

"القيود الواردة على م.بدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية"

الأستاذة: حوت فيروز

طالبة دكتوراه في القانون

جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس

الملخص:

تعتبر الصفقة العمومية بمثابة الأداة الإستراتيجية التي خولها المشرع للمصلحة المتعاقدة من أجل تسيير المال العام وإنجاز أعمال وخدمات، لذلك كان لزاما تكريس جملة من الضمانات حماية للمال العام.

ضمنا لفعالية الصفقات العمومية في ظل البيئة الرقمية، نص قانون الصفقات العمومية الجزائري على وجوب إعمال مبدأ حرية المنافسة. غير أنّ هذه الحرية ليست على طلائعها حيث نجد أنّ تقييدها أمر وجوبي في كلّ المراحل، فإذا كانت حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية تعني إعطاء الفرصة لكلّ من تتوفر فيه الشروط بالتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة، فإنّ هذا المبدأ لا يعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءاتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة. سواء من خلال حرمان بعض الأشخاص من المشاركة أو إستبعادهم عن طريق عدم السماح لهم بتكملة إجراءات التنافس على الصفقة بعد السماح لهم بالمشاركة. وإنّ كان الأصل هو طلب العروض فإننا نلمس أنّ حرية المنافسة تكون بصفة كلّية في طلب العروض المفتوح وفيما عدا ذلك فإنّ تقييدها حاصل بنص القانون. ويعتبر أسلوب التراضي إستثناء على القاعدة، حيث جعله المشرع وفق حالات محدّدة على سبيل الحصر، وهذا يدلّ على حرص المشرع الجزائري على ضرورة إعمال مبدأ المنافسة كأصل. وأنّ الحالات الواردة على سبيل الحصر في أسلوب التراضي إنّما لحماية المصلحة العامة.

نجد أنّ التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية في حدّ ذاته يعتبر ضمانا حقيقية لجلب أكبر عدد من المتنافسين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية.

الكلمات المفتاحية: تقييد المنافسة – الصفقات العمومية – المعاملات الإلكترونية في الصفقات العمومية – التعاقد الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية.

Abstract:

In order to ensure the effectiveness of public procurement in the digital environment, the Algerian Public Procurement Act stipulates that the principle of freedom of competition must be applied. This freedom, however, is not in its class, since its restriction is obligatory at all stages. The freedom to compete in electronic public procurements means that all those who meet the conditions have the right to

submit their offer to the contracting authority. This principle does not mean that the contracting authority has no authority to assess the validity of the contract, Exhibitors and their competencies on the basis of public interest requirements. Either by depriving some persons of participation or excluding them after being allowed to participate. If the original is the request for tenders, we see that the absolute freedom of competition is in the request for open offers, and otherwise, the restriction thereof is provided by the text of the law. The consensual method is an exception to the rule, which the legislator has made in strictly limited cases. This indicates his concern for the necessity of applying the principle of competition as an asset.

Keywords: Restriction of competition - Public procurements - Electronic Transactions

مقدمة:

تعدّ المنافسة الحرة سمة من سمات النظام الليبرالي الذي انتهجته الجزائر، هذا ما أدى إلى سعي الدولة إلى إعادة النظر في منظومتها القانونية عن طريق تكريس مبدأ حرية المنافسة خاصة في مجال الصفقات العمومية، حيث جعل المشرع أحكام هذه الأخيرة مستوحاة من قانون المنافسة. وبما أنّ الصفقة العمومية تعتبر بمثابة الأداة الإستراتيجية التي خولها المشرع للمصلحة المتعاقدة من أجل تسيير المال العام وإنجاز أعمال وخدمات، فإنّه من الأهمية بما كان أن يتم إخضاعها لنظام قانوني متميز عن غيره من العقود.

إذا كانت الصفقات العمومية محل إنفاق المال العام، فإنّ ذلك يعتبر من الحالات الخصة لإهداره، مما يستوجب خلق آليات حمايته خاصة في ظل المعاملات الإلكترونية. وضمانا لفعالية الصفقات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، فقد نص قانون الصفقات العمومية على وجوب مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية وكذا المساواة بين المترشحين، بالإضافة إلى شفافية الإجراء أي إعمال مبدأ حرية المنافسة.

أصبح الإعلان عن الصفقة العمومية يتعدى الحدود الإقليمية عن طريق عرضه على الشبكة المعلوماتية، وفي مواقع الهيئات الحكومية على الأنترنت من خلال إستحداث بوابة إلكترونية. ما يعني أنّ النشر الإلكتروني يستقطب أكبر عدد من المتنافسين، خاصة وأنّ الصفقات توجه للأجانب أيضا. فإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام الصفقة العمومية يؤثر على مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، لأنّ العقد

الإلكتروني من ميزاته التعاقد عن بعد، أي لا تكون الصفقة على المستوى الداخلي فقط، لذا فإن حرية المنافسة في الصفقات العمومية في العالم الإلكتروني تكون أكبر فعالية مما كانت عليه في الصفقات التقليدية.

لكن الإشكال المطروح هو مدى خضوع الصفقات العمومية الإلكترونية لمبدأ حرية المنافسة، وإذا سلمنا بوجود حماية قانونية للمنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية، فهل يعني هذا أنها على طاعتها؟ أم أنّ هناك قيوداً تفرض عليها؟

للإجابة على هذه الإشكالية نتطرق لتقييد حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية في المرحلة قبل التعاقدية (المحور الأول)، ثم نتطرق للقيود الواردة عليها في المرحلة التعاقدية (المحور الثاني). وصولاً إلى تقييد حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية في المرحلة ما بعد التعاقدية أي مرحلة التنفيذ من خلال إستبعاد فئات معينة بعد قبولهم المسبق للتعاقد (المحور الثالث).

المحور الأول: تقييد حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية في المرحلة قبل التعاقدية

يقصد بحرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية، فسح المجال لكل شخص - طبيعي أو معنوي - تتوفر فيه الشروط القانونية للخوض في الصفقة دون تأثير خارجي. لكن بالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أنّ هناك فئات محرومة من الدخول في الصفقة، كما أنّ الإدارة تفرض معايير إنتقائية في اختيار المشاركين. بل للإدارة سلطة إعطاء الأولوية في إبرام الصفقات العمومية للمنتوج والمتعامل الوطني على حساب الأجانب.

أولاً: تقييد المنافسة من خلال سلطة الإدارة في حرمان فئات معينة من المشاركة في الصفقة العمومية

وضع المشرع الجزائري قيوداً يترتب على إعمالها منع فئات معينة من المشاركة في الصفقة العمومية، فبمجرد توافر إحدى هذه الحالات فإنّ الشخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً يقصى من المشاركة في الصفقة، فلا يتقدم لطلب العروض وهذا ما يؤدي إلى تقليص عدد المتنافسين.

أ- الحرمان الجزائي: يكون بتقرير الإدارة حرمان شخص معين - طبيعياً أو معنوياً - من المشاركة في الصفقة التي تدعو إليها وذلك بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص. والحرمان الجزائي قد يكون منصوباً عليه كعقوبة أصلية أو تبعية. كما قد يكون جزاء مقرراً على الشخص لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم في تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة⁽¹⁾.

ذكرت حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية بموجب نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حيث جاء فيها: "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الإقتصاديون:

- الذين رفضوا عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ أجل صلاحية العروض، حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 71 و74.

- الذين هم في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف 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 حاز قوة الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس نزاهتهم المهنية.

- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.

- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحساب شركاتهم.

- الذين قاموا بتصريح كاذب.

- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم من أصحاب المشاريع.

- المسجلون في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، المنصوص عليها في المادة 89 من هذا المرسوم.

- المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش ومرتكبي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

-الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي.

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

نلمس أيضا وجود نصوص قانونية مبعثرة تمنع أشخاص معيّنة من المشاركة في الصفقة نذكر منها؛ المادة 6 من قانون المنافسة⁽²⁾، التي تنص على أنه: "تخطر الممارسات والأعمال المدبرة والإتفاقيات والإتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما يهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه لا سيما عندما ترمي إلى: السماح بمنح الصفقات العمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

ب- الحرمان الوقائي من الصفقة:

يكون الحرمان من الإشتراك في المنافسة في مجال الصفقات العمومية منعا من تفضيل المصلحة الخاصة لبعض المسؤولين على المصلحة العامة للدولة⁽³⁾.

تقوم الإدارة في الحرمان الوقائي بإصدار قرار إداري بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص من التقدم إلى الصفقة، وهو يختلف عن الحرمان الجزائي في أنّ هذا الأخير يكون عقوبة تقرر بنص القانون نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، بينما الحرمان الوقائي يكون بمجرد قرار إداري من الإدارة، حيث تقدر الإدارة بمطلق سلطتها التقديرية حرمان الشخص - طبيعي أو معنوي- من الصفقة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة، قد يكون هذا المنع منصوص عليه قانونا وذلك إذا قدر القانون ضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول الصفقة وذلك حماية للمصلحة العامة، ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين وموظفي السلطات المحلية في الصفقة العمومية، ويعتبر هذا الحظر مؤقتا، إذ أنّه يزول بزوال سببه وهو إنتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

لم ينص قانون الصفقات العمومية صراحة على حرمان الموظف من المشاركة في الصفقة، لكن قياسا على المادة 92 من المرسوم رقم 15-247، التي حرمت الموظفين الذين أنخوا مهامهم من المشاركة في الصفقة، نجد أنّه من باب أولى حرمان الموظف الذي يزاول مهنته من ذلك. حيث نصت هذه المادة

على أنه: "لا يمكن للمصلحة المتعاقدة، ولمدة أربع (4) سنوات، أن تمنح صفقة عمومية، بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما". وعليه إذا حرم القانون الموظفين الذين توقفوا عن أداء مهامهم من التعاقد مع الإدارة، فمن باب أولى تطبيق هذه القاعدة عن من هم يزاولون مهامهم. وعليه نأخذ بهذا النص على سبيل القياس.

يكون الحرمان الوقائي أيضا بقرار يصدر عن الإدارة بما تملك من سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء الإداري، الذي يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن الهدف الأساسي الذي يحدده القانون وهو حماية المصلحة العامة.

تنص المادة 3 من القرار الوزاري المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على أنه: "تضمن البوابة نشر المعلومات والوثائق الآتية: ... قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين والمقصين من المشاركة في الصفقات العمومية"⁽⁵⁾. هذا وتنص المادة 6 من نفس القرار على أنه: "يكون تبادل الوثائق بالطريقة الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الإقتصاديين متعلقا على الخصوص ب: ... التصريح بالنزاهة". هذا التصريح يعتبر إجراء أولي لتفادي حالات الإقصاء من الصفقة العمومية. وقد نصت عليه المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية. ونظرا لأهمية عنصر النزاهة صدر قرار وزاري يحدد نموذج التصريح بالنزاهة⁽⁶⁾.

ثانيا: تقييد المنافسة من خلال سلطة الإدارة في انتقاء المتعامل المتعاقد معها (معايير إختيار المتعامل المتعاقد)

أدى التطور التكنولوجي وإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام الصفقات العمومية إلى التأثير على مبدأ حرية المنافسة، حيث أنّ من خصائص العقد الإلكتروني أنّه يتصف بالبعد الدولي، لذا فإنّ حرية المنافسة في هذا العالم تكون أكبر، وتتيح للإدارة فرصة إختيار أفضل العروض فنيا وماليا⁽⁷⁾.

تنص المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية على أنه: "يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كلّ منها، مرتبطة بموضوع الصفقة وغير تمييزية، مذكورة إجباريا

في دفتر الشروط الخاص بالدعوة للمنافسة، ويجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية:

1- إما إلى عدّة معايير من بينها:

- النوعية،
- آجال التنفيذ أو التسليم،
- السعر والكلفة الإجمالية للإقتناء والإستعمال،
- الطابع الجمالي الوظيفي،
- النجاعة المتعلقة بالجانب الإجتماعي لترقية الإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين والنجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة،
- القيمة التقنية،
- شروط التمويل، عند الإقتضاء، وتقليص الحصة القابلة للتحويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية،
- ويمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر الشروط الخاص بالدعوة التنافسية.

2- إما إلى معيار السعر وحده، إذا سمح موضوع الصفقة بذلك..."

عدّل المشرع الجزائري من المعيار المعتمد لإختيار المتعامل المتعاقد، فإن كان يقوم على السعر كأصل في القوانين السالفة، فإنه بموجب المرسوم رقم 15-247، جعل المعيار المالي إستثناء والمعيار الفني والتقني هو القاعدة، وهذا هو المعيار الأصح، بإعتبار أن معيار السعر تشوبه جملة من الإشكالات. حيث لو إقتصّر إختيار المتعامل المتعاقد على المعيار المالي فقط (السعر)، لتعاقدت الإدارة مع أشخاص غير أكفاء وربما يتوقفون في وسط مدّة التنفيذ ولا يمكنهم إستكمال موضوع العقد لعدم قدرتهم الفنية، كما أن الإختيار بهذه الطريقة يعدم سلطة الإدارة التقديرية ولا يجعل لها أي دور في إختيار من تتعاقد معه⁽⁸⁾. لكن هذا لا يعني عدم جدوى معيار السعر، لأنّ هذا الأخير يخدم المصلحة المالية للإدارة. وعليه يجب الأخذ بالمعيارين معا في إنتقاء المتعامل المتعاقد.

ثانيا: تقييد المنافسة لترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج

تكون المنافسة في إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية عالمية، بإعتبار أنّها تكون على المستوى الدولي، وهذا ما يؤدي إلى فعالية المنافسة، حيث تشارك فيها المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواء الدولية منها أو الداخلية، مما يعطي للإدارة فرصة أكبر في إختيار العروض⁽⁹⁾. لكن ومع ذلك هناك نصوص قانونية تستبعد الأجانب في بعض الحالات من الدخول في المنافسة لإبرام الصفقة العمومية وهذا تشجيعا للمنتوج الوطني، وتمثل هذه الحالات في:

1- رفع هامش الأفضلية للمنتوج ذي الأصل الجزائري: تنص المادة 83 من المرسوم رقم 15-247، على أنّه: "يمنح هامش الأفضلية بنسبة خمسة وعشرون 25%، للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، الذي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المذكورة في المادة 29.

و تخضع الإستفادة من الهامش، في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري، كما هو محدد في الفقرة السابقة، و المؤسسات الأجنبية، من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها.

يجب أن يحدد ملف إستشارة المؤسسات بوضوح الأفضلية الممنوحة و الطريقة المتبعة لتقييم و مقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية".

2- إخضاع المتعهدين الأجانب إلى الإلتزام بالإستثمار في إطار شراكة، : تنص المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على أنّه: "يجب أن تنص دفاتر شروط الدعوات للمنافسة الدولية، في إطار السياسات العمومية للتنمية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب، على الإلتزام بالإستثمار في إطار شراكة، عندما يتعلق الأمر بالمشاريع التي تُحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها".

يعتبر الإلتزام بالإستثمار إجراء إلزامي لقبول العروض، يستفاد ذلك من مصطلح يجب.

3- إستبعاد المؤسسات الأجنبية من خلال إعطاء الأولوية للمنافسة الوطنية: عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة الإنتاج الوطني قادرين على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة، فإنّ على هذه الأخيرة أن تصدر دعوى لمنافسة وطنية. وعندما تصدر المصلحة المتعاقدة دعوى للمنافسة وطنية و/أو دولية، فإنّه يجب عليها حسب الحالة، أن:

- تأخذ بعين الإعتبار، عند إعداد شروط التأهيل ونظام تقييم العروض، إمكانيات المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ولا سيما منها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، للسماح لها بالمشاركة في إجراءات إبرام الصفقات العمومية، في ظل إحترام الشروط المثلى المتعلقة بالجودة وآجال الإنجاز،

- تعطى الأفضلية للإندماج في الإقتصاد الوطني وأهمية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولَة وإقتناء في السوق الجزائرية.

- تدرج في دفتر الشروط أحكاما تسمح بضمان تكوين ونقل المعرفة لذوي صلة بموضوع الصفقة،

- تنص في دفتر الشروط، في حالة المؤسسات الأجنبية التي تتعهد لوحدها، إلّا إذا إستحال ذلك وكان مبررا كما ينبغي، بوجوب مناولَة ثلاثين (30%) على الأقل، من مبلغ الصفقة الأصلي للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، ومهما يكن الإجراء المختار، فإنّه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط تدابير لا تسمح باللجوء للمنتوج المستورد إلّا إذا كان المنتوج المحلي الذي يعادله غير متوفر أو كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية المطلوبة. وبالإضافة إلى ذلك، لا تسمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء للمناولة الأجنبية إلّا إذا لم يكن في إستطاعة المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري تلبية حاجاته. (10) وإذا كانت الصفقة العمومية إلكترونية، يجب أن تكون الدعوى إلى المنافسة موجهة إلكترونيا لا محالة.

4- تخصيص خدمات للنشاطات الحرفية: تنص المادة 86 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، على أنّه: "تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين، كما هم معرفين في التشريع والتنظيم المعمول بهما، ما عدا في حالة الإستحالة المبررة قانونا من المصلحة المتعاقدة، بإستثناء القواعد المسيرة بقواعد خاصة".

المحور الثاني: تقييد حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية في المرحلة التعاقدية

يوفر الإعلان الصحيح إمكانية المنافسة بين عدد كبير من الأشخاص، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة التي تقصدها الإدارة وذلك بالتعاقد مع أفضل المتقدمين وبأحسن الشروط، من الناحية المالية والفنية. لهذا يجب أن يكون الإعلان موافقا للقانون، ولتأكيد حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وما يتعلق بالإعلان بالوسائل الإلكترونية. فقد استخدمت - الإدارة - وسائل جديدة لإعلام الجمهور بالإعلان مما يمكنهم من الإطلاع عليه عبر الأنترنت، ويوفر فرصة لعدد هائل من الناس لابتداء رغبتهم في التعاقد ⁽¹¹⁾. ورغم هذا لم ينص المشرع الجزائري على الإعلان الإلكتروني رغم تنظيمه لقسم خاص بالبوابة الإلكترونية.

تخضع العملية التعاقدية كأصل عام للإشهار الذي يعتبر أهم ضمانة للمنافسة في مجال الصفقات العمومية، وتتقدم المتعهدين للصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي ⁽¹²⁾.

أولا: تقييد المنافسة من خلال أشكال طلب العروض

طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، إستنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعدّ قبل إطلاق الإجراء ⁽¹³⁾. و يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا، ويمكن أن يتم حسب الأشكال التالية: طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود والمسابقة ⁽¹⁴⁾.

بالرجوع إلى التعريفات نجد أنّ طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهد ⁽¹⁵⁾، بمعنى أنّ هذا الشكل يعدّ مرآة عاكسة لمبدأ حرية المنافسة على الصفقات العمومية، في حين نجد طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا يعتريه إستثناء على مبدأ حرية المنافسة باعتبار أنّه يشترط قدرات دنيا وهو إجراء يسمح فيه لكلّ المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد. ولا يتمّ إنتقاء قبلي

للمترشحين من طرف المصلحة المتعاقدة. وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة. وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع⁽¹⁶⁾. أما طلب العروض المحدود فهو إجراء لاستشارة إنتقائية يكون المترشحون الذين تم إنتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد⁽¹⁷⁾. في حين نجد أنّ المسابقة هي عبارة عن إجراء يضع رجال الفن في منافسة لإختيار مخطط أو مشروع مصمم إستجابة لبرنامج أعدّه صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة⁽¹⁸⁾.

بهذا نقول أنّ حرية المنافسة في مجال طلب العروض تكون مطلقة في طلب العروض المفتوح وفيما عدا ذلك تكون مقيّدة بشروط كلّ حالة على حدى.

ثانيا: تقييد المنافسة من خلال إعمال أسلوب التراضي

يعتبر أسلوب التراضي إستثناء على القاعدة، وقد جعله المشرع وفق حالات محدّدة على سبيل الحصر، وهذا يدلّ على حرص المشرع الجزائري على ضرورة إعمال مبدأ المنافسة كأصل. و أنّ الحالات الواردة على سبيل الحصر في أسلوب التراضي إنّما لحماية المصلحة العامة.

تملك المصلحة المتعاقدة حرية إختيار المتعامل المتعاقد في أسلوب التراضي دون اللّجوء إلى إجراءات المنافسة، وذلك عن طريق الإتفاق المباشر وهذا مؤداه إقصاء عدد هائل من المنافسين. لذلك نقول أنّ اعتماد أسلوب التراضي يشكل قيّدًا على حرية المنافسة. لكنّه لا يشكل عائقًا لإبرام عقد الصفقات العمومية الإلكترونية⁽¹⁹⁾. لأنّ الإتفاق يتم مباشرة بين الشخص العام والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه الإلكتروني من خلال شبكة المعلومات الدولية سواء من خلال البريد الإلكتروني أو غيرها من الوسائط الإلكترونية الأخرى، وتقوم الإدارة بعدها بالتفاوض مع المتعاقد بإرسال القبول من خلال الوسائط الإلكترونية المعروفة، فينعقد العقد بمجرد علم المرشح بذلك⁽²⁰⁾.

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، ويعتبر إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلاّ في الحالات الواردة في المادة 49 من ق ص ع⁽²¹⁾.

يتضح من هذا أنّ جعل حالات التراضي واردة على سبيل الحصر دليل على نية المشرع في تضيق أسلوب التراضي و من ثمّ إعمال مبدأ حرية المنافسة من خلال إجراء طلب العروض.

المحور الثالث: تقييد حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية في المرحلة ما بعد التعاقدية (تنفيذ العقد) "تقييد المنافسة من خلال إستبعاد فئات معيّنة من المشاركة في الصفقة"

في ظل إحترام المبادئ القانونية التي تقوم عليها الصفقة العمومية كالمنافسة و المساواة يحظر الإستبعاد غير القانوني للمتقدمين للصفقة، حيث يكون الجميع على قدم المساواة مع بقية المتنافسين و ليس للإدارة أي تمييز غير مشروع فيما بينهم⁽²²⁾. فإذا كانت حرية المنافسة في الصفقات العمومية الإلكترونية تعني إعطاء الفرصة لكلّ من تتوفر فيه الشروط بالتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة، فإنّ هذا المبدأ لا يعني إنعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءاتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة.

يقصد بالإستبعاد عدم السماح للشخص بتكملة إجراءات التنافس على الصفقة بعد السماح له بالمشاركة. و عليه فهناك حالات يكون لجهة الإدارة سلطة تقديرية في إتخاذ قرار إستبعاد بعض العطاءات المقدمة لها وفي أحيان أخرى تكون ذات سلطة مقيّدة⁽²³⁾. و الإستبعاد قد يكون لعدّة حالات نذكر منها:

أولاً: إستبعاد المشاركين لعدم توفرهم على الكفاءة الفنية و المالية: سلطة الإدارة هنا تقديرية في إستبعاد صاحب العطاء الذي ترى أنّه لا يملك الكفاءة الفنية أو المالية اللازمين كي يتمكن المتعاقد مع الإدارة بالنهاوض بأعباء العقد الإداري. و يتم الحكم على مقدم العطاء من حيث تمتعه بالكفاءة من عدمه بالنظر إلى طبيعة المشروع محل التعاقد ومقارنته بالقدرة الفنية و المالية لصاحب العطاء المزمع إستبعاده⁽²⁴⁾، إذ يجب أن يكون هناك معيار التكافؤ ما بين مقدم العطاء وقدراته الفنية والمالية. هذا وننوه أنّ الإدارة في سلطتها التقديرية في الإستبعاد إنّما تخضع لرقابة القضاء الإداري من حيث المشروعية و السبب و الملائمة. فالإستبعاد في هذه الحالة يمس الشخص في حدّ ذاته لأنّ الشخص قدم عطاءات موافقة للشروط لكنّه هو من شابه نقص في الكفاءة و المال.

ثانيا: إستبعاد المشاركين بسبب عدم توافرهم الشروط المحددة من الإدارة في دفتر الشروط: في هذه الحالة المقدم للصفقة قد يملك إمكانيات فنية ومالية لكنّه قدم عطاء غير مطابق للمواصفات، فالإستبعاد في هذه الحالة لا يمس الشخص في حدّ ذاته بل يخصّ العطاء المقدم. لكون العطاء غير متفق مع ما أعلنت عنه الجهة الإدارية في دفتر الشروط (25).

حسب نظرنا فإنّ العبرة في إستبعاد مثل هذه الفئات هي المحافظة على أموال الإدارة من جهة وعدم تضييع الوقت من جهة ثانية، خاصة أنّ الصفقات الإلكترونية يكون التعامل فيها عن بعد.

خاتمة

- إقتحام الثورة المعلوماتية مجال الصفقات العمومية، يستوجب من المشرع زيادة على إستحداث بوابة إلكترونية، ضرورة إيجاد نظام قانوني عن طريق الوسائط الإلكترونية. لأنّ النظام القانوني للصفقات العمومية التقليدية لا يلي جميع جوانب الصفقات العمومية الإلكترونية، خاصة في المجال الإجرائي.

- إستخدام الوسائط الإلكترونية وفر الكثير من الجهد و الوقت و المال، وأكّد الفعالية الدولية للمنافسة في الصفقات العمومية.

- الدعوى إلى المنافسة إلكترونيا و إن برزت فعاليتها بصفة أكبر في مجال الصفقات العمومية الإلكترونية، إلّا أنّها تبقى مقيدة بموجب نصوص قانونية سواء من ناحية حرمان بعض الفئات من الولوج إلى الصفقة أو من خلال إختيار المتعامل المتعاقد أو فيما يتعلق بتشجيع المنتج الوطني على حساب المنتج الأجنبي. بالإضافة إلى القيود الواردة على المنافسة من خلال أشكال التعاقد أو إستبعاد بعض الأشخاص رغم أنّهم كانوا مقبولين بداية.

- توصلنا إلى أنّ إبرام الصفقات العمومية إلكترونيا أثر بصفة مباشرة وإيجابيا في مبدأ حرية المنافسة، بإعتبار أنّ النشر الإلكتروني يكون أكثر سرعة وأكثر عمومية مقارنة بالنشر الصحفي. و هذا ما لم يتفطن له المشرع الجزائري رغم نصه على البوابة الإلكترونية في قانون الصفقات العمومية. لذلك نرى ضرورة إيجاد نظام قانوني خاص بالتعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، و كذا ضرورة النص على أن يكون الإعلان والإشهار إلكترونيا.

التهميش:

- 1- جابر جاد نصار: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 142، أيضا، رحيمة الصغير ساعد ندميلي: العقد الإداري الإلكتروني "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2010، ص 63.
- 2- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادرة بتاريخ 18 أوت 2010.
- 3- محمد بن سعيد بن محمد المعمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتها الإنعقاد والتنفيذ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011، ص 95.
- 4- جابر جاد ناصر: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 145.
- 5- قرار وزاري مؤرخ في 13 محرم 1435، الموافق ل 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الالكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 9 أفريل 2014.
- 6- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لنماذج رسالة العرض والتصريح والإكتتاب والتصريح بالنزاهة، ج ر عدد 24، الصادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.
- 7- رحيمة الصغير ساعد ندميلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 66.
- 8- محمد بن سعيد بن محمد المعمري: الرقابة القضائية على العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 193.
- 9- رحيمة الصغير ساعد ندميلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 66.
- 10- المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436، الموافق ل 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.
- 11- صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة 2017، ص 84.
- 12- المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247، مرجع سابق.
- 13- المادة 40 من نفس المرسوم.
- 14- المادة 42 من نفس المرسوم.
- 15- المادة 43 من نفس المرسوم.
- 16- المادة 44 من نفس المرسوم.
- 17- المادة 45 من نفس المرسوم.
- 18- المادة 47 من نفس المرسوم.
- 19- رحيمة الصغير ساعد ندميلي: العقد الإداري الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 107.
- 20- صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة 2017، ص 106.
- 21- المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

- 22- عبد المجيد الشواربي: العقود الإدارية في ظل الفقه والقضاء والتشريع، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2003، ص 88.
- 23- عاطف محمد عبد اللطيف: إمتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 110.
- 24- نفس المرجع، نفس الصفحة.
- 25- نفس المرجع، ص 111.

قائمة المراجع

- 1- عبد المجيد الشواربي: العقود الإدارية في ظل الفقه والقضاء والتشريع، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) 2003.
- 2- عاطف محمد عبد اللطيف: امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات "دراسة مقارنة بأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
- 3- جابر جاد نصار: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.
- 4- رحيمة الصغير ساعد ندميلي: العقد الإداري الإلكتروني "دراسة تحليلية مقارنة"، (د ذ ر ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2010.
- 5- صفاء فتوح جمعة: العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر والقانون، المنصورة 2017، ص 84.
- 6- محمد بن سعيد بن محمد المعمرى: الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر) 2011.

النصوص القانونية:

I. النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، صادرة بتاريخ 18 أوت 2010.
- 2- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436، الموافق ل 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

II. النصوص التنظيمية:

- 1- قرار وزاري مؤرخ في 13 محرم 1435، الموافق ل 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 9 أفريل 2014.
- 2- قرار وزاري مؤرخ في 28 مارس 2011، المحدد لنماذج رسالة العرض والتصريح والإكتتاب والتصريح بالنزاهة، ج ر عدد 24، الصادرة بتاريخ 20 أفريل 2011.