

تجليات تطبيق مبدأ المنافسة الحرة على إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة - نظام طلب العروض -

إيمان فاطمة الزهراء زروق

أستاذة مؤقتة وطالبة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر

titiimene@gmail.com

الملخص:

في ظل المعطيات الاقتصادية الجديدة، والتجارات الإيديولوجية المعاصرة، شهدت الساحة التجارية الدولية والوطنية تحديات شرسة تتمثل في المنافسة الحرة والإحتكارية، وعلى إثر ذلك، فإن قواعد تنظيم الصفقات العمومية ليست بعد بتلك المرونة المرجوة التي تسمح للمصلحة المتعاقدة وأعوانها العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية التحرك بفعالية وسلاسة للحصول على أفضل كفاءة اقتصادية في الصفقة العمومية، لاسيما في إطار نظام طلب العروض، بل لا تزال بالنسبة للبعض تقييدية إلى حد ما. وبذلك سنركز من خلال هذه الورقة البحثية على جميع القواعد الموضوعية والإجرائية المستحدثة والقديمة النازمة للسوق الهادفة إلى الحد من الممارسات التقييدية للمنافسة، إلى جانب المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

الكلمات الدلالية: المنح المؤقت لمشروع الصفقة، المنافسة الحرة، التعامل الاقتصادي، المصلحة المتعاقدة، الممارسات المقيدة للمنافسة، مجلس المنافسة، القضاء الإداري، القضاء الجزائي.

Résumé :

Dans le domaine de la commande publique et au cours des données économique qui relève des défis féroces entre la libre concurrence et le monopole des opérateurs économique, on trouve que le législateur ainsi que le régulateur ont émis des indices de collusion en matière de marchés publics , soit dans le code des marchés publics (dernier décret présidentiel n°15-247 du 16-09-2015) , soit dans le droit de la concurrence (l'ord 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée), d'où on a démontré par notre études le rôle du conseil de la concurrence qui se limite aux pratiques des offreurs visant à fausser des consultations, ainsi que le rôle des juridictions administratives, financières ou pénales qui ont le soins d'examiner les comportements des demandeurs publics , et les comportements des offreurs visant à fausser l'appel d'offres ou d'une délégation de service public.

Mots clés :

Attribution provisoire du marché public, L'acheteurs publics, les demandeurs publics, libre concurrence, Pratiques anticoncurrentiels, conseil de concurrence, juridiction administrative, juridiction pénales.

مقدمة: يعتبر المنح المؤقت للصفقة ربما من أهم الإجراءات التي كرسها الناظم لأول مرة من خلال المرسوم الرئاسي رقم 02-250¹ الملغى وهذا بالرغم من اعتباره من قبل بعض الجهات وجها آخر للبيروقراطية.

ونظرا للإشكال الكبير حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا الإجراء واستخلاص النتائج القانونية المترتبة عنه، لا سيما عندما نكون بصدد تحديد الهيئة المختصة بالنظر في النزاعات الناشئة عن سلوكيات الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وسلوكيات المتعاملين الاقتصاديين المرشحين في مشروع الصفقة، والتي تمس بقواعد المنافسة الحرة². وعلى إثر ذلك سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى محورين:

المحور الأول: الموازنة بين حريتي المنافسة والتعاقد لإجراء منح مشروع الصفقة وفقا للمرسوم 247.15

والأمر 03.03 المتعلق بقواعد المنافسة.

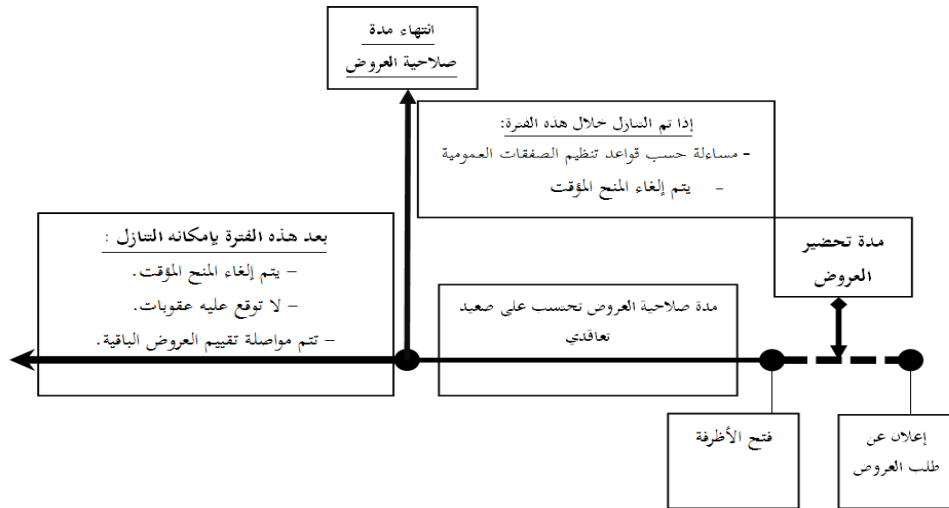
إن أهم إشكال يثور بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة في إطار نظام طلب العروض، هو معرفة متى تنتهي حرية المنافسة، ومتى تبدأ حرية التعاقد، وفي سبيل ذلك، يتعين أن تتيح عملية التباري ربط مشروع الصفقة بالعرض الذي يتحقق في أفضل مستوى للتناسب بين الثمن والجودة، وهي نتيجة يصعب تحقيقها إذا لم يتم تنظيم المنافسة في هذا المجال على أساس شروط، وعلى إثر ذلك سنقوم بالتطرق للقواعد النازمة لذلك في كل من المرسوم الرئاسي 247.15 (المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³، والأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم⁴).

أولا: التفرقة بين مصطلحي المنح المؤقت والتأشير على مشروع الصفقة: إن المنح المؤقت لمشروع الصفقة هو إرساء هذه الأخيرة على متعامل اقتصادي صاحب أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، الذي يتم وفقا للإجراءات التالية:

أ- الإعلان عن طلب العروض: حيث تعمل الإدارة على إعلام المؤسسات وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم مع مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد كمبدأ العلانية والشفافية وحرية المنافسة الشريفة، والنزاهة والمساواة بين المتنافسين بالنشر والإشهار، حيث جعلت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، أن لجوء الملحة المتعاقدة إلى الإشهار الصحفي إلزامي في جميع أنماط طلبات العروض، وبالتراضي بعد الاستشارة عند الإقتضاء، وبذلك فتح القانون الجزائري على سبيل المشاركة لكل العارضين الذين تتوافر فيهم الشروط المعلن عنها محترما بذلك المقاييس المعمول بها.

ب- فرز العروض والإعلان عن الفائز بالصفقة العمومية: بحيث يتقدم العارضين بملف ترشح وملفين آخرين يضمنان على التوالي عرض مالي وتقني، وعند الإقتضاء، عرض الخدمات كذلك.

إن عملية الفرز هذه تكون من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في إطار حصة فتح الأظرفة، يتم على إثرها تقييم العروض من طرف نفس اللجنة في حصة التقييم، والتي تقترح على المصلحة المتعاقدة اختيار العرض الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية وفق المعيار أو المعايير المتبعة بدفتر الشروط التي تعدده المصلحة المتعاقدة بادئ ذي بدئ، ومنه تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار العرض وهو ما يعبر عنه اصطلاحا بال "المنح"، وظيفيا يتم بعد ذلك مطابقة الممنوحة له الصفقة مع وثائق التصريح بالترشح الذي قدم نموذجا عنه ضمن عرضه، وفي غضون 10 أيام، مع إمكانية متابعة الاستعلام، يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة، ولن يكون هذا المنح نهائيا إلا بتبليغ الصفقة في نهاية أشواط تحضيرها إلى المتعامل نفسه. كما أنه في حالة عدم استجابة المتعهد الذي منحت له الصفقة أو تنازل، يتم مواصلة تقييم العروض الباقية⁵. وهو ما تم تبياناه وفقا للمخطط التالي⁶:



المصدر: من إعداد الباحثة، استنادا لمعطيات تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

حيث يتوجب التمييز بين تنازل المتعهد الذي رست عليه المنافسة بشكل قبلي أو بعدي عن نهاية مدة صلاحية العروض، لأن المتعهد مقيد بعرضه خلال فترة صلاحية العرض وبالتالي اختلاف النتائج المترتبة عن التنازل.

أما عن تأشير مشروع الصفقة من طرف لجنة الصفقات المختصة والمراقب المالي على التوالي، هو إجراء وجوبي لدخول العقد حيز التنفيذ، ليأتي بعده إمضاء العقد من مسؤول المصلحة المتعاقدة وهو ما يتضح جليا في المادة 4 من تنظيم الصفقات العمومية، بنصها على ما يلي: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة..." فذلك يعتبر من أولى القيود الواردة على الحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة، مما أدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار إجراء المنح المؤقت لمشروع الصفقة، بـ"القرار الإداري المنفصل عن العقد".⁷

ثانيا: القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد للمصلحة المتعاقدة: مما يؤكد أن مبدأ المنافسة، مبدأ نسبي يخضع لاستثناءات، لاسيما تلك المنصوص عليها بالمادة 83 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور أعلاه، في سبيل ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، التي تقتضي منح هامش للأفضلية بنسبة خمسة وعشرين في المائة (25%)، للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/ أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري. فضلا عن ذلك تخضع للإستفادة من هذا الهامش، حتى تجمعات الشركات المكونة من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، وإذا كانت المؤسسات الأم أجنبية هي التي تقدمت بالعرض، فتقوم بتبرير الحصص التي تحوزها في المؤسسات التابعة لها الخاضعة للقانون الجزائري. أما عن المادة 84 من ذات المرسوم فقد قيدت المصلحة المتعاقدة التي تلجأ إلى فتح مجال الطلب العمومي للمنافسة الدولية بأن تنص في دفاتر الشروط، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الإلتزام بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها.

أيضا نجد أن الناظم كان أكثر تقييدا للحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة من خلال المادة 85 من المرسوم السابق الذكر، حيث ألزمها بالتقيد بالدعوة للمنافسة الوطنية عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، مع مراعاة حالات الإستثناء المنصوص عليها بنفس المرسوم، والتي يقصد من ورائها الأخذ في الاعتبار بالمؤسسات الصغيرة، والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة والتي تلجأ إلى التمويل من الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب حيث تمنح حتى 20 بالمائة من الصفقات العمومية لفائدة هذه الأخيرة، وذلك في ظل تطبيق المادة 87 من المرسوم الآنف، وذلك لضمان ديمومتها وعدم اتجاهها نحو الإفلاس وفشل المشروع، وفي حال ارتكاب تجاوز بخصوص إلزامية منح 20 بالمائة من المشاريع، تقوم الوكالة بإخطار الجهات المعنية لتجميد منح الصفقة، إلا أن هذا الأمر لا نجده في الواقع، ولا يزال حبرا على ورق.⁸

ثالثاً: نقاط الالتقاء بين المرسوم الرئاسي 15-247 والأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم: خلال العرض قد يتخذ المنافس طرق احتيالية وملتوية ومنافية للمنافسة المشروعة (سلوكيات أحادية الطرف) وسواء يتخذ هذا العمل المدير سلوكاً مدبراً على أرض الواقع يكتشف من خلال التحقيق، أو اكتفاء المؤسسة بمواقف سلبية بإخفاء اتفاق سري دون وجود اتفاقية تعاقدية واضحة، كاتفاق مؤسستين عن السعر المرجعي المقترح للصفقة (سلوكيات متعددة الأطراف).

ويمكن القول أن هذه الممارسات مدبرة إذا كانت تستهدف اتفاقاً لاقتسام السوق جغرافياً، أو اتفاقات توزيع الزبائن، أو اتفاقات الإذعان، كجمع مؤسسات تريد الاستجابة لإعلان طلب العروض، وتتضح في الصفقات العمومية خاصة في مجال البناء والأشغال العمومية مثل إصلاح السدود، الطرقات، هذا الشكل يجعلهم يملصون من المنافسة فتتفق هذه المؤسسات مسبقاً على اقتسام الصفقات العمومية في السوق، بتعيين مؤسسة تقترح أفضل عرض — يكون هذا بالتداول — ضمناً من أجل اقتسام المنافع وهذا هو العمل المدبر بذاته فتتخدع المصلحة المتعاقدة المعلنه عن الصفقة بهذه المنافسة الظاهرية والمدبرة ضمناً⁹. وفي جل هذه المخالفات نجد أنها منصوص عليها في كل من تنظيم الصفقات العمومية وقانون المنافسة، ففي المقام الأول يأتي "التعسف في وضعية الهيمنة" المنصوص عليه بالمادة 7 من الأمر 03-03 والمادة 72 الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247: "إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفاً في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت." وذلك بارز في حالة سيطرة مؤسسة أو تجمع مؤقت على سوق ما، مما يبرر حظر وجود أية مفاوضات أثناء المنح المؤقت لمشروع الصفقة مع الإدارة حتى لا تكون هنالك لا توازنات تعاقدية.

وفي المقام الثاني المخالفات المتعلقة بالتسعيرة المفترسة، سواء من خلال خفض الأسعار بصفة مصطنعة، (والتي ذكرت بالمادة 72 الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي تقابلها المادة 12 من الأمر 03.03)، أو من خلال رفع الأسعار بصفة مصطنعة (والتي نصت عليها كل من المادة 72 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي؛ والتي تقابلها المادتان 6 و7 من الأمر 03.03)¹⁰.

يتضح من خلال تحليل مواد تنظيم الصفقات العمومية سالفه الذكر أنه تم ذكر دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض قبل منح مشروع الصفقة إذا تبين وجود إحدى السلوكيات المذكورة أعلاه، وللمصلحة المتعاقدة حرية في رفض التعاقد، إلا أن قانون المنافسة يتكلم عن دور مجلس المنافسة سواء قبل أو بعد منح المشروع المؤقت للصفقة بناء على إخطار إما من قبل الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذين هم في موقف أفضل لإخطار مجلس المنافسة في كل حالة من الحالات المذكورة أعلاه، أو من قبل المنافسين؛ وفي هذه الحالة نقترح أنه لا بد من إدراج نص قانوني يتكلم عن العفو في قانون المنافسة، كما هو الحال في التشريعات المقارنة، في حالة الممارسات المقيدة للمنافسة متعددة الأطراف، إذا تم إخطار مجلس المنافسة من قبل أحد مرتكبي هذه السلوكيات.

المحور الثاني: الرقابة القضائية والشبه قضائية كإطار إجرائي لممارسة المنافسة خلال منح مشروع الصفقة

في هذا الصدد سنحدث عن الجانب الردعي للقواعد الإجرائية لضبط عملية منح مشروع الصفقة وفق مبدأ المنافسة الحرة والتي تتجسد في:

أولاً: تفعيل مجال المنافسة والتحديد الدقيق لدوره كهيئة إدارية شبه قضائية مستقلة: منذ إنشاء هذه الهيئة (سنة 1995)، لم تعد الإدارة كأصل عام مكلفة بدور الحكم لوحدها في العملية التنافسية، وحولت هذه المهمة للمجلس، إلا أنه في مجال الصفقات العمومية فإن الإحصائيات في الجزائر أظهرت أنه منذ تفعيل مجلس المنافسة لم يتلق سوى إخطارين¹¹:

- قضية رقم 40/2006 المؤرخة في 24/06/2006: بين شركة MED SANTE ضد EHS استنادا إلى شكوى محتواها الحيلولة والحرمان من المشاركة من المناقصة من خلال عدم تسليم دفتر الشروط (تم رفض الملف نظرا لعدم وجود وثائق كافية لتبرير ذلك)؛

- قضية رقم 26/2003 المؤرخة في 03/06/2003: الشركة SARL MID ضد المعهد INSID بحجة الإخلال بقواعد الصفقات العمومية من خلال حرمانه من المركز الأول (تم رفض الملف نظرا لعدم اختصاص المجلس استنادا إلى المادة 02 من المرسوم 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995).

ثانيا: التطبيق القضائي لمبدأ حرية المنافسة: إذا ما كان مجلس المنافسة مختصا بتقييم الممارسات المقيدة للمنافسة التي يقوم بها عارضي الخدمة وليس على طالبيها (المصلحة المتعاقدة)، بل أكثر من ذلك إذا كان من صلاحياته النظر في مشروعية منح الإستشارة، فإنه ليس من صلاحياته النظر في مدى شرعية منح الصفقة طبقا لنظام طلب العروض، والأمر كذلك بالنسبة التفويض العام وحده القاضي الإداري المختص يمكن أن ينظر في هذا الشأن.

كذلك ليس من صلاحياته النظر في السلوكيات المنافية للمنافسة المرتكبة من قبل الأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي يختص القاضي الجزائي بالنظر فيها، والتي كانت مدرجة بأحكام قانون العقوبات، جريمة "منح ميزة غير مبررة"، المعروفة تحت اسم "المحسوبية"، المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، (الملغاة والتي حلت محلها المواد 26، 27، 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01.06 المؤرخ في 20 فبراير 2006)، والتي تشكل حاليا الجزء الأكبر من القضايا الجزائية في الصفقات العمومية.

أ- من طرف القاضي الجزائي: إن القضاء الجنائي يمارس عملية الرقابة على الصفقات العمومية في إطار مبدأ الشرعية القاضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، ذلك أن المشرع الجزائي وضع أحكاما خاصة لجرائم الصفقات العمومية والنصوص المكملة له لاسيما قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹²، والتي تأخذ ثلاث صور¹³:

1. المحاباة: إن الركن المادي لهاته الجريمة يتمثل في قيام الجاني بإبرام صفقة عمومية أو اتفاقية أو ملحق أو تأشيرته أو مراجعته دون مراعاة الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل وذلك بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير، أما عن الركن المعنوي، فيتواجد من خلال القصد العام والقصد الخاص في ارتكاب الجريمة، وذلك بقيام الجاني بإعطاء امتيازات غير مبررة، مع العلم بأنها غير مبررة، حيث يمكن استخلاص هذا القصد من اعتراف المتهمين بأنهم تجاوزوا الإجراءات بإرادتهم المحضة، وفي حالة تكرار العملية يمكن استخلاص القصد الجنائي من الوعي التام بمخالفة القواعد الإجرائية، أو من استحالة تجاهلها بالنظر إلى الوظيفة التي يمارسها الجاني. ولا يؤخذ غير المبرر لا يبحث عن فائدته الخاصة، وإنما عن فائدة مؤسسة عمومية، وصف المشرع جريمة المحاباة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بأنها جنحة، وأقر لها في المادة 26 منه عقوبة الحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، مع الإشارة إلى أنه تطبق على الشخص المعنوي غرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج.

2. استغلال النفوذ: جرم المشرع استغلال النفوذ، بالقانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وبذلك تم إلغاء الفقرة الثانية من المادة 128 مكرر من قانون العقوبات، والتي اشترطت ثلاث أركان، لقيام هذه الجريمة، تتمثل في صفة الجاني والسلوك الإجرامي والقصد الجنائي. بالنسبة لصفة الجاني، يشترط أن يكون الجاني، تاجرا، أو صناعيا، أو حرفيا، أو مقاولا، من القطاع الخاص، أو أي شخص طبيعي، أو معنوي، يمارس نشاطا في مجال القطاع الخاص. أما الركن المادي أو السلوك الإجرامي، فيتمثل في إبرام الجاني عقدا، أو صفقة مع الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على امتيازات غير مبررة

تتمثل في الزيادة في الأسعار التي يطبقها الجاني عادة، أو تعديل لصالحه في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل. في حين يقصد بالركن المعنوي علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة، وإرادة استغلال هذا النفوذ لفائدته مع توافر نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة. تطبق على جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين نفس الأحكام المقررة لجنحة المحاباة المذكورة أعلاه. سواء تعلق الأمر بالإجراءات أو بالعقوبات.

3. قبض العمولات من الصفقات العمومية أو الرشوة في الصفقات العمومية: لقيام جريمة الرشوة في هذا المجال. يجب أن يتمتع الجاني بصفة الموظف العمومي وفقا للمعنى المحدد في المادة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته سالف الذكر. أما الركن المادي لهاته الجريمة فيتحقق بقبض أو محاولة قبض الموظف العمومي عمولة (أجرة، أو فائدة) بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات أو إبرام أو تنفيذ عقد أو صفقة أو ملحق، باسم الدولة أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام، وهو ما يميزها عن جريمة استغلال النفوذ، حيث أن هذه الأخيرة يقوم بها شخص من أشخاص القانون الخاص. تتطلب جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية قيام القصد الجنائي الخاص المتمثل في قبض أو محاولة قبض الأجرة أو الفائدة مع العلم بأنها غير مبررة أو غير مشروعة.

تنص المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على العقوبات المقررة لهذه الجريمة، حيث يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر سنوات (10) وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2000000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فيعاقب طبقا للمادة 53 من نفس القانون والمادة 18 مكرر 1 من قانون العقوبات بغرامة من 2.000.000 دج إلى 10.000.000 دج.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية، قد رتب على محاولة الرشوة من طرف المتعامل الراغب في التعاقد بعقوبة تتمثل في إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني، كما يمكن أن تسلط الإدارة على المتعامل المتعاقد الراغب في التعاقد، الذي يحاول تقديم الرشوة للموظف العمومي عقوبة التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية¹⁴.

ب- من طرف القاضي الإداري من خلال ما يعرف بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد: إن اللجوء إلى القضاء الإداري في حالة المنح المؤقت لمشروع الصفقة سيقصر على دعوى الإلغاء من خلال إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد، لكن قبل سلوك هذا الطريق فإن المتعهدين يلجؤون إلى الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة.

1. الشروط الإجرائية والموضوعية للطعن المقرر في المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية: مما يستنتج بمفهوم المخالفة، عن تفسير الفقرة الأولى من المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية، أن الناظم أورد من خلاله مصطلح "المتعهد"¹⁵ أي أنه:

- لا يحق لغير المتعهد اللجوء إلى هذا الطريق، والمقصود بالمتعهد هو من قدم اقتراحا للمصلحة المتعاقدة بخصوص موضوع الصفقة، أما المتنافسين الذين لم يقدموا عروضاً فليس لهم استعمال هذه الطريق في الطعن، ولو كان سبب تخلفهم راجع للمصلحة المتعاقدة، كأن يرفض أعوانها استلام العرض أو يرفض تمكين المتنافس من الوثائق اللازمة لدخول المنافسة، أو حتى إذا لم تحترم المصلحة المتعاقدة الآجال التي حددتها من أجل تقديم العروض. ففي هذه الحالات يكون للمتنافسين اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

- أن صيغة المفرد التي استعملها المشرع عندما نص " يجوز للمتعهد " معناها أن الطعون ترفع فردية، ولا مجال لقبول الطعون الجماعية.

❖ أما عن الآجال المقررة لرفع هذا الطعن فقد حددتها المادة 82 بعشرة أيام تسري من تاريخ نشر قرار المنح المؤقت في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة، أو في بوابة الصفقات العمومية.

❖ وبمجرد الطعن تجتمع اللجنة المختصة حسب التشكيلة المقررة قانوناً، بحضور ممثل عن المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري، وتصدر قراراً¹⁶ في أجل أقصاه 15 يوماً من تاريخ انتهاء آجال تقديم الطعون.

❖ هذا القرار واجب التبليغ للمتعهد الذي قدم الطعن وللمصلحة المتعاقدة.

وما يمكن طرح التساؤل عنه بهذا الصدد هو مركز المتعهد الفائز حال اكتشاف أخطاء حسابية بعد الإعلان عن المنح المؤقت؟ في مثال تم عرضه للنقاش على بعض الممارسين لتبيان الحلول القانونية والتطبيقية، حيث أنه في قضية الحال: "تم الإعلان عن مناقصة وطنية محدودة لإنجاز نصف داخلية وبعد تحليل العروض أسفرت النتائج عن منح الصفقة للمتعهد الأقل عرضاً بنفس المبلغ وتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في الجرائد الوطنية بمبلغ 2.221.221.00 دج ، وبعد مرور الآجال القانونية للطعون تم اكتشاف وقوع خطأ في الحساب، حيث أن لجنة تحليل العروض لم تقم بضبط الحساب للكشف الكمي والتقديري للمتعهد أي تبين أن المبلغ بعد التصحيح هو 2.011.101.00 دج ، أي أن المبلغ نقص وبقى المتعهد دائماً الأقل عرضاً. فما الحل في هذه الحالة ؟ الإشكالية في هذه الحالة تتمثل في عدم انتباه لجنة تقييم العروض ورفض المتعهد للمبلغ بعد التصحيح مع العلم أن الصفقة لم تعرض بعد على لجنة الصفقات العمومية¹⁷.

1. عدم الإلتباه إلى خطأ من هذا النوع لا يجوز للمتعهد التذرع به فإما أن يقبل التصحيح أو يرفض عرضه.

2. يمكن تصحيح الأخطاء المرتكبة في إعلان المنح المؤقت من خلال نشر إعلان تصحيحي (ويتم نشر إعلان عن تصحيح الخطأ في نفس الجرائد التي نشر بها الإعلان عن المنح المؤقت) ولو بعد فوات آجال الطعن طالما أن جوهر التصحيح لا يمس ولا يغير العرض الفائز.

3. وحتى في حالة تغيير العرض الفائز يتم نشر إعلان تصحيحي وتحتسب آجال الطعن من تاريخ نشره ولا يؤثر ذلك على الإجراءات الأخرى، غير أنه لا يجب تعديل محضر لجنة التقييم بل يترك كما هو ويجري تسوية الأمر على مستوى لجنة الصفقات بمناسبة دراستها الطعون المقدمة أو بمناسبة دراسة مشروع الصفقة.

❖ فضلاً عن ذلك فإن تقديم الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة ضمن المبالغ المحددة والمنوطة بها، وضمن المقصد العام من اللجنة، وحسب الإدارة المتعاقدة، سواء مركزية أم غير مركزية، فضمن هذه النقطة يطرح التساؤل التالي: هل يحق للجنة أن تعطي لنفسها عن طريق نظامها الداخلي صلاحية النظر في كل الطعون مهما كانت قيمة الصفقة أو حتى إذا كانت أقل من السقف القانوني؟

حسب رأي الممارسين¹⁸ فليس ثمة ما يمنع من تمرير "صفقة" بأقل من مبلغ العتبتين، شريطة تمرير الملف عبر كامل الإجراءات الشكلية لتمرير صفقة عمومية عادية، فيجب على لجنة الصفقات والمراقب المالي قبول دراسة مشروع الصفقة بعد تواجدها شروط مؤشر عليه مهما كان مبلغها، وتتواجد نصوص تنظيمية كتابية غير منشورة بهذا الصدد.

2- دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري: باعتبار أن الصفقات العمومية هي المجال الخصب لإعمال مبدأ حرية المنافسة في القانون الإداري، فإن رقابة القاضي الموضوع عليها قد تكون في إطار دعوى الإلغاء في حال ما يعرف بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد: كقرار المنح المؤقت لمشروع الصفقة، أو ما يمكننا الاصطلاح عليه بمسمى الإعلان عن المنح المؤقت¹⁹.

حيث أن مناهج التفسير في العلوم القانونية، تحت على التفكير فيما أراده الناظم من إقراره في المادة 82 من المرسوم الرئاسي 274.15 من خلال استعماله لاصطلاح "المنصوص عليها في التشريع المعمول به"²⁰، ويقصد بها تلك المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية²¹، فذلك يستتج باستعمال منهج التفكير حسب الهدف من النص "L'argument téléologique"²²، القاضي بالبحث عن الهدف الذي كان يرمي إليه المشرع من خلال النص على أن قرار المنح

المؤقت يمكن الطعن فيه حسب طرق الطعن المقررة في التشريع ساري المفعول، يوصل إلى القول أن القانون المقصود هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنه الوحيد الذي يقرر طريق الطعن الوحيدة التي تنصب على القرارات الإدارية.

ولرفع دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري لا يكفي أن يكون القرار إداريا كي يمكن الطعن فيه بدعوى الإلغاء، وإنما لا بد أن يكون ملحقا الأذى بنفسه، وهو الشرط الذي يعبر عن المصلحة في الدعوى. وإلحاق الأذى يتمثل في عنصر مهم، يستشف من خلال الرجوع إلى الالتزامات الملقة على المصلحة المتعاقدة عند اختيارها المتعهد الذي سوف تتعاقد معه. على أن طلب العروض يحكم مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية، لاسيما مبدأ المساواة والعلنية والإشهار، ولذا كل مخالفة لهذه المبادئ يمكن الاعتماد عليها للقول بتوافر شرط إلحاق الأذى. كما سبق بيان أن على المصلحة المتعاقدة أن تختار أحسن عرض من العروض التي يتبين من فحص لجنة تقييم العروض أنها جديرة بالفوز بالصفقة. ذلك أنه في ميدان طلبات العروض يتم اختيار أحسن العروض، وهو الحاصل على أكبر مجموع من النقاط، تمثل كل منها أحد معايير الاختيار، فقد يتحصل متنافسان أو أكثر على نفس مجموع النقاط من دون أن يكون تفصيلها متشابها، فيتم اختيار عرض ورفض آخر، فيتحقق شرط إلحاق الأذى. وعلى كل حال فإن مجرد استبعاد عرض وقبول آخر يعتبر إلحاقا للأذى بصاحب العرض المستبعد، والذي يحق له تقديم طعن أمام القضاء الإداري المختص بدعوى الإلغاء، وهو إما المحكمة الإدارية، إذا صدر القرار عن اللجنة الولائية للصفقات العمومية، باعتباره صادرا عن الوالي أو ممثله، على أساس المادة 801-1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في أجل 4 أشهر تسري من تبليغ القرار للطاعن أمام اللجنة، أو من تاريخ علم صاحب قرار المنح المؤقت الذي تم إلغاؤه، والذي يسري عادة من تاريخ نشر قرار التراجع عن قرار المنح الصادر لمصلحته، أو نشر قرار المنح المؤقت المعدل والصادر بناء على رأي اللجنة. أو أمام مجلس الدولة، كأول وآخر درجة، إذا ما تعلق الأمر في منازعة رأي صادر عن اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، بعد تقديم الطعن الإداري المسبق أمام نفس اللجنة، والذي يرفع في أجل شهرين تسري من تبليغ القرار للطاعن أمام اللجنة، أو من تاريخ علم صاحب قرار المنح المؤقت الذي تم إلغاؤه، التي تسري من تاريخ نشر قرار التراجع عن قرار المنح الصادر لمصلحته، أو نشر قرار المنح المؤقت المعدل والصادر بناء على رأي اللجنة، على أن يرفع دعواه في أجل شهرين تسري من تاريخ تلقيه رد اللجنة على تظلمه السابق، أو بعد ثلاثة أشهر من تقديمه تظلمه المسبق في حالة سكوتها عن الرد²³.

الخاتمة: على الرغم من الحلول التي قدمها النازم وعدة تشريعات في مجالات أخرى، والتي تدخل من خلالها وأوضح بجلاء تطبيق مبادئ عدة على إجراء المنح المؤقت للصفقة، والتي من بينها تكريس مبدأ المنافسة الحرة الذي يعد مبدأ قانوني ودستوري في الوقت ذاته، حيث تم إضفاء العديد من المستجدات بموجب المرسوم الرئاسي لسنة 2015، لتعزيز الرقابة على مرحلة إبرام الصفقات من خلال الهياكل، إلا أن التناقضات الموجودة في الواقع تحت على تدعيم كل ذلك ببرامج تكوينية للعاملين في هذا المجال فلا تكفي الإرساليات المقامة بين المصلحة المتعاقدة والوزارة المعنية، ذلك أن ما يلاحظ في الواقع العملي أن رئيس المصلحة المتعاقدة ولا سيما بالبلدية يكون هدفه الوحيد تمرير الصفقة فقط ولا يهمله شيء آخر، بل يتصرف وكأنه خاضع للمحاسب والمراقب المالي من حيث مداولات اللجنة وقراراتها.

- ¹. مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع. 62، الملغى بالمرسوم الرئاسي 236.10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع. 58، الصادرة 7 أكتوبر 2010.
- ². حيث أنه وتطبيقا لمقتضيات المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء نصها كالاتي: " 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."
- ³. جريدة رسمية عدد 50 لسنة 2015.
- ⁴. جريدة رسمية عدد 43 لسنة 2003.
- ⁵. ميلود بورحلة، كمال لحول، سمير لعيسوف، معايير اختيار العرض الأمثل بين المزايا المالية أو التقنية والاقتصادية في مجال الصفقات، مداخلة بمناسبة الملتقى الوطني حول إجراءات تمرير الإستشارات والصفقات العمومية في الجزائر. مقارنة بين فهم النصوص القانونية وتوجيهات السلطات المختصة، ليوم الإثنين 13 أبريل 2015، بالمركز الجامعي تندوف.
- ⁶. من إعداد الباحثة، استنادا لمعطيات تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ⁷. بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص. 214.
- ⁸. تجربة المؤسسات المصغرة في الجزائر، محاضرة ألقى بالجامعة الشنتوية بتلمسان، في إطار فعاليات الأسبوع العالمي للمقاولاتية، 2014.2015.
- ⁹. شرواط حسين، شرح قانون المنافسة على ضوء الأمر: 03.03 المعدل والمتمم بالقانون: 10 | 15 ووفقا لقرارات مجلس المنافسة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص. 26. 29.
- ¹⁰. ومع ذلك، فإن حظر الأسعار المفترسة يتطلب توافر المحاسبة التحليلية (comptabilité analytique) لتحديد، الأنشطة التنافسية، وتكلفة المنتجات أو الخدمات المقدمة. (عندما يكون السعر المقترح هو أقل من التكلفة المتغيرة)، مقتبس عن: تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 169.
- ¹¹. SLIMANI Djilali, Approche économique de la relation entre les marchés publics et le droit de la concurrence, *Journée d'étude portant sur « les indices de collusion en matière de marchés publics »*, (16 décembre 2015), conseil de la concurrence, alger.
- ¹². قانون رقم 01.06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المتمم، ج.ر.ع. 14 المؤرخة في 8 مارس 2006.
- ¹³. خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 13، ص. 206. 208.
- ¹⁴. المادة 89 من المرسوم الرئاسي 247.15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- ¹⁵. زيد جابر، وهبة ديجي، إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري. مداخلة بمناسبة ملتقى وطني حول إجراءات تمرير الإستشارات والصفقات العمومية في الجزائر مقارنة بين فهم النصوص القانونية وتوجيهات السلطات المختصة، (ليوم 13 أبريل 2015)، بالمركز الجامعي تندوف.
- ¹⁶. كانت ترجمة المادة 101 فقرة 2 (للمرسوم ر. 2002 الملغى) تثير إشكالا بالنسبة لطبيعة القرار الصادر عن اللجنة المختصة:
- " la commission des marchés compétente donne **un AVIS** dans un délai de quinze (15) jours..."
- أما عن نص المادة الحالي (82 من المرسوم ر. 2015) فالناظم استدرك ذلك ونص على أنه:
- "La commission des marchés compétente prend **une décision**, dans un délai de quinze (15) jours, à compter de l'expiration du délai de dix (10) jours cités ci-dessus. Cette décision est notifiée au service contractant et au requérant."
- ¹⁷ موقع إنترنت: <http://www.mouwazaf-dz.com/t12673-topic>
- ¹⁸ لقاء مع موظفي مديرية DAL بولاية تلمسان.
- ¹⁹ ليلي بوكحيل، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، مداخلة بمناسبة ملتقى وطني حول " حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، جامعة باجي مختار، عنابة، مقالة منشورة بموقع الإنترنت: <http://dr.sassane.over-blog.com/article-118105224.html>
- ²⁰. وتقابلها المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10 - 236: «زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن ،،،،،،،»

²¹. قانون رقم 09.08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

²². L'argument téléologique, concernant l'esprit et le but de la loi, que l'on ne reconstitue pas, cette fois à partir de l'étude concrète des travaux préparatoires, mais à partir de considérations sur le texte même de loi. Cette façon plus abstraite d'argumenter s'impose quand l'étude historique ne permet pas d'éclairer l'interprète, parce que les problèmes soulevés sont nouveaux et ne se posaient pas à l'époque.

- Voir Perelman (Ch), logique juridique nouvelle rhétorique, édition Dalloz, 1976, collection "Méthode du droit" p 58.
- Document remis par Dr Bennadji Chérif aux étudiants de la 14^o promotion, Cours de Méthodologie, Ecole Supérieure de la Magistrature, Alger, 2004-2005.

²³. عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، جوسور، الجزائر، 2007.