

يعكس قطاع الصفقات العمومية نجاعة السياسة العامة في الإنفاق، فضرورة تسييره وإدارته في إطار من الشفافية له أهمية بالغة. والوقوف على هذه الأهمية يجعلنا نتساءل عن ماهية الشفافية في إبرام الصفقات العمومية لاسيما أن المشرع الجزائري اعتبرها من مبادئ إبرام الصفقات العمومية ونص على ذلك في المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

كما تناوله في مواد عديدة منه، وتقودنا هذه الأهمية إلى ضرورة تحديد الأساس القانوني لمبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية. واعتبارا من أن الشفافية تعد وسيلة وليست غاية تهدف لإظهار الأخطاء والتجاوزات والاقتصاص من مرتكبيها ما يقودنا للتساؤل عن الآليات المكرسة لمبدأ الشفافية في مرحلة إبرام الصفقة العمومية.

وهذا ما حاولنا دراسته في هذا الفصل بتحديد ماهية الشفافية في المبحث الأول وآليات تكريس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية في المبحث الثاني.

### المبحث الأول: ماهية الشفافية

تلعب الشفافية دورا مهما في إبراز رغبة الإدارة في التعاقد وبالتالي إبراز كل مضامين العقد المزمع إبرامه مع الغير الذي سيرسو عليه العطاء الذي يقدمه ويتم معه إبرام العقد.

ولقد تبنت التشريعات هذا المبدأ لأنه يكفل غاية الإدارة في تقدم أكبر قدر ممكن من المترشحين حتى يتسنى لها اختيار أفضل العروض في جو من المنافسة الحرة.

#### المطلب الأول: مفهوم الشفافية

نظرا لأن الشفافية من المصطلحات الواسعة التداول في محيط الإدارة العامة، فإن تجديد تعريفها يتطلب البحث في معناها اللغوي والاصطلاحي، ورغم تعدد التعاريف المقترحة، إلا أنها تتفق جميعها على تطابق المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للشفافية، وهو ما سيتم عرضه على جانب أهمية وخصائص مبدأ الشفافية، وكذا تمييزه عن بعض المصطلحات المناسبة، وهو ما سنوضحه وفقا للتفصيل الآتي:

#### الفرع الأول: تعريف الشفافية وأهميتها

##### أولاً: تعريفها

الشفافية في اللغة: الشف بفتح الشين الستر الرقيق الذي يبدي ما وراءه من الجسم ويظهره لرقته، يقال شف الثوب أي رق، وثوب شف، أي رقيق يستشف ماء وراءه أي يُبصر.

والشيف بكسر الشين يأتي بمعنى الربح والزيادة، وشفّ الدرهم يشيف، إذا زاد وإذا نقص، وأشفه غيره يشفه<sup>1</sup>.

أي أنها تعني الوضوح وهي عكس التعتيم والسرية ولعل استخدام هذه الكلمة اصطلاحا يختلف كثيرا في معناها اللغوي، والشفافية مبدأ تنموي استثماري واقتصادي مهم يعني ضرورة الإعلان والإعلام عن الأنشطة والبرامج التي تنفذها المنظمة، وكذلك الأمر بالنسبة للدول<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - د. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، 2008، ص 270.

<sup>2</sup> - خلاف وليد، دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010، ص 28.

والشفافية في المفهوم الاقتصادي فتعني "منح جميع المعنيين الفرصة الكافية للاطلاع والتعرف على المعلومات والقرارات ذات العلاقة، متضمنة مبررات اتخاذها والجهات المسؤولة عنها والنتائج المترتبة عليها"، كما يقصد بها "إيصال معلومات حقيقية وواضحة وكافية إلى الأطراف كافة، ذات المصلحة لإتاحة الفرصة لها، لتحليل عمليات الشركة".

وتعني الشفافية أيضا بمفهومها الاقتصادي "توفر المناخ الذي يتيح كافة المعلومات أو البيانات أو أساليب اتخاذ القرار المتعلقة بالأفراد أو الشركات ذوي الصفة العامة"<sup>1</sup>.

أما الشفافية كمبدأ في الصفات العمومية فقد عرفها الفقهاء تعريفات متعددة نذكر منها ما ذهب إليه الأستاذ سكوتر حيث عرفها بأنها: "النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غريهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار التعاقد مع الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة"<sup>2</sup>.

وقد عرفها كل من وسترنغ وجانون بأنها: "النظام الذي يتميز بقواعد واضحة وبأدوات تساعد على التحقق من أن هذه القواعد قد تفتح للمراقبين من ديوان المحاسبة وللأطراف ذوي المصلحة مثل مقدم العطاء الخاسر الذي يرغب بأن يعرف أسباب عدم قبول عرضه أو لماذا لم يفز بالعقد"<sup>3</sup>.

كما أن هناك من عرفها بأنها: "وضوح ما تقوم به المؤسسات العامة وكذلك وضوح علاقتها مع المواطنين وعلانية الإجراءات والغايات والأهداف سواء في المؤسسات الحكومية أو غير الحكومية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د. محمد خلف بني سلامة وأ. سامي سعيد محمود دراغمة، معايير الشفافية في الفقه الإسلامي وأثرها في الوقاية من الأزمات الاقتصادية، مجلة جامعة طيبة الإسلامية للدراسات الإسلامية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، السعودية، المجلد 22، العدد 02، يونيو 2014، ص 479.

<sup>2</sup> - د. سعيد علي الراشدي، الإدارة بالشفافية، دار كنوز للمعرفة، عمان، سنة 2008، ص 15، 16.

<sup>3</sup> - شريفي الشريف، مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 03، جانفي 2013، ص 93-94.

<sup>4</sup> - د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 83.

كما تعني الشفافية "وضوح القواعد التشريعية والتنظيمية الخاصة بإبرام الصفقات العمومية وسهولة الاطلاع على الممارسات الفعلية الخاصة بها"<sup>1</sup>.  
ويقصد بمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية وفق مفهومي الخاص: "أن تخضع مرحلة الإبرام لإجراءات مقررة قانونا في مناخ يسوده الوضوح والعلنية بكل ما يتعلق بالصفقة العمومية وفي الأجال المناسبة لضمان الحصول على أفضل العروض من حيث المزايا الاقتصادية".

### ثانيا: أهمية مبدأ الشفافية

لمبدأ الشفافية أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية لأن الإدارة بفضل أعمال هذا المبدأ تكون قد حققت المعايير الدولية التي نصت عليها الاتفاقات الدولية في مجال العقود الإدارية<sup>2</sup>.

كما تكمن أهمية المبدأ في كونه أداة لحماية المال العام من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخا يصعب أن يتستر وراءه الفساد، ويسهل كشف التلاعب والتواطؤ وتمنح كل ذي مصلحة من موردين أو مقاولين أو أفراد المجتمع أو موظفي جهاز الرقابة التي يستطيعون من خلاله أن يتحققوا بأن عملية اختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة تم في جو من النزاهة والاستقامة ووفق القواعد والمعايير التي علموا بها مسبقا، كما تلعب الشفافية دورا في تعزيز الثقة لدى الموردين والمقاولين سواء أكانوا من داخل الوطن أو من خارجه.

كما أن لمبدأ الشفافية عدة وظائف فعالة أهمها:

- المساعدة على كشف أية خروقات أو جوانب تمييز في عملية التعاقد.
- ضمان قيام المنافسة بين الموردين أو المقاولين على أسس حرة وعادلة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بزة الزهرة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2015/2014، ص 26.

<sup>2</sup> شريفي الشريف، مرجع سابق، ص 94.

<sup>3</sup> د. حسن عبد الرحيم السيد، الشفافية في قواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، يوليو 2009، ص 60 و63.

ويعد مبدأ الشفافية عموماً من أهم آليات الحكم الرشيد، فمن حق الفرد أن يعلم بكل المسائل ذات العلاقة بمركزه القانوني، ولا يجوز للإدارة أن تمارس تجاهه شكلاً من الممارسة السلبية فتحرمه مثلاً من الحصول على المعلومة التي تخصه وتمس مصالحه وشؤونه تحت ذريعة السر المهني<sup>1</sup>.

كما تعد الشفافية أحد أهم مبادئ الحوكمة وتعود هذه الأهمية إلى أنها السلاح الأول لمحاربة الفساد والاختلاسات والرشاوي التي كثيراً ما نسمع عنها، فغياب الشفافية هو الذي يفتح الباب على مصراعيه لعقد صفقات الفساد خلف الأبواب المغلقة، أما مع وجود الشفافية فإنه يصعب حينها إساءة استخدام السلطة لصالح فئة تعمل في الخفاء، فهي بمثابة أداة من أدوات قياس معدلات الفساد.

كما تعتبر في حد ذاتها أداة من أدوات العدالة، حيث أنه في ظل توفر المعلومات والوضوح للجميع دون استثناء هو في حد ذاته عدالة<sup>2</sup>.

وتعد الشفافية المسألة المحورية في عملية التنمية، وهي لا تقتصر فقط على الإشراف والمحاسبية حول النفقات العامة فحسب، وإنما تقتض كذلك ضمان الحرص على عقلانية هذه النفقات بهدف الحد من هدر المال العام والثروات الوطنية، ففي غياب الشفافية يتعذر على الحكومة والدولة عموماً تحقيق أي تقدم، لا سيما الشفافية المتصلة بالرقابة الصارمة<sup>3</sup>.

ويلعب مبدأ الشفافية دوراً كبيراً في دعم المبادئ الأخرى للصفقات العمومية، فمبدأ الشفافية وحرية الترشح والمساواة بين المتنافسين قيم مترابطة ومتكاملة فيما بينها، بحيث لا يمكن تحقق إحداها إلى بتوفر أخرى<sup>4</sup>، وهي بالإضافة إلى مبادئ فرعية أخرى تشكل في مجموعها دعامة حقيقية لبعضها البعض.

<sup>1</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> - شريفي الشريف، مرجع سابق، ص 98.

<sup>3</sup> - محمد محمود عبد الله يوسف، الشفافية المعلوماتية وعمليات التنمية المستدامة مع التعرض للتجربة المصرية، د. ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 73.

<sup>4</sup> - بزة الزهرة، مرجع سابق، ص 26.

## الفرع الثاني: تمييز الشافية عن بعض المصطلحات المشابهة

## أولاً: الشافية والنزاهة

تتمثل النزاهة في القيم المتعلقة بالصدق والأمانة والإخلاص والمهنية في العمل، بالرغم من التقارب بين المصطلحين إلا أن الشافية تتصل بنظم وإجراءات عملية بينما النزاهة تتصل بقيم أخلاقية معنوية<sup>1</sup>. والشفافية كمبدأ عام هي آلية لإبعاد كل السلوكيات غير السوية داخل مختلف التنظيمات وتحقيق الحكم الراشد والإدارة الديمقراطية والوقاية من الفساد، وأن نجاح الإدارة في وظائفها أمر لا يمكن تحقيقه إلا مع وجود مبدأ عام للشفافية<sup>2</sup>، لذلك نجد أن أغلب التشريعات قد نصت على مبدأ الشافية في مجال الصفقات العمومية.

## ثانياً: الشافية والإفصاح

تعتبر الشافية أكثر عمومية من حيث انسحابها إلى مختلف جوانب الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية في مجتمع ما، وترتبط الشافية بمفهوم الإفصاح من حيث مفهومها ومعناها، حيث أنهما يلتقيان في بث المعارف أو نقل المعلومات من مصدر إنتاجها إلى مستقر الاستفادة منها أو استخدامها، فالإفصاح هو نقل هادف إلى نقل المعلومات ممن يعلمها لمن لا يعلمها، ويقصد بالإفصاح اتباع سياسة الوضوح الكامل وإظهار جميع الحقائق المالية المهمة التي تعتمد عليها الأطراف المهمة بالمشروع، ويعد الإفصاح الكافي من أهم المبادئ الرئيسية لإعداد القوائم والملاحظات والمعلومات الإضافية المرفقة بها كل المعلومات المتاحة المتعلقة بالمشروع لتجنب تضليل الأطراف المهمة بالمشروع، وهو ما يمكن استعماله على الصفقات العمومية.

ويقصد بالإفصاح اصطلاحاً اتباع سياسة الوضوح الكامل وإظهار جميع الحقائق المهمة التي تعتمد عليها الأطراف المهمة بالمشروع، فالإفصاح لا يعني مجرد توفير البيانات والمعلومات والسماح بالاطلاع عليها كما هو الشأن بالنسبة للشفافية، بل أن

<sup>1</sup> المهاني محمد خالد، آليات حماية المال العام والحد من الفساد الإداري، الملتقى العربي الثالث، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، المملكة المغربية، 2008، ص 36.

<sup>2</sup> بوضياف مليكة، الإدارة بالشفافية، الطريق للنهضة والإصلاح الإداري، تحميل من موقع على الإنترنت www.kenanaonline.com، ص 07.

تتعهد الجهات المعنية بتقديم تلك المعلومات وتوصيلها بصفة دورية، بل وتلتزم أيضا أن تحملها إلى علم المساهمين (المرشحين).

والشفافية والإفصاح من أهم مبادئ الحوكمة: يدور مضمون الحوكمة على محور الضمير والحسن الأخلاقي، وعلى قاعدة القيم والمبادئ العليا، وعلى نسيج الصدق والعلانية والشفافية والإفصاح، وعلى تكامل العناصر المؤكدة لنجاح المشروع مثل: الإصرار والنزاهة والحرص على ما ينفع المشروع والتفاني والإخلاص في العمل<sup>1</sup>.

### ثالثا: الشفافية والمساءلة

المساءلة هي تقديم التوضيحات اللازمة لأصحاب المصلحة حول كيفية استخدام صلاحياتهم وتصريف واجباتهم والأخذ بالانتقادات التي توجه إليهم، وتلبية المتطلبات المطلوبة منهم وقبول بعض المسؤولية عن الفشل وعدم الكفاءة أو عن الغش، وتتطلب المساءلة وجود حرية المعلومات، أو هي ببساطة قيام الموظفين العموميين بتقديم تقارير دورية عن نتائج أعمالهم ومدى نجاحهم في تنفيذها، ويتضمن حق المواطن في الحصول على المعلومات اللازمة عن أعمال الإدارات العامة للتأكد من أن هذه الأعمال تسير وفق القانون.

والشفافية من حيث أنها التصرف بطريقة مكشوفة في إدارة الشؤون العامة والإفصاح عن المعلومات وعلانيتها، فإنها بذلك تعزز المساءلة وتدعمها، فالشفافية والمساءلة مفهومان مترابطان يعزز كل منهما الآخر، فإذا غابت الشفافية لا يمكن وجود مساءلة وإذا غابت المساءلة فلن تكون للشفافية قيمة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: خصائص الشفافية

يتميز مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية بمجموعة من الخصائص ومن أهمها ما يأتي:

- الانضباط باتباع السلوك الأخلاقي والصحيح.

<sup>1</sup> - د. محمد خلف بني سلامة وأ. سامي سعيد محمود دراغمة، مرجع سابق، ص 479 و 480.

<sup>2</sup> - عمائدة فايزة، مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الإدارة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012، ص 18-19.

- الشفافية بتقديم الصورة الحقيقية لكل ما يحدث وينفذ.
  - الاستقلالية بعدم وجود تأثيرات وضغوطات غير لازمة للعمل.
  - المساءلة بإمكانية تقديم وتقدير أعمال مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية.
  - المسؤولية وتكون أمام جميع الأطراف ذوي المصلحة في المنشأة.
  - العدالة باحترام حقوق مختلف أصحاب المصلحة<sup>1</sup>.
- 1- الانضباط باتباع السلوك الأخلاقي والصحيح:** وفي هذا الإطار تم إقرار مدونة لأدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب المادة 88 من المرسوم الرئاسي 247/15، وقد منحت لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بموجب المادة 213 من نفس المرسوم صلاحية إعدادها، كما ألزمت في فقرتها الثانية الأعوان العموميين المعنيين بالتعهد باحترامها بموجب تصريح<sup>2</sup>.
- 2- الشفافية بتقديم الصورة الحقيقية لكل ما يحدث وينفذ:** تضمن تنظيم الصفقات العمومية 247/15 مجموعة آليات وإجراءات تلزم بها المصلحة المتعاقدة لضمان تقديم الصورة الحقيقية بكل ما يتعلق بالصفقة العمومية، من بينها وجوب الإعلان عن الرغبة في التعاقد حيث أحاطه المشرع بمجموعة من القواعد والبيانات حتى تصل إلى علم كل ذي مصلحة، وتتضح له الصورة الحقيقية حول الصفقة، كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإعلان المنح المؤقت للصفقة ... وغيرها.
- 3- الإستقلالية بعدم وجود تأثيرات وضغوطات غير لازمة للعمل:** استوجبت خطورة الأوامر غير المشروعة من المشرع إيجاد ضمانات قانونية وواقعية تحيط الموظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري، حماية له من التعسف الذي يمكن أن يمارس عليه باستغلال امتيازات السلطة الرئاسية عن طريق توجيه الأوامر الغير مشروعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. محمد خلف بني سلامة وأ. سامي سعيد محمود دراغمة، مرجع سابق، ص 482.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 88 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - تياب نادية، آليات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 57.

إن نص المادة 26 من الأمر 06-03<sup>1</sup> يضمن للموظف حرية الرأي في حدود احترام واجب التحفظ المفروض عليه، هذه الضمانة تعطي للموظف حق مناقشة الرئيس في مسألة الأوامر المناقضة لأحكام القانون، وإلا لما كان لهذا النص معنى، لأنه في حالة الشك أو تيقن الموظف من عدم مشروعية الأمر الوارد إليه من رئيسه، يجب عليه قانوناً أن يلفت نظر رئيسه خطياً إلى موطن المخالفة التي أثارته حالة عدم المشروعية، عندها فقط يصبح حقه عدم تنفيذ هذه الأوامر إلا إذا أكدها رئيسه خطياً، ويدعم نص المادة 26 من الأمر 03/06 بنص المادة 30 من نفس الأمر التي تنص على وجوب تقديم الدولة حمايتها للموظف، مما قد يتعرض له من تهديد أو اعتداء من أي طبيعة كانت أثناء ممارسة وظيفته أو بمناسبة نتيجة إبداء رأيه في مواجهة أوامر رئيسه، زيادة على ذلك فإن المادة 37 من الأمر ذاته تنص على أنه: "للموظف الحق في ممارسة مهامه في ظروف عمل تضمن له الكرامة والصحة والسلامة البدنية والمعنوية"، وما يضمن له الكرامة هو أن يأتمر الموظف بأمر القانون لا أن يأتمر بأمر غير مشروع لهو أكبر كرامة له<sup>2</sup>.

وقد ذهب الأستاذ عمار بوضياف في قراءته وتحليله لنص المادة 129 من القانون المدني<sup>3</sup> إلى أن عبارة "متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم"، الواردة في نص المادة يستدل منها على أن الموظف ملزم فقط بإطاعة الأوامر الشرعية، دون الأوامر غير الشرعية، فهي لا تلزمه ولا يقع على عاتقه تنفيذها، وهو ما يعني تبني المشرع الجزائري لأولوية تطبيق القانون على الأوامر غير الشرعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الأمر 03/06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق لـ 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

<sup>2</sup> - تياب نادية، مرجع سابق، ص 58.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78 الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

<sup>4</sup> - د. ملاوي إبراهيم ودحود محمد، واجب الطاعة في الوظيفة العامة، د. ط. تاكسيدي بوان كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الدويرة، الجزائر العاصمة، 2015، ص 117.

وحسب الدكتور ديبلي كمال فإن المرؤوس ملزم بطاعة الأوامر الغير مشروعة بشروط:

- أن تكون صادرة من الرئيس الإداري المباشر.
- أن تكون مكتوبة.

4- المساءلة بإمكانية تقديم وتقدير أعمال مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية: وهو ما تم توضيحه سابقا في التمييز بين الشفافية والمساءلة.

5- المسؤولية: قام المشرع الجزائري بتجريم الأفعال والتصرفات التي تمس بمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، كما قيد المصالح المتعاقدة بإجراءات قانونية تلزم باحترامها، وأي مخالفة لها تؤدي إلى تحمل المسؤولية المقررة قانونا، ومن أمثلة ذلك المحاباة والرشوة والتحيز... إلخ، وكذلك نفس الأمر بالنسبة للمترشحين.

6- العدالة: فالشفافية كما سبق وذكرنا هي في حد ذاتها من أدوات العدالة، حيث أنه في ظل توفر المعلومات والوضوح للجميع دون استثناء هو في حد ذاته عدالة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: نطاق الالتزام بمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية

يستمد مبدأ الشفافية أساسه القانوني من تشريعات مختلفة على المستوى الدولي والمستوى الوطني.

فمبدأ الشفافية ضرورة أملتها سياسة العولمة التي اجتاحت كل المجتمعات في كل جوانب حياتها، والمنادية بتعزيز الشفافية لمكافحة الفساد بأشكاله المتعددة، لا سيما في القطاع العام، وبذلك من الطبيعي الوقوف عند مختلف هذه التشريعات التي تأثر بها المشرع الجزائري في تأسيسه لمبدأ الشفافية<sup>2</sup> في إبرام الصفقات العمومية.

إلا أن مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية لا يأخذ على إطلاقه بل إن هناك شروط لا بد من توفرها وهو ما سنوضحه كالاتي:

### الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ الشفافية على المستوى الدولي

يجد مبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية أساسه القانوني على المستوى الدولي في نص المادة 09 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تعد من أهم

<sup>1</sup> - د. محمد خلف بني سلامة وأ. سامي سعيد محمود دراغمة، مرجع سابق، ص 482.

<sup>2</sup> - عمايدية فايزة، مرجع سابق، ص 30.

الاتفاقيات الدولية التي ظهرت لمكافحة الفساد، وقد طرحت للتوقيع في ديسمبر 2003 ودخلت حيز التنفيذ في 14 ديسمبر 2005، وصادقت عليه الجزائر بواسطة المرسوم الرئاسي المؤرخ في 19 أبريل 2004، حيث جاء نص المادة كما يلي<sup>1</sup>:

المشتريات العمومية وإدارة الأموال العمومية.

1- تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم إشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية في اتخاذ القرارات، وتتسم ضمن جملة أمور بفاعليتها في منع الفساد، وتتناول هذه النظم التي يجوز أن تراعي في تطبيقها قيم جدية مناسبة، أمورا منها:

أ) توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات وعقود الإشتراء، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات، والمعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود، توزيعا عاما، مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتا كافيا لإعداد عروضهم وتقديمها.

ب) القيام مسبقا بإقرار ونشر شروط المشاركة، بما في ذلك معايير الاختيار وإرساء العقود وقواعد المناقصة.

ج) استخدام معايير موضوعية ومقررة مسبقا لاتخاذ القرارات المتعلقة بالمشتريات العمومية، تيسيرا للتحقق لاحقا من صحة تطبيق القواعد والإجراءات.

د) إقامة نظام فعال للمراجعة الداخلية، بما في ذلك نظام فعال للطعن، ضمانا لوجود سبل قانونية للتظلم والانتصاف في حال عدم اتباع القواعد أو الإجراءات الموضوعية عملا بهذه الفقرة<sup>2</sup>.

اتخاذ التدابير عند الاقتضاء، لتنظيم الأمور المتعلقة بالعاملين المسؤولين عن المشتريات، مثل الإعلان عن أي مصلحة في مشتريات عمومية معينة، وإجراءات الفرز، والاحتياجات التدريبية.

<sup>1</sup> - عمائدية فايذة، مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 09 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

2- تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، تدابير مناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الأموال العمومية، وتشمل هذه التدابير ما يلي:

أ/ إجراءات لاعتماد الميزانية الوطنية.

ب/ الإبلاغ عن الإيرادات والنفقات في حينها.

ج/ نظاما يتضمن معايير للمحاسبة ومراجعة الحسابات وما يتصل بذلك من رقابة.

د/ نظاما فعالة وكفؤة لتدبير المخاطر وللمراقبة الداخلية.

اتخاذ تدابير تصحيحية، عند الاقتضاء في حال عدم الامتثال للاشتراطات المقررة في هذه الفقرة.

3- تتخذ كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير مدنية وإدارية، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، للمحافظة على سلامة دفاتر المحاسبة أو السجلات أو البيانات المالية أو المستندات الأخرى ذات الصلة بالنفقات والإيرادات العمومية ولمنع تزوير تلك المستندات"<sup>1</sup>.

إذا فهذه المادة جاءت بجملة من الأحكام والمبادئ التي تتعلق بالتعاقد في مجال الصفقات العمومية قصد ضبطه على نحو يكرس شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية بالإضافة إلى المساواة بين العارضين وحرية الوصول للطلبات العمومية، ووضع معايير موضوعية وواضحة لاختيار المتعامل المتعاقد بما يحقق حماية للمال العام، ويعزز سياسة مكافحة الفساد لاسيما في القطاع العام للدول، وذلك باعتبار أن إصلاح مؤسسات الدولة لكي تصبح أكثر مساءلة وشفافية<sup>2</sup>.

وقد تم تدعيم المادة 09 السابقة بموجب نص المادة 10 من نفس الاتفاقية، حيث وردت بنصها على اعتماد تدابير تعزيز الشفافية في الإدارات العمومية بما في ذلك ما يتعلق بكيفية تنظيمها وعملها وعمليات اتخاذ القرارات فيها، وذلك من خلال اعتماد إجراءات أو لوائح تمكن عامة الناس من الحصول على معلومات عن كيفية تنظيم إدارتها العمومية.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 09 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

<sup>2</sup> - عمليّة فائزة، مرجع سابق، ص 31.

وبذلك يتضح دور اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في سن القوانين التي تكافح الفساد ومراقبة تطبيقها من خلال تفعيل دور المؤسسات الرقابية وأنظمة العقوبات الجزائية، إذ تنطلق هذه الاتفاقية من ثلاث مراحل هي مرحلة الوقاية ومرحلة العقاب ومرحلة المعالجة.

- فتهدف الأولى إلى الحد من مخاطر الفساد قبل وقوعه باحتوائها على مجموعة من القواعد القانونية الممكن تطبيقها من قبل الدول الأطراف وفقا للمبادئ الأساسية في نظامها القانوني.

- أما المرحلة الثانية فتتمثل في أنه في حال وقوع جرائم الفساد تتضمن الاتفاقية عدة مواد لمعاقبة المجرمين وتجريم الأفعال الإجرامية في القطاعين العام والخاص.

- والمرحلة الثالثة تتضمن معالجة آثار جرائم الفساد عن طريق إعادة الأموال المسروقة والمهدورة والموجودات التي تمت عبر جرائم الفساد، كالرشوة مثلا.

- كما تتضمن الاتفاقية استراتيجية بزيادة التعاون وتبادل المساعدات الدولية بين المؤسسات الحكومية والمؤسسات المحلية والمؤسسات غير الحكومية لتعزيز الشفافية والنزاهة والمساءلة قصد الوصول إلى الإدارة السليمة.

كما أن أهمية الشفافية لفتح سوق عالمية للمشتريات الحكومية جعلت لجنة قانون التجارة الدولي التابعة للأمم المتحدة الدولي لا تغفل عن إعطاء الشفافية في المشتريات الحكومية اهتماما مناسباً فأصدرت بتاريخ 09 ديسمبر 1994 قانوناً نموذجياً للمشتريات الحكومية، هو قانون اليونسترال - في مجال السلع والمقاولات والخدمات، وكان الهدف من هذا القانون حث الدول على إعادة النظر في تشريعاتها المنظمة للمشتريات والتي يشوبها النقص والغموض وعدم الوضوح وتفتقر إلى الشفافية"<sup>1</sup>.

كما نصت اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه التي اعتمدها رؤساء دول وحكومات الاتحاد الإفريقي في 21 جويلية 2003 في المادة الثانية والثالثة على مبدأ الشفافية كأهم آليات مكافحة الفساد وضرورته في إدارة الشؤون العامة والتي من ضمنها تنظيم الصفقات العمومية كما يلي:

<sup>1</sup> - عمائدة فايضة، مرجع سابق، ص 32-33.

المادة 02: تتمثل أهداف هذه الاتفاقية فيما يلي:

- تشجيع وتعزيز الدول والأطراف بإنشاء الآليات اللازمة في إفريقيا لمنع الفساد وضبطه والمعاقبة والقضاء عليه وعلى الجرائم ذات الصلة في القطاعين العام والخاص.
  - تعزيز وتسهيل وتنظيم التعاون فيما بين الدول الأطراف لأغراض منع الفساد وضبطه والمعاقبة والقضاء عليه في القارة.
  - تعزيز التنمية الاجتماعية والاقتصادية عن طريق إزالة العقبات التي تحول دون التمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الحقوق المدنية والسياسية.
  - توفير الظروف المناسبة لتعزيز الشفافية والمساءلة في إدارة الشؤون العامة.
- المادة 03: (المبادئ) تتعهد الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بالالتزام بالمبادئ التالية:
- احترام المبادئ والمؤسسات الديمقراطية والمشاركة الشعبية وسيادة القانون والحكم الرشيد.

- احترام حقوق الإنسان والشعوب طبقاً للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والوثائق الأخرى ذات الصلة بشأن حقوق الإنسان، الشفافية والمساءلة في إدارة الشؤون العامة، وتعزيز العدالة الاجتماعية من أجل كفالة تنمية اجتماعية واقتصادية متوازنة.
  - إدانة ورفض أعمال الفساد والجرائم ذات الصلة والإفلات من العقاب<sup>1</sup>.
- وتعتبر هذه القوانين من أهم التشريعات ذات الطابع الدولي التي أسست لمبدأ الشفافية في تنظيم الصفقات العمومية والتي تأثرت بها دول العالم على مستوى تشريعاتها المحلية بما في ذلك الجزائر.

### الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ الشفافية على المستوى الوطني

تماشياً مع السياسة العالمية الرامية إلى تعزيز مبدأ الشفافية كأداة لمكافحة الفساد واقتناع المشرع الجزائري بأن قطاع الصفقات العمومية أكثر المجالات التي ينمو بها الفساد بسرعة وضخامة وذلك لارتباطها بخزينة الدولة وبالمال العام فقد كان المشرع

<sup>1</sup> - أنظر المادة 02 و03 من اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومحاربه.

الجزائري حريصا على أن تتضمن أهم القوانين نصوص صريحة لتكريس مبدأ الشفافية وحمايته<sup>1</sup>، أهمها:

1- قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 01/06 المعدل والمتمم.

2- المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

### أولا: القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

بالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته يظهر أن المشرع الجزائري قد تشدد في التذكير بأهم مبادئ الصفقات العمومية مركزا على مبدأ الشفافية في الإجراءات وعلانية المعلومات وقواعد المنافسة الشريفة<sup>2</sup>. كما أكد النص على ضرورة اختيار معايير موضوعية ودقيقة لانتقاء المتعامل المتعاقد عند إبرام كل صفقة.

واعترفت المادة كذلك للمتعهد بحق الطعن بكل أشكاله الإدارية والقضائية في حال عدم التزام الإدارة بقواعد إبرام الصفقة العمومية.

### ثانيا: تنظيم الصفقات العمومية 247/15

لقد جسد المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رغبة المشرع الجزائري في إضفاء الشفافية والوضوح في عملية إبرام الصفقات العمومية، وذلك بهدف ضمان نجاعة الطلبات والحفاظ على المال العام وترشيد إنفاقه والحصول على أفضل العروض من حيث المزايا الاقتصادية، وهو ما أكدته المادة 05 منه والتي نصت على ما يلي:

"ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عمايدية فايذة، مرجع سابق، ص 34.

<sup>2</sup> د. بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 338.

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

ولا يقتصر حرص المشرع الجزائري على شفافية الإجراءات المتعلقة بالصفقة العمومية على نص المادة الخامسة فقط بل إن غالبية النصوص من هذا المرسوم تضمنت ما يعكس مظاهر تطبيق الشفافية وضمان تجسيدها عبر مختلف مراحل إبرام الصفقات العمومية<sup>1</sup>.

فتنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 يكرس مبدأ الشفافية في مواد عديدة منها المادة 61 والتي أوجبت الإشهار الصحفي في الحالات التالية (طلب العروض بمختلف أشكاله، التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء)، وحددت المادة 62 البيانات التي يجب أن يحتويها إعلان طلب العروض، وقد بينت المادة 65 قواعد الإعلان، وألزمت كل من المواد 64 و66 و70 منه الإدارة بإخطار المعارضين بتاريخ وساعة فتح الأظرفة، ويتم في جلسة علنية بحضور كافة المتعهدين... إلخ، وكل هذه الآليات سيتم تناولها في المبحث اللاحق.

### الفرع الثالث: شروط مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية

من بين الشروط التي يجب توافرها في أي معلومة أو إجراء يتصف بالشفافية يجب:

1- أن تكون الشفافية في الوقت المناسب<sup>2</sup>: حيث أن الشفافية المتأخرة تكون عادة لا قيمة لها، وذلك نابع من أهمية الأجل وتعلقها بالنظام العام وما يترتب عنها من آثار قد تمس بمبدأ الشفافية، ومن أمثلة ذلك: أن تعلن المصلحة المتعاقدة عن المنح المؤقت للصفقة في آخر يوم من آجال الطعن، أو إعلانها لرغبتها في التعاقد من خلال مدة قصيرة قبل نهاية أجل تقديم العروض وعدم منح مدة معقولة للمهتمين لتحضير عروضهم وتقديمها، بما يؤثر على حرية المنافسة وبالتالي استقدام عدد ضئيل من المتعهدين، ومن ثمة عدم ضمان الحصول على أفضل العروض من حيث المزايا الاقتصادية، وهذا من شأنه وضع المصلحة المتعاقدة في موقع الشك والريبة وغياب الشفافية والوضوح.

<sup>1</sup> - عمايدية فايزة، مرجع سابق، ص 36.

<sup>2</sup> - بوضياف مليكة، مرجع سابق، ص 07.

2- أن تتاح الشفافية لكافة الجهات في ذات الوقت<sup>1</sup>: يعتبر الإشهار أهم وسيلة لإعلام الكافة، حيث تبادر من خلاله المصلحة المتعاقدة إلى إخطار أصحاب الشأن برغبتها في التعاقد ونيتها في إنجاز مشروع بعنوان صفقة عمومية وفتحها مجال المنافسة للمترشحين لتقديم عروضهم وفقا للشروط المعلن عنها وتمنحهم مدة معقولة للتضير، وتطلعهم على الفائز بالصفقة، وتمكنهم من ممارسة حق الطعن.

وقد جسد المشرع الجزائري عدة آليات يضمن بها العلنية، وذلك من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بنشر وإعلان الرغبة في التعاقد في الجرائد الوطنية، وكذلك في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، كما تبني النشر وتبادل المعلومات إلكترونيا.

3- أن تكون شارحة نفسها لنفسها دون غموض<sup>2</sup>: إذ يتوجب على المصلحة المتعاقدة التصريح بكل الشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والمتعلقة بالصفقة محل المنافسة، والعنوان الدقيق حيث يجب إيداع العروض، والأجل المخصص لتلقي العروض، وأجل صلاحية العروض أو الأسعار، وتاريخ وساعة فتح الأظرفة، وهذا كله لإضفاء أكبر قدر ممكن من الشفافية والوضوح على الصفقة محل المنافسة.

4- الحفاظ على المعلومات ذات الصلة بسرية العمل<sup>3</sup>: فمبدأ الشفافية في عملية إبرام الصفقات العمومية لا يأخذ على إطلاقه، إذ قد ترد عليه استثناءات بحيث تبرم الصفقة العمومية في إطار من السرية، فالإدارة قد تعطي قدر من الحرية والسلطة التقديرية في اختيار المتعاقد معها مباشرة ودون اللجوء لإجراءات الإشهار نظرا للطابع السري للصفقة.

5- أن يعقب الشفافية مساءلة<sup>4</sup>: ذلك أن الشفافية ليست غاية بل وسيلة لإظهار الأخطاء والاقتصاص من مرتكبيها وذلك بالطبع في إطار الوسائل القانونية لذلك، وتشمل المساءلة عدة أبعاد مثل الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة بالتصرفات القانونية وحق الحصول على تفسير عن أسباب القيام بالتصرف القانوني، والحوار بين من سئل ومن يسأل، وتبرير التصرفات ومثال ذلك في تنظيم الصفقات العمومية 247/15 ما

<sup>1</sup>- بوضياف مليكة، مرجع سابق، ص 07.

<sup>2</sup>- نفس المرجع، ص 07.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 07.

<sup>4</sup>- نفس المرجع، ص 07.

نصت عليه المادة 60 بقولها: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة"<sup>1</sup>.

وكإضافة فإن هناك العديد من الهياكل الدولية الداعمة لمبدأ الشفافية وتتمثل أهمها فيما يلي:

**1- المنظمة الدولية للشفافية:** هي المنظمة العالمية غير الحكومية الرئيسية التي تركز جهودها لمكافحة الفساد وتعزيز الشفافية، ولديها 900 فرعا وطنيا في جميع أنحاء العالم، تأسست في سنة 1993، مقرها برلين، تعمل على التشجيع على صياغة اتفاقيات دولية لمكافحة الفساد وغيرها من الأدوات الدولية والتصديق عليها وتنفيذها، كما تصدر تقارير سنوية تبين مؤشر مدركات الفساد الذي يرصد مستوى إدراك الفساد في الدول ويركز على الفساد في القطاع العام فيتم ترتيب هذه الدول من حيث درجة الفساد بما في ذلك الجزائر التي احتلت مراتب تعكس تقدمها ضمن الدول الأكثر فسادا في العالم كما هو مبين في التقارير السنوية للمنظمة الدولية للشفافية<sup>2</sup>.

**2- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد:** هي أول اتفاقية دولية تشكل إطار شامل في مجال مكافحة الفساد، حيث صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي مؤرخ في 19 أبريل 2004، وقد اعتمدها الجمعية العامة في 31 أكتوبر 2003 التي دخلت حيز النفاذ في 14 ديسمبر 2005 لتعبر عن قمة التوافق الدولي في مكافحة الفساد، وقد تضمنت مواد تنص على الشفافية في مختلف القطاعات كآلية لمحاربة الفساد<sup>3</sup>.

**3- اتفاقية الأمم المتحدة لمنع الفساد ومكافحته:** وهي من بين أهم الاتفاقيات الدولية التي نادى بتدعيم الشفافية لاسيما في القطاعات العامة لمكافحة الفساد اعتمدت في 11 جويلية 2003 وصادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي رقم 137/06 المؤرخ في 10 أبريل 2006<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 60 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - عمائدية فايضة، مرجع سابق، ص 28.

<sup>3</sup> - د. فريحة حسن، المجتمع الدولي ومكافحة الفساد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 05، سنة 2011، جامعة بسكرة، ص 45 وما بعدها.

<sup>4</sup> - عمائدية فايضة، مرجع سابق، ص 29.

4- المنظمة العربية للشفافية والنزاهة: هي منظمة أهلية غير ربحية حديثة النشأة، تأسست في 29 مارس 2012 بهدف تعزيز الحاكمية الرشيدة بالشفافية والنزاهة والمساءلة على مستوى دول المنظمة العربية، من خلال تنظيم عدد من الأنشطة والبرامج والمشاريع واتخذت مقرها بالكويت.

وتسعى المنظمة بالمقارنة مع الجهات الحكومية والبرلمانية وكذلك القطاع الخاص والمنظمات المحلية والأفراد المهتمين في المنظمة إلى تحقيق ستة أهداف هي:

- دعم تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في الدول العربية.
- دعم قدرات المنظمات المحلية والمجتمعات المدنية العربية في مناهضة الفساد.
- دعم جهود إصلاح الانتخابات والعمل البرلماني.
- تعزيز إصلاح القطاع العام.
- العمل مع القطاع الخاص على تطبيق معايير الحوكمة في أعماله وفق المعايير المهنية.
- نقل الخبرات الدولية في تعزيز تطبيقات الحاكمية الرشيدة وتبادل الخبرات في هذا المجال<sup>1</sup>.

5- الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد: أنشأت هذه الهيئة بقصد تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد بموجب المادة 17 من قانون الوقاية من الفساد، ومكافحته 01/06، وقد نص المرسوم الرئاسي 413/06 الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006 على تشكيل هذه الهيئة كما نصت المادة 18 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته 01/06 على أن هذه الهيئة سلطة إدارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي تحت تصرف رئيس الجمهورية ونص في مادته الـ 20 على مهام هذه الهيئة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عمالية فائزة، مرجع سابق، ص 29.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 29.

**المبحث الثاني: آليات تكريس مبدأ الشفافية في مرحلة إبرام الصفقة العمومية**

إن مبدأ الشفافية حتمية أساسية يجب على المصلحة المتعاقدة التقيدها بها ولن يتأتى ذلك إلا من خلال وضع ضوابط وآليات تضمن التجسيد الفعلي لتكوين هذا المبدأ في إبرام الصفقات العمومية، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الآليات الشكلية (المطلب الأول) وكذلك الآليات الموضوعية (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: الآليات الشكلية المكرسة لمبدأ الشفافية**

يكمن تفعيل الشفافية في مرحلة إبرام الصفقات العمومية من خلال تكريس آليات شكلية أو إجرائية تتمثل في إطلاع المتنافسين على كل الوثائق الخاصة بالصفقة ابتداء من إعلان المصلحة المتعاقدة عن رغبتها في التعاقد وإلى غاية المنح المؤقت وإبلاغهم بالشروط والمواصفات والمعايير المعتمدة للتعاقد، وكذا تمكينهم من حضور أعمال لجان فتح الأظرفة والاطلاع على نتائج المنح المؤقت للصفقة، وهذا ما سنوضحه وفق التفصيل الآتي:

**الفرع الأول: إلزام المصلحة المتعاقدة باللجوء لطلب العروض كأصل عام**

لقد فرض المشرع الجزائري إجراء طلب العروض كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية نظرا لما يوجبه هذا الإجراء من فتح لسبل المنافسة، وفتح مجال تقديم العروض لأكبر عدد ممكن من المترشحين وفي كنف الشفافية والوضوح، وجعل إجراء التراضي هو الاستثناء، فالقاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية هي طلب العروض والاستثناء هو التراضي، وهو ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم الرئاسي 248/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث ورد نصها كالآتي: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"<sup>1</sup>، وسنوضح المقصود بكلا الإجراءين وأشكال كل منهما كالآتي:

<sup>1</sup> المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 هـ الموافق لـ 16 سبتمبر سنة 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

## أولاً: تعريف طلب العروض وأشكاله

1- **تعريف طلب العروض:** هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء<sup>1</sup>.

2- **أشكال طلب العروض:** يتم طلب العروض حسب أحد الأشكال التالية: طلب العروض المفتوح، وطلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا، وطلب العروض المحدود، والمسابقة<sup>2</sup>.

أ/ **طلب العروض المفتوح:** هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد، ويعد هذا الشكل أكثر الاشكال تجسيدا لمبدأ المنافسة لكونه يكفل لكل متعامل اقتصادي تقديم عرضه مما يتيح للمصلحة المتعاقدة عددا غير محدود من المتنافسين على نحو يجعلها مرتاحة في اختيار العروض لتوفرها<sup>3</sup>.

ب/ **طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:** يعتبر هذا الشكل إجراء تمنح فيه فرصة تقديم تعهد للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة المحددة مسبقاً من قبل المصلحة المتعاقدة.

تتيح المادة 44 وفقاً للتعريف الذي خصت به إجراء طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا للمصلحة المتعاقدة إمكانية حصر المنافسة بين فئة محدودة من المتنافسين ممن تتوفر فيهم المؤهلات المطلوبة التي تتجاوب مع طبيعة الصفقة، بشرط أن تكون الشروط التي طلبتها موضوعية ومحدودة بصورة مفصلة في دفتر الشروط، إلى جانب الضمانات الأخرى التي يجب أن تتوفر فيهم، وكذا المؤهلات التي يجب أن تتميز بها الأشغال المطلوبة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 40 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 42 من نفس المرسوم.

<sup>3</sup> - بن بشير وسيلة، ظاهر الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2016، ص 141.

<sup>4</sup> - يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج01، ط02، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998، ص 472.

ج/ طلب العروض المحدود: يعد طلب العروض المحدود وفقا للمادة 45 من المرسوم الرئاسي 247/15 آلية لإبرام الصفقات العمومية تهدف إلى تحقيق التنافس بين مجموعة محددة من المترشحين تمت دعوتهم خصيصا للتنافس، بعد أن تم انتقاءهم أوليا اعتمادا على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة عن كل المتعاملين المتعاقدين معها من قبل سمحت لها برسم صورة واضحة عن المترشحين المؤهلين بصفة مبدئية لعملية الانتقاء<sup>1</sup>.

د/ المسابقة: هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية، وتكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا، وتكون مسابقة الإشراف على الانجاز محدودة وجوبا<sup>2</sup>.

### ثانيا: تعريف التراضي وأشكاله

1- تعريفه: هو إجراء يتم من خلاله تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

فالإدارة تتحرر بموجبه من الخضوع للقواعد الإجرائية التي يخضع لها طلب العروض بأشكاله المختلفة، وتمكنها من التعاقد دون تقيد بأي إجراء، بحيث تتجرد الصفقة من الخضوع لعدة آليات ومبادئ إجرائية وموضوعية من شأنها ضمان مبدأ الشفافية في إبرام الصفقة العمومية، وهو ما أدى بالمشروع إلى منع التعاقد بطريقة التراضي إلا للضرورة وفي حالات محددة.

2- أشكال التراضي وحالاته: رجوعا لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشروع قد قسم التراضي إلى شكلين هما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة<sup>3</sup>.

أ- التراضي البسيط: نصت الفقرة 02 من المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أن: "التراضي قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم".

<sup>1</sup> - بن بشير وسيلة، مرجع سابق، ص 142.

<sup>2</sup> - أنظر المواد 47 و48 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 41، من نفس المرسوم.

فالمشرع قد اعترف للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد عن طريق التراضي البسيط، وتمكينها من حق الاختيار، وعدم اتباعها للإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض، إلا أنه فرض تقييدها بحالات اللجوء للتراضي البسيط من خلال نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 وتتمثل هذه الحالات باختصار فيما يلي:

- حالة التعامل المحتكر الوحيد.
- حالة الاستعمال الملح.
- في حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة.
- في حالة مشروع ذي أهمية وطنية.
- عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يقضي بمنح صفقة لمؤسسة صناعية وتجارية حصريا للقيام بالخدمة، أو عندما تنجز هذه الأخيرة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية ذات الطابع الإداري<sup>1</sup>، وفي هذه الحالة نشير إلى أن إعطاء أولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي، ولو كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي، سيخل من وجه نظر الدكتور عمار بوضياف بمبدأ المساواة وهو من المبادئ التي حملها المرسوم الرئاسي 247/24 في المادة 05 منه وحافظ عليه وجسده في مواد كثيرة<sup>2</sup>.

**ب- التراضي بعد الاستشارة:** يعتبر التراضي بعد الاستشارة الصورة الثانية لأسلوب التراضي، ويركز التراضي بعد الاستشارة على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين تختارهم وتدعوهم خصيصا للتنافس، إذ تقوم بعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة التي تراها ملائمة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للمنافسة<sup>3</sup>، وقد رهن تنظيم الصفقات العمومية

<sup>1</sup> - أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق

<sup>2</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 222.

<sup>3</sup> - حليمي منال، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم القانونية، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2015-2016، ص 36.

لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الشكل من أشكال الإبرام بتحقيق الحالات المحددة بموجب المادة 51 من تنظيم الصفقات الجديد وهي كالاتي:

- **عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:** وذلك إذا لم يتم استلام أي عرض، أو عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات<sup>1</sup>.

- **حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:** حيث وضح المشرع خصوصية صفقات الدراسات واللوازم والخدمات من خلال ربطها بموضوعها، أو بضعف مستوى المنافسة فيها، أو بالطابع السري للخدمات التي تتضمنها<sup>2</sup>.

- **حالة صفقة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية:** فنظرا لاتصالها بقطاع سيادي فرض الأمر طابع السرية ما استلزم اتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة.

- **في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديدة:** رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد بطريق التراضي بعد الاستشارة لدواعي موضوعية، ولها أن تبرز ذلك عند ممارسة أي رقابة من قبل الجهات المخولة قانونا، فتثبت حالة الفسخ أولا، وتثبت وضعية أو حالة عدم تحمل المشروع لآجال جديدة ثانيا<sup>3</sup>.

- **العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات:** وفي هذه الحالة يتعين قصر مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية، وفي حالة إبرام اتفاقات مضمونها تحويل الديون إلى مشاريع واستثمارات بناء على موافقة الدولتين، هنا وفي هذه الحالة تلزم الإدارة المتعاقدة بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض، وتتجلى الحكمة في ذكر هذه الحالة من حالات اللجوء للتراضي في تكريس

<sup>1</sup>- أنظر المادة 02/40 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- أنظر المادة 51 من نفس المرسوم.

<sup>3</sup>- د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 227.

واحترام نزاعات الدولة ذات الطابع الخارجي، وهي حالة معقولة ومبرر إدراجها في حالات التراضي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: إلزام المصلحة المتعاقدة بإعلان رغبتها في التعاقد

يقع لزما على المصلحة المتعاقدة الإعلان عن مناقصاتها (طلبات العروض) تكريسا للشفافية وللمنافسة الحرة والمساواة بين المتنافسين<sup>2</sup>، ونظرا لأهمية الإعلان في الصفقات العمومية فقد أحاطه المشرع الجزائري بمجموعة من الأحكام، وهو ما سنوضحه وفقا للتفصيل الآتي:

**أولاً: تعريف الإعلان في الصفقات العمومية:** يقصد بالإعلان في الصفقات العمومية أن تبادر الإدارة المتعاقدة إلى إخطار أصحاب الشأن برغبتها في التعاقد ونيتها في إنجاز مشروع عام بعنوان صفقة، وفتحها مجال المنافسة للعارضين عرض تقديم تشريعاتهم وفقا للشروط المعلن عنها، وتمنحهم فترة معقولة للتحضير<sup>3</sup>، والغاية من ذلك ألا تبرم عقود الصفقات العمومية في أجواء تشوبها الريبة ويحوم حولها الشك، كما يهدف الإعلان عن الصفقة إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري للمصلحة المتعاقدة.

ويعتبر الإعلان إجراء شكلي جوهري، إذ نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه:

"يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.
- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 228.

<sup>2</sup> - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات الإدارية والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 89.

<sup>3</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 84.

<sup>4</sup> - المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

## ثانياً: قواعد الإعلان

لقد حرص تنظيم الصفقات العمومية على إيجاد آليات وقواعد يضمن بها التجسيد المادي لمبدأ العلنية، وتكريس الشفافية في إجراءات إبرام الصفقة العمومية، ويختلف شكل الإشهار وقواعده باختلاف قيمة الطلب العمومي، بمعنى أنه يجب مراعاة ما إذا كانت قيمة الطلب العمومي قد تجاوزت العتبة المالية أو لم تتجاوزها<sup>1</sup>.

كما يختلف ما إذا كان مستوى الإعلان يتم على مستوى وطني أو محلي، وسنفصل في ذلك على النحو الآتي:

### 1- قواعد الإعلان في حال توفر العتبة المالية

أ- **على المستوى الوطني:** وقد نصت عليها المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 وتتمثل أساساً فيما يلي:

- يحزر إعلان طلب العروض باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.
  - أن ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.
- وقد تم إنشاء النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي بموجب المرسوم الرئاسي 116/84 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث نصت المادة 01 منه على أنه: "تحدث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي"<sup>2</sup>.
- أن ينشر على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني<sup>3</sup>.
- ب- **على المستوى المحلي:** أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى الإشهار المحلي بتوافر شرطين هما:

<sup>1</sup> عميري أحمد، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الإدارة لجامعة ابن خلدون، تيارت، العدد 18، جوان 2017، ص 227.

<sup>2</sup> المادة 01 من المرسوم الرئاسي 116/84 المؤرخ في 11 شعبان عام 1404 هـ الموافق لـ 12 ماي سنة 1984 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

<sup>3</sup> المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

- المعيار المالي: بأن تكون طلبات العروض تتضمن صفقات أشغال أو لوازم ودراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري، على التوالي 100 مليون دج أو يقل عنها و50 مليون دج أو يقل عنها.

- المعيار العضوي: بأن تكون الصفقة مبرمة من طرف الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها.

فإذا توفر هذين الشرطين يكون طلب العروض محل إشهار محلي حسب الكيفيات

التالية:

- نشر إعلان طلب العروض في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- إصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية: الولاية، ولكافة بلديات الولاية، ولغرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة للولاية، وللمديرية التقنية المعنية في الولاية<sup>1</sup>.

## 2- قواعد الإعلان في حال عدم توفر العتبة المالية

نظرا لأهمية الإشهار في تجسيد مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، فقد حرص المشرع الجزائري على إلزام المصلحة المتعاقدة بإجراء الإعلان حتى في الحالات التي لا يتوفر فيها المعيار المالي للصفقة المذكور في نص المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهذا ما يتضح لنا بالرجوع إلى نص المادة 14 من نفس المرسوم<sup>2</sup>، حيث ورد نصها كالآتي: "يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملائم واستشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين..."<sup>3</sup>.

وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها أن تتذرع بالعتبة المالية كحجة لتصلها من إجراء الإشهار، بل تكون ملزمة به كإجراء، لكن في نفس الوقت منح المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة كامل الحرية في اختيار طريقة الإشهار الملائمة لقيمة تلك

<sup>1</sup> - المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - عميري أحمد، مرجع سابق، ص 288.

<sup>3</sup> - المادة 14 من المرسوم الرئاسي 247/15 مرجع سابق.

الحاجات التي لم تتجاوز قيمتها العتبة المالية، وهذا ما نستنتجه من عبارة "محل إشهار ملائم"<sup>1</sup>.

ولقد ركزت بعض الدراسات المتخصصة على الطابع الثقيل والبطيء للنشر الورقي في الجرائد اليومية لأنه يمر عبر قنوات، ويأخذ مجالا زمنيا، وطالبوا بإيلاء أهمية أكثر للنشر الإلكتروني نظرا لفوائده من حيث السرعة وتوسيع شبكة الإعلام بخصوص الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

وقد تم التصييص على النشر الإلكتروني في المرسوم الرئاسي 247/15 في نص المواد من 203 إلى 206.

ومن شأن نشر طلب العروض في الموقع الإلكتروني للإدارة المعنية إن يعزز مبدأ الشفافية في إبرام الصفقة العمومية ومسايرة التطور التكنولوجي، وتوسيع الدائرة الإعلامية، إلا أنه يثير إشكالية الرد الإلكتروني من جانب المتعهد، أو تبادل المعلومات بين طرفي الصفقة العمومية وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الإلكترونية، ومن ثمة المساس بنزاهة وشفافية الصفقة.

### ثالثا: بيانات الإعلان

وتتمثل في جملة من المعلومات التي يجب أن تعلنها الإدارة لتصل إلى علم المتعهدين، وهذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة، كالإشارة إلى تسمية الإدارة المتعاقدة، محل العقد، مواعيد تسليم العروض، وهذا الحد الأدنى يمثل البيانات الجوهرية التي يجب أن تصل إلى علم المتنافسين المحتملين، لذلك فإن المشرع في مختلف الدول ينص على وجوب أن يتضمنها الإعلان مع ترك سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة في إضافة ما تشاء إليها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عميري أحمد، مرجع سابق، ص 288.

<sup>2</sup> - د. وضياف عمار، مرجع سابق، ص 244.

<sup>3</sup> - جليل منية، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه، في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2015، ص 145.

وستنطبق إلى بيانات الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض وتمكين المتعهدين من دفتر الشروط، ثم نبين بعد ذلك بيانات الإشهار المتعلق بملف الاستشارة وفق التفصيل الآتي:

- 1- بيانات الإشهار المتعلق بإجراء طلب العروض وتمكين المعنيين من دفتر الشروط رجوعاً لنص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجدها تنص على البيانات الإلزامية المتعلقة بإعلان طلب العروض على النحو الآتي:
  - تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
  - كيفية طلب العروض.
  - شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
  - موضوع العملية.
  - قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
  - مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
  - مدة صلاحية العروض.
  - إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر.
  - تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام، تكتب عليه عبارة "لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض" ومراجع طلب العروض.
  - ثمن الوثائق عند الاقتضاء<sup>1</sup>.

وبفرض المشرع لهذه البيانات في كل إعلان طلب العروض أياً كان شكلها، يكون قد كفل المعنيين من المتنافسين فرصة المشاركة، وهذا باطلاعهم على الجهة المعنية صاحبة المشروع محل الصفقة، وموضوع الخدمة أو محل الصفقة، وشكل المنافسة... وغيرها، وبذلك جسد مبدأ العلانية ومبدأ المساواة بين المتنافسين أحسن تجسيد، وهذا ما يؤدي إلى منافسة شريفة في جو تسوده الشفافية والوضوح<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 249.

وإذا بادرت الإدارة المعنية لنشر إعلان طلب العروض بالكيفية المذكورة سلفا تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط، الذي صادقت عليه لجنة الصفقات المعنية، وهذا للإحاطة أكثر بالشروط التفصيلية والدقيقة المطلوبة للتعاقد، وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 63 من المرسوم الجديد.

وبفرض هذا الالتزام على عاتق الإدارة المتعاقدة أراد المشرع تحقيق المزيد من الشفافية والوضوح على قواعد المنافسة بين مختلف العارضين<sup>1</sup>.

## 2- بيانات الإشهار المتعلق بملف استشارة المؤسسات

رجوعا لنص المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجدها قد فرضت تزويد المترشحين بكل المعلومات الدقيقة خاصة فيما تعلق بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة والمواصفات التقنية المطلوبة، والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات والخدمات أو التصاميم أو الرسوم، والشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني، والضمانات المالية، والوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين، واللغة الواجب استعمالها في تقديم التعهدات، وكيفيات التسديد إن اقتضى الأمر ذلك<sup>2</sup>.

وكذلك وجب على الإدارة المتعاقدة بغرض إضفاء الشفافية على الصفقة محل المنافسة، تحديد العنوان الدقيق حيث يجب إيداع العروض وغيرها وهذا كله يدعم لا شك المبادئ العامة للتعاقد وهي مبدأ الشفافية والعلنية وغيرها<sup>3</sup>.

## رابعاً: الاستثناءات الواردة على التزام الإدارة بإعلان رغبتها في التعاقد

إن المصلحة المتعاقدة ملزمة كأصل عام في الحالات العادية بإعلان رغبتها في التعاقد ضماناً للشفافية وتحقيقاً للمساواة في الوصول إلى الطلبات العمومية، لكن قد تطرأ ظروف معينة تؤول دون تمكن الإدارة من إشهار حاجياتها<sup>4</sup>، وهذا ما سنوضحه كالاتي:

<sup>1</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 249-250.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 64 من المرسوم الرئاسي 247/15 مرجع سابق.

<sup>3</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 250.

<sup>4</sup> - عميري أحمد، مرجع سابق، ص 233.

**1- حالة الاستعجال الملح**

وفقا لنص المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإن المصلحة المتعاقدة معفاة من الإجراءات العادية لمواجهة هذه المستجدات الطارئة على أن تبرم المصلحة المتعاقدة صفقة عمومية على سبيل التسوية خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر الذي تم بموجبه الترخيص في بداية تنفيذ الخدمات، وذلك إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية الجديدة، وقد حدد المشرع حالات الاستعجال الملح وهي الحالات التي تكون معللة بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمار أو ملك للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، ويكون الترخيص بالشروط في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة بموجب قرار معل من طرف مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وترسل نسخة من المقرر إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية<sup>1</sup>.

**2- الحالات الخاصة التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار**

نصت المادة 23 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي جاءت في القسم الفرعي الثالث بعنوان الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار على ما يلي: "تعفى من أحكام هذا الباب، لاسيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام، الصفقات العمومية لاستيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلبات السريعة في أسعارها ومدى توفرها"<sup>2</sup>.

**3- حالات التراضي**

كما سبق أن ذكرنا أن إجراء التراضي كأسلوب للتعاقد تتحرر بموجبه المصلحة المتعاقدة من الخضوع للقواعد الإجرائية التي يخضع لها طلب العروض بأشكاله المختلفة،

<sup>1</sup> - أنظر المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 23 من نفس المرسوم.

وتمكنها من التعاقد دون تقيد بأي إجراء<sup>1</sup>، بحيث تتجرد الصفقة من الخضوع لعدة آليات ومبادئ إجرائية من شأنها تكريس الشفافية في إبرام الصفقات العمومية. وبالإضافة إلى الإعلان كآلية لتكريس العلنية كمبدأ من مبادئ الصفقات العمومية، فقد كرس تنظيم الصفقات العمومية 247/15 آلية أخرى لتجسيد مبدأ العلنية تتمثل في تمكين المتعهدين من حضور عملية فتح الأظرفة، مع العلم أن المشرع فرض ذكر ساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه للمتشحين، وهذا من شأنه تجريد الإدارة من كل الشكوك والشبهات، وإضفاء الشفافية والوضوح على أعمالها القانونية<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: المنح المؤقت وحق الطعن فيه

يعتبر المنح المؤقت إجراء إعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد معها نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفاصيله وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط<sup>3</sup>.

ومن باب إضفاء شفافية أكثر على إبرام الصفقات العمومية، فقد أحاط المشرع عملية انتقاء واختيار متعهد من بين المترشحين بصفة مؤقتة بمجموعة من الآليات الموضحة وفق التفصيل الآتي:

#### أولاً: إلزام المصلحة المتعاقدة بنشر بيانات المنح المؤقت للصفقة

نصت الفقرة 02 من المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض، عندما يكون ذلك ممكناً، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 41 من نفس المرسوم الرئاسي، 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 66 و70 من نفس المرسوم.

<sup>3</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 287.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 52 و65 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

كما نصت الفقرة 08 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 65 من هذا المرسوم"، والمقصود في هذه الفقرة هو التعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة. فالمشرع أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تنشر في الإعلان مجموعة من البيانات أو العناصر كاسم ولقب الشخص العارض أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقاول وموضوع الصفقة وسعرها وآجال التنفيذ، وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار الإدارة للفائز المعلن عنه، ويفضل ذكر العناصر بدقة تقاديا لأي لبس، حتى يتسنى لباقي المتعهدين ممارسة حقوقهم المقررة قانوناً<sup>1</sup>.

**ثانياً: حق المتعهدين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم التقنية والمالية**

من باب إضفاء شفافية أكثر على معايير الانتقاء والاختيار ألزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج التفصيلية لتقييم ترشيحاتهم التقنية والمالية الاتصال بصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت، وهذا عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، وحينئذ تسلم للراغب نتائج ترشيحه مفصلة وكتابياً، وهو ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 282<sup>2</sup>.

وهذا من شأنه تجسيد الشفافية على إجراء المنح المؤقت مادام أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بنشر البيانات والعناصر وكل المعلومات التي تبرر اختيارها للفائز المعلن عنه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تلزم المصلحة المتعاقدة بتقديم نتائج العروض التقنية والمالية كتابياً لباقي المتعهدين الراغبين في ذلك، بما يتسنى لباقي المتعهدين التأكد من مدى شفافية اختيار المصلحة المتعاقدة، أو تأسيس طعونهم إذا كان الأمر خلاف ذلك، وقد وفق المشرع الجزائري بعدم إلزام المصلحة المتعاقدة بنشر النتائج التفصيلية التي تحصل عليها باقي المتعهدين لأن ذلك يقلل من فرص الطعن ضد إجراء المنح المؤقت ولا يشجع عليه خاصة بالنسبة للمتشحين المتحصلين على المراتب الأخيرة.

<sup>1</sup> - جليل منية، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 291.

**ثالثاً: حق الطعن ضد إجراء المنح المؤقت**

يعتبر الطعن من أهم الآليات المجسدة لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية<sup>1</sup>. ويستمد حق الطعن ضد إجراء المنح المؤقت أساسه القانوني من المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي تنص على أنه: "زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة ... أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة ..."، كما ألزمت الفقرة 02 من ذات المادة السابقة المصلحة المتعاقدة أن تشير للجنة الصفقات المختصة وذلك من باب توجيه وإعلام المعارضين الراغبين في رفع طعونهم<sup>2</sup>.

ولا تفوتنا الإشارة إلى أن المشرع أجاز للمصلحة المتعاقدة وأثناء كل مراحل إبرام الصفقات العمومية أن تعلن عن إلغاء الإجراء قبل الكشف عن نتيجة العروض التنافسية، أو بعد إعلان النتيجة وذلك إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة، ولا يجوز لأي متعهد المطالبة بالتعويض عن ذلك<sup>3</sup>، وهذا خير دليل على أن المنح المؤقت يعتبر إجراء وليس قرارا إداريا كما يرى بعض الباحثين مثل هزيل جلول، لأن القرار الإداري المشروع لا يمكن إلغائه إداريا إلا في حالات إنسانية كالقرارات المتعلقة بفصل الموظفين.

كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإعلام المرشحين بإلغاء الإجراء ثم تمكين الراغبين منهم في الاطلاع على مبررات إلغاء المنح المؤقت وذلك في أجل 03 أيام ابتداء من تاريخ إعلامهم بموجب رسالة موسى عليها مع وصل استلام<sup>4</sup>.

**المطلب الثاني: الآليات الموضوعية المجسدة لمبدأ الشفافية في إبرام الصفقات****العمومية**

إن مبادئ الشفافية وحرية الترشح والمساواة بين المتنافسين قيم مترابطة ومتكاملة فيما بينها، بحيث لا يمكن تحقق إحداها إلا بتوفر الأخرى، وهي بالإضافة إلى مبادئ فرعية أخرى مثل مبدأ سرية العطاءات أو العروض والتي تشكل في مجموعها دعامة

<sup>1</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 291.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 82 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 73 من نفس المرسوم.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 5/82 من نفس المرسوم.

حقيقية لمبدأ الشفافية، وضمانة للإدارة لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية، من خلال اختيار المتعاقد الكفاء الذي يراعي مصلحة الإدارة ويسعى لتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، ونظرا لأهمية هذه المبادئ ودورها في ضمان الشفافية والنزاهة في إبرام الصفقة العمومية، فقد أكد المشرع الجزائري على التقيد بها بموجب نص المادة 05 من القانون 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>1</sup>، وسنتطرق لتوضيح هذه المبادئ على النحو التالي:

### الفرع الأول: مبدأ المنافسة

وضع تنظيم الصفقات العمومية المنافسة كمبدأ يؤسس لشفافية إبرام الصفقات العمومية، كما ألزم المصلحة المتعاقدة بإتباع مجموعة من الإجراءات ليؤمن تكريسه ميدانيا، وحتى يضمن بقاءه في المنحى المخصص له - تحقيق الشفافية -، قام بضبط إطار المنافسة من خلال وضعه لمؤهلات قانونية استلزم توفرها في المتعاملين الاقتصاديين ليتمكنوا من المشاركة في الصفقة، كما أتاح للمصلحة المتعاقدة هامشا لإعمال سلطتها التقديرية في تحديد بعض الشروط بشرط أن تتوفر في ذلك الموضوعية وخصوصية العملية موضوع الصفقة<sup>2</sup>، وسنوضح ذلك وفق التفصيل الآتي:

#### 1- تعريف المنافسة

**لغة:** تعني الرغبة في الشيء والانفراد به، أو المغالبة على الشيء، ونافست في الشيء منافسة أي رغبت فيه، وتنافسوا فيه أي رغبوا، وفي قوله تعالى: «خِتَامُهُ مِسْكٌ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنَافَسِ الْمُتَنَافِسُونَ»<sup>3</sup>، أي فليرغب الراغبون إلى طاعة الله.

<sup>1</sup> - بزة الزهرة، تكريس مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2014/2015، ص 26.

<sup>2</sup> - حليمي منال، مذكرة سابقة، ص 27 و28.

<sup>3</sup> - الآية 26 من سورة المطففين.

ونخلص إلى أن معنى المنافسة لغة تدور بين ارتفاع القيمة والمبالغة في الشيء والترغيب فيه والتسابق إليه، لذلك لا يتصور إلا أن تكون بين طرفين - على الأقل - يبذل كل منهما جهده من أجل التفوق على الطرف الآخر<sup>1</sup>.

**اصطلاحاً:** تعددت التعاريف التي وضعت للمنافسة بتعدد نظرة الفقهاء إليها، فتم تعريفها على أنها: "تزامم التجار والصناع على ترويج أكبر عدد ممكن من منتجاتهم أو خدماتهم من خلال جذب أكبر عدد ممكن من العملاء"، أو هي: "العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون لنفس النشاط الاقتصادي"<sup>2</sup>.

أما في القاموس القانوني فقد تم تعريف المنافسة على أنها: "عملية التنافس الاقتصادي أو العرض المقدم من طرف عدة مؤسسات مختلفة ومتزاحمة لسلع وخدمات محاولة بذلك إشباع حاجات متشابهة، مع وجود خطوط متقاربة وعكسية لدى هذه المؤسسات لكسب أو خسارة امتيازات الزبائن"<sup>3</sup>.

## 2- تعريف مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية

تعني حرية المنافسة إعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، أن يقدموا عطاءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط المحددة مسبقاً، ولا يجوز للإدارة إقصاء أي منهم من المنافسة<sup>4</sup>. وهذا ما يؤكد أن مبدأ حرية المنافسة يسعى لتحقيق الشفافية، إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه، ذلك أن حرية المنافسة لا تعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءاتهم، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد، على أساس مقتضيات المصلحة العامة<sup>5</sup>، إلا أنه لا يمكنها إبعاد

<sup>1</sup> - بزة الزهرة، مرجع سابق، ص 13 و 14.

<sup>2</sup> - معين فندي الشناق، الاحتكارات المقيدة للمنافسة (في ضوء قوانين المنافسة الاتفاقيات الدولية)، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 25.

<sup>3</sup> - تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، د. ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 31.

<sup>4</sup> - بزة الزهرة، مرجع سابق، ص 24.

<sup>5</sup> - حميدة أحمد سرير، الصفقات العمومية وطرق إبرامها، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حمالة المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 20 ماي 2013، ص 09.

الراغبين في الاشتراك في المنافسة متى توفرت فيهم الشروط المطلوبة من الناحيتين التقنية والمالية، وبذلك تقف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء كل المتنافسين وليس لها تفضيل مرشح على آخر وإلا عد فعلها من قبيل المحاباة"<sup>1</sup>.

### 3- مبررات الأخذ بمبدأ المنافسة في نطاق الصفقات العمومية

إن اعتماد المنافسة الحرة في الاقتصاد بوجه عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص يعد سمة من سمات النظام الليبرالي، وقد تبنته غالبية التشريعات لعدة أسباب واعتبارات أهمها:

- استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين مما يؤدي إلى الحصول على أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية.
- أن فكرة الحرية الاقتصادية قائمة على أساس حرية المنافسة والتي تستدعي أن يكون النسيج الاقتصادي ذا ديناميكية تنافسية، وكذا فكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة<sup>2</sup>.
- تضمن المنافسة حياد الإدارة ونزاهة وشفافية الإجراءات، وتبعد شبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها الذين توكل لهم مهمة القيام بإجراءات منح الصفقات، وإنعاش الحياة الاقتصادية، وزيادة اليد العاملة، وحماية مصالح الدولة، وترشيد النفقات.
- أن اعتماد المنافسة الحرة من شأنه أن يوفر حماية فعالة للمال العام، حيث سيسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية، ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012/2011، ص 196.

<sup>2</sup> عارف صالح مخلف وعلى مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الإيثار للعلوم القانونية والسياسية، بغداد، العدد 05، سنة 2005، ص 259.

<sup>3</sup> بزة الزهرة، مرجع سابق، ص 17.

## 4- الأساس القانوني لتطبيق مبدأ حرية المنافسة

إن مصادقة الجزائر على اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي<sup>1</sup>، وكذا سعيها الحثيث للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية (OMG)، أدى بها إلى تبني سياسة الانفتاح الاقتصادي كبديل للمبادئ التقليدية الموروثة عن النظام الاشتراكي، وتم تكريس هذا التوجه الجديد دستوريا وقانونيا، وكذا بموجب التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

## أ- التكريس الدستوري لمبدأ حرية المنافسة

تم تكريس هذا التوجه الجديد دستوريا بنص المادة 43 من دستور 96 المعدل والمتمم والتي نصت على أن: «حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون ... يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة»<sup>2</sup>، وبهذا يكون الدستور قد اضى حماية خاصة لمبدأ حرية المنافسة.

## ب- تكريس حرية المنافسة بموجب قوانين خاصة

أكد المشرع الجزائري على مبدأ حرية المنافسة من خلال إصداره لعدة نصوص قانونية ذات طابع ليبرالي أهمها القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية<sup>3</sup>، والمرسوم 88-201 الذي تضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي واحتكار التجارة<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> تمت المصادقة على هذا الاتفاق بموجب المرسوم الرئاسي 05-159 المؤرخ في 27 أبريل 2005، الجريدة الرسمية، عدد 31، الصادرة بتاريخ 30 أبريل 2005.

<sup>2</sup> المادة 43 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 36، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية، عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

<sup>3</sup> قانون 01/88، المؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية، عدد 02، الصادرة بتاريخ 13 يناير 1988.

<sup>4</sup> مرسوم رقم 88-201، المؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي واحتكار التجارة، الجريدة الرسمية، عدد 42، الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1988.

وكذا الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، وتم من خلاله التأكيد على أن الأسعار تحدد بصفة حرة اعتمادا على قواعد المنافسة، ما أدى إلى تكريس هذه الأفكار دستوريا عن طريق تبني حرية التجارة والصناعة كما سبق الذكر.

### ج- تكريس حرية المنافسة في التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية

حرص المشرع الجزائري على تجسيد فكرة المنافسة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية وكان ذلك بصفة ضمنية إلى أن جاء التكريس الفعلي والتأكيد عليها بموجب المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ثم بموجب المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

### 5- قواعد حماية وتجسيد مبدأ المنافسة

يرتبط مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية بمبدأ فرعي هو وجوب الإشهار، وهذا يستلزم إقرار مسؤولية الإدارة الجزائرية والإدارية في حال إخلالها بقواعد الإشهار والمنافسة النزيفة والشريفة، فمسئوليتها الجزائية مقننة بموجب المادة 09 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>1</sup>، حيث جاء فيها: «يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية ويجب أن تتركز هذه القواعد على وجه الخصوص:

علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية

الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية

معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية».

### 6- القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

لقد حاول المشرع من خلال ضبطه للشروط العامة للمنافسة أن يجعل من دائرة التنافس للظفر بالصفقة محصورة في المتعاملين الذين تثبت نزاهتهم واستقامتهم المهنيين، كما ترك للمصلحة المتعاقدة تحديد بعض الشروط التي تضبط بها دائرة التنافس وفق ما

<sup>1</sup> قانون رقم 06/01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

يتماشى مع خصوصية المنافسة التي ستدعو المتنافسين إليها وطبيعتها، بشرط أن تكون الشروط المحددة من قبلها موضوعية، بحيث تستهدف التنقيب عن المقدرة المالية والفنية للمتعاملين<sup>1</sup>، وهو ما سنوضحه على النحو الآتي:

#### أ- القيود الواردة بموجب تنظيم الصفقات العمومية

- لقد ورد في تنظيم الصفقات العمومية 247/15 مجموعة حالات تؤدي إلى الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ويتعلق الأمر بالمتعاملين الاقتصاديين:
- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 72 و74.
  - الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح.
  - الذين كانوا محل حكم قضائي حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمت بنزاهتهم المهنية.
  - الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
  - الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
  - الذين قاموا بتصريح كاذب.
  - المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤولياتهم، من أصحاب المشاريع.
  - المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.
  - المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.
  - الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

<sup>1</sup> - حليمي منال، مرجع سابق، ص 28 و29.

- الذين أخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 84 من هذا المرسوم.

توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية<sup>1</sup>.

#### ب- القيود التي تفرضها المصلحة المتعاقدة

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في فرض بعض الشروط للتأكد من قدرات المتعهدين على تنفيذ الصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة"<sup>2</sup>.

وتطبيقا لهذه المادة فقد خول المشرع للإدارة اتخاذ جملة من الإجراءات بهدف تمكينها من الاختيار السديد<sup>3</sup>، وفي هذا الإطار فقد منح المشرع للإدارة حقه في الاستعلام عن المتعهدين وذلك استنادا إلى نص المادة 56 من المرسوم الرئاسي 247/15، وكذلك التأكد من قدرات المرشحين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية وذلك استنادا إلى نص المادة 54 من نفس التنظيم السابق<sup>4</sup>، كما يمكنها أن تحرص على إيجاد الضمانات التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها كطلب الوثائق التي توضح الوضعية المالية للمترشح أو طلب كفالة تعهد وغيرها.

كما اعترف المشرع بالسلطة التقديرية للإدارة المتعاقدة في إضافة ما تراه مناسبا من معايير تنافسية أخرى شريطة ذكرها والتنويه عليها في دفتر الشروط ليعلم بها كل عارض وحسنا فعل ذلك<sup>5</sup>.

#### ج- القيود التي تفرضها طبيعة الصفقة

إن مجال المنافسة قد يتسع ويضيق تبعا عما إذا طلب العروض وطنيا ودوليا فيعرف حينئذ مجالا أوسع يضم الوطنيين والأجانب، أو يكون طلب العروض وطنيا فقط، فيقتصر مجال المنافسة على الوطنيين دون غيرهم، أو يكون طلب العروض دوليا فقط،

<sup>1</sup> - المادة 75 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 53 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - بزة الزهرة، مرجع سابق، ص 42.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 54 و 54 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 285.

فيقتصر مجال المشاركة على المتعاملين الأجانب دون سواهم<sup>1</sup>، كما يتسع مجال المنافسة ويضيق تبعا لطريقة إبرام الصفقة العمومية، فلا يمكن أن نتصور وجود منافسة في الصفقات العمومية التي تيرم عن طريق التراضي، كما يختلف مجال المنافسة حسب شكل طلب العروض، فالمنافسة تتسع في طلب العروض المفتوح مقارنة مع طلب العروض المحدود، حيث يفسح المجال في طريقه طلب العروض المحدود للمنافسة بين مترشحين تم انتقائهم مسبقا.

### الفرع الثاني: مبدأ المساواة

**1- تعريفه:** يعتبر مبدأ المساواة مكمل لحرية المنافسة، ويقصد به أن كل الأشخاص يجب أن تتم معاملتهم بنفس الطريقة دون أي تمييز أو تفضيل، بحيث لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الآخر، أو بإضافة شروط أو حذفها أو تعديلها بالنسبة للبعض الآخر<sup>2</sup>.

**2- أساسه القانوني:** يعد مبدأ المساواة عموما من أهم مبادئ القانون عامة، ثابت في المادة 07 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ثابت في كل النظم الدستورية والقانونية، ومكرس أمام القضاء الوطني والدولي، ويكرس أمام الإدارة في مساواة المنتفعين من خدمات المرفق، ويكرس على مستوى الالتحاق بالوظائف العامة، ويكرس فيما يتعلق بتحمل الأعباء العامة من خدمة وطنية ومن ضرائب ورسوم، كما أن لمبدأ المساواة وجودا في المادة 09 من القانون 06-01<sup>3</sup>، كما يجد أساسه القانوني في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15.

**3- الاستثناءات الواردة على مبدأ المساواة:** لا يعمل بمبدأ المساواة في الصفقات العمومية بصفة مطلقة، بل ترد عليه استثناءات تضمنها المرسوم نفسه يمكن الإشارة لبعض منها فيما يلي:

**أ- تخصيص هامش الأفضلية الوطنية:** من باب حماية المنتج الوطني وفق المشرع الجزائري في الموازنة بين مبدأ حرية المنافسة وحماية المنتج الوطني، فخصص لهذا

<sup>1</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 185.

<sup>2</sup> - الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2010، ص 63.

<sup>3</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 81.

الأخير معامل إضافي في التقييم بعنوان هامش الأفضلية، فجاء القسم السابع من الفصل الثالث بعنوان "ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج"، والهدف طبعاً من هذا التحفيز هو أن تكون الفرص متكافئة بين المتعامل الوطني والمتعامل الأجنبي، ومن باب أيضاً تشجيع الاستثمارات الوطنية ومساعدتها على إثبات وجودها في المجال الاقتصادي<sup>1</sup>، وهو ما يتضح من نص المادة 83 من المرسوم الرئاسي 247/15.

**ب- تخصيص أحكام خاصة بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة:** من باب تشجيع هذا النوع من المؤسسات لإثبات وجودها أيضاً في المجال الاقتصادي رغم قلة إمكاناتها، وربما تجربتها، حمل المرسوم الجديد بعض التحفيزات لهذه المؤسسات وردت صراحة في المادة 85 الفقرة 03 فتم النص على ضرورة مراعاة إمكانات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حال وضع شروط التأهيل، وكذا السماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، وما ورد أيضاً في المادة 87 من إعفاء المؤسسات الصغيرة المنشأة حديثاً من تقديم الحصيلة السنوية ويكفي أن تقدم وثيقة من البنك تبرر وضعيتها المالية، وتعفى أيضاً من تقديم المؤهلات المهنية المماثلة للصفقة المعنية، فلا يجوز للمصالح المتعاقدة أن ترفع سقف المنافسة فتضع شروطاً استثنائية، وفي جميع الحالات، وفيما يخص كل المشاريع والعمليات، لأن مثل هذه الشروط ستؤدي حتماً إلى إخفاء هذا النوع من المؤسسات من الواقع الاقتصادي، لذا فرض المشرع النظر إلى إمكاناتها وظروفها، وهو إجراء نباركه لمقاصده النبيلة والهادفة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: مبدأ سرية العطاءات

**1- تعريفه:** يعتبر مبدأ فرعي مفاده أن توضع جميع العطاءات في مظاريف مغلقة يجهل العلم بموضوعها بالنسبة للإدارة وبالنسبة للمتقدمين فيما بينهم، وتظل كذلك حتى وقت فتح المظاريف عن طريق لجنة الفتح منعا لأية تحايلات تهدر مبدأ الشفافية والمنافسة والمساواة بين أصحاب العطاءات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 82.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 82 و 83.

<sup>3</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، د. ط. دار الفكر الجامعي، مصر، 1989، ص 127.

وإن كان هذا المبدأ يعد مناقضا للشفافية في ظاهره فإن الحقيقة هي كونه داعما وحاميا لها، لأن هذه السرية هي التي تقطع الطريق أمام الإدارة في أي تلاعب بالعروض المقدمة أو تسريب معنوياتها بدافع المحاباة وغيرها مما يهدم الشفافية والمساواة. ويتحقق مبدأ السرية بوضع جميع العطاءات في ظروف مغلقة، بحيث لا تعلم الإدارة والمتقدمين بعطاءاتهم بمضمون العطاءات قبل وقت فض هذه المظاريف<sup>1</sup>.

2- أساسه القانوني: يجد هذا المبدأ الفرعي أساسه القانوني في نص المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 بقولها: "... تقديم العروض في ظرف مغلق بإحكام تكتب عليه عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض)"، كما نصت المادة 67 من نفس المرسوم على ما يلي: "... يوضع ملف الترشيح والعرض التقني والعرض المالي في أظرفة منفصلة ومغلقة بإحكام ... وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغلف ويحمل عبارة (لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض (...)"<sup>2</sup>.

كما أن هناك آليات أخرى جسدها تنظيم الصفقات العمومية 247/15 من شأنها المساهمة في تكريس مبدأ الشفافية في عملية إبرام الصفقات العمومية نذكر منها على الخصوص الآليات التحفيزية، حيث نصت المادة 192 منه على أنه: "تمنح تعويضات لأعضاء لجان الصفقات بصوت تداولي والمقررين والمسؤولين المكلفين بكتابات لجان الصفقات ...".

وهذا كتشجيع وتحفيز لأعضاء اللجنة ببذل كل مجهوداتهم وتجنب الغيابات عن جلسات الفتح والتقييم وممارسة الرقابة بها ينعكس على نجاعة ونزاهة الصفقة، وإبرامها في مناخ تسوده الشفافية والوضوح.

كما تلعب الآليات الثقافية دورا بالغ الأهمية، إذ أن العمل على تطوير قدرات الإطار البشري المتدخل في عملية إبرام ومراقبة الصفقات العمومية من خلال المبادرة ببرامج التكوين وترقيته وتحسين المستوى وتجديد المعارف على نحو يضمن تأهيلهم

<sup>1</sup> كركادن فريد، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20 ماي 2013، ص 06.

<sup>2</sup> المادة 62 و67 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

والرفع من استثمارهم لمسؤوليتهم في ضمان مشروعية وشفافية إبرام الصفقات العمومية ونجاحتها"<sup>1</sup>.

ولا تفوتنا الإشارة إلى مبدأ يعد غاية في الأهمية كرسه تنظيم الصفقات العمومية 247/15، والمتمثل في مبدأ الجماعية في تسيير الصفقات العمومية والرقابة على إبرامها.

فخضوع الصفقات العمومية لشتى أنواع الرقابة الداخلية والخارجية يعتبر مؤشرا إيجابيا لضمان تكريس مبدأ الشفافية وحماية المال العام، ومحاربة كل أوجه الفساد التي قد تمس مجال الصفقات العمومية في مرحلة إبرامها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 211 و212 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - بوسلامة حنان، الرقابة على الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، العدد 47، سنة 2017، ص 153.

## خلاصة الفصل

ما يمكن استخلاصه من هذا الفصل أن مبدأ الشفافية وسيلة للكشف والإفصاح عن تصرفات الإدارة، ويشكل سبيلا للتنمية ومكافحة الفساد وتحقيق نزاهة الإدارة والحوكمة في مجال الصفقات العمومية، كما يعد من أهم آليات الحكم الراشد.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد تم تكريسه على مستويات عديدة دولية ووطنية، كما تم إنشاء عدة هيئات دولية ووطنية تدعم مبدأ الشفافية.

إن الإعلان المسبق عن الرغبة في التعاقد وفق قواعد واعتماد بيانات واضحة ودقيقة ووفق شروط ومعايير محددة مسبقا يجعل للراغبين في التعاقد مع الإدارة على قدم المساواة في تقديم عطاءاتهم دون تمييز أو وفقا لمبدأ المساواة، كما أن تخصيص مدة زمنية كافية لتقديم العروض يضمن الحصول على أكبر عدد ممكن من العروض بما يضمن الحصول على أحسن العروض من حيث المزايا الاقتصادية.

كام يساهم حضور المترشحين لعملية فتح الأظرفة في جلسة علنية في تكريس مبدأ العلنية على اعتبار أن مبادئ الصفقات العمومية مترابطة ومكملة لبعضها البعض ما يضمن أكبر قدر ممكن من الشفافية والوضوح.

كما ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بإعلان اختيارها للمتعاقد معها وإعلام المتعهدين بنتائج عروضهم بما يضمن حق الطعن وفي الوقت المناسب.