

طرق الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية حسب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

Measures for Preventing against Corruption in Public Procurements according to Law on Prevention and Fight against Corruption



عبد الرحيم بوبرقيق

جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، a.bouberguig@gmail.com

تاريخ قبول النشر: 2019/05/20

تاريخ الإستلام: 2018/10/09

ملخص:

هذه الدراسة تستهدف بحث طرق الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية التي نص عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادتين 8 و9. وهذا يثير مشكلتين رئيسيتين تتعلق الأولى بتحديد الطرق الكفيلة بالوقاية من الفساد التي تناسب الصفقات العمومية طبقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والأخرى بكيفية امتثال المصلحة المتعاقدة والسلطتين التشريعية والتنفيذية للطرق السابقة. وللإجابة عن ذلك، سوف نحاول في هذه الدراسة أن نتحقق أولا من وجود طرق للوقاية من الفساد تتعلق بالصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ثم من مظاهر تطبيقها في القانون الوضعي الجزائري. ولقد استدعى ذلك أن نطبق المنهج الوصفي التحليلي القانوني. وأخيرا، سوف نستنتج أن القانون الجزائري حرص على تنفيذ الأحكام الواردة بالمادتين 8 و9 المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع والتنظيم بصورة من شأنها الوقاية من الفساد الصادر عن الموظف العمومي في ذلك المجال.

الكلمات المفتاحية: الوقاية من الجرائم؛ الفساد في الصفقات العمومية؛ تعارض المصالح؛ الرقابة القضائية والإدارية على الصفقات العمومية.

Abstract:

The aim of this paper is to provide an outline of the preventive measures against corruption in public procurements set forth in article 8 and 9 of the Law on Prevention and Fight against Corruption. This subject raises two major problems: the identification of measures for preventing corruption that are consistent with public procurements under the Law on Prevention and Fight against Corruption and the compliance of the contracting entity and the legislative and executive authorities with these measures. For this purpose, I will examine, first, the existence of preventive measures against corruption relative to public procurements in the Law on Prevention and Fight against Corruption; and, second, I will examine the signs of implementation in Algerian law of these measures. I will apply the descriptive and analytic approaches. And I will conclude that the Algerian law has ensured the implementation of article 8 and 9 through legislative and regulatory instruments and effectively prevent public officials' corruption in public procurements.

Keywords: Prevention against offences; corruption in public procurements; conflict of interests; judicial and administrative control of public procurements.

* المؤلف المرسل: عبد الرحيم بوبرقيق. a.bouberguig@gmail.com

مقدمة:

لقد مضى على تطبيق قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (قانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر: رقم 14 المؤرخة في 8 مارس 2006) أكثر من عشر سنوات أصبح خلالها المصدر الأساسي لحماية القطاعين العام والخاص من مظاهر الفساد الكثيرة، والممارسات غير النزهية. ولعل من أبرز الأحكام التي أتت بها ذلك القانون هي الأحكام المتعلقة بتدابير الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية التي تضمنتها المادة 9، والأحكام الأخرى التي يمكن أن تطبق عليها، كالمادة 8 المتعلقة بالوقاية من تعارض المصالح داخل الإدارة العمومية وهذا، نظرا لأهمية الصفقات العمومية في الجزائر. فالقانون الجزائري يلزم الإدارة العمومية بأن تشبع حاجاتها إلى الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات الضرورية للمصلحة العامة عن طريق الصفقات العمومية التي تخضع لنظام قانوني مستقل عن القانون المدني، من أجل تنفيذ مخططات التنمية على الصعيدين الوطني والمحلي. وإلى جانب ذلك، تكلف الصفقات العمومية الخزينة العمومية إعمادات مالية كبيرة (بوضياف، ص.ص. 6-8) التي تبعث على ممارسة الفساد.

لذلك تطرح هذه الدراسة مشكلتين رئيسيتين تتعلق الأولى بتحديد الطرق الكفيلة بالوقاية من الفساد التي تناسب الصفقات العمومية طبقا لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وتتعلق الأخرى بكيفية امتثال المصلحة المتعاقدة والسلطتين التشريعية والتنفيذية لأحكام الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية التي نص عليها ذلك القانون. وللإجابة عن المشكلة السابقة، سوف نحاول في هذه الدراسة أن نتحقق من فرضيتين وهما: أولا، وجود طرق للوقاية من الفساد تتعلق بالصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. وثانيا، التحقق من مظاهر تطبيق تلك الطرق، إن وجدت، في القانون الوضعي الجزائري. واستدعت هذه الفرضيات أن نطبق المنهج الوصفي القانوني والمنهج التحليلي القانوني، لكي يتسنى استخلاص طرق الوقاية من الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية، وتطبيقاتها العملية، بناء على ما جاء في المادتين 8 و9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

1. تطلب المنافسة الشريفة والشفافية في الصفقات العمومية:

تعتبر مبادئ المنافسة والشفافية في الصفقات العمومية حجر الأساس في قوانين الصفقات العمومية الحديثة. لذلك كرسها المشرع الجزائري مجتمعة في نص واحد وعام لأول مرة بمقتضى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في المادة 9 التي تطبق على الصفقات العمومية دون سواها¹، ولقد نصت في فقرتها الأولى على ما يأتي: "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية". وهذا النص يخاطب في الدرجة الأولى المصلحة المتعاقدة، ويخاطب كذلك السلطتين التشريعية والتنفيذية، ويتطلب احترامه ممارسة الرقابة.

وبناء على ما سبق سوف نعرض أولا الأشخاص التي يجب أن تحترم مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية، من ناحية المصلحة المتعاقدة، ومن ناحية أخرى السلطتين التشريعية والتنظيمية. ثم نعرض الرقابة على احترامها. وسوف نقتصر في خصوص الرقابة على احترام المبادئ السابقة من جانب المصلحة المتعاقدة على الرقابة الإدارية فقط؛ لأن الرقابة القضائية تدخل في نطاق طرق الطعن التي خصصنا لها جزءا مستقلا في هذه الدراسة. كذلك لن نعالج في هذه الدراسة مسألة الرقابة الدستورية على القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية

الصادرة عن السلطة التشريعية؛ لأن التشريعات المتعلقة بتلك العقود قليلة جدا في القانون الجزائري، وحتى إن كانت موجودة فعلا²، فإنها لا تتضمن في الغالب من الأحيان قواعدا تتعلق بمبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية التي تدير إبرام الصفقات العمومية.

أ. احترام مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة:

يجب على المصلحة المتعاقدة، لاحترام مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية، أن تطبق كفاءات إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام (ج.ر: رقم 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015) كلما أرادت إشباع حاجاتها إلى الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات. ولقد نصت المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على بعض الإجراءات التي تكرس مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية وهي: علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، والإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء، وإدراج التصريح بالتزاهة عند إبرام الصفقات العمومية، واستعمال معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية. مع الملاحظة أن المادة 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المتعلقة بجريمة تعارض المصالح أحوالت بالخطأ إلى المادة 9، بينما كانت المادة 8 من نفس القانون هي المقصودة من الإحالة السابقة (بوسقيعة 2013/2012، ص. 187؛ حاحا 2013/2012، ص. 221)، والملاحظة أيضا أن القواعد السابقة وردت على سبيل المثال، وليس على سبيل الحصر؛ لأن عبارة "خصوصا" المستخدمة في المادة 9 تدل على هذا المعنى. فيجوز إذن الاجتهاد والتوسع بغرض وضع قواعد أخرى تستهدف احترام المنافسة الشريفة والشفافية في الصفقات العمومية في النصوص القانونية الأخرى.

ولقد تضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام تطبيقات مفصلة عنها. وسنكتفي هنا بذكر بعض الأمثلة عن مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية من ذلك المرسوم، لكي لا تخرج الدراسة عن نطاقها المحدد بطرق الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية حسب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

فعلى سبيل المثال، بالنسبة إلى احترام مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، تنص المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ما يأتي: "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة [...]". وهذا النص في الواقع يتضمن أغلب القواعد التي نصت عليها المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تكرس مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية. فقد فرض على المصلحة المتعاقدة بصورة إجبارية أن تعلن عن معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل واحد منها في دفتر الشروط الخاص بالدعوى للمنافسة. وتطلب أيضا أن ترتبط معايير اختيار المتعامل المتعاقد بموضوع الصفقة العمومية، وهذا الشرط يخدم بخاصة مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، وأن تكون غير تمييزية، وهذا للمساواة في المعاملة بين المرشحين. كما أنه اشترط ذلك أيضا بالنسبة إلى تحديد وزن المعايير السابقة.

وهذا في مرحلة إبرام الصفقات العمومية. أما في مرحلة تنفيذها، فالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في بعض الأحيان فرض أحكاما تستهدف مواصلة احترام مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية خلال المرحلة اللاحقة على إبرام الصفقات العمومية، ولعل أبرز مثال عن

ذلك هو عقد الملحق. فقد حظرت المادة 136 من المرسوم السابق في الفقرة 7 المصلحة المتعاقدة من أن تؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة بالملحق إلا إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف. وهذا الاستثناء، كما يبدو، لا ينطبق إلا في حالة صفقات الأشغال العمومية؛ لأنها تدخل بمفردها في نطاق تطبيق نظرية التبعات التقنية (Richer et Lichère 2016, parag. 528). كذلك اشترطت المادة 136 في نفس المكان ألا يغير الملحق في موضوع الصفقة العمومية أو مداها؛ لأن هذا التغيير في الحقيقة يقتضي إبرام صفقة جديدة قد تخضع بالنظر إلى قيمتها وموضوعها لمبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية، ولا يقتضي مجرد الاتفاق أثناء التنفيذ على تعديل الصفقة الأصلية (Hoepffner 2009, parag. 281 sq.).

أما بالنسبة إلى مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، فمن تطبيقاته العملية الأساسية الإشهار بصفة دورية لنتائج كل مرحلة من مراحل إبرام الصفقات العمومية (Lajoye 2007, p. 62)، كالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية (الفقرة 2 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام). وأيضاً الرقابة الإدارية والقضائية على إجراءات إبرام الصفقات العمومية (Alfonsi 2003, pp. 65-66)، كالرقابة القبلية الخارجية التي تمارسها لجان الصفقات العمومية على مطابقة الصفقة العمومية للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية، وقد نصت المادة 163 وما بعدها من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على هذه الرقابة³، وسوف نبحث هذه الرقابة فيما بعد.

وفي الأخير تجب الملاحظة أن لمبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية خاصيتين: أولاً، إنها مبادئ تقانية. فيحتاج فهمها إلى فحص نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لكونه القانون الأساسي للصفقات العمومية، مادة بمادة لاستخلاص التطبيقات العملية المقررة للمبدأين. وثانياً، إنها مبادئ ذات تطبيق نسبي كأى مبدأ قانوني آخر. فمبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية يعتبران من القواعد التي تتطلب "أن يتحقق انطلاقاً من الإمكانيات القانونية والواقعية أمر على أفضل وجه ممكن نسبياً وهذا يعني أن هذه الأوامر يمكن أن تتحقق بدرجات متباينة وأن الحد المفروض تحقيقه يعتمد ليس على الإمكانيات الواقعية فحسب، بل على الإمكانيات القانونية أيضاً" (ألكسي 2013، ص.ص. 119-120). ولهذا كان من المفروض على قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أن يتطلب، إلى جانب تكريس المبدأين السابقين للوقاية من الفساد في الصفقات العمومية، مراعاة الظروف القانونية والواقعية الخاصة بكل مصلحة متعاقدة على حدة عند تطبيقها.

ب. تكريس مبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية من جانب السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية:

ويتجلى هذا من خلال نصين قانونيين أساسيين هما: أولاً، المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج.ر: رقم 52 المؤرخة في 28 يوليو 2002). وثانياً، القانون المتعلق بالمنافسة (أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر: رقم 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003).

فعلى أساس المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته استحدثت السلطة التنفيذية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 (ج.ر: رقم 62 المؤرخة في 9 نوفمبر 2008) الذي عدل وتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المادة 2 مكرر التي أملت بوضوح على

المصلحة المتعاقدة، من أجل ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، احترام مجموعة من المبادئ وهي: حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة في المعاملة بين المرشحين، وشفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية. ولقد نصت عليها كذلك المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وهذه المبادئ تتساوى مع مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية المنصوص عليهما في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته. ولا أدل على هذه المساواة أن تعريفات المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية التي نصت عليها المادة 2 مكرر تدور جميعا حول مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية. إذ يقصد بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية "ألا تخلق المصلحة المتعاقدة أو تسمح بخلق مناخ غير تنافسي، لكي يكون الوصول إلى الطلبات العمومية حرا ونزيها" (Lajoye 2007, p. 59). ويقصد بالمساواة بين المرشحين "المبدأ الذي يمنع أي نوع من التمييز [السلي] ضد أي مرشح" (Lajoye 2007, p. 61). ويقصد أخيرا بمبدأ شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية "ألا يكون إجراء إبرام الصفقات العمومية معتما، وأن مراحلها المختلفة يجب أن تحظر أي تمييز [سلي]، وأن تكون محل إشهار ومنافسة شريفة بين المرشحين" (Lajoye 2007, p. 62).

ولابد هنا من الإشارة إلى أن نص المادة 2 مكرر مقتبس بصورة كبيرة عن القانون الفرنسي. ففي القانون الفرنسي نصت المادة الأولى من تقنين الصفقات العمومية لسنة 2001 (Décret no 2001-210 du 7 mars 2001, JORF : no 57 du 8 mars 2001)، الملغى حاليا، في الفقرة 2 على أنه: "تُحترم الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول إلى الطلب العمومي، المساواة في المعاملة بين المرشحين وشفافية الإجراءات. إن التحديد المسبق للحاجات، واحترام واجبات الإعلان والوضع في إطار المنافسة، وأيضا اختيار العرض الأحسن من الناحية الاقتصادية تضمن نجاعة الطلب العمومي والاستعمال الحسن للأموال العمومية". ولقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي المبادئ السابقة من المبادئ ذات القيمة الدستورية بمقتضى قراره الدستوري رقم 473-2003 الصادر في 26 جوان 2003 بشأن القانون الفرنسي الذي أناط بالحكومة الفرنسية تبسيط القانون؛ لأنها تنتج عن المادتين 6 و14 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أوت 1789 (Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF : no 152 du 3 juillet 2003) اللتان تتعلقان بالمساواة بين المواطنين أمام القانون والرقابة الشعبية على الأموال العمومية (Richer et Lichère 2016, parag. 39).

كذلك إن الدستور الجزائري الحالي (أمر رقم 97-76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، ج.ر: رقم 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976) الذي عدل وتمم مؤخرا (قانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر: رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016، ولقد أسفرت عنه مبادرة رئيس الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية السيد عبدالعزيز بوتفليقة)، يتضمن كذلك المساواة بين المواطنين أمام القانون، وقد نصت عليها المادة 32. أما الرقابة الشعبية على الأموال العمومية فهي تنتج في الدستور الجزائري إما من ديباجته التي جاء فيها: "إن الشعب الجزائري [...] يعتزم أن يبني هذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل جزائري في تسيير الشؤون العامة"، أو تنتج من المادة 63 من نفس الدستور التي تنص على أنه: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون". وكل هذا يعني - في ضوء القرار الدستوري الفرنسي المذكور مسبقا - إكتساب المبادئ الأساسية التي تدير إبرام الصفقات العمومية القيمة الدستورية في القانون الجزائري. وهذه القيمة، لو خلعها المجلس الدستوري الجزائري بصراحة على المبادئ المذكورة في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سوف تؤدي إلى مضاعفة الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية في القانون الجزائري.

كذلك كرست السلطة التشريعية مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، بالتطبيق لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، من خلال توسيع نطاق تطبيق قانون المنافسة ليشمل كذلك الصفقات العمومية أثناء مرحلة إبرامها. فقد نصت المادة 2 من قانون المنافسة على أنه: "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، تطبق أحكام هذا الأمر على ما يأتي: [...] الصفقات العمومية، بدءاً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة". وهذا يدل على حرص السلطة التشريعية الجزائرية على توفير احترام مبدأ المنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقات العمومية. مع الملاحظة أن تطبيق قواعد قانون المنافسة يقتصر على جانب محدد من الصفقة العمومية، وهو المرحلة ما بين نشر الإعلان عن المناقصة والمنح النهائي للصفقة العمومية. أما المرحلة التي تسبق نشر الإعلان عن المناقصة أي، مرحلة التحضير والإعداد المسبق للحاجات المراد إشباعها، فإنها لا تدخل في نطاق تطبيق قانون المنافسة.

غير أن الرقابة على احترام قواعد قانون المنافسة أثناء مرحلة التحضير والإعداد المسبق للحاجات في الصفقات العمومية تبدو ممكنة؛ لأن الإجراءات المتبعة أثناء مرحلة التحضير والإعداد المسبق للحاجات قد تنعكس على مرحلة إبرام الصفقات العمومية التي تدخل في نطاق تطبيق قانون المنافسة كما نصت المادة 2. وهذا معناه أن احترام قواعد قانون المنافسة أثناء المرحلة السابقة على إبرام الصفقة العمومية يمكن أن يدخل كذلك في نطاق تطبيق المادة 2 من قانون المنافسة الجزائري، ولكن بصورة غير مباشرة إذا ترتب عن مرحلة التحضير والإعداد المسبق للحاجات مخالفة لقواعد قانون المنافسة أثناء مرحلة إبرام الصفقة العمومية.

كما تجب الملاحظة أن المشرع الجزائري استحدث الحكم السابق الذي حسم في مشكلة تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية بموجب القانون رقم 08-12 الصادر، بعد قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، في 25 يونيو 2008 الذي عدل وتمم الأمر رقم 03-03 الصادر في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة (ج.ر: رقم 36 المؤرخة في 2 يوليو 2008). ولا شك أن المشرع الجزائري قد استوحى تطبيق قواعد قانون المنافسة على الصفقات العمومية من المادة 9 الواردة بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته. ففي نفس السنة (أي، سنة 2008)، وبعد صدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أملى تنظيم الصفقات العمومية، كما رأينا، على المصلحة المتعاقدة احترام المبادئ الأساسية التي تدير الصفقات العمومية التي تدور حول احترام مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية، وأخضع الصفقات العمومية إلى قواعد قانون المنافسة من تاريخ نشر الإعلان عن الصفقة إلى غاية المنح النهائي لها. غير أن تأشيريات القانون رقم 08-12 المذكور مسبقاً، وعلى العكس من المرسوم الرئاسي رقم 08-338، لم تذكر ضمن القوانين التي استندت إليها السلطة التشريعية لإصداره قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

ومهما يكن في الأمر، فإن قواعد قانون المنافسة أصبحت مطبقة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، وتساهم في حماية مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية من الانتهاك. ولعل أهم نتيجة ترتب على تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية هي أنه يجوز، من جهة، لمجلس المنافسة الجزائري أن يقرر جزاءً نظير مخالفة قواعد قانون المنافسة في الصفقات العمومية (Richer et Lichère 2016, parag. 418)،

ويجوز كذلك للجهة القضائية الإدارية التي يرفع أمامها نزاع قضائي يتعلق بصفقة عمومية أن تفحص مشروعاتها، ومشروعية الأعمال الإدارية المرتبطة بها (كالأعمال الإدارية المتجزئة Acte détachable) بالقياس إلى قواعد قانون المنافسة، بما أن قانون المنافسة الجزائري يعتبر بناء على مادته 2، وكالقانون الفرنسي بناء على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 3 نوفمبر 1997 في قضية Million et Marais e.a. (CE, Sect., 3)، من مصادر المشروعية في الصفقات العمومية (Bréchon-Moulènes 2000, p. 842). كما يجوز لها أن تقرّر جزاء على العمل القانوني محل النزاع إذا تبين لها أنه يخالف لتلك القواعد، كجزاء البطلان بالنسبة إلى الصفقة العمومية أو العمل الإداري المرتبط بها.

ج. الرقابة الإدارية على احترام المصلحة المتعاقدة لمبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية:

تندرج هذه الرقابة في إطار رقابة عامة تمارسها لجان الصفقات العمومية المختصة على احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تنظم إبرام الصفقات العمومية من جانب المصلحة المتعاقدة (المادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247)، وتدخل في إطار المهمة المنوطة بها والتي تتمثل إما في منح التأشيرة التي تطلب إجبارياً من جانب المصلحة المتعاقدة (المادة 196 من المرسوم السابق)، أو تتمثل في رفضها (المادة 195 من نفس المرسوم). ولهذه التأشيرة أهمية بالغة في الصفقات العمومية، وتبدو خصوصاً أثناء تسديد أجرة المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، حيث يتطلب المراقب المالي أو المحاسب المكلف، قبل مباشرة العملية المالية المرتبطة بأجرة الصفقة العمومية، وجود تلك التأشيرة (بوضياف، ص. 312).

ولقد حدد القانون الحالات التي يتعين فيها على لجنة الصفقات العمومية المختصة أن ترفض منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة وهي: في حالة معارضة انتهاك أحكام تشريعية أو تنظيمية تتعلق بالصفقات العمومية. ولقد ميز المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بين فرضين في هذه الحالة. الفرض الأول، معارضة انتهاك لحكم تشريعي. وفي هذه الحالة ترفض اللجنة منح التأشيرة، ويحظر على الأشخاص المختصة اتخاذ مقرر التجاوز بشأنها (المادة 202 من المرسوم السابق). أما الفرض الثاني، ويتعلق بمعارضة انتهاك لحكم تنظيمي، فإنه يجوز للجنة أن ترفض منح التأشيرة للصفقة العمومية. غير أن القانون، وعلى عكس الفرض السابق، أجاز للشخص المختص أن يصدر مقرر التجاوز بشأنها خلال الأجل المحدد لذلك (المادتان 200 و201 من نفس المرسوم). كما أنه أجاز للجنة أن تمنح التأشيرة مرفقة بتحفظات. وهذه التحفظات تكون إما موقفة أو غير موقفة (المادة 195 من نفس المرسوم).

وتجب هنا الإشارة إلى أن مقرر تجاوز رفض التأشيرة كان محل انتقاد شديد في الفقه الجزائري؛ لأنه من جهة يهدر فكرة دولة القانون التي تتطلب من الإدارة العامة، مهما كانت درجتها، أن تحترم النصوص القانونية للجمهورية الجزائرية، وأن تسهر على تنفيذها وعدم مخالفتها. فمقرر تجاوز رفض منح التأشيرة في الحقيقة يبرر للمصلحة المتعاقدة مخالفة تنظيم الصفقات العمومية، وهو القانون الأساسي الذي يتضمن أغلب وأهم أحكام إبرام هذه العقود وتنفيذها بسبب أنه صدر بمرسوم رئاسي. ومن جهة أخرى، فإن مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة في بعض الأحيان يؤدي إلى مخالفة القانون الجنائي. فقد تشكل مخالفة تنظيم الصفقات العمومية جريمة فساد يعاقب عليها القانون، كالجريمة التي نصت عليها المادة 26 من قانون الوقاية

من الفساد ومكافحته في الفقرة الأولى. لذلك يقترح الفقه الجزائري إلغاء مقرر تجاوز رفض منح التأشيرة، وتعويضه بطعن إداري أمام نفس اللجنة أو أمام جهة أخرى، أو تعويضه بطعن قضائي (بوضياف، ص.ص. 316-315).

إلى جانب ذلك عرض المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لحالة أخرى تهمنا في هذه الدراسة، حالة لا يجوز فيها للجنة منح التأشيرة للمصلحة المتعاقدة، وإن كانت المخالفة المعينة مجرد انتهاك لحكم تنظيمي يتعلق بالصفقات العمومية. فقد نصت الفقرة 3 من المادة 195 على ما يأتي: "ومهما يكن من أمر، فإن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما تعابها اللجنة، تكون سببا لرفض التأشيرة، إذا كان ذلك مبررا بمخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم".

ويتبين من هذا النص أن انتهاك حكم يتعلق بالمبادئ الأساسية التي تحكم الصفقات العمومية (حرية الترشح، والمساواة بين المرشحين، وشفافية الإجراءات) يحتم بدون ضرورة مواصلة فحص مطابقة الأجزاء الأخرى من الصفقة العمومية للتشريع والتنظيم المتعلق بالصفقات العمومية رفض منح التأشيرة للصفقة العمومية محل الرقابة. ويبدو كذلك أنه من المستحيل أن يتخذ الشخص المختص مقرر التجاوز في هذه الحالة؛ لأن المخالفات السابقة يمكن أن تؤدي إلى بطلان الصفقة العمومية إذا جرى فعلا إبرامها، أو الدفع ببطلانها أثناء نزاع قضائي يتعلق بتنفيذها. وتؤدي أيضا إلى متابعات جزائية؛ لأن انتهاك المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية يمكن أن يشكل، كما رأينا في السابق، جريمة يعاقب عليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (الفقرة 1 من المادة 26)، ولا يقدر مقرر التجاوز أن يحصن من ارتكبا. وأخيرا، لأن انتهاك المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، وإن وقع عن طريق مخالفة حكم تنظيمي، يخالف بالضرورة المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهي بمنزلة الحكم التشريعي، ولقد أوضح الباحث في السابق أنه لا يجوز للأشخاص المعنية إصدار مقرر التجاوز في حالة رفض منح التأشيرة بسبب انتهاك حكم تشريعي. ومن هذا تبدو لنا أهمية إكتساب مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية القيمة التشريعية في القانون الجزائري.

ويبدو كذلك أنه من غير الممكن منح التأشيرة مرفقة بتحفظات أو من دونها في حالة معاينة مخالفة لحكم تشريعي و/أو تنظيمي يتعلق بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية؛ لأن المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الفقرة 3 حظرت بصورة مطلقة منح التأشيرة للصفقة العمومية في الحالة السابقة، ويستخلص هذا من تعبير "مهما يكن من أمر" الوارد بالفقرة 3 المذكورة مسبقا في بدايتها.

لكن يبدو من جهة أخرى أنه يجوز للجنة الصفقات العمومية أن تمنح التأشيرة للصفقة محل الرقابة مع إرفاقها بتحفظات حول انتهاك القواعد المتعلقة بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، بشرط أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بالامتثال للقواعد السابقة قبل إتمام إبرام العقد وهذا، قياسا على دعوى الاستعجال الإدارية في مادة الصفقات العمومية التي يجوز فيها للجهة القضائية الإدارية أن تأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال إلى التزاماتها التي أخلت بها (الفقرة 4 من المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر: رقم 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008). أما أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، فلا يجوز أن تقوم المصلحة المتعاقدة، لإفراغ الصفقة العمومية من المخالفة أو

المخالفات على المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية، بإصلاحها Régularisation عن طريق إصدار أعمال قانونية جديدة تسري بأثر رجعي للامتثال للقواعد التي تتعلق بالمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية. ففي هذه الحالة يلزم على المصلحة المتعاقدة، بالضرورة، إبرام صفقة جديدة (Lafaix 2009, parag. 282) تحل مكان الصفقة القديمة، ويجب لهذا أن تخضع مجددا لرقابة لجنة الصفقات العمومية التي تستهدف البت في منح التأشير للصفقة الجديدة أم لا.

د. الرقابة على النصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية بشأن تنظيم الصفقات العمومية
المخالفة لمبدأ المنافسة الشريفة ومبدأ الشفافية:

يوجد نوعان من الرقابة على مشروعية النصوص التنظيمية في القانون الجزائري: فهناك أولا الرقابة القضائية، وتمارسها الجهة القضائية الإدارية (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة). ففي إمكان الأشخاص - بشرط توافر المصلحة في التقاضي - الاعتراض على النصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية بشأن تنظيم الصفقات العمومية أمام الجهة القضائية الإدارية إذا كانت تخالف المبادئ المذكورة في المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على أساس دعوى الإلغاء، نظرا لغيب المخالفة للقانون الذي يشوب العمل الإداري محل النزاع، والمخالفة للقانون تعد من العيوب الرئيسية التي تبرر قبول دعوى الإلغاء (عوايدي 1998، ص. 523 وما بعدها). فالمادة 9، إذ وردت بنص تشريعي، وتدخل بالتالي في سلم القواعد القانونية التي يتألف منها مبدأ الشرعية في الصفقات العمومية، وضعت مجموعة من المبادئ التي يجب على النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية الأدنى من حيث القوة أن تحترمها، كالمراسيم الرئاسية والتنفيذية.

وثانيا، هناك الرقابة الدستورية. فقد سمح الدستور الجزائري للمجلس الدستوري، وهو يختص في الأصل بالرقابة على التشريعات، أن يمارس الرقابة كذلك على النصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية (الفقرة الأولى من المادة 186 من الدستور الجزائري). ولقد لاقى هذه الرقابة انتقادا بين الفقه في الجزائر (بوالشعير، ص. 80). وهذه الرقابة لا تختلف كثيرا عن الرقابة الدستورية على التشريعات العادية. فهي رقابة اختيارية تجري بصورة قبلية أو بعدية (عمار 2013، ص. 75) عن طريق إخطار من جانب رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الأمة، أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، أو الوزير الأول، أو خمسين نائبا من المجلس الشعبي الوطني، أو ثلاثين عضوا من مجلس الأمة (المادة 187 من نفس الدستور). ويتطلب الدستور الجزائري، لكي يصدر عن المجلس الدستوري جزاء يقع على النص التنظيمي، أن يكون النص غير دستوري، كأن يكون مخالفا للدستور في ذاته، أو مخالفا لمبدأ ذو قيمة دستورية مثل، مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة 32 من الدستور الجزائري الذي رأينا أنه يعتبر أساسا لمبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية في الصفقات العمومية. فإذا تبين للمجلس الدستوري أن النص التنظيمي غير دستوري لذلك السبب، فإن النص التنظيمي يفقد أثره ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري (الفقرة الأولى من المادة 191 من نفس الدستور).

غير أن صعوبة ثور إذا قامت السلطة التنفيذية بوضع قاعدة تنظيمية تخالف الدستور لأن المصلحة العامة اقتضت وتطلبت ذلك، كأن تضع قاعدة تبيح للمصلحة المتعاقدة إبرام صفقة عمومية بدون أية منافسة بسبب ظرف الاستعجال. فالمجلس الدستوري الفرنسي اعتبر في قراره الصادر في 26 جوان 2003 رقم 473-2003 المذكور مسبقا، وقراره الصادر في 24 جويلية 2008 رقم 567-2008 بشأن القانون الفرنسي

المتعلق بعقود الشراكة (Décision no 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, JORF: no 175 du 29 juillet 2008, comment. Dreyfus 2008, p. 1664 sq. السلطة التشريعية تستطيع سن قاعدة تشريعية تخالف الدستور الفرنسي إذا استدعت ذلك مصلحة عامة. كتعقيد المشروع أو الاستعجال في تنفيذه من أجل استدراك التأخير الكبير في تنفيذه طالما أضر ذلك التأخير بمصلحة عامة. ويبدو أن هذا الحكم ينطبق كذلك على حالة التنظيم المخالف للدستور في القانون الجزائري، بحيث يجوز للسلطة التنفيذية أن تسن قاعدة تنظيمية تتعلق بالصفقات العمومية وتخالف الدستور إذا استدعت المصلحة العامة ذلك.

2. توفير طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الصفقات العمومية

ولقد نصت على هذه الطريقة المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عندما قالت أن قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة يجب أن تركز على وجه الخصوص - "ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية". ولقد قصدت المادة 9 "بطرق الطعن" أن هناك منازعة إدارية تتعلق بالصفقات العمومية (Moussa 2011, p. 57). ولهذا نجد تطبيق المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر في 25 فيفري 2008⁴ الذي استحدث طريقة جديدة في القانون الجزائري للاعتراض على الإخلال بالمبادئ الأساسية التي تدير إبرام الصفقات العمومية وهي دعوى الاستعجال الإدارية. فقد نصت المادة 946 من ذلك القانون في الفقرة الأولى على ما يأتي: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية". ونصت الفقرة 4 إلى 6 على سلطات المحكمة الإدارية بقولها على التوالي: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المنسب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه. ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد. ويمكن لها كذلك وبمجرد اخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما".

ولقد خول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدون ضرورة قيام حالة الاستعجال أو رفع دعوى في الموضوع أمام الجهة القضائية الإدارية (تياب 2013، ص.ص. 261-262) الحق في تلك الدعوى إلى كل شخص له مصلحة في إبرام العقد، والذي قد يتضرر⁵ من الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة (الفقرة 2 من المادة 946). ومثل ذلك، الأشخاص المستبعدين من المشاركة في الصفقة العمومية على السواء المرشحين فعلا أو من كان في مقدورهم الترشح لو احترمت المصلحة المتعاقدة الالتزامات السابقة (تياب 2013، ص.ص. 266).

وخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية نفس الحق كذلك إلى ممثل الدولة على مستوى الولاية، الوالي بالتحديد (بوضياف، ص.ص. 323)، إذا أُبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية (الفقرة 2 من المادة 946). ويبدو أن صاحب الدعوى في هذه الحالة غير مجبر على إثبات أن له مصلحة في إبرام العقد، أو أنه قد يتضرر من ذلك الإخلال؛ لأن المادة 946 لم تتطلب ذلك بالنسبة إليه.

لكن تجب الملاحظة أن دعوى الاستعجال الإدارية المنصوص عليها في المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقتبسة أيضا بصورة كبيرة عن القانون الفرنسي (تياب 2013، ص.ص. 264 و 269) الذي له السبق في إنشائها عملا بالتوجيه الجماعي الأوروبي الصادر في 21 ديسمبر 1989 رقم 665/89 بشأن تنسيق

الإجراءات التشريعية والتنظيمية والإدارية المتعلقة بتطبيق إجراءات الطعن في مادة إبرام الصفقات العمومية الخاصة باللوازم والأشغال (Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JOCE : no L 395 du 30 décembre 1989 ; Richer et Lichère 2016, parag. 297)، والتوجيه الأوروبي الصادر في 25 فيفري 1992 رقم 13/92 بشأن تنسيق الإجراءات التشريعية والتنظيمية والإدارية المتعلقة بتطبيق القواعد الجماعية على إجراءات إبرام الصفقات الخاصة بالمؤسسات المتعاملة في قطاعات المياه والطاقة والنقل والاتصالات (Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOCE : no L. 76 du 23 mars 1992 ; Richer et Lichère 2016, parag. 297). ولا تطبق دعوى الاستعجال الإدارية في القانون الفرنسي على الصفقات العمومية إلا قبل إبرامها، ومن هذا جرى تسمية الدعوى بالاستعجال الإداري قبل الإبرام Référé précontractuel. وإلى جانبها توجد في القانون الفرنسي دعوى استعجال إدارية أخرى، ولكنها تخص حالة الاعتراض على مشروعية صفقة عمومية بعد إبرامها خلال أجل محدد، وتسمى بدعوى الاستعجال الإدارية Référé contractuel.

ويبدو أن القانون الجزائري يأخذ كذلك بدعوى الاستعجال الإدارية العقدية: لأن المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشمل الحالتين معا، حالة الاستعجال الإداري قبل الإبرام وبعده، وإن لم تنص على الحالة الأخيرة بصراحة. فالمادة 946 لم تحدد وقت إخطار المحكمة الإدارية في حالة الإخلال بالتزامات الإشراف أو المنافسة، ولكنها أشارت فقط في الفقرة 3 إلى أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد". وهذا يعني أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية أيضا في المرحلة اللاحقة على الإبرام؛ وإلا فقد كان من الواجب على المشرع الجزائري أن يشترط بصراحة إخطارها قبل إبرام العقد فقط.

كذلك نستخلص تطبيق المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الصفقات العمومية بعد إبرامها مما جاء في المادة السابقة بشأن حق ممثل الدولة على مستوى الولاية في رفع الدعوى عندما قالت بأن الإخطار يتم كذلك من جانب ممثل الدولة على مستوى الولاية "إذا أُبرِمَ العقد أو سيرم". وهذا يعني أن الدعوى تطبق كذلك في حالة الصفقات العمومية بعد إبرامها (تياب 2013، ص. 268). لكن يبدو أن ممارسة الدعوى في هذه الحالة مقصور على ممثل الدولة على مستوى الولاية فقط، ولا يشمل كذلك الشخص الذي كانت له مصلحة في إبرام العقد، والذي تضرر من الإخلال بالتزامات الإشراف والمنافسة؛ لأن المادة 946 حصرت نطاقها في العقد الذي أبرم أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية أي، حصرت في نطاق الاختصاص المكاني لممثل الدولة على مستوى الولاية.

وتوسيع مجال تطبيق المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على النحو السابق يساهم بصورة أكبر في الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية. غير أنه يعاب على تطبيق دعوى الاستعجال الإدارية على حالة الصفقات العمومية بعد إبرامها - إن صح فعلا أن الدعوى تطبق عليها كذلك - أن المادة 946 لم تحدد أجلا لقبول الدعوى بعد إبرام العقد، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى إخلال خطير بمبدأ الأمن

القانوني للصفقات العمومية، بحيث تبقى الصفقة العمومية مهددة بزراع قضائي لمدة غير محددة (Dacosta 2009, p. 144). وكذلك لم تحدد المادة 946 – ولا المادة 947 المتعلقة كذلك بالاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية – سلطات المحكمة الإدارية في هذه الحالة. فهذه السلطات تختلف في النطاق عن سلطاتها في حالة الصفقات العمومية قبل إبرامها. ويتضح هذا الأمر من أحكام القانون الفرنسي المتعلقة بسلطات الجهة القضائية الإدارية في حالة رفع دعوى الاستعجال الإدارية العقدية (المواد 17-551 إلى 22-551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي المستحدثة سنة 2009، relative aux procédures de recours applicables, Ordonnance no 2009-515 du 7 mai 2009 aux contrats de la commande publique, JORF : no 107 du 8 mai 2009). ولتفادي المشاكل السابقة، وتوفير مبدأ الأمن القانوني، يقترح الباحث حصر تطبيق المادة 946 على حالة الصفقة العمومية قبل إبرامها، وألا يطبقها القضاء الإداري الجزائري على حالة الصفقات العمومية بعد إبرامها إلا إذا نص القانون بصراحة على ذلك، وحدد معه أجلا معقولاً تمارس الدعوى أثناءه، وحدد أيضا سلطات المحكمة الإدارية على الصفقة العمومية في حالة إبرامها. مع توسيع نطاقها من حيث الأشخاص لتشمل، فوق ممثل الدولة على مستوى الولاية، أشخاص أخرى تضررت من إبرام الصفقات العمومية.

3. تطلب إخبار السلطة الرئاسية بتعارض المصالح في الصفقات العمومية

تنص المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على ما يأتي: "يلتزم الموظف العمومي بأن يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد". ولقد وُضِعَ هذا النص في الأساس من أجل حماية الموظف العمومي من المسؤولية القانونية التي قد تنشأ بسبب تعارض المصالح، وحماية الأعمال الإدارية من عيب عدم المشروعية الذي قد يترتب عن وجود تعارض بين المصالح، والذي يترتب عنه بطلان العمل، ويسمح كذلك بالوقاية من جرائم الفساد التي تنطوي على حالة تعارض المصالح، كجريمة أخذ فوائد بصورة غير قانونية المعاقب عليها بموجب المادة 35 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أن هذه الجريمة تجد أساسها أيضا في فكرة تعارض المصالح (Cassia 2012, p. 1040 sq).

وأول شيء تجب ملاحظته على المادة 8 هو وجود فرق بين نصها العربي ونصها الفرنسي. فقد ذكرت المادة 8 في نصها الفرنسي أنه يلزم على الموظف العمومي إخبار سلطته الرئاسية "إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عادي"، بينما أشار النص العربي إلى تعارض المصالح أو التأثير على ممارسة المهام الوظيفية بشكل عادي (بوسقيعة 2012/2013، ص.ص. 187-188). والصحيح أن الشرطان يجب أن يتحققا معا وهما: أولا، أن تتعارض مصالح الموظف الخاصة مع المصلحة العامة، وثانيا، أن يكون من شأن هذا التعارض التأثير على ممارسة الموظف لمهامه بشكل عادي (حاحا 2013/2012، ص. 223).

ويلاحظ كذلك أن المادة 8 تنطبق على الموظف العمومي الوطني أي، الموظف الجزائري، ولقد حدد له قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تعريفا أشمل من التعريف الإداري في المادة 2. وينطبق هذا التعريف الشامل على جميع النصوص الواردة بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته، سواء كانت تتعلق بجرائم الفساد التي يرتكبها الموظف العمومي، أو كانت تتعلق بموضوعات أخرى، كإجراءات الوقاية من الفساد.

كذلك يلاحظ أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أكد في المادة 90 الواردة بالقسم 8 المتعلق بمكافحة الفساد من الفصل 3 من الباب الأول على نفس الإجراء، وقد جاء فيها ما يأتي: "عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية مع المصلحة العامة ويكون من شأن ذلك التأثير في ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه أن يخبر سلطته السلمية بذلك ويتنحى عن هذه المهمة". وفي البداية نلاحظ أن التسمية التي أطلقها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على القسم الذي وردت به المادة 90 (أي، "مكافحة الفساد") تخالف أحكام الدستور الجزائري؛ لأن السلطة التشريعية لا سواها تتكفل بمكافحة La lutte غير المشروعة التي تشكل جريمة، وتحدد لها العقوبات. أما القسم 8 المذكور مسبقا، فقد عالج موضوع الوقاية من الفساد وأثاره فقط.

إلى جانب ما سبق، نلاحظ من المادة 90 أن السلطة التنفيذية، فوق إخبار السلطة الرئاسية التي يتبعها الموظف العمومي، تطلب، للوقاية من تعارض المصالح في الصفقات العمومية، تنحي الموظف العمومي عن مهمة المشاركة في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ الصفقة العمومية إذا تبين له أن هناك تعارض بين مصالحه الشخصية والمصلحة العامة في الصفقة العمومية، بينما لم تنص المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على إجراء وقائي مماثل، وإنما قرر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته عقوبات الحبس من ستة (6) أشهر إلى خمس (5) سنوات والغرامة المالية التي تتراوح بين 50.000 إلى 200.000 دينار جزائري في حالة خالف الموظف العمومي أحكام المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، بمعنى إذا امتنع ذلك الموظف عن إخطار سلطته الرئاسية بتعارض مصالحه الشخصية مع المصلحة العامة، وأن من شأن ذلك أن يؤثر على ممارسته لمهامه بشكل عادي (حاجا 2013/2012، ص. 222 وما بعدها).

كذلك نلاحظ أن المادة 90 من المرسوم السابق حددت مهام الموظف الذي يجب أن يخطر سلطته الرئاسية بتعارض مصالحه الشخصية مع المصلحة العامة وهو: الموظف الذي يشارك في إبرام أو مراقبة أو تنفيذ صفقة عمومية، بينما لم تحدد المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته مهام الموظف العمومي الذي يقع عليه واجب الإخطار. والحكمة من ذلك أن نطاق المادة 8 لا يقتصر على مجال الصفقات العمومية فحسب، وإنما يشمل جميع مجالات الإدارة العامة. فإما أن يحدد ذلك نص قانوني آخر يتعلق بنشاط معين، كما وقع بالنسبة إلى الصفقات العمومية. ولهذا يجب، للوقاية من تعارض المصالح في الصفقات العمومية، التوفيق بين نصين، من ناحية، المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ومن ناحية أخرى، المادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. وإما أن تخضع للسلطة التقديرية للإدارة العمومية أو للجهة القضائية المختصة في حالة عدم وجود نص قانوني يحدد مهام الموظف العمومي التي يمكن أن تثور بسببها حالة التعارض بين المصالح.

خاتمة:

لقد بينت هذه الدراسة حرص المشرع الجزائري على الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية من خلال المادة 9 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المتعلقة حصريا بالصفقات العمومية، والتي تخاطب أشخاص القانون العام، كالموظف العمومي والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وبينت كذلك أن المادة 9 نصت على طريقتين للوقاية من الفساد في الصفقات العمومية وهي: أولا، تكريس واحترام مبدأ المنافسة الشريفة

ومبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وثانيا، حق الأشخاص في الطعن في حالة انتهاك القواعد التي تتعلق بالصفقات العمومية، ومن أبرز تطبيقاتها دعوى الاستعجال الإدارية في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 946.

كما بينت هذه الدراسة أن المادة 8 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته المتعلقة بتعارض المصالح في الإدارة العمومية تنطبق كذلك على الصفقات العمومية بالجمع بينها والمادة 90 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

غير أن الدراسة بينت كذلك أن الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية في بعض الأحيان تصطدم بالمبادئ القانونية الأخرى التي تنظم الصفقات العمومية، كمبدأ الأمن القانوني الذي يحتم تحصين الصفقة العمومية من منازعتها أمام الجهة القضائية الإدارية بعد مرور مدة زمنية محددة.

وتصطدم كذلك بالفراغ القانوني الموجود في القواعد القانونية التي تتعلق بالوقاية من الفساد في الصفقات العمومية، كالمادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي يتعين على المشرع أن يوسع نطاقها بصورة صريحة لكي تدخل فيه حالة الصفقات العمومية بعد إبرامها، أو يضع نصا خاصا بهذه الحالة، وأن يحدد أجلا معقولا لممارسة الدعوى في الحالة السابقة حتى لا تخل بمبدأ الأمن القانوني للصفقات العمومية، وأن يحدد سلطات المحكمة الإدارية بصورة تتناسب مع المرحلة التي بلغتها الصفقة العمومية.

الهوامش

1 مع الإشارة إلى أن المادة 9 جاءت تطبيقا لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 (قرار الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة رقم 4/58 المؤرخ في 31 أكتوبر 2003، مصنف الاتفاقيات الدولية Recueil des traités: رقم 2349)، وأنها ليست من القواعد الجنائية – ولا من قواعد قانون العقوبات الإداري – لذلك فإنها لا تخضع لمبدأ التفسير الضيق وحظر عملية القياس، فيجوز أن يقاس عليها بحالات أخرى تتعلق بعقود إدارية أخرى تختلف عنها. فعلى سبيل المثال، تطبق المبادئ الأساسية التي تدير إبرام الصفقات العمومية، طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كذلك على عقود تفويض المرفق العام (المادة 209).

2 انظر على سبيل المثال، قانون البلدية (قانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، ج.ر: رقم 37 المؤرخة في 3 يوليو 2011)، وقانون الولاية (قانون رقم 07-12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، ج.ر: رقم 12 المؤرخة في 29 فبراير 2012).

3 أما واجب التصريح بالتزاهة في الصفقات العمومية الذي قرره قانون الوقاية من الفساد ومكافحته حين تعديله سنة 2010 (أمر رقم 05-10 المؤرخ في 26 غشت 2010، ج.ر: رقم 50 المؤرخة في 1 سبتمبر 2010)، فإن المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية كرسته بأن اشترطت أن يتكون العرض المقدم للمنافسة، بالإضافة إلى الملف الخاص بالعرض التقني وبالعرض المالي، من ملف خاص بالترشح يجب أن يتضمن التصريح بالتزاهة. ولقد أكدت المادة 89 من نفس المرسوم في الفقرة 2 على هذا الواجب.

4 دخل هذا القانون حيز التنفيذ، طبقا للمادة 1062 منه، بعد سنة واحدة من تاريخ نشره على الجريدة الرسمية الجزائرية.

5 وتوحي هذه الصياغة بأن شرط الضرر (مثلا، الكسب الفائق) المطلوب لرفع دعوى الاستعجال الإدارية أمر يقع في المستقبل، وليس أمرا وقع في الحاضر.

قائمة المراجع

1. ألكسي، ر. (2013). فلسفة القانون. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
2. بوسقيعة، أ. (2012/2013). الوجيز في شرح القانون الجزائري الخاص. الجزء 2. الجزائر: دار هومه.
3. بوالشعير، س. المجلس الدستوري في الجزائر. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
4. بوضياف، ع. شرح تنظيم الصفقات العمومية. الجزائر: جسر للنشر والتوزيع.
5. تياب، ن. (2013). آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية. الجزائر: رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم مقدمة إلى جامعة تيزي وزو.
6. حاحا، ع. ع. (2012/2013). الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر. الجزائر: رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم مقدمة إلى جامعة بسكرة.
7. عمار، ع. (2013). دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور. الجزائر: مجلة المجلس الدستوري.
8. عوابدي، ع. (1998). النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء 2. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
9. Alfonsi, J. (2003). La notion de marché public. Algérie : Revue du Conseil d'État.
10. Bréchon-Moulènes, Ch. (2000). Commentaire sur TA Rouen, 28 avril 2000, Entreprise Jean Lefebvre Normandie, req. no 000697. France : AJDA.
11. Cassia, P. (2012). Conflit d'intérêts et passation des marchés publics. France : AJDA.
12. Dacosta, B. (2009). Conclusion sur CE, 17 décembre 2008, Association pour la protection de l'environnement du lunellois, req. no 293836. France : BJC.P.
13. Dreyfus, J. D. (2008). comment. sur CC, 24 juillet 2008, décision no 2008-567 DC, loi relative aux contrats de partenariat. France : AJDA.
14. Hoepffner, H. (2009). La modification du contrat administratif. France : LGDJ.
15. Lajoye, Ch. (2007). Droit des marchés publics. Algérie : Berti.
16. Lafaix, J. F. (2009). Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration. France : Dalloz.
17. Moussa, Z. (2011). Vers un durcissement de la réglementation des marchés publics en Algérie. France : CP-ACCP.
18. Richer, L. et Lichère, F. (2016). Droit des contrats administratifs. France : LGDJ.