

مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية المضمون والحدود

The equality principle between economic dealers in the stage of concluding public transactions: content and borders

وافية داهل

Wafia DAHEL

أستاذ محاضر قسم ب، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف-2

Mohammet Lamin DEBBAGHIN univercity, setif-2

daheldahel@gmail.com

تاريخ النشر: 2021/06/28

تاريخ القبول: 2021/01/18

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/03

ملخص:

ألزم قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بإعداد إجراءات إبرام الصفقات العمومية على أساس مبدأ المساواة في التعامل مع المرشحين باعتباره أحد مبادئ الصفقة العمومية، وتستهدف هذه الورقة البحثية بيان مدى توفيق المشرع في تحديد مضمون المبدأ وآليات وحدود تطبيقه في مرحلة إبرام الصفقة العمومية وأثر ذلك على القانون الاقتصادي الجزائري.

حيث يقع على المصلحة المتعاقدة في مرحلة الإبرام ضبط شروط مشاركة وانتقاء المترشحين وتحديد آجال تحضير وإيداع العروض على نحو يفتح المجال لأكثر عدد ممكن من المتنافسين فضلا عن إلزامها بإشهار الصفقة وتمكين المواطنين من الاطلاع على الوثائق المرتبطة بها.

غير أن الحفاظ على المصلحة العامة والمال العام كان مبررا للخروج عن التطبيق المطلق لمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقة العمومية، إذ منح القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اللجوء إلى التراضي لإبرام الصفقة العمومية وفي إقصاء بعض المرشحين من المشاركة، والإقرار باستفادة المنتج الوطني بخاصة بأفضلية عوض منحها لمقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وفقا للقاعدة العامة.

كلمات مفتاحية: المساواة، المتعامل، الصفقة العمومية، المصلحة العامة.

Abstract: *The Public Transactions Law obligated the contracting authority to prepare procedures for concluding public transactions on the base of the principle of equality in dealing with candidates as one of the principles of the public transaction. This research paper aims to demonstrate the extent of the legislator's success in*

defining the content of the principle and the mechanisms and limits of its application at the stage of concluding the public transaction and its impact on Algerian Economic law

The contracting authority falls at the concluding stage to set conditions for the participation and selection of candidates, and to set deadlines for preparing and depositing proposals in a way that opens the way to the largest possible number of competitors, as well as obligating it to announce the transaction and enable citizens to view the documents associated with it.

However, preserving the public authority and public money was a justification for deviating from the absolute application of the principle of equality between economic dealers in the stage of concluding the public transaction, as the law granted the contracting authority discretionary power to resort to mutual consent to conclude the public transaction, and to exclude some candidates from participation, and to acknowledge the benefit of the national product by a margin of preference instead of being granted to the best bidder in terms of economic advantages, according to the general rule.

Key words:

Equality, Dealer, Public transaction, Public interest.

مقدمة:

يستلزم النهوض بالاقتصاد الوطني، مراعاة الصفقات العمومية كواحد من أهم دعوماته لمبدأ جوهري يتعلق بالمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين المترشحين للطلب العمومي، والمقصود بالمساواة في الصفقات العمومية تحقيق نفس الفرصة لكل المتقدمين لنيل الصفقة العمومية دون تمييز بينهم، بأن لا يتم إعفاء بعضهم من شروط معينة أو إضافة شروط أخرى للبعض الآخر.

وقد حرص المؤسس الدستوري الجزائري على تكريس مبدأ المساواة باعتباره ركيزة أساسية لحقوق الأفراد وحررياتهم، لكن التنصيص الدستوري لا يكفي إن لم تستتبعه نصوص قانونية تفعل المبدأ وتضمن تطبيقه. وعلى هذا الأساس، فقد ألزمت المراسيم المتوالية النازمة للصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بوجوب مراعاة جملة من المبادئ في الصفقات العمومية من أجل ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام،¹ وهذه المبادئ هي حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

كما ألزمت المؤسسات العمومية الاقتصادية بإعداد إجراءات إبرام الصفقات العمومية حسب خصوصيتها على أساس مجموعة من المبادئ منها مبدأ المساواة في التعامل مع المرشحين رغم أن المرسوم الرئاسي 247/15 كان قد استثنى من الخضوع لأحكام الإبرام الواردة ببابه الأول.²

نحاول في هذه الورقة البحثية معرفة مدى كفاءة النظام القانوني للصفقات العمومية لمبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقة. ويتطلب ذلك منا تحديد مضمون مبدأ المساواة، والتعرض لحدود تطبيقه. وقد فرضت علينا طبيعة الإشكالية المطروحة اعتماد المنهج الوصفي التحليلي، من أجل وصف وتحليل مبدأ المساواة وبيان مضامينه من خلال النصوص القانونية المختلفة التي تحكم الصفقات العمومية.

المبحث الأول: مضمون مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقة:

لقد فرض الدستور على المؤسسات استهداف ضمان مساواة كل المواطنين في الحقوق والواجبات بإزالة كل العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع في الحياة السياسية والاقتصادية...³، كما أن المساواة في مجال الصفقات العمومية تعد من بين أهم المبادئ التي تحكم إبرامها والتي حرص المشرع على الالتزام بها، وتطبيقا لذلك تلتزم المصلحة المتعاقدة بكفالة حق تقديم العروض لكل المتعاملين الراغبين بالاشتراك في الصفقة العمومية والذين استوفوا الشروط القانونية المطلوبة، وذلك حتى في الحالات التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة مؤسسة عمومية اقتصادية أو أي هيئة أخرى غير خاضعة لأحكام المحاسبة العمومية مهما كان نوعها تستعمل أموالا عمومية⁴.

ويبدو تطبيق مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية جليا سواء من خلال الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء (المطلب الأول)، أو من خلال ضرورة مراعاة العلنية في المعلومات المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية (المطلب الثاني)، أو من خلال اشتراط الموضوعية والدقة في اتخاذ المصلحة المتعاقدة للقرارات المرتبطة بها (المطلب الثالث)، وهي المضامين التي كرسها المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية رقم 247/15، وكذا قانون مكافحة الفساد والوقاية منه الذي اشترط ضرورة تأسيس الإجراءات في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية، والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ومكرسة خاصة: العلنية في المعلومات، الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء، معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات، ممارسة كل طرق الطعن وإدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية⁵.

المطلب الأول: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء:

تتولى المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة، تحديد حاجاتها قبل الشروع في إجراءات إبرام الصفقات العمومية بإعداد المواصفات الطبيعية والتقنية والوظيفية لها وفق مقاييس مضبوطة وهو ما تضمنه دفتر الشروط (الفرع الأول)، كما تستقل بتحديد كيفية وآجال إيداع العروض من المترشحين (الفرع الثاني) إلا أنه يقع عليها في مقابل هذا الامتياز مراعاة تحقيق المساواة بين كل العارضين.

الفرع الأول: دفتر الشروط:

إن تحديد المصلحة المتعاقدة لاحتياجاتها يشكل مرحلة أساسية في مجال الصفقات العمومية، ولذلك فعليها التعبير بكل وضوح وقدر الإمكان عن هذه الاحتياجات بتحديداتها كما ونوعا، وتحديد خصائصها الفنية والتقنية بشكل دقيق لما لذلك من أثر على تطبيق مبدأ المساواة في هذه المرحلة.

ويعتبر إعداد دفتر الشروط أول حلقة من حلقات إبرام الصفقة العمومية، ويتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة، وطريقة منحها والوثائق المكملة لها والمطلوبة من المترشحين، والأسس المعتمدة في اختيار المتعامل المتعاقد وكذلك كيفية تنقيط العرضين التقني والمالي. ويستمد دفتر الشروط أهميته من صيغته الوجوبية التي تظهر امتيازاً للمصلحة المتعاقدة مقارنة مع المتعامل معها، حيث يتضمن جملة من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في غيرها من العقود الإدارية وعقود القانون الخاص.

وافية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

وقد أكد المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية أن دفتر الشروط هو المعيار المعتمد لإبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، محمدا أنواع هذه الدفاتر ومبرزا دور كل منها⁶.

وتتمثل أمواع دفاتر الشروط في:

- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.

- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية.

ويوضع دفتر الشروط النموذجي تحت تصرف المترشحين للمشاركة متضمنا شروط قبول العروض ومعايير ترتيبها على نحو يمكّن من اختيار أفضل عرض من الناحية الاقتصادية.

وإعمالا لمبدأ المساواة لا ينبغي أن يحتوي دفتر الشروط صراحة أو ضمنا، إشارات يلمس من خلالها التمييز بين المتعهدين عند تحديد المتوج أو الخدمة موضوع الصفقة بشكل حصري أو حتى إبراز معايير انتقاء وتقييم مسبقة تخص متعاملا واحدا دون سواه.⁷

ونظرا لأن الجانب الأخلاقي يلعب دورا ذا أهمية بالغة في تحقيق المساواة، إذ بتوفره لدى موظفي المصلحة المتعاقدة يصبح تكريس هذا المبدأ أمرا طبيعيا بل واجبا، وعلى الرغم من جهود المشرع في حماية مجال الصفقات العمومية وتأطيرها بنصوص قانونية صارمة للحفاظ على المال العام، كقانون مكافحة الفساد والوقاية منه 01/06، إلا أن الواقع العملي أثبت أن موظفي المصلحة المتعاقدة قد يقومون ببعض التصرفات التي تعد خرقا لمبدأ المساواة أمام القانون باستعمال طرق احتيالية لتوجيه الصفقات العمومية.

حيث يعتبر منافيا لمبدأ المساواة التقدير المبالغ فيه للاحتياجات أو في مبلغ الصفقة، مما يجعل المصلحة المتعاقدة تشترط مشاركة مقاولات مصنفة، وهو ما يفتح الباب للتحويل خاصة عند تواطؤ الموظفين المكلفين بالتصنيف مع بعض المقاولات بعدم الفحص والتدقيق في ملف التصنيف.⁸

كما يخل التقدير الذي ينقص من حجم المشروع بمبدأ تكافؤ الفرص في الصفقات العمومية، سواء كان في صورة عدم احتساب بعض المراحل أو الإنقاص من الحاجيات، إذ ينتج عنه إحجام بعض المتعاملين المميزين أو أصحاب الكفاءات عن المشاركة.

وقد تستند المصلحة المتعاقدة إلى مبرر الحصول على مشاركة واسعة أو مبرر المزايا الاقتصادية التي تفرضها الصفقة العمومية لتجزئتها إلى عدة صفقات، في حين يكون السبب الحقيقي تمرير الصفقة لمتعاملين معينين لا يمكنهم نيل الصفقة بشكلها الأصلي نظرا لعدم كفاية إمكانياتهم المادية أو لمحدودية مؤهلاتهم التقنية.⁹

كما قد يكون التحايل بتوجيه دفتر الشروط، بأن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى تعيين مواصفات دقيقة لا تتوفر إلا في متعهد واحد ومعروف بانفراده بتقديم منتج في مجال معين، كما يمكن أن تقوم بتضمين دفتر الشروط مواصفات مبالغ فيها أو تتجاوز المعايير الموضوعية المعروفة، ما يؤدي إلى إبعاد غير مباشر لمعاملين اعتقاداً منهم بعدم أهليتهم لإنجاز المشروع، إضافة إلى أن المصلحة المتعاقدة قد تلجأ إلى اعتماد عملية تنقيط غير موضوعية تجعل دفتر الشروط موجهة لشخص أو جماعة معينة. وهذا على الرغم من صراحة نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تلزم المصلحة المتعاقدة "بإعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهها بدقة، استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس و/أو نجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية. ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

الفرع الثاني: ضبط كيفية وآجال تحضير وإيداع العروض:

منح المرسوم الرئاسي 247/15 بموجب المادة 66 المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد آجال تحضير العروض بالنظر إلى تعقيد الصفقة المعترم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصالها، إلا أنه ألزمها في الوقت ذاته بتحديدتها على نحو يفسح المجال واسعاً أكبر عدد ممكن من المتنافسين¹⁰، حيث حول القانون المصلحة المتعاقدة تحديد أجل تحضير العروض بالاستناد إلى تاريخ أول نشر لإعلان المنافسة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، وهذا على عكس المرسوم السابق الذي تضمن آجالاً محددة لتحضير العروض استناداً إلى الإجراء المختار لإبرام الصفقة.

وعلى ذلك، فإذا كانت الإدارة حرة في اختيار تاريخ بدء الأجل إلا أنه لا يجب أن يكون قصيراً جداً لأن ذلك يتنافى ومبدأ المساواة.¹¹ كما أنه يؤثر على نوعية العروض المقدمة من قبل المتنافسين.

وللإدارة بموجب المادة الفقرة الثانية من المادة 66 تمديد أجل العروض إذا اقتضت الظروف ذلك كحالة عدم استقبالها لأي عرض، أو استقبال عروض ضعيفة، إلا أنها ملزمة -مراعاة للمساواة- بإعلام كل المترشحين بكل الوسائل. ويظهر الحرص على تحقيق المساواة في قانون الصفقات العمومية واضحاً من خلال تمكين لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض من استدعاء المتعهدين لاستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، إذ في ذلك منحهم فرصاً متكافئة في الظفر بالصفقة عوض رفض عروضهم شكلاً على اعتبار شكلية الوثائق الناقصة وعدم ارتباطها بالتقدير المالي للمرشح.¹²

المطلب الثاني: علنية المعلومات المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية:

يستمد الحق في المعلومة في مجال الصفقات العمومية أساسه من العديد من النصوص القانونية على رأسها الدستور الذي جعل الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها مضمونين للمواطن،¹³ وذلك باعتبار العلنية طريقاً لكسب ثقة الجمهور في نزاهة الإدارة، وتحقيق المساواة بين المواطنين في الانتفاع بخدماتها.

واقية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

ويظهر تكريس المشرع لمبدأ المساواة بإلزام المصلحة المتعاقدة بمراعاة العلنية في المعلومات المتعلقة بإجراءات الصفقة العمومية من خلال اشتراطه لإشهار الصفقات العمومية (الفرع الأول)، وكذا من خلال تمكين المواطنين من الاطلاع على الوثائق المتعلقة بالصفقات العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإعلان والإشهار الصحفي:

الإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد والمواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء الصفقة، وهو إجراء ضروري لإبرام الصفقات العمومية تبرز أهميته في خلق جو تنافسي حقيقي بين المتعاملين الاقتصاديين، ذلك أن الراغب في التعاقد قد لا يعلم بحاجة الإدارة إلا عن طريق الإعلان، كما أنه يحول بينها وبين قصر عقودها على طائفة من المترشحين،¹⁴ إذ الهدف من اشتراطه هو تحقيق فعالية الطلب العام وتكريس مبدأ المساواة.

إن تأسيس العلاقة التعاقدية في الصفقات العمومية في المجال الاقتصادي على مبادئ المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 وخاصة منها مبدأي حرية الوصول للطلب العمومي والمساواة بين المتعهدين، يقرب قاعدة الاختيارية في الإشهار، إذ الأصل في الإشهار في المجال الاقتصادي الاختيار، فكل مشروع استثماري يحتاج للتعريف به لدى المستهلك لجلب أكبر عدد من الزبائن، لكن دخول المصلحة المتعاقدة في علاقة تعاقدية مع المتعاملين الاقتصاديين يجعل الإشهار إجراءً إلزامياً.¹⁵

لقد أُلزم المرسوم الرئاسي 247/15 المصلحة المتعاقدة بالإشهار الصحفي في جميع طرق إبرام الصفقات العمومية- باستثناء التراضي البسيط -وبين محتويات الإعلان بدقة،¹⁶ حيث يجب أن يتضمن الإعلان:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقمها الجبائي.

- طريقة إبرام الصفقة،

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،

- موضوع العملية،

- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة ومكان إيداع العروض

- مدة تحضير العروض ومدة صلاحيتها.

- التقديم في ظرف يكتب عليه "لا يفتح"، ومراجع الصفقة.

- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة بما في ذلك المواصفات التقنية والمقاييس واجبة التوفر في المنتوجات أو

الخدمات وكذلك الرسوم والتصاميم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر.

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة

- الوثائق التكميلية المطلوبة من المترشحين.

- العنوان الدقيق الذي ترسل إليه التعهدات، وكيفية التسديد وساعة فتح الأظرفة.

وهي كلها بيانات جوهرية يترتب على إغفال أحدها بطلان الصفقة. كما اشترطت المادة 65 تحريره باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، حتى يتمكن جميع المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة، ويفتح باب الاستثمار أمام المتعاملين الأجانب. كما استلزمت نشره إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، والتي تم استحداثها بموجب المنشور رقم 116/84 المؤرخ في 12 ماي 1984 بناء على تقرير وزير التجارة، وتطبيقا للمواد 45 و102 من المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، كما يجب نشره على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين.

أما بالنسبة لطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها والتي تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 65 إذا لم تتجاوز مبالغ معينة فيكون النشر في الجرائد المحلية أو الجهوية وإصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية للولاية، ولكافة بلديات الولاية، لغرف التجارة والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة للولاية، وكذا في مقر المديرية التقنية المعنية في الولاية.

ويعزى مبرر اللجوء إلى الإشهار المحلي إلى مدى الأهمية الاقتصادية للطلب العمومي، فمن جهة المصلحة المتعاقدة لها اختصاص إقليمي، كما أن عدم ارتفاع المبلغ المالي التقديري للطلب العمومي يغني عن الإشهار الوطني،¹⁷ الذي يصبح إجباريا في غياب أحد هذين المعطين.

غير أن للإدارة الخروج عن قاعدة الإشهار طبقا لقانون الصفقات العمومية في حالتين:

- حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية

- حالة الصفقات التي تتطلب سرعة في اتخاذ القرار، وهي الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها، وقد خول المرسوم الرئاسي 247/15 الوزير المكلف بالتجارة والوزير المكلف بالمالية والوزير المعني تحديد قائمة هذه المنتجات والخدمات بموجب قرار مشترك.¹⁸

غير أن الواقع العملي أثبت أن المصلحة المتعاقدة تستغل امتياز السلطة التقديرية المخول لها للخروج عن تحقيق المساواة بين المترشحين سواء من خلال الجريدة التي تشهر فيها الصفقة، أو من خلال تفسيرها الخاص لحالة الاستعجال الملح والصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار.

الفرع الثاني: تمكين المرشحين من الوثائق:

تعد القدرة على الوصول إلى المعلومات والوثائق المرتبطة بأجهزة الدولة شرطا أساسيا من شروط الحكم الراشد، لذلك فإن الحق في الحصول على المعلومة بات حقا مكفولا دستوريا كما تبنته الكثير من الاتفاقيات والإعلانات الدولية.¹⁹

واقية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

وفي سبيل حمايته أنشئت العديد من المنظمات على رأسها منظمة المادة 19 التي تعنى بهذا الحق وكل ما يتعلق به، كما اعتبر يوم 28 سبتمبر من كل عام يوماً عالمياً للحق في المعلومة، وتم الاحتفاء به لأول مرة عام 2003 بعد تأسيس الشبكة العالمية للمدافعين عن حرية المعلومات بالعاصمة البلغارية صوفيا.

ويعترف المشرع الجزائري بحق المرشح في الاطلاع على الوثائق سواء من خلال القوانين الداخلية أو من خلال تصديقه على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تضمنه، ولقد صادقت الجزائر على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة.²⁰

فقد كرسه من خلال المادة 64 من قانون الصفقات العمومية بإلزام المصلحة المتعاقدة بأن تضع تحت تصرف المؤسسات دفتر الشروط وملف الاستشارة الذي يجب أن يحوي كل المعلومات الضرورية التي تشكل الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين وتمكّنهم من تقديم عروض مقبولة، وخاصة منها الوثائق الواجب توفرها حسب دفتر الشروط بالنظر لخصوصية الصفقة محل العرض وطابعها الاقتصادي والتقني، وصلاحيّة العرض وآجاله.

وذلك رغبة من المشرّع في تكريس مبدأ المساواة بفتح المجال لمشاركة أكبر عدد من المعنيين بموضوع الصفقة، خاصة وأنه جعل البيانات إلزامية يترتب على إغفالها بطلان الصفقة العمومية برمتها.

كما يستشف هذا التكريس أيضاً من خلال النص على تأسيس بوابة الكترونية للصفقات العمومية تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وإلزام المصالح المتعاقدة بوضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، ويرد المرشحون للصفقة على الدعوة بالطريقة ذاتها، وأن المعلومات والوثائق التي تعبر على البوابة تستعمل لتشكيل قاعدة بيانات، تستعمل في الإجراءات اللاحقة، كما لا تطلب من المتعهدين الوثائق التي يمكن المصلحة المتعاقدة طلبها بطريقة الكترونية.²¹

كما جعلت المادة 213 التي نصت على إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لدى الوزير المكلف بالمالية، من اختصاصاتها إعلام ونشر كل الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، غير أن القانون لم يمنحها استقلالية حقيقية من الناحية الوظيفية والعضوية وهو ما قد يؤثر سلباً على التطبيق الفعلي لمبدأ المساواة في الصفقات العمومية.

المطلب الثالث: الموضوعية والدقة في اتخاذ القرارات:

من البديهي أن ضمان تحقيق مبدأ المساواة في إبرام الصفقات العمومية يتحقق كلما تم الاعتماد في اتخاذ القرارات المرتبطة بها على الدقة والموضوعية، وذلك من خلال حسن اختيار المصلحة المتعاقدة لطريقة إبرامها (الفرع الأول)، واختيار المتعامل الاقتصادي المناسب لإبرام الصفقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحري الدقة في اختيار طريقة إبرام الصفقة العمومية:

تتحدد الدقة والموضوعية في اتخاذ القرارات المرتبطة بالصفقات العمومية بداءة في اختيار طريقة إبرامها، وفي هذا الإطار حرص قانون الصفقات العمومية على احترام مبدأ المساواة بإلزام المصلحة المتعاقدة بموجب المادة 59 على ضرورة تكييف طريقة الإبرام مع الأهداف المسطرة رغم أنه خوّلها حرية الاختيار وجعله من صلب اختصاصها.

حيث أن للإدارة إبرام الصفقة إما بتطبيق القاعدة العامة،²² وهي طلب العروض الذي ترسو فيه الصفقة على المتنافس الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، وطالما التزمت المصلحة المتعاقدة الموضوعية في ذلك على أساس الشروط التي ضمنتها في دفتر الشروط، فإنه مهما كانت طريقة طلب العروض: مفتوحا، أو محدودا، مع اشتراط قدرات دنيا، أو بطريق المسابقة، فليس فيه مساس بمبدأ المساواة.

أو أن تقوم الإدارة استثناء بإبرام الصفقة وفق إجراء التراضي الذي يقوم على تبادل الإرادة والتفاوض بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل. ومراعاة لمبدأ المساواة، فقد حصرت المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى التراضي البسيط،

أما التراضي بعد الاستشارة فهو طريق استثنائي لا تلجأ إليه الإدارة إلا في الحالات الواردة بالمادة 51 تفاديا لاستخدامه كسبيل للتخلص من القيود المفروضة عليها في اختيار المتعاقد معها عن طريق طلب العروض.

وضمنا منه لتقصي المساواة ألزم القانون الإدارة بتعليل اختيارها لطريقة الإبرام عند خضوعها لأي من أنواع الرقابة الممارسة عليها من السلطات المختصة،²³ وبذلك فرض المشرع تبرير الاختيار أمام السلطات الإدارية، والسلطات القضائية عند نظرها منازعات الصفقات العمومية.

الفرع الثاني: تحري الدقة والموضوعية في اختيار المتعامل الاقتصادي:

إن مبدأ المساواة في الصفقات العمومية لا يعني كفالة حق المشاركة للجميع، فللمصلحة المتعاقدة فرض ما تراه مناسبا من شروط لتحقيق الأهداف المسطرة من الصفقة، ويقع عليها بعد ذلك تحري المساواة بين كل من توفرت فيهم الشروط التي أعلنت عنها.

وعليه فقد نصت المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة استناد تقييم المصلحة المتعاقدة للترشيحات إلى معايير "غير تمييزية" لها علاقة مع موضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها، وأكدت ذلك المادة 78 بنصها على أن ترتبط معايير اختيار المتعامل ووزن كل منها "بموضوع الصفقة وغير تمييزية"، لذا يتعين على المصلحة المتعاقدة تحري الموضوعية في اختيار المتعامل القادر على إنجاز الصفقة حفاظا على المال العام وتحقيقا للمصلحة العامة، سواء من حيث الإمكانيات المادية والبشرية التي يقترحها أو الضمانات التي يقدمها.

ولذلك يتم عمليا إعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يخص الصفقة يرفق "بوثيقة التقديم" تتضمن ملخصا عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، تبرر من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المحصل عليها، يرسل إلى اللجنة المختصة للتأشير على قرار المنح المؤقت.²⁴

ويلاحظ أن قانون الصفقات العمومية حرصا على المساواة بين المترشحين، وعلى الرغم مما اتصفت به المادتان 54 و78 سالفتي الذكر من عمومية الألفاظ المستعملة والذي يفتح باب السلطة التقديرية للإدارة في تحديد معايير تقييم

الترشيدات، قد قيّد سلطة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في الاختيار إلى حدّ لا تملك حرية الاختيار إلا في أضيق الحدود، وتحت رقابة لجنة الصفقات المختصة التي تملك سلطة إلغاء قرار المنح في حالة تقديم الطعون وثبوت المخالفة،²⁵ وهذا تطبيقاً لنص المادة 60 سالفه الذكر، والتي تحول للقاضي الإداري أيضاً صلاحية تقدير مدى سلامة وموضوعية المعايير المعتمدة في التقييم من قبل المصلحة المتعاقدة، والحكم بإلغاء قرار المنح في الحالة العكسية، أي في حالة ثبوت مخالفة مبدأ المساواة باعتباره من المبادئ العامة التي يمكن للقاضي الإلغاء الاستناد إليها لإصدار الحكم بإلغاء القرار الإداري.

المبحث الثاني: حدود مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقة:

يقتضي مبدأ المساواة أمام القانون تطبيقه على الجميع دون استثناء أو تفضيل أحد، وفي الوقت ذاته يؤكد الواقع الاجتماعي وجود فوارق بين الأفراد تحتم التعامل معها قانونياً بصور مختلفة، أي أن وجودهم في مراكز قانونية مختلفة يستدعي اختلاف القواعد المطبقة عليهم، وهو ما قضى به المجلس الدستوري عندما قرر أن: "...مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون... يقتضي من المشرع إخضاع المواطنين المتواجدين في أوضاع مماثلة لقواعد مماثلة، وإخضاعهم لقواعد مختلفة كلما تواجدها في أوضاع مختلفة".²⁶

إن الأخذ بمبدأ المساواة في مجال الصفقات العمومية يعني عدم إمكان المصلحة المتعاقدة قصر التنافس على البعض دون الآخر، إلا أن قانون الصفقات العمومية حول لها استثناء في حالات معينة اختيار متعامل واحد لإبرام الصفقة وفق أسلوب التراضي (المطلب الأول)، كما حولها إمكانية إقصاء بعض الأشخاص من المشاركة (المطلب الثاني)، ومنح المنتج الوطني هامشاً أفضلية عند إبرام الصفقات العمومية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التراضي كاستثناء من الخضوع لمبدأ المساواة:

حوّل المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 41 للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إجراء التراضي بتخصيص الصفقة لمتعامل واحد تختاره بكل حرية دون الدعوة الشكلية للمنافسة، لكن ذلك لا ينبغي أن يخرج عن الحالات المحددة فيه حصراً (الفرع الأول)، بل إن إجراء التراضي القائم على اتفاق الإرادتين، يجعل الصفقة أقرب إلى عقود القانون الخاص،²⁷ وهو ما يثير إشكالية مساس هذا الاستثناء بمبدأ المساواة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات اللجوء إلى إجراء التراضي:

إذا كان قانون الصفقات العمومية يعفي المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقة وفق أسلوب التراضي من الخضوع للإجراءات التي تفرضها طريقة طلبات العروض، إلا أنه بالمقابل حصر حالاته في المادة 49 باعتباره استثناء عن القاعدة العامة، وأكد في المادة 41 أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة القياس عليها أو الربط بين حالة أخرى مماثلة في الوصف أو السبب أو الحالة. وهذه الحالات في تزايد بالمقارنة مع الحالات الواردة في المرسوم 250/02 المتضمن قانون الصفقات العمومية.²⁸ وتلجأ الإدارة إلى التراضي البسيط:

واقية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

- عندما لا يمكن تنفيذ خدمات إلا على يد متعامل اقتصادي يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية، أو لاعتبارات ثقافية أو فنية، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

- حالة الاستعجال الملح المبرر بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو خطر حقيقي يتعرض له ملك أو استثمار ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

- في حالة تموين مستعجل مخصص لتلبية حاجات السكان الأساسية، أو إذا تعلق الأمر بمشروع مستعجل ذي أولوية وأهمية وطنية.

وفي هذه الحالات الثلاثة الأخيرة يشترط ألا يكون بوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي الحالتين الأخيرتين يشترط المشرع الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة مساويا أو يفوق عشرة ملايين دينار، والموافقة المسبقة أثناء اجتماع مجلس الحكومة إذا قل عن ذلك المبلغ.

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية اقتصادية حقا حصريا لتقديم خدمة عمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

الفرع الثاني: مدى تعارض أسلوب التراضي مع مبدأ المساواة:

على الرغم من ضرورة الاعتراف بأن هذا الاستثناء تستدعيه أسباب موضوعية قد تتعلق أساسا بالمصلحة العامة، أو أسباب واقعية كضخامة الأعباء المالية للصفقة، إلا أن هذا لا ينفي مساسه الواضح بمبدأ المساواة خاصة فيما يتعلق بالتعاقد مع متعامل يحتل وضعية احتكارية إذ يؤدي إلى حرمان المعنيين بموضوع الصفقة من فرصة التنافس للظفر بالصفقة، كما أن اعتماد المشرع عبارات مرنة "حقوق حصرية، اعتبارات تقنية..." يؤدي إلى توسيع دائرة التراضي البسيط، وكان الأولى للمشرع حصر الوضعية الاحتكارية في الأعمال التي لا يمكن أن يعهد بإنجازها اعتبارا لضرورات تقنية أو لصبغتها المعقدة إلا لمتعهد معين يكون مالكا لبراءة اختراع مثلا.

كما أن إعطاء المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تفسير الخطر المبرر للاستعجال الملح، يحول دون معرفة النية الحقيقية للإدارة من إبرام الصفقة. وهو ما استدعى ضرورة تقييد اللجوء إلى هذا الأسلوب بإجراءات وجوبية يترتب على إغفالها بطلان الصفقة.²⁹

المطلب الثاني: سلطة المصلحة المتعاقدة في إقصاء بعض المرشحين:

الأصل أن المشاركة في الصفقات العمومية حق لكل من توفرت فيه الشروط القانونية المضمّنة في دفتر الشروط، إلا أن قانون الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة حق حرمان بعض المتعاملين من المشاركة في الصفقة العمومية واستبعاد عروضهم. لذا وجب تحديد مبررات هذا الحق في الفرع الأول، وبيان حالاتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مبررات حق السلطة المتعاقدة في إقصاء المترشحين:

يجد هذا الحق مبرره من ناحيتين:

- المبرر العملي: حوّل القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة تهيئة الجو الملائم للمنافسة لاعتبارات المصلحة العامة، ولاعتبارات الحفاظ على المال العام، وذلك بتمكنها من فرض بعض الشروط الخاصة بالصفقة، خاصة منها ما تعلق بالقدرة المالية والفنية أو التقنية، وبذلك يمكنها أن تحرم بعض المتعاملين الذين تثبت عدم قدرتهم على أداء الأعمال المفروضة على من يظفر بالصفقة العمومية فيكون الحرمان وقائياً.

- المبرر المنطقي: إن الأسباب الداعية إلى الإقصاء في مجملها أسباب منطقية، فحالات الحرمان أو الإقصاء التي تضمنها قانون الصفقات العمومية في مجملها جزء إخلال المتعاملين الاقتصاديين بالالتزامات المفروضة عليهم سواء من الناحية الأخلاقية أو باعتبارها واجبا مهنيا، والعجز عن تنفيذ هذه الالتزامات يجعل أولئك الأفراد غير مؤهلين لإبرام صفقة عمومية الغاية منها تحقيق المصلحة العامة وهذا في حالة تنفيذ المتعامل المتقدم المعيب للالتزام سابق

الفرع الثاني: حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية:

حدد المشرع في المادة 75 من قانون الصفقات العمومية حالات الإقصاء على سبيل الحصر تفاديا لحالات أخرى قد تلجأ إليها الإدارة لأسباب تمييزية بحتة. وترك أمر تمييز ما يستدعي منها الإقصاء المؤقت والنهائي للوزير المكلف بالمالية وهو ما تم بموجب القرار الوزاري الصادر في 2015/12/19³⁰

أولاً: حالات الإقصاء المؤقت

حدد القرار الوزاري المذكور حالات الإقصاء المؤقت،³¹ مميزاً بين الإقصاء المؤقت التلقائي والإقصاء بمقرر. حيث يقصى تلقائياً من طرف كل المصالح المتعاقدة:

- المتعاملون الاقتصاديون الذين هم في حالة أو محل إجراء تسوية قضائية أو صلح إلا إذا أثبتوا ترخيص العدالة لهم بمواصلة نشاطهم.

-الذين لم يستوفوا إجراءاتهم الجبائية وشبه الجبائية.

-الذين لم يستوفوا الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.

-الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من قبل العدالة بسبب غش جبائي أو تصريح كاذب أو مخالفة تمس نزاهتهم المهنية أو بسبب مخالفة أحكام قانون تشغيل العمال الأجانب والقانون المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي أما المصلحة المتعاقدة التي بادرت بإجراء الصفقة العمومية فيتحدد الإقصاء المؤقت التلقائي في المتعاملين الاقتصاديين الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ الصفقة قبل نفاذ آجال صلاحية العروض دون مبرر، وأولئك الذين قاموا بتصريح كاذب، والذين تقرر فسخ صفقاتهم تحت مسؤوليتهم لأول مرة إلا إذا أثبتوا زوال الأسباب التي أدت إلى الفسخ.

ويخص الإقصاء المؤقت التلقائي بمقرر المتعاملين الاقتصاديين المسجلين في قائمة المؤسسات التي أدخلت بالتزاماتها بعد أن كانوا محل مقررين اثنين للفسخ، على الأقل تحت مسؤوليتهم، ويبلغ هذا المقرر للمتعاملين الاقتصاديين المعنيين

ويكون الإقصاء لمدة تتراوح بين 6 أشهر وثلاث سنوات كحد أقصى حسب الحالة على أن يرفع الإقصاء بنفس الشكل الذي تم به.

وقد حوّل القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء لكل من مسؤول الهيئة العمومية والوزير والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي المعني سلطة تمديد الإقصاء المؤقت التلقائي والإقصاء الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة التي بادرت بالإجراء إلى كل المصالح المتعاقدة التي تتبع سلطته بمقرر يبلغ إلى المتعامل الاقتصادي المعني والمصالح المتعاقدة المعنية وينشر في مواقعهم الإلكترونية وفي البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية³².

الملاحظ إذاً هو أن النصوص قد قيدت سلطة المصلحة المتعاقدة في الإقصاء التلقائي للمتعاملين الاقتصاديين الذين يتواجدون في إحدى الوضعيات المذكورة حيث أن عدم إقصائهم تلقائياً يثير مسؤولية الموظف أو المصلحة المتعاقدة المعنية، في الوقت الذي أعطت فيه النصوص سلطة تقديرية في اتخاذ مقرر الإقصاء المؤقت وكذا مقرر تمديد الإقصاء المؤقت للمتعامل الاقتصادي.³³

ثانياً: حالات الإقصاء النهائي

يلاحظ أن القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من الصفقات العمومية الصادر سنة 2015 اقتصر على الإقصاء النهائي التلقائي وألغى الإقصاء النهائي بمقرر والذي كان مخولاً للهيئات العمومية المعنية بموجب القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء الصادر عن وزير المالية سنة 2011 ويفهم من هذا السعي نحو تقييد السلطة التقديرية للمصالح المتعاقدة في الإقصاء النهائي بمقرر والذي كانت مخيرة في اتخاذه من عدمه.

ويكون الإقصاء النهائي تلقائياً في مواجهة المتعاملين الاقتصاديين:

- الذين هم في حالة أو محل إجراء إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط
- وأولئك المسجلين في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجمارك والحماية والتجارة.

- والأجانب الذين أحلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84 من المرسوم 247/15.

وما يلاحظ على القرار الوزاري المحدد لكيفيات الإقصاء من الصفقات العمومية عدم نصه على إمكانية الطعن في قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، إلا أن ذلك لا يمنع المتضرر من القرار اللجوء إلى القضاء بموجب دعوى إلغاء بتطبيق القواعد العامة.

المطلب الثالث: الاستفادة من هامش الأفضلية:

إذا كانت القاعدة في قانون الصفقات العمومية هي منح الصفقة لمقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية سواء كان خاضعاً للقانون الجزائري أو للقانون الأجنبي، إلا أن قانون الصفقات العمومية منح أفضلية للمنتج الوطني، وهو في ذلك لم يخرج عما قرره التشريعات المقارنة، وسنحاول استجلاء مضمون هذا الامتياز من خلال نصوصه في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فنحاول الموازنة بين تفضيل المتعامل الوطني في إبرام الصفقات العمومية وبين تطبيق مبدأ المساواة.

الفرع الأول: مضمون الاستفادة من هامش الأفضلية:

وفقا لقانون الصفقات العمومية تتمتع المنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون بهامش أفضلية فيما يخص جميع أنواع الصفقات المنصوص عليها في المادة 29،³⁴ والتي تشمل واحدة أو أكثر من عمليات إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات، تقديم الخدمات، وهذا بنسبة 25 بالمئة³⁵، غير أن قانون الصفقات العمومية جعل تحديد كفاءات تطبيقها يتم بقرار من الوزير المكلف بالمالية. إلا أنه واقعا لا يزال القرار الصادر في 8 مارس 2011 الذي يحدد كفاءات تطبيق هامش الأفضلية ساري المفعول في انتظار صدور النصوص التطبيقية للمادة 83، حيث يمنح القرار الوزاري هامش أفضلية بنسبة 25 بالمئة:

-للمنتجات ذات المنشأ الجزائري المصنعة محليا بناء على تقديم شهادة جزائري المنشأ من طرف المتعهدين المعنيين وذلك بالنسبة لصفقات اللوازم، ويمكن أن نستنتج من ذلك أن المؤسسات الأجنبية يمكنها الاستفادة من امتياز هامش الأفضلية لكن بشرط اعتمادها المنتج الجزائري، وهو ما أكدته المادة 129 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها: "يلزم المتعاملون المتعاقدون الأجانب المستفيدون من هامش الأفضلية المنصوص عليه في المادة 83 من هذا المرسوم، باستعمال المواد والخدمات المنتجة محليا.

-للمؤسسات أو مكاتب الدراسات الخاضعة للقانون الجزائري والتجمعات المختلطة بنسبة الحصص التي تحوزها المؤسسة الجزائرية في التجمع وهذا في صفقات الأشغال والخدمات والدراسات، وقد قصر القرار الاستفادة من هذا الهامش على المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، وأي شخص طبيعي وأي شركة يحوز أغلبية رأسمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون وفي حدود الحصص التي يحوزها الجزائريون المقيمون.

وبذلك فقد تم إقصاء المؤسسات الأجنبية سواء كانت مقيمة أو غير مقيمة من الاستفادة من هامش الأفضلية في صفقات الأشغال والخدمات والدراسات، عكس صفقات اللوازم التي يمكنها الاستفادة فيها من هامش الأفضلية شرط اعتماد المنتج الجزائري.

وقد قصر القرار أيضا الاستفادة من هامش الأفضلية على مرحلة تقييم العروض المالية فقط دون العروض التقنية، إذ اشترط ضرورة التأهيل الأولي للمتعهدين من الناحية التقنية، كما يضاف هذا الهامش على الأسعار المحسوبة وفي حدود الحصص التي يحوزها الأجانب في العروض المالية للمتعهدين الأجانب والشركات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها الاجتماعي أجنبيا.

أما في حالة التجمعات المختلطة فتخفف نسبة 25 بالمئة بنسبة الحصص التي تمتلكها المؤسسة الجزائرية في التجمع وفي حدود الحصص التي يحوزها الجزائريون المقيمون في المؤسسة.

إن ما يمكن إبدائه من ملاحظات حول مضمون هامش الأفضلية الذي قرره قانون الصفقات العمومية، أنه قد يتعارض والالتزامات التي تفرضها منظمة التجارة العالمية على المنضمين إليها، إذ يقع عليهم التزام منح المتعاملين الاقتصاديين نفس المزايا والحقوق، كما تلتزم بمعاملة المنتجات الأجنبية بذات معاملة المنتجات الوطنية، غير أنه في الوقت ذاته فإن اتفاقية الجات تضمنت إقرارا بحق الدول النامية والدول الأقل نموا في معاملة خاصة ومرنة لتأهيل منتوجها

واقية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

ومؤسستها. فإقرار تدابير حمائية للمؤسسة الوطنية والمنتج الوطني أمر ذو أهمية كبيرة لتطوير الاقتصاد الوطني للدول في طور النمو، بل إن أكبر البلدان تطورا من الناحية الاقتصادية تمنح امتيازات قانونية لبعض المنتجات وخاصة الفلاحية منها.³⁶

الفرع الثاني: موازنة الاستفادة من هامش الأفضلية مع مبدأ المساواة:

نظرا لأن اختلاف المراكز القانونية للمخاطبين بالقانون يستلزم اختلاف القواعد التي يخضعون لها، فقد مكّنت القواعد القانونية استثناء من المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين المتعامل الوطني من معاملة تفضيلية. ويجد هامش الأفضلية مبرره المنطقي والعملي في ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، إذ لا يمكن في هذه الحالة إعمال مبدأ المساواة على إطلاقه، بل إن المادة 85 تفرض على المصلحة المتعاقدة إصدار دعوة للمنافسة "وطنية" عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الاستجابة لحاجات المصلحة المتعاقدة. كما فرضت المادة على المصلحة المتعاقدة أيضا الأخذ بعين الاعتبار عند إعداد شروط التأهيل وتقييم العروض إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري لاسيما منها المؤسسات المتوسطة والصغيرة في ظل احترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة والكلفة وآجال الإنجاز.

كما لا يسمح قانون الصفقات العمومية باللجوء إلى المناولة الأجنبية إلا إذا لم يكن في استطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاتها، ولا يسمح باللجوء إلى المنتج المستورد إلا إذا كان المنتج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو غير مطابق من حيث نوعيته للمعايير التقنية المطلوبة، كما تضمن القانون ذاته تدابير خاصة بتفضيل المؤسسات الصغيرة.³⁷

إن هذا الامتياز الممنوح من المشرع للإنتاج الوطني وللمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري - وإن كان ظاهريا مخالفا لمبدأ المساواة-، إلا أنه يعد تشجيعا ودعما للمتعامل الوطني الذي طالما اشتكى من تفضيل الإدارة للمتعامل الأجنبي، كما يتيح الفرصة للمقاولات الوطنية لتطوير قدراتها في فضاء خال من المنافسة الأجنبية فضلا عن التحكم في دخول وخروج رؤوس الأموال من وإلى الجزائر، أما اجتماعيا فيمكن من امتصاص اليد العاملة.³⁸

إلا أن هذا التوجه لا يخلو من الأثر السلبي سواء على تنافسية الصفقة أو جودة تنفيذها واحترام آجالها في مقابل رفع الأسعار نتيجة حصر المنافسة بين عدد قليل من المتعهدين.³⁹

الخاتمة:

تعد مرحلة إبرام الصفقة العمومية ذات أهمية بالغة في قانون الصفقات العمومية ويمكن اعتبارها مؤشرا على مدى سعي القانون لكفالة احترام مبدأ المساواة. ويظهر ذلك من خلال:

-إلزام المصلحة المتعاقدة بإعداد المواصفات الطبيعية والتقنية والوظيفية للصفقة وفق مقاييس مضبوطة في دفتر الشروط على نحو يضمن المساواة بين كل المتقدمين للمشاركة ورغم ذلك فقد أثبت الواقع العملي أن موظفي المصلحة المتعاقدة قد يستعملون طرق احتيالية لتوجيه الصفقات العمومية من خلال دفتر الشروط.

واقية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

-منح المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في تحديد آجال تحضير العروض بالنظر إلى تعقيد الصفقة والمدة اللازمة لتحضير العروض وإبلاغها، على أن يتم على نحو يفسح المجال واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

-اشتراطه لإشهار الصفقات العمومية وتمكين المواطنين من الاطلاع على الوثائق المتعلقة بها، غير أن منح الإدارة سلطة اختيار الجريدة التي تشهر فيها الصفقة وتحويلها الخروج عن قاعدة الإشهار طبقا لقانون الصفقات العمومية في حالة الاستعجال الملح وحالة الصفقات التي تتطلب سرعة في اتخاذ القرار يفتح المجال لهدر المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في الظفر بالصفقة.

-إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة تكييف طريقة الإبرام مع الأهداف المسطرة رغم تحويلها حرية الاختيار، مع إلزامها بتعليل اختيارها لطريقة الإبرام عند خضوعها لأي من أنواع الرقابة الممارسة عليها من السلطات المختصة.

أما عند تقييم المصلحة المتعاقدة للترشيدات فقد اشترط القانون ضرورة استنادها إلى معايير "غير تمييزية" لها علاقة مع موضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها.

ونظرا لأن اختلاف المراكز القانونية للمخاطبين بالقانون يستلزم تباينا في القواعد التي يخضعون لها، فقد مكّنت القواعد القانونية استثناء من المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين المتعامل الوطني من معاملة تفضيلية وذلك عملا على ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج.

وقد كان الحفاظ على المصلحة العامة مبررا للحرمان المؤقت أو النهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، حيث حوّل القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة تهيئة الجو الملائم للمنافسة كما أن حالات الحرمان أو الإقصاء التي تضمّنها قانون الصفقات العمومية في مجملها جزاء إخلال المتعاملين الاقتصاديين بالتزامات المفروضة عليهم سواء من الناحية الأخلاقية أو باعتبارها واجبا مهنيا مما يجعهم غير جديرين بالظفر بالصفقة العمومية.

ويعتبر اعتماد أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية -وعلى الأقل ظاهريا- مساسا بمبدأ المساواة إلا أنه يلاحظ اجتهاد المشرع الجزائري في التضييق من نطاقه وهذا سواء بالنسبة لحالات اللجوء إليه أو من خلال فرض المشرع لإجراءات وجوبية عند إبرام الصفقة وفق أسلوب التراضي، لكنه لا يخفى على أحد إمكانية استغلال السلطة التقديرية على نحو قد يخل بالقانون استفادة من ثغراته، وما يمكن أن ينتج عنه من إخلال بمبدأ المساواة والتأثير على الاقتصاد من جهة أخرى.

قائمة المصادر والمراجع:

I. النصوص القانونية:

- 1-الدستور الجزائري المعدل بموجب قانون 01/16 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016، ص.3.
- 2-القانون 01/06 المتتم بالأمر 05/10 مؤرخ في 26/08/2010، ج.ر.50 والمتضمن قانون مكافحة الفساد والوقاية منه، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010، ص.16.
- 3-المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج.ر. 15 المؤرخة في 13 أبريل 1982، ص.740.

وافية داهل مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين في مرحلة إبرام الصفقات العمومية، المضمون والحدود

- 4-المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.52، مؤرخة في 28 يوليو 2002، ص.3.
- 5-المرسوم الرئاسي 415/12 المؤرخ في 11 ديسمبر 2012، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة ج.ر.68 مؤرخة في 16 ديسمبر 2012، ص.4.
- 6-المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص.3.
- 7-القرار الوزاري الصادر في 8 مارس 2011 الذي يحدد كفاءات تطبيق هامش الأفضلية، ج. ر. 24 مؤرخة في 20 أبريل 2011، ص.33.
- 8-القرار الوزاري المؤرخ في 2015/12/19، يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر.17، مؤرخة في 16 مارس 2016، ص.36.

II. المقالات:

- 1-بلغول عباس، الإقصاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، المجلد6، العدد1، الجزائر
- 2-عميري أحمد، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، المجلد، 09، العدد 2، 2017، الجزائر
- 3-بولكور عبد الغني، عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، العدد 5، الجزائر، ديسمبر 2017، الجزائر
- 4-العربي وردية، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وفقا للتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 2، العدد 2، 2017، الجزائر
- 5-علاق عبد الوهاب، آثار هامش الأفضلية على مبدأ المنافسة في الصفقات الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 10، العدد 1، الجزائر، 2017

III. رسائل الدكتوراه والماجستير:

- 1-خلاف صليحة، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012-2013.
- 2-تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
- 3-بن سليمان فايزة، حوكمة الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017.

IV. المدخلات:

- 1-أكروور مريام، المفهوم الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 والتشريعات المقارنة أعمال المؤتمر الدولي يومي 18 و19 أكتوبر 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2016

التهميش:

- ¹ المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر. 50. مؤرخة في 20 سبتمبر 2015،
- ² وهو ما نصت عليه المادة 9 من المرسوم الرئاسي 247/15 وأكدتته المادة 11 منه.
- ³ المادة 34 من الدستور المعدل بموجب قانون 01/16 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016
- ⁴ المادة 11 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- ⁵ المادة 9 ف.2 من القانون 06/ والمتضمن قانون مكافحة الفساد والوقاية منه 01 المعدل بالأمر 05/10 مؤرخ في 26/08/2010، ج.ر. 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010
- ⁶ المادة 26 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- ⁷ المادة 27 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- ⁸ بن سليمان فايزة، حوكمة الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017، ص. 57.
- ⁹ نفس المرجع، ص. 58.
- ¹⁰ وهذا على عكس المرسوم السابق الذي تضمن آجالاً محددة لتحضير العروض استناداً إلى الإجراء المختار لإبرام الصفقة.
- ¹¹ أكروور مريام، المفهوم الجديد للصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15، الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 والتشريعات المقارنة أعمال المؤتمر الدولي يومي 18 و19 أكتوبر 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2016،
- ¹² المادة 71 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- ¹³ المادة 51 من الدستور المعدل بموجب قانون 01/16
- ¹⁴ تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص. 76.
- ¹⁵ عميري أحمد، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بو علي، الشلف، المجلد، 09، العدد 2، 2017، الجزائر، ص. 227.
- ¹⁶ المادتان 61 و62 من المرسوم الرئاسي 247/15
- ¹⁷ عميري أحمد، المرجع السابق، ص. 231.
- ¹⁸ المادتان 12 و23 من المرسوم الرئاسي 247/15
- ¹⁹ وفي سبيل حمايته أنشئت العديد من المنظمات على رأسها منظمة المادة 19 التي تعنى بهذا الحق وكل ما يتعلق به، كما اعتبر يوم 28 سبتمبر من كل عام يوماً عالمياً للحق في المعلومة، وتم الاحتفاء به لأول مرة عام 2003 بعد تأسيس الشبكة العالمية للمدافعين عن حرية المعلومات بالعاصمة البلغارية صوفيا
- ²⁰ لقد صادقت الجزائر في هذا الإطار على الميثاق الإفريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والإدارة بموجب المرسوم الرئاسي 415/12 المؤرخ في 11 ديسمبر 2012، 68 مؤرخة في 16 ديسمبر 2012 واعتمد هذا الميثاق من طرف الدورة السادسة عشر للاتحاد الإفريقي المنعقدة بأديس بابا بتاريخ 31 جانفي 2011
- ²¹ المواد 203، 204، 205 من المرسوم الرئاسي 247/15
- ²² المادة 39 من المرسوم الرئاسي 147/15
- ²³ المادة 60 من المرسوم الرئاسي 147/15
- ²⁴ تياب نادية، المرجع السابق، ص. 79.
- ²⁵ بن سليمان فايزة، المرجع السابق، ص. 55.
- ²⁶ وهو ما قضى به المجلس الدستوري عندما قرر أن: "...مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون... يقتضي من المشرع إحضار المواطنين المتواجدين في أوضاع مماثلة لقواعد مماثلة، وإحضارهم لقواعد مختلفة كلما تواجدوا في أوضاع مختلفة". المجلس الدستوري، رأي رقم 12/ر.ق.م.د. 01 مؤرخ في 13/01/2001 لرقابة دستورية القانون الأساسي لعضو البرلمان، أورده، العربي وردية، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وفقاً للتعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 2، العدد 2، 2017، الجزائر، ص. 12.

- ²⁷ خلاف صليحة، مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012-2013، ص.25
- ²⁸ المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.52، مؤرخة في 28 يوليو 2002
- ²⁹ خلاف صليحة، المرجع السابق، ص.28
- ³⁰ القرار الوزاري المؤرخ في 2015/12/15، ج.ر.17، مؤرخة في 16 مارس 2016، ص.36
- ³¹ نفس المرجع.
- ³² المواد 8 و9 من القرار الوزاري المؤرخ في 2015/12/15، ج.ر.17، مؤرخة في 16 مارس 2016، ص.36
- ³³ بلغول عباس، الإقصاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، المجلد6، العدد1، الجزائر، ص.45
- ³⁴ المادة 83 من المرسوم الرئاسي 147/15
- ³⁵ لا يزال القرار الصادر في 8 مارس 2011 الذي يحدد كفاءات تطبيق هامش الأفضلية، ج.ر.24 مؤرخة في 20 أبريل 2011 ساري المفعول في انتظار صدور النصوص التطبيقية للمادة 83
- ³⁶ علاق عبد الوهاب، آثار هامش الأفضلية على مبدأ المنافسة في الصفقات الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد 10، العدد 1، الجزائر، ص.43
- ³⁷ المادة 87 من المرسوم الرئاسي 147/15
- ³⁸ بولكور عبد الغني، عن أولوية المنتج ذو المنشأ الوطني والمؤسسات الوطنية في مجال الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، العدد 5، الجزائر، ديسمبر 2017، ص.184
- ³⁹ نفس المرجع، ص.186