جامعة 8 ماي 1945

كلية الحقوق والعلوم السياسة

قسم العلوم القانونية والإدارية

تخصص قانون عام (منازعات إدارية)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

دور القاضي الإداري في حماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

إعداد الطالبين

1/ بوجلال فتحي

2/ زعلاني رمزي

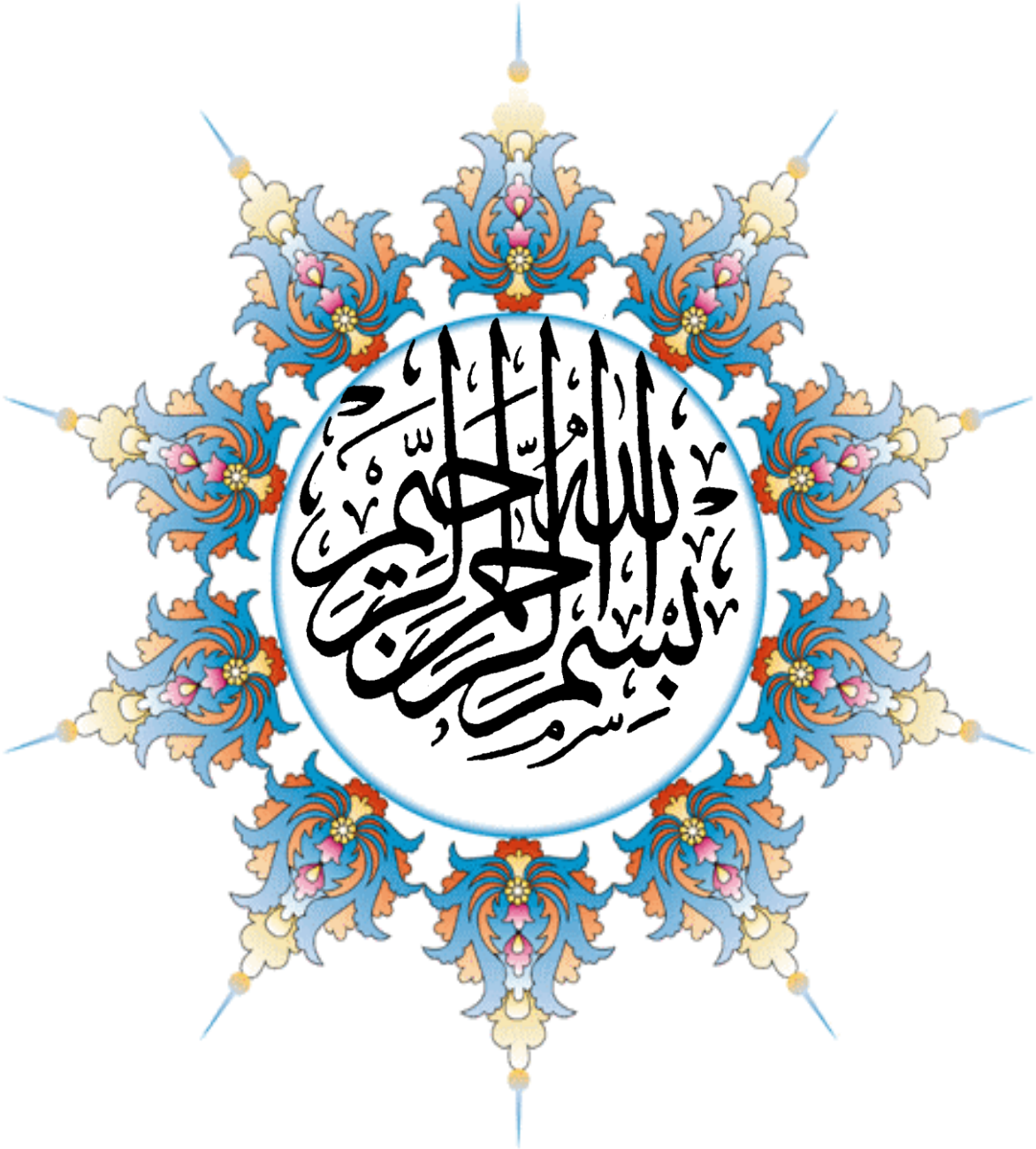
إشراف الدكتور :

ميهوبي مراد

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	د. ميهوبي مراد	جامعة قالمة	أستاذ محاضر ب	مشرفا
2	د. مقلاتي منى	جامعة قالمة	أستاذ محاضر ب	رئيسا
3	د. فارة سماح	جامعة قالمة	أستاذ محاضر ب	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2015-2016


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

نتقدم أولا وآخرا بعظيم الحمد والشكر والثناء لرب العزة والجلال الذي وفقنا للقيام بهذا العمل الذي أردنا به مرضاته وأن يكون خالصا لوجهه الكريم

ولا يفوتنا في ختام هذه المذكرة أن نقر بالفضل، والشكر، والعرفان الجميل، للأستاذ الدكتور: " **ميهوبي مراد** "، الذي أشرف على هذه المذكرة من البدء إلى الختام، فجزاه الله خير الجزاء

وكذلك نشكر كل من ساعد على إتمام هذا البحث وقدم لنا العون ومد يد المساعدة وزودنا بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا البحث ونخص بالذكر الأستاذ **مهيري كمال** الذي أقدم له تحية عرفان وإمتنان وشموخ على المساعدات والتسهيلات والأفكار والمعلومات والنصائح التي قدمها لنا

كل الشكر والتقدير إلى أساتذتنا الأفاضل، الذين أفادونا بعلمهم، وإن كان الشكر لا يُوفي حقهم، إلا أننا نسأل الله لهم التوفيق والسداد وحسن الجزاء

كما نشكر أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة

فلهم جميعا الفضل بعد الله عز وجل، على ما غمرونا به من علم نافع، وتوجيه سديد، لبلوغ أعلى المراتب في تحصيل العلم، والعمل ونيل المآرب

فتحي

رامز

الإهداء

إلى أبي العزيز وأمي الحبيبة رمزا الصبر والعطاء
اللّذان كانا عونا دائما ودعما أبدا، حصنا واقيا وظلا
حاميا بدعواتهما للخطوات التي سرت على دربها
إلى جميع أفراد أسرتي إخوتي وأخواتي
وإلى جميع الأصدقاء

رامز

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون﴾

صرق الله العظيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلى بطاعتك ... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ... ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

الحمد لله الذي وفقنا لهذا ولم نكن لنصل إليه لو لا فضل الله علينا أما بعد

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى **الوالدين الكريمين** حفظهما الله

إلى كل أفراد الأسرة

إلى كل الأصدقاء و الأحباب من دون استثناء

إلى روح الأمة و قائدها الزعيم الراحل " **هواري بومدين** " رحمه الله

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المتربصين المقبلين على التخرّج

فتحي

الخطة

مقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المبحث الأول: ماهية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المنافسة

الفرع الأول: تعريف مبدأ المنافسة لغة وإصطلاحا

الفرع الثاني : تعريف مبدأ المنافسة تشريعا وقضاءا

الفرع الثالث: مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية لحرية المنافسة

الفرع الأول : مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

الفرع الثاني: المساواة في التعامل مع المترشحين

الفرع الثالث: شفافية الإجراءات

المطلب الثالث: الإستتناءات الواردة على مبدأ المنافسة

الفرع الأول: المنع لسبب قانوني

الفرع الثاني: المنع لشروط تفرضها الإدارة

المبحث الثاني: الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة والجرائم المعرقلة له في مادة الصفقات العمومية

المطلب الأول: إلتزام الإدارة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة.

الفرع الأول : إحترام المنافسة عند تحديد الحاجات

الفرع الثاني: إحترام المنافسة عند إعداد دفاتر الشروط

الفرع الثالث: إلزام الإدارة بمعاملة متساوية للمترشحين

المطلب الثاني: إلتزام الإدارة بأعمال المنافسة عند إبرام وإرساء الصفقة

الفرع الأول : جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام

الفرع الثاني: تحديد و تأطير اللجوء إلى التراضي

الفرع الثالث: إلتزام اللجان بإعتماد المنافسة و إعمالها

المطلب الثالث: الجرائم المعرقلة لمبدأ المنافسة في مادة الصفقات العمومية

الفرع الأول : جريمة الرشوة

الفرع الثاني: جريمة المحاباة

الفرع الثالث: جريمة إستغلال نفوذ أعوان الدولة

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المبحث الأول: رقابة قاضي الموضوع على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير

الفرع الأول: تعريف دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير

المطلب الثاني: دعوى الإلغاء

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء

المطلب الثالث: دعوى القضاء الكامل

الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى القضاء الكامل

المبحث الثاني: رقابة قاضي الإستعجال على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي

الفرع الأول: تعريف القضاء الإستعجال قبل التعاقدي

الفرع الثاني: أسباب التكريس القانوني للإستعجال قبل التعاقدي

الفرع الثالث: شروط قبول الدعوى الإستعجالية

المطلب الثاني: إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية وضماناتها

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى الإستعجالية

الفرع الثاني: ضمانات الدعوى الإستعجالية

المطلب الثالث: الفصل في الدعوى الإستعجالية

الفرع الأول: الإجراءات التحفظية

الفرع الثاني: الإجراءات القطعية

الفرع الثالث: الطعن في الأمر الإستعجالي قبل التعاقدي.

خاتمة

مقدمة

تحتل الصفقات العمومية جانبا هاما من أعمال الدولة وذلك بالنظر إلى مكانتها في تحقيق الخدمة العمومية، إذ تمثل الشريان الذي يدعم عملية التنمية كما تعتبر النظام الأفضل لإستغلال الأموال العامة خاصة في ظل إعتماد الاقتصاد الوطني على زيادة النفقات من أجل تنشيط عملية التنمية للبلاد، وتشكل أيضا الوسيلة القانونية التي تعتمدها الإدارة في تدبير سياستها التنموية والاقتصادية والاجتماعية.

وقد عرف النظام المتعلق بإبرام الصفقات العمومية بالجزائر إصلاحا مهما لأجل مسايرة التطورات التي عرفتها البلاد من خلال تحرير الاقتصاد وتنمية القطاع الخاص وعصرنة الإدارة، وقد خطا هذا الإصلاح مرحلته الأخيرة بالمصادقة على المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، والذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وقد عرفت الصفقة العمومية في المادة 02 من هذا المرسوم على أنها : « عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات» .

وقد جاء هذا المرسوم بإجراءات تهدف إلى تأمين شفافية تدابير الصفقات العمومية، وضمان حرية المنافسة، وتخليق الممارسات المتعلقة بتدابير الصفقة العمومية ومحاربة الغش والرشوة والفساد وضمان فعالية النفقات العمومية وتبسيط وتحسين طرق إبرام الصفقات وتنمية النسيج الاقتصادي الوطني، وفي مقابل هذا نجد أن الصفقات العمومية من أكبر القنوات المستهلكة للأموال العامة وتعد من الوسائل الهامة في تلبية الطلبات العمومية، فالإدارة العامة تلجأ إلى استعمال الصفقات العمومية كوسيلة قانونية لتقديم الخدمة العمومية.

فتحقيق هذه الأخيرة لا يكون إلا بإتاحة الفرصة للجميع في تقديم الخدمات دون تمييز ووفقا للحدود التي يؤطّرها القانون وهذا ما يعرف "بحرية المنافسة" التي تعتبر من أهم الركائز التي تقوم عليها الصفقة العمومية التي تشتمل على ثلاث مبادئ: حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، والتي من خلالها يمكن توسيع نطاق المنافسة من أجل الوصول إلى الأفضل.

فمن المتعارف عليه أن تكريس مبدأ المنافسة يعتبر من أهم العوامل التي تؤدي إلى خلق بيئة تنافسية فعالة ولا يكون ذلك إلا في إطار إحترام المبادئ الأساسية لحرية المنافسة التي تهدف إلى تعزيز الشفافية والمساواة في ولوج الطلبيات العمومية.

ولكون حماية مبدأ المنافسة ضرورة حتمية لتدعيم الفعالية الاقتصادية حفاظا على حقوق المتعاملين الإقتصاديين، وجب القضاء على كل ممارسة من شأنها المساس بالسير العادي للصفقة والإخلال بمبدأ المنافسة، وفي هذا الصدد لم يتردد المشرع في منح الهيئات القضائية مجموعة من الصلاحيات للتصدي لكل الممارسات المنافية للمنافسة والتي من شأنها المساس بالسير العادي للسوق، وهذا لضمان المنافسة بين جميع المتعاملين في إطار يغلب عليه التنظيم بغية ضمان استقرار النظام الاقتصادي.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية موضوع " دور القاضي الإداري في الرقابة على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية " في البحث عن المسائل التي تعبر عن الجوانب المهمة، سواء من الناحية النظرية أو العملية.

فمن الناحية النظرية: تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال اطلاعنا على النصوص القانونية ودراستها وتحليلها للخروج بنتائج عملية جديدة.

إضافة إلى ما وضعه المشرع من ميكانيزمات ضرورية كتدابير وقائية لحماية مبدأ المنافسة وكذا إدراك تأثيره على الاقتصاد الوطني باعتبار أن الصفقات العمومية أهم مسار تصرف فيه الأموال العامة وبالتالي وجب توفير الحماية القانونية اللازمة للرقابة على هذا المبدأ.

ومن جهة أخرى فتجسيد مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية يعتبر موضوع جديد وجزئي يتضمنه الغموض مما يستدعي البحث فيه وتوضيح الآليات والإجراءات المتبعة لتحقيق هذا المبدأ ضمانا لحقوق وحريات المتعاملين الإقتصاديين.

أما فمن الناحية العملية: تظهر أهمية هذا الموضوع بالبحث عن مدى التطابق بين ما هو نظري وما هو تطبيقي (عملي)، أي هل هناك تجسيد للأحكام والنصوص القانونية والتنظيمية على أرض الواقع ؟ دون إغفال دور القضاء الذي يسمح لنا بتقييم نظام

الضمانات المتبع حاليا لحماية مبدأ المنافسة، فالمنافسة لا تعد هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة تحقق النجاعة الإقتصادية كما وكيفا وهذا ما يدفعنا إلى دراسة مجال تطبيقها.

أسباب إختيار الموضوع:

الأسباب التي دفعت بنا لاختيار هذا الموضوع تكمن في سببين هما:

1. الأسباب الذاتية:

- الرغبة في الربط بين الواقع القانوني والتطبيقي للمنافسة في الصفقات العمومية وتأثيره على إبرام الصفقة العمومية.
- الرغبة في الوقوف على حدود مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.
- تفاقم ظاهرة المنح غير المؤسس والغير عادل للصفقة العمومية.

2. الأسباب الموضوعية:

- تحديد الآليات القانونية التي رصدها المشرع الجزائري لتحقيق الأهداف المكرسة لمبدأ حرية المنافسة ولتقييمها والوقوف على مدى فعاليتها.
- حداثة الموضوع وقلة الأبحاث القانونية فيه والدراسات الأكاديمية التي تعالجه مقارنة بغيرها من الموضوعات.

أهداف الدراسة:

- إثراء المكتبة القانونية خاصة أمام ما تعيشه هذه الأخيرة من نقص في مجال الدراسة المتعلقة بالصفقات العمومية.
- تقديم معارف أساسية حول المنافسة في الصفقات العمومية.
- إستعراض وتقييم أهم التعديلات القانونية في مجال الصفقات العمومية في تكريس مبدأ المنافسة.
- توضيح الدور الذي تلعبه المبادئ الأساسية في حرّية المنافسة في إبرام الصفقات العمومية والرقابة عليها.
- تحديد الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة وتبيان الجرائم المعرقلة له.

- دراسة سلطات القاضي الإداري في الرقابة على مبدأ المنافسة من خلال تحليل النصوص القانونية الصادرة في هذا الشأن خاصة قانون الإجراءات المدنية والإدارية08-09.

صعوبات الدراسة:

بصدد إعدادنا لهذه الدراسة صادفتنا جملة من الصعوبات والتي تمثلت أساسا في:

- نقص المادة العلمية خاصة الكتابات الجديدة في هذا المجال، كون هذا الموضوع لم يحظى بالإهتمام الكافي من قبل الباحثين والدارسين على حد سواء.
- قلة البحوث القانونية التي تعالج موضوع مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، على إعتبار أن تنظيم الصفقات العمومية كثير التعديل لطبيعته الإقتصادية، والمشرع ما يسعى دائما إلى إعادة تكييف القانون بما يتلاءم حفاظا على المال العام.
- قلة وندرة المراجع المتخصصة في موضوع المنافسة في الصفقات العمومية.
- حداثة القضاء الإداري الجزائري الذي يُعتبر مشقة أخرى تضاف إلى الصعوبات.

منهج الدراسة:

إعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي، وهذا بجمع وتقديم مختلف المعلومات حول مبدأ حرية المنافسة وبيان آثارها المختلفة في مجال الصفقات العمومية.

والمنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بالدراسة.

إشكالية الدراسة:

انطلاقا مما سبق فإنّ الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة تتمحور حول:

إلى أيّ حد ساهم القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة بالنسبة المتعامل الاقتصادي في مجال الصفقات العمومية؟

وهذ الإشكالية تنبثق عنها جملة من التساؤلات الفرعية التي تمحورت أساسا حول:

- ما المقصود بمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ؟
- ما هي المبادئ التي يقوم عليها مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ؟
- ماهي الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة ؟
- ما دور قاضي الموضوع في حماية مبدأ المنافسة ؟

- ما دور قاضي الإستعجال في حماية مبدأ المنافسة ؟

وعلى ضوء هذا التقديم تتضح معالم هذا البحث من خلال الإجابة على الإشكالية المطروحة ومعالجة مختلف جوانب الموضوع، فقد قسمنا الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول تحت عنوان الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية حيث قسمناه إلى مبحثين: المبحث الأول تناولنا فيه : "ماهية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية" من خلال التطرق إلى مفهوم مبدأ المنافسة، ثم تبيان مبادئه، والإستثناءات الواردة عليه، والمبحث الثاني تناولنا فيه:" الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة المعرقلة له في مادة الصفقات العمومية."

والفصل الثاني تحت عنوان: الرقابة القضائية على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

وقسمناه بدوره أيضا إلى مبحثين : المبحث الأول جاء تحت عنوان: "رقابة قاضي الموضوع على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية" وتكون هذه الرقابة من خلال الدعاوى الإدارية الأتية :

دعوى فحص المشروعية، دعوى التفسير، دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.

أما المبحث الثاني فجاء بعنوان: " رقابة قاضي الاستعجال على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية ."من خلال التطرق إلى مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي، وإجراءات رفع الدعوى الاستعجالية، وكيفية الفصل في الدعوى الاستعجالية.

الفصل الأول

إن الصفقات العمومية تكتسي أهمية كبيرة في تنمية اقتصاد الدولة وتشكل أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة والوسيلة القانونية التي وضعها المشرع في يد الإدارة العمومية، لذلك أقر المشرع على تفعيل الشفافية والنزاهة في كافة إجراءات الصفقة العمومية، وهو ما يجسد أكثر حرية المنافسة بين المتعاملين لنيل الصفقة وعدم التمييز بينهم، فالمنافسة تعتبر من أهم الركائز الأساسية لخلق بيئة اقتصادية تنافسية قائمة على الكفاءة الاقتصادية، وتعمل وفقا لقواعد وآليات سليمة وعادلة في السوق.

وهذا ما سنحاول إبرازه في (المبحث الأول) من خلال: ماهية مبدأ المنافسة، وكذلك من خلال: تبيان الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة والجرائم المعرقلة له في الصفقات العمومية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

ماهية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

تعد المنافسة أهم المبادئ في مجال الصفقات العمومية التي حرص المشرع على تكريسها وفق شروط قانونية[1]، وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم مبدأ المنافسة في (المطلب الأول)، والمبادئ الأساسية لحرية المنافسة في (المطلب الثاني)، والإستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المنافسة

إن مفهوم المنافسة تضرب جذوره في أعماق التاريخ الإنساني الذي يعتبر وبحق السلوك الإنساني محور تفاعله وطالع أولويته، فتأتي فكرة المنافسة من الطبيعة التي نجد فيها مبدأ " البقاء للأصلح "، الذي أدارت عناصره ومحتوياته حلقات الزمان لهول من العقود والسنين، بما أبرزه هذا المبدأ من مظاهر رفع السوية الإنسانية مما يدفعها من عوامل الجدة

1 – نظرا لأهمية المبدأ جاء تكريسه في قانون المنافسة 05 – 10 المعدل والمتمم بموجب المادة 02 التي تنص على: بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: ...
* الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلام عن المناقصة (طلب العروض) إلى غاية المنع النهائي للصفقة.

والنشاط لتحقيق أعلى معايير التفوق والإنجاز تارة، وتخليف ضحايا لا تحصى أعدادها من متراخي الإنتاج وضعاف البنية الاقتصادية على اختلاف أسسها وأشكاله وعصوره[1].

تقوم المنافسة على جملة من الأخلاق والمبادئ الشرعية ذات مصلحة لأطراف كثيرة بما فيها العاملين والزبائن والمجتمع[2].

فحرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا[3]، بمعنى أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها، وقد جاء تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة.

وعلى العموم، تبقى الحرية التنافسية عاملا جوهريا لتحقيق الفاعلية الاقتصادية، يؤدي إلى الاستخدام الأمثل للموارد وأيضا إلى التطور الاجتماعي المنشود.

وقد عرف مصطلح المنافسة جملة من التعريفات والمعاني كلا حسب مجاله، وبهذا الصدد سنتطرق لبعض التعاريف لهذا المصطلح من خلال

التعريف بالمنافسة لغة وإصطلاحا " كفرع أول " والتعريف بمبدأ المنافسة تشريعا وقضاءً في " الفرع الثاني ".

الفرع الأول: تعريف المنافسة لغة وإصطلاحا

في هذا الفرع سنتعرض إلى مفهوم المنافسة لغة وإصطلاحا:

أولا: المنافسة لغة

المنافسة في اللغة من مصدر التنافس، وأنفس الشيء أنفاسا: نفس، وتنافس القوم في شيء: رغبوا فيه، ونافس في الشيء منافسة ونفاسا: إذا رغب فيه على وجه المباراة في

1- عمر مشهور، حديثة الجازي رئيس الجمعية الأردنية للمنافسة، المؤتمر الوطني للمنافسة، ورقة بعنوان: الجمعية الأردنية للمنافسة " أهدافها، غاياتها " بتاريخ 23 و24 أيار 2005، الصفحة 2.

2- نجم عبود نجم، أخلاقيات الإدارة ومسؤولية الأعمال، ط1، 2006، ص 148.

3- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 43.

الكرم، وهو عند العلماء: المسابقة إلى الشيء وكراهة أخذ غيرك إياه، وهو أول درجات الحسد[1].

والمنافسة أيضا، كلّ شيء نفيس، أي يتنافس فيه ويرغب، وكما يقال شيء مرغوب فيه يقال أيضا شيء منفوس فيه، ونفس عليه بالشيء ضن به عليه ولم يره يستأهله، وكذلك نفسه عليه ونافسه فيه، ونافست في الشيء منافسة ونفاسا إذا رغبت فيه على وجه المباراة في الكرم.

فكلمة منافسة مشتقة من الفعل نافس، وهي نزعة فطرية تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التفوق والمنافسة تقابل التنافس، والتنافس في الشيء: هو المغالاة في طلبه والتزامه عليه[2].

وتأتي المنافسة بمعنى الحرص على الغلبة والانفراد بالمحروس عليه والتنافس فيه، ونفس ينفس فهو منافس إذا نزع في الشيء أو أراده وحسد من صار إليه.

وفي القرآن الكريم يعد التصور القرآني للنعم التي يلقاها المؤمنين، فقد حثهم الله سبحانه وتعالى على التنافس في عمل الخير حتى ينالوها وفي ذلك الآية الكريمة :

﴿ختامه مسك وفي ذلك فليتنافس المتنافسون ﴾[3]، وفي الحديث الشريف :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أخشى أن تبسط الدنيا عليكم كما بسطت على من كان قبلكم فتنافسوها كما تنافسوها"، فالمنافسة هي الرغبة في الشيء والإنفراد به[4].

وهي مجاهدة النفس للتشبه بالأفضل واللحاق بهم من غير إدخال ضرر على غيره.[5]

1- سعدي أوحبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط2، ج1، 1988، ص 356.

2- أبو العز علي محمد أحمد، التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس الأردن، 2008، ص 36.

3- الآية 26 من سورة المطففين.

4- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، باب السين، دار صادر بيروت، 1994، ص 238.

5- زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007، ص 23.

وأصل اصطلاح Concurrence مشتق من الإصطلاح اللاتيني Cum–luder والتي تعني Jouer ensemble بمعنى يلعب في جماعة، لذا كان مفهوم المنافسة في بداية شيوعه يعني حالة خصوصية، وتنافس وصراع ونزاع وحالة عداء مستمر[1].

ثانيا: المنافسة إصطلاحا

وضعت بشأنها عدة تعريفات نذكر منها على سبيل المثال:

يقصد بالمنافسة وضعية تنافس إقتصادي بين مؤسسات متميزة لصدد عرض نفس المنتج السلعي أو الخدمي داخل سوق واحدة تلبية للحاجات ذاتها على أن تكون للمؤسسة نفس الحظ مع باقي المؤسسات من الربح أو الخسارة.

وهي العمل في السوق بحيث يتعدد فيه الممارسون لنفس النشاط الاقتصادي دون قيود، فالحرية تعد أساس المنافسة وتحقق كلما زاد عدد البائعين، أو هي عكس الاحتكار والذي يعني ذلك الإمتياز الحصري الذي تتمتع به: دولة أو مؤسسة أو شخص يصنع أو يبيع شيء أو باستغلال عمل أو مصلحة.

ويمكن أن نميز هنا بين نوعين من الاحتكار:

1- الإحتكار القانوني

وهو يسمح بأن يقتصر الإستغلال على مؤسسة محددة عادة ما تكون مؤسسة عمومية أو خاصة، وذلك بمقتضى نص قانوني.

2- الإحتكار الواقعي

إمتياز حصري لصناعة سلع Monopole وهي الوضعية الإقتصادية التي تلغي فيها كل منافسة ويعني الإحتكار أيضا أو بيعها أو إستثمار بعض الخدمات أو إشغال بعض الوظائف فتوجد إحتكارات قانونية مقررة في النصوص من أجل منع المضاربة مثل صناعة وبيع التبغ والكبريت، ومن أجل السلامة العامة كبيع البارود وإصدار العملة[2].

1- أحمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مصر، دار الكتب القانونية، 2004 ص 7 و9.

2- عارف صالح مخلف، علي مخاف عماد، "مبدأ حرية التعاقد بالمناقصة " مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05، ص 295.

وتعرف المنافسة أيضا: على أنها نظام إجتماعي يستند إلى المبادرة الخاصة للقائمين بالنشاط الاقتصادى لضمان أفضل فعالية في توزيع موارد الجماعة.

ويقصد بها في مجال الصفقات العمومية: إعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط طلب العروض ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة، حيث أنه وفي ظل هذا المبدأ تتسع أمام الإدارة فرص إختيار أفضل المتعاقدين وفقا لأسس ومعايير موضوعية بحتة بعيدا عن كل الإعتبارات الشخصية، فتحدد الإدارة بإرادتها المنفردة محل الصفقة وموضوعها وشروطها وتعرفه لجميع الأشخاص المهتمين والمعنيين به، فأي شخص تتوافر فيه الشروط المطلوبة له حق الإشتراك في طلب العروض وتقديم عرض خاص للتعاقد.[1]

الفرع الثاني: تعريف مبدأ المنافسة تشريعا وقضاءً

أولا: تعريف مبدأ المنافسة تشريعا

بالرجوع إلى الدستور، نلاحظ أنه لم ترصد حرية المنافسة ضمن الحريات والحقوق التي يتضمنها الباب الخاص بالحريات...؟، لكن ذلك لا يمنع – في تقديرنا – من إعتبار الحق في المنافسة ذا قيمة دستورية متأصلة لصيقة مع حرية المبادرة التي كرسها الدستور وجسدتها بعد ذلك القوانين العادية الفرعية.

فبالرغم من أن الدستور الجزائري لم ينص صراحة على حرية المنافسة ضمن الحقوق والحريات، لكن نتعرض له ضمنيا من خلال نص المادة 43 من التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 والتي تنص على: " حرية الإستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

- تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على إزدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الإقتصادية الوطنية.
- تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

1- حاحة عبد العالي، الأليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، 2012-2013، ص430.

- يمنع القانون الإحتكار والمنافسة غير النزيهة" [1].

كما جاء قبل ذلك في نص المادة 25: " عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون "

وأن القانون يعاقب على التعسف في إستعمال السلطة في المادة 24[2]، تطبيقا لأحكام الدستور فقد جاءت النصوص التشريعية التي أكدت على ضرورة إحترام مبدأ حرية المنافسة بشكل عام وفي الصفقات العمومية بشكل خاص[3]، لذا تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص عليها المشرع الجزائري.

فلا يوجد أي مانع لإشراك أي منافس متى توفرت فيه الشروط القانونية وفي إطار الشكلية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة.

ثانيا: تعريف مبدأ المنافسة قضاءً

حرية المنافسة ترد على أنشطة الأفراد وليس منظورا إليها في حد ذاتها، ولكن في إطار علاقتها مع الأخرين، فإنها تتعلق بالعلاقات بين الأفراد وبعضهم أو بين الأفراد والسلطات العامة، ولذلك فإن أحكام حرية المنافسة تخاطب جميع الممارسين للنشاط الاقتصادي، بما مؤداه حظر الإتفاقات التي يكون من شأنها الإضرار بالمنافسة، وحظر إستغلال الوضع المسيطر، وفرض قيود على التركيز الاقتصادي، ومنع تدخل السلطة العامة الذي يكون موضوعه أو من أثره الإضرار بقواعد المنافسة.

يجد هذا المبدأ ركيزته في أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي يشكل المصدر الأساسي للقانون الإداري، وفي هذا المقام يذكر ما أقرت به محكمة النقض في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 التي بنيت مغزى هذا المبدأ بقولها: " إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة (طلب العروض) دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواءا كان عاما أو خاصا... "[4]

---

1 – المادة 43 من دستور 2016 رقم 16–01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر، عدد 14، الصادرة في 7 مارس 2016 والمتضمن تعديل دستور 1996، المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، ج ر، عدد 76، الصادرة في 8 ديسمبر 1996.

2– المادة 24 و25، المرجع أعلاه.

3 – أمر رقم 03 – 03 المؤرخ في 19 – 07 2003، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم بالقانون رقم 08– 12 المؤرخ في يوليو 2008 المعدل والمتمم بالقانون 10– 05 المؤرخ في 15 أوث 2010.

4 –Lajoye Christophe , droits des marchés publics ,Berti édition Alger 2007 , P 104.

إذا ما رغبت المصلحة المتعاقدة التعاقد فإن أول إجراء تتقيد به يتمثل في ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها، ممن توافرت فيهم المؤهلات والشروط اللازمة التي تمكنهم فيها بعد تنفيذ المشروع الموكل لهم ولا يتحقق التنافس إلّا إذا تمّ إعلام المعنيين وذلك بإتباع الوسائل المحددة قانونا.[1]

الفرع الثالث: مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة

نص القانون صراحة على إخضاع الصفقات العمومية لمبدأ المنافسة من مرحلة الإعلان إلى المنح النهائي:

إبرام الصفقات العمومية يجب أن يكون قائما على احترام مبادئ حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة والمساواة في معاملة المترشحين والشفافية في الإجراءات، فحرية المنافسة لابد أن تراعي مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة للمرافق.

- إعتماد مبدأ المنافسة يضمن الحياد.
- إعتماد مبدأ المنافسة يضمن تعدد العطاءات وضرورة إختيار الأفضل، فالمنافسة تجعل الإدارة ملمة بمعطيات السوق بشكل يسمح لها بالاختيار الدقيق.[2]
- إعتماد مبدأ المنافسة فيه حماية للمنافسة ذاتها والمنافسين والمستهلك، بما يتتبع ذلك من حماية السوق باعتباره مجال هذه المنافسة من خلال حظر الممارسات المقيدة للمنافسة كحظر التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة الإقتصادية، وحظر عمليات الاحتكار بهدف رفع الأسعار والبيع بخسارة، الأمر الذي يعرقل لعبة المنافسة مما قد يؤدي إلى انسحاب الأعوان الاقتصادين الأقل قدرة اقتصاديا، وبالتالي هيمنة الأعوان الاقتصادين الأكثر قدرة على السوق بما يتتبعه من معاودة ارتفاع الأسعار بشكل غير مبرر اقتصاديا.
- الإصلاحات الإقتصادية التي عرفتها الجزائر من خلال الثمانينات بانخفاض عائداتها من البترول، وانخفاض المستوى المعيشي، وسوء الأوضاع الاجتماعية، مما أدى إلى تحولات جذرية مست النشاط الاقتصادي، بالإضافة إلى الدخول في مفاوضات مع صندوق النقد الدولي الذي فرض عليها تحرير النشاط الاقتصادي فتبنى إصلاحات اقتصادية عديدة، بفتح المجال أمام المبادرات الخاصة،

1- Benoit Francis, Paul, le droit administratif français, Dalloz ,Paris , 1968 , p 609.

2- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 500.

واعتماد مبدأ المنافسة للتنظيم الاقتصادي والتخلي عن التسيير الإداري المركزي للسوق، والتفكير في وضع ميكانيزمات وقواعد جديدة ذات طابع ليبيرالي لضبط النشاط الاقتصادي.[1]

ونتيجة لذلك فقد تم إدخال نظام ضمانات خاص يهدف لحماية هذا المبدأ والمتمثل في مبدأ المنافسة، فقد نصت المادة 124[2] من قانون الصفقات العمومية على أنه: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة "

وهو ما يضفي أكثر الطابع الإلزامي للضمانات المطلوبة سواءً في إختيار المتعاملين أو في توفير أفضل الشروط لتنفيذ الصفقة، ومنه يتضح لنا أن للإدارة سلطات واسعة لمواجهة الأعوان الاقتصاديين وهو ما يختم على تشريعات توفير حماية قانونية كافية لمواجهة إساءة استعمال هذه السلطات وهذا إلى جانب ما أرساه القضاء الإداري في هذا الصدد.

رغم ما ذكر أعلاه، إلّا أن حرية المنافسة ليست مطلقة بل نسبية ترد عليها عدة قيود تمنح للإدارة سلطة رفض بعض العطاءات بشرط عدم التعسف.

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية لحرية المنافسة

أبرز المشرع الجزائري مبادئ أساسية وجب مراعاتها للاستكمال الصفقة العمومية بحيث نصت المادة 05 من قانون تنظيم الصفقات العمومية على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تداعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".[3]

ومن خلال استقراءنا لنص المادة المذكورة أعلاه قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع وهي كالآتي:

1- بوكحيل ليلى، مداخلة بعنوان، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، الملتقى الوطني حول " حرية المنافسة في القانون الجزائري"، يومي 03-04 أفريل 2013، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 04.

2- المادة 124 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50.

3-المادة 05 من القانون15 -247، مرجع سابق.

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية.

الفرع الثاني: مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.

الفرع الثالث: مبدأ شفافية الإجراءات

الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية

مقتضى هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المقاولين والموردين المختصين بنوع نشاط معين ترمي المصلحة إلى إنجازه في التقدم بتعهداتهم قصد التعاقد مع أحدهم دون التمييز بينهم، وحظر الممارسات والأعمال المدبرة التي تهدف إلى الحد من الدخول إلى العرض أو تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه المتعاملين، مما يحرمهم من منافع المنافسة عملا بأحكام المادة 06 من الأمر 03 – 03[1] المتعلق بالمنافسة وفق الشروط التي تحددها ضمن دفاتر الشروط.

إن موضوع الطلب العمومي يجب أن يستجيب لطبيعة الحاجيات المراد تسديدها، ولمداها اعتبارا لكون هذا المبدأ يحكم الصفقة العمومية منذ بدايتها إلى حين إنجازها، لذا فتحديد طبيعة حاجة الإدارة ومداها الزمني هما مجالان هامان لتكريس المنافسة من خلال إعتماد المنهج الدقيق.

ولتحقيق ذلك يجب على الإدارة القيام بالدراسات اللازمة قبل الإعلان عن أي صفقة عمومية، من ذلك مثلا خزن المعلومات المتعلقة بمنتوج ما أو بخدمة ما، كما قد تعمد الإدارة إلى القيام بدراسات ميدانية لحالة السوق الوطنية، الأمر الذي من شأنه أن يمكن الإدارة من تحديد حاجياتها وتقديرها كما وكيفا على أسس واقعية لتحضير دفاتر الشروط.[2]

ويظهر هذا المبدأ جليا من خلال الاعتماد على وسائل الإشهار التي تتم عادة في الصحف والتعليق في الأماكن التي يتردد عليها الجمهور، أو إتباع وسائل مكتوبة أخرى لإضفاء الشفافية على العمل الإداري، ولعل أهم ما يزيد من تكريس هذا المبدأ هو الأحكام

1-المادة 06 من الأمر 03-03، مرجع سابق.

2-خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 186.

التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15- 247 المتعلقة بإمكانية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية والتي جاء بها القسم الثاني من الفصل السادس المتعلق بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، فالمادة 204 نصت على: " تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية... " [1]، والذين يمكنهم الرد بذات الطريقة عن طريق شبكة الأنترنت مما يعتبر مكسب للمتعاملين الأجانب الذين لا يملكون مصادر حول الصفقات العمومية.

إنّ التحديد المُسبق الدقيق للطلب العمومي يكون في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير العمل أو الإنتاج، ويكون ذلك على أساس دارسات واقعية وموضوعية تعدها المصلحة المختصة مسبقا وإن كان يؤدي إلى زيادة تكلفة إنجاز المشروع.

فالتحديد الدقيق والمسبق للطلب العام يكون في حدود الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير المرفق بانتظام وإطراد[2].

ويبقى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية من أهم المبادئ، ولن يتحقق ذلك إلا بتحديد الدقيق والمسبق لإحتياجات المصلحة المتعاقدة، للوصول إلى ترشيد النفقات العمومية وتفادي كل هدر للمال العام.

الفرع الثاني: المساواة في التعامل مع المترشحين

إن حرص المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في قانون الصفقات العمومية جاء تطبيقا لأحكام الدستور.

إذ تنص المادة 32 منه على: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف

1-المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 مرجع سابق.

2- تياب نادية، أليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2013، ص 81.

أخـر شخصـي أو إجتمـاعي "[1]، والنتيجـة المترتبـة عـن هـذا المبـدأ أنـه لا يجـوز للمصـلحة المتعاقـدة أن تلجـأ إلـى وسـائل للتمييـز بـين المتقـدمين، كمـا لا يجـوز أن تمـنح إمتيـازات، أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية.

كمـا كـرس مبـدأ المسـاواة أمـام القـانون كمبـدأ ذو قيمـة تشـريعية فـي القـانون، ممـا يعنـي أن كـل شـخص يجـب أن يعامـل بطريقـة محـددة إذ كـان فـي نفـس الوضـعية القانونيـة والمسـاواة فـي التعامـل أمـام القـانون، مكرسـة فـي قـانون الصـفقات العموميـة، وهـي تمنـع كـل التجـاوزات فـي مواجهة أي مترشح حسب رأي مجلس الدولة الفرنسي.[2]

ويمكـن تعريفـه بأنـه إيجـاد الفرصـة نفسـها لكـل مـن يتقـدم إلـى المناقصـة(طلب العروض) بين الواحد والآخر.[3]

ومـن أهـم الإجـراءات المكرسـة لمبـدأ المسـاواة نـص المـادة 61 مـن المرسـوم الرئاسـي 15-247 التـي تـنص علـى إلزاميـة اللجـوء إلـى الإشـهار الصـحفي، كمـا يجـب أن يحـدد إعـلان طلـب العـروض باللغـة العربيـة وبلغـة أجنبيـة واحـدة علـى الأقـل، كمـا ينشـر إجبـاري فـي النشـرة الرسـمية لصـفقات المتعامـل العمـومي وعلـى الأقـل فـي جريـدتين يـوميتين وطنيتـين مـوزعتين على المستوى الوطني، وهذا ما نصت عليه المادة 65 الفقرة الأولى.

ومـن هنـا يعتبـر الإشـهار الإجـراء الأول المكـرس لمبـدأ المسـاواة فـي الصـفقات العموميـة، وطريقـة النشـر تضـمن المسـاواة بـين المتنافسـين باعتبـار أن الإعـلان نشـر فـي نفـس الوقـت وبـنفس الوسـيلة، لـذلك فـإن أي إعـلام يقـدم لأي طـرف حـول إبـرام الصـفقة العموميـة قبـل نشر الإعلام في الصحافة يعد خرقا لقواعد المساواة ومن ثم لقواعد المنافسة.

إن الأخـذ بهـذا المبـدأ علـى إطلاقـه مـن شـأنه الإضـرار البليـغ بالمصـلحة العامـة وهـذا مـا قضـت بـه المـادة 75 مـن قـانون الصـفقات العموميـة التـي أتـت فـي القسـم الرابـع مـن الفصـل

1- المادة 32 من التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

2- بـن بشـير وسـيلة، ظـاهرة الفسـاد الإداري والمـالي فـي مجـال الصـفقات العموميـة، مـذكرة لنيـل درجـة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، الجزائر 2013، ص 134.

3- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 71.

الثالث من الباب الأول تحت عنوان " حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية"[1].

الفرع الثالث: شفافية الإجراءات

تعتبر شفافية الإجراءات واختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية أمرا جوهريا، لأنه يسمح بممارسة الرقابة سواءا الإدارية منها أو المالية بفعالية، وعلى مستوى جميع مراحل إجراءات إبرام الصفقة العمومية والواقع أنه لا يمكن تسليط الجزاءات المختلفة على الإخلاء بالنظام الخاص بالصفقات العمومية إلا إذا كان إبرام الصفقة ظاهريا ومرئيا، ولا يتأتى إلا بوجود وتبني إجراءات خاصة بإختيار المتعامل المتعاقد[2].

إن تكريس الشفافية في إجراءات الصفقات العمومية نابع من مبدأ ديمقراطي الذي يعترف به الدستور، وكلما زادت نسبة الشفافية كلما قلت نسبة الفساد، لذلك يمكن القول بأن إنعدام مبدأ الشفافية في التعامل يعد مؤشرا على وجود أعمال غير مشروعة وفق الأحكام والتشريعات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية.

وتعرف الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية إختيار المتعامل مع الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة[3].

ويعد هذا المبدأ حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة أن تكرسه عبر مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية، كما يعد هذا المبدأ من آليات الحكم الراشد.

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

2- بودالي محمد، الملتقى الدولي حول الوقاية والفساد في الصفقات العمومية يومي 24 و25 أفريل 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، ص 03.

3- مسعي أنور، مبادئ الصفقة العمومية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري جامعة تبسة، الجزائر 2015/2014، ص 26.

إن العمل بالشفافية وحرية الترشح والمساواة بين المترشحين هو في حد ذاته حماية وضمان من قبل الإدارة الراشدة, التي تتعامل بمرونة وحكمة والخضوع للقانون. وإشراكها لجميع المتعاملين الفاعلين في هذه العملية، وإلا تتعرض للمساءلة القانونية على أساس نظرية عيب في الإجراءات أو إساءة استعمال السلطة أو الانحراف في استعمال السلطة ومن ثمة تلغى الصفقة وتعاد من جديد وفقا للقانون.

ويتجسد مبدأ شفافية الإجراءات من خلال:

- التحديد المسبق لقواعد المنافسة وشروطها التي يجب أن تدرج في وثائق الطلب العمومي ويطلع عليها المشاركون قبل تقديم عروضهم.
- توفر إجراءات وآجال كافية ومناسبة للإشهار.
- احترام إجراءات أخرى تتعلق أساسا بإشهار نتائج المنافسة وتمكين المشاركين من معرفة سبب عدم قبول عروضهم، وكذلك إعتماد جلسات علنية لفتح العروض المالية عندما يتعلق الموضوع بصفقة عمومية.[1]

المطلب الثالث: الاستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة

إن مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية لا يأخذ على إطلاقه دائما لأن هناك فئات يمنع عليها الدخول في المناقصة(طلب العروض) التي تجريها الإدارات العمومية، وبالتالي تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام ضرورة عدم إحترام المبدأ دون إعتبار ذلك إخلالا بحرية المنافسة ويكون هذا المنع لسبب قانوني [2].

أما المنع الثاني فيبقى كتقدير لصلاحية المتقدمين وكفاءاتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، ويكون هذا الإختصاص حصريا للسلطة التقديرية للإدارة، وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الأول: المنع لسبب قانوني، والفرع الثاني: المنع لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة.

1- عادل غزي، دليل الشراء خارج إطار الصفقات العمومية، نشريات معجم الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2011، ص 34.

2- بوفكار أسيا، الإشهار في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر جامعة الشيخ العربي تبسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تبسة 2014-2015.

الفرع الاول: المنع لأسباب قانونية

يفرض المشرع قيودا يترتب على الأخذ بها منع المعنيين بها من المشاركة في الصفقة العمومية، نذكر منها ما جاءت به المادة 62 من الأمر رقم 96 – 31 تقضي هذه المادة بأن " كل شخص حكم عليه قضائيا بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي، يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية ولمدة عشر سنوات".

لهذا السبب يشترط تقديم صحيفة السوابق العدلية إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي وللمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بشخص معنوي[1]. كذلك يمنع من عقد الصفقة العمومية كل شخص معنوي إرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المادتين 1 و2 من الأمر رقم 96 – 22 وذلك طبقا لنص المادة 05 منه[2].

ومن أجل إنتقاء أفضل المتعاملين مع المصلحة المتعاقدة، جاء المرسوم الرئاسي رقم 15–247 ليحدد حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية إذ نصت المادة 75 منه على:

يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملين الاقتصاديين:

- الذين رفضوا إستكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.
- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
- الذين كانوا محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.

1– بوفكار أسيا، مرجع سابق، ص 12.

2–المواد 1 و 2 و5 من الأمر رقم 96 – 22، المؤرخ في 09 جويلية 1996 ،المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من الوالي إلى الخارج، ج، ر، عدد 2 بتاريخ 1996 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10 – 03 مؤرخ في 26 أوت 2010.

- الـذين كـانوا محـل حكـم قضـائي حـاز قـوة الشـيء المقضـي فيـه بسـبب مخالفـة تمـس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجبتهم الجبائية والشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم[1].
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المسـجلون فـي قائمـة المؤسسـات المخلـة بالتزامـاتهم بعـد مـا كـانوا محـل مقـررات الفسـخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.
- المسـجلون فـي قائمـة المتعـاملين الإقتصـاديين الممنـوعين مـن المشـاركة فـي الصـفقات العمومية.
- المسـجلون فـي البطاقيـة الوطنيـة لمرتكبـي الغـش ومرتكبـي المخالفـات الخطيـرة للتشـريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.
- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الإجتماعي.
- الـذين أخلـوا بالتزامـاتهم المحـددة فـي المـادة 184 مـن هـذا المرسـوم بـالرجوع إلـى أحكـام المـادة 75 ،يلاحـظ أنهـا تتعلـق بكـل متعامـل إقتصـادي يقـوم بمنـاورات أو أفعـال ترمـي إلـى تقـديم وعـد لعـون عمـومي بمـنح أو تخصـيص بصـفة مباشـرة أو غيـر مباشـرة إمـا لنفسـه أو لكيـان آخـر مكافـأة أو إمتيـاز مهمـا كانـت طبيعتـه بمناسـبة تحضـير صـفقة أو عقـد أو ملحـق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه[2].

إن طبيعة الأسباب التي تدعوا إلى الإقصاء هي منطقية في فحواها، تتعلق جلها بالإلتزامات التي يتعين على أصحابها القيام بها كأعوان إقتصاديين سواءا من الناحية الأخلاقية أو ما يتعلق بواجباتهم المهنية فعجز هؤلاء أو تهاونهم على القيام والإلتزام بها يجعل منهم غير جديرين وغير مشرفين للدخول والمشاركة في طلب العروض المعلن عنه من المصالح المتعاقدة فمن باب أولى يتعين إقصاءهم.

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

2- المادة 184، المرجع أعلاه.

أما عن كيفية تطبيق هذه الأحكام أو بتعبير أدق تطبيق حالات المنع فيتم ذلك بقرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية[1]، ورغم وجود نص المادة 75 المحددة لحالات الإقصاء حصرا نص التنظيم الجديد للصفقات العمومية على التزام، فعلى كل عون يرغب الدخول والمشاركة في طلب العروض تقديم تصريح بنزاهته وهذا ما نصت عليه المادة 67[2] من المرسوم الرئاسي 15 – 247، بحيث جاء فيها: " يجب أن تشتمل العروض على ملف المترشح وعرض تقني وعرض مالي... غير مقصي أو ممنوع من المشاركة في الصفقات العمومية طبقا لأحكام المادتين 75 و89...

– تصريح بالنزاهة. "

الفرع الثاني: المنع لشروط تفرضها الإدارة

إن من حق المصلحة المتعاقدة أن تفرض شروطا خاصة بطلب العروض خاصة بما يتعلق بالقدرة المالية والنقدية، فلها الحق في استبعاد الأفراد الذي يثبت عدم مقدرتهم الفنية أو المالية الأداء الأعمال المطروحة في طلب العروض، ولهذا وجب تقديم شهادات التخصيص وتصنيف المهنيين من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء، والأشغال العمومية والري، وألزمت حتى المؤسسات الأجنبية بها، من خلال أنه أصبح يفرض على المؤسسات أو مجموعات المؤسسات الأجنبية تقديم وثائق مطابقة لشهادة التخصيص والتصنيف المهنيين، التي تسلمها السلطات الرسمية للبلد المتواجد في مقر المؤسسة، أو مجموعة المؤسسات المصادق عليها من قبل السلطات القنصلية الجزائرية[3]، وفي حالة تقديم تصريحات كاذبة أو تقديم شهادات مزورة فإن صاحبها يتعرض للعقوبات المقررة لها، كما تشترط المصالح المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق فيما يخص المهندسين، أو الخبراء أو مكاتب دراسات من الوزير المعني لإبرام الصفقات والدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن، والعمران، غير أن المشرع أورد إستثناء على قاعدة تسليم الشهادات إذا تعلق الأمر بصفقات الاشغال فأجاز تأخير تقديمها على أن لا يتجاوز تاريخ إمضاء الصفقة حرصا منه على توسيع المنافسة خاصة وأن إستخراج تلك الشهادات وإعادة تجديدها يتطلب

1 – بوفكار أسيا، مرجع سابق، ص 13.

2 - أنظر المادة 67 من المرسوم 15 – 247 مرجع سابق.

3– وانيس أحلام، المنافسة في ميدان الصفقات العمومية، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص 15، 16، 14.

وقتا طويلا بما قد يفوت الفرصة على الراغبين في الترشح من تقديم تعهداتهم في الأجل المحدد للإيداع، غير أن المشرع قيد تطبيق هذا الإستثناء من خلال موافقة المصلحة المتعاقدة ولقبول طلب التأجيل تشترط تقديم تعليل مقنع يقدمه المترشح الذي يطلب الإعفاء المؤقت وتعفى المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في الجزائر من هذه الشهادة (صحيفة السوابق القضائية) [1].

على العموم فإن تقييد مبدأ حرية المنافسة لهذه الضوابط من شأنه حصر التنافس بين أهل الخبرة والإختصاص مما يشهد لهم الكفاءة في الأداء، الأمر الذي يؤدي إلى منح هذا المبدأ وجه أخر للتطبيق الأمثل يؤدي إلى الإصطلاح عليه " بآليات حماية مبدأ المنافسة"[2] وهذا ما يبرر حماية مبدأ المنافسة.

المبحث الثاني

الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة والجرائم المعرقلة له في مادة الصفقات العمومية

تتبنى سياسة المشرع الجزائري الرامية إلى حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية على تكريس آليات إعمال مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، وتفعيل روح المنافسة الشريفة والإجراءات الشفافة التي تضمن المنح العادل للصفقات العمومية.

لذا قد وضع المشرع مجموعة من الإجراءات القانونية التي يجب مراعاتها أثناء المراحل التي تمر بها عملية إبرام الصفقة العمومية إعتبارا من بداية التحضير لها إلى غاية الإنتهاء من تنفيذها.

هذا وقد جاء المشرع أيضا بمجموعة من النصوص القانونية التي يحكمها القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته وتجريمه للمخالفات المتعلقة بعدم إحترام

1- نادية تياب، مداخلة بعنوان: " تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات حماية للمال العام"، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية، كلية الحقوق يوم 20 ماي 2013، ص 10.

2- المرجع أعلاه، ص 11.

إجراءات إبرام الصفقة والمعرقلة لمبدأ المنافسة، وتبعا لذلك فقد نص قانون مكافحة الفساد على مختلف صور الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية.

ومن هنا سنتطرق من خلال المطلب الأول إلى إلتزام الإدارة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة، والمطلب الثاني إلتزام الإدارة بإعمال المنافسة عند إبرام وإرساء الصفقة، والمطلب الثالث الجرائم المعرقلة لمبدأ المنافسة في مادة الصفقات العمومية.

المطلب الأول: إلتزام الإدارة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة

طبقا للسلطات المخولة للإدارة قانونا وفي إطار المحافظة على الطابع الحيادي لها في إعداد ملف الصفقة، وجب عليها الإلتزام بتكريس مبدأ المنافسة سواءا من ناحية موضوع في حد ذاته، أو من ناحية توفير فرص متكافئة للمترشحين للظفر بالصفقة، وهذا ما سنستعرضه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: إحترام المنافسة عند تحديد الحاجات

إن إختيار طريقة الإبرام يتحدد طبقا للمبلغ وخصائص الخدمات التي ستنفذ، وهذا ما يتطلب تحديدا دقيقا وواضحا للحاجات قبل أي إعلان عن الصفقة.

يجب على أعوان الإدارة أن يبذلوا عناية عند إعداد الحاجات لكي يتم إبرام صفقات تستجيب للتطلعات المرجوة في ظل إحترام تعدد العروض.

ولقد نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية " تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية، تحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة إستنادا إلى تقرير إداري صادق وعقلاني حسب الشروط المحددة في هذه المادة[1].

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداها بدقة إستنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة."

1- المادة 27 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، مرجع سابق.

يجب أن يكون تحديد الحاجات مفصلا بشكل واضح، وفيما يتعلق بالمنتوج يجب أن توضح كل المقاييس والمعايير المرتبطة به دون توجيه للحاجات نحو منتوج معين.

كما يجب أن تراعى الإدارة عند اللجوء إلى تحصيص الصفقات، وجود المنافسة بين مختلف المتعاملين وذلك من خلال تبسيط الصفقات، وهو ما يسمح لأكبر عدد من المؤسسات بتقديم عروضها، خاصة ترقية دخول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة للصفقات العمومية وهذا ما ذهبت إليه المادة 31 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية : " يمكن تلبية الحاجات المذكورة في المادة 27 أعلاه في شكل حصة وحيدة، أو في شكل حصص منفصلة، وتخصيص الحصة الوحيدة لشريك متقاعد واحد كما هو محدد في المادة 37 "[1].

حيث تنص المادة 37 على أنه: " يمكن المتعامل المتقاعد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفقة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت للمؤسسات ".[2]

وتخصص الحصص المنفصلة إلى متعامل متعاقد أو أكثر وفي هذه الحالة يجب تقييم العروض حسب كل حصة.

اللّجوء للتحصيص واجب القيام به كلما أمكن ذلك، حسب طبيعة وأهمية العملية ومراعات المزايا الإقتصادية والمالية أو التقنية، التي توفرها هذه العملية من إختصاص المصلحة المتعاقدة التي يجب عليها تعليل إختيارها عن كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة في ظل إحترام أحكام المادة 27 أعلاه .

الفرع الثاني: إحترام المنافسة عند إعداد دفتر الشروط

يعد دفتر الشروط وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة والوثائق المكونة لها، الشروط المطلوبة في المترشحين، الأسس التي يتم الإعتماد عليها في إختيار

1- المادة 31 من المرسوم الرئاسي 15 -247، مرجع سابق.

2- المادة 37 من المرسوم أعلاه.

المتعاقد وكيفية التنقيط بالنسبة للعرضين التقني والمالي، كما تقتضي دقة دفتر الشروط تحديد الخدمات، والسلع المطلوبة وجميع الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة.[1]

وتمثل دفاتر الشروط الجانب الشكلي المهم في الصفقات العمومية، وتمثل واحدة من النقائص التي تميز قانون الصفقات العمومية الجزائري ويعتبرها الأستاذ شريف بن ناجي: " نقطة ضعف قانون الصفقات العمومية الجزائري".

ودفاتر الشروط ثلاثة أنواع حسب ما نصت عليه المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية[2].

أولا: دفاتر البنود الإدارية العامة (CCAG)

وهي دفاتر تتضمن البنود المطبقة على صفقات الأفعال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

وتعد جزءا أساسيا في العقود الإدارية، تتضمن بنودا تنطبق على كافة عقود الإدارات العامة، وتحدد الأحكام الإدارية العامة المتعلقة بكل أنواع الصفقات، كما تهدف لبيان الأحكام الملزمة لكل طرف كما تحدد الاختيار العام للإدارة من بين مختلف الكيفيات التنظيمية.

ثانيا: دفاتر التعليمات التقنية المشتركة (CPC)

وهي الدفاتر التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على الصفقات بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، وكمثال على هذا: دفاتر عقد الأشغال وتمثل هذه الدفاتر الوثائق المكملة للدفاتر الأولى إذ من خلالها يتم تحديد لكل صنف من الصفقات إجراءات إعداد الأسعار شروط الدفع فيما يخص التسبيقات أو الدفع على الحساب[3].

1- وانيس أحلام، مرجع سابق، ص 17.
2- المادة 26 من المرسوم الرئاسي 15 -247، مرجع سابق.
3- مسعي أنور، مرجع سابق، ص 51 و52.

يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني ولا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة.

ثالثا: دفاتر التعليمات الخاصة (CPS)

وهي الدفاتر التي تضمن الشروط المطبقة الخاصة بكل صفقة بالتفصيل من أجل أكثر توضيح في مجال دفاتر الشروط بصفة عامة ومكوناتها بصفة خاصة والأحكام التي تتضمنها هذه الدفاتر ملزمة للإدارة، ولا يمكن مناقشتها أو التفاوض بشأنها كما تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة، إن دعت الضرورة إلى تضمينها بعض الإستثناءات كما جاء في دفاتر الشروط الإدارية العامة، أو دفاتر التعليمات المشتركة فيجب أن يعبر ذلك بشكل صريح لا يدع مجالا لأيّ احتجاج لاحق.

وعليه يجب أن تكون العروض المقدمة مطابقة لدفتر الشروط الخاصة لكل صفقة المتقدم إليها، على أن تتم إيداعها خلال المدة المحددة لتقديم العطاءات حسب المادة 66[1] من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن الصفقات العمومية فإن المشرع لم يضع أجل محدد لاستقبال العروض وإنما ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد الأجل مع مراعاة موضوع الصفقة المزمع طرحها.

كل هذه التعليقات تحرص الإدارة على تضمينها من خلال مجموعة من الأحكام التي تكرس مبدأ المنافسة.

وعموما فإن الصفقات التي تبرمها الإدارة يجب أن يسبقها إعداد لدفتر شروط بالكيفيات الموضحة آنفا، وهذا من أجل الحفاظ على المال العام والمصلحة العامة.[2]

1- المادة 66 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

2- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية الطبعة الثالثة، دار الجسور والنشر للتوزيع، 2011، ص 142.

الفرع الثالث: التزام الإدارة المعاملة متساوية للمترشحين

يقضي هذا المبدأ بأنّ كل من يملك حق المشاركة في الصفقات العمومية المُعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المترشحين المتنافسين ومن أجل ذلك تسعى الإدارة إلى تمكين جميع المؤسسات من خلال المعلومات المتعلقة بالصفقات، وهذا عن طريق الإشهار وتمكين المترشحين من الوصول إلى جميع الوثائق المتعلقة بالصفقة.

وهدف الإعلان هو علم كل من لديه القدرة والمتطلبات اللّازمة لتنفيذ العملية موضوع العقد.[1]

أولا: الإشهار

يعني الإشهار عن الصفقة هو أن تتولى المصلحة المتعاقدة الإعلان عن الصفقة من خلال دعوة عامة ومفتوحة للترشح على أساس دفتر الشروط للصفقات العمومية، فهو إجراء جوهري تلتزم الإدارة بمراعاته وهذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية:

" يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الأتية :

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا.
- التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.[2]

كما يجب الإعلان عن طلب العروض بلغتين على الأقل ضمنها اللغة العربية ".

أما بالنسبة للنشر فيجب أن يتم في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وفي جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

1- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الأثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، سنة 2006، ص 118.

2- المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

ويكون الإشهار أيضا إلزاميا في حالة طلبات العروض المحلية التي لا تصل عتبة معينة، بحيث يستلزم نشرها في جرائد محلية أو جهوية وفي مقر الهيئات المحلية، وغرف التجارة والصناعة والمديرية التقنية المعنية، وهذا ما ذهبت إليه المادة 65 فقرة 3 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية.[1]

ثانيا: تمكين المترشحين من الوثائق

الوثائق المطلوبة هي الوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المترشحين، وتشمل كل الوثائق التي تخص المتعهد في الميدان المعني كشهادة التأهيل والترتيب لصفقات الأشغال، وتوجد وثائق أخرى تشترط المصلحة المتعاقدة توافرها كالقانون الأساسي للمؤسسة المتعهدة والسجل التجاري والحصائل المالية وغيرها.[2]

وكذلك من الوثائق المطلوبة صحيفة السوابق العدلية للمتعهد، ولابد وكذلك من تحديد تاريخ إيداع العروض بدقة، وهذا من أجل السماح لأكثر عدد ممكن من المنافسين والمشاركين للتقديم.

فلابد أن تلتزم الإدارة بتمكين جميع المترشحين من الحصول على الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقة وهذا ما نصت عليه المادة 63 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية: " تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط والوثائق المنصوص عليها في المادة 64أدناه، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المترشح الذي يطلبها"[3].

1- المادة 65 فقرة 3، المرسوم الرئاسي 15 - 247، مرجع سابق.

2- زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الجزائر ،2013، ص 40.

3- المادة 63 من المرسوم أعلاه.

يجب أن تتضمن هذه الوثائق كل المعلومات المتعلقة بالصفقة، وهذا حسب نص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15 : " يحتوي ملف إستشارة المؤسسات الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم عروض مقبولة..." [1].

ثالثا: أجل تحضير العروض

يعتبر أجل تحضير العروض من بين النقاط الأساسية المؤثرة على المنافسة، والذي نصت عليه المادة 66 الفقرة 04 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها على أنه: " ومهما يكن أمر فإنه يجب أن تفتح المدة المحددة لتحضير العروض، المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين "[2].

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري إستعمل الآجال المحددة لتحضير العروض كمعيار لتفصيل المنافسة وإستقطاب أكبر عدد من المشاركين للترشح للصفقة المعلن عنها.

الجدير بالذكر هنا هو أن القانون ترك تحديد هذه الآجال للمصلحة المتعاقدة ولم يحددها بنص قانوني، وأقر أنه يجب أن تفتح المجال واسعا للمنافسة ولم يتضمن هذا المرسوم كذلك كسابقه آجالا محددة لتحضير العروض، بالإستناد إلى الإجراء المختار لإبرام الصفقة، ولقد جاء بصفقة عامة مؤكدا على أن تسمح، كما سبق ذكره هذه الآجال بفتح باب المنافسة بين المترشحين، إلا أنه تم إدراج بعض العناصر التي يمكن على أساسها تحديد هذه الآجال ونقطة إنطلاقها بالإضافة إلى تمديدها في حالة الضرورة.

1- تحديد أجل تحضير العروض

تحدد المصلحة المتعاقدة أجل تحضير العروض بالإستناد إلى تاريخ نشرها الأول، إما في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، الجدير بالذكر هنا هو

1- المادة 64 من المرسوم 15-247، مرجع سابق.

2-المادة 66 الفقرة 04 من المرسوم أعلاه.

أن مدة تحضير العروض القصيرة يمكن إعتبارها إختراق لمبدأ المساواة بين المترشحين وبالتالي لمبدأ المنافسة [1].

2- تمديد أجل تحضير العروض

في حالة ما إن رأت المصلحة المتعاقدة أن الأجل شارف على الإنتهاء ولم تستقبل أي عرض أو إستقبلت عروض ضئيلة، لها أن تقوم بتمديد آجال تحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك، وفي هذه الحالة تخبر المصلحة المتعاقدة المترشحين بكل الوسائل، وهذا لتفادي الإعلان عن عدم جدوى الصفقة [2].

المطلب الثاني: إلتزام الإدارة بإعمال المنافسة عند إبرام وإرساء الصفقة

إن إبرام الصفقة العمومية مرحلة حاسمة في مسار حياتها، لذا يتم إبرامها وفق آليات معينة سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في الأسلوب طلب العروض أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة، كما هو الحال في أسلوب التراضي ولتجسيد آليات إبرام الصفقة العمومية على أرض الواقع، وجب إلتزام اللجان بإعتماد المنافسة وإعمالها وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام

تنص المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أن:" تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفقا لإجراء التراضي"[3].

وبالرجوع للنص الفرنسي نجده ينص على:

« Les marches public sont passés selon la procédure d'appel d'offres ».

1- أكرور ميريام، محاضرات بعنوان: إلتزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية، جامعة الجزائر "1" كلية الحقوق، ص 07 – المنشور على الموقع الإلكتروني:

Http:www.conseil.concurrence.dz/wp.Content/uploads/2015/12/travaux.Akour, meriem. pdf بتاريخ 2016/02/08 على الساعة. 22:37

2- المرجع أعلاه، ص 08.

3- المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

ويقصد بمصطلح " l'appel d'offres " "طلب العروض" وهذه الترجمة لا تستقيم والمنطق القانوني ولم ينتبه المشرع إلى ذلك، إلا في ظل أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 وقد عرف طلب العروض من خلال نص المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن العروض من حيث المزايا الإقتصادية"[1].

في تعريف طلب العروض نجد عناصر المنافسة:

- الدعوة إلى تقديم العروض.
- وجود عدة متعهدين متنافسين.
- إعتماد معيار أفضل عرض لإرساء الصفقة.

أما أشكال طلب العروض فقد نصت عليها المادة 42[2] من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا أو دوليا، ويمكن أن يكون حسب الأشكال الآتية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.

في طلب العروض المفتوح تطبق المنافسة في صورة كاملة، بحيث يفتح المجال لجميع المترشحين المستوفين لأبسط الشروط المؤهلة، بينما في طلب المحدود لا يسمح بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصالح المتعاقدة مسبقا لكن تبقى الإدارة ملزمة بجعل هذه الشروط دنيا ومتناسبة مع طبيعة وتعقيد أهمية المشروع، والمسابقة أيضا

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

2- المادة 42 من المرسوم أعلاه.

تحمل المنافسة فهي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تتمثل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة.

الفرع الثاني: تحديد وتأطير اللجوء إلى التراضي

التراضي هو إحدى طرق إختيار المتعامل المتعاقد وهو إجراء إستثنائي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد معها، متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب طلب العروض بأشكاله المختلفة، فذكر التراضي على أنه طريقة ثانية للإبرام حسب ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية: "تبرم الصفقات العمومية... أو وفق إجراء التراضي".[1]

وقد عرفت المادة 41 التراضي على أنه: " إجراء تخصيص صفقة المتعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة " ويأخذ التراضي شكلين هما:

التراضي البسيط: نصت عليه المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الأتية:

- وجود وضعية احتكارية يتمتع بها متعامل إقتصادي وحيد.
- وجود الخطر والاستعجال غير المتوقع المحدق بالمصلحة العامة.
- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة.
- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية.
- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.
- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة الوطنية[2].

1- المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.
2- المادة 41 و49 من المرسوم أعلاه.

التراضي بعد الإستشارة: نصت عليه المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15.

" تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الأتية:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.
- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.
- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.
- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك. وفي هذه الحالة، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى"[1].

الجدير بالذكر هنا هو أن التراضي البسيط يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس لتقوم مباشرة بإختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه.

في حين نجد أسلوب التراضي بعد الإستشارة تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها، بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعوين خصيصا بوسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في طلب العروض.

الفرع الثالث: إلتزام اللجان بإعتماد المنافسة وإعمالها

من خلال هذا الفرع نحاول الوقوف عند دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وهذا من خلال معايير عمل اللجنة المتمثلة في :

أولا: لجنة فتح الأظرفة

نصت المادة 70 من المرسوم الرئاسي 247/15: " يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح لعروض التقنية والمالية في جلسة علنية خلال نفس الجلسة في تاريخ وساعة فتح

1- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

الأظرفة المنصوص عليها في المادة 66 من هذا المرسوم، وتدعوا المصلحة المتعاقدة كل المترشحين أو المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة، حسب الحالة في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمترشحين أو المتعهدين المعنيين ".

كما نصت المادة 71الفقرة 8 : "تقوم اللجنة بدعوة المترشحين أو المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا، عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى إستكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة بإستثناء المذكرة التقنية التبريرية في أجل أقصاه 10 أيام، إبتداءا من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الإستكمال كل الوثائق الصادرة من المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض"[1].

يعتبر هذا الإجراء بمثابة تفعيل أكثر لمبدأ المساواة، تمنح من خلاله الإدارة فرص متكافئة لهؤلاء تضمن لهم منحهم وقت إضافي لإستكمال عروضهم بالوثائق اللازمة، عوض رفض بصفة نهائية تحرمهم من فرصة أكيدة لنيل الصفقة، خاصة إذا كان العرض المالي لأحد هؤلاء هو الأفضل.

كما تنص المادة 80 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية: "لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة السماح بمقارنة العروض وأن تطلب من المتعهدين كتابيا، توضيح وتفصيل فحوى عروضهم، ولكن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسمح جواب المتعهد بتعديل عرضه أو التأثير في المنافسة"[2].

كما يمكن المصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة العمومية أن تضبط الصفقة، وتحسن عرضه غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال هذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة.

1- المادة 70و71 من المرسوم الرئاسي 15 - 247، مرجع سابق.

2- المادة 80 من المرسوم أعلاه.

ثانيا: لجنة تقييم العروض

يتم إنشاء اللّجنة ليكون عملها مكملا لمهام لجنة فتح الأظرفة، ولتمارس مهمة الرقابة الداخلية، فبعد إتمام عملية فتح الأظرفة تأتي مرحلة دراسة العروض وتتولاها لجنة تقييم العروض على مستوى كل مصلحة متعاقدة، وذلك طبقا لأحكام ومقتضيات نص المادة 160من المرسوم الرئاسي 247/15 إذ تنص على: " تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة واحدة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض... "[1].

ونظرا للدور المهم الذي تلعبه هذه اللجنة فقد ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإحترام جملة من المعايير تضمنتها المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية " يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة... "، وهذا يتضمن ما يأتي:

1- توافق نظام التقييم مع طبيعة المشروع

وهذا ما نصت عليه المادة 79 من المرسوم 247/15: " يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية مهما يكن إجراء الإبرام المختار متلائما مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته".[2]

2- إحترام قواعد المنافسة عند تقييم العروض: من خلال :

أ- إمكانية رفض لجنة تقييم العروض العرض المقبول إذا ثبت أنه منخفض بشكل غير عادي

وهذا ما نصت عليه المادة 72من المرسوم الرئاسي 247/15: " إذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي بالنسبة لمرجع الأسعار فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة بأن

1- المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

2- المادة 78 و79 من المرسوم أعلاه.

ترفض بمقرر معلل بعد أن تطلب العروض منه كتابيا التوضيحات والتبريرات التي تراها ملائمة[1].

ب- رفض العرض الذي يترتب عنه هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق

وهو ما نصت عليه المادة 72 فقرة 11 من المرسوم الرئاسي 247/15: " تقترح لجنة تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة على السوق أو قد تتسبب في إختلال المنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت".

ج- حالة تنازل المتعامل المتعاقد عن الصفقة

كعقوبة للشخص المتنازل الذي يعتبر كمعرقل للسير الحسن للصفقة وسبب في تأجيلها وتأخيرها، أقر المشرع للمصلحة المتعاقدة الحق في منع هذا المتعامل الإقتصادي من المشاركة في صفقاتها[2].

المادة 74 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية: " إذا تنازل حائز صفقة عمومية قبل تبليغه الصفقة، أو رفض إستلام الإشعار بتبليغ الصفقة فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة تقييم العروض الباقية بعد إلغاء المنح المؤقت للصفقة، مع مراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات إختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية لأحكام المادة 99 من هذا المرسوم" [3].

د- إرساء الصفقة

تبلغ نتائج تقييم العروض المالية والتقنية في إعلان المنح المؤقت للصفقة.

لا تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة، إلا نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لمن منح الصفقة مؤقتا، أما فيما يخص المتعهدين الآخرين، فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن

1- المادة 72، من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.
2- أكرور ميريام، مرجع سابق، ص 12.
3- المادة 74 من المرسوم أعلاه.

تـدعو فـي نفـس الإعـلان أولئـك الـراغبين مـنهم فـي الإطـلاع علـى النتـائج المفصـلة، لتقيـيم عروضهم التقنية والمالية بالإتصال بمصالحها.

تسـمح الإدارة بـالإعلان عـن المـنح المؤقـت للصـفقة للمشـاركين الأخـرين مـن الإطـلاع عـن النتيجـة مـع حقهـم فـي الطعـن تكريسـا لمبـدأ الشـفافية فـي تطبيـق الإجـراءات المتعلقـة بالطعن.[1]

المطلب الثالث: الجرائم المعرقلة لمبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

بـالرجوع إلـى نـص المـادة 09 مـن القـانون 06-01 المتعلـق بالوقايـة مـن الفسـاد ومكافحتـه يظهـر أن المشـرع قـد شـدد علـى التـذكير علـى أهـم مبـادئ الصـفقات العموميـة مركـزا على مبدأ الشفافية في الإجراءات وعلانية المعلومات وقواعد المنافسة الشريفة.[2]

كمـا أكـد الـنص علـى ضـرورة إختيـار معـايير موضـوعية ودقيقـة لإنتقـاء المتعامـل المتعاقد عند إبرام كل صفقة، ومنه سوف نقوم بدراسة هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع: جريمـة الرشـوة فـي مجـال الصـفقات العموميـة (الفـرع الأول) ثـم جريمـة المحابـاة (الفـرع الثـاني) ثم جريمة إستغلال نفوذ أعوان الدولة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: جريمة الرشوة

الرشـوة أو قـبض العمـولات مـن الصـفقات العموميـة وهـي الفعـل أو الجريمـة المنصـوص والمعاقب عليها من خلال نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد، وهي الجريمة التي كان يـنص عليهـا قـانون العقوبـات مـن خـلال المـادة 128 مكـرر 01 والملفـات بموجـب قـانون الفساد.

تقتضـي هـذه الجريمـة لقيامهـا أن يرتكبهـا الموظـف العمـومي ويمثـل النشـاط الإجرامـي لهـذه الجريمـة بمحاولـة قـبض أو القـبض الفعلـي لعمولـة، وذلـك بمناسـبة تحضـير أو إجـراء

1- أكرور ميريام، مرجع سابق، ص 13.

2- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 338.

مفاوضات إبرام أو تنفيذ عقد صفقة أو ملحق بإسم الدولة أو إحدى الهيئات الخاضعة للقانون العام وقد سميت هذه العمولة " بالأجرة أو الفائدة ".[1]

وهناك من يعرف الرشوة بأنها إتجار الموظف بإعمال وظيفته عن طريق الإتفاق مع صاحب الحاجة إلى قبول ما عرض عليه من فائدة أو هدية أو أية منفعة أخرى مقابل قيامه بعمل أو الإمتناع عن عمل يدخل في وظيفته.[2]

ومن الناحية الشرعية: هي ما يدفع من مال إلى ذي سلطات أو منصب أو وظيفة عامة أو خاصة ليحكم له أو على خصمه بما يريد هو أو ينجز له عملا أو يؤخر لغريمه عملا.

فلم يحدد المشرع طبيعتها وإكتفى بتعريفها بأنها " المنفعة أو الفائدة التي يقبضها الجاني مهما كان نوعها مادية أو معنوية"، وتتمثل في الحصول أو محاولة الحصول على أجرة أو منفعة مهما كان شكلها، سواءا مبلغ مالي أو قطعة أرض أو تذكرة سفر أو غيرها معنوية كدعاية للجاني بغرض فوزه في الإنتخابات التي ترشح لها.

ويستوي أن يستفيد شخصيا أو شخص غيره بطريقة مباشرة كما تتطلب الجريمة لقيامها توافر القصد الجنائي العام المتمثل في الإرادة في قبض الفائدة والعلم بأنها غير مشروعة.[3]

ونظرا لخطورة هذه الظاهرة (الرشوة) كون أن الحق المعتدى عليه هو نزاهة الوظيفة العامة وهو حق لكل المجتمع فإن الإتجار بإعمال الوظيفة العامة يهبط بها إلى مستوى السلع ويجردها من قيمتها بإعتبارها خدمات تؤديها الدولة لأفراد الشعب، كما تؤدي إلى إصدار أحكام القانون إذ تضع شروطا لإنتفاع الأفراد بالخدمات العامة، وكلما تاجر الموظف بوظيفته وإستغلها لفائدته الخاصة كلما إنتشر الفساد وضعفت هيئة الدولة، لذلك متى أعطت السلطة لأي موظف سيكون هناك مجال للرشوة والتي بدونها لا يسير دولاب العمل الإداري.

1- المادة 27 من القانون 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر، عدد 14، سنة 2006.

2- محمد أحمد الشهداني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 353.

3- براهيمي حنان، قراءة في أحكام المادة 25 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 05، سبتمبر 2009، ص 136.

الفرع الثاني: جريمة المحاباة

وهو الفعل المجرم بنص المادة 26 فقرة 01 من قانون مكافحة الفساد[1]، وتعرف المحاباة بأنها: " تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة." فمن خلال هذا التعريف يمكن القول أن المحاباة في الصفقات العمومية هي تفضيل مرشح لصفقة عمومية على مرشح دون وجه حق لتحقيق مصالح معينة، فكانت المادة 128 مكرر الفقرة 1 من قانون العقوبات الملغاة تنص على ذات التجريم والملاحظ أنها حصرت الفعل المادي المكون للجنحة في عدم مراعاة الإجراءات، مما جعل جريمة المحاباة لا تتسع لكل ما من شأنه أنه يمكن الغير من الحصول على مزايا غير مبررة.

والغاية من تجريم هذا الفعل هو ضمان المساواة بين المشرحين، للفوز بالصفقات العمومية وفي نفس الوقت تفعيل مبدأ المنافسة ومكافحة التمييز بين الأعوان الاقتصاديين في المعاملة.

ويتحقق هذا النشاط الإجرامي الذي يتعلق بجريمة المحاباة بقيام الجاني بالمنح عمدا للغير إمتيازا غير مبرر، فتتم الجريمة أثناء الإبرام بتعاقد رئيس المصلحة أو المؤهل قانونا مع غيره باسم الدولة أو الهيئة العمومي، وتكمن المخالفة في مرحلة الإبرام بخرق الإجراءات إختيار المتعامل المتعاقد كذا مخالفة طرق وكيفيات إبرام الصفقات العمومية.

تأخذ جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية عدة صور منها:

1- مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الإستشارة: ويحدث ذلك في حالة اللجوء غير المبرر للشراء بالفواتير، ذلك أن هناك من الصفقات العمومية التي تتطلب شكليات أولية وذلك عن طريق تجزئة الصفقات العمومية.[2]

فتجزئة الصفقة العمومية يكون لتفادي إجراءات الوضع في المنافسة والمساس بالقواعد المتعلقة بإشهار وإجراء الوضع في المنافسة، كعدم نشر إعلان طلب العروض في

1- المادة 26 فقرة 01 من القانون 01/06، مرجع سابق.

2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم المال والأعمال، جرائم الفساد والتزوير، دار هومة، الجزائر 2005، ص 124.

النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.[1]

2- مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض تقوم الجريمة في حال التفاوض مع بعض المرشحين بعد فتح العروض وحملهم على تعديل عروضهم حتى يضعوا أنفسهم موضع من يقترح أحسن عرض وذلك بتقديم كشف جديد.[2]

ذلك أن إيداع العروض يكون وفق الشروط والمعايير المعلن عنها، حيث يفترض أن يكون كل المتنافسين أمام القانون، فاللجوء إلى التفاوض مع بعض المرشحين بعد فتح العروض بغية تعديل العروض من أجل الحصول على الصفقة العمومية يشكل جنحة المحاباة.

3- مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة:

الصفقات التصحيحية تخصص بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة، ويتم تسويقها كي تظهر في مظهر الشرعية عن طريق تنظيم إجراءات وهمية في الوقت الذي تكون فيه الأشغال قد أنجزت.[3]

الفرع الثالث: جريمة استغلال نفوذ أعوان الدولة

يقصد بهذه الجريمة في القانون: " تمتع الشخص بنفوذ فعلي لدى السلطات العامة أو إحدى الجهات الخاضعة لرقابتها."[4]

كما يعرف النفوذ بأنه " القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه العاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادرا على توجيه القرارات أو الإجراءات بطرق غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني".[5]

1- المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

2- أحمد بوسقيعة، مرجع سابق، ص 125.

3- المرجع أعلاه، ص 127.

4- ياسر كمال، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 141.

5- عامر الكبيسي، الفساد والعولمة تزامن لا توأمة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 33.

فقد أشار المشرع الجزائري إلى جريمة استغلال نفوذ أعون الدولة للحصول على إمتيازات غير مبررة في المادة 26 من الفقرة 02 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فمن خلال إستقراءنا لنص المادة إتّضح لنا بأن المشرع الجزائري إشترط صفة معينة في الجاني المرتكب لجريمة إستغلال نفوذ أي أن يكون إما تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص بمعنى أن يكون عونا إقتصاديا من القطاع الخاص.

يكمن جوهر جريمة إستغلال النفوذ في أن يتقدم شخص عادي أو معنوي من أعوان الدولة ليستغل نفوذه من أجل الحصول على إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، وقد حدد المشرع هذه الإمتيازات في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتتمثل في ما يلي:

1-**الزيادة في الأسعار**: يجب أن تحترم الإدارة المتعاقدة عند إرساء الصفقة المعايير والإجراءات المنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية وبما أن السعر هو العنصر الحاسم في عملية الإسناد فإن لجنة البث تقوم بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا ويعرف بمبدأ آلية طلب العروض[1].

2- **التعديل في نوعية المواد**: يحدد تنظيم الصفقات العمومية نوعية المواد المطلوبة والتي يتم النص عليها في دفتر شروط المصلحة إذ يجب التقيد بمجموعة من المعايير والضوابط بأن يستند الاختيار إلى: الضمانات التقنية والمالية، السعر والنوعية، آجال التنفيذ، المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتوج... إلخ.

3-**التعديل في نوعية الخدمات**: يتعلق الأمر في هذه الحالة بصفقات وعقود الخدمات، حيث يقوم الجاني بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى مؤسساتها أو الهيئات التابعة لها مستغلا في ذلك علاقته مع أحد أعوان هذه المؤسسات[2].

4-**التعديل في أجال التسليم والتموين**: يجب أن يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت المتعامل المتعاقد من دفتر الشروط، فاطلع عليه وتعهد بتنفيذ الخدمة

1- أحمد بوسقيعة، مرجع سابق، ص 130.

2- المرجع أعلاه، ص 131.

وتعاقد مع الإدارة، فوجب عليه أن يتحمل نتيجة تعهده والتزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم التعاقد عليه.

فإذا كان أجل التسليم أو التموين يخص عقود وصفقات اقتناء اللوازم والتي عادة ما يتم النص عليها في دفتر الشروط الخاص بالصفقة، فإنّ إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته تأخره في تسليم ما هو مطلوب منه يعرضه للجزاءات التي تفرضها عليه الإدارة في هذه الحالة كالغرامة على التأخير، فعادة ما يقوم الجاني بالتأخير في آجال التسليم أو التموين دون أن يتم توقيع الجزاء عليه باستغلاله سلطة أو تأثير أحد مسؤولي الهيئة أو المؤسسة.[1]

نجد أن الأعوان العموميين والإداريين والمهنيين في مجال الصفقات العمومية يملكون من السلطات والصلاحيات والمهام الموكلة إليهم تجعل التاجر أو الصناعي أو الحرفي من القطاع الخاص يلتمس منه استغلال نفوذه، فعون الدولة أو الموظف العمومي ليس من يعرض استغلال نفوذه.

1- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 132.

مما سبق خلصنا إلى أن المشرع حاول أن يكفل لجميع المترشحين حق المشاركة في الصفقة العمومية تكريسا لمبدأ المنافسة، وهذا من خلال تفعيل مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية وشفافية الإجراءات وكذا المساواة في المعاملة مع المترشحين، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات وتكون لأسباب قانونية أو لشروط تضعها المصلحة المتعاقدة.

ومن جهة أخرى لاحظنا أن المشرع ألزم المصلحة المتعاقدة بإعمال جملة من الإجراءات وكان هدفه تجسيد مبدأ المنافسة على أرض الواقع من مرحلة تحضير الصفقة إلى مرحلة إبرامها وإرسائها.

وفي ختام الفصل الأول تطرقنا إلى جرائم الفساد من: (رشوة ومحاباة واستغلال نفوذ أعوان الدولة) التي أصبحت تشكل أكبر هاجس يعرقل مبدأ المنافسة ويمس بنزاهة وشفافية إبرام الصفقات العمومية.

الفصل الثاني

من أجل نجاعة عملية إختيار المتعامل المتعاقد وتجنبا لأي تعسف أو إخلال قد يحدث من قبل المصلحة المتعاقدة، وقد يمس بحرية المنافسة خاصة في مجال طلب العروض الذي يعتبر القاعدة العامة للتعاقد[1]، عمد المشرع في مجال الصفقات العمومية على وضع الميكانيزمات الضرورية والتي أهم ضماناتها الرقابة القضائية التي تسعى لإضفاء الشفافية والنزاهة، والتي تتمثل في:

رقابة قاضي الموضوع على مبدأ المنافسة وهذا ما سنحاول أن نوضحه في المبحث الأول، ورقابة قاضي الاستعجال على هذا المبدأ في المبحث الثاني.

1- سعيد فؤاد، إمتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة، الموسم الجامعي 2014/2013، ص 56 .

المبحث الأول

رقابة قاضي الموضوع على مبدأ المنافسة

إن الصفقات العمومية هي المجال الخصب لإعمال مبدأ حرية المنافسة في القانون الإداري، لذلك وجب توفير الضمانة القضائية لهذا المبدأ، من خلال رقابة قاضي الموضوع عليها فقد تكون هذه الرقابة في إطار دعوى تقرير وفحص المشروعية والتي سنتطرق لها في المطلب الأول، ثم دعوى الإلغاء في المطلب الثاني، كما تكون في إطار دعوى القضاء الكامل وهذا عند رقابة العقد ككل وطلب التعويض عنه[1]، والتي سنعرضها في المطلب الثالث.

المطلب الأول: دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير

تعد دعوى فحص المشروعية ودعوة التفسير من أهم دعاوى القضاء الإداري، من خلال الدور والوظيفة التي يقوم بها القاضي في حل النزاعات الإدارية وحماية الصالح العام، من خلال رقابة شرعية أعمال وتصرفات الإدارة العامة.

وهي دعاوى تتعلق بالأساس بالقرارات الإدارية للتأكد من مدى صحتها ومطابقتها للقانون، أو التأكد من مضمونها لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار غامضا أو غير واضح، مثلا كالإعلان عن المنح دون اللجوء لإجراءات المنافسة.[2]

ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف دعوى فحص المشروعية وتقريرها، ودعوى التفسير من خلال الفرع الأول، وسنتطرق إلى دور هذه الدعوى في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية في الفرع الثاني.

1- وانيس أحلام، مرجع سابق، ص 25 .

2- المرجع أعلاه، ص26 .

الفرع الأول: تعريف دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير .

أولا: تعريف دعوى فحص المشروعية

تعرف دعوى فحص المشروعية بأنها:" الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن أمام القضاء المختص بغرض المطالبة بفحص مشروعية قرار إداري، وقرار مشروعيته من عدمه"[1].

ويقصد بها كذلك الدعوى القضائية التي تحرك ضد القرارات الإدارية الصادرة من الولايات، والمصالح غير المركزة في الدولة على مستوى الولاية، والقرارات الإدارية الصادرة عن البلديات والمصالح الإدارية الأخرى للبلديات، والقرارات الإدارية الصادرة عن المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية "[2].

وتعرف دعوى فحص المشروعية على أنها دعوى يرفعها صاحب الشأن أمام القضاء المختص بغرض المطالبة بفحص مشروعية قرار إداري[3]، وتتميز دعوى فحص المشروعية بسلطة القاضي في النظر في مشروعية القرار المطعون فيه، فبعد معاينة القرار الإداري يقوم القاضي بالتصريح إما:

- بمشروعية القرار المطعون فيه إذا كانت أركانه مطابقة وموافقة للنظام القانوني السائد.
- أو التصريح بعدم مشروعية القرار إذا كان مشوبا بعيب من العيوب[4].

---

1 –عزري الزين، الأعمال الإدارية ومنازعاتها، مطبوعات مخبر الإجتهاد القضائي وأثره على حركة التشريع، الجزائر، 2010، ص 110 .

2– المادة 801 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 أفريل 2003.

3– عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة الجزائر 2007، ص 07 .

4– محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2009، ص 217.

ثانيا: تعريف دعوى التفسير

نعني بدعوى التفسير ذلك الطلب الذي يوجه إلى المحاكم الإدارية قصد القيام بشرح وتفسير المعاني الخفية للقرار الإداري المطعون فيه بالغموض والإبهام[1].

ومن هذا المعنى نخلص إلى إعتبار أن دعوى التفسير تتميز بمجموعة من الخصوصيات التي تميزها عن باقي الدعاوى الأخرى، وبذلك فهي دعوى قضائية في نظامها القانوني، لأن معظم مصادر نظام التفسير الإداري هي من إنشاء وإبتكار القضاء الإداري حول القانون الإداري .

وعليه يتقلص إختصاص قاضي الدعوى التفسيرية الإدارية، ولا يتعدى عمله عن إطار توضيح وشرح المعاني الغامضة والمبهمة في القرار الإداري، وإعطائها المعنى الصحيح والحقيقي عن طريق الإعلان عنه في حكم قضائي نهائي، ومنه تقلص سلطة القاضي الإداري المختص في دعوى التفسير الإداري بالقياس مع الإختصاص بالدعاوى القضائية الأخرى .[2]

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير

سنتعرض في هذا الفرع إلى حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير وسيكون هذا على النحو الآتي:

أولا: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى فحص المشروعية

تنحصر سلطة القاضي في هذه الدعوى في الفحص عما إذا كان القرار المطعون المدفوع فيه مشروعا أم غير مشروع دون أن يكون له سلطة إلغاء أو سلطة التعويض، وحتى تقبل دعوى فحص المشروعية التي تحرك ضد القرارات الإدارية، لابد من توافرها على مجموعة من الشروط وهي كالآتي:

1- Charles Debbash, contentieux administratif, Dalloz, paris, 1975, P 635.

2- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة ،الجزائر، 1999، ص 113 .

1- محـــل الطعـــن: القاعـدة العامـة أن دعـوى فحـص المشـروعية التـي ترفـع أمـام القضـاء الإداري إنمـا تـنص فقـط علـى القـرارات التـي تصـلح لأن تكـون محـلا لـدعوى الإلغـاء أمامـه، وبهـذا دعـوى فحـص المشـروعية ترفـع أمـام المحكمـة الإداريـة وهـذا بالنسـبة للقـرارات الصـادرة فـي المـادة 801 مـن القـانون 08-09 [1]، وبالنسـبة للقـرارات الصـادرة مـن الجهـات الإداريـة، ترفـع أمـام مجلـس الدولـة إبتـدائيا ونهائيـا بـالطعون الخاصـة لفحـص مـدى مشـروعية القـرارات الصـادرة وهذا حسب المادة 09 من القانون العضوي 13/11 .[2]

2- الطـاعن: حيـث يشـترط فـي الطـاعن المصـلحة والصـفة وهـذا بحسـب نـص المـادة 13 مـن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .[3]

3- المعيـــار: فهـذه الـدعوى لا تربطهـا أي مواعيـد لرفعهـا وهـي غيـر مقيـدة ولا تتميـز بمـدة محددة.

وينجم عن هذه الدعوى العديد من الآثار التي يجب مراعاتها وإحترامها خلال تنظيم وتطبيق دعوى فحص المشروعية ومن بين هذه الأثار ما يلي:

ضـرورة تكييـف وملائمـة النظـام القـانوني لهـذه الـدعوى مـع طبيعـة صـفتها الماديـة الموضـوعية، ويتجلـى ذلـك فـي سـهولة وبسـاطة وسـرعة إجراءاتهـا وتحريـك ورفـع هـذه الـدعوى، بالإضـافة إلـى ليونـة ومرونـة شـرط المصـلحة فيهـا، كمـا أنهـا دعـوى وقائيـة تهـدف إلـى رقابـة وتقريـر مـدى شـرعية أو عـدم شـرعية الأعمـال الإداريـة، وعلـى أسـاس كانـت دعـوى تقـدير الشرعية دعوى وقائية التي تمنح كشف التجاوزات التي قد تتعرض لها .[4]

1- محمـد الصـغير بعلـي، الـوجيز فـي الإجـراءات القضـائية الإداريـة، دار العلـوم للنشـر والتوزيـع، عنابـة، 2010، ص 48.

2- المـادة 09 مـن القـانون العضـوي رقـم 11-13 مـؤرخ فـي 14 شـعبان 1432 الموافـق لـ 26 يوليـو سـنة 2011 يعـدل ويـتمم القـانون العضـوي رقـم 98-01 والمتعلـق باختصـاص مجلـس الدولـة وتنظيمـه وعملـه، المؤرخ في 30-05-1998.

3- المادة 13 من القانون 08-09، مرجع سابق.

4- لجلـط فـواز، دور الـدعوى الإداريـة فـي حمايـة مبـدأ المشـروعية مـذكرة مقدمـة لنيـل شـهادة الماجسـتير فـي الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر 1، 2007-2008، ص 152.

ثانيا: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى التفسير

تحدد سلطة القاضي الإداري في دعوى التفسير للبحث في المعنى الحقيقي على المطعون فيه، لرفع الغموض والإبهام عنه لإبقاء القواعد التقنية والقيمة السائدة في مجال تفسير القانون، لذا فإن قاضي التفسير ليس من سلطة البحث عن مدى شرعية القرار المطعون فيه بموجب دعوى التفسير كما ليس له أن يلغيه .[1]

تحرك دعوى التفسير أمام هيئات القضاء الإداري طبقا لقواعد الاختصاص الإقليمي، وتتبع فيها الشروط والإجراءات التي تطبق أمام الدعاوى القضائية الإدارية الأخرى، ولقبول دعوى التفسير لابد من توافر شروط ذات طابع قضائي وقانوني وهي:

1- شرط وجود قرار إداري: بتفحص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تناولت القرارات الإدارية التي تخضع لإختصاص المحاكم الإدارية بالتفسير حول الغموض الذي يشوبها.

2- شرط غموض القرار الإداري: لا تقبل إلا إذا كان القرار الإداري مشوبا بالغموض والإبهام الحقيقي في محتوى الألفاظ وترتيبها اللغوي، أو عدم قدرة تقريب عبارات عمل قانوني إنفرادي بعمل قانوني آخر قصد توضيح المقصود من المعنى الحقيقي والصحيح للقرار الإداري .[2]

3- وجود نزاع جدي قائم وحال: لابد من وجود نزاع جدي فعلي بين الأطراف لقبول دعوى التفسير ولم يتمكن من تسوية ودية، نظرا لغموض القرار.[3]

4- محل الطعن: وفقا لنص المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار

1- محمد صغير بعلي، الوجيز في الإجراءات القضائية الإدارية، مرجع سابق ص 82 .

2- بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2011/2010، ص 141، 142.

3- باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر، الجزائر، 2006، ص 64.

الإداري تحت طائلة عدم القبول القرار الإداري المطعون فيه مالم يوجد مانع مبرر..."، لا تقبل هذه الدعوى دون أن يكون هناك وجود غموض في القرار المطعون فيه .[1]

5- الطاعن: في دعوى التفسير يشترط في الطاعن ما يشترط في أي دعوى، وهو أن يكون مستوفيا لشروط الصفة، والمصلحة والأهلية.

6- الميعاد: لا تقيد دعوى التفسير بمدة معينة أي يجوز رفعها في أي وقت حسب إرادة المتقاضي، ويبقى ممكنا لرفعها كأصل عام طالما أن الأعمال القانونية الإدارية المطعون فيها بالغموض موجودة ونافذة .[2]

تضطلع دعوى التفسير بدور حيوي وهام شأنها شأن الدعاوى الإدارية الأخرى، وذلك من خلال تأكيد وتوضيح الآثار القانونية والمراكز والأوضاع المنشأة والمنظمة بواسطة التصرفات والأعمال القانونية الإدارية، تضمن التفسير السليم للقانون من طرف السلطات الإدارية.[3]

وذلك بالبحث عن المعنى الصحيح والحقيقي للتعرف الإداري المطعون أو المدفوع فيه بالغموض والإبهام، فلا يمكن للقاضي بدعوى التفسير أن يعدل في التصرف أو الحكم القضائي محل تفسير أن يوسع سلطاته إلى سلطة الإلغاء [4]، أو الإعلان أو عدم شرعية التصرف محل دعوى التفسير، أو الحكم بالتعويض ويتمثل عمله فقط في إعطاء المعنى الصحيح والحقيقي للتصرف الإداري المطعون فيه بالغموض والإبهام، وذلك بواسطة إصدار حكما قضائيا قابل للطعن.[5]

فدور القاضي في هذه الدعوى هو النطق بالمعنى الحقيقي والأصلي للقرار الإداري المطلوب كغيره فقط.

1- عزري الزين، مرجع سابق، ص 108،109.

2- محمد صغير بعلي، المحاكم الإدارية (الغرف الإدارية) الطبعة 05، الجزائر، 2005 ص 91.

3- لجلط فواز، مرجع سابق، ص 136.

4- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر، 2002، ص 164.

5- المرجع أعلاه، ص 165.

المطلب الثاني: دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء في الجزائر من أكثر الدعاوى الإدارية إنتشارا و إستعمالا لدى المتعاقدين هذا ما جعل المشرع يولي دعوى الإلغاء القدر الكبير للإهتمام وللوقوف على طبيعة دعوى الإلغاء ومعرفة دورها في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية وجب تعريفها وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول) وحماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء

لتحديد وتوضيح مفهوم دعوى الإلغاء نعمد إلى تقديم عدة تعريفات نذكر منها:

– دعوى الإلغاء هي: " الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون "[1]

– دعاوى الإلغاء هي " الدعوى القضائية الإدارية الموضوعية والعينية التي يحركها ويرفعها ذو الصفة والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة "[2].

– دعاوى الإلغاء هي: " الدعوى القضائية المرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية الإدارية (الغرف الإدارية أو مجلس الدولة) التي تستهدف إلغاء قرار إداري بسبب عدم مشروعيته لما يشوب أركانه عيب من العيوب ." [3]

– وقد عرف الفقيه الفرنسي Delaubadere دعوى الإلغاء بأنها: طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري[4].

1– سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 151.

2– عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، ص 314.

3– محمد صغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2007، ص 31.

4–Delaubadere André venezia (j–c) Gaudement (y) traite de droit administratif, paris, 1999, P536.

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء

تشمل هذه الدعوى المرفوعة من طرف المتعهد الطاعن في هذا الصدد كل القرارات الإدارية المتخذة في عملية إختيار المتعامل المتعاقد والقابلة للفصل، والمتعلقة بعمليات وإجراءات تحضير إبرام وإنعقاد العقود الإدارية إجمالا، حيث يطلب فيها إلغاء قرارات نصت عليها الإدارة ولم تكن مشروعة أو طلبات تتعلق بالمنح المؤقت للصفقة أو طلبات تتعلق بمنح الصفقة إمتيازات غير مبررة .

ويشترط لرفع دعوى إلغاء توفر بعض الشروط الشكلية والموضوعية:[1]

تتعلق الشروط الشكلية بأطراف الدعوى وإجراءاتها ومحلها (القرار الإداري محل الطعن) وميعاد رفعها المحدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي للقرار إذا كان فرديا أومن تاريخ نشره إذا كان تنظيميا[2]، مع ملاحظة أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل الطعن المسبق جوازي وإنتفى فيه الشرط عن الدعوى الموازية.

وتتعلق الشروط الموضوعية بالعيوب التي تؤسس عليها الدعوى والتي تلحق بأحد أركان القرار الإداري فتكون سببا لإلغائه وهي عيب السبب، الإختصاص، الشكل والإجراءات، مخالفة القانون وعيب تجاوز السلطة.

يتعلق محل دعوى الإلغاء في هذه الحالة بما يسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد كقرار المنح المؤقت للصفقة[3]، فدعوى الإلغاء بموجبها يفحص القاضي القرار الإداري، حيث يكتفي ببيان العيوب التي تشوب القرار الذي تم الطعن فيه من طرف المتقاضي ويقوم إما بإلغاء القرار المطعون فيه أو يرفض الدعوى لعدم التأسيس.

من خلال ما سبق يمكن القول أن القاضي يحمي مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء التي تستهدف غايتين إحداهما جوهرية وثانيتهما ثانوية، في المقام الأول تحقيق مبدأ المشروعية لتحقيق المصلحة العامة والخاصة والغاية الثانوية تتمثل في حماية حقوق الأفراد

1- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء دار الفكر العربي، مصر 1996، ص 5.

2- المادة 829 من القانون 08-09، مرجع سابق.

3- وانيس أحلام، مرجع سابق، ص 25.

وحريتهم من التعسف[1]، وبالنتيجة فإن إقتصار دور قاضي الإلغاء على تقدير قيمة القرارات المنفصلة عن الصفقة دون أن تمتد رقابته إلى إمكانية البحث عن قيمة الصفقة في حد ذاتها لا يحول دون مطالبة الأطراف ببطلانها إستنادا إلى إلغاء القرار المنفصل، مما يبقي إمكانية انعكاس أثر إلغاء القرار المنفصل عليها أمرا نظريا بحتا.[2]

لكن هذه الدعوى تثير إشكالا من حيث أن الإدارة قد تسارع إلى إبرام العقد قبل صدور حكم نهائي، فما مصير دعوى الإلغاء إذا ما قامت الإدارة بتصحيح عيب الإخلال بإلتزامات العلانية والمنافسة لاسيما إذا تم ذلك إمتثالا لأمر القاضي الإستعجالي.[3]

المطلب الثالث: دعاوى القضاء الكامل:

إن البحث عن صور منازعات تكوين الصفقة العمومية يقودنا حتما للتطرق إلى أوجه ممارسة الطعن ضد قرارات المصلحة المتعاقدة في عملية إختيار المتعاقد ولعل أهم قرار يصدر في هذا الإطار هو ذلك المتمثل في الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة أي تخصيص هذه الأخيرة لمتعامل متعاقد معين بذاته، وبالتالي هذا القرار يكون محل طعن خاصة إذا كان موضوع الدعوى هو طلب بطلان العقد برمته نظرا لوجود عيوب في تكوينه، فنكون أمام دعوى القضاء الكامل، وسنوجز في هذا المطلب تعريف دعوى القضاء الكامل.[4]

وهذا ضمن الفرع الأول، بالإضافة إلى حماية مبدأ المنافسة من خلال هذه الدعوى وهذا في الفرع الثاني.

1- على خطار شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص 273.

2- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل منازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، السنة 2010 -2011، ص 41.

3- بعيط عائشة، الوسائل القانونية والوقائية المعتمدة لضمان مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر كلية الحقوق، ص 135.

4- سعيد فؤاد، مرجع سابق، ص 63.

الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل

سميت بدعوى القضاء الكامل لأن القاضي يملك فيها سلطات واسعة إذ لا يقتصر دوره على مجرد القرار غير المشروع، بل يتسع إذا ما طلب منه ذلك ليشمل جميع آثاره القانونية (تعديل القرارات المعيبة، استبدالها، الحكم بالتعويض، تقدير التعويض ...).

وتندرج تحتها العديد من المنازعات من بينها نزاعات الصفقات العمومية ويقصد بدعوى القضاء الكامل الدعوى التي يرفعها المدعي أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة للمطالبة بالتعويض، مراجعة الحكم أو إعادة التقدير .[1]

أما فيما يخص قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 فقد حددت المادة 801[2] منه مجالات إختصاص المحاكم الإدارية حيث تضمنت الفقرة الثانية "دعاوى القضاء الكامل" إلّا أن هذه النصوص تبقى بعيدة كليا عن إعطاء تعريف لهذه الدعاوى كونها تتضمن أحكام الإختصاص القضائي.

وعرف رشيد خلوفي دعوى القضاء الكامل على أنها الدعوى التي لا تهدف إلى تفسير قرار إداري أو مقرر قضائي إداري أو تقدير مشروعية قرارات السلطات الإدارية أو إلغائها.[3]

كما يعرفها الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب على أنها: "الدعاوى التي تكون للقاضي فيها سلطة كاملة بمعنى أنها لا تتوقف على حد إلغاء عمل الإدارة المخالف للقانون، بل تتعدى ذلك لحسم كافة عناصر النزاع بتحديد المركز الذاتي للطاعن بشكل نهائي" [4].

المقصود أيضا بدعاوى القضاء الكامل هو تحديد المركز القانوني للطاعن وهو على عكس قضاء الإلغاء الذي يقف دور القضاء فيه عند حد إلغاء قرار الإدارة غير الشرعي أو

1- عطاء الله بوحميدة، الوجيز في القضاء الإداري دار هومة، الجزائر 2011، ص 147.

2- المادة 801 الفقرة الثانية من القانون 09/08، مرجع سابق.

3- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية 2013، ص 185.

4- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء (الإبطال) قضاء التعويض وأصول الإجراءات، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص07.

مجرد إدانة أعمالها المخالفة للقانون بل يتعدى دوره لإثبات المركز القانوني للطاعن وتبيان الحل السليم في المنازعة المطروحة أمامه.[1]

الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعاوى القضاء الكامل

إن سلطات القاضي المختص بدعاوى القضاء الكامل متعددة وكاملة بالقياس إلى سلطات القاضي في كل من دعاوى التفسير وفحص مدى المشروعية للقرارات الإدارية، لذلك سميت بدعاوى القضاء الكامل.[2]

ومن خصائص هذه الأخيرة أنها شخصية وذاتية لتعلقها بحق من الحقوق الشخصية أو بمركز من المراكز الشخصية أو هي الدعوى التي يثار فيها النزاع حول مركز قانوني شخصي فردي خاص وليس موضوعي عام.[3]

ولرفع الدعوى لابد من توفر الشروط العامة وهي (الصفة، المصلحة أو الأهلية) وأنه لابد أن تتم عن طريق عريضة مؤرخة وموقعة تحدد الوقائع والطلبات والأسس التي يستند إليها المدعي ويجب أن تكون الدعوى في الميعاد وهذا بالإضافة إلى الشروط الخاصة.[4]

فإذا اشتملت الدعوى لكل ما تم ذكره من شروط يقوم القاضي بفحص النزاع المعروض عليه من جميع جوانبه القانونية والواقعية وله أن يحكم بعدم قانونية العمل الإداري المعروض عليه بل وتقرير مسؤولية الإدارة والحكم عليها بالتعويض وله أيضا سلطة تعديل القرار موضوع النزاع واستبداله بغيره، وبالتالي تصفية النزاع كلية وهذا لاستجلاء وجه الحق في الدعوى بصفة كاملة.[5]

1- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف مصر، 2006، ص 295.

2- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائر، مرجع سابق، ص 294.

3- المرجع أعلاه، ص303.

4- المادة 13 من القانون 09/08، مرجع سابق.

5- جورجي شفيق ساري، قواعد وأحكام القضاء الإداري، 510، دار النهضة العربية للنشر القاهرة 2002-2003، ص 310.

وتعتبر دعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل هذا وقد نصت عليها المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وتتمثل طلبات هذه الدعوى في الصفقات العمومية فيما يلي:

تعويض المتعامل الاقتصادي في حالة حرمانه من المنح المؤقت للصفقة، وهذا الحرمان كان نتيجة لبطلان العقد كذلك فحص مشروعية تصرف الإدارة على إختيار المتعاقدين، إلغاء بعض التصرفات القانونية التي لا يصادق عليها قرار إداري ما في حالة بطلان العقود الإداري، ومن الآثار التي يتم احترامها في دعوى التعويض هو ضرورة إعطاء القاضي المختص سلطات واسعة من أجل حماية وجبر أي ضرر قد يصيب هذه الحقوق، فدور القاضي يتمثل في إثبات العلاقة السببية بين عمل الإدارة والضرر الذي لحق بهذا الحق وفي حالة الإيجاب تلزم بدفع التعويض للطرف المتضرر.[1]

1- بلعايش شيراز، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014-2015، ص 60.

المبحث الثاني

رقابة قاضي الإستعجال على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية

يعد القضاء الإستعجالي الإداري من أكثر المواضيع التي نالت مكانة قانونية فائقة تجلت في عدد المواد المنظمة له، على خلاف ما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم فقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تغييرا شاملا في نظام الإستعجال الإداري، إذ أفرده المشرع باب كامل بعنوان – في الإستعجال– .[1]

فقد تسلسلت أحكامه بدءا بالقاضي الإستعجالي وسلطاته و مرورا بالإجراءات المتبعة أمامه وصولا إلى طرق الطعن في الأوامر الإستعجالية[2].

والإستعجال السابق للتعاقد في مجال الصفقات العمومية والعقود من المواضيع المهمة التي أولى لها المشرع جملة من الإجراءات والقواعد يكفل من خلالها حرية المنافسة التي تعتبر من الحريات الأساسية الواجبة الاحترام بالإضافة إلى التأكد من ملائمة التصرفات القانونية للإدارة، وللتعرف على الدور الرئيسي للقاضي الاستعجالي على مبدأ المنافسة يستوجب أن نقدم تعريف للقضاء الاستعجالي قبل التعاقدي وأسباب التكريس القانوني له، من ثمة تبيان شروطه وإجراءات رفعها من خلال المطلب الثاني، وفي الأخير سنتطرق إلى الفصل في الدعوى الاستعجالية من خلال المطلب الثالث.

1– الطايعة حسين، الإستعجال ما قبل التعاقد في مادة العقود والصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص تنظيم إداري، جامعة تبسة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014–2015، ص 02.

2– سلوى بومقورة، مداخلة بعنوان: رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية العالم، جامعة بجاية، 2013،ص 03.

المطلب الاول: مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية

إن الانتهاكات الخطيرة لقواعد الإشهار والمنافسة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية تعد من الأسباب التي تؤثر سلبا على المناخ الاستثماري وهذا من خلال إحجام المستثمرين عن التقدم بعطاءاتهم من جهة وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى، هذا واستنادا إلى نص المادة 946 " الفقرة الأولى " من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

القضاء الإداري الاستعجالي يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقة العمومية .

ومن هنا فإن التطرق إلي خصوصية الدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية يقتضي بادئ الأمر الإحاطة بمفهوم الاستعجال قبل التعاقدي، وهذا ما سنحاول أن نعرج إليه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى تعريفه في (الفرع الأول)، وكذا أسباب تكريسه في التشريع الجزائري في (الفرع الثاني)، وشروط قبول الدعوى الاستعجالية في (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي

يعرف الأستاذ راتب الاستعجال على أنه "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درؤه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده"[1]

في حين عرفه الأستاذ Merignhac بأنّه إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق."[2]

وما يلاحظ على هذا التعريف، هو أنه حاول الجمع بين خصائص القضاء المستعجل وبعض حالاته. ولهذا يعاب عليه أنه عرف المجهول بالمجهول حيث إستعمل مصطلح القضايا المستعجلة وهذه الأخيرة تطرح إشكالا في تحديدها.

1- لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر 2007، ص13.
2- المرجع أعلاه، ص 13.

ويعرف أيضا على أنه: " ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من خلال إتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم أو تتضمن ضررا يتعذر تداركه وإصلاحه."[1]

كما عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "يقوم إختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والإستعجال الذي يبرر التدخل لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدوا للوهلة الأولى أنه بغير حق، ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى ضياعه إذا ما فات الوقت ."[2]

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول أن القضاء الإستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية بأنه: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة ."[3]

الفرع الثاني: أسباب التكريس القانوني للاستعجال قبل التعاقدي

إن المُتتبع لحركة التشريع الجزائري يلاحظ بلا ريب التهميش التشريعي للقضاء الاستعجالي الإداري على مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08 – 09.

فقانون الإجراءات المدنية السابق 90 –23 جاء هزيلا جدا في هذا المجال ولم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171 التي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء رغم الاختلاف الكبير بينهما.

1– بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية مطلع عمار قرفي، باتنة الجزائر، 1993، ص 32.

2– بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بجاية، السنة 2012–2013 المجلد 05، العدد 01، ص 13.

3– سلوى بومقورة، مداخلة بعنوان: رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 05 و06.

أما القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة98 -01 والمحاكم الإدارية 98 -02 ومحكمة التنازع 98 -03، فلم تتناول بأي شكل القضاء الاستعجالي الإداري وهو ما أدى إلى فراغ قانوني في المجال التطبيقي إلى غاية صدور القانون 08 -09.

ولعل أهم إشكالية تطرح بهذا الصدد هي: ما هي الأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تقنين استعجالي قبل التعاقد في هذه المرحلة بالذات؟[1]

ويمكن رد ذلك إلى أسباب عدة نذكر منها ما يلي:

أ/ تنامي الأهمية القانونية والاقتصادية للصفقة العمومية في الجزائر خاصة في ظل تشجيع سياسة الإستثمار التي تنتهجها الدولة، والمبالغ الهائلة التي رصدت لهذا الغرض، فالخزينة العمومية باتت بوابة رئيسية لتمويل الصفقات العمومية.

ب/ الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية، مما أدى إلى إبرام وتنفيذ عقود تقوم أساسا على اللا مشروعية، وهو ما أثر سلبا على المناخ الاستثماري بإحجام المستثمرين عن التقدم بعطاءاتهم من جهة ظنا منهم أنها لن تحظى بالقبول سلفا لأن معايير الاختيار تنافي قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي من المفترض أن ترتكز عليها الصفقات العمومية، وتبديد مبالغ هائلة من الأموال العامة من جهة أخرى.

ج/ رغبة المشرع في تأمين أكبر قدر من شفافية المنافسة عند إبرام العقود الإدارية بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيا فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على إبرام العقد. فدعوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد ظهرت كطعن عقيم لفترة طويلة من الزمن، ذلك أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى إبرام العقد قبل بث القاضي في دعواه بحكم نهائي، وذلك فضلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافذة حتى يطلب احد أطرافها إلغاءها أمام قاضي العقد،

1- سلوى بومقورة، مداخلة بعنوان: رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 07.

وهو ما أكده المفوض "**روميو**" في قضية Martin بقوله: "إننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرية..."[1]

د/ تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي حقق تطورا كبيرا في حماية مبادئ المساواة، العلانية، والمنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق آليتين متكاملتين هما التشريع والاجتهاد القضائي وهو ما سيأتي بيانه في معرض الحديث عن سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجالية[2].

الفرع الثالث: شروط قبول الدعوى الاستعجالية

لرفع الدعوى الاستعجالية لابد من توافر مجموعة من الشروط العامة التي يتطلب القانون توافرها في الدعوى الاستعجالية وشروط خاصة تنفرد بها الدعوى الاستعجالية في الصفقات العمومية.

أولا: الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية

أ- **وجود حالة الاستعجال:** أشار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى حالة الاستعجال في نصوص المواد 920،921، 924 منه دون أن يعرف هذه الحالات سيترك المجال واسعا للاجتهاد القضائي في تحديد مفهوم حالة بحالة.[3]

ترك المشرع هذا المجال مفتوحا لأن أية محاولة لتعريف حالة الاستعجال أو صياغة قائمة حصرية لها يعني تقيد القاضي بحالات محددة قانونا مسبقا، فالقاضي هو أقرب لمعاينة الواقع من المشرع الذي لن يستطيع مهما تنبأ أن يحصر جميع حالات الاستعجال.[4]

1- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري, قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، مرجع سابق، ص 186 و187.

2- سلوى بومقورة، مداخلة بعنوان: رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص08 .

3- حمدان عيسى، القضاء الإداري الاستعجالي، مجلس قضاء بجاية 2009، ص 03 .

4- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 136 .

ولابد من وجود حالة الاستعجال حتى يكون قاضي الاستعجال مختصا، وهذا العنصر من النظام العام لا يجوز لأطراف الدعوى الاتفاق على وجوده أو عدمه وهو من الشروط المتعلقة بموضوع الدعوى وليس بالشكل، وتقدير مدى توافر حالة الاستعجال سلطة تقديرية للقاضي كما أنه بطبيعته مؤقت ولا يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ويختلف اختلاف الزمان والمكان، كما أن على القاضي تسبب الأوامر التي يصدرها وإلا كان أمرا معيبا.

2- عدم المساس بأصل الحق

يقتصر دور القاضي الاستعجالي الإداري في تسوية حالة مستعجلة عن طريق الأمر بتدبير تحفظي دون أن يتعرض للموضوع أي أصل الحق الذي يبقى من اختصاص قاضي الموضوع، ويكون ذلك عن طريق إصدار أوامر تكون حجيتها لفترة زمنية محددة، تنتهي هذه الفترة مبدئيا بصدور حكم في الموضوع، كما يجوز للقاضي الرجوع عن الأمر المتخذ بناءً على طلب كل من له مصلحة، وذلك متى ظهرت مقتضيات جديدة طبقا لنص المادة 932 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويكون الأمر الصادر تطبيقا لهذه المادة غير قابل لأيّ طعن طبقا لنص المادة 936 من نفس القانون.[1]

3- شرط الجدية:

يكفي لنشأة الدعوى الاستعجالية أن يكون هناك احتمال لوجود حق وهو ما يثبت جدية طلب المدعي، فإنّ لم يكن الأمر كذلك وجب على القاضي عدم قبول الدعوى المستعجلة ويرتبط الطلب بمسألتين هما:

وجود تكريس قانوني للحق المراد حمايته: فإن كان المتعهد في الصفقة يطلب حماية حقه في المساواة مع باقي المشاركين وفي دخول المنافسة في حين أنه يقع ضمن إحدى حالات الإقصاء من المشاركة المنصوص عليها في المادة 75 من تنظيم الصفقات العمومية فإنّ لا محل لرفع دعواه الاستعجالية لأن طلبه غير مؤسس قانونا.

1- المادة 936 من القانون 08-09، مرجع سابق.

يجب أن يتبين للقاضي من خلال الوقائع ما من شأنه أن يعطي احتمالات لوجود هذا الحق وهو ما تؤكده المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب".[1]

فعلى القاضي التأكد من احتمال وجود مساس أو إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة طبقا للمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلانية التزام الإدارة فالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمستثمرين المهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب.[2]

أما مبدأ المنافسة فيقتضي إفساح المجال أمام المهتمين بالصفقة على السواء دون التفرقة أو إقصاء أو تهميش لتقديم عروضهم وتنص المادة 05 من الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

ثانيا: الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية

للبحث عن الشروط الخاصة بالدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية يقتضي الرجوع إلى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 التي تعد الإطار القانوني لهذه الدعوى وتتجسد هذه الشروط فيما يلي:

صفة المدعي: تأخذ الصفة هذه الدعوى مفهوما أوسع وأشمل من شرط الصفة الذي نعرفه في القواعد العامة فهي تكتسب إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون.

1- المادة 924 من القانون 08-09، مرجع سابق.

2- عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص 204.

اكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة: حيث تقبل الدعوى من قبل كل من له المصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر من الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية طبقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة 946 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

اكتساب صفة المدعي بحكم القانون: يعد مكتسبا لهذه الصفة كل جهة رسمية أعطاها القانون حق رفع الدعوى الاستعجالية حماية لشفافية الصفقة العمومية، وقد خولت المادة 946 في فقرتها الثانية للوالي باعتبارها ممثلا للدولة على مستوى الولاية إحضار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية .[2]

2- وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة: يعتبر انتهاك لقواعد العلانية والمنافسة ما يلي:

خرق قواعد الإعلان عن الصفقة: يعد من قبيل انتهاك قواعد الإعلان عدم القيام بالإعلان عن الصفقة مطلقا أو قيامها بإعلان معيب فتنشره مثلا في جريدة يومية واحدة في حين أن المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية، تشترط نشره في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية ولغة أجنبية موزعتين على المستوى الوطني، كما يعد عدم تضمين الإعلان البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 عيبا من عيوب العلانية والمنافسة، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة والأشكال الثانوية التي تؤثر فعليا على العقد، والتي يمكن تصحيحها لاحقا فلا يستدعي إغفالها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي أصلا، كما اعتبر القضاء الإداري كل خرق للقواعد بصدد استلام العروض مخالفا لقواعد العلانية .[3]

1- عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، 2005، ص 108.

2- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة 2008، ص 115 غير منشورة.

3- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة من العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2001، ص 163.

مخالفة المواصفات والخصوصيات التقنية: يعد وضع الإدارة لمواصفات تحتوي على عنصر تفضيلي لأحد المترشحين على حساب البقية انتهاك لقواعد المنافسة وعلى هذا الأساس اعتبره مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات للصفقة عند الإعلان عنها بهدف حصر المنافسة بين عارضين معينين ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة.[1]

إختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب: حدد المشرع الجزائري آليات إبرام الصفقات العمومية من المادة 39 إلى المادة 52 من تنظيم الصفقات العمومية وفق شروط قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عنها لذا فإنّ استخدام تقنيات الإبرام في غير موضعها يؤدي إلى خرق قواعد المنافسة.

الحرمان أو الاستبعاد من الصفقة دون وجه حق: يقصد بالحرمان من دخول الصفقة الحضر القانوني من المشاركة فيها لأسباب يحددها القانون والمصلحة العامة كالإفلاس أو عدم الوفاء بالوجبات الجبائية، وهو ما يطلق عليه المشرع الجزائري مصطلح "الإقصاء" فإن طبقت الإدارة هذا الإجراء على مرشح ما دون سند قانوني كان له حق رفع دعوى استعجاليه.[2]

أما الاستبعاد من الصفقة فيكون إخراج عطاء بعينه من دائرة المنافسة بعد إستلامه لعدم مطابقته للمواصفات التقنية أو عدم توقيعه من صاحبه أو إذا تبين أن العرض المقبول يمكن أن يؤدي إلى هيمنته على السوق أو اختلال في المنافسة أو إذا اتضّح أن العرض المالي المختار منخفض بشكل غير عادي فإن تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق جاز للمتضرر اللجوء إلى القضاء الاستعجالي.[3]

الإخلال بقواعد إختيار المتعامل المتعاقد: لم يغفل المشرع الجزائري عن معايير إختيار المتعاقد مع الإدارة فجاءت المواد من 53 إلى 58[4] لتؤكد على إلزامية التأكد من مؤهلات المرشحين كما منعت المادة 80 المصلحة المتعاقدة من التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة وأثناء تقييم العروض لاختيار الشريك المتعاقد فإن ثبت عدم التزام الإدارة بمعايير الاختيار، كان ذلك دليلا على خرق صارخ وخطير لمبدأ المنافسة.

1- حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق ، ص 164.

2- المرجع أعلاه، ص 165.

3- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الإداري على منازعات الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 115.

4- المواد من 53 إلى 58 من المرسوم 15 - 247، مرجع سابق.

3- الأجل القانوني لرفع الدعوى:

لم يحدد المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي أجلا ومدة زمنية لرفع الدعوى إلا أن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت في فقرتها الثالثة بأنه "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد ."[1]

المطلب الثاني: إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية وضماناتها

نظرا لضرورة ومقتضيات السرعة في تقدير مدى مراعاة إجراءات إسناد الصفقة لمبادئ القانون ومبادئ المنافسة والشفافية قد تناولت قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المعلن في مادة الصفقات العمومية ووضعه في القسم الاستعجالي حيث أقر مجموعة من الإجراءات التي ترفع من خلالها الدعوى الاستعجالية والتي تعتبر أداة فعالة في رقابة سلامة إبرام العقود الإدارية وضمانة تحقيق المشروعية بما فيها من تعزيز للضمانات القانونية التي تتحصن بها الدعوى الاستعجالية، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب من خلال التعرض إلى إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية (الفرع الأول) وضمانات الدعوى الاستعجالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية

نصت المادة 946 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها العقود والصفقات العمومية.

لا تختلف الإجراءات أمام القضاء الإداري في مادة الصفقات العمومية عن غيرها من القضايا الأخرى والتي وردت في باب الاستعجال من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي حددت أساسا في:

1- المادة 946 الفقرة الثالثة من القانون 09/08، مرجع سابق.

2- المادة 946 الفقرة الأولى، المرجع أعلاه.

أولا: العريضة والشروط المتعلقة بها

جاءت المادتين 815 و826 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] لتشترط عند رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية أن يتم ذلك بموجب عريضة موقعة من محام، وذلك تحت طائلة عدم القبول وتعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويقصد بهم الدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل حيث توقع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم في المادة (800) من طرف الممثل القانوني[2]، كما يجب أن تتضمن مجموعة البيانات، سنتناولها كالآتي:

1- البيانات الإلزامية: نصت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي:" يجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الأتية:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- إسم ولقب المدعي وموطنه.
- إسم ولقب وموطن المدعى عليه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.[3]
- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤدية للدعوى.

هذه البيانات الإلزامية تخدم مصلحة الأطراف في تحضير دفاعهم، وتسهل عملية الاتصال بهم، وأيضا الفصل في قضيتهم في الآجال وبالتالي ربح الوقت كما يسهل القضية المهمة على القضاة.

1- المادة 815 و826، من القانون 09/08، مرجع سابق.

2- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008، دار البغدادي، الطبعة الثانية 2009، ص 425 .

3- المادة 15 من القانون 09/08، مرجع سابق.

2- البيانات المتصلة بسير الدعوى: وهي المنصوص عليها في المواد 12، 13، 14، 16،17،240،169 إلى 243 وكذا المواد من 815 إلى 827 والمواد 904 ،905، 906، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ثانيا: التكليف بالحضور (استدعاء المدعي عليه)

وتنص عليها المادة 929 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء فيها: "عندما يخطر قاضي الاستعجال بطلبات مؤسسة وفقا لأحكام المادة 919 أو المادة 920 أعلاه يستدعى الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال بمختلف الطرق"، وهذا تكريسا لمبدأ الوجاهية المطبق في القضاء الإداري.

ثالثا: التبليغ

وتنص عليها المادة 928 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حيث جاء فيها: " يبلغ رسميا العريضة للمدعي عليهم، وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغنى عنها دون إعذار."[1]

ينطبق على مادة إبرام العقود والصفقات العمومية ما ينطبق على الاستعجال في المواد الأخرى من حيث تدابير التحقيق والتبليغ ففيما يتعلق بالتحقيق يجوز للقاضي بناء على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو التحقيق.[2]

وفي مجال التبليغ فإنه يتم التبليغ الرسمي للعريضة حالا من قبل المحكمة إلى المدعي عليه مع تحديد أجل للرد.

الفرع الثاني: ضمانات الدعوى الاستعجالية

إن القاضي الذي يختص بالفصل في الدعوى الاستعجالية هو قاضي فرد، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي إن الهدف من ذلك هو إيجاد مرونة متجاوبة مع طبيعة الإجراء لأن ذلك مع طبيعة الشؤون المستعجلة.

1- المادة 928 من القانون 09/08، مرجع سابق.

2- المادة 940، المرجع أعلاه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وهو بصدد النص على الاستعجال في المنازعات الإدارية يتبين أنه يفصل بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع[1]، وبالتالي المشرع الجزائري أخذ بالتشكيلة الجماعية من أجل الفصل في هذا النزاع، حيث يرى الأستاذ Richer أن القضاء في هذه الحالة ليس قضاء مستعجلا حقيقيا لأن القاضي يبت بالموضوع أو بأصل الحق في نفس الدعوى.

وبما أن القاضي يبت بصيغة الاستعجال فإن ذلك يعني أن يبت فيها بالإسناد إلى الحد الأدنى من الشكليات وفقا للقواعد العامة الخاصة بالقضايا الاستعجالية، فمثلا مبدأ الوجاهية يطبق بصورة مرنة وهذا نصت عليه المادة 923 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية كتابية وشفوية."[2]

يبدو أنه وبسبب السلطات الهامة التي يتمتع بها القاضي بموجب هذه الدعوى فإن بعضا من الالتزامات التي لا يرفضها القانون في نطاق الدعوى الاستعجالية العادية، تكون مفروضة عند تطبيق هذه الدعوى، إذ يجب تبادل المذكرات بين المدعي والإدارة المدعى عليها إلا أن مجلس الدولة الفرنسي وبسبب طبيعة هذه الدعوى لطف من هذا الإجراء، بحيث قضى بموجب تبليغ الإدارة المدعي عليها بالطلبات المقدمة من المدعى، إذ لا يعتبر رد الإدارة على هذه الملاحظات ملزما إضافة لتقديم ملاحظاتهم الشفهية تدعيما لملاحظاتهم الكتابية التي تقدموا بها، بموجب العريضة المنصوص عليها في نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة".

وبناءً عليه قد ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرار رئيس محكمة CAEN لأن هذا الأخير لم يدع الأطراف لسماع ملاحظاتهم الشفهية في جلسة علنية.

وقد أعتبر مفوض الحكومة Lasuignes أن مبدأ الملاحظات الشفهية المقدمة من الأطراف خلال جلسة يجب تحقيقه من جانب القاضي المختص بهذه الدعوى لسببين:

1- القاضي من خلال هذه الدعوى يمكن أن يبت بشكل نهائي بالموضوع.

2- المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تفرض مبدأ علانية المناقشات القضائية[3]

1- أنظر المادة 917، من القانون 09/08، مرجع سابق.

2-المادة 923، المرجع اعلاه.

3- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 47.

المطلب الثالث: الفصل في الدعوى الاستعجالية

كما سبق أن ذكرنا أن هذه الدعوى القصد منها هو حماية مبادئ العلانية والشفافية والمساواة بين المتعاملين، وأي خرق لقواعد المنافسة عند إبرام العقود والصفقات العمومية وما يؤكد هذه الحماية هو التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي منح للقاضي الإداري الاستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية سلطات واسعة ومتعددة يمكنه من رقابة الإدارة العامة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، بحيث تجسد هذه السلطات في حالة ثبوت المخالفة في حق الإدارة العامة[1]، وهذا ما سنحاول أن نوضحه في (الفرع الأول) الإجراءات التحفظية، ثم الإجراءات القطعية في (الفرع الثاني)، وفي (الفرع الثالث) سنتناول الطعن في الأمر الاستعجالي السابق للتعاقد.

الفرع الاول: الإجراءات التحفظية

يملك القاضي الإداري طبقا لنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية والأمر بتأجيل إمضاء الصفقة، ومن هنا سنحاول شرح كل سلطة على حدا[2].

أولا: سلطة الأمر بالامتثال

يمكن للقاضي أن يأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وذلك بتحديد أجل يجب أن يمتثل فيه، أن يأمر القاضي الإدارة بالامتثال لالتزاماتها:

واضح من نص المادة 946 فقرة 04 أن المشرع الجزائري استعمل عبارتين غاية في الغرابة: " يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال..." مما يجعل الأمر جوازيا، والمتسبب: وهي الإدارة في كل الأحوال متمثلة في المصلحة المتعاقدة وكأن لفظ الأمر ثقيل على لسان المشرع وربما ذلك يكون من منطلق المبدأ السائد أن القاضي لا يأمر

1- وانيس أحلام، مرجع سابق، ص 35.

2- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 49.

الإدارة مع العلم أن هذا المبدأ معروف في فرنسا بموجب قانون في حين لا يوجد له أي أساس في نظامنا القانوني[1].

فبإلزام الإدارة بالامتثال لالتزامات الإشهار والمنافسة التي خرقتها يكون القاضي أمر بإلغاء الإجراء الذي قامت به وهذا الإلغاء قد يكون جزئيا وقد يكون كليا، فإذا كانت بداية الإجراءات صحيحة فإن الإلغاء لن يشمل إلا التجاوزات المرتبكة لاحقا كأن يكون الإخلال وقع فقط في مرحلة إختيار العروض بإمكان القاضي مثلا:

إلغاء قرار رفض قبول ترشح الشركة الطاعنة أو إلغاء مداولة المجلس المحلي التي وافقت على مشروع العقد، أو أن يأمر المصلحة المتعاقدة بإعلام المرشحين المستبعدين بأسباب رفض عروضهم أو إعادة دراسة العروض بعد رفض الترشح.

إعادة إجراءات الإشهار والوضع للمنافسة: مثلا الدعوى للعروض بدل التراضي أو قبول مترشح تم استبعاده من الترشح.

تصحيح إجراء أو مضمون العقد أو يأمر بطرح عروض جديدة أو سحب معيار غير قانوني في إجراء المنافسة.[2]

ثانيا: سلطة فرض غرامة تهديدية

الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في نص المواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 ولقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها: "مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين المتتبع عن تنفيذ التزام على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي بناء على طلب الدائن".

1- بروك حليمة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة الفكر كلية الحقوق والعلو م السياسية، بسكرة، الجزائر ،2006، العدد 11، ص307.

2- المرجع أعلاه، ص 308.

فالغرامة التهديدية بهذا المعنى تهديد مالي هدفه الضغط على الإدارة المتتبعة أو المتماطلة عن التنفيذ بإلزامها بأداء مبلغ مالي عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الالتزام وهو ما يمكن أن يحملها على الالتزام بقواعد العلانية والمنافسة.

ولعل أهم إشكالية في معرض الحال هي: ألا تعد هذه الأوامر صادرة في إطار الإختصاص الولائي للقاضي ولم يتخذها بموجب وظيفته القضائية فهي لا تحسم خصومة أو نزاع فكيف يمكن ربطها بغرامة تهديدية ؟[1]

خاصة وأن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على تنفيذ أمر تقديري لرسوم الخبرة، وهو رأي منتقد لأن الأوامر الاستعجالية تتمتع بقوة تنفيذية مما يجعلها قابلة للتنفيذ بقوة القانون، وهو ما يؤكده الفقيه Aubu بقوله:" إن الغرامة التهديدية تسري على جميع ماله قوة تنفيذية مما يصدره القضاء حتى ولو كان لا يتمتع بحجية أو قوة الشيء المقضي به."[2]

وهذا ما تؤكده المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ ... أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها."[3]

وعلى هذا الأساس نصت المادة 946 في فقرتها 4 و5 على أنه: " يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه، ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد".

ويلاحظ أن المشرع منح القاضي الاستعجالي سلطة تقديرية في فرض الغرامة التهديدية من عدمه في حالة انقضاء الأجل المحدد دون تنفيذ الإدارة لالتزامها.

1- سلوى بومقورة، مداخلة بعنوان: رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 16.

2- عمر باهي يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001، ص 58.

3- المادة 980 من القانون 09/08، مرجع سابق.

ثالثا: سلطة تأجيل إمضاء الصفقة

يقصد بإمضاء العقد في هذا المجال توقيع الاتفاقية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الدي تم اختياره دون احترام إجراءات المنافسة والإشهار.[1]

فبمجرد إخطار المحكمة الإدارية بالدعوى في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة فإنه يمكنها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد وبالتالي فالمحكمة لها السلطة التقديرية في ذلك.

فقد منحت الفقرة السادسة من المادة 946[2] للقاضي ولمدة لا تتجاوز 20 يوما ويعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها وهي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

وقد راعى المشرع في نفس الوقت التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة لأنه إذا لم يتم تأجيل إمضاء الصفقة فإنه يمكن توقيعها وربما سيشرع في تنفيذها في الوقت الذي تسري فيه إجراءات الدعوى أمام القضاء وإلى أن يصدر الأمر فقد تترتب نتائج يصعب تداركها بما يلحق الضرر بالمصلحة المتعاقدة وبمصلحة المدعي وحتى بالمتعاقد الذي تم قبوله دون احترام إجراءات المنافسة بالإشهار، وفي الوقت ذاته فقد حدد المشرع أجلا معقولا يتناسب وطبيعة القضية الاستعجالية ويراعى تعطيل سير المرفق العام فهو الأجل نفسه المخصص للفصل في القضية كما هو وارد في المادة 947[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فعلى خلاف السلطتين السابقتين المذكورتين أعلاه واللتين يتمتع بهما القاضي الإداري في مادة الرقابة على إجراءات إبرام الصفقة العمومية، فإن السلطة الأخيرة لسلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة هي سلطة وقائية يباشرها القاضي بمجرد إحضاره بالدعوى ولا يحتاج فيها للتأكد من ثبوت المخالفة.[4]

1- مهند مختار، مرجع سابق، ص 843.

2-المادة 946 الفقرة السادسة، من القانون 09/08، مرجع سابق.

3- المادة 947، المرجع أعلاه.

4- وانيس أحلام، مرجع سابق، ص 37.

يرى الأستاذ بودريوة: عندما نذكر أن تنظيم قانون الصفقات العمومية وبنصه على إمكانية البدء في تنفيذ العقد قبل إبرامه استجابة لضرورات معينة، إلا أن ذلك يتنافى مع إمكانية رفع الدعوى الإستعجالية أين لا تجدي نفعا بعد الإمضاء على العقد، فقد تتحجج الإدارة بالطابع الإستثنائي للمشرع وتبدأ في تنفيذه لتواري المخالفات التي إرتكبتها والمتعلقة بمبدأ المنافسة وضرورة الإشهار فتفلت بالتالي من الرقابة وإحتمال بطلان الإجراءات .[1]

الفرع الثاني: الإجراءات القطعية

تتضمن الإجراءات القطعية سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد، وإبطال بعض الشروط التعاقدية وسنتعرض لكل سلطة على حدا من خلال هذا الفرع[2].

أولا: سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد

إن الإدارة تقوم بإصدار مجموعة من القرارات حين تعبر عن إرادتها الموضوعية في معرض إبرامها لعقودها، وهذه القرارات تشكل جوهر عملية إبرام إذ القاضي الإداري حين يبت في هذه الدعوى يتمتع بسلطة إلغاء هذه القرارات إذا كانت منطوية على مخالفات الالتزامات العلانية والمنافسة، كما هو الحال غالبا في قرارات استبعاد بعض المتعاملين دون وجه حق، وفي الحقيقة إن سلطة الإلغاء التي منحت للقاضي الإداري من شأنها أن تؤدي إلى تفعيل الأحكام القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات التي تساهم في تكوين إرادة الإدارة، وذلك بعد ما كان أثر هذا الإلغاء نظريا بحتا وفقا لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، لأن القاضي في هذه الدعوى لا يمكن أن يلقي قرار توقيع العقد كما هو الحال بالنسبة لقاضي الإلغاء عندما يتصدى للقرارات المنفصلة ولا إلغاء العقد ذاته، وذلك يرجع إلى أنه بمجرد صدور قرار التوقيع من جانب السلطة المختصة فإن العقد يصبح مبرما، ومع خروج العقد

1- بودريوة عبد الكريم، إشكالات القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011، ص 13.

2- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 54 .

إلى حيز الوجود القانوني وإذ كان معيبا فإن قاضي الدعوى المستعجلة قبل التعاقدية يستنفد سلطاته.[1]

ثانيا: سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية

يمكن للقاضي الإداري أن يبطل بعض الشروط التي تسري على العقد الذي سوف يتم إبرامه إذا كانت هذه الشروط تنطوي على عنصر تفصيلي إذ السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري في إتّخاذ الإجراءات القطعية من شأنها أن تعطيه سلطة للبث في الموضوع وهذا يختلف عن سلطات القاضي في نطاق الدعوى المستعجلة العادية، وأهم شروطها أن القاضي عندما ينظر في طلبات الأفراد بإجراء تحقيق أو إنتداب خبرة أو إثبات حالة [2]، يجب عليه أن لا يعيق القرار الإداري كما يجب أن لا يتطرق إلى موضوع الدعوى الرئيسية التي تظل سليمة حتى تفصل فيه محكمة الموضوع الهدف منها إيجاد دعوى فعالة يتم بواسطتها فصل الموضوع نزاع محاط بحالة من الإستعجال مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء إستعجالي بالمعنى القانوني للمصطلح، وإنما هو أسلوب خاص من القضاء أعده المشرع في سبيل معالجة بعض المشاكل التي يمكن أن تطرأ عند تبادل الإيجاب والقبول في معرض إبرام الصفقات العمومية .

وأمام هذه الإمتيازات المتعددة والمتنوعة الممنوحة للقاضي الإداري بموجب هذه الدعوى أثار نقاش في فرنسا حول تكيف هذه الدعوى: هل ينتمي إلى القضاء الكامل أم قضاء الإلغاء؟

إستقر الرأي على إعتبارها من قبيل الدعاوى القضاء الكامل لأنها تجمع بين يدي القاضي الإداري سلطات كاملة علما أنه في هذه الدعوى لا يحق له أن يبت في طلبات

1- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 54، 55.

2- حسين فريحة، الإستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر ،2003، ص 26.

التعويض لأن ذلك يبقى تماما من إختصاص قضاء القانون العام حسب تعبير المحكمة الإدارية لمدينة " ليل"[1]:

(...Le contentieux de l'indemnisation reste entièrement un contentieux de droit commun ...)

في الحقيقة إن هذا الاتساع في سلطات القاضي الإداري قد دفع بالبعض إلى إشكالية جوهرية تتمثل فيما إذا كان بمستطاع قاضي الدعوى الاستعجالية أن يبت بما يطلبه الخصوم إذا كان يشمل هذا الطلب نتيجة منطقية لما طلبوه ؟

أما فيما يخص إجبار السلطة المختصة بإبرام الصفقات العمومية أن تلتزم بالإجراءات التي أمر بها القاضي في مجالي العلانية والمنافسة إذ يمكن أن تكون مقترنة باحتمال فرض غرامة تهديدية على الإدارة، وإلا فإن إجراء الأمر لن يكون له أي فعالية.[2]

ثالثا: تقييم سلطات القاضي استعجالي السابق للتعاقد

من حيث المبدأ يسمح الطعن السابق للتعاقد للقاضي باتخاذ تدابير مؤقتة دون الفصل في الموضوع إلا أنه يتميز بكونه إجراء يمنحه سلطة اتخاذ تدابير نهائية بحذف بنود من العقد وإعادة الإجراءات كما يمكنه تأجيل توقيع العقد والحكم بغرامة تهديدية، فيمكنه أن يفصل بأكثر مما طلب منه على الخروقات التي يلاحظها ويأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال لالتزاماتها مع أو بدون تحديد أجل وإعادة المرشح الطاعن الذي تم استبعاده فهذا الطعن ليس استعجاليا إلا من حيث الشكل لأن صلاحيات القاضي فيه أحيانا تفوق صلاحيات قاضي الموضوع فهو يشبه منازعات الإلغاء من حيث كونه يمكن القاضي من التأثير في العقد أو على الأقل التعديل في أطرافه وبذلك يكون طعن من نوع ثالث.[3]

1- مهند مختار، مرجع سابق، ص 878.

2- بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 56.

3- بروك حليمة، مرجع سابق، ص 308 ،309.

الفرع الثالث: الطعن في الأمر الاستعجالي السابق للتعاقد في الصفقات العمومية

إن الطعن في الأمر الاستعجالي يشكل هاجسا بالنسبة للإدارة المتعاقدة نظرا لما يمكن أن ينجر عنه من آثار مالية على تنفيذها لذا فإن الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد يعد وسيلة وقائية[1] تحد من تعسف الإدارة من جهة وتحمي قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية من جهة أخرى، وهذا ما سنحاول أن نُفصّل فيه من خلال هذا الفرع.

أولا: مدى حجية الأمر الصادر في الدعوى الاستعجالية

إذا أخطرت المحكمة الإدارية بالدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام الصفقات الصفقات العمومية فإن لها أن تأمر بتأجيل إمضاء الصفقة بمجرد إخطارها كإجراء احترازي ثم تدرس الملف فتصدر أمرا بإلزام المخالف بالامتثال الالتزامات الإشهار والمنافسة التي يفرضها القانون إذا ثبتت لها المخالفة كما يمكنها الأمر بتوقيع الغرامات التهديدية كما سبق بيانه، يحدد للمحكمة الإدارية أجل عشرون (20) يوما للفصل في الدعوى يكتسي الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية في مجال الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية، حجية تلزم أطراف الدعوى لكن هل يقبل هذا الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية الطعن فيه خاصة إذا علمنا أن المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تتعرض لذلك مقارنة مع المواد من 919 إلى 938 بخصوص توقيف القرارات الإدارية؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه[2].

ثانيا: الاستئناف في الأمر الاستعجالي السابق للتعاقد

تفاديا لتعطيل المصلحة العامة تفصل المحكمة الإدارية في أجال عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطابات المقدمة لها طبقا للمادة "946" وهذا ما نصت عليه المادة " 947 " هنا ومرة أخرى يترك المشرع الغموض حول مدى قابلية الأوامر الصادرة

1- بروك حليمة، مرجع سابق، ص 309 .

2- بوكحيل ليلى، مرجع سابق، ص 08 .

تطبيق لهذه المادة للطعن بالإستئناف، ومصدر هذا الغموض نابع أنه في حالات أخرى نصت صراحة على قابليته للطعن مثلا في حالة التسبيق المالي وفي الحالات الأخرى، ومنها هذه الحالة لم ينص عليه وأكثر من ذلك فإنه نص في المادتين 936 و937 على الأوامر القابلة للاستئناف وعلى تلك غير القابلة للإستئناف ولا توجد مادة الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 946 ضمن أي من الفئتين.[1]

فالأمر الإستعجالي قبل التعاقدي يفصل كأول درجة ويمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ للمعني بالأمر، ويفصل مجلس الدولة في أجل 48 ساعة، ومن تاريخ إنقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا، والطعن بالإستئناف يخضع للقواعد العامة ويتحقق قاضي الإستئناف من مدى إحترام قاضي الدرجة الأولى لاسيما إحترام مبدأ الوجاهية، ويخلص مجلس الدولة بالفصل في إستئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، ويختص أيضا كجهة إستئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة يتطلب إجباريا التمثيل بمحام وإستثنت المادة 905 من ذلك الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية، ويشترط أن يكون المستأنف طرفا في الدعوى، وهذا طبقا للمبادئ العامة للقانون، وأن يكون طلب الإستئناف موضوعي، فالإستئناف الذي يلي توقيع العقد يؤدي إلى عدم قبوله وإذا تم توقيع العقد بتاريخ نظر الإستئناف يقرر القاضي بألا وجه لنظره ويفصل مجلس الدولة بتشكيلة جماعية في الإستئناف ودون إحالة[2].

ثالثا: المعارضة في الأمر الإستعجالي السابق للتعاقد

المعارضة هي طريقة من طرق الطعن العادية تجيز للطرف المحكوم عليه غيابيا أن يطعن في ذات الحكم أو القرار عن طريق المعارضة، ويكون أمام نفس الجهة القضائية

1- خوجة منير، مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماستر أكاديمي بعنوان: " الدعوى الاستعجالية في المواد الإدارية " جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2013، ص 32.

2- المادة 937 و950 و800 من القانون 08-09، مرجع سابق.

التي أصدرته بحيث يهدف إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي، ويتم الفصل فيها من جديد أي من حيث الوقائع والقانون.[1]

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جوازية المعارضة في الأحكام الاستعجالية فهي غير قابلة للمعارضة، لكن إذا لم توجد المعارضة فالتساؤل المطروح هو في حالة ما إذا كانت الجهة الإدارية المدعية عليها تغيب ممثلها عن الحضور لسبب من الأسباب وصدر الأمر الاستعجالي غيابيا بالنسبة إليها ما موقفه؟.

كقاعدة عامة لا يوجد في القانون ما يمنع اللجوء إلى هذه الطريقة إذا صدر الأمر الاستعجالي غيابيا لأن المحكوم ضده لم يبلغ بعريضة الطلب المستعجل، أما إذا بلغها منح له أجل للرد إن لم يقدم مذكرته في الميعاد الممنوح له فإن الأمر الاستعجالي سوف يصدر حضوريا بالنسبة إليه من هذا فإن المعارضة جائزة.[2]

ويرى الأستاذ حمدي باشا عمر: "أنه لا يجوز المعارضة في الأوامر الاستعجالية بينما يجوز ذلك في الأوامر الصادرة عن قاضي الأمور الإدارية المستعجلة".[3]

1- أنظر المادة 327، من القانون 08-09، مرجع سابق.

2- بشير بلعيد، مرجع سابق، ص 21.

3- الطايعة حسين، مرجع سابق، ص 75.

من خلال ما سبق من دراستنا للفصل الثاني يتوضح لنا أن دور القاضي في الرقابة على أعمال الإدارة يشكل أهم ضمانة لمبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، وهذا بتوفيره للحماية القضائية للمتعامل الاقتصادي مع الإدارة بالشكل الذي يحقق التوازن بين المحافظة على المال العام موضوع العقد الإداري والضمانات والحقوق المخولة له في إطار التعاقد مع الإدارة ويكون هذا من خلال:

رقابة قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعاوى الإدارية (دعوى فحص المشروعية، ودعوى التفسير، ودعوى الإلغاء، ودعاوى القضاء الكامل) التي تعد أنجع وسيلة لحماية مبدأ المشروعية، وحقوق وحريات المتعاملين الاقتصاديين من تعسف الإدارة.

أو عن طريق الإجراءات التحفظية أو القطعية التي يأمر بها القاضي الإستعجالي كفرض غرامة تهديدية أو تأجيل إمضاء الصفقة أو إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة أو إبطال بعض الشروط التعاقدية، وكل هذا من أجل المحافظة على شرعية الإبرام وإرساء دولة القانون.

الخاتمة

علـى ضـوء مـا قـدم مـن خـلال هـذا العـرض يمكـن القـول بـأنّ مبـدأ المنافسـة فـي مجـال الصـفقات العموميـة يعتبـر مـن المبـادئ الهامـة التـي أولاهـا المشـرع أهميـة كبيـرة، ولمبـدأ حريـة المنافسـة قيمـة حقوقيـة رديفـة لحريـة المبـادرة الخاصـة، التـي تضـمن أغلـب الدسـاتير الحاليـة الحـق فـي ممارسـتها ومـن بينهـا الدسـتور الجزائـري، علـى أسـاس أن حـق الأشـخاص فـي مزاولـة نشـاطهم كفـاعلين اقتصـاديين لا يتـأتى إلا إذا كـان مُـؤطر بضـمانات قانونيـة ناجعـة وقويـة، حيـث جـاء مبـدأ المنافسـة مشـتملا علـى ثـلاث مبـادئ تلمسـنا تطبيقهـا فـي مرحلـة الـدعوة للطلـب العمومي من خلال:

حريـة الوصـول للطلبـات العموميـة لتوسـيع نطـاق الـدعوى والمسـاواة فـي معاملـة المترشـحين دون أيّ تمييـز وشـفافية الإجـراءات التـي تُجسّـد مـن خـلال إجـراءات تقيـيم العروض.

إذن فالمشـرع قـد حـرص علـى تكـريس مبـدأ المنافسـة، وهـذا مـن خـلال الآليـات القانونيـة التـي رصـدها لهـا مـن تحديـد للحاجيـات وإعـداد لـدفتر الشـروط ومعاملـة متسـاوية للمترشـحين كضـمانات للوصـول إلـى إختيـار أفضـل المتعـاملين الاقتصـاديين وتـوفير أفضـل الشـروط لإنجاز موضوع الصفقة، ومنه تحقيق أكثر فاعلية للطلبات العمومية.

وفـي هـذا الصـدد قـد حـاول القاضـي الإداري فـي إطـار سـلطة الرقابـة علـى القـرارات الممهـدة لإبـرام العقـود الإداريـة أن يـوفر مـن جهـة الحمايـة اللازمـة للمتعاقـد مـع الإدارة مـن كـل شـطط وتعسـف يلحـق بـه ومـن جهـة أخـرى إقـرار التـوازن بـين الحفـاظ علـى المصـلحة العامـة والمال العام وسير المرفق العام بانتظام، وحماية حقوق وأموال المتعاملين الاقتصاديين.

واعتبـارا للـدور الـذي يلعبـه القضـاء الإداري كقضـاء قـانوني يسـعى إلـى خلـق القواعـد القانونيـة فـي إطـار المبـادئ العامـة للقـانون وقواعـد العـدل والإنصـاف وإحقـاق التـوازن بـين المصـلحة العامـة والمصـلحة الخاصـة وضـمان حقـوق المتعامـل الاقتصـادي مـع الإدارة، قـد حـاول المشـرع الجزائـري إيجـاد الضـمانات القانونيـة والقضـائية التـي مـن شـأنها ضـمان حريـة المنافسة في الصفقة العمومية، سنحاول إيجاز هذه الضمانات من خلال النتائج التالية:

- تقييد حرية الإدارة في إختيار من تشاء من المتعاملين الاقتصاديين، من خلال جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام، وتحديد وتأطير اللجوء إلى التراضي كاستثناء.
- الاهتمام الواضح من قبل المشرع الجزائري بتجسيد مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية عبر سن العديد من المواد في قانون الصفقات العمومية.
- تخصيص المشرع للأعمال المنافية والمعرقلة لمبدأ المنافسة قانون خاص " قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 06-01 " كألية للوقاية ولقمع ومكافحة هذه الجرائم على حد سواء .
- أعطى المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 صلاحيات واسعة للقاضي من سلطة أمر، وفرض غرامة تهديدية، وتأجيل توقيع العقد، وكذا الرقابة على الدعاوى الإدارية المقررة قانونا . وهذا دليل على أن هذا المبدأ يحظى بعناية فائقة من قبل الدولة التي تسعى بكل مجهوداتها وهياكلها للنهوض بالاقتصاد الوطني.
- التكريس التشريعي غير المسبوق في الجزائر للاستعجال قبل التعاقدي، وهو ما من شأنه تفعيل المنظومة القانونية بسد الفراغ الذي كان سائدا في هذا المجال ورأب الصدع الذي يعرفه مجال الصفقات العمومية من تجاوزات التي أثرت على الاقتصاد الوطني.
- الجدير بالذكر هنا، أن القضاء الاستعجال قبل التعاقدي ليس قضاءا مستعجلا بمعنى الكلمة، بل هو تقنية خاصة في سبيل حماية الصفقة العمومية والمال العام.

لكن وعلى الرغم من النصوص القانونية وتعدد الجهات الرقابية التي تعمل من أجل ضمان تكريس المنافسة والشفافية، إلا أن موضوع الصفقة العمومية لا زال عرضة للاختلاس بمختلف صوره وأنواعه في ظل عدم ملائمة نظام الحماية الذي تم وضعه في إقامة الثقة وزرع الأخلاقيات واحترام الإجراءات.

وعلى ضوء النتائج المقدمة سابقا والتي توصلنا إليها بعد هذه الدراسة ارتأينا أن نتقدم بمجموعة من الاقتراحات للمساهمة في إثراء موضوع المنافسة في الصفقة العمومية والتي سنوجزها فيما يلي:

- تـدعيم آليـات الرقابـة الحاليـة بمراقبـي الميـدان المسـتقلين الـذين يتـابعون الحجـم الحقيقـي للأشـغال المنجـزة والمفـوترة للحـد مـن ظـاهرة تضـخيم تكلفـة المشـاريع المنجـزة بتواطـؤ مـن الأعوان الإداريين.
- فسـح المجـال لكـل المتعـاملين الاقتصـاديين الـذين مـنحهم القـانون حـق المشـاركة فـي طلـب العروض (الصفقة العمومية).
- إيجاد آليات تنسيق بين أجهزة الرقابة الداخلية والخارجية.
- نشـر كـل المعلومـات حـول الصـفقة بدقـة ووضـوح، حتـى يتسـنى للمتنافسـين الدرايـة الكاملـة بموضوع الصفقة.
- ضـرورة تفعيـل عمليـة الرقابـة علـى إجـراءات المنافسـة، وهـذا لوضـع حـد للانتهاكـات الغيـر قانونية أثناء الإعلان.
- وضع قوانين وأحكام خاصة تلم بكل جوانب المنافسة في الصفقات العمومية
- محاولة سد الثغرات القانونية وإيجاد آليات أخرى لتدعيم الرقابة القضائية والإدارية.
- تفعيـل الأحكـام والإجـراءات الخاصـة للبحـث والتحـري التـي جـاء بـه قـانون الوقايـة مـن الفسـاد ومكافحتـه، وهـذا باسـتحداث وحـدات رقابيـة إداريـة داخـل جهـاز الضـبط القضـائي للحـد من جرائم الفساد.
- إعـادة النظـر فـي مسـألة طـرق الطعـن بتوضـيحها والـنص عليهـا وبيـان أحكامهـا بصـفة مسـتقلة نظـرا لخصوصـية الـدعوى فـي مـادة إبـرام الصـفقات العموميـة، فهـي تجمـع بـين قضـاء الاستعجال وقضاء الموضوع.

قائمة المراجع

أوّلا: القرآن الكريم

ثانيا: المعاجم

1- سعدي أوحبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط 2، ج 1، 1988 .

2- محمـد بـن مكـرم بـن منظـور، لسـان العـرب، المجلـد السـادس، بـاب السـين، دار صـادر بيروت، 1994.

ثالثا: الدستور

- دســتور 2016 رقــم 16-01 المــؤرخ فــي 6 مــارس 2016، ج ر، عــدد 14، الصــادرة فــي 7 مــارس 2016 والمتضــمن تعــديل دســتور 1996، المــؤرخ فــي 8 ديسمبر 1996،ج ر، عدد 76، الصادرة في 8 ديسمبر1996.

رابعا: النصوص القانونية

أ/ القوانين:

1- القــانون العضــوي رقــم 11-13 مــؤرخ فــي 14 شــعبان 1432 الموافــق ل 26 يوليــو سـنة 2011 يعـدل ويـتمم القـانون العضـوي رقـم 98-01 والمتعلـق بإختصـاص مجلـس الدولـة وتنظيمه وعمله، المؤرخ في 30-05-1998.

2- القــانون 01/06، المــؤرخ فــي 20 فيفــري 2006، المتعلــق بالوقايــة مــن الفســاد ومكافحته، ج ر، عدد 14، سنة 2006 .

3- القــانون رقــم 09/08 المــؤرخ فــي 25 فيفــري2008، المتضــمن قــانون الإجــراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 23 أفريل 2003 .

4- القـانون رقـم 10-05 المعـدل والمـتمم للأمـر رقـم 03-03، المتعلـق بالمنافسـة (الجريدة الرسمية رقم 46)، المؤرخ في 18 أوت 2010.

ب/ الأوامر

1- أمـر رقـم 96 – 22، المـؤرخ فـي 09 جويليـة 1996، المتعلـق بقمـع مخالفـة التشـريع والتنظـيم الخاصـين بالصـرف وحركـة رؤوس الأمـوال مـن الـوالي إلـى الخـارج، ج ر، عـدد 2 بتاريخ 1996 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10 – 03 مؤرخ في 26 اوت 2010 .

2- أمـر رقـم 03 – 03 المـؤرخ فـي 19 – 07 2003، المتعلـق بالمنافسـة المعـدل والمـتمم بالقـانون رقـم 08 – 12 المـؤرخ فـي يوليـو 2008 المعـدل والمـتمم بالقـانون 10- 05 المـؤرخ في 15 أوث 2010.

ج/ المراسيم

- المرسـوم الرئاسـي رقـم 15 – 247 المـؤرخ فـي 16 سـبتمبر سـنة 2015، المتضـمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50 .

خامسا: المؤلفات

باللغة العربية

1- أبـو العـز علـي محمـد أحمـد، التجـارة الإلكترونيـة فـي الفقـه الإسـلامي، ط1، دار النفـائس الأردن، 2008.

2- أحمد محرز، الحق في المنافسة المشروعة، مصر، دار الكتب القانونية، 2004

3- أحسـن بوسـقيعة، الـوجيز فـي القـانون الجزائـري الخـاص، جـرائم المـال والأعمـال، جـرائم الفساد والتزوير، دار هومة، الجزائر 2005.

4- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف مصر، 2006.

5- بربـارة عبـد الرحمـان، شـرح قـانون الإجـراءات المدنيـة والإداريـة رقـم 09/08 المـؤرخ فـي 23 فيفري 2008، دار البغدادي، الطبعة الثانية 2009.

6- بايـة سـكاكني، دور القاضـي الإداري بـين المتقاضـي والإدارة، الطبعـة الأولـى، دار هومـة للنشر، الجزائر، 2006.

7- بشـير بلعيـد، القضـاء المسـتعجل فـي الأمـور الإداريـة مطلـع عمـار قرفـي، باتنـة الجزائـر، 1993

8- بودريـوة عبـد الكـريم، إشـكالات القضـاء الإداري الإسـتعجالي فـي مـادة الصـفقات العموميـة، معهد العلوم القانونية، المركز الجامعي الوادي، 2011.

9- جـورجي شـفيق سـاري، قواعـد وأحكـام القضـاء الإداري، 510، دار النهضـة العربيـة للنشـر القاهرة

10- خرشـي النـوي، تسـيير المشـاريع فـي إطـار تنظـيم الصـفقات العموميـة، دار الخلدونيـة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

11- رشـيد خلـوفي، قـانون المنازعـات الإداريـة، الجـزء الثـاني، ديـوان المطبوعـات الجامعيـة 2013

12- زينـة غـانم عبـد الجبـار الصـفار، المنافسـة غيـر المشـروعة للملكيـة الصـناعية (دراسـة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007

13- سـليمان محمـد الطمـاوي، الـوجيز فـي القضـاء الإداري ،دراسـة مقارنـة، دار الفكـر العربـي، القاهرة، 1985 .

14- سـليمان محمـد الطمـاوي، القضـاء الإداري، قضـاء الإلغـاء دار الفكـر العربـي، مصـر 1996.

15- عمـر بـاهي يـونس، الغرامـة التهديديـة كوسـيلة لإجبـار الإدارة علـى تنفيـد الأحكـام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2001

16- عمـار بوضـياف، شـرح تنظـيم الصـفقات العموميـة، جسـور للنشـر والتوزيـع، الجزائـر، 2011.

17- عمـار بوضـياف، شـرح تنظـيم الصـفقات العموميـة الطبعـة الثالثـة، دار الجسـور والنشـر للتوزيع، 2011.

18- عـامر الكبيسـي، الفسـاد والعولمـة تـزامن لا توأمـة، الإسـكندرية، مصـر، المكتـب الجـامعي الحديث، 2005.

19- عـزري الـزين، الأعمـال الإداريـة ومنازعاتهـا، مطبوعـات مخبـر الإجتهـاد القضـائي وأثـره على حركة التشريع، الجزائر، 2010.

20- عـادل غـزي، دليـل الشـراء خـارج إطـار الصـفقات العموميـة، نشـريات معجـم الأطـرش للكتاب المختص، تونس، 2011.

21- عمـار عوابـدي، دعـوى تقـدير الشـرعية فـي القضـاء الإداري، دار هومـة الجزائـر، 2007.

22- عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة ،الجزائر، 1999

23- عمـار عوابـدي، قضـاء التفسـير فـي القـانون الإداري، دار هومـة للنشـر والتوزيـع الجزائـر، 2002.

24- عمـار عوابـدي، النظريـة العامـة للمنازعـات الإداريـة فـي النظـام القضـائي الجزائـري، الجـزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية.

25- علـى خطـار شـنطاوي، موسـوعة القضـاء الإداري، الجـزء الأول، دار الثقافـة للنشـر والتوزيع، عمان 2008.

26- عطاء الله بوحميدة، الوجيز في القضاء الإداري دار هومة، الجزائر ،2011

27- عمـار عوابـدي، القـانون الإداري، الجـزء الثـاني، ديـوان المطبوعـات الجامعيـة، الجزائـر، سنة 2000.

28- عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية ،2005

29- لحسـن بـن الشـيخ أث ملويـا، المنتقـى فـي قضـاء الإسـتعجال الإداري، دار هومـة، الجزائـر 2007

30- مسـعود شـيهوب، المبـادئ العامـة للمنازعـات الإداريـة نظريـة الإختصـاص الجـزء الثـاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

31- مهنـد مختـار نـوح، الإيجـاب والقبـول فـي العقـد الإداري، الطبعـة الأولـى، منشـورات الحلبـي الحقوقية، لبنان، 2005.

32- محمـد فـؤاد عبـد الباسـط، العقـد الإداري (المقومـات، الإجـراءات، الأثـار)، دار الجامعـة الجديدة للنشر والتوزيع، سنة 2006.

33- محمـد أحمـد الشـهداني، شـرح قـانون العقوبـات ن القسـم الخـاص فـي القـانون الوضـعي والشرعية الإسلامية، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001

34- محمـد الصـغير بعلـي، الوسـيط فـي المنازعـات الإداريـة، دار العلـوم للنشـر والتوزيـع، عنابة 2009، ص 217 .

35- محمـد الصـغير بعلـي، الـوجيز فـي الإجـراءات القضـائية الإداريـة، دار العلـوم للنشـر والتوزيع، عنابة 2010.

36- محمـد صـغير بعلـي، القضـاء الإداري، دعـوى الإلغـاء، دار العلـوم للنشـر والتوزيـع، عنابة 2007.

37- محمـد صـغير بعلـي، المحـاكم الإداريـة (الغـرف الإداريـة) الطبعـة 05، الجزائـر، 2005.

38- محمـد رفعـت عبـد الوهـاب، القضـاء الإداري، قضـاء الإلغـاء (الإبطـال) قضـاء التعويض وأصول الإجراءات، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

39- نجم عبود نجم، أخلاقيات الإدارة ومسؤولية الأعمال، ط1، 2006.

40- ياسر كمال، جرائم الرشوة وإستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

باللغة الأجنبية

1- Benoit Francis, Paul, le droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.

Charles Debbash , contentieux administratif, Dalloz, paris. 1975.

3- Delaubadere André venezia (j-c) Gaudement (y) traite de droit administratif, paris, 1999.

4- Lajoye Christophe, droits des marchés publics ,Berti Edition Alger 2007.

سادسا: الرسائل والمذكرات

- **مذكرات الماستر**

1- الطايعـة حسـين، الإسـتعجال مـا قبـل التعاقـد فـي مـادة العقـود والثقفـات العموميـة علـى ضـوء قـانون الأجـراءات المدنيـة والإداريـة، مـذكرة لنيـل شـهادة الماسـتر فـي الحقـوق تخصـص تنظـيم إداري، جامعة تبسة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014-2015.

2- بلعـايش شـيراز، الرقابـة القضـائية علـى أعمـال الإدارة، مـذكرة مقدمـة لنيـل شـهادة الماسـتر فــي الحقـوق، تخصــص قــانون إداري، جامعــة بســكرة، كليــة الحقــوق والعلــوم السياســية، ســنة 2014-2015.

3- بوفكـار أسـيا، الإشـهار فـي الصـفقات العموميـة، مـذكرة لنيـل شـهادة الماسـتر جامعـة الشـيخ العربي تبسي، كلية الحفوق والعلوم السياسية، تبسة 2014-2015.

4- خوجــة منيــر، مــذكرة لنيــل متطلبــات شــهادة الماســتر أكــاديمي بعنــوان : " الــدعوى الإستعجالية في المواد الإدارية " جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2013.

5- سـعيد فـؤاد، إمتـداد قـانون المنافسـة إلـى الصـفقات العموميـة فـي التشـريع الجزائـري، مـذكرة لنيـل شــهادة الماســتر فــي الحقــوق تخصــص قــانون إداري، جامعــة بســكرة، الموســم الجــامعي 2013/2014.

6- مسـعي أنـور، مبـادئ الصـفقة العموميـة وتطبيقاتهـا فـي التشـريع الجزائـري، مـذكرة مقدمـة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري جامعة تبسة، الجزائر 2014/2015.

7- وانـيس أحـلام، المنافسـة فـي ميـدان الصـفقات العموميـة، مـذكرة ماسـتر، تخصـص قـانون إداري، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/2014.

- **مذكرات الماجستير**

1- بـن بشـير وسـيلة، ظـاهرة الفسـاد الإداري والمـالي فـي مجـال الصـفقات العموميـة، مـذكرة النيل درجة الماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، الجزائر 2013.

2- بعـيط عائشـة، الوسـائل القانونيـة والوقائيـة المعتمـدة لضـمان مبـدأ المنافسـة فـي الصـفقات العموميــة، مــذكرة مقدمــة لنيــل شــهادة الماجســتير، جامعــة الجزائــر كليــة الحقــوق،2002-2003.

3- بـن أحمـد حوريـة، دور القاضـي الإداري فـي حـل منازعـات المتعلقـة بالصـفقات العموميـة، مـذكرة تخـرج لنيـل شـهادة الماجسـتير، تخصـص قـانون عـام، جامعـة تلمسـان، كليـة الحقوق، السنة 2010 -2011.

4- زيـات نـوال، الإشـهار فـي الصـفقات العموميـة فـي القـانون الجزائـري، مـذكرة لنيـل شـهادة الماجستير في القانون، الجزائر ،2013.

5- لجلـط فـواز، دور الـدعوى الإداريـة فـي حمايـة مبـدأ المشـروعية مـذكرة مقدمـة لنيـل شـهادة الماجسـتير فـي الحقـوق، فـرع الدولـة والمؤسسـات العموميـة، جامعـة الجزائـر 1، 2007-2008.

- **رسائل الدكتوراه**

1- بوجـادي عمـر، إختصـاص القضـاء الإداري فـي الجزائـر، رسـالة لنيـل درجـة دكتـوراه فـي القانون، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2011/2010.

2- تيـاب نادية، أليـات مواجهـة الفسـاد فـي مجـال الصـفقات العموميـة، رسـالة لنيـل شـهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2013.

3- حاحـة عبـد العـالي، الأليـات القانونيـة لمكافحـة الفسـاد الإداري فـي الجزائـر، أطروحـة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، 2012-2013.

4- حمـدي حسـن الحلفـاوي، ركـن الخطـأ فـي مسـؤولية الإدارة الناشـئة مـن العقـد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2001 .

سابعا: المقالات

1- براهيمـي حنـان، قـراءة فـي أحكـام المـادة 25 مـن القـانون 01/06 المتعلـق بالوقايـة مـن الفساد ومكافحته مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 05، سبتمبر 2009.

2- بـروك حليمـة، دور الطعـن الإسـتعجالي السـابق للتعاقـد فـي مكافحـة الفسـاد فـي العقـود والصـفقات العموميـة، مجلـة الفكـر كليـة الحقـوق والعلـو م السياسـية، بسـكرة، الجزائـر ،2006، العدد 11.

3- بزاحـي سـلوى، رقابـة القضـاء الإسـتعجالي قبـل التعاقـدي فـي مجـال الصـفقات العموميـة فـي التشـريع الجزائـري، المجلـة الأكاديميـة للبحـث القـانوني كليـة الحقـوق والعلـوم السياسـية بجامعة بجاية، السنة 2012-2013 المجلد 05، العدد 01.

4- حسـين فريحـة، الإسـتعجال الإداري فـي أحكـام القضـاء الإداري الجزائـري، مجلـة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، الجزائر ،2003.

5- عـارف صـالح مخلـف، علـي مخـاف عمـاد ، "مبـدأ حريـة التعاقـد بالمناقصـة " مجلـة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05.

ثامنا: الملتقيات

1- بـودالي محمـد، الملتقـى الـدولي حـول الوقايـة والفسـاد فـي الصـفقات العموميـة يـومي 24 و25 أفريل 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس.

2- بوكحيـل ليلـى، مداخلـة بعنـوان، دور القضـاء الإداري فـي حمايـة مبـدأ حريـة المنافسـة، الملتقـى الـوطني حـول " حريـة المنافسـة فـي القـانون الجزائـري " يـومي 03-04 أفريـل 2013، جامعة باجي مختار عنابة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

3- بومقـورة سـلوى، مداخلـة بعنـوان : رقابـة القضـاء الإسـتعجالي قبـل التعاقـدي فـي مجـال الصـفقات العموميـة فـي التشـريع الجزائـري الملتقـى الـوطني السـادس حـول دور قـانون الصـفقات العمومية في حماية العالم، جامعة بجاية، 2013.

4- تيـاب نادية، مداخلـة بعنـوان "تكـريس مبـدأ حريـة المنافسـة فـي مجـال الصـفقات حمايـة للمـال العـام"، الملتقـى اوطنـي السـادس حـول دور الصـفقات العموميـة فـي حمايـة المـال العـام، جامعـة المدية، كلية الحقوق يوم 20 ماي 2013.

5- عثامنيــة كوســر، مداخلــة بعنــوان " خصوصــية العقوبــات فــي جـرائم المنافســة فــي التشــريع الجزائـري يـومي 51 و51 مـارس ، الملتقـى الـوطني حـول قـانون المنافسـة بـين تحريـر المبـادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة.

6- مشــهور عمــر، حديثــة الجــازي رئــيس الجمعيــة الأردنيــة للمنافســة، المــؤتمر الــوطني للمنافســة، ورقــة بعنــوان : الجمعيــة الأردنيــة للمنافســة " أهــدافها، غاياتهــا " بتــاريخ 23 و24 أيار 2005 .

تاسعا: المواقع الإلكترونية

1- أكـرور ميريـام، محاضـرات بعنـوان: التـزام المصـلحة المتعاقـدة بإعمـال المنافسـة فـي الصــفقات العموميــة، جامعــة الجزائــر "1" كليــة الحقــوق، ص 07 – المنشــور علــى الموقــع الإلكتروني:

Http:www.conseil.concurrence.dz/wp.Content/uploads/2015/12/trava

ux.Akour, meriem.pdf

الفهرس

الفهـــــرس

العناوين	رقم الصفحة
مقدمة	
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	**07**
المبحث الأول: ماهية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	**07**
المطلب الأول: مفهوم مبدأ المنافسة	**07**
الفرع الأول: تعريف مبدأ المنافسة لغة وإصطلاحا	**08**
أولا: المنافسة لغة	**08**
ثانيا: المنافسة إصطلاحا	**10**
الفرع الثاني: تعريف مبدأ المنافسة تشريعا وقضاءا	**11**
أولا: المنافسة تشريعا	**11**
ثانيا: المنافسة قضاءا	**12**
الفرع الثالث: مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة	**13**
المطلب الثاني: المبادئ الأساسية لحرية المنافسة	**14**
الفرع الأول : مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية	**15**
الفرع الثاني: المساواة في التعامل مع المترشحين	**16**
الفرع الثالث: شفافية الإجراءات	**18**
المطلب الثالث: الإستثناءات الواردة على مبدأ المنافسة	**19**
الفرع الأول: المنع لسبب قانوني	**20**
الفرع الثاني: المنع لشروط تفرضها الإدارة	**22**
المبحث الثاني: الإجراءات المكرسة لإعمال مبدأ المنافسة والجرائم المعرقلة له في مادة الصفقات العمومية	**23**
المطلب الأول: إلتزام الإدارة بإعمال المنافسة في مرحلة تحضير الصفقة	**24**
الفرع الأول: إحترام المنافسة عند تحديد الحاجات	**24**
الفرع الثاني: إحترام المنافسة عند إعداد دفاتر الشروط.	**25**
أولا: دفاتر البنود الإدارية العامة	**26**
ثانيا: دفاتر التعليمات التقنية المشتركة	**26**

ثالثا: دفاتر التعليمات الخاصة	**27**
الفرع الثالث: إلزام الإدارة بمعاملة متساوية للمترشحين	**28**
أولا: الإشهار	**28**
ثانيا: تمكين المترشحين من الوثائق	**29**
ثالثا: أجل تحضير العروض	**30**
المطلب الثاني: إلتزام الإدارة بأعمال المنافسة عند إبرام وإرساء الصفقة	**31**
الفرع الأول : جعل طلب العروض كقاعدة عامة للإبرام	**31**
الفرع الثاني: تحديد وتأطير اللجوء إلى التراضي	**33**
الفرع الثالث: إلتزام اللجان بإعتماد المنافسة وإعمالها	**34**
أولا: لجنة فتح الأظرفة	**34**
ثانيا: لجنة تقييم العروض	**36**
المطلب الثالث: الجرائم المعرقلة لمبدأ المنافسة في مادة الصفقات العمومية	**38**
الفرع الأول : جريمة الرشوة	**38**
الفرع الثاني: جريمة المحاباة	**40**
الفرع الثالث: جريمة إستغلال نفوذ أعوان الدولة	**41**
الفصل الثاني: الرقابة القضائية على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية	**46**
المبحث الأول: رقابة قاضي الموضوع على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية	**47**
المطلب الأول: دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير	**47**
الفرع الأول: تعريف دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير	**48**
أولا: تعريف دعوى فحص المشروعية	**48**
ثانيا: تعريف دعوى التفسير	**49**
الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى فحص المشروعية ودعوى التفسير	**49**
أولا: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى فحص المشروعية	**49**
ثانيا: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى التفسير	**51**
المطلب الثاني: دعوى الإلغاء	**53**
الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء	**53**
الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى الإلغاء	**54**

المطلب الثالث: دعوى القضاء الكامل	**55**
الفرع الأول: تعريف دعوى القضاء الكامل	**56**
الفرع الثاني: حماية مبدأ المنافسة من خلال دعوى القضاء الكامل	**57**
المبحث الثاني: رقابة قاضي الاستعجال على مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية	**59**
المطلب الأول: مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي	**60**
الفرع الأول: تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي	**60**
الفرع الثاني: أسباب التكريس القانوني للاستعجال قبل التعاقدي	**61**
الفرع الثالث: شروط قبول الدعوى الاستعجالية	**63**
أولا: الشروط العامة لرفع الدعوى الاستعجالية	**63**
ثانيا: الشروط الخاصة لرفع الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	**65**
المطلب الثاني: إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية وضماناتها	**68**
الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية	**68**
أولا: العريضة والشروط المتعلقة بها	**69**
ثانيا: التكليف بالحضور (استدعاء المدّعي عليه)	**70**
ثالثا: التبليغ	**70**
الفرع الثاني: ضمانات الدعوى الاستعجالية	**70**
المطلب الثالث: الفصل في الدعوى الاستعجالية	**72**
الفرع الأول: الإجراءات التحفظية	**72**
أولا: سلطة الأمر بالامتثال	**72**
ثانيا: سلطة فرض غرامة تهديدية	**73**
ثالثا: سلطة تأجيل إمضاء الصفقة	**75**
الفرع الثاني: الإجراءات القطعية	**76**
أولا: سلطة إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد	**76**
ثانيا: سلطة إبطال بعض الشروط التعاقدية	**77**
ثالثا: تقييم سلطات القاضي الاستعجالي للتعاقد	**78**
الفرع الثالث: الطعن في الأمر الاستعجالي قبل التعاقدي	**79**
أولا: مدى حجيّة الأمر الصادر في الدعوى الاستعجالية	**79**

ثانيا: الاستئناف في الأمر الاستعجالي السابق للتعاقد	**79**
ثالثا: المعارضة في الأمر الاستعجالي السابق للتعاقد	**80**
خاتمة	**84**
قائمة المراجع	**88**
الفهرس	**99**

ملخص

تتمحور الدراسة حول بحث أسس وركائز الحماية القانونية المستمدة من المنظومة التشريعية والتنظيمية المؤطرة لممارسة حرية المنافسة، ودور الهيئات القضائية في تعزيزها، مع مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها قواعد المنافسة المقررة في ميدان الصفقات العمومية والتي لها هدف مزدوج، بحيث تسعى إلى تكريس حقوق ومصالح المترشحين في الوصول لنيل الصفقات العمومية والمساواة بينهم في هذا الشأن، بالموازاة مع مراعاة ما تقتضيه مسؤولية المقررين العموميين من حرية وسلطات عند وضع الصفقة محل للمنافسة، بهدف إنجاح المشاريع التي يتوقف عليها حسن سير المرافق العمومية واستمراريتها.

حرص المشرع الجزائري على خلق آليات لحماية مبدأ المنافسة، وهذا من خلال وجوب مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات. كما تلعب رقابة القاضي الإداري دورا جوهريا في ضمان حقوق المتنافسين عند تجاوز الإدارة للسلطات الممنوحة لها.

الكلمات المفتاحية: المنافسة، الصفقات العمومية، القاضي الإداري، المقررين العموميين، الطلبات العمومية.

Abstract:

This study focuses on researching bases and pillars related to the legal protection of freedom of competition derived from the legislative and regulatory system. Also, the role of judicial bodies in enhancing it, taking into account the peculiarity of competition rules established in the field of public transactions which have a dual purpose, so it aims to make equality between candidates by insuring their rights and interests to reach and win public contracts, in parallel, taking into account freedom and authorities required by public officials when the transaction is positioned, in order to ensure the success of projects on which depends the proper functioning and continuity of public services.

Algerian legislator was careful to create mechanism that protects the principle of competition, and this is through respecting principles of: free access to public requests, equality between candidates and procedures transparency. Similarly, administrative judge control plays an essential role in ensuring competitors rights if the administration exceeds its granted authorities.

Keywords: competition, public transactions, administrative judge, public officials, public requests.