

لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومدى تكريسها لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية The Bid Opening and Evaluation Commission and its Consecration of the Principle of Competition in public procurements

غنية عباس*

جامعة باجي مختار - عنابة

Ghaniaabes2018@gmail.com

تاريخ النشر: 2024/06/30

تاريخ القبول: 2023/12/28

تاريخ الارسال: 2023/06/19

ملخص:

تتطلب حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية جملة من الإجراءات القانونية التي تضبط حرية المصلحة المتعاقدة في إبرام صفقاتها بما في ذلك تقييد حريتها في اختيار المتعامل المتعاقد من خلال إحداث لجنة تلعب دورا أساسيا في انتقاء المتنافس الذي ترسو عليه الصفقة، ألا وهي لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وبالنظر للدور المحوري الذي تؤديه هذه اللجنة في إبرام الصفقات العمومية، استلزم الأمر تنظيمها تنظيمًا قانونيًا دقيقًا سواء من حيث تشكيلتها أو سير عملها وكذا مهامها، بناءً عليه استهدفت هذه الدراسة البحث عن مدى تكريس مبدأ المنافسة على مستوى التنظيم القانوني لهذه اللجنة، والكشف عن الثغرات والنقائص واقتراح الحلول التي نرى فائدتها. **كلمات مفتاحية:** صفقات عمومية. مبدأ المنافسة. لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض. رقابة داخلية.

Abstract:

Protecting the principle of competition in public procurements requires a number of legal measures which confine the freedom of the contracting service in attributing the public procurements, including the restriction of its freedom in the choice of the contracting partner, through the creation of a commission, playing a fundamental role in the selection of this partner, called the bid opening and evaluation commission. Given the key role played by this commission in the awarding of public contracts, it requires strict regulation, whether in terms of its composition, operation or missions. Therefore, the purpose of this study is to examine the extent to which the principle of competition is observed in the light of the legal regime of this commission, but also to highlight the loopholes and shortcomings of this regime in order to propose solutions deemed useful in this regard.

Keywords: public procurements. the principle of competition. the bid opening and evaluation commission. internal control.

مقدمة

تحتل الصفقات العمومية مكانة مرموقة في الاقتصاد الوطني لمساسها المباشر بمختلف جوانب الأنشطة الاقتصادية والمالية للدولة وما يرتبط بها سياسيا واجتماعيا، هذه الأهمية قابلها عناية خاصة من المشرع الجزائري تجسدت في الكم الهائل من النصوص القانونية التي أفردت للصفقات العمومية منذ الاستقلال، كان آخرها القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية¹، في انتظار صدور النص التنظيمي المحدد لكيفيات تطبيق هذا القانون، حيث تبقى الأحكام التنظيمية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام² سارية المفعول إلى غاية نشر النص التنظيمي الجديد³، مع العلم أنّ الإطار القانوني الحالي للصفقات العمومية يتوافق ومضمون المادة 139 من التعديل الدستوري الأخير التي تنص على أنّ القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية تصدر بموجب قانون وليس نصا تنظيميا⁴.

إنّ تعدد التعديلات بالنسبة للنصوص القانونية الخاصة بالصفقات العمومية يعبر عن إصرار المشرع الجزائري في البحث عن السبل والآليات التي ترتقي بالصفقات العمومية إلى مستوى التسيير الرشيد في ظل المخاطر الكثيرة التي تهدد نجاعة الإنفاق العام، وهذا لن يتحقق إلا بوضع حماية متكاملة لمبدأ المنافسة فالتنقح عليه أنّ لإعمال مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية دورا أساسيا وفعالا يتوقف عليه نجاعة الطلبات العمومية، وهو ما تؤكدته المادة الخامسة (05) من القانون رقم 12-23 عندما نصت على المبادئ الأساسية للمنافسة في الصفقات العمومية ولكن دون تبيان واف لهذه المبادئ⁵ حيث جاءت صياغتها كآتي " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يخضع إبرام الصفقات العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المرشحين، شفافية الإجراءات ".

في إطار حماية مبدأ المنافسة تم إخضاع عملية إبرام الصفقات العمومية لصور شتى من الرقابة من بينها الرقابة الداخلية الممارسة من طرف لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض والمنصوص عليها في نص المادة 96 من القانون رقم 12-23، حيث تُسفر هذه الرقابة -في الغالب- عن المنح المؤقت للصفقة العمومية ما يظهر جليا الدور المهم لهذه اللجنة في مجال إبرام الصفقات العمومية وعلاقتها المباشرة بمبدأ المنافسة، حيث تعد أداة فعالة لحماية هذا المبدأ في حال ما تم تنظيمها وتنظيما قانونيا سليما ودقيقا، وهو الموضوع الذي تنصب عليه دراستنا.

تتجلى أهمية هذه الدراسة فيما نراه في الواقع العملي، فرغم أهمية مبدأ المنافسة إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا، ما يترجمه الانتشار الرهيب لظاهرة الفساد الماسة بالسلوك التنافسي في الصفقات العمومية بالرغم من وضع العديد من الإجراءات الكفيلة بحمايته، والتي من أهمها الرقابة الممارسة من طرف لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض التي تُسفر عن اختيار صاحب العرض الأنسب تقنيا وماليا للمصلحة المتعاقدة، ما يظهر جدية الموضوع وضرورة الوقوف عنده بالدراسة والتحليل.

بالنسبة للهدف المتوخى من هذه الدراسة، فهو تسليط الضوء على موضوع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومدى تكريسها لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة به وخاصة أحكام القانون 12-23 وكذا الأحكام التنظيمية - غير الملغاة- المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال تقييم مدى فعاليتها والكشف عن الثغرات والنقائص واقتراح الحلول، كما لا يخلو من الفائدة الاستعانة -على سبيل الاستئناس- بالتشريعات المقارنة، كما لتحليلات وأراء الفقه نصيب في هذه الدراسة وهذا كله بهدف الخروج بدراسة شاملة تلم بجميع جوانب الموضوع.

من خلال ما سبق يمكن صياغة إشكالية الدراسة على النحو التالي:

ما مدى استجابة التنظيم القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لحماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية بما يضمن حقوق المتعاملين الاقتصاديين من جهة ونجاعة الطلب العمومي من جهة أخرى؟ للوصول إلى الأهداف المرجوة من الدراسة وللإجابة على الإشكالية المطروحة، بدراسة قانونية علمية واضحة سنتبع أساسا المنهج الوصفي من خلال الاستقصاء عن موضوع الدراسة، بجمع المعلومات وتصنيفها وتبويبها، وكذا المنهج التحليلي بحصرنا وتحليلنا للنصوص القانونية محل الدراسة وكشفنا لمناطق القوة والضعف واقتراح الحلول التي نرى فائدتها.

مما تقدم ولأجل الإحاطة بجزئيات هذه الدراسة وبالإشكالية المطروحة في إطار الأهداف المسطرة سابقا سيتم تقسيم الدراسة إلى قسمين، حيث سيخصص العنوان الرئيسي الأول لحماية مبدأ المنافسة على مستوى تشكيلة وسير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، أما العنوان الرئيسي الثاني فسنطرق من خلاله لحماية مبدأ المنافسة على مستوى مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

أولاً: حماية مبدأ المنافسة على مستوى تشكيلة وسير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

إنّ الدور المهم الذي تؤديه لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال إبرام الصفقات العمومية، يتطلب تنظيمها تنظيمًا دقيقًا سواء من حيث تشكيلتها أو سير عملها، وهنا ننوه إلى أنّ معظم مواد الجانب التنظيمي للجنة واردة في المرسوم الرئاسي 15-247 الملغى جزئياً، فطبقاً لنص المادة 162 من المرسوم الرئاسي 15-247 "يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وقواعد تنظيمها وسيرها ونصابها، في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها"، كما تم وضع قواعد وشروط عامة تتعلق بتشكيلة وسير عمل هذه اللجنة، وتحليلنا لهذه القواعد والشروط لاحظنا تكريساً ضعيفاً لمبدأ المنافسة على مستوى التشكيلة، يقابله تكريساً متقوفاً لهذا المبدأ على مستوى سير العمل.

1. تكريس ضعيف لمبدأ المنافسة على مستوى تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

تتسم تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بجملة من الخصائص يستشف منها ضعفاً في التنظيم القانوني لها، ما يؤثر سلباً على مبدأ المنافسة، سواء تعلق الأمر بالطابع الموحد لتشكيلة اللجنة، أو غموض شرط التأهيل والكفاءة في أعضاء اللجنة، وكذا تبعية أعضائها للمصلحة المتعاقدة.

1.1. الطابع الموحد لتشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

سابقا كان المرسوم الرئاسي 10-236⁶ في إطار نظام الفصل بين لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض يشترط تنافي العضوية في اللجنتين، حيث كانت تُفرد لكل لجنة تشكيلة مختلفة عن الأخرى، وهذا حرصا من المشرع على استقلالية كل لجنة، بما يضمن السرية والحياد في عمل اللجنتين⁷، وبصدور المرسوم الرئاسي 15-247 ظهرت لجان الرقابة الداخلية بخُلة جديد انتقلت فيها من نظام الفصل إلى نظام الدمج وهو ما أكدّ عليه القانون 23-12، إذ أصبحت تختص بهذه الرقابة لجنة واحدة تسمى لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بتشكيلة موحدة لأداء مهامها سواء في مرحلة الفتح أو التقييم.

إنّ دمج لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض بتشكيلة موحدة يعد سلاحا ذو حدين، فمن جهة يساعد على تبسيط الإجراءات في إطار حوكمة الصفقات العمومية، كما أنّ جعل الأعضاء الذين يقومون بفتح الأظرفة هم أنفسهم الذين يتولون مهمة تقييم العروض يمنحهم دراية أكبر بالعروض المقدمة ما يضيفي على عملية الرقابة فعالية أكبر، إلا أنه من جهة أخرى كانت لجنة تقييم العروض -في إطار نظام الفصل بين اللجنتين- بمثابة دراسة ثانية للعروض بأعضاء آخرين، ما يساعد على تدارك بعض الأخطاء التي تقع فيها لجنة فتح الأظرفة ومنح دقة أكبر في اختيار العرض المناسب للمصلحة المتعاقدة⁸، كما أنّ شرط تنافي العضوية بين لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض يعد ضمانا للمتنافسين، من خلال فرض الحياد وتقليص فرص التلاعب والتحايل بين الأعضاء لصالح مترشح بعينه.

2.1. غموض شرط التأهيل والكفاءة في أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

طبقا لنص المادة 96 الفقرة 02 من القانون 23-12، تتشكل اللجنة من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع حدا للانتقادات التي كانت توجه له في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، هذا الأخير وفي إطار نظام الفصل بين لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض كان يشترط عنصر المؤهل والكفاءة في اللجنة الثانية دون الأولى، وبذلك فإن تدارك المشرع لهذه الثغرة سيساعد بدون شك على اختيار العرض الأمثل سواء من الناحية المالية أو التقنية.

في نفس الإطار نصت المادة 08 من القانون 23-12 على استفادة الموظفين والأعوان العموميون المكلفون بتحضير وإبرام وتنفيذ ومراقبة الصفقات العمومية من تكوين مؤهل لتحسين المستوى وتجديد المعارف ما يعني أنّ أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض معنيون بهذا التكوين على اعتبار أنهم مكلفون بمراقبة الصفقات العمومية.

بالرغم مما ذكر أعلاه، نلاحظ نوعا من الغموض في هذا الشأن، فالمشرع لم يحدد بدقة طبيعة ونوع المؤهلات والكفاءات المطلوبة في أعضاء اللجنة، ما يعني أنّ تحديدها يعود للسلطة التقديرية لمسؤول المصلحة المتعاقدة وقناعته الخاصة، وعلى خلاف التشريع الجزائري نجد أنّ قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر حدد طبيعة الكفاءات التي تحتوبها لجان فتح المظاريف ولجان البت، حيث أكدت

المادة 28 منه على أن تضم لجان فتح المظاريف ولجان البت عناصر فنية ومالية وقانونية، وفق أهمية التعاقد⁹، وهي كلها عناصر تُسهم في نجاعة وفعالية الرقابة الداخلية.

في نفس الإطار نصت المادة 160 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه يمكن المصلحة المتعاقدة إنشاء لجنة تقنية تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض، إلا أن الاستعانة بهذه اللجنة التقنية يثير بعض التساؤلات، هل أعضاء هذه اللجنة تابعون للمصلحة المتعاقدة؟ أليس من المفروض أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تحتوي على الكفاءات المطلوبة؟ إذن ما الفائدة من اللجنة التقنية؟

بالنظر لتبعية أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمصلحة المتعاقدة، كثيرا ما يكون هناك نقص في هذه الكفاءات خاصة على مستوى الجماعات المحلية، لذلك -بالرغم من عدم النص على ذلك صراحة- يفترض أن تتشكل اللجنة التقنية من أعضاء ذوي كفاءة وتأهيل من خارج المصلحة المتعاقدة، ما يبرر إمكانية إحداثها.

3.1. تبعية أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمصلحة المتعاقدة

تظهر تبعية أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض للمصلحة المتعاقدة من حيث أنهم موظفون تابعون لها، بالإضافة إلى أن تعيينهم يتم من طرف المصلحة المتعاقدة.

1.3.1. أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض موظفون تابعون للمصلحة المتعاقدة

طبقا لنص المادة 96 الفقرة 02 من القانون 12-23 تتشكل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من موظفين تابعين للمصلحة المتعاقدة، وهنا انقسمت الآراء بين مؤيد و رافض، حيث يرى المؤيدون بأن هذا الشرط يمنع تعيين أعضاء من خارج المصلحة المتعاقدة لأهداف قد تكون بعيدة كل البعد عن المصلحة العامة، وهو الأمر الذي ثبت حدوثه في بعض المؤسسات الخاضعة في إبرام عقودها لتنظيم الصفقات العمومية¹⁰، في حين يرى الرافضون لهذا الشرط أن إدراج أعضاء يمثلون هيئات أخرى في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من غير ممثلي المصلحة المتعاقدة يضيف مصداقية أكبر على عملية الرقابة¹¹، وحسب وجهة نظرنا، سواء تشكلت هذه اللجنة من أعضاء تابعين للمصلحة المتعاقدة أو من خارجها، فإن هذا لن يجعلها بمنأى عن دائرة الفساد، وإنما الأهم هو التركيز على تعيين أعضاء على درجة كبيرة من النزاهة والكفاءة والتأهيل، إلا أن ذلك لا ينف أن وجود أعضاء ذوي كفاءة من خارج المصلحة المتعاقدة قد يضيف فعالية أكثر على الرقابة، خاصة على مستوى المصالح المتعاقدة التي تعاني شحا في الكفاءات.

كما يفهم من اشتراط المشرع صفة الموظف في أعضاء اللجنة استبعاد وإقصاء المنتخبين على مستوى الجماعات المحلية من العضوية في لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على اعتبار أنهم ليسوا موظفين عموميين، وقد بُرر هذا الإقصاء بتنافي المهام الانتخابية مع مهام اللجنة¹²، ما يعني أن المشرع الجزائري لم يراعِ مميزات وخصوصيات الجماعات المحلية، وهذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة من بينها التشريع الفرنسي الذي لا يمنع عضوية المنتخبين المحليين في لجنة طلب العروض للجماعات المحلية¹³.

2.3.1. تعيين أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من طرف المصلحة المتعاقدة

طبقا لنص المادة 162 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 " يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ..."، وهي بادرة إيجابية تحسب للمنظم الجزائري بالنظر لاختلاف طبيعة المصالح المتعاقدة واختلاف طبيعة العقود الإدارية في حد ذاتها، فالتشكيلة التي تكون مناسبة للولاية أو البلدية، قد لا تكون مناسبة للجامعة أو مركز التكوين المهني، لذا من الطبيعي اختلافها من مصلحة متعاقدة لأخرى¹⁴، إلا أنّ الغموض الذي يثار هنا هو عدم تحديد عدد أعضاء اللجنة، ما يفتح المجال واسعا لمسؤول المصلحة المتعاقدة في تحديد العدد الذي يراه مناسبا، وهو ما يشكل ثغرة قانونية قد تستغل لخرق مبدأ المساواة بين المتنافسين وقواعد الشفافية¹⁵، لذا نرى أنه من المستحسن تحديد عدد أعضاء اللجنة ليحذو بذلك المشرع الجزائري حذو العديد من التشريعات المقارنة، ففي فرنسا مثلاً حُدِّدَت تشكيلة لجنة طلب العروض للجماعات المحلية برئيس وخمسة (05) أعضاء¹⁶.

2. تكريس متفاوت لمبدأ المنافسة على مستوى سير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

بالرجوع إلى القانون 12-23 وكذا المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أنه تم تنظيم سير عمل لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بشكل متفاوت بين حماية مبدأ المنافسة والمساس به، فمن جهة أقرّ علانية جلسة فتح الأظرفة كضمانة أساسية لمبدأ المنافسة، ومن جهة أخرى نجد أنّ ميعاد اجتماع اللجنة فيه خرق لمبدأ المنافسة وكذا الإشكال المطروح على مستوى النصاب القانوني لانعقادها بالإضافة إلى عدم تحديد المدة الفاصلة بين فتح الأظرفة وتقييم العروض.

1.2. علانية جلسة فتح الأظرفة كضمانة أساسية لمبدأ المنافسة

يعتبر مبدأ العلانية في الصفقات العمومية بصفة عامة المعادل الموضوعي والأساسي لمبدأ المنافسة¹⁷ فهو على حد تعبير أحد الفقهاء "عملة المنافسة في الصفقات العمومية"¹⁸، لذا نجد أنّ القانون 12-23 وكذا المرسوم الرئاسي 15-247 قد كرّسا هذا المبدأ في جميع مراحل إبرام الصفقة العمومية، بما في ذلك مرحلة فتح الأظرفة، حيث تنص المادة 70 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية في جلسة علنية... وتُدعو المصلحة المتعاقدة كل المترشحين والمتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة، في إعلان المنافسة، أو عن طريق رسالة موجهة للمترشحين أو المتعهدين المعنيين"¹⁹، إلا أنّ المادة 109 من القانون 12-23 أوردت استثناء يقضي بعدم خضوع الصفقات العمومية العمومية المتعلقة بوزارة الدفاع الوطني لعلنية جلسة فتح الأظرفة، وهو أمر طبيعي بالنظر لسرية بعض الصفقات التي تبرمها هذه الوزارة.

كما أشارت المادة 66 من المرسوم 15-247 إلى إدراج تاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتعهدين، وبذلك يكون المشرع قد منح ضمانا هاما للمتنافسين، مكرّسا بذلك نزاهة عملية فتح الأظرفة حيث يمكن لمقدمي العطاءات معرفة عدد العطاءات المقدمة وأقلها سعرا وشروط كل منها

مما يتيح لهم الحق في التظلم ضد القرارات التي يرونها مجحفة في حقهم²⁰، وهنا نشير إلى أنّ التشريع الفرنسي ذهب لأبعد من ذلك حيث سمح- إلى جانب المتنافسين- بحضور العامة من الشعب بهدف ضمان المشروعية وتسهيل الرقابة على شرعية أعمال لجنة طلب العروض²¹.

من ناحية أخرى، إذا ما تمعنا في نص المادة السالفة الذكر يتضح أنّ العلنية شرط في جلسات فتح الأظرفة دون جلسات تقييم العروض، ونحن نؤيد الرأي الفقهي الذي يرى أنّ حضور المتنافسين في جلسة تقييم العروض أمر غير مستساغ، لما قد يسببه ذلك من اعتراضات ومشاحنات بين أعضاء اللجنة والمرشحين ما قد يؤدي إلى تأخير وتعطيل عمل اللجنة²²، ومنه يمكن القول أنّ إضفاء المشرع الجزائري الطابع السري على جلسات تقييم العروض لا يمس مبدأ المنافسة خاصة وأنه قد مُنح للمتنافسين ضمانات أخرى هامة نصت عليها المادتين 65 و82 من المرسوم الرئاسي 15-247، أين يكون الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة يكون في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض والذي يُبلغ من خلاله نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً، أمّا بالنسبة للمرشحين الذين لم تلقى عروضهم الموافقة تلتزم المصلحة المتعاقدة بتوجيه دعوة لهم في نفس الإعلان للإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية وفي حالة عدم اقتناعهم بنتائج تقييم عروضهم يمكنهم الاستفادة من حقهم في الطعن.

2.2. خرق ميعاد اجتماع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لمبدأ المنافسة

طبقاً لنص المادة 66 الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 " يوافق تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض وتاريخ وساعة فتح أظرفة العروض التقنية والمالية، آخر يوم من أجل تحضير العروض...". يتضح من نص المادة أعلاه أنّ انعقاد لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض يرتبط بنهاية أجل إيداع العروض الذي لم يقم المشرع الجزائري بتحديد، حيث ترك هذه المهمة للمصلحة المتعاقدة، بشرط التقيد بمجموعة من العناصر تتعلق أساساً بتعقيد موضوع الصفقة، المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها، فتح المجال واسعاً لأكثر عدد ممكن من المتنافسين، وهذا طبقاً لنص المادة 66 الفقرة 01 و04 من نفس المرسوم.

حسب وجهة نظرنا، كان من المستحسن تحديد أجل إيداع العروض قانوناً درءاً لكل ثغرة قد تُستغل لغير صالح المتنافسين، كما أنّ الفقرة الخامسة (05) من المادة السالفة الذكر تثير بعض التساؤلات من حيث عدم احتساب الآجال المتعلقة بإيداع العروض كاملة، وهنا انقسمت الآراء بين من يرى أنّ ذلك من شأنه هدر الآجال، حيث تم اختزال اليوم الأخير للعرض، بالرغم من أنه يوم قانوني بالإمكان لكل عارض طبقاً لمبدأ المساواة تقديم عرضه ولو في آخر ساعة عمل²³، على عكس ذلك هناك من يرى أنّ هذا التشدد في تحديد آجال انعقاد الجلسة يساهم في تسريع إجراءات الإبرام ضماناً لتنفيذ الصفقة العمومية في الوقت المناسب، ومنه وضع حد للتراخي والتكاسل الإداري الذي يتعارض مع مقومات الإدارة الرشيدة²⁴.

نحن بدورنا نوافق الرأي الأول، ذلك أنّ احتساب اليوم الأخير من آجال إيداع العروض لن يكون سبباً في التراخي الإداري على حد تعبير أصحاب الرأي الثاني بقدر ما قد يكون سبباً في ضياع الفرصة على بعض

المتنافسين لتقديم عروض قد تكون جدية، وربما تكون أفضل عروض المتنافسين، لذا نرى أنه من المستحسن إعادة صياغة الفقرة الخامسة (05) - سالف الذكر - في النص التنظيمي المزمع إصداره لتكون مماثلة للمادة 108 من المرسوم التنفيذي 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى فيما يخص ميعاد انعقاد اللجنة²⁵، حيث كانت تنص على أنّ اجتماع هذه الأخيرة في يوم العمل الذي يلي آخر أجل لإيداع العروض بما يضمن المدة الكاملة للتنافس.

3.2. إشكالية النصاب القانوني لانعقاد لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض

طبقا لنص المادة 162 الفقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 " تكون اجتماعات لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض في حصة فتح الأطراف صحيحة مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، على أنه يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء".

باستقراء نص المادة أعلاه، يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: نصت المادة على النصاب القانوني لانعقاد اللجنة في جلسة فتح الأطراف فقط، ما يعنى أنّ حصة تقييم العروض يحدد نصاب انعقادها في مقرر إنشائها الذي يوضع من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة.

الملاحظة الثانية: عدم الإشارة إلى كيفية استدعاء أعضاء اللجنة وآجاله، بالرغم من أنّ هذا الإجراء جد مهم، فحتى تكون جلسات اللجنة صحيحة لا بد أن توجه الدعوة لجميع الأعضاء²⁶، حتى أنّ مجلس الدولة الفرنسي اعتبر تبليغ المعنيين بجلسات أو اجتماعات اللجان من قبيل الشكليات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها بطلان الجلسة²⁷، لذا نأمل تدارك المشرع الجزائري لهذه النقائص التي من شأنها المساس بمبدأ شفافية الإجراءات.

الملاحظة الثالثة: إنّ عدم اشتراط نصاب معين لانعقاد لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض وإن كان يعكس رغبة المشرع الجزائري في تفادي تأجيل جلسات اللجنة بحجة عدم اكتمال النصاب القانوني لانعقادها، وبالرغم من التأكيد على أن يسمح عدد الأعضاء الحاضرين بضمان شفافية الإجراء، إلا أنّ ذلك قد يشكل ثغرة قانونية تستغل بشكل سلبي من طرف المصلحة المتعاقدة، ما يؤدي لاستفحال ظاهرة الفساد ومنه خرق مبدأ المنافسة فإذا كان حضور عضوا واحدا من بين تشكيلة اللجنة لا يؤثر على صحة انعقادها، فكيف لا يؤثر ذلك بشكل سلبي على دور اللجنة في التصدي للفساد والاختيار الصارم لأفضل العروض²⁸، خاصة وأنّ اللجنة تتشكل من أعضاء ذوي كفاءة وتأهيل، ما يعني أنّ غياب أحد أو بعض هذه الكفاءات سيؤدي -دون شك- إلى عرقلة السير الحسن لجلسات اللجنة خاصة في مرحلة تقييم العروض وعلى خلاف المشرع الجزائري نجد العديد من التشريعات المقارنة تحدد نصابا قانونيا معينا، نذكر على سبيل المثال لا الحصر:

في تونس: لا تتعقد جلسات لجنة فتح العروض إلا بحضور أغلبية أعضائها من بينهم الرئيس وجوبا بعد استدعائهم قبل 03 أيام على الأقل من التاريخ المحدد لفتح العروض²⁹.

في المغرب: يكون حضور أعضاء لجنة طلب العروض سواء بالنسبة لصفقات الدولة أو صفقات المؤسسات العمومية إجبارياً، ويتم استدعاؤهم بمبادرة من صاحب المشروع ويودع الاستدعاء مرفقاً بوثائق أخرى بمصالح أعضاء لجنة طلب العروض المعنيين (07) أيام على الأقل قبل التاريخ المحدد لجلسة فتح الأظرفة³⁰. أما الوضع في مصر، فلا يختلف كثيراً عن الوضع في الجزائر، حيث لم يشترط قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة نصاباً قانونياً معيناً لانعقاد لجان فتح المظاريف ولجان البت، الأمر الذي أسال حبر العديد من الفقهاء، فمنهم من ذهب إلى ضرورة اجتماع اللجنة بالتشكيلة المنصوص عليها في قرار إنشائها وإلا كانت اجتماعاتها باطلة وقراراتها باطلة بالتبعية³¹، ومنهم من رأى أن تخلف العضو عن الحضور بالرغم من إخطاره من طرف المصلحة المتعاقدة قبل انعقاد اللجنة بوقت معقول، لا يؤدي إلى بطلان التشكيلة، فيما عدا الحالات التي لم يتم فيها استدعاء العضو³².

حسب وجهة نظرنا، فإنّ عدم التقيد بالتشكيلة المقررة للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض سيؤثر دون شك على فعاليتها من جهة، ونزاهتها وحيادها من جهة أخرى.

4.2 عدم تحديد المدة الفاصلة بين فتح الأظرفة وتقييم العروض

لم يحدد المرسوم الرئاسي 15-247 مدة فاصلة بين مرحلة فتح الأظرفة ومرحلة تقييم العروض، ما يفتح المجال واسعاً أمام السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، الأمر الذي قد يخلق بعض الإختلالات من حيث:

- فتح المجال أمام التراخي الإداري، وهو ما يتنافى مع بؤادر الحوكمة الرشيدة، وبالتالي تعطيل السير العادي للعملية التعاقدية؛

- استغلال الفترة الممتدة بين فتح الأظرفة وتقييم العروض لقيام المصالح المتعاقدة ببعض المناورات التي من شأنها تفضيل متنافس على آخر، ما يشكل خرقاً لمبدأ المنافسة³³.

لذا نرجو تدارك التنظيم المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون المتعلق بالقواعد العامة لهذا الفراغ القانوني من خلال النص صراحة على مدة محددة تفصل بين مرحلتَي الفتح والتقييم خاصة وأنّ المادة 37 من الأمر 67-90 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى³⁴ كانت تنص على أنه في حالة تعذر القيام بالفحص الدقيق للعروض في الحال، فيجب القيام به خلال مدة يحددها دفتر الشروط على أن لا تتجاوز عشرة (10) أيام.

ثانياً: حماية مبدأ المنافسة على مستوى مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

أشارت المادة 48 من القانون 23-12 إلى أنّ فتح الأظرفة وتقييم العروض يتم من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض دون التفصل في مهامها، حيث عُدّت مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب نص المادتين 71 و72 من المرسوم الرئاسي 15-247، أين تمارس مهامها على مرحلتين، مرحلة فتح الأظرفة وهي مرحلة تحضيرية وإعدادية للمرحلة التي تليها أي مرحلة تقييم العروض التي يتم على أساسها

اختيار صاحب العرض الأنسب للمصلحة المتعاقدة، وتنتهي هذه المهام بإصدار اقتراحات تُرفع للمصلحة المتعاقدة لإتخاذ القرار الذي تراه مناسباً.

1. ضمانات تكريس مبدأ المنافسة على مستوى مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

لمهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أهمية بالغة، ما استلزم إحاطتهما بجملة من الضمانات التي من شأنها تكريس مبدأ المنافسة، وفيما يلي سنستعرض هذه الضمانات في كل مرحلة على حدة.

1.1. مرحلة فتح الأظرفة

فُيِّدَت مهام اللجنة خلال هذه المرحلة بضوابط قانونية دقيقة تقاديا لحدوث أي تلاعبات أو مناورات ويظهر ذلك من خلال الطابع الكتابي لمهام اللجنة، كما مُنحت مُكنة توسع من دائرة المنافسة.

1.1.1. الطابع الكتابي لمهام اللجنة خلال مرحلة الفتح

حسب نص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247 تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بعد التأكد من صحة تسجيل العروض³⁵، بإعداد قائمة المترشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة، كما تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض وتوقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال بعد ذلك يتم تحرير المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة الحاضرين.

ما يفهم من نص المادة -أعلاه- أنّ المشرع الجزائري استوجب إثبات إجراءات حصة فتح الأظرفة كتابة خاصة وأنه اشترط تضمين المحضر التحفظات التي قد يبديها أعضاء اللجنة الحاضرين، ذلك أنّ احتمال حدوث اختلاف بين الأعضاء حول أحد المسائل القانونية المتعلقة بالعروض وارد، الأمر الذي يضيف شفافية على هذه الإجراءات ومنه تعزيز مبدأ المنافسة.

2.1.1. توسيع دائرة المشاركة في الصفقات العمومية

بهدف توسيع مجال المنافسة وتفعيل الحق في المشاركة والحصول على أكبر عدد ممكن من العروض بما يساعد على انتقاء العرض الأفضل ومنه نجاعة الصفقة المراد إبرامها، نصت المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247 الفقرة السادسة (06) على إمكانية دعوة المصلحة المتعاقدة المترشحين أو المتعهدين كتابيا لاستكمال عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، ويكون ذلك في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، إلا أنّ ذلك لا يشمل المذكرة التقنية التبريرية وكل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض لضمان مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين.

2.1. مرحلة تقييم العروض

تُعد مرحلة تقييم العروض أهم مراحل إبرام الصفقة، حيث يتم على أساسها اختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وعلى درجة هذه الأهمية أُحيطت هذه المرحلة بضمانات تركز مبدأ المنافسة تتمثل في إعتدال معايير غير تمييزية عند تقييم العروض، وكذا منع الممارسات المنافية لمبدأ المنافسة.

1.2.1. اعتماد معايير غير تمييزية عند تقييم العروض

لا يستند انتقاء العرض الأكثر ملائمة للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، بل يكون ذلك بناء على معايير محددة لتقييم العروض والمقارنة بينها³⁶.

طبقا لنص المادة 53 من القانون 12-23 يجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لاختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إلى عدة معايير أو معيار أحسن علاقة جودة/ سعر، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك ويجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبط بموضوع الصفقة وغير تمييزية مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، كما لا بد أن يكون نظام تقييم العروض التقنية متلائما مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته.

ما يلاحظ في القانون 12-23 وكذا المرسوم الرئاسي 15-247 أنه - في إطار مرحلة تقييم العروض - لم يتم الإشارة الحالة التي يتساوى فيها عرضين أو أكثر، ونحن نوافق الرأي³⁷ الذي يرى ضرورة إضافة مادة جديدة تتكفل بمثل هذه الحالة، من خلال منح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض - بعد موافقة المصلحة المتعاقدة - صلاحية دعوة المتنافسين المعنيين بهذه العروض لإجراء قرعة فيما بينهم ليقع الاختيار على أحدهم، ما يضيفي شفافية أكبر على الإجراءات.

كما تجدر الإشارة إلى أنه بموجب نص المادة 62 من القانون 12-23، تم منح هامشا للأفضلية للمنتجات ذات المنشأ الجزائري والمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون، كما ألزمت المادة 60 منه المصلحة المتعاقدة لدى قيامها بدعوة للمنافسة سواء وطنية أو دولية الأخذ بعين الاعتبار - عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض - إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري لاسيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وأجال الإنجاز، وإن كانت هذه المحاباة التي فرضها المشرع للمنتج الوطني تتنافى وقواعد التجارة العالمية ومبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المترشحين لنيل الصفقة، إلا أن هذا الاستثناء يجد مبررا قويا في ضرورة حماية ودعم المنتج الوطني في مواجهة المنتج الأجنبي وخلق نوع من تكافؤ الفرص بينهما³⁸.

2.2.1. منع الممارسات المنافية لمبدأ المنافسة

في إطار تشجيع المنافسة وحمايتها من الممارسات غير المشروعة التي تصدر من المؤسسات والأعوان الاقتصاديين الذين يرتكبون أفعالا من شأنها عرقلة حرية الأعوان الاقتصاديين المتنافسين³⁹، فإنه:

- في حال ثبوت أنّ بعض ممارسات المتعهد صاحب العرض المقبول تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تسبب إختلال المنافسة في القطاع المعني، تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة رفض هذا العرض، ويجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط⁴⁰؛

- في حال ما إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار، تطلب منه لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض عن طريق المصلحة المتعاقدة -كتابيا- التبريرات والتوضيحات التي تراها ملائمة، وبعد التحقق من التبريرات المقدمة تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أنّ جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية، ويتم الرفض بمقرر معلل، وإذا ما كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار، تقترح كذلك على المصلحة المتعاقدة رفض هذا العرض، ويكون الرفض بمقرر معلل.

مما سبق ذكره، يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

- رفض العرض المالي المنخفض بشكل غير عادي يعني اعتراف المشرع الجزائي بالسلبات المترتبة على اختيار السعر الأقل، ومنه تعزيز الأخذ بالعرض الأفضل من حيث المزايا الاقتصادية، تحقيقا للجودة والفعالية؛

- يعود سبب رفض العرض المالي المفرط الانخفاض إلى متطلبات نزاهة السوق التنافسية، فقد يعود سبب انخفاضها المفرط إلى إتفاقات ضمنية بين المتنافسين؛

نشير هنا إلى أنّ المهام المذكورة أعلاه مُنحت للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بموجب نص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهو النص الذي يجد مصدره في قانون المنافسة الذي يمنع أي شكل من أشكال تقييد المنافسة سواء بواسطة الإتفاقات أو التعسف في الهيمنة على السوق وغيرها من الممارسات⁴¹.

2. مدى استجابة اقتراحات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض لمتطلبات مبدأ المنافسة

لم يوضح القانون 12-23 بدقة طبيعة مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، على خلاف ذلك حددت المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 طبيعة وحدود مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض حينما نصت على قيام هذه الأخيرة بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة التي تقوم بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه، ما يعني أنّ دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ينحصر في إصدار اقتراحات، وفيما يلي سنوضح صور هذه الاقتراحات ومدى تقيد المصلحة المتعاقدة بها.

1.2. صور اقتراحات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

كما سبق وأشرنا، تنتهي مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بإصدار اقتراحات ترفع للمصلحة المتعاقدة لإتخاذ القرار بخصوصها، وقد تقترح اللجنة إقصاء العروض والترشيحات أو عدم جدوى الإجراء، وكذا رفض العرض المقبول، وفي الغالب تقترح اللجنة المنح المؤقت للصفقة.

1.1.2. اقتراح إقصاء العروض والترشيحات

وهو ما نصت عليه المادة 46 من المرسوم الرئاسي 15-247 عند تحديدها كيفية تقييم العروض في حالة طلب العروض المحدود، حيث تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مرحلة تقييم العروض التقنية الأولية باقتراح إقصاء عروض المترشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي و/أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط.

كما نصت المادة 72 من نفس المرسوم عند تعدادها لمهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على قيام هذه الأخيرة بإقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط و/أو لموضوع الصفقة، وفي حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولي لا تُفتح أظرفة العروض التقنية والمالية والخدمات-عند الاقتضاء- المتعلقة بالترشيحات المقصاة.

ما يُفهم من نص المادة 72 أعلاه أنّ لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض هي من تقوم بإقصاء هذه العروض والترشيحات دون الحاجة لإصدار اقتراح ورفعها للمصلحة المتعاقدة، وهو ما يخلق نوعاً من التناقض مع نص المادة 46 -سألفه الذكر- التي وضّحت أنّ إقصاء عروض المترشحين يكون في شكل اقتراح، مع الإشارة أنه في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى كانت مهام لجنة تقييم العروض تتعدى اقتراح إقصاء عروض المترشحين إلى إقصائهم مباشرة، وهو ما يتضح من نص المادة 32 منه التي كانت تنص على مايلي: "تقوم لجنة تقييم العروض، على إثر هذه المرحلة، بإقصاء عروض المترشحين الذين لا يستوفون متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط...".

2.1.2 اقتراح عدم جدوى الإجراء

طبقاً لنص المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247 تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على المصلحة المتعاقدة -عند الاقتضاء- في المحضر إعلان عدم جدوى الإجراء وذلك في الحالات المنصوص عليها في المادة 40 منه كالآتي:

- عندما لا يتم استلام أي عرض، ما يعني أنّ وجود عرض واحد في ساحة المنافسة لا يؤدي إلى إعلان عدم جدوى الإجراء، وهنا نتساءل عن جوهر المنافسة التي تقوم على تعدد العروض، كما أنّ ذلك قد يفتح المجال لحدوث تلاعبات حينما يتفق مجموع المتعاملين الاقتصاديين في مجال معين على الدخول الدوري في الصفقات المعلن عنها ولكن بشكل منفرد مستغلين بذلك حالة انعدام المنافسة ليفرض كل منهم السعر الذي يريده على المصلحة المتعاقدة⁴²، وفي تقديرنا، نرى أنه من المستحسن وضع شروط وقيود لقبول العرض الوحيد كما هو معمول به في قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري⁴³؛

- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط؛

- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، حيث أنّ المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لا تتوفر على الاعتمادات المالية اللازمة لدفع المقابل المالي لتنفيذ الصفقة⁴⁴.

3.1.2 اقتراح رفض العرض المقبول

نصت المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 على بعض الحالات التي تقترح فيها لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض رفض العرض المقبول كآلاتي:

- ثبوت أن بعض ممارسات المتعهد صاحب العرض المقبول تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق، أو قد تسبب اختلال المنافسة في القطاع المعني؛
- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار؛
- إذا ما كان العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا مبالغا فيه بالنسبة لمرجع الأسعار.

إلا التساؤل المطروح هنا بخصوص إثبات وضعية الهيمنة على السوق، فكيف يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وبالأخص تلك على المستوى المحلي التأكد من وجود هذه الوضعية، خاصة إذا بنت اقتراحها على إمكانية اختلال المنافسة في القطاع المعني، فليس من السهل على اللجنة التحقق من حالات الهيمنة على السوق⁴⁵، وهنا نؤكد على ضرورة وجود أعضاء في تشكيلة اللجنة على درجة من الدراية التي تمكنهم من التأكد من وجود مثل هذه الوضعيات الاحتكارية المخلة بالمنافسة، كأن يكون عضوا ضمن هذه اللجنة ممثلا عن مجلس المنافسة أو ممثلا عن مديرية التجارة، بما من شأنه تعزيز نظام الكشف القبلي للممارسات المنافية للمنافسة⁴⁶.

4.1.2. اقتراح المنح المؤقت للصفقة

الأصل أن تنتهي مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض باقتراح المنح المؤقت للصفقة لمتعاقل ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفاصيله وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط⁴⁷، وضمانا لشفافية هذا الإجراء، فإنه إذا ما تم تثبيت هذا الاقتراح من طرف المصلحة المتعاقدة يتم إعلانه على مستوى الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض إذا كان ذلك ممكنا، مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار من رست عليه الصفقة وهو ما نصت عليه المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، وفي نفس الإطار وتكريسا لشفافية المنح المؤقت للصفقة وضمانا لحقوق المتنافسين الآخرين، حوّلت المادة 56 من القانون 23-12 للمتعهدين الذين يحتجون على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء حق الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة.

2.2. مدى تقيد المصلحة المتعاقدة باقتراحات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض

على الرغم من الدور المهم الذي تؤديه لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض خاصة من حيث تكريس المبادئ الأساسية لنجاعة الطلب العمومي، إلا أن مهامها تتسم بالطابع الاستشاري لا التقريري، فلا يمكن أن تحل محل المصلحة المتعاقدة في إتخاذ القرار، حيث يعود لهذه الأخيرة الإختصاص الحصري بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء أو إلغائه، وهذا على خلاف الوضع في بعض التشريعات المقارنة، ففي فرنسا مثلا مُنحت لجنة طلب العروض للجماعات المحلية إختصاصات تقريرية، على خلاف لجنة طلب العروض للدولة

التي منحت اختصاصات استشارية⁴⁸، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مدى تقيد المصلحة المتعاقدة بالاقتراعات الصادرة عن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض؟ ألا يكون المشرع الجزائري بإضافته الطابع الاستشاري على مهامها قد همّش الدور المحوري الذي تلعبه هذه اللجنة في إبرام الصفقات العمومية؟

في نفس الإطار أشار العديد من الفقهاء⁴⁹ إلى التزام المصلحة المتعاقدة بأن لا تتعاقد مع متنافس آخر غير الذي وقع عليه الاختيار من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وهو ما يتماشى واجتهادات مجلس الدولة الجزائري، أين ذهب في قرار له إلى أنّ منح صفقة لمكتب دراسات رفضته لجنة تقييم العروض خرقاً للقانون مستوجبا للتعويض، وكان هذا بمناسبة فصل مجلس الدولة في استئناف مرفوع أمامه من قبل بلدية العلمة التي أعلنت عن مناقصة وطنية مفتوحة قصد إنجاز دراسة معمارية لمجمع مدرسي ومسكن وظيفي، فقام المستأنف ضده بتقديم عرضه خلال المدة المعلن عنها (15 يوما) وأعلنت لجنة فتح الأظرفة عن وجود إثني عشر (12) عرضاً، ليتم بعد ذلك رفض عشرة (10) من أصل إثني عشر (12) عرضاً من طرف لجنة تقييم العروض، إلا أن العارضين المقبولين تفاجؤوا بإعلان تدعو فيه الإدارة المعنية مقالاً للتقرب من مكتب دراسات تم رفضه من لجنة تقييم العروض، الأمر الذي دفع المستأنف ضده والسيد (ص/ط) بتقديم شكوى أمام المجلس الشعبي البلدي لبلدية العلمة ثم رفع دعوى قضائية، ليقضي بعدها مجلس الدولة بأحقية العارض في الحصول على تعويض⁽⁵⁰⁾، وهنا يظهر دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة.

إلا أنه وفي مقابل ذلك، لا يمكن نفي حق المصلحة المتعاقدة في العدول عن التعاقد إطلاقاً، إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك⁵¹، وهو ما تم النص عليه صراحة بموجب المادة 49 من القانون 12-23 حيث مكنت المصلحة المتعاقدة أثناء كل مراحل إبرام الصفقة من إعلان إلغاء الإجراء أو المنح المؤقت للصفقة بشرط أن يكون ذلك مرتبطاً بالصالح العام.

الخاتمة

بعد دراسة موضوع لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومدى تكريسها لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، لاحظنا أنّ معظم المواد المتعلقة بتنظيم اللجنة واردة في المرسوم الرئاسي 15-247 وطبعاً تبقى هذه الأحكام التنظيمية -بشرط عدم مخالفتها لأحكام القانون 12-23- سارية المفعول إلى حين صدور النص التنظيمي المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون المتعلق بالقواعد العامة.

ما توصلنا إليه من خلال دراسة التنظيم القانوني للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أنّ المشرع الجزائري وضع بعض الضمانات المكرسة لمبدأ المنافسة، إلا أنها تبقى غير فعالة في وجود العديد من الثغرات والنقائص التي تعتري تشكيلة اللجنة وسير عملها وكذا مهامها، وفيما يلي نشير لأهم التوصيات التي نرى فائدتها ونأمل أن تجد النور في النص التنظيمي المزمع إصداره خاصة وأنّ القانون 12-23 لم يحمل في طياته جديداً يذكر بخصوص موضوع الدراسة:

- تعديل ميعاد انعقاد لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض على نحو يكون فيه فتح الأظرفة في اليوم الموالي لآخر أجل للإعلان أو إيداع العروض.
- تحديد نصاب قانوني محدد لانعقاد لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وحبذا لو يُحدد هذا النصاب بحضور أغلبية أعضاء اللجنة، لأنه في حالة اشتراط الحضور الإجمالي لجميع الأعضاء قد يؤدي في كثير من الحالات إلى تأجيل جلسات اللجنة، ومنه تعطيل مهامها.
- تحديد المدة الفاصلة بين مرحلة فتح الأظرفة ومرحلة تقييم العروض، فمنح المصلحة المتعاقدة الحرية الكاملة لتحديد هذه المدة يؤدي إلى فتح المجال أمام التراخي الإداري واستغلال الفترة الممتدة بين فتح الأظرفة وتقييم العروض للقيام بمناورات تمس بمبدأ المنافسة.
- إضافة مادة جديدة تتكفل بالحالة التي يتساوى فيها عرضان أو أكثر، من خلال منح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وبعد موافقة المصلحة المتعاقدة صلاحية دعوة المتنافسين المعنيين بهذه العروض لإجراء قرعة فيما بينهم.
- تحديد عدد وطبيعة الكفاءات المطلوبة في عضوية لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، وحبذا اشتراط أن تضم اللجنة عناصر فنية قانونية ومالية، وهي كلها عناصر تُسهم في نجاعة وفعالية الرقابة الداخلية إبرام الصفقات العمومية.
- تعزيز تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بأعضاء على درجة من الدراية تمكنهم من كشف الممارسات المُنافية لمبدأ المنافسة، كمثل عن مديرية التجارة.
- منح أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض مِنحاً مالية نظير القيام بمهامهم، ما يشجعهم على الجدية في القيام بهذه المهام ويجنبهم الوقوع في جرائم الرشوة والمحاباة.
- تعديل حالات عدم الجدوى، من خلال وضع شروط وقيود لقبول العرض الوحيد.
- التأكيد على الطابع الإلزامي لاقتراحات لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، من خلال النص صراحة على أنّ قرار المصلحة المتعاقدة المتعلق بمنح الصفقة أو إعلان عدم جدوى الإجراء وإما إلغائه أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة يكون بناء على الاقتراح الإلزامي للجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

الهوامش:

¹ قانون رقم 23-12 مؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 19 محرم عام 1445 الموافق 6 غشت 2023.

² مرسوم رئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق لـ 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، مؤرخة في 06 ذي الحجة 1436 الموافق لـ 20 سبتمبر 2015 (ملغى جزئياً).

³ طبقاً لنص المادة 112 من القانون رقم 23-12 " تلغى الأحكام المخالفة لهذا القانون، وتبقى الأحكام التي تدخل ضمن المجال التنظيمي سارية المفعول إلى غاية نشر النصوص التنظيمية الجديدة المتخذة تطبيقاً لأحكام هذا القانون.

⁴ المادة 139 من دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، معدل بموجب التعديل الدستوري الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020 جريدة رسمية عدد 82 مؤرخة في 15 جمادى الأولى 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020.

⁵ تم التنقيص-صراحة- على هذه المبادئ لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 شوال عام 1924 الموافق 26 أكتوبر سنة 2008 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى ج.ر.ج. عدد 62 مؤرخة في 11 ذو القعدة عام 1429 الموافق 9 نوفمبر سنة 2008.

⁶ مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58 مؤرخة في 28 شوال عام 1431 الموافق لـ 07 أكتوبر 2010، ملغى.

⁷ سردوك هبة، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 199.

⁸ بن عودة صليحة، الجرائم الماسة بالصفقات العمومية بين الوقاية والرقابة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د، تخصص قانون جنائي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016/2017، ص 120.

⁹ قانون رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية الجريدة الرسمية المصرية، العدد 39 مكرر (د) مؤرخة في 03 أكتوبر سنة 2018.

¹⁰ خضري حمزة، الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، يوم دراسي حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 23 فيفري 2016، ص 03.

¹¹ خرشي النوي، تسيير المشاريع العمومية في إطار الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 374.

¹² جاء في توضيح قانوني صادر عن قسم الصفقات العمومية بوزارة المالية، رقم 452، المؤرخ في 19 أوت 2014، موجه لبلدية بني حواء، ولاية الشلف، مايلي: " ... طبقاً لأحكام المادة 194 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، مهام أعضاء المجلس البلدي المتمثلة في المصادقة عن طريق المداولة على الصفقات العمومية للبلدية تتنافى مع العضوية في لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض...".

¹³ Guillaume GAUCH et Sophie JAGER, Les incertitudes concernant les commissions d'appel d'offres à la suite de la réforme de la commande publique, revue Contrats Publics, n°175, Avril 2017, p 30.

¹⁴ بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الثاني، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 73.

¹⁵ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص 142.

¹⁶ Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, 2^{ème} édition, Gualino- éditeur, France, 2005, p 72.

- ¹⁷ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري- دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق 2005، ص 589.
- ¹⁸ Alain LAGUERRE, Concurrence dans les marchés publics, collection berger-Levrault, Paris, 1989, p 35.
- ¹⁹ نصت المادة 70 من المرسوم الرئاسي 247/15: "... وفي حالة إجراء المسابقة، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على ثلاث (3) مراحل، ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية..."
- ²⁰ علي إحسان محمد العزاوي ريم، وسائل إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2014، ص 305.
- ²¹ صبري أبو الليل عبد الفتاح، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، دون مكان نشر 1994، ص 277.
- ²² مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المناقصة العامة والإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 262.
- ²³ بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011، صفحة 254.
- ²⁴ ياسمين غانم، إجراءات إبرام الصفقات العمومية ومتطلبات الحوكمة الرشيدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير بحث، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، تونس، 2016/2017، ص 136.
- ²⁵ مرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 09 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57 مؤرخة في 06 جمادى الأولى عام 1412 الموافق لـ 13 نوفمبر 1991، ملغى.
- ²⁶ Patrick SCHULTZ, Eléments du droit des marchés publics, 2^{ème} Edition, L.G.D.J, paris, 2002, p 121.
- ²⁷ مهند مختار نوح، مرجع سبق ذكره، ص 646.
- ²⁸ Daniel TASCIYAN, Les règles de fonctionnement des commissions d'appel d'offres dans le cadre des procédures formalisées, revue Contrats Publics, n°175, Avril 2017, p 23.
- ²⁹ الفصل 58، من الأمر عدد 1039 لسنة 2014 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1435 الموافق لـ 13 مارس 2014 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 22، السنة 157، معدل ومتمم.
- ³⁰ المادة 35 من المرسوم رقم 2.12.349 الصادر في 08 جمادى الأولى عام 1434 الموافق لـ 20 مارس 2013، جريدة رسمية عدد 6140، مؤرخة في 04 أبريل 2013، معدل.
- ³¹ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 273.
- ³² أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص 166.
- ³³ خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص 152.
- ³⁴ أمر رقم 67-90 المؤرخ في 09 ربيع الأول عام 1387 الموافق لـ 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 19 ربيع الأول عام 1387 الموافق لـ 27 جوان 1967، ملغى.
- ³⁵ يتم ذلك علنياً من خلال ذكر أسماء مقدمي العروض، وقيمة عروضهم..، نشير إلى أنّ بعض التشريعات قامت بالنص على ذلك صراحة ذلك تلافياً لمحاولات الاعتداء على مبدأ المساواة، نذكر على سبيل المثال:

- الفصل 59 من الأمر عدد 1039 لسنة 2014، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية التونسي " ...تقوم لجنة فتح العروض خلال الجلسات العلنية بقراءة الأسماء والمبالغ المالية، وكذا التخفيضات المقترحة بصوت مسموع وواضح، ولا يسمح للحاضرين المشاركين بالتدخل في سير أعمال اللجنة".

³⁶ مهند مختار نوح، مرجع سبق ذكره، ص 747.

³⁷ خرشي النوي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الهدى الجزائر، 2018، ص 233.

³⁸ سردوك هبة، مرجع سبق ذكره، ص 173.

³⁹ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 02-04، منشورات بغدادي، دون طبعة الجزائر، 2010، ص 05.

⁴⁰ تنص المادة 07 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم، على ما يلي: " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها..."

⁴¹ كتو محمد الشريف، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 02، 2010، ص 78.

⁴² مهند مختار نوح، مرجع سبق ذكره، ص 673.

⁴³ نصت المادة 38 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على ما يلي: " ويجوز إلغاء المناقصة في أي من الحالات الآتية: - إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد... يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت قبول العطاء الوحيد إذا توافرت فيه الشروط التالية:- أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها- أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر. "

⁴⁴ خليفة خالد، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 24.

⁴⁵ عباس صادقي، الرقابة القبلية على صفقات الجماعات المحلية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الإداري المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2017، ص 57.

⁴⁶ جليل مونية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق جامعة الجزائر-1، 2015/12/17، صفحة 290.

⁴⁷ بوضياف عمار، الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية مغربية العدد 53، مارس 2017، صفحة 24.

⁴⁸ « Elle diffèrent selon que les marchés publics est passé par l'état ou par une collectivité local...pour les marchés publics de l'état et de ces établissement publics, la CAO a un rôle consultatif..., pour les marchés publics des collectivités locales et de leurs établissement publics, au contraire, la CAO joue une rôle décisionnel. » Christophe LAJOYE, Op.cit., p 77.

⁴⁹ انظر :

- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 45.

- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات - الإجراءات - الآثار، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2006، ص 145.
- مهند مختار نوح، مرجع سبق ذكره، ص 679.
- ⁵⁰ قرار مجلس الدولة رقم 014637، بتاريخ 2004/06/15، قضية بلدية العلمة ضد (ه/ع)، نقلا عن: بوضياف عمار، الرقابة على إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بصفافس، تونس، عدد خاص النظام القانوني للصفقات العمومية في البلدان المغاربية، 2007، ص 95.
- ⁵¹ سليمان الطماوي، مرجع سبق ذكره، ص 287.