

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

## الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام

تخصص القانون العام للأعمال

تحت إشراف:

الأستاذ: سمار نصرالدين

إعداد الطالب:

ضحوي المسعود

### أعضاء لجنة المناقشة:

1- الدكتور: كمال آيت منصور، أستاذ محاضر (أ)، جامعة بجاية..... رئيساً

2- الدكتور: سمار نصرالدين، أستاذ، جامعة جيجل.. مشرفاً ومقرراً

3- الدكتور: خلفي عبدالرحمان، أستاذ محاضر (أ)، جامعة بجاية..... ممتحناً

السنة الجامعية 2013 - 2014

# شكر وعرفان

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان والتقدير لأستاذي الفاضل الدكتور سمار نصرالدين على رعايته لهذه المذكرة قراءةً، وتصحيحاً، وتوجيهاً.

كما أتقدم بخالص شكري وكبير امتناني إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد بملاحظة علمية، أو بكلمة طيبة، أو بنصيحة خالصة، أو بدعوة صالحة، وأخص بالذكر الأستاذين الفاضلين الدكتور قريمس عبد الحق، والأستاذ بوخيرة حسين.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لأساتذتي الذين وافقوا على إثراء هذا البحث بمناقشاتهم وتوجيهاتهم القيمة.  
فجزى الله الجميع عنّي خير الجزاء.

الباحث

م. ضحوي

## الإهداء

- إلى والدي الكريمين.
- إلى شريكة الحياة، التي حملت عني ما لم تستطع حمله، في ظرف عسير، وهيأت لي كل أسباب الراحة والعمل.
- إلى جيل الغد إيمان وأمين.
- إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره، أو أهدى بالجواب الصحيح حيرة سائله، فأظهر بسماحته تواضع العلماء، وبرحابته سماحة العارفين.

الباحث

م. ضحوي

# المقدمة

## مقدمة:

تستند أي دولة في العالم على نظام تسيير محكم لمالياتها العامة من خلال قانون المالية، الذي يحدد طرق صرف الأموال، لاسيما في مجال التجهيز أين يتطلب صرف أموال باهظة عن طريق ما يسمى بالطلبات العمومية، وفقاً للمفهوم الاقتصادي أو الصفقات العمومية وفقاً للمفهوم القانوني. ففي تصريح للأمين العام لوزارة المالية خلال الملتقى الدولي الذي نظّمته الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة بتاريخ 2003/04/27 أنّ الطلبات العمومية بلغت سقف 10 مليار دولار خلال الثلاث سنوات الأخيرة، أغلبها للتجهيز، و55 مليار دولار ستكون موجهة للبرنامج الخماسي 2009/2004.<sup>1</sup> وفي سنة 2012 بلغت مصاريف الصفقات العمومية 2.820 مليار دينار كقروض للتجهيز بغض النظر عن مصاريف الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية.<sup>2</sup>

وفي الجزائر، التشريع المتعلق بالصفقات العمومية هو قانون مستقل بذاته، وموحد القواعد التي تسيير قطاع الأشغال، والخدمات العمومية، والتوريدات، ظهر منذ الاستقلال نظراً للتطورات الحاصلة عبر المخططات الاقتصادية والتنمية، وصدر أول قانون للصفقات العمومية سنة 1967،<sup>3</sup> والذي تم تعديله في سنوات لاحقة (1974، 1970) والذي كان يتميز بالنزعة الاشتراكية وتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، وعليه ضخ أموال كبيرة، ومنه كان يستلزم مراقبة هذه الأموال من خلال هذا القانون.

وتوالت التعديلات لهذا القانون أحياناً بالتعديل وأحياناً أخرى بالإلغاء وإصدار قانون جديد، منها سنة 1982، 1991، 2002، وأخيراً المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 الساري المفعول والمعدل بدوره أربع مرّات<sup>4</sup>، ممّا يعكس أهمية الصفقات العمومية ومحاولة هذا القانون مسايرة التطورات الاقتصادية المتسارعة الحاصلة على المستويين الوطني والدولي.

وتعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية، نظراً لحجم المبالغ الكبيرة التي تستعمل في هذا الإطار، لذا عملت مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري على ضبط وتنظيم تلك الصفقات العمومية وفق إجراءات محكمة سواء من حيث طريقة الإبرام أو اختيار الشخص المناسب الذي تمنح له

<sup>1</sup> - MOKDAD Kourogli, "Quelque pratiques déviantes dans l'application du code des marchés publics", séminaire sur la justice administrative, organisé par le conseil d'état algérien, Alger 19-20 novembre 2005, p21.

<sup>2</sup> - بلس شلوش بشير، "Droit des marchés publics et droit de la concurrence"، محاضرة أقيمت على طلبة الماجستير بكلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012، ص 01.

<sup>3</sup> - أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، مؤرخ في 27 يونيو 1967، ص 718 (ملغى).

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر عدد 14، مؤرخ في 06 مارس 2011. معدل و متمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج ر عدد 34 مؤرخ في 19 يونيو 2011. معدل و متمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 يناير 2012، ج ر عدد 04، مؤرخ في 26 يناير 2012. معدل و متمم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013، ج ر عدد 02، مؤرخ في 13 يناير 2013.

الصفقة، ذلك وفق إجراءات وقواعد قوامها المنافسة والشفافية والمساواة، وهي المبادئ التي كرّسها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية.

غير أنّه واستناداً إلى مختلف التقارير الصادرة عن مختلف الهيئات الدولية والوطنية تم التنبيه إلى أنّه أثناء إبرام هذه الصفقات يحدث أن يلجأ المتعاقد سواء العام أو الخاص إلى استعمال أساليب التحايل بهدف الظفر بالصفقة دون استحقاقها ودون مراعاة المصلحة العامة، وهذا ما أُطلق عليه من قبل هذه الهيئات بـ "الفساد في مجال الصفقات العمومية"، لذلك تدخلت التشريعات بشأنه ومن بينها التشريع الجزائري بموجب قانون مكافحة الفساد رقم 06-01<sup>5</sup>، والقانون الأخير رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية،<sup>6</sup> وجرّم هذه الأفعال وأفرد لها قانون خاص مستقل عن قانون العقوبات يحدد هذه الجرائم، ووضع لها آليات خاصة للوقاية منها وردعها.

لذلك فإنّ موضوع جرائم الصفقات العمومية من الموضوعات الجديدة الجديدة بالدراسة والتحليل باعتبارها موضوعات لم تتلحقها من الدراسات الفقهية والأبحاث العليا، وإن وجدت فهي دراسات قليلة وأحياناً فهي دراسات سطحية تعتمد على الجانب الوصفي والنظري فقط، خاصة في ظل وجود ماديتين فقط في قانون مكافحة الفساد رقم 06-01 تعاقب على مخالفة أحكام تنظيم الصفقات العمومية الذي يتألف من 181 مادة، لاسيما تلك المتعلقة بمبادئ الصفقة العمومية،<sup>7</sup> كما أنّ النص القانوني لم يحدد الأوضاع القانونية التي تشكل هذه المبادئ، التي هي في حد ذاتها تشكل الركن المادي في جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع، ممّا يستدعي البحث عن أركان الجريمة في قانون آخر غير القانون الجزائي، ويجد القاضي نفسه يبحث عن أركان الجريمة في مجال غير مجال تخصصه، وهذا كله يتنافى ومبدأ الشرعية الذي يقتضي تحديد السلوكات المجرمة لكي يضبط للفرد الإطار القانوني الذي يصب فيه سلوكاته ممّا يمكنه من معرفة الحدود بين دائرتي المحظور والمباح،<sup>8</sup> وهذا يستلزم وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة بغية إقرار التوازن بين الفرد والمجتمع، وهذا يشكل مبدأً دستورياً يكفل الحماية للحقوق والحريات الفردية وذلك بضمان أن لا يفر الجاني من الجزاء وأن لا يدان البريء.<sup>9</sup> هذا كله يتطلب دراسة عميقة وتحليلية لهذه المواد لتحديد ما إن

<sup>5</sup> - قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، مؤرخ في 08 مارس 2006، المعدل و المتمم بالأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد 50، مؤرخ في 01 سبتمبر 2010، والموافق عليه بموجب قانون رقم 10-11 مؤرخ في 27 أكتوبر 2010، ج ر عدد 66 مؤرخ في 03 نوفمبر 2010. معدل ومتمم بالقانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر عدد 44، مؤرخ في 10 أوت 2011.

<sup>6</sup> - يكمن مجال تدخل تنظيم الصفقات العمومية في مكافحة الفساد في تحديد الركن المادي في جرائم الصفقات، فالركن المادي في هذه الجرائم لم ينص عليه قانون مكافحة الفساد وإنما يستخرج من تنظيم الصفقات العمومية، كما أنّ هذا النص في حد ذاته أورد بعض الأحكام العقابية كالإقصاء من الصفقات لمدة معينة، أو إلغاء الصفقة بعد منحها (المادة 61 من المرسوم 10-236).

<sup>7</sup> - نص المشرع الجزائري في المادة الثالثة على مبادئ الصفقة العمومية وهي: مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، مبدأ شفافية الإجراءات.

<sup>8</sup> - بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006، ص 04.

<sup>9</sup> - نفس المرجع، ص 07.

كانت هناك مخالفة أم لا، باعتبار أنّ الركن المادي في جرائم الصفقات العمومية يشترط وجود صفقة عمومية كما نصّ عليها وعرفها تنظيم الصفقات العمومية، وهذا لتسليط العقاب الجزائي على من يخالف أحكامها.

كما تتميز جرائم الفساد عموماً وجرائم الصفقات خصوصاً بصفة معينة يجب توافرها في الجاني، وهي صفة الموظف العمومي، وهذا الأخير يختلف مفهومه في هذا المجال عن مفهومه في قانون الوظيفة العامة، بحيث أصبح يشمل طائفة كبيرة من موظفي وعمال المؤسسات الإدارية وغير الإدارية التي لم تكن إلى غاية صدور هذا القانون مشمولة بهذا المفهوم، بل وأصبح مفهومه يشمل حتى الموظفين الغير أجراء عند الدولة سواء في القطاع الإداري أو القطاع الصناعي، وهذا المفهوم الجديد ظهر نتيجة انضمام الجزائر لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الفساد،<sup>10</sup> والتي جاءت أكثر توضيحاً وإحاطة بهذه الجرائم لما كان عليه من قبل في التشريعات الداخلية، وهذا من أجل حصر ظاهرة الفساد التي بدأت تأخذ أبعاداً دولية وخطيرة تهدد بذلك الثروات والاقتصاد.

والحقيقة أنّ هذه الأحكام المتعلقة بالفساد لا تعتبر ابتكاراً جديداً بقدر ما هي إعادة تنظيم هذه الجرائم، خاصة في مجال التجريم، مع إضافة بعض الجرائم الجديدة باعتبار أنّ قانون العقوبات الجزائري عرف الجرائم الاقتصادية منذ صدوره، وبعد تعديل 1975 أدخل هذه الجرائم كما هي معروفة اليوم ومنها جرائم الصفقات العمومية.

ومن جانب آخر تتميز قواعد الصفقات العمومية بالصرامة والتعقيد جعل الأشخاص المتدخلين في جميع مراحلها المختلفة يجهلون هذه القواعد،<sup>11</sup> حيث عرفت الصفقات العمومية عدّة تحولات جعلت من التشريعات المتعلقة بها غير مستقرة تتعرض للتعديل من حين لآخر ممّا أثر سلباً في كثير من الأحيان على فهمها وإدراكها، وانعكس هذا على تطبيقها في المجال العملي الذي أدى إلى خروقات كبيرة، والنتيجة إهدار كبير للأموال العامة والجهود والوقت ومنه تعطل التنمية الاقتصادية المرجوة، والزّج بكثير من الإطارات في السجون في كثير من الحالات كانت نتيجة أخطاء غير عمدية بل وأخطاء إدارية لا تستوجب إلاّ عقوبة إدارية،<sup>12</sup> كل هذا ناتج عن سوء فهم للنصوص القانونية.

وسوء الفهم هذا لا يعني الأعوان مُستعملي تنظيم الصفقات العمومية فقط بل شمل أيضاً "محترفي" القانون ومنهم جهاز القضاء، فكثيرة هي الأحكام التي صدرت سواء في المجال الجزائي أو

<sup>10</sup> - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003 المصادق عليها بتحفظ بالمرسوم الرئاسي رقم 128-04 مؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، ج ر عدد 26 مؤرخ في 25 أبريل 2004.

<sup>11</sup> - BRAHIM Boulifa, Marchés publics, manuel méthodologique, volume1, éditions Berti, Alger, année 2013, p01.

<sup>12</sup> - voir note de page n° 04, CHERIF Bennadji, "Marchés publics, et corruption en Algérie", NAQD, revue d'études et de critique sociale, n°25, Alger, 2008, p147.

المدني لم تكن صائبة في تفسير النصوص، فالإجابة عن سؤال يبدو بسيطاً في ظاهره معقداً في باطنه بإمكانه أن يؤدي إلى تطبيق سليم للقانون وتجنب كل النتائج السلبية التي تنتج عن الخطأ في تطبيق القانون، وهذا السؤال هو متى نكون أمام صفة عمومية؟

فالإجابة عن هذا السؤال مهما كانت ستؤدي لا محال إلى انعكاسات كبيرة سواء على مستوى القانون ولاسيما قواعد الاختصاص،<sup>13</sup> أو الحريات الفردية،<sup>14</sup> أو حقوق الأفراد،<sup>15</sup> أو الأموال العامة،<sup>16</sup> خاصة إذا علمنا أن تنظيم الصفقات العمومية يتنازعه أكثر من اختصاص، القضاء الإداري، القضاء المدني، القضاء الجزائي، ليس من السهولة بما كان دائماً تحديد طبيعة الخطأ. فالقاضي الجزائي دائماً وهو بصدد النظر في هذه الجرائم عليه أن يستعير إن صحَّ التعبير صفة القاضي الإداري وصفة القاضي المدني لتطبيق هذه الأحكام وهذا يستدعي تخصصاً عالياً في مجال الصفقات العمومية، لأنَّ جوهر الجريمة وركنها الأساسي الذي بدونه لن تقوم قائمة للجريمة هو "الصفة العمومية".

والدليل على هذا هو بعد أن أهملت الجامعات الجزائرية دراسة عقود الصفقات العمومية في المرحلة الجامعية، أصبحت اليوم تخصصات قائمة بذاتها في الدراسات العليا وتدرس بأدق التفاصيل.

وعليه تطرح في هذا المجال إشكالية تحديد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، بمعنى آخر ما هي هذه الجرائم؟ لأنَّ تطبيق الأحكام الجزائية تختلف بحسب ما إذا كانت جريمة من جرائم الصفقات العمومية أم لا. كما أنَّ مقدار العقوبة يختلف من جريمة إلى أخرى، فكثير من الدراسات التي أدرجت جرائم لا علاقة لها بجرائم الصفقات العمومية ومن ثم تطبيق أحكام غير تلك الواجب تطبيقها.

من هذا المنطلق كان اختياري لموضوع هذا البحث. ومنه نطرح الإشكالية التالية:

13 - كمثال عن هذا نعطي بعض الأمثلة لأحكام قضائية تنازعت في الاختصاص قبل التطرق للموضوع أصلاً. ففي قضية بين مؤسسة أشغال البناء في مختلف مراحل (س.أ)، رافع الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين بولاية سطيف على أساس وجود صفة عمومية بينهما تتعلق بإنجاز سكنات اجتماعية ومحلات تجارية وتم استلام المشروع بتاريخ 2008/11/16 فثار نزاع بخصوص تسديد فاتورة أشغال إضافية، طرح النزاع على مستوى المحكمة الإدارية بسطيف، هذه الأخيرة فصلت بموجب قرار إداري تحت رقم 11/410 بتاريخ 11/04/25 بعدم الاختصاص النوعي، على أساس أن الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين ليست من أشخاص القانون العام ولا سيما تلك المذكورة بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (وهو نفس المبدأ الذي أكد عليه مجلس الدولة في قرارات سابقة بأن الوكالات المحلية لتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع تجاري ونزاعاتها القائمة مع الغير ليست من اختصاص الجهات القضائية الإدارية-ملف رقم 004841، جلسة 2003/04/15، الغرفة الأولى، الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاري الحضري، ضد أ-ح، مجلة مجلس الدولة، العدد 4 سنة 2003)، كما أنَّ موضوع الصفة غير ممول من ميزانية الدولة - الحكم لم يسبب مفهوم ميزانية الدولة - ، طرح نفس النزاع على القسم التجاري قضى أيضاً بعدم الاختصاص النوعي بموجب حكم صادر بتاريخ 11/11/28 تحت رقم 11/5477 على أساس أنَّ العقد هو عقد إداري. طرح النزاع من جديد على مستوى محكمة عين ولما باعتبارها مكان تنفيذ الأشغال والنتيجة نفسها هي أنه قضى بعدم الاختصاص النوعي. وبفس الأساس قضت الغرفة الإدارية سابقاً بمجلس قضاء جيجل بعدم الاختصاص النوعي، في نزاع حول فسخ عقد صفة عمومية بين أحد الخواص وديوان الترقية والتسيير العقاري بجيجل قرار رقم 09/210 بتاريخ 09/04/06.

14 - ومن أمثلة الأحكام الجزائية حكم صادر عن محكمة جيجل يقضي بإدانة متهمين بجنحة إبرام صفة مخالفة للتشريع والمشاركة في الإبرام إلى جانب جرائم أخرى دون توضيح أركان الجريمة بدقة سواء ما تعلق بالركن المادي أو الركن المعنوي للجريمة ، حكم تحت رقم 08/5068. بتاريخ 08/11/30.

15 - كثير هي المنازعات التي طرحت على القضاء ولم يستوفي أصحابها حقوقهم لاسيما المالية منها رغم مرور مدة طويلة، وكمثال عن هذا أنظر أيضاً التهميش السابق رقم 13.

16 - من بين التأثيرات السلبية على الأموال العامة في مجال الصفقات العمومية هي المنازعات المتعلقة بهذا المجال التي يستغرق الفصل فيها وقتاً طويلاً من أجل الفصل فقط في الجهة المختصة، القضاء المدني أو الإداري، قد يصل بلوغه محكمة التنازع، هذا يؤدي لا محال إلى إعادة تقييم المشاريع أو دفع تعويضات للمتعاقد مع الإدارة.



إلى أي مدى حصر المشرع الجزائري جرائم الصفقات العمومية؟

تستدعي الإجابة عن هذه الإشكالية دراسة الموضوع في فصلين:

نتناول في الفصل الأول العنصرين الأساسيين اللذين تشترك فيهما جميع الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية، وهما صفة الموظف العمومي، وضرورة أن يكون محل الجريمة صفقة عمومية.

فالموظف العمومي وفقاً لمفهوم قانون مكافحة الفساد يختلف مفهومه عن قانون الوظيفة العامة الذي وسع مفهومه إلى فئات كثيرة أحيانا يصعب فهمها وفي أي فئة يندرج هذا المفهوم، وبالتالي سنحاول تأصيل هذا المفهوم بالنظر للقوانين المقارنة. أمّا ما تعلق بالصفقة العمومية فسنبحث في تحديد مفهوم الصفقة العمومية، معتمدين في ذلك على تحليل النصوص المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية 10-236.

وفي الفصل الثاني نتناول تحديد هذه الجرائم على أن ندرس الجانب الموضوعي فقط منها، أي سنعمل على دراسة أركانها القانونية وتحليلها على أن نقف عند كل مصطلح يتعلق بأركان الجريمة وشرحه، سواء ما تعلق بالركن المادي أو الركن المعنوي، دون أن نتطرق لإجراءات المتابعة أو العقوبة.

## الفصل الأول - العناصر المشتركة لجرائم الصفقات العمومية:

صدر في سنة 2006 القانون الجديد المتعلق بمكافحة الفساد بموجب القانون رقم 06-01 الذي أعاد صياغة النصوص القانونية التي كانت تحكم جرائم الفساد في قانون العقوبات<sup>17</sup> بعد أن صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد ومكافحته، وحددّ الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية باعتبارها أحد أهم أنواع جرائم الفساد، كما حدّد مجال تطبيقها سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

فمن حيث الأشخاص المشرع اشترط صفة معينة في الجاني، وهي صفة الموظف العمومي بمفهوم قانون مكافحة الفساد، والتي يجب أن تثبت وقت ارتكاب الركن المادي للجريمة لكي تكون منطلقاً للمتابعة الجزائية قبل النظر في باقي الأركان المكونة للجريمة، بمعنى لا يمكن تصور وجود جريمة من جرائم الصفقات العمومية ما لم يوجد هذين الشرطين، كما يجب أن يظهرهما القاضي في حيثيات حكمه وإلا كان حكمه معيباً وتعرض للنقض عند الطعن فيه. أمّا من حيث الموضوع، المشرع اشترط أن نكون أمام صفة عمومية كما عرفها تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فإن القاضي قبل أن يثبت أركان الجريمة عليه أن يثبت أولاً صفة الجاني ثم يثبت ما إن كنا أمام صفة عمومية أم لا، وعليه سنحاول في هذا الفصل أن نتطرق إلى العناصر التي تشترك فيها تقريبا كل أنواع جرائم الصفقات العمومية وهي صفة الموظف العمومي (المبحث الأول) قبل أن نتطرق إلى تحديد مفهوم الصفة العمومية (المبحث الثاني).

<sup>17</sup> - المواد من 119 إلى 134 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات ، ج ر، عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966 ، المعدل و المتمم.

## المبحث الأول - الموظف العمومي:

تتميز جرائم الصفقات العمومية عن غيرها من الجرائم بأنها تشترك في عناصر أساسية مفترضة لا يمكن أن تقوم الجريمة بدونها، زيادة عن الأركان الأخرى الخاصة بكل جريمة، وهي صفة الجاني التي يشترط القانون فيها أن يكون موظفاً عمومياً و الذي يختلف مفهومه في القانون الإداري (المطلب الأول) عنه في القانون الجزائي بصفة عامة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول - مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري:

بالرغم من كثرة الأنظمة والقوانين المتعلقة بالوظيفة العامة ومن يشغلها وهو الموظف العام، إلا أننا لا نكاد نجد تعريفاً واضحاً يحدد لنا المقصود بالموظف العام. وإنما اقتصرنا بعض هذه الأنظمة على بيان الخاضعين لأحكامها، ولعل ذلك يرجع إلى اختلاف مفهوم الموظف العام في النظام الإداري عنه في الأنظمة الأخرى كالنظام الجزائي و النظام المدني،<sup>18</sup> ويختلف مفهومه من دولة إلى أخرى، بل وداخل الدولة نفسها يختلف مفهومه من مرحلة إلى أخرى بحسب تبدل الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، ولهذا الغرض عقد المؤتمر الدولي الخامس للعلوم الإدارية من 19 إلى 24 جوان 1933 بفينا وأثيرت مسألة تحديد تعريف مانع جامع للموظف العمومي ولم يتوصل المؤتمر إلى نتيجة وتركوا المسألة إلى اختصاص كل دولة وفقاً لظروف كل دولة حسب ظروفها التاريخية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية،<sup>19</sup> كما أن تعريف الموظف العام ليس عملاً تشريعياً، فقد أمسك المشرع في غالبية الدول على إيراد تعريف جامع مانع للموظفين العموميين وقصر مجهوده على تعريف بعض طوائفهم في بعض المناسبات التشريعية المتعلقة بهم، وبذلك ألقى المشرع العبء على الفقه والقضاء لوضع مثل هذا التعريف،<sup>20</sup> وعليه سوف نوضح مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري المقارن (الفرع الأول)، ثم مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري الجزائري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول - مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري المقارن:

إن مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري يختلف عنه في القانون المدني أو القانون الجزائي. ويختلف من نظام إلى آخر، ففي النظام اللاتيني يختلف عنه في النظام الأنجلوساكسوني ويختلف عنه في النظام الاشتراكي وداخل نفس النظام يختلف من دولة إلى أخرى بل وحتى داخل نفس

<sup>18</sup> - نواف بن خالد فايز العتيبي، العزل من الوظيفة العامة كعقوبة جنائية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، سنة 2003، ص42.

<sup>19</sup> - سنه أحمد، حقوق الموظف العمومي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، بحث للحصول على شهادة الماجستير في الإدارة و المالية العامة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2005، ص06.

<sup>20</sup> - محمد حامد الجمل، الموظف العام، فقهاً وقضاءاً، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1969، ص 36.

الدولة يختلف من زمان إلى آخر، وهذا من خصائص القانون الإداري الذي يتميز بالمرونة وسرعة التطور متأثرًا بتطور الظروف المحيطة والمتحكمة بالإدارة العمومية ونشاطها، فالقانون الإداري كما يقول الأستاذ ناصر لباد "قانون شديد الحساسية للسياسة العامة في الدولة، وللتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فهو سريع التلاؤم مع التطورات المختلفة".<sup>21</sup> وعلى هذا الأساس يصعب وضع تعريف جامع مانع يصلح لكل الأنظمة.

يطلق على شاغل الوظيفة العامة في فرنسا وبلجيكا الموظف العام "fonctionnaire public"، وفي مصر كان يطلق عليه اصطلاح الموظف العمومي ثم اصطلاح العامل المدني، وفي الجزائر اصطلاح الموظف العمومي. وفي المملكة العربية السعودية الموظف المدني ثم الموظف الحكومي. وبالتالي وجدت عدّة أوصاف خاصة في مختلف القوانين تطلق على الأعوان (الموظفون) أنفسهم منها عون عام، موظف، عامل، متدرب، مرسوم...إلخ.

وفي إنجلترا يستعمل تعبير خادم الملك أو التاج "servant of the crown" أو العامل المدني "civil servant".<sup>22</sup> ولا يوجد في بريطانيا العظمى قانون أساسي للموظفين ولا تعريف دقيق لمفهوم الخادم المدني (civil servant) ولا يمكن التعرف على الموظف البريطاني إلا من خلال التقارير المتتالية التي تعتبر مراجع أساسية لسياسة الوظيفة العمومية. وأول التقارير التي حاولت وضع تعريف للموظف يرجع تاريخه إلى 1931 وهو تقرير طوملين (tomlin) وقد عملت بهذا التعريف كل التقارير المالية وآخرها تقرير فلوتون (rapport fulton) لسنة 1968، ويفيد هذا التقرير أنّ: الموظفون هم الأشخاص الذين هم في خدمة التاج أو المملكة باستثناء المتقدين لمناصب سياسية أو قضائية، القائمون بعملهم تحت نظام مدني والمتقاضون أجورهم بكاملها بصفة مباشرة من اعتمادات مصادق عليها من طرف البرلمان".<sup>23</sup>

كما أنّ المقصود بالقانون الإداري في هذا المجال هو المفهوم الواسع وليس المفهوم الضيق بمعنى لا يعني فقط مجموعة النصوص القانونية المنظمة في شكل تقنيات التي تحكم الإدارة والنشاط الإداري وإنما يتسع ليشمل كل ما يتعلق ويُعنى بدراسة الجوانب المختلفة بالقانون الإداري سواء في الفقه أو القضاء أو القانون الإداريين. من هذا المنطلق سنبحث في مفهوم الموظف العمومي ضمن هذه الأنظمة المختلفة.

21 - ناصر لباد، القانون الإداري: التنظيم الإداري، منشورات دحلب، الجزائر، سنة 1999، ص 21.

22 - محمد حامد الجمل، المرجع السابق، ص 39.

23 - خرفي الهاشمي، دروس في الوظيفة العمومية، محاضرات منشورة أقيمت على طلبة السنة الثالثة للطلبة القضاء، المدرسة العليا للقضاء، سنة 2007، ص 60.

## أولاً- الموظف العمومي في فرنسا:

نستعرض أولاً التعريف التشريعي للموظف العمومي ثم ما استقر عليه القضاء و الفقه الفرنسيين في تعريف الموظف العمومي.

### 1 - التعريف التشريعي:

لم تتضمن التشريعات الوظيفية المتتابعة في فرنسا تعريفاً محدداً للموظف العام،<sup>24</sup> وحاول القانون الفرنسي في عهد حكومة فيشي في 14 سبتمبر 1941 تعداد الطوائف المختلفة للموظفين دون إيراد تعريف جامع مانع للموظف العام، وفي 19 أكتوبر 1948 صدر القانون الخاص بموظفي الدولة ونصّ في مادته الأولى على أنه "يسري على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة، ويشغلون أحد درجات السلم الرئاسي في أحد الكادرات بالإدارة المركزية للدولة أو في المرافق القائمة على الأموال العامة، أو المؤسسات العامة".<sup>25</sup>

كما عرّف القانون الأساسي العام لـ 13 جويلية 1983 الذي يحدد نطاق تطبيقه من حيث الأشخاص الموظف العمومي "تسري أحكامه على الموظفين المدنيين التابعين لإدارات الدولة والمناطق الجهوية والعمالات والبلديات والمؤسسات الإدارية التابعة لها"، ويلاحظ أنّ هذا التعريف الواسع يستثني من نطاق تطبيق القانون كلاً من القضاة وهم يخضعون لقانون مستقل وأعاون المصالح العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا الأعاون غير المرسمين التابعين للدولة وأخيراً أفراد الجيش الوطني الشعبي وهم أيضاً يخضعون لقانون مستقل.<sup>26</sup>

أيضاً حدّد المشرع الفرنسي في قانون التوظيف العام رقم 16 لسنة 1984، الصادر بتاريخ 11/01/1984، الأشخاص الخاضعين لأحكام هذا القانون، حيث تنص المادة (2) منه على أنه: "تسري أحكام هذا الباب على الأشخاص المعيّنين بوقت كامل لشغل وظيفة دائمة والمثبتين في درجة مدرجة في الهرم الوظيفي لدوائر الدولة المركزية والمرافق الخارجية التابعة لها أو في مؤسسات الدولة العامة".<sup>27</sup>

الملاحظ أنّ النص التشريعي لم يضع تعريفاً مباشراً لمفهوم الموظف العام، بل اكتفى بتحديد الأشخاص المشمولين بمظلة قانون التوظيف العام والذين تطبق عليهم أحكامه، كما استثنى منه بعض

<sup>24</sup> - هيثم حليم غازي، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها: دراسة تطبيقية، دار المناهج، بدون سنة نشر، ص07.  
<sup>25</sup> - محمد حامد الجمل، المرجع السابق، ص 42. وهو نفس التعريف الوارد في الأمر الصادر بتاريخ 04 فيفري 1959 المتعلق بالقانون العام لموظفي الدولة الفرنسية، أنظر بخصوص هذا التعريف: JEAN-Marie Auby, ROBERT Ducos-Ader, Droit administratif, la fonction publique, les biens publics, les travaux publics, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, paris, 1977,p29.

<sup>26</sup> - خرفي الهاشمي، المرجع السابق، ص60.  
<sup>27</sup> - نوفان العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام: دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007، ص21. أيضاً علي خطار شطناوي، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني: (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية والأموال العامة)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2009، ص12.

الطوائف التي نظم شؤونها بقوانين خاصة كالقضاة و الجيش والمرافق الاقتصادية. ومن خلال هذه النصوص يمكن أن نستخرج العناصر الأساسية لاعتبار الشخص موظفًا عامًا:

- الوظيفة الدائمة.

- الخدمة في مرفق إداري عام.

## 2- التعريف القضائي:

تصدى القضاء الإداري الفرنسي لمحاولة وضع تعريف لمفهوم الموظف العام، إضافة إلى بيان العناصر الأساسية المطلوب توافرها في الشخص لكي يكتسب صفة الموظف العام.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه "يعد موظفًا عامًا كل شخص يُعهد إليه بوظيفة دائمة داخلية في الكادر وتكون في خدمة مرفق عام"، وعُرف الموظف العام أيضًا بأنه ذلك المستخدم في وظيفة دائمة تابعة لأحد كوادر المرفق العام".<sup>28</sup>

كما عُرّف بأنه "الشخص الذي يُعهد إليه بوظيفة دائمة داخلية ضمن كادر الوظائف الخاصة بمرفق عام".<sup>29</sup> والمقصود بالكادر هو مجموعة الوظائف التي تتناسب في ترتيبها مع تسلسل الدرجات التي يتقلدها الموظف طبقًا لقواعد الترقية المقررة، أي التدرج الوظيفي الذي يلحق به الموظف ويسلكه طوال حياته.<sup>30</sup>

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي بأن يكون المرفق العام مرفقًا إداريًا، لاعتبار الشخص موظفًا عامًا، أمّا بالنسبة لموظفي المرافق الاقتصادية (كالمرافق الصناعية والتجارية)، فقد فرّق مجلس الدولة بين شاغلي وظائف الإدارة والتوجيه والمحاسبة، وأصنغ عليهم صفة الموظف العام، أمّا باقي العمال فقد اعتبرهم أجراء يخضعون لأحكام القانون الخاص، وتختص المحاكم المدنية بمنازعاتهم.<sup>31</sup>

كما عرّفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه "الشخص الذي يشغل وظيفة دائمة في كادر المرفق العام"،<sup>32</sup> ومن خلال هذا التعريف يلاحظ أنّ القضاء الفرنسي يشترط شرطين أساسيين لاكتساب الشخص لصفة الموظف العام هما: شغل وظيفة دائمة والتنشيط في الدرجة.<sup>33</sup>

28 - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص27.

29 - بوزبرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، سنة 2008، ص20.

30 - نفس المرجع، ص20.

31 - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص27. أيضًا بوزبرة سهيلة، المرجع السابق، ص21.

32 - JEAN-Marie Auby, ROBERT Ducos-Ader, Op-cit, p29.

33 - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص17.

وعليه نلاحظ أنه حتى في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي يختلف من قرار إلى آخر ولكن عموماً يمكن استخلاص الشروط الأساسية المشتركة لاكتساب صفة الموظف العام وفقاً لاجتهادات مجلس الدولة الفرنسي ما يلي:

أ - أن يكون المرفق العام مرفقاً إدارياً.

ب - أن تكون الوظيفة دائمة.

ج - أن تكون الوظيفة داخلة ضمن الكادر، أي يجب أن يكون الشخص مندمجاً بالهرم الإداري ويتحقق هذا من خلال تشبيته بالوظيفة.

### 3- التعريف الفقهي:

نستعرض بعض التعريفات الحديثة:<sup>34</sup>

يعرّفه الأستاذ مارسيل والين (M.Waline) بأنه "كل من يتولى وظيفة دائمة مدرجة في كادرات الإدارة العامة ويساهم في إدارة مرفق عام إدارة مباشرة".

ويعرّفه الفقيه دوجي (Duguit) بأنه "كل شخص يساهم بطريقة دائمة في إدارة مرفق عام مهما كانت طبيعة العمال التي يقوم بها".

ويعرّفه الفقيه دو لوبادار (De laubadere) بأنه "الشخص الذي يتولى وظيفة دائمة في كادر المرفق العام".

وعرّفه الفقيه هوريو (Hauriou) بأنه "كل شخص يشغل وظيفة داخلة في الكادرات الدائمة لمرفق عام يدار بمعرفة الدولة أو الإدارات التابعة لها ويتم تعيينه بمعرفة السلطة العامة".

ويعرّفه الأستاذ بلانتي (A.pLantey) بأنه "ذلك الشخص الذي يساهم بصورة دائمة في تنفيذ نشاط مرفق عام إداري".<sup>35</sup>

### التعريف الراجح:

خلاصة القول في تعريف الموظف العمومي فإن المشرع الفرنسي -عكس باقي التشريعات- عرّف الموظف العمومي بتحديد الفئة التي ينطبق عليها قانون الوظيفة العامة، كما تصدى الفقه والقضاء

<sup>34</sup> - وردت هذه التعريفات في مؤلف هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 09 و 10.

<sup>35</sup> - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 12.

الإداريين الفرنسيين لتعريف الموظف العمومي ووضعت عدّة تعاريف بشأنه اختلفت كلها في وضع تعريف دقيق مانع جامع، إلاّ أنّه رغم هذا الإخلاف فإنّ هناك مجموعة من العناصر المشتركة اتفقت عليها كل هذه التعاريف التي تكون أساساً لتعريف الموظف العمومي بناءً على التعريف الراجح وهو: "كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام، تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام".<sup>36</sup>

من خلال هذه التعاريف يمكن أن نستخلص العناصر الأساسية لتعريف الموظف العمومي وهي:

أ - أن يعين الشخص بصفة دائمة في وظيفة دائمة.

ب - أن تكون الوظيفة داخلة في أحد كادرات الوظائف أوفي درجات السلم الرئاسي.

ج - أن يكون التعيين في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

ثانياً- الموظف العمومي في جمهورية مصر العربية:

#### 1- التعريف التشريعي:

يتبيّن من استقراء القوانين واللوائح التي صدرت في مصر بشأن الموظفين العموميين أنّها لم تتضمن تعريفاً بالمعنى الدقيق- للموظف العام واقتصر على تحديد الأشخاص الخاضعين لأحكامها.<sup>37</sup>

نصّت المادة الأولى من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم 47 لسنة 1978 على مايلي:

"يعمل في المسائل المتعلقة بنظام العاملين المدنيين بالدولة بالأحكام الواردة بهذا القانون وتسري أحكامه على:

1- العاملين بوزارات الحكومة والأجهزة التي لها موازنة خاصة بها ووحدات الحكم المحلي.

2- العاملين بالهيئات العامة فيما لم تنص عليه اللوائح الخاصة بهم.

ولا تسري هذه الأحكام على العاملين الذين تنظم شئون توظيفهم قوانين أو قرارات خاصة فيما

نصت عليه هذه القوانين و القرارات".

<sup>36</sup> - محمد حامد الجمل، المرجع السابق، ص55.

<sup>37</sup> - المادة الأولى من القانون رقم 210 لسنة 1951، المادة الثانية من القانون رقم 46 لسنة 1964، المادة الرابعة من القانون رقم 58 لسنة 1971، أنظر

هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص05.



وبذلك يتضح لنا أنّ قوانين العاملين المدنيين بالدولة قد خلت من تعريف للموظف العام، وأنّما اقتصر على تعيين الفئة التي يخضع لأحكامها، الأمر الذي أصبح معه ضرورياً أن يقوم الفقه والقضاء بوضع تعريف عام للموظف.

من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص العناصر الأساسية في تعريف الموظف العمومي وهي:<sup>38</sup>

- التعيين في وظيفة دائمة.

- الخدمة في أحد المرفق العامة للدولة.

- التعيين في الوظيفة العامة بقرار من السلطة المختصة.

## 2- التعريف القضائي:

ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في تعريفها للموظف العام إلى أنّ "...الموظف العمومي هو الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق، ومن ثم فيشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً شرطين أولهما أن يكون قائماً بعمل دائم وثانيهما أن يكون هذا العمل في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة.

ولكي يكتسب عمال المرافق العامة صفة الموظف العمومي، يجب أن يدار المرفق العام عن طريق الاستغلال المباشر، وثمة شرط ثالث يفهم من سياق الشرطين السابقين، هو أن يتم التعيين بالأداة القانونية المقررة قانوناً لإجراء هذا التعيين، إذ بقرار التعيين وحده يعتبر الشخص شاغلاً للمنصب الذي يدخل في التنظيم الإداري للمرفق العام...".<sup>39</sup>

كما أفتت إدارة الفتوى بمجلس الدولة بأنّ "صفة الموظف العام لا تقوم بالشخص ولا تجري عليه أحكام الوظيفة العامة.... إلا إذا كانت علاقته بالحكومة مستقرة ودائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام...."، وقد عرّفته أيضاً بأنّه "من يقوم بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو تشرف عليه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام"، كما عرّفته محكمة القضاء الإداري بأنّه الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بالطريق المباشر.

38 - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص06.

39 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 17.

وعرّفته أيضاً المحكمة الإدارية العليا في الكثير من أحكامها يستخلص منها أنّ "الموظف العام هو الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عن طريق الاستغلال المباشر".<sup>40</sup>

من خلال هذه التعاريف يمكن القول أنّه لإصباح صفة الموظف العمومي على الشخص لا بد من توافر العناصر الأساسية التالية:<sup>41</sup>

أ- الالتحاق بخدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بواسطة قرار تعيين صحيح تصدره السلطة المختصة.

ب - دائمية العمل في الذي يؤديه الصادر بشأنه قرار التعيين.

ج - أن يكون العمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

وقد تلخصت هذه الشروط الواجب توافرها في الموظف العام في حكم المحكمة الإدارية العليا والذي ذهبت فيه إلى أنّ "المقومات الأساسية التي تقوم عليها فكرة الوظيفة العامة تخلص في أن يكون تعيين الموظف بأداة قانونية لأداء عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.....".<sup>42</sup>

### 3- التعريف الفقهي:

أدّى الغموض الذي يكتنف مفهوم الموظف العام إلى عدم وجود معايير متجانسة وواضحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الموظف العام، كما أدّى ذلك من جانب آخر إلى اختلاف المعايير الفقهية المستخدمة في تمييز الموظف العام عن غيره من العاملين بالدولة،<sup>43</sup> فتصدى فقهاء القانون الإداري إلى تحديد مفهوم الموظف العمومي بعد إجماع المشرع على وضع تعريف دقيق للموظف العام، وتعدّدت التعاريف منقسمين بذلك إلى اتجاهين، الأول وسع من مفهوم الموظف العمومي في حين الثاني ضيق منه.<sup>44</sup>

40 - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 28.

41 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 18.

42 - المرجع نفسه، ص 18، 19.

43 - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 7، 8.

44 - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 31.

يذهب الرأي الأول وعلى رأسهم محمود عاطف البناء، فؤاد العطار، محمود حلمي، سليمان الطماوي، إلى أنّ الموظف العمومي هو كل شخص يعمل بوظيفة دائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

وفي نفس الاتجاه يذهب البعض إلى أنّه كل شخص تعينه السلطة العامة لأداء خدمة في مرفق عام تديره الدولة بالطريق المباشر في وظيفة قدر من الدوام، سواء كانت تلك السلطة العامة هي الحكومة المركزية أو إدارة محلية مستقلة أو مؤسسة عامة. في حين ذهب البعض في تعريفه إلى أنّه "كل شخص يعهد بعمل دائم في خدمة مرفق عام تتولى إدارته الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية أو المرفقية، وذلك بتوليّه منصباً دائماً يدخل في نطاق التنظيم الإداري للمرفق.<sup>45</sup>

وفي نفس السياق يذهب تعريف آخر استقر عليه الفقه والقضاء بالقول أنّ الموظف العام هو من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى عن طريق شغله منصب يدخل في التنظيم الإداري لهذا المرفق.<sup>46</sup>

وبلاحظ على هذه التعريفات أنّها لا تشترط التثبيت في الوظيفة أو رضا الموظف وقبوله بالتعيين وهي بذلك تركز على جملة من الشروط هي:

- ديمومة الوظيفة.
- المساهمة في خدمة مرفق عام.
- أن يدار هذا المرفق من قبل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.
- أداة التعيين أو وجود قرار إداري يسند الوظيفة للموظف.

**أمّا الرأي الثاني:** فهو لا يوسع في تحديد مفهوم الموظف العمومي، فهم يشترطون رضا أو قبول الموظف العام بالتعيين وإدارة المرفق بالطريق المباشر من قبل الدولة أو أحد الأشخاص القانون العام. فيعرفه الدكتور أحمد طه خلف الله، بالشخص الذي يعين قانوناً برضائه في عمل دائم وبصفة مستمرة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص العامة بطريق مباشر، كما يعرفه الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي بأنّه هو الشخص الذي يعمل في خدمة مرفق عام في وظيفة دائمة وبصفة دائمة، عن طريق التعيين مع قبوله لهذا التعيين.<sup>47</sup>

45 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص14، 15.

46 - ابراهيم حسن حنبل، نظام العاملين المدنيين بالدولة و القطاع العام، مكتبة الشباب، المنية، مصر، سنة 1972، ص25.

47 - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص 32، 33.

وعليه فإن أنصار هذا الاتجاه يتطلبون توافر الشروط التالية لاعتبار الشخص موظفًا عامًا:

- الخدمة في مرفق عام.

- الخدمة الدائمة.

- أن يدار المرفق بالطريق المباشر.

- صدور أداة قانونية بالتعيين.

- رضا الموظف بالتعيين.

من خلال ما تقدم نستنتج أن فقهاء القانون الإداري في مصر، الاتجاهين القديم والحديث يتفقون على وجوب توافر الشروط التالية لاعتبار الشخص موظفًا عامًا:

- العمل الدائم.

- الخدمة في مرفق عام.

- أن يدار المرفق من قبل الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

### خلاصة التعاريف:

اختلف الفقه والقضاء الإداريين المصريين في وضع تعريف جامع مانع للموظف العمومي شأنهم في ذلك شأن الفقه والقضاء الإداريين الفرنسيين إلا أن هذا لم يمنع من تلاقيهما في بعض العناصر الأساسية المتفق عليها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر إذ تُقرر أنه ليس في التشريعات أو اللوائح في مصر نص يُعرّف الموظف العمومي، ثم تسترد مقررًا أنه قد تلاقى القضاء والفقه الإداريان على عناصر أساسية للوظيفة العامة، ولاعتبار الشخص موظفًا عموميًا يتعين مراعاة العناصر الآتية:<sup>48</sup>

1- أن يساهم في مرفق عام تديره الدولة عن طريق الاستغلال المباشر.

2- أن تكون المساهمة في إدارة المرافق العامة عن طريق التعيين أساساً.

3- أن يشغل وظيفة دائمة وأن يكون شغله لهذه الوظيفة بطريقة مستمرة لا عرضية.

<sup>48</sup> - مجموعة خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية، فلسفة الوظيفة العامة والموظف العام، بحوث وأوراق عمل ندوة "التشريعات الحاكمة للخدمة المدنية في الوطن العربي" المنعقدة في الدار البيضاء بالمغرب، في أغسطس 2006، ص 3 إلى 21.

## الفرع الثاني - الموظف العمومي في القانون الإداري الجزائري:

ونقصد بالقانون الإداري في هذا الشأن المفهوم الواسع ومنه نتناول تعريف الموظف العمومي في قانون الوظيفة العامة أولاً ثم تعريفه في الفقه والقضاء الإداريين.

### أولاً- التعريف التشريعي:

ويقصد بالتشريع القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ويبدو أنّ المشرع الجزائري استفاد من النقاشات الفقهية في القانون المقارن حول تعريف الموظف العمومي وساق له تعريفاً في القانون الملغى (المرسوم 85-59)، وعرفه بتحديد الفئة التي ينطبق عليها قانون الوظيفة العامة دون أن يعرف الموظف العمومي في حد ذاته، وهذا بموجب المادة الثالثة من المرسوم 85-59 المتعلق بالقانون الأساسي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية،<sup>49</sup> ليعيد صياغة المادة في القانون الجديد 06-03 ليس بتحديد الأشخاص المشمولين بقانون الوظيفة العامة فقط وإنما أيضاً بتعريف الموظف العمومي تعريفاً دقيقاً.

كانت المادة الثالثة من المرسوم 85-59 تنص على أنه "تطبق أحكام هذا المرسوم أيضاً على الموظفين الآتين:

- الموظفون الإداريون والتقنيون العاملون في المؤسسات والأجهزة والتنظيمات الجماهيرية التابعة لحزب جبهة التحرير الوطني باستثناء المنتخبين منهم،

- رجال القضاء مع مراعاة الأحكام التشريعية الخاصة المتعلقة بتعيينهم وحركات نقلهم وانضباطهم ومسار حياتهم المهنية".

نلاحظ أنّ هذا التشريع جاء بتعريف إيديولوجي وسياسي بحيث وسّع من الفئات التي ينطبق عليها قانون الوظيفة العامة إلى أن أدخل ضمن التعريف فئات لا علاقة لها بالوظيفة العامة لا من الناحية القانونية ولا المنطقية وهي فئة العاملين بالحزب وكذا المنظمات الجماهيرية، مثل المنظمة الوطنية لأبناء الشهداء أو الإتحاد الوطني للشبيبة الجزائرية، أو الإتحاد الوطني للنساء الجزائريات وغيرها من المنظمات التابعة للحزب، كما أنّه كان يعتبر فئة القضاة أيضاً موظفين عموميين لأنّه كان يعتبر القضاء وظيفة وليس سلطة بناءً على الدستور السائد آنذاك، واستمر الوضع إلى ما هو عليه إلى غاية صدور القانون الجديد 06-03 المتعلق بالوظيفة العامة<sup>50</sup> وأعاد تنظيم الفئة التي يطبق عليها قانون الوظيفة العامة من خلال نص المادة الثانية على أنّه "يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين

<sup>49</sup> - مرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 يتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر عدد 13، مؤرخ في 24 مارس 1985، ص 223 وما يليها، (الملغى).

<sup>50</sup> - أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46، مؤرخ في 16 جويلية 2006.

يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية..."، ثم يضيف في الفقرة الثانية ويحدّد مفهوم المؤسسات والإدارات العمومية "...يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي....".

كما أخرج فئة القضاة من نطاق تطبيق هذا القانون بعد أن أصبحت سلطة مستقلة وفقاً للدستور الجديد<sup>51</sup> وأخضعهم لقانون خاص بهم،<sup>52</sup> كما استثنى من تطبيق أحكام هذا القانون المستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان، بنصّه على أنه "...لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان".

لم يكتف المشرع الجزائري بتحديد الفئة من الموظفين العموميين الذين يخضعون لقانون الوظيفة العامة وإنما أعطى تعريفاً دقيقاً وصريحاً للموظف العمومي بنصّه على أنه "يعتبر موظفاً كل عون عُين في وظيفة عمومية دائمة ورُسم في رتبة السلم الإداري".

الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته".<sup>53</sup>

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخرج العناصر الأساسية لاعتبار الشخص موظفاً عمومياً:

## 1- ممارسة النشاط في إدارة أو مؤسسة عمومية:

يعني هذا الشرط أنه لكي يعتبر الشخص موظفاً عمومياً لا بد أن يمارس نشاطه أو عمله في إدارة أو مؤسسة عمومية، وعرّفت المادة الثانية من قانون الوظيفة العامة المقصود بهذه الأخيرة بنصّها "... يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي....".<sup>54</sup>

<sup>51</sup> - دستور 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-483، مؤرخ في 07 فيفري 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه باستفتاء 28 نوفمبر، ج ر عدد 09، مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

<sup>52</sup> - قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 06 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57 مؤرخ في 08 سبتمبر 2004.

<sup>53</sup> - المادة 04 من الأمر رقم 06-03، المرجع السابق.

<sup>54</sup> - المادة الثانية، الأمر 06-03، المرجع السابق.

وعلى هذا الأساس تعتبر من الإدارات المركزية في الدولة رئاسة الجمهورية، الوزارة الأولى والوزارات المختلفة، ومن بين المصالح غير الممركزة المديرية الولائية مثل مديرية النقل، مديرية التربية، التجارة، الصناعة... إلخ، والجماعات الإقليمية (البلدية والولاية)، والجامعات ومراكز التكوين المهني... إلخ.

وتضيف الفقرة الثانية من المادة الثالثة بعض الأمثلة للإدارات العمومية التي ينطبق عليها قانون الوظيفة العامة وهي "...أسلاك الأعوان الدبلوماسيين والقنصليين وأساتذة التعليم العالي والباحثين والمستخدمين التابعين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني والحرس البلدي وإدارة الغابات والحماية المدنية والمواصلات السلوكية واللاسلكية وإدارة السجون وإدارة الجمارك وكذا المستخدمين التابعين لأسلاك أمناء الضبط للجهات القضائية والأسلاك الخاصة بإدارة الشؤون الدينية...".<sup>55</sup>

## 2- التعيين في وظيفة دائمة:

إنَّ الشرط الثاني الذي اشترطه المشرع الجزائري لاعتبار الشخص موظفاً عمومياً هو أن يتم تعيينه في وظيفة دائمة، والحقيقة أنَّه إذا تمعنا في هذا الشرط فإننا نجد بدوره ينقسم إلى عنصرين أساسيين هما: أن يكون معيناً من طرف السلطة المختصة وأن يكون هذا التعيين في وظيفة دائمة.

### أ- التعيين من طرف السلطة المختصة:

يقصد بهذا الشرط أن يكون تعيينه من طرف السلطة المختصة بطريقة مشروعة وبقرار إداري صادر من السلطة المختصة بالتعيين قانوناً بعد توافر شروط التعيين وذلك أيّاً كانت السلطة المختصة بالتعيين (رئيس الوزراء، الوزير، المجلس البلدي، مدير عام المؤسسة)، وأيّاً كان أسلوب الالتحاق بالوظيفة العامة (الانتخاب، امتحانات التوظيف، الاختيار الحر من السلطة العليا...)<sup>56</sup> و بالتالي فإنَّ قرار التعيين شرط أساسي لاكتساب الشخص صفة الموظف العمومي وأن تتوفر في القرار الإداري كل شروط ومقومات القرار الإداري الشكلية أو الموضوعية سواء كان في شكل قرار إداري أو مقرر إداري أو مرسوم رئاسي أو تنفيذي.<sup>57</sup>

وإذا لم يتم التعيين وفقاً لما سبق ذكره فإنَّ الأمر لا يخرج عن فرضين، الأول، أن ينتحل الفرد صفة الموظف العام وهنا يعد قد سلك طريقاً من طرق الاحتيال وهي انتحال صفة غير صحيحة ويعد هذا الفعل جريمة من جرائم انتحال الوظائف والألقاب ويعاقب عليها المشرع الجزائري بموجب المادة

55 - المادة 02 فقرة 2 نفس المرجع.

56 - نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع السابق، ص31.

57 - المرسوم الرئاسي أو التنفيذي ما هو إلا شكل من أشكال القرار الإداري.

242 من قانون العقوبات. والثاني أن تطبق عليه نظرية الموظف الفعلي المتعارف عليها في فقه القانون الإداري الفرنسي والمصري والتي تدور حول إمكانية عد الموظف الذي عُيّن بناء على قرار باطل أو لم يصدر قرار بتعيينه أساساً موظفاً فعلياً.<sup>58</sup> والقاعدة أن أعماله التي قام بها تكون معدومة الأثر باعتبارها صادرة من شخص غير مختص بل ومغتصب للسلطة إلا أن القضاء في فرنسا ومصر اعتبرها صحيحة من الناحية القانونية وترتيب الآثار عليها لاعتبارات تتعلق بالصالح العام.<sup>59</sup> ويفرق القضاء الفرنسي والمصري بين ما إذا كان اغتصاب السلطة في الظروف العادية أو في الظروف غير العادية، ففي الحالة الأولى أي في حالة الظروف العادية يعتبر الشخص مغتصباً للسلطة وتكون كل تصرفاته غير مشروعة، ولا يعتبر موظفاً عمومياً، أمّا في الحالات غير العادية أي في حالة الظروف الاستثنائية فإن أعماله تعتبر مشروعة ويعتبر الشخص مغتصب السلطة موظفاً عمومياً فعلياً وتطبق عليه كل الأحكام المرتبطة بهذه الصفة.<sup>60</sup>

### ب- دائمية الوظيفة:

يقصد بدائمية الوظيفة هو أن يمارس الشخص المعين في هذه الوظيفة عمله بصفة دائمة أي وجوب توافر صفة الاستمرار والدوام وليس بصفة عرضية، وهذا الشرط له جانب موضوعي يتعلق بالوظيفة نفسها هو أن تكون الوظيفة التي يشغلها الشخص دائمة، وجانب آخر شخصي هو أن يقوم الشخص بالعمل على سبيل الدوام والآن انتفت صفة العمومية عن الموظف وعن الوظيفة أيضاً.<sup>61</sup> وهذا ما يتطلبه القضاء الفرنسي، أي توافر عنصرَي الدائمية وهما دائمية الوظيفة ذاتها وشغلها بصفة دائمة، وفي هذا يقول الأستاذ "أندري دو لو بادار" لكي يكتسب الشخص صفة الموظف العام يجب أن يشغل بصفة دائمة وظيفته دائمة،<sup>62</sup> ودوام الوظيفة العامة لا ينصرف إلى كيفية أداء الموظف لعمله، بمعنى لا يهم إن كان يعمل في اليوم يوماً كاملاً أو نصف يوم أو بالساعة لمدة أربع ساعات أو ثماني ساعات، أو أسبوعياً أو شهرياً فتلك مسألة تنظمها القوانين حسب طبيعة كل وظيفة، فالعبرة إن بدوام الوظيفة.

### 3- التثبيت في السلم الإداري:

<sup>58</sup> - بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن: مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار المناهج، عمان، الأردن، سنة 2010، ص 21.

<sup>59</sup> - بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن، المرجع نفسه، ص 21.

<sup>60</sup> - عبد الغني بسيوني عبدالله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1991، ص 203.

<sup>61</sup> - بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن، المرجع السابق، ص 19. أنظر أيضاً في هذا المعنى السيد محمد إبراهيم، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة، دار المعارف الإسكندرية، مصر، سنة 1966، ص 73 وما يليها.

<sup>62</sup> - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 18.



يقصد بتثبيت الموظف العمومي في الوظيفة إدماجه ضمن الهرم الإداري للوظائف العامة، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ "أندري دو لوبادار" يتحقق هذا الإدماج في الهرم الإداري بواسطة التثبيت الذي يمنح الشخص المعين صفة الموظف العام. وقد طلب مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط صراحة، فقد قضى "...هكذا فإنَّ الطاعن لا يمكن قبل التثبيت أن يعتبر جزءاً من الكادر الدائم للإدارة العامة"،<sup>63</sup> وهذا ينسجم مع التشريع الجزائري حيث اشترط المشرع الجزائري في تعريف الموظف العمومي أن يرسم في رتبة السلم الإداري<sup>64</sup> حتى يعتبر موظفاً عمومياً، ويحدد المشرع في نفس النص ما معنى الترسيم في السلم الإداري؟ وهو التثبيت في الرتبة.

من هنا يتضح لنا أنَّ الشخص كي يعتبر موظفاً عمومياً يجب أن يكون مثبتاً في السلم الإداري، وفي التشريع الجزائري لا يمكن تثبيت الموظف إلا بعد مرور سنة من العمل وهي فترة تجريبية من خلالها يحكم على الموظف إذا كان أهلاً للوظيفة يتم تثبيته وإن كان غير ذلك يُسرح، وبالتالي خلال مرحلة التجربة هذه لا يمكن إطلاق وصف الموظف العمومي على هذا الشخص ولا يتمتع فيها بكامل حقوقه إلا بعد أن يتم ترسيمه في رتبته في السلم الإداري.

### ثانياً - التعريف القضائي:

رغم البحث المعمق للحصول على تعريف للموظف العمومي في الاجتهاد القضائي سواء الإداري أو الجزائري فإننا لم نتمكن من الحصول ولو على قرار واحد لغياب الاجتهاد القضائي في هذا المجال لا سيما ما تعلق بالقرارات المنشورة بمجلة مجلس الدولة.

### ثالثاً - التعريف الفقهي:

يفتقد تعريف الموظف العمومي في الاجتهاد الفقهي في الجزائر ولا يكاد يعثر على تعريف فقهي للموظف العمومي، عداً بعض الشروحات و التعليقات، فيعرّف الأستاذ أحمد محيو الموظف العمومي بأنه "من يوجدون في وضع قانوني تنظيمي يتميز بأنه قابل للتبديل بقانون جديد يطبق عليهم آلياً، دون أن يخول لهم التمسك بالحقوق المكتسبة".<sup>65</sup>

<sup>63</sup> - نفس المرجع، ص 17.

<sup>64</sup> - يقصد بالسلم الإداري الكادر في التشريع الفرنسي، حيث تقسم الوظائف إلى مجموعات (أ، ب، ج، د) في التشريع الجزائري و (A.B.C.D)، في التشريع الفرنسي ويدرج تحت كل مجموعة فئة من الموظفين الحائزين على تأهيل علمي معين، وهذا ما نصت عليه المادة 8 من الأمر 03-06، المرجع السابق.

<sup>65</sup> - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق. ص 24.

والحقيقة أنّ هذا التعريف يوضح الأحكام التي تنظم العلاقة بين الموظف والمرفق العمومي هل هي تعاقدية أم تنظيمية؟ ولا يعرف لنا الموظف العمومي، وهذا جانب فقط من مركز الموظف العمومي ولا يشمل تعريف الموظف العمومي بكل ما يحتويه التعريف من عناصر.

### خلاصة التعاريف:

من خلال ما تم استعراضه من تعاريف قانونية وقضائية وفقهية في القانون المقارن وفي الجزائر نلاحظ أنّ كل هذه التعريفات لم تصل إلى تعريف موحد جامع مانع للموظف العمومي، حتى وإن اتحدت في بعض العناصر المشتركة إلا أنّ هذا غير كافٍ لمجابهة جرائم الفساد وحصرها، وبالتالي فإن تعريف الموظف العمومي وفقاً لقانون الوظيفة العامة قاصر على حصر مفهوم الموظف العام كركن من أركان الجريمة ولا يغطي كل الفئات التي تتعامل بتنظيم الصفقات العمومية، ولهذا لا بد من الاعتماد على تعريف أوسع وأشمل للموظف العمومي من شأنه أن يغطي كل أعوان الدولة من الموظف البسيط إلى أعلى منصب في هرم السلطة، ويجد هذا التعريف مصدره في القوانين الجزائرية والاتفاقيات الدولية.

### المطلب الثاني- تعريف الموظف العمومي في الاتفاقيات الدولية والقانون الجزائري:

يقصد بمفهوم القانون الجزائري قانون العقوبات والقوانين الجزائية الخاصة الأخرى، وعليه نتناول مفهوم الموظف العمومي في الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول) ثم مفهوم الموظف العمومي في القوانين الجزائرية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول- تعريف الموظف العمومي في الاتفاقيات الدولية:

نتناول في هذا المجال تعريف الموظف العمومي في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وكذا اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد.

### أولاً- تعريف الموظف العمومي في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد:

"يقصد بتعبير موظف عمومي وفقاً لهذه الاتفاقية:

- أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً لدى دولة طرف في هذه الاتفاقية، سواء أكان معيناً أو منتخبا، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص.

- أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك جهاز عمومي أو منشأة عمومية أو يقدم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة التي تعد طرفاً في هذه الاتفاقية، وحسب ما هو مطبق في المجال القانوني ذي الصلة لدى تلك الدولة الطرف.

- أي شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي في القانون الداخلي للدولة الطرف في هذه الاتفاقية، بيد أنه لأغراض بعض التدابير المعينة الواردة في الاتفاقية، يجوز أن يقصد بتعبير موظف عمومي:

- أي شخص يؤدي وظيفة عمومية أو يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال المعني من قانون تلك الدولة الطرف في الاتفاقية".<sup>66</sup>

### ثانياً - تعريف الموظف العمومي في اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد:

تعني عبارة موظف عمومي حسب اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد، أي موظف دولة أو الوكالات التابعة لها، بما في ذلك من يقع عليه الاختيار أو يتم تعيينه أو انتخابه للقيام بأنشطة أو مهام باسم الدولة أو لخدمتها، على أي مستوى من مستويات التسلسل الهرمي للسلطة.<sup>67</sup>

رغم أنّ التعريف جاء جد مختصر، إلاّ أنّه تعريف شامل لكل الفئات التي تم ذكرها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وقد تبنت التعريف المختصر في ظاهره والشامل لكل الفئات المعنية.<sup>68</sup>

### الفرع الثاني - تعريف الموظف العمومي في القوانين الجزائرية:

حقيقة جاءت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة بنقطة نوعية فيما يخص الأحكام الموضوعية والإجرائية المتعلقة بجرائم الفساد ولاسيما فيما يخص تعريف الموظف العمومي وإجراءات متابعتها، هذه الأحكام تختلف تماماً عن القواعد العامة التقليدية المعروفة إلى غاية ظهور هذه الاتفاقية.

فالجرائم المعروفة اليوم بجرائم الفساد كان منصوصاً عليها في قانون العقوبات، وكان يجرم كل الأشخاص الذين تم ذكرهم تحت تسمية الموظف العمومي قبل تعديل قانون العقوبات ليتم نقل هذه النصوص القانونية بتصرف إلى قانون مستقل خاص وأضفى على كل الأشخاص الذين سبق ذكرهم صفة الموظف العمومي.

<sup>66</sup> - المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المرجع السابق.

<sup>67</sup> - المادة 01-09 من اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمايو تو يوم 11 جويلية 2003، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 06-137، مؤرخ في 10 أبريل 2006، ج ر عدد 24، مؤرخ في 08 مارس 2006.

<sup>68</sup> - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص 14.

## أولاً- تعريف الموظف العمومي في قانون العقوبات:

قبل ظهور الاتفاقية، قانون العقوبات الجزائري لم يُعرّف الموظف العمومي وإنما تولى تحديد بعض الفئات التي اعتبرها ضمن فئة الموظفين العموميين،<sup>69</sup> وهذا بموجب القسم الأول والثاني من الفصل الرابع من الكتاب الثالث حيث نصّ "يتعرض القاضي أو الموظف أو الضابط العمومي الذي يختلس أو يبدد أو يحتجز عمدا وبدون وجه حق أو يسرق أموالا عمومية أو خاصة.... ويتعرض كذلك للعقوبات المنصوص عليها أعلاه كل شخص تحت أية تسمية وفي نطاق أي إجراء يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويسهم بهذه الصفة في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام...."<sup>70</sup>

"يعد مرتشيا.... كل من يطلب أو يقبل عطية أو وعدا أو يطلب أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى وذلك ليقوم بصفته موظفا أو ذا ولاية نيابية.... بصفته محكما أو خبيرا معينا من السلطة.... بصفته طبيبا أو جراحا أو طبيب أسنان أو قابلة".<sup>71</sup>

"يعد مرتشيا ويعاقب.... كل عامل أو مستخدم أو مندوب بأجر أو مرتب على أية صورة كانت طلب أو قبل عطية أو وعدا، أو طلب أن يتلقى هبة أو هدية أو جعلاً.....".<sup>72</sup>

"يعد مستغلا للنفوذ.... كل شخص يطلب أو يقبل عطية أو وعدا أو يطلب أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى.....".<sup>73</sup>

"كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة".<sup>74</sup>

إذن هذه بعض النصوص القانونية الملغاة من قانون العقوبات ونُقلت تقريبا حرفياً إلى قانون مكافحة الفساد ومن خلالها كان يعاقب المشرع الجزائري كل الفئات المعتبرة اليوم موظف عمومي رغم أنّ المشرع لم يكن يعطيها هذه الصفة.

وهناك من اعتبر هذا التحديد تعريفاً للموظف العمومي حتى ولو لم يكن صريحاً في هذا، ومنه اعتُبر العامل المؤقت وكذا أصحاب الوكالة بأجر أو بدون أجر الذين يعملون لصالح الدولة والجماعات

69 - بوزبرة سهيلة، المرجع السابق، ص 16.

70 - المادة 119 من قانون العقوبات (الملغاة).

71 - المادة 126 من قانون العقوبات (الملغاة).

72 - المادة 127 من قانون العقوبات (الملغاة).

73 - المادة 128 من قانون العقوبات (الملغاة).

74 - المادة 128 مكرر فقرة 01 من قانون العقوبات (الملغاة).

المحلية أو المؤسسات الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية موظفون عموميون.<sup>75</sup>

وما يؤيد هذا التفسير هو المادة 149 من قانون العقوبات قبل إلغائها بالأمر رقم 47-75 قد عرّفت الموظف العمومي بقولها "يعتبر موظفاً بالنسبة إلى قانون العقوبات كل شخص يتولى تحت أية تسمية وضمن أي وضع كان أية وظيفة أو مهمة، دائمة أو مؤقتة. بأجر أو بدون أجر، ويؤدي بهذه الصفة خدمة للدولة ذات مصلحة عامة، أو للإدارات العامة، أو المجموعات المحلية"

ولهذا يمكن القول أن كل شخص توفرت فيه مثل هذه الشروط فإنه يعتبر موظفاً عمومياً.<sup>76</sup>

## ثانياً- تعريف الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد:

صدر القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته سنة 2006 وجاء بتعريف مغاير تماماً لمفهوم الموظف العمومي مقارنة بالقوانين السابقة سواء الإدارية أو الجنائية وأدخل فيه طائفة جديدة من الأشخاص واعتبرهم موظفون عموميون، وتوسع في تحديد هذه الطائفة إلى درجة أنه أصبح يشمل كل الأعوان الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات العمومية على اختلاف رتبهم ومراكزهم القانونية سواء دائمين أو مؤقتين وامتد حتى إلى الأعوان المنتخبين بل وحتى للقضاة.

والحقيقة أن هذا ليس اجتهاداً جديداً من طرف المشرع الجزائري وإنما حتمية بعد أن صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وكذا اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ونقل محتواها تقريباً حرفياً ووضعها في قانون مستقل<sup>77</sup> يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته. بل وأن هذه النصوص المستمدة من اتفاقية مكافحة الفساد التي صادقت عليها الجزائر هي أصلاً كان منصوصاً عليها في قانون العقوبات وبالتالي لم تضيف شيئاً للتجريم ما عدا ما تعلق بصفة الموظف العمومي.

75 - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق ص 16. أنظر أيضاً عبدالله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1998، ص 66 وما يليها.

76 - عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، سنة 2006، ص 20.

77 - هناك من يرى أنه لا داعي لقانون مستقل، أحسن بوسفيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، سنة 2012، ص 185. ونحن من جانبنا نؤيده في هذا الرأي للمبررات التالية:

- يمكن إدراج هذه الأحكام في قانون العقوبات في قسم خاص والأحكام الإجرائية في قانون الإجراءات الجزائية، بل أن معظم الأحكام الإجرائية في هذا القانون تحيل على القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية، فمن بين 73 مادة أتى بها القانون توجد 24 مادة فقط تتعلق بالتجريم، منها 18 مادة كان أصلاً منصوص عليها في قانون العقوبات وتم نقلها بتصريف لقانون مكافحة الفساد.

- منذ صدور القانون سنة 2006 لم يحقق النتيجة المرجوة رغم تضمينه أحكاماً وقائية -هي في الحقيقة معظمها قواعد سلوكية وأخلاقية لا يتبعها أي جزاء- والدليل على هذا أن معدل هذه الجرائم لم ينكمش وإنما ازداد في الارتفاع والواقع العملي يثبت ذلك، فلا يكاد يخلو عدد من الجرائد اليومية إلا ونطالع فيه عن جرائم الفساد من الحجم الكبير، وما قضية سوناطراك 1 و2، والشركة الوطنية للكهرباء والغاز، وشبهات الطريق السيار شرق غرب خير دليل على ذلك.

..//

- بالمقارنة بالتشريع الفرنسي الذي يعتبر أقرب للتشريع الجزائري بل هو مصدر جل التشريعات، فإنه لم يدرج هذه الأحكام في قانون مستقل وإنما ضمها في قانون العقوبات بموجب المادة 14-432 وما يليها التي نصت على جنة "المحابة"، التي تقابل جنة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع في القانون الجزائري.

ويُعرّف المشرع الجزائري الموظف العمومي في المادة الثانية نقطة ب من قانون مكافحة الفساد بأنه:

1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أوفي أحد المجالس الشعبية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته،

2- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو أية مؤسسة عمومية أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

إنّ ما يلاحظ على تعريف الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد المستمد من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أنّه جاء موسعاً ليشمل تقريباً كل الوظائف في النظام الإداري للدولة سواء التنفيذية منها أو التشريعية أو القضائية، بمعنى أنّ مفهوم الموظف العمومي لم يعد يشمل المفهوم التقليدي وإنّما خرج عن هذا المعنى ليدخل ضمنه حتى المنتخبين في المجالس النيابية والقضاة والعسكريين، هذه الفئات التي يخرجها صراحة قانون الوظيفة العامة من تطبيق أحكامه، وعليه ومن خلال التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري للموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد نحاول استخراج كل هذه الفئات المشمولة بالقانون ونحاول التعريف بكل فئة مذكورة بدقة كون الموظف العمومي هو أساس المتابعة القضائية.

**الفئة الأولى:** وهي المنصوص عليها بالمادة الثانية النقطة ب1 وهم كالتالي:

### 1- ذوو المناصب التشريعية:

يقصد بها أعضاء البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، سواء أكان منتخباً أو معيناً، فأعضاء المجلس الوطني الشعبي كلهم منتخبون عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري،<sup>78</sup> كما هو حالياً وكذا ثلثي أعضاء مجلس الأمة فهم منتخبون، وبغض النظر عن طريقة الانتخاب مباشراً أو غير مباشراً، سري أو علني، فهذا لا يهم ويرجع إلى طبيعة النظام السياسي المتبع في البلاد. أمّا التعيين مثل أعضاء مجلس الأمة فتلث أعضائه يعينون بموجب مرسوم من طرف رئيس الجمهورية ودون المرور عبر انتخابات، وقد يكونوا معينون مثل ما حدث أثناء المرحلة الانتقالية سنة 1992 أين كان كل

<sup>78</sup> - المادة 101-02 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

أعضاء المجلس الانتقالي معينون بسبب الأزمة التي حدثت آنذاك إلى غاية انتخابات 1996. وكان هذا المجلس يمثل السلطة التشريعية في البلاد ولا يهم بعد ذلك إن كان هذا التعيين بصفة دائمة أو مؤقتة، مقابل أجر أو بدون أجر، وإن كان طبيعة العمل في الهيئة التشريعية هو مؤقت ينتهي بانتهاء العهدة ويتقاضى المنتخب بشأنه تعويضاً مالياً.

## 2- ذو المناصب التنفيذية:

الدستور الجزائري جعل السلطة التنفيذية في يد رئيس الجمهورية لا غير، بينما المناصب التنفيذية فهي موزعة بين عدة أشخاص تمارسها وفقاً للدستور والقانون وبالتالي يقصد بالشخص الذي يشغل منصباً تنفيذياً:

- رئيس الجمهورية الذي جعله الدستور الجزائري على رأس السلطة التنفيذية والمناصب التنفيذية وهو منتخب عن طريق الاقتراع العام المباشر و السري.<sup>79</sup>
- رئيس الحكومة (الوزير الأول) المعين من قبل رئيس الجمهورية وكذا نواب الوزير الأول،<sup>80</sup> والوزير الأول هو المكلف بتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية.<sup>81</sup>
- أعضاء الحكومة (الوزراء والوزراء المنتدبون)، وكلهم معينون من قبل رئيس الجمهورية.<sup>82</sup>
- السفراء.
- الولاة.

والأصل أن رئيس الجمهورية لا يُسأل عن الجرائم التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامه، ما لم تشكل خيانة عظمى، ويحال في هذه الحالة على المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمة رئيس الجمهورية بموجب قانون عضوي يحدد تشكيلة هذه المحكمة وتنظيمها وسيرها والإجراءات المطبقة.<sup>83</sup> إلا أن هذه المحكمة لم تَرَ النور بعد رغم مرور خمسة عشرة سنة من صدور الدستور. وبالتالي ووفقاً للدستور الجزائري فإن رئيس الجمهورية لا يمكن مساءلته عن جرائم الفساد رغم أنه في نظر القانون يعتبر موظفاً إدارياً يشغل منصباً تنفيذياً.

79 - المادة 71 ، المرجع نفسه.

80 - المادة 77 الفقرة 07 والمادة 81، المرجع نفسه.

81 - المادة 79 الفقرة 02، المرجع نفسه.

82 - المادة 77 الفقرة 01، المرجع نفسه.

83 - المادة 158، من الدستور الجزائري لسنة 1996، المرجع السابق.

أمّا رئيس الحكومة (الوزير الأول) فإذا كان من الجائز مساعته جزائياً عن الجنايات و الجنح التي قد يرتكبها أثناء تأدية مهامه، بما فيها جرائم الفساد فإن محاكمته تظل معلقة على تنصيب المحكمة العليا للدولة المختصة دون سواها بمحاكمته.<sup>84</sup>

### 3- ذو المناصب الإدارية:

يقصد بها المناصب التي لا تتدرج تحت قانون الوظيفة العامة ولا المناصب القضائية ولا التنفيذية ولا التشريعية باعتبار أنّ هذه المناصب خصّها المشرع بنص خاص، وبالتالي يندرج تحت هذا الوصف المناصب الإدارية المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكل شخص يوجد في منصب قيادي لا يشمل تعريف قانون الوظيفة العمومية بغض النظر عن رتبته أو ترتيبه في السلم الإداري، فالعبرة بالمنصب الذي يشترط أن يكون إدارياً، مثل المدير أو رئيس المصلحة أو عون إداري في مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، أو في مؤسسة اقتصادية أو في شركة وطنية.

والحقيقة أنّ هذا المفهوم لا يختلف عن مفهوم الشخص الذي يتولى وظيفة أو وكالة كما نصّت عليه الفقرة الثانية من النقطة ب من المادة الثانية "كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية".<sup>85</sup>

### 4- ذو المناصب القضائية:

المناصب القضائية تخص بالدرجة الأولى القضاة كما عرّفهم القانون الأساسي للقضاء،<sup>86</sup> سواء القضاة التابعون لنظام القضاء العادي، ونعني بهم قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم، أو القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري، ويتعلق الأمر بقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية سواء قضاة الحكم أو محافظي الدولة.

كما يشغل منصباً قضائياً المحلفون المساعدون في محكمة الجنايات والمساعدون في قسم الأحداث وفي القسم الاجتماعي، بحكم مشاركتهم في الأحكام القضائية التي تصدر عن الجهات القضائية المذكورة. وبالمقابل، لا يشغل منصباً قضائياً قضاة مجلس المحاسبة، سواء كانوا قضاة حكم أو محتسبين، ولا أعضاء المجلس الدستوري، ولا أعضاء مجلس المنافسة.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص: جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجز الثاني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2006، ص 08.

<sup>85</sup> - الفقرة الثانية من النقطة ب من المادة الثانية من القانون 06-01، المرجع السابق.

<sup>86</sup> - المادة 02 من القانون العضوي رقم 04-11 يتضمن القانون الأساسي للقضاء، المرجع السابق.

<sup>87</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 13.



ولا يعتبر شاغلاً لمنصباً قضائياً القضاة العاملين بالإدارة المركزية لوزارة العدل أو قضاة المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة أو مؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل رغم أن سلك القضاء يشملهم وفقاً للمادة الثانية من القانون الأساسي للقضاء. كما لا يعتبر شاغلاً لمنصباً قضائياً القضاة الموجودين في حالة إحقاق لدى الهيئات الدستورية أو الحكومية أو الإدارات المركزية أو المؤسسات والهيئات العمومية والوطنية أو الملحقيين في الخارج أو المنظمات الدولية.<sup>88</sup>

وهذا لا يعني أن هؤلاء لا يشملهم وصف الموظف العمومي، وإنما يندرجون تحت طائفة أخرى وهي طائفة المنصب الإداري أو التنفيذي حسب الحالة. وبالتالي العبرة بالمنصب وليس بالصفة، بمعنى أن يكون المنصب ذا طبيعة قضائية يخضع للسلطة القضائية دون غيرها ويفصل في منازعة قضائية بغض النظر عن صفة الشخص الذي يفصل في المنازعة سواء كان قاضياً يخضع للقانون الأساسي للقضاء أو موظفاً معيناً يخضع للقانون الأساسي للوظيفة العامة (المساعدون المحلفون في قسم الأحداث أو محكمة الجنايات) أو عاملاً يخضع للقانون الأساسي لعلاقات العمل الفردية أو الجماعية (المساعدون المحلفون في المحكمة الاجتماعية) أو تاجراً (المساعدون المحلفون في المحكمة التجارية)، وهذا ما أكدته المادة الثانية من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بقولها "يشغل منصباً قضائياً"، وفي النظام القانوني الجزائري لا توجد سلطة أخرى غير سلطة القضاء التي تفصل في المنازعات القضائية، حتى وإن وجدت سلطات أخرى غير قضائية تفصل في منازعات ذات طبيعة قضائية.<sup>89</sup>

الحقيقة أن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري مستمد من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وهي التي ذكرت المنصب القضائي بنصها "كل شخص يشغل منصباً قضائياً...." ولم تأت بصيغة "كل قاضٍ..." والفرق شاسع بين الصيغتين، لأن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد جاءت بتعريف عالمي لكي ينطبق على أكبر عدد من الدول إن لم نقل كلها، وبالتالي هناك من الدول التي يمارس فيها سلطة القضاء موظفون عاديون ولم يخضعوا إلى أي تكوين، قد يكونوا منتخبون أو معينون بل وحتى متعاقدون، ولا يحملون صفة القاضي ولا يوجد قانون أساسي للقضاء يحكمهم بل ولا يوجد أصلاً قانون أساسي للوظيفة العامة يحكمهم، مثل بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية،<sup>90</sup> فالطابع السياسي هو الذي يحكم التعيين في الوظائف سواء القضائية أو الإدارية وبالتالي لا يوجد قاضي محترف وإنما يوجد موظف يشغل

<sup>88</sup> - تنص المادة 75 من القانون الأساسي للقضاء على أن القاضي يمكن أن يكون في حالة إحقاق، وحالة الإلحاق هي التي يكون فيها القاضي خارج سلكه الأصلي لمدة معينة، ويستمر في الاستفادة من حقوقه في الترقية ومعاش التقاعد، وتضيف المادة 76 من نفس القانون حالات الإلحاق التي تم ذكرها في المتن.

<sup>89</sup> - مثل سلطات الضبط المستقلة (مجلس المنافسة، اللجنة المصرفية، سلطة ضبط البريد والمواصلات، سلطة ضبط الكهرباء و الغاز....)، حول هذه السلطات راجع مرجع الأستاذ: ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Algérie 2005.

<sup>90</sup> - حول تاريخ وأنظمة الوظيفة العامة في هذه الدول أنظر خرفي الهاشمي، المرجع السابق، ص 06 وما يليها. وفي نفس المعنى: مجموعة خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية، المرجع السابق، ص 05 وما يليها.

منصب القاضي، وعليه إذا ما جاءت الصيغة "كل قاضي..." فهذا يعني إفلات هذه المجموعة من النص العقابي في هذه الدول إذا ما اعتمدت هذه الأخيرة هذه الصيغة.

#### 5- المجالس الشعبية المحلية المنتخبة:

ويقصد بها أعضاء المجلس الشعبي البلدي وأعضاء المجلس الشعبي الولائي سواء كانوا منتخبين أو معينين، وينتخب أعضاء المجلس الشعبي البلدي والولائي لمدة خمس سنوات بالاقتراع النسبي على القائمة.<sup>91</sup>

#### الفئة الثانية: كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة:

نصت على هذه الفئة الفقرة الثانية من النقطة ب من المادة الثانية "كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية". وبهذا تشمل هذه الفئة كل شخص مهما كانت صفته موظف أو عامل أو مسير أو مصفي، المهم أن يمارس وظيفة أو وكالة، بأجر أو بدون أجر في هيئة عمومية مثل دواوين الترقية والتسيير العقاري أو في المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات الاقتصادية أو المؤسسات ذات الرأسمال المختلط، مثل شركة الرياض أو سونلغاز أو الشركات البترولية المختلطة المؤسسة في إطار الشراكة الأجنبية في إطار الاستثمار، فالدولة تساهم بنصيب في رأسمالها، بل أية مؤسسة تقدم خدمة عمومية سواء كانت ذات طابع صناعي وتجاري أو ذات طابع إداري مثل الشركات التي تدار عن طريق الامتياز "مثل شركة سيور"، وهذا حسب عموم النص، وتعني الوظيفة بالأساس أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو المديرين العامين أو المديرين أو رؤساء المصالح، بمعنى أن الوظيفة تشمل جانب التسيير الإداري، ولا يهم رتبة شاغل الوظيفة فقد يكون مجرد عامل بسيط، ويخرج من هذا المفهوم العمال الذين يزاولون نشاطهم سلسلة الإنتاج.

كما ينطبق مفهوم الموظف العمومي الذي يمارس وكالة خدمة لهذه المؤسسات، مثل المصفي الذي يسير الشركة التي هي في حالة تصفية، أو وكيل العبور الذي يتكفل بجمركة السلع لفائدة هذه المؤسسات، أو محافظ البيع بالمزاد العلني، أو الحارس القضائي، فهؤلاء الأشخاص يمارسون مهام بموجب وكالة مؤقتة لصالح المؤسسات مقابل أجر معلوم.

#### الفئة الثالثة: كل شخص معرّف أنه موظف عمومي أو من في حكمه:

<sup>91</sup> - المادة 75 من الأمر 07-97 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، ج ر عدد 12 مؤرخ في 06 مارس 1997، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 01-04 المؤرخ في 07 فبراير 2004، ج ر عدد 9 ص 24.

وتنقسم إلى فئتين: موظف عمومي معرّف حقيقة بأنه موظف عمومي وفقاً لقانون الوظيفة العامة أو أي نص آخر يعرفه أنه موظف عمومي، وفئة أخرى تأخذ حكم الموظف العمومي رغم أنه ليس بموظف عمومي.

## 1- الموظف العمومي حقيقة:

يقصد بهم الموظفون العموميون المعروفون بقانون الوظيفة العامة والذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية، ويقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي.<sup>92</sup>

ويعتبر موظفاً عمومياً كل عون عُين في وظيفة دائمة ورُسم في رتبة في السلم الإداري.<sup>93</sup>

كما يمكن أن يكون موظفاً عمومياً وفقاً لقوانين أخرى لم ينص عليها قانون الوظيفة العامة وإنما تنص عليها قوانين خاصة مثل المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية، والذين يحدد شروط توظيفهم المرسوم 86-276، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-315 المؤرخ في 2/10/2004.

## 2- الموظف الحكمي:

المشرع الجزائري لم يحدد لنا صراحة من هو الموظف الحكمي كما فعلت بعض التشريعات المقارنة ونص في المادة الثانية، النقطة ب، الفقرة الثالثة " كل شخص آخر معرّف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما" ويعني الموظف الحكمي هو الموظف الذي لا تتوفر فيه شروط صفة الموظف العمومي ومع ذلك يعتبر موظف عمومي، وعليه لا بد من الرجوع إلى التشريعات المقارنة لمعرفة من هو الموظف الحكمي:

### أ- الموظف الحكمي في التشريع المصري:

92 - المادة الثانية من الأمر رقم 03-06، المرجع السابق.

93 - المادة 4 فقرة 1 من الأمر رقم 03-06 المرجع نفسه.

توسّع المشرع المصري في مفهوم الموظف العام وخاصة في قانون العقوبات عند تعرضه لجريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها، رغم أنّه لم يتضمن تعريفاً للموظف العام، لكنه أورد تعداداً لمن يُعتبر في حكم الموظف العام، حيث ألحق به فئات خمس اعتبرهم في حكم الموظفين العموميين وهم:

- المستخدمون في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت رقابتها.
- أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية.
- المحكمون و الخبراء ووكلاء الديانة و المصفون و الحراس القضائيون.
- كل شخص مكلف بخدمة عامة.
- أعضاء مجالس إدارة ومدبرو ومستخدمو المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت إذا كانت الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها تساهم في مالها بنصيب ما.<sup>94</sup>

#### ب- الموظف الحكمي في التشريع اللبناني:

نصّ المشرع اللبناني على اعتبار فئات أخرى من الأشخاص في حكم الموظفين العموميين بصدده جريمة الرشوة على الرغم من أنّهم لا يُعدّون كذلك طبقاً للمفهوم الإداري الدقيق للموظف العام (المادتان 351، 352 قانون العقوبات)، وتشمل الفئات التالية:<sup>95</sup>

- العامل أو المستخدم في الدولة أو في إدارة عامة.
- ضباط السلطة المدنية أو العسكرية.
- المكلفون بخدمة عامة سواء بالانتخاب أم بالتعيين.
- المكلفون بخدمة رسمية.
- المحامون.

#### ب1- العامل أو المستخدم في الدولة أو في إدارة عامة:

<sup>94</sup> - بلال أمين زين الدين، التأديب الإداري: دراسة فقهية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار المناهج، الأردن، سنة 2010، ص 32. أيضاً بلال أمين زين الدين ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية والتشريع المقارن، المرجع السابق، ص 22، 23.

<sup>95</sup> - علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001، ص 25، 26.

نصت المادة 104 من قانون العقوبات المصري على أنّ المأمورين (agents) والمستخدمين (employés) أيًا كانت وظيفتهم يعتبرون كالموظفين. وقد أراد بذلك المشرع أن ينال العقاب من أكبر موظف إلى أصغر مستخدم ومنه لا تنطبق المادة على الموظفين بالمعنى الفني فقط وإنما على كل من يعاونهم في هذه المهام، كما تنطبق على جميع مستخدمي المصالح العامة سواء أكانوا يعملون لدى جهة قضائية أو إدارية أو لدى إحدى المصالح التجارية التابعة للحكومة كمصالح السكك الحديدية والبريد والتليفون والتلغراف.<sup>96</sup>

## ب2- المكلفون بخدمة عامة:

يقصد بالمكلفون بخدمة عامة أو المندوبون لخدمة عامة أعضاء المجالس ذات الصفة التمثيلية للأمة أو لجماعة منها في إدارة الشؤون العامة للأمة أو لتلك الجماعة، كأعضاء مجلس النواب والمجالس المحلية على مستوى المحافظة أو المدينة سواء أكانوا منتخبين أو معينين.<sup>97</sup> كما يقصد بها الأشخاص الذين يقومون بأداء أعمال تتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليهم من موظفي الدولة العموميين الذين يملكون هذا التكليف بمقتضى القوانين، وسواء أكان هؤلاء الأشخاص موظفون عموميون أم لا، ومثال ذلك الحارس الإداري والمترجم الذي تتدبه المحكمة لترجمة شهادة شاهد. والحقيقة أنّ هذه العبارة مقتبسة من المادة 246 من قانون العقوبات البلجيكي ومنه إلى قانون العقوبات المصري،<sup>98</sup> ومنه نُقلت إلى التشريع الجزائري.

وأيًا كان الأمر فإنّ المندوب لخدمة عامة هو كل شخص يقوم بخدمة عامة لصالح المجتمع ولو لم يكن من طائفة الموظفين أو المأمورين أو المستخدمين العموميين ما دام هذا الشخص قد نُدب بالعمل ممّن يملك هذا النذب.<sup>99</sup>

## ب3- المكلفون بخدمة رسمية:

يقصد بهم أولئك الذين يعاونون القضاة في أداء رسالتهم سواء بممارسة عمل شبيه بعمل القضاة كالمحكم أو بالتمهيد له كالخبير أو باستكمال كالتسديد، ويدخل فيهم أيضاً المُصَفِّون و الحُرَّاس القضائيون. وهؤلاء أيضاً يعتبرون مكلفون بخدمة عامة.<sup>100</sup>

96 - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة، ص 10.

97 - محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة 1984، ص 35.

98 - جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 12.

99 - محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 35.

100 - نفس المرجع، ص 36.

وعليه نلاحظ أنّ التشريع المقارن يعطي مفهوماً للموظف الحكمي عكس التشريع الجزائري الذي لم يوضح هذا المفهوم، وبالرجوع إلى مجموعة النصوص القانونية التي تحكم قطاع الوظيف العمومي<sup>101</sup> فلا نجد أي نص يعتبر فئة ما من قبيل الموظف الحكمي، وعليه يمكن القول أنّ مفهوم "من في حكم الموظف" ينطبق أساساً على المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني-رغم أن قانون الوظيفة العامة استثناهم من تطبيق أحكامه- و الضباط العموميين (المحضرين، الموثقين، محافظي البيع بالمزاد العلني، والمترجمين الرسميين)،<sup>102</sup> وفي التشريع الجزائري لا يوجد أي نص يعتبر هذه الفئات في حكم الموظفين العموميين، ومادام نحن في المجال الجزائري فلا يمكن القياس، وبالتالي لا يمكن إسباغ صفة الموظف على هذه الفئة في التشريع الجزائري.

### المبحث الثاني- الصفة العمومية:

تعتبر الصفة العمومية أهم عنصر على الإطلاق في جرائم الصفقات العمومية، كون كل المخالفات تدور حولها، فقبل البحث في الجريمة والمخالفات المرتكبة المشكلة للركن المادي للجريمة لا بد من الإجابة على سؤال في غاية من الأهمية وهو هل نحن أمام صفة عمومية أم لا؟ والإجابة عن هذا السؤال تحتاج إلى الدقة في تحديد مفهوم الصفة العمومية، لأنّ أي خطأ في تحديد هذا المفهوم يعني المساس بحرية الأشخاص وكرامتهم والزج بهم في السجون، أو المساس بالأموال العمومية وهدرها، وفي الحالتين فإن النتيجة في غاية من الخطورة، ولهذا سنحاول تحديد مفهوم الصفة العمومية بدقة، مع ضبط المصطلحات والمفاهيم (المطلب الأول)، ثم نتطرق لطرق إبرامها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول- مفهوم الصفة العمومية:

<sup>101</sup> - فؤاد حجري، مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006.

<sup>102</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 18، 19.

المشروع الجزائري عرّف الصفقة العمومية في المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 بأنها "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"، ولكن هذا التعريف قاصر على الإلمام بكل العناصر، كما أنّ الصفقة تأخذ عدة أشكال، وعليه نتناول تعريف الصفقة العمومية وفقاً للمعايير المعتمدة (الفرع الأول)، ثم أشكال الصفقة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول- تعريف الصفقة العمومية:

قد يبدو أنّ المشروع الجزائري عرّف الصفقة العمومية من خلال هذه المادة وأنّ هذا التعريف كافٍ لتحديد الصفقة العمومية، والواقع أنّ هذا غير كافٍ، لأنّه لم يعط لنا كافة العناصر التي تتألف منها الصفقة العمومية، وإنّما قدّم لنا بعض العناصر فقط التي يعتمد عليها في تعريف الصفقة والعناصر الأخرى جاءت متفرقة في مواد مختلفة من المرسوم، فإذا قلنا صفقة عمومية فإنّ أول شيء يتبادر إلى الذهن هو الحد المالي الواجب بلوغه لخضوع العملية لتنظيم الصفقات العمومية، كما لم يوضح لنا الجهة الإدارية أو غير الإدارية الملزمة بتطبيق قانون الصفقات العمومية، والتي سمّاها المصلحة المتعاقدة، وعليه يجب أن نعتمد على كل هذه العناصر لبناء تعريف للصفقة العمومية وهذا بجمع كل المواد في تعريف واحد والمعايير التي اعتمدها في تحديد الصفقة العمومية تحديداً دقيقاً.

### أولاً- المعيار العضوي:

إنّ من أهم التعديلات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 02-250 مقارنة بالمرسوم 91-434 هو التوسع في المعيار العضوي، ونفس المنهج انتهجه في المرسوم الجديد 10-236 بحيث أخضع بعض الهيئات لقانون الصفقات رغم أنّها ليست من المؤسسات الإدارية وإنّما هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري، وذكر المشروع الجزائري في المادة الرابعة أنّ الصفقات العمومية هي "عقود مكتوبة.... لحساب المصلحة المتعاقدة". دون أن يذكر في التعريف من هي هذه المصلحة المتعاقدة، وبالتالي وجب الرجوع إلى المادة الثانية من المرسوم لمعرفة هذه الجهات التي تبرم لحسابها الصفقات العمومية، معتمداً بذلك على المعيار العضوي في تعريفه للصفقة أي الجهة أو الطرف المتعاقد الذي يبرم الصفقة.

نصت المادة الثانية، الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أنّ "لا تطبق أحكام

هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات:

-الإدارات العمومية،

-الهيئات الوطنية المستقلة،

-الولايات،

-البلديات،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

-مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية،<sup>103</sup> عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

و تدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة .....".

وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي ضيق من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية وفقاً للقانون الجديد الصادر سنة 2004 المعدل والمتمم، والذي حصره في الدولة ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، وكذا الجماعات الإقليمية ومؤسساتها الإدارية، وهو نفس المجال الذي كان يحدده تنظيم الصفقات العمومية القديم الصادر سنة 1964. وهذا رغم التوصيات الأوروبية المشتركة الناصة على توسيع مجال التطبيق إلى باقي المؤسسات لاسيما شركات الاقتصاد المختلط، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للدولة أو الأشخاص الخاصة التي تسير مرفق عمومي، بل وحتى التجمعات التي تقدم خدمات ذات منفعة عامة، وممولة بنسبة كبيرة من ميزانية الدولة.<sup>104</sup> وفي التشريع الحالي الساري المفعول منذ 2006 حصرها في الدولة ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية المحلية.<sup>105</sup>

وعليه فإنّ تنظيم الصفقات العمومية لا ينطبق إلاً على الهيئات والمؤسسات السابق ذكرها والتي تشكل أهم طرف في عقد الصفقة، ونبتاول بالشرح بصفة موجزة لهذه الهيئات والمؤسسات الملزمة بتطبيقه.

<sup>103</sup> - المؤسسات العمومية الاقتصادية حذفت من النص بعد التعديل الأخير بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المرجع السابق، وهذا يعكس عدم الاستقرار في التشريع المتعلق بالصفقات العمومية الذي يخضع للأحداث الظرفية وليس لأسس علمية وقانونية، وهذا التعديل ينعكس لا محال على قواعد الاختصاص القضائي.

<sup>104</sup> - CHRISTOPHE Lajoye, Droit des marchés publics, éditions Berti, Alger, 2007, p, 37.

<sup>105</sup> - Article 02 du décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> aout 2006 portant code des marchés publics, JORF n° 179 du 4 aout 2006 page 11627.



## 1. الإدارات العمومية:

المشرع الجزائري لم يُعرّف الإدارة العمومية في ت ص ع ولكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي المتعلق بشروط بسط العلم،<sup>106</sup> فهو يُعرّف الإدارة العمومية بأنّها "كل إدارة تستعمل امتيازات السلطة العامة"، وبعد سنة فقط يصدر المشرع الجزائري المرسوم 85-59 المتعلق بالقانون العام للعامل<sup>107</sup> ومن خلال المادة الثانية يقدم تعريفاً جديداً للإدارة العامة،<sup>108</sup> كما ولم يفرق بين الإدارة العمومية المدنية والإدارة العمومية العسكرية، ولا بين إدارة التسيير وإدارة المهمة،<sup>109</sup> ولا بين الإدارة الداخلية أو الخارجية مثل الفصليات والمدارس الجزائرية بالخارج، ولا بين الإدارة المركزية وغير المركزية، وبالتالي فإنّ كل هذه الإدارات السابق ذكرها تدخل ضمن مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية.<sup>110</sup>

ويدخل أيضاً ضمن مفهوم الإدارات العمومية الدولة بالمفهوم الواسع مثل رئاسة الجمهورية، الوزارة الأولى، الوزارات المختلفة والمصالح الخارجية في المديرية التنفيذية على مستوى الولايات.<sup>111</sup> مثل مديرية النقل، مديرية الأشغال العمومية (تعتبر أهم مديرية تستعمل الصفقات العمومية)، مديرية التربية... إلخ.

## 2- الهيئات الوطنية المستقلة:

المشرع لم يوضح هذه الهيئات عكس ما كان عليه في النص الملغى 91-43، في المادة 113 منه التي حدّدت الهيئات الوطنية المستقلة وتتمثل في (المجلس الشعبي الوطني، المجلس الدستوري، مجلس المحاسبة)، ويطرح التساؤل هل هذا التحديد كان على سبيل الحصر أم كان على سبيل المثال؟

يفهم من النص أنّها على سبيل الحصر كونها وضعت بين قوسين ولم توضع نقاط مستمرة بما يفيد أنّ هناك هيئات أخرى، وهناك هيئات مستقلة أخرى لم يذكرها النص، منها مجلس الأمة،<sup>112</sup> مجلس الدولة،<sup>113</sup> المحكمة العليا، المجلس الاقتصادي، المجلس الإسلامي الأعلى... إلخ.

ويشترط في تلك الهيئات للتمتع بحق التعاقد وإبرام الصفقات العمومية ما يلي:

<sup>106</sup> - المادة رقم 05 من المرسوم رقم 84-325 مؤرخ في 03 نوفمبر 1984 يحدد شروط رفع العلم الوطني، ج ر عدد 55، مؤرخ في 13 صفر 1405 هجرية، الموافق ل 07 نوفمبر 1984. ص 1868.

<sup>107</sup> - المرسوم 85-59، المتعلق بالقانون النموذجي لعمال ومؤسسات الإدارات العمومية، المرجع السابق.

<sup>108</sup> - CHERIF Bennadji, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit, université d'Alger, année 1991, p535.

<sup>109</sup> - إدارة التسيير هي الإدارة العادية التقليدية، أمّا إدارة المهمة فتوجد لغرض معين و تنتهي بمجرد تحقيق الغرض الذي أنشئت لأجله، مثل اللجنة الوطنية المتعلقة بالحج، أو اللجنة المنظمة لتحضير تظاهرة ثقافية أو رياضية كبرى مثل عاصمة الثقافة العربية، الألعاب الأولمبية، أو كأس العالم.

<sup>110</sup> - حول نفس المعنى أنظر: CHERIF Bennadji, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, op-cit, p536 et ce qui suit.

<sup>111</sup> - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص 40.

<sup>112</sup> - لم يذكرها في هذه الحقبة لعدم وجودها دستورياً.

<sup>113</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، الطبعة الثانية، ص 40. لم يذكرها النص أيضاً لأنها لم تكن موجودة دستورياً في تلك الحقبة.

## أ- من حيث الاختصاص الإقليمي:

يجب أن يمتد نشاطها إلى كافة أرجاء إقليم الدولة، بمعنى لا يكون اختصاصها أو مجال تدخلها أو عملها على مستوى محلي، بل لا بد أن يكون على مستوى وطني، وهذا ما عبّر عنه المشرع بمصطلح الهيئة الوطنية.

## ب- من حيث الطبيعة القانونية:

يجب أن تكون متمتعة بالشخصية المعنوية ممّا يجعلها مستقلة ولها أهلية التقاضي والتعاقد وفقاً للمادة 50 من القانون المدني.

## 3- الولاية:

الولاية هي جماعة عمومية إقليمية متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتشكل مقاطعة إدارية للدولة وتنشأ بقانون.<sup>114</sup>

إنّ وظيفة الولاية داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور، لذا كان يجب الاعتراف لها من جهة بأهلية التعاقد، ومن جهة أخرى اعتبار عقودها كأصل عام من قبل العقود الإدارية إذا توافرت فيها العناصر والشروط المذكورة في الصفقات العمومية.<sup>115</sup>

زيادة على إخضاع المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الولاية لتنظيم الصفقات العمومية، كما أنّ قانون الولاية يلزمها أن تبرم صفقاتها الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريدات، كما يلزم مؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقاً للتشريع المعمول به، أي ت ص ع وهذا ما أكدته المادة 135 من نفس القانون.

## 4- البلدية:

البلدية هي الجماعة الإقليمية الأساسية وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتحدد بموجب قانون.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> - المادة الأولى من القانون رقم 07-12، مؤرخ في 2012/02/12، المتعلق بالولاية، ج ر عدد 12، مؤرخ في 2012/02/29.

<sup>115</sup> - عمار بوضياف، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص 40.

<sup>116</sup> - المادة الأولى من القانون رقم 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37، مؤرخ في 03 يوليو 2011.

إنّ وظيفة البلدية ضمن إطار التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة تفرض عليها هي الأخرى الدخول في علاقات عقدية من القانون العام بهدف النهوض بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور.<sup>117</sup> وعليه أخضعها المشرع بموجب قانون البلدية لتنظيم الصفقات العمومية.<sup>118</sup>

زيادة على إخضاع المشرع الجزائري البلدية لتنظيم الصفقات العمومية منذ أول قانون سنة 1967، أفرد لها نصوصاً خاصة بالقانون 90-08 (الملغى) تتعلق بالمناقصات والصفقات وهذا بموجب المادة 117 إلى 120.

## 5- المؤسسة العمومية:<sup>119</sup>

المؤسسة العمومية هي شخص معنوي الهدف من إنشائها هو التسيير المستقل لمرافق عمومية تابعة للدولة أو المجموعات المحلية،<sup>120</sup> وتنقسم المؤسسة العمومية إلى نوعين: المؤسسة العمومية الإدارية (EPA) والمؤسسة العمومية غير الإدارية، وهذه الأخيرة تنقسم إلى مؤسسات عمومية ذات الطبيعة الصناعية والتجارية (EPIC)، والمؤسسات العمومية الخصوصية وهي: المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني والتقني.<sup>121</sup>

### أ- المؤسسة العمومية الإدارية:

هي المؤسسات التي تمارس نشاطاً ذا طبيعة إدارية محضة، وتتخذها الدولة والمجموعات المحلية الإقليمية (الولاية، البلدية) كوسيلة لإدارة مرافقها العمومية وتتمتع المؤسسة العمومية بالشخصية المعنوية وبخولها القانون جملة من امتيازات السلطة العامة منها اتخاذ القرارات الإدارية أو الاستيلاء على الأملاك الخاصة، كما تعتبر أموالها أموالاً عمومية وعمالها موظفين عموميين.<sup>122</sup> ومن أمثلتها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، فهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية

<sup>117</sup> - عمار بوضياف، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص 42 .

<sup>118</sup> - المادة 189 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية، المرجع السابق.

<sup>119</sup> - حول تاريخ نشأة المؤسسة العمومية وتطورها أنظر: GEORGES Vedel, Droit administratif, 4<sup>ème</sup> édition, presses universitaires de France, paris, 1968,p633 et se qui suivre.

<sup>120</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، éditeur لباد، طبعة 2004، ص 183. وفي نفس المعنى أنظر أيضاً: CHERIF Bennadji, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, op-cit, p228.

<sup>121</sup> - في نفس المعنى أنظر ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 413 و 429.

<sup>122</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 186.

والاستقلال المالي، والموضوعة تحت وصاية الوزير المكلف بترقية الاستثمارات،<sup>123</sup> فالدولة تتخذ من هذه الوكالة وسيلة لإدارة قطاع الاستثمارات.

أيضاً من بين المؤسسات العمومية التي تتخذها الدولة في تسيير مرافقها العمومية سلطات الضبط الإدارية المستقلة، المستشفيات، الثانويات... إلخ.

## ب- المؤسسة العمومية غير الإدارية:

تنقسم إلى نوعين هما: المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني.

### 1- المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و/أو التجاري:<sup>124</sup>

نشأت المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية عندما تميزت عن المؤسسة التقليدية (أي المؤسسة العمومية الإدارية)، فخلال المرحلة التي لم تكن فيها الدولة الليبرالية إلاّ دولة حارسة تقوم فقط بالوظائف الإدارية والحفاظ على النظام العام ولا تتدخل في الحياة الاقتصادية التي تعتبر مجال المبادرة الخاصة، فإنّ إنشاء المؤسسة العمومية الإدارية (التقليدية) كان كافياً للتكفل بمهام الدولة الليبرالية التقليدية. ولكن مع التطور الاقتصادي والاجتماعي تدخلت الدولة الليبرالية لممارسة النشاطات الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري. وعليه تبين أنّ صيغة المؤسسة العمومية التقليدية لم تعد تتماشى وهذه المهمة الجديدة للدولة ضمن اقتصاد السوق.<sup>125</sup>

وعليه تُعرّف المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بأنها "المرافق التي يكون موضوع نشاطها تجارياً وصناعياً مماثل للنشاط الذي تتولاه الأشخاص الخاصة. وتتخذها الدولة والجماعات المحلية (الولاية والبلدية) كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري.<sup>126</sup> وهي تخضع في هذا للأحكام القانون العمومي والقانون الخاص معاً كل في نطاق محدد.<sup>127</sup> ومن أمثلتها الوكالة الوطنية

<sup>123</sup> - المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-356 مؤرخ في 9 أكتوبر 2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، ج ر عدد 64، مؤرخ في 11 أكتوبر 2006.

<sup>124</sup> - قبل منتصف القرن الثامن عشر لم تكن معروفة وإنما كان هناك ما يعرف بالمؤسسة العمومية فقط التي استعملت من أجل تحقيق ما يسمى بعدم التركيز وبدرجة أقل اللامركزية، ليتطور هذا المفهوم فيما بعد ليشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الجامعي مثل الجامعات والكليات والثانويات والمدارس المختلفة، ومراكز البحث العلمي، وأخرى ذات طابع اجتماعي مثل المؤسسات الإستشفائية... إلخ، أنظر في هذا الشأن: GEORGES Vedel, Droit administratif, 2<sup>ème</sup> édition, op-cit, p515 et 516.

<sup>125</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 187.  
<sup>126</sup> - وهذا ما أجازت به المادة 146 وما يليها من القانون المتعلق بالولاية، وكذا المادة 156 وما يليها من القانون المتعلق بالبلدية بإنشاء مؤسسات عمومية محلية ذات طابع صناعي وتجاري أو ذات طابع إداري وهذا لتسيير واستغلال مصالحها العمومية.  
<sup>127</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 187.

لإنجاز مسجد الجزائر العاصمة فهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وموضوعة تحت وصاية الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف (الدولة).<sup>128</sup> ومن بين المؤسسات المحلية التي تتخذها الجماعات المحلية كوسيلة لإدارة مرافقها ذات الطابع الصناعي والتجاري نذكر مؤسسات النقل الحضري والشبه الحضري، حظائر التسلية، المؤسسات التي تدير أسواق الجملة، مؤسسات الأشغال...إلخ.

وفي تنظيم الصفقات العمومية خرج المشرع الجزائري عن القواعد العامة في التعداد التقليدي للأشخاص المعنوية العمومية وأتى بأشخاص معنوية تنتمي للقانون الخاص وأخضعها لقانون الصفقات العمومية مما نتج عنه إشكالية الاختصاص القضائي في منازعات هذه الأخيرة، هل تكون منازعاتها من اختصاص القضاء الإداري أم اختصاص القضاء العادي؟

## 2- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي:

تم استحداث هذا الصنف من المؤسسات بمقتضى القانون 98-11 المؤرخ في 22/09/1998 المتضمن قانون التوجيه المتعلق بالبحث، ويبدو نظامها هجيناً، إذ أنه ينهل في بعض جوانبه من المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وفي بعض جوانبه الأخرى من المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.<sup>129</sup>

## 3- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني:

تم إنشاؤها بموجب القانون 99-05 المؤرخ 04/04/1999 المتضمن قانون التوجيه الخاص بالتعليم العالي، هذا النص أتى بنمط جديد لتسيير الجامعات ومؤسسات التعليم العالي، وتتعلق التجديدات الرئيسية التي تم إدخالها بمقتضى الأنظمة القانونية للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والتقني والمهني بما يلي:<sup>130</sup>

- تنظيم المؤسسة تنظيماً يسير وفق المهام المسندة إليها.

- سلطات متزايدة في المجال البيداغوجي والعلمي.

- إمكانية تسويق الأملاك الثقافية واستعمال مواردها مباشرة.

<sup>128</sup> - المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 05-137 المؤرخ في 24 أبريل 2005، يتضمن إنشاء وكالة وطنية لإنجاز مسجد الجزائر العاصمة وتسييره، ج ر عدد 30 مؤرخ في 27 أبريل 2005.

<sup>129</sup> - فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 37.

<sup>130</sup> - المرجع نفسه، ص 37.

- إمكانية إنشاء فروع الدخول في مشاركات أو اشتراك مع المجموعات ذات النفع العام ذات الصلة بأملكها الثقافية.

- إضفاء طابع المرونة على الرقابة المالية المسبقة.

#### 4- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و التقني:

نفس الشيء يقال عن المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني فهي مؤسسات عمومية ذات نظام هجين بين النظام الإداري ونظام المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وإن كان في الحقيقة يغلب عليها الطابع الإداري، وفي رأينا فإن المؤسسة العمومية إما أن تكون ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري، والنص القانوني المنشئ لهذه الهيئات هو الذي يحدد الطبيعة القانونية لها، وإذا لم يحددها فتخضع حينئذٍ للمعايير الفقهية والقضائية.

#### 5- مراكز البحث و التنمية:

تم النص عليها في القانون 88-01 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن توجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية، وهي تتميز بتمويل كلي أو جزئي من الأموال العمومية وبقواعد تنظيم وسير مغايرة ومستثناة من تلك المطبقة على الإدارة، وتلتزم مراكز البحث والتنمية بالامتثال لأحكام المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16/11/1999 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وهذا في أجل سنتين من صدور المرسوم المذكور أعلاه المتخذ تطبيقاً للقانون المتضمن توجيه البحث، وبموجب المرسوم التنفيذي 99-256 الذي تم إلغاء المرسوم رقم 83-521 المؤرخ في 10/09/1983 المحدد للقانون الأساسي لمراكز البحث.<sup>131</sup>

#### 6- المؤسسة العمومية الاقتصادية:

المرافق العمومية الاقتصادية أو الصناعية والتجارية نوع جديد من المؤسسات العمومية، لأن وظائف الدولة كانت مقصورة على الوظائف التقليدية. حيث كان يحرم عليها إنشاء مرافق اقتصادية وقد ظهرت هذه المرافق بعد أن بدأت الدولة المعاصرة تتدخل في مجالات النشاط الاقتصادي والتي كانت قبل ذلك من اختصاص القطاع الخاص.<sup>132</sup>

تتمتع المؤسسة العمومية الاقتصادية بالشخصية المعنوية وتسري عليها قواعد القانون التجاري، ومن ثم فهي تختلف عن الهيئات العمومية الأخرى بصفاتها أشخاصاً معنوية خاضعة للقانون العام

<sup>131</sup> - فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 37.

<sup>132</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 127.

ومكلفة بتسيير الخدمات العمومية،<sup>133</sup> وتأخذ إمّا شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة،<sup>134</sup> وهذا ما أكدته المادة الثانية من القانون 88-04 بنصها "المؤسسة العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري وتؤسس هذه المؤسسات في شكل شركة مساهمة أو في شكل شركة محدودة المسؤولية". وللمؤسسة العمومية الاقتصادية أجهزة التسيير الخاصة بها، وهي الجمعية العامة ومجلس الإدارة والتسيير والرئيس المدير العام.

المؤسسة العمومية الاقتصادية لم يكن منصوصاً عليها في مرسوم الصفقات العمومية 02-250 الملغى وجاء بها المرسوم الجديد 10-236 المنظم للصفقات العمومية وأكدها المرسوم 12-23، وأخيراً تم إلغاؤها بموجب المرسوم 03-13.

وأخيراً فيما يخص المعيار العضوي نشير إلى أن المشرع استثنى من مجال تطبيق هذا المرسوم العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين، وتطرح صياغة النص إشكالاً كبيراً، هل المقصود بالإدارة العمومية كل الهيئات المذكورة بالمادة 02 أم يقصد بها الإدارات المذكورة في المطة الأولى والخامسة أم تشمل إضافة لهذا الهيئات الوطنية المستقلة والبلديات والولايات؟ في رأينا إذا أخذنا بالتفسير الضيق فإن الاستثناء يخص فقط الإدارات المذكورة بالمطة الأولى فقط، أمّا إذا أخذنا بالتفسير الواسع فإن الاستثناء يخص إضافة للإدارات العمومية المذكورة بالمطة الأولن الهيئات الوطنية المستقلة، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والولايات والبلديات، باعتبارهم إدارات عمومية.

### ثانياً - المعيار الموضوعي:

اعتمد المشرع الجزائري في تعريف الصفقة من خلال المعيار الموضوعي (المادي) بأن حدّد نطاق العمليات المعنية بموضوع الصفقة على سبيل الحصر ولم يتركها على إطلاقها وهي إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم والخدمات، إنجاز الدراسات، وهذا ما جاء به في المادة الرابعة من المرسوم التي عرّفت الصفقة العمومية "الصفقات العمومية عقود مكتوبة.... تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات،...". وعليه نتناول هذه العقود بشئ من التفصيل خاصة وأنها لا تخضع لنفس الحد المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية.

### 1- إنجاز الأشغال (عقد الأشغال العامة):<sup>135</sup> Le marché de travaux publics

<sup>133</sup> - محفوظ لعشب، دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية، بدون سنة، ص 41. المادة الرابعة من القانون 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، مؤرخ في 13/01/1988.  
<sup>134</sup> - المادة الثانية من القانون 88-04 المؤرخ في 12 يناير 1988 يعدل ويتم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02، مؤرخ في 13 يناير 1988.  
<sup>135</sup> - GEORGES Vedel, Droit administratif, 2<sup>ème</sup> édition, presses universitaires de France, paris, 1961, p667.

غالباً ما تحجم النصوص القانونية على تعريف أو تكييف عقد ما على أنه عقد أشغال عامة وتركت هذه المسألة للقضاء الإداري وأحياناً القضاء الجزائي وكذا محكمة التنازع، كون عملية التكييف هذه في كثير من الحالات هي عملية معقدة،<sup>136</sup> وإذا تم تكييفه على هذا الأساس أصبح عقد الأشغال العامة عقد إداري بامتياز،<sup>137</sup> ولاسيما في مجال الصفقات العمومية، وعرفه الفقه بأنه "عقد إداري يتم بين شخص معنوي عام وأحد الأفراد أو الشركات (مقاول) يتعهد بمقتضاه المقاول القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمنفعة عامة في مقابل ثمن يحدد في العقد".<sup>138</sup>

ويُعرف بأنه "اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة في العقد".<sup>139</sup> كما عرّفته محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه "عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في

<sup>136</sup> - JEAN-Marie Aubry, ROBERT Ducos-Ader, Op-cit, p449.

<sup>137</sup> - تطرح مسألة اعتبار عقد الأشغال العامة أحد أنواع الصفقات العمومية أو كما سماه المشرع الجزائري عقد انجاز الأشغال - بدون إضافة مصطلح العامة - إشكالية في غاية من الأهمية وهي هل يعتبر العقد عقداً إدارياً أم لا؟ لأن العقد الإداري يكون عقداً إدارياً إما بالطبيعة وإما عقداً إدارياً بتحديد القانون (أنظر في هذا الشأن: قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، مويريس صادق، دار محمود للنشر والتوزيع، سنة 1999، ص 10 وما يليها، أيضاً: Georges Vedel, Droit administratif, 2<sup>ème</sup> édition, op-cit, p645). بمعنى أن القانون هو الذي يمنحه الطبيعة الإدارية سواء توفرت فيه شروط العقد الإداري أم لم تتوفر فيه، وإما يكون العقد إدارياً بالطبيعة، بمعنى يجب أن تتوفر فيه مقومات العقد الإداري، وهي أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً، أي الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد مؤسساتهم الإدارية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري أو أي مؤسسة عمومية يمنحها القانون الصبغة الإدارية، وأن يتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره، وأن يأخذ بوسائل القانون العام بتضمينه بنوداً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري (أنظر في هذا الشأن: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009، ص 15 وما يليها. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006، ص 19 وما يليها. أنس جعفر قاسم، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 60 وما يليها).

وبالرجوع إلى كل النصوص القانونية الملغاة التي نظمت الصفقات العمومية والنص الحالي الساري المفعول فإنه لم يكيف عقود الصفقات العمومية بأنها عقود إدارية وإنما عرفها فقط بأنها عقوداً مكتوبة ولم ينص بأنها عقوداً إدارية، وبالتالي في ظل النصوص السابقة أين كان يحصر مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية في الأشخاص المعنوية العامة فقط وهي الدولة والإدارات العمومية والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط، ففي هذه الحالة كان بإمكان تكييف الصفقة العمومية على أنها عقد إداري بالطبيعة وليس بتحديد القانون لتوافر العقد على مقومات العقد الإداري، إلا أن المسألة تعقدت ولاسيما في مجال الاختصاص القضائي منذ المرسوم الرئاسي 250-02 الملغى الذي أدخل إلى جانب الأشخاص المعنوية العامة أشخاص من القانون الخاص تتمثل في المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسة العمومية الاقتصادية (الغيت بموجب آخر تعديل سنة 2013)، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والثقافي والمهني والتقني ولزمها بتطبيق قانون الصفقات العمومية وبالتالي انهار أحد مقومات العقد الإداري، وهو أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً، وعليه في حالة وجود أحد هذه الأطراف الخاصة في العلاقة العقدية فإن العقد لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً لا بالطبيعة ولا بتحديد القانون، ومنه سيتوزع الاختصاص القضائي بين القاضي الإداري والقاضي المدني (أنظر في هذا المعنى: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2002، ص 23)، وهذا يوصلنا إلى نتيجة غير منطقية وعليه فإن تدخل المشرع الجزائري ضروري لإزالة هذا الإشكال بأن ينص صراحةً إما على أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية بتحديد القانون أو أن يخضع جميع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري بتعديل قانون مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ليصبح مختصاً بالنظر فيها، وهو نفس المنهج الذي انتهجه المشرع الفرنسي وأصبحت كل الصفقات العمومية عقوداً إدارية بتحديد القانون مهما كانت الجهة (المصلحة المتعاقدة) إدارية أو غير إدارية، وهذا منذ سنة 2001 بموجب المادة الثانية من قانون مورسيف (MURCEF). Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703.

<sup>138</sup> - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 324.

<sup>139</sup> - عمار بوضياف، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 69. ونفس التعريف أورده الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص 122.



العقد".<sup>140</sup> وهو نفس التعريف تقريباً الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 13 من المرسوم 10-236 أين عرّف صفقة الأشغال (عقد الأشغال) - بدون إضافة كلمة العامة- بأنها "...تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها، في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.....".

وعليه فإنّ عقد الأشغال العامة وفقاً للفقهاء والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري يقوم على ثلاثة شروط أساسية هي:

أ- أن ينصب موضوع العقد على عقار وليس منقول<sup>141</sup> وإن كبر حجمه. وذلك سواء تعلق الأمر بأرض فضاء أم بمبانٍ أم بعقارات بالتخصيص،<sup>142</sup> كأن يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات أو مدرسة أو يتعلق بترميم أسقفها أو جدرانها. فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة، ولو كانت تندرج في أموال الدومين العام، لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة، حتى ولو اعتبر ذلك العقد إدارياً، ومهما كانت ضخامة المنقول، وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الإداري عقوداً من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات.<sup>143</sup>

ب- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام<sup>144</sup> (الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري)، ويتوسع القضاء الفرنسي في معيار "لحساب شخص معنوي عام" فإمّا أن تكون الأعمال المنفذة لحساب شخص معنوي عام ولغرض المنفعة العامة، وإمّا أن تكون منفذة لصالح الأفراد، وإنّما بواسطة شخص معنوي عام وشريطه أن يتعلّق تنفيذها بنشاط مرفق عام.<sup>145</sup> ولا يشترط قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث أن يكون العقار، محل الشغل، مملوكاً لشخص معنوي عام، بل يكفي أن يتم العمل "لحساب" شخص معنوي عام ولو كان محله عقاراً خاصاً.<sup>146</sup>

إضافة إلى هذه الأشخاص المعنوية العامة التقليدية أضاف المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية أشخاصاً معنوية أخرى تنتمي إلى القانون الخاص وبالتالي أصبح يقوم على وجود شخص

<sup>140</sup> - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1998، ص 403.

<sup>141</sup> - كان المفهوم التقليدي يشمل كل الأشغال على العقار أي يأخذ بالمفهوم الواسع، مثل تنظيف العمارات والشوارع، رفع القمامات المنزلية... الخ، التي أصبحت اليوم تنضوي تحت عقد الخدمات، حول هذا المفهوم أنظر: JEAN-Marie Auby, ROBERT Ducos-Ader, Op-cit, p415 et 416.

<sup>142</sup> - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 211.

<sup>143</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 123.

<sup>144</sup> - JEAN-Marie Auby, ROBERT Ducos-Ader, Op-cit, p419.

<sup>145</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري: المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 515.

<sup>146</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 124.

معنوي عام أو شخص معنوي خاص من بين الأشخاص المذكورة على سبيل الحصر بالمادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236.

ج- أن يكون الغرض من الأشغال تحقيق منفعة عامة<sup>147</sup>، فبالرجوع إلى موضوع عقد الأشغال العامة فهو ينصب دائماً على عقار سواء تمثل في إقامة طريق أو إنشاء مجموعات سكنية أو إقامة جسور أو محولات، فإنّ الهدف من هذا العمل وهذا العقد هو خدمة المصلحة العامة.<sup>148</sup> وفكرة المنفعة العامة تتعدى باتساعها فكرة المرفق العام، بمعنى أنّ الأشغال التي تتم على عقار يمكن أن تُعتبر أشغالاً عامة حتى ولو لم تتعلق بتنفيذ مرفق عام بالمعنى الدقيق ما دامت تبغي مصلحة عامة.<sup>149</sup>

وقبل مناقشة تعريف المشرع الجزائري لعقد الأشغال العامة نورد ملاحظتين حول التعريف:

- المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية لم يُعرّف عقد الأشغال العامة وفقاً لمقوماته وإنّما عرّفه بالهدف منه.

- لم يربط إنجاز الأشغال (العمل) بأن يكون لصالح شخص معنوي عام، بل يمكن أن يكون لمصلحة شخص معنوي خاص.

وعليه هل يمكن تسمية عقد إنجاز الأشغال في المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية بـ "عقد أشغال عامة"؟ في حالة إبرام صفقة عمومية تتعلق بإنجاز أشغال من طرف المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والتقني والثقافي والمهني التي هي كلها أشخاص معنوية من القانون الخاص. الإجابة لا يمكن إلاً أن تكون بالنفي، وعلى هذا الأساس تفادى المشرع الجزائري تسميته بعقد الأشغال العامة (بإضافة كلمة العامة، سواء عن قصد أو بغير قصد) في المادة 13 من المرسوم 10-236 وإنّما سماه عقد أشغال فقط بدون إضافة عامة وهذا لتخلف شرط من شروط قيام عقد الأشغال العامة وهو أن يتم العمل لصالح شخص معنوي عام. أمّا إذا كان العقد مبرماً مع أحد الأشخاص المعنوية العامة (الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري) كان العقد عقد أشغال عامة استناداً للمبادئ العامة في القانون الإداري والفقهاء والقضاء الإداريين المقارن، أمّا من حيث القانون سواء أكان الشخص عاماً أم خاصاً فإن العقد يسمى صفقة أشغال أو عقد أشغال - بدون مضاف إليها عامة أو عام-.

<sup>147</sup> - JEAN-Marie Auby, ROBERT Ducos-Ader, Op-cit, p417.

<sup>148</sup> - عمار بوضياف، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 70.

<sup>149</sup> - محمد فواد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 517.

الملاحظة الثانية هي مسألة اختلاط صفقة الأشغال بصفقة اقتناء اللوازم (التوريد)، بمعنى العملية تشمل على انجاز أشغال وفي نفس الوقت توريد سلع أو تجهيزات تكون مرتبطة مع بعض، كإقامة مصنع بصيغة المفتاح في اليد، هل في هذه الحالة يعتبر العقد عقد انجاز أشغال أو عقد توريد؟

القضاء الإداري المصري استقر على أن يطبق على كل عقد أحكامه، بمعنى نطبق أحكام عقد الأشغال العامة في الجانب المتعلق بالأشغال ونطبق الأحكام المتعلقة بعقد التوريد فيما يخص الجانب المتعلق بالتوريد<sup>150</sup> وهذا هو المبدأ الذي استقر عليه القضاء الإداري المصري بالقول أن "إذا انطوى العقد على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد فإنه يسري في شأن كل منهما ما تنطبق عليه من أحكام" وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر بموجب الطعن رقم 12/763 ق - جلسة 1969/01/25-14 ص 291.151 إلا أن المسألة لا تطرح أي إشكال في النظام القانوني المتعلق بالصفقات العمومية الجزائرية على أساس أن المشرع فصل في المسألة بموجب الفقرة الخامسة من المادة 13 من المرسوم الرئاسي فالعبرة بقيمة الأشغال، فإذا كانت قيمة الأشغال أقل من قيمة اللوازم فإن العقد يكون عقد اقتناء اللوازم وبمفهوم المخالفة إذا كانت قيمة اللوازم أقل من قيمة الأشغال كان العقد عقد أشغال، وهذا ما عبّرت عنه المادة بنصّها على أن "إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم". كما أنه لا يطرح أي إشكال من ناحية الإجراءات مادام أن المشرع الجزائري ساوى بينهما في الحد المالي لكي تخضع العملية للإجراءات المنصوص عليها في ت ص ع وهو بلوغ الصفقة مبلغ (8.000.000 دج)، أمّا من حيث الأحكام فيطبق عليه حسب الحالة، إمّا أحكام عقد الأشغال أو عقد اقتناء اللوازم.

## 2- اقتناء اللوازم (عقد التوريد): Le marché de fournitures

ويعبر عن هذا العقد أيضاً بعقد التوريد و الذي عرّفه الفقه بأنه "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة (المورد) بتوريد منقولات للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين".<sup>152</sup>

وقد يتم توريد المواد واللوازم المتفق عليها في عقد التوريد دفعة واحدة، كما قد يتم توريدها على مدى فترة زمنية طويلة،<sup>153</sup> فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة، كالبضائع أو مواد التموين

150 - أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص 85.

151 - ورد هذا الحكم في مؤلف حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 406.

152 - عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1990، ص 24. وهو نفس التعريف الذي أورده عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 570. ونفس التعريف أيضاً أقرته محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها صادر بتاريخ 2 ديسمبر سنة 1952م، أورده الدكتور سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 131. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 480. أيضاً في نفس المعنى أنس جعفر قاسم، المرجع السابق، ص 70.

153 - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 325.

أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة... إلخ. ولا يمكن أن يكون محله عقاراً أو العمل في عقار بطبيعته أو بالتخصيص وإلا أصبح عقد أشغال عامة.<sup>154</sup>

ويكون عقد التوريد بتسليم المنقولات المتعاقد عليها إلى المورد له برضا المورد دون أن يكون مضطراً لذلك، كأن يكون استيلاء على البضائع - كون الاستيلاء يعتبر تعدياً - كما لا يمكن أن يكون إلاً بموجب قرار إداري، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتاريخ 1952/12/02.<sup>155</sup>

وعقد التوريد لا يعتبر عقداً إدارياً بتخصيص القانون كما يعتبر كذلك في ذاته إلاً إذا توافرت له شروط العقد الإداري وليس في طبيعته ذاتها ما يجعله عقداً إدارياً، وإنما يشترط لكي يكون عقداً إدارياً أن تتوفر فيه مقومات العقد الإداري، أي أن يُبرم مع أحد الأشخاص العامة لتسيير مرفق عام مع تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة، وهذا ما قرّرته محكمة النقض المصرية.<sup>156</sup>

بينما الوضع في فرنسا يختلف كون عقد التوريد وكل عقود الصفقات العمومية هي عقوداً إدارية دائماً بنص القانون،<sup>157</sup> بغض النظر عن أطرافها أو موضوعها.

وبالتالي فإنّ عقد التوريد أو كما سماه المشرع الجزائري عقد اقتناء اللوازم في تنظيم الصفقات العمومية لا يعتبر عقداً إدارياً بتخصيص القانون كما لا يعتبر عقداً إدارياً بالطبيعة إلاً إذا توفرت فيه شروط ومقومات العقد الإداري السابق ذكرها، كما ينصب دائماً على منقول أي عكس عقد الأشغال العامة الذي ينصب على عقار دائماً، والأشياء المنقولة لا يمكن عدّها أو حصرها، ومن أمثلة عقود التوريد إبرام إدارة الخدمات الجامعية لصفقة عمومية مع مورد قصد تمويلها بالمواد الغذائية اللازمة للطلبة من خضر وفواكه، أو تجهيزات للتدفئة مثلاً، أو أدوات مكتبية ومدرسية، أو التموين بمواد التنظيف.

### 3- إنجاز الدراسات: La réalisation d'études

لم يُعترف لعقد الدراسات كعقد من عقود الصفقات العمومية قائم بذاته إلاً بموجب المرسوم الرئاسي 02-250، ولم يكن يتضمنه المرسوم التنفيذي 91-434 (الملغى) المتعلق بالصفقات العمومية، وكان من قبل مدمج ضمن عقود الخدمات،<sup>158</sup> ويُعرف عقد إنجاز الدراسات بأنه "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص آخر (طبيعي أو معنوي) يلزم بمقتضاه هذا الأخير بانجاز دراسات محدّدة في

154 - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 131.

155 - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 544. نفس الحكم أيضاً أورده حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 471.

156 - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 480. أيضاً ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص 216.

157 - المادة الثانية من قانون murcef، المرجع السابق.

158 - في الحقيقة لا يطرح هذا إشكال الدراسات هي نفسها الخدمات.

العقد لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه تحقيقاً للمصلحة العامة" كأن يتعلق الأمر بعقد يجمع مديرية السكن ومكتب دراسات هندسية بغرض انجاز تصاميم لمجموعات سكنية تريد الإدارة المعنية إقامتها، و يتميز عقد الدراسات عن غيره من العقود الأخرى أنه ينصب على جانب فني وتقني.

المشرع الجزائري عرّف عقد الدراسات(صفقة) بالهدف منه "تهدف صفقة الدراسات إلى القيام بدراسات نضج، واحتمالاً تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها و/أو استغلالها.

تشمل صفقة الدراسات، عند إبرام صفقة أشغال، مهمات المراقبة التقنية أو الجيوتقنية والإشراف على الأشغال والمساعدة التقنية لفائدة صاحب المشروع".<sup>159</sup>

#### 4- اقتناء الخدمات: La prestation de services

لا نجد تعريف دقيق للخدمات في تنظيم الصفقات العمومية، بل حتى أنّ المشرع الجزائري لم يعرّفه في المرسوم الجديد رقم 10-236 وإنّما عرّفه بطريقة سلبية بنصه في الفقرة الأخيرة من المادة 13 أنّ "صفقة تقديم الخدمات هي كل صفقة تختلف عن صفقة الأشغال أو اللوازم أو الدراسات". إلاّ أنّها تُعرّف عادة بالصفقات الخاصة بالخدمات المنقولة والمادية (تجهيز، تنظيف...إلخ).<sup>160</sup>

وتُعرّف بأنّها اتفاق بمقتضاه يقدم أحد الأفراد أو الشركات خدمات لشخص معنوي عمومي، ويلتزم هذا الأخير بدفع مقابل.<sup>161</sup>

ويعرّفه الأستاذ عمار بوضياف بأنّه "العقد الذي تبرمه الإدارة المتعاقدة مع أحد الأفراد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتقديم خدمة معينة تتعلق بتسيير المرفق العام مقابل ثمن معين"<sup>162</sup> كأن تلجأ الجامعة إلى التعاقد مع مؤسسة خاصة للتنظيف أو الإشراف على الأمن.

وبالتالي فإنّ صفقة الخدمات تتعلق بأداء خدمات من طرف الأشخاص الخاصة لفائدة الأشخاص العامة، وهذه الخدمات لا تتعلق ببناء أو صنع شيء ذا مجسم، وإنّما تتعلق بخدمة أو نشاط لفائدة الأشخاص العامة في إطار أداء مهامها، ونظراً لكثرة أنواع هذه الخدمات ممّا يصعب حصرها فإنّ الفقه الفرنسي يصنفها على ثلاث فئات، الخدمات الجارية العادية مثل تنظيف المحلات أو العمارات أو

<sup>159</sup> - المادة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.  
<sup>160</sup> - لوز رياض، دراسة لتعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2007، ص 46.  
<sup>161</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الثاني: النشاط الإداري، المرجع السابق، ص 410.  
<sup>162</sup> - عمار بوضياف، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 73.

الحراسة أو جمع الفضلات المنزلية، والفئة الثانية هي خدمات النقل سواء لنقل الأشخاص أو البضائع، والفئة الثالثة والأخيرة تتعلق بالخدمات الذهنية التي تستوجب كفاءة علمية أو تقنية عالية.<sup>163</sup>

### ثالثاً- المعيار المالي:

يعتبر المعيار المالي أهم معيار في تعريف الصفقة العمومية، لأنّ هذا المعيار يجيبنا على سؤال في غاية من الأهمية وهو: هل العقد الذي تبرمه المصلحة المتعاقدة يخضع لتنظيم الصفقات العمومية أم لا؟ على أساس أنّ هناك من الأشخاص المعنوية الخاصة من حيث المبدأ لا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، واستثناءاً تخضع له في حالة ما إذا كان المشروع ممولاً بصفة كلية أو جزئية، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة،<sup>164</sup> وتكمن مظاهر المعيار المالي في نقطتين أساسيتين:

#### 1- النفقات العمومية:<sup>165</sup>

المصلحة المتعاقدة -كما سماها المشرع الجزائري- في سبيل تحقيق أهدافها واستمرارية المرفق العام في أداء خدماته بانتظام واضطراد تحقيقاً للمنفعة العامة تقوم يومياً بإبرام عقود إدارية أو عقود الإدارة وبالتالي فهي تتجزأ هيكل ومشروعات، ترمم، تبيع وتشتري، أي أنّ لها ميزانية خاصة، تدخل لها أموال وتخرج منها أموال أخرى، مثلاً في حالة بيع عقار أو تأجير محلات فهي تدخل أموالاً لخزينتها،<sup>166</sup> وفي حالة إنجاز طريق أو مدرسة أو جسر أو مجموعات سكنية فهي تُخرج أموالاً من خزينتها وعليه هل كل هذه العمليات تخضع لإجراءات الصفقات العمومية؟

المشرع الجزائري من خلال نص المادة الثانية من المرسوم 10-236 وضع شرطاً أساسياً لتطبيق أحكام هذا المرسوم وهو أن تكون **محل نفقات**، بمعنى كلّما كانت العملية تتعلق بإنفاق أي إخراج أموال من الخزينة، كان لزاماً خضوع العملية للإجراءات المنصوص عليها في ت ص ع، وكلّما كانت العملية إدخال أموالاً للخزينة ومهما كان مبلغها فلا يشترط تطبيق أحكام هذا المرسوم، وهذا شيء طبيعي كون الإدارة العامة بصفة خاصة عادة ما تكون في وضع المشتري وليس في وضع البائع إلا نادراً. والواقع أنّ هذا غير مبرر لأنّه وبالرغم من أنّ الإدارة دائماً تكون في وضع المشتري إلا أنّه قد تكون في وضع البائع -عن طريق المزايدة- ولعمليات لا تقل أهمية عن الصفقات العمومية رغم قلتها، إلا أنّه يمكن أن

<sup>163</sup> - CHRISTOPHE Lajoye, Op- Cit, p 30 et31.

<sup>164</sup> - المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>165</sup> - هناك نصوص قانونية كثيرة تحكم تسيير الميزانية العامة لاسيما منها القانون 84-17 المؤرخ في 07/07/1984، المتعلق بقوانين المالية، ج ر عدد 28 مؤرخ في 10 يوليو 1984 (المعدل والمتمم)، القانون 90-21 المؤرخ في 15/08/1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد 35 سنة 1990، ص 1131. المرسوم التنفيذي رقم 98-227 المؤرخ في 13/07/1998 المتعلق بنفقات التجهيز للدولة، ج ر عدد 51، مؤرخ في 21 ربيع الأول سنة 1419، (المعدل والمتمم).

<sup>166</sup> - في هذه الحالة تستعمل قانون الأملاك الوطنية.

تتعرض خزينتها لخسارة كبيرة نتيجة سوء تقدير أو عملية فساد أو عدم الكفاءة، وعليه كان يستحسن بسط  
ت ص ع على عمليات إدخال أموال للخزينة باستعمال تقنية المزايدة،<sup>167</sup> وتنظيمها تنظيمًا دقيقاً.

وإذا كانت الأشخاص المعنوية العامة التقليدية (الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسة ذات الطابع  
الإداري) لا تطرح أي إشكال في تطبيق أحكام المادة الثانية من المرسوم، فإنَّ المشكلة تطرح بالنسبة  
للأشخاص المعنوية الخاصة (المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المؤسسة العمومية  
الاقتصادية قبل إلغائها، وباقي المؤسسات العمومية الأخرى غير الإدارية)، فهي حسب النص من حيث  
المبدأ لا تخضع للتنظيم إلاَّ إذا كانت بصدد إنجاز عمليات ممولة بصفة كلية أو جزئية، بمساهمة نهائية  
أو مؤقتة من ميزانية الدولة، لكن السؤال المطروح ما معنى المساهمة المؤقتة أو النهائية من ميزانية  
الدولة؟

قبل أن نتطرق لمفهوم المساهمة النهائية والمؤقتة نوضح أولاً معنى ميزانية الدولة.

#### أ- معنى ميزانية الدولة:<sup>168</sup>

وردت الأحكام المنظمة للميزانية وقانون المالية في القانون الصادر في 7 يوليو 1984 المتعلق  
بقوانين المالية.<sup>169</sup> وحددت المادة السادسة منه مضمون وشكل الميزانية كالتالي: "تتشكل الميزانية العامة  
للدولة من الإيرادات والنفقات النهائية للدولة المحددة سنويا بموجب قانون المالية والموزعة وفق الأحكام  
التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

أمَّا عن قانون المالية، نصت المادة الثالثة منه بأنَّه "يقرر ويرخص بالنسبة لكل سنة مدنية بمجمل  
موارد الدولة وأعبائها وكذا الوسائل المالية الأخرى لتسيير المرافق العمومية كما يرخص علاوة على ذلك  
المصاريف المخصصة للتجهيزات العمومية وكذلك النفقات بالرأسمال".

وبالاستناد إلى هاتين المادتين يمكن تعريف الميزانية العامة للدولة على أنَّها: الوثيقة التشريعية  
التي يتم بموجبها سنويا تقدير وترخيص إيرادات الدولة ونفقاتها".<sup>170</sup>

ويشكل قانون المالية في أي دولة من العالم الميزانية العامة للدولة، وهذه الأخيرة هي عبارة عن  
جدول تضبط فيه إيراداتها ونفقاتها، وكل شخص معنوي سواء كان شخص عام أو خاص له ميزانيته،

<sup>167</sup> - تختلف المزايدة في هذا المجال عن المزايدة التي نظمها المشرع الجزائري كطريقة من طرق إبرام الصفقات العمومية.

<sup>168</sup> - لمزيد من الشرح حول ميزانية الدولة وميزانية الجماعات المحلية وكيفية تمويلها، وكذا كيفية تمويل المشاريع الممركزة أو المحلية، أنظر:

M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, Guide de gestion des marchés publics, édition du sahel, Alger, année 2000, p40 et qui se suivent.

<sup>169</sup> - القانون رقم 84-17 المتعلق بقوانين المالية، المرجع السابق.

<sup>170</sup> - بلس شلوش بشير، المالية العامة: المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بهران، الجزائر، سنة 2008، ص

28 و 29.

فالدولة لها ميزانيتها (قانون المالية)، والولاية ميزانيتها،<sup>171</sup> والبلدية ميزانيتها، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري لها ميزانيتها، ولكل شخص من هذه الأشخاص لها هيئتها التداولية وآمرها بالصرف، والمحاسب الخاص به. فالمجلس الشعبي الوطني هو هيئة المداولة للدولة، والوزير هو الأمر بالصرف، والمحاسب هو أمين الخزينة المركزي. أمّا بالنسبة للولاية فهىئة المداولة هو المجلس الشعبي الولائي،<sup>172</sup> والوالي الأمر بالصرف،<sup>173</sup> والمحاسب هو الأمين الولائي للخزينة، وبالنسبة للبلدية، المجلس الشعبي البلدي يمثل هيئة المداولة،<sup>174</sup> ورئيس المجلس الشعبي البلدي الأمر بالصرف،<sup>175</sup> والمحاسب هو أمين خزينة البلدية،<sup>176</sup> وبالنسبة للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، فمجلس الإدارة يمثل هيئة المداولة، والمدير الأمر بالصرف، والمحاسب هو العون المحاسبي، وبالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية المنصوص عليها بالمادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية هي الأخرى ينطبق عليها نفس التنظيم،<sup>177</sup> وبالتالي كل هذه الأشخاص المعنوية لها ميزانيتها الخاصة بها، رغم وجود خزينة عمومية واحدة وحساب واحد بينك الجزائر تصب فيه كل الميزانيات.<sup>178</sup> ورغم النزاعات الكثيرة المتعلقة بالاختصاص في مجال الصفقات العمومية فإن القضاء المدني والإداري لم يوضحا مفهوم ميزانية الدولة رغم الإشارة إلى هذا الشرط دائما في الأحكام والقرارات القضائية.

#### ب- معنى المساهمة النهائية أو المؤقتة:

يشكل قانون المالية الميزانية العامة للدولة، ويتفرع عنه الميزانيات القطاعية لمختلف الوزارات ثم الولايات، ثم البلديات، أي ما يسمى بأجهزة عدم التركيز،<sup>179</sup> وتحكم هذه الميزانية خمسة قواعد كبرى هي قاعدة السنوية، قاعدة الوحدة، قاعدة الشمولية، قاعدة التخصيص، وأخيراً قاعدة التوازن، وكل قاعدة من هذه القواعد لها استثناءاتها. وما يهمنا في مجال بحثنا هو قاعدة الوحدة.

وتعني قاعدة الوحدة مثل الحكومة أمام البرلمان كل سنة وتعرض عليه مجموعة من المعطيات الموحدة في وثيقة واحدة تشمل مجمل الإيرادات ومجمل النفقات، أي كل نفقات الدولة مهما كان نوعها، كما تبين فيها نسبة الميزانية المخصصة للتسيير والنسبة المخصصة للتجهيز، وهذا يعني لا يجوز

171 - المادة 3 من القانون، 07-12 المتعلق بالولاية، المرجع السابق.

172 - المادة 12 من القانون 07-12، المرجع نفسه.

173 - المادة 107 من القانون 07-12، المرجع نفسه.

174 - المادة 15 من القانون 10-11 المتعلق بالبلدية، المرجع السابق.

175 - المادة 81 من القانون 10-11، المرجع نفسه.

176 - المادة 250 من القانون 10-11، المرجع نفسه.

177 - حول التنظيم الإداري للخزينة العمومية، أنظر بلس شاوش بشير، المرجع السابق، ص 215 وما يليها.

178 - يساعد علي، محاضرات منشورة، في مقياس المالية العامة، أقيمت على طلبة السنة الأولى بالمدرسة العليا للقضاء سنة 2007.

179 - LALLEM Mohamed, SABRI Mouloud, Gestion des marchés publics (document pédagogiques), I.C.H.U. Alger, 2006, p21.



للحكومة إخفاء على البرلمان حسابات خاصة أو أن توجد في وثائق أخرى، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها ثلاثة استثناءات هي:

- الحسابات الخاصة بالخرينة،

- الميزانيات الملحقة،

- الميزانيات المستقلة.

وما يهمنا في هذا المجال هو الحسابات الخاصة بالخرينة،<sup>180</sup> هذه الأخيرة موزعة على ستة فئات هي:

حسابات التخصيص الخاص، حسابات التجارة، حسابات القروض، حسابات التسبيقات، حسابات التسوية مع الحكومات الأجنبية، حسابات المساهمات.

وتشمل حسابات التخصيص الخاص 51 حساب خاص، منها الصندوق الوطني للكوارث الطبيعية، الصندوق الخاص بالسكن، تشغيل الشباب،... إلخ، وعليه فإن القاعدة أن ميزانية الدولة موحدة تسجل فيها كل الإيرادات والنفقات النهائية، أي أن النفقات والإيرادات النهائية تسجل في الوثيقة الموحدة وهي قانون المالية، أمّا النفقات والإيرادات المؤقتة فتسجل في الحسابات الخاصة بالخرينة، وبالضبط حساب التخصيص الخاص.

وعليه نصل إلى خلاصة مفادها: إذا كانت المصلحة المتعاقدة من الأشخاص المذكورين بالمطّعة الأخيرة من المادة الثانية أي مراكز البحث والتنمية أو المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي، أو التقني، أو الصناعي والتجاري... إلخ، قامت بإنجاز مشروع بناء مخابر أو بنايات إدارية أو قاعات رياضية، أو سكنات لموظفيها، أو أن تكون هذه المنشآت قائمة وتعرضت للهدم بعد زلزال أصابها، أو قامت باقتناء تجهيزات مخبرية أو آلات صناعية وكانت هذه الأشغال أو التجهيزات ممولة من الميزانية المخصصة لها في الميزانية العامة، أي قانون المالية (مساهمة نهائية)، أو كانت ممولة من حسابات التخصيص الخاص، وليكن الصندوق الخاص بالسكن أو الصندوق الوطني للكوارث الطبيعية (مساهمة مؤقتة)، ففي هذه الحالة المصلحة المتعاقدة ملزمة بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية، بغض النظر إذا كانت هذه المساهمة كلياً أو جزئياً. أمّا إذا كانت العملية ممولة من الميزانية الخاصة بالمؤسسة نفسها، أو عن طريق قروض

<sup>180</sup> - لمزيد من الشرح حول الحسابات الخاصة للخرينة، مفهومها ونظامها القانوني وأنواعها، أنظر بلس شلوش بشير، المرجع السابق، ص 107 وما يليها.

أو هبات، فهذا غير ملزمة بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية.<sup>181</sup> ولكن الفقرة الرابعة من المادة الثانية ألزمت المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة تكييف إجراءاتها مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة. والإشكالية تكمن في المصادقة على تنظيم الصفقات العمومية، لقد عرفنا من قبل أنّ هذه المؤسسات لها هيئات تداولية ومجالس إدارة تُتخذ فيها القرارات بالأغلبية، وبالتالي ما هو الحل في حالة ما إذا صوت مجلس الإدارة بالأغلبية على عدم اعتماد تنظيم الصفقات العمومية؟ خاصة وأنّ المشرع لم يرتب أي جزاء في حالة هذا الاعتراض.

## 2- تحديد السقف المالي:

كان المشرع الجزائري قبل تعديل سنة 2003 بموجب المرسوم الرئاسي 301-03 المعدل للمرسوم الرئاسي 250-02<sup>182</sup> يعامل كل العقود نفس المعاملة دون تمييز في الحد الأدنى لجميع العقود، إلاّ أنّه بعد سنة 2003 ميّز في الحد الأدنى بين عقود الأشغال والتوريدات من جهة وبين عقود الخدمات والدراسات<sup>183</sup> من جهة ثانية، فأصبح الحد الأدنى لهذه الأخيرة 4.000.000 دج، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري في هذا التحديد اعتمد التحديد السلبي، بمعنى أنّه وضع حد أدنى يجب أن تبلغه الصفقة حتى يتدخلت ص ع واستبعد كل العقود التي تساوي أو تقل عن هذا الحد، وهذا كون المبالغ تحت هذا السقف لا تعتبر ذات أهمية بالنسبة لميزانية المصلحة المتعاقدة، ومنه إضفاء بعض المرونة في إجراءات التعاقد.

كما أنّ المشرع لم يساو في القيمة بين عقود الأشغال العامة والتوريد من جهة وبين عقود الخدمات والدراسات من جهة ثانية، وهذا نظراً لأنّ الفئة الأولى هي الأكثر استعمالاً في الميدان وتكاد تكون بشكل يومي ومجسّدة أكثر في الميدان من الفئة الثانية، إضافة إلى أنّ هذا النوع من العقود من طبيعتها تتطلب أموالاً ضخمة، فمجرد عملية بسيطة كإنجاز مرفق صغير (عيادة طبية مثلاً) أو توريد مواد غذائية يتطلب هذا المبلغ بل ويفوقه. بينما الفئة الثانية عادة ما تتعلق بأموال صغيرة ولا تصل هذا الحد إلاّ في حالات المشاريع الضخمة، ومنه ومن باب الحرص على صرف الأموال العمومية وضع المشرع هذا المعيار لتدخل قانون الصفقات العمومية.

<sup>181</sup> - إنّ من بيانات الصفقة الواجب ذكرها في العقد وكذا الوثائق الملحقة به ما يسمى بقرار التمويل الذي يحدد الجهة التي قامت بتمويل العملية، ورقم القرار وتاريخه ومبلغ الصفقة... إلخ، وهذا ما جاء أيضاً بنموذج المذكرة التحليلية للصفقة (ج ر عدد 24 مؤرخ في 20 أبريل 201)، أنظر أيضاً في هذا الشأن: MOHAMED TAYEB Medjahed, op-cit,p159.

<sup>182</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 250-02 مؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، مؤرخ في 28 جويلية 2002 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج ر عدد 55، مؤرخ في 14 سبتمبر 2003، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 338-08، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج ر عدد 62، مؤرخ في 09 نوفمبر 2008، (الملغى).

<sup>183</sup> - أضيف عقد الدراسات للصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 250-02، المتعلق بالصفقات العمومية، المرجع السابق.

وبالتالي فإنَّ الصفة العمومية يجب أن تبلغ الحد المالي المطلوب حتى تُلزم بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، وإجبارية اتخاذ الإجراءات المقررة قانوناً في إبرام الصفقات، وإذا لم تبلغ الحد المطلوب، فإنَّها تخضع لاتفاق الطرفين، ولا تسمى حينئذٍ صفقة عمومية وإنَّما مشتريات أو خدمات بالفاتورة أو مذكرات<sup>184</sup>. كما أدخل المشرع عاملاً متغيراً في تحديد الحد الأدنى للصفة وهو تدخل وزير المالية في تحيين المبالغ كلما استدعت الضرورة ذلك.

#### أ- السقف المالي في عقد إنجاز الأشغال واللوازم:

بموجب المرسوم الرئاسي 02-250 كان الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية هو 4.000.000 دج، أي يجب أن يتجاوز المبلغ هذه القيمة بجميع الرسوم مدرجة، بمعنى إذا كان أقل أو يساويه لا يشترط المشرع إبرام صفقة عمومية،<sup>185</sup> وارتفع هذا المبلغ ليصبح في سنة 2003 يساوي ستة ملايين،<sup>186</sup> وفي سنة 2008 أصبح ثمانية ملايين بحساب كل الرسوم بالنسبة لعقد الأشغال والتوريد.<sup>187</sup> وفي سنة 1991 كان المبلغ يساوي 2.000.000 دج،<sup>188</sup> وبالتالي فإنَّ كل المراسيم كانت تشترط بلوغ الحد الأدنى المعين أي الحد الأدنى زائد 1 دج لكي تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية واحترام الشروط المقررة قانوناً، بينما إذا لم تبلغ الصيغة الحد الأدنى فإن المصلحة المتعاقدة حرّة بالأخذ به من عدمه وتحرر من كل التزام. وهذا ما جاء في قرار لمجلس الدولة "حيث أنَّ النزاع الحالي يعني أشغال إنجاز جدار تحويط مدرسة ابتدائية بمبلغ 1.108.392.14 دج وأنَّ هذه الأشغال لم تكن موضوع صفقة عمومية ولكن مجرد أمر بخدمة لمباشرة أشغال، وأنه من ثم فإن أحكام المادتين 100 و101 من المرسوم رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية غير قابلة للتطبيق".<sup>189</sup>

ووفقاً للتنظيم الساري المفعول حالياً فإنَّ السقف المالي المطلوب في عقد الأشغال واللوازم هو ثمانية ملايين دينار أو يقل عنه،<sup>190</sup> وبالتالي الصيغة العمومية إذا بلغت هذا الحد فيلزم خضوعها لإجراءات الإبرام، أمَّا إذا لم تبلغ هذا الحد فلا يشترط القانون خضوعها للإجراءات.<sup>191</sup>

#### ب- السقف المالي في عقد الخدمات والدراسات:

<sup>184</sup> - CHERIF Bennadji, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, op-cit, p241.

<sup>185</sup> - المادة 05 من المرسوم الرئاسي 250-02 (الملغى).

<sup>186</sup> - المادة 02 من المرسوم الرئاسي 301-03 التي تعدل وتنم المادة 05 من المرسوم الرئاسي 250-02 (الملغى).

<sup>187</sup> - المادة 04 من المرسوم الرئاسي 338-08 التي تعدل وتنم المادة 05 من المرسوم الرئاسي 250-02 (الملغى).

<sup>188</sup> - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57، مؤرخ في 06 جمادي الأولى 1412 هجرية، الموافق ل 13 نوفمبر 1991 (الملغى).

<sup>189</sup> - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، رقم 15885 جلسة 2004/09/21، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 7، سنة 2005، ص 77.

<sup>190</sup> - المادة 06 الفقرة الأولى من المرسوم 236-10 المعدل والمتمم.

<sup>191</sup> - MOHAMED TAYEB Medjahed, op-cit, p103.

كان المرسوم الرئاسي 02-250 بعد تعديله سنة 2003 يشترط أن تبلغ الصفقة مبلغ أربعة ملايين دينار بالنسبة لصفقة الخدمات والدراسات، ونفس المبلغ سنة 2008، واحتفظ التنظيم الجديد الساري المفعول بنفس السقف المالي المطلوب أي أربعة ملايين دينار بالنسبة لعقد الخدمات والدراسات وهذا بموجب المادة السادسة دائماً. وبالتالي إذا بلغ السقف المالي الحد المطلوب أو تجاوزه لا بد أن تبرم الصفقة وفقاً للإجراءات والشكليات المقررة قانوناً، أما إذا لم يبلغ السقف الحد المالي المطلوب وكان أقل منه فلا يشترط إخضاعها لتنظيم الصفقات العمومية، وإنما يكون الشراء بموجب فواتير فقط.<sup>192</sup>

وتطرح إشكالية الحالة التي لا يبلغ فيها السقف المالي الحد المطلوب ومع ذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة لتنظيم الصفقات أي تعلن عن المناقصة، فهل في هذه الحالة يجوز لها أن تخالف الإجراءات المقررة قانوناً، أم تصبح ملزمة بما ألزمت به نفسها؟

أولاً: المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة إذا ما لجأت إلى ص ع فيكون ذلك بقرار إداري، أي أنها تكون قد أصدرت قراراً إدارياً بخضوع العملية للمناقصة، وبهذا يكون القرار الإداري صريحاً أو ضمناً، ويصبح هذا القرار من باب التشريع (التنظيم)، وبالتالي تكون ملزمة به ولا يمكنها مخالفته فيما بعد بحجة أن السقف المالي لم يبلغ الحد المطلوب، وهذا ما تؤكد المادة الأولى من ص ع، "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم". ويتضح من النص أن الأحكام التي تطبق على الصفقات العمومية ليس تلك التي منصوص عليها بالمرسوم فقط، وإنما هناك أحكام أخرى تطبق عليها منها التنظيمات التي تضعها المصالح المتعاقدة.

ثانياً: إذا كان المشرع وضع أحكام هذا المرسوم وألزم المصالح المتعاقدة بتطبيقه في حالة توافر الشروط القانونية، فإنه في نفس الوقت ترك قدراً من الحرية للمصالح المتعاقدة في وضع أحكام وتدابير لتنظيم صفقاتها حسب خصوصياتها، دون أن تخرج عن القواعد العامة، ومنه تلزم نفسها بتنظيم الصفقات ولو لم يبلغ السقف المالي النصاب القانوني، ولكن بشروط تضمنتها الفقرة الخامسة عشر من المادة السادسة بنصها على أنه "لا تكون محل استشارة وجوباً، ولا سيما في حالة الاستعجال، طلبات الخدمات التي تقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية، عن خمسمائة ألف دينار (500.000) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن مائتي ألف دينار (200.000) فيما يخص الدراسات أو الخدمات".

<sup>192</sup> - CHERIF Bennadji, "Marchés publics, et corruption en Algérie", NAQD, revue d'études et de critique sociale, n°25, Alger, 2008, p147.

من خلال هذه الفقرة وقراءتها مع الفقرة الأولى من نفس المادة نستنتج أن المشرع سمح للمصلحة المتعاقدة أن تتخذ إجراءات الصفقات العمومية حتى في حالة عدم توافر السقف المالي المطلوب، وفقاً للقاعدة الفقهية القائلة بأن الأصل في الأشياء الإباحة، والاستثناء هو المنع. فالفقرة الأولى من المادة السادسة لم تمنع المصلحة المتعاقدة من اتخاذ إجراءات المناقصة حتى ولو لم ينص عليها صراحة، ولكن استناداً للقاعدة الفقهية السابقة. أمّا الاستثناء فهو الفقرة الخامسة عشر التي قيّدت المبدأ السابق إذا ما بلغت قيمة الصفقة مبلغ خمسمائة ألف دينار (500.000) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، ومائتي ألف دينار (200.000) فيما يخص الدراسات أو الخدمات. بمعنى أنه إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن الحدود السالفة الذكر يمنع منعاً باتاً تطبيق تنظيم الصفقات، وهذا ما عبّرت عنه الفقرة 15 "لا تكون محل استشارة وجوباً...". أمّا إذا كانت قيمة الصفقة تساوي أو تجاوز الحدود السابق ذكرها ونقل عن الحدود المذكورة في الفقرة الأولى من نفس المادة خلال سنة مالية واحدة فإن الأمر جوازي للمصلحة المتعاقدة. وبالتالي يمكن للإدارات العمومية إبرام صفقاتها خارج تنظيم الصفقات العمومية، وبدون شكليات الإشهار المنصوص عليها قانوناً، أي بمجرد سندات طلبية وفواتير ومذكرات، فيكفي كشف للأسعار وسند طلب.<sup>193</sup>

### ج- تحيين السقف المالي:

في غالب الأحيان تُسنّ القوانين ليستمر العمل بها لمدة طويلة ولا تُعدّل إلاّ بمرور وقت طويل ويستلزم تعديلها المرور بعدّة مراحل تستغرق وقتاً طويلاً قد لا يخدم المصلحة المتعاقدة في انجاز مشاريعها عندما تصبح هذه المبالغ زهيدة ولا تمثل شيئاً، ومراعاة لحركية ووتيرة الاقتصاد الوطني ومواكبة لنسبة التضخم منح المشرع الجزائري وزير المالية سلطة التدخل في تحيين هذه المبالغ المذكورة أعلاه بصفة دورية بموجب قرار وفقاً لمعدل التضخم المسجل رسمياً، وعليه نستنتج أن تدخل الوزير لا يكون إلاّ بتوافر شرطين أساسيين:

### الشرط الأول:

تغيير معدل التضخم، ويعني أنه كلما كان هناك تغيير في معدل التضخم كان بإمكان وزير المالية تعديل السقف المحدد، والمقصود بمعدل التضخم المسجل رسمياً هو المعدل الذي يقدره ويعلنه البنك المركزي الجزائري، فكلما كان المعدل مرتفعاً يُرفع من الحد الأدنى وكلما كان الحد الأدنى منخفضاً يُخفض الحد الأدنى.

<sup>193</sup> - KOUROGLI Mokdad, op-cit, p22.

## الشرط الثاني:

إصدار قرار التحيين، ويعني أنّ تحيين مبالغ الصفقة لا يكون إلاّ بموجب تدخل وزير المالية بقرار إداري يحدد فيه الحد الأدنى فقط بدون تغيير نصوص المواد الأخرى، وبطبيعة الحال فإنّ هذا القرار هو قرار إداري يخضع للشروط والأركان العامة للقرار الإداري ولاسيما الاختصاص وعدم مخالفة القانون.

### د- تقدير سلطة الوزير في تحيين السقف المالي:

المشرع الجزائري أدخل على المرسوم الرئاسي عاملاً متحركاً ومتغيراً يسمح بتحيين السقف المالي المطلوب كلما استدعت الضرورة ذلك،<sup>194</sup> وهذا لإضفاء المرونة على استبعاد العقود ذات القيمة الضئيلة مواكبة لمعدل التضخم والحركية الاقتصادية، وهذا باجرات سهلة وبسيطة دون شكليات واستغراقٍ لوقت طويل، فالقرار الإداري يختلف عن المرسوم الرئاسي في إجراءات إصداره والوقت اللازم لنشره في شكل رسمي، فالمرسوم الرئاسي يتطلب إجراءات طويلة ومعقدة ممّا ينتج عنه عائق في إبرام الصفقات العمومية ومنه تعطل المرفق العام والخدمة العامة.

يسمح هذا العامل في انجاز المشاريع والخدمات البسيطة التي لا تتطلب أموالاً ضخمة وعدم تعطيل المرفق العام وعدم هدر المال العام من خلال إعادة تقييم المشاريع نتيجة تقلب الأسعار.

وسلطة الوزير في تحيين المبالغ المالية جاءت على سبيل الجواز "يمكن تحيين المبالغ.... " وبالتالي فإنّ المسألة جوازية بالنسبة للوزير فله أن يستعملها وله أن يمتنع رغم توفر شروطها القانونية، ولاسيما تغيير نسبة التضخم، والدليل على هذا أنّ الوزير لم يستعمل سلطته ولا مرّة واحدة منذ سنة 2003 رغم تغيير نسبة التضخم، وكانت كل مرّة تعدل بموجب مرسوم رئاسي، وقد يكون هذا لعدم شجاعة الوزير في اتخاذ قرار من هذا النوع قد يجلب له متاعب أو عدم اكتراث بالوضع.

### رابعاً- المعيار الشكلي:

يقصد بالشكل ظهور العقد في شكل وثيقة مكتوبة والتي هي بدورها تتضمن مجموعة من الشكليات مثل التوقيع، تاريخ التوقيع، مكان إبرام العقد، أسماء وهوية الأطراف المتعاقدة.... إلخ. ويقصد بالإجراءات مجموعة المراحل والخطوات الطويلة والمعقدة التي تمر عليها الصفقة حتى تظهر في وثيقة نهائية تسمى بعقد الصفقة.

<sup>194</sup> - الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 06 من المرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق.

## 1- الكتابة:

المشرع الجزائري نصَّ في المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 على أن "الصفات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به....."، كما أن الكتابة لا تشمل فقط الوثيقة النهائية المتمثلة في العقد وإنما تمتد لتشمل أيضاً دفاتر الشروط الملحقة بالعقد وهي جزء لا يتجزأ من العقد.<sup>195</sup> بينما التشريع الفرنسي لا يشترط الكتابة في الصفقات العمومية ولم يجعلها لا ركناً ولا شرطاً للصحة.<sup>196</sup>

### الطبيعة القانونية للكتابة:

إنَّ الفقه والقضاء الإداريين المقارن استقرا على أنَّ العقود الإدارية بصفة عامة تكون دائماً مكتوبة حتى وإن لم يعترضوا على أنَّه من الجائز أن تكون عقوداً إدارية غير مكتوبة، أي يمكن أن تكون رضائية وليست شكلية (مكتوبة) وهذا ما جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1957/07/02م والذي تقول فيه: "...كما أن من العقود الإدارية ما يجب - من حيث الشكل - أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص. على أن مسألة شكل العقد الإداري كمعيار يميزه عن العقود المدنية، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأي فيه واستقر في الفقه و القضاء الفرنسي على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوباً هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصاً بطبيعته، وأنه إذا كانت العقود المكتوبة هي أصلاً من عقود القانون الخاص، إلا أن العقد الإداري قد يكون هو الآخر غير مكتوب، وفي هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية غير المألوفة مضمنة في قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل....".<sup>197</sup>

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في جلسة 1990/03/20 وهو تأكيد لاجتهاد واستقرار سابق على أن "العقد غير المكتوب وسيلة غير مألوفة في المجال الإداري إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً هاماً مكملاً لبعض أنواع العقود الإدارية".<sup>198</sup>

من هنا يُستفاد أنَّ الكتابة ضرورية في العقود الإدارية كقاعدة عامة - ولكن ليست شرطاً لصحة العقد أو ركناً فيه ما لم يوجد نص صريح يشترطها - واستثناءاً يمكن أن تكون عقوداً غير مكتوبة، وهذا القول ينطبق على الصفقات العمومية باعتبارها صنف من أصناف العقود الإدارية، وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية المصري رقم 89 لسنة 1998م المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته

<sup>195</sup> - المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>196</sup> - Art 01 décret 2006-975, op-cit.

<sup>197</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 354، 355.

<sup>198</sup> - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 57. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 355.

التنفيذية، فإنها اشترطت الكتابة عند بلوغ مبلغ الصفقة (المناقصة في التشريع المصري) نصاب معين وهو خمسين ألف جنيه مصري.<sup>199</sup>

وفي التشريع الجزائري فإنه منذ صدور أول نص ينظم الصفقات العمومية خرج عن القواعد العامة للعقد الإداري وكان يؤكد دائماً على أنّ الصفقات العمومية يجب أن تكون عقوداً مكتوبة،<sup>200</sup> وهذا عكس المشرع الفرنسي الذي لم يشترط الكتابة،<sup>201</sup> فالقانون والفقهاء الفرنسيين لم يشترطوا الكتابة ولم يجعلوها ركن من أركان العقد ولم يجعلوا الكتابة شرط من شروط صحتها ولا تتعلق بطبيعتها الذاتية، فاتفق الإيرادات هي التي تنشأ شكلية الكتابة.

ويرى الأستاذ بن ناجي شريف أنّ الكتابة كشرط لوجود الصفقة العمومية هو افتراض لا يمكن الاعتراض عليه إذا كانت باقي الشروط متوفرة،<sup>202</sup> بمعنى أنّ الكتابة ليست فقط شرط من شروط صحتها وإنما شرط لوجودها، بمعنى ركن ركين في العقد، لأنّ الشيء لا يمكن أن يوجد بدون ركن، ونحن من جانبنا نؤيده في ذلك كون المشرع الجزائري نصّ على الكتابة بنص واضح الدلالة بأن جعل عقد الصفقة عقد مكتوب ولا تكون الصفقة صحيحة إلا بالكتابة،<sup>203</sup> عكس ما هو الوضع عليه في فرنسا أو مصر.

من هنا نخلص إلى القول أنّ الصفقة العمومية باعتبارها صنف من العقود الإدارية -إذا توافرت فيها شروط العقد الإداري- فإنّ المشرع الجزائري اشترط فيها الكتابة إذا ما بلغت الحد المالي المطلوب حسب المادة السادسة من تنظيم الصفقات العمومية، أمّا إذا لم تبلغ هذا النصاب فلا يشترط عقداً مكتوباً، ويبقى مع ذلك العقد محتفظاً بصفته الإدارية.

## 2- دفاتر الشروط:

المشرع الجزائري ألحق بعقد الصفقة العمومية دفاتر الشروط كجزء لا يتجزأ من الصفقة بنص صريح<sup>204</sup> الذي عادة ما يتضمن الشروط الاستثنائية للعقد يكون ملحقاً بالعقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة والطرف الخاص في العلاقة، ودفتر الشروط ثلاثة أنواع:

### أ- دفتر البنود الإدارية العامة:<sup>205</sup> C.C.A.G

199 - المادة 32 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

200 - المادة الثانية من جميع المراسيم المتعلقة بالصفقات العمومية.

201 - Article 1, Décret n° 2006-975, op-cit.

202 - قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دم.ج، الجزائر، سنة 2006، ص30.

203 - المادة 08 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

204 - المادة رقم 62 المطبة 11، المرجع نفسه.



يفترض أنّ لكل مجال من مجالات الصفقات العمومية، سواء كان الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات دفتر بنود إدارية عامة تُوَطر تسييره، غير أنّه يلاحظ عدم وجود دفاتر بنود إدارية عامة تُعنى بقطاعات التموين والخدمات، والدراسات إلى غاية اليوم.<sup>206</sup> وصدر دفتر التعليمات أو البنود الإدارية العامة بتاريخ 1964/11/21،<sup>207</sup> وقد جاء في تبرير هذا القرار المتضمن دفاتر التعليمات الإدارية العامة، أنّ هذا الدفتر ينطبق على كل صفقات الأشغال ابتداءً من تاريخ 1965/01/01، وفهم من ذلك أنّ دفتر الشروط هذا، يخص فقط ميدان الأشغال، غير أنّه وعلى الرغم من الاختلاف البين بين المجالات المتعددة، إلا أنّ المرسوم 91-434 لجأ إلى تعميم تطبيق هذه الدفاتر على مجالات أخرى، غير المجال الذي حُررت أولاً من أجلها.<sup>208</sup>

نصت المادة العاشرة من المرسوم 10-236 على وجوب وجود هذه الدفاتر العامة، ووجوب تحيينها دورياً لتتماشى والشروط التي يجب أن تتم وفقها الصفقات. غير أنّ هذا التحيين لم يتم أبداً، وبقيت دفاتر البنود الإدارية العامة المتعلقة بالأشغال والتجهيز في صيغتها المقررة سنة 1964، سارية إلى اليوم، وتحمل تناقضات متراكمة مع منظومة الصفقات العمومية، التي تم العمل بها منذ ذلك الحين إلى اليوم.

#### ب- دفتر التعليمات الخاصة: C.P.S<sup>209</sup>

وهي دفاتر خاصة بكل صفقة،<sup>210</sup> يُعتمد في تحريرها على كل من دفاتر التعليمات الإدارية العامة ودفاتر التعليمات المشتركة، وتحتوي من بين ما تحتوي، على معلومات متعلقة بالمشروع من حيث الموضوع والأهمية والكميات والآجال الخاصة به، وصيغ الإبرام وكيفيات إجراء المنافسة، ومكان سحب وإيداع العروض، وتفتيط العروض وتقييمها، وتلقي العرائض بشأن الاختيار المؤقت للمتعاقد، وغير ذلك ممّا يهم المنافسة الخاصة بصفقة بعينها.

ومنذ صدور المرسوم الرئاسي 02-250 جعل من حصول دفتر التعليمات الخاصة على تأشيرة لجنة الصفقات أمراً إجبارياً، ولم يستثن التنظيم أي دفتر تعليمات خاصة من هذا الإلزام، إلا حالة دفاتر الشروط المماثلة (أو الموحدة) والتي سبق أن حصلت على تأشيرة لجنة الصفقات بمناسبة فحص سابق.

<sup>205</sup> - القرار المؤرخ في 1964/11/21. المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر مؤرخة في 17 رمضان 1384 هجرية.

<sup>206</sup> - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2011، ص 187.

<sup>207</sup> - قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964، المرجع السابق.

<sup>208</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 187، 188.

<sup>209</sup> - MOHAMED TAYEB Medjahed, Contrat type des marchés publics, éditions Houma, Alger, 2007, p105.

<sup>210</sup> - المادة 10 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

وقد ظهرت أهمية إخضاع دفاتر الشروط لنفس أسلوب التأشيرة التي كانت تخضع لها مشاريع الصفقات، قصد جعلها ضامناً لنزاهة إجراءات المناقصة، إذ أنّ دفاتر الشروط التي كانت تحرر سابقاً لم يكن يُتأكد مسبقاً من مطابقتها للقوانين والتنظيمات من جهة، ولا لضمانها لمبادئ الشفافية والعدالة بين المتنافسين من جهة أخرى.<sup>211</sup>

### ج- دفتر التعليمات المشتركة: C.P.C<sup>212</sup>

تُعرّف دفاتر التعليمات المشتركة، على أنّها الدفاتر التي تحدّد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.<sup>213</sup>

ويستنتج من هذا التعريف أنّ ما تحتويه دفاتر التعليمات المشتركة هو شروط وترتيبات تقنية، بمعنى عدم احتوائها على الضوابط القانونية التي تكفل بها دفتر التعليمات الإدارية العامة.

ويقصد هنا بالترتيبات التقنية، ما تعلق بطبيعة السلع المستعملة والأساليب التكنولوجية المنتهجة والإجراءات التأمينية والأمنية الواجب اتخاذها والخاصة بقطاع معين ينطوي ضمن أحد مجالات الصفقات، مثل الجسور ضمن مجال الأشغال، الورق ضمن مجال التموين، صيانة المساحات الخضراء ضمن مجال الخدمات.....إلخ.<sup>214</sup>

ويعتبر دفتر الشروط أساس تكوين الصفقة لما يتضمنه من شروط استثنائية وغير مألوفة تميزه عن العقود الخاصة. ويجب ألاّ تخالف هذه الشروط في مضمونها أحكام دفاتر البنود الإدارية العامة.<sup>215</sup>

### الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط:

دفاتر الشروط هي وثائق ملحة بعقد الصفقة، وهي جزء لا يتجزأ منها وبشروط أن يتضمنها العقد، بل هي الأساس في العقد لما تتضمنه من حقوق وواجبات الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236، المطة التاسعة المتعلقة ببيانات الصفقة، "... الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزءاً لا يتجزأ منها.."، ونلاحظ أنّ النص أهمل ذكر دفتر التعليمات الخاصة، وفي رأينا أنّه مجرد سهو فقط، وتبقى المصلحة المتعاقدة ملزمة بالإشارة إليه.

<sup>211</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 192.

<sup>212</sup> - MOHAMED TAYEB Medjahed, op-cit, p105.

<sup>213</sup> - المادة 10 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>214</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 191.

<sup>215</sup> - هيئة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص141.

## الفرع الثاني - أشكال الصفقة العمومية:

ورد في التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية عدّة مصطلحات يقصد بها الصفقة العمومية وكل تسمية من هذه المصطلحات لها أحكامها الخاصة بها وضوابطها القانونية وكل خرق لها يعتبر مخالفة للقانون ووردت هذه التسميات تحت مصطلحات العقد، الاتفاقية، الطلب، عقد البرنامج، صفقة التسوية، وعليه نوضح مفهوم كل مصطلح.

### أولاً - صفقة الطلبية:<sup>216</sup>

#### 1- تعريف صفقة الطلبية:

تعتبر صفقة الطلبية أسلوب من أساليب التعاقد، وحسب التنظيم نوع من أنواع الصفقات يتم تنفيذها بواسطة طلبيات جزئية، ويخص هذا الأسلوب، صفقات اقتناء اللوازم، أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع التكراري، وهذا ما نصت عليه المادة 20 من قانون الصفقات العمومية "تتضمن صفقة الطلبات على اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر".

وبالتالي فإنّ صفقة الأشغال تخرج عن دائرة هذا الأسلوب وذلك لانعدام توفر شرطي النمط العادي والطابع التكراري، كما تخرج أيضاً من دائرة هذا النوع من الصفقات صفقة إنجاز الدراسات، فبناء مدرسة أو مستوصف أو غيره من عمليات البناء، أو شق الطرق، أو مد القنوات وغير ذلك من الأشغال، ليست من النوع العادي، وليس لها طابع تكراري، على العكس من ذلك فإنّ اقتناء رزم أوراق بالنسبة لمطبعة، أو مواد صيدلانية بالنسبة لمستشفى، أو مواد غذائية بالنسبة لداخلية، يمكن لها أن تستفيد من تطبيق هذا الأسلوب، إذ يتوفر شرط التكرارية فيه.<sup>217</sup>

#### 2- خصائص صفقة الطلبية:

تتميز صفقة الطلبية بعدة خصائص نصّت عليها الفقرة الثانية من المادة 20 من المرسوم 10-236 نوجزها في ما يلي:

##### أ- الطابع التكراري:

غالباً ما يرافق عنصر الطابع التكراري البساطة والعادية في العمليات، فنجد هذه العناصر تتلازم في كثير من المقتنيات التي يقوم بها الأشخاص العموميون، لاسيما عندما تتعلق مواضيعها بخدمات

<sup>216</sup> - M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, op-cit, p58 et 59.

<sup>217</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 135.

معتادة، ولا تقتضي خصائص تقنية معقدة، وهو ما يميزها عن الطلبات الاستثنائية الموجهة لاستعمالات خاصة، والتي تقتضي خصائص تقنية محددة.<sup>218</sup>

#### ب- المدة المحددة:

يضمن هذا الأسلوب للمصلحة المتعاقدة أن تمتد العمل بصفقة لسنوات عدّة متتالية، بمعنى أن صلاحية صفقة طلبية تمتد إلى أكثر من سنة، وقد تصل كحد أقصى إلى خمس سنوات. ويتم مد العمل بصفقة الطلبية لكل سنة موائية بالتعبير الصريح من قبل المصلحة المتعاقدة.<sup>219</sup>

يسمح هذا النوع من الصفقات للمصلحة المتعاقدة العمل بهذه الصفقة إلى سنة أو سنوات تالية، دون إلزامية إعادة الإجراءات التي أفضت إلى اختيار المتعامل المتعاقد، إذ يتعين عليها فقط إعادة الالتزام بالمبلغ لدى المراقب المالي على حساب السنة الميزانية المعنية بالتنفيذ، والشروع في تنفيذ الصفقة بواسطة سندات طلب متتالية، في حدود سقف مالي ذو حدّين أدنى وأقصى عند الاقتضاء.

#### ج- تحديد المبلغ أو الكمية:

يتمثل السقف الأدنى والأقصى للصفقة إمّا في مبالغ مالية أو في كميات دنيا وقصوى، علماً أنّ عملية الالتزام المالي تأخذ بعين الاعتبار الحد الأقصى للصفقة.<sup>220</sup>

ويعني وضع سقف أدنى وسقف أعلى للصفقة، أنّ الطلبات التي يمكن أن تُعبر عنها المصلحة المتعاقدة خلال السنة، والتي يُلزم المتعامل المتعاقد بتنفيذها، هي الكميات المتراوحة بين هذين الحدّين، والذي يجب البت في مستوى كل منها أثناء تحرير دفتر الشروط الخاص بالصفقة، وذلك بالرجوع إلى أهمية الاحتياجات ووتيرتها، ولدى فحص لجنة الصفقات المختصة لملف الصفقة يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة تبرير مستويات هاته الحدود.

وعليه فإنّه يتعين على المصلحة المتعاقدة، ألاّ يكون الفارق بين الحد الأدنى والحد الأقصى مُبالغاً فيه، لأنّ من شأن ذلك تجميد مبالغ مالية طيلة سنة من دون طائل، من جهة، ويمس بدقة العروض التي يعبر عنها المتنافسون من جهة أخرى، إذ بقدر ما يكون الهامش كبيراً يصبح من الصعب على المتنافسين تقديم عروض دقيقة، مبنية على هامش ربح محسوب، ممّا يعني إمكانية اقتراحهم لأسعار مرتفعة تحسباً لقيام المصلحة المتعاقدة بالتعبير عن طلبات في حدود دنيا بعيدة كل البعد عن الحدود القصوى التي عبّرت عنها سابقاً عند إبرام الصفقة.

<sup>218</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 154.

<sup>219</sup> - نفس المرجع، ص 154.

<sup>220</sup> - نفس المرجع، ص 154.

ويعني اعتماد حد أدنى وحد أقصى أيضاً، التزام المصلحة المتعاقدة، بالتعبير عن طلبات لا تقل عن الحد الأدنى للصفقة، تحت طائلة تمكين المتعامل المتعاقد من طلب تعويضات مقابلة، كما يعني التزامها باللجوء بتفرد على المتعامل المتعاقد، وذلك بشأن الأغراض موضوع صفقة الطلبة، في حدود السقف العالي للكميات المحددة في صفقة الطلبة.

بمقابل ذلك فإنّ المتعامل المتعاقد ملزم بمواصلة تنفيذ الصفقة طيلة العمل بها عبر سنواتها المتتالية، أيّاً ما كان حجم الطلبات التي تُعبر عنها الإدارة، طالما تراوحت بين الحدّين الأدنى والأقصى، كما يقع عليه احترام الآجال التي تحددها الصفقة أو تحددها سندات الطلب التي يتم تنفيذ صفقة الطلبة بواسطتها.<sup>221</sup>

ثانياً - عقد البرنامج:<sup>222</sup>

### 1- تعريف عقد البرنامج:

يكتسي عقد البرنامج شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعاً ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقاً لأحكام هذا المرسوم.<sup>223</sup>

إنّ عقد البرنامج هو عقد يأخذ شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات، تحدد طبيعة الخدمات الواجب تأديتها، وأهميتها، والموقع، ومبلغ عقد البرنامج، وبرنامج إنجازها، وتكون مرجعاً لصفقات تنفيذية، تبرم وفقاً للالتزامات المتبادلة ضمن عقد البرنامج.<sup>224</sup>

ويبرم هذا النوع من العقود مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، المؤهلة والمصنفة بصفة قانونية. ويمكن أن يبرم هذا العقد أيضاً مع المتعاملين الأجانب الذين تتوفر لديهم ضمانات تقنية ومالية.<sup>225</sup>

ما يلاحظ على هذه الفقرة من نص المادة 17 أنّها حدّدت الفئة من المتعاملين التي يمكن التعاقد معها، ويبدو من أوّل وهلة وكأنّ النصّ ضيق من الفئة التي يمكن التعاقد معها، ولكن في الحقيقة أنّ النص جاء على إطلاقه، بمعنى أنّ كل المؤسسات التي تخضع للقانون الجزائري سواء كانت جزائرية أو أجنبية يمكنها التقدم للمناقصة والتعاقد مع المصلحة المتعاقدة حول عقد برنامج في حالة ما إذا رسّت عليها الصفقة، شرط أن تكون مصنفة وفقاً للقانون الجزائري ودون اشتراط درجة معينة من التصنيف،

<sup>221</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 156.

<sup>222</sup> - M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, op-cit, p59et 60.

<sup>223</sup> - المادة 17 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>224</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 156.

<sup>225</sup> - المادة 17 الفقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

وبالتالي فإنّ كل المؤسسات معنية بالصفقة ماعدا تلك التي لم تصنف، وعادة ما يشمل هذا النوع من المؤسسات تلك المؤسسات الحرفية البسيطة والمحدودة الإمكانيات.

أمّا في ما يخص المؤسسات الأجنبية فيشترط القانون أن تكون لديهم ضمانات تقنية ومالية كبيرة، بغض النظر عن التصنيف، الذي يخص فقط المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري،<sup>226</sup> والمشرع الجزائري لم يحدّد المعايير التي يمكن من خلالها الحكم على المؤسسة الأجنبية أنّها توفر ضمانات تقنية ومالية، وبالتالي تبقى السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تقدير ذلك.

## 2- الصفقة التنفيذية لعقد البرنامج:

تتنوع الصفقات التنفيذية الداخلة في إطار عقد البرنامج، فهي إمّا صفقات ممتدة زمنياً، إذ اعتبر التنظيم عقد البرنامج اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات، وإمّا صفقات ممتدة سلبياً مثل عقد البرنامج الذي يأخذ شكل اتفاقية سنوية يتم تنفيذها مع جماعات أو مصالح تنتمي لنفس السلطة، أمّا النوع الثالث فيمكن أن يكون نوع مختلط يأخذ شكل اتفاقية متعددة السنوات تبرمه هيئة أعلى مثلاً لفائدة جماعات متعددة تتبع لها، وتنفذه هذه الأخيرة عن طريق صفقات متعددة بتعدد الجماعات، وفي نفس الوقت متعددة بتعدد السنوات.<sup>227</sup>

ويلجأ إلى عقد البرنامج في حالة رغبة المصلحة المتعاقدة المنتمية إلى سلطة واحدة تجميع طلباتها ضمن عقد واحد باسم السلطة الأعلى، أو في حالة رغبة هيئة واحدة تجميع احتياجاتها متعددة السنوات في عقد واحد، وذلك قصد توفير قدرة تفاوضية أكبر، والحصول على أسعار مخفضة، وتسهيل تسيير الصفقة وتأطيرها.<sup>228</sup>

بهذا الصدد، يتم في حالة تعدد المصالح المستفيدة إمضاء عقد البرنامج بين المتعامل المتعاقد من جهة، والسلطة الأعلى التي تتبعها المصالح المستفيدة من جهة ثانية، في حين تتكفل كل مصلحة متعاقدة بعقد صفقة تنفيذية خاصة بها مع المتعامل المتعاقد ذاته. أمّا في حالة تعدد السنوات فيتم إبرام عقد البرنامج ليغطي الفترة كاملة، وتبرم صفقة تنفيذية تخص احتياجات كل سنة على حدى.<sup>229</sup>

يدرج ضمن كل صفقة تنفيذية من صفقات عقد البرنامج معطيات خاصة بالصفقة بعينها، مثل الكميات، والمبالغ، والآجال، وشروط الاستلام، إلى غير ذلك ممّا يجب إدراجه من بنود خاصة بكل

<sup>226</sup> - المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري يمكن أن تكون جزائرية ويمكن أن تكون أجنبية لها فروع في الإقليم الجزائري.

<sup>227</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 157.

<sup>228</sup> - نفس المرجع، ص 158.

<sup>229</sup> - نفس المرجع، ص 158.

صفقة تنفيذية من الصفقات التابعة له، وفي كل الحالات تخضع الصفقات التنفيذية لمستلزمات عقد البرنامج، وهو العقد الذي يسمى في تنظيمات دول أخرى بالعقد الإطار.<sup>230</sup>

### ثالثاً - صفقة التسوية:

المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة من تطبيق أحكام هذا المرسوم وفقاً للشروط المنصوص عليها بالمادة 02 من المرسوم، كما ألزمها أيضاً في حالة إبرام الصفقة ألا يشرع في تنفيذها إلا بعد إتمام كافة الإجراءات المتعلقة بالإبرام والمصادقة، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من تنظيم الصفقات العمومية "تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات..."، وكذا المادة 08 "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة..." غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة ووردت عليها استثناءات مقرونة بشروط ذكرها المشرع في عدة مواضع من المرسوم، أين سمح للمصلحة المتعاقدة من تجاوز القانون بشرط إعداد صفقة تسوية لاحقاً حسب طبيعة كل صفقة. كما أن المشرع لم يُعرّف معنى صفقة التسوية ولكنه ذكرها في عدة مواضع يمكن حصرها في ما يلي:

### حالاتها:

#### الحالة الأولى - صفقات استيراد المنتجات والخدمات:

بموجب المادة 05 من المرسوم أعفى المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة من بعض أحكام هذا المرسوم ولاسيما منها طريقة الإبرام في ما يخص صفقات استيراد المنتجات والخدمات على أن تحرر صفقة تسوية لاحقاً، وهذا ما جاء في النص بأن "تعفى من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم، لا سيما ما يتعلق منه بطريقة الإبرام، صفقات استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلب السريع في أسعارها ومدى توفرها، وكذا الممارسات التجارية المطبقة عليها"، على أن تؤسس لجنة وزارية بمناسبة كل عملية استيراد مشكلة من أعضاء مؤهلين في الميدان برئاسة ممثل المصلحة المتعاقدة لإجراء المفاوضات واختيار الشريك. إلا أنه يقع على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة أن تحرر صفقة تسوية في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من الشروع في التنفيذ وتُعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية. وبهذا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة إلى طريقة التراضي لإبرام الصفقة، وقد تلجأ إلى المناقصة ولكن دون أن تكون مجبرة على اتخاذ كل الإجراءات القانونية، كأن لا تلجأ إلى الإشهار الصحفي الموسع أو اختصار المدد القانونية أو الأخذ بالعرض التقني دون المالي أو العكس أو التفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض... إلخ، وهذا

<sup>230</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 158. ومنها أيضاً التشريع الفرنسي.

ما توحى به صياغة النص "...تعفى من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم، لا سيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام...".

### شروط تطبيق المادة الخامسة:

- أن تكون العملية تتعلق بصفقة استيراد المنتجات (للازم) و/أو الخدمات.
- تأسيس لجنة وزارية خاصة لإجراء المفاوضات.
- تحديد قائمة المنتجات والخدمات المعنية بموجب قرار وزاري مشترك.
- تسوية الصفقة خلال ثلاثة أشهر من الشروع في التنفيذ.
- عرض الصفقة على الهيئة الخارجية المكلفة بالرقابة.

### الحالة الثانية- طلبات الخدمات المماثلة:

وهي الحالة التي نصّت عليها المادة السادسة، الفقرة الرابعة قبل تعديل 2012، وبعد التعديل أصبحت الفقرة 13، وإن كان المشرع لم ينص صراحة على أنها صفقة تسوية ويفهم هذا من سياق النص "إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة، وكانت مبالغها تفوق المبالغ المذكورة أعلاه، تبرم حينئذ صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقا وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات".

كما يفهم من الفقرة 12 من نفس المادة أن الحالة المذكورة في الفقرة 13 هي صفقة تسوية وهذا بتأكيد على وجوب احترام الإجراءات الشكلية المقررة قانوناً في إبرام الصفقات العمومية وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من نفس المادة 06، وأوردت استثنائين اثنين يمكن فيهما مخالفة الإجراءات الشكلية في إبرام الصفقات العمومية ويتعلق الأمر بالفقرتين 13، 14 "إذا فاقت قيمة هذه الخدمات المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة، فإنه لا يمكن الالتزام بأي نفقة مماثلة دون اللجوء للإجراءات الشكلية، باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين 13 و14...".

ويتعلق هنا الأمر بالوضعية التي تجد المصلحة المتعاقدة نفسها، نتيجة سوء تقدير للاحتياجات، قد قامت بعدة طلبات ذات خدمات متماثلة لدى نفس المتعامل، وظهر أن مجموع مبالغ الطلبات بعنوان سنة ميزانية واحدة، يفوق السقف المالي للصفقة،<sup>231</sup> ففي هذه الوضعية، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم

<sup>231</sup> - السقف المالي المنصوص عليه بموجب الفقرة الأولى من المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.



صفحة تسوية تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقاً، وتقوم بعرضها على الهيئة المكلفة بالرقابة الخارجية للصفقات، وتدرج ضمنها الاحتياجات المتبقية لتغطية حاجيات السنة المعنية.<sup>232</sup>

### - مجال تطبيق الخدمات المماثلة: (المادة 06 فقرة 13).

من خلال النص فإنه ذكر صراحة أنّ الصفقات المعنية بهذا الإجراء هي صفقات الخدمات دون غيرها، شرط أن تكون خدمات مماثلة أي نفس النوع ومتطابقة، كأن تتعلق مثلاً بالإقامة في الفنادق أو النقل أو الإطعام، أو أعمال التنظيف والصيانة، فالإقامة في الفنادق والنقل لا تعتبر خدمات مماثلة أو الإقامة في الفنادق والإطعام فلا تعتبر أيضاً خدمات مماثلة بالرغم من أنّها كلها خدمات. أمّا إذا كانت الإقامة والإطعام في الفنادق لدى نفس الفندق تصبح خدمات مماثلة.

كما يشترط أيضاً النص أن تكون هذه الخدمات تخص سنة مالية واحدة كأن تبدأ من أول جانفي إلى 31 ديسمبر من نفس السنة، وتسوى الصفقة خلال نفس السنة المالية، ولا تترك للسنة الموالية.

### الحالة الثالثة - صفقات اقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر:

وهي الحالة التي نصّت عليها المادة 06 فق 05 قبل التعديل وأعيدت بنفس الصياغة في الفقرة 14 بعد التعديل "إذا لم تتمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام صفقة طبقاً للفقرة السابقة، وعرضها على هيئة الرقابة الخارجية المسبقة خلال السنة المالية المعنية، بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، التي تحدد قائمتها بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية، تبرم صفقة تسوية، بصفة استثنائية خلال السنة الموالية.

إنّ التمعن جيدا في المادة يلاحظ أنّها تطرح إشكالاً في التفسير هل هي استثناء عن الاستثناء السابق في الفقرة 13 من نفس المادة أم هي استثناء قائم بحد ذاته؟

### التفسير الأول:

الاستثناء يقع على السنة المالية فقط، بمعنى أن الفقرة 13 أجازت في حالة تجاوز الصفقة السقف المالي المطلوب في الفقرة الأولى من نفس المادة في ما يخص طلبات الخدمات المماثلة لدى نفس المتعامل وعدم كفاية الوقت لإبرام صفقة تسوية خلال السنة المالية الواحدة فإن الفقرة 14 تسمح بإبرام صفقة التسوية خلال السنة الموالية للسنة المعنية بالنسبة لطلبات الخدمات المماثلة المنصوص

<sup>232</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 161، 162.

عليها في الفقرة 13. بمعنى أن الأصل في صفقات الخدمات اشترط المشرع إبرام صفقة عمومية إذا ما فاق الحد المالي 4,000,000 دج والأصل أن تكون عن طريق المناقصة وليس بطريق التراضي ولكن الفقرة 13 أجازت اللجوء إلى طريقة التراضي حتى إذا فاق مبلغ الصفقة 4,000,000 دج في حالة عدّة طلبات لخدمات مماثلة لنفس السنة على أن تبرم صفقة تسوية خلال السنة المالية الواحدة أو خلال السنة الموالية إذا تعذر الأمر.

وهذا النوع من الخدمات يكون نتيجة لسوء تقدير الاحتياجات من طرف المصلحة المتعاقدة نظراً لطبيعة الخدمات التي تُبنى على تقدير تقريبي فقط حسب احتياجات المصلحة المعتادة، ولكن قد يحدث أن تكون هناك ظروف استثنائية تستلزم زيادة الطلب على هذه الخدمات مما يجعلها تتجاوز في مجموعها حدود السقف المالي المطلوب.

### التفسير الثاني:

التفسير الذي يمكن أن يعطى لهذه الفقرة هو إعداد صفقة تسوية بالنسبة لعمليات اقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر

### الحالة الرابعة- وجود خطر يهدد استثمار أو ملك أو الأمن العمومي:

نصت المادة السابعة على أنه "تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات. وفي حالة وجود خطر يهدد استثماراً، أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معلل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة، وترسل نسخة من هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية.

ومهما يكن من أمر، فلا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه، إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 06 أعلاه....".

القاعدة في الصفقات العمومية أنه لا يشرع في تنفيذها إلا بعد استكمال كامل الإجراءات وانتهاء جميع المراحل بدءاً من الدعوة للمنافسة إلى إبرام الصفقة ثم عرضها على جهة الرقابة المختصة، ولكن استثناءً أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تشرع في تنفيذ الخدمات المتعلقة بجميع أنواع الصفقات سواء كانت القيام بأشغال أو اقتناء اللوازم أو الدراسات أو الخدمات قبل إبرام الصفقة ولكن بشروط:

- أن تكون قد تمت إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد وقد تم على الأقل اتخاذ قرار بالمنح المؤقت للصفقة، بمعنى أنه تمت الدعوة للمنافسة وتمت دراسة العروض وتم اختيار المتعاقد ولم يبق سوى إفراغ

الصفقة في شكل عقد مكتوب يحدد حقوق وواجبات الأطراف وعرضها على هيئات الرقابة المختصة للتأشيرة.

- أن يكون هناك خطر يهدد استثمار أو ملك المصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي.

- الترخيص يكون بموجب مقرر معلل من طرف الوزير أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني.

- إعداد صفقة التسوية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر.

ونلاحظ مرّة أخرى عدم التنسيق بين النصوص القانونية عند التعديل، ففي هذه الحالة يمنح النص للمصلحة المتعاقدة أن تشترع في تنفيذ الصفقة قبل الانتهاء من الإجراءات، وهذا بموجب مقرر من طرف الوزير أو الهيئة الوطنية المستقلة، أو الوالي المعني، دون أن يذكر باقي المصالح المتعاقدة المنصوص عليها، وبالتالي هل يحق مثلاً للبلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العلمية الأخرى اتخاذ نفس الإجراءات؟ في رأينا يجب الالتزام بالنص خاصة ونحن أمام أفعال تشكل الركن المادي لجريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع ومنه اعتماد التفسير الضيق وحظر القياس.

#### الحالة الخامسة- تكاليف الكهرباء والغاز والماء والهاتف:

أضيفت المادة 07 مكرر بموجب تعديل 12-23 يمكن، استثنائياً، إذا كان مبلغ نفقات الخدمات المتعلقة بتكاليف الماء والغاز والكهرباء والهاتف والأنترنترنت يفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 6 أعلاه، أن تكون محل إبرام صفقة تسوية فور تبليغ الإعتمادات".

إن القاعدة في إبرام الصفقات العمومية لا يتم إلا عن طريق الإجراءات والشكليات المقررة قانوناً إذا ما فاق مبلغ الصفقة السقف المالي المنصوص عليه بالمادة السادسة، ولكن استثناءً أجاز المشرع فيما يخص خدمات الكهرباء والغاز والماء والهاتف والأنترنترنت أن تتم بموجب التراضي وأن تكون محل إبرام صفقة تسوية فور تبليغ الإعتمادات، وهذا يعني أن تُفرغ الصفقة في شكل عقد مكتوب يحدد حقوق وواجبات الأطراف وتعرض على الهيئة المكلفة بالرقابة كتحويل حاصل.

والحقيقة أنّ إدراج هذا النص في مجال الصفقات العمومية ما هو إلاّ تزيّد ومبالغة في التخصيص عليه، لأنّ هذه الخدمات حكراً على شركات معينة عمومية.<sup>233</sup> وهي خدمات ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها من أجل سير المرفق العام أو المصلحة المتعاقدة، والتوصيل بهذه الخدمات يكون عن طريق طلب

<sup>233</sup> - بغض النظر عن طرق تسيرها الامتياز أو الشراكة أو المساهمة في جزء من رأسمالها

للتزود بموجب عقد إذعان، وتكاليفها تسجل عن طريق عدّاد مقابل فواتير وتدرج هذه التكاليف في المحاسبة الخاصة بالشركة ومبلغها لا يمكن معرفته مسبقاً فهو حسب طبيعة الاستهلاك وإثباتها ليس بالأمر العسير وبالتالي فإنها لا تحتاج لإبرام صفقة عمومية حتى في إطار التسوية.

#### رابعاً - العقد والاتفاقية: (La convention)

لم يحدّد قانون مكافحة الفساد ولا تنظيم الصفقات العمومية مفهوم العقد أو الاتفاقية<sup>234</sup> اللذان يعتبران من ماديّات الجريمة، وهذا يجزّنا للبحث عنهما في القانون المدني باعتبارهما مصطلحات تنتمي للقانون المدني. ويرى بعض الفقهاء في فرنسا من شُرّاح القانون الفرنسي القديم خاصة (Pothier) و(Domat) جرى على التفرقة بين هذين الاصطلاحين.

فيرى هؤلاء الفقهاء، أنّ في الاتفاق توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الحق، أو على نقله أو على تعديله أو على زواله. أمّا العقد فيرون فيه توافق الإرادتين لإنشاء الحق دون باقي الأمور وهي نقل الحق وتعديله وزواله، لذا فالعقد عندهم أخص من الاتفاق، وأضيق مجالاً، فهو بالنسبة للاتفاق بعض من كل أو نوع من جنس.

وكان من نتيجة هذا الرأي أنّه انتقل إلى مجموعة نابليون (القانون المدني الفرنسي) تعريف العقد بأنّه اتفاق، فنصت المادة 1101 على هذا التعريف بقولها (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر بإعطاء شيء أو بعمله أو بالامتناع عن عمله).

وهكذا يرى المشرع الفرنسي أنّ العقد هو نوع من الاتفاق مقصور في أثره على إنشاء الالتزام، ولكنهما (العقد والاتفاق) ليسا متطابقين، ولكن سرعان ما نادى الفقهاء في الوقت الحاضر بنبذ التفرقة السابقة بين الاتفاق والعقد. فنجد إجماع الفقهاء - خاصة في مصر - يتفق على عدم التمييز بينهما.<sup>235</sup>

وبالرغم من اندثار التفرقة بين العقد والاتفاق في الوقت الحاضر، غير أنّنا نجد نفس تعريف القانون المدني الفرنسي للعقد (م 1101 فرنسي) في التقنين المدني الجزائري، فتنص المادة 54 منه على أنّه "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما). وعيله فإنّ العقد والاتفاق لفظان مترادفان لمدلول واحد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أيّاً ما كانت طبيعة هذا الأثر أي سواء كان إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وهذا هو الأثر الذي يربته القانون على توافق إرادتين أو أكثر تتجه لإحداث هذا الأثر.<sup>236</sup> وعموماً يرى الشُرّاح أنّ المقصود

<sup>234</sup> - الاتفاق أو الاتفاقية هو نفس المعنى، سواء بصيغة المؤنث أو بصيغة المذكر.

<sup>235</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2004، ص 40، 39.

<sup>236</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 40، 41.

بالاتفاقية هي الصفة التي لم تصل الحد المالي المطلوب في تنظيم الصفقات العمومية (المادة السادسة حالياً).<sup>237</sup>

### خامساً - الملحق:

كثيراً ما تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إدخال تعديلات على الصفة أثناء تنفيذها لمواجهة بعض المستجدات التي لم تكن متوقعة أثناء عرض المناقصة للمنافسة ولهذا أوجد المشرع تقنية الملحق، ولكن في نفس الوقت كثيراً ما تخرج المصلحة المتعاقدة عن الإطار الذي خصّه المشرع للملحق وتحدد عن ضوابطه القانونية مما يعرضها للمساءلة الجزائية، وعليه حاول تنظيم الصفقات العمومية حصر شروط الالتجاء إليه وقواعد إبرامه.

### 1- تعريف الملحق:

يكاد فقه القانون المقارن يُجمع على أنّ كل العقود الإدارية قابلة للتعديل من جانب الإدارة وحدها. وتأسيس ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة. فتستطيع الإدارة إذا اقتضت المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، وهذا الحق ثابت للإدارة ولو لم يتم النص عليه في العقد، بل هو ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه القانون صراحة، ذلك أنّ عقود القانون الخاص إذا كانت تقوم على فكرة المساواة بين طرفي العقد دون تمييز أو مفاضلة لطرف على آخر، فإنّ العقد الإداري وخلاف ذلك يقوم على فكرة تفضيل مصلحة على مصلحة.<sup>238</sup>

وسلطة التعديل هو حق معترف به للسلطة الإدارية من جانب القضاء الإداري في فرنسا ومصر، ومن معظم فقهاء القانون العام.<sup>239</sup> بل هناك من القوانين التي نصّت صراحة على هذا الحق ومنها المشرع الليبي.<sup>240</sup>

ومع ذلك فإنّ المشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية قنّن هذا الحق بموجب نصوص قانونية واضحة،<sup>241</sup> خاصة وأنّ الصفقات العمومية لا تبرم فقط من أشخاص القانون العام بل تبرم أيضاً من طرف أشخاص القانون الخاص. ويتم هذا التعديل بموجب وثيقة تعاقدية تسمى الملحق. وإذا كان الأصل في إطار امتيازات السلطة العامة أنّ الإدارة تملك سلطة التعديل بالإرادة المنفردة، فإنّه في مجال الصفقات العمومية لا يمكنها ذلك وإنّما عليها التفاوض بشأن هذا التعديل.

<sup>237</sup> - M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, op-cit, p86.

<sup>238</sup> - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبعة 2010، المرجع السابق، ص 204.

<sup>239</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 544.

<sup>240</sup> - مفتاح خليفة و حمد محمد حمد الشلّمانى، المرجع السابق، ص 145.

<sup>241</sup> - المادة 103 إلى المادة 106 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

وعرّف المشرع الجزائري الملحق بأنه "الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي".<sup>242</sup>

ومنه يمكن أن نستخلص بعض الخصائص التي يتميز بها الملحق فيما يلي:

## 2- خصائص الملحق:

### أ- وثيقة تعاقدية مكتوبة:

الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للعقد الأصلي، فبطبيعة الحال مادام أنّ الصفقة الأصلية قد تم إبرامها وإفراغها في عقد مكتوب، فإن الملحق حتماً يكون مكتوباً، فعنصر الكتابة أمر لازم في حال ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة التعديل، فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة الأصلية ووجب أن يخضع لما تخضع له الصفقة شكلاً بتوافر عنصر الكتابة.<sup>243</sup>

### ب- يركز على توافق الإرادتين بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها:<sup>244</sup>

توافق الإرادتين يعني وجود إيجاب يقابله قبولاً ثم اقتران الإيجاب بالقبول وتطابقه معه مطابقة تامة، والإيجاب قد يكون من جانب الإدارة والقبول من جانب المتعاقد معها، كأن يصادف المتعاقد عقبات مادية تمنعه من مواصلة الأشغال بالطريقة والكيفية التي تم التعاقد بشأنها من قبل فيخطر المصلحة المتعاقدة بضرورة القيام بأشغال إضافية كما لو وُجدت صخور أثناء الحفر تستلزم إزالتها فيعرض عليها إزالتها مقابل مستحقات مالية إضافية فتوافق الإدارة على هذا، أو إذا صادفت المتعامل عقبات تقنية لم تكن متوقعة مثل ما يعرف بظاهرة صعود المياه بحيث يستلزم سد التجاويف التي تتركها هذه الظاهرة بأطنان من الاسمنت. كما يمكن أن يكون الإيجاب من جانب الإدارة والقبول من جانب المتعاقد معها، كما لو ظهر للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة وجود إنزلاقات للتربة، فتعرض على المتعاقد معها ببناء جدار دعم فيوافق على العرض، بعد أن يكونا قد اتفقا على السعر، فيكون هناك توافق الإرادتين بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها.

### ج- يخضع للتفاوض:

<sup>242</sup> - المادة 103، نفس المرجع.  
<sup>243</sup> - عمار بوضياف، طبعة 2010، المرجع السابق، ص 207.  
<sup>244</sup> - بلحيرش سمير، الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، سنة 2012، ص 83.

بالرغم من أنّ المصلحة المتعاقدة لاسيما الإدارة تتمتع بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها، فالملحق لا يتم إبرامه ولا تنفيذ موضوعه إلاّ بعد إجراء مفاوضات ومناقشات للأسعار مع المصلحة المتعاقدة، ودون إجراء الدعوة للمنافسة، وفي ظل غياب اتفاقها مع المتعامل حول مثل هذه المسائل يترتب عنه ثبوت حق المتعامل في المطالبة بفسخ الصفقة.<sup>245</sup> كما يفهم من خلال سياق النص الوارد بالمادة 104 على أن يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة وكذا إمكانية تحديد سعر جديد، وبطبيعة الحال لا يتم هذا إلاّ في إطار تفاوضي.

### 3- مجال تطبيق الملحق:

#### أ- زيادة الخدمات و/أو تقليلها:

وهذا في حالة ما إذا اتضح أثناء تنفيذ الصفقة ظهور أشغال لم تكن متوقعة، ولم تكن محل اتفاق في عقد الصفقة الأصلية، ولا يمكن تنفيذ المشروع إلاّ بإضافتها، وبالمقابل فقد يتبين من خلال عملية تنفيذ عقد الصفقة، وأنّ الأشغال الواردة به تحتاج إلى تقليل، ففي كلتا الحالتين فإنّ الإجراء المقرر بتنظيم الصفقات العمومية لتعديل الأشغال الواردة بعقد الصفقة، يتمثل في ملحق الأشغال أو الخدمات.<sup>246</sup>

#### ب- تعديل بند أو عدّة بنود تعاقدية في الصفقة:

في تحرير الصفقة يُعتمد أساساً على مجموعة من الوثائق، يأتي على رأسها دفتر التعليمات الخاصة، أو ما عُرف تداولاً باسم دفتر الشروط، إذ لا يمكن للطرفان أن يتفقا على خلاف ما احتواه هذا الدفتر من شروط وتعليمات، لاسيما تلك المواد التي تحدّد على أساسها المتعامل المتعاقد المختار كما يعتمد في تحرير الصفقة على وثائق أخرى مثل محاضر المفاوضات، ومحضر فتح العروض ومحضر تقييم العروض.<sup>247</sup>

وعليه فإن الصفقة يتم إخراجها وفق شكل معين تحتوي على عدّة بنود تعاقدية إجبارية نص عليها تنظيم الصفقات العمومية،<sup>248</sup> منها ما هو أساسي كالتعيين الدقيق للأطراف وموضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفًا دقيقًا، المبلغ، شروط التسديد، أجل التنفيذ، بنك محل الوفاء. ومنها ما هو تكميلي مثل طريقة إبرام شروط عمل المتعاملين الثانويين واعتمادهم، كليات تطبيق حالات القوة القاهرة، البنود

<sup>245</sup> - بلحيرش سمير، المرجع السابق، ص 82.

<sup>246</sup> - نفس المرجع، ص 84.

<sup>247</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 227.

<sup>248</sup> - المادة 62 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية، وبالتالي فإنَّ أي بند من بنود الصفقة قابل للتعديل في حدود ما يسمح به القانون والشروط المطلوبة قانوناً.

### ج- عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي:

يكتسي تحديد الموضوع أهمية كبرى من حيث أنَّ الموضوع هو ركن الاتفاق الأساس، الذي يحدد ماهية الخدمة المطلوبة،<sup>249</sup> والتي إن صحت وتطابقت مع الحاجة، فإنَّ كل البنود الأخرى تصبح ممكنة التنفيذ، في حين أنَّ عدم تطابق الموضوع مع الحاجة المعبر عنها أو الإخلال ببند الموضوع في أي ركن من أركانه، سواء تعلق هذا الغموض بطبيعة السلعة أو الخدمة أو نوعيتها أو مكوناتها أو أصلاتها أو كمياتها، يجعل الصفقة في حد ذاتها مجالاً للنزاع من أساسه. وأياً كان موضوع الصفقة فإنه يستوجب تحديد الخدمات المرغوبة من وراء إبرامها أو قابليتها للتعيين، فيتم وصف الشيء موضوع الصفقة بذاته، وصفاً جامعاً مانعاً، فإذا لم يستطاع وصف الشيء بذاته، وجب أن يوصف بجنسه ونوعه ومقداره، فإن لم يتم ذكر المقدار فيجب أن تتضمن الصفقة ما يمكن به تحديد المقدار.<sup>250</sup> وبالتالي فإنَّ موضوع الصفقة يجب أن يتحدد بالطريقة التي سبق شرحها ومنه يمكن أن يشمل الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي، وبمفهوم المخالفة إذا لم يكن موضوع الملحق يدخل ضمن موضوع الصفقة فلا يجوز إبرامه.

### د- تمديد أجل صفقة الخدمات أو اقتناء اللوازم:<sup>251</sup>

إذا كان المشرع الجزائري أجاز للمصلحة المتعاقدة في حالة ما إذا تحتم عليها أن تقوم بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة، وكانت مبالغها تفوق السقف المطلوب، أن تبرم صفقة تسوية فيما بعد وتدرج فيها الطلبات المنفذة سابقاً وتعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات خلال السنة المالية، وإذا لم تتمكن أن تعرضها خلال هذه السنة فإنه أجاز لها أن تعرضها خلال السنة الموالية للتسوية، وهذا إذا ما تعلق الأمر بعمليات اقتناء اللوازم والخدمات من النوع الكثير الاستعمال وذي الطابع المتكرر،<sup>252</sup> فإنه من باب أولى أن يسمح المشرع للمصلحة المتعاقدة التي أبرمت صفقة عمومية تتعلق بالخدمات أو اقتناء اللوازم وفقاً للطرق القانونية المقررة في تنظيم الصفقات العمومية أن تمدد العمل بموجب ملحق - بالصفقة للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة العمومية، وهذا وفقاً لمبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

<sup>249</sup> - يقصد بها إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات أو الخدمات.

<sup>250</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص247.

<sup>251</sup> - أضيفت هذه الفقرة بموجب المرسوم الجديد 12-23، المعدل للمرسوم 10-236، بحيث لم يكن منصوص عليها في التنظيم 02-250 الملغى

<sup>252</sup> - المادة 06 الفقرة 13، 14 من المرسوم 10-236، المرجع السابق.



والملاحظ من خلال نص المادة أنّ الملحق ينصب على عنصرَي الزمن والموضوع، فمن حيث الزمن فإنّه يسمح بتمديد آجال تنفيذ الصفقة، ومن حيث الموضوع زيادة الكمية في ما يخص الخدمات أو التوريدات (اقتناء اللوازم)، ممّا يترتب عليه أثر مالي إضافي، ولكن لا يسمح بهذا الإجراء إلاّ بشروط:

- إذا تعلق الأمر بصفقات الخدمات أو اقتناء اللوازم، وتستبعد من هذا الإجراء صفقات الأشغال والدراسات.

- ألاّ يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد.

- ألاّ تكون نتيجة ممارسات مماثلة من طرفها.

- ألاّ تتجاوز هذه المدة أربعة أشهر.

#### 4- شروط إبرام الملحق:

إذا كانت سلطة تعديل العقد ثابتة للمصلحة المتعاقدة كما هي ثابتة للمتعاقد معها بأن يطلب تعديل العقد، ولا يتأتى ذلك إلاّ بموجب وثيقة تعاقدية هي الملحق، ولمّا كان هذا التعديل يمس بحقوق الخزينة وكذلك بالقواعد العامة للمنافسة، بل وبكل المبادئ المتعلقة بالصفقات العمومية قيّده المشرع بضوابط وشروط لا يمكن الخروج عنها هي:

#### أ- أن يبرم في الآجال التعاقدية:<sup>253</sup>

كقاعدة عامة أوجب القانون إبرام الملحق داخل الأجل التعاقدية، المحدد لتنفيذ الصفقة، واستثناءً أجاز إبرام ملاحق حتى ولو كانت خارج الآجال التعاقدية،<sup>254</sup> ولكن بشرط عرضها على الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات العمومية. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 105 "لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية".

ويقصد بالآجال التعاقدية الفترة التي يغطيها العقد، بمعنى من تاريخ دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى تاريخ نهايتها المقرر في بنود العقد الأصلي، وعليه لا يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام الملحق قبل تاريخ دخول الصفقة حيز التنفيذ أو بعد بلوغ تاريخ نهاية العقد، إلاّ أنّ المشرع ولاعتبارات عملية أجاز اللجوء للملحق حتى خارج الآجال التعاقدية ولكن بشروط:

#### إستثناءات هذا الشرط:

<sup>253</sup> - المادة 105 الفقرة الأولى، نفس المرجع.

<sup>254</sup> - بلحيرش سمير، المرجع السابق، ص 93.

- إذا كان الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق فقط بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر، شرط ألا يكون هذا البند يتعلق بآجال التنفيذ.<sup>255</sup>

- إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً معتبراً و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي.<sup>256</sup>

- إذا كان الغرض من الملحق، بصفة استثنائية، إقفال الصفقة نهائياً.<sup>257</sup>

رغم أن المشرع أجاز إبرام ملحق خارج الأجل التعاقدى إلا أنه ألزم المصلحة المتعاقدة من عرض الملحق على الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة في حالة الشرط الأول والثاني المذكور أعلاه.

### ب- ألا يتعدى موضوع الصفقة:

لاشك أن الإدارة وهي تمارس سلطتها في التعديل، تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وألا يتجاوزها، فلا يجوز أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة، أو خطوة لتغيير موضوع العقد، وإرهاق الطرف المتعاقد معها. ذلك أن المتعاقد مع الإدارة عندما قبل التعاقد معها، والتزم بتنفيذ مضمون العقد في آجال محددة، فإنه راعى في ذلك قدراته المالية والفنية، فإن أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها، ومن هنا وجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبياً، بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.<sup>258</sup> وهذا ما عبّر عنه المشرع بمفهوم المخالفة "يمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي"،<sup>259</sup> بمعنى أنه إذا كانت هذه التعديلات الجديدة تدخل ضمن موضوع الصفقة الأصلي فيمكن أن يلجأ بشأنها إلى إبرام الملحق، أما إذا لم تكن تشمل موضوع الصفقة الأصلي فلا يمكن إبرام الملحق. ومثال ذلك إذا كان موضوع الصفقة الأصلي يتعلق بصفقة اقتناء اللوازم أو توريدات فلا يمكن إجبار المتعاقد على إبرام ملحق يتعلق بتوفير خدمات النقل أو دراسات.

### ج- ألا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهرى بالصفقة:

255 - المطة الأولى من المادة 105 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق .

256 - المطة الثانية من المادة 105، نفس المرجع.

257 - المطة الثالثة من المادة 105، نفس المرجع.

258 - بلحيرش سمير، المرجع السابق، ص92.

259 - المادة 103 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 103 "...ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ماعدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف"

ويقصد بتوازن الصفقة هو زيادة الخدمات أو إنقاصها مقابل أثر مالي يساويها، أي يجب أن يتساوى الأثر المالي أي المقابل الذي يأخذه المتعاقد من المصلحة مع حجم الخدمات المنقصة أو الزائدة.

#### د- أن يخضع للرقابة:

المبدأ أن الملحق يخضع للرقابة الخارجية القبلية في الحالات التالية:

- إذا تضمن عمليات جديدة في مفهوم المادة 103 تتجاوز مبالغها النسب المحددة التالية:

1- 20% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

2- 10% من المبلغ الأصلي للصفقات، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

وبمفهوم المخالفة أنه إذا لم يتجاوز موضوع التعديل النسب المحددة أعلاه فإنه لا يخضع للرقابة الخارجية القبلية.

كما يشترط القانون<sup>260</sup> عرض الملحق على الرقابة الخارجية القبلية للجنة الصفقات المختصة حتى في الحالات الآتية ولو كانت خارج آجال التعاقد:

- إذا كان عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال و/أو تعديل بند تعاقدى أو أكثر، غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

- إذا ترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة الطرفين اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدى الأصلي.

#### إستثناءات عدم خضوع الملحق للرقابة:<sup>261</sup>

- إذا لم يتجاوز النسب المذكورة أعلاه أي (10% و 20%).

<sup>260</sup> - المادة 105 نفس المرجع.

<sup>261</sup> - المادة 106 المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

- إذا كان موضوع التعديل لا يمس تسمية الأطراف المتعاقدة.

- إذا لم يمس الضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد.

### المطلب الثاني- طرق إبرام الصفقات العمومية:

يتميز إبرام العقود الإدارية بتقييد حرية الإدارة العامة في اختيار الإدارة العامة في اختيار المتعاقد معها. فلا تتمتع بحرية اختيار شخص المتعاقد معها. كما لا تتمتع باختيار شكل وأساليب التعاقد. وعليه تتمتع الإدارة العامة بحرية أضييق من الحرية التي يتمتع بها الأفراد العاديون في اختيار الطرف الآخر في العقد وبشكل وأساليب التعاقد،<sup>262</sup> وفضلا عن ذلك يقيد الشارع حرية الإدارة في اختيار شخص المتعاقد معها، فباستثناء العقود التي تلعب شخصية المتعاقد أهمية كبيرة كعقد الامتياز، تلزم الإدارة بإتباع أساليب محدّدة لاختيار شخص المتعاقد، وهي أساليب قانونية لا تملك الإدارة أن تحيد عنها أو استبدالها بغيرها. ولقد تبنت التشريعات أسلوب المناقصات كأسلوب عام لإبرام العقود الإدارية (الفرع الأول)، والتفاوض الحر استثناءً يلجأ إليه في أضييق الحدود،<sup>263</sup> (الفرع الثاني).

### الفرع الأول- المناقصة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية:

إذا كان الشخص المتعاقد في القانون الخاص يتمتع بحرية تكاد تكون مطلقة في اختيار الطرف الثاني الذي يتعاقد معه، طالما كان هذا التعاقد في حدود النظام العام والآداب، فإن الأمر يختلف بالنسبة لأشخاص القانون العام، حيث توجد ضوابط معينة يتعين إتباعها عند اختيار من يتعاقدون معه.

إذ يهدف المشرع من وراء ذلك إلى ضمان تعاقد السلطات الإدارية مع أكفأ المتقدمين للتعاقد من الناحيتين الفنية والمالية، وكذلك التأكيد من كفالة المساواة والحيادة بين المتقدمين للتعاقد، بحيث يتم اختيار التعاقد بناء على أسباب موضوعية دون محاباة لأحد أو تأثر بأي اعتبارات شخصية.<sup>264</sup>

وأهم طريقة في إبرام الصفقات العمومية تضمن هذه الأهداف تحقيقاً للمصلحة العامة هي أسلوب المناقصة. وهذا ما نصت عليه المادة 25 من ت ص ع على أن "تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي".

262 - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 285.

263 - نفس المرجع، ص 286 .

264 - عبد الغني بسيوني عبدالله، المرجع السابق، ص 527.

ويقوم أسلوب المناقصة على أساس ضمان وجود المنافسة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة لكي يمكنها اختيار أفضل العروض من ناحية القدرة الفنية في مجال العقد المزمع إبرامه، وكذلك من الناحية المالية.<sup>265</sup>

وعليه سنحاول دراسة المناقصة بشيء من التفصيل خاصة وأنّ الركن المادي لجريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به يرتكز أساساً على مخالفة الإجراءات المتعلقة بالمناقصة.

### أولاً- تعريف المناقصة:

المناقصة هي جملة الإجراءات التي حدّدها المشرع للإدارة، وقيد بها سلطتها في اختيار المتعامل معها، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، بهدف الوصول إلى إبرام العقد مع المناقص الذي يقدم العرض الأقل سعراً والأفضل شروطاً.<sup>266</sup>

وعرّفت المادة 26 من ت ص ع المناقصة أنّها: "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

وعرّفها الفقه على أنّها "هي طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً سواء من الناحية المالية أو من الناحية المالية أو من ناحية الخدمات المطلوب أدائها" كما عرّفت أنّها "الطريقة المقررة قانوناً بقصد الوصول إلى الذي يتقدم بأصلح عطاء سواء بأقل سعر أو بأقل عطاء وبأفضل شروط مالية وأفضل شروط من حيث كفاء أداء العمل المطلوب". ويضيف تعريف آخر على أنّها "يقوم نظام المناقصة على أساس وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة يتنافسون فيما بينهم لتقديم عطاءات تختار الإدارة لأفضلها سعراً وشروطاً".<sup>267</sup>

واختلف الفقه الفرنسي في تعريف المناقصة، وساق فقهاء القانون الإداري الفرنسي عدّة تعاريف لها نوجزها في ما يلي:<sup>268</sup>

### تعريف موريس هوريو:

265 - نفس المرجع، ص 528 .  
266 - هيبه سردوك، المرجع السابق، ص 60.  
267 - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 88، 89.  
268 - وردت هذه التعاريف في تهميش مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، بيروت، سنة 2005، ص 489.

"(عقد مبرم مع علانية ومنافسة)، وهذا العقد مبرم بين الموظفين المختصين بالتصرف على أساس المناقصة، والمتنافس الذي يتم إرساء المناقصة عليه، ولكنه موقوف في نفس الوقت على اعتماد السلطات العليا".

انتقد هذا التعريف على أساس أن المناقصة لا تعتبر في حد ذاتها عقداً، وإنما إجراء نص عليه القانون لأجل الوصول إلى إبرام العقد من جانب الشخص المختص بذلك قانوناً، لذلك يرى الأستاذ جيز أن المناقصة ليست إلا عملاً تحضيرياً للعقد، وإن مكتب المناقصة لا يتعاقد، إنما يقتصر دوره على أن يقدم للسلطة المختصة بالتعاقد المرشح الذي يجب أن تلتزم الإدارة من حيث المبدأ بالتعاقد معه تحت ظروف محددة.

#### تعريف الأستاذ بونار: **bonnard**:

طرح تعريفاً أكثر منطقية للمناقصة وعرفها بأنها "المناقصة تصرف مخصص لإبرام عقود الشراء العام، وتقوم آليته على أساس الإرساء على المترشح الذي يقترح السعر الأكثر تخفيضاً، وذلك في سبيل أن تبرم الإدارة العقد مع هذا المتنافس، دون اختيار حر منها لهذا الأخير".

انتقد هذا التعريف أيضاً على أساس أنه أوضح الآلية التي تقوم عليها المناقصة، لكنه لم يوضح السلطة المكلفة بإجراء المناقصة، كما لم يأخذ في حسبانها السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في نطاق اعتماد نتائج المناقصة.

#### تعريف الأستاذ: **Péquignot**:

"المناقصة هي إجراء يهدف إلى تسمية المقاول الذي ستتعاقد معه الإدارة، إن بقيت على نيتها في إتمام العملية التعاقدية".

ويؤخذ على هذا التعريف عدم توضيح السلطة التي تنهض بعبء عملية إبرام المناقصة، وكذلك عدم إبراز آلية الإسناد التلقائي الذي يشمل في الواقع جوهر المناقصة، وإن كان يمتاز بإبراز جوانب السلطة التقديرية للإدارة في اعتماد أو عدم اعتماد نتائج الإرساء.

#### تعريف الأستاذ بينوا: **Bénoit**:

"المناقصة هي إجراء يشمل أسلوباً لإبرام العقود، والغاية منه إلزام الإدارة بأن تتعاقد مع الشخص الذي قدم أقل سعر ممكن"

انتقد أيضاً هذا التعريف على أساس أنه لا يبرز كل الجوانب القانونية التي تتميز بها المناقصة، كالاتتماد، والسلطة التي تهض بعملية المناقصة، وإن كان يحدد ماهية المناقصة بأنها "إجراء".

### تعريف الأستاذان فيدل وديلفولفيه:

"المناقصة هي إجراء يقود إلى إبرام العقد مع العارض الذي قدم السعر الأقل تخفيضاً، بعد طرح إجراء منافسة أصولية بين كل العارضين المتقدمين"

وواضح قصور هذا التعريف الذي يتضمن فقط الإشارة إلى المنافسة وآلية الإرساء على السعر الأقل.

### تعريف الأستاذ قيبال: Guibal:

"المناقصة هي إجراء قائم على أرضية المنافسة، والإرساء غير المفاوض لعقود الشراء العام، والذي يستند في نفس الوقت على معيار وحيد للاختيار هو السعر".

وهذا التعريف كسابقه يقتصر على الإشارة إلى بعض المقومات القانونية للمناقصة، ويغفل مقومات أخرى جوهرية.

### تعريف الأستاذ دو لويادير:

"المناقصة هي إجراء يتميز بحماية المصالح المالية للإدارة، بحيث يجيز لها أن تبرم العقد مع الشخص الذي يتقدم بالشروط السعريّة الأكثر ملاءمة، وذلك على أساس قيامه بشكل جوهري على نظام المنافسة والعلانية، مع موازنة الإسناد التلقائي للمناقصة بالسلطة التقديرية الممنوحة للسلطة الإدارية المختصة باعتماد العقد".

إن نلاحظ أنّ هناك عدّة تعاريف للمناقصة عجزت عن وضع تعريف جامع مانع لها وهذا من طبيعة الفقه، إلا أنّ هناك بعض العناصر المشتركة بين كل التعاريف كأساس تقوم عليه المناقصة وهي:

- المناقصة إجراء أساسي قبل إبرام العقد.
- المناقصة تقوم على مبدأ المنافسة و العلنية.
- المناقصة تحتاج إلى اعتماد من السلطة المختصة.

### ثانياً - أشكال المناقصة:

المناقصة كطريقة من طرق إبرام الصفقات العمومية يمكن أن تكون وطنية أو دولية، وتكون في شكل مناقصة مفتوحة أو محدودة أو تأخذ شكل الاستشارة الانتقائية أو المزيدة أو المسابقة.<sup>269</sup>

## 1- المناقصة المفتوحة:

### أ- تعريف المناقصة المفتوحة:

المناقصة المفتوحة هي مناقصة توجه إلى كل المتنافسين بدون حصر أو تخصيص أو استثناء، أي ما كان هذا التخصيص أو الاستثناء، بحيث يحق للجميع سحب دفاتر الشروط وبالتالي تقديم عروضهم للمشاركة في المناقصة.<sup>270</sup>

وعرّفت المادة 29 من التنظيم الجديد المناقصة المفتوحة على أنّها "المناقصة المفتوحة هي إجراء يمكن من خلاله أي مرشح مؤهل أن يقدم تعهداً" وهو نفس التعريف الوارد بالمادة 24 من التنظيم القديم الملغى.

وبهذا المعنى فإنّ المناقصة مفتوحة لكل من يريد التقدم بعرضه طالما أنّ شروط المناقصة متوافرة فيه، وهذه المناقصة قد تكون وطنية (داخلية)، أي يقتصر الإعلان عنها داخل الجزائر فقط وقد تكون دولية (خارجية) وقد تكون وطنية ودولية في آن واحد.<sup>271</sup>

فالمناقصة المفتوحة هي التي يفتح فيها باب المنافسة أمام الجميع، دون قيود أو اشتراطات خاصة يجب أن تتوفر في من يتقدم بعطائه، فيكون لكل من يجد نفسه قادراً على التعاقد مع الإدارة أن يتقدم بعرضه الذي يقدم فيه السعر الذي يقبل التعاقد به، والمواصفات الفنية والتقنية ومستوى الخدمات التي يمكنه إنجازها.<sup>272</sup>

كما أنّ المناقصة المفتوحة ليست مقصورة على المتعاملين الوطنيين فقط بل يمكن أن تمتد إلى اختيار متعاملين أجانب وهذا حسب طبيعة المناقصة والخدمات المطلوبة، ويقصد بالمتعامل الأجنبي في مفهوم ت ص ع الجزائري المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي وكفالة حسن التنفيذ في حال تعذر تقديم ضمانات من دولته، وأخرج المشرع الجزائري المؤسسات الأجنبية الكائنة في الجزائر من إطار مفهوم المتعامل الأجنبي.<sup>273</sup>

<sup>269</sup> - المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>270</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 176.

<sup>271</sup> - المادة 28 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>272</sup> - هيبية سردوك، المرجع السابق، ص 62، 63.

<sup>273</sup> - نفس المرجع، ص 64.



## ب - مزايا وعيوب المناقصة المفتوحة:

### - المزايا:

يضمن هذا الشكل من أشكال المناقصة بسبب عدم محدوديته أكبر قدر من المشاركة، وبالتالي يضمن أوسع ما يمكن توفيره من درجات الاحترام للمبادئ العامة للصفقة العمومية المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة، وسهولة المشاركة للوصول للطلبية العامة.<sup>274</sup> وهي بهذا وسيلة لاختيارٍ عادل ومنصف.<sup>275</sup>

### - العيوب:

إنَّ ما تضمنه هذه الصيغة من سعة مشاركة لا يؤدي بالضرورة إلى أكبر قدر من المنافسة، ذلك أنَّه عندما تكون المناقصة مفتوحة فإنَّ كثير من العروض يمكن أن تصل إلى المصلحة المتعاقدة، غير أنَّ هذه العروض قد لا تكون كلها مطابقة، أو تستجيب كلية لمتطلبات المشروع، أو صادرة عن مؤسسات تملك القدرات التقنية والمالية الضرورية لإنجاز المشروع. ولذلك فإنَّ من عيوب هذا الشكل هو وضع أمام المصلحة المتعاقدة عروض بعدد أكبر، ممَّا يستلزم إجراءات ومقارنات بحجم يأخذ من وقت المصلحة المتعاقدة، دون أن يفيد بالضرورة على حصول منافسة أوسع، وبالتالي على عرض أحسن.<sup>276</sup>

## 2- المناقصة المحدودة:

إذا كانت المناقصة المفتوحة موجهة إلى كل متعامل يرى نفسه قادراً للتقدم بعطائه دون قيد أو شرط من الإدارة فإنَّ المناقصة المحدودة هي عكس ذلك بحيث تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في فئة المتعاملين الذين يمكنهم تقديم عطاءاتهم وهذا بوضع قيود وشروط مسبقة يستلزم توافرها في المرشحين، قد تكون هذه الشروط فنية أو موضوعية حسب طبيعة المشروع والأهداف التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها.

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا الشكل من أشكال المناقصة في الحالات التي تتطلب درجة معينة من الكفاءة أو الخبرة، وتحدد الإدارة الشروط والمؤهلات الخاصة التي تتطلبها بصورة مفصلة في دفاتر الشروط الخاصة بالصفقة، وبذلك تتمكن المصلحة المتعاقدة من التأكد من الكفاءة الفنية والمهنية العالية للمتنافسين.<sup>277</sup>

<sup>274</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 176.

<sup>275</sup> - M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, op-cit, p77.

<sup>276</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 177.

<sup>277</sup> - هيبية سردوك، المرجع السابق، ص 65.

وعرّفت المادة 30 من التنظيم الجديد المناقصة المحدودة على أنّها "المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلاّ للمرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقاً" وهو نفس التعريف الوارد بالمادة 25 من القانون الملغى.

وتُعرف في بعض التشريعات المقارنة بالمناقصة المقيدة، وهي صيغة خاصة للمناقصة تكون فيها المنافسة مقيدة بحيث لا يدخلها إلاّ المرشّحون الذين اختارتهم الإدارة نظراً للضمانات المهنية والمالية التي قدّموها، وذلك لأنّ محل العقد يكون ذا طبيعة تقنية خاصة.<sup>278</sup> وتتميز الإدارة في نطاق المناقصة المحدودة بالسلطة التقديرية في تحديد المرشحين للدخول في المنافسة، وتبرر هذه السلطة التقديرية على أساس وجود أداءات ذات أهمية خاصة تستوجب تقديراً حراً من جانب الإدارة للأهلية التقنية للمتنافسين المحتملين، وبذلك فإنّه لا يكفي أن تفرض شروط عامة للمنافسة، بل يجب أن تمارس الإدارة في هذا النطاق سلطة تقديرية لكي تستبعد بقرار فردي كل مرشح لا يكون على مستوى الكفاءة المطلوبة لتنفيذ مثل هذه الأداءات ذات الحساسية الخاصة.<sup>279</sup>

فالإدارة لها سلطة الاختيار المسبق لمن يحق لهم الدخول فيها بالمنافسة إلاّ أنّها لا تعطىها الحق في تجاوز فرص المنافسة بين المناقصين. لأنّ التساوي بالمنافسة يعتبر مبدئاً عاماً في جميع أنواع المناقصات فهو من النظام العام. وبالتالي فإنّ المناقصة تكون محدودة في عملية اختيار من يدخل فيها وتكون غير محدودة في عملية المنافسة بين المتقدمين إليها.<sup>280</sup>

وفي التشريع الجزائري فإنّ المناقصة المحدودة تختلف عن المناقصة المفتوحة في أنّ المنافسة توجه لفئة معينة بعينها دون غيرها، غير أن هذه المحدودية في المناقصة لا تعني توجيهها إلى فئة معروفة بذواتها، وإنّما فقط بصفاتهما.<sup>281</sup>

وباعتبار أنّ استعمال الإدارة لهذه السلطة التقديرية قد تُخرجها عن نطاقها القانوني وتتسبب في استعمالها، على هذا الأساس وجدت ضمانات قانونية وأخرى قضائية لمواجهة الإدارة في تعسفها.

ومن بين الضمانات القانونية هو ما نصت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي، بخصوص طريقة إبرام الصفقة العمومية وتحديد شروطها فهي اختصاص أصيل للمصلحة المتعاقدة، وهي وحدها التي تحدد الطريقة والكيفية، وشروطها، "إنّ البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف

278 - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 531. وتتشابه هذه المناقصة مع الاستشارة الانتقائية في التشعب الجزائري.

279 - نفس المرجع، ص 537.

280 - محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1999، ص 69.

281 - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 177.

المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، هو الذي يحدد اختيار كيفية إبرام الصفقات. ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقاً لأحكام هذا المرسوم".

ولكن المشرع في إطار هذا الاختيار أجبر المصلحة المتعاقدة أن تبرر وتعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة، أي عليها أن تُسبب لماذا لجأت إلى هذه الطريقة دون الأخرى.

أيضاً من بين الضمانات القانونية هي تلك المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية ولاسيما تلك المتعلقة بالعلانية والإشهار الصحفي، والقبول على درجتين.

ومن بين الضمانات القضائية ممارسة القضاء الإداري للرقابة في مجال المناقصة المحدودة والتي تمارس على مستويين:

#### أ- اللجوء غير المشروع إلى المناقصة المحدودة:

إنّ مسألة اللجوء إلى المناقصة المقيدة أو المحدودة تعتبر مسألة ملاءمة متعلقة أساساً بأسباب تقنية، يمكن للإدارة أن تثيرها في كل وقت، ممّا دفع مجلس الدولة الفرنسي لأول وهلة إلى تقرير عدم التعقيب على قرار الإدارة بهذا الشأن، إلاّ بسبب الانحراف بالسلطة. غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد فرض رقابته فيما بعد على وجود الأسباب التي تدعيها الإدارة للجوء إلى المناقصة المقيدة (المحدودة)، وعلى التكييف القانوني لهذه الأسباب من حيث إنها تشكل ظروفاً تقنية من شأنها أن تدفع الإدارة إلى اتخاذ قرار تقييد المنافسة.<sup>282</sup>

#### ب- الاستبعاد غير المشروع لأحد المتعهدين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة:

إذا كان وزن المناسبة وتقديرها يهرب من نطاق الرقابة القضائية في نطاق قبول المرشحين للدخول للمنافسة، إلاّ أنّ ذلك لم يمنع مجلس الدولة الفرنسي من تطبيق القواعد العامة التي لا تتناقض مع مقتضيات هذه السلطة التقديرية، فقد حكم هذا المجلس بأنّ قرارات رفض الترشيح المشوبة بعيوب تتعلق بالاختصاص أو بالإجراء تكون باطلة، وكذلك إذا بني قرار الاستبعاد على أسباب غير موجودة مادياً، وأيضاً يكون قرار رفض الترشيح باطلاً، إذا كان مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، وذلك حين يقرر في غير مصلحة المرفق المتعلقة بالطبيعة الخاصة للعقد محل المناقصة.<sup>283</sup>

282 - مهند مختار نوح، المرجع السابق ص 543.

283 - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 543.

وأخيراً، فإن مجلس الدولة سلّم بترتيب مسؤولية الإدارة بسبب الاستبعاد غير المشروع، إذا ترتب عليه أي ضرر.<sup>284</sup>

### 3- الاستشارة الانتقائية:

#### أ- تعريف الاستشارة الانتقائية:

عرّفت المادة 31 من القانون الجديد 10-236، والمعدلة بالمادة 06 من المرسوم الرئاسي 12-23 على أنّها "الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي".

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنّه لا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة إلاّ عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة و/أو ذات أهمية خاصة.<sup>285</sup>

كما أضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنّه "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات هندسية مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوائح خاصة ذات طابع تكراري. وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث سنوات".

وبهذا نلاحظ أنّ النص عرّف الاستشارة الانتقائية وبيّن شروط اللجوء إليها ومجالها وأخيراً إجراءاتها. وبالتالي فإنّ الاستشارة الانتقائية تمرّ بمرحلتين أساسيتين هما انتقاء أولي ثم المنافسة بينهم، ولكل مرحلة شروطها ومجالها.

#### ب- مراحل الاستشارة الانتقائية:

##### المرحلة الأولى: الانتقاء الأولي:

تعتبر الاستشارة الانتقائية شكلاً من أشكال المناقصة وهي بالتالي طريقة من طرق التعاقد للمصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية وخصّها المشرع بإجراءات خاصة بها، زيادة عن الإجراءات العامة المتعلقة بالمناقصة.

وتكفل هذه الطريقة للإدارة قدرًا من الحرية تتمثل في الاعتراف لها بسلطة انتقاء المرشحين مسبقاً، كمرحلة أولى ودعوتهم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عن هؤلاء المعارضين وبحكم طبيعة

<sup>284</sup> - نفس المرجع، ص 543.

<sup>285</sup> - الفقرة الثانية من المادة 31 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

الخدمة موضوع العقد،<sup>286</sup> وتتم هذه العملية بطريقتين: أن تلجأ الإدارة إلى هذا الإجراء بمناسبة كل عملية، أو أن تضع قائمة مسبقة تلجأ إليها خصيصاً دون دعوة متنافسين آخرين.

#### 1- الاستشارة الانتقائية بدون قائمة معدة سلفاً:<sup>287</sup>

وهي استشارة تتم بطريقة غير مباشرة إن صح التعبير، فبعد الإعلان عن المناقصة يقدم المرشحون ترشيحاتهم للمصلحة المتعاقدة التي تختار من بين هذه الترشيحات مجموعة من المتعاملين حسب الشروط المطلوبة مسبقاً، لاسيما في دفتر الشروط، ليتم اختيار مجموعة من المرشحين هم فقط المرخص لهم بتقديم عروضهم ومواصلة المنافسة، وهكذا تتكرر العملية كل مرة عند الإعلان عن مناقصة بهذه الطريقة، دون أن تسجل أسماء هؤلاء المرشحين في قائمة مسبقة ويتم استدعائهم في كل عملية، بل تُعد قائمة عند كل عملية. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 31 من ت ص ع بنصها "الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصاً للقيام بذلك بعد انتقاء أولي". ويضيف نص المادة أنّ مجال هذه الاستشارة هو العمليات المعقدة و/أو ذات أهمية خاصة، ولكن المشرع الجزائري لم يحدد ما هي العمليات المعقدة أو ذات أهمية خاصة، إلاّ أنّه بالرجوع إلى الملحق رقم 1 المتعلق بتصنيف منشآت البناء حسب درجة التعقيد لدفع أجور الاستشارة الفنية، المنصوص عليه بالقرار الوزاري المشترك لسنة 1988 يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، حدّد في (الفئة هـ) شكل البناء المعقد وقدم أمثلة عن ذلك وتتمثل في البناء بالنسبة للسكن هي تلك التي يتجاوز علوها أكثر من 50 متراً، وبالنسبة للإدارات هي تلك المتعلقة بالوزارات، والتمثيلات الدبلوماسية، مقرات الشركات ذات النشاطات الدولية، وفي مجال التربية أهم الجامعات والمدارس، وفي مجال التجهيزات المراكز الصحية الجامعية لأكثر من 240 سرير، مركبات أولمبية هامة، مراكز كبرى متكاملة، مطارات دولية، مساجد لأكثر من 10.000 مصل، وفي مجال الخدمات فنادق خارجة عن أي تصنيف،<sup>288</sup> والحقيقة أنّ هذا التصنيف إذا كان جائزاً في سنة 1988 نظراً لقلة الإمكانيات والكفاءات في تلك الفترة، فإنّه لم يعد كذلك اليوم.

المصلحة المتعاقدة ليست حرة في اللجوء إلى هذه الطريقة بحيث يجب أن تكون أولاً تخصص عمليات معقدة و/أو ذات أهمية خاصة، ثم يجب عليها أن تكون قد أعدت من قبل دراسات أو مخطط عمل ووضعت به مواصفات تقنية مفصلة معدة على أساس:

<sup>286</sup> - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص 130.

<sup>287</sup> - الفقرة الثانية من المادة 31 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>288</sup> - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 مايو 1988 يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر مؤرخة في 15 ربيع الأول 1409 هجرية، ص 1479، المعدل والمتمم.

- مقاييس أو نجاعة تسعى المصلحة المتعاقدة بلوغها.

- برنامج وظيفي، استثناء، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.

إنّ قراءة المادة 31 بتمعن نستنتج أنّ المشرع الجزائري أورد القاعدة العامة للاستشارة الانتقائية وشروط اللجوء إليها وإجراءاتها بحيث أوضح أنّ مجالها هو العمليات المعقدة أو ذات أهمية خاصة فقط ويكون اللجوء إلى هذا المجال على أساس مواصفات تقنية أو برنامج وظيفي، والاستثناء هو أنّه أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ مباشرة لاستشارة المتعاملين الاقتصاديين وهذا بوضع قائمة مسبقاً لهؤلاء المتعاملين تدعوهم فيما بعد لتقديم عروضهم.

## 2- الاستشارة الانتقائية بموجب قائمة معدة سلفاً: 289

الاستشارة الانتقائية بموجب قائمة معدة سلفاً هي استشارة محدودة جداً، بحيث تقتصر على متعاملين اقتصاديين معينين من قبل بموجب قائمة وضعتها المصلحة المتعاقدة يتم استشارتهم دون غيرهم ويتم دعوتهم لتقديم ترشيحاتهم بمناسبة كل عملية من هذا النوع، وهذا استثناءً عن القاعدة العامة التي لا توضع فيها قائمة مسبقاً وإنما يبقى المجال مفتوح لكل المتعاملين دون استثناء -مع توافر الشروط المطلوبة الأخرى-.

وتخص هذه الاستشارة إنجاز عمليات هندسية مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري.

غير أن الفقرة الأخيرة من المادة 31 أثارت مشكلة في غاية من الأهمية ، بحيث أنّه بعد أن نصت الفقرة الأولى من نفس المادة على مجال تطبيق الاستشارة الانتقائية ويتعلق الأمر بعمليات معقدة و/أو ذات أهمية خاصة، وأيضاً إذا كان الأمر يتعلق بإنجاز عمليات هندسية مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري. نصت الفقرة الأخيرة على أنّه "تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية كما هو منصوص عليه في المادة 31 أعلاه، بموجب قرار مشترك بين مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية".

فالسؤال المطروح. المشرع لم يذكر إلاّ الهيئة الوطنية المستقلة والوزير المعني فقط ولم يذكر باقي المصالح المتعاقدة المنصوص عليها بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236، خاصة وأنّ الفقرة ما قبل الأخيرة أيضاً تنص على أنّ الهيئة الوطنية المستقلة والوزير المعني والوزير المكلف بالمالية يمكنهم دفع منحاً للمرشحين في حالة الاستشارة الانتقائية على أساس البرنامج الوظيفي، فهل يعني ذلك أنّ هذه

289 - الفقرة الثالثة من المادة 31 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

الهيئات فقط هي التي يلزمها القانون بتحديد قائمة المشاريع المعنية بالاستشارة الانتقائية وباقي المصالح المتعاقدة غير معنية بذلك أي بتحديد القائمة، وبالتالي تبقى كل المجالات مفتوحة للاستشارة الانتقائية؟ أم أنّ هذه المصالح فقط هي التي يمكنها استعمال الاستشارة الانتقائية وباقي المصالح لا يمكنها ذلك؟ بمعنى استبعاد الولايات والبلديات والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري ومراكز البحث والمؤسسات العمومية... إلخ.

من خلال صياغة النص يفهم منه أنّ القاعدة جاءت عامة وبالتالي كل المصالح المتعاقدة يمكنها استعمال الاستشارة الانتقائية بدون استثناء والمادة 32 نصّت على الإجراءات المستعملة في الاستشارة الانتقائية وبالتالي يفهم من الفقرة الأخيرة من المادة 32 أنّ الهيئة الوطنية المستقلة أو الإدارة العمومية ممثلة في الوزير المعني هما فقط من يلزمهم القانون بوضع قائمة باسم المشاريع المعنية بالاستشارة الانتقائية. وبالتالي فإنّ كل وزارة من الوزارات لها أن تحدد قائمة المشاريع الخاصة بها والتي تخضع للاستشارة الانتقائية، وفعلاً صدرت بعض القرارات الإدارية عن بعض الوزارات تحدد قائمة المشاريع المعنية بالاستشارة منها وزارة السكن والعمران التي حدّدت بموجب قرار مشترك بينها وبين وزارة المالية المشاريع المتعلقة بدراسة و/أو إنجاز تجمعات مدمجة للسكنات والتجهيزات المرافقة.<sup>290</sup>

ويشمل قوام المشاريع المعنية بإجراء الاستشارة الانتقائية ، ألفين (2) إلى خمسة (5) آلاف وحدة سكنية وتجهيزاتها المرافقة.<sup>291</sup> ويمكن أن يدخل ضمن هذه الفئة المشاريع الكبرى مثل إنجاز السدود، أشغال الأنفاق، الأشغال الفنية ذات الحجم الكبير، أرضية المطارات والطرق السريعة.<sup>292</sup>

### المرحلة الثانية - المنافسة فيما بينهم:

إنّ أهم المبادئ التي نص عليها المشرع بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 هو مبدأ المنافسة أو كما عبر عنه المشرع الجزائري بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ويقتضي هذا، الإعلان الموسع للصفحة والذي يكون عن طريق وسائل الإعلام الواسعة الانتشار وكذا في نشرة المتعامل العمومي.<sup>293</sup> وكلّما كان الإعلان عن المناقصة موسعاً وفي جرائد ذات انتشار واسع كلّما كانت العروض المقدمة كثيرة، ولكن في بعض الحالات لسبب أو لآخر تكون العروض قليلة نظراً للمدة القصيرة التي يظهر فيها الإعلان في الجرائد، أو لطبيعة الصفقة، كأن يكون المهتمين بهذا النوع من الصفقات قليل،

<sup>290</sup> - المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 07 يناير سنة 2013، يحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية، ج ر عدد رقم 02، مؤرخ في 13 يناير 2013.

<sup>291</sup> - المادة الثانية، من القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 07 يناير سنة 2013، يحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية، المرجع السابق.

<sup>292</sup> - M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, op-cit, p79.

<sup>293</sup> - لمزيد من الشرح حول الإعلان عن الاستشارة أنظر مرحلة الإعلان عن المناقصة، ص 103 وما يليها.

أو شروط الترشح غير متوفرة في المهتمين، فإنّ المشرع الجزائري اشترط أن يكون عدد المرشحين الذين تم انتقاؤهم الأولي لا يقل عن ثلاثة، وفي حالة عدم بلوغ هذا العدد فإنّه يشترط إعادة العملية من جديد.<sup>294</sup> وبعد إعادة الإجراء تتواصل العملية فيما بعد حتى وإذا كانت العروض أقل من ثلاثة،<sup>295</sup> واشترط المشرع في هذه الحالة أن يستجيب العرض المختار لمتطلبات النوعية والآجال والسعر، بمعنى أنّ المشرع لم يلزم المصلحة المتعاقدة إبرام العقد مع أحد المرشحين الذين قدموا عروضهم بل أنّه حتى في حالة ما إذا كان العرض يستوفي كل الشروط القانونية المطلوبة في دفتر الشروط، فإنّ للمصلحة المتعاقدة أن ترفض العرض إذا لم يستجيب لمتطلبات النوعية والآجال والسعر. ولا يمكن إجبار المصلحة المتعاقدة على إبرام العقد.

### ج - إجراءات خاصة بالاستشارة الانتقائية:

مهما كانت طريقة الاستشارة الانتقائية سواء عن طريق وضع قائمة مسبقاً أو بدون القائمة المسبقة فإن الإجراءات اللاحقة هي نفسها، بحيث يتم دعوة المرشحين الذين تم انتقاؤهم الأولي، طبقاً لأحكام المادة 31، في مرحلة أولى، برسائل استشارة، إلى تقديم عروضهم التقنية الأولية، دون العروض المالية. ويمكن للجنة تقييم العروض بالنسبة للعروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، أن تطلب كتابياً، بواسطة المصلحة المتعاقدة، من المرشحين تقديم توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم.<sup>296</sup>

كما أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة تنظيم اجتماعات موسعة تضم أعضاء لجنة تقييم العروض وكذا خبراء إذا استدعت الضرورة لذلك، تتوج بتحرير محاضر يوقعها جميع الحاضرين.<sup>297</sup> كما أجاز أثناء الاجتماعات تقديم المرشحين لتوضيحات وتفصيلات عن عروضهم كتابياً، بشرط ألا تؤدي هذه التوضيحات إلى تعديل العروض بصفة أساسية، وتكون هذه التوضيحات المكتوبة جزءاً لا يتجزأ من عروضهم.

بعد هذا تقوم لجنة تقييم العروض بإقصاء العروض التي لا تستوفي الشروط الضرورية ولاسيما متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المنصوص عليها بالمادة 31 والمؤكد في دفتر الشروط.

بعد اختيار لجنة تقييم العروض للمرشحين المقبولين والذين استوفت عروضهم التقنية الأولية الشروط القانونية والمطابقة، يدعى هؤلاء لتقديم عرض تقني نهائي، وعرض مالي على أساس دفتر

<sup>294</sup> - الفقرة الرابعة من المادة 32 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>295</sup> - الفقرة الخامسة من المادة 32، نفس المرجع.

<sup>296</sup> - الفقرة 2 من المادة 32، المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>297</sup> - الفقرة الثالثة من المادة 32، نفس المرجع.



الشروط المعدل عند الضرورة، ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة، على إثر تقديم التوضيحات المطلوبة أثناء المرحلة الأولى.

وعليه نستخلص أنّ المشرع في الاستشارة الانتقائية يتم تقديم فيها عرض تقني أولي ثم عرض تقني نهائي وعرض مالي، عكس باقي أنواع المناقصات أين يكون فيها عرضين فقط تقني ومالي. كما أجاز المشرع للجنة تقييم العروض الاستعانة بخبرة متخصصة في المجال المعني وهذا خارج أعضاء اللجنة ويستحسن أن يكونوا جزائريين يتم تعيينهم لهذا الغرض.

#### 4- المزايدة:

تستخدم المناقصة في حالة ما إذا أرادت الإدارة تنفيذ أعمال معينة عن طريق الغير، وتستخدم المزايدة في الحالة العكسية، أي إذا أرادت الإدارة أن تتصرف في بعض ممتلكاتها إلى الغير سواء عن طريق البيع أو الإيجار.<sup>298</sup>

والمناقصة عكس المزايدة، فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء. ويكون ذلك عادة إذا أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة مثلا أما الثانية فتترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، وذلك إذا أرادت الإدارة مثلا أن تبيع أو توجر شيئاً من أملاكها.<sup>299</sup>

وفي التشريع الجزائري نصت المادة 33 من المرسوم 10-236 على أنّ "المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمناً، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري".

المشرع الفرنسي لم ينظم المزايدة في قانون الصفقات العمومية بوصفه يحكم العقود التي تؤدي إلى تحقيق الشراء العام، بينما المزايدة باعتبارها أسلوباً لإبرام عقود البيع التي تكون الإدارة طرفاً فيها، نظّمها قانون أملاك الدولة الذي أباح التصرف بأموال الدولة الخاصة، وهذا بموجب المادة 1290R بنصها "التصرف بعقار يقع ضمن مال الدولة الخاص يجب أن يتم بناء على مزايدة عامة..."، ونفس المبدأ لبيع المنقولات التي تعتبر من أموال الدولة الخاصة.<sup>300</sup>

<sup>298</sup> - أنس جعفر، المرجع السابق، ص123.

<sup>299</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 226.

<sup>300</sup> - أنظر تهميش رقم 3 ص 491، مهند مختار نوح، المرجع السابق.

أمّا في مصر فإنّ المزايدة وردت في ما يسمى بقانون المناقصات والمزايدات<sup>301</sup> ولكن باعتبار المزايدة كأسلوب لبيع وتأجير العقارات والمنقولات والترخيص بالانتفاع، أو باستغلال العقارات وليس كشكل من أشكال المناقصة، فالمشرع المصري أعطى للقانون تسمية "قانون المناقصات والمزايدات" أمّا المشرع الجزائري فسماه "تنظيم الصفقات العمومية"، أي بدون تنظيم للمزايدات.<sup>302</sup>

وفي ليبيا عرّفها المشرع الليبي بموجب المادة رقم 08 من لائحة العقود الإدارية النافذة بأنّها "المزايدة العامة: وتجري لبيع الأشياء، وتتم عن طريق تقديم عطاءات للشراء أو بطريق المناذاة للوصول إلى أعلى الأسعار".<sup>303</sup>

إنّ ما يمكن ملاحظته من خلال التشريعات المقارنة فإنّ المشرع الجزائري استعمل مصطلح المزايدة في غير محله، فمفهوم المزايدة يستعمل عادة عندما تقوم الإدارة ببيع ممتلكاتها بالمزاد العلني وبالتالي يتم تخصيص ذلك للمتنافس الذي يقترح أعلى سعر.<sup>304</sup> والتشريعات المقارنة استعملت هذا المصطلح أيضاً لمّا تكون بصدد بيع أشياء، أي إدخال أموال لذمتها المالية وليس إخراج أموال - وهذا هو الأصح-، ووضعت هذه التشريعات نصوص دقيقة تحدد إجراءات المزايدة وكيفية استعمالها إلى غاية إرساء المزاد، أمّا في التشريع الجزائري فإنّ المشرع سلك مسلكاً مغايراً واستعمل المزايدة كشكل من أشكال المناقصة، دون أن يحدد إجراءاتها واكتفى بالنص عليها بمادة واحدة فقط وهي نص المادة 33 التي أعطت تعريفاً فقط للمزايدة ومجال تطبيقها، فنصّت على أنّ "المزايدة هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمناً.....ومجالها العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري".

فتسمية هذا الشكل من أشكال المناقصة على هذا النحو (المزايدة)، أراد به المشرع في الغالب الوضع الذي تكون فيه الإدارة هي المشتري، بمفهوم النصوص والتنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية، ولكون الإدارة في وضع المشتري فإنّ المعقول هنا أن تلجأ الإدارة إلى تخصيص الصفقة إلى المتعامل الذي قدم أقل سعراً، وهو ما ذهبت إليه المادة 33 من المرسوم الرئاسي.<sup>305</sup>

يدخل ضمن هذا الشكل أيضاً الوضع الآخر، الذي يمكن أن تلجأ إليه الإدارة في حالة كونها بائعاً، وهنا يصحّ تسمية هذا الصنف باسم المزايدة، مثل العمليات التي تقوم بها البلديات في كراء

<sup>301</sup> - قانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، ج ر العدد 19(مكرر) في 8 مايو سنة 1998، ولائحته التنفيذية بموجب قرار رقم 1367 لسنة 1998، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الوقائع المصرية، العدد 2.1(تابع) في 6 سبتمبر سنة 1998.

<sup>302</sup> - مصطلح "الصفقات" هو أكثر شمولية من مصطلح "المناقصة" أو "المزايدة"، ولكن يعاب على المشرع الجزائري عدم تنظيم المزايدة تنظيمياً دقيقاً.

<sup>303</sup> - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص90.

<sup>304</sup> - لوز رياض، المرجع السابق، ص49.

<sup>305</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص181.

واستغلال الملكيات الجماعية المحلية كإيجار المحلات التجارية والمذابح البلدية والأسواق وأماكن التخيم وأماكن التوقف وقاعات الحفلات وغيرها. والتي تهدف إلى البيع أو الإيجار بأحسن سعر أو الشراء بأقل ثمن.<sup>306</sup>

فعملياً المصلحة المتعاقدة تحدد السعر الأدنى مسبقاً والذي على أساسه يتم فتح المزايمة، ويقدم المزايدون عروضهم مباشرة وشفاهة على أن يرسو المزاوم على آخر مزايمة والذي قدم أعلى عرض وقد يتم بطريقة غير مباشرة، بحيث تحدد الإدارة السعر الافتتاحي وتضعه في ظرف مغلق ويبقى سري إلى غاية فتح الأظرفة التي يعرض فيها المزايدون سعرهم المقترح ليرسو المزاوم على العرض الذي يقدم أعلى عرض.<sup>307</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، بأن يكون بيع وتأجير العقارات والمنقولات والمشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالانتفاع أو باستغلال العقارات بما في ذلك المنشآت السياحية والمقاصف، عن طريق مزايمة علنية عامة أو محلية أو بالمظاريف المغلقة.

#### 5- المسابقة:

نصت المادة 34 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي 12-23 على أن "المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة".

تعتبر المسابقة إجراء استثنائي للقاعدة التي تفرض تحديد خصوصيات الخدمات مسبقاً من طرف صاحب المشروع، في هذه الحالة يحدث العكس بحيث يكون على المتنافس تحديد الخدمات التي يقترحها، وذلك في الإطار المحدد من طرف المصلحة المتعاقدة، التي تبين الاحتياجات الملزم الاستجابة لها وكذا الأقصى نفقة الممكن استعمالها لذلك.<sup>308</sup>

وعلى هذا فإن المسابقة يمكن أن تشمل القيام بتحضير وصياغة مشروع ما، فيه إبداع وابتكار أو تشمل تنفيذ مشروع تم إعداده مسبقاً أو تشمل العمليتين معاً أي تحضير وصياغة مشروع وكذا تنفيذه.<sup>309</sup>

وعلى هذا الأساس تتميز المسابقة عن باقي أنواع المناقصات بإجراءات خاصة بها.

#### أ- مجال تطبيق المسابقة:

<sup>306</sup> - نفس المرجع، ص 182.

<sup>307</sup> - وهذه الطريقة هي المستعملة في الواقع العملي في الجزائر لاسيما من طرف الجماعات المحلية.

<sup>308</sup> - لوز رياض، المرجع السابق، ص 50.

<sup>309</sup> - M.Sabri, K.Aoudia, M.Lallem, op-cit, p81.

سبق وأن عرفنا من قبل أثناء دراستنا لمعايير الصفة العمومية مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية من الجانب الموضوعي ومن الجانب العضوي، فالجانب الموضوعي يشمل صفقات الأشغال واقتناء اللوازم وانجاز الدراسات وتقديم الخدمات، أمّا الجانب العضوي فإنّ مجال تطبيق القانون يشمل كل الهيئات المذكورة في المادة الثانية. وبالتالي السؤال المطروح هل المسابقة باعتبارها شكل من أشكال المناقصات تطبق في كل العمليات الواردة بالمادة 13 أي الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات أم تشمل البعض منها فقط؟ كما يشمل أيضاً كل الأشخاص المذكورة بالمادة 02 أم البعض منها فقط؟

#### - من الجانب العضوي:

المسابقة باعتبارها شكل من أشكال المناقصات فهي إذن طريقة من طرق إبرام الصفقات العمومية يلجأ إليها في حالات معينة فقط وفي مشاريع تحدد قائمتها بموجب مقرر من المسؤول في الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو الوالي المعني، وبموجب الفقرة ما قبل الأخيرة ألزم المشرع الجزائري الهيئات السابق ذكرها من إصدار قائمة المشاريع المعنية بالمسابقة ".....تحدد قائمة المشاريع التي تكون محل مسابقة، وجوباً، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني".

كما أحال النص إلى التنظيم في تطبيقها،<sup>310</sup> وما يمكن ملاحظته في صياغة نص هذه المادة أنّها جاءت بغموض قد يصعب تطبيقه في الواقع العملي بطريقة موحدة، وهي أنّ المادة ذكرت المشاريع التي تكون محل مسابقة يتم تحديدها وجوباً من طرف الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعنيان دون ذكر باقي الهيئات المنصوص عليها في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي، الملزمة بتطبيق ت ص ع، ومنها البلديات، الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،... إلخ. كما أنّ النص لم يدرج مصطلح المصلحة المتعاقدة وإنّما عدّد ثلاثة هيئات فقط هي الهيئة الوطنية المستقلة، الوزير، الوالي، وهذا ما يجعل صياغة النص تحمل معنيين: **المعنى الأول**، ذكر الهيئات الثلاثة قد يفهم منه أنّ المسابقة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليها مهما كانت تسميتها، أي أيضاً الإدارات العمومية، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وأيضاً ذات الطابع الصناعي والتجاري،... فكل الهيئات المذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 يمكنها اللجوء إلى طريقة المسابقة في إبرام الصفقات العمومية مهما كانت طبيعة هذه المشاريع دون تحديد لها سلفاً ودون إلزام في تحديدها، إلا بالنسبة للهيئات الثلاثة السابق ذكرها فهي ملزمة دون غيرها في تحديد قائمة المشاريع التي تستوجب اللجوء إلى

<sup>310</sup> - إلى غاية اليوم لم يصدر هذا التنظيم.

المسابقة. أمّا المعنى الثاني فقد يفهم من سياق النص أنّ ذكر الهيئات الثلاثة فقط يعني أنّ المسابقة لا يمكن اللجوء إليها إلاّ من طرف الهيئات السابق ذكرها، أي الهيئة الوطنية المستقلة والوزير والوالي دون الهيئات الأخرى، كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.... إلخ.

وفي رأينا المعنى الأول هو الأقرب للصواب على أساس أنّ المشرع عند ذكره للمسابقة كشكل من أشكال المناقصة حدّد إجراءاتها الملزمة بدقة وكان في كل مرة يذكر المصلحة المتعاقدة (على المصلحة المتعاقدة أن تفعل كذا وكذا....)، وفي تحديد قائمة المشاريع ذكر الهيئات الثلاثة السابق ذكرها دون باقي الهيئات ولم يذكر مصطلح "المصلحة المتعاقدة"، ممّا يعني أنّ المسابقة يمكن لكل الهيئات المذكورة بالمادة الثانية من ص ع تحت تسمية المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إليها دون تحديد مسبق للمشاريع التي تستوجب اللجوء إلى المسابقة ماعدا الهيئات الثلاثة السابق ذكرها وهي الهيئة الوطنية المستقلة، والوزير (بالنسبة لصفقات الدولة أو الوزير المعني بالقطاع ) والوالي فيشترط في المشاريع التي تكون محل مسابقة أن تكون قائمتها محددة سلفاً تحت طائلة المساءلة.

#### - من الجانب الموضوعي:

عرفنا من قبل في المعيار الموضوعي أنّ الصفقة قد يكون موضوعها عقد أشغال أو عقد توريد أو عقد دراسات أو خدمات، واستثناء في المسابقة فإنّ موضوعها لا يتعلق إلاّ بالخدمات، بمعنى لا يمكن تصور مناقصة مسابقة تشمل أشغال عمومية أو توريد أو دراسات، وهذا ما يفهم من قراءة نص الفقرة الثانية من المادة 34 من المرسوم "..... يجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج للمشروع ونظام المسابقة وكذا محتوى أظرفة الخدمات، والأظرفة التقنية والمالية".

وتؤكد الفقرة الثامنة من نفس المادة على أنّ "...يتم تقييم خدمات المسابقة من طرف لجنة تحكيم تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين". وهذا يتماشى والمنطق، لأن في المسابقة الأمر لا يتعلق بمشروع أشغال أو دراسات أو توريد أين يكون للمصلحة المتعاقدة مشروع متكامل ومحدد التفاصيل بمعنى أنّ المصلحة المتعاقدة لها مشروعها وهي تبحث فقط من ينجز لها هذا المشروع بأقل تكلفة، بينما في المسابقة المصلحة المتعاقدة لا تملك مشروعاً متكاملاً ومحدد المعالم بل تملك فكرة فقط للمشروع وتسعى لتطويرها وتنتظر من المرشحين تقديم لها مشروع متكامل يكون جاهزاً للتجسيد<sup>311</sup> فيما بعد عن طريق صفقة أشغال.

<sup>311</sup> - في هذا المعنى أنظر، لوز رياض، المرجع السابق، ص 51.

وعلى هذا الأساس فإنّ مجال المسابقة يشمل فقط الخدمات دون الأشغال أو التوريدات أو الدراسات، وهذا ما يفهم من نص المادة 34 في فقرتها الثانية "يجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج للمشروع ونظام للمسابقة وكذا محتوى أظرفة الخدمات، والأظرفة التقنية والمالية" ونفس الشيء ورد بنفس المادة في الفقرة الرابعة "بعد فتح أظرفة العروض التقنية وتقييمها طبقاً لأحكام المواد من 121 إلى 125 من هذا المرسوم، لا يدعى إلى تقديم أظرفة الخدمات والعرض المالي إلاّ المرشحون المؤهلون مسبقاً.....".

وتتعلق الخدمات بمجال الفن والتراث المعماري والرسومات الفنية أو الهندسية ذات الخصائص المحلية، فالبناء في الصحراء أو منطقة بني ميزاب تختلف عنها في الشمال، ويمكن أيضاً أن تخص تهيئة الإقليم أو اللوحات الفنية مثل إنجاز جداريات فنية تخلد تاريخ الثورة أو تماثيل... إلخ، وهذا ما نصت عليه المادة 34 "إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة".

وعلى هذا يشترط في المسابقة ما يشترط في الصفقات العمومية من إجراءات وشكليات ومن بين هذه الشكليات دفتر شروط المسابقة الذي يحتوي على برنامج للمشروع ونظام المسابقة، إلاّ أنّ المسابقة تتميز بإجراءات خاصة نذكرها فيما يلي:

#### ب- إجراءات خاصة بالمسابقة:

من خلال دراسة نص المادة 34 فإن المسابقة تمر بثلاثة مراحل، دراسة الصفقة على مستوى لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض ولجنة التحكيم.

#### المرحلة الأولى - لجنة فتح الأظرفة في المسابقة:

يدعى فيها المرشحون إلى تقديم عروضهم التقنية<sup>312</sup> فقط دون عروض الخدمات والمالية،<sup>313</sup> ويخضع العرض التقني لأحكام المادة 51 من المرسوم الرئاسي 10-236 مثله مثل باقي أنواع الصفقات، بمعنى أنّه يجب أن يحتوي على تصريح بالاكنتاب وكفالة التعهد، وكل الوثائق التي تخص تأهيل المرشح والمراجع المهنية، الشهادات الجبائية... إلخ.

إنّ هذه الإجراءات واردة على سبيل الإلزام وهذا واضح من خلال صياغة النص باستعمال في كل مرّة مصطلح "يجب" وبالتالي فإنّ مخالفة هذه الإجراءات قد يعرضها للبطلان، إلاّ أنّ المشرع الجزائري

<sup>312</sup> - يقصد بالعرض التقني هنا الوثائق المرفقة بالملف فقط دون العرض التقني بحصر المعنى أي الأمور التقنية البحتة المتعلقة بالمشروع مثل نوعية المواد المستعملة وخصائصها التقنية، كون العرض التقني بآتم معنى الكلمة هنا يعرض بظرف آخر يحتوي على مشروع الخدمات بديلاً للعرض التقني بحصر المعنى، وهذا ما جاءت به الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 51 من المرسوم.

<sup>313</sup> - المادة 34 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23.

مكّن المصلحة المتعاقدة المرور مباشرة إلى المرحلة الثانية دون المرور على المرحلة الأولى وهذا في حالة ما إذا كانت طبيعة المشروع تستدعي ذلك، وفي هذه الحالة تعوض مرحلة التأهيل الأولية بمرحلة التقييم التقني، وهذا يعني المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تحديد طبيعة المشروع الذي يستوجب انتقاء أولي من عدمه.

طبعاً المشرع الجزائري لم يحدد طريقة الدعوة للمرشحين لتقديم عروضهم التقنية في المرحلة الأولى، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في المناقصة فإنّها تغنيها عن ذلك، وبالتالي تطبيق الإجراءات المنصوص عليها بموجب المادة 45 وما يليها من المرسوم الرئاسي 10-236.

بعد إيداع العرض التقني يتم فتحها و تقييمها من طرف لجنة فتح الأظرفة المعدة خصيصاً لهذا الغرض وفقاً لأحكام المواد 121 إلى 125 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي تقوم بدراسة الملفات وتقييمها ومنه تحديد أصحاب العروض المقبولة والذين يتم دعوتهم في مرحلة ثانية لتقديم عروضهم المالية وعروض الخدمات.

ويعتبر هذا الانتقاء أولي اشترط المشرع ألا يقل عن ثلاثة عروض، وفي الحالة التي يكون فيها عدد المرشحين الذين تم انتقاؤهم أقل من ثلاثة يجب على المصلحة أن تعيد الإجراء، وإذا تمت إعادة إجراء الانتقاء الأولي، حسب الشروط المحددة وتم انتقاء أقل من ثلاثة مرشحين، يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة الإجراء حتى في حالة العرض الوحيد.<sup>314</sup>

### المرحلة الثانية- لجنة تقييم العروض:

بعد انتقاء أولي للمرشحين المقبولين في المرحلة الأولى يتم دعوتهم في المرحلة الثانية لتقديم عروضهم المالية وعروض الخدمات والذين لا يجب أن يقل عددهم عن ثلاثة مرشحين، وفي حالة ما إذا كان عددهم أقل من ثلاثة فعلى المصلحة المتعاقدة إعادة الإجراء، مع اتخاذ نفس الإجراءات السابقة وفي هذه الحالة يقبل المرشحون مهما كان عددهم وبالتالي مواصلة إجراءات المسابقة بدراسة العروض والملفات المرشحة.<sup>315</sup>

في هذه المرحلة تتولى لجنة تقييم العروض دراسة الملف من الجانب التقني أي العرض التقني كما هو منصوص عليه بالمادة 51 دون أن تتعرض لدراسة الملف من الجانب التقني بالمفهوم الدقيق للمعنى، بمعنى تراقب الملف من حيث توافر الشروط المطلوبة في الملف ولاسيما ما تعلق منها بالوثائق مثل وجود التصريح بالاكنتاب، أو كفالة التعهد، كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد مثل شهادات

<sup>314</sup> - الفقرة الرابعة والخامسة من المادة 34، المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق.

<sup>315</sup> - المادة 34، نفس المرجع.

التأهيل والتصنيف والاعتماد وكل المراجع المهنية، الشهادات الجبائية السوابق القضائية، الإيداع القانوني لحسابات الشركة التعريف الجبائي.... إلخ، دون أن يحق للجنة تقييم العروض فتح الظرف المتعلق بالخدمات الذي يبقى من اختصاص لجنة التحكيم.

بعد تقييم العروض التقنية من قبل لجنة تقييم العروض وتأهيل العروض المقبولة يتم دعوة هؤلاء لتقديم العرض المالي والعرض المتعلق بالخدمات كل في ظرف على حدى والذين يجب ألا يقل عددهم عن ثلاثة وإلا يعاد الإجراء، أي إعادة المناقصة، إلا أنّ المشرع الجزائري أغفل عمّا إذا آل الإجراء المعاد إلى نفس النتيجة أي أقل من ثلاثة عروض، هل يعاد الإجراء إلى غاية توافر العدد المطلوب أم يواصل الإجراء بعد الإعادة مهما كان عدد العروض؟ وفي رأينا تواصل الإجراءات مهما كان عدد العروض مقارنة بالحالات السابقة.

يتم دراسة العرض المالي من قبل لجنة تقييم العروض والعرض المتعلق بالخدمات من قبل لجنة التحكيم التي يحال إليها الملف من طرف المصلحة المتعاقدة.

### المرحلة الثالثة - لجنة التحكيم:

يتمثل عمل لجنة التحكيم في تقييم الخدمات المتعلقة بالمسابقة، وهذا بعد أن يحال عليها الملف من طرف المصلحة المتعاقدة في ظرف مغفل، بمعنى لا تعرف هوية أصحابه، وتتكون اللجنة من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين، وتحدد تشكيلة اللجنة بموجب قرار من الوزير المعني أو الوالي.<sup>316</sup>

والملاحظة التي يمكن تسجيلها هي الهيئة التي تحدد تشكيلة لجنة التحكيم، حيث أن النص ذكر الوزير المعني فقط والوالي، دون ذكر باقي الهيئات المذكورة بالمادة 02 والتي تستعملت ص ع، هل يعني هذا مجرد سهو أم أنّ هاتين الهيئتين فقط هما اللتان تحددان تشكيلة لجنة التحكيم وباقي الهيئات هي حرّة في الجهة التي تحددها، ولماذا ذكر هاتين الهيئتين دون ذكر باقي الهيئات؟ والحقيقة لا يوجد تفسير منطقي لهذا سوى أنّ المشرع لم يتحكم في المصطلحات وكثرة التعديلات أنسته التنسيق بين النصوص وضبط المفاهيم.

بعد دراسة العرض من الجانب التقني من طرف لجنة التحكيم يتوج عملها بمحضر مرفق برأي تحدد ترتيب العروض الفائزة ترسله للمصلحة المتعاقدة التي لها سلطة تحديد الفائز بالصفقة بعد أن

<sup>316</sup> - المادة 34 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.



تكون لجنة تقييم العروض حدّدت العرض الأحسن من الجانب المالي،<sup>317</sup> بمعنى أنّ المصلحة المتعاقدة تجمع بين العرض الأحسن وفقاً لقواعد الاختيار يضاف إليه العرض الفائز من طرف لجنة التحكيم، فالعرض المرتب أولاً من طرف لجنة تقييم العروض ليس بالضرورة هو الفائز والعكس صحيح أي أنّ العرض المرتب أولاً من قبل لجنة التحكيم ليس بالضرورة هو الفائز وإنّما تحديد الفائز بالصفقة يخضع للتقييم من طرف لجنة تقييم العروض (التقييم المالي)، وتقييم لجنة التحكيم، والمصلحة المتعاقدة هي التي تحدد العرض الأنسب حسب المواصفات التقنية والجمالية المطلوبة والسعر المناسب.

أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة أن تدفع منحاً للفائز أو الفائزين في المسابقة طبقاً لاقتراحات لجنة التحكيم، حسب كفاءات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.<sup>318</sup>

إنّ دفع المنح من طرف المصلحة المتعاقدة للفائز أو الفائزين لا يعني الفوز بالصفقة، فقد تدفع المصلحة المتعاقدة منحاً لأربعة فائزين مثلاً ولا يفوز بالصفقة إلاّ مرشحاً واحداً، والعبرة من هذه المنح هو تشجيع المرشحين للمشاركة في المسابقة وتقديم عروضاً فيها، لأنّه كما سبق وقلنا من قبل أنّ المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لا تملك مشروعاً بل تملك تصوراً فقط أو فكرة وتنتظر تجسيدها في شكل مشروع أو رسم أو مجسم من نوي الاختصاص، وطبعاً فإنّ إعداد هذا المشروع أو المجسم أو الرسم يتطلب جهداً كبيراً ووقتاً طويلاً وصرف أموالاً كبيرة، ومع هذا قد لا يفوز بالصفقة فينتكبد العارض خسارة كبيرة قد ينتج عنها الإحجام عن تقديم عروض في المستقبل.

ودائماً يطرح الإشكال في تحديد الوزير والوالي فقط للذات يحدّدان كفاءات دفع هذه المنح، كما أنّ المشاريع المعنية بالمسابقة هي أيضاً تحدد بموجب قرار من الوزير المعني والوالي، فالسؤال المطروح دائماً لماذا هاتان الهيئتان فقط دون الهيئات المذكورة بالمادة 02؟. بمعنى من يحدد هذا إذا تعلق الأمر بالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو ذات الطابع العلمي والثقافي.....؟

### ثالثاً - إجراءات المناقصة:

تعد عملية المناقصة عملية طويلة ومعقدة تتطلب لمشروعيتها استيفاء العديد من الإجراءات الشكلية واستكمال العديد من المراحل اللازمة لاختيار أفضل الأشخاص للتعاقد، وتتم عملية إبرام العقد عن طريق المناقصة بعدّة مراحل أساسية.<sup>319</sup> والمشرع الجزائري كغيره حدّد الإجراءات التي تُتبع في المناقصات بدقة متناهية وتفصيل ولم يترك للإدارة أي مجال للاجتهد وهذا بدءاً من مرحلة ما قبل

<sup>317</sup> - في هذا المعنى أنظر:

BRAHIM Boulifa, op-cit, p52.

<sup>318</sup> - الفقرة ما قبل الخيرة من المادة 34 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>319</sup> - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 293.

الإعلان عنها إلى غاية الإبرام، وجعلها إجراءات ملزمة للمصلحة المتعاقدة، بل هي من النظام العام وتتخلص في ما يلي:

### 1- مرحلة تحديد الحاجيات والإعلان عن المناقصة:

نصّت المادة 11 من المرسوم على أنه "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة، مسبقاً قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة.

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة، استناداً على مواصفات تقنية.

تضبط المصلحة المتعاقدة، لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي للحاجات مع أخذ ما يأتي وجوباً بعين الاعتبار:

- القيمة الإجمالية لأشغال نفس العملية، فيما يخص صفقات الأشغال،

- تجانس الحاجات، فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات،

وفي حالة تخصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص.

يمنع تخصيص الحاجات بهدف تفادي حدود الاختصاصات المحددة بموجب الإجراءات المنصوص عليها في هذا المرسوم".

بعد تحديد الحاجيات يتم الإعلان عن المناقصة وهو أوّل إجراء تقوم به الإدارة العامة يتم بواسطته توجيه الدعوة لكافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة (المصلحة المتعاقدة).<sup>320</sup> وبيان الشروط الموضوعية التي على أساسها يتم التقدم بالعروض.<sup>321</sup>

واشترطت المادة 45 من المرسوم الرئاسي إلزامية الإشهار الصحفي للمناقصة بجميع أشكالها سواء المناقصة المفتوحة أو المحدودة أو الدعوة إلى الانتقاء الأولي أو المسابقة أو المزايمة.

كما أوجبت المادة 46 البيانات الإلزامية الواجب أن يحتويها الإعلان وهي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.

- كيفية المناقصة، بمعنى شكلها، أي هل هي مفتوحة أو محدودة، أو مسابقة أو مزايمة... إلخ.

<sup>320</sup> - جملة مضافة من الباحث .

<sup>321</sup> - هيئة سردوك، المرجع السابق، ص 131.

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي، بمعنى مؤهلات المقابلة سواء التقنية أو البشرية أو العلمية...إلخ.
- موضوع العملية، أي موضوع العقد هل هو عقد أشغال أو توريدات أو خدمات أو دراسات.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض ومدة صلاحيتها.
- إلزامية كفالة التعهد.

وأضافت المادة 47 من نفس التنظيم أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بوضع الوثائق المنصوص عليها في المادة السابقة تحت تصرف أي مؤسسة يسمح لها بتقديم تعهد، ويمكن أن ترسل هذه الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها.

تحتوي الوثائق المتعلقة بالمناقصة أو حتى التراضي بعد الاستشارة التي يوضع تحت تصرف المرشحين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم تعهداتهم ولاسيما منها:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة والمواصفات التقنية والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات وكذلك التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر،

- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية، حسب الحالة،

- المعلومات والوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين،

- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها،<sup>322</sup>

- الأجل الممنوح لتحضير العروض وأجل صلاحية العرض وتاريخ وساعة ومكان إيداع العروض.

يحرر الإعلان باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين وموزعتين على المستوى الوطني. كما يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجريدة التي تُشر فيها الإعلان مع تحديد السعر وآجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار المتعامل مع المصلحة المتعاقدة.<sup>323</sup>

<sup>322</sup> - المادة 48 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>323</sup> - المادة 49، نفس المرجع.

زيادة على هذه الإجراءات الإلزامية أجاز المشرع على إمكانية إعلان مناقصات البلديات والولايات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات أشغال أو لوزم ودراسات وخدمات يساوي مبلغها تبعاً لتقدير إداري على التوالي:

- 50 مليون أو يقل بالنسبة لصفقات الأشغال واللوزم.

- 20 مليون أو يقل بالنسبة للدراسات أو الخدمات.

وهذا الإعلان في جريدتين محليتين أو جهويتين أو إصاق إعلان المناقصة بالمقرّات المعنية للولاية وكافة بلديات الولاية وغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، والمديرية التقنية المعنية في الولاية.<sup>324</sup>

وبعد الإعلان على الصفقة تمنح المصلحة المتعاقدة آجالاً معقولة حسب طبيعة الصفقة للمرشحين لتحضير وتقديم عطاءاتهم وعروضهم وهذا لفسح المجال واسعاً لأكبر عدد معين من المتنافسين.<sup>325</sup>

## 2- مرحلة تقديم العطاءات:

بعد أن تبدي المصلحة المتعاقدة رغبتها في التعاقد عن طريق إعلان إجراء المناقصة يتقدم كل من يجد نفسه صالحاً للتعاقد مع الإدارة بعبئته مبيناً فيه السعر الذي يرضي التعاقد على أساسه ومراعياً فيه الشروط والمواصفات الفنية التي طُرحت على أساسها المناقصة. بالإضافة إلى كافة البيانات والمستندات الأخرى التي قد تتطلبها القوانين واللوائح في هذا الشأن.

ويشمل التعهد على عرض تقني وعرض مالي، ويوضع كل من العرض التقني والعرض المالي في ظرف منفصل ومقفّل ومختوم يبين كل منهما مرجع المناقصة وموضوعها، ويتضمنان عبارة "تقني" أو "مالي" حسب الحالة. ويوضع الظرفان في ظرف آخر مغفل ويحمل عبارة "لا يفتح - مناقصة رقم ..... - موضوع المناقصة".<sup>326</sup>

وتقديم العطاء هو الإيجاب الموجه للإدارة والذي ينعقد به العقد إذا كان هو أفضل العطاءات المقدمة سعراً وشروطاً.<sup>327</sup>

<sup>324</sup> - المادة 49 الفقرة الثالثة، المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق.

<sup>325</sup> - المادة 50، نفس المرجع.

<sup>326</sup> - المادة 51، نفس المرجع.

<sup>327</sup> - هيئة سردوك، المرجع السابق، ص 142.

## -محتوى العرض التقني:

- نصت المادة 51 من المرسوم على وجوب اشتمال العروض على عرض تقني وعرض مالي - بصفة الإلزام- وتشرح نفس المادة في النقطة رقم 1 محتوى العرض التقني الذي يحتوي على ما يلي:
  - تصريح بالاكنتاب،
  - كفالة تعهد تفوق مبلغ 01% من مبلغ العرض، فيما يخص صفقات الأشغال واللوازم التي يخضع مبلغها لاختصاصات اللجان الوطنية للصفقات ولجان الصفقات القطاعية،
  - عرض تقني الذي يحمل جواب المتعهد المتعلق بالمتطلبات التقنية لدفتر الشروط،
  - كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في المجال المعني (التأهيل والتصنيف والاعتماد) وكذا المراجع المهنية،
  - كل الوثائق الأخرى التي تطلبها المصلحة المتعاقدة مثل القانون الأساسي للمؤسسة ومستخرج السجل التجاري والحصائل المالية والمراجع المصرفية،
  - الشهادات الجبائية وشهادات الضمان الاجتماعي،
  - مستخرج صحيفة السوابق القضائية،
  - شهادة الإيداع القانوني للحسابات للشركة،
  - تصريح بالنزاهة،
  - رقم التعريف الجبائي،
  - دفتر الشروط يحتوي في آخر صفحة على عبارة " فُرى وقُبل".
  - في حالة المسابقة، طرفاً يتعلق بالخدمات بديلاً للعرض التقني بحصر المعنى.

## محتوى العرض المالي:

يحتوي العرض المالي على ما يلي:

- رسالة التعهد،
- جدول الأسعار بالوحدة،

- تفصيل تقديري وكمي.

### 3- مرحلة فحص العطاءات و البت فيها:

تعتبر عملية فحص العطاءات من العمليات الهامة في المناقصة. وتتضمن عملية الفحص دراسة العروض دراسة أولية لغرض استبعاد غير الصالح منها. ومن ثم دراستها دراسة فنية تحليلية لغرض اختيار الأفضل من العروض المتنافسة.<sup>328</sup>

وعليه نتناول الجهات المعنية بفحص العطاءات والنتائج المترتبة عن ذلك.

#### أ- لجنة فتح الأظرفة:<sup>329</sup>

نصت المادة 121 من المرسوم على أنه "في إطار الرقابة الداخلية، تحدث لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة. ويحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر، تشكيل لجنة فتح الأظرفة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها".

الملاحظة التي يمكن إثارتها في هذا الخصوص هو أن المشرع الجزائري بعد إلغاء القانون القديم جاء القانون الجديد 2010 جاء بإضافة وهي منح لجنة فتح الأظرفة صفة الديمومة بعد أن كانت من قبل مؤقتة تؤسس فقط أثناء كل عملية.

الملاحظة الثانية هو إغفال المشرع الجزائري الحديث عن هذه اللجنة سواء من حيث تركيبها أو من حيث سير أشغالها أو من حيث الطبيعة القانونية لنتائج عملها.

فمن حيث التركيبة لم يتكلم المشرع عن عدد أعضائها أو عن رتبهم أو عن أي اشتراطات أو مواصفات أخرى يجب أن تتوفر فيهم. إلا أنه بالرجوع إلى التشريعات المقارنة وخاصة منه التشريع المصري في هذا المجال، فإننا نجد أن هذه اللجنة يجب أن تشمل على أعضاء فنية وأعضاء قانونية وأخرى مالية، ويترأسها موظف تتفق وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة.<sup>330</sup>

فالمشرع لم يحدد عدد أعضاء اللجنة وترك هذا لخصوصيات كل مصلحة متعاقدة، وإن كان في رأينا كان عليه اشتراط توافر حد أدنى من العدد ويترك الحرية للإدارة في تحديد العدد النهائي للتشكيلة، كأن لا يقل مثلاً عن ثلاثة.

<sup>328</sup> - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 102.

<sup>329</sup> - فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 10 وما يليها.

<sup>330</sup> - هيبية سردوك، المرجع السابق، ص 163.

والحقيقة في رأينا صفة الأعضاء ورتبهم لا يهمل بقدر ما يهمل عدد أعضائها، فمن حيث الصفة فيكفي أن يتوفر لديهم حد أدنى من الخبرة في مجال الصفقات العمومية سواء من حيث الجانب الإداري أو من حيث الجانب التقني والمالي، لأنَّ في هذه المرحلة لا يعدو عمل اللجنة سوى عمل تحضيرية وإعدادي للملفات على أن يتم دراستهم من قبل لجنة تقييم العروض، وبالتالي قراراتها غير مؤثرة في منح الصفقة، بحيث أنَّ اختصاصاتها محدَّدة على سبيل الحصر.

ومن حيث سلطة التعيين حصرها المشرع في هيئة واحدة هي مسؤول المصلحة المتعاقدة. وتترك تعيين أعضاء اللجنة من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة بكل حرية ودون ضوابط تطرح إشكالية استقلال اللجنة عن الجهة التي تملك سلطة التعيين، فقد ينجر عن هذا تعيين الأعضاء عن طريق الولاء، بأن يسعى مسؤول المصلحة المتعاقدة إلى تعيين الأعضاء المواليين له والذين يخدمون مصالحه الخاصة ومصالح الأعضاء على حساب المصالح العامة. كما أنه يمكنه تغيير التشكيلة كلَّما رأى معارضة من أعضائها لا يخدمون مصالحه، وبالتالي كان يستحسن تعيين الأعضاء بصفاتهم وليس بذواتهم، كأن تكون مثلاً تتكون من رئيس مصلحة ما رئيساً، ونائباً للرئيس كأن يكون رئيس مكتب مصلحة تقنية أو مالية أو التجهيزات أو الخدمات حسب طبيعة المصلحة المتعاقدة، وعموماً يجب أن تحتوي اللجنة على أشخاص ذوو كفاءة وتكوين خاص في المجالات الفنية والتقنية والمالية والقانونية.

ونظراً لاختلاف كل مصلحة متعاقدة عن الأخرى وكل مصلحة لها خصوصياتها، فخصوصيات البلدية والولاية ليست هي المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسة العمومية العلمية أو الجامعة أو أي إدارة أخرى، وبالتالي كان يستحسن ضبط هذه اللجان من حيث التركيبة البشرية، على الأقل من حيث عدد الأعضاء الأدنى ومدَّة العضوية ويترك للتنظيم تحديد عدد الأعضاء وصفاتهم.

## 1- إختصاصات اللجنة:

تتمثل اختصاصات لجنة فتح الأظرفة فيما يلي:<sup>331</sup>

- تثبت صحة تسجيل العروض على سجل خاص،
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة،
- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض،

<sup>331</sup> - المادة 122 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

- دعوة المتعهدين، عند الاقتضاء، كتابياً، إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء، التصريح بالاكتتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوصاً عليها، والعرض التقني بحصر المعنى، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.

- تحرر لجنة فتح الأطراف أثناء انعقاد الجلسة محضراً يوقعه جميع الأعضاء الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.<sup>332</sup>

- تحرر لجنة فتح الأطراف، عند الاقتضاء، محضراً بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، عندما يتم استلام عرض واحد أو في حالة عدم استلام أي عرض.<sup>333</sup>

إن يتضح لنا أنّ دور لجنة فتح الأطراف هو دور تمهيدي يقتصر على فتح الأطراف فقط ومراقبة مدى مطابقتها للقواعد القانونية دون اتخاذ أي قرار بإقصاء المعارضين.<sup>334</sup>

## 2- سير أشغالها:

المشرع الجزائري لم يدقق في سير أشغالها ماعدا بعض الإجراءات المقتضية، تتمثل دائماً في نص المادة 122 من المرسوم 10-236، وكذا المادتان 48، و50 من نفس المرسوم.

يبدأ عمل اللجنة آخر يوم وساعة إيداع العروض بفتح الأطراف التقنية والمالية،<sup>335</sup> وهذا التاريخ والساعة يكونا محددين سلفاً بموجب إعلان الصفقة،<sup>336</sup> بحضور المتعهدين الذين يتم استدعاءهم مسبقاً، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض وبالتالي يوم وساعة فتح الأطراف تُمدد إلى غاية يوم العمل الموالي.<sup>337</sup>

ما يمكن تسجيله كملاحظة في هذا الخصوص هو عدم اشتراط المشرع حضور حد أدنى معين من الأعضاء، فمن خلال النص يمكن أن نتصور حضور عضو واحد يتكفل بكل الأشغال ويصح الاجتماع، وهذا غير منطقي، فلا يمكن لعضو واحد أن يتكفل بكل الأشغال دراسة ومراقبة وإعداد المحضر، خاصة في ظل ورود عروض كثيرة.

<sup>332</sup> - المطبة الرابعة من المادة 122، المرسوم الرئاسي 10/236، أنظر نموذج المحضر، الملحق رقم 1، ص 215.

<sup>333</sup> - الفقرة الأخيرة من المادة 122، المرسوم الرئاسي 10/236، المرجع السابق.

<sup>334</sup> - لوز رياض، المرجع السابق، ص 27.

<sup>335</sup> - الفقرة الأخيرة من المادة 50 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>336</sup> - المطبة ما قبل الأخيرة من المادة 48، نفس المرجع.

<sup>337</sup> - الفقرة الأخيرة من المادة 50، نفس المرجع.



وفي رأينا أنه كان يستحسن اشتراط عدد معين من الحاضرين في الجلسة الأولى كأن يكون النصف أو الثلثين، وفي الحالة السلبية تؤجل الجلسة إلى جلسة لاحقة يحدّد تاريخها مع إعلام المرشحين بالتاريخ، وفي هذه الحالة تصح اجتماعات اللجنة مهما كان عدد الحاضرين.

يتم فتح الأظرفة التقنية والمالية، في جلسة علنية، بحضور كافة المتعهدين الذين يتم إعلامهم مسبقاً.<sup>338</sup> مع بعض الخصوصيات لبعض أنواع الصفقات، ففي الاستشارة القانونية يتم فتح الأظرفة التقنية النهائية والمالية على مرحلتين.<sup>339</sup> وفي حالة المسابقة يتم فتح الأظرفة التقنية والخدمات والمالية على ثلاث مراحل، ولا يتم فتح أظرفة الخدمات في جلسة علنية.<sup>340</sup>

تصح اجتماعات اللجنة مهما كان عدد أعضائها الحاضرين.<sup>341</sup>

تتوج أعمال اللجنة بمحضر انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع الأعضاء الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.<sup>342</sup> ولا يتم فتح الأظرفة المالية في المسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم.<sup>343</sup>

وعليه فإنّ دور لجنة الفتح كما رسمه القانون لها إنّما هو دور تمهيدي ينحصر في تفرغ العطاءات وإثبات ما اشتملته من وثائق ومقدار العرض المالي الذي احتوته، وتحرر محضراً أثناء انعقاد الجلسة بذلك تضمنه تحفظات أعضائها ومقترحاتهم سواء فيما تعلق بأصحابها أو فيما تعلق بالعروض ذاتها، ويجب أن يحمل المحضر توقيعات جميع أعضاء اللجنة الحاضرين. وعليه ليس من حق لجنة الفتح التحقق من مدى قانونية العروض المقدمة، ومنه ليس من اختصاصها استبعاد المتنافسين الذين لا تتوفر فيهم الشروط القانونية التي طرحت بها المناقصة، لأنّ هذا الاختصاص عقده القانون بصريح العبارة للجنة البت.<sup>344</sup> وبالرجوع للقانون المصري نلاحظ أنّ المشروع أعطاهم صلاحيات أوسع ممّا هو عليه في الجزائر واختصاصات نهائية في بعض الحالات، فمن حقها استبعاد كل عطاء لا يكون مستوفياً للشروط المطلوبة، مثل تقديم العطاء في الميعاد، ولها أيضاً أن تتأكد أنّ مقدم العطاء غير محروم من الاشتراك في المناقصة، وممارسة اللجنة لهذه الاختصاصات إنّما يتم بقرارات إدارية يجوز الطعن فيها

338 - المادة 123 ، المرسوم الرئاسي 236/10، المرجع السابق.

339 - الفقرة الثانية من المادة 123، نفس المرجع.

340 - الفقرة الثالثة من المادة 123، نفس المرجع.

341 - المادة 124، نفس المرجع.

342 - المطة الرابعة من المادة 122، نفس المرجع.

343 - الفقرة الرابعة من المادة 123، نفس المرجع.

344 - هيئة سردوك، المرجع السابق، ص 166.

أمام القضاء الإداري.<sup>345</sup> بينما في التنظيم الجزائري للجنة لا تصدر قرارات إدارية وإنما يُتوج عملها بمحضر اجتماع فقط لا يمكن الطعن فيه أمام القضاء الإداري.

#### ب- لجنة تقييم العروض:<sup>346</sup>

نصّ تنظيم الصفقات العمومية على إحداث لجنة لتقييم العروض على مستوى كل مصلحة متعاقدة تتولى فحص العطاءات المقدمة لتعيين أفضل المناقصين وفقاً لأحكام القانون،<sup>347</sup> عن طريق جملة من الإجراءات التي وضعها لها المشرع هذا من جهة. واستكمالاً لتناسق عمليات الرقابة الداخلية من جهة أخرى. إذ أنّها تبدأ عملها من حيث انتهى عمل لجنة فتح المظاريف.<sup>348</sup>

يعتبر عمل لجنة تقييم العروض في مجال الصفقات العمومية الأهم على الإطلاق في مسار الإجراءات الطويلة والمعقدة، لأنّ النتيجة المتوصل لها في نهاية أشغالها هي التي تكون أساساً لمنح الصفقة العمومية، وأنّ جل المخالفات إن لم نقل كلها ترتكب على هذا المستوى، ومن هذا المنطلق سنحاول التركيز على هذه اللجنة بدءاً من تشكيلتها وسلطة التعيين فيها وسير أشغالها والقوة الملزمة لنتائج عملها المتوصل إليها.

نصت المادة 125 من المرسوم على أنّه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة دائمة لتقييم العروض، التي يعين أعضاؤها بقرار من مسؤول المصلحة المتعاقدة، والتي تتكون من أعضاء مؤهلين يُختارون نظراً لكفاءتهم، بتحليل العروض، والبدائل والأسعار الاختيارية المنصوص عليها بالمادة 11 عند الاقتضاء، من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة.

تقريباً نفس الملاحظات التي أبديناها بخصوص لجنة فتح الأظرفة هي نفسها التي تتعلق بلجنة تقييم العروض، مع بعض التعليقات.

فمن حيث عدد أعضاء اللجنة المشرع الجزائري لم يحدد عدد هؤلاء الأعضاء على الأقل الحد الأدنى الذي يشمل كل مصلحة متعاقدة مهما كانت طبيعتها، على أن يتحدد العدد النهائي حسب طبيعة كل مصلحة بموجب التنظيم، كما أنّه لم يحدد صفة الأعضاء.

ومن حيث سلطة التعيين فإنّ المشرع الجزائري حصر سلطة التعيين في جهة واحدة وهي عموماً السلطة العليا في المصلحة المتعاقدة، ولم يحدد المشرع مدة العضوية التي تعتبر من وسائل تدعيم

<sup>345</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 277.

<sup>346</sup> - فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 18 وما يليها.

<sup>347</sup> - المادة 125 من المرسوم، الرئاسي الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>348</sup> - هيبية سردوك، المرجع السابق، ص 169.

الاستقلالية إلى جانب عدم استقلالية اللجنة عن سلطة التعيين، وكان يستحسن أن يكون فيها أطرافاً معينين بناءً على صفاتهم لا بذواتهم وأطراف منتخبين.

وأخيراً من حيث سير أشغالها فلم يحدد المشرع النصاب القانوني لصحة اجتماعات اللجنة ولا طريقة اتخاذ القرار.

#### -الطبيعة القانونية لمحضر الاجتماعات:

المشرع الجزائري لم يشر للطبيعة القانونية لمحضر الاجتماعات ولا عن مدى قوته الملزمة، هل المصلحة المتعاقدة ملزمة بالمحضر والنتائج المتوصل إليها أم لا؟ كما لم يسعفنا الحظ العثور على أحكام أو قرارات تبين موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة. وتكتسي مسألة تكييف الطبيعة القانونية لمحضر اجتماعات اللجنة أهمية بالغة والتي بناءً عليها يتم منح الصفقة وإبرام العقد من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة المؤهل فيما بعد على توقيع الصفقة، وبالتالي هل بإمكانه إعادة النظر في النتائج أو طلب دراسة ثانية؟ خاصة إذا اكتشف وجود مخالفات أو كان هناك سوء تقدير، أو اختلاف في وجهات النظر، لاسيما أن هو وحده من يتحمل المسؤولية الجزائية في حالة المخالفة.

للإجابة عن هذه المسألة لا يسعنا إلا الاسترشاد بالقانون والفقهاء المقارن وكذا المبادئ العامة للقانون الإداري.

تنص المادة 28 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه "بمراعاة ما تقضي به أحكام المادة 16 من قانون تنظيم الصفقات والمزايدات .....

وترفع لجنة البت محضراً بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه".

من خلال هذا النص نستنتج أن لجنة البت يُتوج عملها بتحرير محضر حول سير عملها وتصدر توصيات لا قرارات لاسيما ما تعلق بالعرض الفائز ترفعها للسلطة المختصة بإبرام العقد. ولا تعدو أن تكون هذه التوصيات مجرد رأي مُدَوّن على محضر، وبالرجوع للمبادئ العامة في القانون الإداري فإنّ الرأي إمّا أن يكون ملزماً (مطابق)، وإمّا أن يكون غير ملزم (غير مطابق)، أي رأي استشاري، والأصل في الرأي الاستشاري أنّه غير ملزم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

تنص المادة 16 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر برقم 89 لسنة 1998 على أنه "يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب

العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية.

يجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة على الأسباب التي بنى عليها.

وعليه نستنتج أن نتائج عمل لجنة البت (التوصيات) ملزمة للسلطة المختصة لاسيما ما تعلق منها بإرساء المناقصة، وهذا ما عبّرت عنه المادة 16 بمصطلح "يجب"، وهذا ما يُعبّر عنه في القانون المصري بآلية المزاد (أو المناقصة).<sup>349</sup>

هذا في الحالات العادية، أي إذا لم يوجد أيّ اختلافٍ في وجهات النظر بين لجنة البت (لجنة تقييم العروض في التشريع الجزائري) والسلطة المختصة بإبرام العقد. أمّا إذا وجد اختلاف، فإنّ المشرع المصري تصدى لهذه الحالات بالتفصيل سواء في القانون (الملغى) رقم 9 لسنة 1983 ولائحته التنفيذية، أو في القانون الحالي الساري المفعول رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، فتتص المادة 24 من اللائحة التنفيذية على أنّه "إذا اختلف أعضاء لجنة البت في الرأي حول قبول أو رفض أي من العطاءات فيتم إثبات ذلك في محضر اللجنة ويكون الفصل فيه للسلطة المختصة وفي حالة الاختلاف في الرأي مع العضو الفني<sup>350</sup>.... يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين...".

أمّا القانون الملغى الذي كان ينص بموجب المادة 30 منه على أنّه "إذا اختلف رأي لجنة البت أو رأي أغليتها مع رأي رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصلح العطاءات لإرساء المناقصة على مقدمه..... يعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائياً. أمّا إذا اختلف أعضاء اللجنة في الرأي... يكون الفصل في ذلك للسلطة التي لها حق اعتماد نتيجة المناقصة. وفي حالة الاختلاف في الرأي مع المندوب الفني،..... يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين".

نلاحظ من خلال النصّين أنّ القانون الملغى كان أكثر توضيحاً من القانون الساري المفعول، بحيث أنّ هذا الأخير لم يذكر الحالة التي يختلف رأي لجنة البت مع رأي السلطة المختصة حول منح الصفقة.

من خلال هذين النصّين<sup>351</sup> نستنتج ما يلي:

<sup>349</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 287.

<sup>350</sup> - يقصد بالعضو الفني أي عضو خارج اللجنة تستنجد به اللجنة من أجل دراسة مسألة فنية.

<sup>351</sup> - رغم أنّ المادة 30 ملغاة بإلغاء القانون رقم 9 لسنة 1989، إلاّ أنّه يمكن الاسترشاد بها كونها لا تختلف كثيراً مع نص المادة 24 من قانون 1998 التي عوضتها.

**الحالة الأولى:** الاختلاف بين أعضاء اللجنة فيما بينهم، ولكن حول قبول أو رفض العطاءات فقط وليس حول إرساء المناقصة فيكون الفصل في الاختلاف للسلطة المختصة بإبرام العقد.

**الحالة الثانية:** القانون في التشريع المصري أو الجزائري يجيزان للجنة البت الاستتجاد بخبرات فنية خارجية غير عضوة في لجنة البت وبالتالي إذا كان الاختلاف بين أعضاء اللجنة والعضو الفني يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين، أي رئيس لجنة البت ورئيس العضو الفني.

**الحالة الثالثة:** الاختلاف بين رأي لجنة البت أو أغليبتها مع رأي رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص (المصلحة المتعاقدة في التشريع الجزائري) حول اعتبار العطاء أصلح العطاءات لإرساء المناقصة، فإنَّ السلطة المختصة هي صاحبة القرار وتقرر ما تشاء وهذا ما عبّرت عنه الفقرة الأخيرة من المادة 24 السالفة الذكر وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 28<sup>352</sup> "...وترفع لجنة البت محضراً بتوصياتها موقعاً من جميع أعضائها ومن رئيسها للسلطة المختصة لتقرير ما تراه".

وفي التشريع الجزائري لم ينص عن حالات الاختلاف بين أعضاء لجنة تقييم العروض والمصلحة المتعاقدة وعن كيفية حل الإشكالات، إلاَّ أنَّه نصَّ بصريح العبارة على أن اللجنة تدرس العروض وتقدم الاقتراحات للمصلحة المتعاقدة "...من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للمصلحة المتعاقدة".<sup>353</sup> وعليه فإنَّ اللجنة تُصدر اقتراحات وليس قرارات إدارية،<sup>354</sup> والاقتراح يمكن أن يُؤخذ به كما يمكن ألاَّ يُؤخذ به. وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه الفقه الفرنسي بأن جعل الكلمة الأخيرة للسلطة المختصة بالإبرام،<sup>355</sup> ولكن عليها في كل الحالات أن تَبَرَّر اختيارها.

#### 4- مرحلة اختيار المتعاقد واعتماد الصفقة:

قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلاَّ إجراء تمهيدياً. أمَّا عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى، لاحقة، تختص بها هيئة أخرى،<sup>356</sup> وتعتبر مرحلة اختيار المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من أهم مراحل إجراءات الصفقة العمومية وأكثره حساسية، فإذا كانت المصلحة المتعاقدة حرّة في وضع معايير اختيار المتعاقد معها ولها في ذلك السلطة التقديرية، إلاَّ أنَّها في مرحلة اختيار المتعاقد سلطتها مقيدة، وهذا بموجب المعايير والضوابط التي تدرجها في دفتر الشروط، وذلك عملاً بأحكام المادة 56 التي تنص على أنه "يجب أن تكون معايير اختيار المتعاقد

<sup>352</sup> - المادة 24 تخص العرض التقني والمادة 28 تخص العرض المالي باعتبار أنَّ فتح الأظرفة في التشريع المصري يتم على مرحلتين، العرض التقني ثم العرض المالي.

<sup>353</sup> - المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>354</sup> - أنظر الملحق رقم 2 و 3 ص 220 و 227.

<sup>355</sup> - يستخلص هذا من التعاريف التي أوردها الفقه الفرنسي للمناقصة، والانتقادات الموجهة لها، أنظر الصفحة 103.

<sup>356</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 287.

ووزن كل منها مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على نظام تنقيط مؤسس لاسيما على ما يأتي:

- الضمانات التقنية والمالية،

- السعر والنوعية وأجال التنفيذ،

- شروط التمويل وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية والضمانات التجارية وشروط دعم المنتجات (الخدمة بعد البيع والصيانة والتكوين)،

- اختيار مكاتب الدراسات، بعد المنافسة الذي يجب أن يستند أساساً على الطابع التقني للاقتراحات،

- المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتج، والإدماج في الاقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات موضوع التعامل الثانوي في السوق الجزائرية.

وتضيف المادة 57 على أنه "يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية، لاسيما في مجال المراجع المهنية، والوسائل البشرية والمادية، مهما يكن إجراء الإبرام، متلائماً مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته، بشكل يسمح للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري بالمشاركة في الطلب العمومي وذلك في ظل احترام المتطلبات المرتبطة بالنوعية وأجال الإنجاز.

#### -الطبيعة القانونية لقرار المنح المؤقت:

يعتبر المنح المؤقت إجراءً إعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظراً لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض التقني والمالي.<sup>357</sup>

وقرار المنح المؤقت تتخذه المصلحة المتعاقدة وليس لجنة البت في العروض أو كما يسميها المشرع الجزائري لجنة تقييم العروض، وهو بهذه الصفة قراراً إدارياً يتميز بكل مقومات القرار الإداري ويكون خاضعاً لمراقبة القضاء الإداري<sup>358</sup> عن طريق دعوى الإلغاء، مثله مثل جميع القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد، باعتبارها قرارات إدارية منفصلة عن العقد، كالقرار المتعلق بوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، أو القرارات المتعلقة بإقصاء أحد المترشحين، أو رفض عرض من قبل لجنة فتح

<sup>357</sup> - عمار بوضياف، طبعة 2010، المرجع السابق، ص 180.

<sup>358</sup> - هنا تطرح مشكلة تكييف القرارات الصادرة عن الجهات غير الإدارية، كالمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والتقني، هل قراراتها قرارات إدارية يطعن فيها أمام القضاء الإداري أم لا؟ باعتبار أنها ليست مؤسسات عمومية ذات طابع إداري. الإجابة لا يمكن أن تكون إلا بالنفي فقراراتها ليست قرارات إدارية ولا يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري. وهذا ما يؤدي إلى توزيع الاختصاص في مجال الصفقات العمومية بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

الأظرفة جاء متأخراً،<sup>359</sup> ويبقى قرار المنح المؤقت ذو طبيعة مؤقتة أي غير نهائي، يتبعه القرار النهائي لإسناد الصفقة بعد انقضاء آجال الطعون المقررة قانوناً<sup>360</sup>

يتم إعلام المتنافسين باسم المتعامل الذي رسي عليه الاختيار المؤقت والتي ترمع الإدارة إسناد الصفقة له، مع تضمين الإعلان كل معايير الاختيار التي تتطابق مع محتويات دفتر الشروط، والنقاط المتحصل عليها بشأن كل معيار، لاسيما السعر وآجال الإنجاز وكل العوامل الأخرى التي سمحت بإسناد الصفقة، كما يتضمن الإعلان ما يشير إلى اللجنة المختصة بدراسة الطعون.<sup>361</sup>

وبالتالي من الناحية القانونية فإنّ النتائج المتوصل إليها من طرف لجنة تقييم العروض غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة، مادام أنّ رأي اللجنة هو رأي استشاري وليس مطابقاً (ملزماً)، وهذا ما تؤكدته الفقرة الثامنة من المادة 125 على أنّه " يمكن لجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنّه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق..."، ويستخلص من ذلك أنّه يمكن للمصلحة المتعاقدة رفض اقتراح لجنة تقييم العروض<sup>362</sup> لاسيما من طرف مسؤولها الذي يتحمّل المسؤولية وحده في إبرام الصفقة سواء كانت صحيحة أو مخالفة للقانون. وعليه فإنّ هذا الشخص هو وحده من يتحمل المسؤولية من أي نوع كانت وهو الذي يعبر عن رضاه في العقد باسم المصلحة المتعاقدة، ويتوقعه على الصفقة يتم إبرام الصفقة.<sup>363</sup> وحددت المادة الثامنة الأشخاص المؤهلة قانوناً بإبرام الصفقة.

### الفرع الثاني - التراضي كطريق استثنائي في إبرام الصفقات العمومية:

نصت المادة 25 من تنظيم الصفقات العمومية المعدلة والمتممة بنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي 11-98 على القاعدة العامة في طريقة إبرام الصفقات العمومية وهي المناقصة، كما نصت على الاستثناء من هذه الطريقة وهو إجراء التراضي.

### أولاً - أشكال التراضي:

ينقسم التراضي بدوره إلى قسمين تراضي بسيط وتراضي بعد الاستشارة.

<sup>359</sup> - أحمد محمود جمعة، المرجع السابق، ص116.

<sup>360</sup> - خروجاً عن القواعد العامة المتعلقة بنظريات القرار الإداري أنّ من خصائص القرار الإداري أن يكون نهائياً فإنّه يمكن أن يكون قراراً إدارياً مؤقتاً وليس نهائياً، وظهر هذا النوع من القرارات في مجال تخلي الدولة عن الاحتكار وانسحابها من النشاطات الاقتصادية، فقبل أن تمنح قراراً نهائياً لنشاط معين، تمنح أولاً قراراً مؤقتاً مثل الأنشطة المنظمة، فقبل التسجيل في السجل التجاري مثلا تمنح أولاً قراراً مؤقتاً لممارسة نشاط معين وبالتالي النتيجة هي خروجاً عن المفهوم التقليدي بأنّ القرار الإداري يكون دائماً نهائياً.

<sup>361</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 213.

<sup>362</sup> - لوز رياض، المرجع السابق، ص 27. وفي نفس المعنى أنظر: فرقان فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص22.

<sup>363</sup> - CHRISTOPHE Lajoye, op-cit, p66.

## 1- التراضي البسيط:

### أ - تعريفه:

التراضي البسيط أو كما يسمى في النظم المقارنة بالاتفاق المباشر، هو تقنية استثنائية لتبادل الإيجاب و القبول في العقد.<sup>364</sup>

وعرّفت المادة 27 من ت ص ع بعد تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي 11-98 على أن "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة".

ويتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة في الإجراءات وبالتالي سرعة في تلبية الحاجات وربحاً للوقت، غير أنّ الاتصال مع شخص واحد والتفاوض معه، يشكل أهم وأخطر العيوب التي تكتنف هذه الصيغة، إذ يفقدها الشفافية المتوخاة، مع كل ما يمكن أن ينجر على ذلك من مساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين، والتقليل من إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق.<sup>365</sup>

كما تستدعي هذه الصيغة رقابة أكبر، وأخلاقيات أعمق، من أجل ذلك أحيط اللجوء إليها بمجموعة من الشروط، قد لا تتوفر إلا نادراً، ويمكن إيجاز الشروط التي أوردتها التنظيم في حالات الاحتكار وحالات الاستعجال وحالة الأولوية الوطنية.<sup>366</sup> كما أنّ هناك حالة أخرى ذكرتها المادة الخامسة من القانون 10-236 نوجزها في ما يلي:

### ب- حالاته:

تضيف الفقرة الثانية من نفس المادة (27) على أنّ "إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم".

وبالرجوع إلى نص المادة 43 من المرسوم 10-236 المعدلة والمتممة بموجب المادة 06 من المرسوم 12-23 نجدها أوردت هذه الحالات على سبيل الحصر في ستة حالات، وهذا واضح من خلال سياق النص "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط: ... " ثم تعدد الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى التراضي البسيط والتي يمكن تصنيفها كما يلي:

### الحالة الأولى: الاستعجال الملح أو الخطر الداهم:

<sup>364</sup> - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 792.

<sup>365</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 165.

<sup>366</sup> - نفس المرجع، ص 165.



أولى الحالات التي ذكرتها المادة 43 هي الخدمات التي تنفذ في إطار أحكام المادة 7 من هذا المرسوم، وبالرجوع إلى المادة 7 من المرسوم نجد أنها تنص على أنه "تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات، وفي حالة وجود خطر يهدد استثماراً، أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي يمكن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني، أن يرخص بموجب مقرر معطل، بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة".

والحقيقة أنّ هذه الحالة لا تعتبر من حالات التراضي لأنها تخص التنفيذ وليس الإبرام، بمعنى أنّ إجراءات الصفقة قد تمت وتم اختيار المتعاقد ولكن لم يتم بعد إبرام العقد وإفراغه في شكل مكتوب كأن نكون في مرحلة المهلة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة لتبليغ الصفقة للفائز بها، أو المهلة الممنوحة للمشاركين لتقديم تظلماتهم.

- الاستعجال الملح بإعداد الصفقة<sup>367</sup>

- في حالات الاستعجال الملح المعطل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها،<sup>368</sup>

- عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجاليه ولا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، بشرط أنه إذا لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه، وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة، يجب أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى هذه الطريقة في إبرام الصفقات الاستثنائية أثناء اجتماع الحكومة،<sup>369</sup>

- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.<sup>370</sup>

إنّ هذه الحالات تستوجب بعض الملاحظات:

**1-** هل حالة التراضي البسيط هذه تخص كل مجال الصفقات، أم تخص مجالاً معيناً فقط، بمعنى هل هذا الإجراء يمكن أن يشمل صفقات الأشغال والخدمات واقتناء اللوازم وانجاز الدراسات أم لا؟

<sup>367</sup> - المادة 07 الفقرة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>368</sup> - المادة 43 المطبة الرابعة، نفس المرجع.

<sup>369</sup> - المادة 43 المطبة الثانية، نفس المرجع.

<sup>370</sup> - المادة 43 المطبة الخامسة، نفس المرجع.

إن صياغة النص تبعث على الاعتقاد أن هذا الإجراء لا ينطبق على كل الصفقات وإنما يخص فقط بعض الصفقات دون غيرها، وهذا من خلال نص المشرع في الفقرة الأولى على أن "...خطر يهدد استثماراً أو ملكاً...."، وفي الفقرة الثانية على أن "...خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تجسد في الميدان...". وبالتالي لا يمكن تصور هذه الحالة إلا في مجال الأشغال والخدمات واقتناء اللوازم ومنه يستبعد مجال الدراسات. كما يتعلق الأمر بملك وقد يكون منقولاً أو عقاراً فيحتاج إلى حماية من الإلتلاف والزوال.

2- من بين شروط اللجوء إلى هذه الطريقة هو إصدار قرار معلل من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي، بمعنى عدم ذكر مسؤولي باقي الهيئات هل تفسر بعدم إمكانها اللجوء إلى هذه الطريقة أو بإمكانها اللجوء إليها ولكن لا تحتاج إلى مقرر، وفي رأينا يرجع هذا فقط لعدم تجانس تنظيم الصفقات العمومية مع نص قانون مكافحة الفساد نظراً لكثرة التعديلات التي مسّت تنظيم الصفقات، وبالتالي كل الهيئات المذكورة بالمادة 02 يمكن ان تلجا إلى هذا الإجراء.

#### الحالة الثانية: استيراد المنتجات والخدمات:

نصت على هذه الحالة المادة الخامسة وتخص حالة صفقات استيراد المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلب السريع في أسعارها ومدى توفرها، وكذا الممارسات المطبقة عليها. "تعفى من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم، لاسيما بطريقة الإبرام صفقات استيراد المنتجات والخدمات.....".

إن ذكر المشرع إعفاء المصلحة المتعاقدة من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم لاسيما ما تعلق بطريقة الإبرام يفهم منها إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إجراء طريقة التراضي البسيط.

إذن نلاحظ أن نص المادة أعفى المصلحة من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم دون تحديد ما هي الأحكام التي يمكن تجاوزها، وبالتالي من خلال سياق النص يفهم منه أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتطبيق أحكام هذا القانون مع السماح لها بتجاوز بعض أحكامه فقط ولاسيما طريقة الإبرام ومخالفتها وليس كلها، وبالتالي فإن النص جاء على إطلاقه، بمعنى كل الأحكام المتعلقة بهذا المرسوم فهي قابلة للتجاوز وبإمكان المصلحة المتعاقدة أن تتخطاها ولا تطبقها بدءاً من عملية التحضير للصفقة إلى غاية التنفيذ الكلي للصفقة حتى وإذا تجاوز مبلغ الصفقة الحد المذكور بالمادة 02 من المرسوم 10-236.

ومن هذه الأحكام عدم تحضير دفتر الشروط الخاص بالعملية، عدم الإعلان عن المناقصة أو اتخاذ الإجراءات المتعلقة بها، بل يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة إلى التفاوض الحر، أي

التراخي البسيط لإبرام الصفقة وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة بنصّها ".....لاسيما ما يتعلق منها بطريقة الإبرام...."، وبالتالي هنا المصلحة المتعاقدة تملك كل الصلاحيات والسلطة التقديرية في اتخاذ الإجراء المناسب حتى وإن كان مخالفاً لأحكام هذا المرسوم.

ولكن السؤال المطروح، هل أنّ المصلحة المتعاقدة ملزمة بتطبيق هذا المرسوم ولها فقط أن تخالف بعض الأحكام فقط الواردة فيه ولها في ذلك السلطة التقديرية في ما يمكن أن تتجاوزه، أم يمكنها أن تتجاوز كل الأحكام وتضع النص جانبا؟

في رأينا حسب سياق النص المصلحة المتعاقدة ملزمة بالاحتكام للمرسوم الرئاسي وتطبيقه ولكن لها الصلاحيات في تجاوز بعض الأحكام الغير محدّدة دون أن تتجاوز كل الأحكام مرّة واحدة.

كما أنّ هذا الإعفاء ليس عاماً بل يخص بعض الصفقات فقط دون غيرها، كما ربطه المشرع ببعض الإجراءات الواجبة الاحترام وإلا أصبح هذا الاستثناء مخالفاً للقانون.

#### أ- نطاق التطبيق:

المشرع الجزائري أعفى المصلحة المتعاقدة من تطبيق بعض أحكام هذا المرسوم فيما يخص بعض الصفقات دون غيرها، وهي صفقات المنتوجات والخدمات ولما يتعلق الأمر بالاستيراد فقط.

إنّ أول ملاحظة يمكن إدراجها في هذا الخصوص هو عدم الدقّة في المصطلحات، فبالرجوع إلى نص المادة السادسة والتي حدّدت مجال تطبيق ت ص ع في جانبها الموضوعي هو مجال خدمات الأشغال أو اللوازم، خدمات الدراسات، الخدمات. أي أنّ موضوع الصفقة محدّد حصرياً في هذا المجال، إلا أنّ المادة الخامسة بصدد تحديد موضوع الصفقات القابلة للإعفاء من تطبيق بعض أحكام القانون ذكرت "صفقات استيراد المنتوجات والخدمات.." وبالتالي إذا كان مصطلح الاستيراد لا يطرح إشكالاً باعتبار أنّ الصفقة يمكن أن تكون وطنية أو دولية إلا أنّ مصطلح المنتوجات يُدخّل التأويل في النص لتحديد ما المقصود بالمنتوجات.

وعموماً المنتوجات يقصد بها اللوازم، وبالتالي مستبعد من تطبيق أحكام هذه المادة الأشغال والدراسات.

#### ب- شروط التطبيق:

- أن تكون هذه المنتوجات بحكم طبيعتها سريعة التقلب في الأسعار (مثل تلك التي تتداول في البورصات العالمية كالقمح والشعير والسكر والمعادن وحتى تلك التي لا تتداول في البورصة).

- تذبذب توفرها في السوق الدولية.
- طبيعة الممارسات التجارية المطبقة عليها.
- تحديد القائمة بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة.
- تشكيل لجنة وزارية خاصة تكلف بإجراء المفاوضات واختيار الشريك المتعاقد.
- عرض الصفقة للتسوية بعد ثلاثة أشهر من بداية التنفيذ. وعلى الهيئة المختصة بالرقابة.

### الحالة الثالثة: حالة الاحتكار:

الاحتكار قد يكون ناتج عن حالة طبيعية أو واقعية، وقد يكون ناتج عن حالة قانونية.

#### أ- الحالة الواقعية:

عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارها المصلحة المتعاقدة أو لاعتبارات ثقافية و/أو فنية. وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/أو الفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.<sup>371</sup> ونفس الفقرة أضافها التعديل الأخير بموجب المادة 02 فقرة 08 من المرسوم 12-23 المعدلة للمادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.<sup>372</sup>

من خلال النص يتضح أنّ اللجوء إلى هذا الأسلوب يكون على أساس ثلاثة اعتبارات إمّا لاعتبارات طبيعية أو فنية وثقافية أو تكنولوجية.

ومن أمثلة الاعتبارات الطبيعية حالة الاحتكار الاقتصادي لمادة معينة مثل المورد الحائز على وضعية احتكار بناء على عقد لتوريد مادة معينة من شركات أجنبية أو حائز على حق التمثيل الحصري في الجزائر لعلامة تجارية أجنبية.

ومن أمثلة الاعتبارات التكنولوجية إبرام عقد توريد طائرات من نوع بوينغ التي تتميز بتكنولوجيات عالية جداً جعلتها رائدة في هذا المجال.

ومن أمثلة الاعتبارات الفنية والثقافية إنجاز لوحة فنية خاصة أو تمثال على يد فنان كبير وحده قادر على إنجاز هذا العمل، أو إقامة حفلات مع فنانين معينين.

<sup>371</sup> - المادة 43 المطعة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق.

<sup>372</sup> - إن هذا التكرار لا فائدة منه ما دام أنّ هذا الاستثناء مذكور بالمادة 43 وهو مكانها الطبيعي على اعتبار أن المادة حصرت جميع الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى التراضي البسيط بل أنّ هذا التكرار يفيد التشكيك في النص.

## ب- الحالة القانونية:

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وتحدّد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.<sup>373</sup>

### الحالة الرابعة: المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية:

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذا الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،<sup>374</sup>

- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.<sup>375</sup>

الحالة الأولى تم التنصيص عليها في النصوص السابقة (الملغاة)، بينما الحالة الثانية تمت إضافتها بموجب القانون الجديد واشترط القانون اللجوء إلى هذه الحالة للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء أو مجلس الحكومة.<sup>376</sup> وفي هذا الإطار عرضت على الحكومة بعض المشاريع التي اعتبرت ذات أهمية وطنية وحازت على الموافقة لإبرامها بالتراضي البسيط، ففي سنة 2007 استعملت هذه الطريقة لإنجاز برنامج كبير يتعلق بالمؤسسات العقابية، وفي سنة 2008 إنجاز قاعة بالجزائر العاصمة تتسع ل 12000 مقعد، إنجاز برامج سكنية في إطار القضاء على السكنات الفوضوية، استلام 90 محطة اتصال لاسلكية لفائدة قطاع التكوين المهني، إنجاز أشغال تحضير مشروع مسجد الجزائر الكبير وتمت المصادقة على كل هذه المشاريع خلال سنة 2008.<sup>377</sup>

<sup>373</sup> - إلى غاية اليوم لم يصدر هذا القرار.

<sup>374</sup> - المادة 43 المطعة السادسة من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>375</sup> - المادة 43 المطعة 08، المرجع نفسه.

<sup>376</sup> - مجلس الوزراء يرأسه رئيس الجمهورية، ومجلس الحكومة يرأسه الوزير الأول.

<sup>377</sup> - CHERIF Bennadji, "Marchés publics, et corruption en Algérie", op-cit, p149.

ومهما يكن تبقى مسألة الأولوية أو الأهمية الوطنية، أو أهداف ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، مصطلحات فضفاضة تحمل الكثير من التأويل، إذ ما هي المعايير التي يمكن أن يحكم على أساسها بتوفر هذه المعايير والأهداف.<sup>378</sup>

ولعلّ التفسير الوحيد هو رغبة المشرع تمكين مؤسسات عمومية تتولى بعض قطاعات الإنتاج حيازة بعض الصفقات ذات الحجم الكبير والأثر المالي الهامين، لمحاولة إخراج هذه المؤسسات ممّا تتخبط فيه من مشاكل مالية عسيرة لم تنفع معها عمليات التطهير المالي المتتالية، نتيجة عدم تطوير أساليب التسيير فيها، واختصار مشاكلها دوماً في مسألة الديون المتراكمة ومنافسة المنتج الخارجي في عالم جديد لم يعد يأبه بها كمبررات.<sup>379</sup>

إذن التراضي البسيط لا يحتاج إلى شكليات أو إجراءات معينة كما تتطلبه المناقصة وإنّما بمجرد توافر حالاته يتم اللجوء إلى هذه الطريقة والتي يسمح فيها للمصلحة المتعاقدة التفاوض مباشرة مع المرشح للتعاقد معها حول الصفقة ومهما كان المبلغ المقرر للصفقة ومهما كانت نوع الصفقة.

### ج- مزايا وعيوب إجراء التراضي البسيط:

#### المزايا:

- تنعكس هذه الطريقة إيجاباً على المصلحة المتعاقدة كلّما كانت شخصية المتعاقد معها محل اعتبار خاصة فيما تعلق بإمكانياته المالية والمادية والفنية ممّا يؤدي إلى تنفيذ العقد بصورة إيجابية.
- بقدر ما يوفر هذا الإجراء كثير من الجهد والوقت في إبرام الصفقة بقدر ما يؤدي إلى الكثير من الخروقات.

#### العيوب:

- إن اللجوء إلى هذه الطريقة قد ينجر عنه سوء استعمال هذه الصلاحيات ممّا يؤدي إلى تبديد أموال عمومية.
- تفتح هذه الطريقة المجال للمحاباة والمحسوبية.

### 2- التراضي بعد الاستشارة:

<sup>378</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 169.

<sup>379</sup> - نفس المرجع، ص 169.

يعتبر التراضي بعد الاستشارة، صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدراً ولو قليلاً من المنافسة، التي تتعدم نهائياً في التراضي البسيط.  
أ- تعريفه:

المشرع الجزائري لم يُعرّف التراضي بعد الاستشارة. ويتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، بينما التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص.

التراضي بعد الاستشارة هو إجراء مبسط يسمح للمصلحة المتعاقدة الاختيار، على أساس دفتر شروط للمترشح من بين عدّة مرشحين من اختيارها وبعد التفاوض معهم حول العقد.<sup>380</sup> ويشمل مجال الاستشارة على العموم المشاركين فقط الذين استجابوا للمناقصة.<sup>381</sup>

ب- حالاته:<sup>382</sup>

نصت المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدلة و المتممة بموجب المادة 6 من المرسوم الرئاسي 12-23 على أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

1- عندما يتضح أنّ الدعوة للمنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط أو لم يتم استلام أي عرض، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط أو لم يتم تأهيل لأي عرض، بعد تقييم العروض المستلمة، وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة إمّا إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة.<sup>383</sup>

2- في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة.<sup>384</sup>

3- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة.<sup>385</sup>

<sup>380</sup> - BRAHIM Boulifa, op-cit, p54.

<sup>381</sup> - عمار بوضياف، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص194.

<sup>382</sup> - BRAHIM Boulifa, op-cit, p53 et 54.

<sup>383</sup> - المادة 44 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>384</sup> - المادة 44 المطبة الثانية، المرسوم الرئاسي 10/236، المرجع السابق.

<sup>385</sup> - المادة 44 المطبة الثالثة وذكرت هذه الفقرة على أنه تحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة والأشغال المذكورة في المقتنين 2 و 3 (المقصود بها الحالة الثانية والثالثة) من هذه المادة، بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني، حسب الحالة، والوزير المكلف بالمالية، إلا أنه إلى غاية اليوم لم تصدر هذه القائمة، ولكن بالرجوع إلى أحكام المرسوم 02-250 (الملغى)، صدرت بعض القرارات تحدد قائمة الخدمات واللوازم المعنية بالتراضي بعد الاستشارة في قطاعات السياحة، الشباب والرياضة، والصيد البحري، وتمثل هذه القرارات في:

- القرار الوزاري المشترك بين وزير السياحة ووزير المالية مؤرخ في 17 يناير 2007، يحدد قائمة الخدمات واللوازم موضوع الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة، لتنظيم التظاهرات والمهرجانات السياحية، ج ر عدد 19، مؤرخ في 21 مارس 2007.

4- في حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.<sup>386</sup>

5- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.<sup>387</sup>

### ج- إجراءاته:

المشرع الجزائري بموجب المادة 44 اشترط على المصلحة المتعاقدة أن تستشير زيادة على ثلاثة متعاملين اقتصاديين جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، بمعنى أن المصلحة المتعاقدة في حالة توفر شروط حالة التراضي بعد الاستشارة تقوم باستدعاء على الأقل ثلاثة متعاملين اقتصاديين من اختيارها، قد تكون تعاملت معهم من قبل أو نظراً لكفاءتهم وإمكانياتهم، أو انضباطهم، كما تستدعي جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، أي المناقصة التي تم طرحها من قبل وانتهت بعدم الجدوى، كما تجدر الإشارة إليه أنه في هذه الحالة يستعمل نفس دفتر الشروط السابق. ولكن السؤال المطروح ألا تعتبر هذه الإجراءات هي تقريبا نفس إجراءات المناقصة؟ وبالتالي لم يعد هناك تراضٍ.<sup>388</sup> في رأينا لم يعد هناك تراضٍ، وتصبح هذه الطريقة شكل من أشكال المناقصة.

## الفصل الثاني - أشكال جرائم الصفقات العمومية:

ورد في نص المادة 26 من ق ف م تحت عنوان "الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية" على أنه "يعاقب بالحبس من ..... إلى.....:

- القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الشباب و الرياضة، مؤرخ في 18 ديسمبر 2006، يحدد قائمة الخدمات واللوازم التي تكون محل صفقات بالتراضي بعد الاستشارة بعنوان الألعاب الإفريقية التاسعة بالجزائر، ج ر عدد 14، مؤرخ في 25 فبراير 2007.

- القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الصيد البحري والموارد الصيدية، مؤرخ في 14 مارس 2006، يحدد قائمة اللوازم موضوع الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة بعنوان عمليات استيراد منتوجات تربية المائيات من أجل تعمير وإعادة تعمير الأوساط المائية، ج ر عدد 30، مؤرخ في 10 مايو 2006.

- القرار الوزاري المشترك بين وزير العدل ووزير المالية، مؤرخ في 6 فبراير 2008، يحدد قائمة اللوازم والخدمات الخاصة لصالح وزارة العدل التي لا تستلزم طبيعتها للجوء إلى مناقصة، ج ر عدد 25، مؤرخ في 18 مايو 2008.

<sup>386</sup> - المادة 44 المطعة الرابعة من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>387</sup> - المادة 44 المطعة الخامسة، نفس المرجع.

<sup>388</sup> - CHERIF Bennadji, "Marchés publics, et corruption en Algérie", op-cit, p149.



1- كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير،

2- كل تجاري أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات الاقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين".

وبموجب التعديل الأخير بالقانون رقم 11-15 تمّ تعديل الفقرة الثانية من المادة 26 وأصبح نص المادة كما يلي:

"...كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات".

من خلال هذا النص نستنتج أنّ المشرع الجزائري أدرج تحت هذا العنوان جريمتين أساسيتين وخصّ كل منهما بفقرة، وهما جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية (المبحث الأول)، وجريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة (المبحث الثاني)، ونص بالمادة 27 على جريمة الرشوة (المبحث الثالث).

**المبحث الأول - جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير:**

تعتبر هذه الجريمة أهم جرائم الصفقات العمومية على الإطلاق وأكثرها تداولاً في المحاكم والنص يشمل الإبرام والتأشير<sup>389</sup> لعقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً، إلا أنّ في الواقع العملي نجد أنّ جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للإحكام التشريعية والتنظيمية هي الأكثر شيوعاً في الواقع العملي وعلى هذا الأساس نحاول التركيز على هذه الجريمة بأكثر دقة وتفصيل وتحديد المفاهيم وهذا لتوضيح أركان الجريمة المادية التي كثيراً ما طبقت بطريقة مخالفة للنص القانوني.

### المطلب الأول- الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير:

سبق وأن عرفنا في الفصل الأول عنصرين أساسيين يجب توافرها في جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع، ألا وهما الموظف العمومي كما تم تعريفه من قبل وفقاً لقانون مكافحة الفساد، وأن يتعلق الأمر بصفقة عمومية وفقاً للمفهوم الذي تم تحديده من قبل ثم يجب توافر الفعل المادي للجريمة هذا الأخير يتفرع إلى عنصرين أساسيين هما: إبرام أو تأشير أو مراجعة<sup>390</sup> صفقة عمومية، وأن يكون هذا العمل بطريقة مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقة العمومية، وعليه نتناول مفهوم الإبرام، والتأشير، والمراجعة في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني مفهوم الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقة العمومية.

### الفرع الأول- مفهوم الإبرام، التأشير، المراجعة:

وردت في النص بعض المفاهيم التي يستوجب تحديد مفهومها بدقة باعتبارها تدخل ضمن العناصر المكونة لركن الجريمة.

### أولاً- معنى الإبرام:

يكتسي مفهوم الإبرام أهمية بالغة في مجال الصفقات العمومية باعتباره أساساً للركن المادي للجريمة وعليه يجب تحديد هذا المفهوم بدقة.

رأينا من قبل في الفرع الأول<sup>391</sup> أنّ لجنة تقييم العروض بعد دراسة العروض تقوم بإعداد محضر يتضمن توصيات -وليس قرارات- يوقع عليه جميع الأعضاء الحاضرين،<sup>392</sup> ويتم عرضه على السلطة المختصة لكي تقرر ما تراه بشأنه.<sup>393</sup>

<sup>389</sup> - حذفت المراجعة بموجب التعديل الأخير بالمرسوم الرئاسي رقم 11-15، ولم يعد يعاقب على المخالفات التي ترتكب أثناء المراجعة.  
<sup>390</sup> - المراجعة تم حذفها كمخالفة من النص بموجب القانون 11-15 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ومع ذلك نتناولها بالشرح لأهمية هذه المرحلة.

<sup>391</sup> - أنظر ص 111.

<sup>392</sup> - أنظر الملحق رقم 2 و 3، ص 220 و 227.

إنّ ما تنتهي إليه لجنة البت من اختيار لأحد المتقدمين ليس المرحلة الأخيرة للتعاقد، بل لا يعدو أن يكون إجراءً تمهيدياً يتلخص في تقرير أصلح العطاءات فنياً ومالياً، فلا يعد قرار لجنة البت قبولاً صادف إيجاباً من المتعاقد يؤدي إلى إتمام العقد بالضرورة مع من قامت اللجنة باختياره، إذ لا بد من إجراء لاحق يتمثل في اعتماد السلطة المختصة التي تملك دون غيرها إبرام العقد نهائياً ويعد قرارها في هذا الشأن هو القبول النهائي للعقد.<sup>394</sup>

ويقصد بالإبرام العملية الفنية الضيقة التي تتضمن الاتفاق بين الطرفين موقفاً عليه وفق الشكل المحدد للعقود الإدارية بلغة يفهمها الطرفان بموجب الاتفاق، وذلك بعد الانتهاء من كافة الإجراءات التي سبق ذكرها.<sup>395</sup>

### -السلطة المختصة بالإبرام:

تمر عملية إبرام الصفقات بعدة مراحل قبل أن تصل إلى محطتها الأخيرة وترجمتها في شكل عقد مكتوب يحمل كل مواصفات العقد وأركانه ولاسيما تعيين الأطراف المتعاقدة وصفاتهم وشروط العقد... إلخ.<sup>396</sup> ولا يملك إبرام العقود باسم الإدارة إلا أشخاصاً محدّون يعينهم المشرع. والأصل -وفقاً للقاعدة العامة- أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم، ولا يجوز أن يحل غيرهم محلهم في ممارسة هذا الاختصاص، كما لا يجوز لهم تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع.<sup>397</sup>

ولعلّ أهم نقطة في هذا الخصوص هي السلطة المختصة بإبرام العقد من جهة المصلحة المتعاقدة، وهذا يتعلق بمبدأ الاختصاص في الصفقات العمومية، حيث تختلف السلطات المختصة بالمصادقة على الصفقة حسب كل مصلحة متعاقدة المذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 وتجب المادة 08 من المرسوم الرئاسي على هذا التساؤل بأنه "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه".<sup>398</sup>

- الوزير، فيما يخص صفقات الدولة،

<sup>393</sup> - أنس جعفر قاسم، المرجع السابق، ص 142. وهو نفس الحكم الذي أورده المادة 125 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>394</sup> - أنس جعفر قاسم، المرجع السابق، ص 144.

<sup>395</sup> - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 148.

<sup>396</sup> - المادة 62 من المرسوم 10-236، المرجع السابق.

<sup>397</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 344.

<sup>398</sup> - المشرع الجزائري لم يُعرّف ما هي السلطة المختصة وأما حدّد هذه السلطات وهو نفس المنهج الذي اتبعه المشرع المصري أين عرّف السلطة المختصة بتحديد هذه السلطات بموجب المادة الثانية من القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ج ر، العدد (19 مكرر) في 08 مايو 1998 "يقصد بالسلطة المختصة في تنفيذ أحكام القانون المرافق، الوزير - ومن له سلطاته - أو المحافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة، كل في نطاق اختصاصه".

- مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة،
- الوالي فيما يخص صفقات الولاية،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي، فيما يخص صفقات البلدية،
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري،
- المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،
- مدير مركز البحث والتنمية،
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني،
- مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي،
- مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني،
- الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية".<sup>399</sup>

وعليه نلاحظ أن كل السلطات المذكورة بهذه المادة هي نفسها المذكورة بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي والملزمة بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية، فالمادة 08 ذكرت سلطة الوزير فيما يخص صفقات الدولة وهذا ما يوافق المادة 02 التي ذكرت الإدارات العمومية، فالدولة هي عبارة عن إدارات عمومية، قد تكون مركزية أو غير مركزية، فإذا كانت مركزية فإنَّ الوزير المختص حسب القطاع هو من يمثل هذه الإدارة العمومية (الدولة)، وإذا كانت غير مركزية فهنا الأمر يختلف، فقد يمثلها الوزير إذا لم تكن تتمتع بتفويض من السلطة المختصة مثل مديرية المجاهدين على المستوى المحلي أو مديرية النقل أو الصناعة أو التجارة أو السياحة ... فكل هذه المديرية على المستوى المحلي تمثل الدولة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ولا تحوز على تفويض من الجهات الإدارية المختصة لتمثيلها، عكس مديرية التربية أو مديرية البيئة أو البريد أو محافظة الغابات، فهذه المديرية تمثل الدولة على المستوى المحلي ولها التفويض لتمثيل الدولة وتبرم ما شاءت من العقود باسم الدولة وتمثلها أمام القضاء.

أمَّا باقي السلطات فلا تطرح أي إشكال باعتبار أن كل سلطة مذكورة بالمادة 08 يقابلها الهيئة المعنية بإبرام الصفقات العمومية المذكورة بالمادة 02 من المرسوم الرئاسي. ولكن الإشكال يطرح من

<sup>399</sup> - المؤسسة العمومية الاقتصادية لم تعد معنية بالصفقات العمومية بعد التعديل الأخير (المرسوم الرئاسي 13-03) وهذا بموجب تعديل المادة الثانية من المرسوم 10-236، الذي أخرجها من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية، ومع ذلك فإنَّ المشرع الجزائري لم يعدل المواد الأخرى التي تم فيها ذكر المؤسسة العمومية الاقتصادية.

زاوية أخرى وهو أنّ هناك من الهيئات التي يكون اتخاذ القرار فيها جماعياً، مثل المجلس الشعبي البلدي، المجلس الشعبي الولائي، مجلس الإدارة في المؤسسات العمومية، وبالتالي ممثل هذه الهيئات لا يمكنه اتخاذ القرارات دون الرجوع إلى هذه المجالس التي تمنح له الترخيص أو الإذن بموجب مداولة أو محضر اجتماع حسب الحالة لإبرام الصفقة. فهل يسأل مسؤول الهيئة فقط أم كل أعضاء المجلس التداولي؟

بالرجوع إلى مبادئ القانون فإن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة ومن بين هذه الامتيازات نوعين من السلطات وهي السلطة التقديرية و السلطة المقيدة.

#### -السلطة التقديرية:

تعني السلطة التقديرية عندما يكون للإدارة حرية تقدير الظروف التي يبرر تدخلها من عدمه، أو حينما تملك حق اختيار التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل وكذلك عندما يكون في مقدورها تحديد الوقت المناسب للتدخل.<sup>400</sup>

#### -السلطة المقيدة:

تعني السلطة المقيدة عندما يشترط القانون توافر ظروف معينة لكي تمارس نشاطها، أو يلزمها بمباشرة عمل معين عند توافر أوضاع بعينها، أو يحدّد لها الوقت الذي تمارس فيه فعلها.<sup>401</sup>

وعليه فإنّ السلطة المختصة بإبرام الصفقة تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، فهناك قضاء ثابت لسلطة الإدارة التقديرية في اعتماد المناقصة أو عدم اعتماده. إلاّ أنّه لا يمكن للسلطة المختصة باعتماد الصفقة إصلاح نتيجة مناقصة صحيحة ومطابقة للإجراءات، ولكن لها سلطة تقديرية واسعة في إبرام العقد أو في العدول عنه أصلاً بإلغاء المناقصة العامة من أساسها، إذا رأت أنّ دواعي المصلحة العامة تقتضي ذلك. ويترتب على اعتماد الصفقة تلاقي قبول الإدارة بإيجاب المتعاقد المتمثل في عطائه إبرام العقد.<sup>402</sup>

والنتيجة المترتبة عن هذا النص، أنّ الصفقات لا تبرم إلاّ من طرف الجهة الإدارية المختصة حسب ما تم تحديده في هذا النص.<sup>403</sup> فإذا لم تبرم ممّن ينعقد له الاختصاص قانوناً بإبرامها تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها قواعد الاختصاص وشكليات التعاقد.<sup>404</sup> أي لا نكون أمام صفقة عمومية بمفهوم ت ص ع إلاّ إذا تم اعتماد الصفقة من السلطة المختصة وإفراغها في عقد مكتوب يحدّد حقوق وواجبات

400 - عبد الغني بسيوني عبدالله، المرجع السابق، ص 626.

401 - المرجع نفسه، ص 626.

402 - مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 113.

403 - قدوج حمامة، المرجع السابق، ص 26.

404 - نفس المرجع، ص 28.

الأطراف المتعاقدة. وبالنتيجة فإنَّ السلطة المختصة بالإبرام هي من تتحمل المسؤولية الجزائية في حالة إبرام صفقة مخالفة للتشريع. وعليه وجب على هذه السلطة المختصة أن تتأكد من صحة إجراءات الإبرام قبل اعتماد الصفقة. وأن تبذل عناية الرجل العادي الحريص.

وهذا يجرنا إلى السؤال التالي: هل يمكن لهذه السلطة المختصة أن تتجاوز النتائج التي وصلت إليها لجنة تقييم العروض وعدم منح الصفقة للمتعامل المرتب في الدرجة الأولى وإحالتها للذي يليه في المرتبة خاصة في حالة معاينة خرق للإجراءات التشريعية والتنظيمية؟

يرى الدكتور محمد خلف الجبوري بأنَّه لا يجوز لسلطة التصديق تجاوز من تحيل إليه لجنة البت في العطاءات إحالة العقد إلى غيره لأنَّ في ذلك مخالفة واضحة لقواعد الشكل والإجراءات في إصدار بعض القرارات الإدارية ومنها قرار الإحالة بالتعاقد في المناقصات العامة وفي غيرها، وبخلاف ذلك بأنَّ تصبح السلطة التقديرية لجهة التصديق تغطي وعلى نحو مطلق على إجراءات التعاقد، لكان ذلك نوع من العبث الذي تتأى عنه الإدارة، فخرج الإدارة عن هذه القواعد يجعل قراراتها باطلة ويعطي الحق لمن تجاوزه جهة التصديق وأحالت العقد إلى غيره بطلب إلغاء قرار الإحالة وبالتعويض عنه.<sup>405</sup>

المشرع الأردني عالج هذه النقطة في الفقرة ج من المادة 15 من تعليمات الأشغال العامة الأردنية على أنه "لا يجوز إجراء أي تعديل على قرار الإحالة إلاً بقرار لاحق صادر عن نفس اللجنة".<sup>406</sup> ونلاحظ في التشريع الأردني أنَّ لجنة البت في المناقصة تصدر قراراً وليس مجرد توصيات أو محضر اجتماع.

وبمقارنة هذا الوضع بما هو عليه في التشريع الجزائري ولاسيما تنظيم الصفقات العمومية، فإنَّه لم يتطرق إلى هذه النقطة، كما أنَّ لجنة البت في العطاءات يُتوج عملها بمحضر اجتماع يحدد نتائج التقييم مُمضى عليه<sup>407</sup> من طرف جميع أعضاء اللجنة ويحال الملف فيما بعد بكامله على الجهة المختصة للمصادقة عكس ما هو عليه في التشريع الأردني أين يتوج عمل اللجنة بصدور قرار إحالة يحمل كل مواصفات القرار الإداري يلزم سلطة الإبرام بما جاء فيه.

وعلى هذا الأساس يقول الأستاذ توفيق شحاتة: "إنَّ منع الإدارة من التعاقد مع غير من رست عليه المناقصة يعتبر إجراء شبه آلي في اختيار المتعاقد معها، وقد يكون ضاراً بها فرغبة في موازنة سلطة الإدارة المقيدة على أثر عليه إرساء المناقصة أقر القضاء الإداري لها بسلطة تقديرية في عدم

405 - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 139.

406 - نفس المرجع، ص 139.

407 - أنظر الملحق رقم 2 و3، ص 223 و231.

إتمام التعاقد فإنها تملك ألا تتعاقد إطلاقاً وذلك بالعدول عن إبرام العقد أي بإلغاء المناقصة حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله أو إذا تبينت ملاءمة اتخاذ ذلك القرار لظروف تتعلق بمصلحة المرفق العام من الناحية الإدارية والمالية".<sup>408</sup>

وعلى هذا يمكن القول في الجزائر أن سلطة الإبرام يمكن ألا تعتمد الصفقة خاصة إذا ما لاحظت مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به وغياب قرار إداري صادر عن اللجنة يلزمها بذلك، وهذا إعمالاً لسلطتها التقديرية وكذا ثبوت مسؤوليتها الجزائية، إلا أنه لا يمكنها استبعاد العرض الذي توصلت إليه لجنة التقييم ومنح الصفقة للذي يليه في المرتبة، ولها في هذا إما إلغاء الصفقة وإعادتها من جديد، أو إرجاع الملف للجنة التقييم للدراسة مرة ثانية على ضوء الملاحظات المقدمة من سلطة الاعتماد، وفي حالة التوصل لنفس النتائج لا يبق أمامها سوى إلغاء الصفقة.

### ثانياً - معنى التأشير:

التأشير على الصفقة العمومية هو عمل إداري وقانوني إلزامي في الصفقات العمومية ومنح هذا التأشير بطريقة مخالفة للتشريع والتنظيم يعرض صاحبه للمساءلة الجزائية، وعليه لا بد أن نعرف معنى التأشير ثم الجهة أو السلطة المختصة بمنحه.

أحدث التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية هيئات خاصة خارجية، تتمثل في مجموعة من اللجان المحلية والوطنية مكلفة بالرقابة القبلية للصفقات العمومية، أي قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ وفق شروط معينة أهمها بلوغ سقف مالي معين، أي باستخدام المعيار المالي، وأن يتعلق موضوع الصفقة بأحد العمليات المذكورة في القانون، أي اقتناء اللوازم أو أشغال أو خدمات أو دراسات، وهذا ما يعبر عنه بالمعيار الموضوعي.

إضافة إلى هذا منح المشرع هذه اللجان صلاحيات ذات طابع تقني وأخرى إجراءات تنظيمية، كما تختص بممارسة الرقابة القبلية للصفقات، وهذا من خلال دراسة دفاتر الشروط قبل الشروع في إجراء المناقصة، أو عند الاقتضاء التراضي بعد الاستشارة.<sup>409</sup> ويتوج عمل هذه اللجان بمنح تأشيرة بالموافقة على الصفقة العمومية لتدخل بعدها حيز التنفيذ.

وعلى هذا الأساس نتطرق لهذه اللجان مع تحديد تشكيلتها وحدود اختصاصاتها وصلاحياتها.

### 1- لجان الرقابة على المستوى المحلي:

<sup>408</sup> - محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص 140.  
<sup>409</sup> - المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

تتمثل هذه اللجان في اللجنة البلدية واللجنة الولائية ولجنة المؤسسة المحلية.

#### أ- اللجنة البلدية للصفقات:

تختص اللجنة البلدية للصفقات بدراسة مشاريع الصفقات التي تبرمها البلدية ضمن حدود المستويات المنصوص عليها في المادة 136 المذكورة أعلاه.<sup>410</sup>

وبالرجوع للمادة 136 من المرسوم فإنّ السقف المالي المطلوب لتدخل اللجنة البلدية هو أقل من (200.000.000 دج) أي مائتا مليون إلاّ ديناراً بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم و(50.000.000 دج) أي خمسون مليون إلاّ ديناراً بالنسبة لصفقات الخدمات و(20.000.000 دج) أي عشرون مليون إلاّ ديناراً بالنسبة لصفقات الدراسات.

#### تشكيلة اللجنة:

تتشكل اللجنة من:

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله ، رئيساً،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- منتخبين اثنين (2) يمثلان المجلس الشعبي البلدي،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،
- ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.

#### ب- اللجنة الولائية للصفقات:

تختص اللجنة الولائية للصفقات بالفصل في الصفقات التي تبرمها الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة،<sup>411</sup> التي يساوي مبلغها أو يقل عن المستويات المحددة في المواد 146 و147 و148 من المرسوم.<sup>412</sup> أي التي تقل عن أسقف اختصاصات اللجنة الوطنية، أي يساوي أو يقل عن (1.000.000.000 دج)، بالنسبة لصفقات الأشغال وكذا في كل مشروع ملحق بهذه الصفقة.

<sup>410</sup> - المادة 137 نفس المرجع.  
<sup>411</sup> - مثل مديرية التربية، مديرية البيئة، محافظة الغابات، مديرية البريد، مديرية الشؤون الدينية، باعتبار أنّ هذه الإدارات تمثل عدم التركيز وتتمتع بأهلية التقاضي بموجب نص قانوني.  
<sup>412</sup> - المادة 136 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.



وتختص أيضا اللجنة الولائية بالفصل في صفقات البلديات والمؤسسات العمومية المحلية والتي يساوي مبلغها أو يفوق (50.000.000 دج) عندما يتعلق الأمر بصفقات إنجاز الأشغال، ويساوي أو يفوق (20.000.000 دج) عندما يتعلق الأمر بصفقات الدراسات أو الخدمات.<sup>413</sup>

#### تشكيلة اللجنة الولائية للصفقات العمومية:<sup>414</sup>

تتشكل اللجنة الولائية للصفقات العمومية من:

- الوالي أو ممثله، رئيسا،

- ثلاثة (3) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي،

- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،

- مدير التخطيط وتهيئة الإقليم للولاية،

- مدير الرأي للولاية،

- مدير الأشغال العمومية للولاية،

- مدير التجارة للولاية،

- مدير السكن والتجهيزات العمومية للولاية،

- مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية،

ج- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكورة في المادة 134:

نصت المادة 138 من المرسوم على أنه "تختص لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية، والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، بدراسة مشاريع الصفقات ضمن حدود المستويات المذكورة في المادة 136 من المرسوم".<sup>415</sup>

وبالرجوع إلى نص المادة 134 من المرسوم تنص على وجود لجنة وطنية تختص بصفقات المؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني وأيضاً على الهيكل غير الممركز للمؤسسة

<sup>413</sup> - المادة 136 الفقرة الثانية، نفس المرجع.

<sup>414</sup> - المادة 135، نفس المرجع.

<sup>415</sup> - المادة 138 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية الاقتصادية،<sup>416</sup> وأضافت الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أنه سوف تحدد قائمة الهياكل غير الممركزة للمؤسسات العمومية الوطنية، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.<sup>417</sup>

وعليه نستنتج وجود لجنة وطنية تختص بصفات الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري على أن تحدد قائمة هذه الهياكل غير الممركزة بموجب قرار وزاري مشترك، ولجنة محلية تختص أيضا بصفات الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري ولكن تخص فقط تلك المؤسسات غير المذكورة بالقائمة المحددة بموجب القرار الوزاري.

وبالرجوع إلى نص المادة 136 فإن المستويات المحددة للجنة المحلية الخاصة بالهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية غير المذكورة بالقائمة هي كما يلي:

- أقل من (50.000.000 دج) أي خمسون مليون دج إلا ديناراً بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم.

- أقل من (20.000.000 دج) أي عشرون مليون دج إلا ديناراً عندما يتعلق الأمر بصفات الدراسات أو الخدمات.

### تشكيلة اللجنة:

نصت المادة 138 من المرسوم الرئاسي على أن لجنة الصفقات العمومية للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري تتكون من:

- ممثل السلطة الوصية، رئيساً،

- المدير العام أو مدير المؤسسة،

- ممثل منتخب يمثل مجلس الجماعة الإقليمية المعنية،

- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)،

- ممثل المصلحة التقنية المعنية بالخدمة.

<sup>416</sup> - نفس الملاحظة السابق ذكرها وهي أن المؤسسة العمومية الاقتصادية لم تعد معنية بتنظيم الصفقات وها بعد تعديل المادة الثانية من التنظيم، ورغم ذلك لم تعدل المواد الأخرى المتعلقة بالمؤسسة العمومية الاقتصادية.

<sup>417</sup> - إلى غاية اليوم لم يصدر هذا القرار.

## مجال الرقابة لمختلف اللجان المحلية:

نصت المادة 130 إلى 132 من المرسوم الرئاسي على مهام هذه اللجان ولخصتها فيما يلي:

- تقدم اللجنة مساعدتها في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام تراتيبيها، وتقدم رأياً حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة.
- تقوم بدراسة مشاريع دفاتر شروط المناقصات قبل إعلان المناقصة، حسب تقدير إداري للمشروع ضمن الشروط المحددة في المادة 11 من المرسوم.
- تتأكد المصلحة المتعاقدة من أنّ الطلب، موضوع دفتر الشروط، ليس موجهاً نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد.

تتوج هذه الدراسة في أجل 45 يوماً، بصدور مقرر (تأشيرة) من لجنة الصفقات المختصة تكون صالحة لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعها، وإذا انقضى هذا الأجل تُعرض دراسة دفاتر الشروط المعنية من جديد، على لجنة الصفقات المختصة.

## 2- لجان الرقابة على المستوى الوطني:

### أ- اللجنة الوزارية:

نصت المادة 133 على أنّه "تختص اللجنة الوزارية للصفقات، ضمن الحدود المرسومة في المواد 146، 147، 148، و148 مكرر بدراسة مشاريع صفقات الإدارة المركزية.

### أ1- تشكيلة اللجنة:

تتشكل اللجنة الوزارية من:

- الوزير المعني أو ممثله ، رئيساً،
- ممثل المصلحة المتعاقدة،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية ( المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،
- ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

## أ2- اختصاصات اللجنة:

عكس ما كان معمولاً به في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 الملغى أين كانت اللجنة الوزارية تختص بصفقات الإدارة المركزية للوزارة إضافة إلى صفقات المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية، المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري،<sup>418</sup> فإنّ المرسوم الجديد 10-236 عدّل من هذه الأحكام وفصل بين هذه المصالح المتعاقدة إلى فئتين، وجعل لكل فئة لجنة رقابة خاصة بها.

- اللجنة الوزارية للصفقات وتختص بدراسة صفقات الإدارة المركزية.<sup>419</sup>

- لجنة المؤسسات العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية الاقتصادية.<sup>420</sup>

نصت المادة 133 على أن تختص اللجنة الوزارية للصفقات، ضمن الحدود المرسومة في المواد 146 و147 و148 و148 مكرر أدناه، بدراسة مشاريع صفقات الإدارة المركزية...".

من هذا يتبيّن لنا أنّ اللجنة الوزارية تختص فقط بصفقات الإدارات المركزية دون غيرها مثل صفقات وزارة الداخلية أو وزارة التجارة أو وزارة البريد أو العدل أو أي وزارة أخرى. أمّا فيما يخص حدود اختصاص اللجنة فرسمتها المواد 146 إلى 148 مكرر وهي كما يلي:

- صفقات الأشغال التي تساوي أو تقل عن (1.000.000.000 دج) مليار دينار وكل مشروع ملحق بهذه الصفقة في حدود المستوى المبين في المادة 106، أي لا يتجاوز زيادة أو نقصاناً 20% من المبلغ الأصلي للصفقة.

ب- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية ومركز البحث والتنمية الوطني، والمؤسسة العمومية الاقتصادية<sup>421</sup>، والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المحددة بموجب قرار وزاري مشترك وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 134:

وبهذا المعنى فإنّها تشمل تلك المنصوص عليها بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي وهي المؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والمؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمية

<sup>418</sup> - المادة 119 من المرسوم الرئاسي 02-250(الملغى).

<sup>419</sup> - المادة 133 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>420</sup> - المادة 134، نفس المرجع، مع نفس الملاحظة السابق ذكرها بأنّ المؤسسة العمومية الاقتصادية لم تعد معنية بتنظيم الصفقات العمومية.

<sup>421</sup> - نفس الملاحظة، المؤسسة العمومية الاقتصادية لم تعد معنية بتنظيم الصفقات العمومية منذ آخر تعديل.

والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

#### ب1- بتشكيلة اللجنة:

تتشكل اللجنة من:

- ممثل السلطة الوصية رئيسا،
- المدير العام أو مدير المؤسسة أو الشركة،
- ممثلين اثنين (2) عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،
- ممثل وزير الموارد المائية،
- ممثل وزير الأشغال العمومية،
- ممثل وزير التجارة،
- ممثل وزير السكن والعمران،

#### ب2- اختصاصات اللجنة:

نصت المادة 134 على أنّ اختصاصات اللجنة تكون ضمن الحدود المرسومة في المواد 146 إلى 148 مكرر.

**ملاحظة:** لا توجد قائمة بعد بالمؤسسات العمومية المذكورة بالمادة ويبقى السؤال مطروح مادامت لا توجد قائمة فإن كل الهياكل غير الممركزة للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري تبقى بالضرورة تخضع للجنة المحلية.

#### ج- اللجان الوطنية والقطاعية:

أحدث المرسوم الرئاسي 12-23 بموجب المادة 16 منه تعديلا للعنوان الفرعي الثاني من القسم الثاني من الباب الخامس للمرسوم الرئاسي 10-236 أسماه "اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات وتشكيلها"، وأحدث بموجب المادة 17 منه المادة 142 مكرر والتي بموجبها رخص لكل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات، إضافة للمادة 142 التي تنص على اللجان الوطنية.

#### ج1- اللجان الوطنية للصفقات العمومية:

أحدثت المادة 142 من المرسوم الرئاسي ولأوّل مرّة عدّة لجان وطنية تختص كل واحدة منها بموضوع معين عكس ما كان معمولاً به في المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى أين كانت لجنة وطنية واحدة تختص بكل أنواع الصفقات، وهذه اللجان هي:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال،

- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم،

- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.

### ج1.1- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال: 422

تتشكل اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال من:

- وزير المالية أو ممثلاً عنه، رئيساً،

- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية)، نائباً للرئيس،

- ممثل وزير الدفاع الوطني،

- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية،

- ممثل وزير الخارجية،

- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرة العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،

- ممثل وزير العدل،

- ممثل وزير الموارد المائية،

- ممثل وزير النقل،

- ممثل وزير الأشغال العمومية،

- ممثل وزير التجارة،

- ممثل وزير السكن والعمران،

422 - المادة 149 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار،
- ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة،
- وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية ، يعين الوزير المعني ممثلا واحدا.

### ج2.1- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم:<sup>423</sup>

تتشكل اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم من:

- وزير المالية أو ممثله، رئيسا،
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية)، نائبا للرئيس،
- ممثل وزير الدفاع الوطني،
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية،
- ممثل وزير الشؤون الخارجية،
- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،
- ممثل وزير التربية الوطنية،
- ممثل وزير العدل،
- ممثل وزير التجارة،
- ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي،
- ممثل وزير التكوين والتعليم المهنيين،
- ممثل وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات،
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار،
- ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة،
- وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية ، يعين الوزير المعني ممثلا واحدا.

<sup>423</sup> - المادة 150 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

### ج3.1- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات:<sup>424</sup>

تتشكل اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات من:

- وزير المالية أو ممثله، رئيساً،
- ممثل وزير المالية (قسم الصفقات العمومية)، نائباً للرئيس،
- ممثل وزير الدفاع الوطني،
- ممثل وزير الداخلية والجماعات المحلية،
- ممثل وزير الشؤون الخارجية،
- ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،
- ممثل وزير الموارد المائية،
- ممثل وزير النقل،
- ممثل وزير الأشغال العمومية،
- ممثل وزير التجارة،
- ممثل وزير التعليم العالي والبحث العلمي،
- ممثل وزير السكن والعمران،
- ممثل وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار،
- ممثل الوزير الوصي عن المصلحة المتعاقدة عندما تكون هذه المصلحة غير ممثلة في اللجنة،
- وفي حالة ما إذا تم إدماج دوائر وزارية، يعين الوزير المعني ممثلاً واحداً.

### ج2- اللجان القطاعية:<sup>425</sup>

أجازت المادة 142 مكرر المستحدثة بموجب المادة 17 من المرسوم 12-23 على إمكانية كل دائرة وزارية إنشاء لجنة قطاعية للصفقات،<sup>426</sup> وفي حالة إنشائها فإن اختصاصها هو نفسه اختصاص

<sup>424</sup> - 151 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>425</sup> - المادة 152 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.



اللجان الوطنية سواء من حيث المعيار المالي أو من حيث المعيار الموضوعي وكذا نفس الصلاحيات.<sup>427</sup>

و الملاحظ في هذا الصدد أنّ اختصاص هذه اللجان يتعلق بقطاع معين فقط أي بوزارة واحدة كوزارة الفلاحة أو الصناعة أو التجارة، فكل وزارة يمكن أن يكون لها لجنة قطاعية خاصة بها ويكون اختصاصها عمودياً، بينما اللجان الوطنية يكون اختصاصها أفقياً، أي يمتد لجميع القطاعات، والحكمة من هذا يبدو أن المشرع أراد التحكم أكثر فأكثر في الصفقات عن طريق التخصص كون كل قطاع أدرى بخصوصياته.

كما جعل المشرع من إنشاء اللجنة القطاعية اختصاصاً مانعاً لاختصاص اللجنة الوطنية، بمعنى في حالة ما إذا أنشئت لجنة قطاعية يتمتع على اللجنة الوطنية النظر في قضايا هذا القطاع.<sup>428</sup>

### ج2.1- تشكيلة اللجنة القطاعية:

تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات من:

- الوزير المعني أو ممثله، رئيساً،
- ممثل الوزير المعني، نائب الرئيس،
- ممثلان (2) عن القطاع المعني،
- ممثلان عن وزير المالية (المديرة العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)،
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

### ج2.2- اختصاصات اللجنة القطاعية:

إنّ اختصاصات اللجنة القطاعية مبني على معيارين، المعيار الموضوعي والمعيار المالي، والمعيار المالي وهو بلوغ الصفقة سقف مالي معين، أمّا المعيار الموضوعي هو ما تعلق بموضوع الصفقة، ويقصد بها صفقة الأشغال أو الدراسات أو الخدمات أو اللوازم.

<sup>426</sup> - وفعلاً أنشئت بعض اللجان القطاعية منها للجنة القطاعية للصفقات لوزارة الثقافة، وهذا بموجب القرار المؤرخ في 09 مايو سنة 2012، يتضمن تأسيس اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة الثقافة، ج ر عدد 42 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2012، وبنفس القرار تم تعيين القائمة الاسمية للأعضاء الدائمون، وكذا القائمة الاسمية للأعضاء المستخلفون. كما تم أيضاً إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة السكن والعمران وتم تعيين أعضائها وهذا بموجب القرار الصادر بتاريخ 15 مارس سنة 2012 المتضمن إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة السكن والعمران وتعيين أعضائها، المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 03 ديسمبر سنة 2013، ج ر عدد رقم 02 مؤرخ في 13 يناير سنة 2013.

<sup>427</sup> - المادة 148 مكرر من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>428</sup> - المادة 142 مكرر فق 03، نفس المرجع.

صفقة أشغال يفوق مبلغها مليار دينار وكل مشروع ملحق بها في حدود المستوى المبين في المادة 106، وثلاثمائة مليون دينار لصفقة اللوازم، و مائتي مليون دينار بالنسبة لصفقة الخدمات، وأخيراً ستين مليون دينار لصفقة الدراسات.<sup>429</sup>

### 3- صلاحيات اللجنة القطاعية واللجان الوطنية:

نصت المادة 143 من المرسوم على صلاحيات هذه اللجان وقسمتها إلى نوعين من الصلاحيات، تنظيمية ورقابية، ففي مجال التنظيم نصت المادة 143 على أنه تساعد المصالح المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات وإتمام تراتيبيها، وتساهم أيضاً في إعداد تنظيم الصفقات العمومية. ثم توضح المادة 145 مجال التنظيم والذي يشمل عموماً اقتراح أي إجراء من شأنه أن يحسّن ظروف إبرام الصفقات العمومية، كما تُعد وتُقرح نظاماً داخلياً نموذجياً يحكم عمل لجان الصفقات. إلا أن ما يهمنا أكثر في صلاحيات اللجان هو العمل الرقابي في صحة إجراءات الإبرام.

نصت المادة 144 من المرسوم على أن تتولى اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات، في مجال رقابة مدى قانونية إجراء إبرام الصفقات العمومية دراسة ما يلي:

- مشاريع دفاتر الشروط التي تتدرج ضمن اختصاصها،

- مشاريع الصفقات والملاحق التي تتدرج ضمن اختصاصها.

كما منحها المشرع اختصاص آخر شبه قضائي وهو النظر في الطعون التي تتدرج ضمن اختصاصها، والتي يرفعها المتعهدون الذين يعارضون الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو التراضي بعد الاستشارة. وكذا الطعون التي يرفعها المتعاملون المتعاقدون قبل أي دعوى قضائية، بشأن النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة.

ومن خلال النص نلاحظ أن المشرع منحها كل الصلاحيات في رقابة مدى قانونية الصفقة العمومية ولاسيما إجراءات الإبرام، بدءاً من مشاريع دفاتر الشروط التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الصفقة وما يحتويه من بنود تعاقدية ملزمة للجانبين ويكون عنصراً من عناصر تكوين الصفقة، إلى طرق الإبرام بما في ذلك مبررات المصلحة المتعاقدة في اختيار طريقة التعاقد، إلى غاية استخراج العرض المناسب، بل وأيضاً الملاحق إن وجدت فيما بعد.

### 4- أحكام مشتركة لجميع اللجان:

<sup>429</sup> - المادة 148 مكرر، المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

تتمثل صلاحيات جميع اللجان في نوعين من الرقابة، رقابة قبلية ورقابة بعدية.

#### أ- الرقابة القبلية:

دراسة دفاتر الشروط قبل الشروع في الإعلان عن المناقصة أو التراضي وتؤدي هذه الرقابة إلى إصدار تأشيرة في حالة القبول في أجل 45 يوماً،<sup>430</sup> مع استثناء العمليات المكررة. وتكون التأشيرة صالحة لمدة ثلاثة أشهر وهذا الحكم يخص جميع اللجان محلية أو وطنية أو قطاعية أو الوزارية.

#### ب- الرقابة البعدية:

وهي التي تمارس بعد إبرام الصفقة، وتُتَّوَجَّ الرقابة بالنسبة للجان المحلية والبلدية والولائية والمؤسسة العمومية والوزارية بمنح التأشيرة أو رفضها خلال 20 يوماً من تاريخ إيداع الملف.<sup>431</sup> وتكون ضوءاً أخضراً للبدء في تنفيذ الصفقة.

أما الرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات تُتَّوَجَّ بإصدار التأشيرة في غضون خمسة وأربعين (45) يوماً على الأكثر ابتداءً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان.<sup>432</sup> تكون ضوءاً أخضراً للبدء في تنفيذ الصفقة.

#### 5- سير عمل مختلف اللجان:

سير عمل مختلف اللجان نصت عليه المادة 157 وما يليها من المرسوم الرئاسي 10-236، وما يهمننا في عملها هو كيفية اتخاذ القرار الذي بناءً عليه تنتج المسؤولية الجزائية.

- لا تصح اجتماعات اللجنة إلا بحضور الأغلبية المطلقة.<sup>433</sup>

- إذا لم يكتمل النصاب تجتمع من جديد في غضون ثمانية 8 أيام الموالية وتصح مداولتها مهما يكن عدد الحاضرين.

- تتخذ القرارات بالأغلبية للأعضاء الحاضرين.

- اللجنة هي مركز اتخاذ القرار وتسلم تأشيرة لتنفيذ الصفقة.<sup>434</sup>

430 - المادة 132 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

431 - المادة 141، نفس المرجع.

432 - المادة 155، نفس المرجع.

433 - المادة 159، المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

434 - المادة 164، نفس المرجع.

إن نلاحظ أنّ هذه اللجان تُبسط كامل رقابتها على إجراءات الإبرام وتمنح تأشيرة للصفقة في حالة ما إذا كانت مطابقة للقانون، وترفض ذلك في الحالة العكسية. وبالتالي السؤال المطروح ما مدى مسؤولية هذه اللجان الجزائية في منح التأشيرة؟ خاصة إذا تمت معاينة مخالفة للتشريع والتنظيم.

في رأينا لا تترتب أية مسؤولية جزائية لأعضاء اللجنة، بل وأنّ رأيها ملزم، ولكن يمكن أن تثار مسؤولية رئيس اللجنة إذا ما خالف ما توصلت إليه اللجنة من قرارات، كأن ترفض اللجنة منح التأشيرة في حين يقرر رئيس اللجنة منحها، وهذا عكس لجنة تقييم العروض التي يمكن فيها لمسؤول الهيئة مخالفة ما توصلت إليه اللجنة.

### ثالثاً - المراجعة: Révision des prix

يُعبّر المبلغ المدرج ضمن رسالة العرض، بالنسبة لصفقة صيغت وفق إجراء المناقصة، والمبلغ المدرج في رسالة التعهد بالنسبة لصفقة تبرم بالتراضي، عن المقابل المالي للخدمات موضوع الصفقة لحظة دراستها وتقييم تكلفتها من قبل المتعامل المتعاقد، مع حساب الفوائد التي ينتظر أن تعود عليه من خلال إنجازها. غير أنّ تقييم التكلفة هذا، إنّما يتم ضمن لحظة زمنية تحددها ظروف اقتصادية مُعرّضة للتذبذب والتغير، فيتغير أحد مكونات الخدمة قلّ أثره أو كبر، يتأثر المبلغ المحدد بالزيادة أو النقصان.<sup>435</sup>

وأجاز المشرع الجزائري للمتعاقدين تعديل أسعار الصفقة بالمراجعة أو التحيين وهذا حفاظاً على التوازن المالي للصفقة ومركز الطرفين المتعاقدين وفقاً للصيغ والكيفيات المتفق عليها لدى التفاوض في صفقة تراضي، أو وفق ما تم التنصيص عليه في دفتر الشروط للمناقصة. وهذا ما جاء في قرار لمجلس الدولة "أنّ تحيين الأسعار تخضع لأحكام محددة ولشروط تخضع لها الصفقات العمومية سيما إذا كانت الأسعار ثابتة أو قابلة للمراجعة وإن وجدت صيغة لمراجعة الأسعار وإذا كانت هناك شروط لتحيين الأسعار".<sup>436</sup>

فنصت المادة 62 من المرسوم على البيانات الواجب أن يتضمنها عقد الصفقة ومن بين هذه البيانات بند مراجعة الأسعار، كما نصت المادة 64 من المرسوم على أنه يمكن أن يكون السعر ثابتاً أو قابلاً للمراجعة. بمعنى أنّ المشرع ترك الحرية للمتعاقدين في تحديد ما إذا كان السعر يمكن مراجعته أم لا، وهذا حسب طبيعة كل صفقة، كما نص المشرع على تحيين الأسعار،<sup>437</sup> وبهذا يكون المشرع قد ميّز

<sup>435</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 332.

<sup>436</sup> - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 015885/09/21، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص 77.

<sup>437</sup> - المادة 64 فقرة 3، من المرسوم 10-236.

بين مراجعة الأسعار وتعيين الأسعار ووضع لكل إجراء شروطه. وفي كلتا الحالتين يجب أن تنص الصفقة على هذا البند. وجاء في قرار لمجلس الدولة أن "يستوجب التذكير بأن تعيين أسعار الصفقة يمكن قبوله إذا كان الأجل يفوق مدة صلاحية العرض التي تفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العرض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أي الشروع في بداية الأشغال، بينما مراجعة الأسعار تخضع للتغيير المعتبر في أسعار المواد المعنية بتنفيذ الصفقة خلال فترة الإنجاز".<sup>438</sup>

وفي حالة ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أو التحيين فإنّ المشرع تكفل بتنظيم كيفية المراجعة والتعيين، وجعل هذه الأحكام ملزمة تحت طائلة العقاب. كما أوجب تضمينها في عقد الصفقة.<sup>439</sup>

## 1- مراجعة الأسعار:

مراجعة الأسعار هي إعادة النظر في السعر (حسب الحالة بالزيادة أو النقصان) لدى كل تذبذب لأسعار السلع والخدمات والأجور أثناء فترة إنجاز الصفقة، مقارنة بما كانت عليه في الفترات السابقة للتذبذب.

## شروط المراجعة:

نصت المواد من 67 إلى 71 من المرسوم على كيفية تطبيق هذه الصيغة وفق شروط محدّدة يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن يتم ذكر إمكانية المراجعة في دفتر الشروط أو ملف المناقصة مع تحديد كیفياتها،<sup>440</sup>
- أن يكون أجل الصفقة يفوق ثلاثة (3) اشهر،
- أن تتم مرّة واحدة كل ثلاثة أشهر إلا إذا اتفق الطرفان على فترة أقل،<sup>441</sup>
- أن تتم خارج الفترة التي كانت محل تحيين للأسعار،<sup>442</sup>
- أن تحسب خارج أجل صلاحية العرض،<sup>443</sup>

438 - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 006052 جلسة 2003/04/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 04 سنة 2003، ص71.

439 - المادة 64 فقرة 2 من المرسوم 10-236، المرجع السابق.

440 - المادة 62 المطبة 13 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

441 - المادة 70، نفس المرجع.

442 - المادة 67 المطبة 2، نفس المرجع.

443 - المادة 67 المطبة 1، نفس المرجع.

- ألاّ تمس إلاّ ما أنجز فعلا من خدمات دون سواه حسب شروط الصفقة.<sup>444</sup>

## 2- تحيين الأسعار : Actualisation des prix

يعني تحيين الأسعار نقل الأسعار المعبر عنها لدى تقديم العرض (تاريخ إمضاء رسالة العرض بالنسبة لصفقة عن طريق مناقصة وتاريخ إمضاء الصفقة بالنسبة لصفقة بالتراضي) إلى الأسعار الملاحظة لدى إعطاء الأمر بالأشغال.<sup>445</sup>

### شروط التحيين:

- إذا ورد بند في الصفقة ينص على تحيين الأسعار،<sup>446</sup>

- أن يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة، أجل يفوق مدة تحضير العرض زائد (3) ثلاثة أشهر، وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك،<sup>447</sup>

- أن يتم التحيين إمّا بطريقة إجمالية وجزافية وبتوافق مشترك، وإمّا بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار إذا نصت الصفقة على ذلك،<sup>448</sup>

- لا يطبق إلاّ على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التعاقدية.<sup>449</sup>

غير أنه أجاز المشرع للأطراف بموجب أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 66 بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد. وتطبق هذه الأحكام على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة. وتتم عملية المراجعة وفقاً لعملية حسابية دقيقة منصوص عليها قانوناً.

## 3- طريقة التحيين والمراجعة:<sup>450</sup>

### أ- التحيين:

444 - المادة 67 فقرة 2، نفس المرجع.

445 - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 333.

446 - المادة 66 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

447 - المادة 65، نفس المرجع.

448 - المادة 66 المطبة 1، نفس المرجع.

449 - المادة 66 المطبة 2، المرسوم الرئاسي 10/236 المرجع السابق.

450 - كأمثلة تطبيقية لطريقة حساب المراجعة أنظر:

إذا ما توافرت شروط التحيين، فإنَّ هذه العملية تتم كقاعدة عامة بطريقة إجمالية وجزافية وبتوافق مشترك، بمعنى أن تشمل كامل الصفقة وكل العناصر المكونة للسعر، سواء أجزور أو سلع أو عتاد... إلخ، وتحديد مبلغ إجمالي وجزافي يضاف إلى مبلغ الصفقة المحدد في العرض، كأن يكون مبلغ الصفقة عشرة ملايين دينار في عقد أشغال عامة عند العرض يضاف لها مبلغ إجمالي جزافي يقدر بمليون دينار بعد اتفاق الأطراف المتعاقدة على هذا التحيين، أي أنَّ هذا التحيين يخضع للتفاوض بين الطرفين.

إستثناء من هذه القاعدة يمكن أن يكون التحيين بطريقة صيغة المراجعة شرط أن ينص عقد الصفقة على ذلك.<sup>451</sup>

### ب- المراجعة:

عكس التحيين أين ترك المشرع الحرية للمتعاقدين لتحديد مبلغ التحيين عن طريق التفاوض ضمن الشروط السابق ذكرها، فإنَّ طريقة المراجعة نص عليها القانون وحدد بدقة المعادلة الحسابية التي يتم بها المراجعة.<sup>452</sup>

إذن نلاحظ أنَّ عملية مراجعة الصفقة أو الملحق تكتسي أهمية كبيرة ويمكن أن يرتكب خلالها مخالفات قد تكون أكثر خطورة من الإبرام نفسه أو التأشير، ولكن بعد تعديل القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته أسقطت المراجعة من النص، ولم يعد معاقب عليها، ولا ندرى إن كان هذا سهواً من المشرع أو كان مقصوداً، وفي الحالتين فإن النتيجة جد خطيرة يستوجب تدخل المشرع لتصحيح الوضع كما كان عليه النص قبل التعديل.

### الفرع الثاني - مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقة العمومية:

باعتبار أنَّ الركن المادي في هذه الجريمة يتمثل أساساً في مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقة العمومية، بغرض منح امتيازات غير مبررة للغير، وقبل تحديد معنى الامتيازات غير المبررة، يستوجب تحديد مفهوم الأحكام التشريعية والتنظيمية أولاً، ثم تحديد مفهوم مبادئ الصفقة العمومية.

### أولاً - مفهوم الأحكام التشريعية والتنظيمية:

<sup>451</sup> - المادة 66 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>452</sup> - المادتان 68، 69، نفس المرجع.

تعتبر كل من الأحكام التشريعية والتنظيمية في مفهوم القانون الإداري تشريعاً، وهي عبارة عن مجموعة القواعد القانونية المدونة والصادرة عن السلطة المختصة، وتختلف هذه التشريعات من حيث جهة الإصدار، فإذا كانت السلطة المختصة بإصدار التشريعات هي السلطة التشريعية، فنحن إزاء تشريعات عادية أو قوانين. أما إذا كانت هذه السلطة هي السلطة التنفيذية، ففي هذه الحالة يكون لدينا تشريعات فرعية أو لوائح،<sup>453</sup> أي تنظيم.

## 1- الأحكام التشريعية:

يقصد بالأحكام التشريعية -كما عبّر عنها المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية- القانون أو ما يسمى كذلك بالتشريع العادي، وهو مجموعة القواعد القانونية التي تقوم السلطة التشريعية أساساً بوضعها في حدود اختصاصها الذي يبينه الدستور.<sup>454</sup>

وفي هذا المجال وبهذا المفهوم صدرت العديد من القوانين من السلطة التشريعية (البرلمان) في جميع المجالات، منها قانون البلدية، قانون الولاية، قانون الانتخابات، قانون التهيئة والتعمير، قانون التوجيه العقاري... إلخ.

وهناك أيضاً الأوامر التي صدرت قبل تأسيس البرلمان الجزائري سنة 1976 عندما كان رئيس الجمهورية يضطلع بسلطة التشريع، أو الأوامر التي تصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً لدستور الجزائر بوصفه سلطة تشريعية وليس سلطة تنفيذية وهذا عند غياب انعقاد البرلمان بين دوراته، فيحق لرئيس الجمهورية أن يُشرع بموجب أوامر.

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية 10-236 الساري المفعول حالياً وكذا المراسيم اللاحقة والمعدلة له نجدها صدرت بموجب مراسيم رئاسية وليس بموجب قانون. وعند البحث في المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية لا نجد ولا قانون أو تشريع عادي صدر لتنظيم مجال الصفقات العمومية، ومنه نصل إلى القول أنّ هذه الجملة التي وردت في نص المادة 26 من قانون مكافحة الفساد ما هي إلا مجرد تزيّد وتأكيداً فقط لأهمية المخالفة.

والحقيقة لا مانع من ذكرها فتبقى صالحة ولا تحتاج إلى تعديل في حالة ما إذا أُلغي مرسوم تنظيم الصفقات العمومية الحالي وأعيد تنظيمه بموجب قانون لاحقاً.

## 2- الأحكام التنظيمية: Règlements

<sup>453</sup> - عبد الغني بسيوني عبدالله، المرجع السابق، ص 60.  
<sup>454</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الأول: التنظيم الإداري، منشورات دحلّب، الجزائر، 1999، ص 30.



الأحكام التنظيمية ( اللوائح أو القرارات الإدارية التنظيمية )، وتسمى كذلك بالتشريع الفرعي، ويقصد به، التشريع الذي يصدر عن السلطات التنفيذية، تمييزاً له عن التشريع العادي أي القانون الذي يصدر دائماً كمبدأ عام عن السلطة التشريعية. وتنقسم إلى نوعين، المراسيم والقرارات.<sup>455</sup>

#### أ- المراسيم:

إستنادا إلى الدستور الجزائري، فإنّ المراسيم هي القرارات الإدارية التي تصدر عن السلطة التنفيذية. وهذه الأخيرة في الجزائر حسب الدستور الجزائري، هي من اختصاص رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة. وعليه فإنّ القرارات التي تصدر عن رئيس الجمهورية تسمى بالمراسيم الرئاسية، والقرارات التي تصدر عن رئيس الحكومة<sup>456</sup> تسمى بالمراسيم التنفيذية.<sup>457</sup>

#### ب- القرارات:

يصدر هذا النوع من اللوائح عن السلطات التالية:

- الوزير،
- الوالي،
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.

وبالتالي فإنّ الأحكام التنظيمية تشمل الأوامر والمراسيم الرئاسية والتنفيذية والقرارات الإدارية والوزارية وكذا القرارات المشتركة، وأيضاً بعض الأنظمة والتعليمات القانونية مثل تنظيمات مجلس النقد والقرض ولجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة وتنتشر في الجريدة الرسمية ومنها يبدأ تاريخ سريانه.<sup>458</sup>

والملاحظة التي يمكن إيدؤها في هذا الشأن أنّه لا يوجد فقط تنظيم الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي) بل يمكن أن توجد قوانين أو تنظيمات أخرى تطبق على الصفقات العمومية في هيئات أخرى محدّدة بموجب التنظيمات الداخلية لهذه الهيئات حتى وإن لم تبلغ الحد المالي القانوني المطلوب بالمادة الثانية من المرسوم. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم الرئاسي "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم".

<sup>455</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 32.

<sup>456</sup> - بعد تعديل الدستور أصبح يسمى الوزير الأول.

<sup>457</sup> - ناصر لباد، القانون الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 33.

<sup>458</sup> - RACHID Zouaimia, MARIE CHRISTINE Rouault, Droit administratif, édition Bertel, Alger 2009, p 168.

والمثال على ذلك المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أو مؤسسات البحث العلمي والتكنولوجي، فزيادة على تطبيقها لتنظيم الصفقات العمومية المنصوص عليه بموجب المرسوم الرئاسي يمكن لها أن تضع تنظيمات داخلية تخص إبرام الصفقات العمومية تتوافق وخصوصياتها وتصبح ملزمة للتطبيق شرط ألا تتعارض مع المرسوم الرئاسي، وكل مخالفة لها تعرض صاحبه للجزاء.<sup>459</sup>

كما نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي في حالة ما إذا لم تكن المؤسسات العمومية والمؤسسات العلمية، غير خاضعة لأحكام هذا المرسوم، يتعين عليها تكييف إجراءاتها الخاصة مع ت ص ع والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة. وبالتالي فإن الإجراءات التي يتم بموجبها اعتماد ت ص ع هي عبارة عن تنظيم، أي مداوات الهيئات المديرة وقرارات داخلية، وعليه تصبح هذه القرارات تنظيمات يعمل بها وواجبة الاحترام.

### ثانياً- مبادئ الصفة العمومية:

يتمثل النشاط الإجرامي في منح امتيازات غير مبررة للغير مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية كما سبق شرحها المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات. ونلاحظ أن مجال هذه المخالفات يتعلق بمبادئ الصفة العمومية المنصوص عليها بتنظيم الصفقات العمومية.<sup>460</sup> وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري في ق و ف م بالأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات.

إنّ النص الملغى المتعلق بالصفقات العمومية لم يكن ينص صراحة على مبادئ الصفة العمومية ولكن كانت تستشف من نصوص القانون، إلا أن النص الجديد نص صراحة عليها في المادة الثالثة وأكدت عليها المادة التاسعة من ق و ف م وتتمثل في مايلي:

#### 1- مبدأ حرية الوصول للصفة العمومية:<sup>461</sup>

وهو ما يعبر عنه بالمنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، ويعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض وتنوع في الخيارات، تسمح للإدارة العمومية باستخدام الموارد العمومية استخداماً عقلانياً ورشيداً، ويضفي على طلباتها قدراً

<sup>459</sup> - ومثال ذلك الحالة المذكورة بالمادة 02 و 05 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>460</sup> - المادة الثالثة، المرسوم الرئاسي 10/236، المرجع السابق.

<sup>461</sup> - BRAHIM Boulifa, Marchés publics, manuel méthodologique, éditions Berti, Alger 2013, p5.

من الشفافية والنزاهة، وهي كذلك بما تتيحه للمؤسسات من فرص للوصول لتلك الطلبات، تعد أفضل وسيلة لتحقيق حقوقها المشروعة في ممارسة حريتي التجارة والمنافسة.<sup>462</sup>

ويعني مبدأ حرية الوصول للصفقة العمومية أو كما عبّر عنه النص بحرية الوصول إلى الطلبات العمومية<sup>463</sup> أن تكون ممكنة لأي كان تتوفر فيه الشروط الموضوعية المُعدّة والمحدّدة سلفاً، وهي شروط يجب أن تبتعد أشد البعد عن الاعتبارات الذاتية أو التمييزية على أي أساس كان، لشخص على حساب شخص آخر.<sup>464</sup>

ويقتضي مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية أو كما يسمى في التشريعات المقارنة وفي قانون المنافسة بمبدأ المنافسة بإعطاء الحق لكل المقاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه أن يتقدموا بطلباتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي،<sup>465</sup> ويقوم أساس المنافسة الحرة في نظر الأستاذ (دولوبادير) على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة وفكرة المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة.<sup>466</sup>

وعليه فإنّ المنافسة، تقتضي أن يعمل المشتري العمومي على تسهيل مهمة المرشحين المحتملين لنيل الصفقة في تقديم ترشيحاتهم، وعروضهم بكل حرية ومعاملتهم على قدم المساواة، وفي ظل شروط وإجراءات واضحة وشفافة، وهذا من أجل ضمان حقوق المقاولات في الوصول للطلبات العامة وتحقيق استخدام الموارد العمومية استخداماً عقلانياً ورشيداً،<sup>467</sup> ولا يتأتى هذا إلا بتدخل المصلحة المتعاقدة برفع الحواجز والقيود المخلة بقواعد المنافسة، ويكون هذا بعدم خلق السلطة العمومية وبصفة أدق المصلحة المتعاقدة ممارسات مقيدة للمنافسة، بل وتلتزم بكشف ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة

ويقع هذا الإلتزام على الدولة نفسها عند وضع التشريعات فعليها أن تبتعد كل البعد بوضع أحكام تقيد من المنافسة وأن تترك المؤسسات تمارس نشاطاتها في إطار اقتصاد السوق، وهذا يستدعي من الدولة ضمان حرية الوصول للطلبات العمومية بمنع وجود اتفاقات لخلق وضعية هيمنة من جهة، ومن جهة أخرى مراقبة التجميعات.<sup>468</sup>

462 - محمد الشريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 2، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2010، ص73.

463 - المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

464 - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 491.

465 - مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلّمان، المرجع السابق، ص94.

466 - نفس المرجع، ص 94.

467 - محمد الشريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص76.

468 - RACHID Zouaimia, Le droit de la concurrence, maison d'édition Belkeise, Algérie, 2012, p 7.

ولكن قبل مناقشة هذا يجب علينا معرفة أولاً ما هي هذه الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمنافسة، أي بعبارة أخرى ما هي القواعد التي تعتبر إخلالاً بالمنافسة؟

للإجابة عن هذه القواعد لابد من الرجوع إلى النص القانوني الذي ينظمها، وهو الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة الذي يحدد لنا صور الممارسات المنافية للمنافسة.

#### أ- صور الممارسات المنافية لقواعد المنافسة:

حصر الأمر المتعلق بالمنافسة صور الممارسات المنافية للمنافسة في مجموعتين رئيسيتين هما: الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميع غير المرخص به.

#### 1- الممارسات المقيدة للمنافسة:

##### 1.1- الأعمال والاتفاقيات غير الشرعية:<sup>469</sup>

نصت المادة السادسة من الأمر 03-03 على أنه "تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لاسيما عندما ترمي إلى:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

هذه الاتفاقيات ممنوعة ومحظورة إذا كان الهدف منها تحريف مبدأ المنافسة الحرة في نفس السوق أو في جزء جوهري منه.<sup>470</sup>

<sup>469</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص219.

<sup>470</sup> - YELLES Chaouche Bachir, "Droit des marchés publics et droit de la concurrence", op-cit, p05.

## أ.1.2- التعسف الناتج عن وضعية هيمنة أو احتكار:

منعت المادة السابعة من نفس الأمر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها إذا كان القصد منها تحقيق نفس الأفعال السابق ذكرها في المادة السادسة.

## أ.1.3- إبرام عقد استثنائي لاحتكار التوزيع:

وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة من الأمر "بأنه يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق".

## أ.1.4- التعسف في استغلال وضعية التبعية:

نصت عليه المادة 11 بأنه "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.

يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،
- البيع المتلازم أو التمييزي،
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق"

## أ.1.5- البيع بثمن أقل من سعر التكلفة:

وهذا ما نصت عليه المادة 12 من الأمر 03-03 بأن "يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق".

## أ.2- التجميع غير المرخص به:

يتميز اقتصاد السوق بظاهرة اقتصادية، تتمثل في تجميع أو تركيز المؤسسات الاقتصادية الذي يساعد على تكوين وإنشاء وحدات اقتصادية ضخمة، بغرض السيطرة والتحكم في النشاط الاقتصادي ومراقبته.

وإذا كانت حرية المبادرة الخاصة تخوّل للأعوان الاقتصاديين الحق في الاندماج وأخذ المساهمات المالية وإنشاء المؤسسات المشتركة، وما إلى ذلك من أشكال التركيز الاقتصادي، فإنّ هذا التركيز قد ينعكس سلباً على المنافسة الحرّة، حيث سيؤدي إلى تغيير دائم في بنية وتركيب السوق وزوال استقلالية الأعوان الاقتصاديين أو المؤسسات، في مقابل تقوية السلطة الاقتصادية لهؤلاء الأعوان مجتمعين،<sup>471</sup> خاصة وأن تنظيم الصفقات العمومية أجاز للمتعاملين الاقتصاديين التقدم للمنافسة وتقديم عروضهم في شكل تجمعات<sup>472</sup> وعلى هذا الأساس وضع المشرع الجزائري قيوداً وضوابط على تجميع المؤسسات يجب مراعاتها.

وكل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة أشهر،<sup>473</sup> وبالتالي فإنّ القانون المتعلق بالمنافسة أخذ بمشروعية التجميع - من حيث المبدأ - وأخضعه للرقابة للتأكد من عدم تقييده للمنافسة.<sup>474</sup>

ومراقبة التجميع ليست موجهة لكل العمليات بل هي مقررة للعمليات الواسعة النطاق التي تبلغ حسب المادة 18 من الأمر 03-03 حدّاً يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة ممّا يفهم أنّ العمليات التي تقل عن ذلك لا تخضع للمراقبة.<sup>475</sup> بل ويمكن لمجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع حتى إذا فاقت النسبة 40% وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع.

## ب- القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة:

يقوم هذا المبدأ على أساس وقوف الإدارة موقفاً حيادياً إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المقاولين التي تدعوها وتلك التي تبعتها. إلا أنّ هذا المبدأ لا

471 - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2005، ص 198.

472 - المادة 39 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

473 - المادة 17 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

474 - محمد الشريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 207.

475 - المادة 18 من الأمر 03-03، المرجع السابق.

يسري على إطلاقه، إذ ترد عليه قيوداً تقتضيها المصلحة العامة تسمح للإدارة إبعاد بعض الراغبين بالتعاقد مؤقتاً أو نهائياً من التعاقد مع الإدارة.<sup>476</sup>

هناك من القيود التي نصَّ عليها صراحة ت ص ع وليس للإدارة أي تدخل فيها، تجعل من المتعاملين ممنوعين من التقدم للمناقصة، وقد يكونوا في وضعية إقصائية مؤقتة أو نهائية، وهناك من القيود التي ترك فيها المشرع السلطة التقديرية للإدارة في وضعها.

### ب1- القيود بنص القانون:

نصت المادة 52 من المرسوم الرئاسي المعدلة والمتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 على الحالات التي لا يسمح فيها لبعض المتعاملين الاقتصاديين بالمشاركة في الصفقات العمومية سواء بصفة نهائية أو مؤقتة وهي:

- الذين تنازلوا عن تنفيذ صفقة، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 125 مكرر،
- الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين هم محل إجراء عملية الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح،
- الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية،
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم،
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية،
- الذين قاموا بتصريح كاذب،
- الذين كانوا محل قرارات الفسخ تحت مسؤوليتهم، من أصحاب المشاريع، بعد استنفاد إجراءات الطعن المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما،
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 61 من هذا المرسوم،<sup>477</sup>

<sup>476</sup> - مفتاح خليفة وحمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 95.  
<sup>477</sup> - صدر في هذا الخصوص قرار مؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، وكذا القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد رقم 24، مؤرخ في 20 أبريل 2011.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، مرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة،

- الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي،

- الأجانب المستفيدون من صفقة، وأخلوا بالتزاماتهم المحددة في المادة 24 من هذا المرسوم،<sup>478</sup>

(توضح كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية).

- الموظفون السابقون في المصلحة المتعاقدة الذين توقفوا عن أداء مهامهم، بحيث يمنع على المصلحة المتعاقدة أن تمنح هؤلاء الموظفين أي عقد بأي شكل من الأشكال وهذا لمدة (05) خمس سنوات.<sup>479</sup>

والواقع أن هذه القيود مبالغ فيها جداً يمكن أن تؤدي إلى حرمان المصلحة المتعاقدة للاستفادة من خدمات بعض المؤسسات من حيث الجودة والسعر لمجرد ارتكاب مخالفة بسيطة لا تستدعي في الواقع حرمان المؤسسة من المشاركة في تقييم العروض وإقصائها، والمثال عن ذلك مخالفات التشريع المتعلقة بالعمل كما هو منصوص عليه بالمادة 52 المذكورة أعلاه، حيث أنه لا توجد أصلاً مخالفة خطيرة بالمفهوم الدقيق للمعنى باعتبار أن جل هذه المخالفات هي مخالفات بالمعنى القانوني وليست جنح، وفي كل الحالات لا تتجاوز عقوبتها الغرامة المقدرة ب 2000 د ج، هذا من جهة، ومن جهة ثانية ترك المشرع الجزائري السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في تقدير بعض الوضعيات ممّا يفتح باب التعسف والمحاباة، والمثال على ذلك اشتراط المشرع أن يستوفي المتعهد واجباته الجبائية وشبه الجبائية، ففي هذه الحالة يستدعي الأمر تقديم مستخرج من شهادة الوضعية الجبائية فإذا لم تكن مصفاة يرفض عرض المتعهد، والحقيقة أنه في هذه الحالة يمكن أن يكون المتعهد في وضعية قانونية كأن يكون المعني يسدد بالتقسيت نظراً للتأخر في تسوية وضعيته المالية من طرف مصلحة متعاقدة أخرى كان قد أدى لها أشغال ولم تسدد له حقوقه المالية بعد. وعليه كان يستحسن اشتراط أن يكون المعني في وضعية قانونية فقط تجاه إدارة الضرائب حتى وإن كان مديناً لها.

الملاحظة الثانية التي يمكن إبدائها في هذا الخصوص تتعلق بالنص القانوني في حد ذاته، فالحالات التي جاءت بها المادة 52 كانت بموجب المرسوم الرئاسي 10-236، والتي بدورها أحالت للتنظيم في كيفية تطبيق أحكام المادة وبصدد التنظيم عدد الحالات التي يمكن أن تكون محل إقصاء، منها مخالفات تشريع العمل، مخالفات تشريع الضمان الاجتماعي، مخالفات شروط تشغيل الأجانب،

<sup>478</sup> - تتعلق هذه الالتزامات وفقاً لآخر تعديل للمادة 24 بموجب المرسوم الرئاسي 03-13 المذكر سابقاً، بضرورة الاستثمار في الجزائر عن طريق شراكة، عندما يتعلق الأمر بمشاريع خاضعة لإلزامية الاستثمار، وتخص صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات، وصدر نموذج الالتزام بالاستثمار الذي يجب أن يرفق بملف الصفقة بموجب القرار الصادر عن وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2011، ج ر عدد 24، مؤرخ في 20 أبريل 2011.

<sup>479</sup> - المادة 61 مكرر، الفقرة الثالثة، من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.



مخالفات الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، مخالفات تشريع تنصيب العمال ومراقبة التشغيل. فأغلبية هذه المخالفات هي مخالفات بسيطة وليست خطيرة باعتبارها تنتمي لدرجة المخالفات وعقوباتها مالية بسيطة.

كما أنّ القرار أدخل بعض الحالات التي لم ينص عليها المرسوم مثل مخالفات الوقاية الصحية وطب العمل، شروط تشغيل الأجانب، تنصيب العمال ومراقبة التشغيل، وبالتالي القرار لم يحترم المرسوم ممّا يعد خرقاً للمبادئ القانونية.

## ب2- القيود وفقاً للسلطة التقديرية للإدارة:

أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة عند إعداد شروط المناقصة ولاسيما تلك المنصوص عليه في دفتر الشروط أن تضع ما تراه مناسباً من شروط يجب توافرها في المرشحين تتلاءم وطبيعة المناقصة وخصوصياتها التقنية تجعلها في وضعية تتنافى ومبادئ المنافسة، ولكن قد تشترط المصلحة المتعاقدة عند إجراء مناقصة شروطاً عسيرة يصعب توفرها في المتعاملين الاقتصاديين على نطاق واسع تجعلها في وضعية تتنافى ومبادئ المنافسة.

كما منح المشرع الجزائري صلاحيات واسعة للمصلحة المتعاقدة وفقاً لتنظيم الصفقات العمومية في تأهيل المرشحين، حيث سمح بتخصيص الصفة إلاً للمؤسسة التي يُعتقد أنّها قادرة على تنفيذها، كيما كانت طريقة الإبرام،<sup>480</sup> ويتعين أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية،<sup>481</sup> وأضافت المادة 38 أنّه على المصلحة المتعاقدة أن تستعلم، أثناء تقييم العروض التقنية، عند الاقتضاء، عن قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية، حتى يكون اختيارهم لهم اختياراً سديداً،<sup>482</sup> مستعملة في ذلك كل وسيلة قانونية ولاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي، ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.

إنّ نلاحظ أنّ المشرع الجزائري وضع من جهة إجراءات دقيقة وصارمة في كيفية إبرام الصفقات العمومية بدءاً من مرحلة ما قبل طرح المناقصة إلى غاية التنفيذ، ومن جهة أخرى منح المصلحة المتعاقدة صلاحيات واسعة في تأهيل المرشحين بحيث أتى بمصطلحات وأفكار فضفاضة يمكن الاعتماد عليها في إقصاء المرشحين الذين لا يرغبون في التعاقد معهم، فيفهم من المواد السابقة أن المصلحة المتعاقدة تستعلم عن قدرات المتعهد فقد يكون من ناحية العروض التقنية والمالية هو أحسن

480 - المادة 35 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

481 - المادة 36، نفس المرجع.

482 - أنظر في هذا المعنى، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 237.

العروض ولكن بموجب هذه المادة يمكن إقصاؤه من المناقصة بعد الاستعلام عن قدراته فقد تكون مجرد تقارير لا تستند إلى أي دليل، بل حتى وإن وجدت فإنَّ السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في إقصائه من عدمه.

ولهذا يشترط القانون على المصلحة المتعاقدة عدم خلق ممارسات مقيدة للمنافسة وفي نفس الوقت يقع عليها التزاما بكشف ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة.

## 1- الالتزام بعدم خلق ممارسة مقيدة للمنافسة:

يعني هذا الالتزام أن تتلافى المصلحة المتعاقدة وتَحذر من خلق وضعيات احتكار أو هيمنة على السوق، وذلك بمناسبة العقود الإدارية التي تبرمها مع الأعوان الاقتصاديين.<sup>483</sup>

وفي هذا الإطار نجد المادة 111 من المرسوم الرئاسي 02-250 الملغى تنص على رفض العرض المقبول من طرف لجنة تقييم العروض إذا تبين أنه يترتب على منح المشروع هيمنة للمتعامل المقبول على السوق أو يتسبب ذلك في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأية طريقة كانت، ويجب أن يبين في هذه الحالة، حق رفض عرض من هذا النوع، حسب الأصول، في دفتر شروط المناقصة، وهو نفس الحكم الوارد بالمرسوم 10-236.<sup>484</sup>

ذلك أنَّ المتعامل الحائز على مثل هذا العقد، يمكن أن يستغل وضعية الهيمنة تعسفاً خلال فترة العقد ويستفيد من مزايا حصرية، وهذه الوضعية ناتجة تلقائياً عن العقد الإداري والتصرفات الانفرادية للإدارة التي تسبق العقد، وهذا النص يجد مصدره في قانون المنافسة الذي يمنع أي شكل من أشكال تقييد المنافسة سواء بواسطة الاتفاقات أو التعسف في الهيمنة على السوق وغيرها من الممارسات.<sup>485</sup>

أيضاً ما نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة 126 من المرسوم الرئاسي على أنَّ المصلحة المتعاقدة يمكنها أن ترفض العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، إذا كان يبدو منخفضاً بشكل غير عادي بعد أن تطلب التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تخلق ممارسة مقيدة للمنافسة بفعل اختيارها لتقنية معينة دون غيرها أو إجراء معين لإبرام الصفقة، وقد قضت المحكمة الإدارية لنيس استناداً إلى فكرة التعسف في الهيمنة على سوق أنَّ واقعة تنظيم الصفقة في حصة واحدة وأيلولة هذه الصفقة إلى مجموعة واحدة من

483 - محمد الشريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص77.

484 - المادة 125 الفقرة 8 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

485 - محمد الشريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص78.

شأنه أن يحول دون تحديد الأسعار بموجب سعر السوق الحرة وذلك بسبب التشجيع على تقديم سعر واحد.

وهناك أيضاً مسألة أخرى تتعلق بمعايير اختيار العروض المقدمة لنيل الصفقة، فإن اختيار المصلحة المتعاقدة لبعض المعايير، قد يؤدي إلى التقييد التعسفي للمنافسة - خاصة وأنّ المشرع الجزائري سمح للمصلحة المتعاقدة بموجب المادة 56 إدراج أي معايير تراها مناسبة لاختيار المتعاقد معها شرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط - وذلك يحدث مثلاً إذا كانت المؤسسات هي التي يمكن أن تتوفر فيها وحدها هذه المعايير دون غيرها من المؤسسات.<sup>486</sup>

ومن بين أيضاً الممارسات المنافية للمنافسة هو حظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات الصريحة أو الضمنية التي تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها،<sup>487</sup> وهي نفس الأفعال التي حظرتها ص ع بحيث يحظر على لجنة فتح الأظرفة التفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة.<sup>488</sup>

وقضت بعض المحاكم الإدارية الفرنسية بإلزام المشتري العمومي بمراقبة احترام قانون المنافسة، من طرف المؤسسات المرشحة لنيل الصفقات، بناء على ما لهذا المشتري من سلطات وامتيازات تقليدية في هذا المجال. وقد تبين من التحقيق أنّ مؤسسة عمومية مرشحة لنيل الصفقة، قدمت عرضاً يتضمن أسعاراً منخفضة بمقدار النصف مقارنة بالسعر الذي تضمنته ثلاثة عروض مرشحين آخرين، وقد تبين أنّ لجنة طلب العروض اعتبرت نفسها غير مؤهلة لفحص ما إذا كانت المؤسسة العمومية المعنية قد استفادت أم لا من مزايا مالية وغيرها من المزايا في مقابل أدائها مهام المرفق العام واعتبرت المحكمة أنّ رفض لجنة العروض مراقبة شروط دخول مرشحين إلى امتيازات تسيير المرافق العامة إخلالاً بالتزاماتها المقررة بموجب إجراء المنافسة على عائق المشتري العمومي.<sup>489</sup>

وقضى أيضاً مجلس الدولة الفرنسي بأنه يتعين على الشخص العام المسؤول على الصفقة أن يتأكد عند إجراء صفقة عمومية، أنّ قواعد المنافسة الحرة قد احترمت فعلياً، وبناء على ذلك فإنّ دراسة ترشح المقاولات لنيل الصفقة، يخضع إلى معيار جديد وهو احترام المنافسة إضافة إلى المعايير والضمانات المهنية والمالية والتقنية.<sup>490</sup>

486 - نفس المرجع، ص 78.

487 - المادة 6 من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

488 - المادة 58 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

489 - محمد الشريف كتو، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المرجع السابق، ص 80.

490 - نفس المرجع، ص 80.

## 2- الالتزام بالكشف عن الممارسات المقيدة للمنافسة ومعاقيتها:

إذا كان الشخص العام مطالب بعدم ارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة بفعل العقود التي يبرمها والتصرفات الانفرادية التي يصدرها، فإنّه في حالة ما إذا ثبت ارتكاب ممارسات قبل صدور القرارات والعقود الإدارية، فإنّ الإدارة ملزمة من التأكد، عندما تبرم طلبات عمومية، ألاّ يكون المتعامل المقبول لنيل الصفقة، قد نالها بفضل استخدام ممارسات مقيدة للمنافسة، ومن أجل تمكين المصلحة المتعاقدة من أداء دورها في مراقبة هذه الممارسات المحتملة للأعوان الاقتصاديين، تم إثراء قانون الصفقات العمومية بقواعد مستمدة من قانون المنافسة. وهذه القواعد تفرض التزاماً جديداً على الإدارة يتمثل في مراقبة ومعاينة الممارسات المقيدة للمنافسة، ويندرج هذا الدور الجديد للإدارة في إطار إضفاء قدرًا من الشفافية والنزاهة على العقود الإدارية، ومن تلك القواعد ما نصت عليه المادة الثالثة من المرسوم 10-236 "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تُراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".<sup>491</sup>

الالتزام الثاني الذي يقع على الإدارة في حالة كشف ممارسات أو مخالفات تُخل بمبدأ المنافسة الحرة هو متابعة هذه المخالفات وعقابها وفقاً للقانون، وبالتالي يطرح الإشكال في الجهة القضائية أو الإدارية المختصة في هذا المجال.

عموماً أوجد المشرع الجزائري جهات إدارية وأخرى شبه قضائية وأخيراً جهات قضائية، وتتمثل الجهات الإدارية في لجان الطعن المختلفة على كل المستويات المحلية والولائية والوطنية، أمّا الجهات شبه القضائية فيتمثل في مجلس المنافسة صاحب الاختصاص الأصيل في حماية المنافسة،<sup>492</sup> حيث نصت المادة الثانية من قانون المنافسة على أنه "يطبق هذا الأمر على نشاطات التوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تتدرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء المرفق العام". وأمّا الجهات القضائية فيتمثل في القضاء الإداري<sup>493</sup> والقضاء الجزائي (قانون الوقاية من الفساد ومكافحته).

## ج- مدى إعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية:

<sup>491</sup> - نفس المرجع، ص79.

<sup>492</sup> - لمزيد من الشرح حول مجلس المنافسة واختصاصاته أنظر محمد الشريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 243 إلى 274.

<sup>493</sup> - المادة 946 ق إ م إ.

شهد تعديل قانون المنافسة سنة 2008 إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيقه، ممّا يعني سريان القواعد والأحكام المنظمة للمنافسة على الصفقات العمومية من تاريخ الإعلان عنها إلى غاية المنح النهائي، خاصة ما تعلق بالممارسات المقيدة للمنافسة الواردة في الفصل الثاني من المادة 6 إلى 14 وعلى الخصوص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة، ويدل الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية على وجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة وإدخالها في المجال الإداري ومن ثم إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية.<sup>494</sup>

وقد يبدو أنّ تنظيم الصفقات العمومية مستقل عن القوانين الأخرى، ولاسيما القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة ولا يوجد أي ترابط بينهما أو ارتباط عضوي، ولكن في الحقيقة هناك نص صريح في هذا المجال يحيل ليس فقط لقانون المنافسة وإنما لكل القوانين والتنظيمات التي لها علاقة بتنظيم الصفقات العمومية، وهو نص المادة الأولى من تنظيم الصفقات العمومية التي نصت على أنّه "يتم تطبيق سياسة إعداد وإبرام وتنفيذ الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وأحكام هذا المرسوم". كما نصت المادة الثانية من الأمر المتعلق بالمنافسة المعدل بالقانون رقم 08-12 على أنّ تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.<sup>495</sup>

كما أنه منذ صدور المرسوم الرئاسي 02-02 المتعلق بالصفقات العمومية وبموجب المادة 20 منه جعلت المناقصة (الدعوة للمنافسة) كمبدأ عام في إبرام الصفقات العمومية وأكدته المادة 21 من نفس المرسوم، إلا أنّ هذه الأحكام لم تكن كافية وهذا إلى غاية 2008 بمناسبة تعديل قانون الصفقات العمومية وتم إدخال مبادئ الصفقات العمومية صراحة في المرسوم الرئاسي،<sup>496</sup> وتتعلق هذه المبادئ ب:

- حرية الوصول للطلبات العمومية.

- المساواة في معاملة المترشحين.

- شفافية الإجراءات.

<sup>494</sup> - بودريوة عبد الكريم، "مدى مساهمة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي، دولة متدخلة أم ضابطة أم مترددة"، أعمال الملتقى الوطني الأول حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الأول، يومي 30 نوفمبر- 01 ديسمبر 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، ص163.

<sup>495</sup> - القانون رقم 08-12 المؤرخ في 20 فبراير 2008 يعدل ويتمم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، مؤرخ في 02 يوليو 2008. قبل صدور هذا القانون لم تكن الصفقات العمومية خاضعة لقانون المنافسة في ظل الأمر 1995، وهذا ما أكدّه مجلس المنافسة في قرار له تحت رقم 99/02 بتاريخ 17 أكتوبر 1999، بحجة أن الصفقات العمومية هي عقود إدارية وليس نشاطات إنتاجية أو خدمات أو عمليات استيراد أنظر: RACHID Zouaimia, MARIE CHRISTINE Rouault, Droit administratif, éditions Berti, Alger, 2009, p182.

<sup>496</sup> - YELLES Chaouche Bachir, "Droit des marchés publics et droit de la concurrence", op-cit, p04.

ويعتبر قانون مكافحة الفساد 06-01 هو أول نص قانوني ينص على مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.<sup>497</sup> كما نصت أيضاً المادة 59 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه "يجب أن يتضمن دفتر الشروط إمكانية تقديم عرض في إطار تجمع مؤسسات شريطة احترام القواعد المتعلقة بالمنافسة، إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك"، ولتحديد مفهوم تجمع المؤسسات وشروطها لا بد من الرجوع إلى قانون المنافسة. إضافة إلى هذا فإن المادة 125 من ص ع أشارت إلى أنه يمكن للجنة تقييم العروض أن تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا أثبتت أنه تترتب على منح الصفقة هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، كما نصت أنه إذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتاً، يبدو منخفضاً بشكل غير عادي، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بمقرر معلل، بعد أن تطلب كتابياً، التوضيحات التي تراها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة.<sup>498</sup> ضيف إلى هذا فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سمح لكل متضرر من عملية إبرام صفقة عمومية تمت أو سوف تتم خرقاً لقواعد المنافسة أن يخطر المحكمة الإدارية المختصة لوقف هذه المخالفة والامتنال لقواعد القانون.<sup>499</sup>

وكل هذا يعني أن الصفقات العمومية لا تخضع فقط للمرسوم الرئاسي 10-236 وإنما لكل القوانين والتنظيمات الأخرى التي لها علاقة بالصفقات. بل أن قانون المنافسة في حد ذاته يخضع الصفقات العمومية لقواعد المنافسة منذ نشر إعلان المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.<sup>500</sup>

وفي فرنسا فإن قواعد المنافسة أُدرجت في تنظيم الصفقات العمومية الداخلي بناءً على توجيهات وتوصيات القانون المشترك للاتحاد الأوروبي لاسيما في مجال صفقات الأشغال والتوريدات وفي وقت لاحق مسّت أيضاً صفقات الخدمات.<sup>501</sup>

وعلى هذا الأساس في إبرام الصفقات العمومية يجب النظر إلى كل القوانين التي لها علاقة بالصفقات العمومية وهي ملزمة التطبيق تحت طائلة العقاب ومنها قانون المنافسة بالدرجة الأولى.

## 2- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:<sup>502</sup>

<sup>497</sup> - أنظر تهميش رقم 02 بلس شلوش بشير، "Droit des marchés publics et droit de la concurrence"، المرجع السابق، ص 04.  
<sup>498</sup> - المادة 125 الفقرة 9، 10 من المرسوم الرئاسي 10-236، أنظر أيضاً:  
BRAHIM Boulifa, op-cit, p 106 et 107.

<sup>499</sup> - المادة 946 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>500</sup> - voir note de page n°15, CHERIF Bennadji, "Marchés publics, et corruption en Algérie", op-cit, p153.

<sup>501</sup> - BADIE Blèza, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, thèse de doctorat, université panthéon-Assas (paris II), 2001.p 30 au 39.

<sup>502</sup> - BRAHIM Boulifa, Op-cit, p6.

تختلف العقود الإدارية عن العقود الخاصة في أنّ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها مقيدة بقيود منها المساواة بين من يتنافسون على التعاقد معها، بُغية الحصول على أحسن العروض ذلك أنّ الفرد أنّ يختار من يتعاقد معه بحرية كاملة، وهذا أمر طبيعي لأنه يتعامل في أمواله وشؤونه الخاصة، وعليه وحده تقع مسؤولية إهماله أو تسرعه، بينما لو تعاقدت الإدارة مع مقاول (غير كفاء أو غير أمين) لبناء منشأة، فإنّ آثار خطئها تترد على الخزانة العامة بسبب ضياع الأموال العامة وعليه فإنّ الإدارة تلتزم بقاعدة المساواة بين المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة والذين تتماثل مراكزهم القانونية.<sup>503</sup>

ويعني مبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وجوب إخضاع جميع المرشحين لنفس معايير الاختيار وكذا لنفس قواعد وشروط المنافسة الموضوعية بين الأشخاص أمام القانون، وهو مبدأ مقتبس من مبادئ دستورية تُعنى بالمساواة بين الأشخاص أمام القانون، كما هو مبدأ مُرسّخ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي يفيد وجوب معاملة أي شخص بطريقة مماثلة للأشخاص الآخرين إذا تماثلت الوضعية القانونية لهؤلاء الأشخاص.<sup>504</sup> فمهما كان حجم المؤسسة أو وضعها القانوني فيمكنها أن الوصول للصفقات العمومية شرط أن تكون في وضعية قانونية تجاه إدارة الضرائب والضمان الاجتماعي وقوانين العمل.<sup>505</sup>

وقد نصت المادة التاسعة من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنّه "يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تكرّس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء،

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،

- ممارسة طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

وبالرجوع إلى القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة فإنّه أورد بعض الأمثلة على سبيل المثال لا

الحصر التي تُعد من بين الأعمال التي تمس بالعدالة بين المتنافسين نذكر منها:

1- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين ممّا يجرمهم من منافع المنافسة.

<sup>503</sup> - نواف كنعان، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 333، 334.

<sup>504</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 491.

<sup>505</sup> - KOUROGLI Mokdad, op-cit, p21.

2- الممارسات والاتفاقات التي من شأنها أن تحد من المنافسة.

غير أن هذا المبدأ العام (المساواة) ترد عليه قيود متعددة، ترجع إلى اعتبارات مختلفة نجلها فيما يلي:<sup>506</sup>

- طبيعة المناقصة، فالمناقصات المحدودة أو المحلية مقصورة بطبيعتها على أفراد معينين.
- مراعاة المصلحة العامة، فمن واجب الإدارة أن تتأكد مقدماً من صلاحية المناقصين أو المزايدين فيتعين على هؤلاء أن يثبتوا قيامهم في عهود قريبة بأعمال تشبه في نوعها الأعمال المطروحة في المناقصة أو المزيدة، حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة.
- منع بعض الأفراد من الاشتراك في المناقصات العامة كعقوبة.
- وجود الفرد في حالة لا يمكن معها الاشتراك في المناقصات العامة، وذلك حالة الموظفين العموميين (حالات التنافي).

### 3- مبدأ شفافية الإجراءات:<sup>507</sup>

يعني مبدأ شفافية الإجراءات وضوح الإجراءات والإعلام المسبق للمتنافسين بشأن معايير الاختيار، وضرورة الإعلان عنها بالطرق المحددة قانوناً، وتمكين المرشّحين من إيصال عروضهم وحضور جلسات فتح العروض، والإطلاع على نتائج التقييم والاختيار، وفتح مجالات الطعن في القرارات المتخذة والأعمال المتعلقة بإجراءات الطلبية العمومية.<sup>508</sup>

وعليه هناك مجموعة من الإجراءات الطويلة والمعقدة الملزمة للمصلحة المتعاقدة، يمكن أن تُقسّمها إلى مرحلتين أساسيتين، مرحلة الإشهار الواسع للصفقة قصد اطلاع المتعاملين على العرض بغرض تقديم عطاءاتهم، ثم مرحلة تقييم العروض لانتقاء الأحسن منها.

#### أ- الإشهار:

تقوم الصفقة على مبادئ أساسية كرسها المرسوم رقم 10-236 منها مبدأ حرية الوصول إلى المنافسة و مبدأ المساواة في معاملة المتعاملين و الشفافية في اختيار المعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة،<sup>509</sup> وفي سبيل تحقيق هذه المبادئ لابد من اتخاذ بعض الإجراءات تبدأ بالإعلان على الصفقة

<sup>506</sup> - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 237 وما يليها.

<sup>507</sup> - BRAHIM Boulifa, Op-cit, p6.

<sup>508</sup> - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 493.

<sup>509</sup> - المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المرجع السابق.



العمومية في الجرائد لتمكين المتعاملين الإطلاع عليها لتقديم ترشيحاتهم، ويشمل هذا الإعلان على مجموعة من المعلومات يجب أن يتضمنها الإعلان ولاسيما موضوع الصفقة، المقر الاجتماعي للمصلحة المتعاقدة، كيفية الحصول على دفتر الشروط، نوع المناقصة، تاريخ آخر أجل لتقديم العطاءات ومكان إيداع العروض.

#### ب- تقييم العروض:

بعد الإعلان على الصفقة تستقبل المصلحة المتعاقدة العروض لتبدأ المرحلة الثانية وهي تقييم هذه العروض من الجانب المالي والتقني قصد اختيار أحسن عرض، ويبدأ بأول عمل تقوم به لجنة فتح الأظرفة على مستوى المصلحة المتعاقدة والمعدّة لهذا الغرض لمراقبة هذه الملفات إن كانت مستوفاة للشروط المطلوبة أم لا، لتقصي من المنافسة تلك التي لا تتوفر فيها الشروط المطلوبة المعلن عنها في الجرائد. وبعد هذا تقوم لجنة أخرى لدراسة هذه العروض من الناحية التقنية والمالية لاختيار الحسن منها وفق معايير اختيار معدّة سلفاً.

#### ثالثاً- منح امتيازات غير مبررة للغير:

مفهوم الامتياز غير المبرر يصعب الإحاطة به، ولكن بالرجوع إلى الممارسة الميدانية يمكن أن يتمثل في إفادة المستفيد من الصفقة بمعلومات امتيازيه،<sup>510</sup> ويكون تسريب المعلومات الإمتيازية لأحد المتعاملين بقصد تمكينه من العرض وفقاً لما هو مطلوب، ممّا يؤدي إلى إقصاء بقية المتنافسين وهذا يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة بين المتعهدين والذي يعتبر مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها الصفقات العمومية، بالإضافة إلى هذا فهو إخلالاً بمبدأ المنافسة الشريفة بين المتعاملين.<sup>511</sup>

والواقع أنّ الامتيازات غير المبررة تتعلق بالإجراءات التي تخص عملية الإبرام أو التأشير بل وتخص أيضاً مرحلة ما قبل وضع الصفقة للمنافسة وظهورها للعلن، وذلك بإعداد دفتر شروط وتضمينه شروطاً تعجيزية أو شروطاً صعبة التحقيق أو مبالغ فيها إلى درجة أنّها لا تتوفر إلا في فئة قليلة من المتنافسين، كأن تشترط المصلحة المتعاقدة مثلاً مؤهلات تقنية عالية جداً لا تتلاءم وطبيعة المناقصة أو إمكانيات بشرية جد متخصصة، كما يمكن أن تضع نظام تنقيط أو معايير اختيار تتلاءم وتوجيه الصفقة لشخص معين، كما يمكن أن تتعلق بالتضييق من حرية المنافسة وذلك بوضع أجل قصير جداً للمتنافسين لتقديم عروضهم أو نشر الصفقة في وسائل إعلام غير واسعة الانتشار بعد أن يكون المستفيد من الصفقة قد سُرِبَ له معلومات حول الصفقة لتحضير نفسه.

<sup>510</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومة، الجزائر، سنة 2012، ص135.

<sup>511</sup> - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص51.

كما يمكن أن تتعلق الامتيازات غير المبررة بمعاملة تفضيلية للمستفيد مقارنة مع باقي المتعهدين وذلك مثلاً إيداع المعني لعرضه بعد فوات أجل تقديم العروض وقبوله، أو التفاوض بشأن الصفقة بعد فتح الأظرفة، أو تعديلها.

### -المركز القانوني للمستفيد من الصفقة:

يطرح تجريم المستفيد من الصفقة أكثر من إشكال: هل يعتبر فاعلاً أصلياً أم شريكاً في الجريمة، أم لا يعاقب أصلاً؟

من المسلم به أنّ جرائم قانون الفساد عموماً هي جرائم الموظف العمومي بمعنى أنّ هذه الأحكام جاءت أساساً لتجريم وعقاب الموظف العمومي الذي يتاجر بالوظيفة وبالتالي هو المقصود بالتجريم والعقاب، أمّا الأشخاص الأخرى التي تكون طرفاً في القضية بطريقة أو بأخرى فهي غير معنية بالجريمة ما لم ينص القانون صراحة على تجريمها أو عقابها، وهذا وفقاً للمبدأ القانوني والنص الجزائي "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون"،<sup>512</sup> أو تسمح الأحكام القانونية العامة بذلك وفقاً لأحكام الشريك في الجريمة.

وعليه كما سبق وأن شرحنا في أركان الجريمة، فإن البناء القانوني للجريمة يمكن أن يكتمل دون تدخل من المستفيد من الصفقة، بل وحتى بدون طلبه أو علمه بهذه الامتيازات، فقد يكون للجاني مصلحة في منح هذه الامتيازات، كأن يكون مثلاً مساهماً في الشركة التي فازت بالمناقصة، خاصة وأنّ المستفيد من الصفقة يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أو كأن يكون المستفيد من أحد أقارب الموظف العمومي.

وعملية الإبرام تتمثل في التوقيع من طرف الموظف على الصفقة، وبالتالي لا يمكن تصور أن يشارك المستفيد الموظف في وضع توقيعه على الصفقة، وإذا اعتبرنا أنّ إبرام الصفقة لا يمكن وجوده إلا بوجود توقيعين، توقيع الموظف وتوقيع المستفيد ممّا يسمح القول أنّ المستفيد شريكاً في الإبرام ولكن هذا الاحتمال يصطدم بالنص القانوني الذي يجرم منح الامتيازات للغير، والغير هو من لم يكن طرفاً في العقد، وباعتبار المستفيد شريكاً في التوقيع على الصفقة فلم يعد من الغير، ومنه يستبعد أن يكون المستفيد من الصفقة شريكاً في الجريمة ولا يمكن من الناحية القانونية تصور جريمة اسمها "المشاركة في إبرام صفقة عمومية مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية".

<sup>512</sup> - المادة الأولى من قانون العقوبات.

وعليه لا يمكن تصور المستفيد في هذه الحالة شريكاً في الجريمة، كما لا يمكن تصوره فاعلاً أصلياً، ولكن هذا لا يعني معاقبته تحت وصف آخر سواء جزاء جنائي،<sup>513</sup> أو إداري، أو مدني،<sup>514</sup> فتتظيم الصفقات العمومية في حد ذاته رتب على هذا جزاء إداري هو إلغاء أو فسخ الصفقة أو العقد أو الملحق وكذا التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية إذا توافرت شروطه.<sup>515</sup>

### المطلب الثاني - الركن المعنوي لجريمة منح صفقة مخالفة للتشريع:

اختلف الفقهاء في تعريف القصد الجنائي وتحديد جوهره ويمكن التمييز في هذا الشأن بين نظريتين مختلفتين هما: نظرية العلم، ونظرية الإرادة.

وترى نظرية العلم أن جوهر القصد الجنائي هو العلم الذي ينبغي أن يحيط بكافة أركان الجريمة. فلا يتوافر القصد الجنائي إلا إذا أحاط الجاني علماً بكافة العناصر اللازمة لقيام الجريمة بما في ذلك إدراكه بلزوم وقوع النتيجة الإجرامية إذا تصرف على نحو معين مع إرادة هذا التصرف أو الفعل.<sup>516</sup>

أمّا نظرية الإرادة فتري أن القصد الجنائي هو إرادة النتيجة غير المشروعة، فلا يكفي اتجاه الإرادة إلى الفعل الإجرامي، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن تتجه الإرادة إلى النتيجة غير المشروعة.<sup>517</sup> وتتجه غالبية التشريعات إلى اعتبار القصد الجنائي يقوم على العنصرين معاً أي العلم والإرادة. والقصد الجنائي بدوره ينقسم إلى قصد جنائي عام وقصد جنائي خاص .

### الفرع الأول - القصد الجنائي العام:

تطرح مشكلة القصد الجنائي إشكالاً كبيراً في التطبيق العملي ، فكثير هي الحالات التي توبع فيها أشخاص بجريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع لمجرد مخالفة بسيطة ولاسيما على مستوى البلديات نظراً للجهل بالقواعد القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، بل وأكثر من هذا حيث تمت إدانتهم بعقوبات الحبس رغم انعدام توافر القصد الجنائي، فتحوّلت بذلك هذه الجريمة إلى جريمة مادية تقوم لمجرد مخالفة حكم تشريعي أو تنظيمي.<sup>518</sup>

<sup>513</sup> - يمكن تطبيق أحكام المادة 43 من قانون مكافحة الفساد إذا توافرت شروطها المتعلقة بالإخفاء للعائدات الإجرامية.

<sup>514</sup> - يكون فيها التعويض النقدي وفقاً لأحكام المادة 124 من أحكام القانون المدني .

<sup>515</sup> - المادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

<sup>516</sup> - عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، (القسم العام - الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 1992، ص153.

<sup>517</sup> - نفس المرجع، ص 154.

<sup>518</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، المرجع السابق، ص151.

والقصد الجنائي في جريمة إبرام صفقة مخالفة للتشريع والتنظيم مرّ بثلاثة مراحل هي مرحلة قانون العقوبات، أي عندما كان ينص عليها قانون العقوبات قبل تعديله سنة 2006،<sup>519</sup> ثم المرحلة الثانية وهي مرحلة قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وأخيراً مرحلة تعديل قانون مكافحة الفساد سنة 2011.<sup>520</sup>

### المرحلة الأولى:

وهي مرحلة التنصيص على الجريمة في قانون العقوبات وهذا بموجب المادة 423 المعدلة بالأمر المؤرخ في 17/06/1975 التي أحدثت هذه المادة التي اشترطت أن يقوم الجاني لأغراض شخصية بإبرام عقد أو صفقة يعلم أنّها مخالفة للمصالح الاقتصادية للدولة، وفي سنة 1988 تم تعديل هذه المادة ونصت على أن يخالف الأحكام التشريعية قاصداً المساس بمصالح الهيئة التي يمثلها، وأخيراً ومنذ سنة 2001 أصبح ينص عليها بموجب المادة 128 مكرر، والتي أصبح نصها كما يلي:

"كل من يعمل لصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو إحدى الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقداً أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفاً بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".

إذن خلال هذه المرحلة نلاحظ أنّ المشرع اشترط صراحة توافر القصد الجنائي العام والخاص أي علم الجاني بأنّ ما يقوم به الجاني هو مخالف للقانون وأنّه يقصد المساس بمصالح الهيئة التي ينتمي إليها، وأنّه يقصد في الأخير إعطاء امتيازات غير مبررة للغير.

### المرحلة الثانية:

وتشمل هذه المرحلة، مرحلة التنصيص على الجريمة في المادة 26 الفقرة الأولى من قانون مكافحة الفساد منذ تاريخ 20 فبراير 2006 إلى غاية تاريخ 02 أوت 2011، حيث تميزت هذه المرحلة باختلاف وجهات النظر بين القضاة، فكثيراً ما أُدين مسيررون لا لسبب إلاّ لكونهم خالفوا تنظيم الصفقات العمومية وكفى ودون إبراز للنصوص التي خالفها المسير عند إبرامه الصفقة محل المتابعة،<sup>521</sup> رغم أنّ النص واضح ويشترط بالإضافة للقصد العام القصد الجنائي الخاص، ويتمثل في إعطاء امتيازات للغير غير مبررة والتي يجب أن يبرزها الحكم القضائي وإلاّ كان معيباً يتعرض للإلغاء.

<sup>519</sup> - تم تعديل قانون العقوبات بإلغاء المواد المتعلقة بالصفقات العمومية وتم إدراجها في نص خاص هو القانون رقم 06-01 المتعلق بالفساد السابق ذكره  
<sup>520</sup> - القانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد رقم 44 مؤرخ في 10 أوت 2011.

<sup>521</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية عشر، المرجع السابق، ص151.

## المرحلة الثالثة:

وهي المرحلة السّارية المفعول حالياً منذ تاريخ 02 أوت 2011 وفيها قَطع المشرع الشك باليقين ونص صراحة على أن يكون منح امتيازات للغير غير مبررة عمداً ولا بد من إبراز القصد الجنائي في الحكم، ونشير في الأخير أنه لا يشترط لقيام الجريمة أن يكون هناك ضرر يلحق المصلحة المتعاقدة بل يكفي أن تكون هناك مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات وذلك بقصد منح الغير امتيازات غير مبررة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه "...يجب ذكر العناصر القانونية لهذه الجريمة بكاملها كما تُعرّفها المادة 1/423 من قانون العقوبات سابقاً والتي عوضتها المادة 128 مكرر فقرة 1 حالياً وهي:

أنّ الفاعل موظفاً، أن يبرم عقد أو صفقة باسم الهيئة التي يعمل بها، أن يخالف الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري العمل بها مع ضرورة ذكر التشريع أو التنظيم الذي تمت مخالفته، أن يكون الغرض من العقد أو الصفقة إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".<sup>522</sup>

### الفرع الثاني - القصد الجنائي الخاص:

القصد الجنائي، كقاعدة عامة هو قصد إضافي أو شرط تجريم في بعض الجرائم حيث لا يكفي فيها القصد العام، إنّما يجب زيادة على ذلك أن يتجه قصد الجاني إلى النتيجة الإجرامية التي تشكل الغرض البعيد من هذه الجرائم، حيث يتمثل الغرض الخاص في إعطاء امتيازات للغير غير مستحقة.<sup>523</sup>

والمقصود بالامتيازات غير المبررة ليست امتيازات مادية كأن تكون نقود أو أموال أو عقارات أو سيارة وليست امتيازات معنوية كالحصول على وعد لتوظيف أحد الأقارب أو الحصول على ترقية، ولكنها امتيازات معنوية تتعلق بالقانون، فالعون العمومي يمنح امتيازاً للمتعهد عند دراسة العروض تجعله يُرتب في ترتيب أحسن بغرض الاستفادة من الصفقة، فالنتيجة هي الحصول على ترتيب غير مستحق وهذا بواسطة عدم المساواة في تطبيق أحكام القانون، وقد يكون هذا حتى بدون مقابل، ففي جريمة منح امتيازات غير مبررة لا يشترط القانون مقابل لهذا الامتياز لفائدة الموظف العمومي.

<sup>522</sup> - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/02/15، ملف رقم 354438، النيابة العامة ضد (ع- ط)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006. واشترط قرار المحكمة العليا من بين ما يبرزه القاضي في حكمه ذكر التشريع أو التنظيم الذي تمت مخالفته، هذا دليل على أن الصفقات العمومية لا تخضع فقط لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236، ولكن هناك أحكام تشريعية وتنظيمية أخرى تحكم مجال الصفقات العمومية.

<sup>523</sup> - بكرارشوش محمد، المرجع السابق، ص 123، 124.

## المبحث الثاني - جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية:

قبل التطرق إلى دراسة أركان جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية، يجدر بنا تحديد مفهوم هذه الجريمة ولاسيما توضيح بعض المفاهيم، وتمييزها عن جريمة استغلال النفوذ (المطلب الأول)، ثم تحديد أركان الجريمة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول - مفهوم جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية:

نصت الفقرة الثانية من المادة 26 من قانون و ف م على أن "كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، ولو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>524</sup> والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين.

قبل التطرق لأركان الجريمة نورد بعض الملاحظات الشكلية حول صياغة النص القانوني (الفرع الأول)، ثم نبين مفهوم الجريمة وهذا لتمييزها عن بعض الجرائم المشابهة لها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول - إشكالية صياغة النص:

أولاً: استهل المشرع بالنص في الفقرة الثانية من المادة 26 على التاجر أو الصناعي أو الحرفي أو المقاول من القطاع الخاص، في أول وهلة يبدو وكأن المشرع حصر الأشخاص الخاضعة للعقاب في ما تم ذكره من قبل فقط وهم فقط المعنيين بالنص، إلا أنه مباشرة وكأنه يستدرك ويعمم النص إلى كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص، فالأشخاص الذين خصهم بالذكر بصفاتهم يدخلون ضمن مفهوم الشخص المعنوي أو الطبيعي، فهذا التكرار يفيد التشكيك في النص، وكأن الأشخاص الذين ذكرهم بصفاتهم لا يدخلون ضمن مفهوم الشخص المعنوي أو الطبيعي وبالتالي كان أولى وأحرى أن يعمم النص ويذكر مباشرة " ... كل شخص طبيعي أو معنوي ... " ، ويحذف ذكر الأشخاص بصفاتهم.

<sup>524</sup> - المؤسسات العمومية الاقتصادية لم تعد معنية بالنص منذ آخر تعديل.

ثانياً: سوء صياغة النص، فبعد أن عدّ الأشخاص المعنية بالمخالفة يواصل صياغة النص بالضمير المخاطب المفرد الغائب (هو - يستفيد من سلطة وتأثير ...) ثم ينتقل في آخر النص إلى المخاطبة بصيغة الجمع (يطبقونها... لصالحهم....). ممّا ترك اللبس حول النص، هل يقصد في تطبيق الأسعار عادة، المصلحة المتعاقدة أم المتعامل المتعاقد مع الإدارة.

ثالثاً: المشرع ذكر في آخر النص ".....من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين".

فتعديل الأسعار جائز قانوناً وتطرق له المشرع في ت ص ع وأخضعه لشروط يجب مراعاتها وكذا إلى طريقة المراجعة،<sup>525</sup> وبالتالي لا تطرح أي إشكال، ولكن المشكل يكمن في المصطلح الذي أضافه المشرع (يطبقونها عادة)، بمعنى أنّ المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في مقابل السلع التي يوردها للمصلحة المتعاقدة أو الخدمات أو الأشغال له أسعار معروفة وهي المتداولة في السوق وهي نفسها الأسعار التي يطبقها على الإدارة أو غير الإدارة، ولكن هذا الأخير يستفيد من سلطة وتأثير أعوان الهيئات المذكورة سابقاً لرفع هذه الأسعار والزيادة في مقدارها وتضخيمها على غير العادة، وبالتالي لا يمكن تصور هذا إلا في صفقات الطلبية،<sup>526</sup> التي تتميز بالنمط العادي والتكراري.

كما يفترض أيضاً في هذه الحالة أن نكون بصدد عقد أو صفقات برنامج كثيرة التكرار مثل تزويد الهيئة بمواد استهلاكية كتموين المطاعم بالمواد الاستهلاكية.<sup>527</sup>

وفي نفس الإطار فإنّ هذه الامتيازات المتحصل عليها لا يمكن تصورها إلا في إطار تنفيذ الصفقة العمومية في جميع أشكالها، سواء كانت صفقة أو عقد برنامج أو اتفاقية، أو ملحق...، بمعنى لا يمكن تصور هذه المخالفات قبل إبرام الصفقة العمومية.

رابعاً: الملاحظة التي يمكن أن نبديها بخصوص النص هو عدم التجانس بين هذا النص والمادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية التي تحدد الأشخاص المعنية الملزمة بتطبيق تنظيم الصفقات العمومية فأتى على ذكر بعض الأشخاص غير منصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية مثل الدولة، الجماعات المحلية (وإن كان يقصد بها البلدية والولاية)، المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام، وبالمقابل لم يذكر بعض الأشخاص المعنية والتي هي مذكورة في تنظيم الصفقات العمومية وهي الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث

525 - المادة 64 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

526 - المادة 20، نفس المرجع.

527 - بكارشوش محمد، المرجع السابق، ص 132.

والتنمية، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

وظهر هذا العيب أيضاً عند تعديل قانون الصفقات العمومية،<sup>528</sup> عندما استثنى المؤسسات العمومية الاقتصادية من مجال تطبيق قانون الصفقات، بمعنى أنها لم تعد ملزمة بتطبيق تنظيم الصفقات، إلا أن النص في قانون مكافحة الفساد مازال ينص على عقاب المستفيد من الامتيازات غير المبررة في حالة الموظف في المؤسسة العمومية الاقتصادية.<sup>529</sup> وعليه يطرح السؤال في حالة المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ومراكز البحث والتنمية، والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، وذات الطابع العلمي والثقافي والمهني، وذات الطابع العلمي والتقني. إذا أبرمت صفقة عمومية مع تاجر أو صناعي، أو حرفي، واستفاد هذا الأخير من سلطة وتأثير أعوان هذه الهيئات.

## الفرع الثاني- تمييز جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات عن جريمة استغلال النفوذ:

قد يختلط مفهوم جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات مع مفهوم جريمة استغلال النفوذ باعتبار أن الوسيلة المستعملة في الحصول على منافع غير مستحقة هي واحدة، وهي المتاجرة بالنفوذ.

فنصت المادة 32 من قانون مكافحة الفساد على أنه " يعاقب .....:

1- كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو من سلطة عمومية على مزية غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص آخر،

2- كل موظف عمومي أو أي شخص آخر يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر، بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة".

<sup>528</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 03-13، المؤرخ في 13 يناير 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد رقم 02، مؤرخ في 13 يناير 2013.

<sup>529</sup> - وهذا لا يعني عدم العقاب وإنما يتابع المتهم بنص آخر وهو المادة 25 من نفس القانون إذا توافرت الشروط القانونية أو الرجوع للقواعد العامة.



## أوجه التشابه:

- يتشابهان في أنّ كلاهما يتاجر بالنفوذ للحصول على منافع غير مستحقة
- يتشابهان في أنّ العمل المطلوب من الموظف الواجب أدائه من أجل الحصول على منافع هو عمل خارج اختصاصات الموظف.

## أوجه الاختلاف:

1- في جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير الأعوان الجاني لا يمكن أن يكون موظفاً، فيمكن أن يكون تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاولاً أو أي شخص طبيعي أو معنوي آخر غير الموظف. حتّى وإن يترك الاعتقاد من خلال صياغة النص أنّ الجاني يمكن أن يكون موظفاً عمومياً وهذا من خلال النص ".....بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي..."، بمعنى أنّ الموظف يمكن أن يدخل تحت هذه الطائفة، ولكن من الناحية القانونية لا يمكن تصور هذا باعتبار أنّ الموظف لا يمكن أن يكون تاجراً أو صناعياً أو يحمل أي صفة أخرى ويبرم باسمه عقداً مع الهيئات المذكورة بالمادة الثانية لأنّه سوف يكون في حالة من حالات التنافي المنصوص عليها قانوناً والتي تمنعه من مزاوله أي نشاط آخر. أمّا في جريمة استغلال النفوذ فالجاني يمكن أن يكون موظفاً ويمكن ألا يكون كذلك وهذا واضح من نص الفقرة الأولى والثانية. فالفقرة الأولى تنص على أنّ "كل من وعد موظفاً عمومياً أو أي شخص آخر بأي مزية..."، والفقرة الثانية نصت على أنّ "كل موظف عمومي أو أي شخص آخر...يطلب أو يقبل...".

2- في جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات الجاني لا يطلب ولا يعرض على الموظف أي شيء فهو يكون في موقف سلبي ولا يطلب أي شيء وإثماً الموظف يتدخل بسلطته أو تأثيره بصورة عفوية لكي يستفيد الجاني من المنافع، ولكن في الواقع عموماً لا يمكن تصور تدخل الموظف بدون مقابل حتى وإن كان هذا ممكناً، ولكن في حالات ضيقة جداً. بينما في جريمة استغلال النفوذ الجاني إذا لم يكن موظفاً فإنّه يحمل الموظف ويحرضه على استغلال نفوذه للحصول على منافع، وإذا كان الجاني موظفاً فإن هذا الأخير هو من يعرض خدماته للغير لاستغلال نفوذه من أجل الحصول على منافع للغير.

وعليه من خلال نص المادة 26 فق 2 يمكن أن نستنتج ثلاث عناصر أساسية لتوافر أركان الجريمة هي صفة الجاني، والركن المادي للجريمة الذي يتحلل إلى نشاط إجرامي، والغرض منه.

## المطلب الثاني - أركان الجريمة:

جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير الأعوان كغيرها من الجرائم، يجب أن يتوفر فيها إلى جانب الركن الشرعي والمعنوي، الركن المادي، والركن المادي بدوره يشترط صفة معينة (الفرع الأول) في الجاني ويتطلب نشاطاً إجرامياً معيناً (الفرع الثاني).

### الفرع الأول - صفة الجاني:

على عكس ما هو في جرائم الصفقات العمومية الأخرى أين يكون الجاني دائماً موظفاً عمومياً، فإن في هذه الجريمة الجاني لا يكون موظفاً عمومياً وإنما شريكه هو من يكون موظفاً عمومياً.

### أولاً - الجاني لا يكون موظفاً عمومياً:

عكس ما هو مشروط في جرائم الصفقات العمومية الأخرى أن يحمل الجاني صفة الموظف العمومي كما تم تعريفه في المبحث الأول فإن صفة الجاني في هذه الجريمة لا يشترط أن يكون موظفاً عمومياً بل أن يكون إما تاجراً أو صناعياً أو حرفياً أو مقاولاً من القطاع الخاص. (يخرج الفلاح من النص)، ولكن الشريك الذي يساهم بسلطته وتأثيره داخل الهيئات هو الذي يجب أن يكون موظفاً عمومياً وفقاً لقانون مكافحة الفساد.

**التاجر:** عرّفته المادة الأولى من الأمر 75-59،<sup>530</sup> "يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

**معنى الصناعي:** لا يوجد تعريف للصناعي ولكن عموماً لا يخرج مفهومه عن كل عون ينشط في مجال الصناعة بكل أنواعها الثقيلة أو الخفيفة أو التحويلية وتشمل كل القطاعات.

**معنى الحرفي:** يُعرّف الحرفي بأنه كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطاً تقليدياً كما هو محدد في المادة 5 من هذا الأمر، يثبت تأهيلاً ويتولى بنفسه ومباشرة تنفيذ العمل، وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته.<sup>531</sup>

ويُعرّفه الفقه أنه هو من يمارس صناعة يدوية بمفرده أو يساعده في ذلك عدد قليل من العمال أو الاستعانة ببعض الآلات التي يديرها بنفسه.<sup>532</sup>

<sup>530</sup> - الأمر 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد رقم 101، مؤرخ في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

<sup>531</sup> - المادة 10 من القانون 96-01 المتعلق بالحرفي، وحددت المادة 5 منه الأنشطة التقليدية.

<sup>532</sup> - حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة، الجزائر، سنة 2002، ص 17.

حيث أنّ المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية أشارت إلى أنّه يمكن استشارة الحرفيين.

**معنى المقاول:** المشرع لم يعرف المقاول رغم أنّه عرف المقاول في القانون المدني، ولكن عموماً هو كل شخص يقوم بإنجاز أشغال لصالح شخص آخر هو رب العمل مقابل أجر.

ونلاحظ أنّ المشرع بعد أن ذكر هذه الفئات يعود وكأنه يستدرك وينص "...أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي..." وهذا يفيد التشكيك في النص، وبالتالي كان عليه أن يستغني عن التعداد، كون صيغة كل شخص طبيعي أو معنوي تشمل كل متدخل في الصفقة بغض النظر عن صفته مقاول أو صناعي أو تاجر.

ويضيف المشرع "...وكل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص..."، هذا أمر بديهي باعتبار أنّ المشرع الجزائري في إقراره تجريم الشخص المعنوي استبعد من المساءلة الجزائية الدولة، والجماعات المحلية، والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام،<sup>533</sup> وبالتالي فإن هذا النص يتطابق مع ما أقرّه قانون العقوبات. والمقصود بالأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام هي تلك التي ذكرها المشرع، ونعني بها الدولة الولاية البلدية، وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

سبق وأن ذكرنا من قبل في الملاحظات أن الجاني يمكن أن يكون تاجراً أو صناعياً أو مقاولاً أو حرفياً، ويمكن أن يكون أي شخص آخر مهما كانت صفته عدا أن يكون الموظف وبالتالي المقصود في هذه الجريمة هو كل شخص وليس فقط الفئات السابق ذكرهم يقوم باستغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة والهيئات التابعة لها بمناسبة إبرام الصفقة.<sup>534</sup>

## ثانياً - المركز القانوني للعون المتدخل بنفوذه:

الفاعل الأصلي في جريمة الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات هو المقاول أو التاجر أو الصناعي... إلخ، لكن الجاني لا يمكن أن يكون في هذا المركز، أي ارتكاب فعل تام دون أن يتدخل عون الهيئات المذكورة، كون هذا الأخير هو من يمكنه من الاستفادة من هذه الامتيازات، ودون تدخل العون لا يمكن تصور جريمة تامة وإنّما نكون أمام شروع في الجريمة.

<sup>533</sup> - المادة 51 مكرر من القانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

<sup>534</sup> - DELLMAS-MARTY Mireille, Droit pénal des affaires, 2<sup>eme</sup> partie infraction, 3<sup>eme</sup> édition, presse universitaire de France paris, 1990.p95.

وفي هذه الحالة لا يمكن معاقبة الفاعل الأصلي بجريمة الشروع في الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات باعتبار أنّ المشرع لم ينص عليه، والشروع في قانون العقوبات لا يعاقب عليه إلاّ إذا نص المشرع على ذلك.<sup>535</sup>

وبالتالي فإنّ العون يكون شريكاً في الجريمة للمتعاقد مع الهيئة والذي تحصل على امتيازات في تعديل السعر أو في نوعية المواد أو الخدمات أو الآجال المتعلقة بالتموين أو التسليم. وعليه تطبق على العون القواعد العامة المتعلقة بأحكام الشريك.

### الفرع الثاني - الركن المادي:

تتميز هذه الجريمة بأنّ المخالفة تحدث بعد إبرام الصفقة العمومية وأثناء التنفيذ، عكس جريمة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع فإنّ المخالفة تحدث عند الإبرام أو في مرحلة ما قبل الإبرام، والفاصل بين المرحلتين أي الإبرام والتنفيذ هو الأمر ببدء الأشغال (ODS) وعليه نتناول النشاط الإجرامي في العنصر الأول، وفي العنصر الثاني نتناول الغرض من استغلال النفوذ.

#### أولاً - النشاط الإجرامي:

يتمثل في استغلال سلطة أو تأثير أعوان الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

الجاني في هذا المستوى لا يقوم بأي عمل إيجابي وإنّما عمله سلبي وهذا ما يُعرف في فقه القانون بالجريمة السلبية، لأنّ النشاط الحقيقي يقوم به الموظف فهو الذي يتدخل بنفوذه لدى الهيئات المذكورة والفائدة تعود على الجاني نتيجة هذا التدخل. فالجاني هنا يتعرض للعقاب لمجرد تلقيه فائدة على إثر تدخل الموظف العمومي بسلطته وتأثيره لدى الهيئات العمومية. وبطبيعة الحال يشترط أن يكون هذا المقاول أو التاجر أو الصناعي أو الحرفي قد أبرم صفقة عمومية مع الهيئات السابق ذكرها واستفاد من الامتيازات المذكورة سابقاً.

#### 1 - الاستفادة من سلطة الأعوان:

يعني أن الموظف يكون صاحب سلطة كأن يكون مديراً أو رئيساً لمجلس الإدارة، أو مديراً عاماً، أو رئيساً للمجلس الشعبي البلدي، بمعنى يكون صاحب سلطة في اتخاذ القرار، وقد يكون مختصاً

<sup>535</sup> - المادة 31 من قانون العقوبات .

بالعمل وقد لا يكون كذلك، فمثلا رئيس المجلس الشعبي البلدي فهو صاحب سلطة ويمنحه القانون اختصاصات في إبرام الصفقات البلدية،<sup>536</sup> فبسلطته هذه يمكن أن يمنح امتيازات السابق ذكرها للمتعاقد مع الإدارة وهذا بالإمضاء على قرار الأسعار الجديدة أو الموافقة على تعديل نوعية المواد الخدمات أو منح آجالاً إضافية للمستفيد لتسليم مشروعه أو توريد السلع أو إنجاز الخدمات المطلوبة، ففي هذه الحالة العون (رئيس البلدية) هو مختص بالعمل.

وقد يكون العون غير مختص بالعمل مثل الوالي يتدخل لدى رئيس المجلس الشعبي مستعملاً بذلك سلطته من أجل منح الامتيازات السابق ذكرها للمتعاقد، وبالتالي هنا نكون أمام فاعل أصلي وهو المتعاقد مع الهيئات المذكورة، والوالي شريك ورئيس البلدية شريك الشريك.

## 2 - الاستفادة من تأثير الأعوان:

يمكن ألا يكون الموظف صاحب سلطة وإنما يكون له تأثير في اتخاذ القرار كأن يكون من الأعوان الذين يُستشارون في الأمر مثل الأعوان في المصالح التقنية بالبلدية أو مديريات التعمير والبناء، فرأي هؤلاء مؤثر جدا في اتخاذ القرار النهائي من طرف السلطة المختصة.

ومن أمثلة ذلك المهندس أو التقني الذي يراقب الأشغال دورياً في فترة تنفيذ العقد ويُعد محاضر وتقارير حول نسبة تقدم الأشغال وطريقة الإنجاز ونوعية المواد، وكان العقد يتضمن استعمال مواد بناء ذات جودة بينما المتعاقد استعمل مواد رديئة ومع ذلك العون يذكر أنه استعمل مواد ذات جودة عالية، فهنا المتعاقد فاعل أصلي والعون شريك في المخالفة.

ففي هذه الجريمة الجاني لا يكون موظفاً عموماً، وإنما يكون طرفاً في العلاقة أو عنصراً مستلزماً لقيام الجريمة.<sup>537</sup>

وفي كلتا الحالتين أي صاحب سلطة أو تأثير يجب أن يكون الموظف العمومي يتمتع بنفوذ لقضاء الحاجة، والمقصود بالنفوذ هو القوة أو درجة التأثير التي يتمتع بها الموظف بين زملائه والعاملين معه لاعتبارات شخصية ومهنية، فيصبح قادراً على توجيه القرارات أو الإجراءات بطرق غير رسمية ومن دون أن يكون لتأثيره هذا أي سند أو مصدر قانوني.<sup>538</sup>

<sup>536</sup> - المادة 82 من القانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، ج ر عدد37 مؤرخ في 03 يوليو 2011.

<sup>537</sup> - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص 55.

<sup>538</sup> - نفس المرجع، ص 55.

ثانياً- الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميون:

### 1- الحصول على الزيادة في الأسعار:

كما لو أبرم تاجر مع البلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر، و كان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 د ج للوحدة، في حين طبّق التاجر على البلدية سعر 70.000 د ج مستغلاً بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية.

### 2- التعديل في نوعية المواد:

كما في المثال السابق لو أبرم عقد لتزويد البلدية بأجهزة من نوع إ ب م الأصلي فتم تزويدها بأجهزة من نوع آخر أقل جودة وعلى أساس نفس السعر.

تحصل هذه العملية عادة عندما يقدم العون الاقتصادي المتعاقد مع الهيئة أقل عرض من أجل الفوز بالصفقة فقط وعند التنفيذ يقوم الأعوان الذين لديهم نفوذاً أو تأثيراً بتعديل في نوعية المواد المطلوب وضعها في البناء أو أية أشغال أخرى أو أية مواد أخرى مطلوب تزويدها لصالح الهيئة بحيث يستبدل المواد المثبتة في الكشوف الوصفية الملحقة بدفاتر الشروط والتي على أساسها تنافس المرشحون وقدموا عروضاً موضوعية آخذين بعين الاعتبار سعر التكلفة وهامش الربح ومختلف الرسوم والمصاريف الجبائية وشبه الجبائية إلا أنّ التاجر أو المقاول الذي يكون يعلم علم اليقين بأنّ الأعوان التابعين للهيئة التي تعاقد معها سيستعملون نفوذهم من أجل تعديل تلك المواد بمواد أخرى قد تكون بمواصفات عالية بالنسبة للأولى وبالتالي يتيح له ذلك اقتراح أسعار جد مرتفعة في غياب العملية التنافسية.<sup>539</sup> وبهذه الطريقة يكون المتعاقد مع الهيئة استفاد في آن واحد من التعديل في نوعية المواد وأيضاً الزيادة في الأسعار.

### 3- التعديل في نوعية الخدمات:

كما في المثال السابق لو تم إبرام عقد لصيانة أجهزة البلدية فصلياً على أن يقوم بها مهندسون مختصون فلا يقوم المتعامل المتعاقد مع البلدية إلا بصيانة واحدة في السنة يجريها تقنيون.

### 4- التعديل في آجال التسليم أو التموين:

<sup>539</sup> - بكرارشوش محمد، المرجع السابق، ص 132.

كما في المثال السابق دائماً لو تم الاتفاق على تسليم أجهزة الكمبيوتر للبلدية في ميعاد أقصاه شهر من تاريخ إبرام العقد، غير أنه لا يتم تسليمها إلا بعد مرور أشهر على إبرام العقد.<sup>540</sup>

ومن الطرق القانونية استعمال طريقة الملحق، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام ملحق يكون موضوعه تعديل آجال التسليم ويخضع هذا الإجراء إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية وفقاً لأحكام التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية،<sup>541</sup> عندها تقوم الهيئة التي تقدمت بهذا الملحق بتقديم المبررات الموضوعية لهذا لإجراء حتى تحصل على تأشيرة لجنة الصفقات المعنية بالمراقبة، ويصبح الإجراء قانوني.<sup>542</sup> وبطبيعة الحال فإن المبررات التي تقدمها الهيئة لا تكون صحيحة وقد تصل درجة التزوير.

ومن الحيل المستعملة في تعديل آجال التسليم التي يلجأ إليها الجاني ولا تتم إلا باستغلال نفوذ عون الهيئة المكلف بتنفيذ العقد أو الصفقة، وقد لا يتطلب أن يكون العون بالضرورة مديراً أو رئيساً وإنما يكفي أن يتمتع ببعض الصلاحيات كالإشراف على متابعة الورشات، حيث يضع في محضر الاستلام المؤقت، ووضعيات الأشغال تاريخاً سابقاً ليس حقيقياً، تماشياً مع الأجل العقدي، وكأن الجاني قام بتسليم المشروع أو التموين في الآجال المتعاقد عليها، ويفلت بذلك من الغرامات التأخيرية وعقوبات إدارية أخرى قد تصل إلى حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من تقديم عروض في الصفقات العمومية.<sup>543</sup> وطبعاً لا يخلو هذا الفعل من الوقوع في جرائم التزوير واستعمال المزور.

### الفرع الثالث - الركن المعنوي للجريمة:

تتطلب جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير الأعوان توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم الجاني بنفوذ أعوان الدولة وإرادة استغلال هذا النفوذ لفائدته، وكذا القصد الخاص المتمثل في نية الحصول على امتيازات مع العلم أنها غير مبررة.<sup>544</sup>

### أولاً - القصد الجنائي العام:

يتجسد القصد الجنائي العام في علم الجاني، أي التاجر أو المقاول أو الصناعي أو أي شخص طبيعي أو معنوي ممن ذكرتهم الفقرة الثانية من المادة 26 بأن الأعوان العموميين يتمتعون بنفوذ في المصالح التي يشتغلون لديها، وبالتالي عزمه على استغلال ذلك النفوذ لخدمة مصالحه الذاتية،<sup>545</sup> أي

540 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 130.

541 - المواد من 102 إلى 106 من المرسوم الرئاسي 10-236، المرجع السابق.

542 - بكارشوش محمد، المرجع السابق، ص 134.

543 - نفس المرجع، ص 132.

544 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 130.

545 - بكارشوش محمد، المرجع السابق، ص 135.

يجب أن يتوافر العلم بسلطة وتأثير الأعوان العموميين في إبرام الصفقة أو العقد، والإرادة في استغلال هذه السلطة أو النفوذ لفائدته.<sup>546</sup>

### ثانياً- القصد الجنائي الخاص:

القصد الجنائي الخاص، يتمثل في النية لدى الجاني التي انعقدت على الحصول على امتيازات مع علمه المسبق بأنه لا يستحقها،<sup>547</sup> أي يجب أن تتجه إرادة الجاني بعد حث العون العمومي على تدخله أو توسطه لدى المصلحة المتعاقدة واستعمال سلطته أو تأثيره لديها من أجل استفادة المتعاقد معها على امتيازات غير مبررة تتمثل في الزيادة في الأسعار أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو التعديل في آجال التسليم، بمعنى أنه إذا كان الغرض من تدخل العون العمومي ليس من أجل الامتيازات السابق ذكرها فلن نكون أمام هذه الجريمة، كأن يكون التدخل مثلاً من أجل إلغاء الغرامات التأخيرية فنكون أمام وصف آخر للجريمة.

وخلاصة القول أن جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير الأعوان العموميين كغيرها من الجرائم على القاضي أن يُبيّن في الحكم أركان الجريمة المتمثلة في صفة الجاني، وسلطة أو تأثير العون العمومي، والغرض من الاستفادة، والمتمثل في الزيادة في الأسعار، ومنه عدم توافر الركن المادي، ومنه نقض وإبطال القرار المطعون فيه.<sup>548</sup>

### المبحث الثالث - جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

<sup>546</sup> - بلحيرش سمير، المرجع السابق، ص148.

<sup>547</sup> - بكرارشوش محمد، المرجع السابق، ص 135.

<sup>548</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 94149، الغرفة الجنائية، الصادر بتاريخ 1991/12/03، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1993، ص 188. نقلا عن

مذكرة بلحيرش سمير، المرجع السابق.



الرشوة تعتبر آفة اجتماعية تنسج خيوطها في الدوائر والمؤسسات العامة والخاصة فتتمكن من الموظفين وتعمل على استغلال النفوذ لتحقيق الربح السريع. فالرشوة تحولت إلى لغة العصر وأصبح مفعولها لا يقتصر على الدوائر والأماكن التي يعمل بها الموظفون، بل تخلف آثاراً اقتصادية واجتماعية وسياسية هامة من شأنها أن تؤثر على بنيان أي مجتمع مهما كان قوياً فتهدمه وتنتشر الخراب والدمار فيه، وتجعل أي سلطة فيه تفقد مصداقيتها أمام شعبها ممّا يشجع أفراد المجتمع على عدم احترام الدولة والقانون.<sup>549</sup>

وقبل تناول جريمة الرشوة نبدي ملاحظة حول النص سبق وأن أبدينا مثلها في مواضع أخرى وتتعلق هذه الملاحظة بصياغة النص وعدم تجانس النص في الصفقات العمومية مع النص في قانون مكافحة الفساد، فبعد صدور قانون مكافحة الفساد سنة 2006 تم تعديل ت ص ع عدّة مرّات ولم يواكب هذا التعديل نص العقوبات، فأضاف ت ص ع أشخاصاً وحذف أشخاصاً من نص المادة 02 المتعلقة بالأشخاص الملزمة بتطبيق ت ص ع، ومادام نحن في مجال قانون العقوبات لا يمكن التفسير الواسع للنص، ومنه سيفلت لا محال أشخاص من تطبيق قانون مكافحة الفساد وفقاً للنصوص المتعلقة بجرائم الصفقات العمومية. وعلى سبيل المثال يخرج من تطبيق نص المادة المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والتقني والتكنولوجي والهيئات الوطنية المستقلة....إلخ.

ونتناول في هذا المجال مفهوم الرشوة في (مطلب أول)، وأركان الجريمة في (مطلب ثاني).

#### المطلب الأول - مفهوم جريمة الرشوة:<sup>550</sup>

إنّ تحديد مفهوم الرشوة يستدعي أن نحدد تعريفها وأنظمتها وموقف المشرع الجزائري منها (الفرع الأول)، ثم تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول - تعريف جريمة الرشوة وأنظمتها:

وُجدت عدّة تعاريف لجريمة الرشوة، إلّا أنّها لا تختلف في محتواها ومعناها،<sup>551</sup> بينما في أنظمة الرشوة اختلفت التشريعات بين نظام وحدة الرشوة أو ثنائية الرشوة.

#### أولاً - تعريف الرشوة:

<sup>549</sup> - فاديا قاسم بيضون، من جرائم أصحاب الياقات البيضاء، الرشوة وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2008، ص 27.  
<sup>550</sup> - حمدوش أنيسة، "جريمة الرشوة ومكافحتها في ضوء قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته"، أعمال الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، يومي 02-03 ديسمبر 2008، بدون صفحة.  
<sup>551</sup> - معاشو فطة، "جريمة الرشوة في ظل قانون رقم 06-01"، أعمال الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، يومي 10 و11 مارس 2009، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص بدون ترقيم.

المشرع الجزائري لم يُعرّف الجريمة وترك كغيره هذه المسألة للفقهاء، واقتصر على تبيان صفة المرتشي، والأفعال التي تؤدي إلى قيام الجريمة.<sup>552</sup> وتعني الرشوة حصول الشخص على منفعة تكون في الغالب مالية لتميرير أو تنفيذ أعمال خلاف التشريع أو أصول المهنة.<sup>553</sup>

ويُعرّفها الفقه: الرشوة بمعناها العام هي اتفاق بين شخصين يعرض أحدهما على الآخر جَعلاً أو فائدة ما فيقابلها لأداء عمل أو الامتناع عن عمل يدخل في وظيفته أو مأموريته.<sup>554</sup> فالرشوة بحسب الأصل هي اتجار موظف عام بوظيفته، ولذا قالت محكمة النقض والإبرام المصرية في حكم قديم لها "إنّ علماء القوانين عرّفوا الرشوة بأنّها تجارة المستخدم في سلطته لعمل شيء أو امتناعه عن عمل يكون من خصائص وظيفته وعلى طبق هذا التعريف وردت المادة 89 من قانون العقوبات".<sup>555</sup>

وعرّفها الفقه أيضاً على أنّها "الرشوة هي اتجار الموظف العام (أو القائم بخدمة عامة) بوظيفته أو استغلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها".<sup>556</sup>

كما يُعرّفها جانب من الفقه على أنّها "جريمة من جرائم الموظف العام ضد الإدارة العامة، وهي قد تأخذ صورة الرشوة السلبية أو الإيجابية".<sup>557</sup>

وفي تعريف آخر "الرشوة هي الإتجار بأعمال الوظيفة أو الخدمة".<sup>558</sup>

## ثانياً - أنظمة الرشوة:

اختلفت التشريعات في تجريمها للرشوة بين مبدأ وحدة الجريمة الذي يجعل فعل الراشي والمرتشي جريمة واحدة تتمثل في جريمة الموظف العام أو ثنائية الجريمة التي تجعل فعل كل واحد منهما مستقل عن فعل الآخر، أي جريمتين متميزتين،<sup>559</sup> ومنه يكون لكل فاعل شركاؤه الخاصين به دون أن يكونوا شركاء للفاعل الآخر، وهي عموماً تأخذ بأحد النظامين:

### 1- نظام وحدة الرشوة:

552 - قاشي علي، "الرشوة كمظهر من مظاهر الفساد الإداري وأساليب علاجه"، أعمال الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، 02، 03 ديسمبر 2008، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص بدون ترقيم.  
553 - حميدوش علي، "الحكم الراشد كسبيل لمكافحة الفساد على الصعيد الوطني"، أعمال الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد، وتبيض الأموال، يومي 10 و11 مارس 2009، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص بدون ترقيم.  
554 - عبد المالك الجندي، المرجع السابق، ص 03.  
555 - نفس المرجع، ص 03.  
556 - علي عبد القادر الفهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2001، ص 18.  
557 - بوزيرة سهيلة، المرجع السابق، ص 58.  
558 - ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2008، ص 15.  
559 - حمدوش أنيسة، المرجع السابق، بدون صفحة.

يُعتبر هذا النظام الرشوة جريمة واحدة هي جريمة الموظف العام الذي يتجر بوظيفته باعتباره سيد المشروع الإجرامي فهو وحده الذي يناط به أعمال الوظيفة موضوع الاتجار ولذا فإنه يعتبر الفاعل الأصلي على أساس أن جوهر الجريمة يتمثل في الاتجار بأعمال الوظيفة و المساس بنزاهتها. أما الراشي فما هو إلا مساهم في الجريمة بوصفه فاعلاً ضرورياً وفق ما تقتضي به قواعد نظرية الجريمة ذات الفاعل المتعدد.<sup>560</sup>

فالرشوة في هذا النظام لا ترتكب إلاً من موظف أثناء قيامه بوظيفته وبدون صفة الموظف لا تقوم جريمة الرشوة أمّا الراشي فهو مجرد شريك متى توافرت شروط الاشتراك في شأنه،<sup>561</sup> ويأخذ بهذا النظام القانون الإيطالي، القانون المصري، الدانماركي، السوري، اللبناني،<sup>562</sup> والقانون الجزائري في مجال الصفقات العمومية بموجب نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد.

وعلى أساس هذا الوصف للراشي يتعذر معاقبته إذا ما رفضت الرشوة، إذ لا عقاب على الشروع في الاشتراك.

## 2- نظام ثنائية الرشوة:

نظام ثنائية الرشوة والذي يأخذ به أيضاً القانون الجزائري، على غرار القانون الفرنسي، وهذا فيما يخص رشوة الموظفين العموميين المنصوص عليها بالمادة 25، وكذا رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية المنصوص عليها بالمادة 28.

وقبل صدور القانون المتعلق بالفساد كان المشرع الجزائري يأخذ بنظام ثنائية الرشوة، وهذا بموجب المواد 126، 126 مكرر و127<sup>563</sup> من قانون العقوبات حيث نص على جريمة الرشوة التي يقترفها المرششي، وفي المادة 129 على جريمة الرشوة التي يقترفها الراشي وإن لم يذكر كلمة الراشي صراحة، وهذا التمييز بين الجريمتين كان يسمح بالمعاقبة على بعض الحالات التي لا يمكن المعاقبة عليها فيما لو اعتبرت جريمة الرشوة جريمة واحدة. ومثال ذلك أن يُقدم الراشي على عرض الرشوة دون أن تلاقي تلك الحالة قبولاً من الموظف. ففي هذه الحالة لا يمكن ملاحقة الراشي في شروع إلاً إذا كان القانون يميز بين جريمة الراشي وجريمة المرششي. ويلاحظ أنّ القوانين التي نصت على اعتبار جريمة الرشوة

<sup>560</sup> - محمد أحمد غانم، الإطار القانوني للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص165.

<sup>561</sup> - فادية قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 33.

<sup>562</sup> - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 166.

<sup>563</sup> - المواد 126 و127 و129 ألغيت من قانون العقوبات ونقلوا بتصريف إلى المادة 25 من قانون مكافحة الفساد.

جريمة واحدة طرفاها المرششي والراشي، استكملت النص بتجريم حالة عرض رشوة ولم تقبل منه -  
كشروع في جريمة الرشوة - بنص خاص.<sup>564</sup>

وعليه فإنّ هذا النظام يقوم على أنّ الرشوة تشمل جريمتين متميزتين:

- الأولى، سلبية، من جانب الموظف العمومي، وقد اصطلح على تسميتها "الرشوة السلبية".

- الثانية، إيجابية من جانب صاحب المصلحة، وقد اصطلح على تسميتها "الرشوة الايجابية".<sup>565</sup>

#### أ- الجريمة السلبية:<sup>566</sup>

وهي جريمة المرششي وتسمى الرشوة السلبية أو الارتشاء وتتحقق بطلب الموظف العام للمقابل أو بأخذه له. أو بقبوله له للوعد به، أي فعل الشخص الذي يطلب الرشوة أو يقبلها مستغلاً سلطة وظيفته التي خولها له القانون سواء أكانت في صورة عطية أو هدية أو مجرد وعد. فالرشوة السلبية لا تقوم إلاّ من موظف عمومي.<sup>567</sup>

تقتضي الرشوة اتحاد إرادة شخصين صاحب مصلحة يعرض هدية أو عطية على موظف ليحمله على أداء عمل من أعمال وظيفته ويسمى راشياً وفعله رشوة إيجابية وموظف أو من في حكمه يطلب أو يتلقى الهدية أو العطية ويتجر بوظيفته ويسمى مرتشياً وعمله يكون الرشوة السلبية.<sup>568</sup>

#### ب - الجريمة الإيجابية:<sup>569</sup>

وهي جريمة الراشي الذي يعطي الموظف العام المقابل أو يعده به أو يعرضه عليه فهي تقع من جانب صاحب الحاجة بإعطائه للموظف العام أو المستخدم مقابل ما يؤديه إليه بنفسه أو بواسطة أو عرض ذلك عليه أو وعده به. ويأخذ بهذا النظام القانون الفرنسي، القانون الألماني، الروسي العراقي، السوداني، وقد أيد هذا الاتجاه قانون العقوبات الدولي فنص على جريمة الرشوة السلبية في مواد مستقلة، وجريمة الرشوة الإيجابية في مواد أخرى مستقلة.<sup>570</sup>

وعليه فإنّ الجريمتان مستقلتان عن بعضهما في التجريم و العقاب، إذ لا يعتبر سلوك الراشي اشتراكاً في جريمة المرششي، ولا سلوك المرششي اشتراكاً في جريمة الراشي، وإنّما سلوك كل منهما

564 - عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 63.

565 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ص 58.

566 - بوضنوبرة مسعود، "الرشوة"، أعمال الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قلمة، الجزائر، 24 و 25 أبريل 2007، ص 42، 43.

567 - DELLMAS-MARTY Mireille, Op.Cit. p83.

568 - جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001، ص 108.

569 - بوضنوبرة مسعود، المرجع السابق، ص 41.

570 - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 166.

مستقل في جريمته بحيث يتصور أن يكون لكل من الراشي و المرتشي شركاء في جريمته غير شركاء الآخر، كما يتصور كذلك أن تتوفر إحدى الجريمتين دون الأخرى أو أن يكون لكل منهما صور شروع خاصة بها.<sup>571</sup>

بمعنى أنّ الموظف العام يُسأل عن جريمة الرشوة إذا طلب المقابل ولو رفض صاحب المصلحة الاستجابة إلى طلبه، حيث تتحقق الرشوة السلبية الكاملة رغم عدم استجابة صاحب المصلحة، كما أنّ الراشي لا يعد شريكاً للموظف العام، بل يعد فاعلاً أصلياً في جريمة خاصة به هي الرشوة الإيجابية، ومن ثم يُسأل عن الجريمة متى عرض المقابل على الموظف العام على الرغم من رفض الأخير لهذا العرض.<sup>572</sup>

### 3- موقف المشرع الجزائري من النظامين:

المشرع الجزائري قبل صدور قانون مكافحة الفساد كان يأخذ بثنائية النظام كما سبق ذكره، أمّا بعد صدور القانون الجديد انتهج نفس المنهج ونقل محتوى المواد 126، 127، 129، من قانون العقوبات وحولهم إلى نص المادة 25 من قانون مكافحة الفساد وجمع هاتين الصورتين أي الجريمة الإيجابية والسلبية في نص واحد، مع تخصيص فقرة لكل صورة وحصراً في رشوة الموظف العمومي، كما أفرد نصاً خاصاً للرشوة في القطاع الخاص بموجب أحكام المادة 40، ونصاً آخرًا للرشوة الموظفين العموميين الأجانب بموجب نص المادة 28، وأخيراً خصّ جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية بنص آخر خاص وهو المادة 27 من نفس القانون.

ولكن في مجال الصفقات العمومية فإنّ المشرع الجزائري سلك مسلكاً آخرًا ، بحيث اعتمد نظام وحدة الرشوة وهذا واضح من خلال استقراء نص المادة 27 فإنّ النص جمع الصورتين الأولى والثانية مع بعض في نص واحد، بمعنى أنّه يمكن أن نتصور جريمة الرشوة في الصفقات العمومية سلوك واحد ينتج عنه فاعل أصلي و الآخر شريك، أي أنّ الموظف العمومي يأخذ مركز الفاعل الأصلي، وصاحب المصلحة يأخذ مركز الشريك، سواء أكان الموظف هو الذي طلب الرشوة وقبضها أو حاول أن يقبضها، أو عرضت عليه وقبلها دون طلب منه. فالموظف يأخذ دائماً مركز الفاعل الأصلي، فالعبرة بالقبض أو محاولة القبض، أي أن يكون هناك سلوك إيجابي من جانب الموظف.

أمّا إذا عُرضت عليه ولم يطلبها، ولم يقبضها، ولم يحاول أن يقبضها كما لو تظاهر الموظف بقبول العرض وسارع لتبليغ السلطات المختصة للقبض على صاحب المصلحة متلبساً، فهنا نكون أمام

571 - أحسن بوسقيعة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 58 .

572 - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 166.

فاعل أصلي واحد هو الشخص الذي عرضها على الموظف أي صاحب المصلحة الذي ليس بموظف، وبالتالي يخرج الجاني من دائرة نص المادة 27،

وهذا واضح من سياق النص الذي جاء بصيغة ".....كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره.....". فالقبض أو محاولة القبض يكون بناءً على عرض أو طلب، وإذا كان هناك عرض دون أن يقترن بقبض أو بمحاولة قبض فلا يعقل أن يفلت الجاني من العقاب، وإنما يدخل عقابه ضمن مجال نص المادة 25.

كما لم نجد أي أثر في النص لتجريم الشريك بنص مستقل كما جاء في نص المادة 25 والتي جاءت بصيغة (...كل من وعد موظفاً عمومياً بمزية... أو عرضها عليه...)، أمّا الفقرة الثانية من نفس المادة جاءت بصيغة (...كل موظف عمومي طلب أو قبل...).

وأخيراً نلاحظ أنّ المشرع الجزائري خصّ جريمة الرشوة في الصفقات العمومية بنص خاص مستقل وبعقوبة أشدّ من تلك التي خصّ بها رشوة الموظف العمومي في باقي المجالات وهذا نظراً لأهمية مجال الصفقات العمومية الذي تُصرف فيه أموالاً عمومية ضخمة قد تصل ميزانية دولاً أخرى بأكملها وبالتالي يكون مجالاً خصباً للفساد، وهذا ينعكس سلباً على التنمية والتطور.

وعليه نصل للقول أنّ المشرع الجزائري أخذ بنظام وحدة الرشوة في مجال الصفقات العمومية و بنظام ثنائية الرشوة في غير مجال الصفقات العمومية.

### الفرع الثاني - تمييز الرشوة عن بعض المصطلحات المشابهة لها:

قد يختلط مفهوم الرشوة كجريمة من جرائم الصفقات العمومية مع بعض الجرائم المشابهة لها في قانون مكافحة الفساد يصعب التمييز بينهما خاصة وأنّ تعاريفها جاءت متشابهة ممّا قد ينتج عنه تكييف خاطئ للوقائع ومنه عقوبة غير العقوبة المستحقة، وأهم هذه الجرائم جريمة استغلال النفوذ (المادة 32)، جريمة إساءة استغلال الوظيفة (المادة 33)، جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية (المادة 35)، جريمة تلقي الهدايا (المادة 38).

وقبل أن نتطرق لهذه الجرائم نشير إلى ملاحظة نراها في غاية من الأهمية، وهي الفرق بين الرشوة في مجال الصفقات العمومية، والرشوة في باقي المجالات، أي في القواعد العامة. لاسيما تلك المنصوص عليها بالمادة 25 لاختلاف الأحكام بينهما ومنه العقوبة المستحقة.<sup>573</sup>

<sup>573</sup> - عقوبة الرشوة في المادة 25 هي الحبس من سنتين إلى 10 سنوات، بينما عقوبة الرشوة في الصفقات العمومية الحبس من 10 سنوات إلى عشرين سنة.

## أولاً- تمييز جريمة الرشوة في الصفقات العمومية عن الرشوة في المجالات الأخرى:

إنَّ أهم فرق في هذا المجال هو الاختصاص بالعمل، فالرشوة في القواعد العامة تشترط في مقابل الرشوة أن يؤدي الموظف عملاً أو يمتنع عنه هو من واجباته، أي يكون مختصاً بالعمل وهذا ما نصت عليه المادة 25 والمادة 28 من قانون مكافحة الفساد "...لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته". بينما الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تشترط الاختصاص بالعمل وإنما يكفي أن يقبض الموظف أو يحاول أن يقبض الأجرة أو المنفعة بمناسبة تحضير الصفقة أو التفاوض بشأنها سواء تعلق الأمر بمناقصة أو بإجراء التراضي، وهذا قصد إبرام صفقة عمومية، فهنا الموظف قد يكون من المتدخلين في ترتيبات الصفقات العمومية، وقد لا يكون كذلك، ولكن يستلزم أن يكون موظفاً في المؤسسة أو الهيئة (المصلحة المتعاقدة) التي هي بصدد تحضير الصفقة، فهو يحدث أملاً لدى المترشح بالفوز بالصفقة، فقد يكون مثلاً عضواً في مكتب المناقصة<sup>574</sup> أو عضواً في لجنة فتح الأظرفة أو لجنة تقييم العروض أو المسؤول عن إبرام الصفقة.

كما يمكن أن تكون المناسبة هو تنفيذ الصفقة، أي أنَّ المتعاقد حصل على الصفقة ولكن قد تعترضه بعض الصعوبات كأن تتماطل المصلحة المتعاقدة في تسليم المعني الأمر ببدء الأشغال، أو أن يتعلق الأمر بتنفيذ الصفقة على نحو مخالف للاتفاق، فيتدخل الموظف بإحداث الأمل لدى المتعاقد بإزالة هذه العقبات فقد تكون هذه العقبات مشروعة وقد تكون غير مشروعة، وإنما يكفي أن يعتقد المتعاقد في نفسه أن الموظف سوف يساعده بالنظر إلى وظيفته ولو بدون مخالفة للقوانين. وبهذا تتميز هذه الجريمة عن جريمة إبرام صفقة مخالفة للتشريع في أن هذه الأخيرة ركنها الأساسي هو مخالفة الأحكام التشريعية بغرض إبرام صفقة، بينما الرشوة في القواعد العامة لا يشترط مخالفة الأحكام القانونية بل يمكن أن يسلك الموظف كل الطرق القانونية، وكانت المادة 126 ق ع قبل إلغائها لا تحصر الأمر في العمل الذي يدخل في اختصاص الجاني، بل تتعداه ليشمل العمل الخارج عن اختصاصاته الشخصية إلا أنَّ من شأن وظيفته تسهل له أداءه أو كان من الممكن أن تسهله له.<sup>575</sup>

## ثانياً- تمييز جريمة الرشوة عن جريمة استغلال النفوذ:

إذا كانت الرشوة هي جريمة الموظف الذي يتاجر بوظيفته فإنَّ جريمة استغلال النفوذ هي جريمة صاحب النفوذ الذي يتاجر بنفوذه.<sup>576</sup> ولا يمكن أن يكون الفعل الواحد في نفس الوقت رشوة واستغلال

<sup>574</sup> - يوجد في المؤسسات والإدارات ما يسمى بمكتب الصفقات أو مصلحة الصفقات وهي التي تقوم بتحضير صفقات المؤسسة مثل إنجاز دفاتر الشروط، والتكفل بالإعلانات وتحضير كل الوثائق المتعلقة بالمناقصة وتسليمها للمترشحين.

<sup>575</sup> - عيسوي نبيلة، "جريمة الرشوة في ظل قانون مكافحة الفساد"، أعمال الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قالم، 24 و25 أبريل

2007.

<sup>576</sup> - عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 84.

نفوذ لاختلاف الجريمتين،<sup>577</sup> رغم تشابه الجريمتين إلى درجة كبيرة في الركنين المادي والمعنوي، بدليل أنّ المشرع الجزائري قبل إصدار قانون مكافحة الفساد كان قانون العقوبات<sup>578</sup> يتضمن الجريمتين معاً تحت نفس العنوان "الرشوة واستغلال النفوذ".<sup>579</sup>

نصّ المشرع الجزائري على جريمة استغلال النفوذ في المادة 32 من قانون مكافحة الفساد بأنّه " يعاقب بالحبس من.....:

1- كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها ، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على مزية غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص لآخر،

2- كل موظف عمومي أو أي شخص آخر يقوم بشكل مباشر أو غير مباشر، بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص آخر لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية على منافع غير مستحقة ."

#### أوجه الشبه:

- تتفق جريمة الرشوة مع جريمة استغلال النفوذ في أنّهما يقومان على نفس الأعمال المادية بقبول أو طلب المرثشي أو مستغل النفوذ العطايا أو الوعود أو الهبات أو أية منافع أخرى.<sup>580</sup>

- كما تتفق جريمة الرشوة مع جريمة استغلال النفوذ في عدم اشتراط اختصاص الموظف بالعمل،<sup>581</sup> ففي جريمة الرشوة يشترط أن يكون الفعل المجرم بمناسبة إبرام صفقة عمومية، أي تكفي المناسبة ولا يهم أن يكون الموظف مختص بالعمل أم لا، وفي جريمة استغلال النفوذ لا يمكن تصور اختصاص الموظف بالعمل إطلاقاً، فالموظف العمومي أو الشخص يتدخل فقط بنفوذه للحصول على منافع.

- وهذا واضح من نص المادة 32، حيث جرّمت الفقرة الأولى من هو غير موظف، بينما الفقرة الثانية جرّمت من هو موظفاً.

#### أوجه الاختلاف:

577 - جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 107.  
578 - المادة 126 من قانون العقوبات الملغاة.  
579 - عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 61.  
580 - نفس المرجع، ص 84.  
581 - عكس المجالات الأخرى أين يشترط المشرع أن يكون العمل المطلوب يدخل ضمن اختصاص الموظف وهذا أيضا شرط مطلوب في التشريعات المقارنة.



- في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية صفة الموظف الذي يجب أن يكون موظفاً عمومياً بينما في استغلال النفوذ لا يكون كذلك، فيمكن أن يكون موظفاً ويمكن ألا يكون موظفاً،<sup>582</sup>

- الاختلاف بينهما يكمن في الغرض من الجريمة، فبينما يكون الغرض في جريمة الرشوة الحصول صفقة عمومية أو تنفيذ صفقة عمومية بطريقة مخالفة للقانون، حتى وإن لم ينص المشرع على طريقة التنفيذ المخالفة للقانون ولكن يفهم من سياق النص. بينما الغرض في استغلال النفوذ هو التحريض على استغلال النفوذ لدى إدارة أو سلطة عمومية من أجل الحصول على مزية غير مستحقة. بمعنى التدخل من صاحب النفوذ بما لديه من نفوذ حقيقي أو مفترض لدى إدارة عمومية للحصول على مزية غير مستحقة للمحرض أو لشخص آخر مقابل حصوله على مقابل من طرف المحرض وهذا سواء بطلب منه أو أن تعرض عليه و يقبلها.

إذن في الرشوة نكون بمناسبة تحضير صفقة عمومية و الهدف هو الحصول على هذه الصفقة، أو تنفيذها بطريقة مخالفة للقانون ولاسيما دفتر الشروط مع اشتراط صفة الموظف في الجاني، بينما في استغلال النفوذ نكون أمام توسط موظف أو غير موظف يملك نفوذاً والهدف حصول الغير على منافع غير مستحقة. والمنافع هي أوسع مفهومًا من الصفقة العمومية.

### ثالثاً- تمييز جريمة الرشوة عن جريمة إساءة استغلال الوظيفة:

نصت المادة 35 من قانون مكافحة الفساد على أنه "يعاقب بالحبس من.....، كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمداً من أجل أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل في إطار ممارسة وظائفه، على نحو يخرق القوانين والتنظيمات، وذلك بغرض الحصول على منافع غير مستحقة لنفسه أو لشخص أو كيان آخر."

### أوجه التشابه:

تتشترك جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية مع جريمة إساءة استغلال الوظيفة في صفة الجاني، بحيث يشترط القانون أن يكون الجاني موظفاً عمومياً كما سبق تعريفه، فإذا لم تتوفر هذه الصفة في الجاني امتنع عقابه وفقاً لهذين النصين.

### أوجه الاختلاف:

<sup>582</sup> - أنظر في هذا المعنى، ياسر كمال الدين، المرجع السابق، ص 142.

- في جريمة الرشوة يشترط القانون أن يكون هناك طلب من الموظف أو عرض من صاحب المصلحة يقابله قبولاً من جانب الموظف العمومي، أي هناك إيجاباً يلاقيه قبولاً، ويستوي أن يكتمل الفعل أو أن يكون شروعا، بينما في سوء استغلال الوظيفة يمكن أن يكون الفعل تلقائياً، بمعنى لا يكون هناك طلباً أو عرضاً يقابله قبولاً، ومثال ذلك ضابط الشرطة الذي يحفظ بلاغاً مقدماً ضد أحد أفراد عائلته.

- الاختصاص بالعمل في جريمة إساءة استغلال الوظيفة شرط أساسي لقيام الجريمة، فلا يمكن أن تقوم للجريمة قائمة ما لم يكن الموظف مختص بالعمل، بينما لا يشترط ذلك في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.

#### رابعاً- تمييز جريمة الرشوة عن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية:

نصت المادة 35 من قانون مكافحة الفساد على أنه "يعاقب بالحبس من.....، كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إمّا مباشرة و إمّا بعقد صوري وإمّا عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديراً لها أو مشرفاً عليها بصفة كلية أو جزئية، وكذلك من يكون مكلفاً بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفاً بتصفية أمر ما ويأخذ منه فوائد أياً كانت". وهو نفس النص الذي كان منصوصاً عليه في قانون العقوبات قبل التعديل بموجب المادة 123.

تتشابه كثيراً جريمة الرشوة مع جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية كما أنّ هناك من يعتبر جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي جريمة من جرائم الصفقات العمومية وهذا يفهم من المصطلحات التي أتى بها النص التي تدخل كلها مجال الصفقات العمومية تبعث على الاعتقاد أنّنا أمام جريمة من جرائم الصفقات العمومية وهي العقود المزايدات و المناقصات.....، إلا أنّ هذه الجريمة لا تدخل ضمن جرائم الصفقات العمومية وهذا للأسباب التالية:

1- جرائم الصفقات العمومية جاءت على سبيل الحصر في قانون مكافحة الفساد تحت عنوان الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، والعنوان الثاني الرشوة في مجال الصفقات العمومية، حيث أدرجت ضمن العنوان الأول جريمتين بموجب المادة 26 وخصّصت لكل جريمة فقرة خاصة بها، وهما جريمة منح امتيازات غير مبررة عمداً مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية وجريمة المتعاقد من القطاع الخاص الذي يستفيد من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية من أجل الزيادة في الأسعار أو تعديل نوعية المواد والخدمات. أمّا العنوان الثاني فأدرجت ضمنه جريمة الرشوة بموجب أحكام المادة 27 من نفس القانون. وبالتالي لا يمكن أن نتصور وجود جريمة من جرائم الصفقات العمومية خارج هذا العنوان.

2- المادة 35 لم تذكر بأي شكل من الأشكال الصفقات العمومية وإنما ذكرت العقود، المزايدات، المناقصات، المقاولات، المؤسسات، فالعقود جاء المصطلح بصفة عامة وبالتالي يمكن أن يدخل ضمنه الصفقات العمومية وغير الصفقات العمومية فكل عقد مهما كان نوعه يمكن أن يدخل تحت هذه التسمية.

**المزايدات:** كما أنّها طريقة من طرق إبرام الصفقات العمومية فهي أيضاً طريقة من طرق إبرام أي عقد من العقود الأخرى ولاسيما البيع، الإيجار، بل ويمكن أن نتصورها حتى في عقود الامتياز وعقود تفويض المرفق العام، ويمكن أن نكون أمام مزايدة دون أن نكون بصدد صفقة عمومية، ومثال ذلك البلدية التي تقوم بإيجار الأسواق العمومية أو حظائر توقف السيارات أو المذابح...إلخ.

**أمّا المقاولات والمؤسسات** فهنا لا نكون بصدد عقد من العقود ولكن يكفي أن يكون الموظف مشرفاً عليها أو مسؤولاً عليها ويأخذ فوائد دون وجه حق.

3- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، قد تنطبق على الصفقات العمومية باعتبارها عقد من العقود فقط وليس باعتبارها صفقة عمومية، لأنّه إذا اعتبرنا جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية جريمة من جرائم الصفقات العمومية، هذا يعني أن يكون من بين أركان الجريمة صفقة عمومية بمفهوم قانون الصفقات ومنه أن تبلغ قيمة الصفقة الحد المالي المطلوب لتطبيق أحكام المرسوم، وأن تتبع كل الإجراءات القانونية المطلوبة في إبرام الصفقات العمومية، بينما يكفي لقيام الجريمة أن نكون بصدد أيّ من هذه العقود دون تطبيق قانون الصفقات العمومية. كأن تقوم البلدية ببيع عتاد غير صالح للاستعمال عن طريق المزايدة أو إيجار محلات دون أن تبلغ قيمته الحد المطلوب في الصفقات العمومية ويأخذ الموظف فائدة من حاصل البيع أو الإيجار.

4- جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لا يشترط أن يكون الضرر عنصراً من عناصر الركن المادي فقد لا يصيب المصلحة العامة أي ضرر بل وقد تصيب نفعاً ما،<sup>583</sup> بينما جرائم الصفقات العمومية يترتب عنها دائماً ضرراً يصيب المصلحة العامة سواء في مجال الامتيازات غير المبررة أو الرشوة. أمّا جريمة أخذ فوائد فالضرر ليس ركناً فيها، والحكمة من العقاب عليها تكمن في منع الموظف المكلف بإدارة عمل من أعمال الدولة أو الإشراف عليه السعي وراء مصلحته الخاصة التي يحتمل أن تصيب المصلحة العامة بضرر.<sup>584</sup>

583 - عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 115.

584 - نفس المرجع، ص 115.

وتلتقي جريمة الرشوة مع جريمة أخذ فوائد بصورة غير قانونية في طبيعتها وغاية المشرع من تجريمها. ففي كل من الجريمتين يحصل الموظف على فوائد بسبب وظيفته التي تاجر بها، الأمر الذي استوجب تدخل المشرع من أجل حماية ونزاهة الوظيفة العمومية.<sup>585</sup>

#### خامساً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة تلقي الهدايا:

نصت المادة 38 من قانون مكافحة الفساد على أنه "يعاقب بالحبس من... كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه.

يعاقب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة...."

#### أوجه التشابه:

تتشارك هذه الجريمة مع جريمة الرشوة في أنّ كلاهما يشترط أن يكون الجاني موظف عمومي، بينما يختلفان في العوض، فجريمة الرشوة تكون بعوض، أمّا تلقي الهدايا تكون بلا عوض.<sup>586</sup>

#### أوجه الاختلاف:

- كما سبق وأن تطرقنا في أنّ الموظف في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا يشترط أن يكون مختصاً بالعمل، فيمكن أن يكون مختصاً كما يمكن ألا يكون كذلك، بينما في جريمة تلقي الهدايا، شرط أساسي أن يكون الموظف مختصاً بالعمل وهذا بصريح النص.

- في جريمة تلقي الهدايا نص المشرع صراحة على عقاب مقدم الهدايا (الطرف الثاني في العلاقة) كفاعل أصلي وليس كشريك، بينما في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لم ينص على عقاب الشريك (الطرف الثاني في العلاقة) ولم يحدد مركزه القانوني خاصة في حالة ما إذا عرض الرشوة على الموظف ورفضها ولم يقبلها ولم يحاول أن يقبضها، وبالتالي يخرج من دائرة التجريم وفقاً للنص المتعلق بالرشوة سواء كفاعل أصلي أو كشريك.

- في جريمة الرشوة المقابل لا بد أن يكون بعوض، بينما في تلقي الهدايا لا يكون بعوض وإنّما تقديم الهدية يمكن أن يؤثر في نفسية الموظف ممّا يجعله في موقف حرج لا يسمح له بأداء عمله بكل نزاهة.<sup>587</sup>

<sup>585</sup> - نفس المرجع، ص 112.  
<sup>586</sup> - معاشو فطة، المرجع السابق بدون صفحة.

## المطلب الثاني - أركان جريمة الرشوة:

سبق وأن أشرنا من قبل في المبحث الثالث من الفصل الثاني أنّ المشرع الجزائري في مجال الرشوة أخذ بنظامين مختلفين، فكقاعدة عامة أخذ بنظام ثنائية الرشوة خارج مجال الصفقات العمومية، واستثناءً في مجال الصفقات العمومية أخذ بنظام وحدة الرشوة، وبالتالي تختلف أركان جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية عنها في باقي القطاعات والمعاملات الأخرى ومنه نستعرض الركن المادي لهذه الجريمة (الفرع الأول) ونتناول أيضاً أحكام الشريك والشروع (الفرع الثاني)، وأخيراً الركن المعنوي (الفرع الثالث).

### الفرع الأول - الركن المادي:

نصت المادة 27 من قانون مكافحة الفساد على أنه "يعاقب ب..... كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية".

إذن من خلال النص فإنّ الركن المادي للجريمة يتمثل في نشاط إجرامي يصدر عن موظف عام وينصب على منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير صفقة عمومية، الغاية منه الحصول على الصفقة أو تنفيذها.

### أولاً - النشاط الإجرامي:

على خلاف الرشوة في القطاعات الأخرى أين يتمثل النشاط الإجرامي في صورتين، عرض من طرف شخص (الراشي) وقبول أو طلب من موظف عمومي (المرتشي) فإنّ الرشوة في مجال الصفقات العمومية تشمل صورة واحدة وهي القبض أو محاولة القبض، بمعنى أنّ المشرع جمع الصورتين في صورة واحدة وهي القبض وهنا نكون أمام جريمة تامة أو محاولة القبض فنكون أمام شروع وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري "..... كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض....." وعليه نتناول النشاط الإجرامي من خلال الجريمة التامة على أن نتطرق لاحقاً للشروع في الجريمة.

جاءت صيغة النص بفعل المضارع "يقبض"، بمعنى أن الفعل تام أي أن الجاني قبض فعلاً الرشوة وبالتالي لا يمكن تصور الشروع في هذه الحالة، وفعل القبض لا يتحقق إلا بأحد الفرضيين، طلب من جانب الموظف (المرتشي) يقابله قبولاً من صاحب الحاجة (الراشي) أو عرض من صاحب المصلحة يقابله قبولاً من جانب الموظف العمومي. ولا يكفي هذا في مجال الصفقات العمومية أي طلب أو عرض يقابله قبولاً بل لا بد من القبض الفعلي للرشوة.

## 1- الطلب: 588

الطلب هو وصف يرد على النشاط الذي يقوم به المرتشى طالباً عطية أو جعلاً أو....، والطلب هو تعبير يصدر عن الإرادة المنفردة للموظف العمومي يطلب فيه مقابلاً لأداء وظيفته أو خدمته، وقد يكون الطلب شفاهة أو كتابية، كما قد يكون صراحة أو ضمناً<sup>589</sup> (طرق التعبير عن الإرادة)، ومادام أن الطلب هو تعبير عن الإرادة فلا بد أن تتوفر فيه شروط التعبير عن الإرادة المنصوص عليها بالقانون المدني، ويستوي أن يطلب الموظف المقابل لنفسه أو لغيره، فتقوم جريمة الرشوة في حالة طلب الموظف المقابل لمنفعة شخص آخر غيره. كما يستوي أن يقوم بالطلب الموظف المرتشى نفسه، أو أن يقوم شخص آخر بمباشرته باسمه ولحسابه،<sup>590</sup> وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري بـ "...يقبض...لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة...".

فجريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية ووفقاً لأحكام المادة 27 من قانون مكافحة الفساد لا تتحقق بمجرد طلب الموظف (المرتشى) للمنفعة أو الأجرة كما لا يكفي استجابة صاحب المنفعة (الراشي) للطلب وإنما لابد أن تتحقق النتيجة أي القبض الفعلي وهذا عكس التشريع المصري الذي يكتفي بمجرد طلب الموظف الجعل أو أخذه أو قبوله فتقع الجريمة تامة،<sup>591</sup> وهذا ما جاء به النص "يقبض"، ولا يعني هذا إفلات الطالب من العقاب، وإنما نكون أمام حالة الشروع.

ويشترط في الطلب أن يكون جدياً، لأنه إذا كان في معرض الهزل لا يعد قائماً وبالتالي لا جريمة. قد يكون الطلب صراحة أو ضمناً، شفاهة أو كتابية، الشكل غير مهم بقدر ما يكون طلب المرتشى قائماً وفعالاً.<sup>592</sup>

## 2- العرض:

588 - حمدوش أنيسة، المرجع السابق، بدون صفحة.  
589 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، المرجع السابق، ص 60.  
590 - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 34.  
591 - ياسر كمال الدين، المرجع السابق، ص 58.  
592 - فاديا قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 39.

إنَّ القبض في جريمة الرشوة يتحقق بالصورة الأولى وهي أن يكون طلب من الموظف العمومي يقابله قبولاً من صاحب الحاجة، ويتحقق بالصورة العكسية وهي عرض من جانب صاحب المصلحة يقابله قبولاً من جانب الموظف العمومي.

والعرض هو أيضاً تعبير عن الإرادة يجب أن تتوفر فيه شروط صحة التعبير عن الإرادة وفقاً لأحكام القانون المدني.

ولكي نكون أمام جريمة تامة وفقاً للمادة 27 من قانون مكافحة الفساد لابد أن يكون هناك طلب من جانب الموظف يقابله قبولاً من جانب صاحب المصلحة، أو يكون هناك عرض من جانب صاحب المصلحة يقابله قبولاً من جانب الموظف وعليه نتناول معنى القبول.

### 3- القبول: 593

القبول هو موقف إيجابي من جانب الموظف يعني الرضا بتسلمه في المستقبل نظير أداء العمل أو الامتناع المطلوب. وهو يفترض "عرضاً" من جانب صاحب الحاجة، إذ القبول لا يكون كذلك ما لم يطابق عرضاً.

على أنَّ القبول لا يعتد به ما لم يصدر عن إرادة صحيحة وجادة، فإن لم يكن كذلك فلا يعد الرضا بالعرض قائماً، وبالتالي ينتفي ركن من أركان الرشوة. فإن تظاهر شخص (الموظف) بقبول العرض كي يوقع بصاحب الحاجة متلبساً فلا تقوم الرشوة في جانب الموظف لانقضاء القبول.

ويفترض أنَّ القبول لاقى عرضاً جاداً، فإذا لم يكن كذلك فلا قبول ولا رشوة، كمن يعرض على الموظف كل ثروته نظير قيامه بعمله أو امتناع، فهذا العرض - كما تقول محكمة النقض - "أشبه بالهزل". 594

ولكن إذا كان العرض في ظاهره جاداً وفي حقيقته خادعاً، كمن يعرض عرضاً يقبله الموظف قاصداً من ذلك الإيقاع به متلبساً، فإنَّ القبول هنا يعتبر متحققاً، وتقوم جريمة الرشوة في حق الموظف، إذ تحققت علّة التجريم في هذا الفرض لأنَّ الموظف تاجر في وظيفته وأهدر الثقة في نزاهة الوظيفة العامة. 595

593 - حمدوش أنيسة، المرجع السابق. بدون صفحة.

594 - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 182.

595 - نفس المرجع، ص 182.

والقبول مثله مثل العرض والطلب لا يهم شكله أو وسيلته فقد يكون صريحاً أو ضمناً،<sup>596</sup> وقد يكون مكتوباً أو شفويّاً أو عن طريق الإشارة. وقد يكون معلقاً على شرط ولكن هذا الشرط يجب أن يكون ممكناً تحقيقه وأن يكون جدياً.<sup>597</sup>

غير أنّ في مجال الصفقات العمومية لا يكفي أن يكون هناك عرض أو طلب يقابله قبولاً لتكون أمام جريمة تامة بل لا بد أن يكون هناك قبضٌ فعلي للمقابل. لأنّه قد يتصور وجود عرض يقابله قبولاً دون أن يكون هناك قبض للمنفعة أو الأجرة. بمعنى أن يكون هناك اتفاق بين الراشي (صاحب الحاجة) والمرتشي (الموظف) على أداء عمل معين أو الامتناع عنه مقابل أجره معينة أو منفعة مهما يكن نوعها دون أن تتم عملية القبض أو الاستلام لها سواء فعلياً أو حكماً.

#### 4- القبض:

القبض وفقاً لما جاء في نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد أن يتسلم الموظف مقابل الرشوة، أي انتقال الحيازة إليه بنية التملك، وليس شرطاً أن يتم التسليم من الراشي نفسه، فقد يتم التسليم عن طريق رسول أو وسيط أو عن طريق البريد. ويُعد الأخذ متحققاً حين يعلم الموظف بالعرض من التسليم فيقرر الاحتفاظ. هذا إذا كان المقابل ذا طبيعة مادية. فإذا كان ذا طبيعة غير مادية كمنفعة أو فائدة تحقق الأخذ أو القبض حين يحصل الموظف على المنفعة عالمياً بما يقابلها كوضع سيارة أو شقة تحت تصرف الموظف فيقرر استعمالها.<sup>598</sup> وعليه فإنّ الجريمة التامة في الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تتم إلاّ إذا كان هناك عرض أو طلب يقابله قبولاً، زائد قبضٌ فعلي أو حكمي للمنفعة أو الأجرة. وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية "...كل موظف عمومي يقبض...." وعليه نصل إلى نتيجة أنّه في مجال الصفقات العمومية لا تتحقق جريمة الرشوة بمجرد الطلب أو بمجرد العرض بل ولا تتحقق أيضاً حتى إذا كان هناك قبولاً، بل لا بد من قبضٍ فعلي أو حكمي للمنفعة، وهذا عكس جريمة الرشوة في غير الصفقات العمومية أين تتحقق الجريمة بمجرد الطلب أو بمجرد العرض.

#### ثانياً- محل الارتشاء:

أوضحت المادة 27 من قانون مكافحة الفساد أنّ محل النشاط الإجرامي أو الارتشاء في مجال الصفقات العمومية هو أجره أو منفعة.

596 - ياسر كمال الدين، المرجع السابق، ص 60.

597 - فاديا قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 40.

598 - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 181، 182.



## 1- الأجرة:

المشرع الجزائري لم يحدد معنى الأجرة، ولكن عموماً لا تختلف عن المنفعة أو الفائدة،<sup>599</sup> وفي رأينا الأجرة هي المنفعة أو الفائدة المادية مقابل أداء العمل، وقد تكون بهذا المفهوم إما نقوداً أو ذهباً أو فضة أو سيارة أو أثاثاً أو مسكناً أو قمحاً أو شعيراً أو غيره من الأشياء المادية.

## 2- المنفعة:

المنفعة أو الفائدة هي المحل الذي يرد عليها طلب المرئشي أو قبوله وللفائدة معنى واسع يشمل كل ما يشبع حاجة للنفس أيّاً كان اسمها أو نوعها وسواء أكانت الحاجة مادية أو غير مادية. فالفائدة تتسع في معناها لتشمل صوراً عديدة يكاد يخطئها الحصر، فقد تكون نقوداً أو أوراقاً مالية أو سندات أو مجوهرات أو ملابس أو مأكولات أو أي شيء آخر له قيمة. والمنفعة المعنوية قد تأخذ شكل الحصول على وظيفة أو ترقية أو علاوة استثنائية للموظف أو لغيره، أو تأخذ شكل بيع عقار بأقل من ثمنه أو شراء لعقار بأكثر من ثمنه.<sup>600</sup>

إذن قد تكون المنفعة مادية وقد تكون معنوية، وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري بعبارة مهما يكن نوعها. وقد اختلف الفقهاء في اعتبار العلاقة الجنسية منفعة فاستقر الرأي على اعتبارها مقابل للخدمة -أي رشوة- لأنها تشكل منفعة للمرئشي.<sup>601</sup> كون النص جاء مطلقاً وبالتالي الفائدة المعنوية تدخل تحت طائلة النص سواء أكانت مشروعة أو غير مشروعة،<sup>602</sup> كمنح المرئشي مواد مخدرة.

والسؤال المطروح هل يجب أن تتساوى الأجرة أو المنفعة مع حجم العمل المقدم؟.

قد تكون الرشوة بين الموظفين ضمن خدمة متبادلة، في هذه الحالة نجد الموظف راشياً ومرئشياً في نفس الوقت أي لا يمكن تحديد المقابل. فبعض الفقهاء اعتبروا أنه لا بد من توافر تناسب بين المنفعة والعمل لأنه لا يمكن أن نقبض على موظف بتهمة الرشوة لمجرد علبه سجانر قدمت إليه من صاحب المعاملة، بينما عارضهم البعض الآخر معتبرين أن النص جاء مطلقاً ولا يجوز تقييده ويعود إلى القاضي وحده البت في وجود أو عدم وجود جرم الرشوة مهما كان المقابل تافها لأنّ التناسب غير مطلوب في هذه الحالة.<sup>603</sup> وها ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا المصرية.<sup>604</sup>

599 - أحسن بوسقيعة، القسم الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، المرجع السابق ص 132.

600 - محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 43.

601 - فاديا قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 41.

602 - ياسر كمال الدين، المرجع السابق، ص 66.

603 - فاديا قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 41.

604 - ياسر كمال الدين، المرجع السابق، ص 68.

### ثالثاً - المناسبة:

تكتسي مناسبة القبض أو محاولة القبض للأجرة أو المنفعة أهمية كبيرة في جرائم الرشوة المتعلقة بالصفقات العمومية وحددتها المشرع في مرحلة ما قبل الإبرام لصفقة أو مرحلة التنفيذ لعقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري بنص المادة 27 "...يقبض... أجرة أو منفعة.....بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد....".

سبق وأن عرفنا من قبل في المبحث الثاني من الفصل الأول أنّ المناقصة هي القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية والتراضي هو الاستثناء، وعملية إبرام الصفقة العمومية التي تمر بعدة مراحل تحضيرية بدءاً من تحديد الحاجيات إلى الإعلان عنها في الجرائد ودراسة الملفات وتقييم العروض ثم المنح المؤقت وأخيراً الإبرام أي التوقيع على العقد، أمّا التراضي فيخضع للتفاوض قبل إبرام العقد. بمعنى نكون أمام مناقصة تحتاج إلى إجراءات تحضيرية أو أمام تراضٍ فيحتاج إلى مفاوضات.

كما أنّ تنفيذ الصفقة العمومية يكتسي أهمية كبيرة وتكون هذه المرحلة أيضاً مجالاً خصباً لتعاطي الرشاوى بغرض تنفيذ الصفقة على نحو يخالف العقد وباستعمال طرق الغش ممّا يكلف خسائر كبيرة في المشروع ومنه الخزينة العمومية. وعلى هذا الأساس جاءت صياغة النص "...بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة ...". وهذا ما أكدته أيضاً المادة 61 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية بأنّ ميّزت بين مرحلتين هما التحضير والتفاوض. بمعنى أنّ المشرع الجزائري غطى كل المراحل المتعلقة بالصفقات العمومية بدءاً من مرحلة التحضير للصفقة إلى غاية إبرامها وتنفيذها.

والحقيقة أنّ المشرع الجزائري قصد هذه المرحلة بالذات نظراً لحساسيتها وخطورتها كونها تتعلق بمنح الصفقة لشخص لا تتوفر فيه الشروط القانونية والمؤهلات المطلوبة مما ينعكس سلباً على الخزينة العمومية.

### رابعاً - الغرض من الرشوة:

وفقاً للقواعد العامة في مجال الرشوة ولاسيما المادتان 25 و 27 من قانون مكافحة الفساد اللتان حصرتا جميع أنواع الرشاوى خارج مجال الصفقات العمومية واشترطتا في مقابل الفائدة أو المنفعة أو المزية التي يتحصل عليها الموظف العمومي أن يقوم بأداء عمل يدخل ضمن اختصاصه الوظيفي أو

يتمتع عن أداء عمل من واجباته، فإنَّه في مجال الصفقات العمومية الأمر يختلف، فالمقابل ليس بالضرورة أداء عمل من اختصاص الموظف أو الامتناع عن عمل من واجباته وأنَّما يكفي أن يكون القبض للمنفعة بمناسبة تحضير أو مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية.

حدّدت المادة 27 من قانون مكافحة الفساد تعاطي الرشوة في مرحلة ما قبل إبرام الصفقة العمومية وهذا بغرض حمل الموظف العمومي على أن يحصل المرشح أو المتعاقد مع الإدارة على الصفقة أو تنفيذها. وعليه نكون أمام مرحلتين مختلفتين، الغرض إبرام الصفقة ثم الغرض تنفيذها.

### 1- الغرض إبرام الصفقة:

عرّفنا من قبل أنّ إبرام صفقة عمومية يمرُّ بعدّة مراحل قبل التوقيع عليها ودخولها حيز التنفيذ وفي هذا المسار كله هناك عدّة متدخلون فيها لإخراجها في شكلها النهائي أي في صورة عقد بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، بدءاً من تحديد الحاجيات إلى تحضير دفتر الشروط واختيار طريقة الإبرام وفتح الأظرفة ودراسة العروض المالية والتقنية وطريقة اختيار المتعاملين المتعاقدين وتأهيل المرشحين وصولاً إلى إبرام الصفقة، فخلال هذا المسار وكل هذه الإجراءات هناك عدّة موظفين يتدخلون في هذه العملية، وبالتالي السؤال المطروح: هل كل الموظفين يشملهم التجريم، سواء كانوا مختصين بإبرام الصفقة أم لا؟

- لا يشترط القانون أن يقوم الموظف بأداء عمل أو الامتناع عنه كما لا يشترط أن يكون صاحب اختصاص بل ويمكن أن يكون خارج فئة الموظفين المعنيين بتحضير الصفقة، ومثال ذلك الموظف لدى المصلحة المتعاقدة كأن تكون البلدية أو الولاية والذي يقبض رشوة من طرف أحد المتعهدين أو المرشّحين الذي قدّم عرضاً في صفقة طرحتها المصلحة المتعاقدة للتنافس، رغم أنّ هذا العضو ليس مسؤولاً أو عضواً في لجان فتح العروض أو تقييمها، ولكن يدّعي أنّه يستطيع مساعدة المتعهد في الحصول على الصفقة. فالوسيلة التي سمحت له بالحصول على رشاوى هو المناسبة بوضع مناقصة أو إجراء التراضي للمنافسة، حتى وإن كان هذا الفعل يكتف جريمة استغلال النفوذ، وبالتالي نكون أمام تطبيق الوصف الأشد وفقاً للقواعد العامة.

والموظف المختص بتحضير الصفقة لا يملك سلطة التوقيع عليها ولا يملك سلطة الإبرام ولكن يساهم بشكل كبير في إرساء المناقصة على المرشّح المتعاقد مع الإدارة من خلال عمله التحضيري كما سبق وأن عرّفنا في الفصل الأول ما تعلق بطرق إبرام الصفقات العمومية.

أمّا الموظف المختص بإبرام الصفقة هو من يملك سلطة التوقيع على العقد كما سبق شرحه في الفصل الأول، وبالتالي يكون يتميز بقدر من المسؤولية لإبرام العقد.

وعليه نستخلص أن الموظف قد يكون مختصاً بإبرام وقد يكون غير مختص بإبرام الصفقة العمومية ولكن يساهم في مرحلة التحضير. بل ويمكن ألا يكون له أي علاقة لا بالتحضير ولا بالإبرام وإنما يكون موظفاً في المصلحة التي طرحت الصفقة للمنافسة.

ويشترط أخيراً لقيام جريمة الرشوة أن يكون الاتفاق بين الراشي والمرتشي على طلب المزية -أي الأجرة أو المنفعة- أو قبولها قبل أداء العمل محل الرشوة،<sup>605</sup> ولا يهم إن قبضها أم لا، المهم أن يكون الاتفاق بشأنها قبل أداء العمل.

## 2- الغرض تنفيذ الصفقة:

هنا يكون المتعاقد مع الإدارة قد حصل على الصفقة بطرق قانونية ودون شبهة كما يمكن أن يكون قد حصل عليها بطرق مشبوهة ولكن في كلتا الحالتين يسعى إلى تنفيذها بطرق مخالفة للعقد فيقبض الموظف العمومي رشاوى قصد التستر على تنفيذ الصفقة بطرق مخالفة للعقد، أو يحصل على رشاوى من أجل تنفيذ الصفقة ودخولها حيز التنفيذ بعد أن وضع عقبات قانونية أو وهمية لتعطيل تنفيذها، وهنا يشترط أن يكون الموظف صاحب اختصاص، لأن البدء في تنفيذ الصفقة (بداية الأشغال) لا يمكن أن يتم بدون الأمر بالخدمة (ordre de service) وطبعاً من يملك صلاحية منح الأمر بالخدمة هو الموظف صاحب الاختصاص وهو أيضاً من يملك صلاحية إبرام الصفقة. وبالتالي كي تقوم جريمة الرشوة في هذا الفرض يقوم هذا الموظف بوضع عراقيل أو خلق عراقيل تعطل من البدء في الأشغال والتحجج بأسباب واهية حتى يجبر المتعاقد مع الإدارة دفع رشاوى لإزالة هذه العراقيل والشروع في الأشغال أو التموين بالتوريدات أو الحصول على الخدمات (حسب طبيعة الصفقة).

كما يمكن أن يكون الموظف غير مختص بالعمل ولكن بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية يسمح له مركزه القانوني أو وظيفته لدى المصلحة المتعاقدة الحصول على رشوة من المتعامل المتعاقد كأن يعتقد هذا الأخير بأنه سوف يساعده في إزالة العراقيل الإدارية نظراً لعلاقاته مع الموظفين.

إذن لا يشترط أن تكون الوظيفة تدخل ضمن اختصاصات الموظف بل يكفي بأن يكون هذا الموظف مكلف بالتحضير أو التفاوض، ولا يشترط مخالفة القوانين أو الأنظمة، ولا يشترط قبول الراشي

<sup>605</sup> - معاشو فطة، المرجع السابق، بدون صفحة.

لذلك بل حتى ولو كانت شروط التحضير والتفاوض تمت في أحسن الظروف وبأفضل الشروط، لأنّ الفعل المجرم هو السلوك الإجرامي للموظف العام.<sup>606</sup>

## الفرع الثاني - أحكام الشروع والشريك في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية:

### أولاً - أحكام الشروع:

وفقاً للمادة 30 من قانون العقوبات فإنّ المحاولة - كما عبر عنها المشرع - في الجنحة لا يعاقب عليها إلاّ بناءً على نص صريح في القانون. فإنّ المشرع الجزائري نص على المحاولة بنص صريح في قانون مكافحة الفساد على أنّ المحاولة أو ما يعرف فقهاً بالشروع معاقب عليه وهذا من خلال نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد بنصها ".....كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه....".

إذا كانت الجريمة لا تلتئم إلا بتوافر فعل مادي فإنه ليس من الضروري أن يترتب عن هذا الفعل نتيجة مضرّة حتى تكون الجريمة قابلة للجزاء. فإذا تحققت النتيجة نكون بصدد الجريمة التامة وإذا لم تتحقق نكون بصدد الشروع أو محاولة ارتكاب الجريمة. ويقوم الشروع على ركنين هما: البدء في التنفيذ وانعدام العدول الاختياري.<sup>607</sup>

### ثانياً - أحكام الشريك:

من خلال استقرار نص المادة 27 من قانون مكافحة الفساد فإنّه لم ينص على عقاب الشريك بحيث أنّه ذكر الموظف فقط دون أن يذكر الشريك<sup>608</sup> والذي يمكن أن يكون متعهداً أو مرشحاً أو متعاقدًا، وهذا بحسب المرحلة التي تكون فيها إجراءات إعداد الصفقة. فالفاعل الأصلي في هذه الجريمة هو الموظف العمومي سواء هو الذي طلب المزية أو عُرضت عليه وقبلها، وسواء كانت الجريمة تامة أو شروعاً. وبالتالي فمناح الرشوة هنا يأخذ حكم الشريك وهذا بتطبيق القواعد العامة،<sup>609</sup> ولا يطرح الإشكال في الحالة التي يعرض فيها الشخص الرشوة على الموظف العمومي ويقبلها هذا الأخير، فإنّ هذا الشخص يكون قد ساهم بفعله في اكتمال أركان جريمة الرشوة ومنه يعاقب بمثل ما يعاقب به الفاعل الأصلي، باعتبار أنّ في التشريع الجزائري الشريك يعاقب بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي.<sup>610</sup> إلاّ أنّ المشكلة التي تطرح هي الحالة التي يعرض فيها الراشي الرشوة على الموظف ويفرضها هذا الأخير،

<sup>606</sup> - بوضويرة مسعود، المرجع السابق، ص 52.

<sup>607</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 2007، ص 93.

<sup>608</sup> - عكس المادة 25 من نفس القانون التي نصت على عقاب الفاعل الأصلي في الفقرة الأولى وخصت الفقرة الثانية لعقاب الشريك.

<sup>609</sup> - المادة 42 من قانون العقوبات.

<sup>610</sup> - المادة 44 من قانون العقوبات.

فما هو الأساس القانوني الذي يمكن من خلاله معاقبة عارض الرشوة؟ خاصة وأنّ نظام وحدة الرشوة الذي أخذ به المشرع الجزائري فيما يخص جريمة الرشوة لا يسعفنا لمتابعة الشخص الذي عرض الرشوة على الموظف ورفضها هذا الأخير، ولا يمكن اعتباره شريكاً، لأنّه لا يمكن الحديث عن مساهم تبعية إلاّ إذا كان هناك ابتداء فاعل أصلي، فالمساهمة التبعية لا يعاقب عليها القانون إلاّ إذا وقعت جريمة أصلية<sup>611</sup> فلا يمكن تصور شريك في الجريمة إذا انتفت الجريمة أصلاً عن الفاعل الأصلي، وبالتالي يمكن أن يفلت من العقاب بمجرد امتناع الموظف عن قبول العطية، رغم ما ينطوي عليه هذا الفعل من خطورة.

ففي هذه الحالة يمكن ملاحقة عارض الرشوة كفاعل أصلي وليس كشريك باعتباره محرّضاً على ارتكاب الجريمة، ألا وهي جريمة الرشوة على أساس أنّ التشريع الجزائري يعاقب على التحريض كفاعل أصلي وليس كشريك<sup>612</sup> وهذا خلافاً للقانون الفرنسي والمصري اللذان يعتبران المحرّض شريك وليس فاعل أصلي، وبالتالي يخضع لأحكام المادة 27.

والتحريض هو حثُّ الشخص على ارتكاب الجريمة بالتأثير في إرادته وتوجيهها الوجهة التي يريدها المحرّض، ومن بين الوسائل المستعملة في التحريض الهبة والوعد، فالهبة كأن يمنح المحرّض هدية مادية أو عينية للمحرّض (فتح الرأء)، والوعد كأن يعده بإعطائه مكافأة عند تنفيذ الجريمة.<sup>613</sup>

كما يمكن ملاحقة عارض الرشوة التي رفضها الموظف كفاعل أصلي أيضاً ولكن وفقاً لأحكام المادة 25 من نفس القانون وليس المادة 27.

إلى جانب الشخص الذي يقدم الرشوة للموظف (الشريك) يمكن أن يتدخل أشخاص آخريين في اكتمال الركن المادي للجريمة وهما: الوسيط والمستفيد من المزية وعليه نتناول أحكامهما.

## 1 - الوسيط في جريمة الرشوة:

بجانِب الراشي قد يساهم في الجريمة شخص آخر وفعله ليس رشوة، وهذا الشخص هو الوسيط الذي يتدخل بالوساطة للتوفيق بين الراشي والمرتشي لعرض الرشوة أو لطلبها أو لأخذها وعلى ذلك يُعد الرأش خطراً على المجتمع إذ يقوم بدور السمسار في مجال الجرائم يذلل عقباتها وقد ينشر فكرتها.<sup>614</sup> ويلعب الوسيط في الحياة العملية دوراً كبيراً، بل أصبح خطيراً جداً لما له من تأثير مباشر على عقد

<sup>611</sup> - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 169.

<sup>612</sup> - المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري، " يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرّض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة إستعمال السلطة أو الولاية أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".

<sup>613</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري، القسم العام، المرجع السابق، ص 155.

<sup>614</sup> - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 191.

صفقات الرشوة وتقريب وجهات النظر بين الجناة، كما وقد يتخذه الموظف العام ستاراً له يتعامل باسمه ولحسابه مع الراشيين.<sup>615</sup>

لم يضع المشرع الفرنسي بخلاف المشرع المصري حكماً خاصاً بالوسيط فأمره متروك كما قرّر الشراح الفرنسيون والمحاكم الفرنسية إلى قواعد الاشتراك العامة فهو شريك لمن كلفه الوساطة.

أمّا في القانون المصري فيختلف الأمر فيما إذا كان الوسيط رسولاً للمرئشي، فيعتبر شريكاً بالاتفاق والمساعدة، أم إذا كان الوسيط رسولاً للراشي، سئل بوصفه شريكاً له في حالة إسناد الجريمة للراشي أي أنّ الوسيط يستمد إجرامه في حالة تمام جريمة الرشوة وفي حالة عرض الرشوة من إجرام الفاعل، ويعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة الرشوة، إذا قبل الموظف العطية، أمّا إذا لم يقبل الموظف العطاء فإنّه يسأل باعتباره شريكاً في جريمة عرض الرشوة ما لم يكن قد قام هو بعرض الرشوة فإنّه يكون فاعلاً. وللوسيط جريمته الخاصة التي يرتكبها دون أن يُعد شريكاً في الرشوة وذلك إذا عرض أو قبل الوساطة في الرشوة ولم يتعد عمله العرض أو القبول.<sup>616</sup>

المشرع الجزائري لم يفرد نصاً خاصاً بالوسيط في ما يخص جرائم الفساد ومنها جرائم الصفقات العمومية ولم يتطرق إليه، وعليه يمكن اعتبار الوسيط أو الساعي بين الراشي والمرئشي شريكاً. ويعاقب بنفس العقوبة، المقررة لجريمة الرشوة، بشرط توفر علمه بأن ما يقوم به أو ما يقدمه إنّما هو مسهل أو معين على أعمال الرشوة أو أنّه منفذ لها،<sup>617</sup> هذا بطبيعة الحال إذا قبض الموظف الرشوة أو حاول أن يقبضها، أمّا إذا لم يقبضها فإنّه يأخذ نفس الحكم للشريك كما سبق شرحه، أي يعاقب باعتباره شريكاً حسب الحالة، المادة 25 إذا توافرت أركانها أو المادة 27 إذا لم تتوافر أركان جريمة الرشوة المتعلقة بالصفقات العمومية.

## 2- المستفيد من المزية غير الموظف:

المشرع الجزائري عاقب الموظف الذي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبالتالي الإشكال لا يطرح إذا كان القبض لنفسه وإنّما يطرح إذا كان لغيره.

فالمشرع الجزائري لم ينص على عقاب المستفيد بنص مستقل كما فعل أيضاً المشرع الفرنسي عكس ما هو في بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الذي نص على عقاب المستفيد بنص

<sup>615</sup> - عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 82.

<sup>616</sup> - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 191.

<sup>617</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 29، 30.

المادة 108 مكرر من قانون العقوبات "كل شخص عين لأخذ العطية أو الفائدة أو علم بها ووافق عليه المرشحي أو أخذ أو قبل شيئاً من ذلك مع علمه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة".<sup>618</sup>

في هذه الحالة لا بد أن يكون هناك اتفاق بين الموظف المرشحي والشخص الذي تؤول إليه المنفعة، وقد يكون هذا الغير إمّا زوجته أو أحد أقاربه أو أصهاره أو أولاده... إلخ، وبالتالي يأخذ حكم الشريك بشرط أن يكون هناك اتفاق مسبق.<sup>619</sup>

### الفرع الثالث - الركن المعنوي:<sup>620</sup>

الرشوة جريمة قصديه ينبغي أن يتوافر لدى فاعلها - الموظف المرشحي - القصد الجنائي. والقصد الجنائي إمّا أن يكون عاماً ويتألف حينئذ من إرادة النشاط مع العلم بجميع عناصر الفعل المادي المكون للجريمة كما وصفها القانون وإمّا أن يكون خاصاً ويتكون من القصد العام بالمعنى السابق بالإضافة إلى اتجاه نية مرتكب الجريمة إلى تحقيق هدف معين مستقل عن ماديات الجريمة.

ويتجه الرأي الغالب في الفقه إلى اعتبار القصد المتطلب لدى الموظف المرشحي لكي تقوم جريمة الرشوة قصداً عاماً لا خاصاً، أي اتجاه إرادة الموظف المرشحي إلى فعل القبول أو الطلب والقبض<sup>621</sup> مع علمه بكافة عناصر الركن المادي للرشوة.<sup>622</sup>

### أولاً - القصد العام:

يتمثل في انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل وهو يعلم أنّ القانون ينهي عنه<sup>623</sup>. فيجب أن يعلم المرشحي بتوافر جميع أركان الجريمة: فيعلم أنّه موظف عام أو من في حكمه، ويجب أن يعلم عند الطلب أو القبول بالمنفعة أو الفائدة التي تقدم إليه نظير العمل الوظيفي. فإذا انتفى العلم بأحد العناصر السابقة انتفى القصد الجنائي. وتطبيقاً لذلك إذا انتفى علم المتهم بأنّه موظف كما لو كان لم يُبلّغ بعد بقرار تعيينه، أو اعتقد أنّه عُزل من وظيفته بناء على كتاب مزور أُبلغ به، فلا يعد القصد متوافراً لديه، أو اعتقد أن الهدية المقدمة إليه كانت بغرض برئ،<sup>624</sup> كأن يعتبرها مجاملة مثلاً.

618 - محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص 192.

619 - فاديا قاسم بيضون، المرجع السابق، ص 43.

620 - بوصنوبرة مسعود، المرجع السابق، ص 47.

621 - كلمة مضافة من الباحث.

622 - محمد أبو زكي عامر، المرجع السابق، ص 56.

623 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 109.

624 - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 48، 49.



كما يجب أن يعلم أنه موظف عمومي ويمثل إحدى الهيئات المذكورة على سبيل الحصر بالمادة 27 من القانون 06-01، وهي الدولة، ابتداء من الرئاسة إلى الوزارات والإدارات المركزية، والولاية وجميع المديرات الولائية، والبلدية وجميع المصالح التابعة لها، المكلفة بالتحضير لإبرام الصفقات العمومية، أو إجراء التفاوض لإبرام هذه الصفقات، سواء كان التحضير أو التفاوض لإبرام عقد الصفقة ابتداء، أو تنفيذ بنود الصفقة، أو إبرام عقد له علاقة بإبرام الصفقة أو تنفيذها، أو ملحقاً له ارتباطاً بإبرام الصفقة أو تنفيذها.<sup>625</sup>

### ثانياً- القصد الخاص:

يتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب الجريمة فضلا عن إرادته الواعية لمخالفة القانون الجزائري.<sup>626</sup>

فالقصد العام يقوم بالعلم والإرادة المنصرفين إلى أركان الجريمة، أمّا القصد الخاص فيفترض انصراف العلم والإرادة إلى واقعة لا تدخل في عداد ماديات الجريمة.<sup>627</sup>

ولكن ثار خلاف فقهي بوجود توافر القصد الجنائي الخاص، فجانبا من الفقه اشترط وجود توافر قصد جنائي خاص لدى المرشحي وله "نية الاتجار" بالوظيفة أو العمل، إذ لا بد أن يكون - في نظر هذا الرأي - الغرض لديه من الطلب أو القبول للمنفعة أو الفائدة هو ما سيقوم به من عمل لمصلحة صاحب الحاجة، فإذا كانت نية الموظف المرشحي متجهة حين تلقي الفائدة، إلى القيام بالعمل أو الامتناع عنه تحققت لديه نية "الاتجار"، أمّا إذا كانت نية الموظف متجهة حين تلقي الفائدة إلى عدم تنفيذ ما طلب منه من عمل وظيفي فلا تقوم عنده نية الاتجار. ولكن هذا الكلام لا يمكن التسليم به.<sup>628</sup> والرأي الراجح في الفقه يرى أن القصد الجنائي لجريمة الرشوة هو قصد عام باعتبار أن قيام الموظف بالعمل ليس من ماديات الجريمة. فالجريمة تقوم وسيان أقام الموظف بالعمل المطلوب منه، وعلى ذلك تعد قائمة الجريمة ولو اتجهت نية الجاني إلى قبول الرشوة وعدم تنفيذ العمل الوظيفي.<sup>629</sup>

وتطبيقاً لذلك فإنّ القصد العام يكفي لقيام الجريمة، أمّا القصد الخاص فهو غير مطلوب ذلك أنّ نية الاتجار بالوظيفة أو استغلالها تدخل في عنصر العلم الذي هو أحد عناصر القصد الجنائي

625 - بوصنيرة مسعود، المرجع السابق، ص 51.

626 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص 110.

627 - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 49.

628 - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 50.

629 - عبدالله سليمان، المرجع السابق، ص 77.

العام،<sup>630</sup> وعليه يجب أن يعلم بأنَّ الأجرة أو المنفعة التي يقبضها هي نظير عمل يقوم به يتمثل قصد الوصول إلى إبرام أو تنفيذ صفقة عمومية أو عقد أو ملحق.

### ثالثاً- وقت توافر القصد الجنائي:

من المبادئ المسلم بها في قانون العقوبات وجوب أن يُعاصر القصد الجنائي لحظة ارتكاب الفعل الذي يقوم به الركن المادي، فإن لم يكن متوفراً في هذه اللحظة، ولكن توافر بعد ذلك فهو قصد لاحق ولا عبرة به.<sup>631</sup> ومن هذا القبيل قبول الموظف لهدية معتقداً أنَّها قدمت إليه بغرض برئ وتبين له فيما بعد أنَّها قدمت له بغرض إرشائه فقرر مع ذلك الاحتفاظ بها لا يعد مرتشياً.

وقد يقبل الموظف مقابلاً لعمله دون قصد الارتشاء ثم يعلم بعد ذلك أنَّ هذا المقابل كان نتيجة لرشوة دفعها صاحب المصلحة ويقبل بها. هنا لا قصد لديه لأن العلم جاء لاحقاً ولم يكن متوفراً لحظة ارتكاب الجرم أي متزامناً مع فعل الرشوة.<sup>632</sup>

### خاتمة:

بناء على دراستنا لموضوع جرائم الصفقات العمومية وقفنا على مدى خصوصية هذه الجرائم باعتبار أنَّها تمس الأموال العامة، وأنَّ القائم بها هو نفس الشخص الذي أوكلت له مهمة تحقيق الصالح العام ألا وهو الموظف العمومي، حيث سنَّ المشرع إضافة لقانون مكافحة الفساد، سبل عديدة لتجنب وقوع هذه الجرائم ضمن الإطار القانوني للصفقات العمومية نفسه، عبر تكريسه لجملة من المبادئ والآليات الرقابية التي تحكم إبرام الصفقة العمومية. ولكن ما يعاب على المشرع في هذا الإطار هو كثرة الثغرات والنقائص التي تفتح المجال أمام الموظفين لارتكاب المخالفات، وهو ما يفسر لجوء المشرع إلى

<sup>630</sup> - عيسوي نبيلة، المرجع السابق، ص 03.

<sup>631</sup> - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 51.

<sup>632</sup> - فاديا فاسم بيضون، المرجع السابق، ص 45.

تعديل النص القانوني الذي يحكم الصفقات العمومية كل مرة ليتلاءم والصعوبات التي تعترضه أثناء التطبيق العملي، هذه الصعوبات ناتجة أحياناً عن سوء فهم للقانون في حد ذاته، وأحياناً أخرى لصرامته الشديدة والخوف من الوقوع في الخطأ الذي قد يكلف المساس بحرية الأشخاص، حتى ولو تعلق الأمر بخطأ بسيط، ممّا أدى بالمشرع إلى التدخل كل مرة لإزالة هذه العقبات، حيث أنّه منذ صدور التنظيم الجديد سنة 2010 عدّل أربع مرّات. وقبله كان المرسوم الرئاسي الملغى 02-250 الصادر سنة 2002 قد عدّل مرتين سنة 2003 وسنة 2008 قبل أن يلغى نهائياً سنة 2010، ويعوض بالمرسوم الساري المفعول حالياً 10-236.

وفي مسعاه لتعزيز التصدي لمثل هذه الجرائم سنّ المشرع الجزائري قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وأدخل ضمنه جرائم الصفقات العمومية بعد أن أخرجها تماماً من قانون العقوبات، ولكن رأينا أن أركان الجريمة الأساسية تتمثل في حتمية وجود صفقات عمومية من جهة، ومخالفة الإجراءات المتعلقة بها من جهة أخرى، ممّا يجعلنا نبحث عن هذا الركن في قانون آخر هو تنظيم الصفقات العمومية، وهذا يتنافى ومبدأ الشرعية الذي يستلزم أن تكون الجرائم محددة تحديداً دقيقاً بما فيها العناصر المكونة لأركانها، ولكن ونتيجة للتعديلات الكثيرة وعدم التحكم في المفاهيم والمصطلحات أدى إلى عدم التجانس بين النصين، أي تنظيم الصفقات العمومية وقانون مكافحة الفساد، وأدى هذا إلى خروج العديد من الجرائم من دائرة العقاب، لاسيما عند مراجعة الصفقة، وكذا في مرحلة تنفيذ الصفقة خاصة، ففي هاتين المرحلتين يجد الموظف العمومي المجال الخصب لارتكاب ما يشاء من مخالفات دون حسيب ولا رقيب، فبعد تعديل قانون مكافحة الفساد سنة 2011 لم يعد يعاقب على الجرائم التي ترتكب في مرحلة تنفيذ الصفقة، وركز المشرع على الإجراءات المتعلقة بالمنافسة الشريفة فقط، أي احترام المبادئ الثلاثة للصفقة العمومية فقط وهي حرية الوصول للصفقات، المساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، وبعد منح الصفقة افعل ماشئت.

إذا كان المشرع الجزائري حصر مفهوم أهم عنصر أو ركن في هذه الجرائم وهو الموظف العمومي الذي يكاد يطال كل شخص مهما كان منصبه ورتبته وفي أي قطاع عمومي كان، إلا أنّه لم يفعل أو لم ينجح في ذلك فيما يخص تحديد الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية. ففي ما يخص جريمة

منح امتيازات غير مبررة للغير وفقاً للفقرة الأولى من نص المادة 26 من قانون مكافحة الفساد، كان النص قبل التعديل أكثر دقة وأكثر شمولية.

أكثر دقة لأنه ذكر كل أركان الجريمة، فذكر الموظف والصفقة العمومية مهما كان شكلها سواء عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحقاً - كما سبق شرحها - وهما الركبان المفترضان في جرائم الصفقات العمومية.

أكثر شمولية فيما يخص المراحل التي ترتكب فيها المخالفة وكذا المخالفات المتعلقة بالنشاط الإجرامي، فجرم كل مخالفة تتعلق بالإبرام أو التأشير أو المراجعة وكل مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ولكن بعد التعديل الأخير خرجت مرحلة مهمة من الرقابة والمحاسبة سواء كان ذلك عن قصد أو سقطت سهواً وهي مراجعة الصفقة، رغم أن أهم المخالفات يمكن أن ترتكب في هذه المرحلة التي لا تلتفت الانتباه، كما لم يعد يمس التجريم إلا المخالفات المتعلقة بمبادئ الصفقات العمومية، بمعنى كل مخالفة خارج هذه المبادئ لم يعد يعاقب عليها، وهذا تقليداً للتشريع الفرنسي.

في ما يخص الركن المعنوي جاء التعديل الأخير بنقطة إيجابية وهي توضيح اشتراط ركن العمد صراحة ووضع حداً للنقاش الفقهي والقضائي السابق، حيث كان هناك اختلاف متباين في الآراء، فرأي يشترط ركن العمد بينما رأي آخر يرى أنها جريمة مادية أي لا تحتاج لركن العمد بحجة أن المشرع لم يشترط هذا الركن، والحقيقة أن هذا الرأي يجافي المنطق والمبادئ العامة للقانون، فكل جريمة تحتاج إلى ركن العمد إلا استثناءً، كما أنه حتى في ظل النص القديم أي قبل التعديل الأخير، كان المشرع يشترط ركن العمد، وهذا واضح من صياغة النص، "...بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير".

المشرع الجزائري سواء قبل التعديل أو بعد التعديل الأخير أهمل مرحلة مهمة من مراحل الصفقة العمومية، وهي مرحلة التنفيذ التي تعتبر مرحلة حساسة ترتكب فيها أهم المخالفات دون أن يتفطن لها أحد وتمر بهدوء، كأن تبرم الصفقة العمومية في ظل احترام كامل للإجراءات ودون التعدي على القانون ولكن يتم طرح أسعار متدنية وخدمات لجودة عالية ممّا يمكن المتعامل من الحصول على الصفقة، ولكن بعد إبرامها والشروع في تنفيذها تتم مراجعة الأسعار بصيغ قانونية وإنجاز الأشغال بنوعية رديئة وتسليم المشروع رغم العيوب الكبيرة وهذا بتواطؤ من الموظف الذي يستلم أو يؤشر على محاضر الاستلام والانجاز أو مراجعة الأسعار، مما يكلف المصلحة المتعاقدة أموال إضافية وتكلفة أكثر مما

كان مخصص له، وبالتالي وجب على المشرع التدخل لتجريم هذه المرحلة الحساسة في حالة الغش في تنفيذ الصفقة.

أما على مستوى تحديد المسؤوليات المشرع لم يحدد بدقة مدى مسؤولية كل من لجنة تقييم العروض المكلفة بتحديد العرض المناسب وبين مسؤولية الموظف العمومي الذي يختص بإبرام الصفقة والذي عادة ما يكون مدير أو مسؤول المصلحة المتعاقدة، وكل طرف يحمل المسؤولية للآخر، فأعضاء اللجنة يتحججون بأن مسؤوليتهم تكمن فقط في ترتيب العروض فقط واستخراج العرض المناسب، بل وأن عملهم يغلب عليه الطابع الجماعي ويمكن أن يكون هناك اختلاف في الآراء والقانون نفسه يجيز ذلك وتسجل هذه الاختلافات في محضر الاجتماع ومن المنطقي لا يمكن تجزئة المسؤولية، ولكن للأسف القضاء الجزائري أخذ مذهباً آخر ولم يقبل هذه الحجج وتمت إدانة أعضاء اللجنة بالمشاركة في إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع وهذا غير منطقي كون عمل اللجنة هو عمل تحضيري واستشاري ولا تصدر قرارات، ومن جهة أخرى يجد مسؤول المصلحة المتعاقدة نفسه في ورطة أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، وهي أنه دائماً مسؤولاً على إبرام الصفقة، سواء أخذ برأي اللجنة أو لم يأخذ به، ففي كلتا الحالتين يتم معاقبته بجنحة إبرام صفقة عمومية مخالفة للتشريع، وبهذا يكون بين المطرقة والسندان. وعليه نقترح في هذا المجال أن يتدخل المشرع الجزائري من أجل تحديد الطبيعة القانونية لمحاضر فتح وتقييم العروض ومدى إلزاميتها من عدمه بالنسبة لمسؤول المصلحة المتعاقدة ومنه تحدد المسؤوليات.

وأهم العيوب التي طالت تنظيم الصفقات العمومية هي مشكلة التناقض في النصوص القانونية بين قانون الصفقات وقانون مكافحة الفساد ولاسيما فيما يخص تسمية المصلحة المتعاقدة، فنظراً لكثرة التعديلات التي مست تنظيم الصفقات العمومية ولاسيما فيما يخص المؤسسات والهيئات الخاضعة لتنظيم الصفقات، تارة بالإضافة وتارة بالحذف دون المساس بقانون مكافحة الفساد جعل النصوص القانونية صعبة التطبيق خاصة ونحن في المجال الجزائري الذي لا يقبل القياس ويعتني بمبدأ التفسير الضيق للنصوص، فعلى سبيل المثال يذكر نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236 الهيئات والمؤسسات الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية منها الهيئات الوطنية المستقلة ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وذات الطابع العلمي والثقافي، وذات الطابع العلمي والتقني.....إلخ، غير أنه لا نجد أي ذكر لهذه المؤسسات في قانون مكافحة الفساد، فيذكر مثلاً في الفقرة الثانية من المادة 26 الدولة، الجماعات المحلية، المؤسسات العمومية الخاضعة

للقانون العام، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمؤسسات العمومية الاقتصادية، رغم أن هذه الأخيرة لم يعد يشملها تنظيم الصفقات وحذفت بموجب التعديل الأخير، ونفس الشيء يقال بالنسبة للمادة 27 المتعلقة بالرشوة، أي يذكر مؤسسات غير موجودة في تنظيم الصفقات وموجودة في قانون مكافحة الفساد أو العكس، والنتيجة هو إفلات بعض الأشخاص من العقاب أو تطبيق نصوص عقابية وفقا للقواعد العامة وهي أقل شدة من تلك التي خصصها المشرع في قانون مكافحة الفساد وبالتالي انتفاء الحكمة من هذا القانون التي توخاها المشرع.

والحقيقة أنه يمكن تفادي هذا التناقض بعدم ذكر الهيئات والمؤسسات في قانون مكافحة الفساد وتعويضها بصفة واحدة وهي "المصلحة المتعاقدة" ل يبقى النص صالحا حتى ولو مسّ التعديل المادة الثانية من تنظيم الصفقات سواء بالحذف أو الإضافة للمؤسسات والهيئات.

والنتيجة في كل هذا لا تخلو من: إمّا إهدار للمال العام أو تعطل التنمية بسبب عدم استهلاك الأموال خوفاً من الملاحقات الجزائية وهذا نتيجة التسرع في تعديل النصوص القانونية حسب المستجدات الميدانية أدى إلى عدم التحكم في المفاهيم، وبالتالي حان الوقت للاهتمام أكثر بهذا المجال ليس على مستوى التشريع فقط وإنما أيضا على المستوى الإداري والقضائي والأكاديمي.

# الملاحق

الملاحق رقم 01: نسخة من محضر اجتماع لجنة فتح الأظرفة لمناقصة محدودة لصفقة أشغال.

الملاحق رقم 02: نسخة من محضر اجتماع لجنة تقييم العروض التقنية لمناقصة محدودة لصفقة أشغال.

الملاحق رقم 03: نسخة من محضر اجتماع لجنة تقييم العروض المالية لمناقصة محدودة لصفقة أشغال.

الملحق رقم 01

محضر اجتماع لجنة فتح الأظرفة لمناقصة محدودة  
لصفقة أشغال



**Extrait du Procès verbal de réunion de la commission  
D'ouverture des plis**

**Offre technique et financière**

**Appel d'offres national restreint n°15 /SDIR /DTP/ORAN/2012**

**Projet** : Travaux de modernisation du CW75 entre Canastel et kristel sur 25 Kms répar  
trois (03) Lots :

**Lot n°01** : du PK 3+800 Au PK 6+800.

**Lot n°02** : du PK 3+800 Au PK 13+050.

**Lot n°03** : du PK 13+050 Au PK 18+000.

L'an deux mille douze et le trois du mois de juillet, s'est tenue au siège de la direction des travaux publics la réunion de la commission d'ouverture des plis suite au lancement de l'appel d'offres sus- cité.

**Membres présents :**

Mr CHERIET Abdelkader/chef de service/ président  
Mr GOULMANE Djamel / Technicien supérieur / SDIR  
Mr SEGHIRI Hicham / Ingénieur d'état / SIMA  
Melle ZINE Khedidja / Administrateur / SAM



**Soumissionnaires présents :**

EURL BENBEDRA GTP  
ETPBH CHOIRA Ali  
EURL INJAZ EL DJAZAIR  
SARL ETPGH Groupement HAMOUDI  
ETP SARL DENNOUNI Mohamed  
BELHACHEMI Lazreg  
SARL SMTRA  
ETPBH ZERDANI Mohamed  
SARL TRAVAUX 2000  
EURL SAHEL METIDJA  
SARL SAHRAOUI  
ETPS LABDELLI Mohamed  
SFR A

	<i>Entreprises</i>	<i>Montant DA/TTC</i>	<i>Observations relevées /pièces jointes</i>
01	EURL INJAZ EL DJAZAIR	<p>Lot n°1 : 317.952.355,50</p> <p>Lot n°2 : 534.145.072,50</p> <p>Lot n°3 : 447.599.470,50</p>	<p>Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - statut -copie du registre de commerce - CP- NIF - photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories sept (07) - à jour CNAS - CASNOS - CACOBATPH - extrait de casier judiciaire -bilan 2009-2010-2011- moyens humains - diplômes - les CV- liste des moyens matériels - cartes grises - les factures - attestation de dépôt des comptes sociaux - attestation de bonne exécution - planning - Lot n° 01 ;délai : 16 mois - Lot n° 02 ;délai : 16 mois - Lot n° 03 ;délai : 16 mois -lettre de soumission - bordereau des prix unitaires- devis.</p>
02	EURL SAHEL METIDJA	<p>Lot n°1 : 237.957.525,00</p> <p>Lot n°2 : 398.419.456,50</p> <p>Lot n°3 : 342.682.002,00</p>	<p>Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - statut -copie du registre de commerce - carte fiscale- les attestations de mise à jour CNAS - CASNOS - CACOBATPH - photocopie du certificat de qualification et classification professionnelle catégories (08) - Extrait de rôle -NIF- NIS- casier judiciaire - bilan 2009-2010-2011-moyens humains- les diplômes des moyens matériels - copié des cartes grises - attestation de dépôt des comptes sociaux - Méthodologie - planning - Lot n° 01 ; délai : 12 mois - Lot n° 02 ; délai : 12 mois - Lot n° 03 ; délai : 12 mois - lettre de soumission - bordereau des prix unitaires - devis.</p>
03	EGTPH SARL DENNOUNI Mohamed	<p>Lot n°2 : 442.131.417,00</p> <p>Lot n°3 : 457.206.539,40</p>	<p>Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité -Statut-copie du registre de commerce - NIF - photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories Huit - attestations de mise à jour CNAS - CASNOS - CACOBATPH - extrait de rôle - casier judiciaire - bilan 2009-2010-2011- moyens humains- les diplômes des moyens matériels - carte grise - assurance - attestation de dépôt des comptes sociaux - Méthodologie - les attestations de bonne exécution - planning - Lot n° 02 ; délai : 12 mois - Lot n° 03 ; délai : 12 mois -lettre de soumission - bordereau des prix unitaires- devis.</p>
04	SERA	<p>Lot n°1 : 237.899.142,00</p> <p>Lot n°2 : 414.907.623,00</p> <p>Lot n°3 : 340.567.987,50</p>	<p>Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - statut - copie du registre de commerce - carte fiscale- photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories Neuf (09) - attestations de mise à jour CNAS - CASNOS - CACOBATPH - extrait de rôle -NIF - casier judiciaire - copie du bilan 2008-2009-2011-déclaration annuel - moyens humains- les diplômes - liste des moyens matériels - Méthodologie -copié des cartes grises - assurances - liste des projets -les attestations de bonne exécution - planning - Lot n° 01 ; délai : 11 mois - Lot n° 02 ; délai : 11 mois - Lot n° 03 ; délai : 14 mois - lettre de soumission - bordereau des prix unitaires- devis.</p>

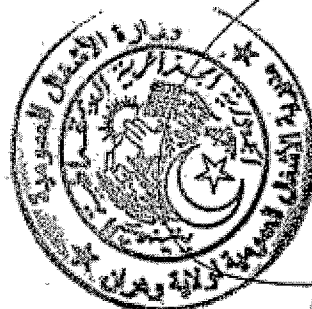
	ETPGH SARL HAMOUDI	<p><b>Lot n°1 :</b> 314.024.022,00</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 535.289.040,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 429.824.713,50</p>	Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - statut - copie du registre de commerce - carte fiscale- photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories Sept (07) - attestations de mise à jour CNAS - CAS CACOBATPH - extrait de rôle - casier judiciaire - bilan 2009-2010-2011- moyens humain- les diplômes des moyens matériels - copié des cartes grises - assurances - factures - liste des projets -les attestation de bonne exécution - planning - Lot n° 01 : délai : 12 mois - Lot n° 02 : délai : 12 mois - Lot n° 03 : délai : 16 mois - lettre de soumission - bordereau des prix unitaires - devis.
06	SARL DENNOUNI Abdelmadjid	<p><b>Lot n°1 :</b> 225.836.851,50</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 350.879.724,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 322.983.531,00</p>	Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - copie du registre de commerce - carte fiscale- photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories Huit (08) - attestations de mise à jour CNAS - CAS CACOBATPH - extrait de rôle - NIF - casier judiciaire - copie du bilan 2008-2009-2010-moyens humain- les diplômes - liste des moyens matériels - Méthodologie - cartes grises - assurances -factures - liste des projets - attestation de bonne exécution - planning - Lot n° 01 : délai : 14 mois - Lot n° 02 : délai : 14 mois - Lot n° 03 : délai : 14 mois - lettre de soumission - bordereau des prix unitaires - devis.
07	SARL PIOD	<p><b>Lot n°1 :</b> 226.749.042,00</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 400.352.589,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 331.274.642,00</p>	Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - statut - copie du registre de commerce - carte fiscale- photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories Sept (07) - attestations de mise à jour CNAS - CAS CACOBATPH - extrait de rôle - NIF - casier judiciaire - copie du bilan 2009-2010-2011- - moyens humains - diplômes - déclaration annuel des salariés - liste des moyens matériels - Méthodologie des travaux -copié des cartes grises - factures - liste des projets -les attestation de bonne exécution - planning - Lot n° 01 : délai : 12 mois - Lot n° 02 : délai : 14 mois - Lot n° 03 : délai : 13 mois - lettre de soumission - bordereau des prix unitaires- devis.
08	SARL TRAVAUX 2000	<p><b>Lot n°1 :</b> 264.966.975,00</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 448.300.242,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 382.978.908,00</p>	Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - copie du registre de commerce - carte fiscale- photocopie du certificat de qualification professionnelle catégories Sept (07) - attestations de mise à jour CNAS - CAS CACOBATPH - extrait de rôle - CF- NIS - NIF - casier judiciaire - copie du bilan 2009-2010-2011- moyens humains - les diplômes - liste des moyens matériels - Méthodologie des travaux - copié des cartes grises - assurances - factures - liste des projets -les attestation de bonne exécution - planning - Lot n° 01 : délai : 14 mois - Lot n° 02 : délai : 14 mois - Lot n° 03 : délai : 14 mois - lettre de soumission - bordereau des prix unitaires- devis.

	ETPBH ZERDANI Mohamed	<p><b>Lot n°1 :</b> 39.587.118,00</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 500.175.585,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 440.253.227,70</p>	<p>Déclaration à souscrire - Cahier des charge signé et déclaration de probité - copie du registre de commerce fiscale- photocopie du certificat de qualification classification professionnelle catégories Sept attestations de mise à jour CNAS - CA CACOBATPH - extrait de rôle - CF- NIF- casier ju copie du bilan 2009-2010-2011- moyens hu diplomes - liste des moyens matériels - Métho copié des cartes grises - assurances -factures - projets -les attestation de bonne execution - plan n° 01 : délai : 06 mois - Lot n° 02 : délai : 09 mo 03 : délai : 07 mois - lettre de soumission - bord prix unitaires- devis.</p>
10	SARL SMTRA	<p><b>Lot n°1 :</b> 452.492.118,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 629.033.242,50</p>	<p>Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - statut -CF- copie du r commerce - carte fiscale- photocopie du cert qualification et classification professionnelle catégo (09) - Méthodologié - les attestations de mise à jour CASNOS - CACOBATPH - extrait de rôle - casier - copie du bilan 2009-2010-2011- moyens hu diplomes - CV - liste des moyens matériels - car les assurances -les factures- attestation de dépôt de sociaux - les attestation de bonne execution - plan n° 01 : délai : 10 mois - Lot n° 03 : délai : 10 mois soumission - bordereau des prix unitaires- devis.</p>
11	EURL BENBADRA GTP/DERKAOUI SARL	<p><b>Lot n°1 :</b> 297.931.140,00</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 515.939.112,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 436.103.974,86</p>	<p>Protocole d'accord SARL DERKAOUI chef de file registre de commerce - statut - NIF - photocopie du de qualification et classification professionnelle Huit (08) - les attestations de mise à jour CNAS - - CACOBATPH - extrait de rôle - casier judiciaire du bilan 2009-2010-2011- moyens humain- les de liste des moyens matériels - attestation de comptes sociaux - copié des cartes grises - les atte bonne execution - planning - Lot n° 01 : délai : 12 n° 02 : délai : 16 mois - Lot n° 03 : délai : 14 mo des charge signé et paraphé - EURL BENBADRA photocopie du certificat de qualification et clas professionnelle catégories Huit (08) - les attestation à jour CNAS - CASNOS - CACOBATPH - casier - copie du bilan 2009-2010-2011- moyens hu diplomes - attestation de dépôt des comptes socia des moyens matériels - copié des cartes grises soumission- bordereau des prix unitaires- devis.</p>
12	CHOHRA Ali	<p><b>Lot n°1 :</b> 357.202.170,00</p> <p><b>Lot n°2 :</b> 569.235.824,00</p> <p><b>Lot n°3 :</b> 522.350.887,50</p>	<p>Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - copie du registre de comm fiscale- photocopie du certificat de qualifi classification professionnelle catégories Sept attestations de mise à jour CNAS - CA CACOBATPH - extrait de rôle -NIF - déclaration salairés - casier judiciaire - copie du bilan 2009-2 moyens humain- les diplomes - GV- liste de matériels - copié des cartes grises - assurances - planning - Lot n° 01 : délai : 12 mois - Lot n° 02 mois - Lot n° 03 : délai : 12 mois - -les attestation execution - lettre de soumission - bordereau unitaires- devis.</p>

	SARL SAHRAOUT	<p>Lot n°1 : 225.533.997,00</p> <p>Lot n°2 : 383.925.672,00</p> <p>Lot n°3 : 332.755.722,00</p>	Déclaration à souscrire- Cahier des charge signé et déclaration de probité - copie du registre de comm fiscale- photocopie du certificat de qualifi classification professionnelle catégories Huit attestations de mise à jour 'CNAS' - C CACOBATPH - extrait de rôle -NIF- casier ju copie du bilan 2008-2009-2010- moyens hu diplomes - CV - déclaration annuel des salaires moyens matériels - carte grise - les assurances - l les attestation de bonne execution - attestation de comptes sociaux - planning - Lot n° 01 : délai : Lot n° 02 : délai : 15 mois - Lot n° 03 : délai : lettre de soumission - bordereau des prix unitaires-
14	ETPS LABDELI Mohamed	<p>Lot n°2 : 498.817.039,50</p> <p>Lot n°3 : 445.557.001,50</p>	Cahier des charge signé et paraphé - copie du commerce - NIF - photocopie du certificat de qual classification professionnelle catégories Sept (0 attestations de mise à jour CNAS - CA CACOBATPH -PAQ et SOPAQ - extrait de rô judiciaire - copie du bilan 2009-2010-2011- moye les diplomes - liste des moyens matériels - copiés grises - les attestation de bonne execution - plannin 02 : délai : 11 mois - Lot n° 03 : délai : 11 mois soumission- bordereau des prix unitaires- devis.
15	Groupement ETPH BELHACHMI LAZREG et DAHMANE BOUNOUA	<p>Lot n°1 : 300.563.289,00</p> <p>Lot n°2 : 467.327.740,00</p> <p>Lot n°3 : 489.410.941,50</p>	Protocole d'accord BELHACHEMI chef de file: registre de commerce - statut - NIF - photocopie du de qualification et classification professionnelle Sept (07) - les attestations de mise à jour CNAS - - CACOBATPH - extrait de rôle - CF - casier ju copie du bilan 2009-2010-2011- moyens hum diplomes - liste des moyens matériels -copié grises -planning - Lot n° 01 : délai : 10 mois - L délai : 12 mois - Lot n° 03 : délai : 14 mois - C charge signé et paraphé - dossier technique de l' DAHMANE BOUNOUA - statut - photocopie du ce qualification et classification professionnelle catégo (07) - les attestations de mise à jour CNAS - C CACOBATPH - casier judiciaire - copie du bilan 20 2010-2011- moyens humain- les diplomes -CV- moyens matériels - copié des cartes grises - soumission- bordereau des prix unitaires- devis.

L'ordre du jour étant épuisé ; la séance fut levée à 16 h 00.

Le président de la commi

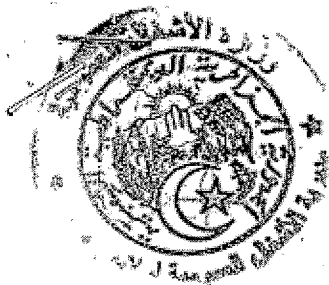


*[Handwritten signature]*

ع. شريف

الملحق رقم 02

محضر اجتماع لجنة تقييم العروض التقنية  
لمناقصة محدودة لصفقة أشغال



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الأشغال العمومية  
ولاية وهران

**Extrait du procès verbal de réunion**  
**'De la commission d'évaluation des offres techniques**

**Appel d'offres national restreint n° 15/SDIR /DTP/ORA**

Projet : Modernisation du chemin de wilaya 75 entre Canastel et Kristel sur 25 Km

Lot N°1 : PK 3+800 – PK 6+800

Lot N°2 : PK 6+800 – PK 13+050

Lot N°3 : PK 13+050 – PK 18+000

L'an deux mille douze et le vingt six du mois d'aout à 15 h 00 s'est tenue au Direction des travaux publics de la wilaya d'Oran, une réunion de la commission d'évaluation des offres.

**Etaient présent :**

Mr CHARONE Fayçal .....Chef de service /SDIR / président  
Mr KHELIFA Youcef .....Chef de service SEERR  
Mlle CHIBI Najma .....Chef de service/CIMA  
Mr HADJADJ Ahmed .....Chef de Bureau / SEERR  
Mr BALILI Nasrredine .....Ingénieur /SDIR  
Mr BENZAÏT Lakhar .....Ingénieur/ chef de bureau /SDIR

Suite à l'ouverture des plis des offres techniques effectuée en date du 03/07/2012, le service de développement des infrastructures routier a été chargé de procéder à une analyse des offres techniques à soumettre à l'examen de la commission d'évaluation des offres.

Cette commission, de l'examen du compte rendu du service de développement des infrastructures routier et des dossiers techniques présentés par les soumissionnaires, l'analyse des offres technique a donné le résultat suivant :

**Lot N°1 : PK 3+800 – PK 6+800**

Treize (13) entreprises ont soumissionné pour ce lot, par numéro de pli savoir :

PLI	SOUSSIONNAIRE	Note technique 100/100 pts
01	EURL INJAZ EL DJAZAIR	78,50pts
02	EURL SAHEL MITIDJA	81,50 pts
04	SERA	Éliminé
05	SARL ETPGH HAMMOUDI	Éliminé
06	SARL ENTREPRISE DENNOUNI	Éliminé (
07	SARL PIOD	62,50 pts
08	SARL TRAVAUX 2000	78,50 pts
09	ETPBH ZERDANI MED	85 pts
10	SARL SMTRA	87 pts
11	Groupement SARL DERKAOUI et EURL BENBADRA	Éliminé)
12	ETPBH CHOIRA ALI	73 pts
13	SARL ENTREPRISE SAHRAOUI	86,11 pts
15	Groupement ETPH BELHACHEMI LAZREG et ETPH DAHMANE BOUNOUA	93 pts

**Conclusion:**

A l'issue de l'analyse des offres techniques des Treize (13) soumissionnaires, et compte des critères d'évaluation, il a été constaté que :

- Les quatre (04) entreprises : SERA, SARL ETPGH HAMMOUDI, SARL ENTREPRISE DENNOUNI et le Groupement « SARL DARKAOUI / EURL BENBADRA » n'ont pas rempli la seconde condition d'éligibilité dans le cahier des charges, à savoir le volume de terres demandées 150.000 M3.

- Une (01) entreprise : SARL PIOD a obtenu 62,5 points sur 100, elle n'a pas totalisé le seuil minimum exigé de 70/100.

- Les Sept (07) entreprises : EURL INJAZ EL DJAZAIR, EURL SAHEL MITIDJA, TRAVAUX 2000, ETPBH ZERDANI MED, SARL SMTRA, ETPBH CHOIRA ALI, et le Groupement « ETPH BELHACHEMI LAZREG / ETPH DAHMANE BOUNOUA » ont obtenu respectivement 78,5, 81,50, 78,5, 85, 87, 73, et 93, elles ont totalisés le seuil minimum exigé de 70/100.

- L'entreprise SARL ENTREPRISE SAHRAOUI a obtenu la note de 86,11, totalisant le seuil minimum exigé de 70/100, Néanmoins cette dernière a été défaillante sur plusieurs points de la DTP d'Oran, à savoir :

- Évitement de Boutlelis : Retard, plusieurs mises en demeures, des pénalités de retard et une résiliation N°633/DTP/2008 du 15/03/2008

- Réalisation de la 2<sup>ème</sup> piste de l'Aérodrome d'Es Senia : Défaillance de l'entreprise



ARL SAHRAOUI envers le groupement. La Direction des travaux publics d'Oran a fait passer un avenant auprès de la CNM pour le retrait de l'entreprise.

- Prolongement de la RN2 par le ravin de Ras El Ain (2<sup>ème</sup> Tranche) : Résiliation à l'amiable N° 965/SDIB/2869/DTP/06 du 15/01/2006.
- Réalisation de la Rocade sud de la ville d'Oran (Lot N°1) : Mises en demeure, et des pénalités de retard.
- Echangeur El Bahia : Mises en demeure et des pénalités de retard.

En effet, et en application de l'article 19 de l'instruction aux soumissionnaires, la commission d'évaluation des offres à :

- Déclarer les offres des entreprises : SERA, SARL ETPGH HAMMOUD ENTREPRISE DENNOUNI et le Groupement « SARL DARKAOUI / EURL BEN » comme inéligibles à soumissionner, et par conséquent éliminées.

- Éliminer l'offre de l'entreprise : SARL PIOD, qui n'a pas atteint le seuil minimum de 70/100.

- Éliminer techniquement l'offre de l'entreprise SARL ENTREPRISE SAHRAOUI en application de l'article N°52 « Des exclusions de la participation aux marchés publics » du décret présidentiel n°01/236 du 07/10/2010, modifié et complété, portant règlement des marchés publics.

- Déclarer les offres des entreprises : EURL INJAZ EL DJAZAIR, EURL SAHEL, SARL TRAVAUX 2000, ETPBH ZERDANI MED, SARL SMTRA, ETPBH CHOHRAN et le Groupement « ETPH BÉLHACHEMI LAZREG / ETPH DAHMANE BOUNOUA » comme recevables et pré qualifiées pour l'évaluation financière.

**Lot N°2 : PK 6+800 - PK 13+050**

Il faut signaler aux membres de la commission que **Quatorze (14)** entreprises ont soumissionné pour ce lot, par numéro de plis, à savoir :

Plis	Soumissionnaires	Note technique
01	EURL INJAZ EL DJAZAIR	Éliminé
02	EURL SAHEL MITIDJA	82,12 pts
03	SARL EGTPH DENNOUNI	83,50 pts
04	SERA	Éliminé
05	SARL ETPGH HAMMOUDI	Éliminé
06	SARL ENTREPRISE DENNOUNI	Éliminé
07	SARL PIOD	Éliminé
08	SARL TRAVAUX 2000	79,50
09	ETPBH ZERDANI MED	85 pts
11	Groupement SARL DARKAOUI et EURL BENBADRA	Éliminé
12	ETPBH CHOHRÁ ALI	75,50pts
13	SARL ENTREPRISE SAHRAOUI	90,50 pts
14	ETPS LABDELLI	Éliminé
15	Groupement ETPH BELHACHEMI LAZREG et ETPH DAHMANE BOUNOUA	Éliminé

A l'issue de l'analyse des offres techniques des **Quatorze (14)** soumissionnaires compte des critères d'évaluation, il a été constaté que :

- Les Huit (08) entreprises : **EURL INJAZ EL DJAZAIR, SERA, SARL HAMMOUDI, SARL ENTREPRISE DENNOUNI, SARL PIOD, Le Groupement DARKAOUI / EURL BENBADRA», ETPS LABDELLI et Le Groupement BELHACHEMI LAZREG / ETPH DAHMANE BOUNOUA »** n'ont pas rempli condition d'éligibilité dans le cahier des charges, à savoir le volume de terrassement **250.000 M3**.

- Les cinq (05) entreprises : **EURL SAHEL MITIDJA, SARL EGTPH DENNO travaux 2000, ETPBH ZERDANI MED, ETPBH CHOHRÁ ALI,** ont obtenu resp 82,12, 83,50, 79,50, 85et 75,50 elles ont totalisés le seuil minimum exigé de 70/100

- L'entreprise **SARL ENTREPRISE SAHRAOUI** a obtenu la note de 90,50, totalis minimum exigé de 70/100, Néanmoins cette dernière a été défailante sur plusieurs pro DTP d'Oran, à savoir :

- Evitement de Boutlelis : Retard, plusieurs mises en demeures, des pénalités de résiliation N°633/DTP/2008 du 15/03/2008 (Dont ci-joint copie).

- Réalisation de la 2<sup>ème</sup> piste de l'Aérodrome d'Es Senia : Défaillance de l'entrep SAHRAOUI envers le groupement. La Direction des travaux publics d'Oran a fait passer auprès de la CNM pour le retrait de l'entreprise.

- Prolongement de la RN2 par le ravin de Ras El Ain (2<sup>ème</sup> Tranche) : Résiliation à P 965/SDIB/2869/DTP/06 du 15/011/2006.

- Réalisation de la Rocade sud de la ville d'Oran (Lot N°1) : Mises en demeure, et de de retard.

- Echangeur El Bahia : Mises en demeure et des pénalités de retard.

effet, et en application de l'article 19 de l'instruction aux soumissionnaires, la c  
évaluation des offres à :

- Déclarer les offres des entreprises : EURL INJAZ EL DJAZAIR, SERA, SARL  
HAMMOUDI, SARL ENTREPRISE DENNOUNI, SARL PIOD, Le Groupement  
DARKAOUI / EURL BENBADRA», ETPS LABDELLI et Le Groupement  
BELHACHEMI LAZREG / ETPH DAHMANE BOUNOUA » comme iné  
soumissionner, et par conséquent **Éliminées**.

- Éliminer techniquement l'offre de l'entreprise SARL ENTREPRISE SAHRA  
application de l'article N°52 «Des exclusions de la participation aux marchés publics »  
présidentiel n°01/236 du 07/10/2010, modifié et complété, portant réglementation des  
publics.

- Déclarer les offres des entreprises : EURL SAHEL MITIDJA, SARL EGTPH DEN  
SARL TRAVAUX 2000, ETPBH ZERDANI MED, ETPBH CHOIRA ALI, comme n  
et pré qualifiées pour l'évaluation financière.

### Lot N°3 : PK 13+050 – PK 18+000

Il faut signaler aux membres de la commission que **Quinze (15)** entreprises soumissionnée pour ce lot, par numéro de plis, à savoir :

Plis	Soumissionnaires	Note technique 100/100 pts
01	EURL INJAZ EL DJAZAIR	79,37 pts
02	EURL SAHEL MITIDJA	82,33 pts
03	SARL EGTPH DENNOUNI	91 pts
04	SERA	Éliminé
05	SARL ETPGH HAMMOUDI	Éliminé
06	SARL ENTREPRISE DENNOUNI	Éliminé
07	SARL PIOD	Éliminé
08	SARL TRAVAUX 2000	78,16 pts
09	ETPBH ZERDANI MED	85 pts
10	SARL SMTRA	88 pts
11	Groupement SARL DERKAOUI et EURL BENBADRA	éliminé
12	ETPBH CHOHRRA ALI	73,83 pts
13	SARL ENTREPRISE SAHRAOUI	89,50 pts
14	ETPS LABDELLI	67,36 pts
15	Groupement ETPH BELHACHEMI LAZREG et ETPH DAHMANE BOUNOUA	Éliminé

### Conclusion

A l'issue de l'analyse des offres techniques des **Quinze (15)** soumissionnaires, compte des critères d'évaluation, il a été constaté que :

- Les Six (06) entreprises : SERA, SARL ETPGH HAMMOUDI, SARL ENT DENNOUNI, SARL PIOD, Le Groupement « SARL DARKAOUI / EURL BENBADRA Groupement « ETPH BELHACHEMI LAZREG / ETPH DAHMANE BOUNOUA » n'ont pas la seconde condition d'éligibilité dans le cahier des charges, à savoir le volume de terrain demandée 200.000 M3.

- Une (01) entreprise : ETPS LABDELLI a obtenu 67,36 points sur 100, elle n'a pas totalisée donc le seuil minimum exigé de 70/100.

- Les Sept (07) entreprises : EURL INJAZ EL DJAZAIR, EURL SAHEL MITIDJA, EGTPH DENNOUNI, SARL TRAVAUX 2000, ETPBH ZERDANI MED, SARL SMTRA, CHOHRRA ALI, ont obtenu respectivement 79,37, 82,33, 91, 78,16, 85, 88 et 73,83 points, ont totalisés le seuil minimum exigé de 70/100.

- L'entreprise SARL ENTREPRISE SAHRAOUI a obtenu la note de 89,5, totalisant le minimum exigé de 70/100, Néanmoins cette dernière a été défaillante sur plusieurs projets DTP d'Oran, à savoir :

- Evitement de Boutlelis : Retard, plusieurs mises en demeure, des pénalités de résiliation N°633/DTP/2008 du 15/03/2008 (Dont ci-joint copie).

Réalisation de la 2<sup>ème</sup> piste de l'Aérodrome d'Es Senia : Défaillance de l'entrepreneur SAHRAOUI envers le groupement. La Direction des travaux publics d'Oran a fait appel auprès de la CNM pour le retrait de l'entreprise.

- Prolongement de la RN2 par le ravin de Ras El Ain (2<sup>ème</sup> Tranche) : Résiliation à l'article 965/SDIB/2869/DTP/06 du 15/01/2006.

- Réalisation de la Rocade sud de la ville d'Oran (Lot N°1) : Mises en demeure, et des pénalités de retard.

- Echangeur El Bahia : Mises en demeure et des pénalités de retard.

En effet, et en application de l'article 19 de l'instruction aux soumissionnaires, la commission d'évaluation des offres à :

- Déclarer les offres des entreprises : SERA, SARL ETPGH HAMMOUDI, SARL ENTREPRISE DENNOUNI, SARL PIOD, Le Groupement « SARL DARKAOUI / EURL BENBADRI », Le Groupement « ETPH BÉLHACHEMI LAZREG / ETPH DAHMANE BOUNOUA », et par conséquent inéligibles à soumissionner, et par conséquent éliminées.

- Éliminer l'offre de l'entreprise : ETPS LABDELLI, qui n'a pas atteint le seuil minimum fixé à 70/100.

- Éliminer techniquement l'offre de l'entreprise SARL ENTREPRISE SAHRAOUI, en application de l'article N°52 « Des exclusions de la participation aux marchés publics » du décret n°01/236 du 07/10/2010, modifié et complété, portant réglementation des marchés publics.

- Déclarer les offres des entreprises : EURL INJAZ EL DJAZAIR, EURL SAHEL MITIDJ, EURL EGTPH DENNOUNI, SARL TRAVAUX 2000, ETPBH ZERDANI MED, SARL SMTRAB, SARL CHOHRRA ALI, comme recevables et pré qualifiées pour l'évaluation.

la séance fut levée à 15h 50mn.



Le président de la commission

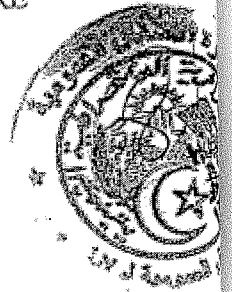
رئيس اللجنة  
منشآت الطرق  
ف. شارون

## الملحق رقم 03

محضر اجتماع لجنة تقييم العروض المالية  
لمناقصة محدودة لصفقة أشغال

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

MINISTERE DES TRAVAUX PUBLICS  
DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS  
DE LA WILAYA d'ORAN



Extrait du procès verbal de réunion  
De la commission d'évaluation des offres financières

**Appel d'offres national restreint n° 15/SDIR /DTP/ORAN/2012**

**Objet : Modernisation du CW75 entre Canastel et Kristel sur 25 Kms.**

Lot N°1: PK 3+800 – PK 6+800

Lot N°2: PK 6+800 – PK 13+050

Lot N°3: PK 13+050 – PK 18+000.

L'an deux mille douze et le vingt sept du mois d'aout à 10 h 00 s'est tenue au siège la Direction des travaux publics de la wilaya d'Oran, une réunion de la commission d'évaluation des offres.

Etaient présent :

Mr CHARONE Fayçal .....Chef de service /SDIR /président

Mr KHELIFA Youcef .....Chef de service SEERR

Mlle CHIBI Najma .....Chef de service/CIMA

Mr HADJADJ Ahmed .....Chef de Bureau / SEERR

Mr BALILI Nasrredine .....Ingénieur /SDIR

Mr BENAZAÏT Lakhtar .....Ingénieur/ chef de bureau /SDIR

Après lecture du rapport d'analyse des offres, et après avoir débattu les différents aspects techniques et financiers des offres proposées par les soumissionnaires, les membres de la commission ont proposés de porter leur choix sur l'entreprise la moins disante pré-qualifiée techniquement à savoir.

Pour le lot N°1, l'entreprise **EURL SAHEL MITIDJA**, moins disante parmi les entreprises recevables techniquement, pour un montant de **237.957.525,00DA** en TTC et un délai de **12 Mois**.

Pour le lot N°2, l'entreprise, classée en deuxième position **SARL EDDENNOUNI** parmi les offres recevables techniquement, pour un montant de **442.131.417,00 DA** en TTC et un délai de **12 Mois**.

Pour le lot N°3, l'entreprise SARL TRAVAUX 2000, classée en troisième p  
parmi les offres recevables techniquement, pour un montant de 382.978.908,00 DA e  
et un délai de 15 Mois.

La séance fut levée à 11 h 30 mn.



Le président de la commission

رئيس اللجنة  
منشأ الطورق  
فه شارون



# قائمة المراجع

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية.

### I. الكتب.

- 1- السيد محمد إبراهيم، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1966.
- 2- الجمل محمد حامد، الموظف العام، فقها وقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1969.
- 3- أبو عامر محمد زكي، قانون العقوبات، القسم الخاص، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1984.
- 4- الجبوري محمود خلف، النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1999.
- 5- القهوجي علي عبد القادر، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان و المال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001.
- 6- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2004.
- 7- العجارمة نوفان العقيل، سلطة تأديب الموظف العام، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2007.
- 8- الطماوي سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 2008.
- 9- الحلو ماجد راغب، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
- 10- بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001.
- 11- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
- 12- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الرابعة، دار هومة، سنة 2007.

- 13-** بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الجز الثاني، الطبعة الثانية عشر، دار هومة، الجزائر، سنة 2012.
- 14-** بيضون فاديا قاسم، من جرائم أصحاب الياقات البيضاء، الرشوة وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2008.
- 15-** بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009.
- 16-** بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011.
- 17-** بلال أمين زين الدين، ظاهرة الفساد الإداري في الدول العربية و التشريع المقارن، مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار المناهج، عمان، الأردن، سنة 2010.
- 18-** بلال أمين زين الدين، التأديب الإداري، دراسة فقهية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا، دار المناهج، الأردن، سنة 2010.
- 19-** جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
- 20-** جمعة أحمد محمود، العقود الإدارية طبقاً لقانون أحكام المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2002.
- 21-** حنبل إبراهيم حسن، نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، مكتبة الشباب، المنية، مصر، سنة 1972.
- 22-** حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة، الجزائر، سنة 2002.
- 23-** حجري فؤاد، مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006.
- 24-** خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
- 25-** خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2011.
- 26-** سليمان عبدالله، دروس في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1998.

- 27-** سعد عبد العزيز، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
- 28-** سردوك هبية، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
- 29-** شطناوي علي خطار، القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية والأموال العامة)، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2009.
- 30-** صادق موريس، قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، سنة 1999.
- 31-** عوابدي عمار، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 1990.
- 32-** عبد الله عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1991.
- 33-** عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ و الأسس العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1998.
- 34-** عبد الباسط محمد فؤاد، العقد الإداري، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
- 35-** غازي هيثم حليم، مجالس التأديب ورقابة المحكمة الإدارية العليا عليها، دراسة تطبيقية، دار المناهج، بدون سنة نشر.
- 36-** غانم محمد أحمد، الإطار القانوني للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008
- 37-** قورة عادل، محاضرات في قانون العقوبات، (القسم العام-الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992.
- 38-** قاسم أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 39-** قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006.
- 40-** كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2003.

- 41-** لعشب محفوظ، دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 42-** لباد ناصر، القانون الإداري، التنظيم الإداري، الجزء الأول، منشورات دحلب، الجزائر، سنة 1999.
- 43-** لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، éditeur، لباد، طبعة 2004.
- 44-** مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.
- 45-** نوح مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي، بيروت، سنة 2005.
- 46-** يلس شاوش بشير، المالية العامة: المبادئ العامة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، الجزائر، سنة 2008.
- 47-** ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة واستغلال النفوذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2008،

## II. الرسائل والمذكرات الجامعية.

- 1-** كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2005.
- 2-** العتيبي نواف بن خالد فايز، العزل من الوظيفة العامة كعقوبة جنائية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2003.
- 3-** بوزبرة سهيلة، مواجهة الصفقات المشبوهة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، سنة 2008.
- 4-** بلحيرش سمير، الرقابة على تقسيم وزيادة الأشغال والخدمات في الصفقات العمومية، رسالة ماجستير القانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، سنة 2012.

5- بكرارشوش محمد، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القوانين الإجرائية والتنظيم القضائي، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012.

6- سنة أحمد، حقوق الموظف العمومي في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، بحث للحصول على شهادة الماجستير في الإدارة و المالية العامة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، سنة 2005.

7- فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، الجزائر، 2007.

8- لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع: الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2007.

### III. المقالات.

- كتو محمد الشريف، "حماية المنافسة في الصفقات العمومية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد2، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 2010، ص 73 إلى 101.

### IV. الملتقيات.

1- بوصنوبرة مسعود، "الرشوة"، أعمال الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة 08 ماي 45، قالمة، 24 و25 أبريل 2007، ص 38 إلى 54.

2- بودريوة عبد الكريم، "مدى مسايرة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحية، دولة متدخلة أم ضابطة أم مترددة"، أعمال الملتقى الوطني الأول حول أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الوطنية، الجزء الأول، يومي 30 نوفمبر-01 ديسمبر 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل، ص 162 إلى 169.

3- حمدوش أنيسة، "جريمة الرشوة ومكافحتها في ضوء قانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته"، أعمال الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، 02، 03 ديسمبر 2008، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص بدون ترقيم.

4- حميدوش علي، "الحكم الراشد كسبيل لمكافحة الفساد على الصعيد الوطني"، أعمال الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، يومي 10 و11 مارس 2009، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص بدون ترقيم.

5- عيساوي نبيلة، "جريمة الرشوة في ظل قانون الفساد"، أعمال الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية، جامعة قالمة، 24 و25 أبريل 2007، ص 01 إلى 10.

6- قاشي علي، "الرشوة كمظهر من مظاهر الفساد الإداري وأساليب علاجه"، أعمال الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، 02، 03 ديسمبر 2008، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص بدون ترقيم.

7- معاشو فطة، "جريمة الرشوة في ظل قانون رقم 06-01"، أعمال الملتقى الوطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، يومي 10 و11 مارس 2009، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص بدون ترقيم.

## V. وثائق وأوراق عمل.

1- خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية، فلسفة الوظيفة العامة والموظف العام، بحوث وأوراق عمل، ندوة التشريعات الحاكمة للخدمة المدنية في الوطن العربي، المنعقدة في الدار البيضاء، المغرب، سنة 2007.

2- خرفي الهاشمي، دروس في الوظيفة العمومية، محاضرات منشورة أقيمت على طلبية السنة الثالثة للطلبة القضاة، المدرسة العليا للقضاء، سنة 2007.

3- بساعد علي، محاضرات منشورة في المالية العامة، أقيمت على طلبية السنة الأولى بالمدرسة العليا للقضاء، سنة 2007.

## VI. النصوص القانونية.

### أ- النصوص القانونية الجزائرية

#### أولاً: الدساتير.

- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483 المؤرخ في 07/12/1996 ، ج ر عدد 76 مؤرخ في 08/12/1996 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر، عدد 25 مؤرخ في 14 أبريل 2002. معدل ومتمم بالقانون رقم 19-08 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 مؤرخ في 16 نوفمبر 2008 .

#### ثانياً: الاتفاقيات.

1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 31 أكتوبر 2003، المصادق عليها بتحفظ بالمرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، ج ر عدد 26 مؤرخ في 25 أبريل 2004.

**2-** اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته المعتمدة بمابوتو يوم 11 جويلية 2003، مصادق عليها بمرسوم رئاسي رقم 06-137، مؤرخ في 10 أفريل 2006، ج ر عدد 24، مؤرخ في 8 مارس 2006.

### ثالثاً: النصوص التشريعية.

**1-** أمر رقم 97-07 مؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، ج ر عدد 12 مؤرخ في 06 مارس 1997، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 04-01 المؤرخ في 07 فبراير 2004، ج ر عدد 9، ص 24.

**2-** قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 06 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج ر عدد 57 مؤرخ في 2004/12/08.

**3-** قانون رقم 84-17 مؤرخ في 07 يوليو 1984، يتعلق بقوانين المالية، ج ر عدد 28 المؤرخ في 10 يوليو 1984، (المعدل والمتمم).

**4-** قانون رقم 88-01 مؤرخ في 12 يناير 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02 مؤرخ في 13 يناير 1988.

**5-** قانون رقم 88-04، مؤرخ في 12/01/1988 يعدل ويتمم الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 02 مؤرخ في 13/01/1988 (الملغى).

**6-** قانون رقم 90-21 مؤرخ في 15/08/1990، المتعلق بالمحاسبة العمومية، ج ر عدد 35 سنة 1990، ص 1131.

**7-** قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 14، المعدل والمتمم.

**8-** قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 سنة مؤرخ في 23 أبريل 2008.

**9-** قانون رقم 11-15 مؤرخ في 02 أوت 2011، يعدل ويتمم القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر عدد 44، مؤرخ في 10 أوت 2011.

**10-** قانون رقم 11-10 مؤرخ في 22 يونيو 2011 يتعلق بالبلدية، ج ر العدد 37، مؤرخ في 3 يوليو سنة 2011.

**11-** قانون رقم 12-07، مؤرخ في 12/02/2012، المتعلق بالولاية، ج ر، عدد 12، مؤرخ في 29 فبراير 2012.



- 12-** أمر رقم 67-90 مؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر عدد 52، مؤرخ في 27 يونيو 1967، ص 718 (ملغى).
- 13-** أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، المعدل و المتمم.
- 14-** أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المعدل و المتمم.
- 15-** أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، المعدل و المتمم.
- 16-** أمر رقم 01-04 مؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصخصتها، ج ر عدد 47، مؤرخ في 22/08/2001، المعدل و المتمم بالأمر رقم 08-01 مؤرخ في 28/02/2008، ج ر عدد 11 سنة 2008.
- 17-** أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة ج ر العدد رقم 43، مؤرخ في 20 جويلية سنة 2003، المعدل و المتمم.
- 18-** أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46، مؤرخ في 16 يوليو 2006.
- 19-** الأمر رقم 10-05 مؤرخ في 26 غشت 2010، ج ر عدد 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010، يعدل ويتم القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ووافق عليه بموجب قانون رقم 10-11 المؤرخ في 27 أكتوبر 2010، ج ر عدد 66 مؤرخ في 03 نوفمبر 2010.

#### رابعاً: النصوص التنظيمية.

- 1-** المرسوم رقم 84-325 مؤرخ في 3 نوفمبر 1984 يحدد شروط رفع العلم الوطني، ج ر مؤرخة في 7 نوفمبر 1984، ص 1868-1869.
- 2-** المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 يتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر، عدد 13 مؤرخ في 24 مارس 1985 (الملغى).
- 3-** المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد رقم 52 مؤرخ في 28 جويلية 2002 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 11 سبتمبر 2003، ج ر عدد 55 مؤرخ في 14 سبتمبر 2003، المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج ر عدد 62 مؤرخ في 09 نوفمبر 2008، (الملغى).

**4-** المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010.

**5-** المرسوم الرئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 01 مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 14، مؤرخ في 06 مارس 2011.

**6-** المرسوم الرئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 يونيو 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 34 مؤرخ في 19 يونيو 2011.

**7-** المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18 يناير 2012، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 04، مؤرخ في 26 يناير 2012.

**8-** المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 02، مؤرخ في 13 يناير 2013.

**9-** المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 57 مؤرخ في 06 جمادى الأولى 1412 هجرية، الموافق ل 13 نوفمبر 1991 المعدل والمتمم، (الملغى).

**10-** مرسوم تنفيذي رقم 98-227 مؤرخ في 13/07/1998 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، ج ر عدد 51 مؤرخ في 21 ربيع الأول 1419. (المعدل والمتمم).

**11-** مرسوم تنفيذي رقم 06-356 مؤرخ في 9 أكتوبر 2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، ج ر عدد 64، مؤرخ في 11 أكتوبر 2006.

#### **خامساً: القرارات.**

**1-** القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، جريدة رقم 6 مؤرخة في 19 يناير 1965، الصفحة 46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

**2-** قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 مايو 1988 يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، ج ر مؤرخة في 15 ربيع الأول 1409 هجرية، ص 1479

**3-** القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الشباب و الرياضة، مؤرخ في 18 ديسمبر 2006، يحدد قائمة الخدمات واللوازم التي تكون محل الصفقات بالتراضي بعد

الاستشارة بعنوان الألعاب الإفريقية التاسعة بالجزائر، ج ر العدد 14، مؤرخ في 25 فبراير 2007.

**4-** القرار الوزاري المشترك بين وزير المالية ووزير الصيد البحري والموارد الصيدية، مؤرخ في 14 مارس 2006، يحدد قائمة اللوازم موضوع الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة بعنوان عمليات استيراد منتوجات تربية المائيات من أجل تعمير وإعادة تعمير الأوساط المائية، ج ر العدد 30، مؤرخ في 10 مايو سنة 2006.

**5-** القرار الوزاري المشترك بين وزير السياحة ووزير المالية مؤرخ في 17 يناير 2007، يحدد قائمة الخدمات واللوازم موضوع الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة، لتنظيم التظاهرات والمهرجانات السياحية، ج ر العدد 19، مؤرخ في 21 مارس 2007.

**6-** القرار الوزاري المشترك بين وزير السياحة ووزير المالية مؤرخ في 17 يناير 2007، يحدد قائمة الخدمات واللوازم موضوع الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة، لتنظيم التظاهرات والمهرجانات السياحية، ج ر العدد 19، مؤرخ في 21 مارس 2007.

**7-** القرار الوزاري المشترك بين وزير العدل حافظ الختام ووزير المالية المؤرخ في 6 فبراير 2008 يحدد قائمة اللوازم والخدمات الخاصة لصالح وزارة العدل التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، ج ر عدد 25 مؤرخ في 18 مايو 2008.

**8-** القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كفاءات التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد رقم 24 مؤرخ في 20 أبريل 2011.

**9-** القرار المؤرخ في 28 مارس 2011 يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر عدد 24 مؤرخ في 20 أبريل 2011.

**10-** القرار الصادر عن وزير المالية، المؤرخ في 28 مارس 2011. يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار الذي يجب أن يرفق بملف الصفقة، ج ر عدد 24 مؤرخ في 20 أبريل 2011.

**11-** القرار المؤرخ في 09 مايو سنة 2012 يتضمن تأسيس اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة الثقافة، ج ر العدد 42 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2012.

**12-** القرار الصادر بتاريخ 15 مارس سنة 2012 المتضمن إنشاء اللجنة القطاعية للصفقات لوزارة السكن والعمران وتعيين أعضائها، المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 03 ديسمبر سنة 2012، ج ر العدد رقم 02 مؤرخ في 13 يناير سنة 2013.

**13-** القرار الوزاري المشترك مؤرخ في 07 يناير سنة 2013، يحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع استشارة انتقائية، ج ر عدد رقم 02 مؤرخ في 13 يناير 2013.

**ب- النصوص القانونية الأجنبية.**

## - التشريع المصري.

1- قانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات، ج ر العدد 19 (مكرر) في 8 مايو 1998.

2- القرار رقم 1367 لسنة 1998 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998.

## VII. الاجتهاد القضائي.

1- قرار المحكمة العليا رقم 94149، الغرفة الجنائية، الصادر بتاريخ 1991/12/03، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1993، ص 188.

2- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 006052 جلسة 2003/04/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 04 سنة 2003، ص 71.

3- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، ملف رقم 004841، جلسة 2003/04/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 4 سنة 2003، ص 77.

4- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، رقم 15885 جلسة 2004/09/21، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 7، سنة 2005، ص 77.

5- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/02/15، ملف رقم 354438، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2006.

6- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/06/04، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 468744، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2009.

## ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية.

### I. OUVRAGES.

1- AUBY Jean-Marie, Ducos-Ader Robert, Droit administratif, la fonction publique, les biens publics, les travaux publics, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, paris, 1977.

2- AUBERT Jean-Luc, Le droit des marchés publics, 2<sup>ème</sup> éd, Dalloz, paris 2002.

3- BOULIFA Brahim, Marchés publics, manuel méthodologique, volume1, éditions Berti, Alger, année 2013.

- 4- DELLMAS-MARTY Mireille, Droit pénal des affaires, 2<sup>ème</sup> partie infraction, 3<sup>ème</sup> édition, presse universitaire de France paris, 1990.
- 5- LALLEM Mohamed, SABRI Mouloud, Gestion des marchés publics (document pédagogiques), I.C.H.U. Alger, 2006.
- 6- LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics, éditions Berti, Alger 2007.
- 7- MEDJAHED Mohamed tayeb, Contrat type des marchés publics, éditions Houma, Alger, 2007.
- 8- SABRI. M, AOUDIA. K, LALLEM. M, Guide de gestion des marchés publics, édition du sahel, Alger, année 2000.
- 9-VEDEL Georges, Droit administratif, 2<sup>ème</sup> édition, presses universitaires de France, paris, 1961, p667.
- 10-VEDEL Georges, Droit administratif, 4<sup>ème</sup> édition, presses universitaires de France, paris, 1968.
- 11- ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Algérie 2005.
- 12- ZOUAIMIA Rachid, Marie Christine Rouault, Droit administratif, éditions Berti, Alger 2009.
- 13- ZOUAIMIA Rachid, Le droit de la concurrence, maison d'édition belge, 2012.

## **II. THESES.**

- 1- BEN NADJI Chérif, évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse de doctorat d'état, université d Alger 1991.
- 2- BADIE Blèza, L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public, thèse de doctorat, université panthéon-Assas (paris II), 2001.

### **III. ARTICLES.**

1- BEN NADJI Chérif, "Marchés publics, et corruption en Algérie", NAQD, revue d'études et de critique sociale, n°25, Alger, 2008.p 137-153.

2- YELLES Chaouche Bachir, Droit des marchés publics et droit de la concurrence, université d'Oran, article non publiée.

### **IV. SEMINAIRES.**

- KOUROGHLI Mokdad, "Quelques pratiques déviantes dans l'application du code des marchés publics", séminaire sur la justice administrative, organisé par le conseil d'état algérien, Alger 19-20 novembre 2005.

### **V. TEXTES JURIDIQUES FRANÇAIS.**

1- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JORF n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703.

2- Décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant Code des marchés publics, JORF n° 179 du 4 août 2006 page 11627.

### **VI. SITES INTERNET.**

[www.avocats-rennes.com](http://www.avocats-rennes.com)

الفهرس

## فهرس المحتويات

01.....	مقدمة
	الفصل الأول: العناصر المشتركة لجرائم الصفقات العمومية
	المبحث الأول: الموظف العمومي
07.....	المطلب الأول: مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري
07.....	الفرع الأول: مفهوم الموظف العمومي في القانون الإداري المقارن
09.....	أولاً: الموظف العمومي في فرنسا
09.....	1- التعريف التشريعي
10.....	2- التعريف القضائي
11.....	3- التعريف الفقهي
12.....	التعريف الراجح
12.....	ثانياً: الموظف العمومي في جمهورية مصر العربية
12.....	1- التعريف التشريعي
13.....	2- التعريف القضائي
14.....	3- التعريف الفقهي
16.....	خلاصة التعاريف
17.....	الفرع الثاني: الموظف العمومي في القانون الإداري الجزائري
17.....	أولاً: التعريف التشريعي
21.....	ثانياً: التعريف القضائي
21.....	ثالثاً- التعريف الفقهي
22.....	خلاصة التعاريف
22.....	المطلب الثاني: الموظف العمومي في الاتفاقيات الدولية والقانون الجزائري
22.....	الفرع الأول: الموظف العمومي في الاتفاقيات الدولية
22.....	أولاً: تعريف اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد
23.....	ثانياً: تعريف اتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد



- الفرع الثاني: تعريف الموظف العمومي في القوانين الجزائرية.....23
- أولاً: تعريف الموظف العمومي في قانون العقوبات.....24
- ثانياً: تعريف الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد.....25
- الفئة الأولى.....27
- 1- ذوو المناصب التشريعية.....27
- 2- ذوو المناصب التنفيذية.....27
- 3- ذوو المناصب الإدارية.....28
- 4- ذوو المناصب القضائية.....28
- 5- المجالس الشعبية المحلية المنتخبة.....30
- الفئة الثانية.....30
- كل شخص يتولى وظيفة أو وكالة.....30
- الفئة الثالثة.....31
- 1- الموظف العمومي حقيقة.....31
- 2- الموظف الحكمي.....32
- أ- الموظف الحكمي في التشريع المصري.....32
- ب- الموظف الحكمي في التشريع اللبناني.....33
- المبحث الثاني: الصفة العمومية**
- المطلب الأول: مفهوم الصفة العمومية.....35
- الفرع الأول: تعريف الصفة العمومية.....35
- أولاً: المعيار العضوي.....36
- 1- الإدارات العمومية.....37
- 2- الهيئات الوطنية المستقلة.....38
- 3- الولاية.....39
- 4- البلدية.....39
- 5- المؤسسة العمومية.....40
- أ- المؤسسة العمومية الإدارية.....40

- ب - المؤسسة العمومية غير الإدارية.....40
- 1- المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و/أو التجاري.....41
- 2- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي.....42
- 3- المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.....42
- 4- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.....42
- 5- مراكز البحث و التنمية.....43
- 6- المؤسسة العمومية الاقتصادية.....43
- ثانياً: المعيار الموضوعي.....44
- 1- إنجاز الأشغال (عقد الأشغال العامة) Le marché de travaux publics.....44
- 2- اقتناء اللوازم (عقد التوريد) Le marché de fournitures.....48
- 3- إنجاز الدراسات Le marché de réalisation d'études.....49
- 4- عقد اقتناء الخدمات Le marché de prestation de services.....50
- ثالثاً: المعيار المالي.....51
- 1- النفقات العمومية.....51
- أ- معنى ميزانية الدولة.....52
- ب- معنى المساهمة النهائية أو المؤقتة.....53
- 2- تحديد السقف المالي.....55
- أ- السقف المالي في عقد إنجاز الأشغال و اللوازم.....56
- ب - السقف المالي في عقد الخدمات و الدراسات.....56
- ج- تحيين السقف المالي.....58
- د- تقدير سلطة الوزير في تحيين السقف المالي.....59
- رابعاً: المعيار الشكلي.....59
- 1- الكتابة.....60
- الطبيعة القانونية للكتابة.....60
- 2 - دفاتر الشروط.....61
- أ- دفتر البنود الإدارية العامة C.C.A.G.....61

62.....	ب- دفتر التعليمات الخاصة C.P.S
63.....	ج- دفتر التعليمات المشتركة C.P.C
63.....	الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط
64.....	الفرع الثاني: أشكال الصفقة العمومية
64.....	أولاً: صفقة الطلبية
64.....	1- تعريف صفقة الطلبية
64.....	2- خصائص صفقة الطلبية
64.....	أ- الطابع التكراري
65.....	ب- المدة المحددة
65.....	ج- تحديد المبلغ أو الكمية
66.....	ثانياً: عقد البرنامج
66.....	1- تعريف عقد البرنامج
67.....	2- الصفقة التنفيذية لعقد البرنامج
68.....	ثالثاً: صفقة التسوية
68.....	حالاتها
68.....	الحالة الأولى: صفقات استيراد المنتوجات والخدمات
69.....	الحالة الثانية: طلبات الخدمات المماثلة
70.....	الحالة الثالثة: صفقات اقتناء اللوازم والخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر
71.....	الحالة الرابعة: وجود خطر يهدد استثمار أو ملك أو الأمن العمومي
72.....	الحالة الخامسة: تكاليف الكهرباء والغاز والماء والهاتف
73.....	رابعاً: العقد و الاتفاقية ( La convention )
74.....	خامساً: الملحق
74.....	1- تعريف الملحق
75.....	2- خصائص الملحق
76.....	3- مجال تطبيق الملحق
78.....	4- شروط إبرام الملحق

81.....	المطلب الثاني: طرق إبرام الصفقات العمومية
81.....	الفرع الأول: المناقصة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية
82.....	أولاً: تعريف المناقصة
85.....	ثانياً: أشكال المناقصة
85.....	1- المناقصة المفتوحة
85.....	أ- تعريف المناقصة المفتوحة
86.....	ب - مزايا وعيوب المناقصة المفتوحة
86.....	2- المناقصة المحدودة
89.....	3- الاستشارة الانتقائية
89.....	أ- تعريف الاستشارة الانتقائية
89.....	ب - مراحل الاستشارة الانتقائية
90.....	المرحلة الأولى: الانتقاء الأولي
90.....	1- الاستشارة الانتقائية بدون قائمة معدة سلفاً
90.....	مجال هذه الاستشارة
91.....	2- الاستشارة الانتقائية بموجب قائمة معدة سلفاً
91.....	مجال هذه الاستشارة
93.....	المرحلة الثانية: المنافسة فيما بينهم
93.....	ج - إجراءات خاصة بالاستشارة الانتقائية
94.....	4- المزايدة
96.....	5- المسابقة
97.....	أ- مجال تطبيق المسابقة
97.....	- من الجانب العضوي
98.....	- من الجانب الموضوعي
100.....	ب - إجراءات خاصة بالمسابقة
100.....	المرحلة الأولى : لجنة فتح الأظرفة
101.....	المرحلة الثانية: لجنة تقييم العروض

101.....	المرحلة الثالثة: لجنة التحكيم
103.....	ثالثاً: إجراءات المناقصة
103.....	1- تحديد الحاجيات والإعلان على المناقصة
106.....	2- تقديم العطاءات
107.....	3- فحص العطاءات و البت فيها
108.....	أ- لجنة فتح المضاريف
113.....	ب - لجنة تقييم العروض
112.....	الطبيعة القانونية لمحضر الاجتماعات
116.....	4- اختيار المتعاقد واعتماد الصفقة
117 .....	الطبيعة القانونية لقرار المنح المؤقت
118.....	<b>الفرع الثاني: التراضي كطريق استثنائي في إبرام الصفقات العمومية</b>
118.....	أولاً: أشكال التراضي
118.....	1- التراضي البسيط
118.....	أ - تعريفه
119.....	ب - حالاته
118.....	الحالة الأولى: الاستعجال الملح أو الخطر الداهم
120.....	الحالة الثانية: استيراد المنتوجات والخدمات
122.....	الحالة الثالثة: حالة الاحتكار
123.....	الحالة الرابعة: المشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية
125.....	ج - مزايا وعيوب التراضي البسيط
125 .....	2- التراضي بعد الاستشارة
124.....	أ - تعريفه
126.....	ب - حالاته
126.....	ج- إجراءاته

## الفصل الثاني: أشكال جرائم الصفقات العمومية

### المبحث الأول: جريمة منح امتيازات غير مبررة للغير

- المطلب الأول: الركن المادي لجريمة منح امتيازات غير مبررة للغير.....127
- الفرع الأول: مفهوم الإبرام، التأشير، المراجعة.....128
- أولاً: معنى الإبرام.....128
- السلطة المختصة بالإبرام.....129
- ثانياً: معنى التأشير.....133
- 1- لجان الرقابة على المستوى المحلي.....134
- أ- اللجنة البلدية للصفقات.....134
- ب- اللجنة الولائية للصفقات.....135
- ج- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في المادة 134.....136
- 2- لجان الرقابة على المستوى الوطني.....137
- أ- اللجنة الوزارية.....137
- ب- لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية ومركز البحث والتنمية الوطني والمؤسسة العمومية الاقتصادية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري المحددة بموجب قرار وزاري وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 134.....139
- ج- اللجان الوطنية والقطاعية.....140
- ج1- اللجان الوطنية للصفقات العمومية.....140
- ج1.1 - اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال.....140
- ج1.2 - اللجنة الوطنية لصفقة اللوازم.....141
- ج3.1 - اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.....142
- ج2- اللجان القطاعية.....143
- 3- صلاحيات اللجان القطاعية واللجان الوطنية.....144
- 4- أحكام مشتركة لجميع اللجان.....145
- 5- سير عمل مختلف اللجان.....145
- ثالثاً: المراجعة.....146

148	1- مراجعة الأسعار.....
149	2- تحيين الأسعار.....
150	3- طريقة التحيين والمراجعة.....
150	الفرع الثاني: مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بمبادئ الصفقة العمومية.....
150	أولاً: مفهوم الأحكام التشريعية والتنظيمية.....
150	1- الأحكام التشريعية.....
151	2- الأحكام التنظيمية: Rèlements.....
151	أ- المراسيم.....
151	ب - القرارات.....
152	ثانياً: مبادئ الصفقة العمومية.....
153	1- مبدأ حرية الوصول للصفقة العمومية.....
154	أ- صور الممارسات المنافية لقواعد المنافسة.....
154	1- الممارسات المقيدة للمنافسة.....
156	2- التجميع غير المرخص به.....
157	ب - القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة.....
157	ب1- القيود بنص القانون.....
159	ب2- القيود وفقاً للسلطة التقديرية للإدارة.....
163	ج- مدى إعمال قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية.....
165	2- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.....
167	3- مبدأ شفافية الإجراءات.....
167	ثالثاً: منح امتيازات غير مبررة للغير.....
167	-المركز القانوني للمستفيد من الصفقة.....
170	المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة منح صفقة مخالفة للتشريع.....
170	الفرع الأول: القصد الجنائي العام.....
172	الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص.....

## المبحث الثاني

### جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية

- المطلب الأول: مفهوم جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات العمومية.....173
- الفرع الأول: إشكالية صياغة النص.....173
- الفرع الثاني: تمييز جريمة الاستفادة من سلطة وتأثير أعوان الهيئات عن جريمة استغلال النفوذ.....176
- المطلب الثاني: أركان الجريمة.....178
- الفرع الأول: صفة الجاني.....178
- أولاً: الجاني لا يكون موظفاً عمومياً.....177
- ثانياً: المركز القانوني للعون المتدخل بنفوذه.....178
- الفرع الثاني: الركن المادي.....179
- أولاً: النشاط الإجرامي.....179
- 1- الاستفادة من سلطة الأعوان.....179
- 2- الاستفادة من تأثير الأعوان.....180
- ثانياً: الغرض من استغلال نفوذ الأعوان العموميين.....181
- 1 - الحصول على الزيادة في الأسعار.....181
- 2 - التعديل في نوعية المواد.....181
- 3- التعديل في نوعية الخدمات.....181
- 4- التعديل في آجال التسليم أو التموين.....181
- الفرع الثالث: الركن المعنوي.....182
- أولاً: القصد الجنائي العام.....182
- ثانياً: القصد الجنائي الخاص.....183

### المبحث الثالث: جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية

- المطلب لأول: مفهوم جريمة الرشوة.....184
- الفرع الأول: تعريف جريمة الرشوة وأنظمتها.....184
- أولاً: تعريف الرشوة.....185
- ثانياً: أنظمة الرشوة.....185



186.....	1- نظام وحدة الرشوة.....
186.....	2- نظام ثنائية الرشوة.....
188.....	3- موقف المشرع الجزائي من النظامين.....
189.....	<b>الفرع الثاني: تمييز الرشوة عن بعض المصطلحات المشابهة لها.....</b>
190.....	أولاً: تمييز جريمة الرشوة في الصفقات العمومية عن الرشوة خارج مجال ص.ع.....
191.....	ثانياً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة استغلال النفوذ.....
192.....	ثالثاً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة إساءة استغلال الوظيفة.....
192.....	رابعاً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.....
195.....	خامساً: تمييز جريمة الرشوة عن جريمة تلقي الهدايا.....
196.....	<b>المطلب الثاني: أركان جريمة الرشوة.....</b>
196.....	<b>الفرع الأول: الركن المادي.....</b>
197.....	أولاً: النشاط الإجرامي.....
200.....	ثانياً: محل الارتشاء.....
201.....	ثالثاً: المناسبة.....
202.....	رابعاً: الغرض من الرشوة.....
204.....	<b>الفرع الثاني: أحكام الشروع والشريك في جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....</b>
204.....	أولاً: أحكام الشروع.....
204.....	ثانياً: أحكام الشريك.....
206.....	1 - الوسيط في جريمة الرشوة.....
207.....	2 - المستفيد من المزية غير الموظف.....
207.....	<b>الفرع الثالث: الركن المعنوي.....</b>
208.....	أولاً: القصد العام.....
208.....	ثانياً: القصد الخاص.....
209.....	ثالثاً: وقت توافر القصد الجنائي.....
210.....	<b>خاتمة.....</b>
214.....	<b>الملاحق.....</b>

215.....	الملحق رقم 1: نسخة من محضر اجتماع لجنة فتح الأظرفة.....
221.....	الملحق رقم 2: نسخة من محضر اجتماع لجنة تقييم العروض التقنية.....
229.....	الملحق رقم 3: نسخة من محضر اجتماع لجنة تقييم العروض المالية.....
232.....	قائمة المراجع.....
245.....	الفهرس.....