

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة-

ميدان الحقوق والعلوم السياسية
فرع: القانون العام
تخصص: قانون إداري



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق
رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي
إعداد الطالبة: منيرة مغني
تحت عنوان

التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية
بين التقييد والحرية

لجنة المناقشة:

الدكتور: فاضلي سيد علي جامعة محمد بوضياف - المسيلة- رئيس
الدكتورة: ضريفي نادية جامعة محمد بوضياف - المسيلة- مشرفا ومقررا
الدكتور: دحية عبد اللطيف جامعة محمد بوضياف - المسيلة- مناقشا

السنة الجامعية 2018-2019

شكر وعرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الاعمال الصالحات نحمده ونشكره ونسأله من فضله المزيد على ما أمدنا به من صبر وقوة وتوفيق في إعداد هذا البحث.

أشكر الدكتورة الفاضلة ضريفي نادية المتميزة بأخلاقها وعلمها والتي لم تبخل علينا بخبرتها ومعرفتها وكانت نعم الأستاذة وفقها الله ورعاها.

شكر وعرفان للدكتور المعطاء بوكثير عبد الرحمان، الذي شجعنا وأفادنا بعلمه ونصائحه أدامه الله دخرا للجميع.

الشكر أيضا موصول الى رئيس القسم الدكتور الوافي السعيد الذي لم يتوان في مساعدتنا

ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.

ونشكر كل من ساهم في انجاز هذا العمل والى كل من خصنا بنصيحة أو بدعاء وأخص بالذكر صديقتي الطالبة قرباص بريزة.

مقدمة

مقدمة:

تعتبر العقود الإدارية من بين التصرفات القانونية التي تستعملها الإدارة في تسيير المرافق العامة وانجاز المشاريع وصرف الأموال العمومية، هذه العقود لا تقتصر على الصفقات العمومية فحسب غير أن هذه الأخير تعتبر الوسيلة الأمثل والأكثر استغلالا من طرف الإدارة عند القيام بنشاطها العمومي الذي يركز خاصة على تنفيذ الطلبات العمومية.

فالصفقات العمومية هي عصب الحياة الاقتصادية وتعتبر الشريان الأساسي لدعم عملية التنمية فأهميتها تكمن في كونها الأداة الإستراتيجية والفعالة في تنفيذ البرامج الاقتصادية وأهم أوجه الإنفاق العام لأنها تتطلب اعتمادات مالية ضخمة، هذا الدور الذي تلعبه الصفقات العمومية جعلها من المواضيع التي تشغل حيزا واسعا واهتماما كبيرا من طرف كل الأطراف المتدخلة فيها.

إن غاية تنظيم الصفقات العمومية هو الاستعمال الأمثل للأموال العمومية، إذ يعتبر من أهم الأطر القانونية التي تتحرك وفقها الهيئات العمومية للقيام بنشاطها، هذا التنظيم لطالما أثار الكثير من الجدل والنقاش، وهو ما يفسر التعديلات الكثيرة التي يتعرض لها حيث يلاحظ الدارس لقانون الصفقات العمومية الجزائري أن الميزة الأساسية له هي الاستقرار وهذا راجع لعدة أسباب ولعل من أهمها جعله يتوافق مع مستجدات الظروف الاقتصادية والسياسية.

في إطار مواكبة التطورات الحاصلة في جميع الميادين والمستجدات التي فرضتها العولمة، عرفت التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية في السنوات الأخيرة مجموعة من التعديلات، ورغم أن خبراء اقتصاديون يرون أن هذا اللأمن القانوني بالنسبة للصفقات العمومية يعني تردد المشرع وعدم ثباته كما أنه يؤثر سلبا على الجانب الاقتصادي، إلا أنه يعكس في ناحيته الإيجابية حرص المشرع على المحافظة على المال العام من خلال تدارك الثغرات التي تكشفها غالبا الممارسة التطبيقية لهذا القانون.

ولمسابقة هذه التطورات لاسيما الاقتصادية منها ركز المشرع حرصه في المرسوم الأخير رقم 15-247¹ على تطبيق مبدأ المنافسة الذي أصبح عنوانا للطلب العمومي وميزة للصفقات العمومية بهدف عقلنة وترشيد الإنفاق العمومي.

على غرار تشريعات مختلف الدول أولى المشرع اهتماما لتنظيم الصفقات العمومية، فحرص على تحديد الإطار القانوني لكل جوانب الصفقة قصد جعلها تستجيب للأهداف المسطرة مسبقا والتي أبرزها التسيير الأمثل للأموال العمومية وتحقيق المصلحة العامة وذلك من خلال إيجادها للآليات الكفيلة بذلك

¹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

ومن بين الآليات التي تركز حرس المشرع على ترشيد النفقات العمومية، تأطيره لطرق إبرام الصفقات العمومية بجعله أسلوب طلب العروض القاعدة العامة في الإبرام ضمنها تدابير وإجراءات تترجم عناصر المنافسة في أقصى صورها، ليكفل بذلك نزاهة الإجراء، بالمقابل اعتبر التراضي استثناء عن القاعدة تقتضيه الضرورة استجابة لبعض الحالات الاستثنائية والموضوعية.

لقد حاول المشرع في كل القوانين المنظمة للصفقات العمومية ضبط هذا الأسلوب الاستثنائي بوضعه لقواعد قانونية تضمن تأمين الحماية للأموال التي تصرف في هذا النوع من الصفقات من خلال إدخاله لتعديلات تتجاوب مع الملاحظات المقدمة التي تُنبئ عنها الممارسات التطبيقية وإيضاحا للغموض الذي قد يعتري جوانبه.

وتجب الإشارة إلى أنّ التراضي ليس هو الرضا كركن من أركان التعاقد هذا الأخير هو لازم في كل العقود، سواء تلك المبرمة وفق قواعد القانون الخاص أو تلك المبرمة وفق قواعد القانون العام، بينما التراضي فهو مصطلح يستعمل في القانون العام وهو صيغة تقوم على أساس التفاوض في إبرام العقود تعفى من خلالها الإدارة من الخضوع لبعض الإجراءات والشكليات لأسباب موضوعية، وهو المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري إلا أنه يمكن أن نجده بمسميات مختلفة في التشريعات المقارنة فهو يعرف أيضا بالاتفاق المباشر كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري، و يطلق عليه المشرع الفرنسي اسم التفاوض المباشر، ويسمى أيضا الشراء المباشر أو الأمر المباشر وحتى الاتفاق بالتراضي بالنسبة للمشرع اللبناني، بينما المشرع الفرنسي فسماه التراضي "le gré à gré" ثم تحول إلى التعاقد بناء على مفاوضة les "marchés négociés" منذ عام 1976.

ويعرف التراضي على أنه: "ذلك الأسلوب الاستثنائي في التعاقد، الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة دون التقيد بشكليات طلب العروض، وذلك في إطار من المنافسة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد، مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب، بشرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب، ففي هذه الحالة المصلحة المتعاقدة مثل أي فرد عادي تناقش (تفاوض) بكل حرية وتختار ما تريد"¹.

إن هذا التعريف قد وضح بأن اللجوء إلى التراضي لإبرام الصفقات العمومية يعطي حرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار من تريد التعاقد معه وفي إمكانية التفاوض معه.

كما يعرفه جون ريفيرو: "التراضي هو أحد الكيفيات المستخدمة في إبرام الصفقات العمومية من طرف السلطة المختصة دون حاجة إلى اللجوء للإعلان أو الإشهار وهذا لا يعني عدم إقامة المنافسة"².

فهذا التعريف يبرز أن المصلحة المتعاقدة عند إعمالها لأسلوب التراضي في إبرام صفقاتها ليست معفية من أعمال المنافسة.

¹ سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص 45.

² Jean RIVERO, *Droit administratif*, Himitiémé édition, Dalloz, 1977, p 120.

فطريقة الاتفاق المباشر أسلوب استثنائي تلجأ إليه الإدارة في حالة تعذر اللجوء إلى طريق آخر وغالبا ما يتعلق الأمر باحتكار موضوع الصفقة أو باحتياجات عاجلة تريد الإدارة أن تتعاقد عليها¹.

أما المشرع الجزائري فقد تناول أسلوب التراضي بالتعريف في كل قوانين الصفقات العمومية والملاحظ أنها متقاربة في المصطلحات ومتشابهة.

فبالنسبة لتعريف التراضي في الأمر 67-90² فقد تضمنته المادة 60 بقولها: "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم" أين يبدو واضحا ترك المشرع المجال واسعا للإدارة في اختيار من تتعاقد معه مع ملاحظة عيب في الصياغة من خلال عبارة "تتنافس الإدارة" مع إشارة المادة إلى إمكانية أعمال المنافسة في هذا الأسلوب إلا أنها تبقى ايجابية مبتورة لعدم وجود إلزام ويعتبر التراضي استثناء في هذا الأمر انطلاقا من نص المادة 303³ والنداء إلى المنافسة القاعدة وهو التقسيم الذي طرح استفهاما لأنه لا يتوافق مع توجه الدولة القائم على النهج الاشتراكي آنذاك، مع أن مرونة مبررات اللجوء إليه لا تجعل منه استثناء حيث سُجل أنه ينافس القاعدة في الممارسات الواقعية.

تعززت مكانة التراضي في المرسوم 82-145⁴ حيث أصبح القاعدة في الإبرام بعدما كان استثناءً، وذلك ما يُستشف صراحة من المادة 43⁵ وضمنا من المادة 26⁶ التي تنص على: "يبرم المتعامل العمومي صفقاته طبقا للإجراء الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوة للمنافسة"، أما باستقراء المادة 27⁷ فنجد أن المشرع استبعد صراحة الدعوة الشكلية للمنافسة، ونص على أن تخصيص الصفقة يكون لمتعامل واحد غير أن تخصيص الصفقة لمتعامل بعينه مباشرة ينفي آليا القيام بالاستشارة والتي تعتبر من إجراءات إقامة المنافسة⁸.

المنافسة⁸.

لقد تميز التراضي في هذا المرسوم بإخلاله الكبير بمبدأ المنافسة باعتباره قاعدة في الإبرام، وكذا سيطرة المؤسسات الوطنية على الحياة الاقتصادية إلا أن هذا التوجه في طرق الإبرام يجد تفسيره في نقص المؤسسات المؤهلة والمختصة للاستجابة للمتطلبات والحاجات المتنوعة للإدارة⁹.

¹ نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 142.

² الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967.

³ أنظر: المادة 3 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

⁴ المرسوم رقم 82-145، مؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982.

⁵ أنظر: المادة 43 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 43 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁷ أنظر: المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁸ حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 76.

⁹ مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، نوقشت في 17-12-2015، ص 54.

هذا المرسوم عُدل بالمرسوم 84-51¹ والذي بين معالم التراضي من خلال تحديد أشكاله وكذا الإشارة إلى شكلية الكتابة في الاستشارة حسب نص المادة 2 المعدلة للمادة 27: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملزمة دون الشكليات الأخرى".

حافظ المرسوم التنفيذي 91-434² على اعتبار التراضي قاعدة في الإبرام حسب المادة 22³ منه، أما التعديل الحاصل بموجب المرسوم التنفيذي 96-54⁴ فقد أرجع التراضي إلى كونه استثناء بموجب المادة 22⁵ منه كما كان عليه الأمر في الأمر 76-90، ويأتي هذا التغيير نتيجة ضغط المؤسسات المالية الدولية وتبني لأول مرة قانون ينظم المنافسة⁶.

أما التعديلات اللاحقة فكلها حافظت على نفس التعريف غير أنها أضافت بصريح النص أن المناقصة هي القاعدة في إبرام العقود والتراضي هو الاستثناء، كما جاءت مُفصلة لأشكال التراضي ومحددة للحالات التي تتناسب مع كل شكل، فبالنسبة للمرسوم الرئاسي 02-250⁷ ورد تعريف التراضي في المادة 22 منه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة..." وهو ما أورده المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236⁸ والمادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247⁹، ولم يشر هذا التعريف إلى أن سبب اباحة عدم احترام الإجراءات الشكلية المفروضة في القاعدة هو توافر حالة من حالات التراضي لربط الاستثناء وهو التراضي بالقاعدة وهي طلب العروض، وهو ما يعاب على هذا التعريف.

من أسباب اختيار هذا الموضوع للدراسة هو أن ما يلاحظ على التراضي كطريقة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية أن الاستثناء لم يكن من جانب المشرع فقط بل أن الباحثين والخبراء جعلوه استثناءً حتى من حيث المعالجة ولم يتناولوه بالشرح والتحليل مثلما تناولوا القاعدة، فهذا كان دافعا لاختياره كموضوعا للدراسة إضافة إلى أنه يعتبر نقطة حساسة فهو موضوع لطالما أثار جدلا كونه حسب الكثير من الممارسين والمحللين طريقا محتملا للفساد، ورغبة كذلك منا في إثراء المكتبة الجامعية في مجال البحث العلمي في منظومة الصفقات العمومية الجزائرية، وميلا شخصيا إلى مجال الصفقات العمومية.

¹ المرسوم رقم 84-51، المؤرخ في 25 فيفري 1984، الجريدة الرسمية العدد 9، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1984، يعدل ويتم المرسوم رقم 82-82-145، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المؤرخ في 10 أفريل 1982، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982.

² المرسوم التنفيذي رقم 91-434، مؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 57، الصادرة بتاريخ 13-11-1991.

³ أنظر: المادة 22 من المرسوم التنفيذي 91-434 السالف الذكر.

⁴ المرسوم التنفيذي 96-54، المؤرخ في 22 جانفي 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 6، الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1996، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-433، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة بتاريخ 13-11-1991.

⁵ أنظر: المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 96-54 السالف الذكر.

⁶ مونية جليل، مرجع سابق، ص 134.

⁷ المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

⁸ المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010، المادة 27.

⁹ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر.

إنّ القول بأن الصفقات العمومية هي الأداة الأمثل والرئيسية لاستغلال وتسيير الأموال العمومية يبرز أهمية هذه الدراسة والتي تتناول جزئية في هذا التنظيم حيث ستنم معالجة أسلوب التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية تفرضه الضرورة والموضوعية بالوقوف على دلالاته وإجراءاته وضوابطه وأحكامه نظرا لأهمية هذا الموضوع الذي يفنقر نسبيا إلى دراسة مماثلة مما دفعنا إلى معالجة توأمة هذا الأسلوب في الإبرام مع الفساد حسب الخبراء والممارسين للوقوف على مدى كفاية الضمانات التي راهن عليها المشرع حماية للمال العام وخدمة للمصلحة العامة.

وتظهر الحاجة واضحة أيضا إلى هذه الدراسة فيما يطرحه الواقع من سخط رجال المال والقائمين بالوظيفة على القوانين المنظمة للصفقات العمومية ومنها التراضي الذي يعتبر نقطة حساسة من هذا التنظيم.

وتهدف دراسة هذا الموضوع إلى الوقوف على مكانة التراضي في مختلف القوانين الجزائرية المنظمة للصفقات العمومية، ومعرفة الجديد الذي أتى به المرسوم الأخير في تأطيره لهذا الأسلوب في إبرام الصفقات العمومية، قصد الوقوف على مدى توفيق المشرع في ضبطه لجوانب التراضي وتقييده للمصلحة المتعاقدة، بغرض حماية المال العام وتحقيق النجاعة الاقتصادية، وتثمين ما هو ايجابي يضمن الصالح العام إضافة إلى وضع مقترحات تسهم في تفعيل آليات حماية المال العام.

لطالما أعتبر المشرع التراضي طريقة استثنائية في إبرام الصفقات العمومية على مر تنظيمات الصفقات العمومية التي عرفتها المنظومة القانونية الجزائرية، حيث كان يُلاحظ دائما أن أكبر الثغرات القانونية كانت على مستوى المواد والأحكام المتعلقة بهذه الطريقة في الإبرام خاصة وان الأمر يتعلق بالأموال العمومية والتي هي أولى بالحماية من الأموال الخاصة، كما أنه لطالما لوحظ أن التراضي هو استثناء على المنافسة خاصة في شكله البسيط، وفي هذا السياق تم طرح الإشكالية المتمثلة في: هل التراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية يعتبر استثناء على مبدأ المنافسة؟ وما هي التحولات الجديدة للتراضي في ظل المرسوم 15-247؟ وما مدى توفيق المشرع في تأمينه للضمانات الكفيلة بحماية المال العام في إجراء التراضي؟

قصد الإجابة على هاته الإشكالية تم الاعتماد في هذه الدراسة علاوة على ما أخذ به المشرع الاستعانة بآراء الفقهاء والممارسين، وقد تم استعمال في ذلك جمع وترتيب المعطيات والمعلومات المتعلقة بالموضوع وذلك اعتمادا على المنهج الوصفي التحليلي القائم أساسا على سرد القوانين وعلى التحليل والتفسير بشكل علمي للوصول والوقوف على مكانة التراضي في الصفقات العمومية، وتبيان الضمانات التي راهن عليها المشرع من حيث كفايتها في تأمين الحماية اللازمة للأموال العمومية.

ورغم أن الموضوع ليس بجديد ورغم أن هذا التراضي كاستثناء موجود منذ وُجدت القاعدة، إلا أنه من خلال هذه الدراسة لوحظ بأن القاعدة تمت معالجتها باستيفاء على عكس التراضي الذي قلت الدراسات المتخصصة فيه.

وتضمنت الدراسة فصلين يبرزان شكلي التراضي الفصل الأول بعنوان التراضي البسيط من الحرية الى التقيد، تمت فيه معالجة مفهوم، تطور ومبررات التراضي البسيط إضافة إلى إجراءات وضوابط إبرام الصفقة العمومية عن طريقه ومدى احترامه لمبدأ المنافسة في مبحثين، بينما الفصل الثاني فُحص لمعالجة التراضي بعد الاستشارة بعنوان التراضي بعد الاستشارة استدراج عروض من الدرجة الثانية حيث تمت معالجة نفس الجوانب التي تم التطرق إليها في التراضي البسيط مع بيان أيضا عناصر المنافسة في التراضي بعد الاستشارة.

وقد تم انهاء هذه الدراسة بخاتمة تضمنت النتائج التي تم التوصل إليها من خلال الوقوف على مدى توفيق المشرع في معالجته للتراضي كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية باعتبار هذه الأخيرة عصب الحياة الاقتصادية تصرف فيها أموال ضخمة لإنجاز المشاريع التنموية، وتقييم مدى كفاية الضمانات المُشَرَّعة لحماية الأموال العمومية وضمان النجاعة الاقتصادية لمشاريع الدولة بهيئاتها، إضافة إلى مقترحات من شأنها أن تساهم في سد النقص الذي يعتري هذا الأسلوب في الإبرام.

الفصل الأول:

التراضى البسيط

من الحرية إلى التقييد

من المسلم به أن المصالح المتعاقدة لا تملك الحرية المطلقة في اختيار كيفية التعاقد مع المتعاملين المتعاقدين، كما تلتزم بتبرير اختياراتها عند كل رقابة إدارية أو قضائية¹، وقد جاءت المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 مبينة ذلك والتي تنص على: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي"، فالمشرع الجزائري حدد القاعدة في إبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في إجراء طلب العروض والتي تجسد المنافسة في أقصى صورها وتكرس عناصرها بوضوح، في حين جعل التراضي الاستثناء في إبرام الصفقات العمومية بموجبه تتحرر المصالح المتعاقدة من الإجراءات الصارمة التي تحكم إجراء طلب العروض بكافة أشكاله، فبمقتضاه تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل وحيد بمجرد تطابق إرادتهما على محلها وفقا لدفتر شروط معد مسبقا من طرفها دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة للمنافسة²، وهو الوصف الذي يتطابق مع شكل التراضي البسيط الذي تنعدم فيه تماما شكلية المنافسة مع احتفاظه بتطبيق مبادئها.

سننظر في هذا الفصل إلى دراسة جوانب التراضي البسيط كشكل من أشكال التراضي باعتباره صيغة تفاوضية بامتياز، وذلك بالوقوف على المعنى الحقيقي لهذه الصيغة ومبرراتها وإجراءاتها ومدى تكفل المشرع بضبطها حفاظا على المال العام وتحقيقا للنجاعة الاقتصادية، لأجل الخروج بنتيجة تبين مدى تكريس وتحقيق التراضي البسيط للتوافق بين مقتضيات السوق ومنطقه والتحديات الحديثة التي تشجع الموظفين (المصلحة المتعاقدة) على المبادرة والابتكار بعيدا عن الإجراءات الجامدة المفروضة في القاعدة، دون الإخلال بالضمانات الكفيلة بتحسين المصلحة المتعاقدة من الفساد وحماية حقوق وحظوظ المتعاملين المتعاقدين المحتملين.

¹ أنظر: المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption en Algérie, la revue NAQD, revue d'études et de critique social n°25, Alger, 2008, p144.

المبحث الأول: مفهوم التراضي البسيط ومبررات اللجوء إليه.

يُعتبر التراضي البسيط أحد أشكال الصيغ التفاوضية في إبرام الصفقات العمومية، حيث يُعْتَبَر استثناءً له شروطه ومبرراته، ولأجل الوقوف على دلالة هذه الطريقة في الإبرام نتطرق في (مطلب أول) إلى مفهوم التراضي البسيط ونعالج مبررات اللجوء إليه في (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم التراضي البسيط: le gré à gré simple

لطالما أعتبر التراضي البسيط مجالا خصبا للفساد نظرا لمرونة التعاقد التي يوفرها خاصة على مستوى إجراءات الإبرام، الأمر الذي جعل من تنظيم الصفقات العمومية يعيد التأكيد على طبيعته الاستثنائية ويفرده بتعداد حصري لحالات إباحة اللجوء إليه¹.

التراضي البسيط ينطلق من أسس خاصة تعكسه كاستثناء في إبرام الصفقات باعتباره يقوم على مرونة الإجراءات وسرعة التعاقد، هذا الأخير يكون على أساس الانتماء الذي يضمنه حسن تنفيذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية القبلية مع المصلحة المتعاقدة²، فهو يجعل المصلحة المتعاقدة في وضع مريح ويوفر عليها الجهد والوقت في إبرام عقودها وانجاز مشاريعها³.

أي أنه يسهل عمل المصلحة المتعاقدة بإعطائها قدر من الحرية واعفائها من تعقيد الإجراءات.

فيعرّف التراضي البسيط بأنه الأسلوب الذي يتم فيه التفاوض مع شخص بعينه دون غيره⁴، فهو أسلوب مرّن تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة للتعاقد مع المتعامل المتعاقد الذي تختاره بكل حرية، وهذا دون استعمال إجراءات وشكليات المنافسة ولا حتى إجراء الاستشارة المسبقة، وإنما يتم الاتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر⁵، فالتراضي البسيط يُعد قاعدة استثنائية لإبرام الصفقة العمومية يحرر المصلحة المتعاقدة من الدعوة الشكلية للمنافسة، حيث تسند الصفقة للمتعامل الاقتصادي الذي ترى بأنه مؤهل لتنفيذ العملية التي تريد انجازها مع مراعاة السعر، الأجل، الضمانات والمواصفات التقنية⁶.

¹ منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، نوقشت وأجيزت بتاريخ 28 فيفري 2017، ص 36.

² محمد بن محمد، حليمي منال، صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 177.

³ كمال معيفي، إشكالية إبرام الصفقات عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره على حماية المال العام، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني والعشرون، المغرب، أوت 2014، ص 126.

⁴ النوي خرشى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 165.

⁵ سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 47.

⁶ Brahim Boulifa, *Marchés Publics*, vol1, Berti edition, Alger, p 54.

فهذا التعريف يبين أن المصلحة المتعاقدة معفية من شكليات المنافسة غير أن ذلك لا يعني عدم إقامة المنافسة.

إن تسمية التراضي البسيط استعملها المشرع لأول مرة من خلال المادة 02 من المرسوم 51-84¹ التي عدلت المادة 27 من المرسوم 82-145²، حيث تم التمييز بين شكلي التراضي وهما: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، ونصت المادة 27 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم 51-84 على: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملانة دون الشكليات الأخرى"، ومصطلح التراضي البسيط يتوافق ومعنى التراضي دون إجراء المنافسة وهو نفس النص الذي حملته الفقرة 02 من المادة 23 من المرسوم التنفيذي 91-434³ والمذكور في المادة 24 من المرسوم التنفيذي 96-54⁴ المعدلة للمادة 23⁵ السالفة الذكر، غير أنها أضافت فقرة ثالثة: "وإجراء التراضي البسيط هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود، لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المحددة في المادة 40 من هذا المرسوم"، هذا التأكيد على استثنائية التراضي البسيط يعكس حرص المشرع على حماية المال العام لأن هذا الشكل تنعدم فيه المنافسة تماماً، كما جاءت المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250⁶ في فقرتها الثانية والثالثة متضمنة لنفس النص السابق الذكر والوارد في المادة 27 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم 51-84⁷ وبقي نفس النص دون تغيير في كل القوانين اللاحقة والتعديلات، في المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250⁸ وفي المادة 27 من المرسوم الرئاسي 10-236⁹.

ولا نلاحظ أي تغيير في المرسوم الأخير 15-247، فانطلاقاً من نص المادة 41 في فقرتها الثانية¹⁰ فإن التراضي البسيط في إبرام الصفقات العمومية هو استثناء عن القاعدة بصراحة النص، والمقصود به هو قيام المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع المتعامل الاقتصادي لمجرد تطابق إرادتهما على محلها في إحدى الحالات المقررة حصراً في القانون.

هذا النوع من أشكال التراضي له عدة خصائص ينفرد بها، فهو لا يُبرم وفق الإجراءات الشكلية كما يجب أن يحترم مبادئ الطلب العمومي بالإضافة لاحترامه لبعض القواعد.

¹ أنظر: المادة 02 من المرسوم رقم 51-84 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 02/23 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 السالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 96-54 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 2/22 و3 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر.

⁷ أنظر: المادة 02 من المرسوم رقم 51-84 السالف الذكر.

⁸ أنظر: المادة 35 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر.

⁹ أنظر: المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

¹⁰ أنظر: المادة 2/41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

أما عن مميزاتة فتتمثل في بساطة الإجراءات نظرا لإعفاء الإدارة من إتباع الشكليات المفروضة في القاعدة العامة وهي إجراءات طويلة ومعقدة، إضافة إلى السرعة في تلبية الحاجيات وربح الوقت.

كما أن أعمال هذا الأسلوب يساهم في المحافظة على المال العام، لأن الإجراءات الشكلية لتطبيقها تُصرف أموال تكون المصلحة المتعاقدة في غنى عن تبذيرها عند توافر إحدى حالات التراضي بنوعيه، وأهم ميزة فيه أن حالات أعماله تتناسب مع الاستثناء وليس القاعدة.

غير أن التراضي البسيط ورغم ما يوفره من حرية للمصلحة المتعاقدة ومرونة في التعاقد إلا أنه يُظهر سلبيات وعيوب تُحسب عليه لاسيما فقدان الشفافية فيه ومساسه بمبدأ العدالة بين المتنافسين، إضافة إلى التقليل من إمكانية حصول المصلحة المتعاقدة على أحسن العروض المتوفرة في السوق¹، كما أن المبادئ التي تقوم عليها الصفقة العمومية، التي تجعل إمكانيات المتعهدين المثبتة في عروضهم هي الفيصل في ظفر أحدهم بالصفقة، لا تتوافق مع مقتضيات التراضي البسيط كاستثناء والمبنية على منطلق الائتمان الذي يضمنه حسن تنفيذ المتعامل الاقتصادي لالتزاماته التعاقدية القبلية مع المصلحة المتعاقدة².

لذلك ولأجل الحد من هذه العيوب فإن من **متطلباته** أن التقييد في الحالات المسموح فيها باعتماده يجب ألا يتسع، لأن الاستثناء يقدر بقدره حتى لا يطغى على القاعدة، فلا يجب التحايل والتفسير الواسع، كما أنه يستوجب رقابة أكبر وأخلاقيات عمل أعمق³.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴ قد جعلت التراضي بشكل عام استثناء استثناء عن القاعدة وهو ما أكدته المواد الأخرى المتعلقة بالتراضي، غير أن الفقرة الثانية من المادة 41⁵ نجد أنها أكدت فقط على استثنائية التراضي البسيط وذلك لا يعني إقصاء التراضي بعد الاستشارة من الاستثناء وإنما هو التكرار لأجل التأكيد على استثنائية التراضي البسيط لأن درجة مبدأ المنافسة فيه تضيق عنها في التراضي بعد الاستشارة.

¹ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 165.

² Brahim BOULIFA, op cit, p 45.

³ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 165.

⁴ أنظر: المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 2/41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

المطلب الثاني: مبررات التراضي البسيط تأكيد لطابعه الاستثنائي

غالباً الحالات المسموح فيها للإدارة بالتعاقد عن طريق التراضي البسيط هي تلك المتعلقة بالاستعجال أين يصعب أو يستحيل معها اللجوء إلى طلب العروض، أو في حالة الاحتكار القانوني أو الفعلي لموضوع العقد، كذلك بالنسبة للعمليات التي تتصف بالسرية، وهي في مجملها حالات موضوعية فرضتها الضرورة التي تقتضي التحرر من الإجراءات الشكلية المعقدة والطويلة وإيجاد نوع من المرونة في التعاقد حفاظاً على الأموال العامة من جهة، وتحقيق استمرارية المرافق العمومية وتدعيم الاقتصاد الوطني من جهة ثانية، ولأجل التعرف على مدى موضوعية التراضي البسيط من حيث حالاته، ومدى حرص المشرع توكي الدقة والوضوح من عدمه بغية منع تعسف الإدارة، نتطرق في (فرع أول) إلى حالات التراضي البسيط في القوانين السابقة ثم إلى حالاته بشكل من الشرح والتحليل في المرسوم الأخير 15-247 في (فرع ثاني).

الفرع الأول: مبررات التراضي البسيط في القوانين السابقة.

يُعتبر التراضي البسيط من الصيغ التفاوضية في إبرام العقود وهو شكل من أشكال التراضي، أسس له، من حيث المصطلح، المرسوم الرئاسي 84-51 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 82-145 لكن هذه الصيغة موجودة منذ أول تنظيم صدر بالرغم من أنها لا تظهر صراحة بنص القانون، فنجد أن الأمر 76-90 قد تضمن التراضي دون منافسة وهو نفسه التراضي البسيط، من حيث المفهوم، انطلاقاً من نص المادة 60¹ من هذا الأمر.

أولاً: حالات التراضي البسيط في الأمر 67-90.

تعريف أسلوب التراضي تضمنته المادة 60² والتي أشارت إلى إمكانية إعمال الإدارة لمبدأ المنافسة في هذا الأسلوب دون أن تحدد حالات اللجوء إليه³، كما يمكن استخلاص من نص هذه المادة أن للتراضي صيغتين هما: التراضي بإجراء المنافسة والتراضي دون إجراء المنافسة⁴، ونظراً إلى أن المشرع لم يبين صراحة حالات التزام الإدارة بإعمال المنافسة من عدمها وانطلاقاً من الحالات الست المذكورة على سبيل

¹ أنظر: المادة 60 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر..

² المادة 60 من الأمر 90-67 السالف الذكر: " تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم".

³ مونية جليل، مرجع سابق، ص 44.

⁴ المرجع نفسه، ص 45.

الحصر في المادة 61¹ والتي تتيح للإدارة إبرام الصفقات العمومية باعتماد أسلوب التراضي، فإنه يمكن تحديد حالات أعمال صيغة التراضي دون إجراء المنافسة².

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يستعمل كلمة مناسبة تجزم أن الحالات التي أوردها هي على سبيل الحصر، وإنما نستنتج ذلك من خلال كلمة "يجوز" المستعملة في بداية المادة 61³ والتي تفيد إمكانية الاختيار، أي السلطة التقديرية للإدارة التي تتراوح بين اعتماد جميع الحالات أو التقليل لأنه لا يجوز استعمال أسلوب التراضي في غيرها، فالمادة 03⁴ تنص على أن المنافسة هي القاعدة العامة حتى لا نكون في تناقض.

إذن حالات التراضي دون اللجوء إلى المنافسة هي الواردة في المطات: 1، 3 و 5

- عندما لا يمكن الحصول على الخدمات إلا من مقاول أو مورد فريد حائز لامتياز احتكار، أو من مالك لبراءة اختراع.
- في حالات الاستعجال القاهرة عندما يكون هناك خطر وشيك الوقوع من شأنه أن يضر بأموال مستثمرة في مشروع قائم بعد، ولا يمكن أن يتحمل المهل الخاصة بالالتجاء إلى المنافسة.
- عن كل الأشغال أو التوريدات أو الخدمات عندما تستلزم الظروف تنفيذها بصورة سرية.

يمكن القول أن التراضي في الأمر 67-90 تميز بـ :

- التراضي في هذا الأمر يعتبر قاعدة استثنائية في إبرام العقود، وانعدام المنافسة في بعض حالاته المبررة بالسرية والاستعجال وأهمية الطرف المتعاقد⁵، هي موضوعية رغم كونها استثناء على مبدأ المنافسة.
- حالات أعمال التراضي البسيط مذكورة على سبيل الحصر رغم استعمال المشرع لكلمة "يجوز" ومن نص المادة 03⁶ نتأكد أن الجوازية تفيد أنه بتوافر الحالات يمكن للإدارة اتخاذ التراضي كأسلوب للإبرام أو اتخاذ غيره، أي لا يمكن للإدارة اللجوء إلى التراضي في حالات أخرى وهذا ما يفيد التقييد مما يؤكد أنه استثناء.

¹ أنظر: المادة 61 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

² حالات التراضي دون إجراء المنافسة تم استنتاجها من نص المادة 60 من الأمر 67-90 السالف الذكر، وهي التي تتوافق مع تسمية التراضي البسيط في القانون الجديد 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والتي وردت في المطات 1، 3 و 5.

³ أنظر: المادة 61 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 3 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

⁵ حمامة قدوج، عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، (تحليل ومقارنة)، بحث لنيل درجة الماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 01، 2001-2002، ص 66.

⁶ أنظر: المادة 03 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

○ المشرع لم يذكر صراحة الحالات التي لا تستدعي إجراءات المنافسة، إلا أنه يمكن استنتاجها.

ويعاب على المشرع أن الحالات التي عددها قد جاءت عامة تفتقر إلى الدقة والوضوح وغير مقيدة بأي ضابط أو شرط حيث تفتح الباب واسعا أمام الإدارة باللجوء إلى هذه الصيغة متعلقة بتوافر أسباب إحدى الحالات، إما محاباة أو هروبا من طول الإجراءات التي تقتضيها القاعدة العامة والذي فيه مساس صارخ بمبدأ المنافسة.

ثانيا: مبررات التراضي البسيط في المرسوم 82-145.

هذا القانون لم يحدد أشكال التراضي وحالاته مثل سابقة¹ غير أنه اعتمد أسلوب التراضي كقاعدة في إبرام الصفقات العمومية، والحالات التي ذكرها المشرع لإعمال هذا الأسلوب ليست إلا أمثلة.

ومن نص المادة 27² يمكن الفهم بأن التراضي له صيغتان كما في الأمر الذي قبله³، ونظرا إلى أن المشرع لم يحدد الحالات التي لا تستدعي المنافسة فيمكن استنتاجها من نص المادة 44 وهي جميع الحالات التي عدتها المادة ماعدا المطء الثالثة :

- عندما تسند الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة.
- حين لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا من متعامل متعاقد وحيد، له وضعية احتكارية أو صفة إمتيازية في امتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارها المتعامل العمومي.
- في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار، وقد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال الدعوة إلى المنافسة.
- في حالة تمويل مستعجل مخصص لحماية سير الاقتصاد أو توفير احتياجات السكان الأساسية.
- حين لا يمكن توفير الخدمات إلا من متعامل معين بسبب الرابطة التكنولوجية المباشرة الموجودة من قبل.

إن المادة 27⁴ المذكورة أعلاه تحوي تناقضا في محتواها بين إقصاء المنافسة في أسلوب التراضي ووجود الاستشارة التي تعتبر من عناصر المنافسة، لكن بصدور المرسوم 84-51 المعدل للمرسوم 82-45 قد رفع اللبس بنصه على أن التراضي يأخذ شكلين⁵، هما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، وذلك

¹ الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

² تنص المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر على: " التراضي هو إجراء يخص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة. ولا تستبعد فيه المنافسة".

³ الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁵ مونية جليل، مرجع سابق، ص 54.

بتعديل المادة 27¹ مع ملاحظة أن المشرع لم يعدل المادة 44² فلم يبين الحالات التي يتم اللجوء فيها لكلا الإجرائين.

ورغم تعديل المادة 27³ إلا أنها بقيت تطرح إشكالا من حيث الصياغة فعبارة "...دون الدعوة الشكلية للمنافسة..." الواردة في الفقرة الأولى من المادة، يُقصد بها استبعاد الإجراءات الشكلية للمنافسة خاصة الإشهار، وليس المقصود استبعاد المنافسة من إجراء التراضي⁴، أي القصد هو الاختلاف عن القاعدة العامة في الدعوة للمنافسة وليس التخلص بنص القانون من احترام مبادئ الطلب العمومي، وتكون العبارة صحيحة بالمعنيين في حالة أسلوب التراضي البسيط أين تنعدم المنافسة بالنسبة لهذا المرسوم.

ويمكن القول أن التراضي البسيط في المرسوم 82-145 يتميز بـ:

- المرسوم 84-51 المعدل للمرسوم 82-145 أسس لشكلي التراضي بصريح النص وهما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.
- إضافة الحالة الواردة في المطة الأولى من المادة 44 من المرسوم 82-145⁵ السالف الذكر.
- حالات التراضي البسيط مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن أن يلجأ المتعامل العمومي إلى التراضي البسيط في غير الحالات السالفة الذكر كلما رأى أن هذه الكيفية في الإبرام هي الأكثر نفعا حسب نص المادة 44 من المرسوم 82-145⁶.

ثالثا: مبررات التراضي البسيط في المرسوم التنفيذي 91-434.

ما قيل عن التراضي البسيط في المرسوم السابق المعدل 84-51 هو نفسه ما يُقال في ظل المرسوم التنفيذي 91-434، مع بعض الملاحظات المتمثلة أساسا في التقليل من حالات اللجوء إلى التراضي بحذف حالة وهي المشار إليها في المطة الأولى "عندما تسند الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة"، كما أن مصطلح المتعامل العمومي قد أُستبدل بمصطلح المصلحة المتعاقدة.

أما التعديل الذي جرى عليه بموجب المرسوم التنفيذي 96-54 فقد مس التراضي البسيط، حيث تمت إضافة فقرة ثالثة للمادة 24: " وإجراء التراضي البسيط هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود، لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المحددة في المادة 40 من هذا المرسوم " هذه الفقرة أكدت على أن التراضي البسيط هو استثناء عن القاعدة

¹ المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 02 من المرسوم رقم 84-51 السالف الذكر: " يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الشكليات الأخرى".

² أنظر: المادة 44 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 المعدل والمتمم السالف الذكر.

⁴ سمية سحنون، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2013، ص 49.

⁵ أنظر المادة 44 المطة الأولى من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 44 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

وحالاته محددة ومحصورة. بينما المادة 40¹ فلم يشملها التعديل وبقيت صياغتها لا تتماشى مع التعديل الحاصل على التراضي البسيط باعتباره استثناء.

رابعاً: مبررات التراضي البسيط في المرسوم الرئاسي 250-02.

لقد نصت الفقرة 03 من المادة 22 على: "... إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 37 من هذا المرسوم"، ونصت المادة 37² على 04 حالات فقط والتي كانت 05 حالات في المرسوم السابق، كما أن صياغتها أصبحت تتماشى مع كون التراضي البسيط إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية.

إن الحالات الواردة في المادة 37³ على سبيل الحصر قد شملها التغيير، فحالة عدم الجدوى لم تعد من مبررات اللجوء إلى التراضي البسيط بل هي حالة تستوجب اعتماد أسلوب التراضي بعد الاستشارة، أما حالة الاستعجال فقد قيدها المشرع بشرطين الأول هو أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة التسبب في حالة الاستعجال، أما الشرط الثاني فهو ألا تكون الظروف المسببة للاستعجال نتيجة ممارسات احتيالية من طرفها، كما تم الاستغناء عن الحالة الأخيرة في المادة 40⁴ من من المرسوم التنفيذي 91-434، وهي عدم إمكانية توفير الخدمات إلا على يد متعامل معين بسبب الرابطة التكنولوجية المباشرة الموجودة من قبل والمفروض أنها جزء من المطبة الأولى المتعلقة بالاحتكار، وإضافة حالة أخرى وهي " عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية. وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء".

خامساً: مبررات التراضي البسيط في المرسوم الرئاسي 236-10.

في المرسوم 236-10 أصبحت حالات التراضي البسيط 06 حالات حيث أضافت المادة 43 حالتين جديدتين هما:

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وتحدد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

¹ أنظر: المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 السالف الذكر.

- صياغة المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 السالف الذكر، تبين أن حالات التراضي البسيط ورد ذكرها على سبيل المثال بينما المادة 23 المعدلة بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 96-54 السالف الذكر، فتتص على أن حالات التراضي البسيط محددة ومحصورة.

² أنظر: المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 السالف الذكر.

■ 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.

أما حالة التموين المستعجل فقيدها المشرع هي الأخرى بنفس الشرطين الذين قيدوا حالة الاستعجال الملح في المطعة الأولى¹.

كما أنه حسب المادة 27² فإن صفقات التراضي البسيط في حالة مشروع ذي أولوية وأهمية وطنية وحالة ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج تخضع للالتزام الاستثمار المنصوص عليه في المادة 24³.

أما بالنسبة للتعديل الحاصل بالمرسوم الرئاسي 11-98⁴ فقد تم تعديل الفقرة 3 من المادة 27 المشار إليها سابقا من المرسوم 10-236⁵ وبذلك وحسب المادة 3 من المرسوم 11-98⁶ فلم يعد التراضي البسيط يخضع للالتزام بالاستثمار المنصوص عليه في المادة 24 من المرسوم 10-236⁷، وهو تعديل ايجابي لأن المصلحة المتعاقدة في حاجة لهذا المتعامل الأجنبي سواء لكونه في وضعية احتكارية أو لطبيعة الصفقة⁸.

وبموجب المرسوم الرئاسي 12-23 فان المادة 6⁹ قد عدلت المادة 43 من المرسوم 10-236¹⁰ وشمل التعديل التراضي البسيط بإضافة حالتين هما:

- عندما تنفذ الخدمات في إطار أحكام المادة 7 من هذا المرسوم.
- عندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجاليه ولا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال هذه وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يجب أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى هذه الطريقة في إبرام الصفقات الاستثنائية أثناء اجتماع الحكومة.

¹ أنظر: المادة 43 المطعة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 11-98، المؤرخ في 1 مارس 2011، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

⁵ أنظر: المادة 3/27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 السالف الذكر.

⁷ أنظر: المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁸ سمية سحنون، مرجع سابق، ص 68.

⁹ أنظر: المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ في 18 جانفي 2012، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة بتاريخ 26 جانفي 2012، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

¹⁰ أنظر: المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 السالف الذكر.

يقصد المشرع أن المصلحة المتعاقدة تلجأ إلى التراضي البسيط بعنوان هذه الحالة إذا كان حالة الاستعجال لا تسمح للمصلحة المتعاقدة إبرام صفقة عن طريق المناقصة مع تقييدها بنفس الشرطين الوارد ذكرهما سابقاً¹، إلا أن المشرع لم يحدد نوع الخدمات التي تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات.

أما بالنسبة لحالة الاحتكار المنصوص عليها في المطة الأولى من المادة 43² فأضاف لها المشرع الاعتبارات الثقافية و/أو الفنية والتي تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف المالية. وفيما يخص حالتها ترقية الإنتاج الوطني والمشروع ذي الأهمية والأولوية الوطنية فتمت إضافة العتبة المالية حيث يخضع مشروع الصفقة للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغها 10 ملايين دينار جزائري، أما إذا كان يقل عن هذا المبلغ فتخضع للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة.

فيما يتعلق بالتعديل الحاصل بموجب المرسوم الرئاسي 13-03³ فلم يأت بجديد بالنسبة للتراضي البسيط.

إن هذا التطور الحاصل على التراضي البسيط من حيث مبررات اللجوء إليه يبين رغبة المشرع في التضييق على المصلحة المتعاقدة ومنعها من إعمال هذا الأسلوب إلا في الحالات التي حصرها وقيدتها بشكل متلاحق، سدا لأي ثغرة قد تستعمل لتبديد المال العام أو لسوء استغلاله.

الفرع الثاني: مبررات التراضي البسيط في المرسوم 15-247 قيد على المصلحة المتعاقدة

من نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴ يظهر واضحا إعفاء المشرع للمصلحة المتعاقدة حين اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط من إتباع الإجراءات الشكلية المفروضة في القاعدة العامة، لكن بالمقابل قيدها بإعماله حين توافر الحالات المذكورة حصرا في هذه المادة، ويعتبر هذا المرسوم بالمقارنة مع سابقيه، الأكثر تقييدا لحرية المصلحة المتعاقدة فنلاحظ أنه قد ضبط المفاهيم وجعلها أكثر دقة من السابق كما قلص من عدد الحالات التي تبيح اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية.

أولا: حالة احتكار المتعامل المتعاقد لموضوع الصفقة

نصت المطة الأولى من المادة 49 على: "... عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية..." فهذه المطة تناولت كل من الاحتكار، الحقوق الحصرية، الاعتبارات التقنية، الاعتبارات الثقافية والفنية. فما لمقصود بهذه الحالات المذكورة في هذه المطة؟

¹ أنظر: الصفحة 16 من هذا البحث من هذا البحث.

² أنظر: المادة 43 المطة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

³ المرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 جانفي 2013، الجريدة الرسمية العدد 2، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

⁴ أنظر: المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

1- الاحتكار Monopole

يقصد بالاحتكار¹ أن شخص طبيعي أو معنوي بعينه هو من يمكنه لوحده أن ينفذ موضوع الصفقة، وكلمة احتكار يقابلها في اللغة الفرنسية monopole والترجمة الدقيقة للكلمة تعني أحادية القطب.

أي أنه داخل سوق معينة يوجد عون اقتصادي واحد يقدم خدمة أو يعرض سلعة، فهي حالة احتكارية مرتبطة بوضعية السوق وليس بصاحب المركز الذي يطلق عليه تسمية مُحتكر²، والاحتكار هو نقيض المنافسة³.

وتتعدد أنواع الاحتكار، وأهمها الاحتكار الفعلي والاحتكار القانوني والذي يطلق عليه أيضا حق الامتياز، وهي التي شملها تنظيم الصفقات العمومية.

فالاحتكار القانوني مصدره التشريع أو التنظيم، إذ بنص القانون يتم منح مؤسسة معينة حق القيام بالخدمة بصفة حصرية، وكمثال على ذلك الشركة الوطنية للكهرباء والغاز، الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، احتكار المؤسسة العسكرية للمواد المتفجرة... بينما الاحتكار الواقعي فيفرضه واقع السوق بأن يحوز شخص وحيد الخدمة أو الأسلوب المرغوب⁴، ويحوز صاحبه الوضعية سواء كان يمارس النشاط أو لا يمارسه، وهو ما ينتج عنه وحدة المنتج والتكلفة والنوعية مما يستبعد حالة تعدد ممثلي مالك براءة الاختراع عند عدم الممارسة⁵.

إن إقرار المشرع للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التراضي في حالة احتكار موضوع الصفقة، هو حرص منه على ربح الوقت⁶ وحتى إنقاص التكاليف لأنها حالة موضوعية واستثناء منطقي.

ويجدر توضيح أن الاحتكار⁷ هو الذي يتنافى مع مبدأ المنافسة وليس اللجوء إلى التراضي البسيط في حالة الاحتكار، إذن فانتفاء المنافسة هو بداية وما أورده المشرع هو تحصيل حاصل لأنه سيكون عبثا القيام

¹ المادة 3 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، الجريدة الرسمية العدد 43، الصادرة بتاريخ 20-07-2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08، المؤرخ في 25 جوان 2008، الجريدة الرسمية العدد 63، الصادرة بتاريخ 02-07-2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 18-08-2010، المتعلق بالمنافسة، عرفت الاحتكار: "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما، من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنهم أو مموليها".

² إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي في ظل التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 64.

³ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 2018، ص 180.

⁴ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 168.

⁵ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 181.

⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2017، ص 224.

⁷ الاحتكار بشكل عام له سلبات خطيرة من أبرزها ضعف إن لم نقل انعدام المنافسة، انعدام الحافز وعدم الاهتمام بجودة المنتج أو الخدمة، التحكم في حركة الأسعار والذي يؤثر سلبا على التضخم وبالتالي القوة الشرائية للنقود وعلى إنفاق الفئات الكادحة، بالإضافة إلى زيادة ثروة المحتكر في وقت قياسي لتحكمه في الأسعار "ما هو مفهوم الاحتكار؟ وكيف يؤثر سلبا على الأسواق؟"، 11-04-2015.

بإجراءات معقدة في حين أن موضوع الخدمة هو معلوم مسبقاً أنه حكراً على شخص بعينه، وبمفهوم المخالفة فإن عدم اللجوء إلى التراضي بتوافر هذه الحالة يعتبر مضيعة للمال وللاستثمار وهو عكس ما يهدف إليه المشرع من خلال قانون الصفقات العمومية، لذلك فهذا الاستثناء منطقي.

2- حماية حقوق حصرية:

تعرف الحقوق الحصرية بأنها حقوق يحوزها حاملوا براءات الاختراع، وتخص أشياء اختصوا بصنعها حصرياً، سواء قاموا باستغلالها بأنفسهم أو رخص باستغلالها لشخص آخر على سبيل الحصر¹، ومثالها التعامل مع شخص يمتلك براءة الاختراع لأجهزة ما²، حماية حقوق المؤلف...

3- الاعتبارات التقنية:

أي تلك التي تكون على درجة من التعقيد من جهة، ومن جهة أخرى بسبب ما تقتضيه من تفاصيل وتقنيات دقيقة لا يمكن تنفيذها إلا على يد متعامل معين أثبت جدارته في تنفيذ مثيلها³. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الوضعية جديدة في هذا المرسوم⁴.

4- الاعتبارات الثقافية والفنية:

وهي التي تُبرم ويكون موضوعها تقديم خدمات ثقافية وفنية وتستلزم خبرات خاصة بالنظر لطابعها المعقد ولا يمكن أن يُعهد بها إلا لصاحب اختصاص معين، ويتم توضيح هذه الخدمات بموجب قرار مشترك بين وزير القطاع المعني ووزير المالية حسب نص المادة.

حقيقة إن هذه الحالة تجعل المصلحة المتعاقدة تفقد الاختيار فيما يخص المتعامل المتعاقد لكن عليها التزام الحياد⁵ والموضوعية وألا تجعل من هذه الحالة غطاء قانوني لتلاعبها، فعلى المصلحة المتعاقدة أن تحرص عند تحديد الحاجات وعند إعداد دفتر الشروط ألا تكون المقاييس والمواصفات التقنية موجهة لمنتج معين خدمة لأحد المتعاملين الاقتصاديين لتجعله المؤهل الوحيد لتنفيذ موضوع الصفقة.

¹ النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 183.

² خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2017، ص 20.

³ النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 184.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ بالإضافة إلى الأحكام المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية المتعلقة بالموظفين في إطار مكافحة الفساد، الواردة في القسم الثامن، الفصل الثالث أيضاً نجد المادة 41 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006، والتي تنص على: "يجب على الموظف أن يمارس مهامه بكل أمانة وبدون تحيز" هذه المادة تجد مصدرها في دستور الجزائر لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادرة بتاريخ 8-12-1996، المعدل بموجب القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية العدد 25، الصادرة بتاريخ 14-4-2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية العدد 63، الصادرة بتاريخ 16-4-2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية 2016، العدد 14، الصادر في 7-3-2016، في المادة 25 والتي تبين أن عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون والذي لا يمكن أن يكون إلا من خلال ضمان حياد من يديرها.

ثانيا: حالة الاستعجال الملح.

إن حالة الاستعجال في مجال القانون بصفة عامة هي حالة معترف بها ومكرسة في الكثير من الميادين والمجالات، وهي حالة تختلف فيها الأمور عن الحالة العادية¹، ومن بين النصوص التي تتكلم عن الاستعجال في الصفقات العمومية نجد المطمة الثانية من المادة 49 م المرسوم الرئاسي 15- 247² فما معنى الاستعجال وما لمقصود به في هذه المطمة؟ وماهي شروطه؟

1- تعريف الاستعجال:

حالة الاستعجال هي تلك الحالة التي تبرر وتبيح الخروج عن القواعد العامة الواجب إتباعها في الأحوال العادية³، وتعرف أيضا بأنها حالة استثنائية تعفينا من تطبيق الشروط والإجراءات، فهي تفرض المرونة ولا يتم اللجوء إليها إلا في حالة الضرورة⁴.

وفي قانون الصفقات العمومية فإن استبعاد القواعد العامة بعنوان الاستعجال غرضه المحافظة على المال العام واستمرار المرافق العمومية في تقديم الخدمة العمومية.

وتتحقق حالة الاستعجال كلما كان من شأن التأخير في التعاقد إحداث أضرار لا يمكن تداركه وعندها يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر هو الأسلوب المناسب لدفع الضرر الناجم عن التأخير في التعاقد⁵

والاستعجال معياره موضوعي تقدره الإدارة تحت رقابة القضاء ذلك في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي تعكس ضررا محتمل الحدوث فيما لو تأخر إبرام العقد إلى أجل تستلزمه الإجراءات الأخرى⁶.

فالاستعجال الملح يعني الخطر المتفاقم⁷، وهي حالة تسمح وتبرر للمصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقات بطريق التراضي البسيط شريطة أن تكون حالة الاستعجال معللة بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تجسد وحصل في الميدان وأن إتباع أسلوب طلب العروض لا يسمح بتغطية حالة الاستعجال لتعقد إجراءاته واستغراقها وقتا وهذا على أن تكون حالة الاستعجال غير متوقعة أي مرتبطة بفكرة الظروف الطارئة، وهنا تتفاوض مباشرة مع المتعامل المتعاقد لأنه الأنسب لتغطية هذا الخطر الداهم، وعلى المصلحة المتعاقدة تبيان

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، مرجع سابق، ص 224.

² أنظر: المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15- 247 السالف الذكر.

³ هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 517.

⁴ Catherine Pribissy- Schnall: la penalization du droit des marches publics, LGDJ Paris- France edition, 2003, p 111.

نقلا عن خالد خليفة، مرجع سابق.

⁵ عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 219.

⁶ حكم المحكمة الإدارية العليا (المصرية) في الطعن رقم 813، لسنة 34 ق، جلسة 1989 / 12 / 9، مشار إليه عند: عائشة خلدون، أساليب التعاقد

الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-

2016، ص 304.

⁷ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 184.

حالة الضرورة والاستعجال وتقديم التبرير الكافي لإتباعها هذه الطريقة¹، فمن نص المادة 49² نجد أن المشرع قد قيد هذه الحالة بعدم إمكانية توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة لحالة الاستعجال. وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

فالتنظيم القانوني للصفقات العمومية حذر من لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الطريق نتيجة ممارسة احتيالية من طرفها وللقاضي الإداري هنا سلطة تقديرية لتحديد حالة الاستعجال وبحث مدى توافرها، ومن ثم فإن المصلحة المتعاقدة ليست حرة في اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط بتبرير حالة الاستعجال إذ يجب عليها إثباته، خاصة في ظل غياب تحديد وضبط حالاته³.

ثالثا: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية. Un approvisionnement urgent

هذه الحالة هي موضوع الفقرة 03 من المادة 49⁴ والتي تتفق مع الفقرة 02 من نفس المادة في طابع الاستعجال، إلا أنها منفردة ومستقلة عنها لأنها تستوجب شروطا خاصة وتطبق في مجال محدد ودقيق⁵، فمظهرها غير المتوقع يجعلها تختلف عن الاحتياجات الأخرى والتي يمكن أن يدخل فيها على سبيل المثال الأغذية والأدوية والوقود⁶، فنحن أمام موضوع حساس هو صفقات التمويل⁷ التي تتصف بالاستعجال وتتعلق وتعلق من حيث الموضوع بالحاجات الأساسية للسكان فقط، مما يعني أنها مقيدة بالكمية التي تسمح بتلبية هذه الحاجات بصورة مستعجلة ولا تتعدها⁸.

وتتحقق هذه الحالة عادة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة السرعة في اتخاذ القرارات والتدابير من أجل تغطية حاجات متعددة للمنكوبين⁹ التي تبرز دفعة واحدة، مما يحتم ويسمح في الوقت نفسه للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممّون أو مجموعة ممّونين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة¹⁰.

غير أنه في ظل غياب قائمة تحدد الحاجات الأساسية لسكان البلد فإن الأمر يبقى غير دقيق لان الحاجات الأساسية للسكان تختلف من مجتمع لآخر وتتحكم فيها عدة معايير لاسيما درجة الرفاهية المألوفة

¹ اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 22.

² أنظر: المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ اسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 22.

⁴ أنظر: المادة 3/49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 226.

⁶ النوي خوشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 167.

⁷ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 226.

⁸ النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 189.

⁹ عبد الكريم بن منصور، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة اسم المجلة والسنة والجامعة العدد، ص 70.

¹⁰ نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 23 نوفمبر 2013، ص 108.

في كل مجتمع¹، فعدم حصرها من قبل التنظيم يفتح باب التحايل أمام المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط وتعليل ذلك وتسببه بتوافر حالة التموين المستعجل والتي تبقى فضفاضة تحتاج للضبط².

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم 15-247 قيد هذه الحالة بشرطين:

✓ عدم توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة لهذا الاستعجال، أي أنها لم تكن لتضع في الحسبان توافر هذه الحالة.

✓ ألا تكون هذه الظروف نتيجة مناورات للمماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة،

وذلك من أجل سد الباب أمام كل وضعية شبيهة وإبرام صفقة بطرق احتيالية واستغلال الأحكام الاستثنائية ونلاحظ أن المشرع استمر في وضع هذه الشروط في العديد من الحالات المشابهة التي يمكن أن تستغلها المصلحة المتعاقدة لأجل الهروب من إتباع القاعدة العامة³.

وكأمثلة على هذه الحالة نذكر تفشي وباء مفاجئ والذي يستلزم اقتناء لقاحات غير موجودة ولم يكن ملائماً وممكنًا تخزينها مسبقاً، التموين بالقمح نظراً لفساد مفاجئ لمخزونه أو تعطل المصافي الوطنية المنتجة للوقود⁴.

ويفهم من النص أن المشرع لم يعد يعتبر حالات التموين المخصص لسير الاقتصاد من حالات التموين المستعجل التي تبرر اللجوء إلى التراضي البسيط⁵، والتي كانت معتمدة في النص السابق⁶.

¹ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 189.

² إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 22.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 227.

⁴ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 167.

⁵ فاتح خلاف، محاضرات في قانون الصفقات العمومية (طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، مطبوعة محكمة وموجهة إلى طلبة السنة الثالثة حقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2015-2016، ص 38.

⁶ المادة 43 المطأة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر: "في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية...".

رابعاً: حالة مشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعاً استعجالياً *projet prioritaire* et d'importance nationale.

هذه الحالة استحدثتها المرسوم الرئاسي 250-02 وأبقى عليها المرسوم الجديد 15-247، ويرجع ذلك إلى مستجدات فرضها الواقع العملي حيث كانت هذه الأنواع من الصفقات تستمر لـ 10 سنوات في التنفيذ دون أن تكتمل¹.

وعند استقرار هذه الحالة نجدها أيضاً تتفق مع سابقتها من حيث طابع الاستعجال إلا أنها تتعلق بالصفقات التي توصف بأنها ذات أولوية وأنها ذات أهمية وطنية، أي تشمل كل إقليم الدولة بنتائجها والتي قيدها المشرع هي الأخرى بشروط ثلاث:

- أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة.
 - لم تكن هذه الظروف نتيجة مماثلة من طرف المصلحة المتعاقدة.
 - خضوع الصفقة للموافقة المسبقة للجهة المختصة حسب قيمة الصفقة.
- الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار (10.000.000.000 دج).
- الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن 10 ملايين دينار (10.000.000.000 دج).

رغم أن الحالة استحدثتها المرسوم الرئاسي 250-02 إلا أن الشرط الثالث المتعلق بالعتبة المالية والجهة المختصة بإعطاء الرخصة حسب المبلغ قد أورده المشرع لأول مرة في المرسوم الرئاسي 12-23

إن الأعباء المالية المخصصة لهكذا صفقة وطابعها الخاص الذي يعود بالفائدة على كامل الإقليم وكذا خضوع المشروع للموافقة من مجلس الوزراء أو مجلس الحكومة لهي دلالة على أهمية المشروع².

كما أن إبرام صفقة متضمنة لمشروع بهذه الأهمية وفقاً لطريقة طلب العروض المعروف بشكلياته المعقدة قد لا يحقق ذات النتائج المتوخاة، خاصة إذا لم تتمكن هذه الطريقة من رصد المتطلبات الأساسية كالسعر، آجال الانجاز، اليد العاملة وخاصة المؤهلات التقنية العالية، كما أن إبرام هذه الصفقة يتم عادة على يد متعاملين أجانب نظراً للمؤهلات التقنية والتجارية والمالية التي يتمتعون بها³.

¹ عبد الكريم بن منصور، مرجع سابق، ص 70.

² نادية تيايب، مرجع سابق، ص 108.

³ المرجع نفسه، ص 109.

إلا أن الملاحظ أن المصطلحات التي حملتها هذه المطة غير دقيقة وفيها الكثير من الغموض، فالأهمية الوطنية وكذا الأولوية هي مصطلحات فضفاضة تحتمل الكثير من التأويل في ظل غياب معايير يمكن على أساسها تصنيف المشروع بأنه ذي أهمية وأولوية وطنية أم لا¹، كما نتساءل أيضا من الذي يحدد أن المشروع يندرج ضمن المشاريع ذات الأهمية الوطنية²؟ إن اللجوء إلى صيغة غير تنافسية في هذه الحالة حتى وإن كانت الرخصة تستصدر من مجلس الوزراء أو الحكومة فإن إمكانية التعسف تبقى قائمة، كما أنه يؤثر على عمل لجنة الصفقات باعتبار الصفقة قد رخصت بها الجهات الأعلى في البلد³.

ونظرا لكون مصطلح الأهمية الوطنية مبهم وغامض والذي يعود تقديره بداية للمصلحة المتعاقدة، يمكن أن توضع تحته كل المشاريع والبرامج التي يعود نفعها على المواطن، وقد طالب تحت هذا العنوان الكثير من الولاة بتعميم حالات اللجوء إلى التراضي في معظم المشاريع، فضمانة المشرع بفرض الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء بغرض عدم الانحراف في استعمال السلطة غير كافية والتي تحول مجلس الوزراء إلى لجنة تقييم العروض، كما أنه مجلس ذو طابع سياسي أين تغيب الحيادية في غالب الأحيان⁴.

خامسا: عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج/أو الأداة الوطنية العمومية للإنتاج

الحكمة من إدراج هذه الحالة هو تمكين المصلحة المتعاقدة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير قصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج⁵، وهي من الحالات التي أسس لها المرسوم 10-236 والمذكورة في المادة المطة 6 من المادة 43⁶.

اشترط المشرع في هذه الحالة الموافقة المسبقة من الجهة المختصة حسب مبلغ الصفقة:

- موافقة مجلس الوزراء المسبقة إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000).
- الموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يساوي يقل عن عشرة ملايين دينار (10.000.000.000).

¹ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 169.

² محمد بن محمد، حليمي مثال، مرجع سابق، ص 184.

³ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 192.

⁴ كمال معيفي، مرجع سابق، ص 129-130.

⁵ نادية ضرifi، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، موجهة إلى السنة الثانية ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2018-2019، ص 35.

⁶ المادة 43 المطة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر: "عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى موافقة المسبقة من مجلس الوزراء"، والمرسوم الرئاسي 12-23 أضاف المبلغ المالية وميز بين الجهات التي تمنح الرخصة.

إن الحصول على الرخصة المسبقة والتميز في الجهات التي تصدرها هو نابع من أهمية الصفقة حيث تقل فيه مسؤولية المصلحة المتعاقدة لتتوزع بين مختلف الجهات التي يهتما بتنفيذ العملية¹، وهذا التمييز جاء به المرسوم الرئاسي 12-23².

في هذه الحالة تُبرم الصفقات العمومية وفق إجراء التراضي البسيط من أجل دعم المنتج المحلي من جهة، وإنقاذ بعض المؤسسات خاصة تلك التي تعاني عجزا ماليا في بعض الأحيان من جهة أخرى³، حيث يسعى المشرع إلى تشجيع الإنتاج الوطني وحمايته من المنافسة الأجنبية القوية وهذا عن طريق اعتماده أو تطبيقه لقاعدة إعطاء الأفضلية⁴ للصناعات والمنتجات المحلية في التعاقد مع الإدارة، وهو أمر تحرص عليه كل الدول المتقدمة والنامية التي تعتبر الأولى بتطبيقه نظرا إلى حجم مشروعات الحكومة ومشترياتها ولما تلعبه أولوية المنتجات الصناعية المحلية من دور في تشجيع الصناعة المحلية⁵.

كما أن هذه الحالة قد أوردها المشرع بشكل مطلق ولم يتوخ الدقة والوضوح مما يفسح المجال واسعا للتفسير⁶، فهي عبارة يكتنفها الغموض.

يرى الأستاذ كمال معيفي أن هذا الاستثناء رغم أنه يدفع إلى ترقية الإنتاج الوطني إلا أنه يؤثر سلبا على الاستثمار الأجنبي ويؤدي إلى رداءة الإنتاج، ويعطي مثالا عن الفشل الذريع للمؤسسات الوطنية في مجال السكن مقارنة بما تضمنه المؤسسات الأجنبية وتيرة الإنتاج العالية، فما فائدة هذا التفضيل⁷؟

ويرى الأستاذ النوي خرشي أن كل الصفقات تهدف إلى إشباع الحاجات وترقية الإنتاج ولا شيء يميز هذه الحالة، وأن الاستثناء غير منطقي والمفروض خضوعه إلى القواعد العامة في الإبرام⁸.

¹ نادية تباب، مرجع سابق، ص 110.

² أنظر: المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 السالف الذكر، المعدلة للمادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 10-1-236 السالف الذكر.

³ خالد خليفة، مرجع سابق، ص 22.

⁴ إن دعم المنتج الوطني ليس في هذه الحالة فقط بل أيضا منصوص عليه في المادة 83 الواردة تحت القسم السابع المعنون ب: ترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، المرسوم الرئاسي 15-247، وهو استثناء على مبدأ المنافسة وحد من حدودها.

⁵ عائشة خلدون، مرجع سابق، ص 97.

⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 229.

⁷ كمال معيفي، مرجع سابق، ص 130.

⁸ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 193.

سادسا: حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية:

استحدثت هذه الحالة المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة 43¹ منه، وأبقى عليها المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 في الفقرة 06 من المادة 49 بقوله: "عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية....." وباستقراء النص نجد أن المؤسسات التي قصدها المشرع هي المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري على عكس المرسوم الرئاسي السابق حيث لم تُحدد طبيعة هذه المؤسسات.

فالجزء الأول من هذه الفقرة هو ما يُعبر عنه بالاحتكار القانوني، وهو وضعية يمنحها نص قانوني لمؤسسة محددة تختلف عن الاحتكار الفعلي، ويتم في حالة الاحتكار بنوعيه اللجوء إلى متعامل دون غيره².

وتجدر الإشارة إلى أن الصفة الحصرية المعترف بها لهذه المؤسسة لا يعني أنها هي الوحيدة التي تنشط في المجال وإنما هناك العديد من المؤسسات غيرها التي تمارس نفس النشاط، غير أن النص القانوني يمنح إحداها صفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية ومن ثم إبرام صفقاتها عن طريق التراضي البسيط³، والتوجه الاقتصادي للدولة هو الذي يفرض من حيث الأصل إعطاء أولوية ما، على حساب أخرى طالما كانت المؤسسات تنشط في نفس المجال⁴، أي أن المصلحة المتعاقدة تجد نفسها مضطرة لاقتناء حاجاتها حاجاتها من هذه الخدمة من عند هذه المؤسسة⁵. من بين تطبيقات هذه الحالة نجد الحق الحصري لمعهد باستور والصيدلية المركزية للمستشفيات بتمويل المؤسسات الاستشفائية بالمنتجات الصيدلانية مثل اللقاحات والأمصال⁶.

إن طبيعة النص الذي يبرر هذه الحالة يجب أن يكون صادرا عن الهيئة التشريعية أو نص تنظيمي يُتخذ تطبيقا لنص تشريعي⁷ وكذا النصوص التنظيمية المستقلة عن النصوص التشريعية، ويجب أن تكون الممارسة نتيجة مباشرة وضرورية للنص التشريعي أو التنظيمي الذي يسمح بالقيام بها.

أما الجزئية الثانية من هذه الفقرة فقد أضافها المرسوم الأخير ويقصد بها أن هذه المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تتعامل مع الإدارات والمؤسسات ذات الطابع الإداري قصد انجاز صفقاتها ففي هذه الحالة تبرم صفقاتها وفق أسلوب التراضي البسيط.

¹ أنظر: المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

² النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 194.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 231.

⁴ المرجع نفسه، ص 231.

⁵ النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 167.

⁶ التعليم رقم 1115 الصادرة بتاريخ 12-07-2011 عن الأمين العام لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات الجزائرية.

⁷ M- c boutardlabard BOUTARD LABARD (M.C), canive T(G), CLAUDEL (E), Michel-Amsellem(v), (j) vialens, l'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, LGDJ edition, 2008. P 271-272.

نقلا عن نبيه شفار، الجرائن المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين/ المستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2012-2013، ص 91.

هذه الحالة تثير الكثير من التساؤلات من أهمها لماذا تُعطى لهذه المؤسسات حقوقاً حصريّة دون غيرها؟ وعلى أي أساس يتم اختيارها؟ ويبقى الأمر غير واضح بالنسبة للحالات التي يجوز فيها لجوء هذه المؤسسات إلى أسلوب التراضي البسيط¹، فالمشرع أعطى لهذه المؤسسات حق امتياز عوض أن يتركها تثبت وجودها عن طريق المنافسة²، فمن هنا نلاحظ أن عيب هذه الحالة هو الإخلال الواضح فيها بحرية المنافسة وأهم مبدأ فيها وهو الوصول إلى الطلب العمومي.

إن تحديد الحالات الذي عمد إليه المشرع عندما يتعلق الأمر بإبرام الصفقات عن طريق التراضي البسيط لهو في حد ذاته قيد على حرية المصلحة المتعاقدة، حيث لا يمكنها اعتماد هذا الأسلوب كلما رغبت في الهروب من الإجراءات المعقدة التي نجدها في طلب العروض أو محاباةً لأشخاص آخرين على غيرهم.

كما أنه باستقراء جميع حالات التراضي البسيط التي وردت في كل قوانين الصفقات العمومية نلاحظ أن المشرع عند كل تعديل في الغالب، يعتمد إلى تقليص الحالات والوصف الدقيق للحالة والظروف المحيطة بها والشروط التي يجب على المصلحة المتعاقدة الالتزام بها، إضافةً إلى التبرير عند كل رقابة وضرورة احترام مبادئ الطلب العمومي في كل خطوة، وغاية المشرع من ذلك هو منع تعسف الإدارة في اللجوء غير المبرر لهذه الحالات، ومن أهم تجسيدات هذا هو تكرار نفس الشروط خاصة عدم توقع الحالة من المصلحة المتعاقدة وعدم التسبب فيها.

وتأسيساً على ما تقدم نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة لذا وجب التغاضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول ويبقى أنها مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247³ على سبيل الحصر.

¹ نادية تياب، مرجع سابق، ص 269.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 231.

³ أنظر: المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

المبحث الثاني: إجراءات وضوابط التراضي البسيط مظهرا للتقييد

وضمانة للمنافسة.

تأكيدا على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط¹ لم يكتف المشرع بتحديد فقط الحالات التي يُسمح فيها للإدارة باللجوء إليه - كما لاحظناه في القوانين السابقة المنظمة للصفقات العمومية- بل أضاف ولأول مرة مادة قانونية تحدد الضوابط والأحكام الواجب على الإدارة مراعاتها وإتباعها عند اعتمادها لهذا الأسلوب في الإبرام، والتي نتطرق إليها بالتفصيل في مطلبين الأول بعنوان تحولات التراضي البسيط والتقييد في الإجراءات والثاني بعنوان إجراءات إبرام الصفقة عن طريق التراضي البسيط.

المطلب الأول: تحولات التراضي البسيط والتقييد في الإجراءات

يَعتبر البعض أن التراضي خاصةً في شكله البسيط يمس بمبادئ الطلبات العمومية مثل المساواة والمنافسة في حين يدافع البعض الآخر عنه، كما يَعتبر بعض الممارسين التراضي يشجع الفساد، فما هي الالتزامات المفروضة والواقعة على المصلحة المتعاقدة عند اللجوء إلى هذا الأسلوب؟ وهل هي كافية وكفيلة باحترام مبدأ المنافسة وقمع الفساد؟ وهل أعمالها يضمن ترشيد النفقات وحماية المال العام أمام متعامل متعاقد يسعى إلى تحقيق مكاسب مادية بالدرجة الأولى؟ وهل يمكن تطبيقها عمليا على الصفقات المبرمة بأسلوب التراضي البسيط؟

يُعتبر المرسوم الأخير 15-247 قفزة نوعية في تأطير كيفية صرف وحماية المال العام إذ يمكن ملاحظة ذلك في عدة جوانب لاسيما من خلال الإجراءات المفروضة على الإدارة عند اللجوء إلى التراضي البسيط والمنصوص عليها بالمادة 50² من المرسوم السالف الذكر والتي نتطرق إليها في ستة فروع معنونة على التوالي: تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة، التأكد من قدرات المتعامل المتعاقد، اختيار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية، تنظيم المفاوضات وفق الشروط المنصوص عليها قانونا، تأسيس المفاوضات المتعلقة بالجانب المالي على أسعار مرجعية.

¹ الوكالة القضائية للمملكة المغربية، مستجدات المرسوم رقم 12-349 المتعلق باليات وطرق إبرام الصفقات العمومية، مجلة المالية، العدد 23، وزارة الاقتصاد والمالية، المملكة المغربية، أبريل 2014.

²أنظر: المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

الفرع الأول: تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة

تتحدد طريقة الإبرام تبعاً لخصائص الخدمات ولمبلغها لذلك أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة - حماية لمبدأ المنافسة- بذل العناية الكافية عند إعداد الحاجات حتى تتمكن من إبرام صفقاتها بطريقة تستجيب للتطلعات المرجوة منها في ظل احترام تعدد العروض¹، إذ نصت المادة 27 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي 247-15² المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أن المصلحة المتعاقدة مجبرة على تحديد حاجاتها قبل أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية مما يعني أن هذا التحديد لازم مهما كانت طريقة الإبرام، والملاحظ أن هذا الإجراء ليس جديداً في هذا المرسوم حيث تم النص عليه أول مرة في المرسوم السابق الملغى³، إلا أن الجديد هو النص عليه لأول مرة ضمن أحكام خاصة بالتراضي البسيط قصد التأكيد عليه كإجراء سابق عند لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقة معتمدة هذا الأسلوب، كما أن تحديد الحاجات يجد مصدره في تنظيم الصفقات العمومية 247-15 بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 98-227⁴ خاصة المادة 6 والمادة 9 من هذا الأخير⁵، وبحسب ذلك يتم تسهيل عمل المتعامل معهم وإيجاد المنافسة الحقيقية الصحيحة⁶، فهل هذا التحديد هو مجرد متطلب قانوني أم أنه رهان تنظيمي حقيقي؟

أولاً: أهمية مرحلة تحديد الحاجات.

إن تحديد الحاجات هو عملية متكاملة المراحل تُتَوَجَّح بالوصف الدقيق لمتطلبات المصلحة المتعاقدة حتى تتمكن من انجاز مهامها في فترة معينة ومعلومة من قِبَلِها⁷، وتبرز أهمية هذه المرحلة في عدة جوانب من أهمها:

- ✓ التأكيد وضمان وجود الغطاء المالي لتنفيذ الخدمات محل الصفقة.
- ✓ ضمان أعمال مبدأ المنافسة وهو ما ينعكس إيجاباً على جودة تقديم الخدمة العمومية والحفاظ على المال العام باعتباره المقصد الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية¹.

¹ ميريام أكرور، التزام المصلحة المتعاقدة بأعمال المنافسة في الصفقات العمومية، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، المنعقد بجامعة يحي فارس، المدينة، ص 02.

² أنظر: المادة 1/27 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 السالف الذكر.

³ المرسوم الرئاسي رقم 236-10 السالف الذكر.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 227-98، المؤرخ في 13 جويلية 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 51، الصادرة بتاريخ 15-7-1998.

⁵ أنظر: المادة 6 و9 من المرسوم التنفيذي رقم 227-98 السالف الذكر.

⁶ رشيد سالم، آليات تنفيذ الصفقات العمومية في القانون الجزائري، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية

المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 20-05-2013، ص 12.

⁷ منال حليمي، مرجع سابق، ص 20.

- ✓ تحديد صيغة الإبرام وإجراءات الإبرام المناسبة².
- ✓ ضمان النجاعة الاقتصادية³، وتجنب إبرام صفقات شكلية وضبط الحاجات العمومية⁴.
- ✓ اعتبارا من المبلغ الإجمالي يتم تحديد لجنة الصفقات المختصة⁵.
- ✓ ضمان تنسيق مصالح الدولة المركزية ومصالحها غير الممركزة في تنفيذ المشاريع الهادفة إلى تلبية نفس الطلبات العمومية⁶.

ثانيا: المواصفات والمراجع التي تحكم تحديد الحاجات

تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها الواجب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، ويحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني، كما يجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها ومداهما بدقة استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تُعد على أساس مقاييس ونجاعة يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية، ويجب ألا تكون هذه المواصفات التقنية موجهة نحو منتج أو متعامل اقتصادي محدد، أما بالنسبة لتجانس الحاجات، ففيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات فتحدد إما بتجانس الحاجات المتعلقة بالدراسات أو الخدمات أو اللوازم لخصوصيتها الذاتية وإما بالرجوع لوحدة وظيفية⁷.

ثالثا: كيفية وضوابط وخطوات تحديد الحاجات العمومية.

1- حصر الحاجات:

تضمن هذه المرحلة دقة التقدير الإداري للمشروع وقيمه المالية مما يجعل سعر الصفقة دقيقا، كما يقلل من تعديلها أثناء التنفيذ عن طريق الملحق⁸.

الإحصاء: يعتبر حجر الزاوية في تحديد الحاجيات العمومية ويقوم على مجموعة عناصر أهمها إجمال الحاجيات المعبر عنها للسنوات الماضية، تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها و النقائص المسجلة، الأخذ بالحسبان التطور الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع، ضبط مخطط التنمية⁹.

¹ نادية ضريفي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 20.

² النوي خريشي، تنظيم الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 87.

³ مرجع نفسه، ص 87.

⁴ مصطفى زناتي، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة وترشيد الطلب العمومي)، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة الجلفة، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017، ص 42.

⁵ أنظر: المادة 27 / 9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. السالف الذكر.

⁶ مصطفى زناتي، مرجع سابق، ص 2.

⁷ أنظر: المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. السالف الذكر.

⁸ مصطفى زناتي، مرجع سابق، ص 43.

⁹ رشيد سالمي، مرجع سابق، ص 13.

التحليل: أي تحليل المعطيات المُتحصل عليها والخيارات المتاحة والعوائق المحتملة مع الأخذ في عين الاعتبار النتائج المسطرة والأطراف المتدخلة في العملية¹.

الضبط: وفي هذه المرحلة تكون الإدارة قد حددت برنامجها بدقة محددة بذلك بوضوح أهدافها، الصلاحيات، الجدول الزمني للأشغال، الميزانية، وضع آليات التنفيذ والعلاقات مع المتدخلين والشركاء، تحديد أنواع الرقابة وتحديد الصعوبات المحتملة، وعلاوة على ذلك وأثناء الدعوة للمنافسة قد تظهر الحاجة إلى معطيات تكميلية ومنها خصوصاً معايير الإنتاج والنوعية، الوقت الخاص بالإنجاز، خيارات الموقع، الخيارات المختلفة والضوابط الإجبارية².

2- التخصيص: l'allotissement.

التخصيص هو تقنية تقضي بتقسيم صفقة إلى عدة حصص أي إلى عدة عقود، وتكمن أهمية هذه العملية في تنظيم عدة عروض مُنافسة لإجراء شامل³ بحيث يكون لكل حصة غلافها المالي وتنفذ من طرف الفائز بها، ويتجلى هذا الإجراء بكثرة في الأشغال العمومية نظراً للوقت الذي تتطلبه والتحكم في توجيهها ورقابتها⁴.

إن تخصيص الحاجات هو إجراء اختياري وليس إجباري ذلك ما يُفهم من نص المادة 27 في فقرتها العاشرة⁵، وتتجلى فائدته في تفادي مشاكل التعامل من الباطن⁶ وتقوية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بمنحها فرص الاستثمار والنمو والتشغيل أو خلق مؤسسات من هذا النوع⁷، غير أن هذا الإجراء من الممكن أن تستغله المصلحة المتعاقدة من أجل التخلص من الإجراءات الواجبة في الصيغ الأكثر تنافسية⁸.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع أشار إلى التخصيص وضوابطه في المادة 31⁹ من المرسوم الأخير.

3- تنسيق الطلبات:

نصت عليه المادة 36¹ والتي تسمح للمصالح المتعاقدة المكلفة بتلبية نفس الطلبات العمومية أن تنسق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها، ويكون ذلك بموجب اتفاقية وتكون كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء الذي يعينها.

¹ عبد الغني بوالكور، سناء منيغر، ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، العدد الثالث، جوان 2017، ص 173.

² رشيد سالم، مرجع سابق، ص 13-14.

³ Frédéric Allaire, *l'essentiel du droits des marchés publics*, gualino, France, 2012, p 49.

⁴ منال حلومي، مرجع سابق، ص 23.

⁵ تنص المادة 27 / 10 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر، على: "وفي حالة تخصيص الحاجات، فإنه يؤخذ في الحسبان لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات والإجراءات الواجب إتباعها، المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة، بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصة أو إجراء لكل حصة".

⁶ منال حلومي، مرجع سابق، ص 23.

⁷ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 97.

⁸ أنظر: المادة 27 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

- ويرى الأستاذ النوي خرشي بخصوص هذه الفقرة أن الشرط الأخير منها فيه مساس بمصادقية اللجان التي تراقب الصفقات ذات المبالغ الدنيا. للاطلاع أكثر أنظر: النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 100.

⁹ أنظر: المادة 31 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

يمكن ملاحظة أن المشرع لم يحدد الهيئات التي يسمح لها بعملية تنسيق الطلبات العمومية على سبيل الحصر عكس المشرع الفرنسي، كما لم يبين المصلحة المتعاقدة المكلفة باستلام العروض ودراساتها وإرساء الصفقة².

رابعاً: ضمانات تلبية وتحقيق الحاجات العمومية.

يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة الحرص على المال العام وضرورة تخصيصه لتلبية الحاجات والطلبات العمومية، ويتأتى ذلك من خلال عدة إجراءات يتعين القيام بها قبل البدء في تنفيذ الصفقة تتمثل في: الدراسة المسبقة لمشروع الصفقة، تسجيل المشروع والحصول على الاعتماد المالي.

1- الدراسة المسبقة لمشروع الصفقة:

تسمح هذه الدراسات بالتحديد الدقيق للحاجات واتخاذ القرار النهائي لتنفيذ المشروع وبصورة صحيحة، لذلك يتوجب على الإدارة أخذ الوقت الكافي للقيام بهذه الدراسة وانجاز المخططات المطلوبة³ واعتماد مكاتب دراسات كفأة ومختصة تتفق معها وفق إطار قانوني تعاقدى يُفرغ في شكل صفقة دراسات⁴، وتنصب هذه الدراسات عموماً على: الجدوى الاقتصادية⁵، الملاءمة، التأثير على البيئة، الدراسة الجيوتقنية للأرض (بالنسبة لمشاريع الإنجاز)، الدراسات القبلية، الدراسات المختلفة⁶.

2- تسجيل المشروع:

بعد تمام عملية الدراسات الأولية تباشر المصالح المتعاقدة إجراءات تسجيل المشروع لدى المصالح الإدارية المختصة كي يصبح محل دعوة للتعاقد في إطار الصفقات العمومية لاحقاً، هذه الإجراءات القانونية تُتّوج بمنح المصالح المتعاقدة رخصة لتنفيذ المشروع، بعد التأكد من أنه مشروع ذي جدوى اقتصادية ويعود بالنفع العام على المواطنين ما يبرر تمويله⁷، وقد بينت المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 98 - 227⁸ المعدلة والمتممة بموجب المادة 07 من المرسوم 09-148⁹ على أنه بعد اكتمال نضج المشروع يتم تسجيله¹⁰.

¹ أنظر: المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 27.

³ حمزة خضري، الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد التاسع، سبتمبر 2015، ص 51.

⁴ عبد الغني بوالكور، سناء منيغر، مرجع سابق، ص 174.

⁵ إن عدم فعالية المشاريع المنجزة في إطار الصفقات العمومية في تحقيق أهدافها يرجع إلى عدم الاهتمام بدراسات الجدوى الاقتصادية وذلك لغياب النصوص الصريحة التي تشير إلى ضرورة القيام بهذه الدراسات، كما كان يجب خضوع العملية لرقابة القضاء الإداري لضمان الجدوى. انظر حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 33 وما يليها.

⁶ رشيد سالم، مرجع سابق، ص 14.

⁷ - للاطلاع أكثر على موضوع هذه الدراسات أنظر: النوي خوشي، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 72-78. وعبد الغني بوالكور، سناء منيغر، مرجع سابق، ص 174-178.

⁸ حمزة خضري، الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 51.

⁹ أنظر: المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 98-227 السالف الذكر.

⁹ أنظر: المادة 7 من المرسوم رقم 09-148، المؤرخ في 2 ماي 2009، الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة بتاريخ 3 ماي 2009، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، المؤرخ في 13 جويلية 1998، الجريدة الرسمية العدد 51، الصادرة بتاريخ 15-7-1998.

¹⁰ لتفصيل أكثر انظر: عبد الغني بوالكور، سناء منيغر، مرجع سابق، ص 178-180.

3- الحصول على الاعتماد المالي:

ليتم تنفيذ الصفقة العمومية بصورة سلسة وسليمة لا بد على المصالح المتعاقدة قبل أن تباشر إجراءات إبرامها أن تتأكد من وجود اعتماد مالي كاف لتغطية نفقات تنفيذ محلها، والاعتماد المالي هو عبارة عن تخصيص محدد في الميزانية معلوم المقدار ومحدد بدقة ومدرج للإنفاق تحت الباب أو المحور الذي يتعلق به تنفيذه من أبواب أو محاور الميزانية، أو أيضا هو عبارة عن إذن بالصرف المالي تصدره الجهة الإدارية المختصة في حدود صلاحياتها القانونية حيث لا يجوز مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد إلا بعد الحصول على إذن مسبق بذلك من الجهات الإدارية والمالية المختصة¹.

إن النصوص التي تشير إلى مراحل وكيفية تحديد الحاجات نجدها في المواد من 27 إلى 36 من المرسوم الرئاسي 15-247 ويمكن ملاحظة بشأنها الافتقار إلى الدقة والضبط كما أنها غير كافية لتأطير هذه المرحلة المهمة والأساسية والتي تتحكم في الطلب العمومي.

إذن يمكن القول أن تقييم الحاجات ليس فقط إجراء قانوني بل الأهم من ذلك أنه شرط ضروري حتى تنفذ الصفقة في أحسن الظروف الاقتصادية فهي مرحلة مهمة في حياة المشروع تسمح بانطلاقة صحيحة وسليمة للصفقة العمومية تحقق نجاعة وفعالية الطلب العمومي.

الفرع الثاني: التأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي

هذه المطة تحيلنا على المادة 54² والتي تبين أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتقضي قدرات المرشحين التقنية والمالية والمهنية قبل البدء في تقييم العروض، لأنها مطالبة بإسناد الصفقة للمرشح الذي يُعتقد أنه قادر على تنفيذها³، أي أن المصلحة المتعاقدة عليها أن تثبت أن المتعامل المتعاقد الذي ذهبت إليه مباشرة يملك كل كل الإمكانيات وأنه الأقدر من بين المرشحين الفعليين على تنفيذ موضوع الصفقة.

في سبيل التأكد من القدرات التقنية يكون المرجع هو إما شهادة التخصص والتصنيف، أو الاعتماد أو التسجيل في البطاقة التي يتم تحيينها كل 03 سنوات، بينما القدرات المالية فهي تبقى نسبية وتدخل في تحديدها الضمانات المالية التي حددها القانون.

إن القصد من التأكد من القدرات المالية هو أن المصلحة المتعاقدة تسعى لأن يكون المتعامل المتعاقد في وضعية مالية تتناسب وحجم الصفقة، أي إمكانية تنفيذها في أفضل صورها مقارنة بمنافسيه⁴، لأنه عادةً

¹ مصطفى زناتي، مرجع سابق، ص 48.

² أنظر: المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 30.

الصفقات تكون ذات قيمة مالية ضخمة مما يقلل إمكانية الحصول على مرشحين يمولون الصفقة بمالهم الخاص، وهو الأمر الذي جعل المصلحة المتعاقدة، بنص القانون، تساهم في تنفيذ الصفقة، سواء من خلال نظام التسبيقات أو من خلال صندوق ضمان الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: اختيار متعامل اقتصادي يقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية.

إن القانون لا يعطي للإدارة حرية مطلقة في اختيار المتعاقد معها وإنما تُقيد هذه الحرية في مجالات كثيرة بضرورة إتباع إجراءات معينة بغية ضمان اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العروض من حيث الشروط الفنية والمالية.

إن تحديد العرض الأحسن اقتصادياً¹ هو من اختصاص المصلحة المتعاقدة، لأنها هي من تضع المعايير وفق دفاتر الشروط وهي من وضع القواعد الاقتصادية والتقنية والمالية لطريقة الإبرام بما يتوافق مع الادعاءات المطلوبة²، كما أنه لوصف عرض بأنه الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية يجب الأخذ بمجموعة من المعايير من بينها معيار السعر، على أن تكون معايير غير تمييزية ومتلائمة مع موضوع الصفقة، وتحفظ المصلحة المتعاقدة بحرية تحديد المعايير والتنقيط المناسب لكل معيار، هذا مع أنه يمكن في بعض الصفقات أن يكون السعر هو المعيار الوحيد.

وللحصول على عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية يجب تحديد وبوضوح فيما تتمثل هذه المزايا الاقتصادية، لأننا أمام مجموعة من المتنافسين يسعى كل واحد منهم إلى الفوز بالصفقة ولأجل ذلك فكل واحد يركز عرضه على تقديم مزايا اقتصادية من خلال ما وضع من معايير³.

إن هذا الضابط يجعلنا نتخلى عن الفكرة القديمة والتقليدية التي تفيد أن المصلحة المتعاقدة تمر مباشرة إلى متعامل متعاقد بعينه وتبرم معه الصفقة دون مفاضلة مع عروض أخرى، فبالإضافة إلى الشروط التي تضمنتها هذه المادة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن من اختارته هو أحسن عرض مقارنة مع العروض الأخرى، أي هناك منافسة ولو أنها غير واضحة المعالم من الناحية العملية، وهي حرية متروكة للمصلحة المتعاقدة وما يقيدتها فقط هو الإثبات عند كل رقابة تُمارس عليها في ظل احترام مبادئ الطلب العمومي التي تشمل كل أحكام المرسوم الرئاسي⁴.

¹ إن فكرة العرض الأحسن اقتصادياً قد ظهرت لأول مرة عن طريق مجلس الدولة الفرنسي، سنة 1980 تحت تسمية العرض الأهم من الناحية الاقتصادية. ويدخل ضمن أهداف تحسين وفعالية التسيير العمومي.

Frédéric Allaire, op cit , p 107.

²Michel Guibal, les critères d'attribution, op.cit, p89.

³ محمد خرفان، مرجع سابق، ص88.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

من الناحية العملية، تقوم المصلحة المتعاقدة بالطلب من عدة متعاملين تم التعامل معهم أو مسجلين في القائمة المنصوص عليها في المادة 158¹ أن يقدموا عروضاً استناداً إلى محتويات دفتر الشروط الذي أعدته المصلحة المتعاقدة خصيصاً لهذه الصفقة، والذي انطلاقاً منه تنتقي عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية والمتمثل في العرض الأقل ثمناً، أو العرض الأقل ثمناً من بين العروض المؤهلة تقنياً بعد تحليلها، أو العرض الذي يتحصل على أعلى نقطة بترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر.

في حالة العرض الوحيد تقوم لجنة فتح وتقييم العروض باختيار العرض المقدم إذا كان له مزايا من الناحية الاقتصادية وكان مطابقاً لدفتر الشروط، كما أنه من خلال هذا التقييم يمكن أن تقترح اللجنة إقصاء العرض إذا لم يكن مطابقاً لمحتوى دفتر الشروط أو لموضوع الصفقة أو إذا رأت أن العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مبالغ فيه بالنسبة لمرجع الأسعار².

تأخذ المصلحة المتعاقدة في الحسبان عند الاختيار ألا يكون العرض مهيمناً على السوق أو مخلاً بالمنافسة في القطاع المعني، وألاً يكون المرشح في أي حالة من حالات الإقصاء المنصوص عليها في المادة 375.

الفرع الرابع: تنظيم المفاوضات وفق الشروط المنصوص عليها قانوناً

هذا الضابط يحيلنا على الفقرة 6 من المادة 52⁴ والتي تتعلق بالتراضي بعد الاستشارة، مما يعني أن عملية التفاوض والقائم عليها تتم بنفس الأشكال في الحالتين.

تتم المفاوضات عن طريق لجنة تُعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، ويتم التفاوض على كل شروط تنفيذ الصفقة مع احترام مبادئ الطلب العمومي الواردة في المادة 5 من هذا المرسوم، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تضمن تتبع أطوار المفاوضات في محضر، ولم تتم الإشارة إلى أكثر من ذلك حيث نلاحظ غياب شبه كلي لضوابط المفاوضات مما يجعلها مفتوحة أمام كل التأويلات.

الفرع الخامس: تأسيس المفاوضات المتعلقة بالجانب المالي على أسعار مرجعية.

لقد أصبح من المسلم به في الصفقات العمومية أن السعر لم يعد المعيار الوحيد المعتمد في اختيار أحسن عرض، بل صار من بين جملة المعايير التي تدخل في تحديد أفضل وأحسن عرض.

¹ أنظر: المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² عائشة خلدون، بولرباح حمادي، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد العاشر، جوان 2018، ص 170.

³ أنظر: المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 6/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

فلا يجب الخلط بين اعتماد الثمن الأقل، والأخذ بالسعر كمعيار من بين جملة المعايير في الاختيار¹.

كما أن السعر كمعيار حسب هذه المادة يجب أن يستند إلى أسعار مرجعية، هذه الأسعار هي التي تنشر في الديوان الوطني للإحصائيات والتقارير الرسمية الصادرة عن المجلس الاجتماعي والاقتصادي.

ومن نص المادة واضح أن الأسعار يتم التفاوض عليها، وعلى العموم الشروط المتعلقة بالناحية المالية هي شروط تعاقدية تفاوضية لا يمكن للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة إذ لا يجوز اعتبار مصلحة التعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يطمح إلى تحقيق الربح من خلال تعاقد².

انطلاقاً من تحليل محتوى هذه المادة³ يمكن القول أن التراضي البسيط أصبح يخضع فيه اختيار المتعامل المتعاقد إلى جملة من المبادئ والضوابط والشروط تتركز بصورة كبيرة على تحليل ودراسة المؤهلات الشخصية للمتعامل المتعاقد وللعرض الذي يقدمه، كما أن هذه المادة الجديدة في هذا المرسوم قد جعلت التراضي البسيط يقترب من التراضي بعد الاستشارة لضمانه لقدر من المنافسة ولو بطريقة غير مباشرة وغير محددة، الأمر الذي يجعله يقترب هو الآخر من طلب العروض مع تخفيف في الإجراءات ومرونة في التعاقد لتسهيل عمل المصلحة المتعاقدة مع التوازن الذي يضمن الابتعاد عن الفساد.

إنّ هذه التعديلات التي لحقت هذا النوع من أشكال التراضي تبرز رغبة المشرع في سد جميع الثغرات التي يمكن أن تستغلها المصلحة المتعاقدة للانحراف في استعمال المال العام.

المطلب الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي البسيط

إن كل قوانين الصفقات العمومية الجزائية لم تتضمن أي مادة تبين الإجراءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة إتباعها عند اعتمادها لأسلوب التراضي البسيط، عدا بعض الإجراءات الإلزامية المتمثلة أساساً في الحصول على رخصة بالتعاقد من الجهات المخولة قانوناً بالنسبة لبعض الصفقات والمذكورة على سبيل الحصر، عندما تصل قيمة الصفقة مبلغ معين، فيما عدا ذلك لا يوجد إلزام صريح بأي إجراء آخر، غير أنه من خلال الآراء الفقهية واقتراحات الباحثين والخبراء وكذا الممارسات التطبيقية، نجد أن الإدارة قد دأبت على إتباع 03 ثلاثة مراحل أساسية تتمثل في دعوة المتعاملين الذين ترغب في التعاقد معهم أولاً، ثم في مرحلة ثانية، تتناقش وتتفاوض معهم من أجل الحصول على أحسن عرض، وفي المرحلة الأخيرة تقوم

¹ Michel Guibal, les critères d'attribution, le nouveau droit des marchés publics, Lyon, 2004, p 86.

² مجد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 496.

³ أنظر: المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

بالتعاقد مع من ارتأت أنه الأقدر على تنفيذ الصفقة، هذا بالإضافة إلى مرحلة استصدار الرخصة والتي لا تعني إلا نوعين من الصفقات، ونتعرض إلى هذه المراحل في فروع متتالية.

الفرع الأول: مرحلة استصدار الرخصة

وهي من القيود التي ترد على حرية المصلحة المتعاقدة لما لهذه الصفقات من أهمية ولما يترتب عنها من آثار هامة تتعلق بموارد رئيسية في الدولة أو بالمصالح العليا والأمن القومي للبلاد¹، ويترتب البطلان المطلق للعقد المبرم في حالة عدم الحصول على الرخصة.

وتكون في حالة مشروع ذي أولوية وأهمية وطنية يكتسي طبعاً استعجالاً، أو في حالة تعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وهي الحالات المنصوص عليها في المظتين الرابعة والخامسة من المادة 49²، لذلك فإن المصلحة المتعاقدة وقبل الشروع في دعوة أي متعامل لأجل التعاقد هي مضطرة إلى الحصول على رخصة بالتعاقد من الجهات المختصة حسب مبلغ الصفقة:

- إذا كان مبلغ الصفقة المزمع إبرامها يفوق أو يساوي عشرة ملايين دينار جزائري، فإن الموافقة يشترط الحصول عليها من مجلس الوزراء.
- إذا كان المبلغ يقل عن عشرة ملايين دينار فإنه يشترط الحصول على موافقة اجتماع أو مجلس الحكومة.

الفرع الثاني: مرحلة الدعوة إلى التعاقد

رغم أن أسلوب التعاقد بالتراضي البسيط لم يضبط له تقنين الصفقات العمومية الأخير³ إجراءات محددة وهو ما يمنح المصلحة المتعاقدة حرية أكبر مقارنة بالتراضي بعد الاستشارة، غير أنه فيما يخص الحالات المتعلقة بالاحتكار والحق الحصري في تقديم الخدمة العمومية، فإن المصلحة المتعاقدة تكون مضطرة للجوء مباشرة إلى المتعامل المتعاقد الوحيد، ولا يبقى أمامها إلا إمكانية التفاوض والمساومة حول بنود العقد والسعر، أما الحالات الأخرى فلا يمكنها إعمال هذا الأسلوب إلا بدعوة المتعاملين لتقديم عروض بغية التعاقد

¹ رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، كلية الحقوق عين شمس، القاهرة، دون سنة، ص7.

² أنظر: المادة 49 المطة 4 و 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

معها وذلك استنادا إلى أنها ملزمة بالبحث عن عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية حسب نص المادة 50 من القانون¹.

ويتم مراسلة هؤلاء بأي وسيلة اتصال انطلاقا من البطاقة التقنية التي تملكها المصلحة المتعاقدة التي تقوم بتحيينها دوريا، أو من خلال المتعهدين الذين تعاقدت معهم من قبل ولها دراية بقدراتهم.

فتقوم المصلحة المتعاقدة بتوجيه الدعوة الى من تراه قادرا على انجاز العملية التي تريد تنفيذها بإرسال خطاب له يشمل العناصر الأساسية للتعاقد، بواسطة استدعاء كتابي أو شفهي عن طريق الاتصال مباشرة بالمتعامل الذي سبق وأن تعاملت معه² أو المسجلين لديها في البطاقة التقنية.

أما بالنسبة للاستدعاء فهي حرة في استعمال أي وسيلة تواصل قصد إبلاغ المتعهدين من الحضور وتقديم تعهدات، ومن ثم تحدد تاريخ للتفاوض وهو ما سنتطرق إليه في المرحلة الموالية.

كما أن المصلحة المتعاقدة تضع اعتبارات الأمانة والثقة اهتمامها الأول، وتعقد العقد على هذا الأساس مع الشخص الذي تختاره بالذات، فمن مصلحتها أن تتعاقد مع المتعامل القادر على التنفيذ أي الذي يملك رأسمال اللازم لتنفيذ المشروع، وليس المتعامل الذي تشك في قدرته على انجاز موضوع الصفقة المزمع إبرامها³.

وتجدر الإشارة إلى أنه على المصلحة المتعاقدة الأخذ بعين الاعتبار:

- إعطاء أهمية إلى المنتج المحلي أو الوطني⁴.
- رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني قد تؤدي إلى الهيمنة على السوق مما يسبب اختلال المنافسة في القطاع المعني.
- رفض العرض إذا كان السعر منخفض بشكل غير عادي ولم يقدم المعني مبررا مقبولا⁵.

الفرع الثالث: مرحلة التفاوض

إن التفاوض يعتبر الميزة الأساسية لأسلوب التراضي على اعتبار أن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية يُحضر فيها التفاوض⁶، وهذه المرحلة أساسية لا يمكن التغاضي عنها لأنها هي التي تفرز لنا

¹ أنظر: المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² Brahim BOULIFA, op cit, p 60.

³ محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 84.

⁴ أنظر: المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁶ المادة 01/40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر: "طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عرض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية،

العرض الذي يستجيب لمتطلبات المصلحة المتعاقدة والعارض الذي سينفذ الصفقة، لذلك يجب أن تُحاط بجميع الضمانات التي تجعلها كفيلة بتحقيق أهداف المصلحة المتعاقدة من جهة والمتمثلة في تحقيق نجاعة الطلب العمومي وترشيد النفقات العامة، ومن جهة ثانية تحقيق أهداف المتعامل المتعاقد من خلال الظفر بالصفقة وتحقيق مكاسب مادية، بالإضافة إلى مكاسب تضاف إلى سجله تتمثل أساسا في الخبرة التي يكتسبها من تنفيذ موضوع الصفقة.

ويتفق الجميع على أهمية مرحلة التفاوض في حالة إبرام العقود بأسلوب التراضي، فنجد مثلا مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 10-03-1943 في قضية ¹Sieur Danto أين اعتبر المشاورات إحدى المراحل التي يمر بها التعاقد بأسلوب التراضي أو التعاقد بناء على مفاوضة².

أولا: تعريف التفاوض:

يقصد بالتفاوض إمكانية مناقشة مصالح مشتركة بين طرفين أو عدة أطراف بغرض الاتفاق المرجح، وهو آلية مطبقة في الطلبات العمومية ويمثل أداة عمل فعالة تسمح بتوافق مصالح متعارضة بالوصول الكلي أو الجزئي لأهداف المتعامل والمصلحة المتعاقدة³.

كما يُعرف أيضا بأنه إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الذي يرغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو من أجل تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه⁴، دون المساس بمحتوى الصفقة ومعالمها الأساسية المضمنة في دفتر الشروط الخاص بها.

إن عملية التعاقد الفعالة والناجحة هي التي تبحث ملائمة ومطابقة عرض المتعامل المتعاقد لاحتياجات المصلحة المتعاقدة، فالمفاوضات يجب أن تسمح للمصلحة المتعاقدة بتحديد العرض الذي يقدم أحسن توافق بين السعر والجودة أي أحسن عرض يمكن أن يكون مرجحا في هذه المعطيات بالنظر إلى احتياجات المصلحة المتعاقدة والقدرات الاقتصادية والتقنية للمؤسسات⁵.

تعد قبل إطلاق الإجراء، وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض أنواع طلب العروض يسمح فيها بالمفاوضات مثل المسابقة من خلال نص المادة 47 / 02 من نفس المرسوم 15-247 : " وتمنح الصفقة، بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية".

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر في 10-03-1943، في قضية ¹Sieur Danto، نقلا عن عائشة خلدون، مرجع سابق، ص 315.

² التعاقد بناء على مفاوضة في القانون الفرنسي les marchés négociés هو ما يعرف في قانون الصفقات العمومية الجزائري بالتراضي ويرى بعض الفقه أن التسمية الصحيحة هي الاتفاق المباشر لأنها تتوافق مع آليات هذه الطريقة. أنظر: نادية تياب، مرجع سابق، ص 100.

³ www.aapasso.fr, Association des acheteurs publics, guide de la négociation dans la procédure adaptée, guide rédigé par les membres experts de l'AAP 1^{er} décembre 2017, p 08.

⁴ محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 36.

⁵ BARDIN Adeline, *Le négociation : un outil adapté aux collectivités locales*, institut d'études politiques de Lyon, mémoire D.E.S.S : management du secteur public : collectivités et partenaires (M.S.P.C.I), année 2003-2004, P 57.

ثانيا: مبادئ يجب احترامها عند التفاوض:

إن التفاوض في التراضي البسيط قد تم النص عليه صراحة في نص المادة 150¹ وهو ما لم يرد ذكره في القوانين السابقة بصريح النص، ويجب أن تتم المفاوضات في ظل احترام مبادئ الطلب العمومي مثلما هو منصوص عليه في المادة 52² في فقرتها السادسة، وبالتالي فلا يمكن تفضيل متعامل اقتصادي على سبيل المثال كما لا يمكن التغيير الجوهرى في خصائص أو شروط تنفيذ الصفقة عما هي عليه في دفتر الشروط، ومن أهم هذه المبادئ:

1- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:

ولا يتعلق الأمر بصفة مبرمة عن طريق أسلوب التراضي البسيط فقط إنما هو مبدأ في كل الصفقات مهما كانت طريقة الإبرام، فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتعسف أو أن تميل لمتعامل دون الآخر بل عليها التركيز فقط على تحقيق المصلحة العامة هذا الهدف الذي يستوجب المساواة في معاملة المترشحين.

2- مبدأ عدم المساس بالعرض:

الذي يعني عدم المساس بجوهر العرض وعدم تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط.

3- مبدأ سرية العروض:

أي تلتزم المصلحة المتعاقدة بعدم التصريح وإعلام المرشحين بمعلومات تؤدي إلى كشف عروض المرشحين الآخرين، كما أن هذه المعلومات محمية بالسرايا والصناعي والتجاري³.

4- مبدأ شفافية وتتبع الإجراءات:

فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بإعلام المترشحين عند اللجوء إلى التفاوض بالشروط التي تنظمه كشكل التفاوض (مقابلة، تبادل الاقتراحات كتابيا)، وكذا مدة التفاوض وشروطه كما أنها ملزمة بتتبع مجمل المفاوضات مع المرشحين.

¹ أنظر: المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 6/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ Association des acheteurs publics, op.cit, p16.

ثالثاً: العناصر القابلة للتفاوض:

حسب المادة 52 فقرة 6¹ فإن المصلحة المتعاقدة تتفاوض على كل شروط تنفيذ الصفقة:

- ✓ التفاوض على السعر: فيمكن مثلاً التفاوض على سعر التخزين أو التحويل أو سعر الملحقات وعلى قطع التغيير أو الضمان أو سعر الصيانة أو سعر النقل...
- ✓ الكمية: يمكن التفاوض على الكمية الضرورية، تكرار الطلبات، كيفية التسليم..
- ✓ النوعية: مناقشة النوعية كافية أو غير كافية، مبالغها بالنظر للحاجات، تأثيرها على السعر...
- ✓ الأجل: مناقشة تأثير الأجل على السعر، احتساب النقل...
- ✓ ضمان أحسن تنفيذ للصفقة: العقوبات، الفسخ...

رابعاً: كيفية التفاوض والمسؤول عنه

إن التفاوض في التراضي البسيط تقوم به لجنة تُعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، هدفها تحسين العرض أو الحصول على أحسن عرض بالإضافة إلى الاستعمال الحسن للأموال العمومية²، حيث نصت الفقرة 6 من المادة 52³ على هذه اللجنة لكنها لم تبين كيف يتم عملها فقط أشارت إلى إجبارية تتبع المفاوضات في محضر وهو ضمان للشفافية ووسيلة إثبات عند كل رقابة.

وتجدر الإشارة إلى بعض القواعد التي يجب مراعاتها وهي عدم الإفصاح عن العروض المقدمة، عدم مناقشة مع المتعاملين الآخرين الفوارق التقنية والمالية الملاحظة بين العروض بالإضافة إلى عدم تمرير أي معلومة تتعلق بعارض إلى عارض آخر⁴.

عند الانتهاء من التفاوض يجب على المشاركين التوقيع على محضر الجلسة، ويستوجب عليهم فيما بعد إرسال التزام لتثبيت عروضهم التي يتم تقييمها بصفة موضوعية⁵.

يمكن ملاحظة أن التفاوض في التراضي يؤدي إلى تحديد من سيطفر بالصفقة على عكس التفاوض في بعض أشكال العروض الذي يتم بعد تحديد الفائز والهدف منه التحسين من العرض دون المساس بعناصر المنافسة.

¹ أنظر: المادة 6/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² Association des acheteurs publics, op.cit, p 10.

³ أنظر المادة 6/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ Association des acheteurs publics Op.cit, p16.

⁵ سمية سحنون، مرجع سابق، ص 43.

الفرع الرابع: مرحلة التعاقد

يقصد بالتعاقد أو إبرام العقد إقرار شروطه والتوقيع عليه وهو ما يعني إعلان الموافقة على التعاقد¹، والمعبر عنه في الصفقات العمومية بمنح الصفقة، هذه العملية تلي مباشرة مرحلة التفاوض التي تُتَّوَجَّع بالحصول على أنسب عرض والذي يستجيب لاحتياجات المصلحة المتعاقدة الواردة في دفتر الشروط.

فتقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة مباشرة للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة حتى وإن كان لها السلطة التقديرية في اختيار المتعامل المتعاقد فهي ملزمة بأن تضع نصب أعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها، خاصة وأن القانون يفرض عليها تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارس عليها، لذلك وجب عليها التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، من خلال مراعاة المراحل الضرورية للوصول إلى الاختيار السليم والصحيح للمتعامل المتعاقد وتحسين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين².

إن غياب إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة بصورة واضحة، حقيقة يؤدي إلى احتمال اختيار المتعامل المتعاقد بناءً على أسس ذاتية واعتبارات شخصية ويفتح باب التحايل والتلاعب في عملية التعاقد³، لكن فرض المشرع خضوع كل إجراء إلى مختلف الرقابات الممارسة على المصلحة المتعاقدة يُعَدُّ حداً لحرية الإدارة ويقمع كل تعسف محتمل.

¹ محمد عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 120.

² نادية تياب، مرجع سابق، ص 104.

³ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 24.

خلاصة الفصل الأول

ما أصبح عليه التراضي البسيط في المرسوم 15-247 هو نتيجة لتغير الظروف المحيطة بمناخ الأعمال والمؤثرة عليه، حيث كان يؤخذ عليه بأنه يَحُدُّ من المنافسة إلى درجة إعدامها، غير أن الحال قد تغير فإدراج المشرع لضوابطه في المادة 50 التي سبق تفصيل محتواها، قد ألزم المصلحة المتعاقدة بنص القانون إجبارية المقارنة بين العروض وبالتالي اختيار أفضلها، رغم انه لم يحدد لها كيف يمكن لها أن تقوم بهذه المقارنة من أجل المفاضلة وهو ما يبقى حرية متاحة للمصلحة المتعاقدة.

إن مفهوم التراضي البسيط لم يتغير في مختلف القوانين السابقة، وحافظ على المعنى الحرفي لعبارة التعاقد مباشرة مع شخص بعينه. إلا أن المرسوم الأخير قد غير هذا المفهوم وأصبح التراضي البسيط يفرض على المصلحة المتعاقدة المفاضلة بين عدة عروض بغية الحصول على عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية.

بالنسبة لحالات التراضي البسيط هي الأخرى انتقل بها المشرع من الحرية إلى التقييد عبر مختلف القوانين وبصفة تدريجية إلى أن أصبحت مقيدة إلى أبعد الحدود في المرسوم الأخير.

غير أن الاستغراق في حالات الاستثناء تجعله يطغى على القاعدة، لذلك يفترض اللجوء إلى الاستثناء في الحالات المنطقية والموضوعية والتي على الخصوص لا تشكل استثناءً على مبدأ المنافسة كونها استثناء بنص القانون بل بطبيعتها لا يمكن أن تخضع للمنافسة، وما نص القانون إلا كاشف لها، وهي المتعلقة خصوصاً بالاستعجال والاحتكار الفعلي.

كما أن الحالات التي وردت في المادة 49 ليست كلها استثناء منطقي وموضوعي، فنجد أن لجوء المشرع إلى منح حق احتكار حصري لمؤسسة عمومية هو تعدٍ صارخ على حرية الصناعة والتجارة والتي أقرتها الاتفاقات الدولية والقوانين وجسدها مواد كثيرة لاسيما المادة 43 من دستور 2016.

ومع ذلك يجب التسليم بأنه يمكن القول أن الحالات المذكورة في المادة 49 قد فرضتها الضرورة اعتباراً أن المنافسة الهدف منها حماية المال العام وليس أعمال المنافسة على حساب المال العام، كما أن المشرع في كل مرة ووفي العديد من المواد يؤكد أن الأولوية هي استمرارية المرافق العمومية وليس مبدأ المنافسة،

إن هذه النقائص لا يمكنها أن تقلل من أهمية التراضي على أساس أنه يعتبر الأسلوب الملائم لإبرام الصفقات عند توافر مبررات اللجوء إليه، لأن هذه المبررات تتلاءم حقيقة مع التراضي البسيط وليس مع القاعدة.

إن القانون قد كرس صراحة وبوضوح مبدأ المنافسة بجعله لطلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، ما يسمح بمشاركة كل من تتوافر فيه الشروط القانونية وكان يريد التعاقد مع الإدارة، وجعل التراضي الاستثناء الذي يحقق المصلحة العامة الوطنية في اعتبارات تبرره، غير أنه حين تتحاييل المصلحة المتعاقدة مستغلة الاستثناء بحكم معرفتها للقانون ولواقع الحال فعندئذ لا يمكن الحكم بعجز القانون، لأن الإشكال ليس في القانون وإنما في كيفية تطبيقه وفي من يطبقه، وخاصة في ظل سلطة الإدارة التقديرية في مجال إبرام الصفقات العمومية وهو المجال البعيد عن الرقابة القضائية، وهنا لابد من البحث عن وسائل مكافحة الفساد الإداري.

الفصل الثاني:

التراضـي بعد الاستشارة استـدراج
عروض من الدرجة الثانية

تعد الصفقات العمومية الوسيلة الأكثر استعمالاً لإنفاق المال العام لذلك يَعمدُ المشرع إلى تأطيرها بعناية وبشكل متلاحق سدا لكل الثغرات التي تُنبأ عنها الممارسات التطبيقية، وذلك من خلال إدخال تعديلات تتجاوب مع الملاحظات المُقدّمة لسد النقص أو إيضاح الغموض من جهة، ومن جهة أخرى تماشياً مع المستجدات الدولية والداخلية المتعلقة خاصة بالجانب السياسي والاقتصادي.

فلما كانت عملية إبرام الصفقات العمومية تستهدف التسيير الجيد للمال العام وحمايته، وكذا العمل على تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على توازن مصالح الطرفين¹، فإن عناية المشرع بتأطير إجراءاتها والتدقيق في كل مراحلها، كانت بارزة على قدر أهمية هذه العملية.

ومن النقاط التي أولى لها المشرع اهتماماً كبيراً في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية نجد طرق الإبرام حيث أولى عناية كبيرة لتحديد كيفية إبرام الصفقة العمومية، فجعل القاعدة العامة في الإبرام هي طلب العروض ليكفل بذلك مشاركة أكبر عدد من العارضين، بغية تكريس وبفعالية مبدأ المنافسة الذي يُعتبر محرك التنمية الحقيقية وضمانة لحقوق طرفي الصفقة، إلى جانب ذلك ولأسباب موضوعية ومنطقية اعترف المشرع للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التراضي كطريقة استثنائية لها هي الأخرى حدودها القانونية وشروط إعمالها.

رأينا في الفصل الأول أن المصلحة المتعاقدة يمكن أن تلجأ إلى التراضي البسيط في إبرام صفقاتها لأسباب تفرضها الضرورة أو الاحتكار أو الاستعجال أو غيرها من الأسباب التي تتناسب مع هذا الأسلوب في الإبرام، غير أن هناك حالات أخرى تفرضها أسباب تتعلق بالسرية أو الخصوصية أو لأسباب أخرى تجعل من التراضي بعد الاستشارة يكون الطريقة الأنسب للتعاقد.

من أجل الوقوف على أسلوب التراضي بعد الاستشارة كطريقة لإبرام الصفقات العمومية. نتطرق في مبحث أول إلى توضيح القصد من التراضي بعد الاستشارة والمراحل التي مر بها والتعديلات التي لحقته في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية، وكذا حالات اللجوء إليه. كما نتطرق في مبحث ثاني إلى إجراءات إبرام الصفقة العمومية باعتماد هذا الأسلوب، والوقوف على مدى احترامه لمبدأ المنافسة باعتباره ميزة للطلبات العمومية وعنوان للنجاعة الاقتصادية وحد من حدود الفساد.

¹ حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 05.

المبحث الأول: مفهوم وتطور ومبررات التراضي بعد الاستشارة

اتفقت جميع التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية على أن صيغ الإبرام هما صيغة طلب العروض وصيغة التراضي، هذا الأخير له شكلان هما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، حيث يعتبر التراضي بعد الاستشارة من الصيغ التفاوضية يلتقي مع طلب العروض في احتوائه على عناصر المنافسة من خلال الاستشارة الموجهة إلى مجموعة من المتعاملين المتعاقدين ويختلف عنه في إمكانية التفاوض حول بنود وشروط وكيفية تنفيذ الصفقة، هذه الميزة التي تنعدم في طلب العروض.

المطلب الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة وتطوره عبر تنظيمات الصفقات

العمومية

يُعتبر التراضي بعد الاستشارة من الصيغ التفاوضية وهو استثناء عن القاعدة في إبرام الصفقات العمومية، غرضه اختصار الوقت وإضفاء المرونة على عمليات تعاقد الجهات الإدارية، لأسباب موضوعية والتي تجعل اللجوء إلى القاعدة غير ذي معنى بل مجرد هدر للوقت وللمال العام، ولأجل الوقوف على المقصود من هذه الطريقة في الإبرام وكيف عالجتها مختلف تنظيمات الصفقات العمومية السابقة نتطرق في (فرع أول) إلى مفهوم التراضي بعد الاستشارة وفي (فرع ثاني) نقف على تطور التراضي بعد الاستشارة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية الجزائية.

الفرع الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة

يمكن تعريف التراضي بعد الاستشارة بأنه الإجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب استشارة بسيطة محددة بواسطة وسائل مكتوبة ومخصصة ومهيأة لذلك، دون الشكليات الأخرى¹. هذه الاستشارة لا تكون إلا بالنسبة للمؤسسات المؤهلة أو المعتمدة التي تستجيب لشروط تحقيق هدف الصفقة من الموارد البشرية أو

¹ سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 6.

المالية أو الإمكانات المادية¹، كما أن المقصود من الاستشارة هو مجموعة التقنيات القانونية المستخدمة من طرف المصلحة المتعاقدة والتي تسمح لها بالاتصال بالعارضين².

أو هو ذلك الأسلوب الذي يقوم على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافسة بين مترشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية³.

أي المصلحة المتعاقدة حرة في كيفية الاتصال بالمعاملين المتعاقدين فهي معفية من الإجراءات الشكلية.

وقد تم النص لأول مرة على التراضي بعد الاستشارة بموجب المرسوم 84-51 إذ نصت المادة 27 منه على: "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملزمة دون الشكليات الأخرى" وهو تقريبا نفس النص الذي أورده المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴ مع الإشارة إلى أن المفهوم كان موجودا منذ أول تنظيم للصفقات العمومية⁵.

من محاسن هذه الصيغة هو تمكين المصلحة المتعاقدة من حصر استشارتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين⁶، كما أنها توفر بساطة في الإجراءات مقارنة مع طلب العروض مما يجعلها تستجيب أكثر وتتناسب مع حالات الاستعجال النسبية⁷ أين يصعب تطبيق القاعدة.

إلا أنه يُعاب عليه النقص في التأطير واتساع السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة فنجد المتعاملين المتعاقدين في الغالب معروفين مسبقا، وهو الأمر الذي قد يؤدي بتعسف المصلحة المتعاقدة باستشارة متعاقدين دون غيرهم استنادا إلى اعتبارات ذاتية تمييزية وليست موضوعية خادمة للمصلحة العامة، والذي من شأنه المساس بمبدأ المنافسة لتحقيق أغراض شخصية وخلق وضعيات احتكارية عن طريق استغلال المال العام وسوء استغلال الوظيفة⁸.

¹ عبد الرزاق نصري، دفتر الشروط في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، المدرسة العليا للقضاء، 2006-2009، ص 30.

² Guibal Michel, memento des marches publics, le menteur, Paris, 1998, p97.

³ محمد بن محمد، منال حليمي، مرجع سابق، ص 179.

⁴ أنظر: المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ هي الصيغة التي عبر عنها المشرع بالتراضي بإجراء المنافسة التي تم استنتاجها من المادة 60 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 52 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁷ النوي خروشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 170.

⁸ نادية تيايب، مرجع سابق، ص 102.

الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة في القوانين السابقة

التراضي بعد الاستشارة هو الشكل الثاني من أشكال التراضي، عَرَفَتْهُ جميع تنظيمات الصفقات العمومية الجزائرية ولو بصورة غير واضحة في البداية لكن منذ المرسوم الرئاسي 02-250 اتضحت الأمور، وبقيت التعديلات المتتالية تزيد هذا الشكل دقة وتحديدا وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولاً: التراضي بعد الاستشارة في الأمر 67-90.

لم تكن التسمية معروفة في الأمر 67-90 بل نستخلصها من المادة 60¹ وهي صيغة "التراضي بإجراء المنافسة" والتي يقابلها التراضي بعد الاستشارة في القوانين اللاحقة، كما أن حالاتها لم تكن محددة، وجاءت المادة 61² شاملة للتراضي سواء بإجراء المنافسة أو دون إجرائها هذه الأخيرة سببها في الغالب السرية أو الاستعجال، و باستقراء هذه المادة فإن التراضي بغير إجراء المنافسة يتناسب مع الصفقات موضوع المطات 2، 4 و 6 من المادة 61 من هذا الأمر وهي:

- عن الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي عرضت على المنافسة، ولم يقدم في شأنها أي عرض، أو قدمت عروض لا يمكن قبولها.

- عن خدمات النقل التي يُعهد بها إلى المقاولين العموميين للنقل عن استئجار السفن، والتأمينات عن أنواع الشحن التابعة لها.

- إذا كانت ظروف تسيير وحدات القطاع العام المرتبة في أصناف لها الأولوية من طرف الهيئة المركزية للتخطيط تتطلب توزيعا مسبقا للتوصيات العمومية.

غير أن الملاحظ أن المادة 60 من نفس الأمر³ أعطت الحرية كاملة للإدارة بإعمال المنافسة من عدم إعمالها، بالإضافة إلى أن الحالات وردت غامضة وغير دقيقة وتحتمل التأويل مما يوسع من مجال اللجوء إليها.

فيما يتعلق بالإجراءات يُلاحظ أنّ إجراء التراضي يقترب من إجراءات الإبرام المستعملة من طرف الخواص لأنه يتميز بالتفاوض غير الشكلي⁴، إلا أن خضوعه للمنافسة يكفل ضمانات التفاوض، والهدف

¹ أنظر: المادة 60 من الأمر رقم 90-67 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 61 من الأمر رقم 90-67 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 60 من الأمر رقم 90-67 السالف الذكر.

⁴ Ali BENCHENEB, *Mécanismes juridiques des relations commerciales Internationales de l'Algérie*, office des publications universitaires, places central de ben Aknoun (Alger), 1984, p 73.

المرجو هو المصلحة العامة بالمعنى الواسع¹. كما أن اختيار المتعامل المتعاقد يعتبر صلاحية مطلقة للإدارة بناء على معايير تحددها هي دون أن تُناقش. والملاحظ أنه يمكن للحرية الممنوحة في المادة 60 من هذا الأمر² أن تؤثر على إجراءات المنافسة من خلال إقصاء البعض من التشاور مما يُخلُ بمبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي.

ولم يشترط المشرع نوعا معينا من آليات التنافس إذ يمكن أن تتم بكل الوسائل الخاصة بها من تبادل للمراسلات أو التلكس أو الفاكس... بين الإدارة والمرشحين الممكنين، أو أن تكون محل إشهار صحفي³.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم 82-145.

التراضي بعد الاستشارة في المرسوم 82-145 حافظ على نفس الحالات من خلال المادة 44⁴ منه غير أنها لم تعد على سبيل الحصر بل وردت على سبيل المثال، وما قيل بخصوص الإجراءات لم يتغير عدا المادة 42⁵ التي أضافها المرسوم والقاضية بوجوب تبرير المتعامل العمومي لاختياره عند كل رقابة تُمارس عليه.

بينما التعديل الحاصل بموجب المرسوم 84-51 فقد ميز لأول مرة بين شكلي التراضي في المادة 27⁶ كما تمت الإشارة إليه سابقا، دون الإشارة إلى الحالات الخاصة بكل شكل إذ لم يَطلَّ التعديل المادة 44⁷ المُتضمنة حالات التراضي.

بالنسبة للإجراءات أضافت المادة 27⁸ أن الاستشارة تكون مكتوبة، والمصلحة المتعاقدة تُعفى عند أعمال المنافسة من إتباع الشكليات المعقدة المتعلقة بالمناقصة كالإشهار لأن الاستشارة تعتبر شكلا من أشكال المنافسة⁹.

يُعتبرُ التراضي في المرسوم 82-145 تجسيدا حقيقيا لحرية المتعامل العمومي لم يشهده أي تنظيم للصفقات العمومية لأنه أعتبر التراضي قاعدة في الإبرام وحالات اللجوء إليه وردت على سبيل المثال، والمتعامل العمومي هو المسؤول عن اختيار الطريقة لا يحكمه إلا المادة 42¹⁰ التي تنص على التبرير والتي تعتبر لوحدها غير كافية لضمان احترام الشفافية والمساواة، ولعل المبرر الذي يمكن قبوله هو غياب متعاملين خواص في فترة تعتبر فترة بناء لدولة فتية ليس لها أي بنية تحتية وهو ما يبرر بالتالي تقديم المصلحة العامة على المنافسة.

¹ سمية سحنون، مرجع سابق، ص 29.

² أنظر: المادة 60 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 30 من الأمر رقم 67-90 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 44 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 42 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

⁶ أنظر المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر، المعدلة بالمادة 02 من المرسوم رقم 84-51 السالف الذكر.

⁷ أنظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 82-145 السالف الذكر.

⁸ أنظر: المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 82-145 السالف الذكر.

⁹ Chérif BENNEDJI, op cit, , p149.

¹⁰ أنظر المادة 42 من المرسوم رقم 82-145 السالف الذكر.

ثالثاً: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم التنفيذي 434-91.

تمت الإشارة إلى التراضي بعد الاستشارة في المرسوم التنفيذي 434-91 في المادة 23¹ منه، لكن انطلاقاً من المادة 22² فالتراضي بشكليته ليس استثناء بل قاعدة، كما أن الحالات المتعلقة بالتراضي بعد الاستشارة ليست محددة بل مشار إليها جميعها دون إسناد في المادة 39³.

تعرض هذا المرسوم التنفيذي إلى تعديل بموجب المرسوم التنفيذي 54-96 حيث عاد التراضي إلى وضعية الاستثناء انطلاقاً من المادة 22 المعدلة: "تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو إجراء التراضي" ولم تتم الإشارة إلى حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة. ولا إلى إجراءات هذا الأسلوب، وتمت الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة تختص باختيار طريقة الإبرام⁴ وتبرر اختيارها عند كل رقابة⁵.

رابعاً: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 250-02.

بالنسبة للمرسوم الرئاسي 250-02 فالتراضي بعد الاستشارة نصت عليه المادة 20⁶ منه ومحتواها هو نفس المحتوى السابق الوارد في المادة 22⁷ من المرسوم التنفيذي 54-96، لكن الجديد الذي أورده هذا التنظيم هو تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة والذي حملته المادة 38 منه، وهي حالتين:

- الحالة الأولى: عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية. دون أن تُحدد حالات عدم الجدوى والتي تُركت للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة.
 - الحالة الثانية: في حالة صفقات الدراسات والوظائف والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة. ولم يحدد المشرع هذه الخدمات الخاصة بل جعل تحديدها من اختصاص الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني بموجب قرار مشترك.
- إن اختصاص اختيار طريقة الإبرام يعود للمصلحة المتعاقدة انطلاقاً من المادة 35⁸ غير أن حريتها مقيدة بالمادة 36⁹ إذ عليها تعليل اختيارها عند كل رقابة.

¹ أنظر: المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 434-91 السالف الذكر.

² أنظر المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 434-91 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 434-91 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 434-91 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 434-91 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 السالف الذكر.

⁷ أنظر: المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 54-96 السالف الذكر.

⁸ أنظر: المادة 35 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 السالف الذكر.

⁹ أنظر: المادة 36 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 السالف الذكر.

بالنسبة للإجراءات في هذا المرسوم لم يتم الإشارة إليها أيضا وتبقى سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة غير أنه يجب مراعاة إسناد الصفقة للأقدر على تنفيذها حسب المادة 29¹ وفي سبيل ذلك يقع على المصلحة المتعاقدة التأكد من القدرات التقنية والمالية والتجارية للمتعاقد حسب نص المادة 30².

عُدل المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المرسوم الرئاسي 03-301³ والذي أضافت المادة 04 منه حالة ثالثة للتراضي بعد الاستشارة المنصوص على حالاته في المادة 38 من المرسوم الرئاسي 02-250⁴ وهي: "العمليات المنجزة في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، شرط أن تنص اتفاقات التمويل على ذلك" دون توضيح لكيفية وطريقة تحويل هذه الأخيرة.

التعديل الثاني كان بموجب المرسوم الرئاسي 08-338⁵ الذي أضاف هو الآخر حالة رابعة للتراضي بعد الاستشارة والمتمثلة في: "بالنسبة لصفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية الوطنية في الدولة" دون تحديد لهذه المؤسسات.

التعديل أيضا مس الحالة الأولى المتعلقة بحالات عدم الجدوى حيث عمد المشرع إلى تحديدها في إما عدم تسلم أي عرض، أو عدم مطابقة العروض المستلمة لدفتر شروط المناقصة أو عدم بلوغ أي عرض حد التأهيل الأولي. مع ملاحظة خطأ في صياغة هذه المادة يخل بالمعنى.

كما أضاف هذا المرسوم الرئاسي المادة 2 مكرر⁶ والتي أخضعت صفقات التراضي بعد الاستشارة وكل الصفقات العمومية صراحة لمبادئ المنافسة المتمثلة في: حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات.

خامسا: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 10-236.

التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 10-236 نصت عليه المادة 27 والملاحظ أنها أضافت فقرة ثالثة⁷، والتي تشترط أن تنص دفاتر شروط المناقصات الدولية بالنسبة للمتعهدين الأجانب الذين يريدون المشاركة في إبرام الصفقات العمومية وفق التراضي بعد الاستشارة على إلزامية أن تتضمن عروضهم

¹ انظر: المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر.

³ المرسوم الرئاسي رقم 03-01، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، الجريدة الرسمية العدد 55، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 24 جويلية 2002، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

⁴ انظر: المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر.

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية العدد 62، الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 24 جويلية 2002، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.

⁶ أنظر: المادة 2 مكرر من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 السالف الذكر.

⁷ أنظر المادة 3/27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

التزاما بالاستثمار¹ في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون تحت طائلة رفض عروضهم، وأن يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محددة من المؤسسات التي يمكن أن تجسد عملية شراكة مع المتعهدين الأجانب².

بالنسبة لحالات التراضي بعد الاستشارة في هذا المرسوم الرئاسي فنصت عليها المادة 44³ وهي نفس الحالات التي نص عليها المرسوم 250-02 المعدل والمتمم لكن هناك بعض التغييرات التي طرأت عليها .

اعتبر التنظيم استلام عرض واحد فقط حالة من حالات عدم جدوى المناقصة، كما اعتبر التأهيل التقني لعرض واحد فقط منتجا لحالة عدم الجدوى، وهي حالتين فقط مقارنة بالمرسوم الذي قبله والذي نص على 03 حالات، غير أنه لم يعد ممكنا الحكم بعدم جدوى المناقصة والمرور إلى التراضي بعد الاستشارة بسبب اعتبار العروض المالية مفرطة أو بسبب إلغاء الإدارة لأحد إجراءات المناقصة، إذ اشترط التنظيم في هذه الحالة إعادة إجراء المناقصة من جديد حسب المادة 44 فقرة 40⁴.

هذا المرسوم يلاحظ أنه أعطى أهمية للتراضي بعد الاستشارة لأنه الأول الذي يبين الإجراءات الواجبة عندما نكون بصدد صفقة بالتراضي بعد الاستشارة، وإن كانت غير كافية إلا أنها خطوة ايجابية تبين رغبة المشرع في توحيد الإجراءات وتقييد المصلحة المتعاقدة حتى لا تحيد على أهدافها الرامية إلى تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على المال العام.

وفي سبيل ذلك أشارت المادة 44 فقرة 03⁵ على أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بنفس عناصر دفتر الشروط المعدة بصدد المناقصة، ولم يعف المصلحة المتعاقدة إلا من الإجراءات التي تعد من أخص خصائص المناقصة، وهي التي وضحتها النص والمتمثلة في: كفالة التعهد، كيفية الإبرام وإلزامية نشر إعلان المنافسة، وأشارت الفقرة الموالية⁶ إلى وجوب تضمين رسالة الاستشارة لهذه التعديلات مع ملاحظة أن المشرع لم يبين طرق الاستشارة الواجبة وتركها للمصلحة المتعاقدة ضمن احترام محتوى المادة 3 من المرسوم الرئاسي⁷، غير أنه احتفظ بشرط الكتابة فيما يتعلق بهذه الوسائل حسب المادة 27⁸ ولم تتم الإشارة إلى محتوى هذه الاستشارة في المادة 44⁹ لكن أشارت إلى ذلك المادة 48¹⁰ كما بينت المادة 47¹ أن المصلحة

¹ نموذج الالتزام بالاستثمار حدد بموجب قرار وزير المالية الصادر في 28-03-2011، في الجريدة الرسمية العدد 24 الصادرة في 20-04-2011.

² حسب المادة 24 من المرسوم الرئاسي 10-236، مرجع سابق: فإنه يترتب على عدم احترام هذا الالتزام من قبل المتعاهد الأجنبي: إما فسخ الصفقة

إذا لم يتم تنفيذ الشراكة قبل تجسيدها، أو تطبيق عقوبات مالية -عند الاقتضاء- قد تصل إلى 20% من مبلغ الصفقة، أو تسجيل المؤسسة الأجنبية

التي أخلت بالتزامها، في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعهد في الصفقات العمومية.

³ أنظر: المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 2/44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 3/44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 4/44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁷ أنظر: المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁸ أنظر: المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁹ أنظر: المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

¹⁰ أنظر: المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

المصلحة المتعاقدة ملزمة بتمكين المتعاملين المتعاقدين من الوثائق المنصوص عليها في رسالة الاستشارة، أو أن ترسلها إليهم إذا طلبوها.

بينت الفقرة الخامسة من المادة 44 أن المصلحة المتعاقدة ملزمة باستشارة كل المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، بالإضافة إلى ثلاثة متعاملين اقتصاديين مؤهلين على الأقل، ماعدا في حالة الاستثناء المبرر وفي هذه الحالة فلا يمكن تكوين تجمع مؤسسات إلا من المؤسسات التي تمت استشارتها.

فيما عدا حالة عدم الجدوى، فإن الحالات الأخرى المتعلقة بصفقات الدراسات والوزام ذات الطبيعة الخاصة، صفقات الأشغال التابعة للمؤسسات الوطنية السيادية والعمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية، فتخضع الاستشارات المتعلقة بها وجوبا إلى دفتر شروط واجب التأشير عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة.

كما يمكن للجنة تقييم العروض أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم، وكذلك أن تطلب منهم استكمال عروضهم وذلك فيما يخص العروض التي تكون مطابقة لدفتر الشروط.

وفيما يخص الإعلان عن المنح المؤقت فهو جديد نص عليه هذا المرسوم ويكون بنفس الأشكال الواجبة في المناقصة، حيث ألزمت المادة 44² المصلحة المتعاقدة بنشر المنح المؤقت للصفقة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 136، 146، 147، 148 من هذا المرسوم³ في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة.

إن من فوائد نشر المنح المؤقت الطعن، وهو ما تم النص عليه في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 44⁴ حيث يمكن للمتعهد الذي تمت استشارته وعارض اختيار المصلحة المتعاقدة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة⁵.

إذا نتج عن الاستشارة عرض واحد فقط أو إذا تم التأهيل التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة، فإنه يتعين إعادة الإجراء، غير أنه لا يمكن فهم الإجراء المقصود هل هو المناقصة أم الاستشارة.

يمكن ملاحظة أن المشرع رغم الإشارة لأول مرة إلى الإجراءات المتبعة في حالة التراضي بعد الاستشارة، إلا أنها غطت جميع مراحل هذه الاستشارة كما نلمس فيها احترامها لمبادئ المادة 03⁶ فتمكين

¹ أنظر: المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

³ أنظر: المواد 136، 146، 147، 148 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 44 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁵ حسب المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر: يُرفع هذا الطعن في أجل 10 أيام من تاريخ نشر المنح المؤقت للصفقة. تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل 15 يوم ابتداء من انقضاء أجل 10 أيام المذكورة أعلاه، ويبلغ للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

⁶ أنظر: المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

المتعهدين من الوثائق، وإمكانية تكملة العروض وتقديم توضيحات بشأنها، وأيضاً وجوب نشر الإعلان عن المنح المؤقت وكذا إمكانية الطعن، كلها إجراءات تضمن الوصول إلى الطلب العمومي، إضافة إلى أن خضوع دفتر الشروط للرقابة يضمن شفافية الإجراءات، والمعلومات التي يحتويها تضمن المساواة بين المترشحين عند التطبيق الصارم لها.

رغم ذلك لم يُلَمَّ المشرع بكافة الجوانب المتعلقة بإجراءات التراضي بعد الاستشارة ولم يضمن احترام مبدأ المنافسة في كل مراحل الصفقة، فحالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة ليست دقيقة كفاية لتضمن حياد المصلحة المتعاقدة، كما أن عدم إلزامية نشر الإعلان عن الاستشارة يُنقص من حرية الوصول إلى الطلب العمومي ومنه الاختلال بمبدأ المنافسة، ضف إلى ذلك أن حالة الاستثناء المبرر المنصوص عليها في الفقرة 5 من المادة 44¹ تُمكن الإدارة من استشارة من تريد وإقصاء من تريد بحجة الاستثناء المبرر، ونتساءل في هذه المرحلة هل أزال المشرع هذه الثغرات في المرسوم الرئاسي الأخير 15-247؟ وهو مانجيب عليه لاحقاً.

خضع المرسوم الرئاسي 10-236 هو الآخر إلى تعديلات، الأول كان بموجب المرسوم الرئاسي 11-98، والذي لم يأت بجديد على شكل التراضي بعد الاستشارة باستثناء التعديل الذي لحق المادة 24² والمتعلقة بالتزام الاستثمار بالنسبة للأجانب في إطار الشراكة، فقد أضافت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 11-98³ شيئاً من المرونة بخضوع هذه الصفقات ومنها صفقات التراضي بعد الاستشارة أو عدم خضوعها لهذا الالتزام حيث يقع اختيار المشاريع الخاضعة للاستثمار وطبيعة الاستثمار حسب الحالة إلى السلطة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة وذلك بموجب مقرر فلم يعد تطبيقه آلياً وإنما بشروط، كما أنه تم صدور قرار وزاري مشترك⁴ يبين قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة.

التعديل الثاني كان بموجب المرسوم الرئاسي 12-23، فبالنسبة للتراضي بعد الاستشارة عدلت المادة 6 من هذا المرسوم الأخير⁵ بعض أحكام المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236⁶.

شمل التعديل حالات التراضي فأصبح عددها خمسة بالإضافة حالة أخرى وهي "صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة" كما عدل هذا المرسوم من حالة عدم الجدوى حيث أضاف حالتين لتصبح أربع حالات تُحقق عدم جدوى المناقصة وهي بالإضافة إلى: حالة استلام عرض واحد فقط وحالة التأهيل التقني لعرض واحد فقط هناك حالة عدم استلام

¹ أنظر: المادة 5/44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 11-98 السالف الذكر.

⁴ القرار الوزاري المشترك الصادر في 11 أوت 2011، الجريدة الرسمية العدد 47، الصادرة بتاريخ 21 أوت 2011.

⁵ أنظر: المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

أي عرض و حالة عدم التأهيل الأولي التقني لأي عرض، وبينت في هذا التعديل أنه عند تحقق إحدى حالات عدم جدوى المناقصة، يمكن للمصلحة المتعاقدة إما إعادة إجراء المناقصة أو اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة.

بالنسبة للإجراءات:

✓ في حالة الاستثناء المبرر المشار إليه سابقا أضافت المادة أن الاستثناء يجب أن يكون مبررا قانونا وليس لاعتبارات أخرى.

✓ أصبحت الصفقات موضوع المطتين 2 و3 من المادة 44¹ تحدد بقرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني، حسب الحالة، والوزير المكلف بالمالية. وكانت تحدد بقرار مشترك بين الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية².

✓ لأول مرة تم تحديد حالات عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة وهي نفسها حالات عدم جدوى المناقصة.

✓ بينت أنه في حالة إذا تمت إعادة إجراء المناقصة أو التراضي بعد الاستشارة بسبب الاستلام أو التأهيل التقني الأولي لعرض واحد، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة إجراء تقييم العرض الوحيد.

✓ إضافة فقرة تنص على أنه يجب خاصة في حالة العرض الوحيد السهر على أن يكون العرض المختار مستجيبا لمتطلبات النوعية والأجال والسعر.

✓ بالنظر إلى خصوصية بعض الصفقات يمكن للمصلحة المتعاقدة تكليف محتوى الملف الإداري المطلوب من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

كما عدل أيضا بالمرسوم الرئاسي 03-13 والذي لم يأت بجديد بالنسبة للتراضي بعد الاستشارة.

¹ أنظر: المادة 44 المطة 3 و4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

² صدر بهذا الموجب قرار وزاري مشترك في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية العدد 06، الصادرة بتاريخ 12-02-2012.

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 15-

247.

لم يُلزم تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بصيغة معينة في الإبرام لأن ذلك يُصعّب من ممارستها لمهامها، كما أن الصيغة التي تتناسب مع وضع قد لا تكون كذلك في وضع آخر، فترك لها حرية الاختيار غير أنه ألزمها بتبريره عند كل رقابة تُمارس عليها وحدد لها مجال هذه الحرية بحصره في إطار البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة كواجب في إطار مهامها¹.

إن إجراء طلب العروض يمر على مراحل وإجراءات معقدة وطويلة المدى مما يجعل المصلحة المتعاقدة لا تستطيع اللجوء إليه في بعض الظروف، كما أن بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات لهذا يخول القانون للإدارة إمكانية التعاقد بأسلوب التراضي.

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة عند توافر إحدى الحالات المنصوص عليها حصراً في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247² والتي سنتناولها بالذكر والتحليل في فروع معنونة على التوالي: عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع طلب عروض جديد، حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية.

الفرع الأول: عندما يُعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

يقصد بعدم جدوى العروض في مفهوم هذا المرسوم أن المصلحة المتعاقدة كأصل عام اختارت بداية طلب العروض كطريقة لإبرام الصفقة ثم انتقلت إلى التراضي عند تحقق إحدى الحالات المحددة في المادة 40 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي:

¹ النوي خرشى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 163-164.
² أنظر: المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

- عندما لا يتم استلام أي عرض.
 - عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.
 - عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.
- أي أن المصلحة المتعاقدة طبقت القاعدة العامة وهي طلب العروض واتبعت جميع الإجراءات الشكلية اللازمة إلا أنها لم تتلق أي عرض فتكون أمام صفر عرض¹، أو أنها تلقت عدة عروض لكن أيًا منها لا يتطابق مع موضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط وبالتالي إقصاء هذه العروض، أو أن الحاجات المراد تلبيتها لا يمكن تمويلها لأنها لا تتوفر على الاعتماد المالي اللازم لدفع المقابل المالي لتنفيذ الصفقة، وبالتالي هنا يكون علي المصلحة المتعاقدة إعلان عدم الجدوى للمرة الأولى، ثم تكرر العملية للمرة الثانية وتعلن عن طلب عروض جديد وبنفس الأشكال والإجراءات التي اعتمدتها المرة الأولى، فإذا وجدت نفسها أمام نفس الوضع أي أمام صفر عرض للمرة الثانية أو عدم مطابقة العروض المقدمة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط أو أنه لا يمكن ضمان تمويل الحاجات فهذا يتوجب عليها إعلان عدم الجدوى للمرة الثانية، مما يبرر لها اللجوء إلى الاستثناء وهو أسلوب التراضي بعد الاستشارة² المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247³.
- وهنا تكون الإدارة على دراية سلفًا بالمعنيين بالخدمة أو المشروع ويفترض أن عددهم قليل حيث أنها لا تلجأ لطريقة التراضي بعد الاستشارة إلا بعد اللجوء إلى أسلوب طلب العروض أو المنافسة إجمالاً، إلا أن أعمال هذا الأخير كان غير مثمر ومنه لم يحقق النتائج المرجوة منه⁴.
- تجدر الإشارة إلى أن المرسوم الأخير ألغى حالتي استلام أو التأهيل الأولي للعرض الوحيد المنصوص عليهما في المادة 44⁵ حيث كانت أربع حالات تُحقق عدم الجدوى أي أنها كانت موسعة كما كان للمصلحة المتعاقدة عند إعلان عدم جدوى المناقصة للمرة الأولى حرية الاختيار بين إجراء المناقصة من جديد أو اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، مع السماح في الحالتين بتقييم العرض الوحيد في حالة تأهيله تقنياً، وهو ما يعبر عن عدم استقرار التنظيم السابق في توحيد حالات عدم الجدوى بعكس تنظيم الصفقات الجديد⁶، الذي

¹ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 232.

² نادية ضريفي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 30.

³ أنظر: المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 310.

⁵ أنظر: المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم السالف الذكر.

⁶ بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 196.

استبعد إمكانية اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم الجدوى للمرة الأولى ونص صراحة على وجوب إعادة إجراء طلب العروض للمرة الثانية¹، وهو ما يضمن احتراماً وتجسيدا أكثر لمبدأ المنافسة.

الفرع الثاني: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض.

وهي الحالة التي تناولتها المطبة الثانية من المادة 51: "في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات" وباستقراء النص يبدو جليا أن صفقة الأشغال غير معنية بهذه الحالة لأنها غير مذكورة على خلاف مواضيع الصفقات الأخرى والتي ذكرتها المادة.

إن الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة أعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة²، كما حدد المشرع خصوصية الصفقات المعنية التي بسببها يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة والمتمثلة في: إما موضوع الصفقة أو ضعف مستوى المنافسة أو الطابع السري للخدمات، وذلك سعياً منه في أن يكون أكثر دقة وتقييدا لهذه الحالة.

كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا لجأت المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة بعنوان هذه الحالة وجب عليها تبرير اختيارها بابتعادها عن القاعدة العامة في إبرام الصفقات وإبراز خصوصية هذه الصفقة³، ورغم أن المصلحة المتعاقدة بنص القانون عليها دائما تبرير لجوئها لأي صيغة إبرام إلا أن الإشارة إلى ذلك في هذه الحالة سببه أن هناك إمكانية لتملص المصلحة المتعاقدة من اعتمادها لطلب العروض بادعائها ضعف المنافسة حول موضوع الصفقة مما يخل بمبدأ المنافسة⁴، وفي سبيل محاولة التقليل من هذا الإشكال أسند المشرع صلاحية تحديد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة إلى سلطة الهيئة العمومية للدولة أو

¹ باستثناء حالة إتباعها بداية لأسلوب المسابقة حيث نصت المادة 48 فقرة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق: على أن يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من نفس المرسوم، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة.

² إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 23.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 233.

⁴ بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 197.

مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات المختصة بموجب مقرر¹، غير أنه يلاحظ عدم توضيح إجراءات تحديد هذه القائمة ومواعيدها².

الفرع الثالث: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

هذه الحالة أسس لها المرسوم الرئاسي رقم 08-338، ونلاحظ من النص أنها اقتصر على الصفقات المنسوبة على تنفيذ الأشغال التابعة للمؤسسات ذات البعد الوطني و السيادي دون غيرها من الهيئات الأخر دون تبيان أو تعداد لهذه المؤسسات³، وهي عكس الحالة التي قبلها والتي لم تنص على صفقة الأشغال، وبصريح النص فإن صفقة الأشغال العامة يجب أن تكون تابعة بصفة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة أي بمفهوم المخالفة فإن المؤسسات التابعة لهذه المؤسسات بصفة غير مباشرة غير مشمولة بهذا النص⁴.

إن عقود الأشغال العامة هي من العقود التي تتحمل الزمن وتخضع لمبدأ العلانية والوضوح والإشهار والإجراءات الطويلة كأصل عام وليست عقود تنسم بالسرية والتراضي⁵، غير أن المشرع بإلحاقه لهذه الحالة بحالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا لارتباطها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية والتي تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يتميز بطابعه السري الذي ينافي مبدأ الإعلان في طلب العروض⁶، حيث تمنح للمصلحة المتعاقدة حرية استشارة من تتوفر فيهم الثقة من المتعاملين الاقتصاديين لاسيما المؤسسات الوطنية⁷.

لكن المشرع قد أورد هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد وضبط، فهل قصد بها المشرع إعفاء مؤسسة الدفاع مثلاً أو المؤسسة التابعة لقطاع المالية أو قطاع الخارجية أو قطاع العدل من إبرام الصفقات عن طريق طلب العروض والاكتفاء بطريق التراضي بعد الاستشارة؟ إن الإجابة على هذا السؤال تظل في غاية من الغموض إلى غاية صدور القرار الوزاري عن وزير المالية الموعود به في الفقرة الأخيرة من المادة 51⁸، إن الأشغال المقصودة في هذه المطة تتحدد بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو

¹ المادة 4/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 197.

³ إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 23.

⁴ نادية ضريفي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 31.

⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 234.

⁶ عبد الكريم بن منصور، مرجع سابق، ص 74.

⁷ خالد خليفة، مرجع سابق، ص 25.

⁸ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 234.

مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية حسب، الحالة كما ورد في الفقرة 4 من المادة 52¹.

إذن فبالإضافة إلى غياب المقصود بالمؤسسات الوطنية السيادية لأنها غير محددة في الجرائر، هناك نقد آخر وُجّه لهذه الحالة وهو أن إسناد الاختصاص للأشخاص المذكورة في المادة في تحديد قائمة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية بقرار مشترك يمنح لهم سلطة تقديرية واسعة في تحديد الطبيعة السيادية للمؤسسة الوطنية²، كما أنه لم يكن هناك داعي لهذا التحديد الذي يضع المؤسسات السيادية للدولة عرضة لسهام النقد والشبهات³.

يبدو لنا أن المشرع إنما ألحق هذه الحالة بحالات التراضي بعد الاستشارة لما تتطلبه صفقات المؤسسات الوطنية السيادية من سرية فهذه المؤسسات هدفها بالدرجة الأولى حماية النظام العام، والظاهر أن الوصف الذي يتناسب مع مؤسسات الأمن والدفاع الوطني والتي لم يحددها المشرع صراحة وهو الأمر الذي يعاب على هذه الحالة.

الفرع الرابع: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع طلب عروض جديد.

هذه الحالة أضافها المرسوم الرئاسي 12-23 في المادة 46 المعدلة للمادة 44⁵ من المرسوم الرئاسي 10-236، حيث يُلاحظ في المرسوم الجديد⁶ تخلي المشرع عن استثناء صفقات الأشغال من هذه الحالة فقد كان الأمر يتعلق بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات فقط.

وهي حالة موضوعية تُبرر اللجوء للتعاقد بطريق التراضي طالما مرت المصلحة المتعاقدة بإجراءات طلب العروض وهي القاعدة العامة، وتم اختيار المتعامل المتعاقد طبقاً للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي، وتم توقيع الصفقة من قبل السلطة المؤهلة وبدأت مرحلة التنفيذ، غير أنه نتيجة أسباب موضوعية حدث الفسخ⁷، إلا أن صيغة الفسخ المذكورة جاءت عامة فلم يفرق المشرع بين الفسخ من جانب واحد والفسخ

¹ أنظر: المادة 04/52 من المرسوم رقم 15-247 السالف الذكر، وهو نفس محتوى المادة 44 فقرة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية السالف الذكر (الملغى).

² محمد بن محمد، منال حليمي، مرجع سابق، ص 185-186.

³ كمال معيفي، مرجع سابق، ص 129.

⁴ أنظر: المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

⁶ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁷ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 315.

التعاقدي، والفسخ الجزئي والفسخ الكلي¹ لكن الواضح أن هذه الحالة تحدث في حالة وقوع نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد أو لظروف أخرى تحتم فسخ الاتفاقية²، لكن تجب الإشارة إلى أن فسخ الصفقة قبل البدء في تنفيذها أو قبل إعطاء الأمر لتنفيذها لا يبرر اللجوء إلى هذا الاستثناء³ والمقصود هنا هو هو إلغاء المنح المؤقت للصفقة وليس الفسخ.

وقد انتقد النوي خرشي⁴ هذه الحالة بقوله أنه يمكن أن ينشأ اتفاق وهمي بين الطرفين في حالة لم يتقدم المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقة وذلك لغاية إفادة غيره من مواصلتها.

كما يمكن أن تشكل حالة الفسخ من جانب واحد دون خطأ من المتعامل المتعاقد كأساس للجوء إلى التراضي بعد الاستشارة ثغرة تُحوّل المصلحة المتعاقدة التهرب من إجراء طلب العروض والمساس بمبدأ المنافسة، إضافة إلى أن الخطورة تزداد بمنح المصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية في تقرير أن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة⁵.

الفرع الخامس: حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات

تم النص لأول مرة على هذه الحالة بموجب المادة 09 من المرسوم الرئاسي 338-08⁶ المعدلة لنص المادة 38 من المرسوم الرئاسي 250-02⁷ بحيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتيازية على ذلك. وقد نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على إمكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الاتفاقيات الثنائية و مؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى.

الحكمة من إدراج هذه الحالة ضمن حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة هو لأجل تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي⁸، ومن بين الاتفاقيات المجسدة لهذه الحالة

¹ بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 198.

² عائشة خلدون، حمادي بولرباح، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247-15، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد العاشر، جوان 2018، ص 171.

³ النوي خرشي، مرجع سابق، ص 197.

⁴ المرجع نفسه، ص 197.

⁵ محمد بن بوزيد، مرجع سابق، ص 198.

⁶ انظر: المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 338-08 السالف الذكر.

⁷ انظر: المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 السالف الذكر.

⁸ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 247-15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 236.

نجد الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية¹، وما يؤخذ أيضا على هذه الحالة هو أنها وردت مشوبة بالغموض فهي لم تحدد المقصود من التمويلات الامتيازية ولم تبين الكيفية التي يتم بموجبها تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، فالسؤال المطروح هو كيف يتم تحويل ذلك إلى صفقات عمومية؟ وما هي المجالات التي تخصص لها؟ ذلك أن عدم توضيح المشرع لهذه الحالات بتبيان وضبط أوضاع أعمالها يوفر للمصلحة المتعاقدة جوا للتحايل على تطبيق قانون الصفقات العمومية وهو ما من شأنه أن يقضي على الطابع الاستثنائي للتراضي بعد الاستشارة كأسلوب ثاني لاختيار المتعامل المتعاقد².

إن تقرير أن حالة هي من حالات التراضي يخضع للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة³، ويقع عليها عبء تبرير اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة⁴.

يمكن القول أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي هو إجراء قانوني عادي مثله مثل اعتماد طلب العروض كطريق لإبرام الصفقات العمومية، فأسلوب التراضي هو اختصاص للإدارة بنص القانون وليس حرية لأن الحرية نابعة من مبدأ سلطات الإدارة أما الاختصاص فهو مسند⁵، فعند توفر الحالات المنصوص عليها قانونا يكون عل الإدارة آليا اعتماد هذا الأسلوب لأنه لا يمكن إبرام الصفقة بإتباع الإجراءات الشكلية وحيث أن اللجوء إلى التراضي هو لأسباب موضوعية لأن الهدف في الأخير هو حماية المال العام وتحقيق النجاعة الاقتصادية، يتوجب على الإدارة الدخول في رباط عقدي سريع حتى لا يضيع مالها واستثمارها ويبقى أنها ملزمة بإثبات توافر المبرر القانوني⁶، وبمفهوم المخالفة للإدارة أيضا مسؤولة قانونا إذا لم تعتمد هذا الأسلوب بتوفر الظروف والحالات باعتباره إجراء وليس سلطة تقديرية.

¹ تمت المصادقة على هذا الاتفاق بمرسوم مؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن كليات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقعة في الجزائر بتاريخ 12 جويلية 2011، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 2011، عدد 68.

² إسماعيل بحري، مرجع سابق، ص 24.

³ انظر: المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ انظر: المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ خرفان محمد، مرجع سابق، ص 56.

⁶ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 225.

المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة وتقدير مبدأ المنافسة في هذا الإجراء.

إن المشرع ورغم اعترافه للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لإبرام صفقاتها في حالات محددة ومحصورة وقليلة الوقوع، إلا أنه لم يترك لها الحرية المطلقة في كيفية اختيار المتعامل المتعاقد الذي ينفذ موضوع الصفقة بل ألزمها بإجراءات ومراحل تتبعها حتى لا تعد أعمالها باطلة، وهي الإجراءات التي نتطرق إليها في المطلب الأول، بينما المطلب الثاني فيتناول بالدراسة والتحليل مبدأ المنافسة ومظاهره في إجراء التراضي بعد الاستشارة.

المطلب الأول: إجراءات إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة

على عكس التراضي البسيط، فإن تنظيم الصفقات العمومية قد أولى اهتماماً أكبر للتراضي بعد الاستشارة من حيث تأطير إجراءاته فتبرز القيود الشكلية التي تُلزم المصلحة المتعاقدة بإتباعها، إذ نجد الفقرات 1، 2 و 3 من المادة 52 من المرسوم 15-247¹ قد نصت على الإجراءات التي يجب إتباعها عند إعماله في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية. بينما الفقرتين 4 و 5 فقد كان موضوعها إجراءات الإبرام في الحالات الأخرى التي تبيح للمصلحة المتعاقدة استعمال هذا الأسلوب، أما الفقرات المتبقية من نفس المادة فقد عالجت الإجراءات والضوابط المشتركة بين كل الحالات، والملاحظ أن المشرع لم يربط الإجراء بالحالة بصياغة صريحة وإنما تم استنتاج ذلك.

وسنتناول هذه الإجراءات في فروع ثلاث: الفرع الأول (تنظيم الاستشارة)، الفرع الثاني (تقييم العروض والتفاوض)، الفرع الثالث (المنح المؤقت للصفقة والاعلان عنه).

¹ أنظر: المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

الفرع الأول: تنظيم الاستشارة (الدعوة إلى التعاقد)

نصت المادة 52¹ على الإجراءات المتبعة عند إبرام صفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة خاصة فقط بالإجراءات على عكس المرسوم السابق، حيث كانت المادة التي تنص على الحالات هي ذاتها التي تبين الإجراءات المتبعة.

يقصد بالاستشارة في مفهوم هذا النص² أن تقوم المصلحة المتعاقدة بدعوة المتعهدين الراغبين في الظفر بالصفقة إلى تقديم عروضهم من أجل تقييمها واختيار أحسنها من حيث المزايا الاقتصادية وفق معايير تضعها المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن هذه الاستشارة.

ويمكن التمييز بين حالتين هما الاستشارة بعد إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، والاستشارة في الحالات الأخرى المتعلقة بالمطات 2، 3، 4 و5 المذكورة في المادة 51³.

أولاً: الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية⁴.

1- استشارة المؤسسات المشاركة في طلب العروض:

بينت المادة 52 في فقرتها الأولى أن الاستشارة تخص كأصل عام المؤسسات التي شاركت في طلب العروض الذي أسفر عن عدم الجدوى، والميزة هنا أن هذه المؤسسات أعلم بالمشروع من غيرها، وعبرت عن اهتمامها به من خلال طلب العروض المقدم وهو ما يُنم عن جديتها ورغبتها في الظفر بالصفقة⁵.

1- 1- كيفية الاستشارة:

تتم استشارة المؤسسات المشاركة في طلب العروض الذي أسفر عن عدم الجدوى، برسالة استشارة وهو أول إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة بعد إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية حسب نص الفقرة الأولى من المادة 52⁶.

توجه المصلحة المتعاقدة خطاب الاستشارة مشتملاً العناصر الأساسية في التعاقد، في شكل استدعاء كتابي أو تدعوهم شفاهة بالاتصال المباشر مع من سبق وقدموا تعهدات⁷، وهو ما يقابل الإعلان في طلب

¹ المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² الاستشارة المنصوص عليها في المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ انظر الصفحة 56-58 من هذا البحث حيث تم تفصيل وشرح حالة عدم الجدوى.

⁵ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقاً للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 310.

⁶ أنظر: المادة 1/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁷ منال حليمي، مرجع سابق، ص 50.

العروض، من أجل الحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة¹، وتنص الفقرة الأولى من المادة 52 على: "تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة، وبنفس دفتر الشروط، باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، ... "فمن خلال نص المادة تكون المصلحة المتعاقدة معفية من الدعوة الشكلية للمنافسة، لذلك هي حرة في اعتماد أي وسيلة تراها مناسبة لدعوة المتعاملين وجلب العروض².

يمكن ملاحظة أن المشرع قد بين أن الإجراء الموالي هو الاستشارة غير أنه لم يحدد الزمن الفاصل بين الإجراءين³، ويرى الأستاذ خوشي النوي أن المدة الواجب مراعاتها يجب ألا تتعدى ثلاثة أشهر وهي المدة التي تبناها المشرع كحد لاستقرار الأسعار باعتبار أن عدم جدوى طلب العروض تم في ظروف اقتصادية ولو أنها تغيرت لكان مُحتملاً أن يكون مجدياً وبالتالي فإن مرور فترة أطول من ثلاثة أشهر دون القيام بإجراء الاستشارة يجعل اللجوء إلى التراضي غير مبرر⁴.

2-1 ضوابط الاستشارة:

إنّ رسالة الاستشارة حسب المادة 64 يجب أن تحتوي جميع المعلومات الضرورية التي تمكن المتعاملين المتعاقدين من تقديم عروض مقبولة سيما:

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة.
- الشروط ذات الطابع الاقتصادي والتقني والضمانات المالية حسب الحالة.
- المعلومات أو الوثائق التقنية المطلوبة من المتعهدين.
- اللغة أو اللغات الواجب استعمالها في تقديم التعهدات والوثائق التي تصاحبها.
- كفاءات التسديد وعملة العرض، إذا اقتضى الأمر.
- كل الكفاءات الأخرى والشروط التي تحددها المصلحة المتعاقدة والتي يجب أن تخضع لها الصفقة.
- الأجل الممنوح لتحضير العروض.
- أجل صلاحية العروض أو الأسعار.

¹ نادية تياب، مرجع سابق، ص 101.

² المرجع نفسه، ص 102.

³ بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 199.

⁴ النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 196.

• تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيها.

• تاريخ وساعة فتح الاظرفة.

• العنوان الدقيق حيث يجب أن توضع التعهدات.

1-3- وسائل إعلان الاستشارة:

إن وسائل الاستشارة ليست منظمة بالمرسوم الجديد المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، بل هي متروكة للمصلحة المتعاقدة تختار الوسيلة الأنسب والتي تراها فعالة ومجدية من أجل استدراج أكبر عدد من العروض لأجل المفاضلة بينها والظفر بأفضلها ومن بينها نجد الفاكس، الوسائل الالكترونية...

2- استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض:

لقد سمحت المادة 52 في الفقرة الثانية¹ للمصلحة المتعاقدة بتوسيع الاستشارة إذا رغبت في ذلك شريطة نشر إعلان الاستشارة وفق الشكليات المنصوص عليها في المرسوم.

إن هذه الفقرة بإدراجها لإمكانية استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض إنما يدل على حرص المشرع على تكريس مبدأ المنافسة بحيث يسمح لأكثر عدد من المرشحين المحتملين من تقديم تعهد، وهو ما يسمح أيضا للمصلحة المتعاقدة من الظفر بأحسن عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية كلما كان عدد العارضين أكبر.

وإلزامية القيد الشكلي المتمثل في الإعلان عن الاستشارة بنشرها يهدف إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري حيث يتم إعلام المعنيين (المقاولين، الموردين،...) مما يُفسح المجال للمنافسة بينهم ويسمح للمصلحة المتعاقدة باختيار أفضل العروض والمرشحين².

2-1- ضوابط الاستشارة في الحالة الثانية (المؤسسات غير المشاركة) :

على عكس حالة استشارة المؤسسات المشاركة في طلب العروض غير المجدي فإن الإعلان عن الاستشارة في حالة المؤسسات غير المشاركة يكون إلزاميا طبقا لنص الفقرة 2 من المادة 52: "وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم..." وهي الحالة التي قصدها المشرع بقوله: "...التراضي بعد الاستشارة

¹ أنظر: المادة 2/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية واليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الخامس، 2009، ص118.

عند الاقتضاء" المشار إليها في المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247، وبالتالي يكون الإشهار الصحفي إلزامي والذي من ضوابطه:

• أن يحتوي البيانات المنصوص عليها في المادة 62¹

• وأن يخضع للإجراءات المنصوص عليها بالمادة 65²

○ أن يحزر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل.

○ أن ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي bomop.

○ أن ينشر في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني.

إن إلزامية الإعلان عن الاستشارة هو شيء جديد في المرسوم ومنصوص عليه في القوانين المقارنة³.

3- أحكام مشتركة تتعلق بالاستشارة:

3-1- الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط⁴:

إن المصلحة المتعاقدة ملزمة بدفتر الشروط الذي استعملته في طلب العروض مع حذف الأحكام والبنود التي تضمنها الدفتر والخاصة بطلب العروض والتي تعتبر من أخص خصائصه مثل كفالة العرض وإلزامية نشر طلب العروض، لأن الأحكام المتضمنة في الدفتر المخصص لطلب العروض تختلف عن تلك الخاصة بالتراضي بعد الاستشارة مما استوجب استبعادها دون المساس بالبنود الأخرى، وأشارت الفقرة 01 من المادة 52⁵ أن الدفتر لا يمر على رقابة لجنة الصفقات المختصة من جديد، وهذا منطقي لأنه سبق وعرض على لجنة الصفقات المختصة.

ومعروف أن دفتر الشروط⁶ هو الوثيقة الرسمية التي تضعها المصلحة المتعاقدة المعنية بالصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، حيث تحدد بموجبها الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة وبمختلف جوانبها وشروط المشاركة فيها وكيفية اختيار المتعاقد معها بإرادتها مستعملة خبرتها الداخلية المؤهلة⁷.

¹ أنظر: المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ محمد بن بوزيد، مرجع سابق، ص 200.

⁴ دفاتر الشروط هي مجموعة من الوثائق، تحررها جهة الإدارة منفردة، تبين التزامات أطراف العقد سواء الالتزامات المالية أو الإدارية أو الفنية وتكون، من ثمة، أساسا للتعاقد بين هذه الأطراف. وتتمثل أهميته في: تمكين الأشخاص الذين يريدون التعاقد مع الإدارة من الإلمام بسهولة بالقواعد التي ستطبق على علاقاتهم مع الإدارة باعتبار أن هذه الدفاتر تحدد الحقوق والالتزامات التعاقدية بشكل متصل ودقيق- تتسم هذه الدفاتر بطابع الديمومة والاستمرار، ومن ثم فإن الشخص الذي يدأب على التعاقد مع الإدارة، لا يحتاج إلى دراستها في كل مرة يقدم فيها على عملية تعاقدية جديدة- إن وجود دفاتر الشروط يجعل عملية إعداد العقد متممة بالبساطة بالنسبة للموظفين المكلفين بهذه المهمة، حيث لا يبقى أمام هؤلاء إلا تقرير الشروط الخاصة والضرورية والتي من شأنها تحديد موضوع الصفقة تحديدا دقيقا،

- انظر إلى رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 20.

⁵ أنظر: المادة 1/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

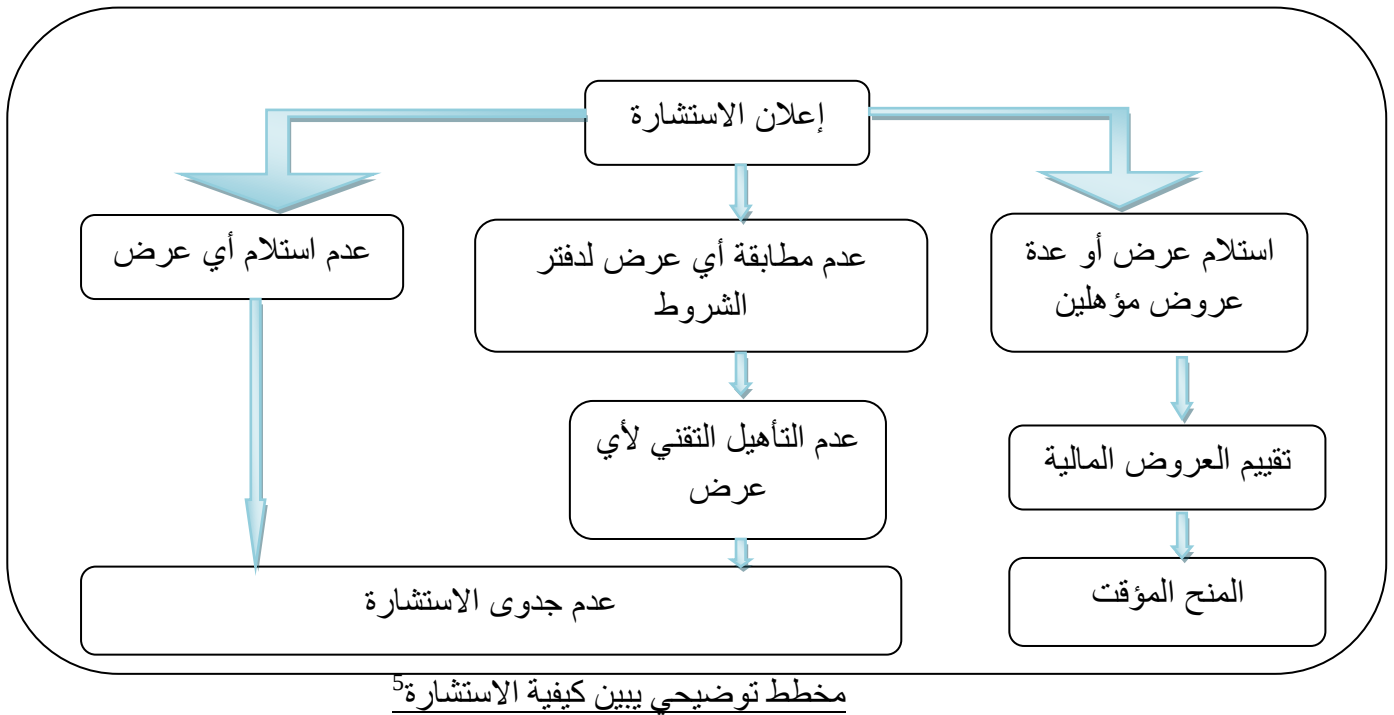
⁷ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 05 أكتوبر 2011 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 142-143.

غير أنه إذا أرادت تغيير بعض أحكامه التي لها علاقة بالمنافسة فهي ملزمة بإعلان طلب عروض جديد وليس إبرام صفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة مع تقديم دفتر الشروط إلى اللجنة المختصة بالرقابة.

ويرى الأستاذ خوشي النوي أن عدم تغيير دفتر الشروط عند القيام بالاستشارة بعد إعلان عدم الجدوى هو مضيعة للوقت¹، لكن الأصل أن تغييره يؤدي إلى تغيير ملامح الصفقة مما لا يبرر عدم القيام بطلب عروض جديد².

3-2- تقليص مدة تحضير العروض:

إن المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247³ قد أجازت للمصلحة المتعاقدة أن تقلص في مدة تحضير العروض شريطة عدم المساس بمبدأ حرية الولوج للطلب العمومي، وهو ترخيص منطقي لأن المؤسسات المشاركة على علم بتفاصيل المشروع ومحتوياته فاختصار الآجال هو مطلوب في هذه الحالات بغية الإسراع في انجاز المشاريع، غير أن المؤسسات غير المشاركة في طلب العروض المسفر عن عدم الجدوى لا تكون لها نفس الحظوظ فيما يخص مدة التحضير⁴.



¹ النوي خوشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 200.

² عائشة خلدون، مرجع سابق، ص 301.

³ أنظر: المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 05 أكتوبر 2011 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، مرجع سابق، ص 311.

⁵ شوقي جوحو، إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، اليوم الدراسي والتكويني حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوم 24 فيفري 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016.

ثانيا: الاستشارة في الحالات الأخرى للتراضي بعد الاستشارة أو (موضوع المطات 2، 3، 4، 5 من المادة 5)

تنص الفقرة 5 من المادة 52 على: " يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات المنصوص عليها في المطات 2 و3 و4 و5 من المادة 51 أعلاه، برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع، قبل الشروع في الإجراء، لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة" باستقراء هذه الفقرة فإن مبرر اللجوء إلى إبرام صفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة هو توافر إحدى الحالات من المطة 2 إلى غاية المطة 5 من المادة 51¹، وتتم هذه الاستشارة عن طريق رسالة استشارة دون التقييد في الشكليات التي تتم بها استشارة المتعاملين المتعاقدين ولا حتى طريقة الاتصال بهم، فكما يبدو جليا فإن المصلحة المتعاقدة حرة في طريقة التواصل مستعملة في ذلك كل الوسائل المكتوبة الملائمة بما في ذلك الوسائل الالكترونية.

ترسل المصلحة المتعاقدة رسالة الاستشارة إلى المتعاملين الذين قررت استشارتهم والذين تختارهم انطلاقا من بطاقتها²، وحسب المادة 58³ فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة مسك بطاقةية للمتعاملين المتعاقدين وتحيينها بانتظام، أما عن محتوى هذه البطاقةية وشروط تحيينها فتحدد بموجب قرار من وزير المالية.

إن المصلحة المتعاقدة في المرسوم الرئاسي 15-247 ليست ملزمة باستشارة عدد معين من المتعاملين المتعاقدين، على عكس المرسوم السابق 10-236 والذي كان يحددها بثلاثة على الأقل، غير أنها ملزمة باحترام مبادئ المادة 40⁴ واختيار أفضل العروض من الناحية الاقتصادية وتبرير اختيارها عند كل رقابة تمارس عليها، كما أنها ملزمة باختيار المتعامل المتعاقد الذي تعتقد أنه الأقدر على تنفيذ الصفقة، إن كل هذه الأحكام وغيرها تجعل المصلحة المتعاقدة تتوخى الموضوعية عند تحديد العدد الأدنى للمتعاملين الذين تقرر استشارتهم مما يقلل من تعسفها لأن المشرع لم يلزمها بعدد معين.

ومن الناحية العملية لا نتخيل أنه دائما هناك العديد من المتعاملين المتعاقدين الذين يستجيبون لموضوع الصفقة بل أنه في بعض الأحيان يصعب إيجاد متعامل متعاقد واحد قادر على تنفيذ موضوع الصفقة.

يجب على المصلحة المتعاقدة إعداد دفتر شروط خاص بالصفقة المزمع إبرامها يخضع لتأشيرة لجنة الصفقات العمومية المختصة، قبل إرسال رسالة الاستشارة التي تحدد بياناتها بناء على هذا الدفتر المعد خصيصا لهذه الصفقة⁵.

¹ أنظر: المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 52 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 5 المرجع نفسه.

⁵ أنظر: المادة 5/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

تجدر الإشارة إلى أن الصفقات التي كانت محل فسخ والمنصوص عليها في المطة 4 من المادة 151 والتي تستند إلى دفتر شروط وقامت على طلب عروض، فإنه يكون مضيعة للوقت إعداد دفتر شروط جديد إلا إذا رأت المصلحة المتعاقدة ضرورة لذلك بالنظر إلى تغير الظروف الاقتصادية المحيطة بالإجراء الأول².

الفرع الثاني: تقييم العروض والتفاوض

بعد تلقي العروض، تقوم لجنة فتح وتقييم العروض³ بفتح العروض وتقييمها، وتكون الجلسة علنية بحضور كافة المتعهدين أو ممثلين عنهم وهي تجسيد لمبدأ الشفافية في الإجراءات، وتستطيع أن تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم توضيحات وتفصيلا بشأن عروضهم التي كانت مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، كما يمكن لها أن تطلب منهم استكمال عروضهم⁴، وفي سبيل الحصول على أحسن عرض، تقوم المصلحة المتعاقدة، عن طريق لجنة تُعينها وترأسها، بالتفاوض على شروط تنفيذ الصفقة من ناحية السعر والجودة، آجال التنفيذ، وغيرها، مع العلم أن للمصلحة المتعاقدة الحرية في التفاوض حول هذه الأمور، غير أنه لا يجب أن يمس هذا التفاوض أو يغير من الخصوصيات الأساسية للصفقة⁵ إذ على المصلحة المتعاقدة عند التفاوض أن تراعي مبادئ هذا الأخير المتمثلة أساسا في: عدم المساس بجوهر العرض، المساواة في معاملة المترشحين، سرية العروض، وشفافية الإجراءات⁶، على أن تسجل مجريات التفاوض في محضر مؤثر من طرف مسؤول المصلحة كما أن المفاوضات يجب أن تتم في ظروف وشروط تضمن احترام مبادئ الطلب العمومي⁷.

¹ أنظر: المادة 51 المطر 4 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² النوي خريشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 200.

³ هي آلية رقابة داخلية قبلية، لتفصيل أكثر عن هذه اللجنة، تشكيلتها، عملها: انظر المواد 159-162 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام السالف الذكر.

⁴ الفقرة 6 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ سمية سحنون، مرجع سابق، ص 36.

⁶ مرجع نفسه، ص 37-38.

⁷ المادة 52 فقرة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

ويجب أن تكون المفاوضات في أجل معقول خصوصا إذا نص دفتر الشروط على أجل محدد لصلاحيّة العروض، أو إذا كانت الصفقة محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد¹.

يجب على المصلحة المتعاقدة عن طريق لجنة تقييم العروض التأكيد من عدم وجود حالات الإقصاء المنصوص عليها في المادة 75²، كما يقدم اكتتاب التصريح بالنزاهة.

في سبيل التأكيد من قدرات المتعامل المتعاقد المالية والتقنية على أساس أن المصلحة المتعاقدة لا يمكن لها إسناد الصفقة إلا للمتعامل الذي تعتقد أنه الأقدر على تنفيذها حسب المادة 53³ فإن المشرع قد خوّل لها استعمال كل وسيلة قانونية تمكنها من الاستعلام لاسيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العام ولدى البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج⁴.

إذا لم تستلم المصلحة المتعاقدة أي عرض، أو أنه لا يمكن، بعد تقييم العروض المستلمة اختيار أي عرض تعلن عدم جدوى الإجراء⁵.

الفرع الثالث: المنح المؤقت للصفقة والإعلان عنه.

يقصد بالمنح المؤقت للصفقة إرساء الصفقة بصورة مؤقتة على أحد المتنافسين⁶، أما الإعلان عنه فهو إجراء إعلامي بموجبه تُخطَرُ الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي والتقني⁷ وفقا لشكليات وأطر معينة، ولا يعتبر الحائز حائزا بصورة نهائية إلا بعد دراسة الطعون إن وُجدت⁸ بعد إتمام الموافقة على عرض معين باستخدام المعايير المذكورة في دفتر الشروط، فإن المترشح يصبح مخصصا بالصفقة مؤقتا⁹.

ويُعتبر المنح المؤقت أحد أهم العناصر التي تكرر شفافيتها الإجراءات المنصوص عليها في المادة 105¹⁰ لأنه يضمن حقوق باقي المتعهدين من خلال ممارسة حق الطعن في حالة معارضة اختيار المصلحة المتعاقدة.

¹ بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 203.

² المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 53 المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ المادة 56 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 7/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁶ النوي خريشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 213.

⁷ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 05 أكتوبر 2011 المعدل

والمتمم والنصوص التطبيقية له)، مرجع سابق، ص 296.

⁸ النوي خريشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 213.

⁹ حمامة قدوج، تصنيفات الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، غرع القانون العام، إدارة ومالية، كلية

الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009-2010، ص 77.

¹⁰ أنظر: المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

وهذا الإجراء أسس له المرسوم الرئاسي 02-250¹ وأبقت عليه تنظيمات الصفقات العمومية اللاحقة، حيث نصت الفقرة 8 من المادة 52 من المرسوم الأخير 15-247² على أن المنح المؤقت للصفقة المبرمة عن طريق التراضي بعد الاستشارة يجب أن يكون محل نشر حسب الشروط المحددة في نص المادة 65³ من نفس المرسوم، أي بنفس الأشكال المتبعة في حالة طلب العروض.

يُدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان الاستشارة في الحالة التي يتم فيها نشر إعلان الاستشارة، عندما يكون ذلك ممكناً، أو في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني في الحالات الأخرى، كما يُدرج في المنح المؤقت للصفقة السعر وأجل الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية⁴، كما يجب أن يتضمن أيضاً نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة العمومية مؤقتاً ورقم تعريفه الجبائي، عند الاقتضاء، ويشار إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن والرقم الجبائي للمصلحة المتعاقدة⁵، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في هذا الإعلان المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام، ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابياً⁶.

واستناداً على المادة 82 من المرسوم رقم 15-247⁷ فإن أجل الطعن في قرار المنح أعلاه عشرة أيام ليتم دراسته من طرف لجنة الصفقات المختصة، ففي حالة قبول الطعن تصدر قرارها بإلغاء المنح المؤقت أو الإعلان على صحته بينما في حالة عدم الجدوى يتم إلغاء المنح المؤقت وتتولى المصلحة المتعاقدة إبلاغ قرارها للمتعهدين بموجب رسالة موصى عليها مع وصل استلام.

تجدر الإشارة إلى أن قرار المنح المؤقت للصفقة العمومية هو من القرارات الإدارية المنفصلة الممهدة لإبرام الصفقة العمومية والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء⁸، هذا الطعن هو عبارة عن تظلم إداري ضد قرار إعلان المنح المؤقت للصفقة ويبقى ذو طبيعة اختيارية وهو وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية⁹، حيث تنص الفقرة 9 من المادة 52 على: "يمكن للمتعهد الذي تمت استشارته وعارض اختيار

¹ المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 السالف الذكر، تنص على وجوب إعلان المنح المؤقت للصفقة وكذا المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 8/52 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ أنظر: المادة 2/65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ أنظر: المادة 2/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁶ أنظر: المادة 4/82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

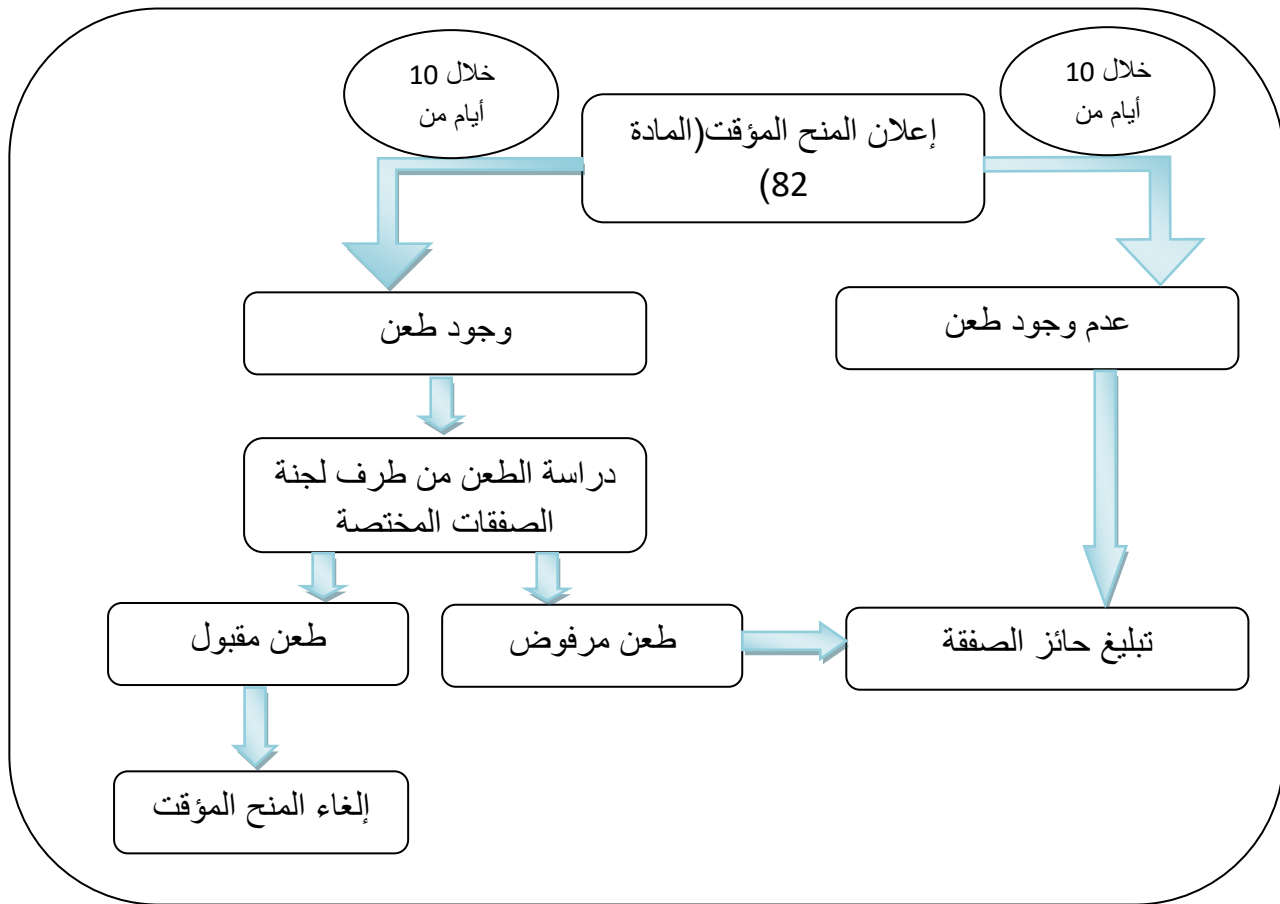
⁷ أنظر: المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁸ عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 242.

⁹ جلول هزيل، المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد، السنة، ص19.

المصلحة المتعاقدة أن يرفع طعنا حسب الشروط المحددة في المادة 82 من هذا المرسوم" فله أن يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء.

بعد انتهاء هذه الإجراءات يقدم مشروع الصفقة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة للحصول على التأشيرة، ويمكن لهذه الأخيرة منح مشروع الصفقة التأشيرة أو رفض المنح¹، وتشير المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247² إلى أن أسباب الرفض تكون لمخالفة التشريع أو التنظيم المعمول به المبرر بمخالفة المبادئ المنصوص عليها في المادة 35³.



مخطط توضيحي للمنح المؤقت وأثاره⁴

¹ خالد خليفة، مرجع سابق، ص 43.

² أنظر: المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁴ شوقي جوحو، مرجع سابق.

الفرع الرابع: المنح النهائي للصفقة.(اعتماد الصفقة).

رغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة، إلا أنها لا تُعد المرحلة الأخيرة بل لابد من اعتماد الصفقة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة والإعلان عن إتمام إجراءاتها، فالمنح المؤقت رغم فوائده الكبيرة إلا أنه يظل منحا مؤقتاً¹.

إن مرحلة اعتماد الصفقة هي آخر مرحلة يتم اعتمادها بقرار منتج لآثاره القانونية ويسمى قرار المصادقة على الإرساء، فبعد الإعلان عن المنح المؤقت وفي حالة عدم وجود أي طعون أو كانت الطعون غير مؤسسة، تمر المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التعاقد والذي يُتوج بمنح الصفقة نهائياً للفائز بها في المنح المؤقت، وهذا ما يعرف باعتماد الصفقة ويلتزم المتعاقد المؤقت بالبقاء على إيجابه حتى صدور قرار اعتماد نتائج الإرساء وتوقيع العقد من جانب السلطة المختصة².

ويصدر هذا القرار عن اللجنة المختصة، لجنة البت والإرساء، وتصبح الصفقة نهائية بهذه المصادقة التي يجب تبليغها في أجل الشهر³.

ولا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام⁴، أي أن الصفقة بصفتها عقداً تصبح معرضة للبطلان ما لم تتم الموافقة عليها من الجهات التي ذكرتها الفقرة الأولى من هذه المادة أو من الأشخاص الذين تفوضهم هذه الجهات كما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة⁵، والمقصود

بالموافقة في مفهوم هذه المادة هو التوقيع على الصفقة⁶ والاعتماد هو ما يجعل العقد نهائياً وبذلك تدخل الصفقة مرحلة جديدة وهي مرحلة التنفيذ.

¹ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية)، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 110-112.

² مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 677.

³ حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 26.

⁴ تنص المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، السالف الذكر، على: "لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة أدناه، حسب الحالة: مسؤول الهيئة العمومية، الوزير، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية. ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين، بأي حال، بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

⁵ النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 19.

⁶ لتوضيح أكثر حول معنى الموافقة المقصود في هذه المادة والفرق بين المصادقة والتوقيع، انظر إلى: النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 19-23.

المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة و مبدأ المنافسة

لعل من أبرز محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد أنه تضمن في نص المادة 105¹ منه المبادئ العامة التي تحكم الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها، وهي الشفافية والتي تستوجب إعلان المنافسة كأصل عام والمساواة بين العارضين والحرية في الترشيح²، حيث تعتبر هذه المبادئ روح القانون الجديد³ ويظهر ذلك من خلال التأكيد عليها في عدة مواد، مع الإشارة إلى أن القوانين السابقة قد تضمنتها أيضا لكن ليس بهذا الشكل وهذا التوسع⁴.

إن المنافسة في الصفقات العمومية باعتبارها الشرعية الاقتصادية تظهر في اتجاهين رئيسيين، الاتجاه الأول مرتبط بالمصلحة المتعاقدة والتي تسعى إلى تنفيذ الطلب العمومي أحسن تنفيذ وتحقيق النجاعة الاقتصادية، من خلال الإجراءات الواجب عليها إتباعها قصد إيجاد المتعامل المتعاقد الذي يمكن له تنفيذ الصفقة تنفيذا حسنا ومرضيا يحقق الغاية منها، أما الاتجاه الثاني فمتعلق بالمتعامل المتعاقد الذي له الحق في الوصول إلى الطلبات العمومية انطلاقا من حرية الصناعة والاستثمار المكرسة بالقوانين الدولية والداخلية⁵.

إن مبادئ الطلب العمومي جاءت في المرسوم الأخير شاملة لكل المراحل والخطوات والإجراءات التي ألزم بها المشرع المصلحة المتعاقدة والتي أكد عليها خاصة في طرق إبرام الصفقة العمومية، حيث نجدها تظهر بوضوح في طلب العروض بينما يختلف نطاق إعمالها في شكلي التراضي ضيقا واتساعا، فمبدأ المنافسة وإن كان يظهر بطريقة غير مباشرة في التراضي البسيط فنتساءل عن مدى ظهوره في التراضي بعد الاستشارة؟

الفرع الأول: مفهوم وأسس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.

إن اعتماد المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية يعد من أهم المبادئ التي حرصت مختلف التنظيمات القانونية على تجسيدها خاصة تلك النظم المسائرة للتوجه الليبرالي القائم على الاقتصاد الحر،

¹ أنظر: المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² مولود عبود، العربي تيقاوي، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 (المفهوم، المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها)، مجلة

اقتصاديات المال والأعمال، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوصوف، ميلة، الجزائر، العدد السادس، جوان 2018، ص 231.

³ زواوي عباس، مداخلة في 2015، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، يوم دراسي حول الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247، يوم 17 ديسمبر 2015، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

⁴ نادية ضريفي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 13.

⁵ محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2010، العدد 02، ص 73.

فحسب ديلوبادار¹ de laubadere، أساس المنافسة الحرة يقوم على فكرة الليبرالية الاقتصادية القائمة على حرية المنافسة وفكرة المساواة بين الأفراد في حالة الانتفاع من خدمات المرافق العامة، لأن المنافسة بما تسهم به من استقطاب لعدد كبير من العروض تتيح للإدارة المتعاقدة مجالا واسعا للاختيار، الشيء الذي يضمن حماية المال العام والمصلحة العامة من جهة، وحماية المتنافسين متقلبات السوق من جهة أخرى، فما لمقصود بمبدأ المنافسة في الصفقات العمومية؟ وماهي المبادئ التي تقوم عليها؟

أولاً: مفهوم مبدأ المنافسة

إن مبدأ المنافسة² هو ما يُعبر عنه بمبادئ الطلب العمومي في الصفقات العمومية³، وهو من الأفكار التي كان لزاما على الدولة تبنيها في القوانين الوطنية نتيجة التحولات الداخلية والدولية والتي فرضت تحرير النشاط الاقتصادي وتبني إصلاحات اقتصادية عديدة بفتح المجال أمام المبادرة الخاصة.

وقد أدخل قانون المنافسة على الصفقات العمومية لأول مرة في 2008 بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 338-08 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 250-02 ما نتج عنه تقوية مبادئ الطلب العمومي التي تنبع من حرية المنافسة باعتبارها الإطار العام للنشاط بين المتعاملين الاقتصاديين، والتي تعني تعدد الممارسين للنشاط الاقتصادي.

إن هذا المبدأ منصوص عليه في المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة⁴ 5 منه والتي تشمل كل المرسوم.

ويقتضي هذا المبدأ إعطاء الحق لكل المفاولين أو الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، بأن يتقدموا بعبءاتهم بقصد التعاقد مع أحدهم وفق الشروط التي تضعها هي⁵، فحرية المنافسة تعني حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة، وفق الحدود التي يرسمها

¹ عائشة بعبيط، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه دولة ومؤسسات (فرع الجلفة)، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 20.

² عرفها مجلس الدولة الفرنسي بقوله: "la concurrence est le mode d'organisation sociale dans lequel l'initiative décentralisée des agents économiques est de nature à assurer la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources rares de la collectivité." Service public, concurrence et D.P.E. site : « http://fr.wikipedia.org/wiki/droit_de_la_concurrence." » - القاموس القانوني أيضا يعرف المنافسة: "عملية التنافس الاقتصادي أو العرض المقدم من طرف عدة مؤسسات مختلفة ومتزاحمة لسلع وخدمات، محاولة بذلك إشباع حاجات متشابهة، مع وجود حظوظ متقاربة وعكسية لدى هذه المؤسسات لكسب أو خسارة امتيازات الزبائن." Vocabulaire juridique, G. Cornu, 6^{ème} édition, PU F cité par (Pr. Catherine Barreau, droit de la concurrence et de la consommation. site : www.droitdelaconcurrence)

³ أكد الأستاذ قيبال GUIBAL. M على أن فلسفة القانون المطبق في مجال الصفقات العمومية يتميز بثلاثة مبادئ هي حرية الطلب العمومي والمساواة وحماية المال العام "qui expriment la philosophie du droit applicable aux achats publics: la liberté d'accès aux commandes publiques, l'égalité de cet accès, la protection des deniers publics utilisés pour régler ces commandes." _Michel GUIBAL, les critères d'attribution, op. cit, p87.

⁴ أنظر: المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

⁵ عائشة بعبيط، مرجع سابق، ص 20

القانون، وذلك من خلال فتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الاشتراك في المناقصة، فهي بهذا المعنى تقتضي أن يعامل كل المتنافسين على قدم المساواة فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم¹.

أي أن المساواة في معاملة المرشحين ليست مطلقة بل تستند الى شروط من وضع القانون أو المصلحة المتعاقدة على ألا تكون تمييزية والا تستند على اعتبارات شخصية.

فإذا ما رغبت الإدارة - ممثلة في المصلحة المتعاقدة - في التعاقد فإن أول إجراء تنقيد به هو ضرورة تحقيق المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها ممن تتوافر فيهم المؤهلات اللازمة، وحتى يتحقق ذلك يجب أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية لتحديد الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعداها، فتلتزم الإدارة المتعاقدة بالملاءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولى تسييره في أحسن الظروف، وبين حرية المتنافس في نيل الصفة، وذلك بعدم إساءة استخدام سلطتها الإدارية في انتقاء واختيار المتعاقدين معها².

يفهم من ذلك أن المصلحة المتعاقدة بإعمالها لهذا المبدأ إنما تبتغي المصلحة العامة فقط وفي سبيل ذلك عليها ألا تتعسف في استعمال سلطتها حتى لا تضر بالمصالح الخاصة للمتعاملين المتعاقدين.

إن قانون المنافسة، وإن كان يعتبر حرية المنافسة كمبدأ أساسي وُجد من أجله إلا أن تحقيق منافسة حرة ليست في حد ذاتها هدفا من وراء تشريعه، إنما الغاية القصوى هي استعمال المنافسة الحرة وسيلة لتحقيق التطور الاقتصادي³.

ثانيا: مبادئ المنافسة

تقوم المنافسة في الصفقات العمومية على العناصر الثلاث المذكورة في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴ وهي حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات، وتهدف انطلاقا من نفس المادة إلى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

¹ مهندس مختار نوح، مرجع سابق، ص 496.

² محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الجزائر، العدد الثاني، سنة 2010، ص 75.

³ نبيهة شفار، مرجع سابق، ص 92.

⁴ أنظر: المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

1- حرية الوصول إلى الطلب العمومي:

يفرض مبدأ اللجوء للمنافسة تنظيمًا اقتصاديًا قائمًا على اقتصاد السوق قوامه تعدد العروض أمام الطلب، فلا يمكن تصوّره في منظومة تنكر الحرية الفردية

تعني حرية الوصول إلى الطلب العمومي¹ في أبسط تعريف، حق المتعاملين الاقتصاديين في الدخول على الصفقات العمومية، ويستمد أساسه من المبدأ الدستوري المتمثل في حرية الاستثمار والتجارة المنصوص عليه في المادة 43 من دستور 2016².

إن اختيار العارض الأفضل في الصفقات العمومية يتطلب استقطاب أكبر قدر ممكن من المتنافسين، ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق فتح المجال أمام العارضين للمشاركة في تلبية الطلب العمومي.

ولا يعني حرية الوصول للطلب العمومي كفالة حق المشاركة للجميع، بل لمصلحة التعاقد صلاحية فرض ما تراه مناسبًا وصالحًا للصفقة، غاية ما في الأمر أن المشاركة مرتبطة أساسًا بالشروط المعلن عنها والواردة اختصارًا في الإعلان وتفصيلًا في دفتر الشروط³.

2- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:

إذا كان مبدأ المنافسة الحرة من المبادئ التي أقرها وكرسها تنظيم الصفقات العمومية، فهذا المبدأ لن يجد صداه ولن يتجسد قانونيًا وواقعيًا إلا إذا تم إقراره بمبدأ المساواة بين المتنافسين، فاحترام المنافسة يفرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين بالمساواة هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها⁴.

مبدأ المساواة تم تكريسه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن بعد الثورة الفرنسية لسنة 1789، ومن المبادئ الدستورية المطبقة في الحياة الاقتصادية، ويعد من أسس الطلب العمومي.

إن احترام مبدأ المساواة ليس حق حصريًا للطلبات العمومية فقط بل هو مبدأ عام في القانون، غير أنه ذو أهمية بالغة في قانون الصفقات العمومية⁵.

ويُعرف بأنه التزام يقع على عاتق الإدارة يقضي بمعاملتها للمرشحين على قدم المساواة، فهي بذلك مجبرة على عدم خلق تفرقة بين المرشحين سواء أكان بتفضيل مرشحين معينين على آخرين، أو بإقصاء

¹ "le principe de la liberté est le corollaire de la constitution du marché commun", Frédéric Allaire, op.cit, p24.

² دستور 2016 السابق الذكر.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقًا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، مرجع سابق، ص 78.

⁴ رشيد سالمي، مرجع سابق، ص 6.

⁵ Frédéric Allaire, op.cit, p 24.

مرشحين على حساب آخرين، ولا تستطيع خلق وضعيات غير قانونية تمييزية مثل إعفاء متنافسين من بعض الشروط المطلوبة في غيرهم، أو إقصاء بعض المتنافسين خارج الأطر المحددة قانوناً¹.

مبدأ شفافية الإجراءات.

هذا المبدأ هو من ركائز الحكم الراشد كونه يتناسب عكسا مع الفساد، ويُقصد به ضمان قدرا من الإشهار الملائم الذي يسمح بالانفتاح على السوق ويخدم المنافسة وبذلك يضمن رقابة نزاهة الإجراءات².

وتعرف الشفافية في مجال الصفقات العمومية على أنها النظام الذي يمكن المتنافسين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد من أن عملية إبرام الصفقة واختيار المتعاقد مع الإدارة قد تم وفق إجراءات سليمة ووسائل واضحة ومحددة³.

يعد هذا المبدأ حتمية أساسية يجب على الإدارة المتعاقدة إتيانها والتقيد بها، ولن يتأتى لها ذلك إلا من خلال إطلاع المتنافسين على كل الوثائق الخاصة بالصفقة ابتداءً من دفتر الشروط والى غاية المنح المؤقت، وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد والمواصفات المطلوبة للتعاقد، وكذا تمكينهم من حضور أعمال لجان فتح الأظرفة والاطلاع على نتائج المنح المؤقت للصفقة.

فإن مبادئ الشفافية وحرية الترشيح والمساواة بين المتنافسين قيم مترابطة ومتكاملة فيما بينها، بحيث لا يمكن تحقق أحدها إلا بتوفر الأخرى وهي تشكل في مجموعها دعامة حقيقية لحرية المنافسة، وضمانة للإدارة لتحقيق نجاعة الطلبات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية، من خلال اختيار المتعاقد الكفء الذي يراعي مصلحة الإدارة ويسعى لتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، ونظرا لأهمية هذه المبادئ ودورها في ضمان الشفافية والنزاهة في إبرام الصفقة العمومية.

الفرع الثاني: مظاهر المنافسة في التراضي بعد الاستشارة.

يتضمن التراضي بعد الاستشارة الكثير من الجوانب المتعلقة بحماية المنافسة¹ ومبادئ الطلب العمومي، فهو طريقة لإبرام الصفقات العمومية تتمتع فيها الإدارة ببعض الحرية التعاقدية ولكنها مُلزمة

¹راضية رحمانى، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المملكة المغربية، العدد التاسع، 2015، ص 111.

² Frédérique Allaire, op, cit, , p 23.

³ زوليفة زوزو، جرائم الصفقات العمومية واليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012، ص 199.

باحترام بعض الإجراءات المنصوص عليها لاسيما في المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247² خاصة
استشارة مجموعة متعهدين، بالتالي فهو يحمل بعض عناصر المنافسة.

من البديهي أن يتجسد مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية لأن القانون قد نص صراحة على ذلك سواء
تعلق الأمر بقانون المنافسة والذي يعتبر من مقتضيات قانون الصفقات، أو تعلق الأمر بقانون الصفقات
العمومية، كما أن هذا المبدأ يضمن حياد الإدارة، هذا الأخير منصوص عليه في الدستور في المادة 25³ وهو
الوسيلة المثلى لضمان النجاعة الاقتصادية ورشاد الأموال العمومية.

قصد الوقوف على مدى توافر أسلوب التراضي بعد الاستشارة على عناصر المنافسة نتطرق إلى
جميع المراحل التي تمر بها الصفقة المبرمة وفق هذا الأسلوب، من أجل مناقشة مدى تجسيد المبادئ من
خلال:

أولاً: مرحلة إعداد الصفقة

هذه المرحلة تحمل العديد من مظاهر المنافسة والتي تشترك فيها الطرق الاستثنائية في إبرام مع
القاعدة، فبالنسبة لمرحلة **تحديد الحاجات** نجد الشروط المنصوص عليها في المادة 27⁴ تضمن تجسيد الصفقة
للمنافسة لاسيما منها الدقة والوضوح في التحديد وفي المقاييس والمعايير المتعلقة بالمنتج، وألا تكون
موجهة لمنتج معين مع مراعاة التخصيص لضمان منافسة أكبر.

دفاتر الشروط تحوي هي الأخرى مجموعة من الأحكام التي تكرر المنافسة من أهمها إمكانية اللجوء
إلى التخصيص من عدمه، أجل تحضير العروض، معايير اختيار المتعامل المتعاقد والتي تكون غير
تمييزية، إمكانية اللجوء إلى المناولة... وكذا من خلال إخضاعها للدراسة والرقابة من طرف لجان الصفقات
المختصة، هذه الأخيرة تقوم برقابة مدى توشي المصلحة المتعاقدة الدقة والعناية عند إعدادها ومدى احترامه
وتجسيده لمبدأ المنافسة وخاصة مبدأ شفافية الإجراءات.

¹ حماية لمبدأ المنافسة جاء في القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14،
الصادرة بتاريخ 08-03-2006، في المادة 9: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والنزاهة
والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية. ويجب أن تكرر هذه القواعد علو وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات العمومية.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

² انظر المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 25 من دستور 2016.

⁴ أنظر: المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

إن توسيع الاستشارة وإلزامية نشر الإعلان عنها في هذه الحالة ووفق الشكليات المنصوص عليها في المادة 65¹ بالإضافة إلى الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط، والتأكيد على عدم إتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة في حالة تغيير دفتر الشروط هو حماية لحقوق المتعاملين المتعاقدين في الولوج إلى الطلب العمومي.

يضمن تمكين المترشحين من الوثائق² واحتوائها جميع المعلومات المتعلقة بالصفقة³ المساواة في معاملة المترشحين، كما أن أجل تحضير العروض يؤثر على مبدأ المنافسة من خلال استقطاب أكبر عدد من المترشحين لذلك يجب أن يُفتح المجال واسعا للمنافسة الحرة، وتعتبر المدة غير الكافية خرقا للمبدأ بالإضافة إلى إمكانية التمديد أيضا في حالة عدم الحصول على عروض أو كانت قليلة مع إعلام المترشحين بهذا التمديد.

ثانيا: مرحلة إجراءات إبرام الصفقة

تحديد طريقة الإبرام يحد من حرية المصلحة المتعاقدة ويجعلها تختار التراضي بعد الاستشارة فقط بتوافر الشروط والظروف التي تحكمه، ومن هذا المنطلق فطريقة الإبرام هذه تُعد اختصاص وليس حرية.

حصر الحالات التي يُسمح فيها للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وضبطها بدقة يحد من حرية المصلحة المتعاقدة في اختيار هذا الأسلوب، حتى لا تستغله لتختار من تريد التعاقد معه كما انه حماية لحقوق المتعاملين المتعاقدين.

أما بالنسبة لحالات عدم الجدوى فقد عدّها المشرع وحدّدها بصفة دقيقة سدا لكل التأويلات التي قد تتخذها المصلحة المتعاقدة قصد التغيير في مسار عملية الإبرام، واختيار المتعامل الذي ترغب فيه خاصة وأن هذه الحالة تعرف تطبيقات مختلفة على المستوى العملي⁴، كما أن منع اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم الجدوى للمرة الأولى هو من ضمانات الوصول إلى الطلب العمومي.

إضافة إلى أن القائمة المحددة والمعدة مسبقا في المقتنين 2 و 3 من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247-15⁵ هو وجه آخر من أوجه تقييد المصلحة المتعاقدة فلا يجوز الخروج عن محتوى هذه القائمة⁶.

إن العلنية عند فتح العروض⁷ والدعوة إلى استكمالها¹ للمحافظة على حظوظ المتعاملين الاقتصاديين في المشاركة يُفَعَّل مبدأ المساواة ويُفَعَّل هذا المبدأ أيضا بالنص على عدم المساس بجوهر الصفقة عند

¹ أنظر: المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 السالف الذكر.

² أنظر: المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 السالف الذكر.

⁴ نادية تياي، مرجع سابق، ص 112.

⁵ أنظر المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247-15 السالف الذكر.

⁶ نادية تياي، مرجع سابق، ص 114.

⁷ أنظر: المادة 70 من المرسوم الرئاسي 247-15 السالف الذكر.

التفاوض، كما أن المصلحة المتعاقدة يمكنها رفض العرض المقبول والذي يتطابق مع دفتر الشروط إذا ثبت أنه منخفض بشكل غير عادي حسب المادة 72² أو إذا كان يترتب عنه هيمنة المتعامل الاقتصادي على السوق.

إمكانية التفاوض وتحسين العروض وطلب توضيحات هي من الآليات التي تساعد في اختيار أحسن العروض، بالمقابل تُمكن المتعاقد من الظفر بالصفقة إذا استجاب لشروط المصلحة المتعاقدة في المرحلة التفاوضية، وكل تلك المفاوضات تتم في ظل احترام مبادئ الطلب العمومي.

ثالثاً: مرحلة منح الصفقة واعتمادها

تظهر عناصر المنافسة في هذه المرحلة في عدة جوانب بارزة أهمها قرار المنح المؤقت والزامية نشره الذي يُعد تعميق للشفافية ما قبل التعاقدية ومنع للتحايل، كما أن التقييد في إجراءات النشر هو حد من حرية المصلحة المتعاقدة وضمانة للمتعاملين المتعاقدين حتى يتمكنوا من اتخاذ الخطوة التي يرونها مناسبة إزاء هذا القرار مما يكفل معاملة موحدة ومتساوية معهم، بالإضافة إلى أن طبيعة البيانات تبرز رغبة المشرع الأكيدة في تجسيد مبدأ العلانية خاصة وأنه جعل منها بيانات إلزامية مما يعني أنها بيانات جوهرية تخلفها يترتب البطلان، وهي بذلك تكرر شفافية الإجراءات وتفتح باب الطعن لباقي المتعهدين.

الفرع الثالث: الإخلال بالمنافسة في التراضي بعد الاستشارة.

رغم التزام المصلحة المتعاقدة بتطبيق المبادئ والأحكام التي نص عليها القانون لاسيما المتعلقة منها بتكريس منافسة فعالة، إلا أن هناك بعض الفراغ التشريعي الذي قد يؤدي إلى تعسف المصلحة المتعاقدة والذي يتجلى على الخصوص في:

عدم كفاية الإجراءات وافتقارها إلى الدقة والوضوح، فرغم أن المادة 52³ تنفرد بتبني الإجراءات الواجبة إلا أنها لم تحترم التسلسل المطلوب في الصياغة.

¹ أنظر: المادة 8/71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر..

² أنظر: المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

³ أنظر: المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

عدم تحديد النص للإجراء الخاص بكل حالة بشكل واضح ورسالة الاستشارة لم يتم النص على بياناتها الإلزامية، كما لم يحدد التنظيم الحد الأدنى من المتعاملين الواجب استشارتهم مما يرجح تعسف المصلحة المتعاقدة ويُضيقُ من المنافسة.

في حالة طلب توضيحات من المتعاملين المتعاقدين حسب نص المادة 52 فقرة 06¹ فإن المشرع لم يحدد الأجل المتعلقة بها.

إن اللجنة التي تقوم بالتفاوض لم يتم النص على تشكيلتها ولا على كيفية عملها كما لم يتم النص على المدة التي تستغرقها المفاوضات، خاصة وأن التراخي شُرِعَ لأنه يستجيب لحالات الاستعجال والسرعة.

كما لم يبين المشرع طريقة التفاوض وهل تكون سرية أم علنية؟ متابعة أم متزامنة، وهل يمكن خلالها تبادل الوثائق والمستندات أم لا؟ وبالتالي فالمفاوضات كلها غير مؤطرة شكليا وتحوي الكثير من الغموض².

وما ينبغي التأكيد عليه هنا، أن عملية المنافسة ليست غاية في حد ذاتها، ولا يمكنها في جميع الأحوال أن تضمن لوحدها التطور الاقتصادي المنشود، وكقاعدة عامة يمكن القول أنها تشكل فقط الوسيلة المثلى للقيام بذلك على اعتبار أنه لا يمكن تصور وجود منافسة تامة وكاملة وأنه علينا الاكتفاء فقط بمنافسة تطبيقية في أغلب الأحيان، يتباين الإطار القانوني الذي يحكمها تبعا للسياسة الاقتصادية عموما والتنافسية على وجه الخصوص³، وانطلاقا من أن القانون ما هو إلا مرآة عاكسة للحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لأي دولة.

¹ أنظر: المادة 6/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر.

² بوزيد بن محمد، مرجع سابق، ص 203.

³ محمد تيورسي، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 9.

خلاصة الفصل الثاني:

بعد تحليل أسلوب التراضي بعد الاستشارة، وعرض مظاهر المنافسة فيه وقبل أن نستخلص مدى احترامه لهذا المبدأ نتساءل أولاً، هل الإنقاص من عدد المتنافسين هو حد للمنافسة أم تعزيز لها؟ وهل مفهوم المنافسة يعني دائماً الحصول على أكبر قدر من العارضين أم بالأساس يعني البحث عن مشاركة العارضين المفترض فيهم امتلاك القدرة على تنفيذ موضوع الصفقة؟ فالتنافس ليس مجرداً، والتنافس ليس فقط لأجل التنافس بل يُنظر إليه من جانب الهدف المنتظر من أعماله، وهو نجاعة الطلب العمومي والمحافظة على المال العام كما ورد في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 في حالات موضوعية مرتبطة أساساً بتعقيد الصفقة يكون التنافس الفعال هو الحد من عدد المتنافسين والذي يعتبر تعزيزاً لمبدأ المنافسة وضماناً لحق المشاركين الذين يملكون المؤهلات التي تجعلهم لا يتساوون مع غيرهم ممن يفتقدون لها، والتي تتأتى نتيجة التطوير المستمر من مستواهم وقدراتهم فتجعلهم يتصدرون الترتيب، وتزيد حظوظهم عند المشاركة في الطلبات العمومية، مما يعني في المقابل اطمئنان المصلحة المتعاقدة بأحقية وأفضلية وإمكانية تنفيذ الصفقة بصفة مرضية تستجيب لتطلعاتها، إذ يعتبر واجب عليها الحصول على أفضل المتعاملين.

يبدو واضحاً تقاطع القاعدة العامة مع التراضي بعد الاستشارة والذي يكاد يصل إلى التطابق التام خاصة في مرحلة إعداد الصفقة ومرحلة الإرساء، ويكمن الاختلاف فقط في مرحلة الإجراءات المُتخذة عند الإبرام والتي رغم التبسيط في شكلياتها إلا أنها حافظت على مظاهر المنافسة ولو بشكل مخفف يضمن نوعاً من المرونة ويتناسب مع السرعة المطلوبة في إبرام بعض أنواع الصفقات.

ورغم احتواء التراضي على قدر محدود من المنافسة إلا أن ذلك لا ينقص من قيمته فهو طريقة في الإبرام تتناسب مع بعض الظروف وتفرض بعض الشروط، وانطلاقاً من تحليل هذا الأسلوب إجرائياً نقول بأن التراضي بعد الاستشارة هو عبارة عن طلب عروض مع تخفيف في الإجراءات، فعلى حد قول الأستاذ بن ناجي الشريف، التراضي بعد الاستشارة وطلب العروض لا يختلفان من حيث الطبيعة وإنما الاختلاف فهو من حيث الدرجة فقط.

لكن ما لمسناه من الواقع أن تكريس المنافسة لا يمكن أن يحكمه فقط الضوابط والأحكام القانونية بل مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بأخلاقيات الوظيفة هذه الأخيرة لها درجة كبيرة من الأهمية إذ بتوفرها يصبح اللجوء إلى المنافسة سلساً وطبيعياً يحكمه الضمير المهني قبل الردع القانوني.

الختمة

الخاتمة:

أدت التحولات في المبادئ الاقتصادية التي عرفها عالم المال والأعمال وحرية الدخول إلى الأسواق إلى تكريس مبدأ المنافسة في العديد من النشاطات، والتغيرات الاقتصادية والسياسية التي عاشتها الجزائر جعلت تنظيم الصفقات العمومية لا ينأى عن هذه التطورات، فالمرجع الجزائري وسعياً منه إلى تحقيق أقصى مظاهر المنافسة قد عمد إلى ترسيخ مبادئها من خلال الإجراءات والكيفيات والضوابط التي فرضها على المصلحة المتعاقدة في المرسوم الأخير 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي حقق تقدماً غير مسبوق لم تشهده التنظيمات التي قبله، فقد أخضع جميع مراحل تكوّن الصفقة العمومية إلى مبادئ الطلب العمومي، من مرحلة تحديد الحاجات إلى غاية مرحلة الاعتماد، هذه المبادئ التي أصبحت ميزة الصفقات العمومية وروح القانون الجديد.

فأما بالنسبة لمرحلة إبرام الصفقة، وكما سبق تفصيله، فإنه بحثاً عن أقصى درجات الشفافية والمساواة بين المترشحين وحريةولوج إلى الطلب العمومي قد حافظ المرسوم الأخير على اعتبار طلب العروض قاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية والتراضي استثناءً عن القاعدة، غير أن هذا الاستثناء الذي كان يُعد خروجاً عن المنافسة لاسيما في حالته البسيطة أصبح في المرسوم الجديد بطريقة أو بأخرى يتماشى مع مبدأ المنافسة.

فقد أزال المرسوم الأخير الكثير من الغموض فيما يتعلق بضوابط التراضي البسيط وكيفية إبرام الصفقة عن طريقه، مما أبعدته عن المتلازمة السابقة القاضية بتوأمته مع الفساد والمحاباة فلم يعد مجرد التعاقد مع شخص بعينه بل أصبح يضمن التنافس من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة باختيار عرض ذو مزايا اقتصادية.

لاحظنا أن المفهوم تغير من التعاقد مع شخص مباشرة إلى البحث عن أفضل العروض، كما سجلنا حرص المشرع في التحديد الدقيق لحالات اللجوء إلى التراضي البسيط والزامية تبرير توافرها عند كل رقابة تمارس على المصلحة المتعاقدة، مستفيداً من الانتقادات التي وجهت إلى قوانين الصفقات العمومية السابقة.

أما الفارق الذي أحدثه هذا التنظيم الأخير فيما يتعلق بالتراضي البسيط فهي الأحكام التي تضمنتها المادة 50 والتي نقلت هذه الصيغة في الإبرام من مجرد التقيد في الحالات في القوانين السابقة إلى التقيد في الإجراءات، مما يجعلنا نصل إلى نتيجة مفادها أن التراضي البسيط في المرسوم 15-247 لم يعد مناقضاً للمنافسة.

لكن تم تسجيل بعض النقائص التي مازالت تعتري الترااضي البسيط وأهمها:

■ الاستغراق في حالات الاستثناء تجعله يطغى على القاعدة، لذلك يفترض اللجوء إلى الاستثناء في الحالات المنطقية والموضوعية والتي على الخصوص لا تشكل استثناءً على مبدأ المنافسة كونها استثناء بنص القانون بل بطبيعتها لا يمكن أن تخضع للمنافسة، وما نص القانون إلا كاشف لها. وهي المتعلقة خصوصاً بالاستعجال والاحتكار الفعلي.

■ إن الحالات التي وردت في المادة 49 ليست كلها استثناء منطقي وموضوعي، فنجد أن لجوء المشرع إلى منح حق احتكار حصري لمؤسسة عمومية هو تعدي صارخ على حرية الصناعة والتجارة والتي أقرتها الاتفاقات الدولية والقوانين وجسدتها مواد كثيرة لاسيما المادة 43 من دستور 2016.

أما التراضي بعد الاستشارة فهو استدراج عروض مع تبسيط في الإجراءات تنقيد فيه المصلحة المتعاقدة بكل الإجراءات التي تضمن المنافسة الحرة والتي تظهر أساساً في توسيع الاستشارة والإعلان عنها، بالإضافة إلى إعلان قرار المنح المؤقت وإمكانية الطعن فيه وفق الشكليات المفروضة في القاعدة، فكما لاحظنا تقاطع هذه الصيغة مع القاعدة في مرحلتها إعداد الصفقة ومرحلة الإرساء، وقد أضاف المرسوم الجديد قيوداً جديداً لحالات عدم الجدوى بمنعه اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم الجدوى للمرة الأولى ضماناً لحرية الوصول إلى الطلب العمومي، كما حدد هذه الحالات بدقة تفادياً لأي تأويل، إضافة إلى النص على إمكانية التفاوض وتحسين العروض وهي إيجابية أخرى تضمن نجاعة الطلب العمومي.

وكنتيجة لهذه الدراسة يمكن التأكيد على أن التراضي بعد الاستشارة هو طلب عروض من الدرجة الثانية يضمن مرونة في الإجراءات، رغم وجود بعض الفراغ التشريعي الذي يظهر في عدم كفاية الإجراءات وافتقارها إلى الدقة والوضوح، عدم تأطير المفاوضات شكلاً ومن حيث الآجال، إضافة إلى عدم تحديد المشرع للحد الأدنى للمتعاملين الواجب استشارتهم ما يبقّي احتمال تعسف المصلحة المتعاقدة قائماً.

لقد شرّع التراضي كاستثناء لاعتبارات تبررها وتستدعيها المصلحة العامة ورغم النقائص التي لازالت تعتريه وتطاله إلا أنه ليس بالشيء الذي يُنقص من قيمته لأن مبررات اللجوء إليه في معظمها وببساطة تتوافق مع الاستثناء ولا تتوافق مع القاعدة، ويبقى الأمر متروكاً لأخلاقيات الموظفين القائمين على الصفقات العمومية إما بتعزيز ورفع الحس بالمسؤولية والانتماء لديهم من خلال الدورات التوعوية وكذا إيجاد نظام تحفيز، أو من خلال تفعيل وزيادة الرقابة على المسؤولين والموظفين ومحاربة الفساد الإداري بالطرق الصحيحة، غير أنه حين تتحايّل المصلحة المتعاقدة مستغلة الاستثناء بحكم معرفتها للقانون ولواقع الحال فعندئذ لا يمكن الحكم بعجز القانون لأن الواقع قد أثبت أن العجز ليس في القانون بقدر ما هو في القائمين على تطبيقه وفي كيفية التطبيق، خاصة في ظل سلطة الإدارة التقديرية في مجال إبرام الصفقات

العمومية وهو المجال البعيد عن الرقابة القضائية، أين تصبح ضرورة ملحة البحث عن وسائل مكافحة الفساد الإداري.

كما أن مرور ما يقارب أربع سنوات من صدور التنظيم الأخير قد بين أن ما بدا ايجابيا في الوهلة الأولى قد تمكن محترفوا الإدارة، بحكم معرفتهم وحنكتهم، من الالتفاف حول القانون واستغلاله لمصالحهم.

ولقد تم الخروج ببعض المقترحات من خلال هذه الدراسة والتي لخصناها في النقاط التالية:

✚ التنصيب على إجبارية التنصيب وعدم تركه لتقدير المصلحة المتعاقدة ضمانا لمنافسة أكبر ولعروض أفضل وإحاطته بالرقابة اللازمة والكافية حتى لا يكون مجالا للهروب من تعقيد الإجراءات.

✚ توضيح كيفية اختيار عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية لأنه يطرح إشكال من الناحية التطبيقية، وتأطير عملية التفاوض.

✚ منح بعض المؤسسات العمومية الحق الحصري في تقديم الخدمة العمومية ليس له مبرر يفترض التخلي عنه في ظل اقتصاد السوق الذي أثبت أن الخواص يقدمون أجود الخدمات وبسرعة تتماشى ومتطلبات العصرية.

✚ الاعتماد الفعلي على وسائل التكنولوجيا خاصة البريد الإلكتروني والنشر الإلكتروني، سواء في تحيين البطاقات التقنية أو طلب المعلومات من المتعهدين وتمكينهم منها، أو الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة... تماشيا مع التطور التكنولوجي الحاصل وتسهيلا للرقابة،

✚ تحديد عدد أدنى من المتعاملين الواجب استشارتهم ومنع التعامل مع نفس المتعهدين بشكل يخل بمبدأ المنافسة ضبط الإجراءات المتعلقة بالاستشارة من حيث الزمن اللازم/

قائمة المصادر المراجع

أولاً: المصادر القانونية

أ- الدساتير:

(1) دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادرة بتاريخ 8-12-1996، المعدل بموجب القانون رقم 03-02، المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية العدد 25، الصادرة بتاريخ 14-4-2002، والقانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية العدد 63، الصادرة بتاريخ 16-4-2008، والقانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادر في 7-3-2016.

ب- القوانين:

- (1) الأمر رقم 67-90، المؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52، الصادرة بتاريخ 27 جوان 1967 (الملغى).
- (2) الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، الجريدة الرسمية العدد 43، الصادرة بتاريخ 20-07-2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-08، المؤرخ في 25 جوان 2008، الجريدة الرسمية العدد 63، الصادرة بتاريخ 02-07-2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 18-08-2010، المتعلق بالمنافسة.
- (3) القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة بتاريخ 08-03-2006.
- (4) الأمر رقم 06-03، المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

ج- المراسيم

- (1) المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982 (الملغى).
- (2) المرسوم رقم 84-51، المؤرخ في 25 فيفري 1984، الجريدة الرسمية العدد 9، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1984، يعدل ويتمم المرسوم رقم 82-145، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المؤرخ في 10 أفريل 1982، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982 (الملغى).
- (3) المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 جويلية 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002 (الملغى).
- (4) المرسوم الرئاسي رقم 03-01، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، الجريدة الرسمية العدد 55، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2003، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 24 جويلية 2002، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.
- (5) المرسوم الرئاسي رقم 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية العدد 62، الصادرة بتاريخ 9 نوفمبر 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 24 جويلية 2002، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة بتاريخ 28 جويلية 2002.
- (6) المرسوم رقم 09-148، المؤرخ في 2 ماي 2009، الجريدة الرسمية العدد 26، الصادرة بتاريخ 3 ماي 2009، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، المؤرخ في 13 جويلية 1998، الجريدة الرسمية العدد 51، الصادرة بتاريخ 15-7-1998.
- (7) المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

(8) المرسوم الرئاسي المؤرخ في 11 ديسمبر 2011، يتضمن كيفية تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنموية، اتفاقية موقعة في الجزائر بين الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية تمت المصادقة عليها بتاريخ 12 جويلية 2011، الجريدة الرسمية العدد 68، الصادرة بتاريخ 14 ديسمبر 2011.

(9) المرسوم الرئاسي رقم 98-11، المؤرخ في 1 مارس 2011، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

(10) المرسوم الرئاسي رقم 12-23، المؤرخ في 18 جانفي 2012، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة بتاريخ 26 جانفي 2012، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

(11) المرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 جانفي 2013، الجريدة الرسمية العدد 2، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية العدد 58، الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2010.

(12) المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015. المادة 41.

(13) المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 57، الصادرة بتاريخ 13-11-1991 (الملغى).

(14) المرسوم التنفيذي رقم 96-54، المؤرخ في 22 جانفي 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 6، الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1996، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-433، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، الجريدة الرسمية العدد 57، الصادرة بتاريخ 13-11-1991 (الملغى).

(15) المرسوم التنفيذي رقم 98-227، المؤرخ في 13 جويلية 1998، المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 51، الصادرة بتاريخ 15-7-1998.

د- القرارات والتعليمات

(1) القرار الوزاري المشترك الصادر في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية العدد 06، الصادرة بتاريخ 12-02-2012.

(2) القرار الوزاري المشترك الصادر في 11 أوت 2011، يبين قائمة صفقة الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى مناقصة، الجريدة الرسمية العدد 47، الصادرة بتاريخ 21 أوت 2011.

(3) قرار وزير المالية الصادر في 28-03-2011، يحدد نموذج الالتزام بالاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 24 الصادرة في 20-04-2011.

(4) التعليم رقم 1115 الصادرة بتاريخ 12-07-2011 عن الأمين العام لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات الجزائرية، تمنح الحق الحصري لمعهد باستور والصيدلية المركزية للمستشفيات بتمويل المؤسسات الاستشفائية بالمنتجات الصيدلانية.

د- الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية:

(1) مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 10-03-1943 في قضية Sieur Danto

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا (المصرية) في الطعن رقم 813، لسنة 34 ق، جلسة 9/12/1989.

ثانيا: المراجع

I- المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

- (1) النوي خرشي، الصفقات العمومية دراسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 2018.
- (2) النوي خرشي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- (3) إيمان بن وطاس، مسؤولية العون الاقتصادي في ظل التشريعين الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012.
- (4) حمامة قدوج، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006.
- (5) خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2017.
- (6) عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
- (7) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، (وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 05 أكتوبر 2011 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له)، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- (8) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية (طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015)، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2017.
- (9) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- (10) ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- (11) محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- (12) محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
- (13) محمد عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.
- (14) مهني مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- (15) نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- (16) هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.

ب- رسائل الدكتوراه:

- (1) حمامة قدوج، تصنيفات الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للمعيار العضوي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، غرع القانون العام، إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009-2010.
- (2) حمزة خضري، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.

- (3) زوليفة زوزو، جرائم الصفقات العمومية واليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012-2011.
- (4) عاطف سعدي محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005.
- (5) عائشة بعيط، ضمانات مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه دولة ومؤسسات (فرع الجلفة)، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013-2014.
- (6) عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016.
- (7) منال حليمي، تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، نوقشت وأجيزت بتاريخ 28 فيفري 2017.
- (8) مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، نوقشت يوم 17-12-2015.
- (9) محمد تيورسي، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010-2011.
- (10) نادية تياب، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، نوقشت بتاريخ 23 نوفمبر 2013.

ج- مذكرات الماجستير

- (1) اسماعيل بحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- (2) بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2005.
- (3) حمامة قدوج، عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر (تحليل ومقارنة)، بحث لنيل درجة الماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1، 2001.
- (4) سمية سحنون، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2013.
- (5) محمد خرفان، اختيار المتعامل المتعاقد في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.
- (6) نبيهة شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص علاقات الأعوان الاقتصاديين/ المستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، 2012-2013.

د- المقالات العلمية:

- (1) الوكالة القضائية للمملكة المغربية، مستجدات المرسوم رقم 2-12-349 المتعلق باليات وطرق إبرام الصفقات العمومية، مجلة المالية، العدد 23، وزارة الاقتصاد والمالية، المملكة المغربية، أفريل 2014.
- (2) جلول هزيل، المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

- (3) حمزة خضري، الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، العدد التاسع، سبتمبر 2015.
- (4) راضية رحمانى، مبدأ المساواة في معاملة المترشحين في قانون الصفقات العمومية الجزائري، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية المملكة المغربية، العدد التاسع، 2015.
- (5) رمضان محمد بطيخ، قيود إبرام العقد الإداري، كلية الحقوق عين شمس، القاهرة، دون سنة.
- (6) عائشة خلدون، بولرباح حمايدي، طرق إبرام الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد العاشر، جوان 2018.
- (7) عبد الغني بوالكور، سناء منيغر، ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية، مجلة ابحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، العدد الثالث، جوان 2017.
- (8) عبد الكريم بن منصور، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، اسم المجلة والسنة والجامعة والعدد.
- (9) فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية واليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، 2009.
- (10) كمال معيفي، إشكالية إبرام الصفقات عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره على حماية المال العام، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني والعشرون، المغرب، أوت 2014.
- (11) محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الثاني، سنة 2010.
- (12) محمد بن محمد، حليمي منال، صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد الثالث عشر، جوان 2015.
- (13) مصطفى زنتاني، ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة وترشيح الطلب العمومي)، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017.
- (14) مولود عبود، العربي تيقاوي، الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 (المفهوم، المبادئ والأحكام التشريعية الخاصة بها)، مجلة اقتصاديات المال والأعمال، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميله، الجزائر، العدد السادس، جوان 2018.

هـ- المداخلات:

- (1) رشيد سالمى، آليات تنفيذ الصفقات العمومية في القانون الجزائري، أعمال الملتقى الوطني السادس حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 20-05-2013.
- (2) زواوي عباس، مداخلة في 2015، طرق وأساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 15-247، يوم دراسي حول الصفقات العمومية في ظل المرسوم 15-247، يوم 17 ديسمبر 2015، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015.
- (3) شوقي حوحو، إجراءات إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، اليوم الدراسي والتكويني حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوم 24 فيفري 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2016.
- (4) ميريام أكرور، التزام المصلحة المتعاقدة بإعمال المنافسة في الصفقات العمومية، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، يوم 7 مارس 2017، المنعقد بجامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 2017.

و- المحاضرات:

- (1) فاتح خلاف، محاضرات في قانون الصفقات العمومية (طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)، مطبوعة محكمة وموجهة الى طلبة السنة الثالثة حقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.
- (2) نادية ضريفي، محاضرات في مقياس العقود الإدارية، موجهة إلى السنة الثانية ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.

ي- مذكرات المدرسة العليا للقضاء

- (1) عبد الرزاق نصري، دفتن الشروط في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006-2009.

II / المراجع باللغة الأجنبية

A- les ouvrages

- 1) Ali bencheneb, Mécanismes juridiques des relations commerciales Internationales de l'Algérie, office des publications universitaires, places central de ben Aknoun (Alger), 1984.
- 2) Brahim Boulifa, Marchés Publics, vol1, Berti edition, Alger.
- 3) Catherine Pribissy- Schnall: la penalisation du droit des marches publics, LGDJ Paris-France edition, 2003.
- 4) Frédéric Allaire, l'essentiel du droits des marchés publics, gualino, France, 2012.
- 5) Jean RIVERO, Droit administratif, Himitiemé édition, Dalloz, 1977.
- 6) M- c boutardlabard BOUTARD LABARD (M.C), canive T(G), CLAUDEL (E), Michel-Amsellem(v), (j) vialens, l'application en France du droit des pratique santiconcurrentielles, LGDJ edition, 2008.
- 7) Michel Guibal, les créteres d'attribution, le nouveau droit des marches publics, lyon, 2004.
- 8) Michel GUIBAL, memento des marches publics, le menteur, Paris, France, 1998.

B- les thèses:

- 1) BARDIN Adeline, Le négociation : un outil adapté aux collectivités locales, institut d'études politiques de Lyon, mémoire D.E.S.S : management du secteur public : collectivités et partenaires (M.S.P.C.I), année 2003-2004.

C- Les revues:

- 2) BENNEDJI Chérif, la corruption dans les marches publics, la revue NAQD, revue d'étude et de critique social, n°25, Alger, 2008.

D- Site Internet:

- 1) www.aapasso.fr, Association des acheteurs publics, guide de la negotiation dans la procedure adaptée, guide rédigé par les membres experts de l'AAP 1^{er} décembre 2017.
- 2) <https://www.argaam.com> 11-04-ماهو وكيف يؤثر سليا على الأسواق؟ 2015
- 3) www.droitdelaconcurrence, droit de la concurrence et de la consummation
- 4) Vocabulairejuridique, G. Cornu, 6^{ème} édition, PU F cité par (Pr. Catherine Barreau,).

الفهرس

01.....	مقدمة:
07.....	الفصل الأول:
	التراضي البسيط من الحرية إلى التقيد
08.....	المبحث الأول: مفهوم التراضي البسيط ومبررات اللجوء اليه
08.....	المطلب الأول: مفهوم التراضي البسيط
11.....	المطلب الثاني: مبررات التراضي البسيط تأكيد لطابعه الاستثنائي
11.....	الفرع الأول: مبررات التراضي البسيط في القوانين السابقة
11.....	أولا: التراضي البسيط في الأمر 67-90
13.....	ثانيا: التراضي البسيط في المرسوم 82-145
14.....	ثالثا: التراضي البسيط في المرسوم التنفيذي 91-434
15.....	رابعا: التراضي البسيط في المرسوم الرئاسي 02-250
15.....	خامسا: التراضي البسيط في المرسوم الرئاسي 10-236
17.....	الفرع الثاني: مبررات التراضي البسيط في المرسوم 15-247 قيد على المصلحة المتعاقدة
17.....	أولا: حالة احتكار المتعامل المتعاقد لموضوع الصفقة
18.....	1- الاحتكار
19.....	2- حماية حقوق حصرية
19.....	3- الاعتبارات التقنية
19.....	4- الاعتبارات الثقافية والفنية
20.....	ثانيا: حالة الاستعجال الملح
21.....	ثالثا: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية
23.....	رابعا: حالة مشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا
24.....	خامسا: عندما يتعلق الامر بترقية الانتاج و/أو الاداة الوطنية العمومية للإنتاج
26.....	سادسا: حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية
28.....	المبحث الثاني: ضوابط وإجراءات التراضي البسيط مظهرا للتقيد وضمانة للمنافسة
28.....	المطلب الأول: تحولات التراضي البسيط والتقيد في الإجراءات
29.....	الفرع الأول: تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة
29.....	أولا: أهمية مرحلة تحديد الحاجات
30.....	ثانيا: المواصفات والمراجع التي تحكم تحديد الحاجات
30.....	ثالثا: كيفية وضوابط وخطوات تحديد الحاجات العمومية
30.....	1- حصر الحاجات
31.....	2- التخصيص
31.....	3- تنسيق الطلبات
32.....	رابعا: ضمانات تلبية وتحقيق الحاجات العمومية
32.....	1- الدراسة المسبقة لمشروع الصفقة
32.....	2- تسجيل المشروع
33.....	3- الحصول على الاعتماد المالي

- 33..... الفرع الثاني: التأكد من قدرات المتعامل المتعاقد.
- 34..... الفرع الثالث: اختيار متعامل متعاقد يقدم عرض له مزايا من الناحية الاقتصادية.
- 35..... الفرع الرابع: تنظيم المفاوضات وفق الشروط المنصوص عليها قانونا.
- 35.... الفرع الخامس: تأسيس المفاوضات المتعلقة بالجانب المالي على أسعار مرجعية.
- 36..... المطلب الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي البسيط.
- 37..... الفرع الأول: مرحلة استصدار الرخصة.
- 37..... الفرع الثاني: مرحلة الدعوة الى التعاقد.
- 38..... الفرع الثالث: مرحلة التفاوض.
- 39..... أولا: تعريف التفاوض.
- 40..... ثانيا: مبادئ يجب احترامها عند التفاوض.
- 40..... 1- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين.
- 40..... 2- مبدأ عدم المساس بالعرض.
- 40..... 3- مبدأ سرية العروض.
- 40..... 4- مبدأ شفافية وتتبع الاجراءات.
- 41..... ثالثا: العناصر القابلة للتفاوض.
- 41..... رابعا: كيفية التفاوض والمسؤول عنه.
- 42..... الفرع الرابع: مرحلة التعاقد.
- 43..... خلاصة الفصل الأول.

45

الفصل الثاني:

التراضي بعد الاستشارة استدراج عروض من الدرجة الثانية

- 46..... المبحث الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة، تطوره ومبررات اللجوء إليه.
- 46..... المطلب الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة وتطوره عبر تنظيمات الصفقات العمومية.
- 46.... الفرع الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة.
- 48..... الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة في القوانين السابقة.
- 48..... أولا: التراضي بعد الاستشارة في الأمر 67-90.
- 49..... ثانيا: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم 82-145.
- 50..... ثالثا: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم التنفيذي 91-434.
- 50..... رابعا: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 02-250.
- 51..... خامسا: التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 10-236.
- 56..... المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في المرسوم الرئاسي 15-247.
- 56..... ❖ الفرع الأول: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
- 58..... ❖ الفرع الثاني: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض.
- 59..... ❖ الفرع الثالث: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
- 60..... ❖ الفرع الرابع: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع طلب عروض جديد.

❖ الفرع الخامس: حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات.....	61.....
المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة وتقدير المنافسة في هذا الاجراء.....	63.....
المطلب الأول: إجراءات إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة.....	63....
❖ الفرع الأول: تنظيم الاستشارة (الدعوة إلى التعاقد).....	64.....
■ أولاً: الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.....	64.....
1- استشارة المؤسسات المشاركة في طلب العروض.....	64.....
1-1- كيفية الاستشارة.....	64.....
2-1- ضوابط الاستشارة.....	65.....
3-1- وسائل إعلان الاستشارة.....	66.....
2- استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض.....	66...
1-2- ضوابط الاستشارة في الحالة الثانية (المؤسسات غير المشاركة).....	66.....
3- أحكام مشتركة تتعلق بالاستشارة.....	67..
1- الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط.....	67.....
2- تقليص مدة تحضير العروض.....	68.....
ثانياً: الاستشارة في الحالات الأخرى للتراضي بعد الاستشارة.....	69.....
❖ الفرع الثاني: تقييم العروض والتفاوض.....	70.....
❖ الفرع الثالث: المنح المؤقت للصفقة والإعلان عنه.....	71.....
❖ الفرع الرابع: المنح النهائي للصفقة.(اعتماد الصفقة).....	74.....
المطلب الثاني: التراضي بعد الاستشارة و مبدأ المنافسة.....	75.....
❖ الفرع الأول: مفهوم وأسس مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية.....	75.....
■ أولاً: مفهوم مبدأ المنافسة.....	76.....
■ ثانياً: مبادئ المنافسة.....	77.....
1- حرية الوصول إلى الطلب العمومي.....	78.....
2- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين:.....	78....
3- مبدأ شفافية الإجراءات.....	78....
❖ الفرع الثاني: مظاهر المنافسة في التراضي بعد الاستشارة.....	79.....
■ أولاً: مرحلة إعداد الصفقة.....	80.....
■ ثانياً: مرحلة إجراءات إبرام الصفقة.....	81.....
■ ثالثاً: مرحلة منح الصفقة واعتمادها.....	82.....
❖ الفرع الثالث: الإخلال بالمنافسة في التراضي بعد الاستشارة.....	82.....
خلاصة الفصل الثاني.....	84.....
الخاتمة.....	85...
قائمة المراجع.....	88..
الفهرس:	94..

الملخص:

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، التراضي، التراضي البسيط، التراضي بعد الاستشارة

حرصا منه على حماية المال العام اعتبر المشرع طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، وهي الصيغة الأكثر تنافسية لاعتمادها على طابع الشكلية في كل الإجراءات، في المقابل وتأكيدا على هذا الحرص مكن المصلحة المتعاقدة من اللجوء استثناءً إلى التراضي لإبرام صفقة عمومية وقيدتها في ذلك بحالات وظروف وإجراءات معينة، هذه الشروط جاءت لتحقيق المقصد الرئيسي من هذا الاستثناء والمتمثل في تسهيل عمل المصلحة المتعاقدة بتجنيبها طول الإجراءات وتعقيدها وتحقيق الانجاز في أسرع وقت، هذه الصيغة في الإبرام أوجد لها المشرع هي الأخرى الآليات الكفيلة بتحقيق المقاربة بين تخفيف الإجراءات والوقاية من الفساد، وقد جاءت هذه الدراسة للوقوف على الضمانات التي كفلها المشرع في تأطيره للتراضي بشكليه وبيان كيف استفاد المشرع من الثغرات القانونية التي حملتها التنظيمات السابقة في التحسين من تأطير هذه الصيغة في إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247.

Abstract:

Key words : public deal, compromise, simple compromise, compromise after the consultation.

In order to protect the public money, the legislator had considered the calls of tenders as a general rule for the execution of public deals, it is the most competitive format as it takes the formalism shape in all its procedures, and in return to confirm this car signed party contracting made acces to the rapprochement so that to make a pblic deal, the latter is restricted by certain circumstances and procedures, thes conditions came to realize the main purpose which is facilitating the job og the signed prty by reducing the long procedures and their complexity and also to achieve the targeted project fastly, this format in making a bargain, the legislator had found new techniques to achieve it between reducing the procedures and preventing corruption, this study came to bring guaranties which the legislator had ensured in framing the rapprochement and to clarify how the legislator got benefits from the breaches of the law which the previous systems had mad in improving the format framing in making the public deals, in the presidentiel decree 15-247.