معماري، حيث تمثل الهندسة المعمارية مصلحة وطنية أساسية توجب احترام مبادئها.⁴ إضافة إلى أنها تضيف عوامل تقنية ومالية كركيزة للمصلحة المتعاقدة في انتقاء المتعامل المتعاقد، كما أنها تساهم في البحث العلمي مما يؤدي لتعزيز تنافس المؤسسات الوطنية، وتطوير منهج بحثها في المجال معماري،⁵ وبذلك كان لابد من تنظيم هاته المهنة نظرا لحساسيتها وأهميتها.⁶

¹ En vertu l'article 52 de **décret n 2016-360**, relative aux **marchés publics**, peuvent être réclames : "Des renseignements au documents permettant d'évaluer l'expérience, les capacités professionnelles, techniques et financier du candidats, ente autre ce dernier même s il s'agit d'un groupement, pour établir ses capacité, peut faire-état du savoir-faire et de solidité financière d'un plusieurs operateurs économique et ce quelle que soit la nature juridique des liens entre cet au ces operateurs économique."

² CHRISTOPHE LAJOYE, op.cit, p 117.

³ وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر بـ 1998/11/06 في قضية رقم 14960 على عدم جواز استبعاد المرشحين إذا قاموا بتقديم مستندات الأهلية التقنية المطلوبة ولو كانت غير مصادقة من الجهات المعنية في الأموال التي يتطلب القانون فيها ذلك طالما يمكن تدارك ذلك بالمصادقة على المستندات لاحقا. **مهند مختار نوح**، المرجع السابق، نفس الصفحة.

⁴ **إسلام عز الدين شوقارة**، صفقات الدراسات في القانون الجزائري للصفقات العمومية، مذكرة لنيل ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2010/2009، ص 7.

⁵ **إسلام عز الدين شوقارة**، المرجع السابق، ص 8.

⁶ تجدر الإشارة إلى أن الاعتماد لم يخص فقط صفة المهندس المعماري، بل كل الفئات التي تتولى صفقات الدراسات المبرمة في مجال الأشغال العمومية والبناء والري بدليل وصف المشرع لها بالخدمات الفكرية مهما كان مجالها كالطاقة أو الاقتصاد مثلا، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على وجوب الاعتماد إذا ورد بشأنه نص تنظيمي، بمعنى أن تخضع الأنشطة التقنية

من خلال ما تقدم ذكره، نستنتج أن الاعتماد يعطي الوجود القانوني لمهنة المهندس المعماري أو الخبير العقاري أو المستشار الفني، أو المساعد التقني. وبصفة عامة، كل من يتولى خدمات فكرية باعتباره إجراء أساسي لدخول المنافسة في مجال الطلبات العمومية، فالاعتماد هنا لا يكون إجراء اختياريًا من طرف المصلحة المتعاقدة.

أما فيما يخص عقود المساعدة التقنية، أو ما يعرف بالاستشارة التقنية التي تعتبر من أساليب فرض الرقابة التقنية على المتعامل المتعاقد في مجال أشغال البناء، والتي نظمها المشرع الجزائري بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 والمتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك 02 المؤرخ في 04/07/2001¹، والذي يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، هذا القرار صدر بين ثلاث وزارات هي: وزارة التهيئة العمرانية والتعمير، وزارة المالية، ووزارة التجارة، وتتص المادة الأولى منه على أن: "هذا القرار يحدد كفاءات ممارسة الاستشارة الفنية في البناء وأجرها لحساب الإدارات التابعة للدولة والجماعات المحلية والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري، ويحدد القرار مختلف عمليات الاستشارة الفنية في ميدان البناء ومحتواها والقواعد الخاصة بإبرام العقود المتعلقة بها وتنفيذها." وتتص المادة 18 من نفس القرار كذلك على أنه: " يجب على صاحب المشروع أن يبرم اتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء فيما يخص كل البنائيات التي تدخل ضمن اختصاصات هذه الهيئة."

وفقا للمعايير السالفة الذكر، يمكن أن يكون المستشار الفني على الخصوص مهندسا معماريا، أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات معتمد طبقا للتشريع الجزائري المعمول به. وهي شروط تختلف عن تلك التي جاء بها المشرع الفرنسي، عند تعريفه للمستشار

لترخيص أو اعتماد إلزامي الذي يكون بمثابة الامتياز أو الرخصة أو التأهيل لتعهد المتعامل المتعاقد فهو يعتبر إجراء إداري مسبق وإلزامي يعطي الوجود القانوني لمؤسسة خاصة ما لممارسة نشاطها في الجزائر. نفس المرجع، ص 9.

¹ قرار وزاري مشترك رقم 17، بتاريخ 15 ماي 1988، يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، (ج.ر. 43، المؤرخة في 26 أكتوبر 1988) المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك رقم 02، بتاريخ 4 جويلية 2001، (ج.ر. 45، المؤرخة في 12 أوت 2001).

الفني الذي نص على امتلاك الكفاءات التقنية والمالية والاقتصادية في مجال البناء، التي يتم تسخيرها لصالح رب العمل.¹

من خلال استقراء النصوص القانونية، نلاحظ تذبذب في موقف المشرع الجزائري في تحديد الإطار القانوني لتأهيل المتعامل المتعاقد في مجال صفقات الدراسات. فتارة يشترط التأهيل وتارة يشترط الترخيص، وتارة أخرى يشترط شهادة تخصص. وبذلك يكون للاعتماد مفهوم واسع باعتباره شرط للترشح في مجال الصفقات العمومية متى وجد نص قانوني يلزم به مهما كان الشكل القانوني الذي يتخذه. وهذا التذبذب يؤثر سلبا على الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة، وهو ما سبق الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قوض مبدأ المساواة بقوانين لا تتناسب مع المبادئ العامة لمبدأ المساواة والمتمثلة هنا في الوظيفة الاقتصادية.

إن المعايير المتعلقة بتأهيل المرشحين وإن كانت حاسمة في تحديد جاهزية المتعامل المتعاقد لتنفيذ الصفقة العمومية، فهي لوحدها لا تكفي لإثبات قدرة المرشح على تنفيذ موضوع الصفقة، إلا إذا كانت هناك جاهزية مالية وتجارية تدل على ذلك. بمعنى أن تكون للمرشح كفاية وملاءة مالية وتجارية وتقنية حتى يستطيع الولوج إلى ميدان المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بما يناسب

¹ المعايير التي تراقبها المصالح التقنية تتمثل على سبيل المثال في:

- مقاومة وطبيعة المعادن المستعملة وحجمها وكيفية ربطها وتشكيلها.
- ملائمة الأبعاد الهندسية للعناصر البنوية خصوصا ما تعلق منها بالحرارة.
- النقل على الأرضية وأثر الرياح (قياس متوسط قوة الرياح)، وتوزيع الكتلة.
- معايير الثبات ومدى وجود مؤشرات لعدم الثبات.
- المعوقات الفعلية للأرضيات (الجوار، الشبكات، التشققات، الجرف، معدلات التساقط).
- تركيبة البلاط ومقاومته.

إلى غير ذلك من المعايير التقنية والتي تتنوع بتنوع الأشغال وحجمها ومكان وجودها.

كما أن هناك معايير تقنية أخرى أصبح لها أهمية قصوى ابتداء من زلزال 2003 تسمى: القواعد الجزائرية لمقاومة الزلزال 1999-2003 ويطلق عليها اصطلاحا RPA99 والصادرة بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 11-01-2004 وهي عبارة

عن دفتر كبير يحوي العديد من القواعد نذكر منها:

- مراقبة الخط الزلزالي ومدى قربه من الأشغال والمنع منعا باتا من البناء فوقه.
- عدم البناء فوق الأرض الردم Terrain Remblai. تحصلنا على هذه المعلومات من خلال زيارتنا، لمصالح الهيئة الوطنية التقنية للبناء جنوب، وكالة بشار CTC.

الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة. ويهدف بلوغ فعالية الطلبات العمومية وحماية المال العام من جهة أخرى.

البند الثالث: التأهيل المالي للمرشح للصفقة العمومية

يعتبر شرط الجاهزية المالية والتجارية من أهم الشروط الواجب توفرها في المتعامل المتعاقد، فلا يتصور منح الصفقة لمؤسسة تعاني من عسر مالي أو عليها ديون أو في حالة إفلاس.¹ إذ أن الأمر ينعكس سلبا على تنفيذ الصفقة العمومية، ويؤدي إلى التماطل أو التأخر في تنفيذها لما يسبب ضررا كبيرا للمصلحة المتعاقدة .

وقد أكد الواقع العملي، فسح الكثير من الصفقات العمومية خاصة في مجال تنفيذ الأشغال العمومية بعد إعلان المؤسسات المتعاقدة المعهود إليها بتنفيذها، بسبب عدم وجود ما يدعم تنفيذ مشتريات العقد الذي أبرمته مع المصلحة المتعاقدة، مما أدى إلى إفلاس هذه الأخيرة.² لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت طريقة الإبرام."

وفيما يتعلق بالتأكد من الجاهزية المالية والجدية في تقديم العروض، فقد ألزم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المتعهدين بتقديم كفالة التعهد أو ما يطلق عليها بكفالة التأمين المؤقت.³

أما بالنسبة لإصدار كفالة تعهد فتكون من طرف مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري كبنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية، أما بالنسبة للمتعهدين الأجانب فإنها تصدر من

بنك خاضع للقانون الجزائري يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبي من الدرجة الأولى.⁴

¹ وليد رمضان عبد التواب، المرجع السابق، ص 84.

² بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 40.

³ المادة 125، المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ المادة 125 فقرة 08، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

إن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247، خلاف التنظيمات التي سبقته هو عدم التشديد في شرط الكفاية المالية والتجارية، والتي كانت تفرض الاعتماد على القدرات المهنية والمالية والفنية للمؤسسة لوحدها دون مؤسسات أخرى، وهو ما تجاوزه المشرع الجزائري في هذا التنظيم الجديد للصفقات العمومية، حيث أجاز الاعتداد بقدرات مؤسسات أخرى لها علاقة بالمتعهد.¹ وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في هذا الجزء لتوضح رغبة المشرع وتوجهه نحو تشجيع مبدأ المساواة وعدم تقييدها بحصرها على فئة أصحاب رؤوس الأموال.

وفي الختام، وبعد استعراضنا للوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة والمتعلقة بتأهيل المتعامل المتعاقد، نجد أنها تختص فقط الاستعداد الفني والتقني والمالي لهذا الأخير، وتضمن للمصلحة المتعاقدة تنفيذ الصفة دون أي صعوبات، غير أن النوع الآخر من الوظائف القانونية المتعلقة بسمعة ونزاهة المتعامل المتعاقد والتي تشكل أهم الشروط الواجب توفرها في المرشح للصفقات العمومية، وعلى أساسها تكفل توفر عنصر الثقة في المتعامل المتعاقد، ومن جهة أخرى وتضمن المصلحة المتعاقدة في إبرام العقد مع هذا الأخير. كما تضمن هذه الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة، التكامل التشريعي بين مختلف التشريعات والتنظيمات مع تنظيم الصفقات العمومية وتحقق الانسجام اللازم لمادة الصفقات العمومية مع جل التشريعات. كالتشريعات الجمركية والجبائية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والقانون الجزائي، والقانون التجاري وقانون الاستثمار... الخ. وبالتالي، فعدم احترام هذه القوانين يؤدي إلى حرمان وإقصاء المرشح بعد ثبوت خرقه لأحكام القانون بصفة عامة.

وعلى هذا الأساس، فإن الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة تعمل على تحفيز المرشح للصفقات العمومية بامتلاك المؤهلات التقنية والمالية بما يناسب الطلب العمومي. ويتجسد دور الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة بحمل المتعامل الاقتصادي، على احترام القوانين والتشريع المعمول بهما. ومن خلال تحقيق الوظيفة الاقتصادية والقانونية لمبدأ المساواة، يحضى المرشح بالتأهيل القانوني في مجال الصفقات العمومية.

¹ المادة 57، المرسوم الرئاسي 15-247.

المطلب الثالث: إشكالية تطبيق مبدأ المساواة حسب أهمية وطبيعة الصفة وبالنسبة للصفقات المبرمة عبر البوابة الإلكترونية

يعتري تطبيق وظائف مبدأ المساواة بخصوص تأهيل المرشحين والمتعهدين في مجال الصفقات العمومية، عدة صعوبات في التطبيق. فقد لا نجد صعوبات كبيرة في تطبيق الوظيفة القانونية لمبدأ المساواة بخلاف الوظيفة الاقتصادية. خاصة فيما يتعلق بضبط المعايير التقنية والمالية التي تتلائم مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته. من حيث الإعداد والإبرام إلى غاية التنفيذ.

وبهدف دراسة هاته الإشكالية والمتجسدة في صعوبة تطبيق الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة، يمكن حصر هاته الأخيرة في صفة الدراسات كدراسة حالة (الفرع الأول)، إلا أن الأمر لا يتوقف عند هذا الأمر بل يمتد كذلك إلى الصفقات المبرمة عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية،¹ والتي تشير هي الأخرى لإشكالية تطبيق مبدأ المساواة وتأهيل المرشحين والمتعهدين، ودراسة هاته العروض خاصة إذا أصاب أحد هذه العروض المقدمة فيروس أحال دون فتحها وتقييمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بالنسبة للصفقات ذات الطابع التقني والمعد -دراسة حالة صفة الدراسات-

تجد لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض إشكالية ميدانية خاصة في تطبيق مبدأ المساواة، في وظيفته الاقتصادية كما سبق الإشارة له في المطلب السابق. خاصة عندما تصادف هذه اللجنة صفقات ذات طابع معد، كحالة صفقات الدراسات والتي تم اعتمادها كدراسة حالة ضمن هذه الدراسة.

ويغرض الوقوف على مثل هذه الإشكاليات وتحليلها. نتطرق لعرض خصائص صفقات الدراسات خاصة فيما يتعلق بالإعداد والإبرام، من حيث تضمينها على قدر كبير من المعايير المتضمنة تأهيل المرشحين والمتعهدين، والمتمثلة في الاختراعات بأنواعها والإبداعات الهندسية والمعمارية. بخلاف الصفقات الأخرى التي تعتمد على معيار السعر لتحديد الفائز بالصفة. الأمر

¹ القرار المؤرخ في 17 نوفمبر، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، (ج.ر. 21، المؤرخة في 09 أبريل 2014).

الذي يصعب تحقيق المساواة خاصة بين المتعامل المتعاقد الوطني والأجنبي(البند الأول) ثم التطرق بالتحليل للأسباب المتعلقة بالصفقة في حد ذاتها، والتي تحول دون تطبيق الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة في مثل هذه الصفقات العمومية(البند الثاني).

البند الأول: معايير التأهيل بالنسبة لصفقات الدراسات

تمتاز المشاريع ذات الأهمية والطبيعة المعقدة، بخصوصيات تضع المصلحة المتعاقدة في إشكالية تحديد معايير تأهيل المرشحين والمتعهدين بما يتوافق مع صعوبة وتنفيذ هذه المشاريع.¹

الأمر الذي جعل من تطبيق وظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين صعب للغاية، خاصة في شقه الاقتصادي كما مرّ معنا سابقا. وتعتبر صفقات الدراسات نموذج من بين هاته المشاريع، تم اعتمادها كدراسة حالة لما لها من صعوبة في الإجراءات بالنسبة لإعداد وإبرام الصفقة، وحتى بالنسبة للتنفيذ الفعلي للصفقة على أرض الميدان. وهذا ما وقفنا عليه بالنسبة لبعض الصفقات المسجلة لمصلحة ولاية بشار،² بالإضافة لما نطالع عليه في الصحف والجرائد بخصوص الصراع القائم بين مجلس نقابة المهندسين المعماريين، ووزير السكن والعمران بخصوص المهندسين الأجانب الذين يستحوذون على مشاريع الهندسة المعمارية في الجزائر، وهو الذي يمثل خرق فادح لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. خاصة في تأهيل المرشحين والمتعهدين للوصول إلى صفقات الدراسات المعلن عنها، فقد تم تسجيل سابقا وحاليا، عدة انتهاكات في مجال تطبيق نصوص المراسيم الرئاسية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية، من حيث تأهيل المرشحين والمتعهدين.

تتمثل معايير تأهيل المتعهدين لصفقات الدراسات، في معايير الهوية الثقافية المعمارية الوطنية التي تتميز عن غيرها من الصفقات. ويعتبر بذلك تأهيل المتعهد لإنجاز الدراسة فنان مبدعا أكثر من مهندس معماري لقيامه بدور المحافظ على هذا الطابع. وعلى هذا الأساس، تأخذ المصلحة المتعاقدة هذا المعيار من بين المعايير الجوهرية لاختيار أحسن عرض.

¹ إسلام عز الدين شوقارة، المرجع السابق، ص 20.

² تم اختيار صفقات الدراسات كدراسة حالة لما لها من صعوبة في الإجراءات، خاصة عند تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وهذا ما عينته في الجانب الميداني، باعتباري مفتش قسم لدى الخزينة.

بالإضافة إلى اعتبار، معيار إبداع الهندسة المعمارية، المعيار الأكثر صعوبة وتطبيقاً بالنسبة لمبدأ المساواة والذي يتضمن مجموعة من العوامل التاريخية والثقافية والدينية كمراجع أساسية في عمل المهندس المعماري.¹ باعتبار الهندسة المعمارية مصلحة وطنية أساسية توجب احترام مبادئها.

يضاف إلى هذه المعايير المذكورة، المعايير التقنية والجمالية كركيزة أساسية في انتقاء المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة. والمتجسد في الجانب الشخصي والثقافي للمتعهد.

هذه المعايير السالفة الذكر على سبيل المثال لا الحصر، والتي تعد سندا أساسيا في التأهيل بناء على وظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. إلا أن الواقع العملي، حسب تصريح عثمان طويلب رئيس مجلس نقابة المهندسين المعماريين بتاريخ 2012/12/05، والذي يؤكد بأن العديد من مكاتب الدراسات الأجنبية تنشط في الجزائر دون حيازتها للاعتماد، كما يستحوذون على مشاريع الهندسة المعمارية في الجزائر، مقابل المكاتب الوطنية التي تتعرض للإقصاء من طرف السلطات المحلية على حساب المكاتب الأجنبية، التي تستفيد من المشاريع أكثر من المهندس المحلي الذي تبقى له حصة متواضعة.² وهو ما يوضح خرق مبدأ المساواة في تطبيق قاعدة الأفضلية للمنتوج الوطني، وهو ما يجسد فوضوية الإنجازات وعدم استجابتها للطابع الثقافي المعماري الجزائري، المتمثل في المعايير السالفة الذكر مما انعكس سلبا بعدم توافقها مع الواقع الإجتماعي، ويعد أحد أهم أسباب تراجع إبداع المتعامل المتعاقد الوطني في صفقات الدراسات، هو المكانة الثانوية التي منحت له خلافا لطبيعة المهام المناط له إنجازها.³

بالإضافة لكون صفقات الدراسات لها خصائص لا تتطابق إلا مع الميادين المتعلقة بها، لأن تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في هذا الشأن يكتنفها الغموض والتعقيد لعدم معرفتها وتحديدتها إلا من خلال الميادين التي تشملها فتنوع بتنوع مواضيع صفقات الدراسات، وبالتالي لا يكون للسعر مكان للتنافس بقدر الاختراعات بأنواعها والإبداعات الهندسية المعمارية.

¹ إسلام عز الدين شوقارة، المرجع السابق، ص 26.

² نفس المرجع، ص 40.

³ نفس المرجع، ص 47.

البند الثاني: إشكالية تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في صفقات الدراسات

يمكن تلخيص إشكاليات تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في صفقات الدراسات إلى:

1. تغلب الطابع التعاقدى على صفقة الدراسات فهي صفقات إزدوجية في معظمها تناقضا مع إمتياز المصلحة المتعاقدة، على الرغم من خضوعها لمبادئ تنظيم الصفقات العمومية.
2. تصنيف صفقة الدراسات ضمن دفتر البنود الإدارية العامة 1964، يؤدي لتنفيذها على أنها تقديم أي خدمة، بمعنى خدمة لا تخضع لمعايير الخدمات الفكرية.
3. تكيف الإطار القانوني لصفقات الأشغال على الإطار القانوني لصفقات الدراسات في حين أن هذه الأخيرة تختلف كثيرا عن صفقة الأشغال.¹
4. الهدف من صفقات الدراسات الحصول على أحسن الخدمات، والتخلص من النمطية وعدم الفاعلية، بخلاف باقي الصفقات التي تعتمد على معيار أقل الأثمان.
5. ضعف مؤهلات لجان تقييم عروض صفقات الدراسات لتقنية معايير التأهيل بمعنى أن القدرة على الاختيار تتطلب حكما موهوبا ومؤهلا.²
6. استحواد المتعامل المتعاقد الأجنبي محتكر التقنية، على أغلب صفقات الدراسات ما أدى لاحتلاله وضعية قوة مقابل ضالة مكانة المتعامل الوطني.³

7. الغموض الذي لا يزال قائما حول انتقاء معيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، فالمعيار غامض كما أسلفنا الذكر. وفي هذا الشأن، لم يأتي المشرع بأي توضيح بخصوص الاستعانة أو التركيز على أي ظرف من الأطراف لتأهيل العرض على أنه الأحسن من حيث

¹ تناول المشرع في المادة تعديل المادة 31 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247، إمكانية استشارة المتعهدين في حال غموض بعض الجوانب من عروضهم، واستحسن المشرع أن يكون الخبراء القائمين بذلك جزائريين، وفي ذلك رسالة أن تدخل الخبراء الأجانب قد يؤدي لتقييم العروض بما يؤدي لمنح الصفقة لطرف أجنبي. إسلام عز الدين شوقارة، المرجع السابق، ص 48.

² يتم إنجاز شقق للإسكان وليس للسكن، وفي حال مصادفة لجنة التقييم لغموض في العروض لها أن تستفسر ذلك من المتعهدين في الصفقة بتنظيمها لاجتماعات بالتنسيق مع خبراء لتفسير وتقييم العروض بما لا يؤدي لتغييرها أو تعديلها.

³ وفي هذا الإطار بعث الوزير الأول بتعليمية وزارية تدعو هيئات المصلحة المتعاقدة لتقليص اللجوء للمتعامل الأجنبي في صفقات الدراسات التعليمية رقم / 680 و.أ. بتاريخ 21 ديسمبر 2009، تدعو رؤساء المؤسسات العمومية الوطنية بالحد من اللجوء من مكاتب الدراسات الأجنبية.

المزايا الاقتصادية. فعدم تثبيت المشرع لذلك يؤدي لنشوء حالة من عدم الثقة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد. ومجال خصب لخرق مبدأ المساواة. وبالرغم من تأكيد وتثبيت المشرع للمعيار التقني كأولوية في تأهيل عروض متعهدي صفقة الدراسات، إلا أن ذلك لا يعد حلا لمعادلة العرض الأحسن اقتصاديا بتناول المشرع للعرض المالي كمعيار للتقييم في مرحلة ثانية. لأن معيار أحسن عرض يعني بالنسبة للمصلحة المتعاقدة أكثر من المتعامل المتعاقد. باعتبارها هي من تحدد القواعد الاقتصادية، التقنية، القانونية، والمالية للصفقة، ويقع على عاتقها بلوغ المصلحة العامة المرجوة من الدراسة اعتمادا على تحديد الحاجات.¹

الفرع الثاني: تأثير الوسائل الحديثة بالنسبة لتطبيق مبدأ المساواة

من خلال ما تقدم في الباب الأول من هذه الدراسة، والتي توصلنا فيها إلى التصور الحقيقي لوظائف مبادئ الصفقات العمومية، والعلاقة الناشئة بينهم. فقد أثبتنا العلاقة الهرمية لصالح مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية في المرحلة الأولى مقابل مبدأ المساواة وشفافية الإجراءات، ثم العلاقة المتوازية بين مبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات، وفي الأخير هيمنة مبدأ شفافية الإجراءات في المرحلة الأخيرة.

وبالنتيجة الأخرى والخاصة بالطابع الإلكتروني **للمناقصة**²، والذي لا يتعدى مرحلتي الإعلان عن الصفقة وتقديم العروض من طرف المرشحين. تبقى مسألة البت في العروض من فتح للأطرفة وتقييم العروض خاضعة للأساليب التقليدية.³

¹ لطالما عرفت مناقصات صفقة الدراسات نزاعا بين متعهدي الصفقة، والمصلحة المتعاقدة لتعسف هذه الأخيرة في تحديد معايير التأهيل، فمن بين القضايا التي شهدت نزاعا بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، قضية اللجنة الوطنية للسدود ومجمع أن.تي.أف لإنجاز سد بوخروفة بالطارف الذي منحت فيه صفقة الدراسات لمعامل آخر غير مجمع أن.تي.أف الذي قدم أفضل عرض مالي بقيمة 567 مليار سنتيم واحتلاله المرتبة الأولى في التأهيل إذ تم المنح لصاحب الرتبة الثالثة المقترح لعرض بقيمة 734 مليار سنتيم، وأفضى ذلك لنشوب نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمجمع. عز الدين شوقارة، المرجع السابق، ص 60.

² بما أن المرسوم الرئاسي 10-236 قد تم إلغاؤه، فإن المادة 122 منه، والتي أحال إليها القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية، قد استبدلت بالمادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الجديد. وعليه لا بد من تعديل هذا القرار، لاسيما المواد التي تتضمن الإحالة إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، وتغيير المصطلحات.

³ **بن عودة صليحة**، أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، العدد 02.

يضمن إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية وفق برامج حاسوبية مصممة لاستقبال العروض وفحصها وفرزها وتصنيفها إلكترونياً، المساواة بين المتعاقدين. لأن هذه البرامج لا تعرف التمييز والمحاباة كالأشخاص الطبيعيين، كإدعاء عدم وجود مخزون كاف، أو استبعاد مؤسسات قدمت عروض أفضل دون سبب، أو إلغاء صفقة متعامل غير مرغوب فيه بحجة عدم الاستقرار السياسي.¹ ومما لا شك فيه فإن اعتماد نظام الصفقات الإلكترونية يساعد بدوره على القضاء على مظاهر الفساد المذكورة سابقاً. إذا ما تم إرفاقه وفق برامج وتقنيات مصممة وفق مواد وأحكام المرسوم الرئاسي 15-247. وبالتالي تساهم في تحقيق الهدف الذي تسعى المصلحة المتعاقدة الوصول إليه والمتمثل في الحصول على العرض الأفضل.

وعلى هذا الأساس، تناول تأثير الوسائل الحديثة على تطبيقات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين من خلال التطرق إلى المزاد الإلكتروني (البند الأول) ثم من خلال إجراءات المزاد الإلكتروني (البند الثاني).

البند الأول: تطبيقات مبدأ المساواة بالنسبة للمزاد الإلكتروني

يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل اختيار أحسن عرض من حيث الامتيازات الاقتصادية وخاصة صفقات اللوازم وتقديم الخدمات العادية، أن تلجأ إلى إجراء المزاد الإلكتروني، وذلك بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو أي عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي.²

ويقصد بالمزاد الإلكتروني العكسي أحد عمليات المناقصة التي تشهد رواجاً متزايداً من أجل شراء المنتجات أو القيام بالأشغال، والخدمات التي تتاح فيها للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويتسنى له فيها تعديل عرضه بشكل مستمر على سبيل منافسة العروض الأخرى دون معرفة هوية الموردين الآخرين عادة.³ ويتم تقديم العروض إلكترونياً عن طريق موقع المزاد الإلكتروني، مستخدمين في ذلك المعلومات الخاصة بالترتيب أو المبلغ المطلوب للتفوق على

¹ قيدير عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، 2008.

² ودان بوعبد الله، مركان محمد البشير، البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية، مجلة المالية و الأسواق، المجلد 2، العدد 3، جامعة بن باديس مستغانم، الجزائر، 2015.

³ قيدير عبد القادر صالح، المقال السابق.

عروض المورددين الآخرين.¹ ويستطيع المورددين أن يطلعوا إلكترونياً على سير العروض خلال المزاد وأن يدخلوا تعديلات على عروضهم تبعاً لذلك. وتستخدم المزادات العكسية على الأكثر في المنتجات والخدمات القياسية، التي يشكل السعر المعيار الوحيد فيها، أو المعيار الأساسي على الأقل لمنح العقد.

البند الثاني: تطبيقات مبدأ المساواة بالنسبة لإجراءات المزاد الإلكتروني

تعلن المصلحة المتعاقدة عبر بوابتها الإلكترونية، عن رغبتها في التعاقد وتطرح عبر عنوانها الإلكتروني جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة، حتى يتسنى لكل من يريد الترشح للصفقة تحميل هذه الوثائق وإيداع عروضهم وفق ما هو منصوص عليه في القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية،² وكذا المرسوم الرئاسي 15-247. ففي حالة رد المتعهدين على الإعلان الخاص بصفقة معينة عبر البوابة، يقومون بالإضافة إلى ذلك بإعداد نسخة من العرض على حامل ورقي، أو إلكتروني ويوضع ذلك العرض في ظرف مختوم يحمل عبارة "نسخة بديلة". ويتم إيصال هذه الأخيرة إلى المصالح المتعاقدة في الآجال القانونية. شريطة عدم فتح هذه النسخة إلا في وجود حالات ثلاث تتمثل في:

1. إذا كان العرض المرسل إلكترونياً يحمل فيروساً، أو لم يصل في الآجل القانونية والحالة الأخيرة إذا لم يتمكن من فتحه.
2. بمفهوم المخالفة إذا كان العرض المرسل إلكترونياً يتضمن حالة من هاته الحالات الثلاث يتم فتح النسخة البديلة، أما إذا كان هذا العرض سليماً سيتم إتلاف النسخة البديلة، هذا ما جاء في نص المادة 12 من القرار في فقرتها الخامسة.
3. ويتفحص المادة 14 من نفس القرار، فنجدها تتحدث عن حالة اكتشاف فيروس في الوثائق المتعلقة بالملف الإداري فإن المصلحة المتعاقدة تطلب من المتعهد إرسال آخر. مع العلم أن القرار يحدد المدة التي يتم فيها إرسال العرض الثاني في حالة وجود فيروس في الإرسال الأول.

¹ خيرة مقطف، المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، المداخلة الثالثة والثلاثون، الملتقى الوطني السادس، حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية، 20 ماي 2013.

² القرار المؤرخ في 17 نوفمبر، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.

4. أما إذا تم إرسال النسخة البديلة وكانت هي الأخرى تحتوي على فيروس، تقوم المصلحة المتعاقدة بمحاولة إصلاح العرض أو النسخة البديلة، وتواصل تقييم العروض إذا نجح الإصلاح. وفي حالة فشل محاولة الإصلاح، فتعتبر الملفات التي كانت تحمل فيروسا وكانت محل إصلاح ملغاة ويتم الاحتفاظ بأثر الفيروس، ويبلغ المتعامل المعني بذلك. هذا ما جعلنا نطرح التساؤل التالي؟ لماذا يتم الاحتفاظ بأثر الفيروس ولم يتم الاحتفاظ بالنسخة البديلة التي تم إيداعها لدى المصلحة المتعاقدة؟ والتي نصت عليها المادة 12 من القرار السالف الذكر، مع العلم أن هذه المادة كانت واضحة وذكرت ثلاث حالات أين يتم فيها فتح النسخة البديلة ومن بينها الحالة المذكورة في المادة 14 من نفس القرار.

5. بالإضافة إلى ذلك فإن القرار قد سكت عن كيفية فتح أظرفة العروض التي ترسل عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، هذا ما يدل على أن العملية تتم بالطرق المتبعة في الإبرام العادي للصفقات العمومية هذا ما أكدته المادة 14 من نفس القرار والتي أحالت إلى المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10-236، هذه الأخيرة المتعلقة بإجراءات فتح الأظرفة من قبل لجنة فتح الأظرفة.¹

¹ يجب تعديل القرار المتعلق بالبوابة الإلكترونية، لاسيما المواد التي تتضمن الإحالة إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتغيير المصطلحات.

المبحث الثالث: وظيفة تأطير مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تعتبر مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بالنسبة لمبدأ المساواة مرحلة حاسمة ومكملة للمراحل التي سبقتها، والمتمثلة في وظيفة تحديد وتنفيذ معايير انتقاء العروض، وتجسيد الوظائف القانونية والاقتصادية لمبدأ المساواة. ففي هذه الجزئية من المرحلة الثانية تكون خاصة بالتطبيق الفعلي لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، دون أن يشاركه أي مبدأ من المبادئ كما سبق معنا.¹

وعلى هذا الأساس، تعمل القواعد العامة والإجراءات المتعلقة بمبدأ المساواة لضمان التأطير الجيد لهذه الفترة الزمنية من المرحلة الثانية من عمر الصفقة العمومية، وهذا تمهيدا لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وتجسيدها لضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

ومن هذا المنطلق، نجد أن المشرع وفي إطار المبادئ العامة لمبدأ المساواة يعترف للمصلحة المتعاقدة بإنشاء لجان توكل لها مهمة فتح وتقييم العروض،² وهذا إقرارا منه بمبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد،³ والذي يعد من صميم القواعد العامة لمبدأ المساواة. كما يعترف باستقلالية وحياد هذه اللجنة في إطار مباشرة أعمالها، بعدم التأثير على قراراتها وعدم التدخل في شؤون أعمالها. بداية من فتح الأظرفة إلى غاية النهاية من تقييم جميع العروض. بهدف ضمان المساواة بين جميع المرشحين.

¹ أنظر الفصل الأول، المبحث الأول، والمبحث الثاني.

² وأهم ما تجدر الإشارة إليه، أن من أبرز مستجدات المرسوم الرئاسي 15-247، هو العمل بنظام اللجنة الموحدة، بعدما كان سائد نظام اللجنتين لفترة من الزمن عبر تعاقب تنظيمات الصفقات العمومية، وذلك رغبة من المشرع في تحقيق كل سبل الشفافية والتطبيق الصارم لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. في مجال اختيار المتعامل المتعاقد.

³ أوكل المشرع الجزائري مهمة ممارسة الرقابة الداخلية إلى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وذلك طبقاً لنص المادة 106، المرسوم الرئاسي 15-247، ويلاحظ من خلال تبني المشرع لنظام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض المنشأة من طرف المصلحة المتعاقدة نفسها، هو إقرار بمبدأ الجماعية في اختيار المتعامل المتعاقد. أنظر، **عمار بوضياف**، المرجع السابق، ص 251.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد أسند هذه المهمة للجان الصفقات الجماعات الإقليمية والمؤسسات المحلية الوارد تنظيمها في قانون الجماعات المحلية الفرنسي، بعدما ألغى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والتي كانت تتمثل في لجنة المناقصات وذلك كإجراء إجباري لإبرام صفقات الدولة ومؤسساتها العمومية. أنظر،

Art L1414-2de l'ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007, Code général des collectivités territoriales, publiée au journal officiel n° 43 du 25 Octobre 2007.

ويتجسد تحقيق هذه الوظيفة من خلال تأطير مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في كل جزئية من هذه المرحلة. ففي الجزئية الأولى من هذه المرحلة، يتولى مبدأ المساواة تأطير مرحلة فتح الأظرفة، وذلك من خلال إتباع الإجراءات العامة لفتح الأظرفة وكذا الإجراءات الخاصة (المطلب الأول).

أما فيما يخص الجزئية الثانية من هذه المرحلة، يتولى مبدأ المساواة تأطير مهام مرحلة تقييم العروض قبل وأثناء مرحلة التقييم وكذا الإشراف على إجراءات التفاوض (المطلب الثاني)

إلا أن هذا الشرط من الوظيفة والتي يقوم بها مبدأ المساواة في هذه المرحلة، والمتمثلة في تأطير الآليات القانونية المخولة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، غير كافية للتجسيد الفعلي لمبدأ المساواة، ما لم يضمن هذا الأخير ويرافق هذه الآليات بضمانات قانونية لتطبيق مبدأ المساواة. بالإضافة إلى هذه الوظائف، تعمل المبادئ العامة للمساواة من خلال هذه الفترة الزمنية، بتعزيز هذه اللجنة بامتيازات قانونية متجسدة في كل من الضمانات القانونية، واستدراك كل الإشكاليات القانونية والعملية التي تحول دون التجسيد الفعلي لمبدأ المساواة بين المتعاملين، من حيث النصاب القانوني لتشكيلة اللجنة وإثبات حجية محاضرها (المطلب الثالث)

المطلب الأول: وظيفة تأطير مهام اللجنة أثناء مرحلة فتح الأظرفة

تعتبر مرحلة فتح الأظرفة المرحلة الممهدة لمرحلة تقييم العروض في إطار مهام اللجنة،¹ الأمر الذي يستوجب تأطير وضبط هذه المرحلة، بهدف التجسيد الفعلي للمساواة القانونية التي يسعى لها كل أطراف العقد. ومن هذا المنطلق، يعمل مبدأ المساواة بغرض تأطير هاته المرحلة والتي تليها، من حيث إثبات قواعد وإجراءات عامة تتولى مباشرتها اللجنة خلال فتح الأظرفة، والمتجسدة في إثبات صحة تسجيل العروض، وإعدادها في قوائم وإمضاؤها. وفي الأخير تحرير محضر الجلسة (الفرع الأول) كما يعمل مبدأ المساواة خلال هذه المرحلة بتأطير الحالات الخاصة التي قد تصادف اللجنة خلال فتح الأظرفة سواء من حيث ضبط إجراءات تسوية الملفات الناقصة، أو الإعلان عن عدم جدوى الطلب، مستندا في ذلك لبعض الآراء القانونية، والتي تنص بأن تكون هذه الإجراءات متاحة لجميع المرشحين بدون تمييز (الفرع الثاني)

¹ المواد 160 و162، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

الفرع الأول: تأطير الأحكام العامة لإجراءات فتح الأظرفة

تستند اللجنة في مباشرة مهام إجراءات فتح الأظرفة، لأحكام المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247، وهو ما يجسد الاستجابة لقواعد الإجراءات العامة لمبدأ المساواة، والتي تعتبر من قبيل الأعمال المادية البحتة للجنة. حيث تنحصر هذه المهام في: إثبات صحة تسجيل العروض (البند الأول) في إطار المساواة بين جميع المرشحين دون استثناء، فلا يجوز تسجيل العروض المتأخرة زمنياً عن المدة القانونية، كما لا يجوز رفض تسجيلها خلال المدة القانونية لاستلام العروض، ثم تقوم اللجنة بعدها بإعداد قائمة لأسماء المرشحين دون تحيز أو إقصاء (البند الثاني) وتأكيداً لشفافية الإجراءات وإعمالاً لمبدأ المساواة تقوم اللجنة كذلك بتحرير محضر الجلسة (البند الثالث) وفي الأخير وفي إطار مبدأ المساواة يتم رد الأظرفة غير المفتوحة لأصحابها (البند الرابع).

البند الأول: إثبات صحة تسجيل العروض

بعد نهاية صلاحية تاريخ إيداع العروض في التاريخ المحدد في الإعلان عن الصفقة، تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بتسجيل هاته العروض في سجل خاص بها، أين تتولى كل مصلحة متعاقدة بمسك سجل تدون فيه الأظرفة المستلمة من طرفها، وعليه لا يجوز للجنة أن تستقبل أي عرض خارج هذا التاريخ المحدد سلفاً إعمالاً بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

ثم تقوم اللجنة بمنح كل ظرف رقماً يوافق رقم تسجيله في السجل الخاص بتدوين الأظرفة الواردة لدى المصلحة المتعاقدة، وبهذا الإجراء تضبط لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مسألة التأكد من صحة تسجيلات العروض وغلق كل باب يفتح حول إمكانية استلام العروض المتأخرة.

أما بالنسبة للعروض التي ترد إلى المصلحة المتعاقدة خارج التاريخ المحدد قانوناً، لم يشر المشرع الجزائري إلى كيفية التعامل معها، الأمر الذي يثير إشكالا كبيرا من الناحية العملية. وترجع علة رفض العرض المتأخر إلى إقفال باب المنافسة مع انتهاء المدة القانونية لاستلام العروض وعدم قبول أي عرض بعد ذلك، حتى ولو كان هذا الأخير أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، فالمنافسة تقتضي ضمان سرية الأسعار والشروط التي تقدم بها كل العارضين.

وبدورنا نرى بأن هذا الأجراء الأنسب وعين الصواب للتطبيق الصارم لمبدأ المساواة القانونية بين كل المرشحين.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذه الإشكالية القانونية، إلى القول بأن إيداع المرشحين لعروضهم خارج نطاق مدة الاستلام، وقبول المصلحة المتعاقدة لهذه العروض وقيامها بفتحها، من شأنه أن يلطخ إجراء فتح الأظرفة باللامشروعية.¹

البند الثاني: إعداد قائمة بأسماء المرشحين وقائمة بالوثائق التي تحتويها الأظرفة

بعد الانتهاء من المرحلة الأولى والمتمثلة في إثبات صحة تسجيل العروض، تباشر اللجنة مهمة إعداد قائمة خاصة بأسماء المرشحين أو المتعهدين، وذلك حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم. ويهدف هذا الإجراء إلى مطابقة عدد الأظرفة مع عدد المرشحين أو المتعهدين، حتى لا يكون هناك تجاوز لعدد الأظرفة بالمقارنة مع عدد المتعهدين أو ما يعرف بمبدأ العارض الواحد.²

وعليه لا بد أن تراعي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض هذه الإشكالية، التي تعتبر من أكبر التحديات التي تقع على عاتق اللجنة التصدي لها، كون أن انتشار هذه المسألة قد طغى على أغلبية الصفقات العمومية المبرمة في الجزائر.³ وفي هذا الخصوص ندعو المشرع بإدراج بند على الأقل ضمن نموذج التصريح بالنزاهة للحد من هذه الظاهرة.

كما تتولى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بإعداد قائمة بالوثائق التي يتكون منها كل عرض وذلك تعزيزاً لمبدأ الشفافية والمساواة بين المرشحين، من خلال تعداد الوثائق المطلوبة لإثبات القدرات المهنية والتقنية والمادية، وكل ما من شأنه أن يثبت قدرة المؤسسة على تنفيذ الصفقة وذلك قبل إجراء تقييم العروض، ويدخل في هذا الصدد الوثائق التي تثبت الاعتراف بقدرات مؤسسات أخرى، شريطة إثبات العلاقة القانونية التي تربطهم، سواء تعلق الأمر بالمناولة أو

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 625.

² المادة 77، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ جبالة عمار، إبرام الصفقات العمومية وفقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 9، العدد 2،

ديسمبر 2018، ص 174.

التعاقد المشترك أو في إطار تجمع مؤسسات.¹ وفي هذا الشأن، يوضح الرأي القانوني رقم 432 بتاريخ 15 ماي 2016، تحليل كل من المادة 78 والمادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، كالتالي: "طبقاً لأحكام المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، لا يمكن إدراج المراجع المهنية كمعيار لتقييم العروض.

وطبقاً لأحكام المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، تدرج المراجع المهنية في تقييم قدرات المؤسسة فقط، وذلك قبل تقييم العروض.²

البند الثالث: التوقيع بالأحرف الأولى على الوثائق مع تحرير محضر الجلسة

تجدر الإشارة في هذه المرحلة بإلزام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بالتوقيع بالأحرف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة، التي لا تكون محل طلب استكمال، وذلك حتى لا يتم دمجها مع العروض غير مكتملة الوثائق. أما بالنسبة للملفات محل طلب استكمال العروض، فيقع على عاتق اللجنة تحت إشراف المصلحة المتعاقدة إخطار جميع المرشحين المعنيين بإتمام ملفاتهم دون تمييز، ثم تقوم اللجنة في آخر إجراء لها بعد انتهائها من عملية فتح الأظرفة تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة.

وفي هذا الشأن، يجب أن يتضمن محضر الجلسة جميع التحفظات التي أوردها أعضاء اللجنة، بعد توقيعه من طرف جميع الأعضاء الحاضرين. وفي هذا الخصوص يطرح التساؤل القانوني عن مدى حجية محضر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض؟ وأهميته في إثبات عملية فتح الأظرفة؟ وهل يمكن الطعن فيه بالتزوير؟ خاصة وأن هاته الجلسة تعتبر علنية. كذلك هل يمكن لأحد المرشحين و/أو المتعهدين حق الإطلاع على هذا المحضر؟ خاصة وأن هذا الأخير له دور أساسي في المرحلة الثانية من تقييم العروض التقنية والمالية.

¹ جليل مونية، دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 1، جوان 2017.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 432 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 15 ماي 2016.

وخلاصة القول، يعد محضر اللجنة إثباتا لجميع الخطوات المتقدمة، وأن أي إغفال لأي إجراء قانوني في المحضر، يعد خرقا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات. وبالتالي، يوجب المسؤولية على اللجنة في حالة توقيعه من طرف الأعضاء.¹

ويهدف تعزيز شفافية الإجراءات، وتطبيقا لمبدأ المساواة. تلجأ بعض المصالح المتعاقدة للاستعانة بمحضرين قضائيين لحضور عملية فتح الأظرفة، بهدف إضفاء الصبغة القانونية على عملية فتح الأظرفة، وتأكيدا منها أي-المصلحة المتعاقدة- على تطبيق المساواة بين جميع المرشحين، تعهد للمحضر القضائي في حالة عدم انتهاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، من إنهاء مهمتها في فتح الأظرفة في اليوم المحدد لذلك، نظرا لإيداع عدد كبير من العروض إلى غلق باب المكتب الذي تتواجد فيه الأظرفة، كما يحتفظ المحضر القضائي بمفاتيح المكتب إلى غاية إكمال عملية فتح الأظرفة في اليوم الموالي، حرصا من اللجنة على شفافية العملية والحفاظ على سلامة العروض، وتأمينها من كل تلف أو كشف للمعلومات الواردة بشأنها.

البند الرابع: رد الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها

حرصا من المشرع على إضفاء الشفافية على جميع مراحل إجراءات الصفقة العمومية. وتطبيقا للعدالة المستمدة من مبدأ المساواة، تتولى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض رد الأظرفة التي لم يتم فتحها إلى أصحابها، وبذلك تقتصر المنافسة بين ملفات المرشحين المقبولة فقط.

وللتذكير بخصوص الحالات التي لا يتم فيها فتح الأظرفة، حذو لو أن المشرع اتخذ إجراءات قانونية، كإصدار مرسوم تنفيذي، أو تعليمة. توضح هذه الحالات. فهل تعد هذه الحالات من قبيل القوة القاهرة والمتعلقة بعدم قدرة اللجنة على فتح الأظرفة أو لأسباب خاصة بها. أو بالمصلحة المتعاقدة، أو أن هذه الحالات تتعلق بالمتعاملين الاقتصاديين وعدولهم عن المشاركة في الصفقة بعد تقديم عروضهم، وذلك قبل قيام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بفتحها. لأنه عمليا في هذه المرحلة يمكن أن يتم خرق مبدأ المساواة، كما سوف يأتي معنا في هذه الدراسة.²

¹ وليد رمضان عبد التواب، المرجع السابق، ص: 113.

² للمزيد من التفاصيل، أنظر الباب الأول، الفصل الثاني، المبحث الثاني، المطلب الثاني، الفرع الثاني بعنوان: "تأثير الوسائل الحديثة بالنسبة لتطبيق مبدأ المساواة". من هذه الدراسة.

وفي إطار البحث المتواصل، تحصلنا على بعض الآراء القانونية الصادرة عن قسم الصفقات العمومية، لدى وزارة المالية، تفيد إجابة البعض منها إلزام المصلحة المتعاقدة رد الأظرفة التي لم يتم فتحها لأصحابها، واستكمال بعض الوثائق بالنسبة لبعض الأظرفة.

1. نص الرأي القانوني رقم: 224 بتاريخ 13 مارس 2017: "شهادة حسن الإنجاز تعد من بين الوثائق التي يطلب استكمالها وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247.

لا تفتح أظرفة العروض التقنية والمالية المتعلقة بالترشيحات المقصاة، فكل ملف يستدعي استكمالها ولا يقضى صاحبه تفتح الأظرفة التقنية والمالية.¹

2. نص الرأي القانوني رقم: 447 بتاريخ 12 جوان 2016، في جزئته الثانية: "2/ يمكن أن تكون شهادة التأمين المتعلقة بالوسائل المادية المرصودة للمشروع التي تم تقديم البطاقات الرمادية المتعلقة بها محل طلب استكمال.

وعليه فإن سهو لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن طلب استكمال بيان الهوية البنكية ليس سببا لإقصاء عرض المتعهد المعني. ويمكن للمصلحة المتعاقدة عند ضبط الصفة أن تطلب من المتعاقد المعني أن يقدم هذه الوثيقة.²

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 224 و م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2017، بتاريخ 13 مارس 2017.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 447 و م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 جوان 2016.

الفرع الثاني: تأطير الأحكام الخاصة لإجراءات فتح الأظرفة

بالرجوع لأحكام المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي يعد المادة المرجعية لإجراءات فتح الأظرفة، حيث نجد أن المشرع أناط للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مهاماً أخرى، إضافة إلى مهامها الرئيسية والمتمثلة في تسوية وضعية الملفات غير المكتملة (البند الأول)، والإعلان عن عدم جدوى الإجراءات (البند الثاني).

البند الأول: تسوية الملفات الناقصة

تحقيقاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، سعى المشرع لإعطاء كل مرشح نفس الفرصة من أجل تحضير عروضهم وفقاً لمقتضيات دفتر الشروط، كما يستفيد المتعهدون الذين لم يكن في استطاعتهم إكمال عروضهم التقنية مهلة عشرة (10) أيام ابتداءً من تاريخ فتح الأظرفة تحت طائلة رفض هاته العروض، ما عدا ما تعلق منها بالوثائق التالية:

- المذكرة التقنية التبريرية.

- الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.¹

وتعتبر من قبيل الوثائق التي يمكن إلحاقها بعد فتح الأظرفة ما تعلق منها بإثبات التأهيل، كشهادات التصنيف المهني، أو شهادة النوعية للمنتجات، وشهادات حسن التنفيذ الممنوحة من قبل بعض المصالح المتعاقدة على المستوى الوطني، والتي تثبت خبرة وكفاءة المؤسسة في إنجاز بعض الصفقات ذات الطابع الخاص، كما تملك لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في حالة الشك في مصداقية هاته الوثائق، خاصة ما تعلق منها بشهادات النوعية وحسن التنفيذ في الصفقات ذات الطابع المعقد، الإتصال بالمصالح المتعاقدة الأخرى والتي أنجزت نفس المشاريع من قبل نفس المتعهدين، من أجل طلب شهادات مطابقة حتى ولو تم إنجاز هذه المشاريع في ولايات أخرى.

¹ تتمثل الوثائق المتعلقة بتقييم العرض التقني، في جدول الأسعار الوحدوية ومكونات السعر الإجمالي أو الجزافي، وتفصيل الأسعار الوحدوية (B.P.U)، الكشف الكمي والتقدير (D.C.E)، رسالة التعهد، أين يذكر السعر وأجال التنفيذ المقررة لإنجاز موضوع الصفقة.

تجدر الإشارة إلى أن دعوة المتعهدين إلى إكمال عروضهم يتم كتابيا، من طرف المصلحة المتعاقدة،¹ الأمر الذي قد يثير إشكالا عمليا في حالة تماطل المصلحة المتعاقدة في توجيه الدعوة إلى إكمال العروض التقنية الناقصة، التي يبدأ حساب مهلة عشرة أيام لإكمال العروض فيها من تاريخ فتح الأظرفة وليس من تاريخ توجيه الدعوة من طرف المصلحة المتعاقدة.² وفي هذه الحالة يكون مبدأ المساواة في معاملة المرشحين على المحك، إما يتم تطبيقه بالشكل اللائق لجميع المرشحين، أو يتم خرقه لصالح مرشح دون البقية، أو إقصاء مرشح على حساب البقية.

وعليه وبعد إكمال العروض بالوثائق اللازمة، يحضى كل متعهد أو مرشح من فرصة المنافسة للفوز بالصفقة العمومية. ما يجب الإشارة إليه في هذا الشأن، أن طلب استكمال العروض لا يعتبر أبدا بمثابة تفاوض. أما التفاوض فقد منعه المشرع الجزائري صراحة بغية الحفاظ على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، إلا في الحالات الاستثنائية الوارد ذكرها في المرسوم الرئاسي 15-247.³

ولأن تسوية الملفات الناقصة، من أصعب المهام الموكلة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، نظرا لغموض نصوص أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 في هذا الإطار، بالإضافة لتنوع الصفقات العمومية وتعددتها، يستلزم طلب وثائق تبوئية متعددة. زيادة على ذلك تخوف بعض مسؤولي المصالح المتعاقدة من الوقوع في احتمال خرق مبدأ المساواة، والذي يعد قائم بنسبة عالية في هذه المرحلة بالخصوص. ولهذه الأسباب ترد لمصالح قسم الصفقات العمومية، العديد من الأسئلة و الاستفسارات بهذا الشأن.

¹ المادة 71 فقرة 06، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² من خلال إجراء المقارنة بين دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في التشريع الجزائري، ودور لجنة فتح المظاريف في القانون المصري، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد ما يثبت بقاء العرض التقني أو المالي على الحالة التي ورد عليها، وهذا تفاديا لأي تغيير أو تصحيح عمدي فيه من طرف المتعهدين، فتقوم لجنة المظاريف وفقا لقانون المناقصات والمزايدات المصري على إثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامتها، كما تقوم على ترقيمها على هيئة كسر اعتيادي بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة، وإثبات رقم كل عطاء على المظروف الفني والمالي الذي يتم التحفظ عليه مؤقتا. كما تقوم هذه اللجنة بالتأشير بدائرة حمراء على كل كشط أو تصحيح، و وضع حوله دائرة حمراء. وفي الأخير يتم التوقيع على هذه التأشيريات من طرف رئيس اللجنة وكل أعضاء. العماري سميرة، المرجع السابق، ص 226.

³ المادة 80 فقرة 1، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

ومن بين الآراء القانونية التي ورد فيها ذكر حالات استكمال الملفات الناقصة بالوثائق المطلوبة، سواءا تعلق الأمر بملف الترشح، أو الوثائق المتعلقة بدفتر الشروط، أو تلك المتعلقة بالمذكرة التبريرية. نجد الرأي القانوني رقم: 425 بتاريخ 12 ماي 2016، ينص على مايلي: "6/ على المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المرشحين أو المتعهدين عند الحاجة، استكمال ملفات ترشحهم بالقانون الأساسي والحصائل المالية وإجمالي الوسائل البشرية والمادية التي تمتلكها المؤسسة والتي تدخل في تقييم الترشيحات.

7/ طبقا للمادة 69 من المرسوم الرئاسي 15-247، تطلب الوثائق التي تبرر المعلومات التي يحتويها التصريح بالترشح، الآتي ذكرها، إلا من الحائز على الصفة العمومية:

- مستخرج من السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف فيما يخص الحرفي، الفني، أو البطاقة المهنية للحرفي؛
- الشهادات الجبائية وشبه الجبائية وتلك الصادرة من الهيئة المكلفة بالعدل المدفوعة الأجر والبطالة الناجمة عن الأحوال الجوية لقطاعات البناء والأشغال العمومي والري؛
- رقم التعريف الجبائي؛
- صحيفة السوابق القضائية تحتوي على الإشارة "لاشيء"؛
- الإيداع القانوني لحساب الشركة.

أما الوثائق الآتية، فيجب على المصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، طلبها في دفتر الشروط:

- التصريح بالترشح؛
- صحيفة السوابق القضائية لا تحتو على الإشارة "لاشيء"
- نسخة من الحكم القضائي إن كانت الشركة في حالة التسوية القضائية؛
- تصريح بالنزاهة؛
- القانون الأساسي للشركات؛
- الوثائق التي تتعلق بالتفويضات التي تسمح للأشخاص بإلزام المؤسسة؛
- كل وثيقة تسمح بتقييم قدرات المرشح، أو المتعهدين أو، عند الإقتضاء، المناول.

وفيما يخض الوثائق التي تثبت الوسائل المرصودة للمشروع، مثل شهادات إثبات المستوى، البطاقات الرمادية، إلخ، والغير الصادرة عن المتعهد، فلا تكون محل طلب استكمال إلا إذا تم ذكر الوسائل المادية والبشرية لمتعلقة بها بدقة في إطار المذكرة التقنية التبريرية، حيث لا يؤدي طلب استكمالها في هذه الحالة إلى المساس بتقييم العروض وبالمبادئ الأساسية التي تحكم تنظيم الصفقات العمومية.

ويقصد "بالمذكرة التقنية التبريرية" المذكورة في المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، وثيقة يعدها المتعهد، لتبرير عرضه للمصلحة المتعاقدة. ويجب على المصلحة المتعاقدة تحديد، في دفتر الشروط، الخطة والنقاط التي يجب أن تتعرض لها هذه المذكرة.

وعلى سبيل المثال، يمكن أن تحتوي المذكرة التقنية على النقاط التالية: منهجية تنفيذ الخدمات، الوسائل المادية والبشرية المرصودة للمشروع، عند الاقتضاء، وسائل المناول، الهيكل التنظيمي للمؤسسة والسير الذاتية للمتدخلين في المشروع، وكل التدابير المتخذة من طرف المتعهد لاحترام متطلبات دفتر الشروط، العراقيل المحتملة التي يمكن أن يصادفها المشروع، المخطط التوقعي لتنفيذ الخدمات والبدائل المحتملة، عند الإقتضاء.

وتستعمل المذكرة التقنية من أجل تنقيط معيار النوعية المنصوص عليه في المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247.¹

البند الثاني: الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض

يعتبر من قبيل صلاحيات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، الإعلان عن عدم الجدوى في محضر اللجنة، وذلك عند قيام حالة من حالات عدم جدوى طلب العروض، والمتمثلة في عدم استلام أي عرض، أو عندما لا يطابق أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.²

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 425 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 ماي 2016.

² المادة 71، المرسوم الرئاسي 15-247.

كما تعتبر من قبيل حالات عدم الجدوى عدم ضمان تمويل الحاجات، أين لا تتوفر الإعتمادات المالية اللازمة لتمويل إنجاز موضوع الصفقة بعد الإعلان عنها،¹ وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء جديد بنفس الشروط المبدئية للصفقة بدون تغيير، أو أن تلجأ إلى التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، وذلك في حالة العروض غير المقبولة والتي لا تطابق محتوى دفتر الشروط، على أن تقوم المصلحة المتعاقدة بتبرير حالة عدم الجدوى وإعادة الإجراء الذي يتوافق مع مقتضيات المصلحة العامة، حيث يخضع هذا الأمر لرقابة القاضي الإداري.²

وبالرغم من تحديد المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247، حالات عدم الجدوى إلا أن الواقع العملي، دائما يشهد صعوبة في تطبيق هذه الحالات. خاصة ما تعلق بتفسير دلالات العبارات المستعملة، والتي دائما ما تؤول لصالح خرق النصوص القانونية واستعمالها كذريعة للتوصل من المسؤولية، وتبرير هذه الإجراءات عند رقابة مصالح الرقابة المالية والمحاسب العمومي.

وفي هذا السياق نجد، الرأي القانوني رقم: 43 بتاريخ 18 جانفي 2016، إثر إرسالية من طرف أمين خزينة مابين البلديات بالمحمدية تحت رقم: 208 بتاريخ 17 ديسمبر 2015، كتالي: "1/ طبقا للمادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، عدم استلام أي عرض يؤدي إلى إعلان عدم جدوى إجراء طلب العروض.

ومنه، فإن استلام عرض واحد أو أكثر لا يعتبر حالة عدم الجدوى، إذ يجب على المصلحة المتعاقدة فتح هذه العروض وبالتالي تقييمها.

ولا يقصد بعبارة "العروض" المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، عدد العروض لكن العروض المستلمة المذكورة في الفقرة السابقة والتي قد تكون واحدة أو أكثر.

¹ عبد الطيف قطيش، المرجع السابق، ص 72.

² CHRISTOPHE LAJOYE, op.cit, p 245.

2/ طبقا للمادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، يؤدي عدم استلام أي عرض إلى عدم جدوى الاستشارة.

ومنه، فإن استلام عرض واحد أو أكثر لا يعتبر حالة عدم الجدوى، إذ يجب على المصلحة المتعاقدة فتح هذه العروض و بالتالي تقييمها.

3/ لا يقصد بعبارة "متعاملين اقتصاديين" المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 14 من المرسوم الرئاسي 15-247، عدد المتعاملين أي ثلاثة أو أكثر لكن يقصد بها المتعاملين الاقتصاديين المؤهلين الذين بإمكانهم الاستجابة للاستشارة.

أما استلام عرض واحد أو أكثر فلا يعتبر حالة عدم الجدوى، وذلك طبقا لأحكام المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247.¹

وعليه وبناء على ما سبق، فإن تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية إجراءات في مرحلة فتح الأظرفة، تساهم بشكل كبير في إنجاح عملية اختيار المتعامل المتعاقد، باعتبارها تمهد لمرحلة تقييم العروض، حيث تعتبر هذه المرحلة بمثابة تصفية وتسوية لوضعية المتعامل المتعاقد من خلال التأكد من مدى توفره على الشروط القانونية، سواء المتعلقة بنزاهته أو كفايته المالية أو التجارية، والتي تمكنه من الفوز بالصفقة العمومية. بعد قيام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مرحلة ثانية، بتقييم عروضه التقنية والمالية والتي تسفر في حالة تطبيقها لمبدأ المساواة عن فوز صاحب أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 43 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 18 جانفي 2016.

المطلب الثاني: وظيفة تأطير مهام اللجنة أثناء مرحلة تقييم العروض

تعتبر مرحلة تقييم العروض من أهم المراحل في عمر الصفقة العمومية، والتي تضع مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في اختبار حقيقي عنوانه العريض تطبيق أو خرق مبدأ المساواة، حيث تتعامل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مع عرض المتعامل المتعاقد بعد القيام بتحليل هاته العروض، ودراستها من الناحية التقنية والمالية وموازنتها طبقا لمعايير الاختيار التي أسلفنا ذكرها.

وفي سياق النظام المعمول به، نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بتقييم العروض في نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وذلك من خلال تكليف نفس اللجنة بتولي مهام تقييم العروض، هذا الإجراء المعمول به حاليا ضمن المرسوم الرئاسي 15-247، على خلاف ما تم العمل به في المراسيم السابقة لتنظيم الصفقات العمومية بعد توحيد عمل اللجنتين،¹ أين كانت تتولى لجنة تقييم العروض باعتبارها لجنة منفصلة عن لجنة فتح الأظرفة، تمارس دور رقابي ثاني بتشكيلة مغايرة يشترط فيها الكفاءة والتأهيل. لذلك فإن كل عرض يتم إيداعه لدى المصلحة المتعاقدة وفقا لإجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة، يخضع لتقييم العروض في إطار التطبيق الصارم لمبدأ المساواة ضمن مهام الرقابة الداخلية التي تمارسها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

أما من حيث تحديد الإطار الزمني لهذه المرحلة، تأتي مباشرة وآليا بعد الانتهاء من فتح الأظرفة. وذلك في إطار منهجية منتظمة في إبرام الصفقات العمومية وعلى مراحل.² وقبل القيام بتقييم العروض المقبولة وانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، تقوم هذه اللجنة بما خولها القانون بعملية إقصاء الترشيحات والعروض كمرحلة أولية (الفرع الأول)، بعدها تأتي الخطوة الثانية والمتمثلة في إقصاء العروض أثناء مرحلة تقييم (الفرع الثاني)، بالإضافة لذلك تقوم بمهام التفاوض (الفرع الثالث).

¹ المادة 125، المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي 15-247.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 257.

الفرع الأول: تأطير مهام إقصاء الترشيحات والعروض قبل التقييم

سبق وأن أكدنا سابقاً أن تطبيق مبدأ المساواة في نطاق الصفقات العمومية لا يكون مطلقاً، بل يستند لضوابط معينة لا تستقيم المنافسة الحقيقية إلا معه، ولذلك تقوم اللجنة المعنية في المرحلة الأولى بتأهيل المرشحين وعروضهم.

ويترتب على ذلك عدم مشاركة هاته العروض في عملية الاختيار، وقد اعتبر المشرع الفرنسي أن العرض المستبعد قد يكون إما غير منتظم أو غير مقبول أو وغير ملائم.¹

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فالقاعدة المعمول بها لقبول العرض وهي استفاء جميع الشروط المذكورة سابقاً. وبالتالي لا يجوز للمصلحة المتعاقدة تعديل أي عرض بهدف جعله عرض مقبول، أو دعوة أي مرشح لتعديل عرضه دون البقية.

وعلى هذا الأساس، كل مرشح لا يتقيد بهذه الشروط والتنشيعات المعمول بها يتم إلغاء عرضه (البند الأول)، أو إذا كان هذا العرض غير قانوني (البند الثاني)، والمصلحة المتعاقدة هي صاحبة الاختصاص في هذا الشأن. ومن ناحية أخرى، خولها المشرع إمكانية رفض العرض المالي المقبول (البند الثالث)، أو تلك العروض المتأخرة (البند الرابع).

وللإشارة يجب التذكير، بأنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن ترفض أي عرض يستوفي جميع الشروط على أساس نقص وثيقة إضافية مرفقة بالملف، أو أن تأخذ بعين الاعتبار الأخطاء المادية والتي قد يقع فيها المرشح أثناء إعداد العرض المقدم للمنافسة.

ومن أجل تقييد المصلحة المتعاقدة بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، منع المشرع أي تفضيل لأي مرشح أثناء تقييم العروض، كما ألزمها بالتقيد الصارم بمعايير الاختيار المذكورة في

¹ Art 59 de Décret n° 2016-360 relatif aux marchés public: " I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées.

Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation ".

الإعلان أو في دفتر الشروط. ولذلك، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة استخدام أي معيار أجنبي عن تلك المعايير التي تم إبلاغها إلى المرشحين. وينطبق الشيء نفسه بالنسبة للمعايير الفرعية، عندما يتم إبلاغها للمرشحين قبل تقديم عروضهم. وفضلاً عن ذلك، لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تمنح العقد لمرشح لا يستوفي معايير انتقاء العروض المعدة سلفاً لتنفيذ الصفقة العمومية.

البند الأول: استبعاد العرض المخالف للتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية

يرفض هذا العرض، في الحالات التي يعتبر فيها التشريع والتنظيم المرجع القانوني للعرض المقدم من طرف المرشح للصفقة، وعلى أساسه يدخل مجال المنافسة في مجال الصفقات العمومية. حيث تكون شروط تنفيذه لا تتوافق مع الحاجات المقدرة من طرف المصلحة المتعاقدة، مما لا يسمح لها بتمويله.¹

ومن بين الحالات التي نستشهد بها في هذا المجال، ما ورد في نص الرأي القانوني رقم: 831 بتاريخ 18 أكتوبر 2016: "طبقاً لأحكام المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247، تعتبر الوثائق منهية الصلاحية، والتي لا تدخل في تقييم العروض، ووثائق غير كاملة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المرشحين أو المتعهدين المعنيين استكمالها.

غير أنه يجب التذكير أن طبقاً لأحكام المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، لا تطلب في ملف الترشيح الوثائق المتعلقة بالملف الإداري، ككشف الضرائب، شهادات أداء مستحقات الضمان الاجتماعي، إلخ."²

البند الثاني: استبعاد العرض غير القانوني

يستبعد هذا العرض لعدم مطابقته للشروط والمواصفات الواردة في دفتر الشروط، ويعتبر في هذه الحالة عرض غير مقبول. وفي هذا الإطار يجب الإشارة، إلى أنه ليست كل مخالفة للشروط

¹ بوضار عبد النبي، المقال السابق، ص 7.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 831 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 18 أكتوبر 2016.

والمواصفات تبرر استبعاد العطاء. بل يجب أن يقتصر الاستبعاد على مخالفة الشروط الجوهرية، والتي تتعارض مع حاجات المصلحة المتعاقدة وسير المرفق العام. وفي هذه الحالة فقط يستحيل التعاقد بدون توفرها.¹

وفي هذا الشأن، أقر مجلس الدولة الفرنسي أن معيار التفارقة بين المخالفات الجوهرية والمخالفات غير جوهرية، لا يمكن التغاضي عنها باعتبارها تؤدي إلى المساس بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، أو إلى تعطيل الموازنة الفعالة بين العروض، أما مخالفة الشروط غير الجوهرية فأمرها راجع للسلطة التقديرية للجنة فتح العطاءات بين استبعادها أو قبولها.²

وفي سياق الإجراءات المعمول بها على مستوى المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالحكم العام في إقصاء العروض والترشيحات دون معرفة طبيعة مخالفتها لدفتر الشروط. سواء كانت هذه المخالفات لشروط جوهرية أو غير جوهرية. فالحكم جاء عاما، وعليه لا يمكن استبعاد أي عرض مادام موافقا لدفتر الشروط ولموضوع الصفقة وملائم لحاجات المصلحة المتعاقدة.

وبالتالي، فإن سلطة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض خلال هذه الفترة مقيدة في التعامل مع هاته العروض. لأنها وبموجب مواد المرسوم الرئاسي 15-247، ملزمة بإقصاء العروض غير المطابقة، وفي نفس الوقت تقبل فيه العروض المطابقة. يعتبر من قبيل العروض غير القانونية العروض التي تتضمن اقتراحات جديدة غير مطلوبة في الإعلان عن الصفقة العمومية. والتي من شأنها تعدل الطلب الأصلي.³ أو عروض يقدم أصحابها وعود بتقديم خدمات إضافية نوعا و/أو كما.⁴

¹ محمد جمال مطلق الذنبيات، العقد الإداري - دراسة مقارنة - مكتبة القانون والإقتصاد للنشر والتوزيع، ط1، الرياض - طريق مكة، المملكة العربية السعودية، 2012، ص 97.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 655.

³ المادة 27 فقرة 5، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 156.

البند الثالث: استبعاد العرض المالي المقبول

يتم استبعاد العرض المالي المقبول في حالة عدم مطابقته للأوضاع القانونية، وبالتالي هو عرض غير ملائم لتقدير الطلب العمومي الذي تحكمه قواعد السوق. غير أنه ليس في استطاعة اللجنة القيام باستبعاد العرض المالي لأسباب متعلقة بأهلية العارض التقنية أو المالية، لأن مرحلة قبول العارضين هي مرحلة أولية وسابقة على فتح الملفات المحتوية على الشق المالي والتي أسفرت عن قبول العارضين، ولا يمكن للجنة أن تتراجع عن هذا القبول.¹

بالإضافة إلى ذلك، من الممكن التشكيك في وظيفة مبدأ المساواة في معاملة المرشحين عند رفض عروض المرشحين الذين سبق وأن أبرموا عقود مع المصلحة المتعاقدة. وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي،² باعتبار الصعوبات الناتجة عن إبرام عقد سابق مماثل للعقد المستقبلي قد تبرر رفض الطلب. ومع ذلك، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة الاعتماد فقط على هذا الأساس دون تقييم عرض المرشح بأكمله.

البند الرابع: استبعاد العروض المتأخرة

يستند المشرع في سبب استبعاد هذه العروض، كونها تشكك في نزاهة مبدأ المساواة في معاملة المرشحين،³ الأمر الذي يسمح للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض استلام عروض جديدة تتماشى ومتطلبات بنود دفتر الشروط، نظراً لأن أصحابها قد تمكنوا من معرفة بعض المعلومات المتعلقة بالصفقة العمومية خاصة ما تعلق منها بالسعر، الأمر الذي يعطي أحقية الفوز بالصفقة العمومية.

وفي هذا الإطار يعمل مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، بضمان تحديد الموعد النهائي لتقديم العروض لجميع المرشحين المقبولين لتقديم عرض. هذه الفترة لها طابع إلزامي حسب المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبالتالي فإن أي عرض يتم إرساله بعد هذه الفترة يكون غير

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 654.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 157.

³ عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016 بيروت، لبنان، ص 173.

مقبول، إلا إذا كان التأخير يعزى إلى المصلحة المتعاقدة. وبالتالي، إذا قررت المصلحة المتعاقدة تمديد الموعد النهائي لتقديم العروض، فيجب أن تجعله متاح لجميع المرشحين.

الفرع الثاني: تأطير مهام إقصاء العروض أثناء مرحلة التقييم

تعتبر العروض المستوفية للشروط والمواصفات الفنية والتقنية الواردة في دفتر الشروط عروض مقبولة للدخول في المنافسة، كما يدخل في نطاق العروض المقبولة، العروض التي لم تستكمل مشتملاتها من طرف أصحابها، وهي تخص فقط العروض التقنية وملفات الترشيح، دون العروض المالية، وذلك في أجل عشرة (10) أيام من تاريخ فتح الأظرفة.¹

ومع ذلك، تبقى العروض المستوفية للشروط والمواصفات التقنية والمالية التي تم قبولها قابلة للرفض والاستبعاد، نظرا لاتساح وجود مخالفات أو احتمال وجود تجاوزات تؤدي إلى اختلال في تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، بناء على ممارسة بعض التصرفات التي تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو تمس بحقيقة السعر الذي تم منح الصفقة على أساسه، فنقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بإقصاء العروض المبالغ فيها (البند الأول)، وينطبق الأمر كذلك بالنسبة للعرض المنخفض بصورة غير عادية (البند الثاني)، وفي الأخير رفض العروض التي تؤدي إلى الهيمنة (البند الثالث).

البند الأول: العرض المالي المبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار

يقصد بتحليل السعر الإجمالي والجزائي المنصوص عليه في المادة 67 من المرسوم الرئاسي 15-247، تفصيل مختلف الخدمات المتعلقة بالمشروع وكذا الأسعار الوحدوية المرتبطة بها، وتستعمل هذه الوثيقة للمقارنة بين العروض.²

وعلى هذا الأساس، يستند المشرع في رفضه لهذا النوع من العروض، إلى سببين. أولاً، أسعار هذا العرض لا تتوافق مع الفلسفة الاقتصادية لمراجع الأسعار والذي يعد مبالغ فيه بالنسبة

¹ المادة 17، المرسوم الرئاسي 15-247.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 11 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 05 جانفي 2016.

لمراجع الأسعار، بالإضافة إلى التبريرات أو التوضيحات المقدمة من طرف المتعهد غير المقنعة، من الناحية الاقتصادية والتي لا تراعي الأسعار السائدة في السوق.¹ مع الأخذ بعين الاعتبار جميع العناصر المؤثرة في تنفيذ العقد.² غير أن إقصاء مثل هذه العروض لا يمكن أن يتم مباشرة إلا بعد تحرير مقرر معلل من قبل المصلحة المتعاقدة، بعد اقتراح مقدم من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

ولأن الأسعار المقدمة من طرف المرشح لا تتماشى أثمانها مع الحقائق الاقتصادية، وإن كان الثمن يوضع من طرف المتعامل المتعاقد لوحده، فقد أكد المشرع في نص المادة 72 في المطة 6 على أنه: "إذا أقرت أن العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، مبالغ فيه بالنسبة لمراجع الأسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض. وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل." حيث لا تشكل هذه الحالة سبباً لعدم الجدوى، بل أن العرض تم رفضه لعدم توافق عنصر الثمن فيه مع معطيات السوق.

وفي هذا السياق نجد أيضاً، نص الرأي القانوني والذي مفاده أنه إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن العرض المالي للمتعامل الوحيد الذي تم تأهيل عرضه التقني مبالغ فيه بالنسبة لمراجع الأسعار، فيتعين عليها أن ترفضه بمقرر معلل حسب المادة 72 من المرسوم الرئاسي 247-15.³

البند الثاني: رفض العرض المالي المنخفض بصورة غير عادية

في حال وصف أي عرض من العروض على أنه منخفض بصورة غير عادية، فإن الأمر في غاية الصعوبة بالنسبة للجنة فتح وتقييم العروض، أو حتى بالنسبة للمصلحة المتعاقدة. خاصة إذا احتكمت اللجنة إلى قواعد السوق، أين يجب أن نضع في اعتبارنا أنه من يحدد الثمن هو مبدأ

¹ المادة 72 فقرات 7، 8، 9، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2007، القاهرة، مصر، ص182.

³ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 690 و.م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ .. جويلية 2016، (لم يتضح يوم الإصدار).

العرض والطلب.¹ بالإضافة إلى كون السوق يخضع للتقلبات السريعة والمفاجئة في الأسعار مثل صفقات إستيراد المنتوجات والخدمات. أو في الحالات التي لا يكون للمصلحة المتعاقدة معرفة كاملة بالمشاريع والتي يسمح فيها بتقديم بدائل من طرف المتعاملين الاقتصاديين. ففي مثل هذه الحالات تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى مقارنة ومفاضلة العروض فيما بينها، أو مقارنتها بالمشاريع السابقة من نفس الجنس ومقارنتها بها.²

وكل هذا يتم تحت الإطار القانوني لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، مع إمكانية المقارنة بالمشاريع الأخرى. لأن الأمر في بعض الحالات قد يكون مغلوط فقد يبدو أن العرض منخفض بشكل غير عادي، لا كن واقع الحال يثبت أن العروض الأخرى هي التي كانت مرتفعة بشكل غير عادي خاصة في حالة تقديم البدائل.

وفي هذا الشأن، يعاب على المشرع الجزائري، أنه يمنح للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في رفض هذا العرض، على أساس ذكر تبريرات دون أن يوضح هذه الأخيرة.³ كما نسجل في مثل هذه الحالة وجود ثغرة قانونية يمكن استغلالها من قبل المصلحة المتعاقدة باستبعاد أي عرض تراه منخفض بصورة غير عادية. وبالتالي يتم خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

ولهذه الأسباب، ننصح بعدم إقصاء مثل هذه العروض مباشرة إلا بعد تحرير مقرر معلل من قبل المصلحة المتعاقدة، بعد اقتراح مقدم من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، لم يترك للمصلحة المتعاقدة مجال لتقدير التبريرات التي تراها ملائمة لرفض مثل هذه العروض بل حددها كالتالي:⁴

1. طريقة تصنيع المنتجات، وطرق تقديم الخدمات، وعملية البناء.

¹ يدل العرض المنخفض بشكل غير معقول على عدم جدية العارض من جهة، ومن جهة أخرى فهو يسبب عدم إمكانية تنفيذ العقد وفقا للمواصفات الواردة في دفتر الشروط.

² MOULOU D SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, op, cit, p 130.

³ المادة 72، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ Article 60. I de Décret n° 2016-360 relatif aux marchés public, op, cit.

2. الحلول التقنية المعتمدة أو الشروط المتميزة والمتاحة لتقديم المنتجات أو الخدمات أو لتنفيذ الأعمال.
3. أصالة العرض.
4. اللوائح البيئية والاجتماعية السارية المعمول بها في مكان تنفيذ الخدمات.
5. الدرجة الممكنة لتلقي المساعدة الحكومية من قبل العارض.

البند الثالث: رفض العرض المقبول الذي يؤدي إلى الهيمنة

يرجع الفضل الكبير لمبدأ المساواة، في تحديد العروض التي تؤدي إلى الهيمنة.¹ وبالتالي فإن دور مبدأ المساواة يتعدى المهام المنوطة به، في مجال الصفقات العمومية للمساواة في معاملة المرشحين فيما بينهم، إلى إقامة موازنة بين عدة مصالح سواء بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقدين معها، أو بين المصلحة المتعاقدة والقانون العام. وبالأخص قانون المنافسة. وعلى هذا الأساس فإن، وضعية الهيمنة بالنسبة لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية: "هي الوضعية التي تتمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات مقيدة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها".²

والواقع العملي يطرح سؤال آخر، حول إمكانية رفض عرض المرشح الذي شارك في إعداد العقد طبقا المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي تنص على كيفية تقييم بدائل

¹ تم النص عليها ابتداء من صدور المرسوم الرئاسي رقم 08-388، الذي يعدل و يتم المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، والذي جاء فيه رفض أي وضعيات الهيمنة التي تنتسب في إخلال المنافسة في مجال الصفقات العمومية. المادة 21، المرسوم الرئاسي رقم 08-338، بتاريخ 26 أكتوبر 2008، (ج.ر. 62، مؤرخة في 09 نوفمبر 2008)، تعدل المادة 111 من المرسوم الرئاسي 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. أنظر كذلك المادة 72، المرسوم الرئاسي 15-247.

² ويمكن تعريف وضعية الهيمنة باعتبارها سلوك للمنافسة التجارية على أنها: "وضعية الهيمنة هي الوضعية التي تتمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني، من شأنها عرقلة المنافسة الفعلية فيه، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات مقيدة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها". أنظر، المادة 3 من الأمر رقم 03-03، بتاريخ 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، (ج.ر. 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003)، الموافق عليه بموجب القانون رقم 03-12، بتاريخ 25 أكتوبر 2003، (ج.ر. 64، المؤرخة في 26 أكتوبر 2003).

المواصفات التقنية في دفتر الشروط.¹ وعلى هذا الأساس، يمكن أن يكون هذا المرشح في وضعية مميزة على المرشحين الآخرين وذلك عن طريق جمع معلومات يحتمل أن تفضله مقارنة بالمرشحين الآخرين. وبالتالي يتم خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

تجدر الإشارة، إلى أن قرار قبول مثل هذه العروض، أو رفضها يعود للمصلحة المتعاقدة، ليبقى رأي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مجرد اقتراح وتبنيه للمصلحة المتعاقدة بوجود مثل هذه المخالفات.²

الفرع الثالث: تأطير مهام إجراءات التفاوض

يضمن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين أن نفس القواعد والإجراءات تطبق على جميع المرشحين خلال الدعوة إلى المنافسة. ولذلك يجب على المصلحة المتعاقدة، أن تضمن تقييم عروض المرشحين استنادا إلى معايير غير تمييزية ولها علاقة بموضوع الصفقة ومنتاسبة مع مداها.³ وبالإضافة إلى ذلك، في حالة طلب توضيحات أو تفصيلات بشأن تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة أن توفر نفس المعلومات لجميع المرشحين، وتركها كما هي إلى غاية نهاية إجراءات تقييم العروض، كما يمكنها القانون من تعيين لجنة تحت إشراف المصلحة المتعاقدة بهدف إجراء مفاوضات في إطار احترام مبادئ الصفقات العمومية لاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، على أن تتوج هذه المفاوضات ضمن محضر.⁴

وعلى هذا النحو، فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين أمر أساسي وضروري في أهم مرحلة من مراحل إبرام العقود الإدارية بصفة عامة، وعقود الصفقات العمومية بصفة خاصة.

¹ المادة 27، المرسوم الرئاسي 15-247: "عندما ترخص المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الخدمات المعقدة تقنيا وفق الشروط المحددة والمضبوطة في دفتر الشروط، فإنه يمكن المتعهدين تقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية.

يجب النص على كيفية تقييم بدائل المواصفات التقنية في دفتر الشروط، كما يجب تقييم كل البدائل المقترحة. لا يلزم المتعهدون الذين يقترحون بدائل للمواصفات التقنية بتقديم عرض أصلي استنادا إلى المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط."

² تتمثل هذه التبريرات أو التوضيحات في السياسة التجارية الديناميكية للمؤسسة، أو نظرا لاستفادة المؤسسة من نظام الإعفاء الجبائي أو الاستفادة من دعم الدولة لممارسة بعض النشاطات أو تأدية بعض الخدمات .

³ المادة 55 فقرة 1، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المادة 52 فقرة 6، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وبخلاف هذه الوظيفة العامة والتي تطبق على جميع إجراءات إبرام العقود الإدارية، يكشف تحليل معمق لمواد المرسوم التنفيذي رقم 18-199، المتعلق بتفويض المرفق العام. والمرسوم الرئاسي 15-247، أن محتوى مبدأ المساواة يختلف حسب طبيعة العقد المتوخى. من خلال إعطاء بعض المرونة للسلطة المفوضة، في تطبيق مبدأ المساواة في المعاملة المتساوية عند تنظيم الطلب على المنافسة تفويض مرفق عام (البند الأول). أما بالنسبة للعقود الأخرى، وبالخصوص عقود الصفقات العمومية، يجب تقييم المساواة في المعاملة بدقة (البند الثاني). وبالتالي، فإن وظائف مبدأ المعاملة المتساوية في سياق الطلبات العمومية تختلف بالنسبة لتنظيم الطلب على المنافسة ولا يطبق بشكل موحد، ولكنها تختلف باختلاف طبيعة ونوع العقد المبرم من طرف المصالح المتعاقدة.

البند الأول: تطبيقات مرنة لمبدأ المساواة بالنسبة للإجراءات المتعلقة بتفويضات المرفق العام

من خلال استقراء المادة 150 فقرة الثانية،¹ والمادة 156 من قانون البلدية،² والمادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199: "إذا كان بإمكان مؤسسات صغيرة ومتوسطة أن تقوم بإنجاز موضوع تفويض المرفق العام، فإنه يتعين على السلطة المفوضة أن توليها الأولوية في منح التفويض." من خلال هذه المادة نسجل عدم توضيح المرسوم التنفيذي نسبة الأولوية أو كيفية تطبيق الأولوية بخلاف هامش الأفضلية 25% وهو ما يعتبر تساهل وتراخي في تطبيق مبدأ المساواة في مجال تفويض المرفق العام، من خلال منح السلطة المفوضة هامش كبير مقارنة بالسلطة المتعاقدة، في مجال اختيار المفوض، وخاصة في مرحلة التفاوض، وعليه فإن لجنة اختيار وانتقاء العروض لها حرية اختيار المرشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أحسن عرض،³ كما يمكن لهذه اللجنة أن تطلب من المرشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض.⁴

¹ المادة 150 فقرة الثانية، القانون رقم 11-10: "ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض."

² المادة 156، القانون رقم 11-10: "يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها."

³ المادة 35، المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

⁴ المادة 36، المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

وبالتالي، لا توجد قاعدة خاصة تحكم الترتيبات الخاصة بتنظيم المفاوضات من قبل السلطة المفوضة، كما أنها ليست ملزمة بشكل خاص بوضع جدول زمني أولي للمفاوضات، أو تحديد خيارها في مواصلة أو عدم مواصلة المفاوضات مع المرشحين.¹

هذه الحرية الممنوحة للسلطة المفوضة في مرحلة التفاوض لا تحررها من احترام المبادئ الصفقات العمومية ضمن المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، ولا سيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. لذلك، لا يمكن توقع إعفاء المصلحة المفوضة فجأة من شروط المنافسة الأكثر صرامة والتي تقلت من احترام مبدأ المساواة، لذلك، يجب على السلطة المفوضة التأكد من أن الإجراء يتم في إطار المساواة، خاصة خلال مرحلة التفاوض.

وبالتالي، يجب على السلطة المفوضة أن تتأكد من أن شروط وإجراءات التفاوض هي نفسها ومتاحة لجميع المرشحين بشكل متساوي. من خلال، إرسال المعلومات المتعلقة بالإجراء والعقد المستقبلي إلى جميع المرشحين بموجب شروط المساواة الدقيقة.

ونتيجة لذلك، قد تجري المصلحة المفوضة تغييرات أثناء مرحلة التفاوض. قصد تحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض،² شريطة أن لا تؤثر هذه التغييرات على اقتصاد العقد ولا تهدف إلى استفادة مرشح من بين المرشحين إلى امتيازات غير مبررة. كما لا ينبغي أن تساعد هذه المفاوضات في توجيه التشاور في اتجاه أكثر ملاءمة للمرشح. في أعقاب هذه التعديلات، يمكن للمرشحين تعديل عرضهم أثناء التفاوض. بشكل عام، يجب ألا تكون هذه التعديلات تشكل خرق لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وفي حالة ما إذا قررت السلطة المفوضة تمديد الموعد النهائي لتقديم العروض حسب المادة 35 من المرسوم التنفيذي 18-199.³ فيجب أن تجعله متاحة لجميع المرشحين وضمان ألا ينتج عنها انتهاك لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين حسب

¹ صالح زمال، مبادئ تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 32، العدد 1، 2018، ص 495.

² المادة 40، المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

³ المادة 35، المرسوم التنفيذي 18-199: "تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين، كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية."

المادة 36 فقرة 02 من نفس المرسوم التنفيذي¹، وهكذا فإن مبدأ المساواة في المعاملة، وفي غياب الدقة في النصوص، يجعل من الممكن الإشراف على سير إجراءات تفويضات المرفق العام.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، يقر للسلطة المفوضة حتى لا تقع في الشكالية المفرطة أن تحتفظ بهامش معين من المناورة. وبالتالي، فإن هذه الأخيرة ليست ملزمة بالتفاوض حتى النهاية مع كل مرشح.² ونتيجة لذلك، تختار السلطة المفوضة بحرية المرشحين الذين تجري معهم مناقشات، دون أن يكون ذلك انتهاكاً للمساواة. وبالتالي، فإن المفاوضات التي تنطوي على اثنين من المرشحين وهو موقف تمييزي تجاه واحد منهم. فالسلطة المفوضة حرية اختيار مرشح دون الآخر خلال مرحلة التفاوض.³

ومن خلال ما سبق نستنتج، أن لمبدأ المساواة وظيفة أساسية في هذه المرحلة من العملية، من خلال ضمان التوازن بين الالتزام بقواعد المساواة، والحرية الممنوحة للسلطة المفوضة. وبالتالي، فإن لهذه الوظيفة أكثر أهمية عندما يتعلق الأمر بتفويض المرفق العام، أين تظل النصوص فيها مراوغة للغاية فيما يتعلق بتنفيذ الإجراء. كما تخفي هذه الحرية بالنسبة للمصلحة المتعاقدة بمناسبة إبرام الصفقات العمومية.

البند الثاني: تطبيقات صارمة لمبدأ المساواة بالنسبة للإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية

في حالة الدعوة إلى تقديم العروض، من النادر أن تنتهك المصلحة المتعاقدة المعاملة المتساوية للمرشحين في تنفيذ الإجراءات. لأن هذه الأخيرة مؤطرة بقوة بواسطة نصوص قانونية لا تترك مجالاً لحرية المصلحة المتعاقدة في إجراء الدعوة للمنافسة. ويطبق هذا الحظر من القواعد على كل من المرشحين والسلطة المتعاقدة، والتي لا يوجد لديها إمكانية لتعديلها.

¹ المادة 36 فقرة 02، المرسوم التنفيذي رقم 18-199: "لا يمكن قبول الملفات الناقصة. غير أنه، يمكن للجنة أن تطلب، عند

الاقتضاء، من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض، عن طريق السلطة المفوضة وفي أجل محدد."

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 167.

³ Ibid, p 170.

وبالتالي، فإن حظر أي تفاوض من شأنه أن يقلل من خطر انتهاك المعاملة المتساوية للمرشحين. والواقع العملي، يثبت بأن التفاوض يفضي إلى حدوث سلوك تمييزي من جانب المصلحة المتعاقدة فيما يتعلق بواحد أو أكثر من المرشحين. وهو بالتأكيد السبب وراء حظره على منح الصفقات العمومية التي تعتبر حصتها الاقتصادية مهمة بالنسبة لكل متعامل اقتصادي.¹

وفي هذا الإطار، يمنع المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، والمراسيم التي سبقته كل اتصال بالمتنافسين في المراحل التي تلي عملية فتح الأظرفة، وبالأخص أثناء مرحلة تقييم العروض.² ويستنتج من ذلك أن نظام التفاوض في مجال الطلبات العمومية القائمة على أساس المنافسة هو أمر مستبعد، وأن تقنية التفاوض هو أمر مقرر في إجراء التراضي البسيط.³

غير أنه من خلال استقراء نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أجاز نظام بديل للتفاوض مع المتعاملين الاقتصاديين حول شروط تنفيذ الصفقة، الأمر الذي يعتبر استثناء على قاعدة منع التفاوض مع المتعهدين وذلك في حالات معينة، حيث أجاز المشرع الجزائري نظام المقارنة بين العروض، والذي يجري بطريقة كتابية لطلب توضيحات وتفصيلات حول فحوى العروض، ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسمح جواب المتعهد بتعديل العرض أو خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين،⁴ وأهم هذه الحالات:

1. إجراء التفاوض من طرف لجنة تقنية تختلف عن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تعيينها وتترأسها المصلحة المتعاقدة في إجراء التراضي بعد الإستشارة.⁵
2. أجاز المشرع نظام التفاوض في إجراء المسابقة كاستثناء بعدما أشار إلى عدم جوازه وعدم القيام به في أسلوب طلب العروض بصفة عامة. ويرجع سبب قبول المفاوضات في مجال المسابقة نظرا لأن المنافسة محصورة على فئة معينة من رجال الفن والإبداع، وأن يتم

¹ MOULOU SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, op, cit, p 1.53

² نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على عدم جواز التفاوض عند تعريفه لإجراء طلب العروض في المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، بأنه إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين، مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات لصاحب أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

³ المادة 80 فقرة 1، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المادة 80 فقرة 2، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁵ المادة 160 والمادة 161، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

التفاوض مع كل المتسابقين، وعلى أساس المفاوضة يتم منح الصفقة، لصاحب أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.¹

ومع ذلك، فقد أجاز المشرع الجزائري التفاوض، الذي لا يتم إلا في حدود الإطار الزمني والموضوعي لممارسته، فلا يجوز القيام به في مرحلة فتح العروض وتقييمها. ويمكن القيام به مع المتعامل الفائز بالصفقة.² وفي هذا الإطار، يفيد الرأي القانوني رقم: 447 بتاريخ 12 جوان 2016، في جزئيته الرابعة كتالي: "4/ في إطار طلب العروض، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعهدين، قبل منح الصفقة أن يخفضوا مبالغ عروضهم."³ ومع ذلك يمكن القيام به مع المتعامل المتعاقد المختار.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد استبعد كل محاولة للتفاوض مع المتنافسين، وذلك للحفاظ على شرعية المنافسة بين العارضين في أسلوب طلب العروض. وأجازها في أساليب الإبرام الأخرى القائمة على إجراء التفاوض. غير أنه أجاز الاتفاق مع العارض الناجح حول شروط تنفيذ العقد، دون أن يؤدي ذلك إلى تعديل الخصائص الأساسية للعرض أو الصفقة العمومية، حيث يترتب على هذا الأمر تشويه المنافسة بأن يكون لها أثر تمييزي.⁴

¹ تجدر الإشارة إلى أن العقد الناتج عن المسابقة، يكاد يقتصر على تحميل المتعامل المتعاقد التزاما بمقتضاه بذل الغاية الفنية اللازمة وفقا لما تقتضيه أصول المهنة التي يتعلق بها موضوع الصفقة، وذلك نظرا لخصوصية الأعمال الفنية.

² المادة 80 الفقرة 3، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 447 و م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 جوان 2016.

⁴ Art 64 de décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics, op, cit.: «Il est possible, en accord avec le soumissionnaire retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché public avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché public dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. »

المطلب الثالث: وظيفة ضمان الآليات القانونية المخولة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

إن التجسيد الفعلي لتطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، لا يأتي من خلال سن القوانين أو تعديلها، بل يجب أن يكون من أولويات المصلحة المتعاقدة. من خلال تمكين لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من أداء دورها، وفقا لما خولها المشرع من آليات قانونية كفيلة بتحقيق مبادئ الصفقات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المرشحين بصفة خاصة (الفرع الأول)، ويهدف انتقاء أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، وهذا من خلال المهام الموكلة لها. وبغرض تسهيل مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، نتناول بالدراسة المعوقات القانونية والعملية التي تحول دون تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الامتيازات القانونية المخولة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

يهدف التطرق لمدى فعالية مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، نعالج في هذا الفرع الامتيازات القانونية المخولة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. من خلال التطرق للضمانات القانونية (البند الأول)، وبمأن مبدأ المساواة يتعلق بصفة مباشرة بأعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، نتطرق كذلك لتشكيلة هذه الأخيرة (البند الثاني).

البند الأول: الضمانات القانونية

ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة في إطار اختيار المتعامل المتعاقد على إنشاء لجنة تعمل على فتح وتقييم العروض.¹ ويهدف تجسيد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين اعتراف لها بعدة مهام مما يسهل لها مجال اختصاصها والمتمثلة في:

1. إعتقاد نظام تعدد لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض: اعترف المشرع للمصلحة المتعاقدة صلاحية أن تنشأ أكثر من لجنة واحدة، بهدف معالجة مشكلة تراكم الملفات على مستوى المصالح المتعاقدة، والتي تعرف العديد من المشاريع بحكم نشاطها كما هو الأمر بالنسبة

¹ المادة 71، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

لمديرية الأشغال العمومية، ومديرية السكن والتجهيزات العمومية وكذا مديرية الموارد المائية، حيث تعمل هذه المديرية على إنشاء أكثر من لجنين لفتح الأظرفة وتقييم العروض.¹

2. صفة الديمومة: وهذا يعني أنها متواجدة دائما على مستوى كل مصلحة متعاقدة، فهي ليست باللجنة العابرة أو المؤقتة أو الظرفية.²

3. اختصاص اللجنة في مباشرة إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد: اعترف المشرع للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مهام إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد، والتي يقع على عاتقها تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. أما مبدأ شفافية الإجراءات فيقع على عاتق المصلحة المتعاقدة. وبالتالي، فمهام اللجنة تنحصر في فتح الأظرفة التقنية والمالية وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية،³ ثم تقوم بعملية الاختيار في إطار مبدأ الحيادية والاستقلالية التامة. إلا أن هذا لا يعني أنها صاحبة قرار المنح المؤقت. وبالتالي، فهذه الإجراءات عبارة عن إجراءات الإدارية لعملية الاختيار المتعامل المتعاقد فقط. ونشير إلا أن هذا الأمر يجعل مبدأ المساواة في مساومة بين لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض والمصلحة المتعاقدة.⁴

البند الثاني: اختيار تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

من خلال استقراء مواد المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع منح لمسؤول المصلحة المتعاقدة صلاحية تحديد تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، دون تقيده بعدد أعضاء اللجنة، مراعيًا في ذلك طبيعة كل مصلحة متعاقدة، وحجم الأعمال التي تقوم بها.

¹ المادة 160، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية، لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الإقتضاء، وتدعى في صلب النص "لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض". وتتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة، يختارون لكفاءتهم. يمكن للمصلحة المتعاقدة، تحت مسؤوليتها، أن تنشئ لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، لحاجات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض."

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 252.

³ المادة 160، المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ المادة 161، المرسوم الرئاسي 15-247.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فاعتمد على معيار عدد السكان فنص في المادة 5-1414 من قانون الجماعات الإقليمية، بالنسبة للبلديات التي يفوق عدد سكانها 3500 ساكن يكون عدد أعضاء اللجنة تتكون من رئيس المجلس المحلي رئيسا و5 أعضاء من المنتخبين، أما البلديات التي سكانها أقل من ذلك يحدد عدد الأعضاء من 03 أعضاء منتخبين بالإضافة إلى رئيس المجلس المحلي أو ممثله،¹ كما أجاز المشرع الفرنسي لرئيس لجنة المناقصات أو المحاسب المكلف بالجماعات الإقليمية،² أو ممثله دعوة وزير المنافسة لحضور اجتماعات اللجنة الذي يملك صوتا استشاريا، أو تعيين أشخاص مختصين في موضوع الصفقات محل الاستشارة، فيتم استدعائهم أو طلب استشارتهم، حيث يقدمون رأيا استشاريا، وتدوين ملاحظاتهم في المحاضر الرسمية للجنة، سواء تعلق الأمر بطلب العرض المفتوح، أو المحدود، أو إجراء التفاوض أو الحوار التنافسي.³

ومن خلال ما سبق، نستنتج أن المشرع الفرنسي قد جعل من اكتساب العضوية في لجان طلب العروض أن تكون عن طريق التعيين، وكل إجراء مخالف لذلك يعد باطل.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اشترط أن يكون العضو تابعا للمصلحة المتعاقدة، وأن يتم تعيينه بناء على كفاءته ومؤهلاته.⁴ للإشارة، بالنسبة للجنة البلدية للصفقات العمومية، يمكن أن يعين ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري يكلف بتزويد اللجنة بجميع المعلومات الضرورية لاستيعاب محتوى الصفة التي يتولى تقديمها وعليه أن يحضر عندما يكون الملف يتعلق بالمصلحة المتعاقدة ولا يشارك في التصويت لأن ليس له صوت تداولي.⁵

¹ La commission est composée :

1. Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste .

2. Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste " .

² وهو بمثابة أمين خزينة البلدية في التنظيم المحاسبي في الجزائر .

³ العماري سميرة، المرجع السابق، ص 213.

⁴ المادة 160، المرسوم الرئاسي 15-247.

⁵ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 232 و م/ق.ص.ع / م.م.ق.ص.ع/ع

م.ف.ت/2016، بتاريخ 20 مارس 2016.

الفرع الثاني: المعوقات القانونية والعملية لتطبيق مبدأ المساواة

بالرغم من الترسانة القانونية، المتجسدة من خلال مواد المرسوم الرئاسي 15-247، والمخصصة لمهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، إلا أننا سجلنا بعض الثغرات القانونية والتي لا زالت غير مستدركة إلى غاية اليوم، تحول دون بلوغ مهام هذه اللجنة في اختيار أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، خاصة فيما يتعلق بالتشكيلة القانونية لنصاب هذه اللجنة (البند الأول)، بالإضافة إلى التطرق إلى المعوقات والإجراءات التي تحول بين تحقيق نتائج ومهام هذه اللجنة والتزام المصلحة المتعاقدة بهذه القرارات (البند الثاني)، والذي بدوره يؤدي إلى إشكالية جد معقدة بين المصلحة المتعاقدة ولجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض خاصة في إثبات حجية محاضر هذه الأخيرة (البند الثالث).

البند الأول: النصاب القانوني لصحة اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

يعد النصاب القانوني لأعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مهم لصحة اجتماعات اللجنة من الناحية القانونية. وأمر في غاية الأهمية بالنسبة لتطبيق مبدأ المساواة. ويتجسد كل ذلك، من خلال حرص المشرع بتطبيق مبدأ الجماعية بالنسبة لاجتماعات هذه الأخيرة. وهو ما سنتطرق له، من خلال تسليط الضوء حول النصاب القانوني لصحة اجتماعات كل من فتح الأظرفة (أ)، ثم بعدها النصاب القانوني لأعضاء تقييم العروض (ب).

أ. بالنسبة لأعضاء لجنة فتح الأظرفة

لم يحدد المشرع عدد الأعضاء الذين تتعقد بهم جلسة فتح الأظرفة. وبالتالي، تعتبر جلسات اللجنة كلها صحيحة مهما كان العدد، ويرجع سبب إقرار المشرع صحة اجتماعات اللجنة مهما يكن عدد الحاضرين إلى عدم عرقلة سير إجراءات إختيار المتعامل المتعاقد، خاصة بالنظر إلى انخفاض قيمة المنحة المالية الممنوحة للأعضاء في جلسة فتح الأظرفة بالمقارنة مع جلسة تقييم العروض التي ترتفع فيها المنحة المالية للأعضاء.¹

¹ أنظر المواد 5 و6، المرسوم التنفيذي رقم 98-02، بتاريخ 4 يناير 1998، الذي يحدد كليات تطبيق أحكام المادة 140 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، (ج ر 1، بتاريخ 7 يناير 1998).

ومع ذلك، يجب أن يكون عدد الأعضاء الحاضرين كافياً لضمان شفافية إجراءات فتح الأظرفة، بهدف إزالة كل الشكوك حول أية مخالفات أو تجاوزات قد تشهدها هذه المرحلة المهمة في اختيار المتعامل المتعاقد. وفي حقيقة هذا الأمر يجعلنا نتساءل عن مدى تكريس مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، فيما يتعلق بإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد على مستوى جلسة فتح الأظرفة؟

ب. بالنسبة لأعضاء لجنة تقييم العروض

بالرغم من الأهمية التي تكتسبها جلسة تقييم العروض، مقارنة بجلسة فتح الأظرفة من حيث الفصل في اختيار المتعامل المتعاقد، والتجسيد الفعلي لتطبيق مبدأ المساواة. إلا أن المشرع لم يحدد لهذه اللجنة النصاب القانوني لصحتها، ولعل ذلك يرجع إلى اختلاف حجم الصفقات، واتساع نشاطها وخدماتها على المستوى الإقليمي والجغرافي من مصلحة لأخرى. كما أن نص المشرع الجزائي على صحة جلسة فتح الأظرفة بغض النظر على عدد الأعضاء الحاضرين، يجعلنا نفهم أنه ينبغي لصحة جلسة تقييم العروض اكتمال النصاب القانوني لأعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بالرغم من أنه لم ينص على ذلك صراحة.

وعلى خلاف ذلك، ميز المشرع الفرنسي بين إلزامية حضور الأعضاء الذين يتمتعون بصوت تقريرى، والأعضاء الذين يتميزون بصوت استشارى، ويتحقق النصاب القانوني لاجتماعات لجنة طلب العروض عند حضور أكثر من نصف الأعضاء الذين يملكون الصوت التقريرى، فيما لا يدخل في الاعتبار حساب النصاب القانوني بالنسبة للأعضاء الذين يملكون الصوت الاستشارى، وفي حالة عدم اكتمال النصاب القانوني في الاستدعاء الأول، يتم توجيه استدعاء ثان لانعقاد لجنة طلب العروض وفق النصاب القانوني المحدد قانوناً.¹

أما بخصوص المشرع، المصري فقد ذهب أن اللجنة يجب أن تجتمع بالتشكيلة المقررة لها في الأمر الصادر بتشكيلها وإلا كان اجتماعها باطلاً وقرارتها باطلة بالتبعية، سواء تعلق الأمر

¹ Article L1411-5, de l'ordonnance n° 2007-1434, relative de Code général des collectivités territoriales, op, cit.

بلجنة فتح المظاريف أو لجنة البت في العطاءات.¹

البند الثاني: مدى التزام المصلحة المتعاقدة بالأخذ بقرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد مدى التزام المصلحة المتعاقدة، بقرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فبالرغم من اعترفه بسلطة هاته الأخيرة في إلغاء إجراءات الصفقة، من بينها إلغاء المنح المؤقت.² فيعد قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بإرساء الصفقة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل يعد إجراء تمهيدي فقط. ومن المسلم به أن التزامات المصلحة المتعاقدة لا تبدأ في هذه المرحلة، لأن هاته المرحلة هي مجرد مرحلة إدارية تحضيرية، لا تنتهي بإبرام العقد الذي يكون في طور التكوين. أما فيما يتعلق بمدى حجية قرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، فإن المصلحة المتعاقدة تلتزم بالتعاقد مع ما عينته اللجنة.³

ولأن القبول الصادر من المصلحة المتعاقدة اتجاه غير ما اختارته لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لن يصادف إيجابا يلتقي به، باعتبار أن من تستبعده لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يتحلل من إيجابه. وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري والذي لم يعترف بالسلطة التقديرية في اعتماد نتائج الإرساء من طرف جهة الإدارة.⁴ واعتبر أن اختصاص الإدارة هو اختصاص مقيد في أن تتعاقد مع غير هذا المتعاقد، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد للسلطة التقديرية للإدارة، هو حق هذه الأخيرة في عدم إتمام العقد، وفي العدول عنه إذا ثبت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.⁵

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد تبنى المبدأ العام الذي يقضي بتمتع المصلحة المتعاقدة بإبرام العقد بالسلطة التقديرية في قبول أو رفض نتائج لجنة طلب العروض. وبالتالي، يمكن للشخص المسؤول عن العقد أن لا يعتمد نتائج الإرساء التي توصلت إليها لجنة طلب العروض

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 288.

² المادة 72، المرسوم الرئاسي 15-247.

³ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 287.

⁴ محمد فواند عبد الباسط، القرار الإداري، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 525.

⁵ العماري سميرة، المرجع السابق، ص 246.

ومن ثم إلغاء الإجراء برمته، إلا أنه ألزم الإدارة بإخطار المتعامل المتعاقد المؤقت في هذه الحالة.¹

وبخصوص موفق المشرع الجزائري، فلم يرد صراحة بشأن أخذ المصلحة المتعاقدة بقرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وبالرجوع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247، نجد المشرع ينص على السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة بخصوص إلغاء المنح المؤقت أو أي إجراء آخر إذا ما بررته.

وفي الأخير، يمكننا القول أن مباشرة مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لإجراءات اختيار المتعامل المتعاقد من شأنها تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ولا يجوز خرق هذا المبدأ إلا بناء على ما تم تقديمه في المطالب السابقة من هذه الدراسة. بالإضافة إلى تكريس مبدأ الشفافية، بهدف المساهمة في الوصول إلى تحقيق النجاعة والفعالية في اختيار المتعامل المتعاقد اختياراً صحيحاً يتماشى ومتطلبات المصلحة المتعاقدة.

البند الثالث: حجية محاضر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

اعترف المشرع الجزائري للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، بإدارة إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد التي تكفل تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، بما يضمن منافسة مشروعة بين المتعهدين أو المرشحين.

وفي هذا الإطار، ألزم المشرع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بتسجيل أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة وتقييم العروض في سجلين خاصين، يرقمهما الأمر بالصرف ويؤشر عليهما بالأحرف الأولى،² الأمر الذي يعطي طابع الرسمية والإلزامية لما يدون فيها من نتائج لحصتي فتح الأظرفة وتقييم العروض.

وبعد انتهاء اجتماع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، تحرر اللجنة اجتماعها ضمن محضر يخلص ما وصلت إليه حصة تقييم العروض، وتوضح فيه كل التوضيحات والتفصيلات

¹ CHRISTOPHE LAJOYE, Droit des marchés publics, op. cit, p 208.

² المادة 162 الفقرة 3، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

والأسباب التي اعتمدت عليها في قراراتها. ويجب أن يتضمن محضر تقييم العروض على الأقل البيانات التالية:¹

1. تسمية المصلحة المتعاقدة.
2. تاريخ ومكان الاجتماع.
3. أسماء الأعضاء الحاضرين والغائبين.
4. موضوع الصفقة.
5. طريقة إبرام الصفقة.
6. أجل تنفيذ الصفقة.
7. أسماء المرشحين المقصيين وأسباب إقصاءهم.
8. اقتراحات رفض العروض المنخفضة بطريقة غير عادية أو الناتجة عن هيمنة المتعهد على السوق، وكذا العروض المرتفعة بصورة مبالغ فيها.
9. النقاط الممنوحة لكل عرض أو معيار تقييم معين.
10. اقتراح الإعلان عن عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء.
11. ترتيب العارضين ترتيبا تنازليا في حالة تنازل العارض الممنوح له الصفقة مؤقتا.
12. توقيع وإمضاء الأعضاء الحاضرين للجنة تقييم العروض وفتح الأظرفة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ألزم المصلحة المتعاقدة أن تقدم نسخا أصلية من هاته المحاضر، وأن تعرضها على هيئات الرقابة الخارجية والمتمثلة في لجان الصفقات العمومية وذلك من أجل منح التأشيرة، كما يعرض التقرير التبريري على المراقب المالي الذي يعلل تقييم عرض المتعامل المتعاقد في أسلوب الإجراءات المكيفة أو أسلوب الإستشارة، وذلك عند قيام المصلحة المتعاقدة بالالتزام بالنفقة عند المراقب المالي.²

¹ تم الإطلاع على هذه البيانات، من خلال معاينة بعض محاضر الصفقات العمومية، الواردة إلى الخزينة الولائية.

² أنظر، المادة 72، المادة 196، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

يسود حالياً مفهوم وحدوي لوظائف مبادئ الصفقات العمومية، حيث يتم تقديمها على أنها تشكل وحدة وظيفية متكاملة تسعى لتحقيق أهداف مشتركة لضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام ومع ذلك فإن هذا المفهوم الوحدوي لا يمنع من تحديد الوظيفة الصحيحة للمبادئ ضمن المجموعة التي تشكلها.

ويمأن مجال وحدود هذه الدراسة يقتصر على مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر فقد تم تخصيص هذا الفصل لتحديد الوظائف الخاصة لهذا المبدأ ضمن مراحل تجسيد الصفة العمومية.

وعلى هذا الأساس، تعتبر وظيفة تحديد وتنفيذ معايير انتقاء العروض من أهم وظائف المبدأ، من حيث تحديد الإطار القانوني لوضع هذه المعايير وتنفيذها. بالإضافة لتقديم الحلول القانونية المتعلقة بتنفيذ هذه المعايير وخاصة عند تساوي العروض أين ندعو المشرع بتنظيم هذه الثغرة القانونية والتي تؤثر على الإجراءات العملية لموازنة العروض. كما تمتد وظائف مبدأ المساواة إلى تأهيل المرشحين والمتعهدين من خلال التجسيد الفعلي للوظائف الاقتصادية والقانونية.

أما بخصوص الجزئية الثانية من المرحلة الثانية من مراحل الصفقات العمومية والتي تعتبر المرحلة الخاصة بمبدأ المساواة دون سواه. تعمل وظائف مبدأ المساواة بتأطير مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وكذا الإشراف على إجراءات التفاوض.

من خلال ما تقدم، نجد أن الطلب العمومي يشكل أحد التعبيرات الأكثر وضوحاً لتجسيد السياسة العامة للدولة. وقد أثبتنا من خلال هذا الباب من الدراسة، أن هذا الهدف متأصل في مبادئ الصفقات العمومية. وعلى هذا الأساس، يجب أن تكون هذه الأخيرة قادرة على ضمان تحقيق الأهداف التقليدية، والمتمثلة في نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. كما أتاحت لنا هذه الدراسة كذلك، التطرق لإمكانية إدماج المعايير الاجتماعية والبيئية والتنمية المستدامة، ضمن الطلبات العمومية. والمعبر عنها بالتوجهات الجديدة للسياسة العامة للدولة، في إطار الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية.

ومن خلال هذه الدراسة، والتي نعتمد من خلالها على المفهوم الزمني لمبادئ وظائف الصفقات العمومية أتاحت لنا هذه القراءة الزمنية بربط هذا المفهوم الزمني بمبادئ الصفقات العمومية. من خلال تحديد الوظائف الخاصة بكل مبدأ من الطلبات العمومية وربط كل مبدأ بمرحلة واحدة أو أكثر من الطلبات العمومية.

كما سمحت لنا هذه الدراسة في الأخير، إلى وضع تصور لمراحل تجسيد الصفقات العمومية. وبالتالي، يهدف وقت حرية الوصول للطلبات العمومية إلى تحقيق منافسة واسعة ومصممة خصيصاً للعقد مما يسمح بالوصول إلى المنافسة. أما الغرض من الدعوة إلى المنافسة، هو احترام المساواة بين المرشحين الذين تمكنوا من الوصول إلى إجراءات منح الصفقة، حتى اختيار الطرف المتعاقد. هذه المرحلة أيضاً تسعى لتحقيق هدف شفافية الإجراءات، بحيث تكون المنافسة فعالة. وفي المرحلة الأخيرة من الصفقات العمومية يتم استخدام شفافية الإجراءات للتحقق من قانونية منح الصفقة، وفتح المجال للطعون.

هذا المفهوم الزمني للمبادئ أعطى أيضاً التصور الحقيقي لوظائف المبادئ الصفقات العمومية، وأصبح من الممكن ضبط العلاقة الوظيفية الخاصة فيما بينهم. ففي المرحلة الأولى تنشأ علاقة هرمية لصالح مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية؛ ثم تنشأ علاقة موازية في المرحلة الثانية بين مبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات؛ وفي النهاية نجد علاقة أفقية لصالح مبدأ شفافية الإجراءات في المرحلة الأخيرة.

وفي سياق البحث الجاري، فإن المفهوم الزمني للمبادئ له نتائج إيجابية من حيث تحديد الوظائف الخاصة لمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. بدءاً من مرحلة تحديد معايير انتقاء العروض والمعبر عنها ضمن المرحلة الأولى من عمر الصفقة العمومية، وكذا الإشراف على تنفيذ هذه المعايير من خلال تأطير مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وتحديد إجراءات التفاوض وتأهيل المرشحين والمتعهدين. كما تساهم في توضيح بعض الإشكالات القانونية، ولا سيما تطبيق آلية الأثر الرجعي لمبادئ الصفقات العمومية خاصة فيما يتعلق بمنازعات الصفقات العمومية.

إن بروز مجموعة من المبادئ في مجال الصفقات العمومية، بهدف ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يؤدي بالباحث إلى البحث في معنى ومضمون هذه المبادئ، خاصة عقب تكريسهم وصياغتهم من قبل المشرع والحرص على تطبيق هذه المبادئ ضمن المرسوم الرئاسي 15-247. تنشأ عدة أسئلة، لاسيما تلك المتعلقة بوظائفهم، والنتائج المترتبة على تطبيق هذه المبادئ خاصة فيما يتعلق بالتطور المستمر للقضاء الاستعجالي قبل التعاقد، وآلية تعديل البنود التعاقدية قبل التعاقد، والذي لا يسمح بتفسيرات هذه المبادئ، لاسيما أن تكريس هذه المبادئ حديث العهد في مجال الصفقات العمومية. الأمر الذي لا يسمح بفهم تفسيراتها، لاسيما فيما يتعلق بآثارها الدقيقة، خاصة في مرحلة منح الصفقات العمومية.

كل هذه العناصر تشير إلى أن هذه الأسئلة تبقى مجالا خصبا للدراسة والبحث، وبالتالي تأثر على الاختيار السليم للمتعاقد صاحب أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، والذي بدوره يجعل نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام على المحك.

ومن أجل التأكيد، بأن التقسيم الزمني المعتمد لتحديد الوظائف الخاصة لمبادئ الصفقات العمومية بما فيها مبدأ المساواة. بالإضافة، إلى ربط نتائج الباب الأول من الدراسة والمتعلق بمفهوم وظائف مبدأ المساواة بالآثار التي تنتجها هذه الوظائف والمتمثلة في الهدف من الوظيفة. بالإمكان إزالة الشكوك، حول آثار ونتائج تطبيقات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، باعتباره أحد أهم هذه المبادئ في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. وربطها مع كل هذه العناصر. وبالتالي، تحتاج هذه الدراسة إلى التركيز أولاً على مظاهر تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية (الفصل الأول)، ثم تحديد نتائج تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية (الفصل الثاني).

أجمع العديد من الفقهاء في نطاق الفقه الدستوري، على أن مبدأ المساواة هو مبدأ عام ودستوري، وأجمعوا كذلك على اعتبار المساواة أمام القانون في جانب المنافع العامة، وليس في جانب التكاليف الاجتماعية ومنها المالية. وبغرض البحث عن المبررات القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري بمناسبة خرق أهم مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية، أي مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، والتي تم النص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، أو ما يصطلح عليه بالتمييز الايجابي، أو المفاضلة القانونية في المعاملة والمنشأة مؤقتا، بحيث تصرح الهيئة التشريعية أنها تسعى لتفضيل فئة محددة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية على فئة أخرى. لغرض إعادة التوازن بعد اختلاله من جراء لا مساواة فعلية سابقة بين الفئتين، أو بهدف البلوغ لهدف معين أو لتغليب المصلحة العامة، أو لأسباب تتعلق بأمن الدولة وسيادتها (المبحث الأول).

وينطبق الأمر كذلك، بالنسبة للنتائج المترتبة على تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. خاصة فيما يتعلق بالطعن في القرارات التي يتم بموجبها المساس بمبدأ المساواة، إما في حالة تعديل بنود العقد قبل التعاقد أو على مستوى القضاء الإستعجالي قبل التعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية إجراءات مبررة

يقصد بخرق مبدأ المساواة أو ما يصطلح عليه بالتمييز الإيجابي،¹ المفاضلة القانونية في المعاملة والمنشأة مؤقتاً، بحيث تصرح الهيئة التشريعية أنها تسعى لتفضيل فئة محددة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية على فئة أخرى. لغرض إعادة التوازن بعد اختلاله من جراء لامساواة فعلية سابقة بين الفئتين، أو بهدف البلوغ لهدف معين أو لتغليب المصلحة العامة، أو لأسباب تتعلق بأمن الدولة وسيادتها.

من خلال ما سبق، وانطلاقاً من المادة الأولى الفقرة الرابعة، من الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع صور الميز العنصري، التي تعرف مفهوم التمييز أنه: "لا تعتبر من قبيل التمييز العنصري، أية تدابير خاصة يكون الغرض الوحيد من اتخاذها تأمين التقدم الكافي لبعض الجماعات العرقية أو الإثنية المحتاجة، أو لبعض الأفراد المحتاجين إلى الحماية التي قد تكون لازمة لتلك الجماعات وهؤلاء الأفراد، لتضمن لها ولهم المساواة في التمتع بحقوق الإنسان، والحريات الأساسية، أو ممارستها، شرط عدم تأدية تلك التدابير، كنتيجة لذلك، إلى إدامة قيام حقوق منفصلة تختلف باختلاف الجماعات العرقية، وشرط عدم استمرارها بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها".²

وفي هذا السياق، وبالرجوع إلى مضمون المادة الأولى، من الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع صور الميز العنصري، تكمن أهمية هذا البحث في البحث عن المبررات

¹ في أمريكا يسمونها "AFFIRMATIVE ACTION" أي "العمل الإيجابي"، وبعض دول أوروبا تسميها "التمييز الإيجابي" بمعنى "DISCRIMINATION POSITIVE"، ودول أخرى تسميها "المعاملات التفضيلية" ودول أخرى تسميها "آليات الإنعاش الملائم للأقليات" أو "إجراءات الفعل التوكيدي" أو "المساواة الراجعة"، لرفع مستوى الضعفاء إلى مستوى الأقوياء، أو "آليات الدمج لكل مكونات الأمة" أو "تفعيل المواطنة" عن طريق إجراءات خاصة لتعزيز المشاركة والمساواة، أو "آليات التمثيل والتواجد العادل للأقليات" أو حتى تعزيز "قانون التنوع". هاجر الهيشري، مشروع التمييز الإيجابي، مقال منشور على موقع أفكار أون لاين <http://www.afkaronline.org/arabic/archives>، تاريخ زيارة الموقع 2017/03/26.

² اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق بقرارها 2106 أ (د. 20) المؤرخ في 21 ديسمبر 1965، تاريخ بدء نفاذها: 4 جانفي 1969، طبقاً للمادة 19 منها. أنظر، حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الفصل الثالث عشر، الحق في المساواة وعدم التمييز في مجال إقامة العدل. منشور على موقع <https://www.ohchr.org/Documents/.../training9chapter0ar.pdf>، تاريخ زيارة الموقع 2017/03/28.

القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري بمناسبة خرق أهم مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية - مبدأ المساواة -، والتي تم النص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. فالعديد من الفقهاء في نطاق الفقه الدستوري أجمعوا على أن مبدأ المساواة مبدأ دستوري، وأجمعوا كذلك على اعتبار المساواة أمام القانون في جانب المنافع العامة وليس في جانب التكاليف الاجتماعية ومنها المالية.¹

من جهة أخرى، يقتصر هذا المبحث للتعريف بموضوع مبررات خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، من قبل المشرع ويراقبه في ذلك القاضي الدستوري، أما خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، من طرف المصلحة المتعاقدة و/أو المتعامل الاقتصادي يسمى إخلال بمبدأ المساواة، وتعرضه لجزاءات من قبل القاضي الإداري و/أو الجزائي.

وفي سياق متصل، وبغرض المساهمة في الإجابة على إشكالية موضوع الدراسة والمتمثل في منح الصفقة لبعض المتعاملين الاقتصاديين حصريا هل يعد خرق لمبدأ المساواة؟ نتطرق للبحث في علاقة المساواة الفعلية بمبررات خرق مبدأ المساواة، والذي بدوره يفرض أن يكون هذا الإجراء أي خرق مبدأ المساواة مبررا، وأن يكون هادفا (المطلب الأول)، أما بخصوص الإشكالية الثانية، والمتمثلة في منح الصفقة لبعض المتعاملين الاقتصاديين حصريا هل يعد تجسيد فعلي لوظائف مبدأ المساواة؟ نتناول الشروط القانونية المتبعة بهدف بخرق مبدأ المساواة، ونقصد بذلك الشروط المتعلقة بمضمون الصفقة، والشروط المتعلقة بالمدة الزمنية (المطلب الثاني).

¹ قيس حسن عواد البدراني، المساواة في التكاليف المالية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 7، سنة 2005، ص 10.

المطلب الأول: خرق مبدأ المساواة نوع من المساواة الفعلية

المساواة لا تتكرر الاختلافات بين الأفراد بل إنها تقر التمايز بينهم، كما أن المساواة المقصودة ليست المساواة الحسابية، وإنما المساواة التي يتطلبها تكافؤ الفرص بين الأفراد. لذلك قيل إن المساواة نسبية وليست مطلقة.¹

فإذا كانت الشروط تتساوى فيما بين الأفراد فيجب إعمال مبدأ المساواة بينهم، أما إذا لم تتساو بينهم الشروط فلا مساواة بينهم في الحقوق. وعليه فإن تطبيق مبدأ المساواة في هذه الحالة يكون مساساً بمبدأ المساواة. وبالتالي، وجب على المشرع التدخل بإحداث ما يسمى خرق في المساواة، شريطة أن يكون هذا الخرق يستند إلى مبررات معينة كأن يكون مشروعاً ومقبولاً، لا يحدث مساواة بين وضعيتين غير متماثلتين، ويستند في ذلك إلى وجود سبب معقول يبرر هذا الاختلاف، في إطار تحقيق ما يسمى المساواة الفعلية بين المرشحين (الفرع الأول)، ويجب أن يكون هذا الإجراء هادفاً، من خلال تخصيص الصفة لتحقيق مصلحة وطنية و/أو اجتماعية و/أو بيئية... (الفرع الثاني). ومن الناحية العملية، تثبت هذه الحالات نسبية مبدأ المساواة وتسمح للمصلحة المتعاقدة خرق مبدأ المساواة باعتبارها تجمع بين التبرير والهدف معا.

الفرع الأول: خرق مبدأ المساواة إجراء مبرر

انطلاقاً من المبدأ العام القائل: "ليس كل تمييز بالضرورة يعد خرقاً لمبدأ المساواة"،² وبناءاً على هذا المبدأ. ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة في اختيارها للمتعاقد أن يكون اختيارها مؤسس على تحقق معيارين هما: اختلاف في المعاملة بين وضعين غير متماثلين، والذي يتجسد على العموم بتخصيص الصفة للحرفين أو الجمعيات، أو الطبقات الهشة في المجتمع كالمكفوفين، أو ترقية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة (البند الأول)، وجود سبب معقول وموضوعي يبرر هذا الاختلاف، والذي غالباً ما يرتبط بأمن الدولة وسيادتها، أو من خلال بلوغ

¹ هاجر الهيشري، المقال السابق.

² BUISSON JACQUES, Principe d'égalité et discriminations positives, Revue française de Finances Publiques, N° 63, septembre 1998, p 540.

حاجات تريد المصلحة المتعاقدة بلوغها، كتحقيق أهداف اجتماعية و/أو بيئية و/أو تحقيق تنمية مستدامة (البند الثاني).

البند الأول: اختلاف في المعاملة بين وضعين غير مماثلين

حسب المادة 1 فقرة 2- من اتفاقية التمييز (في مجال الاستخدام والمهنة) الاتفاقية (رقم 111): "لا يعتبر تمييزاً أي ميز أو استثناء أو تفضيل بصدد عمل معين، إذا كان مبنياً على أساس المؤهلات التي تقتضيها طبيعة هذا العمل..."¹. من خلال ما سبق، نستعرض من خلال هذا البند الحالات التي نص عليها المرسوم الرئاسي 15-247، والتي تناولها المشرع بهدف إبراز الحالات التي يكون فيها اختلاف واضح بين وضعين غير مماثلين في مجال الصفقات العمومية، ونحن بدورنا نتطرق لها على سبيل المثال لا الحصر في هذا المجال والمتمثلة في تخصيص صفقات عمومية لمتعامل متعاقد بصفة صريحة كتالي:

1. تخصيص الصفقة العمومية للحرفيين: يعد الحرفي حسب القانون، كل مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف، يتمتع بمهارة تقنية خاصة، تأهيل عال في حرفته، وثقافة مهنية، بناء على طلب يقدمه لرئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يرسله بدوره إلى غرفة الصناعات التقليدية والحرف المتخصصة إقليمياً. بهدف الحصول على بطاقة مهنية.²

وفي هذا الشأن، أفادت المادة 86 من المرسوم الرئاسي 15-247، تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، ويكون موضوع هذه الصفقة الأشغال المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الحرص على حماية الإنتاج الوطني، حيث يتعين على المصلحة المتعاقدة إصدار طلب عروض وطني أو محلي عندما يكون الإنتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الاستجابة للحاجات الواجب تلبيتها.

¹ حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، الدليل السابق.

² المرسوم التنفيذي رقم 97-145، بتاريخ 30 أبريل 1997، يحدد التأهيلات المهنية في قطاع الصناعات التقليدية والحرف، (ج.ر. 27، المؤرخة في 30 أبريل 1997)، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-74، (ج.ر. 13، المؤرخة في 17 مارس 2004).

2. تخصيص الصفة العمومية للجمعيات: إن دراسة الجمعيات بصفقتها متعاملا متعاقدًا بالرغم أن الفكرة غريبة نوعا ما، وأول ما يتبادر إلى الذهن هو عدم وجود الصلة بين مجال تلبية الطلب العمومي، ومجال نشاط هذه المؤسسات الجمعية.

1.2 تأصيل فكرة تخصيص الصفقات العمومية للجمعيات: لعله من نافلة القول، أن ننوه بوجود فكرة تخصيص الصفقات العمومية للجمعيات في الجزائر، أثناء الفترة الاستعمارية بموجب القانون 49-1094، المتعلق بمساعدة بعض أصناف المكفوفين وأصحاب الإعاقات الجسدية.¹ ووجود فكرة الصفقات العمومية المخصصة في القانون 63-200،² المتعلق بحماية المكفوفين. وكان الهدف من إدراج المادة 10 من القانون 63-200، إلزام الهيئات الإدارية باقتناء وشراء المنتجات المصنوعة من طرف جمعيات المكفوفين بصفة حصرية، وكان الهدف من ذلك تخصيص سوق لبيع المواد المنتجة من طرف المكفوفين على المستوى الوطني، بهدف حماية الأشخاص ذوو الاحتياجات الخاصة، عن طريق توفير مناصب عمل وخلق فرص تسمح لهم بالمساهمة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية. وفي هذا الصدد، يتنوع إنتاج جمعيات المكفوفين بين صناعة الفرش والمكانس بفضل نشاط مؤسسة (ONABROS) والتي عوضت فيما بعد بالمؤسسة العمومية للإدماج الاجتماعي والمهني للأشخاص المعوقين (EPIH) بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-535،³ لتتولى هذه الأخيرة إنجاز جميع الدراسات وأشغال البحث التي تهدف إلى تطوير الإدماج الاجتماعي والمهني للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، إلا أن هذه المؤسسة لم تقم بالدور المنوط بها في ظل المنافسة المغربية المتوفرة في السوق.⁴

¹ نرجس دبابحة، المرجع السابق، ص 90.

² القانون رقم 63-200، بتاريخ 08 يونيو 1963، المتعلق بحماية المكفوفين، (ج.ر 39، المؤرخة في 14 يونيو 1963).

³ المرسوم التنفيذي رقم 91-535، بتاريخ 25 ديسمبر 1991، يتضمن إحداث مؤسسة عمومية للإدماج الاجتماعي والمهني للأشخاص المعوقين، (ج.ر 69، المؤرخة في 28 ديسمبر 1991)، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-382، بتاريخ 21 نوفمبر 2011 (ج.ر 64، المؤرخة في 27 نوفمبر 2011)، يتضمن حل المؤسسة العمومية للإدماج الاجتماعي والمهني للأشخاص المعوقين.

⁴ صبيحة لوافي، نظام الإدماج وإعادة الإدماج المهني والاجتماعي للمعوقين في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 193.

أما بخصوص مسألة أن القانون رقم 02-90،¹ المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، ألغى أحكام القانون رقم 63-200، المتعلق بالحماية الاجتماعية للمكفوفين خاصة المادة 10 منه، وعليه فإن القانون 02-09، لا يلغى القانون 63-200، لأن الأول يهدف إلى تعريف الأشخاص المعوقين وحمائهم وترقيتهم. أما الثاني يتعلق بحماية المكفوفين، وبالنتيجة نخلص إلى القول أن القانون 63-200، لا يزال ساري المفعول يحتاج إلى إعادة إبرازه على مستوى الساحة القانونية، وهو بالتالي يدعم فكرة دخول الجمعية مجال الصفقات العمومية بصفتها متعاملا متعاقدًا.²

وعلى هذا الأساس، فإن تخصيص جزء من الطلب العمومي لفائدة المكفوفين، والتعاونية الصناعات التقليدية والحرف دون سواهم، يكون هذا التعاقد بمثابة الطريقة المثلى لمساعدة الحرفيين على تخصيص صفقات عمومية لهم في مجال الأشغال ذات الخلفية الثقافية و/أو الفنية، والخدمات المرتبطة بالفندقة والسياحة التي جاءت بها المادة 24 من الرسوم الرئاسي 15-247، وكذا ترميم الممتلكات الثقافية طبقا لنص المادة 77 من قانون المالية 2009، ومجال الإبداع وكل خدمة يطغى عليها العمل اليدوي. على أن يكون منح الصفقة بالتراضي البسيط نظرا لعدم قدرة هذا الكيان منافسة غيره من المؤسسات من حيث القدرة المالية والتقنية. كما يمكن أن تكون المشاركة في شكل تجمع للتعاونيات. هذا بالإضافة إلى إعفاء الحرفي من كفالة حسن التنفيذ.

البند الثاني: وجود سبب معقول وموضوعي

لا يعتبر الاختلاف في المعاملة بين وضعين غير متماثلين السبب الوحيد لخرق مبدأ المساواة، فقد يوجد سبب آخر معقول وموضوعي، تستند عليه المصلحة المتعاقدة في منح صفقاتها لمتعامل متعاقد دون سواه. وقد أشار المشرع من خلال المرسوم الرئاسي 14-247،

¹ القانون رقم 02-09، بتاريخ 08 مايو 2002، يتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، (ج.ر. 34، المؤرخة في 14 ماي 2002).

² نرجس دبابحة، المرجع السابق، ص 104.

لحالات اللجوء لمثل هذه الإجراءات نذكر منها في هذا البند الصفقات المرتبطة بأمن وسيادة الدولة،¹ على سبيل المثال لا الحصر كالتالي:

1. حالة الصفقات التابعة للمؤسسات السيادية في الدولة: تشير المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247، أن يكون المنح المؤقت في حالة الصفقات التي تكتسي طابعا سريا، يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصادية الذين تمت استشارتهم. وفي نفس السياق، تشير المادة 168 من نفس المرسوم الرئاسي، أن الرقابة الخارجية القبلية للصفقات التي تبرمها وزارة الدفاع الوطني، تختص بها حصريا لجنة أو لجان لدى وزارة الدفاع الوطني وهي التي تحدد تشكيلتها وصلاحياتها.

2. حالة الصفقات العمومية التي تكتسي طابعا سريا:² في موضع هذه الصفقة يوجد عنصران يبرران النظام الخاص لصفقات الدفاع، نجد من جهة أن الهيئات التي تعلن عن العرض هي في الغالب غير منافسة من قبل مؤسسات أخرى، والإجراء المتبع لمنح هذه الصفقات لا يلتزم بتطبيق المبادئ التي تحكم الطلب العمومي الوارد في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، وعلى هذا الأساس فالصفقات ذات الموضوع الحساس توكل المهمة إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابع للقطاع الاقتصادي العسكري أنشئت خصيصا لهذا الغرض. نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

¹ عبر عنها المرسوم الرئاسي 15-247، باستعمال العبارات التالية: المؤسسات السيادية في الدولة، الطابع السري، لجان موضوعة لدى وزارة الدفاع الوطني...

² نجد في إطار مصطلح السر، الأمن، الجرائم التي تمس بأمن الدولة، المؤسسة العسكرية والتي تعتبر: "جميع المنشآت التابعة للجيش مهما كان نوعها أو طبيعتها، أو تخصصها، وأي مكان آخر تحت السلطة الفعلية للجيش، مخصص لخدمة الجيش الوطني الشعبي يمكن تقسيم هذه الأماكن إلى أماكن عسكرية بالطبيعة: وهي الثكنات، والمعسكرات بجميع أنواعها سواء كانت مخصصة للوحدات القتالية أو مخصصة للتدريب، التكوين، العتاد، القواعد البحرية، المطارات،... ومنشآت مستحدثة بصفة نهائية أو مؤقتة والمستعملة من طرف الجيش الوطني الشعبي، وكذلك السفن الحربية والطائرات العسكرية أينما وجدت".
مرجانة الطاهر، اختصاص المحاكم العسكرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة، 2009-2010، ص 36.

- مؤسسة تجديد وتصليح وعصرنة عتاد الخدمة على الأرض.¹
 - المؤسسة العمومية لإنجاز أشغال المنشآت الأساسية وصناعة العتاد.²
 - المؤسسة العمومية الخاصة بالألبسة والأحذية العسكرية.³
 - المؤسسة العسكرية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.⁴
3. أما مواضيع الصفقات والتي لا يشكل موضوعها طابع سري كما أشرنا سابقا، يمكن تلبيتها من قبل مؤسسة خاضعة للقانون الخاص، وعليه تخضع لمبدأ المساواة، ومثل ذلك اقتناء أجهزة، صفقات أشغال إعادة تهيئة والترميم، صفقات تموين بالأثاث ولوازم المكتب...إلخ.
- وبالنتيجة، كلما اتجهنا نحو مواضيع تمس بالأمن والدفاع الوطني والمؤسسات ذات السيادة في الدولة، يتراجع مبدأ المساواة، ويختفي إجراء الإشهار، بل حتى الاستبعاد في النشر الإلكتروني، ليعوض بمراسلة المتعامل المتعاقد، لأن هذا القطاع هو قطاع محتكر من قبل الدولة، وغير مفتوح للاستثمار فيه أو الإطلاع عليه.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 09-141، بتاريخ 27 أبريل 2009، يتضمن تحويل مؤسسة تجديد العتاد الخاص إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، (ج.ر.26، المؤرخة في 27 أبريل 2009).

² المرسوم الرئاسي رقم 09-141، بتاريخ 27 أبريل 2009، يتضمن تحويل المؤسسة المركزية للبناء للجيش الوطني الشعبي إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، (ج.ر.26، المؤرخة في 27 أبريل 2009).

³ المرسوم الرئاسي رقم 09-137، بتاريخ 27 أبريل 2009، يتضمن تحويل مؤسسة الألبسة والأحذية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، (ج.ر.26، المؤرخة في 27 أبريل 2009).

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 12-21، بتاريخ 16 يناير 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العسكرية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، (ج.ر.07، المؤرخة في 16 يناير 2012).

الفرع الثاني: خرق مبدأ المساواة إجراء هادف

لم يعد يقتصر دور الصفقات العمومية في تنظيم العلاقة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد. بل أصبحت وظيفتها تتعدى الأهداف المنوطة بها لتكتسي أهمية بالغة نظرا لارتباطها بعملية الإنفاق العام للدولة، الشيء الذي جعل المشرع الجزائري على غرار بقية المشرعين، يستند إلى هذا الهدف لخرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

وفي هذا السياق، نحاول من خلال هذا الفرع من الدراسة تحليل بعض هذه الأهداف والتي استند إليها المشرع. فعلى سبيل المثال لا الحصر، اعتبار تراجع موارد الدولة جراء انخفاض أسعار المحروقات في الأسواق الدولية، من بين أهم الأسباب التي جعلت المشرع يتجه نحو ترقية الاستثمار بصفة عامة، والاستثمار المحلي بصفة خاصة.¹ من خلال دعم تطوير الاقتصاد الوطني عن طريق تخصيص بعض الصفقات العمومية لصالح الجماعات المحلية في ترقية المشاريع الاستثمارية،² باعتبار هذه الأخيرة لها أبعاد اقتصادية واجتماعية (البند الأول).

كما أنه لا يعد من قبيل خرق مبدأ المساواة، إقرار معاملة خاصة لبعض فئات المتعاملين الاقتصاديين، تتوافق مع أحد الأهداف المقررة لتحقيق مصلحة وطنية عليا. من خلال منح صفقات عمومية بصيغة التراضي لصالح بعض المتعاملين الاقتصاديين دون سواهم، أو تطبيق هامش الأفضلية المطبق لصالح المنتج الوطني (البند الثاني).

¹ فريدة مزياي، دور الجماعات المحلية في مجال الاستثمار، الملتقى الدولي الخامس حول، دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

² حسب المادة 2 من القانون رقم 09-16، المتعلق بترقية الاستثمار: " يقصد بالاستثمار، في مفهوم هذا القانون، ما يأتي:

1. اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدر الإنتاج و/أو إعادة التأهيل،
2. المساهمات في رأسمال شركة. " أنظر، القانون رقم 09-16، بتاريخ 3 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، (ج.ر. 46، المؤرخة في 3 أوت 2016).

البند الأول: الصفقات العمومية المخصصة للجماعات المحلية

حسب المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، يكون إعلان طلبات عروض الولاية¹ والبلدية²، والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها محل إشهار محلي، بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم ودراسات أو خدمات خمسون مليون دينار 50.000.000 دج .

وحسب المادة 173 من نفس المرسوم الرئاسي، تختص اللجنة الولائية للصفقات بدراسة مشاريع دفاتر شروط، الخاصة بصفقات البلدية بالنسبة:

- صفقات الأشغال أو اللوازم، مائتي مليون دينار 200.000.000 دج.
- صفقات الخدمات، خمسين مليون دينار 50.000.000 دج.
- صفقات الدراسات، عشرين مليون دينار 20.000.000 دج.

¹ المادة الأولى "الولاية هي الجماعة الإقليمية للدولة.

وتتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة.

وهي أيضا الدائرة الإدارية غير المركزية للدولة وتشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية والتشاورية بين الجماعات الإقليمية والدولة.

وتساهم مع الدولة في إدارة وتهيئة الإقليم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذا حماية البيئة وكذا حماية وترقية وتحسين الإطار المعيشي للمواطنين.

وتتدخل في كل مجالات الاختصاص المخولة لها بموجب القانون.

شعارها بالشعب وللشعب. وتحدث بموجب القانون". القانون رقم 12-07، بتاريخ 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، (ج.ر. 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012).

يعتبر هذا التعريف الأطول والأشمل للولاية منذ الاستقلال وذلك ما جعله يحيط بكل المعايير المعروفة في تعريف الولاية، ورعي فيه الأسلوب الحدائي للمواطنة. اعتمدنا التعريف الذي أتى به المشرع بهدف الاقتصار على الجماعات الإقليمية كنظام اقتصادي دون النظام الإداري.

² "البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية للدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة.

وتحدث بموجب القانون".

ورد أيضا في المادة 02، القانون رقم 11-10، المتعلق بالبلدية: "البلدية هي القاعدة الإقليمية لامركزية ومكان ممارسة المواطنة، وتشكل إطار مشاركة المواطن في تسيير الشؤون العمومية."

وجاء نص المادة 06 من نفس القانون ليكمل التعريفات السابقة ويتم المعنى، حيث نصت على أنه: "للبلدية اسم وإقليم ومقر رئيسي". وهذا تحديد لشخصيتها المعنوية المنصوص عليها سابقا.

بناء على ما ذكر أعلاه، نستشف أن المشرع ضيق مجال المساواة وحرية المنافسة، أي أنه استبعد دخول كل مرشح يقطن خارج البلدية أو بلديات الولاية، وهذا من خلال نص المادة والتي اعتمدت على عدة عناصر أهمها عنصر الإقامة بقولها: "... يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون...". والهدف من ذلك منح ميزة قانونية لفائدة الجماعات المحلية في مجال الاستثمار، بهدف ترقية الاستثمارات المحلية.¹

ونتيجة لذلك تكون أغلب ملفات طلب العروض المقدمة من المقاولين المحليين، مع عدم استبعاد مقاولين من القطر الوطني في ظل عدم وجود مانع قانوني يحول دون ذلك. فحين تثير الصفقات المخصصة على المستوى المحلي التفرقة بين المنفعة الوطنية والمحلية، وتبعا للحاجات المراد إشباعها التي تتباين من بلدية إلى أخرى نظرا لخصوصيات كل إقليم وعاداته وتقاليده وخلفيته الثقافية وطريقة عيشه...، والتي تعكس نوع الحاجات المعبر عنها، والتي تختلف عن تلك الاحتياجات الوطنية. وعلى هذا المستوى، يظهر على حد تعبير البعض دور الأقليات الاثنية والدينية في إحداث النمو.² بالإضافة إلى المادة 109 و 108 من قانون البلدية، والتي تنص على أنه يجب أن يخضع أي مشروع استثماري و/أو تجهيز على مستوى إقليم البلدية أو أي مشروع يندرج في إطار البرامج القطاعية للتنمية، إلى الرأي المسبق للمجلس الشعبي البلدي، ولاسيما في مجال حماية الأراضي الفلاحية، والتأثير في البيئة.

البند الثاني: منح صفقات عمومية بصيغة التراضي وتطبيق هامش الأفضلية

سبق وأن أشرنا، أنه لا يعد من قبيل خرق مبدأ المساواة، إقرار معاملة خاصة لبعض فئات المتعاملين الاقتصاديين، تتوافق مع أحد الأهداف المقررة لتحقيق مصلحة وطنية عليا. من خلال منح صفقات عمومية بصيغة التراضي لبعض المتعاملين الاقتصاديين دون سواهم (أ)، أو تطبيق هامش الأفضلية المطبق لصالح المنتج الوطني (ب).

¹ المادة 83، المرسوم الرئاسي 15-247.

² نرجس دبابحة، المرجع السابق، ص 22.

أ. منح صفقات عمومية بصيغة التراضي

بهدف دعم الاستثمار المحلي، مُنح للمصالح المتعاقدة اللجوء إلى التراضي في منح الصفقات كما هو الحال بالنسبة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية التي أعطت الضوء الأخضر، للولاية ورؤساء الدوائر. بمنح صفقات بالتراضي لإنجاز الأسواق الجوارية مع المؤسسات العمومية "باتي ميتال" المتخصصة في تصميم و بناء الهياكل المعدنية، بهدف إعطاء دفعة قوية للصفقات المحلية تطبيقاً لأحكام المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي عدت حالات اللجوء إلى التراضي البسيط ومن بينها الحالة التي يمنح فيها نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية حقا حصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية.¹

ب. تطبيق هامش الأفضلية

يمنح هامش الأفضلية عندما يتعلق الأمر بمنح مزايا النظام العام، بإعطاء الأفضلية للمنتوجات والخدمات ذات المصدر الجزائري في مجال الاستثمار،² أما في مجال الصفقات العمومية وتبعاً لما ورد في المادة 83 التي تنص على منح 25% للمنتجات ذات المنشأ و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات سواء كانت صفقات أشغال أو صفقات لوازم أو صفقة دراسات أو تقديم خدمات.

¹ نرجس دبابحة، المرجع السابق، ص 25.

² بن محمد محمد، حليمي منال، صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، دفاتر السياسة والقانون، مجلد 7، العدد 13، جوان 2015، ص 175.

المطلب الثاني: خرق مبدأ المساواة إجراء مشروط

يمكن استنتاج هذه الشروط من المواثيق الدولية ومن موقف المجلس الدستوري الفرنسي،¹ الذي قبل التمييز الإيجابي عند توفر شروط تتعلق بمضمون الإجراء (الفرع الأول) ومدته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بمضمون الصفقة

إن نقاط القصور الأساسية التي كشفت عنها تطبيقات مبدأ المساواة في صورتها الشكلية، أو المساواة أمام القانون. والتي عبرت عنها المقولة الأرسطية: "المتماثلين يجب أن يحصلوا على معاملة متماثلة."² وفي سياق متصل، جاء في رأي المجلس الدستوري: "واعتبار أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور يقتضي من المشرع إخضاع المواطنين المتواجدين في أوضاع متماثلة لقواعد متماثلة، وإخضاعهم لقواعد مختلفة كلما تواجدوا في أوضاع مختلفة."³

بمعنى، عندما يريد المشرع خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، وجب توافر هذه الشروط لكي يسمح القاضي الدستوري بهذا الخرق لأهم مبدأ دستوري، فخرق مبدأ المساواة يجب أن يهدف فعلا إلى تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي يكون إما مساواة في الفرص (البند الأول) أو مساواة في النتائج (البند الثاني).

¹ يعتبر موقف المجلس الدستوري الفرنسي واضح في مجال الاعتراف بحق التمييز الإيجابي، والذي يشكل قطيعة مع المساواة القانونية لتحقيق مساواة فعلية، ولكن بمراعاة شروط وقيود معينة، حدد المجلس الدستوري الفرنسي الميادين التي يمكن أن يشملها التمييز الإيجابي من جهة، والمتمثلة في مجال الوظيفة العمومية والمجال الاقتصادي، والمجال الاجتماعي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشكل الحق في الإقتراع مثلا أو الحرية الفردية موضوع للتمييز الإيجابي مؤسسا على أنواع التمييز المحظورة صراحة في الدستور، كالتمييز القائم على أساس العرق أو الأصل أو الدين أو الجنس، إنما التمييز المقصود هو ذلك المؤسس على معايير مقبولة كالسن أو الظروف الاجتماعية للأفراد أو تمركزهم الجغرافي. نبالي فطة، المرجع السابق، ص 37-38.

² BUISSON JACQUES, op, cit, p 542.

³ نبالي فطة، المرجع السابق ص 40.

البند الأول: مساواة الفرص

يقصد بمساواة الفرص أو مبدأ تكافؤ الفرص بالنسبة للصفقات العمومية، ضمان معالجة ودراسة ملفات المتعهدين بصفة مماثلة وفق نفس الإجراءات والأشكال التي حددها التنظيم الساري المفعول، بعيدا عن أي تمييز أو تفضيل لصالح مرشح دون الآخر، وهذا مهما كانت أهميتهم الاقتصادية.¹

إن تحقيق المساواة في الفرص يتطلب أحيانا إقرار المعاملة المختلفة وفقا للظروف الموضوعية للمجموعات المستهدفة،² وما تتميز به مبادئ المساواة في الفرص هو تحديدها لهدف معين تسعى لتحقيقه. وفي سبيل تحقيق الهدف المعني، يجوز إقرار معاملة مختلفة حيث يقتضيها تحقيق الهدف.³ وهو ما يجسد المساواة الفعلية والتي تعني تحقيق نتائج محددة في مجالات محددة يتجسد فيها واقع التهميش والإقصاء. إلا أن هذا الإجراء يثير إشكالية قانونية عميقة مفادها هل يجوز اتخاذ تدابير المساواة في الفرص على حساب فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام؟ وفي هذا الشأن، نستعرض الحالات التي شملها المشرع بالمساواة في الفرص في المرسوم الرئاسي 15-247.

1. تخصيص الصفقة العمومية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث يستند المشرع الجزائري على غرار بقية المشرعين في هذا المجال إلى عدة مبررات نلخص أهمها في النقاط التالية:

1.1 أهمية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في ترقية الاستثمار المحلي: يعتبر تطوير المؤسسات الصغيرة مجالا خصبا لمعالجة مظاهر التخلي عن بعض الأنشطة، وامتصاص المسرحين من مناصب عملهم بسبب إعادة هيكلة قطاعات النشاط الاقتصادي. كما تتبع أيضا بالنظر إلى الاهتمام المتزايد عليها من قبل المؤسسات المالية والنقدية والدولية. بالإضافة إلى كونها تساعد على تطوير النمو، والتنمية المحلية في المناطق الأقل أهمية، والتي تعتبر أحد المجالات الخصبة المجسدة للإبداع والأفكار الجديدة.⁴ وهو ما يجسد تنامي

¹ هاجر الهيشري، المقال السابق.

² BUISSON JACQUES, op, cit, p 548.

³ هاجر الهيشري، المقال السابق.

⁴ FAOUZI FETTAT, ALLAL BOURAHALA, op,cit, p 51.

قطاع المؤسسات الصغيرة في بريطانيا نسبة 27% من إجمالي قوة العمل، مقابل نسبة 50% من الدخل القومي في الصين.¹

2.1 الاقتداء بالمشروع الأجنبي: يعد قانون (SMALL BUSINESS ACT (SBA) الذي تم التصويت عليه في 30 جويلية 1953، من قبل الكونجرس الأمريكي. بمثابة اللبنة المؤسسة للسياسة الأمريكية تجاه هذه المؤسسات والمعدل مرات عدة، على ضرورة توجيه عمل السلطات العمومية بصفة أولية نحو المؤسسات الصغيرة بصفقتها العنصر الأكثر ديناميكية للاقتصاد.² وفيما يتعلق بتخصيص الصفقات العمومية للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة المبتكرة، نجد أن المشروع الفرنسي تبني هذه الفكرة في المادة 26 من قانون عصرنه الاقتصاد، مقابل فراغ قانوني في الجزائر حول هذه النقطة.³

وإيماننا منه بالدور الريادي الذي تقوم به المؤسسات الصغيرة والمتوسطة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي نص المشروع في المادة 87: "عندما يمكن تلبية بعض حاجات المصلحة المتعاقدة من قبل المؤسسات المصغرة... ينبغي تخصيص هذه الخدمات لها حصريا." وتضيف نفس المادة أن هذه الحاجات تكون في حدود 20% على الأكثر من الطلب العمومي حسب الحالة، في دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط محصص.

3.1 المبالغ المالية المرصودة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة: حسب المادة 87 من المرسوم الرئاسي 15-247 فهي كالتالي:

إثنى عشرة مليون دينار 12.000.00 دج لخدمات الأشغال (هندسة مدينة وطرق)

سبعة ملايين دينار 7.000.000 دج لخدمات الأشغال (أشغال البناء التقنية و أشغال البناء

(الثانوية)

¹ منصورى الزين، آليات دعم ومساندة المشروعات الذاتية والمبادرة لتحقيق التنمية، حالة الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 2010/03، ص 06.

² نرجس دبابحة، المرجع السابق، ص 71.

³ L'article 26 de la loi de modernisation de l'économie d'août 2008 vise à faciliter des PME innovantes à une partie des marchés publics. Il autorise en effet les acheteurs publics à réserver jusqu'à 15% de leurs marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'étude technologiques à des PME innovantes telles que définies par les textes en vigueur, BUISSON JACQUES, op, cit, p 550.

إثنان مليون دينار 2.000.000 دج لخدمات الدراسات

أربعة ملايين دينار 4.000.000 دج للخدمات

سبعة ملايين دينار 7.000.000 دج لخدمات اللوازم.

4.1 دعم المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وخلق مناصب شغل: من خلال تحليل المادة 87 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمادة 55 مكرر 1 المنشأة في إطار المرسوم الرئاسي 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى بالمرسوم الرئاسي 15-247، وفي هذا الإطار وضعت الجزائر برنامجا خماسيا 2010-2014 بعنوان إنجاز أكثر من مليون مسكن جديد، وتخصيص غلاف مالي قدره 21.214 مليار دينار أي ما يقارب 286 مليار دولار،¹ موجه لبعث ودفع الإنتاج الصناعي ودعم هذه المؤسسات. كان من الملائم إعطاء الأولوية للمؤسسات الجزائرية وتعديل قانون الصفقات العمومية سنة 2012 ليفتح المجال أمام المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتلبية الطلبات العمومية، في إطار ما يسمى مساواة الفرص.

البند الثاني: المساواة في النتائج

تعني مساواة النتائج تحديد الهدف بشكل دقيق ومحكم، وذلك بتحليل ظاهرة الإقصاء والتهميش المرتبطة بالنوع، أو العنصر، وربطها بنتائجها المتمثلة في: الإبعاد، والإحجام عن المشاركة العامة، أهم الأهداف التي تحكم هذا المدخل هي: تحقيق المشاركة، والقبول، وإعادة التوزيع.²

وباعتبار القانون حامي الحقوق والمساواة أحد المبادئ العامة للقانون التي استقرت في أخذها الشعوب ونظمتها في دساتيرها وقوانينها الداخلية، وعليه تكون المساواة قانونا في جانب الحقوق، والمساواة قانونا في جانب الالتزامات، وهذا جوهر العدالة القانونية.³

¹ مجلة السكن، مجلة إعلامية صادرة عن وزارة السكن والعمران، العدد 04، سبتمبر 2009.

² هاجر الهيشري، المرجع السابق.

³ قيس حسن عواد البدراني، المقال السابق.

وفي هذا الشأن، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الاتجاه في مجال الصفقات العمومية، على غرار بقية القوانين. بهدف ترقية الاستثمارات الخاصة وخلق مناصب الشغل، بهدف ترقية الاستثمارات المحلية، خاصة ما تفرزها الفضاءات الجغرافية المتباينة بين شمال وجنوب البلاد، وما يرتبط بها من فوارق اجتماعية. زيادة على ذلك تعد أحد السبل التي يستعان بها في التخفيف من حدة التوتر الاجتماعية، الناجمة في بعض الأحيان عن إقصاء وتهميش بعض المناطق.

وخير ما نستشهد به حل أزمة الجنوب لشهر أبريل 2013، عن طريق منح إعفاءات ضريبية، وامتيازات جبائية، بالإضافة إلى تعزيز منح صفقات عمومية على المستوى المحلي، وهذا بعدما ثار شباب ولايات الجنوب إعرابا عن التهميش الذي يعانيه، وارتفاع نسبة البطالة، وعدم الحصول على صفقات عمومية.¹

وفي هذا السياق، وغداة انتقال الجزائر إلى مرحلة ما بعد الاشتراكية والتمثلة في مرحلة بعث الاستثمار العمومي والنهوض بالتنمية، صدر كل من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، والمرسوم 15-247، في سياق اقتصادي ومحيط استثماري جديد يتلاءم والأهداف المسطرة.²

وحسب نص المادة 2 من قانون المالية 2013: "إذا تواجدت الأنشطة التي يمارسها الشباب ذوي المشاريع المؤهلون للاستفادة من إعانة الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب أو الصندوق الوطني للتأمين على البطالة أو الصندوق الوطني لدعم القرض المصغر..."³، وعقب أحداث الجنوب الجزائري صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-125، لتخفيض نسبة الفائدة لصالح الشباب ذوي المشاريع في حدود 95% و 80% من معدل الدين الذي تطبقة البنوك والمؤسسات المالية غير أنه عندما تكون استثمارات الشباب ذوي المشاريع في ولايات أدرار، تندوف، غرداية، بسكرة

¹ أنظر التعليم رقم 01، الصادرة بتاريخ 11 مارس 2013، تتعلق بتسيير ملف ولايات جنوب البلاد.

² صبيحة الوافي، المرجع السابق، ص 198.

³ القانون رقم 13-08، بتاريخ 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 (ج.ر. 68، المؤرخة في 03 جانفي 2014).

بشار، الأغواط، ورقلة، إيليزي، تامنغست، الوادي، ترفع معدلات التخفيض المنصوص عليها إلى 100% من معدل الدين الذي تطبقة البنوك والمؤسسات المالية.¹

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمدة التمييز الإيجابي

إن فلسفة خرق مبدأ المساواة من قبل المشرع، مسألة حساسة وقد تأخذ أبعاد اجتماعية، اقتصادية، وسياسية... إلخ كما أنها قد تأخذ اتجاه سلبي تتجه عكس الاتجاه المبتغى منه. لذا يجب مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى من الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع صور الميز العنصري المشار إليها في مقدمة هذا المبحث. والتي تتطلب أن يكون هذا الإجراء مؤقتا بطبيعته. أي يجب أن يتخذ شكل تدابير مؤقتة خاصة (البند الأول). شريطة عدم الإبقاء على المعايير غير المتكافئة بعد تحقيقها لأهدافها (البند الثاني).

البند الأول: التدابير المؤقتة الخاصة

إن إقرار خرق مبدأ المساواة لا يعني إباحة التمييز بشكل مؤبد، فوصف الإجراءات بأنها مؤقتة يعني أنها تعمل على تحقيق هدف مؤقت يرتبط بهدف معين.² ولتوضيح هذه المسألة نستعرض نماذج بعض الصفقات المخصصة لهذا الغرض، والذي نص عليه المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247.

1. تمويل الصفقات العمومية من طرف بنك أجنبي أو مؤسسة مالية أجنبية: وهو مرتبط بالعجز المالي لكثير من الدول خاصة النامية مما دفع بها إلى طلب تمويل صفقاتها من طرف مؤسسات التمويل الدولي قبل الإعلان عن تلك المناقصات الدولية. ويأخذ هذا التمويل إما شكل

¹ المرسوم التنفيذي رقم 13-125، بتاريخ 06 أبريل 2013، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 03-290، بتاريخ 06 سبتمبر 2003، الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذو المشاريع ومستواها، (ج.ر. 19، المؤرخة في 06 أبريل 2013).

² BUISSON JACQUES, op. cit, p 552.

المنح أو المساعدات وإما شكل قروض تترجم في علاقة الدائن بمدينة،¹ ومن بين هذه المؤسسات المالية البنك العالمي،² البنك الدولي للإنشاء والتعمير.³

2.1 أهم المشاريع التي تمولها هذه المؤسسات المالية هي: مشاريع البنية الأساسية مثل مشاريع النقل -موانئ، مطارات، سكك حديدية، مجال الاتصالات والطاقة الكهربائية، مشاريع صناعية وأخرى متعلقة بالتنقيب عن النفط والغاز أو إنتاجهما، مشاريع الزراعة والتنمية الريفية ومشاريع الإسكان في المدن...إلخ.

3.1 شروط التمويل: تشترط هذه المؤسسات المالية عادة-أن يكون المشروع إنتاجيا- غير قابل للتمويل من طرف مؤسسة تمويلية أخرى-أن يكون المشروع قابل للتنفيذ من الناحية التقنية- طلب تقارير دورية بكيفية استعمل مبلغ القرض وحالة المشروع- أن تكون الصفقة محل مناقصة دولية.⁴ نذكر على سبيل المثال:

¹ نرجس الدباجة، المرجع السابق، ص 34.

² الهدف العام من البنك العالمي: هو تشجيع استثمار رؤوس الأموال بغرض تعمير وتنمية الدول المنضمة إليه والتي تحتاج لمساعدته في إنشاء مشروعات ضخمة تكلف كثيرا وتساعد في الأجل الطويل على تنمية اقتصاد الدولة وبذلك تستطيع أن تواجه العجز الدائم في ميزان مدفوعاتها. ومساعدة البنك تكون إما بإقراضه الدول من أمواله الخاصة، أو بإصدار سندات قروض للاكتتاب الدولي.

وتقدم كل دولة عضو في البنك من اشتراكها المحدد في رأس مال البنك ذهباً أو دولارات أميركية ما يعادل 18% من عملتها الخاصة، والباقي يظل في الدولة نفسها، ولكن البنك يستطيع الحصول عليه في أي وقت لمواجهة التزاماته. وبشكل عام يقوم البنك بإقراض الحكومات مباشرة أو بتقديم الضمانات التي تحتاجها للاقتراض من دولة أخرى أو من السوق الدولية <https://ar.wikipedia.org/wiki> آخر تحديث للصفحة 10 فبراير 2019.

³ البنك الدولي للإنشاء والتعمير: هو أحد المؤسسات الخمس التي يتألف منها البنك الدولي مقره الاجتماعي واشنطن تم إنشاؤه في يوليو عام 1944 إثر اتفاقيات بروتون ودرز، ودخل عقد تأسيس هذه الهيئة في ديسمبر 1945. ومن أهداف هذا البنك المساهمة في تمويل إعادة تعمير وبناء الدول الحليفة المتضررة من الحرب العالمية II، وكذا تمويل المشاريع التنموية الاقتصادية للدول الأعضاء، وإعطاء الأولوية للاستثمار الخاص الأجنبي وتقديمها لقروض تنموية منتجة **PRODUCTIF**، وكذلك المساهمة في تطوير المبادلات التجارية الدولية والمحافظة على ميزان مدفوعات الدول الأعضاء وتشجيع الاستثمارات الدولية <https://ar.wikipedia.org/wiki> آخر تحديث للصفحة 10 فبراير 2019.

⁴ مايا بن قلفاط، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامع الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 2001-2002، ص 30.

- اتفاق القرض المتعلق بتمويل مشروع تأهيل مستوى قطاعات المواصلات السلوكية واللاسلكية ودعمه.¹

- تمويل مشروع إنجاز اجتناب الطريق السريع بمدينة قسنطينة الجزء الثاني مقطع عين الباي الطريق الولائي 133.²

البند الثاني: عدم الإبقاء على المعايير غير المتكافئة

يقضي مضمون هذا الشرط عدم الإبقاء على المعايير غير المتكافئة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت،³ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، بالنسبة للصفقات العمومية:

1. تخصيص الصفقة في إطار الاتفاقيات الثنائية، نذكر على سبيل المثال:

- تمويلات البنك الأوروبي للاستثمار في دول البحر الأبيض المتوسط الموقعة في بروكسل.⁴
- الاتفاقية الإطارية للتعاون بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الموريتانية الموقعة بنواكشوط.¹

¹ المرسوم الرئاسي رقم 03-167، بتاريخ 13 أبريل 2003، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض، الموقع في 03 يناير 2003 بأبيجان، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الإفريقي للتنمية، لتمويل مشروع تأهيل مستوى قطاع المواصلات السلوكية واللاسلكية ودعمه، (ج.ر 27، المؤرخة في 03 يناير 2003).

² المرسوم الرئاسي رقم 03-328، بتاريخ 06 أكتوبر 2003، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض، الموقع في 02 يونيو 2003، بأديس أبابا، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الإفريقي للتنمية، لتمويل مشروع إنجاز اجتناب الطريق السريع بمدينة قسنطينة-الجزء الثاني-(مقطع عين الباي-الطريق الولائي 133)، (ج.ر 60، المؤرخة في 06 أكتوبر 2003).

³ BUISSON JACQUES, op, cit, p 554.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 03-70، بتاريخ 16 فبراير 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية الإطارية للتمويل المتعلقة بتنفيذ التعاون المالي والتقني في إطار برنامج (ميدا)، وكذا تمويلات البنك الأوروبي للاستثمار الأخرى في دول البحر المتوسط، الموقعة ببروكسل في 25 نوفمبر 2002، (ج.ر 12، المؤرخة في 16 فبراير 2003).

2. تخصيص الصفقة في إطار تحويل الديون إلى مشاريع، نذكر منها على سبيل المثال:

- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلق بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية الموقع بالجزائر بتاريخ 12 يوليو 2011.²

وبالتالي، ما يتم تسجيله من خلال ما سبق. فإن الإبقاء على المعايير غير المتكافئة مرتبطة بتجسيد هذه الصفقات المخصصة.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 96-473، بتاريخ 28 ديسمبر 1996، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الإطارية للتعاون بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الموريتانية، الموقع عليها بنواكشوط، يوم 06 يوليو 1996، (ج.ر. 84، المؤرخة في 28 ديسمبر 1996).

² المرسوم الرئاسي رقم 11-427، بتاريخ 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، المتعلق بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية الموقع بالجزائر بتاريخ 12 يوليو 2011، (ج.ر. 68، المؤرخة في 11 ديسمبر 2011).

المبحث الثاني: آثار تطبيق مبدأ المساواة بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية

إن التداخل الحالي لوظائف مبادئ الطلبات العمومية يحجب وضوح فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. خاصة عندما تثار إشكالية عدم وجود النص القانوني الواضح والصريح الذي ينظمها، أو عندما تلتقي مصلحتان متناقضتين أو أكثر بين مبادئ الطلبات العمومية. وبالتالي، يؤدي تحديد الوظائف الخاصة لكل مبادئ بشكل خاص، إلى دقة التعبير عن كل مبدأ، كما يقدم هذا الوضوح بشكل خاص إمكانية تنظيم بعض قواعد الطلبات العمومية المرتبطة حتى الآن، كحالة تعديل البنود التعاقدية قبل توقيع الصفقة العمومية. والتي تعاني حالياً في ظل المرسوم الرئاسي 15-247، أو تلك التي سبقته من عدم الدقة القانونية (المطلب الأول)، كما يطرح نفس الإشكال عندما يطرح الأمر على مستوى القضاء الإستعجالي قبل التعاقد بخصوص تحديد الآثار القانونية لمبادئ الطلبات العمومية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: آثار تطبيق مبدأ المساواة بالنسبة لتعديل البنود التعاقدية

لم نجد أي نص قانوني أو أي قرار يوضح الإجراءات القانونية المتعلقة بالتعديلات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. كما أنه لم يسبق لأي بحث التطرق لمثل هذه الإشكاليات. ويرجع السبب حسب اعتقادنا إلى تعدد كفاءات إبرام الصفقات العمومية وتعدد أوضاع التعديلات التي يمكن أن تحدث أثناء إعداد و/أو إبرام و/أو تنفيذ الصفقة العمومية. بالإضافة إلى الخلط بين وظائف مبادئ الصفقات العمومية أثناء كل مرحلة من مراحل الصفقات العمومية، وكذلك الجهل بآثار كل مبدأ على حدى وعدم التعيين الدقيق لمجال تداخل ومجال الفصل بين مبادئ الصفقات العمومية. وبالتالي، لا توجد أسس واضحة توضح إجراءات قانونية خاصة بالتعديلات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية. ومع ذلك، لا بد أن نتطرق في هذا المبحث إلى التوضيحات الضرورية المتعلقة بالتعديل السابق على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، لأنه من المرجح أن تؤدي مثل هذه التعديلات إلى خرق مبادئ الصفقات العمومية. مما يستلزم الحاجة إلى التطرق لمثل هذه الإشكاليات القانونية خاصة في مجال مبدأ المساواة في معاملة المرشحين -مجال الدراسة- معتمدين في ذلك على النتائج المتوصل إليها من خلال المباحث الأولى من هذه الدراسة. ومن خلال هذا الطرح نسعى للبحث

عن الإجراءات الأكثر وضوحا والتي تأطير لمثل هذه التعديلات. نستند إلى المبدأ العام للمساواة والذي يعد الأساس القانوني لمبدأ حرمة العروض. من خلال تحديد إجراءات وتعريف هذا الأخير (الفرع الأول).

وفي سياق العمل الحالي، تدفعنا هذه الدراسة للبحث كذلك في الأساس القانوني لتطبيقات مبدأ حرمة العروض، باعتبار هذا الأخير من بين المبادئ التي تسعى لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. كما يعطي فائدة من حيث تحديد الوظائف والمهام الصحيحة العملية لكيفية معالجة العروض تمهيدا لمرحلة اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرمة العروض

بهدف التطرق لمدى فعالية الإطار القانوني المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضوء الممارسات العملية، ارتأينا تسليط الضوء على أهم مرحلة من مراحل الصفقات العمومية والمتمثلة في اختيار المتعامل المتعاقد. لأن هذه الأخيرة لها انعكاسات إيجابية وكذلك سلبية. وعلى هذا الأساس خصها المشرع بجملة من الإجراءات، وضبطها بعدة مبادئ اخترنا أهمها والمتمثل في مبدأ حرمة العروض. وبعبارة أخرى، فإن الغاية المحددة من حظر التفاوض وعدم المساس بحرمة العروض يضمن المساواة الفعلية بين المرشحين.

وبالتالي، فإن مبدأ حرمة العروض يفيد مرحلة اختيار المتعامل الاقتصادي، ويخدم غرضا محدد يتمثل في الإبقاء على العروض كما هي وعدم المساس بها إلا بما يسمح به القانون.¹

وبهدف تسليط الضوء حول مفهوم مبدأ حرمة العروض، والذي يعد من بين أهم الضمانات الرئيسية لتجسيد تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، نتطرق لتعريف مبدأ حرمة العروض (البند الأول)، ثم شرح إجراءات مبدأ حرمة العروض (البند الثاني).

¹ LAURENT CHOMARD, L'intangibilité des offres, Marchés publ. 2010, N° 106, p 11.

البند الأول: تعريف مبدأ حرمة العروض

يُطرح هذا المبدأ بشكل غير مباشر بالفقرة 1 من المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام: "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 الإجراء."

تطرق المشرع من خلال نص المادة إلى مبدأ حرمة العروض بصفة غير مباشرة من خلال حظر إجراء التفاوض، لأن هذا الأخير له تأثير سلبي على اقتراح المتعامل المتعاقد في مجال الدعوة إلى المنافسة، إذا لم تضبط إجراءاته.

وبالتالي، يقتصر مجال تطبيق مبدأ حرمة العروض على كل من المصلحة المتعاقدة والمرشح. ويشمل كذلك عدم المساس بالعرض ككل، أي الملف التقني والملف المالي للعرض، ويمتد كذلك للردود التقنية المقدمة من طرف المرشح على الاحتياجات المعبر عنها في مواصفات الصفقة.¹

وعلى هذا الأساس، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديل عروض المرشحين من تلقاء نفسها، والأمر نفسه بالنسبة للمتعامل المتعاقد في حال طلب منه تقديم توضيحات أو تفاصيل.

وفي هذا السياق، يعزز هذا المبدأ فعالية الطلبات العمومية من خلال الدعوة إلى طلب العروض، والتي تعني وجود تعريف جيد للحاجيات من طرف المصلحة المتعاقدة، لأن المرشحين لا يمكنهم التأثير على المواصفات في سياق التفاوض.² وهذا هو السبب في توفير إجراء الحوار التنافسي، مما يسمح للمصلحة المتعاقدة بأن تطور مع المرشحين إجابة لاحتياجاتها عندما يتبين أن تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة معقدة للغاية طبقاً للمادة 27 فقرة 4: "عندما ترخص المصلحة المتعاقدة، فيما يخص الخدمات المعقدة تقنياً وفق الشروط المحددة والمضبوطة في دفتر الشروط، فإنه يمكن المتعهدين تقديم بديل أو عدة بدائل للمواصفات التقنية."

¹ STANISLAS FRANÇOIS, Appel d'offres: rigueur du besoin, intangibilité des offres, Contrats et marchés publ. 2014, p 7.

² LAURENT CHOMARD, op, cit, p12 .

ومن خلال هذا الإجراء والمتعلق بتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، يتضح للمتعاقد الاقتصادي قابلية دخوله مرحلة تفاوض مع المصلحة المتعاقدة أم لا.

ومن خلال ما سبق، يمكن اعتماد تعريف خاص بمبدأ حرمة العروض من خلال تحليل مواد المرسوم الرئاسي 15-247. كالتالي، مبدأ حرمة العروض: " هو مجموعة الإجراءات الملزمة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة والمرشح في مرحلة الدعوة للتنافس، والتي تعني عدم إمكانية تعديل العرض بمجرد تقديمه من قبل مرشح للمنافسة. كما يعارض هذا المبدأ إجراءات التفاوض.¹"

كما نجد أن المشرع من خلال مواد المرسوم الرئاسي 15-247، يعبر عن مبدأ حرمة العروض كالتالي:

1- مدة صلاحية العروض: وهو تاريخ أجل صلاحية العروض، نلاحظ أن المشرع لم يحدد هذا الأجل وإنما ترك هذا الأمر للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة وذلك حسب المادة 62: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية التالية:

- ...

- مدة صلاحية العروض،"

2- أجل صلاحية العروض: هي الفترة التي يبقى فيها المتعاملون ملتزمين بعروضهم، إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247، ولا المراسيم التي سبقته حددت آجال صلاحية العروض،² وبالتالي فهي متروكة للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، ويشترط القانون تحديدها إجبارياً في ملف الدعوة إلى المنافسة، إذ تنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 15-247: " يحتوي ملف استشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة، لاسيما ما يأتي:

¹ من إعداد الباحث، بناء على مواد المرسوم الرئاسي رقم 15-247، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199، بالإضافة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي في 21 سبتمبر 2011.

² كان الأمر رقم 67-90 يحددها ب 90 يوماً، في المادة 40: " يبقى المرشحون ملتزمين بعروضهم مدة تسعين يوماً"، وتنص المادة 53: " يعتبر المرشحون ملتزمين بعروضهم مدة تسعين يوماً. ويمكن الزيادة في هذه المدة بناء على رغبة من الإدارة التي يتحتم عليها أن تحدد ذلك في الإعلان عن المنافسة."

... -

- أجل صلاحية العروض أو الأسعار،"

البند الثاني: شرح إجراءات مبدأ حرمة العروض

من خلال الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، والمتعلق بالرد حول سؤال يتعلق بكيفية تطبيق أحكام المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والخاص بمعيار تقييم العروض التقنية بالنسبة لتقييم المذكرة التقنية التبريرية المنصوص عليها في المادة 67 من نفس المرسوم الرئاسي.¹

وفي هذا الشأن، يشير قسم الصفقات العمومية لدى وزارة المالية أن المذكرة التبريرية وثيقة يصوغها المتعهدون استجابة لمتطلبات المصلحة المتعاقدة، المحتواة في دفتر الشروط. وهي وثيقة تسمح للمصلحة المتعاقدة بمقارنة العروض، على أن تحدد في دفتر الشروط النقاط التي يجب أن تنطبق إليها المذكرة التقنية التبريرية.

كما أدرج قسم الصفقات العمومية في هذا الرأي القانوني وعلى سبيل البيان، النقاط التي يمكن أن تحتويه المذكرة التقنية في إطار صفقة الأشغال والمتمثلة في النقاط التالية:

منهجية تنفيذ الأشغال، والوسائل المادية والبشرية المرصودة للمشروع بما فيها، عند الاقتضاء وسائل المناول، والهيكل التنظيمي للمؤسسة والسيرة الذاتية للمتدخلين في المشروع، وكل التدابير المتخذة من طرف المتعهد لاحترام متطلبات دفتر الشروط، والعراقيل المحتملة التي يمكن أن يصادفها المشروع، والمخطط التوقعي لتنفيذ الخدمات ووصف البدائل المحتملة، عند الاقتضاء، الخ...

كما تستعمل هذه المذكرة التقنية من أجل تقييط معيار القيمة التقنية المنصوص عليها في المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، معايير فرعية تأخذ بعين الاعتبار كل النقاط المنصوص عليها في المذكرة التقنية التبريرية.

¹ الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 157 وم.ق.ص.ع /م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2018، بتاريخ 12 مارس 2018.

على أن يتم تقييم معيار القيمة التقنية استناداً لمختلف المعايير الفرعية، بالرجوع لمستويات تقدير، طبقاً لسم تنقيط يحتوي على عدة مستويات.

وفي الأخير أدرج الرأي القانوني وعلى سبيل المثال، معايير تنقيط القيمة التقنية في حالة إذا ما اعتمدت المصلحة المتعاقدة نقطة 40، وعليه يكون الترتيب كالتالي:

ممتاز	40 نقطة.
مرضي	30 نقطة.
متوسط	20 نقطة.
غير كافي	10 نقاط.
متدني	0 نقطة.

من خلال الرأي القانوني السابق، والمرسوم الرئاسي 15-247، والمرسوم التنفيذي 18-199، نجد أن المشرع كان يلزم المصلحة المتعاقدة في السابق استبعاد دون فحص العروض غير منتظمة وكذلك غير مقبولة وكذلك العرض الذي يبدو منخفض بشكل غير قانوني. دون إمكانية دعوة المرشح لتنظيمها أو تعديل هذه العروض، وكانت تقبل تصحيح الأخطاء المادية فقط.¹

ومن جهة أخرى، وفي سياق الإجراءات المكيفة كانت المصلحة المتعاقدة لا تقبل الدخول في مفاوضات مع المرشحين الذين قدموا عروض غير مطابقة أو عروض غير مناسبة، وينطبق الأمر كذلك بالنسبة للعروض المنخفضة بشكل غير عادي.²

وبعد صدور المرسوم الرئاسي 15-247، ومن خلال الرأي القانوني المذكور أعلاه، استدرك المشرع آليات جديدة لمعالجة العروض المذكورة والتي كانت محل رفض من قبل المصلحة المتعاقدة. وهو ما يساهم في إبراز الوجه الحقيقي لتطبيقات مبدأ المساواة خلال هذه المرحلة، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال الفرع الثاني والثالث من هذه الدراسة.

¹ أخطاء القلم المنصوص عليها في المادة 84 من القانون المدني التي تنص أنه: "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط."

² LAURENT CHOMARD, op, cit, p 15.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لتطبيقات مبدأ حرمة العروض

يضمن مبدأ حرمة العروض بالموازاة مع مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، أن نفس القواعد والإجراءات تطبق على جميع المرشحين خلال الدعوة إلى المنافسة.

ولذلك يجب على المصلحة المتعاقدة أن تضمن تقييم عروض المرشحين استناداً إلى معايير غير تمييزية، ولها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها.¹ وبالإضافة إلى ذلك، في حالة طلب توضيحات أو تفاصيل بشأن تلبية حاجات المصلحة المتعاقدة أن توفر نفس المعلومات لجميع المرشحين وتتركها كما هي إلى غاية نهاية إجراءات تقييم العروض.²

وعلى هذا النحو، فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين أمر أساسي وضروري في أهم مرحلة من مراحل إبرام العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الصفقات العمومية بصفة خاصة.

وبخلاف هذه الوظيفة العامة، والتي تطبق على جميع إجراءات إبرام العقود الإدارية، فإن التحليل المعمق لمواد المرسوم الرئاسي 15-247، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 18-199، يكشف أن تطبيق محتوى مبدأ حرمة العروض تحت إطار مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يختلف حسب طبيعة العقد المتوخى. من خلال إعطاء بعض المرونة للسلطة المفوضة، في تطبيق مبدأ حرمة العروض عند تنظيم الطلب على المنافسة بالنسبة لتفويض المرفق العام(البند الأول). أما بالنسبة للعقود الأخرى، وبالخصوص عقود الصفقات العمومية، يجب تقييم العروض في إطار تطبيقات صارمة لمبدأ حرمة العروض(البند الثاني). وبالتالي، فإن حدود ومجالات تطبيقات مبدأ حرمة العروض وفي ظل احترام مبادئ الصفقات العمومية. لاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تختلف بالنسبة لتنظيم الطلب على المنافسة، ولا تطبق بشكل موحد. ولكنها تختلف باختلاف طبيعة العقد المبرم من طرف الإدارة و الغرض منه(البند الثالث).

¹ المادة 54 فقرة 2، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة و متناسبة مع مداها."

² كما يمكنها القانون من تعيين لجنة تحت إشراف المصلحة المتعاقدة، بهدف إجراء مفاوضات في إطار احترام مبادئ الصفقات العمومية، لاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. على أن تتوج هذه المفاوضات ضمن محضر. أنظر، المادة 52 فقرة 06، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

البند الأول: إجراءات مرنة في تطبيق مبدأ حرمة العروض في إطار تفويض المرفق العام

إن تقرير منح تفويض المرفق العام هو ترجمة لإرادة الشخص العام المسؤول عن المرفق العام، والذي يتمتع بحرية واسعة في إطار إجراءات قانونية أوجدها المشرع، من خلال قابلية المرفق العام للتفويض، ومن جهة أخرى حسن اختيار وانتقاء أفضل العروض لتسيير المرفق العام من قبل المفوض له.¹

وفي هذا الإطار، تنص المادة 150 فقرة 02 من قانون البلدية: "ويمكن تسيير هذه المصالح مباشرة في شكل استغلال مباشر أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض". وتضيف المادة 156 من قانون البلدية أيضا: "يمكن البلدية أن تفوض تسيير المصالح العمومية المنصوص عليها في المادة 149 أعلاه عن طريق عقد برنامج أو صفقة طلبية طبقا لأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها".

وتنظم نصوص المرسوم الرئاسي 15-247، والمرسوم التنفيذي 18-199 إجراءات تفويض المرفق العام عن كثب. وفي هذا الصدد، نستقرء تمتع السلطة المفوضة بهامش كبير من المناورة في إجراءات التفويض، ولها حرية اختيار المفوض له المستقبلي.

ويتجلى هامش المرونة خاصة في مرحلة التفاوض، طبقا للمادة 35 والمادة 36 من المرسوم التنفيذي 18-199، عن طريق دعوة المرشح أو المرشحين المقبولين والمؤهلين، كتابيا كل على حدى، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية وفي الأخير تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة المرشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أحسن عرض.

وبالتالي، وما يتم تسجيله من خلال المواد المذكورة أعلاه عدم وجود قاعدة خاصة تحكم الترتيبات الخاصة بتنظيم المفاوضات من قبل السلطة المفوضة، كما أنها ليست ملزمة بشكل خاص بوضع جدول زمني أولي للمفاوضات، أو تحديد خيارها في مواصلة أو عدم مواصلة المفاوضات مع المرشح أو المرشحين المقبولين والمؤهلين.

¹ صالح زمال، المقال السابق، ص 496.

إلا أن هذه الحرية الممنوحة للسلطة المفوضة في مرحلة التفاوض، لا تحرر السلطة المفوضة من احترام المبادئ الأساسية للصفقات العمومية والمنصوص عليها ضمن المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، ولا سيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. لذلك لا يمكن توقع أن السلطة المفوضة تُعفى فجأة من شروط المنافسة الأكثر صرامة، والتي تقلت من احترام وتطبيق مبدأ حرمة العروض والنتائج من مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

لذلك، يجب على السلطة المفوضة التأكد من أن إجراءات الإبرام المشار إليها في القسم الثالث ضمن المرسوم التنفيذي 18-199، تتم في إطار المساواة، خاصة خلال مرحلة التفاوض.

وبالتالي، فإن إجراءات التفاوض يجب أن لا تقلت من تطبيقات مبدأ حرمة العروض، بحيث يجب على السلطة المفوضة أن تتأكد عن طريق شروط، وإجراءات التفاوض، مع إلزامية إتاحتها لجميع المرشحين بشكل متساوي في سياق مفاوضات. عن طريق إرسال المعلومات المتعلقة بالإجراء والعقد المستقبلي إلى جميع المرشحين بموجب شروط المساواة الدقيقة.

وعلى النقيض من إجراءات طلب العروض، لا تكون السلطة المفوضة ملزمة بشدة بوثائق المفاوضات. ونتيجة لذلك، قد تجري تغييرات في المرحلة الأخيرة أثناء مرحلة التفاوض. ومع ذلك، يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض،¹ شريطة أن لا تؤثر هذه التغييرات اقتصاد العقد ولا تهدف إلى استفادة مرشح من بين المرشحين إلى امتيازات غير مبررة.

¹ المادة 40، المرسوم التنفيذي رقم 18-199: "تتفاوض لجنة اختيار وانتقاء العروض مع المترشحين المقبولين المعنيين، في حدود

ما يسمح به دفتر الشروط، لا سيما على ما يأتي:

- مدة تفويض المرفق العام، عند الاقتضاء،
- التعريفات أو الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام، أو التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعه السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض.

يمكن أن تتطرق المفاوضات كذلك إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط.

ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي من الأحوال، إلى موضوع التفويض."

كما لا ينبغي أن تساعد هذه المفاوضات، في توجيه المفاوضات في اتجاه أكثر ملاءمة لمرشح دون البقية، لأن ما يميز هذه المرحلة إمكانية تعديل المرشحين عروضهم أثناء التفاوض. وبشكل عام، يجب ألا تكون هذه التعديلات تشكل خرق لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين والمساس بمبدأ حرمة العروض. ومثال ذلك، في حالة ما إذا قررت السلطة المفوضة تمديد الموعد النهائي لتقديم العروض حسب ما جاء في المادة 35، من المرسوم التنفيذي 18-199: "تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية."

وعليه، يجب على السلطة المفوضة أن تجعل هذه المدة متاحة لجميع المرشحين وضمان ألا ينتج عنها انتهاك لمبدأ حرمة العروض طبقا لما ورد في المادة 36 فقرة 02، من المرسوم التنفيذي 18-199: "لا يمكن قبول الملفات الناقصة. غير أنه، يمكن للجنة أن تطلب، عند الاقتضاء، من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض، عن طريق السلطة المفوضة وفي أجل محدد."

وهكذا فإن تطبيق إجراءات مبدأ حرمة العروض يتيح للسلطة المفوضة إمكانية الإشراف على حسن سير إجراءات تفويض المرفق العام، حتى في غياب الدقة في نصوص المرسوم التنفيذي 18-199، لذلك وحتى ولو اقتصر عملية تأهيل المرشحين، إلى قبول مرشحين اثنين فقط، ففي مرحلة المفاوضات يمكن للسلطة المفوضة استدعاء واحد منهما لإجراء مرحلة التفاوض دون الآخر طبقا للمادة 35 من المرسوم التنفيذي 18-199.¹ والذي يعتبر موقف تميزي تجاه واحد منهم طبقا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وهو ما يؤكد حرية السلطة المفوضة في اختيار المرشحين خلال مرحلة التفاوض.

وبالتالي، فإن مبدأ حرمة العروض أو ما يصطلح عليه عدم المساس بالعروض. له وظيفة أساسية في هذه المرحلة والمتمثل في إيجاد التوازن بين الالتزام بقواعد المنافسة، والاعتراف للسلطة

¹ المادة 35: "تقوم لجنة اختيار وانتقاء العروض بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين، كتابيا، كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المعنية."

وتحرر اللجنة محضر مفاوضة وتقييم العروض خلال كل جلسة مفاوضة، يتضمن قائمة العروض المدروسة والمرتبة ترتيبيا تقضيليا.

تقترح اللجنة على مسؤول السلطة المفوضة، المترشح الذي يتم انتقاؤه وقدم أحسن عرض."

المفوضة بحرية اختيار المرشحين عندما يتعلق الأمر بإجراءات تفويض المرفق العام،¹ وتتجلى هذه الوظيفة أكثر وضوحاً في مرحلة التفاوض أين نجد النصوص القانونية التي تنظم هذه المرحلة تتميز بالغموض والمراوغة، وهذا الأمر غير متاح بالنسبة لبقية العقود المشار إليها في المرسوم الرئاسي 15-247.

ومع ذلك، وحتى لا تقع السلطة المفوضة في الشكالية المفرطة، يقر المشرع إمكانية الاحتفاظ بهامش معين من المناورة. وبالتالي، فإن هذه الأخيرة ليست ملزمة بالتفاوض حتى النهاية مع كل مرشح.

ونتيجة لذلك، يمكن للسلطة المفوضة أن تختار بحرية المرشحين الذين تجري معهم المفاوضات، دون أن يكون ذلك انتهاكاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

البند الثاني: إجراءات صارمة في تطبيق مبدأ حرمة العروض في إطار إبرام الصفقات العمومية

الدعوة لتقديم الطلبات، هو الإجراء الذي يتم فيه تقييم العروض بأكثر صرامة، خاصة بالنسبة للصفقات التي يتجاوز معيارها المالي الحد المنصوص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247،² وبالتالي لا يترك المشرع في هذا الإجراء مجالاً للمناورة للمصلحة المتعاقدة في إجراء الدعوة للمنافسة، ولا للمرشحين في تعديل عروضهم. وبالتالي، فإن أي سلوك لا يخضع لشروط التفاوض المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية قد يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين المرشحين، والمساس بحرمة العروض.

وعليه وفي سياق الإجراءات القانونية، وتجسيدا لما أتى به المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أنه من النادر أن تنتهك المصلحة المتعاقدة مبدأ حرمة العروض، لأن هذا الأخير مؤطر بقوة من النصوص ولا يترك مجالاً للمناورة للمصلحة المتعاقدة في إجراء تقييم العروض. ابتداء من تاريخ صلاحية العروض،³ وصولاً إلى أجل صلاحية العروض أو الأسعار،⁴ والتي تنتهي إلى اختيار

¹ STANISLAS FRANÇOIS, OP, cit, p 9.

² المادة 13، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ المادة 62، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ المادة 64، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

المتعامل المتعاقد. للإشارة هذه القواعد تطبق على كل من المرشحين والمصلحة المتعاقدة، والتي لا يوجد لديها إمكانية لتعديل العروض المودع لديها.

بالإضافة إلى ذلك، قد يؤدي انتهاك أحد هذه القواعد إلى إلغاء إجراءات منح الصفقة العمومية مع إمكانية المتابعة القضائية في حالة توفر أركان الجرائم المنصوص عليها في التشريع الجزائري لاسيما قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.¹

وعلى هذا الأساس، يمنع المشرع أي إجراءات تفاوضية في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد، لأن هذه الإجراءات من شأنها أن تفضي إلى حدوث سلوك تمييزي من جانب السلطة المتعاقدة لصالح مرشح دون البقية. علاوة على ذلك، وفي إطار الطلبات العمومية، فإن تقديم أي عرض يجعل من المستحيل القيام بتعديله اللاحق أو السحب منه، إما بمبادرة من السلطة المتعاقدة أو من طرف المرشح نفسه. وهو ما يصطلح عليه مبدأ ثبات ووضوح العرض.

وبالتالي، فإن احترام هذا المبدأ ضروري بقدر ما يجعل من الممكن تحديد فترة يتم فيها تثبيت محتوى العروض، حتى تتمكن المصلحة المتعاقدة وتكون قادرة على فحص جميع العروض ومقارنتها فيما بينها.²

كما ينص هذا المبدأ إمكانية منح العقد بموجب شروط صارمة، طبقاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين الذين يقدمون عروضهم مع مراعاة خصائص العقد وشروط المصلحة المتعاقدة، وبالتالي، فإن هذا المبدأ وبالموازاة مع مبدأ المساواة يخلق جو من الموازنة أو ما يصطلح عليه تقييم العروض بين الحاجة التي تعبر عنها السلطة المتعاقدة والعرض الذي قدمه المرشح.³

وفي هذا السياق، وفي غياب إجراءات التفاوض بالنسبة لعقود الصفقات العمومية، وجب على المرشح تقديم عرض يتوافق بدقة مع حاجات المصلحة المتعاقدة والمعلن عنها في دفتر

¹ أنظر الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 06-01، بتاريخ، 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر. 14، بتاريخ 08 مارس 2006). المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15، بتاريخ 2 غشت 2011، (ج.ر. رقم 44، المؤرخة في 10 غشت 2011).

² المادة 66، المرسوم الرئاسي رقم 15-247: "يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعترزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها."

³ LAURENT CHOMARD, op, cit, p 18.

الشروط، وليس عليه الكشف عن التناقضات أو الحكم عن هذه الحاجات المعبر عنها من طرف المصلحة المتعاقدة. حتى ولو كان هذا الحكم أو الكشف عن التناقضات ضئيلاً، لأن مثل هذا الإجراء يؤدي إلى رفض العرض من طرف لجنة فتح وتقييم العروض.¹

وعليه فإجراءات مبدأ حرمة العروض، هي المثال الواضح على الصلابة القانونية التي يحضى بها مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، في إطار منح الصفقات العمومية. إلا أن هذه الإجراءات المتعلقة بمبدأ حرمة العروض قد تخضع لبعض المرونة، طبقاً لما ورد في المادة 68، المرسوم الرئاسي 15-247: "يمكن المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعهدين تدعيم عروضهم بعينات أو نماذج أو تصاميم عندما تستدعي مقارنة العروض فيما بينها ذلك. ويجب أن ينص دفتر الشروط على كيفية تقديمها وتقييمها وإرجاعها عند الاقتضاء."

البند الثالث: حدود ومجالات تطبيق مبدأ حرمة العروض

من خلال نص المادة 40 فقرة 1، من المرسوم الرئاسي 15-247: "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 الإجراء."

وكذلك المادة 46، من المرسوم الرئاسي 15-247: "....

- يجب أن لا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات والتفضيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية.
- تكون الأجوبة المكتوبة للمرشحين على طلبات التوضيحات أو التفصيلات ومحتوى محاضر الاجتماعات جزء لا يتجزأ من عروضهم."

من خلال المادة 40 والمادة 46، المذكورة أعلاه يتضح لنا جلياً أن المشرع أحاط مبدأ حرمة العروض بقداسة قانونية. لم يترك من خلالها للمصلحة المتعاقدة أي مجالاً للمناورة. وبهذا المعنى يتمثل مبدأ حرمة العروض في عدم المساس بمحتوى العروض، ولا يمكن أن يكون محل تعديل أو

¹ STANISLAS FRANÇOIS, OP, cit, p 15.

تصحيح، سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو المرشح، سدا لأي ذريعة في التلاعب بالمال العام، أو محاولة في الزيادة غير المبررة في سعر الصفقة، وضمانا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وبالتالي:

- لا يمكن تعديل أو تصحيح العرض المودع لدى المصلحة المتعاقدة إلا بما يسمح به القانون.
- منع اللجوء إلى أي ممارسة من شأنها تعديل أو تصحيح العرض مهما كانت الدوافع والأسباب المحيطة بذلك.
- الالتزام المفروض على المصلحة المتعاقدة والمتمثل في ضمان نجاعة الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام. ضمن تجسيد مبادئ الصفقات العمومية.

تقليديا، هناك استثناء لمبدأ حرمة العروض والذي يتمثل في تصحيح الخطأ المادي فقط، بقدر ما لا يعمل على تصحيح أو تعديل سعر العقد أو تعديل العرض بصفة عامة.¹

ومع ذلك وفي الآونة الأخيرة، اعترف مجلس الدولة الفرنسي، من خلال قراره في 21 سبتمبر 2011، إمكانية تصحيح خطأ مادي بحيث يؤثر على سعر الوحدة. موضحا في ذلك المعنى المقصود في المادة I-59 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي.²

وملخص هذا القرار، تتمثل في نزاع بين تجمع مؤسسة PARENAGE / SADE / SEGEX، وإدارة مقاطعة HAUTS-DE-SEINE حيث قامت هذه الأخيرة بإعلان عن مناقصة مع أوامر الشراء للأعمال العاجلة المتعلقة بأعمال شبكة الصرف الصحي بالإدارات. وفي سياق تحليل العروض، وجدت الإدارة أن السعر المتضمن ضمن رقم 903 من بين قائمة أسعار الوحدات يبدو منخفضاً بشكل غير طبيعي، والمتعلق بعرض تجمع مؤسسة PARENAGE / SADE / SEGEX. وفي هذا الشأن طلبت الإدارة من المتعهد تقديم توضيحات وتفصيلات. وعليه أجابة مؤسسة PARENAGE / SADE /

¹ بالنسبة للأخطاء المادية الواردة في المبلغ النهائي للعرض، والناجمة عن خطأ في الحساب، أو المبلغ النهائي للعرض الموقوف بالأحرف غير موافق للمبلغ بالأرقام. يكون التصحيح أمراً ممكناً، لأن سعر دائماً لا يتأثر. أما بالنسبة للخطأ في أسعار قائمة الوحدات فيعد التصحيح مستحيلاً، لأن مبلغ النهائي للعرض سيكون ناتجاً من جمع أسعار الوحدات.

² Article 59-I: "I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre." Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

SEGEX بأن هذا السعر المدرج ضمن قائمة الأسعار تم إدراجه بالخطأ وعليه فإن السعر الصحيح هو 220 يورو بدل 22 يورو.

وبناءً على هذا التوضيح، قررت إدارة شركة HAUTS-DE-SEINE رفض عرض مجموعة مؤسسة PARENGE / SADE / SEGEX على أساس أنه بعد تعديل أحد أسعار الوحدة فإنه يؤثر في السعر الإجمالي للعرض، وبذلك فإن التجمع لم يحترم مبدأ حرمة العرض الناتج عن المادة 59-1 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي. وهو نفس القرار الصادر من طرف المحكمة الإدارية لـ .CERGY-PONTOISE

بعدها تم الاستئناف على مستوى مجلس الدولة الفرنسي والذي أصدر قرار يعتبر فيه أن القرار الصادر برفض عرض مؤسسة PARENGE / SADE / SEGEX غير قانوني لأن هذا الإلغاء يشكل من جانب الإدارة، خرقاً لالتزاماتها المتعلقة بالدعاية والمنافسة.¹ وبالتالي، فإن قرار مجلس الدولة الفرنسي يعطي المزيد من المعلومات حول طبيعة العرض الذي ينطبق عليه مبدأ حرمة العروض أو عدم المساس بالعروض. باعتبار أن العرض المقترح غير صحيح بشكل واضح، فإن مبدأ عدم المساس بالعرض ما زال في الواقع مطلقاً. ومن ناحية أخرى، فإن العرض الذي أفسده خطأ مادي بحت هو عرضة للتصحيح وليس التعديل.²

وبالتالي، فإن مجلس الدولة الفرنسي أستند على الوقائع الموضوعية للقضية بهدف تحديد وجود أو عدم وجود خطأ مادي على أساس المؤشرات التالية:

- سعر الوحدة رقم 903 منخفض بشكل غير طبيعي والخاص بالنقل والإمداد في مركز تخزين ومعالجة النفايات الخطرة.
- استحالة أحد الأطراف أو الأطراف الأخرى، ولاسيما المصلحة المتعاقدة من الإعتماد بحسن نية على السعر غير المصحح.
- السهو في تحديد السعر الوحدوي رقم 903 من طرف تجمع مؤسسة PARENGE / SADE / SEGEX، يعد من قبيل الأخطاء المادية.

¹ Conseil d'État, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 21/09/2011, 349149, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr, Date de visite, 01/12/2018.

² Ibid.

وهكذا خلص مجلس الدولة الفرنسي في وجود خطأ فادح مؤهل لأن يكون ضمن الأخطاء المادية، بحيث لا يمكن للمصلحة المتعاقدة إلغاء عرض تجمع المؤسسة المقدم بعد تصحيح السعر دون تجاهل التزاماتها بالمساواة في معاملة المرشحين.

ومن جهة أخرى، يتميز قرار مجلس الدولة الفرنسي بميزة مزدوجة تتمثل في الاعتراف لمقدمي العروض بالحق المشروع في الخطأ وإمكانية تصحيحه في مرحلة تقييم العروض دون المساس بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، مع وضع قواعد دقيقة لمراجعة من قبل لجنة تقييم العروض للحيلولة من الأخطاء المادية المحتملة.

وعليه، ومن خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي نستخلص شروط تطبيق تصحيح العروض، تحت إطار تطبيق مبدأ حرمة العروض كالتالي:¹

1. يجب أن يكون هناك خطأ مادي محض من جانب المرشح والذي يندرج ضمن التناقضات والأخطاء الشائعة بين تحديد السعر بالأرقام والأحرف.
2. يجب أن يكون هذا الخطأ ذا طبيعة لا يمكن لأحد الأطراف أن يعتمد عليه بحسن نية لتنفيذ العقد. لو أن المرشح منح له العقد.

المطلب الثاني: آثار تطبيق مبدأ المساواة على مستوى القضاء الإستعجالي قبل التعاقد

يجب التمييز بين منازعات الصفقات العمومية التي تطرح على مستوى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، ومنازعات الصفقات العمومية التي تقع ضمن اختصاص دعوى القضاء الكامل. فهذه الأخيرة تشمل كل القرارات التي تصاحب عملية تنفيذ الصفقة العمومية والمتعلقة إما بتنفيذها أو تعديل البنود العقد أثناء التنفيذ، أو نهاية الصفقة العمومية، وبالتالي فهي تدخل ضمن نطاق دعوى القضاء الكامل.²

¹ Conseil d'État, op, cit.

² والذي صدر بشأنه العديد من الأحكام القانونية والصادرة إما ببطان العقد أو الصفقة العمومية أو المتعلقة بالتعويض عن الأضرار، أو المتعلقة بعقوبات التأخير، وغيرها من المنازعات التي قد تثار ببطان العقود والدعوى المتعلقة بالحصول على المبالغ المالية إما مستحقات مالية أو تعويضات.

أما القرارات الممهدة لعملية إبرام الصفقات العمومية واختيار المتعامل المتعاقد والقرارات الصادرة بالإبرام،¹ وهي المراحل التي يُوَظَرها مبدأ المساواة بدءاً من مرحلة الترشح وتنتهي بمرحلة توقيع الصفقة بعد اعتمادها من الهيئات المختصة، فإن جل القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة في هاته المرحلة تشكل مجالاً للطعن بالإلغاء باعتبارها قرارات قابلة للانفصال.

وفي هذا السياق، فإن وظائف مبادئ الصفقات العمومية، والتي يتمثل هدفها الأساسي في الحفاظ على مشروعية إجراءات عملية إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية على حساب الحفاظ على العقد.

وبالتالي، فإن الآثار المترتبة على التطبيق الجيد لوظائف مبادئ الصفقات العمومية وبالخصوص مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تتجلى في القضاء الإستعجالي قبل التعاقد (الفرع الأول)، ولكنها تتضاءل في دعوى القضاء الكامل، ولتوضيح ذلك يجب التطرق لتحديد نوع المخالفات التي تقوم بانتهاك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وتؤدي بالتالي للطعن بالإلغاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقد وشروطه

يهدف نظام القضاء الإستعجالي قبل التعاقد، من تحقق القاضي الاستعجالي من مشروعية إجراءات إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية، ومعيار ذلك معاقبة كل سلوك مخالف لمبادئ الصفقات العمومية،² كما يهدف إلى تنفيذ مبادئ الصفقات العمومية، وضمان احترام القوانين المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بالإضافة إلى التشريع المعمول به قانون النظام العام. وفي هذا الصدد، يكون للقضاء الاستعجالي غرض وقائي هو "العقوبة / التصحيح"، من خلال ضمان مشروعية الإجراء قبل توقيع العقد. وفي هذا الشأن يعد القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في فرنسا أكثر من ضرورة أساسية للاستقرار القانوني ومتطلبات العلاقات التعاقدية العادلة.³ ولتوضيح ما سبق نتطرق لمفهوم القضاء الإستعجالي في مجال الصفقات

¹ خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام جامعة قسنطينة، 2014، ص 173.

² عمراني مصطفى، المرجع السابق ص 160.

³ JEAN GOURDOU, PHILIPPE TERNEYRE, Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle?, AJDA 2014, p 2055.

العمومية (البند الأول) ثم إلى شروط الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية

إن التطرق إلى خصوصية الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية، يقتضي بادئ ذي بدء الإحاطة بمفهوم الإستعجالي قبل التعاقد. رغم نص المشرع الجزائري على الخصائص التي يقوم عليها تعريف القضاء الإستعجالي، في المواد 917 و 925 و 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،¹ إلا أنه قد أحجم عن وضع تعريف للقضاء الإستعجالي تاركا ذلك للفقهاء والقضاء.

وبهدف تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، يعرف الاستعجال على أنه: "الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه الذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصيرة مواعيده."²

ويعرف الإجراء الاستعجالي بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها، ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق".³ أما القضاء الإستعجالي فقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى بأنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت."⁴

¹ القانون رقم 08-09، بتاريخ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج ر 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008).

² تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 23 نوفمبر 2013، ص: 256.

³ خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 175.

⁴ محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن -آلية وقائية لحماية المال العام -، المداخلة السادسة عشر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013. ص 2.

وبالجمع بين المصطلحين يمكن تعريف القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية بأنه: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية مبادئ الصفقات العمومية بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة".¹

ولهذا السبب، تظن المشرع الجزائري إلى استدراك التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، ولعل أهم الأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين القضاء الاستعجالي قبل التعاقد تكمن فيما يلي:

1. تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض، فالخزينة العمومية باتت بوابة رئيسية لتمويل الصفقات العمومية.
2. الانتهاكات الخطيرة لمبادئ الصفقات العمومية خاصة في مرحلة فتح وتقييم العروض، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللامشروعية، وهو ما اثر سلبا على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن التقدم بطلباتهم من جهة ظنا منهم أنها لن تحظى بالقبول سلفا لأن معايير الاختيار تجافي قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن تركز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى.²
3. رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة والتطبيق الصارم لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين عند إبرام العقود الإدارية بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي، وذلك فضلا عن أن

¹ محمد فقير، المقال السابق، ص:4.

² سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المداخلة التاسعة عشر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د. يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة وناذرة حتى يطلب احد أطرافها إلغاءها أمام قاضي العقد، وهو ما أكده المفوض "روميو" في قضية « Martin » بقوله: "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية..."¹

4. تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطورا كبيرا في حماية مبادئ الصفقات العمومية أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي.²

البند الثاني: شروط الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية

لرفع الدعوى الإستعجالية لابد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يتطلب القانون توفرها في الدعوى الإستعجالية (أ) وشروطا خاصة تنفذ بها الدعوى الإستعجالية في الصفقة العمومية (ب).

أ. الشروط العامة لرفع الدعوى الإستعجالية

1. عنصر الإستعجال: يعتبر عنصر الإستعجال شرطا أساسيا في كل دعوى إستعجالية إدارية يجب توافره حتى ينعقد إختصاص القاضي الإداري الإستعجالي، ويعرف الفقه الإداري الاستعجال بأنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو انه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد."³

ويملك القاضي الفاصل في الدعوى وله سلطة تقدير في مدى وجود حالة الاستعجال من ظاهر الأوراق، ومن طبيعة الحق ذاته، ومن الظروف المحيطة بالدعوى. ففي حالة الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يتعين على القاضي الإداري التأكد من وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام الصفقة وبدء في تنفيذها.⁴

¹ سلوى بومقورة، المقال السابق، ص 7.

² محمد فقير، المقال السابق، ص 6.

³ سلوى بومقورة، المقال السابق، ص 8.

⁴ عمرانى مصطفى، المرجع السابق ص 162.

2. عدم المساس بأصل الحق: يشترط أما قضاء الاستعجال بالطبيعة أن لا يفصل في أصل الحق، ويقصد بذلك أن قضاء الاستعجال لما يتحرك ضد خطر داهم وسريع التغير فإن تحركه هذا يكون لأجل اتخاذ أمر قضائي وليس إصدار حكم يقضي بإلغاء القرار قصد إيقاف تنفيذه.¹ إذ يقتصر دور القاضي الاستعجالي على بحث الأمر الظاهر الذي يدل على احتمال وجود الحق أو عدم وجوده من خلال بحث المستندات المقدمة من الخصوم، وهو ما اشترطته المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "يأمر القاضي الاستعجالي بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق...".

3. شرط الجدية: يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هنالك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي فان لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة.² وترتبط جدية الطلب بمسألتين هما:

1.3 وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته: فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، فإنه لا محل لرفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانوناً.

2.3 يجب أن يتبين القاضي من خلال الوقائع ما من شأنه أن يعطي احتمالاً لوجود هذا الحق وهو ما تؤكد المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب"، فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة طبقاً للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب. الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقد

يقتضي بحث الشروط الخاصة العودة إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتجسد الشروط فيما يلي:

¹ تياب نادية، المرجع السابق، ص 257.

² سلوى بومقورة، المقال السابق، ص 12.

1. صفة المدعي: تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوماً أوسع وأشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في

القواعد العامة، فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون وهي كالتالي:

1.1 صفة اكتساب المدعي بحكم المصلحة: حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له مصلحة في

إبرام العقد، والذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات

إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة 946 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يستلزم مفهوم القابلية للضرر وجوب إثبات ضرر ناتج عن

الإخلال بقواعد المنافسة بل يكفي أن يملك المدعي فرصة للفوز بالصفقة فيما لو لم يرتكب هذا

الخرق.¹

2.1 اكتساب صفة المدعي بحكم القانون: يعد مكتسباً لهذه الصفة كل جهة رسمية أعطاها

القانون حق رفع الدعوى الاستعجالية حماية لشفافية الصفقة العمومية، وقد خولت المادة 946

في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، للوالي باعتباره ممثلاً للدولة على

مستوى الولاية حق إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا

أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية غير أن نص هذه المادة

يطرح العديد من الإشكاليات القانونية.²

2. وجود إخلال بالمبادئ العامة للصفقات العمومية نذكر أمثلة على سبيل المثال لا الحصر

فيما يخص انتهاكا للمبادئ العامة في مجال للصفقات العمومية:

- التعديل في نوعية المواد أو الخدمات.

- اختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب.

- المواصفات والخصوصيات التقنية.

¹ بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته

في الصفقات العمومية، جامعة الجبلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي: 24/25 أبريل 2013.

² إن كان الوالي حارساً لشفافية الصفقات العمومية المحلية فمن يحرس شفافية الصفقات التي تبرمها الهيئات المركزية المحددة

حصراً في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236 تقابلها المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247؛ فكأن المشرع

الجزائري يتجاهل وجود صفقات مركزية يجب ضمان مشروعيتها. كيف للوالي أن يعلم بالمخالفات الحاصلة في الصفقات

العمومية المحلية، في غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفية إبلاغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة؟ وهو النقد نفسه الذي

يواجهه نظام الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية في فرنسا بعد أن أثبت الواقع العملي عدم ميل المحافظين إلى استخدام هذه

الدعوى، نظراً لصعوبة علمهم بالمخالفات المرتكبة في المرحلة قبل التعاقدية. سلوى بومقورة، المقال السابق، ص 13.

- عدم التنفيذ الجيد للصفقة.

- الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد.¹

3. الأجل القانوني لرفع الدعوى: لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا أو مدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت في فقرتها الثانية على أن يتم الإخطار إذا أبرم العقد أو سيرم، وفي فقرتها الثالثة بأنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد." وهي تشبه إلى حد بعيد صيغة المادتين 1/551 و 2/551 من القانون الفرنسي، إذ تنص المادة الأولى: "على أن رئيس المحكمة الإدارية يمكن أن يثبت قبل إبرام العقد..." أما المادة الثانية فقد نصت على أنه: "لا يمكن للقاضي أن يثبت قبل إبرام العقد إلا ضمن الشروط المحددة فيما يلي..."²

ولعل أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية هي التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟³

¹ بالنسبة للمشرع الفرنسي، تم إنشاء على مستوى المحاكم الإدارية نظام قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد REFERE PRECONTRACTUEL الذي يجيز لغير الذي أصابه ضرر من جراء الإخلال بقواعد المنافسة إخطار قاضي الاستعجال قبل إبرام العقد من أجل فرض احترام مبادئ الشفافية والنزاهة في إطار المنافسة. بودالي محمد، المقال السابق.

² سلوى بومقورة، المقال السابق، ص 14.

³ غير أن القاضي الإداري الفرنسي ابتكر اجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 16-07-2007 في قضية «SOCIETE TROPIC TRAVAUX SIGNALISATION» والتي تتلخص وقائعها في أنه: "على إثر دعوة للمنافسة قبلت غرفة الصناعة والتجارة بـ PITRE A POINTE العرض الذي تقدمت به شركة «RUGOWAY» فرفعت شركة «TROPIC» باعتبارها مرشحة للصفقة -دعوى استعجالية تطلب فيها إلغاء القرارات التالية: قرار رفض عرضها، قرار منح الصفقة لـRUGOWAY، قرار إمضاء الصفقة، الصفقة ذاتها. بتاريخ 02-03-2006 رفض القاضي الإستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا مجال لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كليا. استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه: "يمكن للغير، المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية، لحقهم في مخاصمة العقد ذاته." إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو الإخلال بالعلانية والمنافسة، ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما:

1. إمكانية رفع الدعوى الإستعجالية في مجال العقود الإدارية والصفقات قبل أو بعد إبرام العقد، وهو ما يجعلنا نطالب المشرع الجزائري بتسمية الدعوى بـ: "شبه الإستعجالية في مجال العقود الإدارية" بدلا من الإستعجالية قبل التعاقدية.

الفرع الثاني: حالات الطعن بالإلغاء في القرارات التي يشملها مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

تصدر المصلحة المتعاقدة والراغبة في إبرام الصفقة العمومية، مجموعة من القرارات تكون تمهيدا وتحضيرا للصفقة العمومية. بحيث تلعب دورا حاسما في الوصول إلى الاختيار النهائي للمتعاقد، إلا أن هذه القرارات في بعض الحالات تكون غير مشروعة بانتهاك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، في المرحلة الأولى من إعداد الصفقة العمومية (البند الأول) أو خلال المرحلة الثانية من إبرام الصفقة العمومية (البند الثاني).

البند الأول: بالنسبة للمرحلة الأولى - إعداد الصفقة -

يعد من قبيل القرارات غير المشروعة في المرحلة الأولى والتي تنتهك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تحديد الحاجات لما لها علاقة غير مباشرة باختيار المتعاقد. وكذلك أثناء الإعلان عن الصفقة العمومية. وفي هذا الشأن، ألزم المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247، الجهة الإدارية القيام بعملية الإعلان، وذلك لإيصال العلم بالرغبة في التعاقد وهذا ضمانا لمبدأ حرية المنافسة وشفافية الإجراءات، فقد نص المشرع على كيفية الإعلان، وأين يتم وما هي بياناته وإجراءاته.¹ فإذا لم يتضمن الإعلان كل أو إحدى هاته البيانات أعتبر غير مشروع، الأمر الذي يجعله قابلا للطعن بالإلغاء.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد ميز مجلس الدولة الفرنسي بين غياب البيانات الجوهرية، والبيانات غير الجوهرية في الإعلان. فيعد طلب العروض أو المناقصة معيبة بعيب جوهري، إذا لم يراعي فيها مدة الإعلان، أو أن هناك نقص كبير في البيانات التي يحتويها الإعلان. لا كنها لا تعاب ولا تبطل إلا إذا كان في البيانات الواردة في الإعلان نقص بسيط غير جوهري.²

2. حق الغير في مخاصمة العقد ذاته، بعد أن كان الأمر حكرا على أطراف العقد. وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد

الإداري رأسا على عقب في سبيل ضمان مشروعية العقد. محمد فقير، المقال السابق، ص 13.

¹ المواد 61، 62، 65، المرسوم الرئاسي 15-247.

² عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2005، ص 294.

البند الثاني: بالنسبة للمرحلة الثانية - إبرام الصفقة العمومية -

تعد المرحلة الثانية من إبرام الصفقة العمومية المجال الخصب لانتهاك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، لأن هذا الأخير هو المبدأ المؤطر والمشرف على هذه المرحلة، والأكثر انتهاكا مقارنة بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية. والذي استنفذ جميع آثاره القانونية في المرحلة الأولى. سواء بالنسبة لقرار الإقصاء من المشاركة (أ) أو إقصاء عروض المرشحين (ب) أو بمناسبة إصدار قرار المنح المؤقت (ج).

أ. قرار الإقصاء من المشاركة

حدد المشرع الجزائري حالات الإقصاء من الصفقة العمومية، والذي يكون نهائيا أو مؤقتا حسب الحالة، وقد وردت 14 حالة إقصاء على سبيل الحصر في المرسوم الرئاسي 15-247، كما تولى القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015 تحديد كليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.¹ أما مجلس الدولة الفرنسي، فقد ذهب إلى إلغاء القرارات التي تقضي باستبعاد بعض المرشحين. لعدم مطابقة حالة الإستبعاد التي لجأت إليها المصلحة المتعاقدة، مع الحالات الواردة في دفتر الشروط.²

¹ تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر ضمانات اللجوء إلى القضاء المختص للمرشح المطعون، في نزاعه بموجب مقرر الإقصاء، طبقا للقرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكليات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية. الأمر الذي تغاضى عنه المشرع الجزائري في القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لكليات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، والذي ألغى القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011 السالف الذكر. نصت المادة 3 من القرار الوزاري المؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لكليات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية على أنه: "بإمكان المتعامل الإقتصادي المعني الطعن أمام المحكمة المختصة ضد المقرر المذكور في المادة 2 أعلاه."

² قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1914 / 7 / 1 في قضية JOUFFRET، بحيث حكم مجلس الدولة بإلغاء قرار الإستبعاد العام الصادر من الإدارة، لأن دفتر الشروط كان قد نص على الإستبعاد العام بسبب التقصير الجسيم وليس لسبب التقصير غير الجسيم غير الوارد في دفتر الشروط. أنظر، مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 511.

ب. قرار رفض وإقصاء عروض المرشحين

تصدر المصلحة المتعاقدة هذا القرار بناء على تحليل ودراسة العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بتحليل العروض ودراستها بهدف الوصول إلى العرض الأحسن من حيث المزايا الإقتصادية، فتقضي في هذه الحالة الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247، ومن أهم أسباب الرفض:

1. إذا لم يتبع العرض النموذج والطابع القانوني المقرر للصفقات العمومية ويتعلق الأمر برسالة التعهد والتصريح بالإكتتاب والتصريح بالترشح والتصريح بالنزاهة، ورسالة العرض والتصريح بالمناول.¹

2. إذا جاء العرض خارج الآجال المحددة في الإعلان عن الدعوة للمنافسة.

3. إذا كان العرض التقني والمالي غير مطابق للشروط التقنية والمالية الواردة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة.

4. إذا شكّل العرض أحد الحالات المنصوص عليها في نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247، والمتعلقة بالعرض المهيمن، والعرض المنخفض بصورة غير عادية، والعرض المبالغ فيه. وعليه لا يمكن للجنة أن تستبعد أي عرض طالما كان موافقاً للأوضاع القانونية ومطابق لدفتر الشروط، فقد ذهب المشرع الفرنسي أن الاستبعاد يكون فقط في حالة مخالفة العرض لدفتر الشروط مخالفة جوهريّة.²

ج. قرار المنح المؤقت

يعتبر قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية آخر الإجراءات التي تنتهي بها عملية اختيار المتعامل المتعاقد، وبهذا القرار تنتهي كذلك الآثار القانونية لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ليبقى مبدأ شفافية الإجراءات هو المبدأ الوحيد الذي يوطر المرحلة الثالثة من تنفيذ الصفقات العمومية. وبالتالي، يصدر هذا القرار من طرف المصلحة المتعاقدة بعد قيامها بعملية انتقاء

¹ انظر القرار الوزاري المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة والتصريح بالترشح والتصريح بالإكتتاب ورسالة العرض ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، السالف الذكر.

² مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 512.

العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية بناء على معايير الاختيار والمعلن عنها في دفتر الشروط الخاص بالصفقة العمومية. فيتم دراسة العروض التقنية وفي حالة مطابقتها للشروط والمواصفات الواردة في دفتر الشروط، يتم تأهيلها تقنيا بناء على نظام التقييم المعتمد من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، والأمر يتعلق بنظام التنقيط ونظام الترتيب التسلسلي للمعايير أو نظام الموازنة التي تعرضنا له في موضع سابق من هذه الدراسة، لتمكن هاته العروض المؤهلة تقنيا أصحابها إلى المرور إلى مرحلة التقييم المالي من خلال تقييم العروض المالية.

ومن هذا المنطلق، أحاط المشرع الجزائري إجراء المنح المؤقت بالعديد من الضوابط القانونية التي تضمن الشفافية في اختيار المتعامل المتعاقد، وعليه فإذا غابت هاته الضوابط، أولم يتم احترامها من جانب المصلحة المتعاقدة، اعتبر قرارها بالمنح المؤقت غير مشروع يقبل الطعن بالإلغاء بناء على نظرية القرارات القابلة للانفصال.¹

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الغلط البين في تقدير قرار العرض الأكثر ملاءمة والذي يتحقق عندما يكون المعيار المستخدم لا علاقة له بالعرض المختار، ففي هذه الحالة ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار المصلحة المتعاقدة باختيار أحد العروض باعتباره العرض الأكثر ملاءمة، مع استبعاد عرض شركة (S.A) مع أن عرض هذه الأخيرة متفوق ماليا وفنيا، وقد تم استبعاده نظرا لجهل الإدارة بالمعطيات الفنية للعرض.² أو عندما يصدر قرار اختيار العرض الأكثر ملاءمة دون مقارنة حقيقية بين العروض.³

¹ العماري سميرة، المرجع السابق، ص 307.

² مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص: 765.

³ عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص 310.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على إلغاء القرارات التي تخرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين

يجب على قاضي الاستعجال أن يكيف نطاق التدابير المنصوص عليها فيما يتعلق بطبيعة الخلل الذي يفسد الإجراءات الخاص بمنح العقد. ولذلك يجب أن يكون قرار القاضي يستجيب لمنطق الاعتدال والتناسب.¹ على ما هو ضروري للغاية لتصحيح الانتهاك، ويستند في ذلك للمراحل الزمنية التي تمر بها الصفقة العمومية على أساس الوظائف المحددة لمبادئ الصفقات العمومية.

وبالتالي، عندما تنتهك المصلحة المتعاقدة مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، يجب إلغاء الإجراء بالكامل، ويتم إلغاؤه جزئياً عندما يتم خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وعندما يتم انتهاك مبدأ شفافية الإجراءات يقع على عاتق قاضي الاستعجال إما الإلغاء الجزئي أو الكلي إذا كان الانتهاك يتعلق بهدف وضوح الإجراء، أو إذا كان الهدف هو التحقق من نزاهة الإجراء.²

ومن ثم، فإن التدابير التي يحظرها القاضي الاستعجالي تعتمد أيضاً على نطاق التسلسل الزمني لإثبات أوجه القصور التي يستشهد بها مقدم الدعوى. وعلى أساس هذا المنطق الزمني المتسلسل، من الممكن إنشاء كذلك تدرج زمني للجزاءات التي يتخذها القاضي الاستعجالي، وربط هذا التدرج الزمني للجزاءات على أساس الوظائف المرحلية المحددة لمبادئ الصفقات العمومية والذي سبق التطرق إليه في مباحث الباب الأول من هذه الدراسة.

وعلى هذا الأساس، عندما تنتهك المصلحة المتعاقدة مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية يجب إلغاء الإجراء بالكامل، وإعادة إجراءات الصفقة من جديد. ومن ناحية أخرى، يجب إلغاء الإجراء إما كلي إذا كان الهدف هو التحقق من نزاهة الإجراء، أو جزئي إذا كان يتعلق بهدف وضوح الإجراء، عندما يتم خرق مبدأ شفافية الإجراءات. أما فيما يتعلق بانتهاك مبدأ المساواة في

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op,cit, p 539.

² عندما تنتهك المصلحة المتعاقدة الوظيفة الاقتصادية المباشرة للصفقة العمومية فهي بذلك تشوه المنافسة، وتحول دون وصول المتعامل الاقتصادي إلى العطاءات التنافسية. وبالتالي يأمر القاضي الإدارة بإلغاء الصفقة كليا، والشروع في إجراءات جديدة من أجل السماح لجميع المرشحين المحتملين المهتمين بالعقد التقدم بطلب الدعوة للمنافسة. ومثال ذلك إلغاء الإجراء بأكمله إذا لم يتم إجراء أي إعلان أو أن اختيار الوسائط الإعلانية غير منظم، ففي هذه الحالة بعض المرشحين المحتملين لا يستطيعون الوصول إلى المعلومات. وبالتالي، لا يمكنهم ممارسة حريتهم في التقدم بطلب أو عدم التقدم بطلب لحصول على معلومات العقد. أنظر، STANISLAS FRANÇOIS, OP, cit, p 16

معاملة المرشحين-مجال الدراسة-، يتم إلغاء القرار جزئياً بدءاً من مرحلة المنافسة (البند الأول). أو إلغاء جزئي بدءاً من مرحلة فحص العروض (البند الثاني).

البند الأول: إلغاء جزئي بدءاً من مرحلة المنافسة

إن أي ممارسة من قبل المصلحة المتعاقدة، والتي تهدف إلى خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين سواء في المرحلة الأولى، أو في المرحلة الثانية من إعداد و/أو إبرام الصفقات العمومية. يتم إلغاء هذا الإجراء اعتباراً من المرحلة التي يتم فيها انتهاك لمبدأ المساواة. وبما أن مبدأ المساواة له امتداد خلال المرحلة الأولى، بحيث له وظائف مساعدة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية. وبالتالي ليس من المنطقي أن يلغى قاضي الاستعجال قبل التعاقد إجراء منح الصفقة بأكمله. في حين أن المخالفات المرتكبة من قبل المصلحة المتعاقدة، تتعلق فقط بالمرشحين الفعليين، أي المرشحين الذين قاموا بالفعل بالوصول إلى الدعوة للمنافسة.

وفي هذا الصدد، من المرجح أن يتضرر المرشحون الفعليين فقط بسبب خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين خلال مرحلة التنافس.¹ وبالتالي، لا يمكن أن يكون للمرشحين المحتملين أي مصلحة في التصرف عندما لا تتعلق المخالفة التي ارتكبت خلال المرحلة الثانية من النظام العام بمبدأ حرية الوصول إلى الدعوة للمنافسة.

لهذه الأسباب، لا يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر المصلحة المتعاقدة استئناف الإجراء ككل في حالات التعدي على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.²

ومن خلال هذا المنطلق، يمكن لقاضي الاستعجال قبل التعاقد، إلغاء جميع القرارات التمييزية والتي ترتكبها المصلحة المتعاقدة خلال المرحلة الأولى من إبرام الصفقات العمومية. والتي تعمل على خرق مبدأ المساواة بين المرشحين.

¹ GREGORY KALFLECHE, op. cit, p 650.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 548.

وفي نفس السياق، عندما ترفض المصلحة المتعاقدة عرض ملف مرشح بشكل خاطئ، يقع على عاتق قاضي الاستعجال قبل التعاقد، إلغاء قرار الرفض ويطلب من المصلحة المتعاقدة استئناف الإجراء وإعادة العرض إلى المنافسة من جديد.

أما بالنسبة لمرحلة التفاوض، يبحث القاضي الاستعجالي على الممارسات المخلة بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وفي حالة حدوث أي انتهاك لمبدأ المساواة، يأمر القاضي بإلغاء جزئي للقرار طبقاً لنظرية القرارات القابلة للانفصال. دون إلغاء الصفقة بالكامل، وبالتالي تستأنف المصلحة المتعاقدة الإجراء في هذه المرحلة، أي بعد تأهيل المرشحين وقبل اختيار العروض.¹

البند الثاني: إلغاء جزئي بدءاً من مرحلة فحص العروض

يعبر عن مرحلة فحص العروض زمنياً، المرحلة التي تبدأ من نهاية مرحلة الإعلان عن الصفقة، إلى غاية بداية مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت. وهي المرحلة التي يعمل على تأطيرها كل من مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ومبدأ شفافية الإجراءات. وبالتالي بالنسبة لمرحلة فحص العروض. يعمل القاضي الاستعجالي، بإلغاء القرارات المخالفة والتي ارتكبت خلال تحليل العروض، والتي يكون لها أثر خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين الفعليين، شريطة أن يحدث هذا الإجراء ضرراً أو قد يلحق ضرراً بمقدم الطلب. وفي هذا الصدد، لا يتم تحديد السوابق القضائية المتعلقة بنطاق التدابير التي يحددها القاضي الاستعجالي بوضوح. في بعض الحالات، يتم إلغاء الإجراء فقط بعد فحص العروض.²

هذا هو الحال عندما ترفض المصلحة المتعاقدة عرضاً غير منتظم، ليس لأنه لا يوافق بنود دفتر الشروط. وإنما يتم الرفض لأسباب غير مبررة، أو تطبيق معايير اختيار العروض بشكل تمييزي. يجعل كل من هذه الإجراءات وغيرها خرقاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

وفي حالات أخرى، وعلى الرغم من المخالفة التي تصدر من المصلحة المتعاقدة، والمتعلقة بخرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، يتم إلغاء الصفقة ككل.³ ومثال ذلك، تتم هذه الحالة

¹ GREGORY KALFLECHE, op. cit, p 652.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op. cit, p 550.

³ Ibid, p 552.

عند تجاوز المصلحة المتعاقدة معايير انتقاء العروض. أو تأخذ بعين الاعتبار معياراً غير منصوص عليه في دفتر الشروط. أو عندما تختار عرضاً لا يفي بمتطلبات الصفقة العمومية، والمتمثلة في نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

وعليه فإن التحليل المقدم، يجعل من الممكن إطلاق شرعية تضيي على الإلغاء الجزئي في بعض الحالات، كما يضيي الشرعية للإلغاء الكامل في بعض الحالات أخرى. وفي الواقع، فإن طبيعة ومدى المخالفات المرتكبة ضد مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. هي من تبرر الفرق الملحوظ في معاملتها.¹

وعليه، لا يوجد منطوق في أن يلغي القاضي إجراء منح الصفقة بأكمله، عندما يكون الانتهاك المزعوم قائماً على خرق مبدأ المساواة في اختيار العروض. لأن في هذه الحالة، من المرجح أن يتضرر المرشحون الفعليين الذين تم قبولهم في تقديم العرض، بسبب المخالفات التي يتم التذرع بها. وعلى هذا الأساس لا يشارك المرشحون المحتملون في هذه المرحلة من الإجراء، إلا إذا كان الانتهاك يتعلق بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

ولذلك، فإن إلغاء الإجراء بأكمله ليس ضرورياً لاستعادة قانونية وشرعية إجراءات الطلب العمومي. بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الإجراء يثقل ويبطئ إجراءات منح الصفقة العمومية، وبالتالي يقلل من فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام.

وفي الأخير نجد أن، الوظيفة الوقائية لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين تنص على إلغاء الإجراء فقط من فحص العروض. وبالتالي، فإن المخالفات التي تقع في مرحلة فحص العروض والتي تؤثر فقط على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تتطلب إلغاء الإجراء فقط من مرحلة اختيار العروض.

¹ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 553.

من خلال ما تقدم، يمثل الاعتراف بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، هو تمتعها بالقوة الدستورية وبالتالي تكسب قوة قانونية ملزمة بالنسبة للمصلحة المتعاقدة و/أو المتعامل الاقتصادي. لكن في المقابل لا يكفي لضمان تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية الاعتراف الرسمي بها والنص عليها، بل يتعين التصدي للإشكاليات التي تثيرها هذه الوظائف كون المساواة أمام القانون لا جدال فيها. فإن المساواة في الحقوق والواجبات تثير إشكالات وصعوبات تفسيرية متنوعة، فهذا الوجه من المساواة ليس حقا مطلقا. ومن هذا المنطلق تدخل المشرع الجزائري على غرار باقي المشرعين بهدف خرق مبدأ المساواة، وقد وفق إلى حد كبير لإعتبار أنه استند في مجال خرق مبدأ المساواة إلى ضمانات وشروط، بهدف تحقيق المساواة الفعلية، وتحقيق الفاعلية المطلوبة منه في الوصول إلى المساواة بين جميع المرشحين، وضمان حقوق الفئات المهمشة والأقل حظا. ومن جهة أخرى ضمان التنمية الاجتماعية والاقتصادية محليا ووطنيا، بالإضافة إلى الحفاظ على خصوصيات الدولة وأمنها.

وفي إطار مجال البحث، يجب أن ننوه بأن الاجتهادات القضائية في هذا الشأن قليلة جدا سواء على مستوى القضاء العادي أو الإداري، وبالخصوص المجلس الدستوري لأنه مجال اختصاصه.

وفي سياق تطبيق آثار مبدأ المساواة بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية. وعلى وجه الخصوص، تعديل البنود التعاقدية وكذا إلغاء القرارات التي تخرق مبدأ المساواة فإن المفهوم الزمني لوظائف مبدأ المساواة يجعل من الممكن تحديد حالات الطعن بالإلغاء التي يشملها مبدأ المساواة في جميع مراحل تنفيذه. ويستند هذا المفهوم من خلال تحديد طبيعة بعض المخالفات طالما أن وظائف مبادئ الصفقات العمومية ولاسيما مبدأ المساواة تعمل على الحفاظ على العقد.

وبالتالي، وفي سياق المنازعات التعاقدية والتي يكون أساسها خرق مبدأ المساواة إما إلغاء جزئي للصفقة بدءا من مرحلة المنافسة أو من مرحلة فحص العروض، وفي حالات نادرة يتم إلغاء الصفقة ككل بمناسبة خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

ينفذ الطلب العمومي عن طريق الدولة، في شكل اعتمادات مالية مدرجة في ميزانية الدولة من طرف هيئاتها العامة أو المستقلة، وذلك عندما تكون هذه الحاجات ممولة كلياً أو جزئياً من المال العام. وبهذا المفهوم، يستمد الطلب العمومي أساسه القانوني من عدة مبادئ، ترمي إلى تحقيق هدف مزدوج ضمن تسيير عقلاني للمال العام، وضمان منافسة فعلية بين المرشحين. هذه المبادئ لا تسعى إلى الحكم على مدى شرعية وملائمة النفقات المنجزة، حيث يبقى هذا المجال من ضمن السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة. ولكن تهدف لتنفيذ الطلب العمومي ضمن إطار محدد يضمن المنافسة النزيفة. وانطلاقاً من المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي ينص من خلالها المشرع بتبني مبادئ ذات قيمة دستورية، وذات طبيعة تقنية رصدت لأجل ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. إلا أن الدراسات القانونية والبحوث العلمية لم تتناول هذه المبادئ بما يتناسب أهدافها.

وللتذكير، فقد سبق وأن تطرقنا في المباحث السابقة لوظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، هذه الوظائف، بالإضافة لوظائف المبادئ الأخرى حسب النتائج المتوصل إليها رصدت لتعزيز فعالية الطلبات العمومية. وبهدف توضيح الفرق بين إشكالية نجاعة الطلبات العمومية وفعالية الطلبات العمومية نخصص (المبحث الأول) لدراسة المشاريع العمومية المشمولة بتطبيق قانون الصفقات العمومية. خاصة وأن تجسيد هذه المشاريع مرتبط بالسياسة العامة للدولة. بالإضافة لكونها تتقاطع مع مبدأ المساواة خاصة فيما يتعلق بتوزيع الأعباء العامة. ومن جهة أخرى، من حيث صعوبة وعراقيل تنفيذ هذه المشاريع.

كما أن لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين وظيفة أساسية أخرى تتمثل في حماية المال العام، خلال المراحل التي يشرف عليها المبدأ، وبالأخص ضمن المرحلة الثانية، وذلك من خلال حظر أي سلوك يمس بنزاهة الموظف العمومي، عن طريق منع أي تعارض للمصالح، بالإضافة للوقاية من أي سلوك يؤدي إلى جريمة منح امتيازات غير مبررة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تعزيز فعالية الطلبات العمومية

الطلب العمومي هو مصطلح يتعلق بمجموع العقود المبرمة من طرف الهيئات العمومية لتلبية حاجاتها، وذلك من خلال الاستعانة بمصادر خارجية لتجسيد هذا الطلب العمومي، إما عن طريق الصفقات العمومية وتسمى هنا بالمصلحة المتعاقدة، أو عن طريق تفويضات المرفق العام وتسمى بالمصلحة المفوضة، أو عن طريق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وتسمى بالسلطة العامة.

وبالتالي يمكن أن تخضع طلبات الهيئات العمومية للدولة لقانون الصفقات العمومية ويمكن أن تعفى من تطبيق أحكامه أو بعض منها. من خلال تجسيد هذا الطلب العمومية والمتمثل في تلبية احتياجات الأشغال أو اللوازم أو الخدمات أو الدراسات. الأمر الذي قد يحدث آثار إيجابية أو سلبية بالنسبة لنجاعة الطلبات العمومية. ومن هذا المنطلق، يكشف هذا المبحث من هذه المذكرة للبحث في آليات تعزيز نجاعة الطلبات العمومية عند تجسيد هذه الطلبات العمومية وتنفيذها عن طريق الصفقات العمومية من خلال التجسيد الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية، وبالخصوص مبدأ المساواة مجال الدراسة.

ومن أجل بلوغ النجاعة المرجوة من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار تجسيد حاجاتها، نتطرق لتحديد المشاريع العمومية المشمولة بتطبيق قانون الصفقات العمومية سواء تعلقت هذه المشاريع بالعرض أو الهدف من إنجازها، أو مدى ارتباطها بالمال العام أو من خلال آليات تسيرها (المطلب الأول).

ونظرا لأهمية مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية كما سبق الإشارة إليه في المباحث السابقة، يضمن هذا الأخير كذلك تحقيق مطلب التوزيع العادل للأعباء العامة، وتجسيد الاعتبارات الاجتماعية والدوافع الإستراتيجية. إلا أن هذا الهدف الذي يطمح المشرع إليه من خلال مبدأ المساواة وبقية المبادئ الأخرى، يعترضه صعوبات عملية. يمكن تلخيصها في المراحل الأولى للصفقات العمومية والمتمثلة في ضعف الجدوى الاقتصادية والمعبر عنها بتحديد حاجات

المصلحة المتعاقدة وصولاً إلى انتشار الفساد المالي والإداري في بقية المراحل الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجالات تطبيق قانون الصفقات العمومية

يهدف تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية وفقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247¹ واستناداً للجدل القائم حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها سواء المؤسسات العمومية أو غيرها. نحاول من خلال هذا المطلب تحديد مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، إنطلاقاً من دراسة أشكال ونماذج المشروعات العامة، والتي من خلالها نحدد المشاريع المشمولة بالمرسوم الرئاسي 15-247 (الفرع الأول). ونظراً لأهمية المصطلحات في المجال القانوني بصفة عامة، وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة. لذا ندعو المشرع باعتماد مصطلح فعالية الطلبات العمومية بدل نجاعة الطلبات العمومية الوارد ذكرها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247. وفي هذا الشأن نتطرق كذلك إلى تصنيف المشاريع العمومية حسب تسيرها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: أشكال ونماذج المشروعات العامة

تعددت الدراسات التي تناولت تصنيفات المشاريع العامة حسب الغرض والهدف منها، وفي سياق مجال البحث، وتأكيداً لمصطلح الفعالية بدل النجاعة كما سبق ذكره، نعتمد تقسيم المشاريع من حيث نوع الخدمة المقدمة من المشروع (البند الأول) ومن حيث مدى ارتباطها بالمال العام (البند الثاني). هذا التقسيم يساعد في تحديد العقود المستثناة والعقود التي يشملها قانون الصفقات العمومية. كما يربط فعالية الطلبات العمومية مع وظائف مبادئ الصفقات العمومية، لاسيما مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

¹ أنظر، المواد 06-07-08-09-10-11، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

البند الأول: مشاريع من حيث نوع الخدمة

تصنف المشاريع حسب هذا المعيار إلى مشاريع اقتصادية تهدف إلى الريح(أ)، وهو ما يمثل الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة، ويؤكد فعالية الطلبات العمومية بدل نجاعتها. ومشاريع عمومية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة(ب) وهو الذي يجسد المعايير البيئية والاجتماعية الوارد ذكرها في نص المادة 78 من القسم الخامس، والمتعلقة باختيار المتعامل المتعاقد، من المرسوم الرئاسي 15-247: "النجاعة المتعلقة بالجانب الاجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة."

أ. مشاريع المؤسسات الاقتصادية

تتمثل في مشاريع عمومية صناعية، مشاريع عمومية تجارية، مشاريع عمومية خدماتية، ومثال ذلك مشاريع الصناعات الاستخراجية كالنفط والغاز، مشاريع توليد الطاقة الكهربائية، مشاريع الفنادق والسياحة والنقل والملاحة... إلخ تتميز مشاريع هذه المؤسسات بميزانية مستقلة عن الموازنة العامة للدولة وتسعى لتحقيق الريح.¹

وعليه، وطبقا للمادة 09 من المرسوم 15-247: "لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليه في هذا الباب. ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية."

ويرجع سبب إعفاء المشرع عقود هذه المؤسسات الاقتصادية من إجراءات إبرام الصفقات العمومية من خلال الغرض والهدف الذي أنشأت من أجله هذه المؤسسات والمتمثلة في:

- خضوع هذه المشاريع من حيث طبيعتها إلى الأعمال التجارية وبذلك تعد تاجرة في علاقتها مع الغير، وعلى هذا الأساس لا يناسبها من حيث الأصل خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية.²

¹ لحوّل كمال، المرجع السابق، ص 07.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 159.

- تمتعها باستقلالية إدارية ومالية مستقلة عن الموازنة العامة للدولة.
- تقييم نشاطها على شكل أهداف رقمية أو مبالغ مالية يجب تحقيقها بهدف تحقيق أرباح وتجسيد التنمية المستدامة وخلق مناصب شغل.¹
- تجسيد المرونة الاستثمارية والانفتاح الاقتصادي والذي نادى بها الكثير وإلغاء القيود والعراقيل الإدارية والمتجسدة من خلال إجراءات طويلة ومعقدة من أجل إبرام صفقة عمومية واحدة.²
- وبالرجوع إلى المادة 11 من المرسوم الرئاسي 15-247، يؤكد المشرع ضرورة إعداد إجراءات إبرام الصفقات على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات.

وبدون الرجوع، إلى المراسيم الرئاسية السابقة والمتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية. نسجل مدى التذبذب الكبير لدى المشرع الجزائري في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية والهيئات المعنية به. فأحيانا يضيق من مجال التطبيق فيخص هيئات، ويبعد أخرى وأحيانا يوسع من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، ثم يعود ويضيق. ويرجع تفسير ذلك لطبيعة كل مرحلة سن فيها قانون أو تنظيم الصفقات العمومية.³

إلا أنه في المرسوم الرئاسي الأخير 15-247، نجد أن المشرع تبنى موقف واضح بإعفاء هذه المؤسسات من أحكام هذا المرسوم، ومن جهة أخرى نجده يلزم هذه الأخيرة بتبني مبادئ الطلبات العمومية. عند إبرام صفقاتها ويرجع ذلك، في عزم المشرع من الوقاية من الفساد ومكافحته مهما كانت الوضعية القانونية للمؤسسة، ومهما كانت مصادر تمويلها.⁴

¹ سعودي زهير، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر 01-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2005، ص 5.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

³ نفس المرجع، ص 160.

⁴ قد يتلاعب أطراف الصفقة في بنود العقد، إلى أن وصل الحد إلى وضع بنود خصيصا لخدمة مصالح هذه المؤسسات، والسماح لها وحدها بالفوز بالصفقات العمومية، فيقال في هذه الحالة أن الدولة "محل إلقاء قبض" من قبل المؤسسات الاقتصادية "CAPTURE D'ETAT" وهذا ما يطلق عليه أيضا بالفساد الكبير، علة كريمة، المرجع السابق، ص 13.

ب. المشاريع الاجتماعية (مشاريع البنية التحتية)

باستثناء العقود المذكورة بموجب المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبالرجوع لأحكام المادة 06 من نفس المرسوم الرئاسي، يُعتبر المشرع جميع المشاريع المنجزة في هذا المجال تخضع لإجراءات إبرام الصفقات العمومية. لا اعتبار أن هذه المشاريع لا تسعى إلى تحقيق أهداف اقتصادية بل تهدف إلى تلبية حاجة عامة، أو رغبة حيوية للمجتمع دون قصد تحقيق ربح.¹ ومن جهة أخرى، لارتباط هذه المشاريع بالمال العام عن طريق تمويلها من ميزانية التجهيز والاستثمار العمومي، وحسابات التخصيص الخاص. ويدورها تنقسم المشاريع الاجتماعية إلى مشاريع اجتماعية تهدف للاستثمار البشري(1)، ومشاريع اجتماعية تهدف للاستثمار المادي(2).

1. مشاريع اجتماعية تهدف للاستثمار البشري

هي مشاريع تهدف إلى دعم الهياكل الاقتصادية بشكل غير مباشر، عن طريق رفع المستوى الفكري والمعنوي مثل مشاريع التنمية الاجتماعية والثقافية، الدينية والتعليم. وعلى سبيل المثال لا الحصر، أصبح بمقدور مدير الثانوية إبرام العقود والصفقات والاتفاقيات وإعداد ميزانية الثانوية والأمر بصرف النفقات، وإصدار القرارات الإدارية والتصرف باسم الثانوية، وتمثيلها أمام القضاء في جميع أعمال الحياة المدنية والإداري، حيث جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 10-230: "الثانوية مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتختص بالتربية والتعليم".²

2. مشاريع اجتماعية تهدف للاستثمار المادي

هي مشاريع تهدف إلى دعم الهياكل الاقتصادية للدولة بصفة مباشرة، وتشمل على العديد من المشاريع ذات طابع وبعد استراتيجي تعرف بمشاريع البنية التحتية،³ تتمثل في تقديم خدمات

¹ رشو عبد القادر، راتول محمد، دور الإنفاق العمومي في تحقيق الإستقرار الإقتصادي الكلي الجزائري خلال الفترة 2001-2015، مجلة العلوم الإقتصادية، المجلد 12، العدد 12، جوان 2012. ص 99.

² أنظر كذلك المادة 14، المرسوم التنفيذي رقم 10-230، بتاريخ 02 أكتوبر 2010، الذي يحدد الأحكام المتعلقة بتنظيم الثانوية وسيرها (ج.ر 57، مؤرخة في 03 أكتوبر 2010).

³ لحوّل كمال، المرجع السابق ص 8.

النقل العامة، جمع النفايات، إنجاز المطارات، الطرق والموانئ، السكة الحديدية، محطات مياه الشرب وشبكات مياه الشرب، محطات توليد الكهرباء وشبكات الغاز، الخدمات الصحية... إلخ.¹

البند الثاني: مشاريع عمومية من حيث ارتباطها بالمال العام

وهي بدورها تنقسم إلى قسمين مشاريع ممولة كلياً من طرف الميزانية العامة وعليه ترجع ملكيتها التامة للدولة (أ) ومشاريع بمساهمة جزئية أو كلية من طرف الدولة عن طريق شراكة مع أطراف أخرى (ب)

أ. مشاريع ممولة كلياً من طرف للدولة

هي تلك المشاريع التي ترجع ملكيتها التامة للدولة، باعتبار أن الدولة تملك بصفة مطلقة وتامة لرأس المال المشروع، حتى ولو تم إنجازها من طرف الخواص عن طريق عقد أو صفقة، ليصبح في نهاية الأشغال تحت التصرف المطلق للدولة. وهي بدورها تنقسم إلى مشاريع عامة مباشرة (1) مشاريع عامة مستقلة (2).

1. مشاريع عامة مباشرة

تشمل كافة المشاريع التي تقوم بها الدولة والتي لا تتمتع باستقلالية قانونية، فهي تمول من خزينة الدولة، ويطلق على هذا النوع من المشاريع لفظ المرفق العام أكثر من لفظ المشروع العام لارتباطها بالحياة الإدارية للدولة أكثر من الحياة الاقتصادية.²

¹ عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تامين استعادة النفايات... ضرورة بيئية ومنجم ذهب " ساورة نت أنموذجاً"، الملتقى الدولي، الاطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر "الفرص والتحديات"، يومي 30 و31 جانفي 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر.

² بن العاربية حسين، تقييم المشاريع الاجتماعية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، دراسة حالة جامعة أدرار، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص 53.

2. مشاريع عامة مستقلة

تتمثل في المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية وهي المشاريع التي تملكها الدولة، ولكنها تتمتع بوجود قانوني مستقل يتجسد في الإستقلال المالي والإداري عن الدولة، أو الجماعات المحلية التي أنشأتها. تسعى إلى تحقيق الربح، إلا أنه يمكن للدولة أو الجماعات المحلية أن تساهم بإعانات مالية، وعليه وطبقا لأحكام المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 لاسيما المطة الأخيرة: "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". أما في حالة انجاز مشروع غير ممول كلياً أو جزئياً بمساهمة الدولة أو الجماعات الإقليمية، تنص المادة 08 من نفس المرسوم الرئاسي 15-247: "يتعين على المؤسسات المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 6 أعلاه، عندما تتجز عملية غير ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية، أن تكيف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل اعتمادها من هيئاتها المؤهلة." من خلال قراءة متأنية للمادة 08 نسجل الملاحظات التالية:

- السؤال المطروح لماذا لم يأتي المشرع على ذكر مبادئ الطلبات العمومية على غرار المؤسسات العمومية الاقتصادية في المادة 09 من المرسوم الرئاسي 15-247؟ مع العلم أن مناط إجراءات إبرام الصفقة العمومية يتمحور كله حول التطبيق الفعلي لهذه المبادئ.
- اكتفى المشرع بذكر "...تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية..." ولم يذكر على أي أساس يتم تكييف هذه الإجراءات الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية. لدى ندعو المشرع أن يكون صريحاً في تحديد الإجراءات الخاصة.
- استدراك الخطأ الغوي في المادة بقوله: "... اعتمادها من هيئاتها المؤهلة." يستحسن إضافة كلمة "طرف" لتصبح المادة: "... اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة."

من خلال ما تقدم، ندعو المشرع لإعادة صياغة المادة 08 من المرسوم الرئاسي 15-247، لتصبح كالتالي: "يتعين على المؤسسات المنصوص عليها في المطة الأخيرة من المادة 6 أعلاه، عندما تتجز عملية غير ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو

الجماعات الإقليمية، أن تكيف إجراءاتها الخاصة، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة."

ب. مشاريع عامة مختلطة

هي المشاريع التي يتداخل في إنجازها القطاع الخاص مع القطاع العام، أو القطاع العام لدولة مع مؤسسة عمومية لدولة أخرى سواء من حيث رأسمال عن طريق الشراكة، أو من حيث تسيير النشاط كعقود امتياز، وعقود الإدارة.¹ ويتم إدارة هذا النوع من المشاريع إما عن طريق:

1. شركات المساهمة: وهي اتفاقية يلتزم بمقتضاها شخصان طبيعيين أو معنويان أو أكثر للمساهمة في مشروع مشترك يحدد شروطها وإدارتها يمكن أن تكون المواضيع المتفق عليها مالية، تقنية أو تجارية أو مشاريع علمية مثلا في مجال البحث العلمي.

2. عقود الامتياز: تعطي الدولة هذا النوع من المشاريع إلى فرد أو شركة حق امتياز استغلال مرفق أو مشروع عام ذي طبيعة اقتصادية لفترة معينة،² تقوم خلالها الشركة الملتزمة بإدارة المشروع أو المرفق العام تحت إشراف ورقابة الدولة، في هذه الحالة تتعهد الدولة عادة بتقديم بعض الخدمات للشركة الملتزمة أو تضمن لها حد أدنى من الربح، أو تؤمنها ضد المخاطر غير العادية كما قد تشاركها في الربح.

الفرع الثاني: تصنيف المشاريع العمومية حسب تسييرها

بعد التطرق في الفرع الأول، لأنواع ونماذج المشروعات المنجزة وآلية تمويلها بهدف تحديد مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، ينبغي علينا في هذا الفرع التطرق لتصنيف المشاريع العمومية حسب تسييرها ضمن القوانين المعمول بها، وعلى هذا الأساس، وفي إطار تأكيد فعالية الطلبات العمومية. يوجد مشاريع تسيير عن طريق البرامج العادية (البند الأول) وأخرى ضمن برامج غير عادية (البند الثاني) كل هذا من أجل تأكيد وحصر مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية.

¹ لحول كمال، المرجع السابق، ص 30.

² بن العاربية حسين، المرجع السابق، ص 60.

البند الأول: البرامج العادية

تتمثل البرامج العادية في مختلف المشاريع المدرجة في ميزانية التجهيز العمومي، ويمكن تصنيفها إلى ثلاثة أقسام بحسب الجهة المسيرة لها إلى البرامج القطاعية الممركز (أ) البرامج القطاعية غير ممرضة (ب) ومخططات البلدية للتنمية (ج).

أ. البرامج القطاعية الممركز (PSC)¹

تتعلق بالمشاريع والتجهيزات التنموية الكبرى ذات البعد الوطني، أو الجهوي التي تتطلب إمكانيات وتقنيات عالية تتعدى قدرات وإمكانيات الجماعات المحلية، فهي تسجل باسم الإدارات المركزية (الوزارة المعنية) أو المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتهم، وكذا المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي والإدارات المتخصصة كمراكز البحث والتطوير ويشرف عليها الوزير المعني لضمان السير الحسن والفعال، وتمول هذه المشاريع من ميزانية التجهيز العمومي حسب نوع البرنامج لأنها برامج قطاعية.²

ب. البرامج القطاعية غير ممرضة (PSD)³

عرفتها المادة 16 من المرسوم 98-227 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز⁴: "تخص البرامج القطاعية غير الممرضة برامج التجهيز المسجلة باسم الوالي والتي تبلغ رخصة برنامجها حسب كل قطاع فرعي من القائمة بموجب مقرر برنامج من وزير المالية طبقا لبرامج التجهيز التي اعتمدها الحكومة." الهدف من هذه المشاريع هو تحديد أهداف التوازنات القطاعية في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية عبر مختلف أقاليم الوطن، ويشرف على هذه المشاريع الوزارات المعنية بالقطاع وتسجل مشاريع البرامج القطاعية غير ممرضة باسم الوالي الذي يسهر على تسيير هذه

¹ PSC : Programme Sectoriel Centralisé.

² رشو عبد القادر، راتول محمد، المقال السابق، ص 100

³ PSD: Programme Sectoriel Déconcentré.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 98-227، بتاريخ 13 يوليو 1998، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، المعدل، (ج.ر. 51، المؤرخة في 15 يوليو 1998).

البرامج الواقعة في حدود ونطاق اختصاصه.¹ كما يجب أن يكون البرنامج الوطني للتنمية إطار مرجعي لأهداف وتوجهات هذه المشاريع، تمول هذه المشاريع من ميزانية التجهيز العمومي، كما تجدر الإشارة إلى أن اختيار هذه المشاريع يتم وفق حاجيات أفراد الإقليم المعني بها.²

ج. مخططات البلدية للتنمية (PCD)³

عرفها المرسوم 98-227 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز في المادة 20 على أنه: "يخضع برنامج التجهيز العمومي التابع لمخططات البلدية للتنمية لرخصة برنامج شاملة حسب الولاية يبلغها الوزير المكلف بالمالية بعد التشاور مع الوزير المكلف بالجماعات المحلية، ويتمحور هذا البرنامج حول الأعمال ذات الأولوية ومنها على الخصوص التزويد بالمياه الصالحة للشرب والتطهير وشبكات الطرق وفك العزلة." من خلال المادة تعد هذه المشاريع من أهم البرامج التنموية للدولة له حصة معتبرة في ميزانية التجهيز العمومي، فمخططات البلدية للتنمية تركز لا مركزية التسيير، وتعد الأكثر استعمال منذ سنة 1974، وتمس هذه البرامج مباشرة البلدية من حيث التخطيط والاختيار وملائمة المشاريع المقترحة مع حاجات المواطنين على مستوى الإقليم المحلي وذلك عن طريق إشراك المجتمع المحلي في التنمية الجارية.⁴

إن تمويل هذه البرامج يعتمد على عدة أشكال، فإما أن تكون على شكل تمويل ذاتي عن طريق الموارد المالية للجماعات المحلية، أو تمويل نهائي للدولة أو إعانات. كما يعتبر الوسيلة المثلى للتنسيق مع البرامج الوطنية الأخرى للتنمية، عن طريق تحقيق التنمية الوطنية الشاملة والتوازنات الجهوية في التنمية.⁵

¹ زناتي مصطفى، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 7، العدد 12، 2018، ص 43.

² رشو عبد القادر، راتول محمد، المقال السابق، ص 101.

³ PCD: Plan Communal de Développement.

⁴ رشو عبد القادر، راتول محمد، المقال السابق، ص 104.

⁵ عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تئمين الإيرادات - دراسة حالة الرسم العقاري ورسم التطهير لبلدية بشار، مجلة المدير، المدرسة التحضيرية في العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، القليعة، الجزائر، العدد 06، جوان 2018.

جدول رقم 1: تشفير وترميز مشروع عمومي

العملية: NE.5.392.6.26241417.09.18.103

NE	5	3	9	2	6	26	2	4	1	4	1	7	09	18	103
نوع البرنامج والفترة المعنية (برنامج حساب تسيير عمليات الاستثمارات العمومية)	طبيعة التمويل (تمويل نهائي)	تعزيز المناطق الجوارية ضمن مخططات البلدية للتنمية			المادة ضمن نفس الفصل (إعادة الاعتبار لشبكة التطهير 102 مسكن بشار)	المسير المعني بتنفيذ العملية (رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية بشار)						رقم الترتيب	التسيير السنة المعنية 2018	العملية رقم 103 ضمن هذا البرنامج	

المصدر: وثيقة داخلية من خزينة بلدية بشار

شرح تشفير مشروع عمومي

1. بالنسبة لنوع البرنامج وفترة الإنجاز: يرمز لنوع البرنامج حسب مدونة الاستثمار العمومي إلى:

- برنامج خاص: S:Spécial

- برنامج استعجالي: U: Urgent

- برنامج عادي: N: Normal

2. بالنسبة لطبيعة التمويل

- بالنسبة للرقم "5": يرمز في مدونة الاستثمار العمومي إلى التمويل النهائي من الميزانية العامة للدولة. وبالتالي، كل المشاريع التي تحمل الرقم "5"، هي مشاريع تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247.

- بالنسبة للرقم "6": يرمز في مدونة الاستثمار العمومي إلى التمويل النهائي من الميزانية العامة للدولة. وبالتالي، كل المشاريع التي تحمل الرقم "6"، هي مشاريع تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247.

- بالنسبة للرقم "7": يرمز في مدونة الاستثمار العمومي إلى التمويل الذاتي والذي يكون من طرف الهيئة المعنية بالمشروع. وبالتالي، كل المشاريع التي تحمل الرقم "7"، هي مشاريع لا

تخضع لأحكام الباب الأول من المرسوم الرئاسي 15-247. وإنما يجب أن تكيف إجراءاتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المرشحين وشفافية الإجراءات.¹

- بالنسبة للرقم "8": يرمز في مدونة الاستثمار العمومي إلى التمويل المختلط والتمويل الذي يتم بالشراكة سواء مع القطاع الخاص أو القطاع العام لدولة أجنبية أخرى. وبالتالي، كل المشاريع التي تحمل الرقم "8" هي مشاريع تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247.

- بالنسبة للرقم "9": يرمز في مدونة الاستثمار العمومي إلى المشاريع التي تمولها الجماعات المحلية البلدية. وبالتالي، كل المشاريع التي تحمل الرقم "9"، هي مشاريع تخضع لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247.

البند الثاني: البرامج غير العادية

يقصد بالبرامج غير عادية تلك المشاريع والتجهيزات العمومية التي ترد مخصصاتها خارج ميزانية التجهيز العمومي، فهي بذلك تشكل أحد الاستثناءات على مبدأ وحدة وشمولية الميزانية العامة.² وبذلك فهي تنقسم مشاريع البرامج غير العادية إلى مشاريع عمومية تدخل ضمن أحد الحسابات الخاصة (أ) ومشاريع عمومية تتطوي ضمن أحد الميزانيات الملحقة بالنسبة لاستثمارات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي لها استقلالية مالية (ب).

أ. مشاريع عمومية ضمن الحسابات الخاصة

تعد حسابات التخصيص الخاص أحد الحسابات الخاصة بالخرينة، وهي من بين العناصر التي يقوم عليها النظام الموازنتي للدول الحديثة، ظهرت لأول مرة في فرنسا كاستثناء لمبدأ شمولية وسنوية الميزانية نظرا لطبيعة الإيرادات والنفقات التي تتضمنها، وهكذا أفلتت هذه

¹ المادة 11، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² عباس بلغول، المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي الجزائري 15-247، المجلد 2، العدد 9، مارس 2018، ص 1061.

الحسابات من رقابة البرلمان ومن وجود إطار قانوني يحكمها،¹ ولكن فيما بعد ازدادت أهميتها، سواء من حيث العدد أو من حيث المبالغ التي تحتويها، لتصبح شبه ميزانية وأداة مفضلة لتنفيذ السياسات العمومية الأمر الذي جعل من الضروري إخضاعها لقواعد قانونية وهذا ما أقره قانون 17-84 والمتعلق بقوانين المالية في الجزائر.² ومن هذا المنطلق، فإن هذه الحسابات تعتبر استثناء لقاعدة عدم تخصيص الإيرادات لذلك يتم اللجوء إليها في ظروف استثنائية ولتحقيق أهداف وغايات معينة، تدرج في حسابات التخصيص الخاص العمليات الممولة بواسطة الموارد الخاصة على اثر إصدار نص قانوني في قانون المالية،³ وفي هذه الحالة يعتبر تخصيص الموارد أمرا عاديا بخلاف قاعدة عدم تخصيص الإيرادات في الميزانية العامة.⁴ كما أنه لا ينبغي أن يتجاوز مجموع النفقات مجموع الإيرادات في حساب التخصيص الخاص باستثناء ما قدر مسبقا من طرف قانون المالية وفي حدود المبلغ المسموح به،⁵ وفي الحالة التي يسجل فيها حساب التخصيص الخاص حالة من عدم التوازن في نهاية السنة المالية يكون الفارق موضوع نقل جديد في نفس هذا الحساب بالنسبة للسنة المالية التالية، وهذا ما يجعل من حسابات التخصيص الخاص تفلت من قاعدة سنوية الميزانية العامة.

فخلال فترة السبعينات وبداية الثمانيات، التي تميزت بالمخططات الكبرى، المخطط الثلاثي، المخطط الرباعي الأول والثاني حيث كانت ميزانية التجهيز والاستثمار العمومي الأداة المفضلة لتنفيذ السياسات العمومية، وبالتالي فإن اللجوء إلى حسابات التخصيص الخاص كان يتم بصفة

¹ لعمارة جمال، علاقة الحسابات الخاصة للخرينة بالميزانية العامة للدولة في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 4، العدد 04، 2005، ص 100.

² دحو معتصم، بن عبد الرحمن معتصم، الصفقات العمومية بين احترام التشريعات القانونية والفعالية الاقتصادية: الاستثناءات هي القاعدة وهي مصدر الفساد، مجاميع المعرفة، المجلد 1، العدد 1، نوفمبر 2015، ص 2.

³ المادة 70، القانون رقم 17-84، بتاريخ 07 جويلية 1984، يتعلق بقوانين المالية، المعدل، (ج.ر. 28، المؤرخة في 10 جويلية 1984).

⁴ بوعافية سمير، رحالي بلقاسم، أثر الاستثمار العمومي على النمو الاقتصادي في الجزائر دراسة تحليلية قياسية للفترة 1990-2016، المجلد 5، العدد 1، سبتمبر 2018، ص 62.

⁵ المادة 75، القانون رقم 17-84.

استثنائية من أجل تحقيق عمليات معينة لا تدخل في غالب الأحيان في إطار تنفيذ السياسات العمومية الكبرى التي كانت تنفذ عن طريق المخططات التنموية الكبرى.¹

ومع بداية الألفية الثالثة، شهدت الجزائر راحة مالية معتبرة في ظل تحقيق عوائد فائض الميزان التجاري نتيجة ارتفاع مداخيل المحروقات، وهذا ما شجع الدولة على انتهاج سياسة اتفاقية توسيعية من أجل تحقيق الانتعاش الاقتصادي وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث أصبح كل مخطط يُعدّه أي قطاع وزاري يخص برنامج معين يعتبر سبب كافي لفتح حساب تخصيص خاص مرتبط ببرنامج.² وهذا ما أعطى مفهوماً جديداً لحسابات التخصيص الخاص بإدماج مفهوم البرنامج المحدد بالأهداف، والآجال والوسائل، فانتقلت حسابات التخصيص الخاص من مجرد استثناء على الميزانية لتصبح الأداة المفضلة للمسؤولين لتنفيذ السياسات العمومية حتى أصبحت قوانين المالية السنوية والتكميلية مثقلة بحسابات التخصيص الخاص في مختلف المجالات حتى أصبحت تنافس الميزانية العامة للدولة من حيث حجم المبالغ المدرجة فيها.³ وهو في الحقيقة ما أفقد الطلب العمومي صفة الفاعلية ليحل محلها نجاعة بدون أهداف، ولا حتى مراعاة المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم 15-247.

ب. مشاريع الميزانيات الملحقة والمستقلة

تجيز المادة 44 من القانون رقم 84-17 المتعلق بقوانين المالية أن تكون موضوع ميزانيات الملحقة، العمليات المالية لمصالح الدولة التي لم يضاف عليها القانون الشخصية المعنوية والتي يهدف نشاطها أساساً إلى إنتاج بعض السلع والخدمات مدفوعة الثمن من أجل ضمان حسن سير بعض المرافق ذات النشاط الصناعي أو التجاري،⁴ حيث توضع لهذه المرافق ميزانيات مستقلة تشمل على إيراداتها وتلحق بميزانية الدولة، وفي هذه الحالة لا يعدو الأمر أن يكون سوى إعطاء الشخصية المالية المستقلة للمرافق العام وليس الشخصية الاعتبارية المستقلة.

¹ لعمارة جمال، المقال السابق، ص 102.

² بوعافية سمير، رحالي بلقاسم، المقال السابق، ص 64.

³ بوفليح نبيل، صندوق ضبط الموارد في الجزائر أداة لضبط وتعديل الميزانية العامة في الجزائر، مجلة شمال إفريقيا، العدد الأول، 2004، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر.

⁴ المادة 89، قانون المالية لسنة 2014، بتاريخ 31 ديسمبر 2013 (ج.ر. 68، المؤرخة في 31 ديسمبر 2013).

ويرجع سبب رصد الميزانيات الملحقة بالميزانية العامة للدولة، إلى رغبة بعض المرافق العامة تطبيق القواعد المتعلقة بقواعد القطاع الخاص، بدل القواعد الحكومية التي تتسم بالتعقيد والجمود، وكذلك إلى الرغبة في معرفة مدى ربحية المرفق بمقارنة نفقاته مع إيراداته، وبالنسبة لقواعد الميزانيات الملحقة فإنه يسري عليها ما يسري على الميزانية العامة للدولة خاصة بالنسبة لاعتماد السلطة التشريعية لها، ففي حالة تحقيق هذا النوع من الميزانيات لفوائض فإنه يعود للدولة، أما في حالة تحقيق عجز فإن الدولة تقوم بتغطية هذا العجز عن طريق موازنتها العامة.¹ كما يمكن لهذه الهيئات انجاز مشاريع عمومية أو الدخول في شراكة مع الغير بالتنسيق مع وزير القطاع المسؤول عليها. وفي هذه الحالة فهي الأخرى تخضع لقواعد المادة 09 و 11 من المرسوم الرئاسي 15-247.

بالإضافة إلى هذه الأنواع من المشاريع العمومية، نجد مشاريع عمومية لا ترد في الميزانية العامة للدولة، ولا في حسابات التخصيص الخاص. وتتمثل هذه المشاريع العمومية في نفقات الإستثمار والتجهيز ذات الطابع المحلي الإقليمي، والتي تقوم بها الجماعات المحلية (البلدية والولاية) والتي تتمتع بالإستقلال المالي والإداري (ميزانية مستقلة عن الميزانية العامة للدولة)، ويمكن لهذه الجماعات أن تؤسس فيما بينها مشاريع ومؤسسات مشتركة تحقق لها النفع العام، وتمثل أرباح وفوائد هذه المشاريع والمؤسسات إيرادات هامة للجماعات المحلية تمكنها من تغطية نفقات تسييرها وتجهيزها، وقد ترى الدولة ضرورة توفير حد أدنى من الخدمات العامة لجميع المواطنين في جميع مناطق الدولة.²

والشكل الموالي، يوضح المشاريع العمومية التي تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، حسب المرسوم الرئاسي 15-247، إما حسب أشكال ونماذج المشروعات العامة من حيث إرتباطها بالمال العام، أو من حيث إرتباطها بنوع الخدمة. والنوع الثاني، يتعلق بتصنيف المشاريع حسب تسييرها، إما حسب البرامج العادية أو البرامج غير العادية.

¹ لحوال كمال، المرجع السابق، ص 85.

² نفس المرجع، ص 85 وما بعدها.

المطلب الثاني: مبررات الإنفاق العمومي على الصفقات العمومية

يعتبر الإنفاق على المشاريع العمومية في مختلف القطاعات والمجالات ضرورة حتمية، خاصة في المجالات والقطاعات التي يتفادى القطاع الخاص الاستثمار فيها سواء لضعف مردوديتها، أو لكونها تحتاج لمدة طويلة لاسترجاع تكاليفها الهيكلية والقاعدية.¹ بالإضافة إلى أن هذا النوع من المشاريع يحتاج رؤوس أموال ضخمة لا يقدر عليها القطاع الخاص الذي هدفه الوحيد تحقيق أقصى ربح بأقل تكلفة ممكنة هذا من الناحية التمويلية. أما من الناحية التاريخية فتطور وظيفة الدولة من دولة حارسة لها نفقات سيادية محدودة كالأمن، الدفاع والقضاء. إلى دولة متدخلة تتعهد بتقديم الخدمات الأساسية للمواطنين كالصحة والتعليم... إلخ، وأخيرا دولة الرفاهية الحديثة التي اقتحمت كافة المجالات التي كانت حكرا على القطاع الخاص.² وعليه سوف نتطرق لتحقيق الفعالية الشاملة (الفرع الأول)، ثم دراسة عراقيل تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر (الفرع الثاني)، ثم دراسة المعايير والمناهج العلمية لتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تحقيق فعالية شاملة في جميع المجالات

بهدف تحقيق فعالية شاملة للطلبات العمومية، نتطرق لكل من الاعتبارات الاجتماعية والدوافع الإستراتيجية والسياسية (البند الأول)، ثم الاعتبارات التمويلية والدوافع الاقتصادية (البند الثاني).

البند الأول: الاعتبارات الاجتماعية والدوافع الاستراتيجية والسياسية

نقصد بالاعتبارات الاجتماعية والدوافع الإستراتيجية والسياسية في هذا البند. النتائج المحصل عليها من خلال تحقيق الأهداف المسطرة من طرف المصلحة المتعاقدة، والتي يعبر عنها بفاعلية الطلب العمومي.

¹ زناتي مصطفى، المقال السابق، ص 44.

² عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، إنترنت الأشياء... الرؤى المستقبلية لتحقيق جودة الحياة، المقال السابق.

وبالتالي، فإذا كان الطلب العمومي مدفوعاً بشكل حصري بالاهتمامات البيئية أو الاجتماعية، أو عندما يريد المشرع أن يعيد توزيع جزء من الأموال العمومية لبعض شرائح المجتمع. فإنه بذلك يرصد لهذا الطلب العمومي وسائل مخصصة تتمثل في:

1. إلزام الهيئات المعنية بالتعبير عن هذا الطلب العمومي بإبرام صفقات عمومية ذات طابع اجتماعي.¹
2. تحديد معايير انتقاء العروض يجب أن يكون مرتبطاً بشكل مباشر بهدف الطلب العمومي.
3. تأهيل المرشحين والمتعهدين بناءً على معايير اجتماعية.²

ومن خلال ما سبق، نستنتج أن فعالية الطلبات العمومية مرهون بنجاح الصفقات العمومية. هذه الأخيرة ملزمة بتطبيق مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية؛ المساواة في معاملة المرشحين؛ شفافية الإجراءات. وعلى هذا الأساس نقسم هذا البند إلى الاعتبارات الاجتماعية (أ) والدوافع الإستراتيجية والسياسية (ب).

أ. الاعتبارات والدوافع الاجتماعية

تعتبر الاعتبارات والدوافع الاجتماعية القاعدة الأساسية التي تستند عليها سياسة الدولة في إعادة، توزيع جزء من مدخولها على شكل خدمات ومنافع عامة وبأسعار منخفضة في مختلف القطاعات والمجالات، ولكل شرائح المجتمع كتوفير الطاقة الكهربائية والماء الصحة التعليم...إلخ. إضافة إلى زيادة المطالب الشعبية بتوفير خدمات ذات نوعية، وحديثة في ظل الوفرة المالية خاصة بالنسبة للدول ذات المداخل المرتفعة - مداخل النفط والغاز -.³

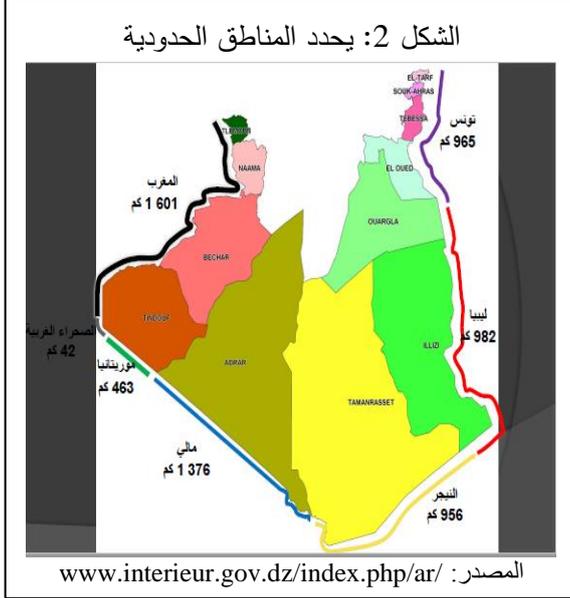
ولتوضيح أكثر، هذه الاعتبارات والدوافع الاجتماعية نستعرض الشكل 2 المتعلق بالمناطق الحدودية على سبيل المثال لا الحصر، والذي نعرض من خلاله واقع مساهمة الطلب العمومي في

¹ المادة 78، المرسوم الرئاسي 15-247.

² المادة 79، المرسوم الرئاسي 15-247.

³ بوعافية سمير، رحالي بلقاسم، المقال السابق، ص 65.

الاستفادة من مزايا هذه الأقاليم الحدودية،¹ إلا أن الواقع يثبت تهميش بشكل كامل وعدم الاهتمام بالأولويات والتي يجب أن تمنحها الدولة لهذه الأقاليم.



ب. الاعتبارات والدوافع الإستراتيجية والسياسية

تقوم الدولة بالسيطرة على الصناعات الإستراتيجية الضرورية، للحفاظ على الأمن القومي وسيادة الدولة. كالصناعات الحربية مثلا وذلك للحفاظ على سرية المعلومات حول كمية ونوع الأسلحة المتوفرة لديها، إضافة إلى الأنشطة الاقتصادية التي تجعل الحكومات تديرها ولا ترغب في تركها للأفراد، خوفا من استغلالها من طرف الخواص كما هو الحال في إنشاء الحكومات للبنوك المركزية للإشراف على البنوك التجارية. من أجل حماية النظام المصرفي الذي هو عصب الاقتصاد القومي، ولنفس الغاية تقوم بعض الدول بامتلاك شركات التأمين، وبعض البنوك التجارية.²

¹ إمكانات منجمية، سياحية، شمسية، هوائية، أراضي، المراعي، ثروة حيوانية، مياه جوفية، المهارات المحلية.

قوة بشرية شابة، اقتصاد المعرفة.

تبادلات عريقة ما بين المناطق الحدودية.

تشابه اجتماعي وثقافي مع دول الجوار.

² بوفليح نبيل، المقال السابق.

وللتوضيح أكثر، واعتمادا لما تطرقنا له في الشكل 2 تشكل المناطق الحدودية أهمية إستراتيجية للدولة، بصفتها فضاءات تواصل وتبادل في سياسات حسن الجوار، والتعاون والقضايا الأمنية، أين تلتقي السياسات العامة والممارسات التلقائية للسكان والفاعلين المحليين. لذا وجب على الدولة ضخ استثمارات ضخمة في هذه الأقاليم بهدف تحسن بشكل كبير الاقتصاد وظروف معيشة السكان.

البند الثاني: الاعتبارات التمويلية والدوافع الاقتصادية

نقسم هذا البند بدوره إلى الاعتبارات التمويلية (أ) والاعتبارات والدوافع الاقتصادية (ب).

أ. الاعتبارات التمويلية

تحتاج خزينة الدولة إلى موارد متنوعة سواء من حيث الضرائب والرسوم المحصلة، إضافة إلى مداخيل مختلف العوائد والأرباح الناتجة عن مشروعات الشراكة، أو مختلف رؤوس الأموال الموظفة في البنوك، والمؤسسات المالية المختلفة لكي تقوم بالإفناق على إشباع الحاجات العامة للأفراد، والأعباء المتزايدة.¹ وعلى هذا النحو نجد بعض الدول تقوم باحتكار سلعة أو خدمة، كما هو الحال بالنسبة للعديد من الدول التي تقوم بإنشاء وإدارة المطارات، والموانئ. والتي تحقق إيرادات معتبرة من خلال تأجير شركات الطيران والملاحة والسياحة وغيرها.²

فمثلا بالنسبة للمشرع الجزائري، نجده انتهج نفس الأسلوب حيث تحتكر الدولة عوائد الموانئ والمطارات، إضافة إلى خدمات توفير الكهرباء، الماء، الغاز من طرف شركة سونلغاز العمومية، والتي هي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لها ميزانية مستقلة عن الميزانية العامة للدولة، ترتبط بها فقط عن طريق الفائض السنوي المعتبر الذي تحققه هذه المؤسسة لصالح الميزانية العامة للدولة.³ وهذا ما يبرر احتكار الدولة لهذا النوع من الخدمات فهي تساهم بنسبة معتبرة في تحقيق عوائد للخزينة العمومية.

¹ محمد ديب، مصادقية عروض الصفقات العمومية على ضوء الاتفاقات، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 2، سبتمبر 2018، ص 69.

² بوفليح نبيل، المقال السابق.

³ دحو معتصم، بن عبد الرحمن معتصم، المقال السابق، ص 3.

ب. الاعتبارات والدوافع الاقتصادية

تسعى جميع الدول إلى تحقيق تنمية اقتصادية من خلال استثماراتها في مختلف المجالات، وإعادة التخصيص الأمثل للموارد الاقتصادية، كما يعد الإنفاق العمومي بشقيه الاستثماري والاستهلاكي أداة من أدوات السياسة المالية لتحقيق الاستقرار الاقتصادي من خلال محاربة الضغوط التضخمية والانكماشية، وهذا ما جعل مختلف النظريات تتفق على أهمية الإنفاق العمومي خاصة منه الإستثماري في عملية تحقيق النمو الاقتصادي على اعتبار أنه محدد رئيسي من محدد الطلب الكلي.¹

الفرع الثاني: صعوبات وعراقيل الوصول إلى فعالية الطلبات العمومية

تتميز المشاريع العمومية في الجزائر المدرجة في ميزانية الدولة أو ضمن أحد حسابات التخصيص الخاص بنقص تحضيرها، والتقييم غير الدقيق للاحتياجات المواطنين، نتيجة ضعف دراسات الجدوى والتي غالبا ما تكون عبارة عن دراسات سطحية، لم تأخذ بعين الاعتبار كافة الجوانب الفنية والاقتصادية والاجتماعية، مع كل ما يترتب عليها من آثار على التمويل والارتفاع المستمر للتكاليف والتجاوز المعتبر في آجال الانجاز، خاصة منها مشاريع البرامج القطاعية الممركزة والتي غالبا ما يتم اتخاذ قرار الاستثمار فيها دون دراسات نضج مسبقة، هذا من جانب تقييم واختيار المشاريع والبرامج التنموية.²

أما من جانب تنفيذ وتجسيد المشاريع العمومية فهناك انتشار واسع لبعض أوجه الفساد الإداري والمالي، خاصة في إجراءات منح الصفقات العمومية. حيث نلاحظ هيمنة إجراء التراضي لصالح المؤسسات العمومية حتى ولو كانت في وضعية مالية صعبة، أو لصالح مؤسسات خاصة وطنية أو أجنبية،³ وفي ظل هذا يمكن إرجاع أهم أسباب ضعف عملية اختيار وتنفيذ المشاريع العمومية في الجزائر إلى عوامل تقنية (البند الأول) وأخرى مفتعلة (البند الثاني).

¹ لحول كمال، المرجع السابق، ص 110.

² نفس المرجع، ص 112.

³ دحو معتصم، بن عبد الرحمن معتصم، المقال السابق، ص 4.

البند الأول: الصعوبات التقنية

يهدف التطرق لصعوبات وعراقيل تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر، نستعرض الصعوبات التقنية والتي تحول دون دراسة جدوى المشاريع العمومية (أ)، ثم الصعوبات المتجسدة من خلال المناهج التقليدية في تبويب الميزانية (ب) وأثره على فعالية الطلبات العمومية.

أ. ضعف دراسات جدوى المشاريع العمومية

إن زيادة اتساع الفجوة بين الدراسات العلمية المسبقة للمشاريع العمومية، والواقع الميداني خلال عملية تنفيذها على أرض الواقع، وتأهيل المرشحين والمتعهدين من خلال ما تم التطرق إليه خاصة من ناحية الوظائف القانونية والاقتصادية، يطرح عدة تساؤلات حول قدرة مكاتب الدراسات الوطنية العمومية منها والخاصة على التحكم ومسايرة مختلف الأساليب والطرق العلمية الحديثة، المستعملة في دراسات الجدوى لمختلف المشروعات، سواء الصناعية أو المشروعات العمومية ذات الطابع الاجتماعي، خاصة في مجال التكاليف بالإضافة إلى نوعية الأشغال (الهندسة المدنية)، فخلال تحليل التكاليف التقديرية للمخططات التنموية التي عرفتها الجزائر منذ مطلع الألفية الثالثة، يظهر الارتفاع الكبير لتكاليف الإنجاز الحقيقية مقارنة بتكاليف الدراسات التقديرية الأولية نتيجة إعادة التقييم المالي للمشروع.¹ وذلك من خلال زيادة المخصصات المالية له باستمرار إلى غاية الانتهاء من عملية الانجاز، وتسليم المشروع بالإضافة إلى تكاليف الصيانة التي غالبا ما تتم في السنوات الأولى من عملية استلام المشروع نتيجة ضعف الدراسات والمتابعات التقنية، وعدم احترام المعايير التقنية للأشغال في ظل غياب ونقص التنسيق والتكامل بين طبيعة المشاريع المنفذة، وأهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية لمختلف المصالح والهيئات الرسمية.² ولا تزال الدولة (الحكومة) تواجه تبعات سوء تقدير المشاريع العمومية وعدم ضبطها وهو ما تجلي أساسا في اعتماد الحكومة لأكثر من 76 مليار دولار منذ اعتماد مخططات دعم النمو لإعادة تقييم مشاريعها، وهو ما يمثل أكثر من 17% من القيمة التي خصصت للمخطط والمقدرة بـ 286 مليار دولار للفترة 2010-2014 وهذا في ظل العجز المعتبر الذي تعاني منه

¹ زياتي مصطفى، المقال السابق، ص 44-45.

² بن العارفة حسين، المرجع السابق، ص 126.

الميزانية العامة.¹ وعليه فإن الأغلفة المالية التي يتم، رصدها لإعادة تقييم المشاريع العمومية ترجع أساسا إلى ضعف وعدم اكتمال الدراسات للمشاريع وبدرجة أقل إلى ارتفاع أسعار الموارد الأولية في السوق الدولية،² وضعف التنسيق وتبادل المعلومات بين مختلف الهيئات العمومية، فغالبا ما نرى مشاريع تعبيد الطرقات وتهيئة الأرصفة لإعطاء صورة تتماشى والمدن العصرية، لكن سرعان ما نرى عمليات حفر واسعة وممتدة على طول الطرق لإعادة تهيئة قنوات الصرف الصحي والمياه، حيث يتم إعادة ردمها بمجرد تجديد قنوات الصرف والمياه لتكون الطرق والأرصفة أسوأ مما كانت عليه سابقا. وهذا ما يؤدي إلى التبذير وغياب الترشيح في تسيير الأموال العمومية، نتيجة عدم احترام أسبقية بعض المشاريع على حساب مشاريع أخرى، وهذا ما يسيء لمفهوم الاستغلال الحسن للمال العام، في ظل غياب ونقص الأجهزة المختصة والقادرة على التسيير الحسن والاختيار الأمثل للمشاريع العمومية، وفق آلية واضحة تتماشى والمناهج العلمية الحديثة.

وعليه يمكن إرجاع أسباب ضعف وتدني دراسات الجدوى للمشاريع العمومية في الجزائر، إلى محدودية مكاتب الدراسات الخاصة، بالإضافة إلى نقص الخبراء من ذوي الاختصاص على مستوى الإدارات والهيئات العمومية. وقد أدى هذا النقص إلى دخول العديد من غير المختصين في الهيئات والمؤسسات العمومية المختصة بتقييم واختيار المشاريع، وهو ما يترتب عنه دراسات ضعيفة بعيدة عن الكفاءة والفعالية في هذا المجال. بالإضافة، إلى القرارات الإرتجالية ذات الطابع السياسي من صناع القرار بالاستثمار في مشروع معين قبل البدء في الدراسات المسبقة لتلبية حاجات المواطنين، في ظل تزايد المطالب الشعبية بتحسين الأوضاع مما يجعل مرحلة الدراسات عبارة عن مرحلة شكلية.³

كما أن نقص المعلومات الإحصائية وتناقضها بين مختلف الجهات الرسمية، بالإضافة إلى عدم الأخذ بالمتغيرات الخارجية، كمتغيرات أسعار الصرف وأسعار مختلف المواد والتجهيزات المستوردة في السواق الدولية، وسعر تكلفة اليد العاملة الماهرة التي تدخل ضمن تكاليف انجاز

¹ دحو معتصم، بن عبد الرحمن معتصم، المقال السابق، ص 5.

² بوعافية سمير، رحالي بلقاسم، المقال السابق، ص 66.

³ عمراني مصطفى، بوعازي سماعيل، تثمان استعادة النفايات... ضرورة بيئية ومنجم ذهب " ساورة نت أنموذجا"، المقال السابق.

المشروع، يؤدي في العديد من الأحيان إلى إعطاء قوائم إحصائية غير دقيقة، يتم الإستناد عليها في اتخاذ قرارات الاستثمار، بالإضافة إلى إدراج أشغال إضافية في المشاريع لم تأخذ بالحسبان في الدراسات القبلية للمشروع.

وفي ظل محدودية قدرات مكاتب الدراسات الوطنية، في مجال دراسات الجدوى ونقص الموظفين المختصين وذوي الكفاءات التقنية في مجال دراسة جدوى المشاريع، غالبا ما يتم الاعتماد على الخبرات الأجنبية في مجال الدراسات القبلية للمشروع، وهذا ما زاد من ارتفاع تكاليف الدراسة والإنجاز زيادة على بطئ وتعدد الإجراءات الإدارية.¹ بالإضافة إلى استعمال هذه المكاتب الأجنبية لمناهج وأساليب تقييم لاتتلائم والبيئة المحلية للاقتصاد الوطني. وبالتالي، نجد أنفسنا أمام ضياع نجاعة المشاريع العمومية المجسدة في شكل صفقات عمومية، يقابل ذلك عدم جدوى فعالية الطلبات العمومية.

ب. الاعتماد على منهج التقليدي في تبويب الميزانية

إن اعتماد المشرع الجزائري على النظام التقليدي في تسيير تنفيذ الميزانية العامة للدولة، خاصة منها ميزانية التجهيز والاستثمار العمومي. والتي تحضر على أساس الاقتراحات، والخطط السنوية على مستوى مصالح الوزارة المعنية وفق سلم هرمي إلى غاية الوزير المعني بالقطاع، لم يتمشى مع زيادة حجم المشاريع العمومية، خاصة مع دخول الجزائر في المخططات التنموية منذ سنة 2001، حيث أن هناك العديد من المشاريع التي تعرف تأخرا كبيرا في مدة الانجاز، واستهلاكها لجزء كبير من الاعتمادات المخصصة لها، في المراحل الأولى من بداية تنفيذها، كما أن البعض الآخر منها رغم مصادقة السلطة المختصة على تنفيذها،² إلا أنها تعرف تأخرا في انطلاق الأشغال بها لعدة أسباب، كغياب أرضية الإنجاز نتيجة المدة الزمنية المتفاوتة التي تمر بها إجراءات نزع الملكية، في ظل هيمنة النظام البيروقراطي على الإدارة الجزائرية، وغياب التنسيق بين مختلف مصالح الوزارات المعنية. مما يقلل زمن دراسات الجدوى بها وأحيانا يتم

¹ رشو عبد القادر، راتول محمد، المقال السابق، ص 111.

² عمراني مصطفى، واقع وآفاق إصلاح التشريع المحاسبي الجزائري، الملتقى المغاربي الأول، الإصلاح الإداري في التشريعات المغاربية-واقع وآفاق-، يومي 12-13 أبريل 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر.

الشروع في تنفيذها قبل اكتمال دراسات نضج المشروع. وهو ما يؤثر سلبيا على فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام.

كما أن نظام الرقابة على حسن استغلال الأموال العمومية، في البرامج التنموية رغم تعدده، إلا أنه غالبا ما يكون نظام رقابي شكلي، كون معظم أنواع الرقابة من مختلف الأجهزة الرقابية في الدولة سواء المفتشية العامة للمالية، مجلس المحاسبة، السلطة التشريعية. هي عبارة عن رقابة بعدية تتم على أساس الوثائق والمستندات فقط.¹ دون قياس العلاقة بين النتائج المحصل عليها، والوسائل المخصصة لإنجاز المشروع والذي يعبر عنه بالنجاعة، ومقارنة هذا الأخير بتحقيق الأهداف المسطرة والمعبر عنها بفعالية الطلب العمومي.

ومن بين أهم النقائص التي تميز النظام الموازني في الجزائر، عدم إمكانية إسترجاع الأموال في حالة سوء تسييرها، خاصة من طرف الأجهزة المكلفة بتسيير وتنفيذ المشاريع العمومية.² ونذكر في هذا الشأن على سبيل المثال:

- تسيير ميزانية الاستثمار العمومي يتم حسب الوسائل المعبئة، أي عن طريق ميزانية وسائل وليس ميزانية أهداف،³ وهذا ما يفسر لجوء الأمرين بالصرف عند قرب نهاية السنة المالية، إلى بذل كافة مجهوداتهم لاستهلاك الإعتمادات المخصصة لهم، كإعادة تجديد الأرصفة وطلاء المباني وغيرها من الأشغال التي تعمل على تبذير المال العام، في ظل غياب المحاسبة والمسائلة على أساس النتائج المحققة في الواقع الميداني وليس على أساس نسبة استهلاك الإعتمادات المالية.

- غياب إبطار تخطيط متعدد السنوات مما ساهم في زيادة عدد المشاريع غير المدروسة، أو ما يعرف بسياسة الحلول المؤقتة لإطفاء الاحتجاجات المطالبة بتحسين الأوضاع.⁴

¹ عمراني مصطفى، جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 126.

² دحو معتصم، بن عبد الرحمن معتصم، المقال السابق، ص 6.

³ عمراني مصطفى، واقع وآفاق إصلاح التشريع المحاسبي الجزائري، الملتقى المغاربي الأول، الإصلاح الإداري في التشريعات المغاربية-واقع وآفاق-، المقال السابق.

⁴ عباس بلغول، المقال السابق، ص 1063.

- غياب نظام معلوماتي فعال يساهم في تبادل المعلومات بين مختلف الوزارات، والمصالح المكلفة بتخطيط وتنفيذ المشاريع العمومية.¹
- توزيع الإعتمادات يتم وفقا لأسلوب التفاوض والمساومة بين مختلف الوزارات، ووزارة المالية دون الإهتمام بأهداف الطلبات العمومية ونتائجها.²
- غياب صورة توجهات السياسة الاقتصادية والمالية لمختلف الوزارات، ومصالحها الخارجية مما يجعل البرامج والمشاريع المقترحة تفقد قدرا كبيرا من التكامل والفعالية.³
- صعوبة فهم الوثائق المحاسبية المعتمدة في إطار تطبيق المدونة الحالية للمحاسبة، مما يؤدي إلى خلق نوع من الغموض حول بعض العمليات المالية للدولة.⁴
- النظام المحاسبي للدولة يتسم بنوع من الجمود والصعوبة في مسايرة التطورات المالية العامة في الجزائر، وذلك من خلال اقتصار عملية التقييد المحاسبي للدولة على تسجيل عمليات الصندوق فقط.⁵ أي العمليات الخاصة بتحصيل الإيرادات، ودفع النفقات المدرجة ضمن الميزانية العامة للدولة لمختلف الوزارات، مهمة بذلك أهم عناصر أصول الدولة من أملاك عقارية ومنقولات، حقوق الدولة وديونها، التي تتم متابعتها خارج الإطار المحاسبي من طرف مختلف المصالح المعنية، الأمر الذي يترتب عنه إهمال كبير لجزء هام من الأصول المنقولة وغير منقولة للدولة نظرا لصعوبة التحكم في المعطيات الخاصة بالقيمة الحقيقية لها،⁶ إضافة إلى غياب نظام معلوماتي لتركيز وترصيد مختلف المعلومات المحاسبية، على المستوى المركزي لدى وزارة المالية، ساهم في تأخر حصر المعلومات واتخاذ القرارات. وهو ما يقف حاجزا أمام تجسيد سياسة عقلنة النفقات العمومية وكذا التسيير العصري للمالية العمومية.⁷

¹ عباس بلغول، المقال السابق، ص 1064.

² عمراني مصطفى، واقع وآفاق إصلاح التشريع المحاسبي الجزائري، الملتقى المغاربي الأول، الإصلاح الإداري في التشريعات المغاربية-واقع وآفاق-، المقال السابق.

³ نفس المقال.

⁴ نفس المقال.

⁵ نفس المقال.

⁶ عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تبيين الإيرادات -دراسة حالة الرسم العقاري ورسم التطهير لبلدية بشار، المقال السابق.

⁷ عمراني مصطفى، واقع وآفاق إصلاح التشريع المحاسبي الجزائري، الملتقى المغاربي الأول، الإصلاح الإداري في التشريعات المغاربية-واقع وآفاق-، المقال السابق.

البند الثاني: الصعوبات المفتعلة

نقصد بالصعوبات المفتعلة والتي كانت دائما السبب الرئيسي وراء عدم تحقيق فعالية الطلبات العمومية، المرجوة رغم الحجم الهائل للأموال العمومية لإنجاح مشاريع عمومية بهدف تلبية مصلحة عامة. ولعل الفساد المالي والإداري السبب الرئيسي بلا منازع في ذلك (أ)، بالإضافة إلى الابتعاد عن مناهج التقييم العلمي لتنفيذ الطلبات العمومية (ب).

أ. الفساد الإداري والمالي

يظهر الفساد بصفة عامة في عدة جوانب اقتصادية وسياسية واجتماعية، قصد تحقيق منفعة خاصة على حساب المصلحة العامة، ويعتبر الفساد الإداري والمالي من أبرز القضايا التي تواجه تجسيد الطلبات العمومية، فهو ظاهرة عالمية تواجهها كل الدول باختلاف درجة نموها وتطورها، ويعد الفساد وأنواعه من أخطر تحديات الإدارة. إذ يعمل على شل المحرك الرئيسي لنشاط الدولة وهيئاتها التنفيذية،¹ وقد أحدثت مؤخرا ملفات فساد ضخمة منذ مطلع شهر أفريل 2019، جراء سلسلة الفضائح التي هزت عمق الإقتصاد الجزائري، كما أعيد فتح ملف صفقات سوناطراك مع الشركة الإيطالية "إيني"،² وذلك بعد فتح القضاء الإيطالي التحقيق في عقود وصفقات شركة إيني من خلال منحها لعمولات ورشاوي للاستفادة من صفقات ضخمة في عدة دول، لتمتد ارتدادات القضية إلى الجزائر مع فتح تحقيقات أفضت إلى توقيف عدة إطارات من مجمع سوناطراك، وإقالة

¹ عمراني مصطفى، جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 130.

² إيني الوكالة الوطنية للمحروقات الإيطالية: هي شركة عملاقة لإستكشاف واستخراج النفط لها وجود في أكثر من 85 بلد. تأسست بعد الحرب العالمية الثانية لسد احتياجات إيطاليا من النفط. وأصبحت الآن مجموعة نفطية من أكبر الشركات الأوروبية تضم عدد من الشركات الصغيرة والمتوسطة. وقد يكون سبب نمو الشركة بهذه السرعة استثمارها في الاتحاد السوفيتي وأوروبا الشيوعية وإيران خلال الحرب الباردة، وكل من ليبيا، الجزائر منذ سنوات الثمانينات، كما تقوم الشركة أيضا بتصنيع وإنشاء منصات لاستخراج النفط والغاز من أعالي البحار، وقد تحصلت الشركة على عقود هامة في سياق عمليات العصرية والتطوير التي باشرتها الجزائر والتي سمحت لها بإقامة أنبوبين للغاز. الأول يخص إيطاليا عبر تونس، والثاني إسبانيا عبر المغرب. وأبرمت الشركة أول عقودها في الجزائر خلال الفترة الممتدة بين سنة 1972 و 1977 لتختتم على وقع فضائح رشوة وفساد حركت القضاء الإيطالي والجزائري مع مطلع سنة 2010. وقد أعيد فتح الملف مؤخرا، في أواخر شهر أفريل 2019.

الوزير السابق للطاقة والمناجم "شكيب خليل" فيما أعتبر تسهيلات في منح صفقات ضخمة بصيغة التراضي بقيمة تفوق 6.5 مليار دولار سنة 2008. ومن بينها مشروع غاز "جي كا 3" والذي كان سيسمح في دعم نقل الغاز إلى حدود 9 ملايين متر مكعب، وتمويل أنبوب غاز غالسي بين الجزائر وإيطاليا الذي بلغت صفقته 580 مليون دولار، كما تم الكشف أيضا عن عقود أخرى بين سنة 2007 و 2009 جُلها تمت بالتراضي،¹ وهذا ما يجعل الجزائر ضمن الدول الأكثر فسادا في العالم وفق منظمة الشفافية الدولية.

ب. الابتعاد عن مناهج التقييم العلمية

إن عملية اتخاذ قرار بشأن الطلب العمومي، فمثلا في مجال البنية التحتية لا بد أن تراعى الأهداف الاقتصادية، الاجتماعية،... إلخ للوصول إلى تحقيق المنفعة العامة والتي تعد صدارة الأهداف والأولويات. وهو ما يعبر عنها بفاعلية الطلب العمومي. وذلك من خلال التخطيط على المدى المتوسط والبعيد، عن طريق طرح عدد من البدائل التي تساعد على ضمان اختيار العرض الأمثل وفق الطرق والمناهج العلمية الحديثة لتحقيق تلك الأهداف. إلا أن المنتبغ لكيفية تجسيد البرامج التنموية في الجزائر، يرى قوة ومكانة القرار السياسي والإداري وهيمنته على القرار الاقتصادي المدروس في أغلب الأحيان، في ظل ضعف أجهزة التخطيط ومكاتب الدراسات المحلية، وعجزها عن مسايرة المناهج والأساليب الدولية في تقييم واختيار المشاريع في ظل نقص وتضارب البيانات الإحصائية.² ومن جهة أخرى، فمن خلال القرار السياسي والإداري يتم تقييم المشاريع العمومية، وفق المتغيرات الآنية الداخلية خاصة في ما يخص المطالب الشعبية المطالبة بتوفير الحاجات العامة كالمراكز الصحية، المدارس، تعبيد الطرقات... إلخ على أن لا يخضع صانع القرار إلى القواعد والمناهج العلمية الحديثة، وإنما غالبا ما يكون هذا النوع من المشاريع استجابة لضغوطات الشارع، وبطريقة ارتجالية من صانع القرار على مستوى الوزارات المعنية بالقطاع، تقاديا للانزلاقات التي قد تهدد النظام السياسي. وهذا ما يبرر وجود مشاريع عمومية

¹ حفيظ صوالي، مقال بعنوان: قضية سوناطراك -إيني وما خفي كان أعظم، جريدة الشروق اليومي ليوم 18 فيفري 2012،

العدد 393، ص 13.

² عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تميم الإيرادات -دراسة حالة الرسم العقاري ورسم التطهير لبلدية بشار، المقال السابق.

استثمارية رغم انخفاض مردوديتها المالية، فالقرار بالاستثمار في مجال أو قطاع معين يتخذ قبل ظهور نتائج الدراسات القبلية.¹

إن الابتعاد عن الطرق والأساليب العلمية، في تقييم المشاريع العمومية في الجزائر وهيمنة القرارات السياسية والإدارية على اختيار المشاريع العمومية، في ميزانية التجهيز العمومي. خلق نوعا من التفاوت بين مختلف القطاعات، ويتجلى ذلك من خلال تدني حجم الإعتمادات المالية السنوية المخصصة لقطاع، مقارنة بقطاع آخر تتمتع وزارته بنفوذ كبير.

الفرع الثالث: المعايير والمناهج العلمية لتحديد الطلبات العمومية

في إطار جهود الدولة لتفادي مختلف المشاكل والعراقيل التي تعاني منها الطلبات العمومية سواء خلال مرحلة التخطيط وإعداد الدراسات، أو خلال مرحلة التنفيذ والمتابعة خاصة في الجانب المالي والتقني منها كضمان لبلوغ فعالية الطلبات العمومية، ومطابقتها للمعايير التقنية المعمول بها دوليا. ففي جانب أشغال البناء يتم احترام آجال الإنجاز، التقليل من حجم الفجوة بين التكاليف التقديرية والتكاليف الحقيقية في ظل ارتفاع تكاليف إعادة التقييم.²

وفي هذا السياق، شددت وزارة المالية على ضرورة إدراج دراسات الجدوى للمشاريع كاملة قبل بداية التنفيذ، وذلك من خلال استعمال مختلف الأساليب والمناهج في دراسات الجدوى (البند الأول)، بالإضافة إلى استعمال مختلف مؤشرات الأداء لقياس الآثار الجانبية للمشروع (البند الثاني)، على مختلف القطاعات والمجالات سواء ما تعلق منها بالاقتصاد، البيئة، أو في مجال السكن.³

¹ حفيظ صواليلي، المقال السابق.

² زناتي مصطفى، المقال السابق، ص 46.

³ عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تثمان استعادة النفايات... ضرورة بيئية ومنجم ذهب " ساورة نت أنموذجا"، المقال السابق.

البند الأول: استعمال مختلف أساليب ومناهج دراسات الجدوى

لضمان أكثر فعالية لاختيار وتنفيذ الطلبات العمومية، قامت الدولة بإنشاء الصندوق الوطني للتجهيز من أجل التنمية سنة 2004 تحت وصاية وزارة المالية،¹ بهدف رفع فعالية مصاريف التجهيز وتحسين مسار تقييم ومتابعة المشاريع الكبرى للمرافق الاقتصادية والاجتماعية وتنويع موارد التمويل وضمان الاستغلال الأمثل لتكاليف المشاريع الكبرى. كما يتكفل الصندوق بالتقييم التقني والاقتصادي والاجتماعي للمشاريع الكبرى ومتابعة انجازها، ويجري تقييما لفعالية المصاريف العمومية ذات الصلة، ويمنح دعم تقني للوزارات ولأصحاب المشاريع لا سيما تلك المشاريع التي يفوق غلافها المالي 20 مليار دج أي ما يعادل حوالي 260 مليون دولار على أساس سعر صرف متوقع ب 76 دينار مقابل 1 دولار، أو تلك المشاريع التي تتميز بأهمية بعدها الاقتصادي والاجتماعي للبلاد. كما أكد الصندوق على أنه في حالة ما إذا تجاوزت عملية إعادة التقييم 15% من قيمة المشروع يتعين على وزير القطاع تبرير هذا الارتفاع أمام مجلس الوزراء.²

ومع بداية سنة 2010 قام الصندوق بإنشاء دليل حول تسيير كبريات المشاريع الخاصة بالمنشآت الاقتصادية والاجتماعية، يحتوي على مختلف الأحكام والتعليمات بمتابعة النفقات العمومية متابعة صارمة خاصة فيما يخص منها نفقات المشاريع الكبرى للتجهيز، ويتمحور الدليل حول ثلاثة عناصر أساسية تتمثل في هوية ودراسات نضج المشروع (مختلف الدراسات القبلية للمشروع)، متابعة الإنجاز والتقييم.³

¹ المرسوم التنفيذي رقم 04-162، بتاريخ 05 جويلية 2004، يتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتجهيز من أجل التنمية وتنظيمه ومهامه، (ج.ر. 36، المؤرخة في 06 جويلية 2004).

² لحوّل كمال، المرجع السابق، ص 150.

³ بوعافية سمير، رحالي بلقاسم، المقال السابق، ص 70.

البند الثاني: استعمال مؤشرات قياس الآثار الجانبية للطلبات العمومية

المؤشر هو تقييم رقمي لظاهرة نريد تتبعها ومراقبتها من أجل توضيح وتحديد وضعية ما، وجعلها قابلة للتفسير والتأويل، ويشترط في المؤشر أن يكون واضحاً، معبراً، دقيقاً وملائماً للظاهرة محل الدراسة، ومن المؤشرات التي تسمح بتقييم برنامج ما نميز ما يلي:¹

1. المؤشرات النوعية: وهي المؤشرات التي تعبر عن مدى ملائمة الشروط التي يتم تنفيذ برامج النشاط العمومي فيها.

2. مؤشرات النتائج النهائية: وهي المؤشرات التي تعبر عن الفعالية الاقتصادية والاجتماعية للنشاط العمومي، ونميز بين:

1.2 مؤشرات التأثير: تعبر عن جوانب التغيرات التي شهدتها المحيط، والتي لها علاقة مباشرة بالعمل المنجز.

2.2 مؤشرات الآثار: وهي التي تعبر عن جوانب التغيرات في المحيط والتي لها تأثيرات جانبية للعمل المنجز.

ومن شأن هذه المؤشرات أن تسمح بتقييم الطلبات العمومية من حيث النجاعة والفعالية:

- النجاعة *efficience*: وتقاس بالعلاقة بين النتائج المحصل عليها والوسائل المخصصة للبرامج.²

- الفعالية *efficacité*: وتقاس عن طريق المقارنة بين الأهداف المسطرة والنتائج المتحصل عليها، أي أنها تعبر عن مدى تحقيق الأهداف المسطرة مسبقاً.³

وبناء على ما تم التطرق إليه يمكن القول أن عملية تقييم واختيار الطلبات العمومية تتم وفق نوع المشروع، فإذا كان المشروع العمومي ذو طابع استثماري فيتم تقييمه واختياره وفق أسس ومعايير علمية لتقييم المردودية المالية والاقتصادية للمشاريع الاستثمارية، دون الأخذ بعين

¹ لحوّل كمال، المرجع السابق، ص 152.

² نفس المرجع، ص 153.

³ نفس المرجع، ص 155.

الاعتبار الأسعار الحقيقية في عملية التقييم. وهو ما أشار إليه المشرع بانتقاء العرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، وهذا من شأنه تحقيق فعالية الطلبات العمومية، أما إذا كان الطلب العمومي من بين المشاريع المدرجة في ميزانية التجهيز العمومي، فلاحظنا غياب شبه كلي لمعايير وأساليب التحليل العلمي لهذا النوع من المشاريع، في ظل هيمنة القرار السياسي والإداري على القرار الاقتصادي، دون النظر في منافع وتكاليف المشروع، وهذا نتج عنه نقص فعالية هذه المشاريع مقابل عدم نجاعة آليات تجسيدها، إما عن طريق الصفقات العمومية، أو تفويضات المرفق العام، أو عن طريق عقود الشراكة. مما أدى إلى فتح الباب واسعا أمام الفساد بمختلف أشكاله.

المبحث الثاني: ضمانات حماية المال العام

يتسم الفساد بالخطورة بالنظر للآثار التي يخلقها، كما له عواقب وخيمة تهدم الأسس المجتمعية، فهو وباء ينخر كيان المجتمع ويعيق برامج التنمية، كما يخل بمبادئ العدالة والنزاهة والمساواة داخله.

فالفساد في مجال الصفقات العمومية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة الدولة في المجتمع.¹ بحيث تعتبر الصفقات العمومية المجال الأكثر تعرضاً للفساد بشتى صورته، ويأخذ في مجال الصفقات العمومية صورة الامتيازات غير المبررة، الرشوة، تلقي الهدايا، تعارض المصالح...إلخ.

ولضمان المساواة في المعاملة بين المرشحين في إجراءات منح الصفقات العمومية. وبهدف الوقاية من الفساد ومكافحته، أنشئ المشرع الجزائري على غرار بقية المشرعين آليات محددة والتي من خلالها يمكن معاقبة أي مناورة أو إجراء يهدف إلى الإخلال بمبدأ المساواة، أو الإضرار بالمال العام بمناسبة إعداد أو إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية.

وبالتالي، ومن أجل هذا الغرض وتعزيزاً لمبدأ المساواة. يمنع المشرع أي سلوك يمس بنزاهة إجراءات منح الصفقات العمومية، بغرض الوقاية من الفساد. من خلال تعزيز مبدأ المساواة في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد، عن طريق منع تعارض المصالح. من خلال التعريف بتعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية، والتطرق للإجراءات القانونية المنتهجة لتفادي هذه الظاهرة (المطلب الأول) والحد من منح امتيازات غير مبررة (المطلب الثاني).

¹ علة كريمة، المرجع السابق، ص 04.

المطلب الأول: مبدأ المساواة كآلية لمنع تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية

يجد مبدأ المساواة صعوبة أو بالكاد يستطيع أن يطبق الوظائف المنوطة به في مجال الصفقات العمومية كما مرّ معنا في المباحث السابقة، ولعل هذا الأمر يعود إلى سببين:

أولاً: تأخر المشرع لحد الآن في إصدار المرسوم التنفيذي، الذي يحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشأة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي من بين مهامها إعداد مدونة أدبيات وأخلاق المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنصوص عليها بموجب المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ثانياً: إثبات صحة الفرضية القائلة: "الصفقات العمومية أرض خصبة لتعارض المصالح"، وهذا ما أكدته العديد من أبحاث الفقهاء أمثال PAUL CASSIA¹ وفي سياق مجال البحث، وباعتبار مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، من بين الآليات المرصودة للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية من خلال منع تعارض المصالح. نتطرق في هذا المطلب للتعريف بالحالات التي يكون فيها العون العمومي في حالات تعارض المصالح (الفرع الأول)، وباعتبار التعريف بتعارض المصالح غير كافي مالم نتطرق للإجراءات المكرسة لمنع هذا التعارض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لتعارض المصالح

لا شك بأن حجم الاهتمام الذي يبديه المشرع بظاهرة تعارض المصالح، يعبر عن وعي وإدراك المجتمع ومؤسساته لمدى خطورة هذه الظاهرة، ودورها في شيوع الفساد.² إلا أن إرادة المشرع لم تكتمل بعد في الوقاية من هذه الظاهرة ومكافحتها، فبرغم من سن قوانين خاصة بتعارض المصالح على مستوى المرسوم الرئاسي 15-247، والقانون 06-01، المتضمن الوقاية

¹ "La passation des contrats de la commande publique est un terreau fertile aux conflits d'intérêts", PAUL CASSIA, Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique, AJDA 2012, p 1040.

² عنان جمال الدين، مكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية جريمة تعارض المصالح نموذجاً، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 9، مارس 2018، ص 1007.

من الفساد ومكافحته. إلا أننا ننتظر لحد الآن صدور المرسوم التنظيمي، المتعلق بسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي من بين مهامها إعداد مدونة وأدبيات أخلاق المهنة.

وفي هذا الإطار، نتناول بالدراسة أهم تلك الجهود المبذولة في مجال الوقاية من تعارض المصالح، من خلال التعريف بالإطار المفاهيمي (البند الأول)، ثم التعريف القانوني لتعارض المصالح (البند الثاني).

البند الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لتعارض المصالح

نتطرق في هذا البند من الدراسة، للتعريف بمصطلح تعارض المصالح لغتاً (أ) ثم التعريف الاصطلاحي لتعارض المصالح (ب).

أ. تعارض المصالح لغة

1. التعارض في اللغة: التعارض مصدر تعارض، والمراد بالتعارض الممانعة على سبيل المقابلة، يقال: عارض الشيء بالشيء معارضةً أي قابله، وعارض كتابي بكتابه، أي قابله.

والعرض: الأمر يعرض للرجل يبتلى به، يقال: عرض لي في الطريق عارضٌ من جبل ونحوه، أي مانع يمنع من المضي.¹

2. المصالح في اللغة: المصالح جمع، ومفردا مصلحة، والمصلحة: الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح والاستصلاح نقيض الاستفسار، فأصلح الشيء بعد فساده أقامه وأصلحه: أتى بالصلاح وهو الخير والصواب. وأصلح القرية: أي أحسن إليها فصلحت. وأصلح في عمله أو أمره: أتى بما هو صالح ونافع. وأصلح بينهما أو ما بينهما: أزال ما بينهما من عداوة وشقاق.²

¹ ابن منظور، لسان العرب، فهرس حرف العين، مادة عارض، عرض 345/2، الجزء 15، ط3، دار صادر، بيروت، نسخة منقحة 2010.

² نفس المرجع، فهرس حرف الصاد، مادة: صلح 516/2.

ب. التعريف الاصطلاحي لتعارض المصالح

نتطرق لتعريف تعارض المصالح وفقاً للمجلس الأوروبي ومنظمة التعاون والتطور الاقتصادي OCDE¹ والتي ذكرت التعريف التالي: "تعارض المصالح يعني ضمناً تعارضاً بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة لموظف عمومي والذي من خلالها يملك هذا الموظف العمومي في إطار خاص مصالح التي يمكن أن تؤثر بشكل غير صحيح على الطريقة التي تفي بالتزاماته ومسؤولياته."²

ونستنتج من هذا التعريف بأن تعارض المصالح يمكن أن يعني الفترة الحاضرة والفترة الماضية، وفي هذا الإطار فإن منظمة التعاون والتطور الاقتصادي (OCDE) تلاحظ ثلاثة أشكال في تعارض المصالح:

التعارض المحتمل: "وهو التعارض الذي يشير إلى الحالة التي يكون فيها الشخص الذي يشغل سلطة عمومية بالنظر إلى مصالحه الخاصة، أثناء ممارسته مهام وظيفة عمومية معينة (لاسيما بعد تعيينه) والتي تضعه في وضعية تعارض مصالح."³

التعارض الظاهر: "هو الوضع الذي تكون فيه المصالح الخاصة للموظف بادية بشكل طبيعي ويحتمل أن تؤثر على طريقة أدائه."⁴

التعارض الحقيقي: "يشير إلى الوضعية التي من خلالها تثبت فيها أن مصلحة خاصة مؤثرة على تصرف الشخص الذي يمارس مهامه الوظيفية."⁵

¹ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE.

² ترجمة خاصة وجاء تعريف OCDE كالآتي:

« Un conflit d'intérêts implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités». site internet, www.conflits-interets.fr.

³ بوغازي سماعيل، جريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2014-2015، ص: 26.

⁴ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁵ نفس المرجع، ص 27.

البند الثاني: التعريف القانوني لتعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية

بعد التطرق للتعريف اللغوي والاصطلاحي لتعارض المصالح، نتطرق في هذا البند إلى التعريف القانوني لتعارض المصالح دراسة مقارنة باعتبار كل من المشرع المصري والكندي أصدر قوانين خاصة بتعارض المصالح، وبالتالي نتطرق لتعريف تعارض المصالح بالنسبة للمشرع الجزائري (أ) ثم المشرع المصري (ب) وأخيرا المشرع الكندي (ج).

أ. التعريف القانوني لتعارض المصالح بالنسبة للمشرع الجزائري

1. بالنسبة للمرسوم الرئاسي 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نص المشرع في المادة 88 ضمن القسم الثامن الخاص بمكافحة الفساد والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بتعهد واحترام الأعوان العموميين المتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة، والتي تعدها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. كما يجب عليهم الإمضاء على تصريح بعدم وجود تضارب المصالح. إلا أن الواقع يثبت في بعض الحالات، أين تكون لجنة فتح وتقييم العروض، الهيئة المسؤولة عن اختيار المتعامل المتعاقد الفائز بالصفقة. وقد تفضي عملية الاختيار هذه إلى وجود تعارض في المصالح، لأن أحد أعضاء هذه اللجنة قد يكون له مصلحة في منح الصفقة لمرشح معين.

وفي إطار الإجراءات المعززة للوقاية من تعارض المصالح، يعمل مبدأ المساواة في هذه المرحلة بالخصوص للإشراف، وتأطير الإجراءات والقواعد المتعلقة بتشكيل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وتحديد قواعد تنظيمها وانعقاد نصابها. في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها. كما مر معنا في المباحث السابقة من هذه الدراسة.

وعليه ورد تعريف تعارض المصالح حسب المشرع الجزائري ضمن المادة 90 من المرسوم الرئاسي 15-247 كالتالي: "عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتحى عن هذه المهمة."

2. بالنسبة القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم. يتم تعريف تعارض المصالح، في المادة 08 منه على أنه: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد".

ويختلف نص المادة 8 في صيغتها باللغة الفرنسية عن النص بالعربية، وهكذا صيغت المادة 8 في نسختها بالفرنسية كالتالي: " Lorsque les intérêts privés d'un agent public coïncide avec l'intérêt public et sont susceptibles d'influencer l'exercice normal de ses fonctions, ce dernier est tenu d'informer son autorité hiérarchique".

وترجمتها بالعربية: " يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تلاققت (تطابقت) مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة وكان من شأن ذلك التأثير على ممارسة مهامه بشكل عادي".¹

والنص في صيغته باللغة الفرنسية، أحسن من النص في نسخته بالعربية وأكثر انسجاما واتساقا مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 19 أبريل 2004، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، المتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003،² في الدليل التشريعي لتنفيذها على أنه: "تسعى كل دولة طرف، عند الاقتضاء ووفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي إلى وضع تدابير ونظم تلزم الموظفين العموميين بأن يفصحوا

¹ بومنصور نورة، المواحة القانونية لتعارض المصالح في الإدارة العمومية دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 8، العدد 2، 2017، ص 518.

² المرسوم الرئاسي رقم 04-128، بتاريخ 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، (ج ر 26، المؤرخة في 2004).

للسلطات العمومية عن أشياء منها مالهم من أنشطة خارجية وعمل وظيفي وموجودات وهبات أو منافع كبيرة قد تفضي إلى تضارب في المصالح مع مهامهم كموظفين عموميين".¹

والملاحظ في تعريف المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247، والقانون رقم 06-01، نجد أنه لم يعرف المقصود بتعارض المصالح، ومتى تتلاقى هذه المصالح حتى يمكن للموظف من تقادي هذه الوضعية وما هي المصالح التي من شأنها أن تؤثر على الموظف أثناء تأدية مهامه، مما يجعل ضبطها أمرا صعبا.²

ويقتضي تعارض المصالح أولا، أن يكون للموظف العمومي أنشطة أو عمل وظيفي آخر أو استثمارات أو مشاريع أو موجودات أو هبات تلتقي مع النشاط العمومي الذي يزاوله، كأن يمتلك، شخصا أو بواسطة غيره أو زوجه أو أحد أبنائه، مؤسسة خاصة تتشط في نفس المجال الذي تتشط فيه المؤسسة أو المصلحة التي يعمل لها أو معنية بنفس المشروع الذي يعمل لصالحه أو من أجله.³

ويقتضي، ثانيا، أن يكون من شأن تلاقي المصالح الخاصة للموظف العمومي مع المصلحة العامة أن يؤثر على ممارسته لمهامه بشكل عاد.⁴ ويرجع لقاضي الموضوع تقدير هذه المسألة التي يبقى عبء إثباتها على عاتق النيابة العامة.

ب. التعريف القانوني لتعارض المصالح بالنسبة للمشرع المصري

أصدر المشرع المصري نصاً خاصاً بتعارض المصالح بموجب قانون رقم 106 لسنة 2013 والمؤرخ في 13 نوفمبر 2013، المتعلق بحظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة،

¹ المادة 08 فقرة 05، الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، نشرة الأمم المتحدة، يناير 2008-2010، ص 26.

² بوغازي سماعيل، المرجع السابق ص: 77.

³ عثمانى فاطمة، تجريم عدم تبليغ عن تعارض المصالح تكريس لمكافحة الفساد في الوظائف العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، 2017، ص 418.

⁴ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، منقحة ومتممة، 2012-2013، ص 188.

ويعرفه في المادة الثانية النقطة 3 على أن تعارض المصالح: " كل حالة يكون للمسؤول الحكومي أو الشخص المرتبط به مصلحة مادية أو معنوية تتعارض تعارضا مطلقا أو نسبيا مع ما يتطلبه منصبه أو وظيفته من نزاهة واستقلال وحفاظ على المال العام أو تكون سببا لكسب غير مشروع لنفسه أو للشخص المرتبط."¹

ويعرف المشرع المصري التعارض المطلق: " كل حالة يترتب عليها ضرر مباشر أو محقق للمصلحة أو الوظيفة العامة." أما التعارض النسبي فهو: " كل حالة يحتمل فيها وقوع ضرر للمصلحة أو الوظيفة العامة."²

ج. التعريف القانوني لتعارض المصالح بالنسبة للمشرع الكندي

عرف المشرع الكندي تعارض المصالح في قانون محايد على أنه³: " شخص صاحب سلطة عامة يوجد في حالة تعارض المصالح عند ممارسة السلطة الرسمية أو وظيفة رسمية التي توفر له إمكانية تفضيل مصلحته الخاصة أو مصلحة قريب أو صديق أو تفضيل بطريقة غير قانونية لأي شخص آخر."⁴

ومن أهداف هذا القانون هو وضع مجموعة من الضوابط التي تساعد الموظف العمومي من نقادي الوقوع في حالات تعارض المصالح، وعليه وحسب المشرع الكندي إن تعارض المصالح هو الحالة التي يمكن للشخص أن يجد نفسه تجاه مصلحتين متباينتين، مصلحة عامة ومصلحة خاصة، والذي يكون عليه أمامهما خيار يقوم به.

¹ القانون رقم 106-2013، بتاريخ 13 نوفمبر 2013، المتعلق بحظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة، (ج.ر. 45، المؤرخة في 2013)، جمهورية مصر العربية.

² بوغازي سماعيل، المرجع السابق، ص 80.

³ L.C. 2006, ch. 9, art 2, en vigueur le 09 juillet 2007, Edicté par l'article 2 du chapitre 9 des lois du Canada (2006), en vigueur le 09 juillet 2007, voir TR/ 2007-75, p 5. La version officielle est publiée par le ministre de la justice à l'adresse suivante : <http://lois-laws.justice.gc.ca>. Loi sur les conflits d'intérêt, la présente loi à pour objet: « Pour l'application de la présente loi, "un titulaire de charge publique se trouve en situation de conflit d'intérêts lorsqu'il exerce un pouvoir officiel ou une fonction officielle qui lui fournit la possibilité de favoriser son intérêt personnel ou élu d'un parent ou d'un ami ou de favoriser de façon irrégulière celui de toute autre personne. » نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ ترجمة خاصة.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن جميع التعريفات الواردة لدى جميع المشرعين تنص بوضوح على تعزيز مبدأ المساواة من خلال منع حدوث تعارض المصالح. إلا أن المشرع الجزائري لحد الآن، لم يصدر المرسوم التنفيذي والذي من شأنه أن يحدد مدونة وأدبيات أخلاق المهنة.

الفرع الثاني: الإجراءات المكرسة لمنع تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية

لا يكفي التعريف بظاهرة تعارض المصالح، والتطرق لها بنصوص قانونية ضمن المرسوم الرئاسي 15-247، والقانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحة، أو لدى التشريعات المقارنة. ما لم نتطرق إلى الإجراءات المنتهجة لتفادي تعارض المصالح (البند الأول)، بالإضافة إلى تحديد مسؤولية الأطراف التي يقع على عاتقها مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح (البند الثاني).

البند الأول: الإجراءات المنتهجة لتفادي تعارض المصالح

يهدف تفادي حالات تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية، أدرج المشرع عدة إجراءات تعمل على الحد من تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية، ففي المادة 48 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتعلقة بالمسابقات، والتي تنص على أنه: "يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين." وبذلك نجد أن المشرع يضمن تعزيز مبدأ المساواة في معاملة المرشحين من خلال حظر ومنع تعارض المصالح، في أهم مرحلة من مراحل الصفقات العمومية.

وبالتالي، وطبقا للمادة 91 من المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع أشار كذلك إلى: "تتتأفي العضوية في لجنة التحكيم و العضوية و/أو صفة مقرر في لجنة الصفقات العمومية مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، عندما يتعلق الأمر بنفس الملف."

وبناء على ذلك، وتجسيديا لمنع تعارض المصالح تنص المادة 94 من المرسوم الرئاسي 15-247، على أنه: "لا يمكن صاحب صفقة عمومية اطلع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة. وفي هذه الحالة، يجب على المصلحة

المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين." وتضيف المادة 93 من نفس المرسوم على أنه: "لا يمكن المتعامل الاقتصادي المتعهد في صفقة عمومية أن يكون في وضعية نزاع مصالح ذي علاقة بالصفقة المعنية. وفي حالة ظهور هذه الوضعية، فإنه يجب عليه إعلام المصلحة المتعاقدة بذلك." وعليه فإن المصلحة المتعاقدة يجب أن تحرص على أن لا يكون لأحد أعضاء لجنة فتح وتقييم العروض علاقة بين أحد المرشحين كونه زوج أو ابن أو أحد المقربين. وهذا هو الحال أيضا عندما تكون علاقة مهنية بين موظف سابق والمصلحة المتعاقدة صاحبة العقد لفترة حددها المشرع في المادة 92 من المرسوم 15-247: "لا يمكن المصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (4) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية، بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما." وهي فترة طويلة بما فيه الكفاية لإزالة هذا التعارض في المصالح من خلال الحد من التأثير الفعال من طرف الموظف السابق. وبالتالي عندما لا يمارس الشخص المعني نفوذاً فعلياً،¹ على اختيار المتعامل المتعاقد فلا يعد من قبيل تعارض المصالح.

ونظرا لأهمية هذه الإجراءات، أصدر قسم الصفقات العمومية، رأي قانوني متعلق بالرد حول سؤال متعلق بهذا الشأن مفاده.² لا يمكن لعضو بالمجلس الشعبي البلدي أن يشارك بصفته مقاول في الصفقات والاستشارات المعدة من قبل البلدية التي ينتمي إليها.

¹ النفوذ: هو العمل على تحقيق أهداف يستخدم فيها وسائل مختلفة من بينها الإكراه أو الإرغام، ومنها التراضي أو الإغراء، وقد يكون بالاثنتين معا، أي التهيب والترغيب، وذلك دون استثناء إلى حق مخول لذلك من قواعد أو قوانين. وغالبا ما يشير النفوذ إلى قوة غير نظامية، تتمثل في القدرة على التأثير في صانعي القرارات، من أجل تحقيق أهداف معينة، وهو يمارس عادة من جانب العناصر القيادية التي لا تشغل أية مناصب رسمية في المجتمع، وذلك عن طريق عمليات الاتصال السياسي والتفاعل الاجتماعي التي تباشرها عبر وسائل الاتصال الجماهيري والأحزاب السياسية، أو داخل جماعات الضغط والمصلحة، سواء باستخدام وسائل الاستمالة والإقناع، أو بممارسة أساليب التهديد والترهيب والإرغام غير المشروعة. وقد يتم ممارسة النفوذ بطريقة مباشرة أو ملتوية، أو بطريقة خفية. أنظر، حسين عبد الحميد أحمد رشوان، القوة والسلطة والنفوذ، مركز الإسكندرية للكتاب، 64 ش د. مصطفى مشرفة-الأزاريطة- مصر، 2006-2007، ص 201.

² الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 744 و/م.ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2018، بتاريخ 25 جويلية 2018. أنظر كذلك، الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 930 و/م.ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 01 ديسمبر 2016.

أما في حالة مشاركة ابن عضو بالمجلس الشعبي البلدي فيما سبق ذكره، فلا يجب أن يكون هذا العضو ضمن تشكيلة لجنة الصفقات العمومية للبلدية (عضوا أو مقرر)، لدراسة ملف إبنه، ماعدا ذلك يمكن له المشاركة في صفقات واستشارات البلدية، وذلك إحترام المبادئ العامة المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247.

البند الثاني: مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح

تقع مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح بالدرجة الأولى على عاتق المصلحة المتعاقدة (أ) إلا أن الواقع العملي، أجبر المشرع بتحميل العون العمومي جزء من مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح (ب).

أ. مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح بالنسبة للمصلحة المتعاقدة

كما تبين من التعاريف السابقة، يستند تعارض المصالح إلى العلاقات بين أطراف العقد، وعلى المصلحة المتعاقدة أن تأخذ في الاعتبار تحديد طبيعة هذه العلاقات من حيث شدتها ومدتها.¹ والمشكلة التي تواجه المصلحة المتعاقدة في تحديد تعارض المصالح، كون هذه الأخيرة لا تنشأ من علاقات مالية فقط. بل تشمل أيضا علاقات شخصية، وهو الأمر الذي يفتح مجالا واسعا يشمل علاقة الروابط الأسرية، وقد تمتد حتى إلى العلاقات البعيدة والصديقة.²

وتقع مسؤولية الكشف عن مثل هذه المواقف من تعارض المصالح، على عاتق المصلحة المتعاقدة، والتي يجب عليها ليس فقط تحديد طبيعة الروابط التي يحتمل أن تميز مثل هذه الحالة، بل يجب عليها أيضا التحقق من أن الموظف متمكن من التأثير على نتيجة إجراءات منح الصفقة العمومية بالنسبة لجميع مراحل الصفقة العمومية، وبالخصوص في مرحلة فتح وتقييم العروض. تعزيزا لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

ومادام أن المشرع الجزائري، حرّم على الموظف العمومي ممارسة أي نشاط خاص مريح ماعدا الحالات الاستثنائية المذكورة في الأمر 06-03، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة

¹ عنان جمال الدين، المقال السابق، ص 1010.

² MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 56.

العمومية،¹ فإن جريمة تعارض المصالح تقوم أساساً على مزاولة أنشطة موازية تتدرج في إطار اختصاص الموظف العمومي من قبل شخص آخر يكون إما صديقاً أو قريباً يمتلك مقابلة أو سجلاً تجارياً يزاول به نشاطه.²

وعلى هذا الأساس، تحظر مدونة وأدبيات أخلاق المهنة التي تعدها المصلحة المتعاقدة بوجه عام، تعارض المصالح وتساعد هذه المدونة في الحد من المشكلات المتعلقة بتعارض المصالح. إذ يمكن أن تبين إلى أي مدى ينبغي تجنب تعارض المصالح، وما ينبغي على الأطراف فعله.³ على سبيل المثال الإفصاح على حالات تعارض المصالح، الاعتذار عن المشاركة، وغير ذلك من بيانات. ومن ثم لا يستطيع الأعوان العموميين ادعاء أنهم كانوا لا يعلمون بأن هذه التصرفات التي قاموا بها تعد أخلاقية. وبنفس القدر من الأهمية، يساعد التهديد باتخاذ إجراءات تأديبية من طرف المصلحة المتعاقدة ضد العون العمومي، على سبيل المثال شطب اسمه نهائياً من تولى عضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، أو أي منصب نوعي خلال مساره المهني. في الحد من تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية.

ب. مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح بالنسبة للعون العمومي

ونظراً إلى أن مدونة وأدبيات أخلاق المهنة لا يمكن أن تغطي جميع المواقف، فنقترح إنشاء مفوضية معنية بشؤون الأخلاقيات، وينبغي أن تعين الهيئة التشريعية المفوض المعني بشؤون الأخلاقيات وأن يرفع إليها تقاريره. وبالتالي نرى، أنه أفضل طريقة لتجنب العواقب التي تفرضها النصوص القانونية التي تعالج تعارض المصالح هي قيام الموظف بالكشف عن حالة تعارض المصالح، لمسؤول المصلحة المتعاقدة متى توفرت حالة التعارض، فالموظف بهذه الحالة سيتم

¹ نصت المادة 44 الفقرة الأولى: "بغض النظر عن أحكام الفقرة الأولى من المادة 85 أعلاه، يمكن الموظفين المنتمين إلى أسلاك أساتذة التعليم العالي والباحثين وكذا أسلاك الممارسين الطبيين المتخصصين، ممارسة نشاط مريح في إطار خاص يوافق تخصصهم". الأمر رقم 06-03، بتاريخ 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، (ج.ر. 46، المؤرخة في 16 جويلية 2006).

² بوغازي سماعيل، المرجع السابق، ص 129. أنظر كذلك، المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين، واردة في مرفق قرار الجمعية العامة 59/51 في 12 ديسمبر 1996 www.pfcmc.com.

³ بومنصور نورة، المقال السابق، ص 520.

إبعاده عن لجنة فتح وتقييم العروض في الموضوع الذي ينطبق عليه تعارض المصالح. وفي مقابل ذلك سوف يكسب هذا الموظف احتراماً كبيراً من مسؤوله ومن كافة زملائه بالعمل، فأعلانه عن تعارض المصالح يخلق جو من الراحة في العمل لدى كافة الأطراف من المسؤولين والموظفين. كما يكسب ثقة المتعاملين الاقتصاديين بالمصلحة المتعاقدة، ويعزز بذلك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، فضلاً عن ذلك يجنب العون العمومي نفسه مساءلة قانونية هو في غنى عنها.

ويشكل عام، فإن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين له وظيفة وقائية تجنب كل من المصلحة المتعاقدة، والعون العمومي من الوقوع في تعارض المصالح، وتعاقب عليه في حالة حدوثه. ولهذا المبدأ أيضاً وظيفة جنائية، حيث يكون سلوك المصلحة المتعاقدة مشابهاً لجريمة منح امتيازات غير مبررة.

المطلب الثاني: مبدأ المساواة كآلية للوقاية من جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

يكاد ينعقد الإجماع بين الفقهاء، في الفكر السياسي الوضعي المعاصر، على أن مبدأ المساواة، هو الأساس والجوهر لمفهوم الحرية في مختلف ميادينها، حتى قيل أنه، إذا لم تكن ثمة مساواة بين الأفراد في التمتع بالحرية، فإنه لا يصح الادعاء بأن ثمة حرية، لأن المساواة هي أساس الحرية.¹ وبخلاف ذلك يحل محلها اللامساواة، وتنتشر ثقافة المحاباة من خلال تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة.

وبهدف الوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية، يعمل مبدأ المساواة في معاملة المرشحين بالحد من جريمة الامتيازات غير المبررة من خلال التطرق للإطار المفاهيمي لها، بالنسبة للمشرع الجزائري ونظيره الفرنسي (الفرع الأول)، ثم تحديد الإجراءات المكرسة لتفادي هذه

¹ علي قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفقعة الإسلامي "دراسة مقارنة" في الأصول النظرية وآليات الممارسة مع التطبيق على الوضع في الجزائر رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2004-2005، ص 35.

الجريمة(البند الثاني) من خلال التطرق لتحديد صور الإخلال، بمبدأ المساواة خلال مراحل تنفيذ الصفقة العمومية.

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لجريمة الامتيازات غير المبررة

بهدف تحديد الإطار المفاهيمي، لجريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية نتناول في هذا الفرع مفهوم الامتيازات غير المبررة بالنسبة للمشرع الجزائري(البند الأول)، ثم مفهومها بالنسبة للمشرع الفرنسي(البند الثاني).

البند الأول: بالنسبة للمشرع الجزائري

جريمة منح امتيازات غير مبررة يرادفها فقها مصطلح المحاباة أو المفاضلة والتي تعني في اللغة العربية "العطية" يقال حبوته الرجل بالمد والكسر، أعطيته الشيء بغير عوض وحاباه سامحه مأخوذ من حبوته إذا أعطيته.¹

لم يتناول المشرع تعريف جريمة الامتيازات غير المبررة، تاركا ذلك لاجتهادات الفقهاء ورجال القانون، هذا ما يدفعنا للبحث إلى استخلاص ما يفيد تعريف هذه الجريمة على المستوى القانوني. وعليه، وبالاستناد إلى نص المادة 26 الفقرة الأولى من القانون 06-01 الذي جاءت تحت عنوان منح امتيازات غير مبررة فيمكننا أن نصل إلى أنها مخالفة التشريع والتنظيم الذي يحكم الصفقات العمومية من طرف الموظف العمومي، المكلف بإبرام الصفقة أو تنفيذها أو مراجعتها من أجل إعطاء أحد المتعاملين مع الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية امتيازات غير مبررة،² أي

¹ المحاباة هي التسمية الفقهية، وهي الفعل المنصوص عليه في المادة 26-01 المعدلة بموجب المادة 2 من القانون رقم 11-15، بتاريخ 2 غشت 2011، يعدل ويتم القانون رقم 06-01، بتاريخ 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر. 44، المؤرخة في 10 غشت 2011): "كل موظف عمومي يمنح، عمدا، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات."

² بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو مولود معمري، 2013، ص 11.

هي تبجيل أحد المتنافسين وتفضيله على غيره دون وجه حق كما عرفها البعض على أنها: "تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة".¹

أما بخصوص سعي المشرع من وراء تجريم منح امتيازات غير مبررة، هو ضمان مبدأ حياد الإدارة العمومية، فمعيار الحياد له مزية أنه ينطبق على مختلف أنواع الفساد، وينطبق على جميع الأعوان العموميين وعلى غيرهم.² والحياد هو ضمان ضد تعسف المصلحة المتعاقدة ويسمح بتفعيل المساواة بين المرشحين، وما يفيد كذلك من وراء تجريم جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، أن الحق المحمي هو حق عام أي الاستعمال الحسن للمال العام، والمصلحة المحمية هي مصلحة عامة بمعنى فعالية الطلبات العمومية.

البند الثاني: بالنسبة للمشرع الفرنسي

بالرجوع إلى الأسباب التي أدت بالمشرع الفرنسي لتجريم هذا الفعل، فنجد أنه تم إنشاء هذه الجريمة في قانون العقوبات الفرنسي سنة 1991 تحت تأثير القانون الأوروبي،³ بسبب ظهور فضائح متصلة بوجود فساد في إبرام صفقات عمومية. فالمشرع الفرنسي لم يعرف هو الآخر هذه الجريمة وإنما اكتفى بالنص عليها في المادة 432-14 من قانون العقوبات الفرنسي، تحت اسم جنحة منح امتيازات غير مبررة «**LE DELIT D'OCTROI D'AVANTAGE INJUSTIFIE**» المعروفة باسم «**FAVORITISME**» حيث أدرجها ضمن الباب الثالث: الجرائم ضد سلطة الدولة في الفصل الثاني الجرائم المرتكبة ضد الإدارة العامة، من قبل الأشخاص الذين يمارسون وظيفة

¹ عثمانى فاطمة، المقال السابق، ص 488.

² عنان جمال الدين، المقال السابق، ص 1012.

³ لعل نقطة الانطلاق نحو تجريم التعامل غير الشرعي في الصفقات العمومية، كانت من أوربا بحيث شاع الحديث إبتداء من أواخر سنة 1991 عن عملية MANUPULITT "الأبادي البيضاء" التي شرع فيها في مدينة ميلانو بإيطاليا، والتي من خلالها تصدت السلطة القضائية لجزء من الطبقة السياسية الإيطالية، حيث كشفت تحقيقاتها عن كيفية مساهمة تشكيلات سياسية في منح صفقات لرجال أعمال، مقابل الحصول على عمولات لصالحهم كأشخاص أو لصالح الأحزاب التي ينتمون إليها، وقد كلف ذلك إختلاس آلاف الملايير من الليرات، نظرا لتقديم أربعة مؤسسات إيطالية كبيرة رشاي على مستوى عال من أجل الحصول ولمدة عشر سنوات على صفقات إنجاز مستشفيات لحساب وزارة الصحة العمومية. بركات بن زيان، جنحة إبرام صفقة مخالفة للتشريع والتنظيم في القانون الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2014-2015، ص 17.

عمومية في القسم الثالث الإخلال بواجب الأمانة، ضمن الفقرة الرابعة: الاعتداء على حرية الوصول والمساواة في معاملة المرشحين في الصفقات العمومية.¹

الفرع الثاني: الإجراءات المكرسة لتفادي جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية

تضع المصلحة المتعاقدة في الاعتبار عند اختيارها للمتعاقد المتعاقد احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات. والذي يتجسد ابتداء من الإعلان عن طلب العروض إلى غاية المنح النهائي للصفقة²، الأمر الذي أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 2 من قانون رقم 08-12 المؤرخ في 26/8/2008،³ المعدل والمتمم للأمر 03-03 المؤرخ في 19/7/2003 المتعلق بالمنافسة،⁴ وكذا المادة 9 من قانون رقم 06 - 01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته السالفة الذكر.

لذلك سنحاول تحديد صور الإخلال بالمبادئ السالفة الذكر، والتي تؤثر بشكل كبير على اختيار المتعاقد المتعاقد من خلال خرق الإجراءات القانونية والتنظيمية، في كل مرحلة تمر بها عملية انتقاء المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية. عند لجوئها لأسلوب الدعوة الشكلية للمنافسة. خاصة في مرحلة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة(البند الأول)، ثم مرحلة إجراء المنافسة بين العروض (البند الثاني).

¹ كانت الإنطلاقة من ردة فعل السلطة القضائية في قانون العفو الشامل الصادر في 15 جانفي 1990، الذي عفا على كل الأفعال غير المشروعة المتعلقة بتمويل الأحزاب السياسية في قضية CARREFOUR DU DEVELOPPEMENT الأمر الذي اعتبره القضاء تدخل السلطة التشريعية في عمل القضاء، ولديه إصرار على عدم التسامح من المنتخبين المحليين، زيادة على الشعور الذي تولد لدى المجتمع المدني في فرنسا، حيث أصبح رجال السياسة يظهرون وكأنهم أعلى من سلطة القانون، فانفجرت كنتيجة لهذه المعطيات العديد من قضايا الفساد في مجال الصفقات العمومية. بركات بن زيان، المرجع السابق، ص 25.

² بن عبد المالك بوفلجة، جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية-دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2014-2015، ص 27.

³ القانون رقم 08-12، بتاريخ 25 يونيو 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، (ج.ر. 36، المؤرخة في 02 يوليو 2008).

⁴ الأمر رقم 03-03، بتاريخ 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الملغى، (ج.ر. 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003).

البند الأول: بالنسبة لمرحلة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة

لقد مر معنا في الباب الأول من هذه الدراسة أن الإطار القانوني الذي تتم فيه عملية اختيار المتعامل المتعاقد ينقسم إلى قسمين أساسيين، خصص أولهما لترشح المتعاملين الاقتصاديين للصفقة العمومية بينما خصص القسم الثاني لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، والذي يمكن صاحبه من الفوز بالصفقة العمومية، غير أن صور منح الامتيازات غير المبررة في هاته المرحلة الحساسة قد تبدأ قبل إعلان المصلحة المتعاقدة عن رغبتها في التعاقد، حيث تظهر معالم جريمة المحاباة عند إعداد المصلحة المتعاقدة لحاجياتها التي تظهر في دفتر شروطها.

لذلك تعتبر الانطلاقة الحقيقية لجريمة منح الامتيازات غير المبررة التي يتم فيها خرق المبادئ السالفة الذكر بدءاً من مرحلة التحضير لدفتر الشروط،¹ ثم مرحلة الإعلان عن الصفقة، بعدها مرحلة تلقي العروض وتقييمها لاختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

1. صور منح الامتيازات غير المبررة عند إعداد دفتر الشروط

يعتبر دفتر الشروط شهادة ميلاد الصفقة العمومية، حيث يعتبر المرجع الأساسي الذي يعتمد عليه في اختيار المتعامل المتعاقد، وكيفية تنفيذ الصفقة والالتزامات المترتبة عنها وكافة العقوبات والجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات، الأمر الذي أدى إلى وصفه من طرف الفقيه الفرنسي غاستون جيز (GASTON JÉZE) أنه أساس التعاقد وأنه جزء لا يتجزأ من العقد.²

كما يلخص دفتر الشروط كل حاجات المصلحة المتعاقدة التي توصلت لها بعد إجراء العديد من الدراسات المتخصصة، والمناسبة لكل مشروع حسب أهميته وتعقيده. الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن الموظف المختص بوضع دفتر الشروط، وما هي المعايير التي يعتمدها لوضع دفتر الشروط في شكله النهائي؟

¹ عنان جمال الدين، المقال السابق، ص 1015.

² عامر نعمة هاشم، المرجع السابق، ص 187.

هذا الأمر حفزنا للتواصل مع مديرية الأشغال العمومية لولاية بشار،¹ أين تم توجيهنا إلى المصلحة التقنية المشرفة على إعداد دفتر الشروط على مستوى هاته المصالح، والتي تضم موظفين يتولون مهمة إعداد دفتر الشروط بناء على حاجات الإدارة، ليتم عرضه فيما بعد على هيئات الرقابة الخارجية التي تمارسها لجان الصفقات العمومية التي أشرنا إليها سابقا.

وبما أن دفتر الشروط متعلق بتجسيد مبادئ الصفقات، من خلال تحديد شروط المشاركة واختيار المتعامل المتعاقد. وبالتالي، فإن إعداده يتطلب بالخصوص مراعاة وظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وعليه، فإن أي إخلال بهذا المبدأ عند وضع دفتر الشروط، يؤدي إلى ارتكاب جريمة منح امتيازات غير مبررة. وقد تأخذ إحدى الصور التالية:

1.1 إعداد حاجات المصلحة المتعاقدة بناء على مواصفات تقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد: يعتبر من قبيل هذه الإجراءات إمداد المتعامل المتعاقد حصرا ببعض المعلومات المتعلقة بالصفقة من خلال إعلامه بالدراسات الهندسية، والملفات التقنية والكشوف التقديرية وغيرها من الوثائق.² وفي هذا الإطار أكد لنا بعض الموظفين المكلفين بوضع دفتر الشروط أن أهمية المشروع وتعقيده هي التي تحدد المواصفات التقنية والشروط الواجب توفرها في المشروع، الأمر الذي يقتضي أن تنفذ الصفقة بشكل جيد يحقق الأهداف المرجوة منه، كما أكدوا لنا أن إجراء التفضيل في إبرام الصفقات العمومية الخاص بالنسبة لمديرية الأشغال العمومية يكون مع المؤسسات العمومية الوطنية، وذلك لقدرتها على تنفيذ كافة المشاريع مقارنة بالقطاع الخاص. الذي قد يفشل في كثير من الأحيان على تنفيذ الصفقة بكافة بنودها الواردة في دفتر الشروط، فهنا نلاحظ أن إجراء التفضيل فرضته ضعف قدرة المؤسسات الخاصة المتواجدة على مستوى سوق الطلبات العمومية الجزائرية.

غير أننا نلاحظ أن التبريرات والتفسيرات التي تقدم إلى مصالح الرقابة الخارجية، خاصة رقابة لجان الصفقات العمومية المكلفة بالتأشير على دفتر الشروط، لا تلغي قيام جريمة المحاباة حتى وإن لم توجد مخالفة صريحة للأحكام التشريعية والتنظيمية، بالرغم من كون

¹ زيارة ميدانية، إلى مديرية الأشغال العمومية لولاية بشار، بتاريخ متفرقة خلال سنة 2018.

² زناتي مصطفى، المقال السابق، ص 47.

المصلحة المتعاقدة هي صاحبة السلطة في تحديد حاجاتها، ولها كامل الصلاحيات في وضع ما يناسب تنفيذ مشاريعها من حيث الشروط والمواصفات التقنية الواجب توافرها في المتعامل المتعاقد.¹

كما يعتبر من قبيل منح الامتيازات غير مبررة للغير تجزئة الحاجات على عدة متعاملين اقتصاديين بأسلوب التراضي، تهربا وتقاديا من جانب المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إبرام صفقات عمومية تخضع لرقابة هيئات الرقابة الخارجية البعدية.²

2.1 عدم احترام إجراءات التخصيص: تسري على الصفقات العمومية المحصنة نفس المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، ويشترط لصحتها أن يتم النص عليها في دفتر الشروط، وذلك بذكر نوع وأهمية كل حصة، وإذا استدعت الضرورة ذكر عدد الحصص الممكن منحها لمتعهد واحد،³ بشرط أن يقدم عروضاً منفصلة بحسب عدد الحصص المعلن عنها.

زيادة على ذلك، يجب على المصلحة المتعاقدة عند رغبتها في اللجوء إلى التخصيص، مراعاة قواعد المنافسة من خلال اعتبار كل حصة صفقة متميزة عن بعضها عند اختيار المرشحين، وذلك توسيعاً من المشرع لمجال المنافسة من خلال السماح لأكثر عدد من المتنافسين خاصة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تتلاءم مع مؤهلاتها المالية والتقنية في مجال الحصة التي ستترشح لها،⁴ ومخالفة كل هاته القواعد يشكل مظهراً من مظاهر المحاباة من طرف المصالح المتعاقدة.

¹ يتم تجزئة الحاجات في دفتر الشروط بطريقة تسمح بتوزيع موضوع الخدمات على عدة متعاملين اقتصاديين، فتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تجزئة المبلغ الإجمالي للحاجات التي تتناسب مع أسلوب طلب العروض، لاختيار المتعامل المتعاقد من بين العديد من المتنافسين، الأمر الذي يفرض خضوع هذا الإجراء لرقابة لجان الصفقات العمومية لمنحه التأشير، فتتهرب الإدارة من ذلك من خلال إبرام اتفاقيات أو لجوئها إلى أسلوب سندات الطلبات، تمنح لمتعامل اقتصادي واحد دون أن يبلغ مجموعها الإجمالي للعتبة المالية للصفقة العمومية حسب موضوعها (أشغال، لوازم، خدمات، دراسات)، فتبرم وجوباً صفقة تسوية في هذه الحالة.

² تياب نادية، المرجع السابق، ص 180.

³ المادة 31 فقرة 4، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

⁴ عياد دلال، المرجع السابق، ص 103.

1.3 تبني معايير تمييزية في دفتر الشروط: سبق وأن أشرنا سابقاً، أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة من خلال المادة 78 من المرسوم الرئاسي 15-247، بوضع معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها يجب أن يكون مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، ويجب أن تكون مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة.

وبناء على ذلك، يعتبر عدم احترام الضوابط القانونية لوضع معايير انتقاء أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، مساساً بمبدأ المساواة بين المرشحين.¹ وبالتالي، تتحقق جريمة المحاباة من خلال اشتراط درجة التأهيل والتصنيف لأعلى مستوى، لأداء خدمات عادية أو ذات طابع متكرر في دفتر الشروط، الأمر الذي يحرم العديد من المرشحين من المشاركة في الصفقة ممن يملكون شهادة التصنيف أو التأهيل لأدنى مستوى خاصة بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة،² الأمر الذي يضيق عليها مجال الوصول للطلبات العمومية.

وبالرغم من قيام المشرع الجزائري بتعداد معايير الاختيار، وتنوعها بين المعايير التقنية والمعايير المادية والمعياري المالي، الأمر الذي يطرح إشكالا عمليا لدى بعض المتنافسين بسبب تسرب المعلومات الخاصة بالسعر الأدنى من طرف موظفي المصلحة المتعاقدة عند قيامهم بتحضير عروضهم، أو مساعدتهم في وضع جدول الأسعار الوحودية.³ في بعض الحالات تلجأ المصلحة المتعاقدة عند إبرام صفقات الطلبات، والتي تقوم على أساس تحديد السعر الأقصى والأدنى خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ما لم يكن تحديد السعر مبنياً على معطيات منطقية وقابلة للحساب والتقدير المسبق.

2. اللجوء إلى الإجراء المقيد بدلا من الإجراء المفتوح

في الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة لأسلوب الإجراء المقيد، يتم حصر المنافسة والتضييق منها، فلا يسمح للمتعاملين الاقتصاديين الراغبين في الوصول للصفقات العمومية بالمشاركة فيها، كون المصلحة المتعاقدة قد لجأت إلى أسلوب التراضي، وإن كان إجراء التراضي

¹ تياب نادية، المرجع السابق، ص 182.

² خرشي النوي، المرجع السابق، ص 194.

³ نفس المرجع، ص 200.

بعد الاستشارة يحقق نوعاً من المنافسة على مستوى أضيق، أين تلجأ المصلحة المتعاقدة لاستشارة من تشاء من المتعاملين الاقتصاديين المعرفين لديها.¹ في حين يعتبر إجراء التراضي البسيط من بين أخطر الإجراءات مساساً بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.²

وفي هذا الإطار، يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة عبء إثبات حقيقة حالات اللجوء إلى التراضي البسيط أمام هيئات الرقابة، خاصة رقابة لجان الصفقات العمومية، وذلك من أجل منح التأشير على الصفقة المبرمة وفقه.³ وتجدر الإشارة أن تنظيم الصفقات العمومية لم يحدد بشكل واضح المقصود بحالة الاستعجال باعتباره أكثر الحالات التي تبرر إبرام الصفقات العمومية بصيغة التراضي، فهل يكون قبل وقوع الحادثة، أو بعد وقوعها؟ وما هي معايير قياس مدى ودرجة حالة الاستعجال الملح؟

وفي هذا الخصوص، اشترط القضاء المصري على أن تكون حالة الاستعجال حقيقية، وغير مفتعلة. ولها سند من الواقع وهو يخضع لرقابة القضاء.⁴

أما المشرع الفرنسي، فقد اشترط أن يكون هذا الاستعجال قهرياً، ناجم عن ظروف غير متوقعة وليس له علاقة بفعل الإدارة، ففي هذه الحالة يعتبر غير مشروع واللجوء إليه يشكل محاباة من طرفها.⁵

البند الثاني: بالنسبة لمرحلة إجراء المنافسة بين العروض

بهدف حماية مرحلة إجراء المنافسة بين العروض، نخصص هذا البند لدراسة تطبيقات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، بالنسبة لمرحلة إجراء المنافسة. في الحالة التي تكون فيها الطلبات

¹ المادة 51، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 49، 50، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ خضري حمزة، المرجع السابق، ص 125.

⁴ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 813 لسنة 34 ق، جلسة 1989/12/9، ورد لدى مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص 792.

⁵ MARIE-CHARLOTTE BONTRON, op, cit, p 159.

العمومية التي تساوي أو تفوق المعيار المالي (أ)، دون استثناء حالة الطلبات العمومية التي تقل عن المعيار المالي (ب).

أ. بالنسبة للطلبات العمومية التي تساوي أو تفوق المعيار المالي

حدد المشرع في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، المعيار المالي، والذي من خلاله تلزم المصلحة المتعاقدة بأحكام التعاقد المنصوص عليها،¹ من أبرز صور الامتيازات غير المبررة التي يحظى بها بعض المرشحين على غرار الباقي من المشاركين في الصفقة، كحصولهم على امتيازات تتعلق بمنحهم أجل إضافي لإيداع عروضهم بعد غلق الأجل الرسمي المعلن عنه في إعلان الدعوة عن المنافسة.²

إلا أن هذه الأحكام والإجراءات إذ سيئ تجسيدها في غير ما خصصت له، فقد تشكل صورة من صور الامتيازات غير المبررة في مرحلة تقييم العروض، أين يشكل الإخلال بمبدأ المنافسة في هاته المرحلة من أخطر المخالفات التي تنتهك مبدأ المنافسة، فأى مفاضلة تجري في هذه المرحلة تؤثر على الاختيار السليم والقانوني للمتعاقد الذي يعهد إليه بتنفيذ الصفقة، ومن بين أهم هاته الصور التي نلمسها على أرض الواقع:

1. تسريب بعض المعلومات الامتيازية والتي تمكن المرشح من الحصول على امتياز في تحضير عرضه، خاصة المعلومات المتعلقة بالعرض المالي حتى يتمكن هذا الأخير من تقديم السعر الأقل ثمن عند تقييم العروض المالية.³

¹ المادة 13، المرسوم الرئاسي 15-247: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشرة مليون دينار (12.000.000 دج) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم، وستة ملايين دينار (6.000.000 دج) للدراسات أو الخدمات، لا تقتضي وجوباً إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب."

² **عمراني مصطفى**، جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 173.

³ زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي، 2011-2012. ص 120.

2. إقصاء وحرمان بعض المتعهدين دون وجودهم في حالة من حالات الإقصاء القانونية، واستبعاد عروضهم بالرغم من توافر الشروط المطلوبة في دفتر شروط الصفقة المعلن عنه.

3. توسيع المدة الزمنية الفاصلة بين عمليتي فتح العروض وتقييمها، الأمر الذي يجعل من هاته العروض محل إطلاع واكتشاف من طرف الموظف الذي له علاقة بعمل لجنة فتح الأظرفة وتقييمها خاصة أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة الزمنية التي ينبغي أن تستغرق الفصل بين مرحلة فتح العروض وتقييمها، تاركا للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في ذلك.¹

4. اللجوء إلى التفاوض مع المتعهد بعد فتح الأظرفة وتقييم العروض، بالرغم من أن المشرع قد منع التفاوض وتعديل عرض مرشح، إلا إذا تعلق الأمر بتوضيح وتفصيل العرض حتى يتم مقارنة العروض فيما بينها، دون أن يؤدي ذلك إلى التعديل الكلي للعرض أو التأثير في المنافسة فنقوم بعض المصالح المتعاقدة بخرق هاته القاعدة، وذلك من خلال تفضيل بعض المتعهدين على البعض الآخر بالسماح لهم بتعديل عروضهم، خاصة ما يتعلق بتعديل الكشف الكمي والتقديري بغية تحضيره من جديد على ضوء العروض الأخرى.²

5. عدم التناسب والملاءمة بين نظام التقييم ومعايير الاختيار، حيث يتم المغالاة في تنقيط المعايير غير الأساسية والتي لا تتوفر في جميع العروض وإعطاءها الامتياز بالمقارنة مع باقي المعايير التي تحتل أهمية وتناسب مع موضوع وتعقيد الصفقة.³

¹ وفي الحالة التي تستغرق عملية فتح العروض وقتا زمنيا طويلا، نظرا لإيداع عدد كبير من هاته العروض، أكدت بعض المصالح المتعاقدة والتي تسعى إلى تكريس مبدأ الشفافية، إلى غلق باب المكتب من طرف المحضر القضائي وأخذ المفاتيح المتعلقة بالمكتب، إلى غاية استكمال عملية الفتح في اليوم الموالي. حسب تصريح موظفي المصلحة التقنية لمديرية الأشغال العمومية لولاية بشار.

² خضري حمزة، المرجع السابق، ص 354.

³ يعتبر معيار السعر الأدنى أساس اختيار المتعامل المتعاقد، إذا كان موضوع الصفقة من قبيل العمليات البسيطة ذات الطابع المتكرر، وهنا يسهل إثبات المحاباة في حالة خرق إجراء نظام التنقيط المعتمد في جدول التنقيط العادي، غير أن الأمر يصعب في الحالة التي يكون فيها معيار الاختيار قائما على تعدد المعايير، فكيف يمكن تصور أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية في العمليات ذات الطابع التقني والمعقد.

6. اللجوء إلى معايير تقييم العروض غير المعايير المعلنة عنها في دفتر الشروط وإسناد الصفقة بناء على معايير أخرى.

7. اللجوء إلى التعامل الثانوي كستار لتمويه تجاوزات تشكل عنصر من عناصر جريمة المحاباة، من خلال تضمين عرض المرشح بإمكانية اللجوء إلى التعامل الثانوي، وذلك في حالة اعتماده كمعيار لاختيار المتعامل المتعاقد من أجل الظفر بالصفقة.¹

8. عدم نشر قرار المنح المؤقت و/أو عدم احترام إجراءاته حتى يقفل باب الطعن لبقية المتعهدين المحتجين على هذا القرار أمام لجنة الصفقات المختصة، لارتباط آجال الطعن بتاريخ نشر المنح المؤقت.

وفي الأخير، يمكننا القول أن صور ومظاهر الإخلال بالقواعد التنظيمية والتشريعية المتعلقة بحرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، لا يمكن حصرها في الصور التي أشرنا إليها سابقاً لتعدد واختلافها من مصلحة متعاقدة لأخرى. وتجدر الإشارة إلى أن لجوء المصلحة المتعاقدة كما أسلفنا الذكر لأسلوب الدعوة الشكلية يظهر ويكرس مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، الأمر الذي يسهل إجراء الرقابة خاصة رقابة القاضي الجزائي لإثبات الركن المادي لجريمة منح الامتيازات غير المبررة ويسهل عليه إصدار حكم يكون عنواناً للحقيقة بعد جمع الأدلة والقرائن،² غير أن الحالة التي يصعب فيها إثبات السلوك الإجرامي للموظف بمنحه امتيازات غير مبررة للغير، تتجسد في الحالة التي لا تكون فيها الدعوة الشكلية، والتي تتمثل في إبرام عقود واتفاقيات لا يتجاوز سقفها المالي الحد الأقصى للصفقة العمومية.

¹ بوضوح عبد النبي، المرجع السابق، ص 221.

² نصت المادة 56، القانون رقم 06-01، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنه: "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني والاختراق على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة. تكون للأدلة المتوصل إليها بهذه الأساليب حجيتها وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما."

ب. بالنسبة للطلبات العمومية التي تقل عن المعيار المالي

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب الإجراء المكيف، في حالة عدم تجاوز المبلغ الإجمالي للصفقة العمومية، السقف المالي المحدد قانوناً،¹ ويتم هذا الإجراء في غياب الرقابة الخارجية التي تركز تحقيق مبادئ الصفقات العمومية في اختيار المتعامل المتعاقد، وتكتفي فقط بالرقابة الداخلية التي تمارسها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

ومن خلال هذا الإجراء، والذي يعد مجالا خصبا وسهلا لخرق مبادئ الصفقات العمومية، وبالخصوص مبدأ المساواة للانتهاك، فضلا عن المساس بالمال العام.

غير أن هذا الإجراء لا يعد الحالة الوحيدة لخرق مبدأ المساواة، من خلال منح إمتيازات غير مبررة. فقد نجد إجراء أكثر خطورة منه، يتم في حالة غياب الرقابة الداخلية التي تشرف عليها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. وتتجسد هذه الحالة عند لجوء المصلحة المتعاقدة لتنفيذ خدماتها على شكل سندات طلبات من خلال أسلوب الفاتورة الشكلية، أين لا يلجأ أصلا لاستشارة متعاملين اقتصاديين نظرا لعدم تجاوز المبلغ الأقصى للخدمات المراد تنفيذها الحد القانوني،² فتبقى خاضعة فقط لرقابة المراقب المالي في إطار الرقابة المالية القبلية للنفقات العمومية.

وفي سياق متابعة هذه الإجراءات أثبت الواقع العملي، عدم اهتمام موظفي مصالح الرقابة المالية بالطريقة التي تتم بها اختيار المتعامل المتعاقد، وهل تمت في إطارها القانوني؟

ففي هذه الإجراءات تنحصر رقابة المراقب المالي، على توفر الاعتمادات المالية في الباب المخصص لهذه النفقة أو ما يسمى برقابة الملائمة فقط، دون أن تتعدها لرقابة المشروعية.³

¹ المادة 13، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

² المادة 21، المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

³ عوالي بلال، رزيق كمال، مجال تدخل المراقب المالي لدى البلديات لمراقبة الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 34، ص 515.

وبالرجوع لأحكام المادة 19 من المرسوم الرئاسي 15-247، نجد أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة على تبرير اختيارها لدى المراقب المالي من خلال إرفاق الالتزام بالنفقة بالتقرير التقديمي الذي تعلق فيه المصلحة المتعاقدة اختيارها.¹

لذلك كان على المشرع الجزائري، حماية فعالية الطلبات العمومية وضمان الاستعمال الحسن للمال العام، من خلال توسيع نطاق الإعلان والإشهار لكافة العقود التي تبرمها الإدارة، وذلك بغض النظر عن حدودها المالية وعرضها على نفس هيئات الرقابة الخارجية بشكل لا يؤدي إلى تعقيد وإطالة أمد إجراءات التعاقد.

¹ المادة 19، المرسوم الرئاسي 15-247.

من خلال ما تقدم، نجد أن ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، مشروط بالتطبيق الصارم لوظائف مبادئ الصفقات العمومية. فالمساواة في معاملة المرشحين والتي يختلف محتواها وفق نوع وطبيعة الصفقة العمومية، يلزم جميع الجهات الفاعلة في الصفقة العمومية باحترام المساواة بين المرشحين الفعليين الذين دخلوا المنافسة. وهذا عبر جميع مراحل الصفقة العمومية، وعدم التمييز بين المرشحين خاصة في المرحلة الثانية من الصفقة العمومية، حتى اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.

بالإضافة إلى ذلك، تعتبر وظائف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين الضامن لحياة الإجراءات، بقدر ما يمنع حدوث تعارض المصالح وتحديد مسؤولية الأطراف عن ذلك، كما تعمل كآلية للوقاية من جريمة منح امتيازات غير مبررة عبر مراحل إعداد أو إبرام الصفقة العمومية.

أكدت لنا هذه الدراسة من خلال هذا الباب، نتيجة مفادها أن الاعتماد على المعيار الزمني لوظائف مبادئ الصفقات العمومية، يفيد في إبراز مدى نجاعة تطبيقات ووظائف مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، عبر المراحل التي يشرف عليها هذا المبدأ بغرض المساهمة في ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام مع بقية وظائف المبادئ الأخرى.

كما أكدت لنا هذه الدراسة، بأن الاعتماد على المعيار الزمني يفيد أيضا في تحديد آثار ونتائج تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. فمن حيث اللجوء لمبررات خرق مبدأ المساواة يجب أن تكون هذه الأخيرة مشروعة وتهدف لضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. من خلال ضمان حقوق الفئات الهشة والأقل حظا، وتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية. وفي حالة كون هذه الإجراءات غير مشروعة يتم إلغاء هذه الإجراءات إما كلياً أو جزئياً بدءاً من المرحلة التي تم فيها تسجيل المخالفة.

كما تكشف عن تطبيقات مبدأ المساواة بصفة مشتركة مع بقية المبادئ الأخرى، وجميع الفاعلين في مجال الصفقات العمومية بتحقيق فعالية الطلبات العمومية، والتي تسعى المصلحة المتعاقدة لبلوغها وتطمح الدولة في تجسيد سياستها العامة من خلالها. وبخوص حماية المال العام تعمل على إظهار الوظائف الحقيقية لمبدأ المساواة، والتي من خلالها تضمن حياد الإجراءات عن طريق منع تعارض المصالح والوقاية من جريمة المحاباة.

وفي الختام، وبهدف الإجابة حول إشكالية الموضوع، تفيد هذه الدراسة المعمقة في البحث حول الوظائف والتطبيقات الخاصة بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية. أن الاعتماد على التقسيم الزمني للصفقات العمومية يشكل مفتاح قراءة جيد لتتبع وظائف مبادئ الصفقات العمومية، وتحديد آثار كل منها. وعليه، واعتمادا على هذا التقسيم الزمني تكشف هذه الدراسة بأن مبدأ المساواة يبدأ تنفيذ وظائفه من المرحلة الأولى من إبرام الصفقات العمومية باعتباره مبدأ ملحق ومرافق لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ثم يواصل متابعة بقية الوظائف الخاصة به ضمن المرحلة الثانية من إبرام الصفقة العمومية بشكل موازي لمبدأ شفافية الإجراءات. وبنهاية المرحلة الثانية المعبر عنها بالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية يستنفذ المبدأ جميع وظائفه وآثاره القانونية. كما يساهم هذا التقسيم الزمني في اعتماد آلية الأثر الرجعي لتطبيقات مبدأ المساواة في مجال تسوية النزاعات التعاقدية والدعاوى القضائية.

ومن هذا المنطلق، وفي سياق تحديد الوظائف الخاصة بمبدأ المساواة فإن تتبع المراحل الزمنية لإعداد وإبرام الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. تؤكد أن مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يمارس وظائفه في المرحلة الأولى، باعتبارها وظائف ملحق ومكملة لوظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وهو ما يدعم فكرة الوحدة الوظيفية لمبادئ الصفقات العمومية. أما بالنسبة للمرحلة الثانية، مرحلة الإبرام وهي الفترة الممتدة بين تاريخ وساعة إيداع العروض إلى غاية الإعلان عن الفائز بالصفقة. والتي يصطلح عليها طبقا للمادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، بصلاحيّة العروض. يمارس فيها مبدأ المساواة الوظائف الخاصة به دون اعتبارها وظائف مكملة أو مدعمة بل وظائف موازية ومستقلة عن مبدأ شفافية الإجراءات.

ولذلك، فإن الوظائف الخاصة بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين تفيد فئة قانونية معينة، وهي محصورة بالنسبة للمرشحين الحقيقيين. أي الذين تقدموا بالفعل بطلباتهم للوصول إلى الطلب العمومي. وعلاوة على ذلك، فإن تطبيقات هذا المبدأ تعني ضمنا أن المرشحين يعاملون بشكل متماثل من قبل المصلحة المتعاقدة. وبالتالي، يسعى هذا المبدأ إلى تحقيق هدف المساواة في معاملة المرشحين في تنفيذ الإجراءات.

كما تكشف المتابعة المعمقة لإجراءات إعداد وإبرام الصفقات الصفقة العمومية وتفويضات المرفق العام، أن تطبيقات مبدأ المساواة في معاملة المرشحين خلال هذين المرحلتين تختلف آثاره وفقاً لطبيعة العقد. بالنسبة للعقود المبرمة في إطار تنظيم الصفقات العمومية، يجبر المشرع المصلحة المتعاقدة بتطبيق مبدأ المساواة بدقة وصرامة أكثر، ولا يترك لها أي مجال لممارسة سلطتها التقديرية في تنفيذ أي إجراء مخالف. أما بالنسبة للعقود المبرمة في إطار تفويضات المرفق العام، فبالرغم من حتمية تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، إلى أن المشرع يمنح مجال من الحرية للسلطة المفوضة بتطبيق المبدأ بشكل أكثر مرونة. وفي هذه الحالة، تتمتع السلطة المفوضة بحرية تعديل وتصحيح العروض.

أما بخصوص الوظائف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية، وبناء على مضمون المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، تكشف هذه الدراسة أنه لا يمكن ربط فعالية الطلبات العمومية، ولا الاستعمال الحسن للمال العام على وجه التحديد بأحد المبادئ الثلاثة للصفقات العمومية. وبالتالي، لا يمكن لحرية الوصول للطلبات العمومية، ولا المساواة في معاملة المرشحين، ولا شفافية الإجراءات أن تدعي في حد ذاتها السعي إلى تحقيق أي من هذين الهدفين. فقط عندما تتشكل في وحدة متجانسة فإن المبادئ تحقق هذه الأهداف، مما يؤكد وظائفها المشتركة.

ويعزز هذا التصور، التحليل المنطقي لمواد المرسوم الرئاسي 15-247، الذي يكشف عن التقارب والتجانس التام بين الوظائف الأساسية لمبادئ الصفقات العمومية في السعي إلى تحقيق هذه الأهداف.

وعلى هذا الأساس، فإن المصلحة المتعاقدة يجب أن تراعي في إطار منحها للصفقات العمومية. تحسين الإجراءات التي تؤدي إلى التوسيع من حرية الوصول للطلبات العمومية، بغرض ضمان المساواة بين مختلف المرشحين، في ظل شفافية الإجراءات المعتمدة. وبدون كل هذا، تبقى الصفقات العمومية والإجراءات التي تنظمها المصلحة المتعاقدة رهينة صعوبة تطبيقها.

وفي سياق البحث الجاري، توصلنا إلى أبرز النتائج والتمثلة في:

- اعتماد النهج الزمني لمبادئ الصفقات العمومية يشكل مفتاح قراءة جديد لكشف الوظائف الخاصة بكل مبدأ، كما يكشف العلاقة الوظيفية المشتركة بين المبادئ. وهو ما يجسد الروح القانونية المناسبة لكل مبدأ من مبادئ الصفقات العمومية.
- في المرحلة الأولى من الصفقات العمومية تنشأ علاقة تنافسية بين المتعاملين الاقتصاديين مما يخلق بيئة اقتصادية. تتحول الصفقة المعروضة إلى عرض اقتصادي، ولا شك أن مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية هو الأقرب منطقياً من هذه المرحلة الأولى من الطلبات العمومية وبالتالي، هو المبدأ الذي يهيمن على هذه المرحلة. بشرط الاستعانة بمصادر خارجية وأن يكون العقد داعماً للنشاط الاقتصادي.
- يمارس مبدأ المساواة في معاملة المرشحين بالموازاة مع مبدأ شفافية الإجراءات وظائفه في الفترة الممتدة بين تاريخ وساعة إيداع العروض إلى غاية الإعلان عن المنح المؤقت، والتي يصطلح عليها طبقاً للمادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، بصلاحيّة العروض.
- في المرحلة الثانية تنشأ علاقة متوازية بين مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، ومبدأ شفافية الإجراءات. دون أن تنشأ علاقة هرمية بينهما وهي في الحقيقة نقطة قوة هذه المرحلة بحيث تتجه وظيفة كل مبدأ في نفس الهدف دون تقاطع.
- ينتج مبدأ الشفافية آثاره القانونية في المرحلتين الثانية والثالثة من الصفقات العمومية. كما له طابع لاحق في المرحلة الأولى. من خلال الإبلاغ عن العناصر الأساسية للعقد وإجراءات التنفيذ وبالإبقاء على نزاهة وحياد المصلحة المتعاقدة طيلة مراحل الصفقة العمومية
- تنشأ علاقة هرمية بين مبادئ الصفقات العمومية يهيمن عليها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ويساعده في ذلك مبدأ المساواة في معاملة المرشحين ومبدأ شفافية الإجراءات. يستمر مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات في المرحلة الثانية فتنشئ علاقة توازي

بينهما دون أن يؤثر أحدهما على الآخر، أما في المرحلة الثالثة يبقى مبدأ شفافية الإجراءات لوحده فقط، ينشئ علاقة أفقية.

- لا يمكن لحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ولا المساواة في معاملة المرشحين ولا شفافية الإجراءات، أن تدعي في حد ذاتها السعي إلى تحقيق فاعلية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

- حماية الأموال العامة ومكافحة الفساد، يعتبران من الأهداف التقليدية، والتي يجب على مبادئ الصفقات العمومية كفالة حمايتها.

- هدف فعالية الطلبات العمومية، يبرز الدور الرئيسي لوظائف مبدأ المساواة والذي لا ينحصر في إنفاق أقل قدر ممكن من المال العام، بل تساهم أيضا في تحقيق أهداف أوسع نطاق ينبغي على المصلحة المتعاقدة بلوغها.

- الأهداف الجديدة المنتهجة من قبل المشرع والمتمثلة في المعيار البيئي والاجتماعية والتنمية المستدامة أصبحت جزء من السياسة العامة للدولة، لذا تم تضمينها ضمن تنظيمات الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- الأهداف المشتركة للطلبات العمومية، قدمت نتائج إيجابية بالنسبة لقانون الصفقات العمومية من خلال إثبات تكيف إجراءاتها بغرض حماية المصالح التقليدية للإدارة.

- التوجهات الجديدة للسياسة العامة للدولة، وسّعت من الدور الرئيسي لقانون الصفقات العمومية. ومن جهة أخرى، وضعت الأهداف المشتركة للمبادئ الأساسية على المحك. إلا أن هذه الأخيرة، أثبتت للمرة الثانية تكيف إجراءاتها، وتنسيق بين الآثار المحددة لكل مبدأ، بهدف تبني هذه التوجهات الجديدة. بالإضافة إلى الحفاظ على العمل الأصيل للمبادئ الأساسية والمتمثل في ضمان الأهداف التقليدية للطلبات العمومية.

- وظائف ومهام مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وشفافية الإجراءات يستجيب لدمج الأهداف الجديدة ولا تتأثر بهذا التغيير، إلا أن وظائف وأهداف مبدأ المساواة في معاملة المرشحين يجب أن تتكيف مع دمج هذه الأهداف.
- الاهتمام بحماية الفئات المحرومة من الشغل وذوي الإعاقة، وتبسيط تدابير وصول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للطلبات العمومية. يجب أن يكون ضمن شروط وآليات قانونية دون أن يكون لهذه التدابير أثر سلبي على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. وعدم اعتماد تلك التدابير كمعيار لاختيار العروض. وكذلك، عدم استمرار هذه التدابير بعد بلوغ الأهداف التي اتخذت من أجلها.
- تزايد المطالب الشعبية بتحسين الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، جعل مرحلة الدراسات المسبقة لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة يتم توجيهها بإملاءات سياسية، وتسيير مركزي وتوجيهات حكومية غير مدروسة ومتسعة.
- مبدأ المساواة يفرض التطبيق الصارم للإلزامية الصلة بين موضوع العقد، ومعايير اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية. ويستند هذا المفهوم إلى حياد قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- مبدأ المساواة يتطلب عدم معاملة الحالات المماثلة بطريقة مختلفة، وأن الحالات المختلفة لا يتم التعامل معها بالطريقة نفسها، ما لم يكن سببا موضوعيا يبرره.
- إجراءات خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية، يجب أن يكون له علاقة بالمساواة الفعلية بين المرشحين، والذي بدوره يفرض أن يكون هذا الإجراء مبررا وهادفا ويكون متعلق بموضوع الصفقة ومدتها الزمنية.
- مبدأ المساواة في المعاملة، وفي غياب الدقة في النصوص، يجعل من الممكن الإشراف على سير إجراءات تفويضات المرفق العام. يجب ألا تكون هذه التعديلات تشكل خرق لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

- شرط وجود علاقة بين موضوع الصفقة ومعايير انتقاء العروض ضروري جداً، لأن المعيار الذي لا يرتبط بموضوع الصفقة سيكون على الأرجح تمييزياً، ويعد خرق لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين.
- الغاية المحددة من عدم المساس بحرمة العروض يضمن المساواة الفعلية بين المرشحين وبالتالي، فإن مبدأ حرمة العروض يفيد مرحلة اختيار المتعامل الاقتصادي، ويخدم غرضاً محدد يتمثل في الإبقاء على العروض كما هي وعدم المساس بها إلا بما يسمح به القانون.
- يعمل مبدأ المساواة بتأطير الحالات الخاصة التي قد تصادف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض سواء من حيث ضبط إجراءات تسوية الملفات الناقصة، أو الإعلان عن عدم جدوى الطلب، شريطة أن تكون هذه الإجراءات متاحة لجميع المرشحين بدون تمييز.
- يستند مبدأ المساواة على مبدأ الجدارة والكفاءة، بالإضافة إلى مبدأ الحياد من أجل تحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المتعاملين المتعاقدين، ضمن انتهاج أسلوب طلب العروض، والذي يشكل القاعدة العامة. وهذا حسب نوعية الطلبات العمومية.
- إجراءات نظام التفاوض في مجال الطلبات العمومية القائمة على أساس المنافسة هو أمر مستبعد، وأن تقنية التفاوض هو أمر مقرر في إجراء التراضي البسيط. ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسمح بتعديل العرض أو خرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.
- آلية الأثر الرجعي تقيد أن الوظيفة الوقائية لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين تنص على إلغاء الإجراء فقط من فحص العروض. وبالتالي، فإن المخالفات التي تقع في مرحلة فحص العروض والتي تؤثر فقط على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، تتطلب إلغاء الإجراء فقط من مرحلة اختيار العروض.
- مسؤولية الكشف على حالات تعارض المصالح تقع بالدرجة الأولى على عاتق المصلحة المتعاقدة، كما أن العون العمومي يتحمل جزء من مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح.

- تعتبر الانطلاقة الحقيقية لجريمة منح الامتيازات غير المبررة التي يتم فيها خرق المبادئ السالفة الذكر بدءاً من مرحلة التحضير لدقتر الشروط، ثم مرحلة الإعلان عن الصفقة، بعدها مرحلة تلقي العروض وتقييمها لاختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية.
- من خلال سرد بعض النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة، نقدم بعض التوصيات والتي تساهم في تعزيز وإبراز الوظائف الصحيحة لمبدأ المساواة في إطار منفرد ومشارك مع بقية المبادئ بهدف ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.
- الارتقاء بمبادئ الصفقات العمومية، إلى مصاف المبادئ الأساسية ذات الطبيعة الدستورية مما يضمن لها القوة القانونية والإلزامية الواجب احترامها والتفديد بها بالنسبة لأطراف العقد.
- احترام الطبيعة الاقتصادية للصفقة العمومية، وعدم اتخاذ القرارات الارتجالية ذات الطابع السياسي والتي تكون نتيجتها خرق مبادئ الصفقات العمومية لا سيما مبدأ المساواة.
- الاهتمام بتكوين جدي وفعال لجميع الفاعلين في مجال الصفقات العمومية على نحو يضمن الوصول لفعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.
- تدارك الفراغ القانوني المسجل في عدة مواطن متعلقة بتطبيقات مبدأ المساواة لاسيما مسألة تساوي العروض، الأمر الذي يفتح مجال خرق مبدأ المساواة والممارسات التمييزية بين المرشحين على أساس المحاباة.
- تأثر مبدأ المساواة من خلال تحديد معايير انتقاء عروض تتناسب مع طبيعة دمج الأهداف الحديثة. وعلى هذا الأساس نتناول بالتحليل الحلول المقترحة خاصة لدى الفقه الفرنسي.
- إدراج أهداف التنمية المستدامة والأهداف الاجتماعية والبيئية ضمن تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة في المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15-247، أحدث فراغ قانوني وتضارب في الآراء حول اعتماد التوجهات الجديدة. ضمن معايير اختيار أفضل عرض، لذا وجب استدراك هذا الأمر وتبني نفس الإجراء المتخذ من قبل المشرع الفرنسي.

- العمل على التسريع في مباشرة تطبيق الإعلان وتبادل المعلومات في مجال الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، مما يساهم في تعزيز تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين. بالإضافة إلى تجسيد الأمن المعلوماتي الخاص بحماية ومعالجة الملفات التي أصابها فيروس.
- تعديل القرار الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، لاسيما المواد التي تتضمن الإحالة إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتغيير مصطلحاته.
- سن قانون خاص بحالات تعارض المصالح يحدد مبادئ ومعايير التصدي لهذه الوضعية، وكيفية التعامل معها تحت مسمى "قانون منع تعارض المصالح"، ويجب أن يشمل على مجموعة من الحكام التي تبين الإطار القانوني والتنظيمي لحالات تعارض المصالح، وكذلك مجموعة من العقوبات تتدرج لنتناسب مع حجم المخالفة.
- تعديل مصطلح "نجاعة" الوارد في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247، بالمصطلح "فعالية" لأن النجاعة تقاس بالعلاقة بين النتائج المحصل عليها والوسائل المخصصة للبرامج. أما الفعالية تقاس عن طريق المقارنة بين الأهداف المسطرة والنتائج المتحصل عليها، أي أنها تعبر عن مدى تحقيق الأهداف المسطرة مسبقا.
- إلزام المصلحة المتعاقدة بتعليل تبريراتها عند رفض العروض المنخفضة بصورة غير عادية، لأن النص بصياغته الحالية يمنح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في رفض أي عرض تراه منخفض بصورة غير عادية على أساس ذكر تبريرات دون توضيحها.
- تأطير حالات تقديم بدائل المواصفات التقنية المشار إليها في المادة 27 من المرسوم 15-247، لأن الإجراءات المعتمدة حاليا تمكن المرشح من امتلاك معلومات تفضيلية، يمكن أن تضعه في وضعية مميزة على بقية المرشحين.
- ضرورة إصدار المرسوم التنفيذي، الذي يحدد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المنشأة بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-

247، والتي من بين مهامها إعداد مدونة أدبيات وأخلاق المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المنصوص عليها بموجب المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وفي الأخير، أثبتت هذه الدراسة بأن " تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ". بالإضافة إلى وظائف مبادئ الصفقات العمومية الأخرى في الأساس تعمل بصفة منفردة ومجموعة بهدف ضمان فعالية الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

لكن النتائج والواقع الراهن في الجزائر، أثبت عدم فعالية ونجاعة هذه الوظائف سواء كانت مجموعة أو منفردة. لأن القرارات والإملاءات السياسية بالإضافة إلى الفساد. أفرغ وظائف وأهداف مبادئ الصفقات العمومية من محتوهم القانوني؛ الاجتماعي؛ الثقافي؛ الاقتصادي؛ البيئي... إلخ ولاسيما مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.

وبالنتيجة، فإن زوال هذا الواقع الراهن في البلاد يؤدي حتما إلى تجسيد أهداف ووظائف مبادئ الصفقات العمومية، والوصول إلى فعالية الطلبات العمومية، والاستعمال الحسن للمال العام.

تمت بعون الله وتوفيقه

المراجع

- القرآن الكريم.

أولاً- النصوص القانونية

الدساتير الجزائرية

- 1- دستور 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18، بتاريخ 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه باستفتاء 23 فبراير 1989، (ج ر 09، المؤرخة في 01 مارس 1989) الملغى.
- 2- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، بتاريخ 07 فيفري 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه باستفتاء 28 نوفمبر معدل ومتمم (ج.ر 09، مؤرخة في 08 ديسمبر 1996).

القوانين

- 1- القانون رقم 63-200، بتاريخ 08 يونيو 1963، المتعلق بحماية المكفوفين، (ج.ر 39، المؤرخة في 14 يونيو 1963).
- 2- القانون رقم 82-11، بتاريخ 21 أوت 1982، يتعلق بالاستثمار الخاص الوطني، المعدل، (ج.ر 34، مؤرخة في 24 أوت 1982).
- 3- القانون رقم 84-17، بتاريخ 07 جويلية 1984، يتعلق بقوانين المالية، المعدل، (ج.ر 28، المؤرخة في 10 جويلية 1984).
- 4- القانون رقم 90-21، المؤرخ في 15 غشت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، المعدل (ج.ر 35 المؤرخة في 15 غشت 1990).
- 5- القانون رقم 02-09، بتاريخ 08 مايو 2002، يتعلق بحماية الأشخاص المعوقين وترقيتهم، (ج.ر 34، المؤرخة في 14 ماي 2002).
- 6- القانون رقم 03-10، المؤرخ في 10 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، المعدل، (ج.ر 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003).
- 7- القانون رقم 04-08، بتاريخ 14 أوت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل، (ج.ر 52، المؤرخة في 18 أوت 2004).

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 8- القانون رقم 06-01، بتاريخ، 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر 14، بتاريخ 08 مارس 2006). المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15، بتاريخ 2 غشت 2011، (ج.ر رقم 44، المؤرخة في 10 غشت 2011).
- 9- القانون رقم 08-09، بتاريخ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج ر 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008).
- 10- القانون رقم 08-12، بتاريخ 25 يونيو 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، (ج.ر 36، المؤرخة في 02 يوليو 2008).
- 11- القانون رقم 11-10، بتاريخ 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، (ج.ر 37، المؤرخة في 3 يوليو 2011)
- 12- القانون رقم 11-15، بتاريخ 2 غشت 2011، يعدل ويتم القانون رقم 06-01، بتاريخ 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، (ج.ر رقم 44، المؤرخة في 10 غشت 2011)
- 13- القانون رقم 12-07، بتاريخ 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، (ج.ر 12، المؤرخة في 29 فبراير 2012).
- 14- القانون رقم 13-08، بتاريخ 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 (ج.ر 68، المؤرخة في 03 جانفي 2014).
- 15- قانون المالية لسنة 2014، بتاريخ 31 ديسمبر 2013 (ج.ر 68، المؤرخة في 31 ديسمبر 2013).
- 16- القانون رقم 16-14، بتاريخ 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانون المالية لسنة 2017، (ج.ر 77، المؤرخة في 29 ديسمبر 2016).
- 17- القانون رقم 16-09، بتاريخ 3 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، (ج.ر 46، المؤرخة في 3 أوت 2016).

المراسيم التشريعية

- 1- المرسوم التشريعي رقم 93-08، بتاريخ 25 أبريل 1993، (ج.ر 27، المؤرخة في 27 أبريل 1993)، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59، المتضمن القانون التجاري.

الأوامر

- 1- الأمر رقم 67-90، بتاريخ 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية ملغى، (ج ر 52، المؤرخة في 27 يونيو 1967).
- 2- الأمر رقم 03-03، بتاريخ 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، (ج.ر 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003)، الموافق عليه بموجب القانون رقم 03-12، بتاريخ 25 أكتوبر 2003، (ج.ر 64، المؤرخة في 26 أكتوبر 2003).

3- الأمر رقم 06-03، بتاريخ 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، (ج.ر 46، المؤرخة في 16 جويلية 2006).

المراسيم الرئاسية

1- المرسوم رقم 64-103، بتاريخ 26 مارس 1964، يتضمن تنظيم اللجنة المركزية للصفقات، (ج.ر 27، المؤرخة في 31 مارس 1964).

2- المرسوم رقم 82-145، بتاريخ 10 أبريل 1982، ينظم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي ملغى، (ج ر 15، المؤرخة في 13 أبريل 1982).

3- المرسوم الرئاسي رقم 96-473، بتاريخ 28 ديسمبر 1996، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الإطارية للتعاون بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية الإسلامية الموريتانية، الموقع عليها بنواكشوط، يوم 06 يوليو 1996، (ج.ر 84، المؤرخة في 28 ديسمبر 1996).

4- المرسوم الرئاسي رقم 02-250، بتاريخ 24 يوليو 2002، والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ملغى (ج ر 52، المؤرخة في 28 جويلية 2002).

5- المرسوم الرئاسي رقم 03-70، بتاريخ 16 فبراير 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية الإطارية للتمويل المتعلقة بتنفيذ التعاون المالي والتقني في إطار برنامج (ميدا)، وكذا تمويلات البنك الأوروبي للاستثمار الأخرى في دول البحر المتوسط، الموقعة ببروكسل في 25 نوفمبر 2002، (ج.ر 12، المؤرخة في 16 فبراير 2003).

6- المرسوم الرئاسي رقم 03-167، بتاريخ 13 أبريل 2003، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض، الموقع في 03 يناير 2003 بأبيجان، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الإفريقي للتنمية، لتمويل مشروع تأهيل مستوى قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية ودعمه، (ج.ر 27، المؤرخة في 03 يناير 2003).

7- المرسوم الرئاسي رقم 03-328، بتاريخ 06 أكتوبر 2003، يتضمن الموافقة على اتفاق القرض، الموقع في 02 يونيو 2003، بأديس أبابا، بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الإفريقي للتنمية، لتمويل مشروع إنجاز اجتناب الطريق السريع بمدينة قسنطينة-الجزء الثاني-(مقطع عين الباي-الطريق الولائي 133)، (ج.ر 60، المؤرخة في 06 أكتوبر 2003).

8- المرسوم الرئاسي رقم 04-128، بتاريخ 19 أبريل 2004، المتضمن التصديق، بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، (ج ر 26، المؤرخة في 2004).

- 9- المرسوم الرئاسي رقم 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 02-250، ملغى (ج ر 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008).
- 10- المرسوم الرئاسي رقم 09-137، بتاريخ 27 أبريل 2009، يتضمن تحويل مؤسسة الألبسة والأحذية مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، (ج.ر 26، المؤرخة في 27 أبريل 2009).
- 11- المرسوم الرئاسي رقم 09-141، بتاريخ 27 أبريل 2009، يتضمن تحويل مؤسسة تجديد العتاد الخاص إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، (ج.ر 26، المؤرخة في 27 أبريل 2009).
- 12- المرسوم الرئاسي رقم 09-141، بتاريخ 27 أبريل 2009، يتضمن تحويل المؤسسة المركزية للبناء للجيش الوطني الشعبي إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، (ج.ر 26، المؤرخة في 27 أبريل 2009).
- 13- المرسوم الرئاسي رقم 10-236، بتاريخ 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ملغى (ج.ر 58، المؤرخة في 7 أكتوبر 2010).
- 14- المرسوم الرئاسي رقم 11-427، بتاريخ 11 ديسمبر 2011، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، المتعلق بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية الموقع بالجزائر بتاريخ 12 يوليو 2011، (ج.ر 68، المؤرخة في 11 ديسمبر 2011).
- 15- المرسوم الرئاسي رقم 12-21، بتاريخ 16 يناير 2012، يتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العسكرية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، (ج.ر 07، المؤرخة في 16 يناير 2012).
- 16- المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، (ج.ر 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015).

المراسيم التنفيذية

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 91-434، بتاريخ 09 نوفمبر سنة 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ملغى، (ج ر 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991).
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 91-535، بتاريخ 25 ديسمبر 1991، يتضمن إحداث مؤسسة عمومية للإدماج الاجتماعي والمهني للأشخاص المعوقين، (ج.ر 69، المؤرخة في 28 ديسمبر 1991)، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-382، بتاريخ 21 نوفمبر 2011 (ج.ر 64، المؤرخة في 27 نوفمبر 2011)، يتضمن حل المؤسسة العمومية للإدماج الاجتماعي والمهني للأشخاص المعوقين.

- 3- المرسوم التنفيذي رقم 97-145، بتاريخ 30 أبريل 1997، يحدد التأهيلات المهنية في قطاع الصناعات التقليدية والحرف، (ج.ر. 27، المؤرخة في 30 أبريل 1997)، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-74، (ج.ر. 13، المؤرخة في 17 مارس 2004).
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 98-02، بتاريخ 4 يناير 1998، الذي يحدد كفاءات تطبيق أحكام المادة 140 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، (ج.ر. 1، بتاريخ 7 يناير 1998).
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 98-227، بتاريخ 13 يوليو 1998، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، المعدل، (ج.ر. 51، المؤرخة في 15 يوليو 1998).
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 04-162، بتاريخ 05 جويلية 2004، يتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتجهيز من أجل التنمية وتنظيمه ومهامه، (ج.ر. 36، المؤرخة في 06 جويلية 2004).
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 05-114، بتاريخ 07 أبريل 2005، الذي يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 93-289، (ج.ر. 26، المؤرخة في 10 أبريل 2005)، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 07-145، بتاريخ 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق محتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، (ج.ر. 34، المؤرخة في 22 ماي 2007). المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 18-255، بتاريخ 09 أكتوبر 2018، (ج.ر. 62، المؤرخة في 17 أكتوبر 2018).
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 10-230، بتاريخ 02 أكتوبر 2010، الذي يحدد الأحكام المتعلقة بتنظيم الثانوية وسيرها (ج.ر. 57، مؤرخة في 03 أكتوبر 2010).
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 13-125، بتاريخ 06 أبريل 2013، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 03-290، بتاريخ 06 سبتمبر 2003، الذي يحدد شروط الإعانة المقدمة للشباب ذو المشاريع ومستواها، (ج.ر. 19، المؤرخة في 06 أبريل 2013).
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 14-139، بتاريخ 20 أبريل 2014، الذي يوجب على المؤسسات ومجموعة المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية لبعض القطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين، (ج.ر. 26، المؤرخة في 07 ماي 2014).
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 18-199، بتاريخ 2 غشت 2018، يتعلق بتفويض المرفق العام (ج.ر. 48، المؤرخة في 5 غشت 2018).

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

القرارات

- 1- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، (ج.ر. 6، المؤرخة في 19 جانفي 1965).
- 2- قرار وزاري مشترك رقم 17، بتاريخ 15 ماي 1988، يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، (ج.ر. 43، المؤرخة في 26 أكتوبر 1988) المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك رقم 02، بتاريخ 4 جويلية 2001، (ج.ر. 45، المؤرخة في 12 أوت 2001).
- 3- القرار الوزاري، بتاريخ 17 نوفمبر 2014، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، (ج.ر. 21، المؤرخة في 09 أفريل 2014).
- 4- القرار الوزاري، بتاريخ 12 ديسمبر 2015، المحدد لنماذج التصريح بالنزاهة والترشح والتصريح بالاكتتاب ورسالة التعهد والتصريح بالمناول، (ج.ر. 17، المؤرخة في، 16 مارس 2016).
- 5- القرار الوزاري، بتاريخ 19 ديسمبر 2015، المحدد لكفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. (ج.ر. 17، المؤرخة في، 16 مارس 2016)
- 6- القرار الوزاري المشترك، بتاريخ 17 أبريل 2016، يحدد كفاءات تسليم شهادات التأهيل والتصنيف المهنيين للمؤسسات ومجموعات المؤسسات وتجمعات المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والموارد المائية والأشغال الغابية وأشغال المنشآت الكامنة للمواصلات السلكية واللاسلكية، (ج.ر. 36، مؤرخة في 19 جويلية 2016).

التعليمات

- 1- التعليمات رقم / 680 و.أ. المؤرخة في 21 ديسمبر 2009، تدعو رؤساء المؤسسات العمومية الوطنية بالحد من اللجوء من مكاتب الدراسات الأجنبية.
- 2- التعليمات رقم 01، الصادرة بتاريخ 11 مارس 2013، تتعلق بتسيير ملف ولايات جنوب البلاد.

الآراء القانونية

- 1- الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 945 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2015، بتاريخ 15 ديسمبر 2015.
- 2- الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 11 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 05 جانفي 2016.
- 3- الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 43 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 18 جانفي 2016.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 4-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 125 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 02 مارس 2016.
- 5-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 232 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 20 مارس 2016.
- 6-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 234 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 20 مارس 2016.
- 7-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 275 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 27 مارس 2016.
- 8-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 425 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 ماي 2016.
- 9-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 432 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 15 ماي 2016.
- 10-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 447 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 12 جوان 2016.
- 11-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 539 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 19 جوان 2016.
- 12-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 558 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 28 جوان 2016.
- 13-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 690 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ .. جويلية 2016.
- 14-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 831 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 18 أكتوبر 2016.
- 15-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 930 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2016، بتاريخ 01 ديسمبر 2016.
- 16-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 91 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2017، بتاريخ 07 فيفري 2017.
- 17-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 126 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/ م.ف.ت/2017، بتاريخ 12 فيفري 2017.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 18-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم: 224 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/م.ف.ت/2017، بتاريخ 13 مارس 2017.
- 19-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 355 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/م.ف.ت/2016، بتاريخ 23 أبريل 2017.
- 20-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 157 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/م.ف.ت/2018، بتاريخ 12 مارس 2018.
- 21-الرأي القانوني، الصادر عن قسم الصفقات العمومية، وزارة المالية، تحت رقم 744 و.م/ق.ص.ع /م.م.ق.ص.ع/م.ف.ت/2018، بتاريخ 25 جويلية 2018.

القوانين الأجنبية العربية

- 1-القانون رقم 106-2013، بتاريخ 13 نوفمبر 2013، المتعلق بحظر تعارض مصالح المسؤولين في الدولة، (ج.ر. 45، المؤرخة في 2013)، جمهورية مصر العربية.

ثانيا- المراجع العربية

المعاجم والقواميس

- 1-ابن منظور، لسان العرب، فهرس حرف العين، مادة عارض، عرض 345/2، الجزء 15، ط3، دار صادر، بيروت، نسخة منقحة 2010.
- 2-أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.
- 3-أحمد مختار عمر، المكنز الكبير (معجم شامل للمجالات والمترادفات والمتضادات)، مطبعة سطور، ط1، 2000، بغداد.
- 4-حسن عباس، خصائص الحروف العربية ومعانيها -دراسة-، منشورات اتحاد الكتاب العرب، ط1، سنة 1998.
- 5-يوسف خياط، معجم المصطلحات العلمية والفنية، دار لسان العرب، بيروت، سنة 1950.

الكتب

- 1-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة، الجزائر، منقحة ومتممة، 2012-2013.
- 2-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم الأعمال وجرائم التزوير، ط1، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2011.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 3- حسين عبد الحميد أحمد رشوان، في القوة والسلطة والنفوذ، مركز الاسكندرية للكتاب، 64 ش د. مصطفى مشرفة-الأزاريطة- مصر، 2006-2007.
- 4- حفيظ السيد الحداد، مدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 5- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- 6- سليمان الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية- دراسة مقارنة- دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1991.
- 7- عامر نعمة هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2016 بيروت، لبنان.
- 8- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها وإجتهدا، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2013.
- 9- عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2005.
- 10- فضيل شبلي، حمزة عبد الكريم، قانون الصفقات العمومية، قصر الكتاب، الجزائر، 2005.
- 11- محمد جمال مطلق الذنبيات، العقد الإداري- دراسة مقارنة- مكتبة القانون والإقتصاد للنشر والتوزيع، ط1، الرياض-طريق مكة، المملكة العربية السعودية، 2012.
- 12- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 13- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، ط1، 2007، القاهرة، مصر.
- 14- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري- دراسة مقارنة- ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 15- وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، الناشر المتحدون، ج1، ط3، القاهرة، مصر، سنة 2015.

الأطروحات والرسائل الجامعية

أ-رسائل الدكتوراه

- 1- بن العارفة حسين، تقييم المشاريع الاجتماعية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، دراسة حالة جامعة أدرار، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012-2013.
- 2- بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 3-تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 23 نوفمبر 2013.
- 4-خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2015/2014.
- 5-علي قريشي، الحرية السياسية في النظام الدستوري المعاصر والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" في الأصول النظرية وآليات الممارسة مع التطبيق على الوضع في الجزائر رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2005-2004.
- 6-العماري سميرة، إختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في القانون العام، التخصص: عقود إدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2019-2018.
- 7-فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإدارية، الرياض، 2010-1431.
- 8-محمد شريط، عقود الصفقات العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر-1، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، السنة الجامعية، 2016-2017.

ب-مذكرات الماجستير

- 1-إسلام عز الدين شوقارة، صفقات الدراسات في القانون الجزائري للصفقات العمومية، مذكرة لنيل ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2010/2009.
- 2-بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، شعبة: الحقوق الأساسية والعلوم السياسية، تخصص: إدارة ومالية، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، تاريخ المناقشة 07 جوان 2012، السنة الجامعية 2011-2012.
- 3-بركات بن زيان، جنحة إبرام صفقة مخالفة للتشريع والتنظيم في القانون الجزائري -دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2015-2014.
- 4-بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو مولود معمري، 2013.

- 5- **بن عبد المالك بوفلجة**، جريمة قبض العمولات في مجال الصفقات العمومية-دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2014-2015.
- 6- **بوغازي سماعيل**، جريمة تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري-دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، 2014-2015.
- 7- **خلف الله كريمة**، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام جامعة قسنطينة، 2014، ص 173.
- 8- **زلماط سفيان**، الإخلال بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية أثناء إبرامها كركن من أركان جريمة المحاباة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2013-2014.
- 9- **زوزو زوليخة**، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون جنائي، 2011-2012.
- 10- **زيات نوال**، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013.
- 11- **سعودي زهير**، النظام القانوني لتسيير ورقابة المؤسسات العمومية الاقتصادية على ضوء الأمر 01-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، 2005.
- 12- **شباح بوزيد**، جريمة استغلال النفوذ آليات الوقاية والمكافحة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر-01- كلية الحقوق بن عكنون، 2012-2013.
- 13- **صبيحة لوافي**، نظام الإدماج وإعادة الإدماج المهني والاجتماعي للمعوقين في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر.
- 14- **عثمان بودحوش**، تخفيض التكاليف كمدخل لدعم الميزة التنافسية في المؤسسات الصناعية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، كلية التسيير والعلوم الاقتصادية، قسم علوم التسيير، تخصص اقتصاد وتسيير المؤسسات، 2007-2008.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 15- **عمراني مصطفى**، جنحة استغلال نفوذ الأعوان العموميين في مجال الصفقات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة -دراسة مقارنة-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تجريم الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهري محمد، بشار، الجزائر، 2013-2014.
- 16- **لحول كمال**، اختيار المشاريع العمومية دراسة مشروع الطريق السيار "شرق غرب"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص، تسيير المالية العامة، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013-2014.
- 17- **لوز رياض**، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 يوسف بن خدة، 2007.
- 18- **مايا بن قلفاط**، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامع الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، السنة الجامعية 2001-2002.
- 19- **محمد خرفان**، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013-2014.
- 20- **مرجانة الطاهر**، اختصاص المحاكم العسكرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة، 2009-2010.
- 21- **مريان حورية**، الأجال في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، في الحقوق فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -01-، 2012-2013.
- 22- **نرجس الدبابحة**، الصفقات العمومية المحجوزة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع، قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2013-2014.

المقالات

- 1- **أيت عيسى عيسى**، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، آفاق وقيود، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، الجزائر العدد السادس، 2008.
- 2- **بلعيفة عبد العالي**، الآليات القانونية لتحقيق المساواة في التوظيف في المؤسسة العمومية الجزائرية-مقاربة نقدية سوسيوقانونية، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد 23، ديسمبر 2016.
- 3- **بن بوزيد دغبار نورة**، منازعات الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 15، جوان 2016.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 4-بن عودة صليحة، أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، العدد 02.
- 5-بن محمد محمد، حليمي منال، صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، دفاثر السياسة والقانون، مجلد 7، العدد 13، جوان 2015.
- 6-بهي لطيفة، آليات الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الأول، 2014، قسنطينة، الجزائر.
- 7-بوعافية سمير، رحالي بلقاسم، أثر الاستثمار العمومي على النمو الاقتصادي في الجزائر دراسة تحليلية قياسية للفترة 1990-2016، المجلد 5، العدد 1، سبتمبر 2018.
- 8-بوفليح نبيل، صندوق ضبط الموارد في الجزائر أداة لضبط وتعديل الميزانية العامة في الجزائر، مجلة شمال إفريقيا، العدد الأول، 2004، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر.
- 9-بومنصور نورة، المواحة القانونية لتعارض المصالح في الإدارة العمومية دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 8، العدد 2، 2017.
- 10-جبابلة عمار، إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 9، العدد 2، 2018.
- 11-جليل مونية، دور لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في حماية المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 1، جوان 2017.
- 12-دحو معتصم، بن عبد الرحمن معتصم، الصفقات العمومية بين احترام التشريعات القانونية والفعالية الاقتصادية: الاستثناءات هي القاعدة وهي مصدر الفساد، مجاميع المعرفة، المجلد 1، العدد 1، نوفمبر 2015.
- 13-رشو عبد القادر، راتول محمد، دور الإنفاق العمومي في تحقيق الإستقرار الإقتصادي الكلي الجزائري خلال الفترة 2001-2015، مجلة العلوم الاقتصادية، المجلد 12، العدد 12، جوان 2012.
- 14-زنتاتي مصطفى، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 7، العدد 12، 2018.
- 15-سراط هجيرة، التحضير لإجراءات طلب العروض وتجهيزات ما قبل الإيداع، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد درارية، المجلد 17، العدد 02، 2018.
- 16-صالح زمال، مبادئ تفويضات المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في أحكام نص المادة 109 من المرسوم الرئاسي 15-247، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الأول، 2018.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 17- عباس بلغول، المجال الجديد لتطبيق إجراءات الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي الجزائري 15-247، المجلد 2، العدد 9، مارس 2018.
- 18- عثمانى فاطمة، تجريم عدم تبليغ عن تعارض المصالح تكريس لمكافحة الفساد في الوظائف العمومية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، 2017.
- 19- عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل، تئمين الإيرادات -دراسة حالة الرسم العقاري ورسم التطهير لبلدية بشار، مجلة المدير، المدرسة التحضيرية في العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، القليعة، الجزائر، العدد 06، جوان 2018.
- 20- عميري أحمد، دور الإشهار (الإعلان) في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 18، جوان 2017.
- 21- عنان جمال الدين، مكافحة الفساد في إطار الصفقات العمومية جريمة تعارض المصالح نموذجا، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 9، مارس 2018.
- 22- عوالي بلال، رزيق كمال، مجال تدخل المراقب المالي لدى البلديات لمراقبة الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 34.
- 23- قيس حسن عواد البدراني، المساواة في التكاليف المالية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 7، سنة 2005.
- 24- قيدير عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، 2008.
- 25- لعامرة جمال، علاقة الحسابات الخاصة للخزينة بالميزانية العامة للدولة في الجزائر، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 4، العدد 04، 2005.
- 26- لكصاسي سيد أحمد، مبدأ العلانية في الصفقات العمومية، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، جامعة أم البواقي، العدد السابع، جوان 2017.
- 27- محمد الجيلالي، قصي صالح، نصر الدين خير الله، إدارة الجودة في مشاريع التشييد في سوريا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الأول، 2006.
- 28- محمد ديب، مصداقية عروض الصفقات العمومية على ضوء الاتفاقات، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 2، سبتمبر 2018.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

- 29- محمد زيدان، الهياكل والآليات الداعمة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السابع، 2012، جامعة شلف.
- 30- منصورى الزين، آليات دعم ومساندة المشروعات الذاتية والمبادرة لتحقيق التنمية، حالة الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2010.
- 31- ودان بوعبد الله، مركان محمد البشير، البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية، مجلة المالية والأسواق، المجلد 2، العدد 3، جامعة بن باديس مستغانم، الجزائر، 2015.

الملتقيات الدولية

- 1- بودالي محمد، نظم الرقابة البرلمانية، المالية والإدارية على الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي: 24/25 أبريل 2013.
- 2- بوضوار عبد النبي، اختيار المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية، الملتقى الدولي حول الوقاية من الفساد ومكافحته في الصفقات العمومية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 24-25 أبريل، 2013.
- 3- عمراني مصطفى، بوغازي سماعيل،
- إنترنت الأشياء.. الرؤى المستقبلية لتحقيق جودة الحياة، الملتقى الدولي السادس، نموذج التنمية الجديد وجودة الحياة، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، يومي 13-14 نوفمبر 2018، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر.
- تثمين استعادة النفايات... ضرورة بيئية ومنجم ذهب "ساورة نت أنموذجا"، الملتقى الدولي، الاطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر "الفرص والتحديات"، يومي 30 و 31 جانفي 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر.
- 4- عمراني مصطفى، واقع وآفاق إصلاح التشريع المحاسبي الجزائري، الملتقى المغاربي الأول، الإصلاح الإداري في التشريعات المغاربية-واقع وآفاق-، يومي 12-13 أبريل 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر.
- 5- فريدة مزياي، دور الجماعات المحلية في مجال الاستثمار، الملتقى الدولي الخامس حول، دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري

قائمة المراجع المعتمدة

الملتقيات الوطنية

- 1-خيرة مقطف، المعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، المداخلة الثالثة والثلاثون، الملتقى الوطني السادس، حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس المدية، 20 ماي 2013.
- 2-سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المداخلة التاسعة عشر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د.يحي فارس بالمدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.
- 3-فريد كركادن، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 20 ماي 2013.
- 4-محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الإستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن -آلية وقائية لحماية المال العام -، المداخلة السادسة عشر، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة د.يحي فارس بالمدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.
- 5-ميريام أكرور، الاستثمارات الأجنبية والصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة يحي فارس بالمدية 2013.
- 6-نصيرة بلحاج، تحديد السعر في الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري، المداخلة الثانية والثلاثون، جامعة د.يحي فارس بالمدية، كلية الحقوق، يوم 20 ماي 2013.

المجلات

- 1-مجلة السكن، مجلة إعلامية صادرة عن وزارة السكن والعمران، العدد 04، سبتمبر 2009.

ثالثا - المراجع الفرنسية

Les Lois

- 01-Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, JORF n°0074 du 27 mars 2016.
- 02-Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018.
- 03-Ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007, Code général des collectivités territoriales, publiée au journal officiel n° 43 du 25 Octobre 2007.
- 04-Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015.

Les Ouvrages

01-MOULOUD SABRI, KHALED AAUDIA, MOHAMMED LALLEM, Guide de Gestion des marchés publics, Edition du sahel, Alger, 2000.

Les Thèses

01-EFHYMIA LEKKOU, La transparence et la commande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, dans le cadre de l'École doctorale, Université de Lyon 3, France, Soutenue le 26 November 2012.

02-GREGORY KALFLECHE, Des marchés publics à la commande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Université de Panthéon-Assas(Paris II), France, Spécialité : Droit Soutenue le 14 décembre 2004.

03-IBRAHIM REFAAT MOHAMED EL-BEHERRY, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat en droit, institut de droit de la paix et de développement, université de Nice Sofia-Antiolsis, mars 2004.

04-MARIE-CHARLOTTE BONTRON, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Préparée au sein de l'école doctorale, Droit et Science politique, Et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038) Spécialité : Droit public, Université de Montpellier, France, Soutenue le 7 novembre 2015.

05-PIERRE BOURDON, Le contrat administratif illégal, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur, Université de Panthéon-Assas(Paris II), France, Spécialité : Droit, Soutenue le 4 décembre 2012, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014.

Les Articles

01-BERTRAND DACOSTA, L'accès des PME aux marchés publics dans le nouvelle directive Marchés publics, BJCP n° 96.

02-BUISSON JACQUES, Principe d'égalité et discriminations positives, Revue française de Finances Publiques, N° 63, septembre 1998.

03-CATHERINE PREBISSY-SCHNALL, Concurrence et offre anormalement basse, comm. sous CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis, CCC n° 8, Août 2013.

04-CATHERINE RIBOT, La passation des marchés publics, éditions le moniteur, Paris, 2007.

05-CYRILLE EMERY, Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé, AJDA 2005.

06-DAMIEN GUILLOU, Critères, sous-critères et méthodes de notation : une distinction délicate, CP-ACCP, février 2013.

07-FAOUZI FETTAT, ALLAL BOURAHALA, le développement de la PME en Algérie atouts et contraintes, In IDARA, Revue de L'Ecole Nationale d'administration, volume 19, Numéro 1/2009, N°37.

08-FLORIAN LINDITCH, Les principes fondamentaux de la commande publique, Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 2007.

09-FRANÇOIS LLORENS, La transparence des procédures, Contrats et marchés public. 2004.

10-FREDERIC ALLAIRE, Dépasser le droit des marchés publics, AJDA, 28 Septembre 2009.

11-FREDERIC LINDITCH, Les principes fondamentaux de la commande publique, Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, 2007.

12-GREGORY KALFLECHE, Secteur public et concurrence: la convergence des droits, AJDA 2007.

13-JEAN GOURDOU, PHILIPPE TERNEYRE, Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle?, AJDA 2014.

14-JENNIFER. MARCHAND, Réflexions sur le principe de transparence, RDP, n° 3, 2014.

15-LAURENT CHOMARD, L'intangibilité des offres, Marchés publ. 2010, N° 106.

16-LAURENT RICHER, Constitution, contrat et commande publique, Les Nouveaux Cahiers du

Conseil constitutionnel, N° 37, 2012.

17-LAURENT RICHER, Le règlement de consultation, Dalloz, 2015.

18-LIONEL LEVAIN, MATHIEU PRATS-DENOIX, Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes, JCPA, n° 16, avril 2015.

19-PAUL CASSIA, Conflit d'intérêts et passation des contrats de la commande publique, AJDA 2012.

20-RAPHELE CHARLIER, Les Critères Environnementaux Dans Les Marchés Publics, AJDA, 2007.

21-STANISLAS FRANÇOIS, Appel d'offres: rigueur du besoin, intangibilité des offres, Contrats et marchés publ.2014.

رابعا - المراجع الإلكترونية

1-جمال البلحاني، الأموال العامة، مقال منشور على موقع، WWW.droit-dz.com، تاريخ زيارة الموقع 2017/10/08.

2-محمد الشافعي أبوراس، العقود الادارية، مركز التعليم المفتوح، www.olc.bw.eg/colg/images/413، تاريخ تفحص الموقع، 2018/03/26.

3-هاجر الهيشري، مشروعية التمييز الإيجابي، مقال منشور على موقع أفكار أون لاين http://www.afkaronline.org/arabic/archives، تاريخ زيارة الموقع 2017/03/26.

4-حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل، دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين، الفصل الثالث عشر، الحق في المساواة وعدم التمييز في مجال إقامة العدل. منشور على موقع <https://www.ohchr.org/Documents/.../training9chapter0ar.pdf>، تاريخ زيارة الموقع 2017/03/28.

1-Conseil d'État, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 21/09/2011, 349149, Publié au recueil Lebon, www.legifrance.gouv.fr, Date de visite, 01/12/2018.

2-<https://ar.wikipedia.org/wiki> آخر تحديث للصفحة 10 فبراير 2019.

3-<https://ar.wikipedia.org/wiki> آخر تحديث للصفحة 10 فبراير 2019.

الفهرس

16-1 المقدمة
17 الباب الأول: تأصيل مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية
18 الفصل الأول: تأصيل مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية
19 المبحث الأول: الأهداف المشتركة لمبادئ الصفقات العمومية
20 المطلب الأول: الأهداف التقليدية لمبادئ الصفقات العمومية
20 الفرع الأول: تأصيل مبادئ الصفقات العمومية في التشريع الجزائري
21 البند الأول: مراحل تكريس مبادئ الصفقات العمومية
21 أ. مرحلة ما قبل التكريس الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية
23 ب. مرحلة التكريس الفعلي لمبادئ الصفقات العمومية
24 البند الثاني: تعريف مبادئ الصفقات العمومية
24 أ. مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية
26 ب. مبدأ شفافية الإجراءات
26 البند الثالث: تكريس مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية
27 أ. ظهور مبدأ عام للمساواة مرتبط بالطلبات العمومية
27 1. اكتشاف المبدأ من قبل القاضي الدستوري الفرنسي
28 2. تبني المبدأ من قبل قضاة العقد في الفقه الفرنسي
29 ب. جدلية استخدام مبدأ المساواة لتوحيد قانون الطلبات العمومية لدى الفقه الفرنسي
30 الفرع الثاني: تبني الأهداف المشتركة للمبادئ في تنظيم الصفقات العمومية
31 البند الأول: الهدف التقليدي لحماية مصالح المصلحة المتعاقدة
34 البند الثاني: الهدف المشترك لنجاعة الطلبات العمومية
36 الفرع الثاني: الوحدة الوظيفية لمبادئ الصفقات العمومية
36 البند الأول: استحالة ربط نجاعة الطلبات العمومية بمبدأ محدد
38 البند الثاني: استحالة ربط الاستعمال الحسن للمال العام بمبدأ محدد
39 المطلب الثاني: الأهداف الحديثة للمبادئ الأساسية للصفقات العمومية
40 الفرع الأول: صياغة المبادئ فيما يتعلق بتدابير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة
40 البند الأول: بالنسبة لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية
41 البند الثاني: بالنسبة لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين
43 الفرع الثاني: صياغة المبادئ في تكامل الأهداف البيئية والاجتماعية
44 البند الأول: دمج الأهداف البيئية والاجتماعية ضمن قانون الصفقات العمومية
45 البند الثاني: نتائج دمج الأهداف الحديثة على هدايف مبادئ الصفقات العمومية
48 المبحث الثاني: التقسيم الزمني لوظائف مبادئ الصفقات العمومية

49المطلب الأول: المفهوم الزمني لمبادئ الصفقات العمومية.
50الفرع الأول: مرحلة الدعوة للمنافسة.
50البند الأول: هدف حرية الوصول للطلبات العمومية.
51البند الثاني: الآليات المرصودة لتحقيق هدف الوصول للطلبات العمومية.
53الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد.
53البند الأول: هدف المعاملة المتساوية بين المرشحين.
54البند الأول: هدف وضوح الإجراءات.
55الفرع الثالث: مرحلة المنح المؤقت للصفقة وتنفيذها.
56البند الأول: مرحلة المنح المؤقت للصفقة العمومية.
56البند الأول: مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية.
57المطلب الأول: وظائف مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وعلاقته بالمرحلة الأولى.
58الفرع الأول: النطاق الاقتصادي لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.
58البند الأول: وظيفة اقتصادية مشروطة بالاستعانة بمصادر خارجية.
60البند الثاني: العقود المبرمة من طرف أشخاص القانون العام فيما بينهم.
63الفرع الثاني: الوظيفة الاقتصادية لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.
63البند الأول: وظيفة تأطير مرحلة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة.
64البند الثاني: وظيفة إلزامية تطبيق الإجراءات الشكلية لمنح الصفقة العمومية.
66المطلب الثالث: وظائف مبدأ شفافية الإجراءات وعلاقته بالمراحل الثلاثة.
67الفرع الأول: وظيفة شفافية الإجراءات ضمن المرحلة الأولى والثانية.
68البند الأول: وظيفة الإعلان عن البيانات الإلزامية للعقد.
69البند الثاني: الإعلان عن شروط الدعوة للمنافسة.
71البند الثالث: الإعلان المسبق لمعايير انتقاء العروض.
72الفرع الثاني: وظيفة التحقق من نزاهة الإجراءات ضمن المرحلة الثالثة.
73البند الأول: الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية.
73البند الثاني: نزاهة المعلومات المقدمة للمرشحين غير الناجحين.
75خاتمة الفصل الأول.
76الفصل الثاني: الوظائف الخاصة لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين في مجال الصفقات العمومية
77المبحث الأول: وظيفة تحديد وتنفيذ معايير انتقاء العروض.
78المطلب الأول: وظيفة تحديد معايير انتقاء العروض.
79الفرع الأول: وظيفة تحديد المعايير الإلزامية.
80البند الأول: وظيفة تحديد معايير انتقاء العروض بناء على تعدد المعايير.
80أ. معيار النوعية.
82ب. معيار أجل التنفيذ.

- 83ت. المعيار الاجتماعي.....
- 84ث. المعيار البيئي.....
- 86ج. معيار القيمة التقنية.....
- 87ح. معيار خدمة ما بعد البيع.....
- 88د. معيار شرط التمويل.....
- 89البند الثاني: وظيفة تحديد معايير انتقاء العروض بناء على معيار السعر فقط.....
- 90أ. معيار أقل ثمن.....
- 93ب. إشكالية تساوي العروض.....
- 95الفرع الثاني: وظيفة تحديد المعايير الإضافية.....
- 96البند الأول: تعريف المعايير الإضافية.....
- 97البند الثاني: الضوابط القانونية المتعلقة بالمعايير الإضافية.....
- 98المطلب الثاني: وظيفة تنفيذ معايير انتقاء العروض.....
- 99الفرع الأول: أسس مبدأ المساواة في مرحلة اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.....
- 99البند الأول: الأسس السابقة على اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.....
- 99أ. مبدأ تكافؤ الفرص.....
- 101ب. مبدأ الكفاءة.....
- 103البند الثاني: الأسس الحاسمة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.....
- 103أ. المقصود بمبدأ الجدارة ومكوناته في مجال الصفقات العمومية.....
- 104ب. إجراءات تطبيق مبدأ الجدارة وآثارها في مجال الصفقات العمومية.....
- 1041. إجراءات تطبيق مبدأ الجدارة في مجال الصفقات العمومية.....
- 1062. آثار تطبيق مبدأ الجدارة في مجال الصفقات العمومية.....
- 108الفرع الثاني: الإجراءات العملية لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية.....
- 108البند الأول: طريقة الموازنة أو التقييط بين المعايير.....
- 109أ. بالنسبة للمشرع الجزائري.....
- 109ب. بالنسبة للمشرع الفرنسي.....
- 110البند الثاني: طريقة الترتيب التسلسلي للمعايير.....
- 110أ. بالنسبة للمشرع الجزائري.....
- 110ب. بالنسبة للمشرع الفرنسي.....
- 111الفرع الثالث: الإشكاليات العملية التي تعترض نظام تقييم العروض.....
- 112البند الأول: الأخطاء المرتكبة أثناء إعداد وتقديم العروض.....
- 113البند الثاني: تقديم عدة عروض من طرف نفس المرشح.....
- 114البند الثالث: تنازل أو رفض تنفيذ الصفقة من قبل الفائز بها.....
- 115المبحث الثاني: وظائف وإشكاليات تطبيق مبدأ المساواة في تأهيل المرشحين والمتعهدين.....
- 116المطلب الأول: الوظيفة القانونية لتأهيل المرشحين والمتعهدين في إطار القوانين والتشريع المعمول به..

- 117 الفرع الأول: المعايير القانونية لتأهيل المرشحين والمتعهدين
- 117 البند الأول: الشروط التي تفرضها القوانين والتنظيمات المتعلقة بممارسة الأنشطة التي تحكم المنافسة التجارية
- 118 البند الثاني: الالتزامات التي يفرضها المرسوم الرئاسي 15-247
- 119 الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالأهلية القضائية
- 120 البند الأول: عدم وجود المرشح ضمن إجراءات التسوية القضائية أو حالات الإفلاس أو التصفية
- 120 البند الثاني: عدم الحكم بالإدانة القضائية على المرشح للصفقة العمومية
- 121 **المطلب الثاني: الوظيفة الاقتصادية المتعلقة بتأهيل المرشحين والمتعهدين طبقا لنوع الصفقة العمومية**
- 122 الفرع الأول: مفهوم المتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية
- 123 البند الأول: التعبير الصحيح للمتعاقد الاقتصادي ضمن المراحل الزمنية للصفقة العمومية
- 123 أ. المراكز القانونية المختلفة للمتعاقد المتعاقد خلال مراحل الصفقة العمومية
- 127 ب. الآثار القانونية للتمييز بين المرشحين المحتملين والمرشحين الفعليين
- 128 البند الثاني: إشكالية تطبيق مبدأ الجنسية في إطار الوظيفة الاقتصادية لمبدأ المساواة
- 130 الفرع الأول: معايير التأهيل التقني والمالي للمرشح للصفقة العمومية
- 131 البند الأول: التأهيل على أساس شهادة التصنيف
- 134 البند الثاني: التأهيل على أساس الاعتماد
- 137 البند الثالث: التأهيل المالي للمرشح للصفقة العمومية
- 139 **المطلب الثالث: إشكالية تطبيق مبدأ حسب أهمية وطبيعة الصفقة وبالنسبة للصفقات المبرمة عبر البوابة الإلكترونية**
- 139 الفرع الأول: بالنسبة للصفقات ذات الطابع التقني والمعد -دراسة حالة صفقة الدراسات-
- 140 البند الأول: معايير التأهيل بالنسبة لصفقات الدراسات
- 142 البند الثاني: إشكالية تطبيق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين في صفقات الدراسات
- 143 الفرع الثاني: تأثير الوسائل الحديثة بالنسبة لتطبيق مبدأ المساواة
- 144 البند الأول: تطبيقات مبدأ المساواة بالنسبة للمزاد الإلكتروني
- 145 البند الثاني: تطبيقات مبدأ المساواة بالنسبة لإجراءات المزاد الإلكتروني
- 147 **المبحث الثالث: وظيفة تأطير مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض**
- 148 **المطلب الأول: وظيفة تأطير مهام اللجنة أثناء مرحلة فتح الأظرفة**
- 149 الفرع الأول: تأطير الأحكام العامة لإجراءات فتح الأظرفة
- 149 البند الأول: إثبات صحة تسجيل العروض
- 150 البند الثاني: إعداد قائمة بأسماء المرشحين وقائمة بالوثائق التي تحتويها الأظرفة
- 152 البند الثالث: التوقيع بالأحرف الأولى على الوثائق مع تحرير محضر الجلسة
- 152 البند الرابع: رد الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها
- 154 الفرع الثاني: تأطير الأحكام الخاصة لإجراءات فتح الأظرفة
- 154 البند الأول: تسوية الملفات الناقصة

157البند الثاني: الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض
160المطلب الأول: وظيفة تأطير مهام اللجنة أثناء مرحلة تقييم العروض
161الفرع الأول: تأطير مهام إقصاء الترشيحات والعروض قبل التقييم
162البند الأول: استبعاد العرض المخالف للتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية
162البند الثاني: استبعاد العرض غير القانوني
164البند الثالث: استبعاد العرض المالي المقبول
164البند الرابع: استبعاد العروض المتأخرة
165الفرع الثاني: تأطير مهام إقصاء العروض أثناء مرحلة التقييم
165البند الأول: العرض المالي المبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار
166البند الثاني: رفض العرض المالي المنخفض بصورة غير عادية
168البند الثالث: رفض العرض المقبول الذي يؤدي إلى الهيمنة
169الفرع الثالث: تأطير مهام إجراءات التفاوض
170البند الأول: تطبيقات مرنة لمبدأ المساواة بالنسبة للإجراءات المتعلقة بتقويضات المرفق العام
172البند الثاني: تطبيقات صارمة لمبدأ المساواة بالنسبة للإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة العمومية
175المطلب الثالث: وظيفة ضمان الآليات القانونية المخولة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
175الفرع الأول: الامتيازات القانونية المخولة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
175البند الأول: الضمانات القانونية
176البند الثاني: اختيار تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
178الفرع الثاني: المعوقات القانونية والعملية لتطبيق مبدأ المساواة
178البند الأول: النصاب القانوني لصحة اجتماعات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
178أ. بالنسبة لأعضاء لجنة فتح الأظرفة
179ب. بالنسبة لأعضاء لجنة تقييم العروض
180البند الثاني: مدى التزام المصلحة المتعاقدة بالأخذ بقرار لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
181البند الثالث: حجية محاضر لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض
183خاتمة الفصل الثاني
184خاتمة الباب الأول
186الباب الثاني: آثار ونتائج تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية
179الفصل الأول: مظاهر تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية
188المبحث الأول: خرق مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية إجراءات مبررة
190المطلب الأول: خرق مبدأ المساواة نوع من المساواة الفعلية
190الفرع الأول: خرق مبدأ المساواة إجراء مبرر
191البند الأول: اختلاف في المعاملة بين وضعين غير مماثلين

193 البند الثاني: وجود سبب معقول وموضوعي.
196 الفرع الثاني: خرق مبدأ المساواة إجراء هادف.
197 البند الأول: الصفقات العمومية المخصصة للجماعات المحلية.
198 البند الثاني: منح صفقات عمومية بصيغة التراضي وتطبيق هامش الأفضلية.
199 أ: منح صفقات عمومية بصيغة التراضي.
199 ب: تطبيق هامش الأفضلية.
200 المطلب الثاني: خرق مبدأ المساواة إجراء مشروط.
192 الفرع الأول: الشروط المتعلقة بمضمون الصفقة.
201 البند الأول: مساواة الفرص.
203 البند الثاني: المساواة في النتائج.
205 الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمدّة التمييز الإيجابي.
205 البند الأول: التدابير المؤقتة الخاصة.
207 البند الثاني: عدم الإبقاء على المعايير غير المتكافئة.
209 المبحث الثاني: آثار تطبيق مبدأ المساواة بالنسبة لمنازعات الصفقات العمومية.
209 المطلب الأول: آثار تطبيق مبدأ المساواة بالنسبة لتعديل البنود التعاقدية.
210 الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرمة العروض.
211 البند الأول: تعريف مبدأ حرمة العروض.
213 البند الثاني: شرح إجراءات مبدأ حرمة العروض.
215 الفرع الثاني: الأساس القانوني لتطبيقات مبدأ حرمة العروض.
216 البند الأول: إجراءات مرنة في تطبيق مبدأ حرمة العروض في إطار تفويض المرفق العام.
219 البند الثاني: إجراءات صارمة في تطبيق مبدأ حرمة العروض في إطار إبرام الصفقات العمومية.
221 البند الثالث: حدود ومجالات تطبيق مبدأ حرمة العروض.
224 المطلب الثاني: آثار تطبيق مبدأ المساواة على مستوى القضاء الإستعجالي قبل التعاقد.
225 الفرع الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقد وشروطه.
226 البند الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية.
228 البند الثاني: شروط الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية.
228 أ. الشروط العامة لرفع الدعوى الإستعجالية.
229 ب. الشروط الخاصة للدعوى الإستعجالية قبل التعاقد.
232 الفرع الثاني: حالات الطعن بالإلغاء في القرارات التي يشملها مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.
232 البند الأول: بالنسبة للمرحلة الأولى -إعداد الصفقة-.
232 البند الثاني: بالنسبة للمرحلة الثانية -إبرام الصفقة العمومية-.
233 أ. قرار الإقصاء من المشاركة.
234 ب. قرار رفض وإقصاء عروض المرشحين.

- 234 ج. قرار المنح المؤقت.....
- 236 الفرع الثالث: الآثار المترتبة على إلغاء القرارات التي تخرق مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.....
- 237 البند الأول: إلغاء جزئي بدءاً من مرحلة المنافسة.....
- 238 البند الثاني: إلغاء جزئي بدءاً من مرحلة فحص العروض.....
- 240 خاتمة الفصل الأول.....
- 241 الفصل الثاني: نتائج تطبيقات مبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية.....
- 242 المبحث الأول: تعزيز فعالية الطلبات العمومية.....
- 243 المطلب الأول: مجالات تطبيق قانون الصفقات العمومية.....
- 243 الفرع الأول: أشكال ونماذج المشروعات العامة.....
- 244 البند الأول: مشاريع من حيث نوع الخدمة.....
- 244 أ. مشاريع المؤسسات الاقتصادية.....
- 246 ب. المشاريع الاجتماعية (مشاريع البنية التحتية).....
- 247 البند الثاني: مشاريع عمومية من حيث ارتباطها بالمال العام.....
- 247 أ. مشاريع ممولة كلياً من طرف للدولة.....
- 249 ب. مشاريع عامة مختلطة.....
- 249 الفرع الثاني: تصنيف المشاريع العمومية حسب تسييرها.....
- 250 البند الأول: البرامج العادية.....
- 250 أ. البرامج القطاعية الممركز (PSC).....
- 250 ب. البرامج القطاعية غير ممرضة (PSD).....
- 251 ج. مخططات البلدية للتنمية (PCD).....
- 253 البند الثاني: البرامج غير العادية.....
- 253 أ. مشاريع عمومية ضمن الحسابات الخاصة.....
- 255 ب. مشاريع الميزانيات الملحقة والمستقلة.....
- 258 المطلب الثاني: مبررات الإنفاق العمومي على الصفقات العمومية.....
- 258 الفرع الأول: تحقيق فعالية شاملة في جميع المجالات.....
- 258 البند الأول: الاعتبارات الاجتماعية والدوافع الاستراتيجية والسياسي.....
- 259 أ. الاعتبارات والدوافع الاجتماعية.....
- 260 ب. الاعتبارات والدوافع الإستراتيجية والسياسية.....
- 261 البند الثاني: الاعتبارات التمويلية والدوافع الاقتصادية.....
- 261 أ. الاعتبارات التمويلية.....
- 262 ب. الاعتبارات والدوافع الاقتصادية.....
- 262 الفرع الثاني: صعوبات وعراقيل الوصول إلى فعالية الطلبات العمومية.....
- 263 البند الأول: الصعوبات التقنية.....

- 263 أ. ضعف دراسات جدوى المشاريع العمومية.....
- 265 ب. الاعتماد على منهج التقليدي في تويب الميزانية.....
- 268 البند الثاني: الصعوبات المفتعلة.....
- 268 أ. الفساد الإداري والمالي.....
- 269 ب. الابتعاد عن مناهج التقييم العلمية.....
- 270 الفرع الثالث: المعايير والمناهج العلمية لتحديد حاجات المصلحة المتعاقدة.....
- 271 البند الأول: استعمال مختلف أساليب ومناهج دراسات الجدوى.....
- 272 البند الثاني: استعمال مؤشرات قياس الآثار الجانبية للطلبات العمومية.....
- 274 المبحث الثاني: ضمانات حماية المال العام.....
- 275 المطلب الأول: مبدأ المساواة كآلية لمنع تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية.....
- 275 الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لتعارض المصالح.....
- 276 البند الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لتعارض المصالح.....
- 276 أ. تعارض المصالح لغة.....
- 277 ب. التعريف الاصطلاحي لتعارض المصالح.....
- 278 البند الثاني: التعريف القانوني لتعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية.....
- 278 أ. التعريف القانوني لتعارض المصالح بالنسبة للمشرع الجزائري.....
- 280 ب. التعريف القانوني لتعارض المصالح بالنسبة للمشرع المصري.....
- 281 ج. التعريف القانوني لتعارض المصالح بالنسبة للمشرع الكندي.....
- 282 الفرع الثاني: الإجراءات المكرسة لمنع تعارض المصالح في مجال الصفقات العمومية.....
- 282 البند الأول: الإجراءات المنتهجة لتفادي تعارض المصالح.....
- 284 البند الثاني: مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح.....
- 284 أ. مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.....
- 285 ب. مسؤولية الكشف عن حالات تعارض المصالح بالنسبة للعون العمومي.....
- 286 المطلب الثاني: مبدأ المساواة كآلية للوقاية من جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.....
- 287 الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لجريمة الامتيازات غير المبررة.....
- 287 البند الأول: بالنسبة للمشرع الجزائري.....
- 288 البند الثاني: بالنسبة للمشرع الفرنسي.....
- 289 الفرع الثاني: الإجراءات المكرسة لتفادي جريمة الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.....
- 290 البند الأول: بالنسبة لمرحلة تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة.....
- 290 1. صور منح الامتيازات غير المبررة عند إعداد دفتر الشروط.....
- 293 2. اللجوء إلى الإجراء المقيد بدل من الإجراء المفتوح.....
- 294 البند الثاني: بالنسبة لمرحلة إجراء المنافسة بين العروض.....
- 295 أ. بالنسبة للطلبات العمومية التي تساوي أو تفوق المعيار المالي.....

298ب. بالنسبة للطلبات العمومية التي تقل عن المعيار المالي.....
300خاتمة الفصل الثاني.....
301خاتمة الباب الثاني.....
302الخاتمة.....
311قائمة المراجع.....
329الفهرس.....