

انعكاسات المعيار المالي على حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية (دراسة ما بين المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والقانون رقم 23-12)

ليدية زيدان (1)

(1) طالبة دكتوراه، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، (الجزائر).

البريد الإلكتروني: lydia.zidane@univ-bejaia.dz

جوهرة بركات (2)

(2) أستاذ، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، (الجزائر).

البريد الإلكتروني: djohra.barkat@univ-bejaia.dz

الملخص:

يُعد المعيار المالي من الركائز الأساسية في نظام الصفقات العمومية، لما يؤديه من دور في توجيه اختيار العروض وتحديد طبيعة العلاقة التعاقدية. غير أن تفعيله لاسيما في صورة سقف مالي، لا يظل محصوراً في بعده التقني، وإنما يمتد تأثيره إلى البنية التنافسية بين المتعهدين.

يظهر تطبيق هذا المعيار أثارا عملية قد تقضي إلى تقييد حرية المنافسة والتشجيع على بروز سلوكيات تمس بمبادئ الشفافية وتكافؤ الفرص، ومن ثم يبرز ضبط استعمال المعيار المالي كضرورة قانونية لضمان التوازن بين متطلبات الرقابة على الإنفاق العام وحماية المنافسة داخل مجال الصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية:

المعيار المالي، المنافسة، الصفقات العمومية، الشفافية، المساواة في المعاملة.

تاريخ إرسال المقال: 2026/02/21، تاريخ قبول المقال: 2026/05/18، تاريخ نشر المقال: 2026/06/30

المؤلف المراسل: ليدية زيدان، lydia.zidane@univ-bejaia.dz

The Impact of the Financial Criterion on Freedom of Competition in Public Procurement: A Study under Presidential Decree No. 15-247 and Law No. 23-12

Abstract:

The financial criterion constitutes one of the fundamental pillars of the public procurement system, given its role in guiding the selection of bids and determining the nature of the contractual relationship.

However, its application is not limited to a purely technical dimension; rather, it extends to the competitive structure among economic operators.

The implementation of this criterion may produce effects that restrict freedom of competition and encourage practices that undermine the principles of transparency and equal opportunity.

Therefore, regulating the use of the financial criterion becomes a legal necessity in order to ensure a balance between the requirements of control over public expenditure and the protection of competition within the field of public procurement.

Keywords:

Financial criterion, competition, public procurement, transparency, equal treatment.

L'impact du critère financier sur la liberté de concurrence dans le domaine des marchés publics :(étude entre le décret présidentiel 15-247 et la loi 23-12)

Résumé :

Le critère financier occupe une place centrale dans le système des marchés publics, dans la mesure où il oriente la sélection des offres et contribue à la détermination de la nature du contrat. Toutefois, lorsqu'il est mis en œuvre sous la forme d'un plafond financier, son incidence dépasse le simple cadre technique pour influencer directement les conditions de concurrence entre les soumissionnaires.

L'application de ce critère peut engendrer des effets pratiques susceptibles de restreindre la liberté de la concurrence et de favoriser certaines pratiques portant

atteinte aux principes de transparence, d'égalité de traitement et d'égalité des chances entre les candidats. Dès lors, il apparaît nécessaire d'encadrer juridiquement le recours au critère financier afin de garantir un équilibre entre les exigences d'efficacité économique et la préservation d'une concurrence loyale dans le domaine des marchés publics.

Cette problématique revêt une importance particulière dans la mesure où la conciliation entre l'optimisation de la dépense publique et le respect des principes fondamentaux de la commande publique constitue l'un des principaux défis auxquels est confronté le régime juridique des marchés publics.

Mots clés :

Critère financier, plafond financier, marchés publics, concurrence, la transparence, égalité de traitement.

مقدمة

تُعتبر الصفقات العمومية من الآليات التي تعتمد عليها الدولة لتنفيذ مشاريعها الاستثمارية والاقتصادية، وبالتالي فإن الصفقات العمومية من المواضيع التي لها علاقة مباشرة بالميزانية العامة للدولة، كونها ترتبط بالنفقات العامة، لذلك خص المشرع الجزائري عملية إبرام مثل هذه العقود بمجموع من الإجراءات الشكلية الاستثنائية التي لا نجدها في العقود الإدارية الأخرى، وذلك من خلال جعل أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية وهذا تجسيدا لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية من خلال حماية أهم المبادئ التي تركز عليها المنافسة الحرة من المساواة بين المرشحين والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية¹.

تُمثل الصفقات العمومية نقطة التقاء بين المصلحة العامة والمبادئ الاقتصادية للمنافسة، فقد حرص المشرع على تنظيمها من خلال معايير محددة تبرز طبيعتها القانونية وتميزها عن العقود الخاصة، ومن بين هذه المعايير، يحتل المعيار المالي مكانة جوهرية إذ يعتمد عليه لتحديد طبيعة العمليات المبرمة مع تحديد كيفية إبرامها وتنفيذها ومراقبتها.

العتبة المالية التي يحددها القانون ليست مجرد رقم إداري، إنما تمثل حدا فاصلا بين نظامين مختلفين من حيث الإجراءات والضمانات، حيث أخضع المشرع العمليات التي تتجاوز هذه العتبة لإجراءات منافسة مشددة، في حين تستفيد العقود التي تقل عن ذلك من مرونة الإجراءات وهذا ما يترتب عنه انعكاسات مباشرة على مبدأ المنافسة الحرة.

¹ راجع المادتين 37 و5 من القانون رقم 12-23 المؤرخ في 5 غشت 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج، ر، عدد رقم 51، الصادر في 06 غشت 2023.

بالرغم من أن قانون الصفقات العمومية 12-23 لم يتطرق إلى هذا المعيار إلا أن ذلك لا يعني استغناء المشرع الجزائري عنه تماما، وإنما في هذه الحالة يتم استمرار العمل بالنصوص التنظيمية السابقة ويبقى المعيار المالي المحدد في المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ساري المفعول إلى حين تعديله أو استبداله وهذا ما يطلق عليه بمبدأ استمرارية القواعد التنظيمية، هذا ما يسمح بالمرونة في ضبط العتبات المالية حسب الظروف الاقتصادية دون المساس بقواعد المنافسة والشفافية²، وهذا ما أكد عليه أيضا المنشور الوزاري رقم 3514³.

أمام هذا التداخل بين البعد المالي والقانوني للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، يثور التساؤل حول مدى تأثير المعيار المالي على المنافسة وشفافية المعاملات في مجال الصفقات العمومية؟ إذ تتجلى أهمية المعيار المالي كآلية لتحديد طبيعة العقد إذ يُعد عنصراً حاسماً في تحديد طبيعة العقود وتمييزها عن غيره من العقود (مبحث أول) غير أن اعتماد هذا المعيار لا يخلو من آثار عملية على المنافسة عند تطبيقه في مجال الصفقات العمومية (مبحث ثان).

المبحث الأول: المعيار المالي كآلية لتحديد طبيعة العقد

يلعب المعيار المالي في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، دوراً في غاية الأهمية، كون هذا الأخير يُعد آلية قانونية يتم الاعتماد عليه لتحديد طبيعة العقد المراد إبرامه وطبيعة الإجراءات التي يتعين على المصلحة المتعاقدة إتباعها.

بالتالي فإن السقف المالي الذي نصت عليه المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴، قد بين متى تكون المصلحة المتعاقدة في صدد إبرام صفقة عمومية وذلك بإتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً، والمتمثلة في طلب العروض كأصل والذي يفتح المجال للمنافسة وبالتالي هذا ما يساهم في تكريس ودعم المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة وفق هذا الأسلوب.

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد عرف الصفقات العمومية وحدد أساليب إبرامها، إلا أن مضمون الصفقة العمومية بالاستناد إلى المعيار المالي يختلف عن التعريف الذي قدمه قانون الصفقات العمومية وذلك نظراً

² بالعودة إلى الأحكام الانتقالية نجد المادة 112، من القانون نفسه، نصت على ما يلي " 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".

³ منشور وزاري رقم 3514 مؤرخ في 24 سبتمبر 2023، يتعلق بتنفيذ الأحكام الانتقالية للقانون رقم 12-23 المؤرخ في 5 أوت 2023، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية. حيث أكد هذا المنشور على ضرورة استمرار العمل بالمرسوم الرئاسي رقم 15/247 خاصة ما يتعلق بالجانب التنظيمي إلى غاية صدور التنظيمات الجديدة المتخذة تطبيقاً للقانون 12-23 السابق ذكره.

⁴ المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

للخصوصية التي يتمتع بها هذا المعيار (مطلب أول)، إضافة إلى ذلك يوضح أيضا هذا الأخير الحالات التي يتم التعاقد فيها وفق الإجراءات الخاصة وذلك وفق أسلوب الاستشارة المنصوص عليه في المادة 14 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015⁵، وذلك باعتبار أن هذه العقود مجرد طلبات ولا تأخذ صفة الصفقات العمومية، ورغبة من المشرع في تحقيق نوع من المرونة في إجراءات إبرامها (مطلب ثان).

المطلب الأول: الإطار النظري للصفقة العمومية وفقا للمعيار المالي

عرف المشرع الجزائري في المادة 2 من قانون 12-23 الصفقات العمومية وأعطى لها تعريفا وذلك نظرا لما تتميز به من التعقيد والخصوصية هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالنظر إلى مدى ارتباط هذه الصفقات بالخزينة العمومية⁶.

يبقى هذا التعريف ناقصا كونه لا يتضمن كل المتغيرات التي جاء بها هذا القانون، فلذلك يختلف تعريف الصفقة العمومية الذي تضمنه قانون الصفقات العمومية، عن تعريفها وفق المعيار المالي (فرع أول). إضافة إلى ذلك فلإعطاء المعيار المالي لبعض العقود صفة الصفقة العمومية، يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط التي تعتبر ضرورية وملزمة للتمييز بين الصفقات العمومية والعقود الأخرى (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الصفقة العمومية استنادا إلى المعيار المالي

تنص المادة 13 من 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 تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب⁷.

من منطلق ما تضمنته المادة السابقة إن الصفقة العمومية وفق هذا المعيار هي تلك الصفقة التي يتجاوز فيها مبلغ الصفقة السقف المالي المنصوص عليه في هذه المادة، بمعنى حتى نكون بصدد إبرام صفقة عمومية يجب أن تفوق مبالغها 12 مليون دينار جزائري فيما يخص صفقات الأشغال أو اللوازم، وتتجاوز مبلغ 6 ملايين دينار جزائري بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات، وبالتالي فكلما قل المبلغ الإجمالي للصفقة عن هذه العتبة

⁵ راجع المادة 14 من المرسوم نفسه.

⁶ نصت المادة 2 من القانون رقم 12-23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق. على: "الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة، تبرم بمقابل، ومن قبل المشتري العمومي المسمى "المصلحة المتعاقدة"، مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما."

⁷ مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مرجع سابق.

المالية نكون بصدد إبرام عقد الطلبات وبذلك تبرم هذه الطلبات وفق إجراءات خاصة خارج عن نطاق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها لإبرام الصفقات العمومية.

يُمكن تعريف الصفقات العمومية وفق المعيار المالي على أنها عقود مكتوبة، تُبرم بمقابل مع متعاملين متعاقدين وفق الشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، لتلبية حاجة المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال أو اللوازم التي تتجاوز مبالغها 12 مليون دينار جزائري، وفي مجال الدراسات أو الخدمات عندما يتجاوز مبالغها 6 ملايين دينار جزائري.

ما يعاب على المشرع الجزائري نجد أنه استعمل مصطلح صفقة عمومية للتعبير عن العقود التي تعتبر مجرد طلبات وتخرج عن نطاق الصفقات العمومية في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، بالتالي فإنه في هذه المادة قد وقع في تناقض، فمن جهة استثنى هذه العقود وأخرجها من كونها صفقات عمومية، ومن جهة أخرى أطلق عليها تسمية صفقات عمومية، لذلك يتعين عليه استبدال هذا المصطلح بالعقود أو الطلبات لتوضيح المعنى وتحقيق الهدف⁸.

الفرع الثاني: شروط إبرام الصفقات العمومية وفق المعيار المالي

استنادا إلى تعريف الصفقة العمومية وفق المعيار المالي يمكن أن نستنتج مجموعة من الشروط التي تجعل الصفقة العمومية تختلف عن العقود الأخرى، وتتمثل هذه الشروط في ضرورة احترام الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية عند إبرام الصفقات العمومية (أولا) وتجاوز العتبة المالية المتمثلة في المبالغ المالية المنصوص عليها قانونا (ثانيا)، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون إبرام الصفقات العمومية في إحدى المجالات والمواضيع المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية (ثالثا).

أولا: احترام الإجراءات الشكلية لإبرام الصفقات العمومية

يجب احترام مجموعة من الشكليات عند إبرام الصفقات العمومية المتمثلة أساسا في الكتابة، إذ تعتبر هذه الأخيرة عنصرا جوهريا لإبرام عقود الصفقات والتي يمكن ألا تتوفر عليها مثلا الطلبات العمومية، وهذا ما ذكره المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية، وذلك من خلال اشتراطه لكتابة الصفقات العمومية واعتبرها من العقود التي تكون دائما مكتوبة، وهذا بهدف تسهيل عملية الإثبات في حالة وقوع نزاعات⁹.

يجب أن يتم إبرام الصفقات العمومية وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في أحكام قانون الصفقات العمومية، لذلك فالصفقة العمومية وفق العتبة المالية يتم إبرامها عن طريق طلب العروض باعتباره القاعدة العامة،

⁸ النوى خرشى، الصفقات العمومية: دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2019، ص 56.

⁹ راجع المادة 2 من القانون رقم 12-23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

الذي يعد الأسلوب الأمثل لحماية المنافسة والمال العام من أي تجاوزات، لأن طلب العروض يسعى إلى جذب أكبر عدد ممكن من المتنافسين بهدف الحصول على أحسن عرض سواءً من الناحية الاقتصادية أو المالية، لهذا نجد طلب العروض هو الوسيلة الفعالة التي من خلالها يتم حماية المنافسة في الصفقات العمومية والعمل على تكريس قواعدها، كونه يفتح مجال المشاركة في الصفقات العمومية لكل من تتوفر فيه الشروط دون أية قيود أو حواجز¹⁰.

من الإجراءات الشكلية التي يتعين التقيد بها عند إبرام الصفقات العمومية حفاظا على قواعد المنافسة الشريفة نجد منها:

* الإعلان عن الصفقة الذي يُعد أهم وسيلة لحماية المنافسة كونه يسعى إلى جذب أكبر عدد ممكن من المنافسين من خلال نشر الصفقة في الصحف والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بالإضافة إلى البوابة الالكترونية، بالإضافة إلى ضرورة منح مدة كافية من أجل تحضير العروض.

* استقبال العروض وفتحها إذ يتم إيداع العروض في الآجال والمكان المحدد في دفتر الشروط، بعدها يتم استدعاء المؤسسات المشاركة للحضور في جلسة فتح الأظرفة، أين تقوم لجنة فتح الأظرفة بفتح الأظرفة في جلسة علانية، وذلك تكريسا لمبدأ الشفافية¹¹.

* تقييم العروض أين يتم دراسة العروض وتقييمها، بحيث تستند لجنة تقييم العروض على معايير غير تمييزية وذلك تكريسا لمبدأ المساواة وحماية لقواعد المنافسة¹².

* مرحلة منح الصفقة والمصادقة على ذلك أين يتم الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة وعند عدم تلقي الطعون والاعتراضات تقوم لجنة الصفقات العمومية المختصة بالمصادقة حتى يكون المنح نهائيا للصفقة العمومية.

ثانيا: تجاوز السقف المالي

يُشترط أن تتجاوز الصفقات العمومية السقف المالي المنصوص عليه قانونا، والمتمثل في تجاوز مبلغ 12 مليون دينار جزائري بالنسبة لصفقات الأشغال أو اللوازم، وتجاوز مبلغ 6 ملايين دينار جزائري لصفقات الدراسات أو الخدمات.

¹⁰ للتفصيل أكثر انظر: بلجيلالي بلعيد، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2019، ص 18.

¹¹ راجع المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

¹² نصت المادة 43 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق. على: "... يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها."

تُبرم هذه الصفقات وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وباستخدام إحدى الأسلوبين التاليين، إما بإجراء التفاوض أو عن طريق طلب العروض¹³ باعتباره القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، كون هذا الأخير أكثر الأساليب شفافية وتحقيقاً للعدالة والإنصاف بين المتنافسين، لأنه يشجع على المنافسة التي هي أساس إبرام الصفقات العمومية ويحد من مخاطر المحاباة أو التعاقد المباشر¹⁴. غير أن تجاوز العتبة المالية لا يترتب عليه فقط تغيير الأسلوب الإجرائي لإبرام العقد، وإنما يلزم المصلحة المتعاقدة باحترام قواعد المنافسة من خلال التزامها بعدم خلق أي ممارسة من شأنها أن تؤثر على المنافسة. يُلزم أسلوب طلب العروض الإدارة المتعاقدة بالإعلان المسبق عن الصفقة مع إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط بتقديم عروضهم في إطار تنافسي يضمن الشفافية وحسن استعمال المال العام، وبذلك فتجاوز العتبة المالية ليست شرطاً شكلياً فقط لتغيير إجراء الإبرام، وإنما هو ضمان قانونية إخضاع الصفقات والمشاريع الكبرى لقواعد المنافسة بالشكل الذي يعزز مبادئها ويضمن حياد المصلحة المتعاقدة. يُمكن أيضاً إبرام الصفقة وفق إجراء التفاوض الذي يعد استثناء عن طلب العروض، وذلك متى توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها قانوناً لإبرام الصفقة، فبالتالي فإن هذا الأسلوب تنعدم فيه المنافسة كونه يقوم على أساس التفاوض المباشر¹⁵.

ثالثاً: التعاقد وفق المعيار الموضوعي

نجد من خلال قانون الصفقات العمومية أن المشرع وضع معياراً موضوعياً يتم الاعتماد عليه لاعتبار أي عقد صفقة من عدمه وبالتالي فإن الصفقات العمومية تشمل إحدى العمليات الآتية أو أكثر والتي تتمثل في إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم، وإنجاز الدراسات أو تقديم الخدمات¹⁶، التي تبرمها الدولة أو الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية¹⁷، والتي تسمى بالمصلحة المتعاقدة.

¹³ راجع المادتين 38 و40 من القانون نفسه.

¹⁴ النوى خريشي، مرجع سابق، ص 148.

¹⁵ راجع المادتين 40 و41 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

¹⁶ تنص المادة 24 الفقرة الثانية، من القانون نفسه على: "تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

-إنجاز الأشغال، -اقتناء اللوازم، -إنجاز الدراسات، -تقديم الخدمات."

¹⁷ راجع المادة 9 من القانون نفسه.

تقوم المصلحة المتعاقدة عند تحديد موضوع الصفقة المراد إبرامها وتحديد مبلغها المالي باختيار الأسلوب الأمثل لإبرامها والتمثل كقاعدة في طلب العروض، وذلك بفتح المجال أمام كل المتنافسين الذين تتوفر فيهم الشروط واحترام مبادئ المنافسة الحرة والنزيهة من المساواة والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية، والتزام المصلحة المتعاقدة بعدم مخالفة قواعد المنافسة، والتزامها بالكشف عن كل الممارسات المقيدة للمنافسة والتبليغ عنها.

المطلب الثاني: الطلبات الخاضعة للاستشارة بين مرونة الأسلوب وخطورة الشروط

جعل المشرع الجزائري إبرام الطلبات التي تكون مبالغها تساوي أو أقل من السقف المالي المذكور في قانون الصفقات العمومية، باعتبار أن هذا النوع من العقود لا يمكن تسميتها صفقة تطبيقا للمعيار المالي، لذلك فإبرامها يتطلب إجراءات خاصة ومرونة تستجيب لبساطتها، نظرا لهذا فقد تم إخضاعها لأسلوب الاستشارة باعتباره أكثر مرونة مقارنة بطلب العروض (فرع أول)، وبالتالي عدم إخضاعها للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، لذلك أُستتبع أسلوب الاستشارة بمجموعة من الشروط التي تتسم بنوع من الغموض الذي يترتب عن مخاطر جسيمة تمس بجوهر المنافسة (فرع ثان).

الفرع الأول: أساس التعاقد عن طريق الاستشارة

بالعودة إلى تنظيم الصفقات العمومية، نجد أنها تبين مدى إمكانية اللجوء إلى أسلوب الاستشارة كإجراء استثنائي عن طلب العروض، وذلك عندما تكون القيمة المالية للعقد تساوي أو تقل من الحد الأدنى المحدد في نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، ويهدف هذا الإجراء إلى تمكين المصلحة المتعاقدة من إبرام هذه الطلبات وفق إجراءات مبسطة ومرونة، مع مراعاة مبادئ الشفافية والمساواة في التعامل بين المتعاملين الاقتصاديين، إذ تتم الاستشارة من خلال دعوة عدد كاف من العارضين المؤهلين، بما يضمن توفر المنافسة الفعلية دون الخضوع لكافة الشكليات المقررة للصفقات العمومية المبرمة وفقا لأسلوب طلب العروض¹⁸.

أكد أيضا المشرع في ظل القانون الجديد المتعلق بالقواعد العامة للصفقات العمومية، بموجب نص المادة 18 منه التي من خلالها حدد العتبة المالية التي من خلالها اعتبر أنه إذا لم تتجاوز قيمة الصفقة العمومية الحد المالي الذي يجعلها مؤهلة لإبرامها كصفقة كاملة وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا القانون، فإنها تبرم عبر إجراء الاستشارة الذي يُعد إجراء مبسطا يوفر الوقت والجهد مقارنة بصفقات طلب العروض¹⁹.

¹⁸ تنص المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مرجع سابق. على أنه "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين، كتابيا، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية".

¹⁹ تنص المادة 18 من قانون 12/23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المرجع السابق على أنه "تخضع لإجراء الاستشارة الطلبات التي يكون فيها المبلغ التقديري، بكل الرسوم، مساويا أو أقل من حدود إبرام الصفقات العمومية".

غير أن منح المشرع للمصلحة المتعاقدة صلاحية إبرام العقود التي تقل قيمتها عن العتبة المالية المحددة عن طريق الاستشارة، من شأنه أن يفتح مجالا لخلق ممارسات مقيدة للمنافسة قد يترتب عنها آثار سلبية على مستوى تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، كما قد يفضي عمليا إلى تقليص فرص المنافسة أو إلغائها تماما ضمن هذا النوع من العقود، التي تعد أساسا من العقود التي تكون فيها المنافسة ضيقة أو منعدمة في حالة ما إذا لم تحترم الضوابط الموضوعية في اختيار المدعويين للاستشارة، الأمر الذي يفتح المجال أمام ممارسات قد تعيق المنافسة، مثل المحاباة و تكرار التعامل مع نفس المورد دون مبرر اقتصادي حقيقي.

الفرع الثاني: مخاطر شروط التعاقد عن طريق الاستشارة

أحاط المشرع أسلوب التعاقد عن طريق الاستشارة بمجموعة من الضوابط والشروط التي كانت الغاية منها هو تكريس مبادئ المنافسة في هذا النوع من الطلبات والعقود والتي تضمنها قانون الصفقات العمومية، إذ يجب أن يكون تلبية هذه الحاجات محلا لإشهار ملائم (أولا)، واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين (ثانيا)، كما نجد أنه عمل على تطبيق واحترام مبادئ المنافسة من خلال اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية (ثالثا)، إلا أن ما يعاب عليه أن محاولته في حماية المنافسة في مثل هذه العقود جاءت غير واضحة تتسم بالغموض.

أولا: الإشهار الملائم

يُعد الإشهار آلية أساسية لضمان احترام وتطبيق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، إذ يهدف إلى استقطاب أكبر عدد ممكن من المتعاملين الاقتصاديين للاطلاع على الطلب العمومي والمشاركة فيه، وذلك بما يكرس مبدأي الشفافية وتكافؤ الفرص، وتكمن أهميته في كونه الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها المصالح المتعاقدة لضمان الانفتاح التنافسي ومنع احتكار فرص التعاقد من قبل فئة محددة.

أقر المشرع بموجب المادة 14 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015، منح السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد مدى ملاءمة الإشهار عند اللجوء إلى إجراء الاستشارة ويظهر ذلك عند استعماله لعبارة "الإشهار الملائم"، وذلك مراعاة لخصوصية بعض الطلبات، غير أن ممارسة هذه السلطة ينبغي أن يكون في إطار احترام الغاية الأساسية من الإشهار، والمتمثلة في حماية المنافسة وضمان المساواة بين المتعاملين²⁰.

في المقابل فإن الإشكال الذي يثار في هذه الحالة هو سوء استغلال المصلحة المتعاقدة لسلطتها في تقدير مدى ملاءمة الإشهار من عدمه، بحيث يؤدي ذلك إلى تضيق نطاق الإشهار والحد من المشاركة الفعلية، مما

²⁰ تنص المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق، على: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين، كتابيا، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية".

قد يفضي إلى إضعاف الطابع التنافسي للإجراء أو يفتح المجال لممارسات تمس بحياة عملية إسناد الصفقة، وهو ما ينعكس سلباً على مبادئ النزاهة التي يقوم عليها نظام الصفقات العمومية²¹.

غياب إلزامية الإشهار في هذه الحالة قد يؤدي إلى تقليص عدد المتعاملين الاقتصاديين المبلغين بفرص التعاقد، ويحد من إمكانية دخول منافسين جدد، مما يضعف مبدأ المساواة في الوصول إلى الطلبات العمومية، ويزيد من مخاطر المحاباة أو التوجيه المسبق للعقود نحو أطراف معينة، لذلك الجدير من المشرع حذف مصطلح "الملائم"²²، بهدف تحقيق فعالية الإشهار بالشكل الذي يجعله إلزامياً في إجراء الاستشارة عند إبرام الطلبات التي لا يتعدى مبلغها العتبة المالية المذكورة في القانون.

ثانياً: استشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين

تُعتبر استشارة المتعاملين الاقتصاديين المؤهلين من إحدى الآليات المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة لإبرام العقود التي تقل عن العتبة المالية المحددة قانوناً، حيث يمثل هذا الأسلوب إطاراً تنافسياً مبسطاً يسمح لهذه الأخيرة باختيار أحسن عرض من بين العروض المقدمة من قبل المتعاملين المؤهلين فقط.

غير أن اشتراط المشرع في هذه الحالة لصفة "المتعامل المؤهل"²³ يثير إشكالاتاً عملياً، ويتعلق ذلك بمدى تأثير معايير التأهيل على اتساع دائرة المنافسة، نظراً لذلك نجد أن المصالح المتعاقدة قد تسعى إلى توجيه المنافسة نحو متعامل معين وذلك من خلال المبالغة في اشتراط وثائق أو شهادات معينة، وهذا ما قد يؤدي إلى إقصاء عدد معتبر من المتعاملين الاقتصاديين، وذلك ليس لقصور حقيقي في قدراتهم وإنما لاعتبارات شكلية وتنظيمية وبالتالي إضعاف الطابع التعددي للاستشارة.

نلاحظ أيضاً أن المشرع لم يحدد عدد المتعاملين الواجب استشارتهم بنص صريح في المادة 14 من قانون تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015، الأمر الذي يمنح للمصلحة المتعاقدة مجالاً واسعاً في تحديد نطاق الدعوة إلى الاستشارة، بالرغم من أن هذا التوجه يعكس إرادة المشرع في تبسيط الإجراءات، إلا أن ذلك قد يؤدي إلى حصر الاستشارة في عدد محدود جداً من المتعاملين خاصة في حال غياب الرقابة الفعلية، وهذا ما يفرغ إجراء

²¹ لميز لامية، "الإجراءات المكيفة في إبرام الصفقات العمومية وأثرها على مبدأ حرية المنافسة على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص 269.

²² النوي خرشي، مرجع سابق، ص 58.

²³ راجع المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

الاستشارة من محتواه التنافسي، مقارنة بما كان عليه الحال في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010 الذي حدد عدد المتعاملين بثلاثة أعضاء على الأقل وهذا ما يؤدي إلى ضمان وتوسيع مجال المنافسة في الاستشارة²⁴. عليه فإن استشارة المتعاملين المؤهلين لا ينبغي أن يفهم باعتباره وسيلة انتقائية ضيقة، وإنما كآلية تهدف إلى ضمان الحد الأدنى من المنافسة الفعلية، وبالتالي فإن تحقيق التوازن بين شرط التأهيل والمبدأ حرية المنافسة يمثل جوهر الإشكال، إذ أن أي انحراف في تطبيق هذا الشرط قد يؤدي إلى المساس بمبدأ المساواة بين المتعاملين ويحد من فعالية المنافسة.

ثالثا: احترام مبادئ المنافسة

تلتزم المصلحة المتعاقدة عند إبرام الطلبات العمومية التي تقل عن العتبة المالية للصفقات، باحترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الصفقات العمومية، وعلى رأسها حرية الوصول إلى الطلب العمومي، والمساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات، وتمثل هذه المبادئ الضمانة القانونية للحفاظ على الطابع التنافسي للإجراء، حتى في الحالات التي يعتمد فيها أسلوب الاستشارة²⁵.

غير أن الإطار التنظيمي لهذه الطلبات يمنح المصلحة المتعاقدة قدرًا من المرونة في تحديد شروط وإجراءات الإبرام، وهو ما قد يفتح المجال لتأويلات واسعة، خاصة في ظل استعمالها لمصطلحات غير دقيقة، مما قد يؤدي في بعض الحالات إلى مخالفة مبادئ المنافسة والخروج عنها وبالتالي الحد من فعالية المنافسة، سواء عبر تضيق دائرة المشاركة أو توجيه الإجراء بصورة غير مباشرة.

ينبغي أن تكون السلطة التقديرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة عند إجراء الاستشارة في هذه الحالات مقيدة بضرورة تحقيق التوازن بين متطلبات النجاعة واحترام قواعد المنافسة، فلا ينبغي أن يتحول الغرض من تبسيط الإجراءات إلى مبرر للإخلال بالمبادئ الأساسية التي تركز عليها الصفقات العمومية.

²⁴ نجد أن المشرع الجزائري في المادة 31 الفقرة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج، ر، عدد رقم 58، صادر في 7 أكتوبر 2010، قد حدد عدد الأعضاء الذين يتم استشارتهم بثلاثة مرشحين على الأقل، ما يعني أنه لا يمكن أن تكون الاستشارة بين أقل من ثلاثة مرشحين.

²⁵ تنص المادة 5 من القانون رقم 23-12، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، المرجع السابق، على: "ضمان نجاعة الصفقات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ الآتية: - حرية الوصول للطلبات العمومية - المساواة في معاملة المترشحين - شفافية الإجراءات".

المبحث الثاني: الآثار العملية لتطبيق المعيار المالي في الصفقات العمومية على المنافسة

تفعيل المعيار المالي والاعتماد عليه في مجال الصفقات العمومية كان الهدف منه هو إضفاء مرونة على إجراءات إبرام بعض العقود والطلبات التي تكون فيها القيمة المالية للمشروع لا تتجاوز العتبة المالية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 وقانون الصفقات العمومية، المتمثلة فيما يساوي أو يقل عن 12 مليون دينار الصفقات الأشغال أو اللوازم، ويساوي أو يقل عن 6 ملايين بالنسبة للخدمات أو الدراسات، إلا أنه بالعودة إلى الواقع نجد أن اعتماد هذا المعيار كتخفيف للإجراءات وتسهيلها، أصبح سبباً للعديد من التجاوزات مما يربط آثاراً سلبية على قواعد ومشروعية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ومبادئها، بالتالي فإن هذا المعيار قد يؤدي سوء استغلاله إلى التضيق على المنافسة في مجال الصفقات العمومية (مطلب أول) وهذا ما يجعل المعيار المالي كمصدر للإخلال بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية (مطلب ثان).

المطلب الأول: التضيق على المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إن المعيار المالي المنصوص عليه في قانون الصفقات العمومية، هو أحد السبل التي تنتهجها المصلحة المتعاقدة قصد التخلص من الإجراءات الشكلية الموجودة في طلب العروض الذي يسعى إلى تكريس المنافسة وبالتالي حماية المال العام، إلا أن إلحاق الصفقة العمومية بالمعيار المالي طبقاً لنص المادة 18 من هذا القانون، يجعل المصلحة المتعاقدة تلجأ دائماً إلى إجراء الاستشارة وبالتالي التوسيع من حالات اللجوء إلى الإجراءات الخاصة والتركيز عليها لتنفيذ مشاريعها بدلاً من طلب العروض التي تضيق منه وتستبعده (فرع أول)، بالإضافة إلى ذلك نجد أن المصالح المتعاقدة غالباً ما تقوم بتجزئة الصفقات إلى عدة طلبات وذلك حتى تتمكن هذه الأخيرة من تجاوزها للإجراءات المطولة والمعقدة التي يتطلبها الطلب على المنافسة (فرع ثان).

الفرع الأول: التوسيع من حالات اللجوء إلى الإجراءات الخاصة

يتضح من خلال أحكام قانون الصفقات العمومية أن المصلحة المتعاقدة معفاة من الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا القانون، وهذا ما يمنح للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء مباشرة إلى إجراء الاستشارة عندما يتعلق الأمر ببعض الخدمات مهما كانت مبالغها المالية، كما هو الحال في خدمات النقل والفندقة والإطعام

والخدمات القانونية والمالية، بمعنى حتى ولو تجاوز مبلغ الطلب العتبة المالية المذكورة في نص المادة 13 من المرسوم السالف الذكر²⁶.

بالرغم من أن هذا النوع من الخدمات لا يتسم بأي طابع خاص، إلا أن المشرع الجزائري أدرجها ضمن الإجراءات المتعلقة بتقديم خدمات خاصة وأخضعها لإجراء الاستشارة، غير أن هذا التوجه يثير تساؤلا حول مدى انسجامه مع فلسفة قانون الصفقات العمومية القائمة أساسا على تكريس المنافسة كآلية لحسن استعمال المال العام، إخضاع خدمات ذات طبيعة عادية ومتداولة في السوق لإجراءات الاستشارة، دون إلزامية اللجوء إلى الإجراءات الشكلية الأكثر تنافسية قد يترتب عنه تقليص مجال المنافسة، خاصة إذا لم تمارس السلطة التقديرية في إطار من الضبط والرقابة.

كما أن طبيعة هذه الخدمات لا تبرر من الناحية الاقتصادية أو القانونية استبعادها من نطاق المنافسة الموسعة، إذ أنها لا تتسم بالندرة كون أن المنافسة فيها شرسة وواسعة وأسعارها لا تعاني من التذبذب ولا تدخل ضمن النشاطات والخدمات السيادية التابعة للدولة²⁷، أو أي خصوصية تقنية تحول دون إخضاعها لإجراءات أكثر شفافية، وبالتالي فإن التوسع في الاستشارة إذا لم يكن مؤثرا بضمانات فعالة قد ينعكس سلبا على مبدأ حرية المنافسة ويؤدي إلى تضيق نطاقه عمليا.

يترتب عن هذا التوسيع غير المبرر جملة من الآثار السلبية التي تمس بقواعد المنافسة الحرة والنزيهة، إذ يؤدي حتما إلى تضيق دائرة المتنافسين، وذلك كنتيجة حتمية لإخضاع هذه المجالات لإجراء الاستشارة بدلا من طلب العروض الذي يسعى إلى فتح باب المنافسة أمام جميع المتعاملين الاقتصاديين الذين تتوفر فيهم شروط المشاركة، بحيث يعد أهم أساليب إبرام الصفقات العمومية التي تضمن المنافسة وتعمل على حمايتها، لذلك كان من الأحسن لو تم إدراج هذه المجالات ضمن الصفقات التي تبرم وفقا لهذا الأسلوب بما أنها لا تتمتع بأي خصوصية تقنية أو استراتيجية تبرر إخراجها من دائرة المنافسة الكاملة²⁸.

يُفَضَّى أيضا هذا التوسع إلى الإخلال بمبدأ الشفافية الذي يعد من أهم الركائز التي تستند إليها نجاعة الصفقات العمومية، وذلك من خلال إتاحة فرصة لتلاعب المصالح المتعاقدة بدفاتر الشروط وصياغتها بصورة

²⁶ تنص المادة 19 من القانون 12-23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق على: "يمكن للمصلحة المتعاقدة، في حالة خدمات النقل والفندقة والإطعام والخدمات القانونية والمالية، مهما كانت مبالغها، اللجوء إلى إجراء الاستشارة المنصوص عليه في هذا القانون".

²⁷ النوي الخرشى، مرجع سابق، ص 76-77.

²⁸ المرجع نفسه، ص 78.

موجهة لصالح متعامل محدد مسبقا، مما يؤدي إلى إقصاء المتعاملين الآخرين من المنافسة وهذا ما يعد ممارسة مقيدة للمنافسة وفقا لأحكام القانون²⁹.

الفرع الثاني: اعتماد أسلوب التجزئة كقاعدة لإبرام الصفقات العمومية

أجازت المادة 21 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 للمصلحة المتعاقدة إبرام الطلبات التي تقل مبالغها عن العتبة المالية المذكورة في هذه المادة والمتمثلة في مليون دينار جزائري (1.000.000 دج) بالنسبة للأشغال أو اللوازم، وخمسمائة ألف دينار (500.000 دج) فيما يتعلق بالدراسات أو الخدمات، وفق إجراءات مبسطة، دون اللجوء إلى أسلوب الاستشارة الشكلية، إلا أنه قد اشترط المشرع على الإدارة المتعاقدة تفادي اللجوء إلى نفس المتعامل الاقتصادي عندما يمكن تلبية تلك الخدمات من طرف متعاملين آخرين³⁰، ولعل ما يبرر هذا التوجه هو رغبة المشرع في إضفاء قدر من المرونة على إبرام الطلبات ذات الطابع المحدود من حيث القيمة المالية مراعاة لاعتبارات السرعة والنجاعة الإدارية.

غير أن هذه المرونة قد تسمح للمصالح المتعاقدة بالقيام بتجزئة حاجياتها إلى عدة طلبات مستقلة تدرج ضمن حدود العتبة المالية، بما يسمح لها بإبرامها عن طريق سندات الطلب وخارج نطاق الرقابة الشكلية التي تفرضها إجراءات الصفقات العمومية.

إن التجزئة غير المبررة من شأنها أن تمس بجوهر مبدأ حرية المنافسة، لأنها تؤدي إلى تفتيت الطلب العمومي وإضعاف شفافيته، كما تتيح إمكانية إسناد الطلبات بصورة متكررة إلى نفس المتعامل الاقتصادي دون إخضاعها لمنافسة فعلية، وهو ما قد يشكل مساسا بمبدأ المساواة بين المتعاملين ويحد من فرص النفاذ العادل إلى الطلب العمومي.

إضافة إلى ذلك نجد المشرع من خلال المادة 16 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 والتي تنص على أنه "في حالة الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الاستشارة بغض النظر عن الأحكام المخالفة للمادة 27 أدناه"، قد سمح للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد عن طريق الاستشارة في الصفقات ذات النمط العادي والمتكرر، وبالتالي فإن السماح باللجوء إلى الاستشارة في هذا النوع من الخدمات ليس إلا تضيقا للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وذلك لأن هذه الخدمات ذات طابع عادي ومتكرر لا تتسم بالطابع الاستعجالي الذي يفرض السرعة في اتخاذ القرار³¹.

²⁹ تنص المادة 6 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق، على: "تحظر كل الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها ...".

³⁰ مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، مرجع سابق.

³¹ النوي الخرشى، مرجع سابق، ص 62.

لاسيما أن هذا النوع من الطلبات يستفيد من تمديد العمل بالصفقة لمدة 5 سنوات، لذلك فإن تكرار الاستشارة كل سنة طيلة خمس سنوات هو الأكثر تعقيدا من إجراء طلب العروض في سنة واحدة تغطي إجراءاتها مدة خمس سنوات تالية مع ضمان أن طلب العروض سيسمح باحترام قواعد المنافسة³².

تتجلى أيضا خطورة أسلوب التجزئة في كونه يفرغ المعيار المالي من محتواه الأصلي المتمثل في تحقيق المرونة، ويحوّله إلى ثغرة قانونية يتم استغلالها بشكل تعسفي مما يؤدي إلى الإضرار بقواعد المنافسة، لذلك يكفي أن تقوم المصالح المتعاقدة بتجزئة صفقة كبرى تتجاوز العتبة المالية القانونية، إلى عدة طلبات عمومية تتضمن مبالغ مالية تساوي أو تقل عن السقف المالي، وذلك حتى تتحرر من قيود الصفقة وتعقيد إجراءاتها التي تضمن حماية المنافسة، وهذا ما يمثل إخلالا واضحا لمتطلبات المنافسة.

لمعالجة هذا الخل يجب الاعتماد على المنصة الرقمية الوطنية للصفقات العمومية والعمل على تفعيلها لأنها تسمح بتتبع كل العقود المبرمة مع المتعامل المتعاقد والكشف السريع والآلي على حالات تجزئة الصفقات التحاليلية، وهذا ضمانا لحماية مبادئ المنافسة³³.

المطلب الثاني: المعيار المالي كمصدر للإخلال بقواعد المنافسة في الصفقات العمومية

نلاحظ من خلال أحكام القانون 12-23 المتعلق بقانون الصفقات العمومية، أن المعيار المالي قد يساهم في التوسيع من دائرة التجاوزات والمخالفات التي تمس بقواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، وهذا ما يظهره مضمون نص المادة 22 من قانون 12-23، بحيث تتصادم هذه الأخيرة مع قواعد ومبادئ المنافسة الحرة والنزيهة التي تبناها قانون الصفقات العمومية وعمل على حمايتها (فرع أول)، وكما ساعد أيضا هذا المعيار على بروز المزيد من الممارسات المقيدة للمنافسة (فرع ثان).

الفرع الأول: مخالفة قواعد ومبادئ المنافسة في الصفقات العمومية

يرتكز نظام الصفقات العمومية على مجموعة من المبادئ الجوهرية التي تشكل الإطار الأساسي والمرجعي لإبرام العقود الإدارية، وفي مقدمتها مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين،

³² المرجع نفسه، ص 63.

³³ كرس المشرع الرقمنة في مجال الصفقات العمومية في الفصل الثاني من الباب السادس، من القانون رقم 12-23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

للتفصيل أكثر راجع: سباع كريم، "الرقمنة كآلية لتعزيز المنافسة في الصفقات العمومية في ظل القانون رقم (12-23) المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2025.

وشفافية الإجراءات، وقد عمل المشرع على تكريس هذه المبادئ ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية معتبرا إياها من الضمانات الأساسية لحماية المال العام وتحقيق النجاعة الاقتصادية³⁴.

غير أن نص المادة 22 من قانون الصفقات العمومية أقرت باستثناء يتمثل في إعفاء صفقات استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار، بحكم طبيعتها والنقلات السريعة في أسعارها ومدى توفرها وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها، من أحكام هذا القانون التي لا تتلاءم مع هذه الصفقات، لاسيما تلك المتعلقة بطريقة الإبرام³⁵، ولعل ما يبرر هذا الإعفاء هو استناده على اعتبارات عملية ترتبط بخصوصية الأسواق الخارجية، حيث قد يؤدي التقيد بالإجراءات الشكلية المعتادة إلى تعطيل العملية التعاقدية أو الإضرار بالمصالح المتعاقدة.

إلا أن هذا الاستثناء يشكل خروجاً صريحاً عن القاعدة العامة التي تقتضي إخضاع جميع الصفقات لمبادئ المنافسة، فاستبعاد هذه المجموعة من العقود من بعض الضوابط الإجرائية وذلك من خلال إعفاء المصلحة المتعاقدة من كل الأحكام والقواعد المذكورة في الباب الأول، لاسيما تلك القواعد المتعلقة بطريقة الإبرام يؤدي عملياً إلى تضيق نطاق تطبيق قواعد الشفافية والمساواة، وهو ما قد يحد من فرص التنافس الفعلي بين المتنافسين.

بالرجوع لنص المادة 5 من ذات القانون التي تنص على ضرورة احترام مبادئ المنافسة عند إبرام الصفقات العمومية، نجد أنها تتدرج ضمن أحكام هذا الباب، ولذلك يتبين وجود نوع من التوتر بين النصين، فبينما تقرر المادة 5 الطابع الإلزامي للمبادئ التنافسية³⁶، تسمح المادة 22 باستبعاد بعض الصفقات من الخضوع الكامل لها، بالرغم من أن هذا الاستثناء مبرر بضرورات عملية، إلا أنه يظل مقيداً بضرورة عدم المساس بجوهر المنافسة ومبادئها.

وعليه، تظل مشروعية هذا الإعفاء رهينة بمدى توظيفه في أضيق الحدود التي تقتضيها الضرورة، دون أن يتحول إلى وسيلة لتفادي قواعد المنافسة أو لتوسيع السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة على حساب ضمانات المنافسة من الشفافية والمساواة، لذلك كان لزاماً على المشرع في هذه المادة أن ينص على ضرورة احترام المصلحة المتعاقدة لمبادئ حرية المنافسة عند إبرام مثل هذه الصفقات بالرغم من طابعها الاستعجالي، لأن تكريس مبدأ المساواة وحرية المنافسة والشفافية لا يعيق الإدارة المتعاقدة بشيء، وإنما يساعد على حماية المال العام من تلاعب المصالح المتعاقدة³⁷.

³⁴ تريفة نواره، "حدود مبدأ حرية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 02، 2023، ص 312.

³⁵ راجع المادة 22 من القانون رقم 12-23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

³⁶ راجع المادة 5 من القانون رقم 12-23، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

³⁷ النوي خريشي، مرجع سابق، ص 74.

الفرع الثاني: الممارسات المقيدة للمنافسة كنتيجة حتمية لهشاشة المعيار المالي

يساهم المعيار المالي في بروز المزيد من الممارسات المقيدة للمنافسة، التي لا تقتصر آثارها على الإخلال بقواعد المنافسة ومبادئها في مجال الصفقات العمومية وإنما يمتد ليمس السوق التنافسية في مجملها، إذ تساهم الثغرات القانونية المرافقة للمعيار القانوني في توفير بيئة خصبة لانتشار المزيد من الممارسات المقيدة للمنافسة التي يعاقب عليها قانون المنافسة، خاصة ما يتعلق بالاتفاقات غير المشروعة نظرا لصعوبة إثباتها ويكون ذلك بتواطؤ المصالح المتعاقدة مع المتعامل الاقتصادي (أولا)، كما يمكن أن تسعى هذه الممارسة إلى تقسيم الطلبات العمومية بصورة احتيالية (ثانيا)، كما يعزز أيضا هذا المعيار وضعية الهيمنة بالشكل الذي يسمح للمؤسسات المهيمنة باستغلال ذلك بشكل تعسفي (ثالثا).

أولا: الممارسات التواطئية

طبقا لنص المادة 6 من قانون المنافسة تعتبر كل الاتفاقات الصريحة أو الضمنية التي تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة المنافسة ممارسة مقيدة للمنافسة³⁸، رغم ذلك نجد أن المصالح المتعاقدة غالبا ما تتواطأ المصلحة المتعاقدة مع أحد المتعاملين على إنقاص مبلغ المشروع المراد إنجازه تحت العتبة المالية المذكورة في هذه المادة بهدف إبرام هذا العقد عن طريق الاستشارة ووفق الإجراءات الخاصة وبالتالي استبعاد الإجراءات الشكلية التي تفتح مجال المنافسة أمام العديد من المتعاملين، والتي تفرض رقابة على المصلحة المتعاقدة والمتعاملين معها. تتجلى مظاهر هذه الاتفاقات أيضا من خلال تلاعب المصلحة المتعاقدة في تقدير الكلفة التقديرية الحقيقية للمشروع، إذ تعد هذه الممارسة من أخطر الممارسات التي تقوم بها المصالح المتعاقدة وذلك من خلال التقليل المتعمد من التقدير المالي للصفقة بهدف تغادي بلوغ العتبة القانونية التي تلزمها باللجوء إلى إجراءات المنافسة، فهذا السلوك يؤدي إلى الإضرار بمبدأ الشفافية ويجعل العملية التعاقدية تخضع للتقدير الشخصي للمصلحة المتعاقدة ما يشجع بدوره على التحايل والمحاباة في منح الصفقات العمومية.

تأخذ أيضا هذه الممارسات صورة التمييز بين المؤسسات المستشارة، إذ غالبا ما تركز المصالح المتعاقدة في استشارة المؤسسات الكبرى وذلك استنادا إلى معيار التأهيل، وهذا ما يؤدي إلى إقصاء مباشر للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة من المنافسة، وبالتالي الإضرار بمصالحها، لأن الإقصاء المتكرر لها وعدم منحها مثل هذه الطلبات يؤدي إلى إضعاف قدراتها التنافسية، مما يجعلها غير قادرة لا على الحصول على الطلبات التي لا تتطلب إجراءات تنافسية، ولا على المشاركة في الصفقات العمومية التي تتجاوز العتبة القانونية، وهذا ما يدفعها إلى الانسحاب الكلي من السوق التنافسية، وهذا ما يترتب عنه آثار وخيمة على المنافسة والسوق باعتبارها المحرك

³⁸ راجع المادة 6 من الأمر 03-03، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

الأساسي في السوق كونها من المتعاملين النشطين فيه نظرا لرغبتها في تحسين وضعيتها التنافسية³⁹، لذلك يتعين تخصيص نسبة معينة من الطلبات المحددة وفقا للمعيار المالي لهذه المؤسسات وذلك لدعمها بالشكل الذي يضمن مشاركتها الدائمة في الاستشارة⁴⁰.

انطلاقا من هذه الإشكالات، كان من الضروري أن يضبط المشرع في نص المادة 13 الفاصل المالي بشكل دقيق وواضح، وذلك بما يمنع التلاعب به، لأن العتبة المالية المذكورة في النص القانوني السابق بمجرد أن يتم إنقاص دينار واحد يتم تغيير التكييف القانوني للعقد، وينقله من نظام الصفقات العمومية الخاضع لإجراءات تنافسية صارمة إلى نظام الطلبات ذات الطابع المبسط، وهو ما يقلص من نطاق الرقابة ويحد من انفتاح المنافسة. **ثانيا: تقسيم الطلبات العمومية كممارسة مقيدة للمنافسة**

إن الطلبات المنصوص عليها في المادة 21 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015، تعد بدورها مجالا قابلا لظهور الممارسات المقيدة للمنافسة التي تمس بمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، بحيث أقرت هذه المادة بأنه لا تكون محل استشارة وجوبا، الطلبات التي تقل مجموع مبالغها، حسب طبيعتها، أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات، خلال نفس السنة المالية، عن مليون دينار (1.000.000 دج) فيما يخص الأشغال العمومية أو اللوازم، وعن خمسمائة دينار (500.000 دج) فيما يخص الدراسات أو الخدمات⁴¹.

غير أن هذا الاستثناء، رغم ما يتيح من مرونة في الإجراءات، إلا أنه قد يتحول في التطبيق العملي إلى وسيلة للتحايل على قواعد المنافسة، وذلك من خلال تواطؤ محتمل بين المصلحة المتعاقدة وأحد المتعاملين الاقتصاديين، إذ يتمثل ذلك في تقسيم أو تجزئة الطلبات إلى عدة عمليات تقل قيمة كل منها عن الحد القانوني، بهدف تقاضي إجراءات الاستشارة وإعمال السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في إبرام سندات الطلب، وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، إذ يتم تقليص دائرة المنافسة الفعلية وإقصاء عدد من المتعاملين من فرص التعاقد، كما يساهم ذلك أيضا في إفراغ المعيار المالي من وظيفته التنظيمية ويحوّله من أداة لضبط الإجراءات إلى وسيلة للالتفاف عليها، الأمر الذي يشكل ممارسة مقيدة للمنافسة بالمعنى المقصود في قانون المنافسة⁴².

³⁹ بوحلايس إلهام، "المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ضمن قانون المنافسة: وضعية أفضلية ذات تأثير مزدوج"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 46، 2016، ص 198.

⁴⁰ عشاش حمزة، خضري حمزة، "دور تنظيم الصفقات العمومية في النهوض بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص 1269.

⁴¹ مرسوم رئاسي رقم 15-247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، مرجع سابق.

⁴² راجع المادة 14 من الأمر 03-03، يتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

ثالثاً: تعزيز وضعيه الهيمنة

أكد المشرع على أنه يحظر كل تعسف ناتج عن وضعيه هيمنة على السوق أو جزء منه⁴³، وبذلك لا تعد وضعيه الهيمنة محظورة إلا إذا تبعها الاستغلال التعسفي لهذه الوضعيه، لذلك نجد أن تفعيل المعيار المالي وفقاً لما يتضمنه من ثغرات يؤدي إلى تعزيز وضعيه الهيمنة، وذلك من خلال سيطرة المؤسسات الكبرى المؤهلة على كل الطلبات ما يمنحها سلطة احتكارية في السوق، وبذلك فإن هذه الأخيرة قد توظف هذه القوة بشكل تعسفي، أين تقوم باستغلال علاقاتها مع المصالح المتعاقدة وتفرض شروطاً غير عادلة على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للتعامل معها.

تتجلى مظاهر الاستغلال التعسفي لوضعيه الهيمنة أيضاً من خلال قيام المؤسسات الكبرى بتقديم عروض مالية منخفضة بشكل مصطنع، وهذا ما يؤدي إلى إقصاء المؤسسات الأخرى من المنافسة لعدم قدرتها على مواكبتها، وتحمل الخسائر إذا قامت هي أيضاً بالتخفيض، وبالتالي سيطرة هذه المؤسسة على الطلبات، إضافة إلى ذلك يمكن أيضاً أن تقوم المؤسسة المهيمنة بتخفيض السعر تحت العتبة المالية وذلك لإخراج العقد من دائرة الصفقات العمومية التي تتطلب إجراءات تنافسية، وهذا ما يؤدي إلى إقصاء العديد من المؤسسات الأخرى من المنافسة وإبرام العقد وفقاً للإجراء المطلوب.

تعتبر هذه الصور من صور الممارسات التعسفية التي تضمنها قانون المنافسة والتي يعاقب عليها القانون، لذلك يتعين على المشرع العمل على تحقيق نوع من التوازن بين المعيار المالي وقواعد المنافسة، وذلك عن طريق معالجة كل الثغرات القانونية التي تفتح المجال أمام المصالح المتعاقدة أو المتعاملين الاقتصاديين باستغلالها بشكل يضر بقواعد نزاهة المنافسة.

تمثل الرقمنة الحل الأكثر فعالية لحماية مثل هذه الطلبات من كل الممارسات المقيدة للمنافسة، إذ أن تفعيل البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية⁴⁴، يلزم المصالح المتعاقدة بإبرام كل عقودها إلكترونياً وهذا ما يسهل عملية الرقابة والتتبع، حيث يتم استعمال كل المعلومات والوثائق التي تمر عبر هذه البوابة لتشكل قاعدة بيانات⁴⁵، وهذا ما يضمن حماية المنافسة والمال العام.

⁴³ راجع المادة 7 من الأمر نفسه.

⁴⁴ تنص المادة 105 من القانون رقم 12-23، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، على: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية تسييرها المصالح المتخصصة للوزارة المكلفة بالمالية".

⁴⁵ راجع المادة 106 من القانون نفسه.

خاتمة

مما لا شك فيه أن موضوع انعكاسات المعيار المالي على قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية، من أهم المواضيع القانونية المطروحة للنقاش وذلك نظرا للدور الذي يلعبه المعيار المالي المذكور في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وقانون الصفقات العمومية 23-12 بالرغم من ذكر هذا المعيار في نص المادة 18 منه إلا أنه لم يتضمن هذا الأخير مضمون المبالغ المالية التي تعتبر كعتبة مالية عند إبرام الصفقات العمومية، وترك المجال للتنظيمات لذلك فإنه يتم استمرار العمل بالمرسوم الرئاسي 15-247 إلى غاية صدور التنظيمات الجديدة كون أن هذا القانون لم ينص على إلغاء هذا المرسوم أو أحكامه وإنما نص صراحة على ضرورة استمرارية العمل بهذا التنظيم إلى غاية صدور التنظيمات الجديدة، لذلك فإننا في هذه الحالة نكون بصدد الازدواجية في تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية خاصة ما يتعلق بموضوع المعيار المالي⁴⁶.

عمل المشرع على تكريس قواعد المنافسة في الصفقات العمومية سواء كان ذلك من خلال قانون المنافسة أو قانون الصفقات العمومية، وذلك لأن إعمال قواعد المنافسة سيؤدي إلى ترتيب آثار فعالة على الصفقات العمومية، غير أنه وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي تضمنت المعيار المالي الذي يصنف العقد ما إذا كان صفقة عمومية وتخضع لأحكام قانون المنافسة، أو يأخذ صفة طلبية أو مجرد عقد يستبعد تطبيق قواعد المنافسة عليه، والتي من خلالها يمكن القول أن المشرع الجزائري عند إدراجه لهذا المعيار لم يحطه بمجموعة من الشروط والقيود الصارمة التي من خلاله يتمكن من حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية من أي تلاعب قد يؤدي إلى تشويهها، ويظهر ذلك من خلال مضمون النص القانوني الذي جاء متناقضا ولا يتماشى مع متطلبات المنافسة. المعيار المالي الذي اعتمده المشرع الجزائري يهدف إلى تخفيف العبء على المصالح المتعاقدة عند إبرام الطلبات والعقود التي تكون فيها المبالغ المالية منخفضة وبسيطة، بحيث أن مثل هذه العقود لا تحتاج إلى كثرة الإجراءات كما هو بالنسبة لصفقات طلب العروض خاصة ما يتعلق بقواعد المنافسة، إلا أن ذلك فتح في هذه الحالة ثغرة قانونية تستغلها المصالح المتعاقدة والمتعهدون لتلبية وتحقيق مصالحهم، وبالتالي هذا ما يؤدي إلى فسح المجال للمزيد من الفساد في الصفقات العمومية، وتلاعب بمشروعية المنافسة بالشكل الذي يؤدي إلى استبعاد تطبيق واحترام مبادئ المنافسة، ذلك من خلال تضيق المجال على الصفقات العمومية عند قيام المصالح المتعاقدة بتقسيم الصفقات وتنفيذها على شكل طلبات وفقا للمعيار المالي.

⁴⁶ بالعودة لنص المادة 112 من القانون 23-12، المحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، نصت على أنه "تُلغى الأحكام المخالفة لهذا القانون، وتبقى الأحكام التي تدخل ضمن المجال التنظيمي سارية المفعول إلى غاية نشر النصوص التنظيمية الجديدة المتخذة طبقا لأحكام هذا القانون".

- ووفقا لما سبق، يمكن تسجيل بعض الاقتراحات والتوصيات أهمها:
- يجب على المشرع الجزائري تعديل المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015، واستبدال جملة "كصفة عمومية" بكل عقد مثلا، هذا لتفادي التناقض الموجود في المادة.
 - يجب على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في المعيار المالي المنصوص عليه في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247، بأن يجعل الفاصل المالي بين المبالغ المالية الخاصة بالصفقات العمومية والمبالغ المتعلقة بالعقود والطلبات الأخرى التي لا تحتاج إلى الإجراءات الشكلية فارقا شاسعا بحيث لا يمكن التلاعب به.
 - يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في حالات اللجوء إلى الإجراءات الخاصة التي من خلالها يتم إبرام الصفقات بغض النظر عن مبالغها المالية، وذلك لوجود بعض الحالات ليست بتلك الأهمية، ولا تتسم بالطابع الاستعجالي أو الخاص، الذي يدفع بالمصلحة المتعاقدة إلى التغاضي عن قواعد المنافسة.
 - ضرورة التضييق من الحالات الاستثنائية، التي من خلالها يتم استبعاد تطبيق واحترام مبادئ المنافسة في الصفقات العمومية، لأن ذلك سيؤثر سلبا على المنافسة في مجال الصفقات العمومية والمال العام.
 - ضرورة تخصيص بعض الطلبات المحددة وفقا لهذا المعيار للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وذلك تدعيما لوجودها الدائم باعتبارها أهم العناصر الفعالة في السوق التنافسية.
 - ضرورة الاستعجال في تفعيل البوابة الإلكترونية باعتبارها الحل الأمثل لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية.
 - الاستعجال من إصدار التنظيمات الجديدة الخاصة بقانون الصفقات العمومية الجديد وإزالة كل الغموض حول موضوع المعيار المالي وانعكاساته على المنافسة في الصفقات العمومية.
 - ضرورة تحقيق التوازن بين المعيار المالي والمعايير التقنية بما يضمن حماية المال العام وتحقيق منافسة حقيقية وفعالة في مجال الصفقات العمومية.