

مخالفة مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية - دراسة مقارنة*-

BOUMEGOURA née BEZZAHI Saloua, Doctorante,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université Badji Mokhtar, Annaba, Algérie.

بومقورة "م" بزاجي سلوى، طالبة دكتوراه،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.

الملخص:

يعدّ الخضوع لقواعد المنافسة مبدأ ضروريا في مجال الصفقات العمومية، بهدف الوصول إلى عدة عروض من عدة متنافسين مما يسمح بالحصول على أفضل عرض، ويضمن حسن استعمال المال العام. لكن المصلحة المتعاقدة قد تلجأ إلى خرق قواعد العلانية والمنافسة أثناء إبرام الصفقات العمومية مما يجعلها مشوبة باللامشروعية الصارخة.

الكلمات المفتاحية:

صفقة عمومية، مبدأ المنافسة، مبدأ العلانية، عدم التمييز بين المتنافسين.

Leaders violation of the freedom of competition in public procurement -comparative analysis-

Abstract:

Is subject to the principle of competition is necessary in the subject of public contracts in order to reach several offers from several competitors, allowing access to the best offer and ensure proper use of public money, but the contracting interest may resort to a breach of the rules of openness and competition during the conclusion of public contracts, making it tinged illegal flagrant.

Key words:

Recipe generally, the principle of competition, the principle of openness, non-discrimination.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/10/02 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/12/15 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

La violation du principe de la concurrence en matière de marchés publics -étude comparative-

Résumé :

Procéder à une mise en concurrence en matière de marchés publics est nécessaire avant tout pour susciter une diversité des offres. Elle permet d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics. Mais malheureusement, il peut y arriver que la procédure de passation d'un marché se déroule dans de mauvaises conditions lorsque le service contractant viole les obligations de publicité et de mise en concurrence en ce qu'elle entache le marché d'une grave irrégularité.

Mots clés :

Marché public, la mise en concurrence, le principe de publicité, non discrimination entre les concurrents.

مقدمة

يعدّ مبدأ حرية المنافسة أحد أهم المقومات التي تركز عليها الصفة العمومية في جميع النظم القانونية الحديثة، لذا لم يترسّخ وجوده بمقتضى النظرية العامة للقانون فحسب بل بمقتضى نصوص تشريعية تفرض احترامه⁽¹⁾.

يقصد بحرية المنافسة فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية للتقدم بعطاءاتهم إلى المصالح المتعاقدة، شرط استيفائهم للشروط القانونية التي تحددها الإدارة مسبقا⁽²⁾.

كرّس المشرع الجزائري حرية المنافسة في تنظيم الصفقات العمومية، مؤكّدا على وجوب مراعاة الصفقات العمومية لمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية⁽³⁾. أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عبر عن حرية المنافسة في رأيه الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 2000 مصرّحا بأنّه: "لا يمكن لأي نص ولا لأي مبدأ أن يمنع بسبب طبيعته شخصا عاما من فتح باب الترشح أمام المهتمين بهدف الحصول على الصفة"⁽⁴⁾.

رغم أنّ مبدأ حرية المنافسة يعدّ مبدأ حديثا نسبيا بالنظر إلى تاريخ ظهوره، غير أنّه يشكّل منذ عقدين، أحد أهم عوامل تطوير المكونات الإجرائية والمادية للقانون العام وكذا سلطات القاضي الإداري، عن طريق إعطاء مفهوم جديد للمصالح العام، و ذلك بفرض احترام قواعد جديدة على السلطات العمومية⁽⁵⁾.

لعل أكبر دليل على أهمية هذا المبدأ، ما صرح به نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي Jean-Marc Sauvé قائلا: "تظهر قوة القانون العام الفرنسي في قدرته على البقاء مخلصا لمفهوم المصالح العام الذي يشكّل حجر زاويته، بالتصالح المتناغم والمجدي مع المتطلبات المرتبطة بحرية المنافسة، و هو ما أنتج عمقا حقيقيا لقيم القانون العام وتجديدا لسلطات القاضي الإداري"⁽⁶⁾.

رغم الأهمية المتناهية التي يتصف بها تطبيق هذا المبدأ، فإن الإدارة تسعى في أغلب الأحيان إلى خرقه، بهدف التلاعب بالصفقة العمومية واستنزاف المال العام، فما هي صور ومظاهر المخالفة التي قد تخرق قواعد المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

تأخذ مخالفة حرية الوصول إلى الطلبات العامة (حرية المنافسة) إحدى الصورتين، أولها مخالفة الإدارة لعلانية الصفقة العمومية وثانيها مخالفتها لمبدأ عدم التمييز بين المرشحين.

أولاً: مخالفة الإدارة لمبدأ علانية الصفقة العمومية

لا سبيل لتحقيق حرية المنافسة بين المرشحين، إلا بتحقيق مبدأ ثاني يعرف "بعلانية الصفقة العمومية". ويقصد به إعلام جميع المهتمين لأمر الصفقة بكل ما يتعلق بموضوعها وشروطها التقنية والمالية. وكذا آجال تنفيذها علماً ينتفي معه جهلهم بالعناصر المتعلقة بها.

أ. مخالفة الإدارة لوسائل الإعلان عن الصفقة

يعدّ الإشهار الصحفي الوسيلة القانونية لتحقيق علم الكافة بالصفقة، لذا جعله المشرع الجزائري إجراءً جوهرياً⁽⁷⁾، تلتزم به المصلحة المتعاقدة في الحالات التالية:

— طلب العروض المفتوح.

— طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.

— طلب العروض المحدود.

— المسابقة.

— التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

يلاحظ في هذا الإطار التوافق التشريعي بين المادتين 61 و41 من تنظيم الصفقات العمومية، إذ قصرت المادة 61 إجبارية الإعلان عن الصفقة في أسلوب طلب العروض دون التراضي كقاعدة عامة، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 التي عرفت التراضي على أنه "تخصيص الصفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة". لذا لا يتطلب هذا الأمر بطبيعته إعلاناً عن الصفقة، نظراً لطابع الاستعجال أو الخصوصية اللذان يسمانه في أغلب الأحيان.

لم يكتف المشرع الجزائري بالنص على إجبارية الإعلان بل حدد وسائله بدقة متناهية، إذ فرض على الإدارة تحرير الإعلان عن المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، وذلك بنشره إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن. ر. ص. م. ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني⁽⁸⁾.

ما اشتراط المشرع للنشر في جريدتين يوميتين وليس جرائد أسبوعية أو مجلات شهرية، إلا تأكيد على رغبته في تحقيق الإعلام التام بمحتوى الصفقة، وهو ما تدعمه فكرة النشر في جريدتين موزعتين على المستوى الوطني، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتم الإشهار في جرائد محلية لأنه يستحيل في هذه الحالة تحقق علم جميع المواطنين بها⁽⁹⁾.

بالإضافة إلى الوسائل القانونية السابقة للنشر، منح المشرع للهيئات المحلية والمتمثلة في الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها، إمكانية نشر إعلان المناقصة بإحدى الوسائل التالية:

— نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.

— إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية للولاية، لكافة بلديات الولاية، بغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، للمديرية التقنية المعنية في الولاية.

وذلك في حالة صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات، التي يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مئة مليون دينار جزائري (100000000 دج) أو يقل عنها. وخمسون مليون دينار (50000000 دج) أو يقل عنها⁽¹⁰⁾.

تماشيا مع التطور التكنولوجي الحاصل، استحدث المشرع آلية النشر الإلكتروني بمقتضى المادة 173 من تنظيم الصفقات العمومية بنصه على أن: "تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية". وبهذا الأسلوب، يمكن للمتعهدين أو المترشحين للصفقة العمومية أن يردوا على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، باعتباره الوسيلة الأكثر شيوعا، إذ لم تعد الصحف اليومية تلقى إقبالا كما في السابق، بعكس الاطلاع على الجرائد إلكترونيا والذي أضحي إحدى أهم وسائل الإعلام⁽¹¹⁾.

أصرّ تنظيم الصفقات العمومية على نشر قرار المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة، مع تحديد السعر وأجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة، غير أنّ الفقرة الثانية من المادة 65 علّقت هذا النشر على شرط إمكانية تحقيقه.

يسمح نشر قرار المنح المؤقت في نفس الوسائل التي تم بها الإعلان عن الصفقة بمعرفة الجميع بهوية الفائز بالصفقة، ومعايير اختياره وهو ما يمنحهم فرصة الطعن في قرار المصلحة المتعاقدة عن طريق التظلم أمام لجنة الصفقات المختصة، ما يعدّ ضمانا حقيقية لشفافية الصفقة وحرية المنافسة.

بناء على ما تقدم، يتضح لنا جسامه الخطأ الذي قد تفتقره المصلحة المتعاقدة متى خالفت مبدأ علانية الصفقة، إذا قامت بإبرام مناقصة دون اللجوء إلى الإشهار الصحفي، أو إذا قامت به دون الالتزام بوسائله القانونية المشروطة في تنظيم الصفقات العمومية. وقد

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار الإعلان عن الصفقة التي أبرمتها "Pyrénées-Orientales" باطلا، لعدم نشره في النشرة الرسمية للإعلان عن الصفقات العمومية⁽¹²⁾.

يقع على عاتق المترشح في جميع الأحوال، إثبات المخالفة التي ارتكبتها المصلحة المتعاقدة لوسائل الإعلان عن الصفقة صريحة كانت أو ضمنية. غير أنّ الصعوبة التي من الممكن أن تواجهه في هذا الإطار، تتعلق بكيفية إثبات فكرة إرسال ترشحه بالوسائل الإلكترونية تطبيقاً للمادة 203 من تنظيم الصفقات العمومية.

II. مخالفة الإدارة لبيانات الإعلان عن الصفقة

تثور أغلب النزاعات المتعلقة بإبرام الصفقة لمخالفة الإدارة للبيانات المحددة لموضوعها. وإن كانت مخالفة الوسائل مخالفة شكلية لإجراء جوهري، فإنّ مخالفتها للبيانات التي يحددها تنظيم الصفقات العمومية، تعدّ مخالفة لشكليات جهرية تتعلق بالإعلان عن الصفقة.

تلزم المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بتضمين في الإعلان عن المناقصة البيانات الإلزامية الآتية:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة.
- شروط التأهيل أو الانتقاء العشوائي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداع العروض.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

بما أنّ المشرع قد نص على إلزامية احتواء إعلان المناقصة على هذه البيانات، فذلك يعني بأنّ أي مخالفة لنص المادة 62، بإغفال أحد البيانات المنصوص عليها، يمكن أن يؤدي إلى نزاعات بين المترشح والمصلحة المتعاقدة. غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي فرق بين الشكليات الجوهرية التي يترتب تخلفها بطلان الإعلان، كمخالفة المواعيد المنصوص عليها قانوناً⁽¹³⁾. وبين الأشكال غير الجوهرية التي لا يترتب عنها البطلان، لعدم ذكر وثيقة ما أو وجود أخطاء مادية في الأرقام يكتشفها أصحاب الشأن⁽¹⁴⁾. وقد أكدّ مجلس الدولة الفرنسي، بأنّ الإدارة مجبرة على

ذكر وسائل وكيفيات دفع المقابل المالي في الإعلان عن الصفقة والدعوة إلى المنافسة، إذ يتعين عليها الإشارة إلى مصادر تمويل الصفقة سواء كانت تمويلا ذاتيا أو خارجيا، عاما أو خاصا وذلك تحت طائلة بطلان إجراء الإعلان⁽¹⁵⁾.

إن كان التحديد الدقيق لبيانات الإعلان ضمانا أساسية لتحقيق علانيتها، فليس الوحيد الضامن لذلك، إذ تلتزم المصلحة المتعاقدة بأن تضع الوثائق وجميع المعلومات الضرورية تحت تصرف المرشحين المسموح لهم بتقديم تعهد، و ذلك حتى يتمكنوا جميعا من تقديم تعهدات مقبولة وتخص هذه المعلومات⁽¹⁶⁾:

— الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات، بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتوجات أو الخدمات، و كذا التصاميم والرسوم والتعليمات الضرورية إن اقتضى الأمر ذلك.

— الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة.

— المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين.

— اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصحبها.

— كيفيات التسديد.

— كل الكيفيات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة، و التي يجب أن تخضع لها الصفقة.

— الأجل الممنوح لتحضير العروض.

— أجل صلاحية العروض.

— آخر ساعة لإيداع العروض والشكلية المعتمدة فيه.

— ساعة فتح الأظرفة.

— الإعلان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات.

كما يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين، أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية⁽¹⁷⁾.

يعتبر النص على الأجل الممنوح لتحضير العروض بيانا جوهريا، يجب أن يشير إليه إعلان الصفقة ووثائقها.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا محددًا وموحدا بالنسبة لجميع الصفقات، وهو أمر طبيعي، إذ يختلف أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة، مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتمز طرحها، و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات طبقا للمادة 50 من تنظيم الصفقات العمومية. وبذلك تختلف آجال تحضير العروض حسب نوع

وموضوع الصفقة، فالصفقات المعقّدة يجب أن تمنح آجال تحضير أطول من تلك الممنوحة للصفقات البسيطة⁽¹⁸⁾.

نظرا لأهمية توافق آجال تحضير العروض مع طبيعة الصفقة، منح المشرع للمصلحة المتعاقدة حق تمديد أجل تقديم العروض، متى اقتضت الضرورة ذلك بشرط إعلام المرشحين بذلك بكافة الوسائل، و هو ما يؤكّد الحرص التشريعي على تحقق علانية العلم ببيانات الصفقة لموضوعها وكافة شروطها. وقد رتب مجلس الدولة الفرنسي بطلان الصفقة العمومية بسبب الاختلاف المرتبط بالمعلومات المتعلقة بتاريخ بدء ومدة تنفيذ الصفقة بين قرار الإعلان عن الصفقة ونظام الاستشارة وهو ما يجعله مصدرا للإيهام والغموض بطريقة تخرق مبدأ المنافسة⁽¹⁹⁾.

يحدد أجل تحضير العروض، بالاستناد إلى تاريخ نشرها الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، كما يدرج أيضا في دفتر الشروط و يوافق آخر يوم وآخر ساعة لإيداع العروض، ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية آخر يوم من تحضير العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإنّ مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي.

ولا يعني العلم بالصفقة علما يقينيا العلم ببيانات الإعلان أو الوثائق الموضوعة تحت تصرف المترشحين فقط. بل العلم بكل ما يتضمنه مشروع الصفقة ودفتر شروطها، لذا نصت المادة 95 من القسم الأول من الفصل الرابع تحت عنوان البيانات الإلزامية الصفقة على وجوب إشارة الصفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المرسوم⁽²⁰⁾.

إذ يجب أن تتضمن الصفقة على الخصوص البيانات التالية:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.
- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة و صفتهم.
- موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفاً دقيقاً.
- المبلغ المفصل والموزع بالعمللة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة.
- شروط التسديد.
- أجل تنفيذ الصفقة.
- بنك محل الوفاء.
- شروط فسخ الصفقة.
- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه.

- إضافة إلى البيانات الأصلية السالف ذكرها نص المشرع على بيانات تكميلية أخرى يجب أن تحتويها الصفقة وهي:
- كيفية إبرام الصفقة.
 - الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزء لا يتجزأ منها.
 - شروط عمل المتعاملين الثانويين واعتمادهم إن وجدوا.
 - بند مراجعة الأسعار.
 - بنك الرهن الحيازي إن كان مطلوباً.
 - نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها.
 - كفاءات تطبيق حالات القوة القاهرة.
 - شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ.
 - النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم.
 - شروط استلام الصفقة.
 - القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات.
 - بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل.
 - البنود المتعلقة بحماية البيئة.
 - البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية.
- باستقراء المادة 95، يتضح لنا أهمية البنود التي يجب أن تنطوي عليها الصفقة لتحقيق مبدأ حرية المنافسة، والتي قد يؤدي عدم استيفائها إلى نشوب نزاعات بين المرشحين والإدارة، خاصة فيما يتعلق بالقانون المطبق وشروط تسوية الخلافات، خصوصاً بالنسبة للصفقات الدولية، أين قد يؤدي جهل المرشحين بالقانون الذي يخضعون له في حالات نشوب نزاعات إلى إحجامهم عن الترشح للصفقة، وهو ما شأنه المساس بمبدأ حرية المنافسة.
- ثانياً: مخالفة الإدارة لمبدأ عدم التمييز بين المترشحين للصفقة**
- لا يقوم مبدأ حرية المنافسة على فكرة علانية الصفقة العمومية فحسب، بل يركز أيضاً على مبدأ عدم التمييز بين المترشحين، إذ لا يجوز بأي حال من الأحوال التفرقة في المعاملة بينهم بإقصاء أو استبعاد البعض منهم أو بتفضيل البعض الآخر.
- تضافرت الجهود في فرنسا لإلغاء أي نصوص قانونية تكرر أي تمييز بين المترشحين لدخول الصفقة العمومية، فأبرمت فرنسا اتفاق "Tokyo Round Gatt" الذي أشار إلى ضرورة

ضمان مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، كما رسّخ مجموعة من القواعد المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية وعدالة إبرامها، وعدم التمييز بين المرشحين في الوصول لطلبات العامة⁽²¹⁾.

من جهته أكد البنك الدولي على ضرورة احترام الدول لمبدأ المنافسة وارتكاز اختيار المتعامل المتعاقد على معايير الكفاءة. أما المنظمة العالمية للتجارة فقد حددت سنة 1966 قواعد المنافسة، محدّرة من أي ممارسات منطوية على أي تمييز ضد السلع أو المتعاملين الأجانب⁽²²⁾.

أما في الجزائر فيكرس الدستور مبدأ المساواة بين المواطنين، وعدم القيام بأي ممارسة من قبل مؤسسات الدولة للتمييز بين المواطنين⁽²³⁾.

يرتب تنظيم الصفقات العمومية جزاء إلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق. أو إلى اتخاذ أي تدبير ردعي يمكن أن يصل إلى حد التسجيل في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية، وفسخ الصفقة متى ثبت منح مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته لأي شخص، بمناسبة تحضيرها أو إبرامها أو تنفيذها. وهو ما يعني رفض المشرع الجزائري لأي محاباة أو تمييز لصالح أي مترشح في الصفقة العمومية.

يعرف مبدأ حظر التمييز بين المترشحين لدخول الصفقة تطبيقا واسعا من خلال إجراءات إبرام الصفقة (أولا) غير أنه ترد على هذا المبدأ عدة استثناءات (ثانيا).

1. الإجراءات المكرسة لمبدأ عدم التمييز بين المترشحين للصفقة

تظهر الإجراءات المكرسة لمبدأ عدم التمييز بين المترشحين للصفقة، بهدف الوصول إلى حرية المنافسة في إجراءين هما:

1. قبول جميع العروض المطابقة للمواصفات دون تمييز

أوجبت المادتان 63 و64 من تنظيم الصفقات العمومية، أن توضع تحت تصرف المرشحين لدخول الصفقة العمومية كافة الوسائل والوثائق التي تضمن أكبر مشاركة للمهتمين بالصفقة، لفتح باب المنافسة على مصراعيه أمام المرشحين لدخول الصفقة.

لم يترك المشرع للمصلحة المتعاقدة حرية تقدير محتوى التعهدات، بل نص على وجوب اشتغال التعهدات على عرضين تقني ومالي، محددا مشتملات كلا من العرضين التقني والمالي⁽²⁴⁾.

إذ لا يجوز مطلقا أن تشترط المصلحة المتعاقدة على أحد المترشحين أن يقدم تصريحاً بالنزاهة أو مستخرجا من صحيفة السوابق القضائية، بينما تعفي مرشحا آخر من تقديمها وإلا عدّ هذا تمييزا صريحا بين المترشحين و مخالفة مباشرة لمبدأ حرية المنافسة⁽²⁵⁾.

تفاديا لأي تمييز بين المتعهدين، أكدت المادة 80 من تنظيم الصفقات العمومية على أنه لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة، و أثناء تقديم العروض لاختيار الشريك المتعاقد.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية في "Chalons-sur marne" في هذا الشأن بأن صفقة الدراسات المبرمة بتاريخ 06 أكتوبر 1993 بين « oth-est » و le cabinet « société Seda au nom sivonat » باطلة لأن قرار المنح المؤقت جاء بعد تفاوض غير قانوني أثناء فترة تقييم العروض⁽²⁶⁾.

إذا كان تنظيم الصفقات العمومية، يفرض قبول المتعهدين على أساس توفرهم على الشروط المطلوبة في الإعلان عن الصفقة، فإنه يجب الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة مقيدة في مسألة وضع شروط المنافسة، إذ يحظر عليها بأي شكل من الأشكال وضع شروط تقنية أو مالية، لا تهدف إلى تحقيق الصفقة المطلوبة، بل إلى تضيق في مجال المنافسة أو إقصاء أحد المرشحين، وقد اعتبرت وزيرة الاقتصاد الفرنسية في ردها على سؤال طرحة أحد نواب البرلمان، بأن اختيار المتعامل على أساس حصوله على تأهيل من مصالح المياه ينطوي على تمييز، لأن هذا المعيار ليس ضروريا بالنظر إلى موضوع الصفقة، ولا بالنظر إلى طبيعة الخدمات المطلوب تنفيذها، لذا يجب أن ينظر إليه على أساس أنه إجراء تمييزي يمس بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وكذا مبدأ المساواة بين المرشحين لدخول الصفقة⁽²⁷⁾.

كما اعتبرت وزيرة الاقتصاد والصناعة والعمل الفرنسية، في ردها على سؤال طرحة نائب برلماني حول مدى مشروعية شرط تواجد المؤسسة المرشحة في حيز جغرافي يخدم التنمية المستدامة، ويحافظ على البيئة لدخولها الصفقة العمومية، بأنه رغم حرص فرنسا والاتحاد الأوروبي على تحقيق أكبر توافق بين قانوني الصفقات العمومية والقوانين البيئية، مما يجعل المصلحة المتعاقدة ملزمة على وضع شروط تتلاءم وهذه الغاية، إلا أن شرط تواجد المؤسسة المشاركة في حيز جغرافي يخدم الصفقة والبيئة معا، يعدّ معيارا تمييزيا يؤدي إلى التمييز بين المرشحين، و يمس بالمبادئ الأساسية التي ترتكز عليها الصفقة العمومية⁽²⁸⁾.

كذلك يعتبر شرط وجود مقر المتعامل المتعاقد بالدولة التي ستبرم الصفقة، معيارا تمييزيا إذا لم يكن موضوع العقد وطبيعته يتطلبانه، إذ عدّ اختيار المصلحة المتعاقدة معيبا في صفقة مبرمة سنة 2009، في إطار سياسة دعم الاقتصاد الفرنسي لمؤسسة فرنسية على أساس أصلها وجنسيته رغم ترتيبها في المركز الثاني بعد مؤسسة أجنبية بفارق 0,01 مما أحدث فارقا ماليا يقدر ب 15000 يورو في صفقة قيمتها 6 مليون يورو، فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التمييز على أساس أصل المتعامل مرفوض، حتى لو كان بلد المصلحة المتعاقدة المقصاة بسبب جنسيتها أو أصلها، لا يسمح بمشاركة المؤسسات الفرنسية في صفقاته⁽²⁹⁾.

2. اختيار المتعامل المتعاقد على أساس معايير موضوعية

يعدّ اختيار المتعاقد مع الإدارة على أسس موضوعية تجسيدا حقيقيا لمبدأ حرية المنافسة، لذا تعدّ كل مخالفة من جانب الإدارة لهذه لقاعدة انحرافا عن سلطتها في تحقيق الصالح العام، و هو ما قد يؤدي إلى نشوب نزاعات بينها وبين المرشحين لدخول الصفقة، قد تصل إلى حد بطلان الصفقة، إذا وصلت هذه النزاعات إلى منازعات قضائية، تأسيسا على عدم مشروعية الصفقة المخالفة لمبدأ حرية المنافسة.

درءا لتعسف الإدارة في اختيار المتعاقد معها، عمد المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية، في القسم الخامس من الفصل الثالث تحت عنوان اختيار المتعامل المتعاقد، إلى إلزام المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها على أساس نظام تنقيط مؤسس لاسيما على ما يأتي⁽³⁰⁾:

- الضمانات التقنية والمالية.
- السعر والنوعية وآجال 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 أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات.
- المنشأ الجزائري أو الأجنبي للمنتوج والإدماج في الاقتصاد الوطني، وأهمية الحصص أو المنتجات موضوع التعامل الوطني في السوق الجزائرية.
- ولم ترد هذه المعايير على سبيل الحصر، بل من منطلق الذكر وهو ما تؤكد الفقره الأخيرة من المادة 78 بنصها على أنه "يمكن أن تستخدم معايير أخرى بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة". وحتى تتمكن الإدارة من اختيار المتعاقد على أسس موضوعية محايدة تضمن حرية المنافسة ينبغي عليها التأكد من تأهيل المرشحين، إذ يتعين عليها التأكد من قدراتهم التقنية والمالية والتجارية.
- لا تكتفي الإدارة بالتأكد من خلال اشتراط تقديم وثائق تثبت قدرة المرشحين وتأهيلهم، بل قد تلجأ إلى الاستعلام عن قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية أثناء فترة تقييم العروض، إذا اقتضت الضرورة ذلك بهدف أن يكون اختيارها سديدا.
- خوّل المشرع للإدارة استعمال كل وسيلة قانونية تمكنها من الاستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العام ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج⁽³¹⁾.

متى تأكدت المصلحة المتعاقدة من توفر المؤهلات، واطمأنت إلى اختيار المتعاقد الملائم قامت بتخصيص الصفقة لمرشح يعتقد أنه قادر على تنفيذ الصفقة⁽³²⁾.

تأكيدا على ضرورة نبذ أي تمييز في اختيار المتعاقد، أجبرت المادة 78 المصلحة المتعاقدة على ذكر معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها في دفتر شروط المناقصة، بهدف السماح للمتعهدين بالتعرف على أسس اختيار المتعاقد، مما يمنحهم فرصة الطعن في قرار المنح المؤقت، متى أدركوا عدم مشروعيتها لمساسه بحرية المنافسة.

أكد القضاء الإداري الفرنسي على ضرورة تحديد المعايير التي تم على أساسها اختيار المتعاقد في حكم "Beentyes" الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2000 والذي جاء فيه ما يلي: "حيث أنه يجب التذكير في معرض الحال بأنه إن لم تعتمد المصلحة المتعاقدة على معيار الثمن الأقل كمعيار وحيد للاختيار، بل اعتمدت على معايير عدة فإنها كان عليها ذكر هذه المعايير بالتفصيل وعدم الاكتفاء بذكر معيار الثمن الأقل"⁽³²⁾.

سار قضاء الاتحاد الأوروبي في نفس الاتجاه، إذ اعتبرت محكمة قضاء الاتحاد الأوروبي (C. E) بأن قيام المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها على أساس معايير تم وضعها لاحقا، لم ترد في الإعلان عن الصفقة ولا في دفتر شروطها يشكل مساسا بمبدأ المنافسة⁽³³⁾. من جهته اعتبر القضاء الفرنسي بأن رقابته على تطبيق مبدأ حرية المنافسة، لا تتوقف عند حد التأكد من اختيار المتعاقد وفق معايير تم الإعلان عنها مسبقا، بل تصل رقابته إلى حد الرقابة على مدى توفيق المصلحة المتعاقدة، في اختيار المعيار الذي تم على أساسه إرساء الصفقة، مؤكدا على أن اختيارها للمتعاقد على أساس معيار السعر كمعيار وحيد، ينبغي أن يكون مبررا بموضوع الصفقة⁽³⁴⁾.

أما محكمة الاستئناف الإدارية بـ: "Bordeaux"، فقد اعتبرت بأن اعتماد الإدارة على معيار حجم العمل المسند للمصلحة المتعاقدة، بهدف عدم الإضرار بنوعية الصفقات والمشاريع الأخرى المسندة إليها دون أن تعتمد على المعايير المذكورة في قرار الإعلان عن الصفقة، يعدّ مساسا خطيرا بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية⁽³⁵⁾.

II. الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التمييز بين المتنافسين

رغم القيمة القانونية التي يتمتع بها مبدأ عدم التمييز بين المتنافسين، و تأثيره البالغ على تحقق مبدأ المساواة بين المرشحين وشفافية الصفقة، إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات المبررة بتحقيق الصالح العام. وهو ما يؤكده نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي بقوله بأن: "المنافسة لا تعدّ بحدّ ذاتها مبدأ مطلقا، فالتطبيقات التي يفرضها هذا المبدأ ينبغي أن تتلاءم مع مقتضيات الصالح العام، لأنها أصبحت في واقع الأمر أحد مكونات ومقومات الصالح العام،

عن طريق مساهمتها في إثراء دولة القانون... فأصبحت بذلك وسيلة تصالح بين الصالح العام والمصلحة الخاصة للأفراد⁽³⁶⁾.

يمكن رد الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم التمييز بين المتنافسين إلى صورتين، أولاهما المنع من دخول الصفقة لخطأ الترشح للصفقة والمنع بسبب شروط تضعها المصلحة المتعاقدة.

1. المنع من دخول الصفقة لخطأ المرشح

رغم أنّ المنع من دخول الصفقة العمومية لأحد المرشحين، ينطوي على تمييز صريح بين المرشحين، غير أنّ هذا المنع وهذه المخالفة، تقوم على فكرة حماية الصالح العام من مرشح يخشى أن يتسبب بإهدار المال العام في حالة ما إذا تم اختياره.

كان تنظيم الصفقات العمومية الجزائي، يتفادى لسنوات طويلة فكرة الإشارة إلى الفئات المحرومة من دخول الصفقة على عكس نظيريه الفرنسي والمصري⁽³⁷⁾. ليتم النص عليها في القسم الرابع تحت عنوان حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية فنصت المادة 75 منه على أن: "يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من المشاركة في الصفقات العمومية، المتعاملون الاقتصاديون:

- الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض.
- 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 له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهتهم المهنية.
- الذين لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية.
- الذين لا يستوفون الإيداع القانوني لحسابات شركاتهم.
- الذين قاموا بتصريح كاذب.
- المسجلون في قائمة المؤسسات المخلة بالتزاماتها بعدما كانوا محل مقررات الفسخ تحت مسؤوليتهم.
- المسجلون في قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 89⁽³⁸⁾.

— المسجلون في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش، أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجباية والجمارك والتجارة.

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

— الذين أخلوا بالتزامهم المحدد في المادة 84.

يعدّ المنع من دخول الصفقة في الحالات المحددة في المادة 62 حرمانا جزئيا، غايته سد الطريق أمام المرشح سيء السمعة وطنيا كان أو أجنبيا.

و قد خوّل القضاء الإداري الفرنسي للمصلحة المتعاقدة حق حرمان المرشح من دخول الصفقة، آخذة بعين الاعتبار الصعوبات التي واجهتها في تعاملاتها السابقة معه بشأن تنفيذ الصفقة⁽³⁹⁾.

2. المنع من دخول الصفقة بسبب شروط تفرضها لمصلحة المتعاقدة

في كثير من الحالات تعتمد المصلحة المتعاقدة إلى التضييق من باب المنافسة، عن طريق فرض شروط تقنية عادة ما تتعلق بمؤهلات المرشح، و ذلك بهدف الوصول إلى أحسن تنفيذ للصفقة العمومية، وهو ما يعني إقصاء فئة معينة من دخول الصفقة، وهي في أغلب الأحيان الفئة التي لا تتوافر فيها الشروط المطلوبة.

من قبيل الشروط التي قد تتطلبها المصلحة المتعاقدة شهادة خبرة أو جودة في مجال معين، مما قد يدفعها إلى اللجوء إلى أسلوب طلب العروض المحدود. كذلك يؤدي اللجوء إلى أسلوب الاستشارة الانتقائية إلى غرلة المرشحين للصفقة منذ البداية عن طريق إجراء الانتقاء الأولي. كما قد تشترط المصلحة المتعاقدة ضرورة الحصول على ترخيص مسبق، فيما يخص المهندسين أو الخبراء أو مكاتب الدراسات من الوزير المعني لإبرام صفقات الدراسات مع إحدى المصالح التابعة للوزارات المكلفة بالسكن والعمران والموارد المائية والأشغال العمومية⁽⁴⁰⁾.

كما خول القضاء الإداري الفرنسي للمصلحة المتعاقدة حق استبعاد العرض المقدم من متعهد، تأسيسا على عدم استيفائه للمؤهلات التقنية المطلوبة، ولا يشكّل ذلك أي مساس بمبدأ المنافسة، إذ أنّ الهدف من فتح باب التنافس في الأساس هو الحصول على العرض الأفضل⁽⁴¹⁾.

إذا كانت المخالفة لمبدأ حرية المنافسة تبدو مشروعة في هذه الحالة لحرمان الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة من دخول الصفقة، فقد أقرّ المشرع الجزائري حالة أخرى يمكن فيها للمصلحة المتعاقدة إقصاء العرض المقبول بناء على اقتراح من لجنة تقييم العروض، متى أثبتت أنّه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق، أو تسببه في اختلال المنافسة في القطاع المعني.

منح التنظيم الحالي للمصلحة المتعاقدة حرية إثبات ذلك بأي وسيلة كانت، غير أنّه اشترط أن تتم الإشارة إلى حق المصلحة المتعاقدة في رفض العرض المقبول مسبقا في شروط طلب العروض.

كما منحها حق رفض العرض المالي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقتا، متى اتضح للمصلحة المتعاقدة انخفاض عرضه المالي بشكل غير عادي وذلك بموجب قرار معلل. يعدّ الحرمان في هاته الحالات مبررا بالمصلحة العامة، التي من الممكن أن تتضرر جراء منح الصفقة لمتعاقل يحتكر السوق أو يؤدي إلى اختلال المنافسة. أو إذا كان يخشى من سوء تنفيذ الصفقة وعدم ضمان النوعية، بسبب انخفاض العرض المالي بشكل غير معقول. إن كانت مخالفة الإدارة لمبدأ حرية المنافسة خطأ جسيما يؤدي إلى نشوب نزاعات حول إبرام الصفقة، فإنّه في مثل حالات الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، تعدّ مخالفة مشروعة لأنها تقوم على أساس قانوني، إما لوجود نص قانوني يجيز الخروج عن قاعدة عدم التمييز بين المتعاقدين، أو لاشتراط الإدارة لمجموعة من المواصفات التي تضمن تحقيق الصالح العام.

خاتمة

مهما يكن من أمر فإنّه يتعين على المشرع الجزائري- كنظيره الفرنسي- ضمان التجسيد الحقيقي لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية عن طريق:

- دعم المنظومة القانونية بنصوص قانونية واضحة تكرس بشكل أوفر مبدأ المنافسة.
- التخلي عن التعديل الدوري والعشوائي لتنظيم الصفقات العمومية الذي أثر سلبا على صياغته القانونية.

- إلغاء فكرة أفضلية المنتج الجزائري باعتبارها خرقا صريحا لحرية المنافسة.

كما يتعين على القاضي الإداري الجزائري باعتباره حارس المشروعية، أن يلعب دوره الابتكاري الخلاق في حل المنازعات المرفوعة أمامه مع تكريس قضائي أكبر لهذا المبدأ. لا أحسبني متحيزة أبدا، إن قلت أنّه ينبغي علينا أن ننظر إلى فرنسا كمثال قانوني يحتذى به. حيث ينظر إلى هذا المبدأ على أنّه المبدأ الذي أعاد الاعتبار لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي، خاصة في ظل الأزمة الاقتصادية الحالية، لذا فإنّه متى تم تأطير المنافسة تشريعا وقضائيا بشكل جيد فإنّها ستشكل أحد حلول الأزمة الاقتصادية وليس سببا لها.

مهما كان الاختلاف حول أساليب فرضها، فإنّ المبدأ ذاته يلقي قبولا وترحيبا من الجميع⁽⁴²⁾ في فرنسا، وهو نفس التوجه الذي نتمنى أن يسلكه مشرعنا بتفعيل تطبيق مبدأ المنافسة الحقيقية في مجال الصفقات العمومية، ضمانا لتحقيق تنمية اقتصادية فعلية وفعالة في السنوات القادمة.

الهوامش:

(1) Ibrahim Réfaat Mohamed el-Béherry, Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux, thèse de doctorat en droit, institut de droit de la paix et de développement, université de Nice Sofia-Antioli, mars 2014, p.163.

(2) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص. 62.

(3) انظر المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضها المرفق العام، ج.ج. عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(4) C.E. avis 08/11/2000, société Jean-Louis Bernard consultant, Rec avec les conclusions de Catherine Bergeal.

(5) Jean-Marc Sauvé, « à quoi sert la concurrence », intervention au colloque organisé par la revue concurrence, assemblée nationale française, jeudi 04/12/2014, p. 01-08.

(6) Jean-Marc Sauvé, « Pouvoirs publics et concurrence », intervention au colloque organisé par le conseil d'état français sur: « les entretiens du conseil d'état en droit public économique 07/05/2010, p. 02.

(7) انظر المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247، مرجع سابق التي تنص على أن: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا..."

(8) انظر المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية 15-247 السالف الذكر.

(9) وهو ما أكدته قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية "Région Nord-Pas-De-Calais" مؤكدا على أن قيام مقاطعة "Nord-Pas-De-Calais" بالإعلان عن صفقة عمومية بهدف برمجة تركيب هوائي (pour la programmation de) لمتحف Louvre de Lens عن طريق الإعلان عنها في جريدة محلية من جهة وإعلانا إلكترونيا في موقعها الإلكتروني لمدة 15 يوما يعدّ خرقا لمبدأ علانية الصفقة وبالتبعية لحرية المنافسة. حيث ورد فيه حرفيا ما يلي:

« Que pour passé ce marché selon la procédure adaptée prévue par l'article 28, la région Nord-Pas-De-Calais a choisi d'envoyer à la publication dans le journal régional « la voie du Nord » un avis d'appel public à la concurrence et de diffuser cet avis par la voie de son site d'internet pendant 15 jours, que compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publication suffisante... ». Voir CE, arrêt n° 278732, 07/10/2015, Région Nord-Pas-De-Calais.

(10) يعتبر إجراء الإشهار المحلي إجراء اختياري كرسه المرسوم الرئاسي 03/301 المتعلق بالصفقات العمومية سابقا، غير أنه رغم جوازه قيده بحد قيمي يتوقف على بلوغ قيمة الصفقة حدا معينا، وذلك تبعا لتقدير الإدارة حسب المادة 65 منه.

(11) انظر أيضا المادة 203 المرسوم الرئاسي 15/247 مرجع سابق.

(12) Mireille Berbari, marchés publics, La réforme à travers la jurisprudence, Le Moniteur, Paris, 2001, p. 86. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 275.

(13) عبد المنعم خليفة: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 200، ص. 108.

(14) Voir: CE, 02/06/2004 ville de Paris C/société Polyurbaine A N°, 261296, 261391.

(15) أكدت المادتين 63 و64 من تنظيم الصفقات العمومية على ضرورة وضع هذه الوثائق تحت تصرف المترشحين لدخول الصفقة.

(16) يتم إطلاع المرشحين على الوثائق بالطريقة الإلكترونية طبقا للمواد 203، 204، 205، 206 من تنظيم الصفقات العمومية، وهو ما يقصده المشرع بنصه على إمكانية إرسال هذه الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها، إذ يتصور في هذه الحالة أن الأمر يتعلق بإرسالها إلكترونيا بدلا من وسيلة البريد التي تعد طريقة تقليدية بطيئة ومكلفة في آن واحد.

(17) تأكيداً من المشرع على الارتباط الوثيق بين أجل تحضير العروض وحرية المنافسة فقد نص في الفقرة الرابعة من المادة 60 على: "و مهما يكن من أمر فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض المجال واسعا لأكثر عدد ممكن من المتنافسين".

- (18) CE, 15/04/2015, arrêt du conseil d'Etat du 15 avril 2005, ville de Paris et C/société SITA, n°, 273178, inédit au recueil lebon.
- (19) تعدّ الإشارة إلى التشريع والتنظيم المعمول به، لأنّ علم المرشحين بالمرسوم الذي تخضع له الصفقات يحقق علمه بالحقوق والتزاماته المقررة تشريعيا مما يجعله متنافسا حقيقيا.
- (20) Ibrahim Réfaat Mohamed El-Beherry, op.cit, p. 164-166.
- (21) Ibid, p. 164-166.
- (22) راجع المادتين 32 و34 من الدستور الجزائري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 معدل ومتمم سنة 2002، 2008، 2016.
- (23) انظر المادة 67 من تنظيم الصفقات العمومية والتي حددت مشتملات التعهدات تحديدا مفصلا ودقيقا.
- (24) غير أنّه يمكن في حالة تنفيذ عمليات إنجاز الأشغال تقديم هذه الشهادات بعد تسليم العروض بشرط توفر إجراء جوهري يتمثل في موافقة المصلحة المتعاقدة، ومهما يكن من أمر فإنّ هذه الشهادات لابد أن تقدم قبل التوقيع على الصفقة.
- (25) Mireille Berbarie, marchés publics, op.cit, p. 79.
- (26) Question écrite n° 06626 de M. Paul Raoul, J.O Sénat du 23/07/2009 sur la validité des habilitations délivrées aux entreprises par les agences de l'eau.
- (27) Voir la réponse du ministère de l'économie et de l'industrie et de l'emploi publiée dans le J.O Sénat du 21/01/2010, p.130 sur la question écrite n° 10874 de M. Gérard Bailly sur la proximité géographique d'une entreprise, publié dans le J.O Sénat du 12/11/2009, p. 2612.
- (28) Question écrite n° 10276 de M. Jean-Louis Gagnaire, publiée au J.O Sénat du 01/03/2011.
- (29) انظر في هذا الصدد نص المادة 78 المرسوم الرئاسي 247/15 السابق الذكر.
- (30) يعدّ استعلام المصلحة المتعاقدة عن قدرات المتعهدين لدى مصالح وإدارات أخرى بمثابة تحقيق إداري قبلي، يسمح لها بتفادي التعاقد مع متعهدين غير قادرين على تنفيذ الصفقة، وتظهر فعالية هذا الإجراء خاصة فيما يتعلق بالصفقات الدولية التي غالبا ما تجهل المصلحة المتعاقدة مدى جدية المتعاملين الأجانب فيها.
- (31) نصت المادة 53 من تنظيم المرسوم الرئاسي 247-15 على أنّه: لا يمكن تخصيص الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنّها قادرة على تنفيذها"، ويؤخذ على المشرع استخدامه لمصطلح مؤسسة في حين أنّ التعاقد قد يكون شخصا طبيعيا، كما أنّ كلمة يعتقد تحمل سمة الريبة والشك في اختيار التعاقد وتوحي بأنّها ملزمة ببذل عناية لا تحقيق نتيجة.
- (32) Mireille Berbarie, op.cit, p. 87.
- (33) تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ بلدية "Alexandroupolis" قامت بالإعلان عن صفقة دراسات متعلقة بمسح الأراضي وتعمير منطقة عمرانية. فتقدم عدة مرشحين لتقوم البلدية في النهاية إلى اختيار مكتب دراسات "Loukatos" من بين 13 مكتب دراسات وذلك على أساس معايير أساسية نشرت في إعلان الصفقة ودفتر شروطها ومعايير أخرى فرعية لم ترد الإشارة إليها مسبقا، وهو ما أدى بمكتب دراسات "G. Lianakis AE" بالطعن في اختيار البلدية باعتباره قد تضمن مساسا بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، فرفضت المحكمة الأوروبية ببطالان الصفقة. انظر في هذا الصدد:
- C. J. C. E, 24 janvier 2008, G. Lianakis AE, C/ Dimos Allexandroupolis, A,n C-532/06 Emm.
- (34) « Le choix du prix comme seul critère d'attribution des offres n'est pas discrétionnaire et doit être justifié par l'objet du marché... ». Voir C.E, 06 avril 2007, département de l'isère, n° 298584, mentionné aux tables de recueil lebon.
- (35) Voir CAA Bordeaux, 19 juillet 2005, office publique d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux Aquitanis, n° 01BX02528.
- (36) Jean-Marc Sauvé, « à quoi sert la concurrence », op.cit, p. 04.
- (37) فلم يكن لدينا غير نص المادة 62 من الأمر 31/96 الذي أكد أنّ: " كل شخص حكم عليه قضائيا بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه بسبب تورطه في الغش الجبائي يمنع من المشاركة في الصفقات ولمدة 10 سنوات". أمر رقم 31/96 مؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997، ج. ر عدد 85 الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1996.

⁽³⁸⁾ تتعلق المادة 89 بكل متعامل اقتصادي يرتكب أفعالا أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص مكافأة أو امتياز مهما كانت طبيعته بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لنفسه أو لكيان آخر بمناسبة تحضير الصفقة أو العقد أو الملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه.

⁽³⁹⁾ CAA Nancy, 12 mai 2005, département de la moselle, A, n° 01NC00913, inédit au recueil Lebon.

⁽⁴⁰⁾ راجع في هذا إلى المرسوم رقم 652/68 مؤرخ في 26 ديسمبر 1968 المتضمن تحديد الشروط التي يمكن للأفراد أن يبرموا ضمنها مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء عقودا أو صفقات تتعلق بالدراسات، ج.ر عدد 2 الصادرة بتاريخ 07 جانفي 1969 معدل ومتمم بمرسوم تنفيذي رقم 176/02 مؤرخ في 20 ماي 2002، ج.ر. عدد 37 الصادرة في 2002.

⁽⁴¹⁾ CAA Bordeaux, 24 mai 2005, communauté intercommunale des villes solidaires, A, n° 02BX00318.

⁽⁴²⁾ Jean-Marc Sauvé, « pouvoir public et concurrence », op.cit, p . 04.