



## الانتقال من المبدأ إلى الاستثناء في ضوابط ابرام

### الصفقات العمومية

#### (بين التكريس للمرونة والالتفاف عن القواعد)

#### Moving From normalizations to the exception public procurement contract

#### "between sufficient flexibility and the contouring of regulations".

بن رمضان عبد الكريم<sup>1</sup> ، عبد النبي مصطفى<sup>2</sup>

1 - أستاذ محاضر، جامعة غرداية

benramdane.abdelkrim@univ-ghardaia.dz

2 - أستاذ محاضر، جامعة غرداية

maitreabdennebi@gmail.com

تاريخ القبول: 2021/01/22

تاريخ الاستلام: 2019/11/09

#### ملخص -

إن النظام القانوني للصفقات العمومية الجزائري في ظل المرسوم الرئاسي 247/15 الأخير، رغم وضعه للضوابط القانونية التي يجب أن تؤسس عليها اجراءات إبرام الصفقة العمومية وشرحه لمنطلقات وكيفيات ابرامها ومرتكزات تنفيذها وأساسيات الرقابة عليها سواء كانت داخلية أو خارجية أو وصاية، إضافة إلى تسليطه الضوء على المبادئ التي تقوم وتتأسس عليها اجراءات الابرام في هذا المجال، غير أن الاستثناءات التي أوردها عن هذه القواعد والخروج عنها كتبرير باحتياط منه للظروف الاستثنائية وكتكريس للمرونة ومن منطلق الحمائية، إلا أنه يأخذ عنه أنه فتح الباب إلى الالتفاف عن هذه القواعد في ظل واقع يغيب فيه الوعي ويتزايد فيه مؤثر الفساد في بلادنا.

#### الكلمات الدالة -

ضوابط إبرام الصفقات العمومية، الاستثناء عن القواعد، المرونة، الالتفاف عن القواعد، الفساد.

### Abstract:

The Legal System Of Public Procurement In Algeria Governed By The Recent Presidential Decree 15/247, Despite The Establishment Of Statutory Audits Which Must Be Based On The Procedures For Concluding The Public Transaction And Explain The Principles And Methods Of Conclusion, The Basis For Implementation And The Basis For Control, Whet Her Internal Or External Or Supervisory, In Addition To Highlighting The Exceptions He Has Cited From These Rules And The Firedog Ions, Constitute A Justification For Exceptional Circumstances And A Recognition Of Flexibility And Protectionism. While His Rules In Reality He Has Lost Consciousness And Missed The Corruption Index Is More And More In Our Country.

**Key Words:** Normalizations Of The Public Contract, The Exception To The Rules, Flexibility, Contouring Of Regulations, Corruption.

### 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 لاستغلال الأموال العمومية، خاصة في ظل اعتماد الاقتصاد الوطني على زيادة النفقات من أجل تنشيط المجالات التنموية للبلاد.

خضع نظام الصفقات العمومية في الجزائر لتشريعات وتنظيمات مختلفة، تنوعت نصوصها واختلفت مضامينها من مرحلة إلى أخرى، مرد ذلك لجملة من الظروف السياسية والاقتصادية التي ميزت كل مرحلة<sup>1</sup>، يعد آخر ما توج به التشريع الجزائري في هذا المجال المرسوم الرئاسي 247/15<sup>2</sup>، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ما يحسب له أنه حاول بشكل أوسع وأعمق تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية وذلك بالنص عليها اضافة إلى إرساء مبدأ المحافظة على المال العام<sup>3</sup>، ليعزز الآليات الوقائية من الفساد تماشيا مع قانون الوقاية من الفساد ومحاربه<sup>4</sup> وقواعد المنافسة<sup>5</sup>، غير أنه في نفس الوقت أورد الكثير من الاستثناءات عن تطبيق هذه المبادئ.

انطلاقا من هذه الوقائع والحقائق عن هذا المجال في الجزائر، سنحاول من خلال هذه الدراسة الكشف عن القواعد التي يجب أن تركز في اجراءات ابرام الصفقات العمومية كمبدأ والانتقال منها الى الاستثناءات التي أتت عليه من

خلال ما أتى بها المشرع الجزائري في آخر تنظيم لها وفي قوانين أخرى، يؤسس عليها إبرامها إلى غاية تنفيذها على أرض الواقع والتي يبررها البعض على أنها تكريس للمرونة وفيها مراعاة للظروف في هذا المجال والبعض الآخر من يفسرها على أن فيها التفاف عن تطبيق القواعد ومنفذ للفساد، هذا ما يضعنا أمام الاشكالية التالية: إلى أي مدى يمس الانتقال من المبدأ إلى الاستثناءات عن الضوابط التي يجب أن تؤسس عليها اجراءات ابرام الصفقات العمومية التوازن بين مصلحة الدولة في تحقيق المرونة ومراعاة الظروف والحماية وبين الحد من فكرة الالتفاف على القواعد والخوض في الفساد؟

نجيب على هذه الاشكالية من خلال مبحثين الأول يتعلق بالقواعد التي يجب تأسيس عليها اجراءات الابرام كمبدأ والمبحث الثاني الاستثناءات التي ترد على ابرام الصفقات العمومية بين تكريس للمرونة والالتفاف على القواعد.

#### **المبحث الأول: ضوابط ابرام الصفقات العمومية من حيث المبدأ.**

كمبدأ تؤسس ضوابط ابرام الصفقات العمومية على قواعد مدرجة في قانون المنافسة وأخرى في قانون الفساد، كما نص أيضا على جملة من الضوابط في شكل قواعد موضوعية وأخرى إجرائية في المرسوم الرئاسي 247/15 بغية تكريسها.

#### **المطلب الأول: ضوابط مدرجة في قوانين غير قانون الصفقات العمومية.**

تتوزع ضوابط موضوعية واجرائية في شكل مبادئ يقوم عليها تأسيس ابرام الصفقات العمومية بين قواعد مدرجة في قانون المنافسة واخرى في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته غير التي مدرجة في قانون الصفقات العمومية. الفرع الأول: قواعد مدرجة في قانون المنافسة.

يتأكد تطبيق قانون المنافسة على مجال الصفقات العمومية بحيث أنها لا يمكن أن تفلت من تطبيق أحكامه نظرا للطابع الاقتصادي الذي تتمتع به، حيث أشمل صراحة تطبيق مثل هذه الاحكام على الصفقات العمومية كما جاء في تعديل الأمر 12/08، المتعلق بالمنافسة بعد أن أصبح مجال الصفقات العمومية ضمن نطاق تطبيقه تكريسا لمبدأ حرية المنافسة<sup>شم</sup> والمبادئ المكمل له.

تعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية من المبادئ الهامة التي حرص المشرع على تكريسها فلا يوجد أي مانع لاشتراك أي منافس متى توافرت فيه

الشروط القانونية الواجب إتباعها للدخول في المنافسة عليها، هذا المبدأ فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تحدد مسبقاً<sup>١٤</sup>، يعنى هذا أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدا من خلالها، جاء هذا تماشياً مع تحولات الدولة واعتناق مبادئ الليبرالية المكرسة في تعديلات الدساتير الجزائرية بعد دستور 1989<sup>١٥</sup>.

يعد من الضروري إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان تحقيقاً لمبدأ المنافسة الذي يتم تكريسه من خلال إجراء الإشهار، إذ يحال به بين قصر الإدارة في عقودها على طائفة معينة من المترشحين، كما أنه يؤسس لتحقيق فعالية الطلب العمومي وضمان المساواة بين المترشحين وهو إجراء شكلي جوهري تلتزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية، كما ينطبق على التعاقد بإتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو حتى المزايمة.

كما يعد مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ضماناً أخرى لحرية المنافسة تكريساً للعدالة بين المترشحين الراغبين في الحصول على الصفقات العمومية، إذ بمقتضاه تعطى للمتعاقد الاقتصادي حرية ممارسة النشاط الاقتصادي دون تمييز في إطار شروط متكافئة تحددها دفاقر الشروط المعدة مسبقاً دون اللجوء إلى أساليب التقييد والحد من إمكانية الوصول للعروض المعلن عنها<sup>١٦</sup>.

أما عن مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين كمترشحين للتعاقد في إطار الصفقات العمومية، ينطوي عنه استبعاد أي طابع تمييزي ضماناً للمنافسة الحرة في هذا المجال من خلال تحكيم معايير موضوعية تبنى على شرط تقديم تعهدات تضمنتها ابتداء إعلانات الدعوة للصفقات العمومية<sup>١٧</sup> ومعايير إرساء الصفقة كآلية لتقييم العروض<sup>١٨</sup>، يتحقق من خلالها تكافؤ الفرص والذي تضيفه أيضاً الزامية تقديم عروض سرية ومجهولة الهوية لا تسمح للغير بالتعرف على أصحابها ومضامينها، كما لا يجوز تسريب معلومات تعطى

امتيازات بغرض تقديم عروض مقبولة من أي جهة ذات الصلة بالمصلحة المتعاقدة فهي بذلك تعد دعامة أخرى للوصول الى حرية المنافسة.

غير أن اللافت للنظر من خلال الممارسة العملية إذ تجعل من مبدأ المنافسة أكثر المبادئ عرضة للاحتيال في تكريسه، يثبت فيها تواطؤ الكثير من الإداريين من موظفي المصلحة المتعاقدة ومن المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين معها، تفسره ارتفاع مؤشرات الفساد وحجم الجرائم المرتكبة في هذا المجال من رشوة ومحاباة وإساءة لاستعمال السلطة... وغيرها، رغم سعي المشرع الحثيث في التصدي لها من خلال تجنيد مختلف الوسائل القانونية والمؤسسية بـ

الضلع الثاني: قواعد مدرجة في قانون الفساد.

أكد قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أنه يجب أن تؤسس الاجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية من خلال علانية المعلومات المتعلقة بإجراء ابرامها وفي الاعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء وأيضا وجود معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية مع ضمان ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الابرام

أولا: الرقابة على الصفقات العمومية.

خصص المشرع الجزائري المواد من 156 إلى 202 من المرسوم الرئاسي 247/15 لموضوع الرقابة على الصفقات العمومية حيث شملت على نظم للرقابة زمانيا قبل دخولها حيز التنفيذ اعدادا و ابراما وأثناء وبعد تنفيذها سواء كانت داخلية أو خارجية أو من جهة الوصاية، كما تضمنت أحكاما مشتركة لعمليات الرقابة بصرف النظر عن طبيعتها، تظهر ارادة المشرع في تحقق ثلاث أهداف أساسية تتمثل في إعادة هيكلة اللجان المكلفة بالرقابة من حيث الاختصاصات أو التشكيلة بما يضمن النجاعة والفعالية والتخفيف من حدة البيروقراطية في مجال إجراءات الرقابة وسد بعض الثغرات القانونية التي عرفتھا التنظيمات السابقة لهذا المجال.

تعد بذلك الرقابة على هذا المجال حصنا منيعا وصمام أمان يحفظ المال العام، خاصة وأن الاعتمادات المالية المرصدة لإشباع الطلب العمومي المتزايدة عن طريقها ضخمة، نظرا للدور الرائد الذي تلعبه في تفعيل التنمية باعتبارها

أداة تجسد من خلالها المشاريع والبرامج التنموية داخل الدولة، الأمر الذي يجعل من فرض آليات للرقابة ضرورة لا بد منها، كما لا يمكن في الاحوال تركها بدون رقابة لما تلعبه هذه الاخيرة من دور كبير في حماية المال العام وترشيد إنفاقه <sup>١٤</sup>. على هذا تخضع الصفقات العمومية لثلاثة أنواع من الرقابة <sup>١٥</sup>، أولها تتمثل في الرقابة الداخلية والتي تمارس عن طريق لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض و رقابة خارجية تعتبر كأداة يمكن عن طريقها التأكد من تنفيذ الدوائر والمؤسسات الحكومية والإدارات عموما للمهام المنوطة بها وفقا للخطة والبرامج الموضوعة مسبقا، أما رقابة الوصاية تمارسها السلطة الوصية ووفقا لتشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الصفقات العمومية وعليه سنحاول التطرق إلى بعض منها:

#### 1 - الرقابة الداخلية.

يؤسس النوع من الرقابة التي تمارس في مفهوم هذا المرسوم على أساس النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية <sup>١٦</sup>، كما يجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة خاصة محتوى مهام كل هيئة رقابية والإجراءات اللازمة لتنسيق عملياتها الرقابية وفعاليتها وعندما تكون المصلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصية فإن هذه الأخيرة تضبط تصميمها انموذجا يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها، كما أنها تركز وفق معايير ومقاييس يتم تحديدها مسبقا في إطار تنظيم الصفقات العمومية بحيث تلتزم كل هيئة بالمهام الموكلة إليها دون أن تتجاوز السلطات الممنوحة لها والغاية من ذلك المتمثلة أساسا في التنمية الشاملة <sup>١٧</sup>.

تعد اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة وتقييم العروض لدى المصلحة المتعاقدة أحد جهات الرقابة الداخلية، كما يمكن أن تحدث لجنة واحدة أو أكثر مكلفة بمهام فتح الاظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية عند الاقتضاء.

## 2 - الرقابة الخارجية.

خصص المشرع الجزائري المواد 162 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 247/15 لهذا النوع من الرقابة والتي تركز على التحقق من مطابقة الصفقات العمومية للتشريع والتنظيم المعمول بهما عمليا بالبحث عن مدى مطابقة المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج في هذا المجال بكيفية نظامية.

يتخذ هذا النوع من الرقابة شكل رقابة قبلية كنشاط تقييمي تضطلع به جهات مختصة قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ بما يمنع حدوث الخطأ أو التجاوزات التي تمس بمشروعية الصفقات العمومية، إذ يسري على كل إدارة بداية من الوزارات وصولا للجماعات الإقليمية بالخضوع لفحص صارم على صفقاتها المبرمة قبل تنفيذها.

كما يمكن أن يأخذ هذه النوع من الرقابة شكلا بعديا تميزه عن القبلية السالفة في أنها رقابة أكثر ديناميكية، كونها لا تعطل وثيرة انجاز المشاريع كما أنها تنسجم مع منظومتها القانونية المتناسقة، فضلا عن امتلاكها لقدرات التسيير وحيازتها على أجهزة رقابية شعبية وإعلامية متمرسة وهيئات قضائية مستقلة تجعل من ترجيح الكفة لها<sup>18</sup>، من بين الاجهزة التي تتولى الرقابة البعدية نجد المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة وسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سنعرض أهمها كجهات رقابة التي تحتاج الى تفعيل أكثر في هذا المجال.

### أ - رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية.

سعيًا من المشرع الجزائري في تدعيم آليات الوقاية من الفساد ومكافحته، قام بإنشاء مجلس المحاسبة وذلك لمنع الممارسات الفاسدة ومعاقبة كل المتورطين في إبرام صفقات مشبوهة كما تعتبر رقابته فعالة إذا ما أريد لها ذلك كونها أحد الآليات الرئيسية في نجاح السياسات الإصلاحية التي بدونها لا يمكن الحد من تفاقم جرائم هذا المجال ولتفعيل دور رقابته سواء وقاية من الجرائم المرتبطة به أو للحد منها تكريسا لقواعد الشفافية، يجب التمكين له نظرا للدور البارز الذي يلعبه في تعزيز ثقة المواطنين بالسلطة واعتماد النزاهة والمنافسة الشريفة فيه، كما أن احترام هذه المبادئ من خلاله شأنه أن يقلل من ارتكاب الجرائم المتعلقة بها<sup>19</sup>.

كما أن من مهام المجلس تتبع الممارسات غير الشرعية في المشاريع المبرمة وتحرير ملاحظات عن تسييرها خاصة ما يتعلق باختيار صيغة الإبرام الملائمة أو عدم تبرير الصيغة المختارة أيضا كالتخصيص غير المبرر وعدم القيام بما تستدعيه قواعد الإشهار والمنافسة واستبعاد بعض العروض من غير وجه حق أو سوء ترتيبها، أيضا اللجوء التعسفي للملحقات أو تضخيم الأسعار... وغيرها.

أمام إتمام مجلس المحاسبة لمهامه الرقابية كما ينبغي تم أيضا تمكينه من آليات رقابية عديدة تتمثل أساسا في حق الاضطلاع على كل الوثائق والمستندات والدفاتر التي تيسر هذه المهام كإجراء الدخول والمعاينة والرقابة النوعية ورقابة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، إضافة لمراجعة حسابات الأمرين بالصرف والمحاسبين العموميين<sup>٤٦</sup>.

ب - سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

طبقا للمادة 213 من المرسوم الرئاسي 247/15، "تنشأ لدى الوزير المكلف بالمالية سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تتمتع باستقلالية التسيير وتشمل مرصدا للطلب العمومي وهيئة وطنية لتسوية النزاعات تتولى هذه السلطة مجموعة من الصلاحيات منها:

- إعداد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ومتابعة التنفيذ وتصدر بهذه الصفة رأيا موجها للمصالح المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية ولجان التسوية الودية للنزاعات والمتعاملين الاقتصاديين.

- إجراء إحصاء اقتصادي للطلب العمومي سنويا.

- البث في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية والمبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب... الخ".

ثانيا: الإعداد المسبق لدفاتر الشروط.

إن الصيغة العمومية كعقد إداري تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، هذه الشروط تنفرد الإدارة بوضعها، وتجمعها في وثائق إدارية مكتوبة يطلق عليها اصطلاحا دفاتر الشروط<sup>٤٧</sup> وأحيانا قوائم الشروط أو دفاتر الأعباء والتي يتضح مفهومها من خلال الوثائق المكونة له وكذا التي تكمله.

تشتمل هذه الدفاتر على الخصوص على الشروط الإدارية العامة المطبقة على كل صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، أيضا على التعليمات المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، وعلى التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

كما تمتلك دفتر الشروط مميزات خاصة بها في كونها تعد وتحرر مقدما إذ يقتصر دور المتعاقد على قبولها كما هي، كما تحدد فيها حاجات المصلحة المتعاقدة<sup>٣٣</sup>، كما أن لها إلزامية للإدارة بها إذ ليس بإمكانها أن تتحرر منها أو أن تعدل فيها رغم أنها هي من تستقل بوضعها مسبقا لأنها لا تملك الخروج إلا في بعض الشروط فيها وفي حدود معينة، كما تمتلك هذه الدفاتر خاصية إلزامية أيضا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، كما أنها تمتلك حرفية تظهر من خلال الأثر الفوري لها بمجرد الموافقة عليها كون أي تعديلات جديدة عليه لا تسري على العقود القديمة للإدارة.

المطلب الثاني: قواعد مدرجة في قانون الصفقات العمومية.

حرص المشروع الجزائري على أن يدفع المصلحة المتعاقدة إلى تجسيد نجاعة الطلب العمومي والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول إلى هذا الطلب بدون إقصاء بغية تحقيق المساواة بين العارضين وبنفس الطريقة دون تمييز، كما حرص على شفافية المعاملة وضرورة احترام إجراءات الإبرام كمبادئ تحكم الصفقات العمومية نستعرضها<sup>٣٤</sup>.

الفرع الأول: حرية الترشح والمساواة بين المترشحين.

تفرد المرسوم الأخير بشكل أوسع وأعمق بالتنصيص على المبادئ العامة لإبرام الصفقات العمومية والتي من بينا حرية الوصول للطلب العمومي ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين، كما أكد على هذا التوجه تكريسا عمليا في أكثر من مادة من نفس المرسوم.

حرية الترشح تضمن الوصول إلى الطلب العمومي من خلال فتحها المجال للمتعاملين الاقتصاديين ليكون ناتجه ضرر وفوز في من توافر فيهم الشروط الشكلية والموضوعية بالصفقة حسب المادة 02 و28 من المرسوم الرئاسي.

أما عن مبدأ المساواة بين المتعاملين الاقتصاديين الذي يقصد به عدم المفاضلة في التعامل بين المرشحين كمتعاملين اقتصاديين، سواء كان في الترشح إلا ما استثني بنص قانوني أو في عدم توافر الشروط المعمول بها في التشريع والتنظيم المعمول بهما حسب المادة 05 و40 من المرسوم الرئاسي. **الفرع الثاني: شفافية الاجراءات.**

يتكرس هذا المبدأ من خلال الإعلان عن طلب العروض (المناقصة) إذ تقوم المصلحة المتعاقدة في البداية بإعلان الصفة وبيان شروطها وذكر مواصفاتها وبيان أصناف المواد أو الأعمال المراد التعاقد عليها بصورة وافية حتى يتسنى لذوي الشأن على أساسها التقدم بعبءاتهم للتعاقد مع الإدارة <sup>ب.ب.</sup>

أكدت المادة 61 من المرسوم الرئاسي الساري على وجوب اللجوء إلى الإشهار في جميع أشكال طلب العروض (المناقصة) سواء كانت مفتوحا أو مع اشتراط قدرات دنيا أو محدودا وفي المسابقة وحتى في التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء من خلال إجبارية الإشهار الصحفي أو بالإعلان على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي، بحيث ينشر في الجريدة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما ينشر على الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، كما أن إعلان المنح المؤقت للصفة أيضا ينشر في الجرائد التي ينشر فيها إعلان طلب العروض السالف الذكر عندما يكون ممكنا مع تحديد السعر وآجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفة <sup>ب.ب.</sup>

أما بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مائة مليون دينار (100.000.000 دج) أو يقل عنها وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، يكون محل إشهار محلي بنشر الإعلان عنها في يوميتين محليتين أو جهويتين أو

بالصاق إعلاناتها في المقرات المعينة كالولاية والبلديات وغرف التجارة، الصناعة والحرف والفلاحة وفي المديرية التقنية المعينة في الولاية <sup>ب.ب.</sup>

أيضا يتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي "BOMOP"، المحدثة بموجب المرسوم رقم 116/84 ويتم الأمر عمليا

عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية<sup>١٥</sup>.

### المبحث الثاني: الاستثناءات التي ترد على ضوابط إبرام الصفقات العمومية بين تكريس للمرونة والالتفاف على القواعد.

أمام المنافسة القوية التي يمارسها المتعامل الأجنبي في مواجهة القطاع الوطني الخاص والهش من خلال قلة الكفاءة فيه ونقص الامكانيات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع، خاصة أمام المناقصات الدولية التي تلجا إليها في الغالب المصلحة المتعاقدة فيما تتطلبه مشاريعها، أيضا نظرا للضغوط الممارسة من المتعاملين الاقتصاديين المحليين سواء كانوا خواص أو عموميين وحرفيين وجد المشرع نفسه معها مجبرا على تلبية هذه الانشغالات والاعتبارات من خلال ادراج أحكام لحماية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وحتى الناشئة ومنح هامش أفضلية للمنتوج الوطني وأخرى تتعلق بالمتعامل الاقتصادي المحلي وحتى الانتقائية حينما يتعلق الأمر بالتخصيص والحجز رغم تعارض هذه الاستثناءات مع المبدأ الذي تؤسس عليه إجراءات الإبرام، التي من شأنها تعطيل كل المبادئ المنصوص عليها أعلاه، رغم تبريرات المشرع لها قي كونها تكريس منه للمرونة ومراعاة للظروف، غير أن الواقع يظهر من خلال الممارسة العملية أنها استغلت كمطية للالتفاف على القواعد ومنها مدخل لاستغلال المال العام.

### المطلب الأول: الاستثناءات التي ترد على ضوابط التأسيس مبرر لحماية للاقتصاد الوطني.

أورد المشرع الجزائري على قواعد الإبرام في مجال الصفقات العمومية استثناءات تخرج عن ضوابط التأسيس فيها كمبدأ تبريرا منه لحماية الاقتصاد وللمنتوج وللمتعامل الوطني أمام المنافسة الأجنبية القوية بتعطيل بعض المبادئ التي تقوم عليها المنافسة والمساواة في شكل نظام أفضلية وتحديد هوامش ربح وتخصيص حصري.

الفرع الأول: ترقية المنتوج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج (تعطيل مبدأ المساواة من خلال مبدأ الأفضلية للمتعامل الاقتصادي الوطني).

رغم أن المشرع لم يخرج في هذا العنصر عن المؤلف في النظم القانونية الأخرى وفي الاتفاقيات الدولية<sup>١٦</sup>، حيث طبق هامش الأفضلية في التنظيمات

المتتالية للصفقات العمومية في الجزائر منذ الأمر 90/67<sup>□</sup> مروراً بالمرسوم 145/82<sup>ت</sup> و المرسوم 434/91<sup>ت</sup>، كان آخرها في المرسومين 236/10<sup>ب</sup> و 236/10<sup>ب</sup>، إذ حدد فيه هامش الأفضلية بـ 25٪ لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمعات مع مؤسسات جزائرية، أما في المرسوم الرئاسي 247/15 الأخير فقد جاء القسم السابع تحت عنوان ترقية الانتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج وأبقتها على نفس هامش الأفضلية السابق 25 ٪ لصالح المنتجات ذات المنشأ الوطنية و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون على حساب المؤسسات الأجنبية<sup>ت</sup>.

غير أنه بدلا من تخصيص نسبة ترقية الانتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج وتعطيل معه لمبدأ المساواة من خلال مبدأ الأفضلية للمتعامل الاقتصادي الوطني كان الأجدر التكفل ودعم المنتج الوطني وترقيته إلى مصاف المنافسة الأجنبية لأن العملية الأولى تشجع استيراد المادة الأولية وإعادة تركيبها فقط وهنا استنزاف للخزينة العمومية مرتين من خلال تكلفة الاستيراد والتصدير.

الفرع الثاني: الصفقات المحجوزة خصيصا (تعطيل مبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي).

تخصص الصفقات الخاصة بالأشغال ذات الطابع الحرفي دون غيرها حسب التشريع المعمول به في هذا المجال، أيضا في امكانية التخصيص الحصري لبعض المؤسسات الموصوفة بأنها صغيرة ومتوسطة أو ناشئة صفقات خدمات.

أولا: تخصيص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية والفنية للحرفيين.

تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما ما عدا في حالة الاستحالة المبررة قانونا من المصلحة المتعاقدة باستثناء الخدمات المسيرة بقواعد خاصة والتي تضمنت احالة على التنظيم من وزير المالية في كيفية تطبيق ذلك<sup>ب</sup>.

ثانيا: تخصيص حصري أو في حدود 20٪ للمؤسسات الصغيرة.

جاء هذا إما لتلبية بعض حاجات المصلحة المتعاقدة من قبل المؤسسات الصغيرة حسب التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه إنه لا يجب على المصلحة المتعاقدة إلا في الحالات الاستثنائية المبررة قانونا، كما ينبغي تخصيص هذه

الخدمات لها حصريا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم على أن يبرر بتقرير تقديمي لمشروع الصفقة أو الاستشارة لتبرير هذا الاستثناء.

كما يمكن أن تكون هذه الحاجات في حدود 20% على الأكثر من الطلب العام حسب الحالة<sup>سـمـتـ</sup>، علما أن هذا الامتياز التفضيلي الممنوح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة أعطي لها على أن فيه تسهيل لها لتمكينها من نيل الصفقات المعروضة للتنافس حسب ما جاء في هذا المرسوم ومن قبله المرسوم التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة<sup>سـمـتـ</sup>، فتكون هذه الحاجات محل دفتر شروط منفصل أو حصة من دفتر شروط محصص حسب المادة 87 من المرسوم الرئاسي الساري.

أما بالنسبة للمؤسسات الصغيرة المنشأة حديثا والتي لا يمكنها تقديم حصيلتها المالية على الأقل تبرر وضعيتها المالية مع اشتراط المؤهلات المهنية المماثلة عليها في الصفقة المعنية والمثبتة بالشهادات وقد جاء تفصيل ذلك حسب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2014/04/29<sup>سـمـتـ</sup>، علما أنها لا تنفذ الا من قبل المؤسسات المصغرة التي اسندت لها وتمسك قوائمها المصالح المختصة اقليميا للوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب والصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، اضافة إلى والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

تجدر الاشارة هنا أن حجز وتخصيص حصري للخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية والفنية للحرفيين وتخصيص حصري في حدود 20% للمؤسسات الصغيرة ومعه تعطيل مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية المشار اليها قبلا، كان الأولى دعم الحرفيين والفنيين وترقيتهم وكذلك المؤسسات الصغيرة من أجل ترقيتها والوصل بها إلى التنافسية الحقيقية وهذا الدعم يكون تقني ومالي وتكويني بدل تخصيص انفاق حكومي قد لا يرقى معه المنتج إلى القواعد المعمول بها في التصنيفات كالايزو وحماية المستهلك.

كما من تطبيقات هذه الاستثناءات يمكن أن تكون في اطار تلبية الطلب العمومي ممثلا في حاجات المصلحة المتعاقدة بتخصيص حصة وحيدة لمعامل متعاقد كما هو محدد في المادة 37 من هذا المرسوم وتخصيص حصص منفصلة الى معامل متعاقد أو أكثر بعد تقييم العروض وجوبا في هذه الأخيرة، كما

يمكن المصلحة المتعاقدة تحديد عدد الحصص الممكنة منحها لمعامل واحد في وجود مبرر □ تر.

إن سياسات النهوض بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي تعتمد على اعطاء الاسبقية في بعض الصفقات أو تخصيصها لها أو تسهيل أخرى للوصول اليها من خلال تمكينها من اخذ قروض بفوائد ضئيلة أو تبسيط الأداء وتمديد أجل تنفيذ الأشغال وتخفيض عتبة القدرة المطلوبة واحاطتها بحماية وحصانة قانونية وتنظيمية، اضافة إلى تشجيع السلطات العمومية لها من خلال تسهيل آليات التكتل والتجمع بالتضامن من أجل الضرر بالصفقة، كل هذه الامتيازات الممنوحة لم تؤت ثمرها بقدر ما خطط لها بل نجد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة تتراوح مكانها دون اضافات إلى مجمل الاقتصاد الوطني الكلي أو الجزئي بل اصبحت عبئا عليه ولأدل على ذلك عدد القضايا في القضاء المتعلقة بها والمرتبطة بهدر المال العام والتهرب والغش الضريبي وعدم ارجاع القروض وفوائدها أو التي تتعلق بسوء التنفيذ وحتى في اصطناع التبريرات لذلك وصورية وجودها.

### المطلب الثاني: استثناءات مبرر كإجراءات خاصة ومظاهر الالتفاف عن

القواعد فيها.

أعطى المنظم لهذا المجال المصالح المتعاقدة استثناءات عن الإجراءات الصارمة التي تحكم طلب العروض بكافة أشكاله إذ خص القسم الثاني من المرسوم ساري المفعول بعنوان الاجراءات الخاص المنصوص عليها في المواد من 12 إلى 25 منه وذلك من خلال تخصيص الصفقة إلى متعامل اقتصادي دون الدعوة الشكلية للمنافسة احتياطا منه للظروف وتبريرا للمرونة كما أنها مدعاة لتقييد المنافسة ومنفذ عن الفساد.

الفرع الأول: الإجراءات الخاصة كاستثناء عن قواعد التأسيس.

إن الاجراءات الخاص المنصوص عليها في نفس المرسوم بررها على أنه احتاط منه للظروف الاستثنائية وغير المتوقع حدوثها سواء تحث مراعاة منه للظروف أو لتكريس المرونة في تقليص للإجراءات وربح الوقت.

أولا: الاجراءات الخاصة تبريرا للاحتياط للظروف.

إن تأسيس ابرام الصفقات على قواعد المنافسة والشفافية وفق مبادئ وقواعد محددة كمنطلق للتجسيد المادي للصفقات العمومية من هذا المرسوم الذي نفسه أجاز الخروج عنها في شكل حالات استثنائية متعدد مجسدة في نظام التراضي تتعدد حالات اللجوء إليه فيها من شأنها الاضرار بالمبدأ بادعاء مبررات عدة يستشف من ايرادها احتياط منه ومراعاة للظروف سواء كانت في إطار إجراءات مستعجلة أو كيفية أو تستوجب السرعة في اتخاذ القرار.

#### 1 - اجراء الاستعجال الملح.

عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 03 و12 من هذا المرسوم والتي نصت على أنه تبرم الصفقات العمومية قبل الشروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة تنفيذ الخدمات أو وجود خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إبرام الصفقات العمومية وان لا يكون ذلك نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة، يمكن لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة مع وجوب أن تقتصر الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف وترسل نسخة عن هذا المقرر إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية (سلطة ضبط الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام و المفتشية العامة للمالية) □ تر.

عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجالية ولا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه الا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها وفي هذه الحالة يجب أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى إبرام الصفقات الاستثنائية أثناء اجتماع الحكومة.

عندما ما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة أو للاعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية وتوضح الخدمات المعينة بالاعتبارات الثقافية أو الفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

بهذا الصدد هناك من ينظر على أن المشرع الجزائري أحسن عندما أعفى المصلحة المتعاقدة من إجراءات طلب العروض (المناقصة) لأن ذلك يعد هدرا للوقت فالصفقة لا يمكن أن يقوم بها إلا متعامل وحيد، وهو الأمر نفسه الذي اعتمده الأمر 90/67 في مادته 61 والمرسوم 145/82 في مادته 44 والمرسوم التنفيذي 434/91 في مادته 40 والمرسوم الرئاسي 250/02 في مادته 37 والمرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 43.

في حالات الاستعجال الملح المعلل بحظر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها وتكمل المشكلة هنا في التقارير الأمنية التي تبني عليها مدى ملاءمة هذه الظروف وإقرار حالة لا أمن كون قد يسوغ للجوء الى تبرير هذه الحالات في الإبرام عن طريق التراضي البسيط تحت مظلة حالات الاستعجال الملح المعلل بالخطر الداهم، رغم أن هذه المادة وفي نفس الموضوع وردت في التنظيمات السابقة في اطار صفقات التسوية، كما أن حالة الاستعجال في علم القانون عامة ومكرسة في الكثير من المجالات والميادين<sup>٤٣</sup>.

مما سبق يتضح أن للاستعجال حالتين أو لها تتعلق بالاستعجال الملح المعلل بوجود خطر داهم أما ثانيها يتعلق بالطابع الاستعجالي دون اقترانها بوجود خطر داهم أو بإمكانية وجوده كحالات التمويل المستعجل لضمان توفير حاجات السكان الأساسية.

مع العلم أن المشرع الجزائري دعم ضوابط تأسيس إبرام الصفقات العمومية في هذا الاستثناء اذ يقع على المصلحة المتعاقدة اتخاذ إجراءات في حالة عدم تمكنها من اعداد الصفقة بسبب الاستعجال من خلال إلزامها بإثبات اتفاقها مع المتعامل المتعاقد عن طريق تبادل الرسائل بينهما مع ضرورة إبرامها لصفقة تسوية خلال ستة أشهر تحسب بداية من تاريخ التوقيع على مقرر الترخيص في حالة ما تجاوزت العملية العتبة المالية حسب طبيعة الصفقة وعرضها على الهيئات المختصة بالرقابة الخارجية<sup>٤٤</sup>.

## 2 - الاجراءات المكيفة.

نصت المواد من 13 إلى 22 من المرسوم الرئاسي 247/15 على الاجراءات المكيفة، بحيث أن كل صفقة لا تقتضي وجوبا ابرام صفقة عمومية وفق العتبة المالية وذلك وفق الإجراءات الشكلية المنصوص عليها، إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة اعداد إجراءات داخلية لإبرام هذه الطلبات مع مراعاة ان المصلحة المتعاقدة عند اختيارها لأحد هذه الإجراءات الشكلية فإنه يجب عليها مواصلة هذا الطلب بنفس هذا الاجراء، بحيث اذا كانت الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة لإجراء الاستشارة بغض النظر عن الاحكام المخالفة حول تحديد الحاجات لدى المصلحة المتعاقدة، كما أنه إذا تم تجاوز الحدود المنصوص عليها في المادة 13 ودخول نطاق العتبة المالية فإنه لا يمكن الالتزام بأي نفقة مماثلة بالرجوع لتجانس الحاجات فيما يخص طلبات اللوازم والدراسات والخدمات وبالرجوع لنفس عمليات الأشغال بالنسبة لطلبات الأشغال دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 18 المتعلق بإبرام ملحق بالصفقة العمومية محل الطلب الأولي المبرمة طبقا للإجراءات المكيفة مع خضوعها لجهات الرقابة المنصوص عليها في المواد من 135 إلى 139 باستثناء تلك المتعلقة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية.

أما اذا تم تجاوز الحدود المنصوص عليها في المادة 13 ودخول نطاق العتبة المالية خلال سنة مالية واحدة أو أكثر في اطار ميزانية متعددة السنوات، تبرم حينئذ صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية في حال لم تتمكن المصلحة المتعاقدة من ابرام صفقة عمومية كما أسلف وعرضها على الرقابة الخارجية المسبقة خلال السنة المالية المعنية بالنسبة للعمليات المقيدة في ميزانية سنوية تبرم صفقة تسوية بصفة استثنائية خلال السنة الموالية وتقيد هذه النفقات في الاعتمادات المتعلقة بها طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، كما يجب على المصلحة المتعاقدة ارفاق الالتزام بالنفقة بتقرير تقديمي مفصل يبرر فيه الاستشارة وكيفية اختيار المتعامل الاقتصادي الذي رست عليه الاستشارة<sup>33</sup>.

رغم أن المصلحة المتعاقدة معفاة من الإجراءات الشكلية والموضوعية الملزمة لإبرام الصفقات في الحالة العادية خاصة منها التي لا يتحقق فيها الحد الأدنى للعتبة المالية، هذا لا يعني اتاحة الفرصة للمصلحة المتعاقدة وفق الأسلوب الذي تراه مناسبا لها بل وفق اساليب مقيدة ومحددة وفق هذا الاجراء .

3 - الاجراءات الخاصة بالصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار.

نصت على هذا الاجراء المادة 23 من نفس المرسوم الرئاسي والمتعلقة بحالات ابرام صفقات عمومية لاسترداد المنتوجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توافرها وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها والتي لا تكون مكيفة مع هذه الصفقات، اذ تعفى من الإجراءات الشكلية خاصة ما يتعلق بطريقة الابرام الصفقات العمومية إذ يقوم الوزير المعني بمناسبة كل عملية استرداد للعمليات السابقة بتأسيس لجنة وزارية مشتركة خاصة تحدد قائمة المنتجات والخدمات المذكورة سالفا بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني ومهما يكن من أمر تحرر صفقة تسوية خلال أجل 3 أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية.

بذلك تعفى المصلحة المتعاقدة من الإجراءات والشكليات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية عندما يتعلق الأمر باستيراد المنتوجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار لأسباب موضوعية تتعلق أساسا بخصوصية المنتوجات والخدمات بحسب طبيعتها والتقلبات السريعة التي تعرفها أسعارها ومدى توافرها أيضا وصولا إلى الممارسة التجارية التي تخضع لها .

من خلال هذه الخصوصية تمنح المصلحة المتعاقدة استثناء الاعفاء من الضوابط القانونية الاجرائية والشكلية في ابرام الصفقات العمومية كمرونة تبرر عدم التفويت على نفسها مهمة اشباع حاجات عامة ضمانا للمصلحة العامة لكن وفق شروط ملزم احترامها تـريـ.

لتلافي تستر المصلحة المتعاقدة تحت غطاء قانوني يمكن أن يكون مدخلا للممارسات غير مشروعة وفيه سوء استغلال للمال العام أحاطها المشرع بالشروط السابقة وان تكن غير كافية لإمكانية خلق ظروف وأوضاع تكون مطية للجوء لمثل هذا الاجراء كالتسبب في ندرة هذه المنتجات والخدمات عمدا حتى يتسنى اللجوء إلى هذا النوع من الابرام تحت عنوان الإجراءات الخاصة بالسرعة في اتخاذ القرار.

ثانيا: الاجراءات الخاصة تبريرا للمرونة.

تعتبر كل من الاجراءات المتعلقة بالخدمات الخاصة والاجراءات المتعلقة بتكثيف الماء والغاز والكهرباء والانترنت تجسيديا للمرونة وريحا للوقت وتقليصا للإجراءات خاصة وأن الخدمات المقدمة من هذه الأخيرة محتكرة من طرف الدولة.

#### 1 - الاجراءات المتعلقة بتقديم الخدمات الخاصة.

نصت عليها المادة 24 من نفس المرسوم وتتعلق بإمكانية اللجوء إلى الاجراءات المكيفة عندما يتعلق الأمر بالنقل والضيقة والإطعام والخدمات القانونية مهما كان مبلغها إذا تجاوز مبلغ الطلب مبلغ تقديم الخدمات المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 من نفس المرسوم أي أن يتجاوز مبلغ الطلب المالي الذي يستوجب تنفيذ الخدمات عن طريق الصفقة العمومية مبلغ ستة ملايين دينار جزائري (6.000.000 دج)، مع تقديم الصفقة لرقابة لجنة الصفقات العمومية المختصة التي تدرس قبل ذلك الطعون التي قد يقدمها لها المتعاملون الاقتصاديون الذين تمت استشارتهم عند الاقتضاء<sup>28</sup>.

#### 2 - الاجراءات المتعلقة بتكثيف الماء والغاز والكهرباء والانترنت.

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كما هو لحال في المادة 25 فيما يتعلق بالصفقات العمومية المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والانترنت، غير أن هذا الاحتكار لا يخدم قانون المنافسة والانفتاح على السوق الحرة ولا يخدم الاقتصاد ككل تحت مبرر حماية الاقتصاد الوطني؛

تجدر الإشارة هنا أن الانتقال من الاستثناء عن المبدأ في ابرام هذه الاجراءات السابقة بقدر ما هو تكريس للمرونة في هذا المجال فهو التفاف عن القواعد خاصة وان مجال وحجم الاموال المنفقة في إطار التعاقد من خلالها في بعض الاحياء يفوق بكثير ما ينفق في الحالات العادية في تبرير عن وجود ظروف استثنائية تبررها أمام ضعف وعدم فاعلية الرقابة وتفشي الفساد وعدم الوعي والبعد عن قواعد الحوكمة بل أكثر من ذلك ايجاد الظروف الاستثنائية قبلا وخلقها لتبرير الانفاق فيها كاستثناء.

الفرع الثاني: مظاهر التقيد للمنافسة ومنفذ الفساد فيها.

إن الاخذ بالقواعد التي يجب أن تؤسس عليها اجراءات الابرام في مجال الصفقات العمومية يكرس مبدأ المنافسة والمساواة بين المترشحين غير أنه في كثير من الصفقات نجد المسؤولين عن ابرامها يتلافون تطبيق هذه المبادئ باستعمال الاحتيال للالتفاف من تعقيد الاجراءات وصرامتها باللجوء إلى التراضي والالتفاف عليها اما ربحا للوقت او بسوء نية.

أولا: اجراء التراضي ومبرراته مظهر للالتفاف عن القواعد.

إذا كان اجراء التراضي أو كما يسمى في تشريعات أخرى بالاتفاق المباشر كأسلوب للتعاقد بصفة استثنائية في التعاقد الذي تقوم به السلطة المختصة دون التقيد بشكليات طلب العروض وذلك في اطار المناقشة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد مع الاحتفاظ بالحرية في اختيار المتعامل المناسب مع اشتراط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب خاصة منها ما يتعلق بتكريس المرونة ومراعاة الظروف كون الإدارة في هذه الحالة تنزل منزلة الضرد العادي تتفاوض وتناقش بكل حرية وتختار من تريد وهنا قد يفتح باب من أبواب الالتفاف على القواعد والانغماس في الفساد تحت مبررات عدة كالاستعجال الملح وغيرها من الحالات سابقة الذكر.

ولما كان التراضي هو صلاحية الإدارة في اختيار متعامل متعاقد دون الدعوى إلى المنافسة تكمن خطورته في فتح الإدارة الباب الواسع لتجاوز القانون رغم حصر الحالات التي يسمح بها للإدارة باللجوء إلى هذا الأسلوب سواء كان التراضي بسيطا أو بعد الاستشارة في مواجهة الظروف الخاصة والمستجدات أو بهدف تكريس المرونة، على هذا وحتى تكون في منأى عن الفساد ويكون هذا

الانتقال ذا فائدة و جدوى لما شرع له من مبررات في مواجهتها، لابد من تفعيل الرقابة لضمان عدم التلاعب بها من خلال تدارك كل الأفعال والانتهاكات التي تسجل في اللجوء إلى هذا الأسلوب وتجريم التعدي على المال العام فيها والتصدي لها بكل حزم نظرا لحجم الكتلة النقدية المبرمة بهذا الأسلوب بعيدا عن صرامة الإجراءات في أسلوب طلب العروض في ابرام الصفقات العمومية كأصل.

ثانيا: مسوغات الالتفاف على القواعد تكريس للفساد.

في إطار تجسيد السياسة العامة للدولة بغيت تكريس برامج تنموية ميدانية فيها، سواء كانت ذات بعد اجتماعي أو اقتصادي أو بنية تحتية للدولة، خصص برنامج خماسي (2015/2019) أطلق بهذا الصدد ورصد له أكثر من 262 مليار دولار جله ابرم في اطار صفقات عمومية متنوعة<sup>33</sup>، غير أن الثغرات القانونية وقصور الرقابة أو اقصاؤها بغية قطع الطريق أمام الفساد المصاحب للصفقات العمومية، نتيجة غياب الحوكمة الادارية والحكم الراشد وسبل ترشيد الإنفاق الحكومي نتيجة تداخل القرار السياسي مع القرار الاقتصادي في ازدواجية للمعايير بعيدا عن التبصر والرشادة، حيث كثرة وتعددت صور الفساد في هذا المجال في جميع مراحل الصفقات العمومية من التلاعب بتحديد الحاجات وفي وضع دفاتر الشروط على المقاسات في مرحلة الاعداد إلى مرحلة الابرام والتحجج بالظروف وركوب الاستثناءات بغية تلافي ضوابط الابرام، سواء كانت أحكامها موضوعية أو اجرائية حسب القوانين والنظم المعمول بهما في هذا المجال، إضافة إلى التهاون في التنفيذ والتلاعب بالضوابط التقنية وتعهد التدليس والغش في المطابقات وتغيب السلطة عند الاخلال بالالتزامات.

تشكل في مجال الصفقات العمومية واقع تفضي فيه الفساد بجميع صورته حتى أضحى بؤرة الالتفاف عن القواعد نتاج مجرياتها وحلقاتها متابعة الافلام والمسلسلات، رغم أن ظاهر النص المنظم لهذا المجال والآليات المكرسة في تشريعات الحماية له، تكريس لسياسات وقائية وردعية للتصدي لظاهرة التعدي على المال العام، غير أنها نظريا رغم ما تمتلكه للكثير من الآليات لا يعكسها الواقع.

مما خلف واقعا وبيئة خصبة حاضنة لكل أنواع الفساد المالي والاداري وتعددت فيه الجرائم وتنوعت، دلت عليها المؤشرات المتزايدة لحجم الفساد المالي في هذا المجال وكثرة الدعاوى المتعلقة بها، كما أن التقارير المعلن عنها من طرف المنظمات الدولية غير الحكومية والمتخصصة في تقييس هذه الظاهرة دلت على مدى فضاحة مؤشرات الفساد في الجزائر.

بذلك فان ظاهر تفشي ظاهرة الفساد في هذا المجال دلت على اخفاقات بالجملة في السياسة الجنائية المنتهجة وعن وجود ثغرات قانونية تتعلق بالنصوص المنظمة لها، اضافة الى عدم اشمال المشرع للركن الشرعي لكثير من السلوكيات الاجرامية الماسة بالمال العام في هذا المجال.

على هذا وجب ضرورة التقيد والتمسك بالمبادئ الوارد في قانون الصفقات العمومية والمبادئ الأخرى المدرجة في قانون الفساد والمنافسة وتحسينها من التعدي عليها ومن الالتفاف عليها وفي تطبيقها تحث أي تبرير وأي ظرف كان. ان القراءة لبرامج التنمية وفق السياسة العامة في إطار الانفاق العمومي المطبقة وفق التشريع والتنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية تعتريه عدة نقائص فيما يتعلق باحترام اجراء الابرام واحترام مواعيد واجال تنفيذ المشاريع المقترحة، اضافة إلى ارتفاع حجم التكاليف بشكل أكبر عما خصص لها في الميزانية الأولية مما يؤكد غياب الرشادة في الانفاق العمومي من خلالها وسوء التسيير والتلاعب في الابرام وسوء التنفيذ والاخلام بالالتزام فيها مما أثر بالسلب على سيرورة التنمية في الجزائر من خلال الصفقات العمومية.

## الخاتمة -

تماشياً مع تحولات الدولة وتجسيدها مبدأ حرية المنافسة وحماية للمال العام من الفساد وتكريساً لضوابط تضمنها التشريعات والتنظيمات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية وفي قوانين أخرى، وضع المشرع الجزائري تنظيماً كسبيل وحيد منه لتجسيد الانفاق العمومي مع ضمان حماية الأموال العامة، لذا وجب أن تساير أحكامه وتحين مع المستجدات والتطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية على المستوى الوطني وحتى الدولي.

حرصاً من المشرع على تحقيق المنفعة العامة وتلافي الفساد فقد قيد الإدارة بالحد من حريتها من خلال إلزامها باتباع ضوابط قانونية تتعلق بالصفقات العمومية، سواء في مرحلة اعدادها أو ابرامها أو تنفيذها وفق قواعد ومبادئ يجب أن تأسس عليها أحكام تنظيمها واجراءات تكريسها.

كما أورد بعض الاستثناءات عليها نظراً لمبررات أراد منها المشرع مساندة المتعاملين الاقتصاديين ودعمها للمنتوج الوطني واحتياطاً منه لظروف وأوضاع استثنائية قد تطرأ بغية تحقيق منه للمرونة، غير أن حجم هذه الاستثناءات (الموسعة) تعد من جهة أخرى مبرراً للالتفاف على القواعد ومنفذاً للفساد وطفرة في الاجراءات وبذلك تقلل من الضمانات الممنوحة في هذا المجال ولحماية المال العام لهذا يجب تداركها وتسييط الضوء عليها.

من النتائج المسجلة نجد:

- القصور في الأخذ بعين الاعتبار للنقائص المسجلة في الأنظمة القانونية للصفقات العمومية السابقة والاستفادة من برنامج ترشيد النفقات في ظل الأزمة الراهنة للتقليل من اللجوء إلى الاستثناءات غير المبررة.

- اخلال بالعمل بمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، مع قصور في استحداث معايير اقتصادية للانتقاء المتعاملين الاقتصاديين الذين يقدمون أحسن عروض من حيث المزايا الاقتصادية لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام و خلل في تشديد الرقابة عند اللجوء إلى الاستثناءات في عملية الابرام مهما كان تبريها.

-اللجوء إلى الإجراءات المكيفة لخدمات النقل والخدمة والإطعام رغم ضرورة إتمامها بشكل مسبق قبل الشروع في أي إجراء للإبرام الصفقة استنادا إلى تقرير إداري إلا أنها تتجلى فيها النسبية في صدقها وعدم عقلانية هذه الخدمات في عدم تشديد الرقابة عليها .

-إن سياسة ترقية الأداة الوطنية الإنتاج ينتابها خلل لذا يجب إعادة النظر في طريق المشاركة الفعالة للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري المنتجة وهذا ليس بمنحها هامش أفضلية لمنتجاتها بل بفتح المجال للمتعاملين الأجانب بالاستثمار في شراكة معها كمحفز للضفر بالصفقات العمومية في الجزائر وأيضا بترقية هذه المؤسسات والرفع من تنافسيتها وتعدد مصادر تمويلها من خلال اسواق المال والتمويل الاسلامي بدل التمويل التقليدي .

-وجود الخلل في تفعيل آليات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية خاصة منها عن طريق الرقابة الصارمة لها في جميع مراحلها يبرره حجم الفساد المتفشي في هذا المجال .

-إن الدراسة النقدية لتنظيم الصفقات العمومية اجمالا وتنظيم اجراءات الابرام بصفة خاصة تظهر تنوع واختلاف النصوص القانونية المنظمة لهذا المجال من حيث اختلاف مضامينها واحكامها رغم تبرير البعض لها على أنها مواكبة لتحولات سياسية واقتصادية وقانونية واجتماعية، غير أن الطابع العام يدل على نسبية احترام مبادئ الشفافية والمنافسة والمساوة في مجال الصفقات العمومية.

من المقترحات وآفاق البحث في هذا الصدد:

-إن المقدار أو الحجم المالي الذي تنفقه الدولة سنويا من خلال برنامجها التسيير أو التجهيزي أو حتى في مجال الحسابات والصناديق الخاصة التي تصبو في الأخير إلى التنمية المستدامة يجب أن يوفقه بالمقابل مقدار وحجم قانوني بسيط وواضح وفعال ورقابة صارمة ودورية للقضاء على الاستغلال السيئ للأموال العمومية وغلق الباب أمام التبيد والاختلاس، لذا وجب على المشرع تدارك الهفوات والثغرات والغموض في قراءة وتطبيق النصوص وذلك من خلال:

- تحديد نظام قانوني واضح المعالم ومفصل ولا ينتابها غموض في الأحكام من شأنه تسهيل عملية تكريس هذه المبادئ والقواعد وعد اللجوء إلى استثناءات

المنصوص عليها إلا في الحالات القصوى مع ضرورة تشديد الرقابة عليها وعدم التخفي تحت مظلة الظروف للتفلة من القواعد او افتعال الظروف نفسها للجوء إليها.

- تفعيل دور وسائل الاتصال الالكترونية في مجال تسيير الصفقات العمومية خدمة لتجسيد هذه القواعد خاصة الشفافية.

- إعداد مدونات تحتوي على قواعد سلوكية للموظفين وتعطي الأولوية للكفاءة ونشر الوعي بالنسبة للموظفين والاهتمام بأجورهم الزهيدة، اضافة إلى إلزام الموظفين في مجال الصفقات العمومية بالتصريح بممتلكاتهم لضمان الشفافية والنزاهة والعمل بالقواعد الموضوعية والإجرائية الوقائية.

- التوجه نحو تفعيل فكرة الضبط الاقتصادي دراسة وتمكيننا في مجال تنظيم ومراقبة تسيير وردع وتحكيم الصفقات العمومية والتوجه نحو حوكمة الادارة.

## التهميش -

<sup>1</sup> - أنظر المتتالية للقوانين والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية: بدءا من صدور الأمر رقم 90/67 تم إصدار المرسوم رقم 145/82 وبعده المرسوم التنفيذي رقم 434/91 والرسوم الرئاسي 250/02 معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي 301/03 والرسوم الرئاسي 338/08، يليه صدور المرسوم الرئاسي 236/10 معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي 03/13 و23/12.

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة في 20/09/2015.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق، ص 05.

<sup>4</sup> - القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20/02/2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، الصادرة في 08/03/2006.

<sup>5</sup> - الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة في 20/07/2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 12/08، المؤرخ في 25/06/2008، ج ر عدد 36، الصادرة في 19/07/2008، وبالقانون رقم 05/10، المؤرخ في 15/08/2010، ج ر عدد 46، الصادرة في 18/08/2010.

<sup>6</sup> - أنظر المادة 02 فقرة 02 من الأمر رقم 12/08، المرجع السابق، ص 11.

- 7 - نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، ك ح، جامعة د/ يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، ص، 03، على الموقع الالكتروني بتاريخ <http://www.bibliotdroit.com>، 2013/08/12
- 8 - أنظر المادة 37 من التعديل الدستوري 1996، المؤرخ في 28/11/1996، ج ر عدد 76، الصادرة في 08/12/1996، معدلة ومتممة بالمادة 43، القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادرة في 07/03/2016.
- 9 - أنظر المادة 06 من الأمر رقم 03/03، مرجع سابق.
- 10 - أنظر المواد من 04 إلى 12 من الفصل الأول تحرير الأسعار من الباب الأول بعنوان مبادئ المنافسة، الأمر رقم 06/95، المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، الصادرة في 22/02/1995.
- 11 - أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق ص12.
- 12 - أنظر الآليات القانونية والمؤسسية في المرسوم الرئاسي رقم 233/96، المؤرخ في 02/07/1996، يتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، ج ر عدد 41، الصادرة في 03/07/1996، وأنظر أيضا ما جاء في الأمر 01/06، مرجع سابق.
- 13 - أنظر المادة 09 من الأمر 01/06، مرجع سابق، ص06.
- 14 - بجاوي بشيرة، الدور الرقابي للجان الصفقات على المستوى المحلي، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2011/2012، ص34.
- 15 - أنظر المادة 156 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق .
- 16 - أنظر المادة 159 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق .
- 17 - Sabri Mohamed et autres, Guide de gestion des marchés publics, Alger siprint les éditions du sable, Alger, 2000, p113.
- 18 - فاطمة الزهراء فرقان، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة ماجستير، القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2007، ص73.
- 19 - بن رمضان عبد الكريم، مجلس المحاسبة كآلية لمكافحة الفساد، مجلة قيود للبحوث المحاسبية والمالية، عدد 02، جوان 2018، قسم العلوم المالية والمحاسبية، جامعة غرداية، ص191/156.
- 20 - خرشي النووي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 416.
- 21 - أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 مرجع سابق.
- 22 - أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.

- 23 - أنظر المادة 5، مرجع سابق.
- 24 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 73.
- 25 - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د م ج، الجزائر، 2004/2003، ص 18.
- 26 - محمود خلف جبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 57.
- 27 - أنظر المادة 02/02 من القانون رقم 12/08، مرجع سابق، ص 11.
- 28 - أنظر المادة 02/38 من الأمر 90/67، مرجع سابق.
- 29 - أنظر المادة 24 من الأمر 145/82، مرجع سابق.
- 30 - أنظر المادة 24 من الأمر 434/91، مرجع سابق.
- 31 - أنظر المادة 54 من الأمر 236/10، مرجع سابق.
- 32 - صالح زمال، امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، مرجع سابق، ص 30.
- 33 - أنظر المواد 83 إلى 85 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.
- 34 - أنظر المادة 86، المرجع السابق.
- 35 - القانون 08/01، المؤرخ في 2001/12/12، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر عدد 77، المؤرخة في 2001/12/15.
- 36 - أنظر المادة 87، المرجع السابق.
- 37 - أنظر المادة 04 و 08 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 2014/04/29، يحدد كليات تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات الصغيرة، ج ر عدد 30، المؤرخة في 2014/05/21.
- 38 - أنظر المادة 31 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.
- 41 - أنظر المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.
- 42 - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 189.
- 43 - أنظر المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.
- 44 - أنظر المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.
- 45 - أنظر المادة 19 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، مرجع سابق.
- 46 - أنظر المادة 24، المرجع السابق.
- 47 - حاحة عبد العالي، الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها، مداخلة مقتبسة من الأطروحة حول الأليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، ك ح ع س، جامعة بسكرة، 2013، ص 01.