جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

طرق اختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية

إعداد الطالب:
بن شعبان عبد الرزاق

إشراف الدكتور:
خضري حمزة

لجنة المناقشة

بن حميدوش نور الدين	.....	رئيسا
والي عبد اللطيف	.....	مناقشا
خضري حمزة	.....	مشرفا ومقررا

السنة الجامعية: 2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

باسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه والحمد لله الذي هدانا وخلقنا فأحسن خلقنا أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي وعملي إلى

حبيبتي وقرة عيني حفظها الله لي وأمدها بطول العمر أمي .

إلى من كلله الله بالهيبة من والوقار وعلمني العطاء بدون انتظار أبي .

إلى زوجتي العزيزة التي ساندتني في مشواري الدراسي إلى نهاية هذا العمل

إلى فلذات كبدي ۞أنيس، هيثم، وصغيرتي مريم ۞

إلى قدوتي في الحياة أخي رعاه الله نور الدين وزوجته وإلى أولاده حفظهم الله.

و إلى كامل إخوتي و أخواتي وفقهم الله وأنار دربهم .

وإلى جميع عائلة بن شعبان بكبيرها وصغيرها .

وإلى رفيق الدرب رضا وهمش وإلى جميع الأصدقاء .

إلى كل من أمد لي يد المساعدة سواء من قريب أو من بعيد وأسأل الله المزيد من النجاحات وصلى الله عليه وسلم على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين .

عبد الرزاق

كلمة شكر

بعد بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة و السلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد و على آله وأصحابه أجمعين

قال العماد الأصفهاني

(لا يكتب إنسان كتابا في يومه، إلا وقال في غده، لو كان هذا لكان أحسن، ولو زيد لكان يستحسن، ولو ترك هذا لكان أفضل، وهذا من عظيم العبر وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر).

في براية صفحات المذكرة و في نهاية هذا العمل المتواضع نشكر الله و نحمده

على توفيقه لنا فإن أصبنا فبفضله و إن أخطأنا فمن أنفسنا.

ويسعدنا ويشرفنا أن نتقدم بعظيم شكرنا للأستاذ الفاضل **خضري حمزة** بقبول الإشراف على البحث، وما بذله من جهد مخلص في مراحل إعداد البحث، والمعلومات والإرشادات التي قدمها لنا لإنجاز هذا البحث.

كما نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ بن حميدوش نور الدين وكل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

و في الأخير نشكر كل من ساعدنا من قريب أو بعيد و لو بكلمة طيبة أو ابتسامة بريئة.

عبد الرزاق

مقدمة

مقدمـــــة

إن الإطار الموضوعي لمقاربة طرق اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، يندرج ضمن النظرية العامة للقانون الإداري، والقائمة على فكرة الأفعال والتصرفات غير المألوفة في القانون الخاص، باعتبارها الخصوصية التي تميز أحكام القانون الإداري عن غيره من القوانين، وقد جاء تنظيم الصفقات العمومية متماشيا مع هذه الفكرة، باعتباره ينظم إجراءات وشروط إبرام العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها والمتضمنة تنفيذ أشغال أو توريد منقولات أو إنجاز دراسات بطريقة مخالفة للكيفية التي تبرم بها العقود في ضوء سريان القانون المدني، وكان من أهم المحاور التي تضمنها هذا القانون، طرق اختيار المتعامل المتعاقد، وهو الموضوع الذي يكتسي أهمية بالغة في مستويات متعددة تتمثل فيما يلي:

إن موضوع طرق اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة حماية النفقات العمومية، أو ما يسمى بحماية المال العام، ذلك أن غل يد الإدارة في حرية التعاقد عن طريق إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد بداية من تحديد الحاجات العامة وتنسيقها وتحصيصها إلى وضع شروط تتعلق بتنظيم طريقة الدعوة إلى التعاقد وكيفية استلام العروض و فتحها وتقييمها ومعايير إرساء الصفقة، كلها بهدف حماية النفقات العمومية أو المال العام الذي تنجز به المشاريع محل الصفقات المبرمة، بصرف النظر عن نوعها سواء كانت مشاريع أشغال أو توريد أو خدمات، وعليه يظهر ارتباط موضوع البحث بفكرة سامية وغاية مفيدة هي حماية المال العام.

تظهر أهمية الموضوع والمتمثل في طرق اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، بوظيفة أساسية من وظائف الدولة وهي الوقاية من الفساد ومكافحته، ذلك أن إعطاء الحرية الكاملة للمصالح المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد من شانه أن يفتح المجال واسعا لارتكاب جرائم القانون العام عموما، وجرائم الصفقات العمومية على وجه الخصوص، من ذلك مثلا منح الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية، واستغلال النفوذ الأعوان العموميين والمحاباة والرشوة وتعارض المصالح، لذلك قام المشرع في أغلب التشريعات المقارنة

المتعلقة بالصفقات العمومية، بتقييد الإدارة عند التعاقد بطرق محددة تأخذ شكل المنافسة تارة وشكل التراضي تارة أخرى، وكل ذلك يهدف لمكافحة ظاهرة الفساد.

المستوى الثالث الذي يبرز أهمية الموضوع، يتعلق بارتباط طرق اختيار المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية، بتطبيق مبدأ دستوري يعتبر المبادئ العامة التي يقوم عليها المجتمع الجزائري وهو مبدأ المساواة، ذلك أن وضع طرق لإبرام الصفقات العمومية من شانه أن يجعل كل الراغبين في التعاقد مع الإدارة على قدم المساواة في مواجهة المصلحة المتعاقدة، لذلك قيل عن التدابير والإجراءات المرتبطة بطرق اختيار المتعامل المتعاقد بأنها أفضل وسيلة لتجسيد مبدأ المساواة في هذا المجال.

وعليه فإن اختيار هذا الموضوع كان نتيجة أهميته على ضوء المستويات المذكورة أعلاه، كما أنه يرجع إلى أسباب ذاتية وموضوعية أخرى.

فأما الأسباب الذاتية فتتعلق بالرغبة في معالجة هذا الموضوع، وهي التي من شأنها أن تشكل حافزا أو دافعا لتناوله بطريقة موضوعية ودقيقة متطابقة مع مبادئ وأسس إعداد الأبحاث العلمية الأكاديمية، أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع دون الإنكار لوجود البعض منها في شكل مذكرات لنيل درجة الدكتوراه أو الماجستير في بعض الجامعات الجزائرية، ولعل أهم هذه المذكرات المنجزة سابقا والتي اطلعنا عليها، مذكرة بعنوان الرقابة على الصفقات العمومية من إعداد الأستاذ علاق عبد الوهاب بجامعة بسكره سنة 2004-2005.

وتتمثل إشكالية البحث في دراسة النصوص القانونية المنظمة لطرق اختيار المتعامل المتعاقد، لاسيما المواد 25 وما يليها من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في07 أكتوبر 2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، ومدى فاعليتها في حماية النفقات العمومية، التي يمول بها إنجاز المشاريع العمومية محل الصفقات، ويمكن بلورة هذه الإشكالية العامة في الإشكاليات الفرعية التالية:

– إلى أي مدى توفر الأحكام القانونية المتعلقة بالمناقصة بأنواعها الحماية القانونية للنفقات العامة؟

– إلى أي مدى توفر الأحكام القانونية المتعلقة بالتراضي الحماية القانونية للنفقات العامة؟

– إلى أي مدى تساهم الأحكام القانونية المتعلقة بالمناقصة والتراضي في تجسيد مبدأ المساواة بين المرشحين الراغبين في الترشح مع الإدارة في مجال الصفقات العمومية؟

ويقوم إعداد هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، القائم على تحليل النصوص القانونية، المتعلقة بطرق اختيار المتعامل المتعاقد، لاسيما المواد 25 وما يليها من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، للبحث على الثغرات التي يكتنفها ومعالجتها بما يتماشى مع مساهمتها في تحقيق غاية حماية النفقات العمومية، كما يمكن اللجوء في بعض أجزاء البحث إلى المنهج المقارن، وذلك بمقارنة بعض العينات بما هو قائم في التشريعات المقارنة.

وعليه اعتمدنا لمناقشة إشكالية البحث على خطة تتكون من ثلاث فصول، حيث خصصنا الفصل التمهيدي لماهية الصفقات العمومية، في حين تطرقنا في الفصل الأول إلى أسلوب التعاقد عن طريق المناقصة، وبحثنا في الفصل الثاني في الأسلوب الاستثنائي والذي يتضمن التعاقد عن طريق التراضي وسندات الطلب.

الفصل التمهيدي

ماهية الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من المواضيع الهامة التي نضمها المشرع بشكل دقيق، وأفرد لها مجموعة من النصوص والأحكام التنظيمية والتعاقدية، وسنتناول في مبحثنا هذا مفهوم الصفقات العمومية في المطلب الأول، وتطورها في المطلب الثاني، وأنواعها في المطلب الثالث.

المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية

إن مفهوم الصفقات العمومية لا يمكن أن يتحدد بصورة واضحة، إلا من خلال التطرق الى تعريفها في المطلب الأول، ثم إلى تطورها عبر المنظومة القانونية في المطلب الثاني، وأخيرا بيان أنواعها في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من العقود المكتوبة التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، من أجل إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو القيام بالدراسات والخدمات، على أن تتضمن شروطا غير مألوفة ولا معروفة في القانون الخاص، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من تنظيم الصفقات العمومية، والتي جاء فيها ما يلي: " **الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة** ".[1] من خلال ما سبق نستنتج أن الصفقات العمومية، تقوم على أربع أركان وهي:

- الصفقات العمومية عقود مكتوبة، وهوما سنتناوله في الفرع الأول.
- الصفقات العمومية تبرمها الدولة، وهوما سنتناوله في الفرع الثاني.

[1] – المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010، ص05.

- الصفقات العمومية تبرم لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات أو الدراسات وهوما سنتناوله في الفرع الثالث.
- تتضمن شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وهوما سنتناوله في الفرع الرابع.

الفرع الأول: الصفقات العمومية عقود مكتوبة

تتميز الصفقات العمومية بشرط الكتابة، أي أنها عقود مكتوبة بقوة القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من تنظيم الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 يناير 2012، والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013 والتي جاء فيها ما يلي:

"**الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به...** "

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يكتف بالنص على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في المادة 04 المذكورة أعلاه، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما حدد في المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية، البيانات الإلزامية والتكميلية الواجب ذكرها في الصفقة، حيث تتمثل البيانات الإلزامية حسب ما نصت عليه المادة 62 الفقرة الأولى فيما يلي[1]:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.
- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفتهم.
- موضوع الصفقة محددا وموصوفا وصفا دقيقا.
- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة أو الدينار الجزائري حسب الحالة.
- شروط التسديد.
- أجل تنفيذ الصفقة.
- بنك محل الوفاء.

[1]- المادة 62 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

- شروط فسخ الصفقة.
- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه.

في حين حددت المادة 62 الفقرة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية البيانات التكميلية الواجب تحديدها في الصفقة وهي كالأتي:

- كيفية إبرام الصفقة.
- الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشركة المطبقة على الصفقة.
- شروط عمل المتعاملين الثانويين واعتمادهم إن وجدوا .
- بند مراجعة الأسعار.
- بند الرهن الحيازي إن كان مطلوبا.
- كيفيات تطبيق القوة القاهرة.
- شروط استلام الصفقة.
- القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات.
- بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل.
- البنود المتعلقة بحماية البيئة.
- البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة.

وخلاصة ذلك أن المشرع الجزائري لم يكتفي بالنص على الكتابة كشرط في إبرام الصفقات العمومية بل حدد البيانات الإلزامية والتكميلية الواجب كتابتها، ذلك أن الصفقات العمومية تتحمل أعبائها الخزينة العامة للدولة، بالإضافة إلى أنها أداة لتنفيذ مختلف البرامج التنموية والاستثمارية، لذا أوجب أن تكون مكتوبة.[1]

[1]– عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، ط04، ص 63.

الفرع الثانـــــي: الصفقة العمومية تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها

والمقصود بذلك أن يكون أحد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام، سواء الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية.[1]

لذلك يعتبر من مقومات الصفقة العمومية، أنها عقود تبرمها الدولة أوأحد الهيئات التابعة لها المحددة في المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية، والمتمثلة في الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية، والمؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة من الدولة[2].

ويجب الإشارة إلى أنه إذا ما تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة لحساب الإدارة العامة، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت العناصر الأخرى، على الرغم من أنه لم يبرم من شخص عام.[3]

كما تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تذبذب في إخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية والصناعية والتجارية إلى تنظيم الصفقات العمومية، حيث نجده أخضعها إلى هذا التنظيم في قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 الصادر بموجب الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967، كما أخضعها لتنظيم الصفقات العمومية أيضا بموجب المادة 05 من المرسوم 145/82المؤرخ في 10 مايو1982 المتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، وكان

[1]– محمد عاطف البناء، **العقود الإدارية**، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص29.

[2]– المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3]– خالد خليل الطاهر، **القانون الإداري**، الكتاب الثاني (المرفق العام – الضبط الإداري – القرار الإداري – العقود الإدارية – الأموال العامة)، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، 1998، ص235.

ذلك أمرا طبيعيا نظرا للسياسة والنظام المعتمد من الدولة أنذاك، والمتمثل في النظام الاشتراكي الذي تحتكر فيه الدولة الإشراف وتسيير كل الهيئات الإدارية أو الاقتصادية. [1]

وفي مطلع الثمانينات بدأت الدولة تدريجيا في القيام بمجموعة من الإصلاحات تمهيدا لمنح استقلالية أكبر للمؤسسات العمومية الاقتصادية، هذه الإصلاحات التي توجت بصدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية،[2] والذي نص في المادة 59 منه على أن عقود هذا النوع من المؤسسات تبرم وفقا لأحكام القانون التجاري، فكان من الطبيعي أن يستبعد المشرع الجزائري سنة 1991 بمناسبة إصداره لقانون الصفقات العمومية الجديد الصادر بموجب المرسوم التنفيذي 434/91 المؤسسات العمومية الاقتصادية من نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية.

إلا أن المشرع الجزائري قام بمفاجأة الجميع سنة 2002، عندما أصدر قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 بموجب المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003, والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 332/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، عندما أعاد من جديد المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية إلى نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية، شرط أن تكون الصفقة ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة، وهو ما تم اعتماده في تنظيم الصفقات العمومية الصادر سنة 2010 المعدل والمتمم.

الفرع الثالث: الصفقة العمومية تبرم لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات

وهذا ما نصت عليه المادة 04 من تنظيم الصفقات العمومية التي جاء فيها ما يلي:

[1]– خضري حمزة، **منازعات الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة 2004 – 2005 ص06.

[2]– الجريدة الرسمية عدد 01، المؤرخة في 12 يناير 1988.

"**الصفقات العمومية...التي تبرم... قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.**[1]

وعليه نميز بين أربع أنواع من الصفقات العمومية، صفقة الأشغال، وصفقة التوريد، وصفقة الخدمات، وصفقة الدراسات، وهوما سنتطرق إليه بنوع من التفصيل حال دراستنا لأنواع الصفقات العمومية ضمن هذا المبحث التمهيدي.

الفرع الـرابع: تتضمن الصفقات العمومية شروطا غير مألوفة في القانون الخاص

تتضمن الصفقات العمومية شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، حيث أنها تتضمن بنودا غير معروفة في بنود القانون المدني والتجاري، الذي يقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني.

ومن الأمثلة على ذلك أنها تتضمن النص على صلاحية المصالح المتعاقدة التي تبرم الصفقات العمومية في الفسخ بالإرادة المنفردة، وهي صلاحية غير معروفة في عقود القانون الخاص،[2] وهوما نص عليه المشرع في المادة 112 من قانون الصفقات العمومية التي جاء فيها ما يلي: "**وان لم ينفذ المتعامل التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة أعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وان لم يتدارك المتعاقد تقصيره..... يمكن للمصحة المتعاقدة أن تفسح الصفقة من جانب واحد**".

زيادة على ذلك أورد المشرع هذه القاعدة في دفتر البنود الإدارية العامة الخاص بصفقات الأشغال الصادر عن وزارة الأشغال وتجديد البناء في 1964/11/21 حيث جاء فيه.."**ومن**

[1]– المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]– زين بدر فراح، **الأحكام العامة للتعاقد وفق القانون رقم 1998/89 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات (دراسة تحليلية)**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، ص312.

الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص، قيام الصفقات العمومية في إبرامها على دفاتر الشروط، حيث تتمتع بصلاحية الإعداد المسبق لشروط الصفقة في دفاتر الشروط ..."

وهو أمر غير معروف في عقود القانون الخاص، حيث تتحدد شروط العقد باتفاق الطرفين حسب المادة 106 من القانون المدني، وقد نصت على ذلك المادة 10 من تنظيم الصفقات العمومية والتي جاء فيها ما يلي:

"**توضع دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات...**" .

المطلب الثانـــي: تطور قانون الصفقات العمومية في الجزائر

مر قانون الصفقات العمومية الجزائري بمراحل متعددة عرفت صدور نصوص قانونية في أشكال مختلفة عبر مختلف المراحل التي مرت بها الجزائر منذ الاستقلال، مع الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية الفرنسي كان مطبقا على مختلف الصفقات التي تبرمها السلطات الاستعمارية في الجزائر،[1] ومن الأمثلة على ذلك المرسوم المؤرخ في 31 جانفي 1833 والمرسوم المؤرخ في 31 مايو1862، والمرسوم المؤرخ في 06 جويلية 1905 والمرسوم رقم 596/54 المؤرخ في 11 جوان 1954 والمرسوم رقم 256/56 المؤرخ في 13 مارس 1956 وغيرها من النصوص القانونية الفرنسية.[2]

عشية الاستقلال أصدر المشرع الجزائري القانون 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 والذي قضى بتمديد تطبيق القانون الفرنسي، باستثناء ما كان يتعارض مع السيادة الوطنية، وبذلك استمر قانون الصفقات العمومية الفرنسي في السريان إلى غاية صدور أول نص قانوني جزائري ينظم الصفقات العمومية، مع الإشارة إلى أن الأستاذ الشريف بن ناجي يرى أن تمديد القانون

[1] – علاق عبد الوهاب، **الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2004– 2005، ص 28–31 .

[2] –Cherif bennadji، **l'évolution de la réglementation des marches publics en Algérie**، thèse de doctorat soutenue à l'université d'Alger، 1991

الفرنسي في الجزائر بعد الاستقلال ليس وليد القانون 157/62، إنما يستند إلى قرارات الحكومة المؤقتة.[1]

لقد مر قانون الصفقات العمومية الجزائري بمراحل متعددة هي:

- مرحلة الأمر 90/67 المؤرخ في 17 يوليو 1967.
- مرحلة المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 ابريل 1982.
- مرحلة المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991.
- مرحلة المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002.
- مرحلة المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010.

الفرع الأول: مرحلة الأمر 90/67 المؤرخ في 17 يوليو 1967

يعتبر هذا القانون أول نص قانوني جزائري نظم الصفقات العمومية، وقد تميز بثلاث خصائص عن بقية القوانين الأخرى التي صدرت لاحقا، حيث تتمثل الخاصية الأولى في الشكل الذي صدر به القانون، حيث أنه صدر بموجب أمر ولم يصدر بموجب قانون، ومعنى ذلك أنه صدر من رئيس الجمهورية في إطار ممارسة وظيفته التشريعية، وهذه الخاصية محل اعتبار للحكم على دستورية هذا القانون، كما سنرى في نهاية تطرقنا للتطور التاريخي للصفقات العمومية في الجزائر.

تتمثل الخاصية الثانية التي تميز بها الأمر 90/67 في أنه وسع من مجال تطبيقه،[2] ليشمل المؤسسات العمومية الإدارية والمؤسسات العمومية الاقتصادية، حيث نصت المادة01 الفقرة الأولى على أن الصفقات العمومية عقود تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات

[1]– خضري حمزة، **أليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية**، أطروحة لنيل شهاد الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2015، ص 08.

[2]– الأمر رقم 90/67، المؤرخ في 17يوليو 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد52.

والمكاتب العمومية، قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات، ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون، وقد أكدت الفقرة الثانية على سريان الأمر 90/67 على المؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما نصت على أنه سيتحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيق قانون الصفقات العمومية على الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، حيث يرجع توسيع نطاق اختصاص هذا القانون ليشمل الدولة والمؤسسات التابعة لها بصرف النظر على طبيعتها إلى النظام الاقتصادي الذي باشرت الدولة اعتماده غداة الاستقلال، وهو النظام الاشتراكي[1] القائم على تبعية كل المؤسسات إلى الدولة، من حيث التمويل والإشراف والتسيير مما يحتم خضوعها في مجملها إلى قانون الصفقات العمومية، حيث تأكد هذا الأمر لاحقا بموجب ميثاق التسيير الاشتراكي للمؤسسات، الصادر في ديسمبر 1971 وبموجب الأمر 74/71 المؤرخ في 13 ديسمبر 1971 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاشتراكية.[2]

إن الخاصية الثالثة للأمر 90/67 المؤرخ في 17 يوليو 1967 حسب العميد أحمد محيو تتمثل في أن هذا القانون تعامل مع الصفقة العمومية على أساس أنها عقد إداري بالنظر إلى المعايير الثلاث، خاصة المعيار العضوي، كون أن الهيئات التي تبرم الصفقات العمومية طبقا للمادة الأولى من الأمر 90/67 هي نفسها الهيئات التي تبرم العقود الإدارية.

الفرع الثاني: مرحلة المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 ابريل 1982

بعد 15 سنة من سريان الأمر 90/67، أصدر المشرع الجزائري نصا قانونيا للصفقات العمومية بموجب المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 ابريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي[3]، هذا القانون تميز بدوره بخصائص متعددة، تتمثل الخاصية الأولى في أنه صدر بشكل غير مألوف في القانون الجزائري، وهو المرسوم دون بيان طبيعته بين المرسوم

[1]– ناصر لباد، **الوجيز في القانون الإداري**، دار المجدد للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، ص47.

[2]– الجريدة الرسمية عدد 101، المؤرخة في 13 ديسمبر 1971.

[3]– الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 13 أبريل 1982.

الرئاسي والمرسوم التنفيذي، ولعل ذلك راجع لطبيعة النظام السياسي في دستور 1976 القائم على أحادية السلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الجمهورية، إلى جانب حكومة يترأسها وزير، وهو ما يجعل مرسوم أقرب إلى المرسوم الرئاسي أكثر منه إلى المرسوم التنفيذي.

وتتمثل الخاصية الثانية في هذا القانون، أنه غير تسمية قانون الصفقات العمومية إلى قانون الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، دون أن يكون لتغيير هذه التسمية محل اعتبار من الناحية الدستورية والقانونية.

إن الخاصية الثالثة للمرسوم 145/82 تتمثل في أنه لم يلغي كل مواد الأمر 90/67، حيث نصت المادة 162 منه على إلغاء المواد من 7 إلى 80 ومن 86 إلى 90، ومن 114 إلى 146 ومن 161 إلى 164 من الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 17 يوليو 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية، وكان من بين أهم البنود التي بقيت سارية المفعول، تلك المتعلقة بالتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية.

إن أهم خاصية للمرسوم 145/82، هي أنه جعل اللجوء إلى التراضي كوسيلة لإبرام الصفقات العمومية على قدم المساواة، بل أعطى أفضلية إلى اللجوء إلى التراضي عندما نص في المادة 44 على ما يلي:

"**يلجا المتعامل العمومي إلى التراضي، كلما رأى هذه الكيفية في الإبرام أكثر نفعا**"

هذه المادة التي نسفت كل الإجراءات والقيود التي فرضها القانون على الإدارة أثناء إبرام الصفقات العمومية عن طريق المناقصة، لأن المصلحة المتعاقدة ستختار دون شك اللجوء إلى التراضي تحت أي مبرر كان.

الخاصية الأخيرة لهذا المرسوم تتمثل في توسيعه لنطاق السريان على غرار الأمر 90/67، حيث نصت المادة 05 منه على أن جميع الإدارات العمومية والمؤسسات والهيئات

العمومية والمؤسسات الاشتراكية وأي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات، كما تطبق أحكام هذا المرسوم أيضا على الصفقات التي تبرمها المؤسسات والتي يكون جل رأسمالها عموميا[1]، وبذلك يظهر جليا من خلال توسيع مجال تطبيق قانون صفقات المتعامل العمومي، أن المشرع الجزائري أراد أن يقيد الإدارة أين ما كان المال العام موجودا.

الفرع الثالث: مرحلة المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991

بعد 09 سنوات من تطبيق المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، وهي السنوات التي عرفت فيها الجزائر تغيرات جمة على المستويات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وقد تميز قانون434/91 بخاصيتين أساسيتين هما:

الخاصية الاولى، أن قانون الصفقات العمومية صدر ولأول مرة بموجب مرسوم تنفيذي، بعد ما كان قد صدر بموجب أمر ثم بموجب مرسوم على التوالي.

الخاصية الثانية، وتتمثل في استبعاد المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية[2]، وكان هذا الأمر طبيعي بالنظر إلى ما جاء به القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 01/88، والذي نص في المادة 59 منه على أن العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية تخضع للقانون التجاري، وبذلك كان الاستبعاد من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية أمر بديهيا.

[1]– المادة 05 من المرسوم 145/82 المعدل والمتمم، المؤرخ في 10 أبريل 1982، الجريدة الرسمية عدد15.

[2]– للتفصيل أكثر، طلاش خليدة، **إصلاح النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر: نظام الرقابة**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص دولة ومؤسسات عمومية، 2012–2013، ص06.

الفرع الرابع: مرحلة المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002

طبقا للمادة 125 من دستور 23 فبراير 1989،[1] صدر قانون الصفقات العمومية بنص تنظيمي في إطار ممارسة رئيس الجمهورية للسلطة التنظيمية، وهذه خاصية تميز بها قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 عن بقية النصوص الأخرى التي نظمت الصفقات العمومية، إلا أن أهم خاصية للمرسوم الرئاسي 250/02، هو إعادة المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية والتجارية لنطاق قانون الصفقات العمومية، على شرط أن تكون الصفقة ممولة كليا أو جزئيا بميزانية الدولة، وهذا ما ورد في المادة 02،[2] زيادة على أن المشرع أعاد بموجب هذا القانون المناقصة إلى مكانها الطبيعي كوسيلة من وسائل إبرام الصفقات العمومية، حيث نص على أن المناقصة هي القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية في المادة 20 منه.

وقد عرف هذا القانون تعديلات مهمة، من بينها التعديل الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 11/03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003،[3] والمرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008.[4]

الفرع الخامس: مرحلة المرسوم الرئاسي الساري المفعول 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 13 يناير 2013.

وهو القانون محل دراستنا، يلاحظ أن قانون الصفقات العمومية قد صدر بأشكال متعددة، حيث صدر بأمر وبمرسوم، وبمرسوم تنفيذي وبمرسوم رئاسي، والأصح دستوريا هو أن الصفقات العمومية تندرج ضمن السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 125 من الدستور، وعليه

---

[1]– المادة 125 من دستور 1996، المؤرخ في 08 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 76.

[2]– المادة 02 من المرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في 24 يوليو2002، الجريدة الرسمية عدد52.

[3]– الجريدة الرسمية عدد55، المؤرخة في 14 سبتمبر 2003.

[4]– الجريدة الرسمية عدد62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008.

فهي تصدر بمراسيم رئاسية كونها أنها ليست من مجالات القانون المادة 122، وليست من مجالات القانون العضوي المادة 123، وعليه تندرج ضمن اختصاصات السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية، وهذا ما دفع السيد محمد قبطان في رسالته لنيل شهادة دكتوراه في جامعة الجزائر والمنشورة في ديوان المنشورات الجامعية إلى القول، أن جل النصوص التي تضمنت الصفقات العمومية وصدرت بغير الشكل المقرر لها –مرسوم رئاسي– هي نصوص غير دستورية لمخالفتها مقتضيات المادة 125 من الدستور.

المطلب الثـالث: أنواع الصفقات العمومية

لم يخصص المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية نصا لبيان أنواع الصفقات العمومية، إلا أن المطلع عليه خاصة المادة 03 والمادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، يستنتج أن الصفقات تتفرع إلى أربع أنواع وهي، صفقات الأشغال وصفقات اقتناء اللوازم وصفقات الخدمات وصفقات الدراسات، حيث نصت المادة 03 على أن "**الصفقات العمومية ..... تبرم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة** ".

وجاء في المادة 13 أن:" **الصفقات العمومية تشمل إحدى العمليات الأتية أو أكثر:**

- **إنجاز الأشغال.**
- **اقتناء اللوازم.**
- **إنجاز الدراسات.**
- **تقديم الخدمات.**[1]

[1]– المادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وعليه تبين الأحكام القانونية المتعلقة بأنواع الصفقات العمومية منهجيا من خلال التطرق إلى صفقات الأشغال في الفرع الأول، وصفقات اقتناء اللوازم في الفرع الثاني، وصفقات إنجاز الدراسات في الفرع الثالث وصفقات تقديم الخدمات في الفرع الرابع.

الفرع الأول: صفقات الأشغال

تعرف صفقات الأشغال على أنها عقد مكتوب بين الإدارة وأحد المتعاملين المتعاقدين معها، يبرم في ضوء أحكام تنظيم الصفقات العمومية، بمقتضاه يتولى المتعامل المتعاقد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام، نظير مقابل يتفق عليه في العقد بقصد تحقيق مصلحة عامة،[1] وبذلك تعتبر صفقات الأشغال من تطبيقات عقد الأشغال العامة الذي يعتبر اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي، في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة بالعقد وبقصد تحقيق منفعة عامة، [2] وبذلك نكون أمام صفقات الأشغال متى توافرت الشروط التالية:

أولا: موضوع الصفقة ينصب على عقار

ويقصد بذلك أن موضوع صفقات الأشغال ينصب على عقار بالبناء أو الترميم أو الصيانة كبناء السكنات وإنجاز الطرقات مثلا، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 13 من تنظيم الصفقات العمومية التي جاء فيها ما يلي: "**تهدف صفقة الأشغال إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشاة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها في ظل احترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع**".

---

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 90 .

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة في العقود الإدارية (الإبرام – التنفيذ – الأثار –الانقضاء في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحدث تعديلات المناقصات والمزايدات)**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008، ص58 .

ثانيا: أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام

حتى نكون أمام عقد الأشغال العامة، وجب أن يتم العمل الوارد على العقار لحساب شخص معنوي عام، سواء تعلق الأمر بالأشخاص المعنوية العامة الإقليمية، كالدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية الوطنية بصرف النظر عن طبيعتها، أو إذا تعلق الأمر بالأشخاص المعنوية العامة المرفقية، كالجامعة ومراكز التكوين المهني والمؤسسات العمومية الاستشفائية.

ثالثا: أن يصل مبلغ الصفقة إلى الحد المالي المطلوب

حيث أن المصالح المتعاقدة التي تخضع في إبرام عقودها لتنظيم الصفقات العمومية المحددة في المادة 02 منه، لا تكون ملزمة بإبرام صفقة أشغال إلا إذا وصلت قيمة الأشغال المراد إنجازها إلى العتبة المالية المشترطة والمقدرة بأكثر من 8 ملايين دينار جزائري، وهذا ما نصت عليه المادة 06 والتي جاء فيها: "**كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار جزائري (800.000) دج أو يقل عنه لخدمات الأشغال ... لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم**".

وتجب الإشارة إلى أنه إذا كانت الأشغال لا تصل إلى القيمة التي تستوجب إبرام الصفقة العمومية، فإن تنفيذها يكون عن طريق استشارة بين ثلاثة متعاملين مؤهلين على الأقل لانتقاء أحسن عرض من حيث الجودة والسعر، طبقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية.

رابعا: حيازة المؤسسة المنجزة للأشغال على شهادة التخصص والتصنيف المهنيين

حيث فرض المرسوم التنفيذي رقم 110/11 المؤرخ في 06 مارس 2011،[1] على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار إنجاز الصفقات العمومية، المتعلقة بالبناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية، أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين لإبرام الصفقات مع

[1]– الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 09 مارس 2011، مع ملاحظة أن المرسوم يتمم المرسوم التنفيذي رقم 289/93 المؤرخ في 28 نوفمبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 79، المؤرخة في 01 ديسمبر 1993.

الدولة والولايات والبلديات والمؤسسات والهيئات العمومية، وقد عرفت المادة 03 من هذا المرسوم التنفيذي شهادة التخصص والتصنيف المهنيين بأنها: "**وثيقة تنظيمية تتعلق بأشغال البناء والأشغال العمومية والري والأشغال الغابية تخول المؤسسة الحائزة عليها اختصاصا وطنيا في ميدان عمل معين مدة صلاحيتها ثلاث سنوات**"، وقد أنشأ هذا المرسوم التنفيذي لجان وطنية وولائية تتولى منح هذه الشهادة.

يمكن إضافة خاصية أخرى لصفقة الإشغال، هي أن تكون الأشغال المنجزة بهدف تحقيق المصلحة العامة، وإن كان هذا الشرط تحصيل حاصل كون أن الصفقات العمومية هي عقود ممولة بميزانية الدولة، وبالتالي فإن المشاريع المنجزة بواسطتها تهدف ألیا وحتميا إلى تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: عقود اقتناء اللوازم (عقود التوريد)

هو عقد إداري يبرم بين الإدارة وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بأن يورد للإدارة منقولات أو مواد معينة تلزمها مقابل ثمن معين يحدد في العقد، على أن يتم التوريد المتفق عليه دفعة واحدة أو على فترات زمنية مختلفة.[1]

كما يعرف أيضا على أنه عقد مكتوب بين الدولة أواحد الهيئات التابعة لها مع متعامل متعاقد طبقا لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، بمقتضاه يتولى المتعامل المتعاقد توريد منقولات في شكل بضائع أو سلع مثلا إلى المصلحة المتعاقدة نظير حصوله على مقابل مالي يحدد في بنود الصفقة، لذا فإن صفقة التوريد تختلف عن صفة الأشغال، من حيث أنها تتعلق بالمنقولات مهما كان نوعها ولا يمكن في كل الأحوال أن تنصب على العقارات أو عقارات بالتخصيص، على عكس صفقات الأشغال التي ينصب موضوعها على عقار كما سبق الذكر.

[1]– نواف كنعان، **القانون الإداري**، الكتاب الثاني (الوظيفة العامة – القرارات الإدارية – العقود الإدارية – الأموال العامة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، عمان، 2007، ص225.

ويجب الإشارة إلى أن القضاء الإداري قد تطور في تحديد معايير عقد التوريد الإداري، حيث كان في بادئ الأمر يميز بين عقد التوريد الإداري وعقد التوريد العادي على أساس معيار المرفق العام، ذلك أنه يشترط لاعتبار عقد التوريد إداريا أن يبرم باسم ولحساب شخص معنوي عام، وهذا أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 02 ديسمبر 1952 والذي جاء فيه ما يلي: "**من حيث أن الوزارة عندما عرضت شراء الشعير من المدعين بالثمن والشروط والمواصفات التي قررتها، إنما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين طبقا لما هو واضح من المستندات في الدعوى، ومتى كان المدعوون قد قابلوا إيجابها بقبول فيكون قد انعقد بذلك عقد إداري لا عقد مدني**".

إلا أن القضاء تطور في تحديده لمعايير عقد التوريد الإداري وأصبح يشترط زيادة على ارتباطه بشخص معنوي عام تضمينه شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، حيث أصدرت محكمة القضاء الإداري المصرية حكما أخر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 جاء فيه ما يلي: "**من حيث أن هذه المنازعة خاصة بعقد توريد، وهو من العقود الإدارية التي لا تخضع لأحكام القانون الخاص، وإنما يفصل فيها على مقتضى مبادئ القانون العام في شان العقود الإدارية**"، ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة في تسيير المرافق العامة، فانه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة وهي من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية.[1]

يجب الإشارة إلى أن المادة 13 الفقرة الرابعة من تنظيم الصفقات العمومية، حددت بدقة محتوى صفقات اقتناء اللوازم (صفقات التوريد)، حيث جاء فيها أن صفقة اللوازم أي اقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد وهوما يفهم منه أن صفقات التوريد على سبيل الإيجار، مع العلم حسب الفقرة الأخيرة من المادة

[1]– محمد سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، القاهرة، سنة 1991، ص 29.

13 أنه: " **إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة ولا تتجاوز مبالغها قيمة هذه اللوازم، فإن الصفقة تكون صفقة لوازم.**

الفرع الثالث: صفقة الدراسات

يقصد بها العقود المكتوبة التي تبرمها المصلحة المتعاقدة ممثلة في الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع متعامل متعاقد مؤهل علميا وتقنيا عادة ما يكون مكتب دراسات، بمقتضى هذا العقد ينجز المتعامل المتعاقد دراسة علمية تقنية حول المشروع المراد إنجازه، نظير استفادته من مقابل مالي محدد في بنود الصفقة،[1] ومن أهم الدراسات التي تبرم بشأنها صفقات عمومية، الدراسات الجيوتقنية، وهي الدراسات التي تنجزها مكاتب متخصصة في الهندسة المدنية للتأكد من أن التربة التي سيبنى عليها الهياكل العمومية صالحة للبناء، ولا تشكل خطرا على الأموال العامة والأشخاص، ومن الدراسات أيضا التي تكون محل صفقات عمومية الدراسات البيئية، التي يلزم بها القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة والتنمية المستدامة المصالح المتعاقدة القيام بها قبل الشروع في إبرام صفقات إنجاز الأشغال الكبرى، أما النوع الثالث من الدراسات فهي دراسات الجدوى الاقتصادية، والتي تقوم بها المصالح المتعاقدة لتتمكن من تسجيل المشاريع العمومية، التي تكون محل صفقات لاحقا حتى يتسنى لها الحصول على الأغلفة المالية اللازمة لإنجازها، وهذا ما نص عليه المرسوم 227/98 المؤرخ في 13يوليو1998[2] المعدل والمتمم المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، حيث أن الهيئات المكلفة بمنح الأغلفة المالية المخصصة لإنجاز المشاريع العمومية، تشترط من المصالح المتعاقدة أن تقدم الوثائق اللازمة التي تثبت الجدوى الاقتصادية، سواء تعلق الأمر بالمشاريع المركزية أو غير الممركزة أو المشاريع المدرجة من مخططات التنمية البلدية.

[1]– خضري حمزة، **منازعات الصفقات العمومية**، مرجع سابق، ص 07.

[2]– الجريدة الرسمية عدد51، المؤرخة في 15 يوليو 1998.

الفرع الرابع: صفقات الخدمات

وهي العقود المكتوبة التي تبرمها الدولة أواحد الهيئات التابعة لها، وفقا لإجراءات تنظيم الصفقات العمومية مع المتعامل المتعاقد، بمقتضاها يقدم المتعامل المتعاقد خدمات للمصلحة المتعاقدة نظير استفادته من مقابل مالي، ومن الأمثلة في هذه الصفقات التي تبرم من أجل تزويد المصالح المتعاقدة كالمياه أو الكهرباء أو خدمات الهاتف أو خدمات شبكات الانترنت وغيرها...

وقد بين المشرع الجزائري في المادة 8/13 موضوع صفقات الخدمات بطريقة الاستبعاد، حيث حدد موضوعها بأنها الصفقات التي تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.

الفصل الأول

التعاقد عن طريق المناقصة

يعتبر التعاقد عن طريق المناقصة من الموضوعات التي تناولها بالبحث والدراسة المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية شهر سبتمبر سنة 1956 بمدريد (إسبانيا)، حيث انبثق عنه إجابات مختلفة للوفود المشاركة التي انقسمت إلى فريقين، الفريق الأول ويشمل مجموعة الدول التي ليس لها إجراءات محددة للتعاقد، وتمتاز بوجود موظفين عموميين مختصين بإبرام العقود الإدارية يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه، كما أن لهم حق إسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين أثناء التنفيذ، وحرية هؤلاء الموظفين مقيدة إداريا عن طريق رقابة رؤسائهم، وعن طريق وجوب احترام الإجراءات الإدارية والتنظيمية المقررة في القوانين المعمول بها، فضلا عن رقابة الأجهزة الرقابية المتمثلة في دواوين المحاسبة بالنسبة للمسائل المالية والمحاسبية ومن هذه البلدان بريطانيا، ايرلندا، وفنلندا وهايتي.

الفريق الثاني يشمل مجموعة الدول التي وضعت إجراءات محددة للتعاقد بموجب نصوص تشريعية وتنظيمية تحدد كيفية إبرام العقود الإدارية، غير أن هذا الفريق من الدول انقسم في تحديد وجهة نظره إلى قسمين:

القسم الأول يجعل للإدارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد، فلها الحرية في أن تلجأ إلى الطريق المنظم بموجب النصوص القانونية والتنظيمية ذات الصلة، وحينئذ يتعين عليها أن تحترم قواعده، على أن يبقى لها الحرية في أن تلجأ إلى القيود الواردة في النصوص القانونية في بعض الحالات، ومن بين هذه الدول اليونان، وهولندا، وألمانيا وسويسرا والدانمارك، أما القسم الثاني فيجعل التنظيم إجباريا، بحيث تلتزم الإدارة بإتباع الوسيلة المقررة قانونا وهو بدوره ينقسم إلى قسمين، حيث من الدول من تجعل القيد عاما يغطي جميع العقود كبلجيكا والشيلي وهندوراس والنرويج والفيتنام، ومنها من تأخذ بنظام مزدوج يقوم على فرض القيد في حالات ويسمح بالتحرر منه في حالات أخرى ومن هذا القبيل اليابان والسويد ويوغسلافيا (سابقا) وتركيا وللكسمبورغ.[1]

[1]–خضري حمزة، مرجع سابق، ص 83.

وعليه سنعالج في هذا الفصل طريقة اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد عن طريق إجراء المناقصة، والتي تعتبر القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية.

ومن منطلق أن عملية اختيار المتعامل المتعاقد عن طريق المناقصة يخضع لجملة من المعايير والإجراءات التي على أساسها يبنى تنظيم الصفقات العمومية، فقد عمدنا إلى توضيح وشرح الإطار المفاهيمي للمناقصات العمومية في المبحث الأول، والذي يتضمن مفهوم المناقصة العمومية في المطلب الأول، وأنواعها في المطلب الثاني، والمبادئ التي تقوم عليها المناقصة في المطلب الثالث.

أما المبحث الثاني، فقد تطرقنا إلى تبيان الإجراءات التي تقوم عليها المناقصة، من خلال الإجراءات السابقة على الدعوة للمنافسة في المطلب الأول، والإجراءات المتعلقة بالإعلان في المطلب الثاني، والإجراءات المتعلقة بفتح العروض وتقييمها في المطلب الثالث، أما المطلب الرابع والأخير فتطرقنا إلى الإجراءات المتعلقة بالمنح المؤقت وإرساء الصفقة.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للمناقصات العمومية

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لتنظيم المناقصة في مختلف القوانين الخاصة بالصفقات العمومية، باعتباره الأسلوب المفضل عالميا في الوقت الراهن، نظرا لما يتصف به من مميزات إيجابية عن باقي الأساليب الأخرى، حيث سنتناول في المطلب الأول مفهوم المناقصة العمومية، وأنواعها في المطلب الثاني، والمبادئ التي تقوم عليها المناقصة العمومية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم المناقصة العمومية

تعتبر المناقصة جملة من الإجراءات التي حددها المشرع للإدارة، وقيد بها سلطاتها في اختيار المتعاقد معها، وذلك بإقامة التنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، بهدف الوصول إلى إبرام العقد مع المناقص الذي يقدم أحسن عرض من حيث الجودة والأقل سعرا، فلقد خضعت المناقصة لعدة تعريفات سواء فقهية أو قانونية تشريعية أو تنظيمات مختلفة، وسوف نركز على التعريفات القانونية في مجال دراستنا هذه ونقف على التغيرات التي مر بها هذا المصطلح،[1] من خلال التعاريف الواردة في التنظيم القانوني للصفقات العمومية في الجزائر عبر مختلف المراحل المتعاقبة.

الفرع الأول: تعريف المناقصة في الأمر (90/67)

يعتبر الأمر (90/67) المؤرخ في 17 جوان 1967 أول نص قانوني خاص بالصفقات العمومية في الجزائر،[2] والذي تميز بشمولية تطبيقه على العقود المكتوبة التي تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات على أن يحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيقه على الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب

---

[1]- زواوي عباس، **الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية**، أطروحة لنيل دكتوراه،2012-2013، ص49- 67.

[2]- الجريدة الرسمية عدد52، المؤرخة في27يونيو 1967.

العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تماشيا مع الفلسفة الاقتصادية الاشتراكية التي تجعل كل المؤسسات مهما كانت طبيعتها تابعة للدولة.[1]

إن المتتبع لقانون 1967 يلاحظ أن المشرع لم يعطي تعريفا مباشرا للمناقصة إلا أنه بالرجوع إلى المادة 32 و33 منه نستنتج أن المشرع ربط بين مفهوم المناقصة ومبدأ المنافسة الذي يجب أن تخضع له الصفقات العمومية في حالة العقود غير المتضمنة سوى التوريدات البسيطة من النوع العادي، حيث جاء في المادة 32 ما يلي:

"**إذا لم تتضمن الصفقة إلا توريدات بسيطة من نوع عادي، فتبرم دائما عن طريق المناقصة...**".

في حين نصت المادة 33 على ما يلي: "**تجرى المناقصة دائما بعد الالتجاء إلى المنافسة بواسطة الصحافة أو لصق الإعلانات في الأماكن التي يتردد عليها العموم كثيرا أو جميع وسائل الإشهار الأخرى**".

الفرع الثاني: تعريف المناقصة في المرسوم رقم (145/82)

جاء إصدار المرسوم 145/82 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي،[2] بغية تكييف المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر مع خصوصيات النظام الاشتراكي، وقد تميز هذا النص بمجموعة من الخصائص من أهمها إطلاق تسمية جديدة عليه هي (الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، بدل الصفقات العمومية)، كما تميز أيضا بتوسيع نطاق سريانه بمقتضى المادة 05 منه التي جاء فيها أنه يقصد بالمتعامل العمومي الذي يخضع لنطاق تطبيق هذا القانون:

- جميع الإدارات العمومية.

[1]- المادة 02 من الأمر 90/67 المعدل والمتمم، المؤرخ في 17 جوان 1967، الجريدة الرسمية عدد 52.

[2]- الجريدة الرسمية عدد15، المؤرخة في 13 ابريل 1982، مرجع سابق.

- جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

- جميع المؤسسات الاشتراكية.

- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد صفقات، كما تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات التي تبرمها المؤسسات التي تكون جل رأسمالها عموميا.

وأطلق المشرع على المناقصة تسمية المنافسة في المرسوم 145/82 وهذا في المادة 28 منه التي نصت على أن الدعوة للمنافسة هي إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة عارضين متنافسين، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم عروضا أفضل، وبينت المادة 29 على أن المنافسة يمكن تأخذ شكل المنافسة الوطنية، كما يمكن أن تأخذ شكل المنافسة الدولية.

لقد جاء هذا المرسوم بكيفيات جديدة لإبرام الصفقات العمومية، منها طريقة الدعوى للمنافسة حيث عرفتها المادة 33 منه بأنها: "**إجراء يسمح بمنح الصفقة للعارض الذي يطلب أقل الأثمان وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين المواطنين**".[1] حيث تميز هذا التعريف عن السابق بأن عرف المناقصة تعريف كاملا غير متقطع، وأدخل عقودا أخرى كأشغال الخدمات شرط أن تكون من النمط العادي.[2]

ونشير إلى أن المشرع في هذا التعريف ركز على المعيار المالي دون سواه كمعيار للتعاقد بطريق المناقصة حتى ولوكان الأقل في الإمكانيات المادية والبشرية لتنفيذ المشروع محل التعاقد، وهذا ما ينعكس سلبا على تنفيذ موضوع الصفقة.

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص125.

[2]– زواوي عباس، مرجع سابق، ص68.

الفرع الثالث: تعريف المناقصة في المرسوم التنفيذي (434/91)

عرفت المادة 24 من هذا المرسوم المناقصة على أنها: "**إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة عارضين متنافسين، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل العروض**"، والملاحظ أن المشرع في هذا التعريف استبدل عبارة أقل الأثمان بأفضل العروض، وهذا ما مكن الإدارة من أن تدخل في الاعتبار معايير أخرى إضافة إلى المعيار المالي، لتبرر حريتها في اختيار المتعاقد معها بشكل واضح ومعلن، كما أضاف المشرع في هذا التعريف نطاق المشاركة في المنافسة ليشمل الوطنيين والأجانب، وامتد أيضا إلى العمليات الأخرى الدراسات والخدمات والأشغال واقتناء اللوازم.[1]

الفرع الرابع: تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي(250/02)[2]

عدل هذا المرسوم بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 11سبتمبر2003،[3] وبموجب المرسوم 338/08 المؤرخ في 26اكتوبر2008،[4] وقد عرف المرسوم الرئاسي250/02 المناقصة في المادة 21 على أنها: "**إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض**"، لقد سايرت هذه المادة سابقاتها ولم تربط مسألة اختيار المتعهدين المتنافسين بالمعيار المالي، بل ربطته بالأفضلية فاتحة المجال أمام الإدارة في إعمال سلطتها في تقدير معايير الأفضلية.

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص20 –21.

[2]– الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخة في 28 يوليو 2002.

[3]– الجريدة الرسمية عدد 55، المؤرخة في 14 سبتمبر 2003.

[4]– الجريدة الرسمية عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر2008.

الفرع الخامس: تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي (236/10)[1]

عرفت المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 المناقصة على أنها: "**إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين، مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض**". وهو نفس التعريف الوارد في المرسوم السابق الذكر، وبذلك أراد المشرع أن يؤكد على مبدأ المنافسة بين العارضين، ويكفل أمامهم سبل المشاركة في المناقصة إذا توفرت فيهم الشروط المعلن عنها إضافة إلى تكريس مبدأ المساواة والشفافية في التعاقد.[2]

كما يمكننا القول أن المشرع الجزائري من خلال فرضه تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، أراد بذلك أن يشير إلى الجانب التقني بالنسبة للعمليات المعقدة، والجانب المالي في العرض بالنسبة للخدمات العادية، وهوما يتجلى واضحا في المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10 والتي جاء فيها:... **وتتم في مرحلة ثانية دراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقائهم الأولى تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم للقيام طبقا لدفتر الشروط بانتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وإما أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.**

وهكذا فقد صنف المشرع الخدمات إلى صنفين عادية ومعقدة، فقصد بالخدمات العادية التي لا تحتاج إلى مهارات خاصة وخبرة وفنيات عالية، وبإمكان أكبر عدد من المتعاملين القيام بها وإنجازها وتحقيقها خلافا للعمليات المعقدة، التي لا يستطيع تحقيقها إلا المتعامل المتعاقد التي تتوافر لديه إمكانات ومهارات خاصة، كأن يتعلق الأمر بتجهيزات علمية لمخابر جامعية، فإن موضوع الصفقة يتطلب مؤهلات ومعايير خاصة، ولا يمكن لكل العارضين تنفيذ موضوع العقد بحكم طابعه المتميز وغير العادي، وعليه فإن المشرع قد أصر على المعيار المالي في

---

[1] – الجريدة الرسمية عدد 58، لسنة 2010، مرجع سابق.

[2] – هيبة سردوك، **المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2009، ص60.

المناقصات المتعلقة بالعمليات العادية، في حين رجح معيار أفضل وأحسن عرض إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة.

المطلب الثاني: أنواع المناقصات العمومية

إن المشرع وإن بدا محددا لطرق التعاقد، فإنه من جهة ذكر أكثر من أسلوب أو طريقة للتعاقد، وهذا ما نجده في نص المادة 28 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، التي وضحت أشكال التعاقد حيث نصت على أنه: "**يمكن أن تكون المناقصة وطنية أو دولية، ويمكن أن تتم حسب أحد الأشكال الآتية:**

- **المناقصة المفتوحة.**
- **المناقصة المحدودة.**
- **الاستشارة الانتقائية.**
- **المزايدة.**
- **المسابقة.**

وهو بذلك يفسح المجال واسعا أمام المصلحة المتعاقدة لاختيار الأسلوب الذي يناسبها في كل عملية تعاقدية، مع إلزامها بتحمل المسؤولية كاملة في حالة اختيار طريقة تعاقد دون الأخرى خاصة في أسلوب التراضي.[1]

وبذلك تكون الجزائر من الدول التي تفضل التوسع في أشكال المنافسة، وسنحاول توضيح كل طريقة على حدا كالاتي.

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص133.

الفرع الأول: المناقصة المفتوحة

وتعرف المناقصة المفتوحة بأنها: "**إجراء يمكن من خلاله أي مرشح مؤهل أن يقدم تعهدا**"

من خلال هذا التعريف يظهر لنا أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد، يكفل لكل عارض تقديم عرضه متى توفرت فيه الشروط المعلن عنها في المناقصة، كما نلاحظ أيضا أن المشرع أضاف كلمة "مؤهل" وهو مالا نجده في المرسوم السابق 250/02 المعدل والمتمم، وبالتالي فإن هذا النوع من المناقصات مفتوحة لعدد غير محدد من المنافسين المؤهلين، فيضمن أكبر قدر من المشاركة، وبالتالي يضمن أوسع ما يمكن توفيره من درجات الاحترام للمبادئ العامة المتعلقة بالشفافية وحرية المنافسة وسعتها وسهولة المشاركة.[1]

والمناقصة المفتوحة قد تكون وطنية داخلية، أي مفتوحة للمتعاملين الوطنيين فقط، وقد تتسع دائرتها أكثر فتظم المتعاملين الأجانب أيضا إلى جانب المتعاملين الوطنيين.

ويقصد بالمتعامل الأجنبي في مفهوم قانون الصفقات العمومية، المؤسسات الأجنبية غير الكائنة بالجزائر، والتي تقدم ضمانات ذات طابع حكومي وكفالة حسن التنفيذ في حال تعذر تقديم ضمان من دولته، وأخرج المشرع المؤسسات الأجنبية الكائنة بالجزائر من إطار مفهوم المتعامل الأجنبي، غير أنه من أهم السلبيات التي نستخلصها من هذا الشكل هو أنه عندما تكون المناقصة مفتوحة تكون المنافسة أكثر، وبالتالي فإنه يمكن أن يصل إلى المصلحة المتعاقدة الكثير من العروض، والتي قد لا تكون كلها مطابقة لدفتر الشروط أو تستجيب كلية لمتطلبات المشروع أو الطلبية، فمعظمها لا تستجيب للقدرات التقنية والمالية الضرورية لإنجاز المشروع.[2]

وهذا ما لاحظناه من خلال التجربة الميدانية، من خلال لجان فتح الأظرفة، وخاصة لجان التقييم للعروض المشاركة، والتي تأخذ الوقت الكبير وضياعة في إجراءات الرقابة الداخلية.

---

[1]– محمود خلف الجبوري، **النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999، ص68.

2 – خرشي النوي، **تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية**، دار الخلدونية، ط2011، ص177.

الفرع الثاني: المناقصة المحدودة

نصت المادة 30 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم على أن: "**المناقصة المحدودة هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا**". وعليه فإن المناقصة المحدودة تعتبر صورة من صور المناقصة، حيث ألزم المشرع باختيار المتناقص الذي يقدم أفضل العروض مع تخويل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة المسبقة للمتناقصين الذين تحق لهم الاشتراك فيها، فالمصلحة المتعاقدة في هذا الشكل – المناقصة المحدودة– تحصر شروط الاشتراك على موردين أو مقاولين معينين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء كانوا في الداخل أوفي الخارج، وبالتالي تختارهم الإدارة مسبقا لثبوت كفاءتهم الفنية والمالية، إضافة إلى حسن السمعة،[1] وتحدد الإدارة الشروط والمؤهلات الخاصة التي تتطلبها بصورة مفصلة في دفاتر الشروط الخاصة بالصفقة، وبذلك تتمكن المصلحة المتعاقدة من التأكد من الكفاءة الفنية والمهنية العالية للمتنافسين،[2] كأن تفرض مثلا شهادة التأهيل والتصنيف من الدرجة الثالثة، وتلجأ المصلحة المتعاقدة لهذا النوع من المناقصات في العملية محل الصفقة التي تتميز بالتعقيد والتي تتطلب درجة معينة من الكفاءة أو امتلاك إمكانيات معينة،[3] عكس المناقصة المفتوحة التي يسمح فيها بدخول عدد كبير من المنافسين دون اشتراط مواصفات معينة.

الفرع الثالث: الاستشارة الانتقائية

تعتبر الاستشارة الانتقائية شكلا من أشكال المناقصة وفقا لنص المادة 28 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، وقد نصت عليها المادة 31 من نفس المرسوم على أن: "**الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون**

[1]– محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري (المقومات، الإجراءات، الأثار)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006، ص200.

[2]– هيبة سردوك، مرجع سابق، ص65.

[3]– بعلي محمد الصغير، **القانون الإداري، التنظيم الإداري**، دار العلوم، عنابة، 2002، ص31.

خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي...". فالاستشارة الانتقائية تهدف إلى تحقيق التنافس بين مجموعة محددة من المرشحين المدعوين خصيصا لتقديم عروضهم، بعد أن تم انتقائهم بصفة أولية اعتمادا على معطيات مسجلة لدى المصلحة المتعاقدة الخاصة بكل المتعاملين المتعاقدين معها،[1] فنص المادة 31 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، يبين لنا أن الاستشارة الانتقائية تمر بمرحلتين أساسيتين هما:

المرحلة الأولى: الانتقاء الأولي

تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء انتقاء أولي بهدف اختيار أحسن العارضين، حيث توجه الاستشارة الانتقائية إلى03 ثلاثة مرشحين على الأقل، وفي حالة ما إذا كان عدد المرشحين الذين جرى انتقائهم الأولي أدنى من ثلاثة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تباشر الدعوة إلى الانتقاء الأولي من جديد، وإذا تمت إعادة الإجراء الانتقاء الأولي حسب الشروط المحددة، وتم انتقاء أقل من ثلاثة 03 مرشحين، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة الإجراء حتى في حالة العرض الوحيد مع السهر على أن يستجيب العرض المختار لمتطلبات النوعية والآجال والسعر، ما يبين مدى حرص المشرع على عدم الاستعجال في اختيار المتعامل المتعاقد وتفادي المعاملات المشبوهة[2]، وتلجا المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع من المناقصات عندما يتعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة وعلى أساس:

- مواصفات تقنية مفصلة معدة على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها.

[1]- BENNADJI Cherif, **Marches Publics et Corruption en Algérie**, Revue d'études et de critique Social, N25, Alger, 2008, P144 .

[2]- تياب نادية، **أليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص قانون، 2013، ص97.

– برنامج وظيفي، استثناء، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها.[1]

كما أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المسجلين في القائمة المفتوحة، التي تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي بمناسبة إنجاز عمليات هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة و/أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة، يجب تحديد الانتقاء الأولي كل ثلاثة سنوات، على أن يتم النص على كيفيات الانتقاء الأولي والاستشارة في دفتر الشروط.

المرحلة الثانية: دراسة العروض واختيار المتعامل المتعاقد

في هذه المرحلة تقوم المصلحة المتعاقدة بتوجيه دعوة للمرشحين الذي تم انتقائهم الأولي بموجب رسائل الاستشارة لتقديم العرض التقني الأولي دون العرض المالي، ويمكن للجنة تقييم العروض فيما يخص العروض التي تراها مطابقة لدفتر الشروط، أن تطلب كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة من المرشحين تقديم توضيحات وتفصيلات عن عروضهم من الناحية التقنية لتتمكن اللجنة من القيام بمهمتها.[2]

كما يمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين عند الضرورة، من طرف المصلحة المتعاقدة بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض الموسعة عند الاقتضاء، ويمكن الاستعانة بخبراء ويفضل أن يكونوا جزائريين والذين يتم تعيينهم لهذا الغرض، ويجب أن لا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات والتفصيلات إلى تعديلات العروض بصفة أساسية.[3]

[1]– المادة31 فقرة 03 من المرسوم الرئاسي 23/12المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 18يناير 2012، الجريدة الرسمية عدد 04، المؤرخة في 26 جانفي 2012.

[2]– المادة 32 فقرة 02 معدلة في المرسوم الرئاسي 23/12، مرجع سابق، ص 08.

[3]– المادة 32 فقرة 03 و 04 ، نفس المرجع، ص 08.

وتقوم لجنة تقييم العروض في هذه المرحلة بإقصاء العروض التي لا تستوفي متطلبات البرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية والمنصوص عليها في دفتر الشروط.

بعد دراسة العروض التقنية الأولية تدعو المصلحة المتعاقدة المرشحين إلى تقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي على أساس دفتر الشروط المعدل عند الضرورة ومؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة، ثم تجرى عملية فتح العروض وتقييمها، وإرساء الصفقة على العرض الأفضل، ومن ثم اختيار المتعامل المتعاقد.

رغم الإيجابيات التي يمتاز بها أسلوب الاستشارة الانتقائية، لا سيما أنه يتيح للإدارة حسن اختيار المتعامل المتعاقد، وحصر مجالات إعماله على العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة، وكذا اختصاره للآجال بإعمال المنافسة بين مترشحين معروفين تتوفر فيهم معايير الانتقاء، إلا أن ما يعاب عليه هو حرمان بعض المرشحين والفئات من المشاركة في عملية المنافسة، مما يؤدي إلى تقييد الدعوة للمنافسة وخلق نوع من الاحتكار لبعض المتقدمين[1].

الفرع الرابع: المزايدة

من المستقر عليه في الأنظمة القانونية العالمية، أن المناقصة والمزايدة إحدى الطرق التي تلتزم فيها المصلحة المتعاقدة باختيار أفضل من يتقدم للتعاقد معها سواء من الناحية المالية أومن ناحية الخدمة المطلوبة.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن كل من المناقصة والمزايدة يخضعان لنظام قانوني واحد، إلا أنهما يختلفان من حيث مجال إعمالها ومن حيث تغير مركز المصلحة المتعاقدة بين بائع ومشتري، بحيث نجد أن مجال إعمال المناقصة يكون عندما تظهر المصلحة المتعاقدة في وضعية المشتري

[1]– خليفة دمبري، **أليات تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، 2014/2013، ص41.

[2]– هيبة سردوك، مرجع سابق، ص70.

أو ملزمة بتقديم ثمن معين للتعاقد معها بمناسبة الخدمة المعروضة عليها والأعمال المنجزة لصالحها، وبالتالي يكون مجال تطبيق المناقصة في عقود الأشغال العامة أو عقد التوريد، وكذا الخدمات وحتى الدراسات الضخمة والواسعة، بينما يكون مجال إعمال أسلوب المزايدة غالبا عندما تقوم المصلحة المتعاقدة بتأجير أو بيع جزء من أملاكها، فتظهر بذلك في مركز البائع الذي يبحث على أعلى الأثمان، كتأجير البلديات للأسواق الأسبوعية والمحاجر، مسبح بلدي...[1] وبالتالي فإن كل من المناقصة والمزايدة تهدف من خلالهم المصلحة المتعاقدة إلى ضمان التوفير لخزينة الدولة أكبر قدر ممكن من الأموال عند تنفيذ العقد في المناقصات، وضمان أعلى الأثمان الناتجة عن البيع أو الإيجار في المزايدات.[2]

وقد عرفت المادة 33 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، المزايدة بأنها "**الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري**".

رغم أن المشرع قام بتعديل هذه المادة وإعادة صياغة عبارة أحسن عرض إلى أقل الإثمان إلا أنه مازال يكتنفها بعض الغموض، ذلك أن ما يميز المناقصة عن المزايدة، هو أن المناقصة كأصل عام ترسو على المتعهد الذي يقدم أقل الأثمان، بينما المزايدة ترسو على الذي يقدم أعلى الأثمان.[3]

كذلك رغم أن المزايدة تضمن للمصلحة المتعاقدة التنافس القوي بين المرشحين للحصول على أنسب وأفضل العروض، إلا أن المشرع عمد إلى تحديد نطاقها بحيث قصد تطبيقها وإعمالها على العمليات البسيطة من النمط العادي دون توضيح طبيعة هذه العمليات.

---

[1]– الزين عزري، **الأعمال الإدارية ومنازعاتها (محاضرات ألقيت على السنة الرابعة ليسانس وأولى ماستر)**، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي، بسكرة 2010، ص37.

[2]– ناصر لباد، مرجع سابق، ص290.

[3]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص141.

الفرع الخامس: المسابقة

نصت المادة 34 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدلة والمتممة بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي 23/12 على أن المسابقة هي: "**إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة**".

حسب نص المادة 34 فإن المشرع خول للمصلحة المتعاقدة حق اللجوء إلى هذا الأسلوب إذا اقتضت ذلك لاعتبارات فنية أو مالية أو جمالية استوجبت القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد، وهذا من أجل حصولها على أحسن العروض المقدمة من طرف المتنافسين من رجال الفن والإبداع،[1] وهذه الصيغة لا تُعنى إلا بالمشاريع المحددة بموجب مقرر من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني[2]، كأن تريد جهة إدارية مثلا الحصول تصميمات هندسية عمرانية لبناء أحياء سكنية في منطقة ما.

يجب أن يشتمل دفتر شروط المسابقة على برنامج للمشروع ونظام للمسابقة، وكذا محتوى أظرفة الخدمات والأظرفة التقنية والمالية.[3]

تمر إجراءات المسابقة في مرحلة أولى بدعوة المرشحين لتقديم عروضهم التقنية فقط، وهنا هو وجه الشبه بين أسلوب الاستشارة الانتقائية والمسابقة، إلا أنهما يختلفان في جوانب عدة أهمها موضوع الصفقة في المسابقة يتعلق بجوانب تقنية وفنية وجمالية، بينما موضوع الصفقة في الاستشارة الانتقائية ينصب على عمليات معقدة، أو ذات أهمية خاصة.

وبعد فتح أظرفة العروض التقنية وتقييمها، لا يدعى إلى تقديم أظرفة الخدمات والعرض المالي إلا المرشحون الذين جرى انتقائهم الأولي والذي لا يقل عددهم عن03 ثلاثة، وفي الحالة

[1]– هيبة سردوك، مرجع سابق، ص69.

[2]– خرشي النوي، مرجع سابق، ص 183.

[3]– المادة 2/34 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 08.

التي يكون فيها عدد المرشحين الذين جرى انتقائهم الأولي أدنى من ثلاثة 03 يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعيد الإجراء.[1]

وإذا تمت إعادة إجراء الانتقاء الأولي وتم انتقاء أقل من ثلاثة 03 مرشحين، يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة الإجراء حتى في حالة العرض الوحيد على أن يستجيب العرض المختار لمتطلبات النوعية والآجال.

وأجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة عند الاقتضاء لطبيعة المشروع، إجراء المسابقة دون تأهيل أولي هذه الأخيرة التي تعوض بمرحلة التقييم التقني، كما استوجب المشرع إنشاء لجنة تحكيم تعمل على تقييم خدمات المسابقة تتكون من أعضاء مؤهلين في الميدان المعني ومستقلين عن المرشحين بموجب مقرر من مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني.[2]

ترسل إلى رئيس لجنة التحكيم، الاظرفة الخاصة بالمسابقة ويجب ضمان إقفال هذه الاظرفة إلى غاية التوقيع على محضر لجنة التحكيم، وبعد دراستها –من طرف لجنة التحكيم– يرسل رئيس اللجنة محضر الجلسة للمصلحة المتعاقدة مرفقا برأي معلل يبرز عند الاحتمال توضيح بعض الجوانب المرتبطة بالخدمات، فإن تبين من خلال عمل اللجنة أن بعض الجوانب تحتاج إلى توضيح، فإنه يقع على المصلحة المتعاقدة أن تخطر الفائز أو الفائزين المعنيين كتابيا لتقديم التوضيحات المطلوبة، وتكون الأجوبة المكتوبة جزء لا يتجزأ من عروضهم.

يمكن أن تدفع المصلحة المتعاقدة منحا للفائز أو الفائزين في المسابقة، طبقا لاقتراحات لجنة التحكيم حسب نسب وكيفيات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالمالية بالنسبة لمشاريع إنجاز المباني، أما بالنسبة للمشاريع الأخرى فتحدد نسب وكيفية

[1]– المادة 4/34 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 08.

[2]– المادة 8/34 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم، مرجع نفسه، ص 08.

دفع المنح بموجب قرار مشترك بين الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية.[1]

المطلب الثالث: المبادئ التي يقوم عليها المناقصة

تخضع المناقصة عموما لمبادئ عامة، يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها عند إبرام كل صفقة عمومية، وتتمثل في مبدأ المنافسة، ومبدأ المساواة، ومبدأ الشفافية، وسنتطرق إلى كل مبدأ في فرع مستقل.

الفرع الأول: مبدأ المنافسة

يقتضي مبدأ المنافسة إعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة، ليتقدم بعرضه للمصلحة المتعاقدة وفقا للشروط التي تضعها، غير أن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة المصلحة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة.[2]

فالمصلحة المتعاقدة ملزمة باحترام مبدأ المنافسة، ولا يجوز لها استبعاد متعهد أو منعه من المشاركة، إلا في حالة عدم توافر الشروط المعلن عليها في إعلان المناقصة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إبعاد المتعامل المتعاقد الأقل كفاءة، إلا أنه لا يجوز لها إبعاد الراغبين بالتعهد من الاشتراك في المنافسة متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة، كأن يقدم أحسن عرض من الناحية التقنية والمالية، وأن تقف الإدارة في ذلك موقفا حياديا إزاء كل متنافسين وليس لها تفضيل مرشح على أخر، وإلا عدا فعلا من قبيل المحاباة.[3]

---

[1]– المادة 13/34 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 08.

[2]– قدوج حمامة، **عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، ديان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2008، ص122.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية، الإعلام، التبعية في ضوء أحكام مجلس الدولة لأحكام المناقصات والمزايدات**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص153.

ويستند هذا المبدأ على دعامة أخرى من خلال تكافؤ الفرص بين المتعاقدين بإلزامهم بتقديم عروض سرية مجهولة الهوية بما يقضى الشفافية على عملية الإبرام، ويمتد ليشمل الحالة التي تستشير فيها المصلحة المتعاقدة المتعهدين، حيث لا يتمكن الغير من معرفة العرض الذي تقدم به أي طرف، كما لا يجوز تسريب المعلومات الإمتيازية بغرض تقديم عروض مقبولة، سواء تم ذلك من قبل أعضاء لجان فتح الاظرفة أو تقييمها أو بحكم مشاركتهم في إعداد دفتر الشروط الخاصة بالصفقات.[1]

ومن تطبيق هذا المبدأ نص المادة 125من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم التي جاء فيها:"**إذا كان العرض المالي للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا، يبدوا منخفضا بشكل غير عادي فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل**"[2].

وهو كما جاء الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة[3] في المادة 12 منه والتي تنص على أنه '**يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، وإذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من دخول السوق.** بالإضافة إلى نصت المادة 125 الفقرة السابعة والتي تتيح للجنة تقييم العروض، أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول، إذا اثبت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب في إخلال المنافسة في القطاع المعني، وبالتالي تفادي كل تعسف قد ينتج عن هذه الوضعية.

فرغم أهمية هذا المبدأ، إلا أنه يعد أكثر المبادئ انتهاكا من خلال ما يتعرض له من ممارسات احتيالية فادحة على المستوى العملي، والتي تثبت فيها تواطؤ موظفي المصالح المتعاقدة

---

[1]– وانيس أحلام، **المنافسة في ميدان الصفقات العمومية**، مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، 2014، ص10

[2]– تقابل المادة 111 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم.

[3]– الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، المعدل والمتمم بالقانون 12/08، المؤرخ في 25 يونيو 2008، الجريدة الرسمية عدد36.

مع المتعاملون المتعاقدون، رغم السعي الحثيث للمشرع الجزائري للتصدي لها بكل مختلف الوسائل القانونية.[1]

الفرع الثاني: مبدأ المساواة

يقتضي هذا المبدأ بأن كل من يملك حق المشاركة في الصفقات المعلن عنها، أن يتقدم على قدم المساواة مع باقي المتنافسين،[2] فمبدأ المساواة له علاقة وطيدة مع مبدأ المنافسة، فالمساواة في الصفقات العمومية يمكن اعتبارها مصدرا للمنافسة، كما أنها تلعب دورا هاما في مجال المنافسة، حيث يؤدي احترام مبدأ المنافسة إلى إلزامية المعاملة المماثلة لكل المعنيين،[3] فالمساواة هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها، وتعتبر من المبادئ المؤكدة عليها في تصريح حقوق الإنسان والمواطن في تشريع 1946 واكتوبر 1958، ما يعني أن كل شخص يجب أن يعامل بطريقة محددة إذا كان في نفس الوضعية القانونية، والمساواة أمام القانون مكرسة في قانون الصفقات العمومية، فهذه الأخيرة حددت في مستوى أعلى واكتسبت قيمة تشريعية، وهي تمنع كل التجاوزات في مواجهة أي مرشح حسب رأي مجلس الدولة.[4]

ولا يخل مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد عملية استبعاد بعض أصحاب العطاءات لأسباب وقائية، كمن يقدم عرضه ناقصا أو أكثر من النواحي المطلوبة أو يقدمه أثناء فتح العروض، بل أن هذا الاستبعاد يكون تحقيقا لمبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد.

[1] – تياب نادية، مرجع سابق، ص71.

[2] – عزت عبد القادر، **المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989**، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص40.

[3] – قدوج حمامة، مرجع سابق، ص122.

[4] -Christophe Lajoie **droit des marches publics en annexe le code algérien** de marches publiques édition. Alger P 61.

ويقوم مبدأ المساواة بين الراغبين في التعاقد في مجال الصفقات العمومية، على أساس أن جميع المتقدمين بعطائهم يكونوا على قدم المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أي تمييز غير مشروع فيما بينهم.[1]

فلا يكفي للمصلحة المتعاقدة أن تكفل حرية المنافسة لجميع من يمارسون النشاط موضوع المناقصة أو الممارسة العامة حتى يتحقق لها الوصول إلى أفضل متعاقد، بل يجب عليها إعمال مبدأ المساواة بين جميع مقدمي العطاء، بحيث تكون المفاضلة على الإصلاح بأعباء المشروع موضوع التعاقد ومن ثم فإن النتيجة المترتبة عن هذا المبدأ، أنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى وسائل للتمييز بين المتقدمين لعطائهم، كما لا يجوز لها أن تمنح امتيازات أو تضع عقبات عملية أمام المتنافسين، سواء كانت وسائل التمييز هذه إجرائية أو واقعية فهي غير مشروعة.

الفرع الثالث: مبدأ الشفافية

تعني الشفافية وضوح وفهم القواعد التشريعية والتنظيمية، وسهولة الإصلاح على الممارسات الفعلية تماما كمن ينظر من خلال نافذة ذات لوح زجاجي شفاف في غاية نظيفة.[2]

وقد ظهر مصطلح الشفافية لأول مرة في الثمانينات في العلوم الإدارية، التي تبنته مختلف القوانين من أجل تقريب الإدارة من المواطن، لكن هذا المصطلح لم يبقى لصيق بالإدارة، وإنما انتقل إلى المجال السياسي، وهذا في أخر الثمانينات ليلحق بعد ذلك بالمجال الاقتصادي في بداية التسعينات.[3]

---

[1]–عبد الحميد الشواربي، **العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص08.

[2]– حسن عبد الرحيم السيد، **الشفافية في القواعد وإجراءات التعاقد الحكومي**، دولة قطر، دراسة مقارنة مع القانون النموذجي للمشتريات الحكومية، عدد39، يوليو2009، ص68.

[3]- Christin Maugue **, La portée de l'obligation de transparence les contrats publics**, palloz. Paris France, 2004, p 609.

وتعرف الشفافية في مجال الصفقات على أنها النظام الذي يمكن مقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة.[1]

ولذلك يمكن القول بأن انعدام مبدأ الشفافية في تعامل ما يعد مؤشرا على وجود أعمال غير مشروعة وخرق الأحكام والتشريعات المعمولة بها في مجال الصفقات العمومية.[2]

وتكمن أهمية مبدأ الشفافية في كونها ألية لحماية المال العام من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخا يصعب أن يستتر وراءه الفساد، كما تسهل كشف التلاعب والتواطؤ، وتمنح كل ذي مصلحة من التأكد والتحقق بأن عملية الاختيار للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة، قد تم في جو من النزاهة والاستقامة، ووفق القواعد والمعايير والشروط المنصوص عليها.

وقد نص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات على الشفافية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أقر بوجوب اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال طبقا للقانون.[3]

كما نص المشرع على أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة على معايير موضوعية، وأكد على ضرورة تكريس جملة من العناصر والقواعد وهي على وجه الخصوص كالاتي:

- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات.
- إدراج التصريح بالنزاهة عند إبرام الصفقات.

---

[1]–حسن عبد الرحيم السيد، مرجع سابق، ص57.

[2]– بركة أم الخير، **الفساد في الصفقات العمومية**، مذكرة لاستكمال شهادة ماستر أكاديمي، 2014، ص09.

[3]– المادة 10 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المؤرخ في 20 فبراير2006، الجريدة الرسمية عدد14، المؤرخ في 08 مارس 2006.

- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الصفقات العمومية.

أولا: الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء

تقوم الإدارة بإعداد الشروط والأحكام المتعلقة بالصفقة وفق ما يسمى بدفتر الشروط، الذي يعد بمثابة عقد ملزم للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها في حالة منحه الصفقة، وتوضع دفاتر الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات[1]، والشروط الواجب توافرها مع مراعاة التشريع والتنظيم المعمول بهما حفاظا على المال العام وشفافية ونزاهة انتقاء المتعاملين مع الإدارة وتحقيق المصلحة العامة.

ثانيا: علانية المعلومات المتعلقة بالصفقات

تعد العلانية العنصر الأساسي لمبدأ الشفافية، بحيث يتيح مبدأ العلانية للمتعهدين والموردين والمقاولين فرصة الاطلاع والمشاركة في الصفقات.[2]

وما يجسد مبدأ العلانية في مجال الصفقات هو عملية الإشهار الصحفي والالكتروني، الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة، قصد تمكين المتعهدين المرشحين من سحب دفتر الشروط الخاص بهم.

ويقصد بالعلانية هنا قيام المصلحة المتعاقدة الراغبة بالتقاعد بالإعلان عن موضوع هذا التعاقد بأسلوب يمكن كل من تطبق عليه الشروط المطلوبة لتقدم بعطائه.[3]

كما يقصد بها أيضا إخطار ذوي الشأن بالمناقصة وإبلاغهم بالشروط العامة للعقد، وكيفية الحصول على دفاتر الشروط والمواصفات وقائمة الأسعار، فهو وسيلة إعلام للمقاولين والموردين

[1]– المادة 10 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]– بركة أم الخير، مرجع سابق، ص10.

[3]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص152.

والمتعهدين ويدل على شفافية الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقات العمومية[1].

ثالثا: إدراج تصريح النزاهة عند إبرام الصفقات العمومية

من أجل تدعيم مبدأ الشفافية في الصفقات العمومية، تم إدراج إجراء التصريح بالنزاهة الذي يعتبر من مشتملات العرض التقني بتأكيد من المشرع في نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، حيث يلتزم المتعامل المتعاقد بالتوقيع على التصريح بالنزاهة والذي يتضمن أنه لم يكن هو شخصيا, ولا أحد من مستخدميه أو ممثله أو مقاولين محل متابعة قضائية بسبب الرشوة أو محاولة رشوة الأعوان العموميين، وعدم اللجوء إلى أي تدخل أو ممارسة لا أخلاقية أو غير نزيهة بهدف تفضيل عروضه على حساب المنافسين الأخرين، وهوما يشكل جنحة المحاباة المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد.[2]

رابعا: الموضوعية والدقة في اختيار المتعامل المتعاقد

إن تبرير عملية اختيار المتعامل المتعاقد تتم عن طريق إعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى غاية المنح المؤقت وترفقه بوثيقة تسمى بطاقة التقديم، التي تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، وتبرر من خلاله عملية الاختيار بعد ترتيب المرشحين كل حسب إمكانيته وعدد النقاط المحصل عليها، ويرسل هذا الملف إلى اللجنة المختصة البلدية كانت أو الولائية ... للصفقات العمومية من أجل التأشير عليه.[3]

---

[1]- Laurent Richer, **droit des contraints administratif 3eme éditon** ,L,G,D,J .paris.2002.p.p 369-371.

[2]– المادة 26 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

[3]– شروقي محترف، **الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد**، مذكرة تخرج مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص18.

ومن شأن اعتماد المعايير الموضوعية وتحري الدقة، تمكين المصلحة المتعاقدة من اختيار المتعاقد الأنسب والذي تتوافر فيه الشروط المطلوبة دون تفضيل متعاقد عن أخر ضمان لحسن سير المال العام وتحقيق الصالح العام.

خامسا: ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد الصفقات العمومية

يخضع اختيار المصلحة المتعاقدة لرقابة لجان الصفقات العمومية، وهذا ما يؤكد حرص المشرع على تسيير الصفقة جماعيا وبطريقة واضحة ومحددة وبعيدة عن الشبهات، وإلى جانب لجوئه للجان الصفقات العمومية المختلفة ورفع الطعن أمامها، يجوز للمتعهد اللجوء إلى القضاء سواء الاستعجالي أو الموضوعي حسب طبيعة الطلبات، كما يجوز للمتعاقد اللجوء إلى قضاء الإلغاء أو لقضاء التعويض، وهوما يؤكد بأن هناك تناسق في المبادئ والاحترام بين قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيم الصفقات العمومية.

المبحث الثاني: إجراءات المناقصة

تجسيدا لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وتحقيق المساواة بين العارضين وشفافية المعاملة العقدية، تمر المناقصة بإجراءات طويلة عند إبرام وتنفيذ الصفقة، بدءا بالإجراءات السابقة على الدعوة للمنافسة في المطلب الأول، وإعداد دفتر الشروط في المطلب الثاني، والإجراءات المتعلقة بالإعلان في المطلب الثالث، مرورا بالإجراءات المتعلقة بفتح العروض وتقييمها في المطلب الرابع، وصولا إلى الإجراءات المتعلقة بالمنح المؤقت وإرساء الصفقة في المطلب الخامس وسنتناولها بالتفصيل.

المطلب الأول: الإجراءات السابقة على الدعوة للمنافسة

إن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع أن تباشر إجراءات المناقصة وإبرام العقد، إلا بعد حصولها على الاعتماد المالي، أو ما يطلق عليه "رخصة البرنامـــج"(l'autorisation de programme) إذ أنها غير قادرة على التعاقد أو تحمل التزامات مالية إلا إذا كان الاعتماد المالي، الذي يقضي بأن أي اتفاق عام يتوجب أن يكون له اعتماد مالي،[1] وتتقرر الاعتمادات المالية بطريقة غير مباشرة بواسطة البرلمان، الذي يصدر قانونا بضبط الميزانية العامة، غير أن رخصة البرنامج المتعلقة بالصفقات العمومية محددة تصدر من طرف وزارة المالية بعد دراسة مشروع الصفقة وإقراره كما هو أو إضافة تعديلات عليه.

ورغم أهمية الاعتماد المالي، إلا أن تعاقد الإدارة رغم عدم وجوده أو تجاوزها له يعتبر منتجا لأثاره القانونية في علاقتها مع المتعاقد معه، وهذه النتيجة تجد مبررها في عدم استطاعة المتعاقد مع الإدارة التأكد من وجود أو عدم وجود اعتماد مالي، ومن ناحية أخرى فإن الاعتماد المالي لا يلزم الإدارة على التعاقد.[2]

---

[1]– عبد الفتاح صبري أبو الليل، **أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1994، ص158.

[2]– عبد الفتاح صبري أبو الليل، مرجع نفسه، ص160.

كما أن المشرع الجزائري يلزم في بعض العقود الهامة ضرورة حصول المصلحة المتعاقدة على الإذن بالتعاقد، حيث لا تستطيع المصلحة المتعاقدة التعاقد بدون هذا الإذن، ويختلف هذا الشرط عن شرط الاعتماد المالي، حيث أن تعاقد المصلحة المتعاقدة دون حصولها على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا كون أن القواعد الخاصة بالتصريح السابق (الإذن بالتعاقد) تتعلق بالنظام العام لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالمصلحة العامة.[1]

المطلب الثاني: إعداد دفتر الشروط

بعد حصول المصلحة المتعاقدة على رخصة البرنامج والإذن بالتعاقد (عند الاقتضاء)، تقوم بإعداد دفتر الشروط بإرادتها المنفردة والتي بواسطته تستطيع المصلحة المتعاقد اختيار المتعامل المتعاقد.

حيث وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 10/ 236 المعدل والمتمم، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف دفتر الشروط، واكتفى بالنص على ضرورة أن يتضمن كل إعداد للصفقة ضرورة إعداد دفتر الشروط، وهذا ما أشارت إليه المواد 10 و62 من ذات المرسوم.

ولكن هناك عدة محاولات فقهية لتعريف دفتر الشروط، فقد عرف الأستاذ عمار عوابدي دفتر الشروط بأنه: "**عبارة عن وثائق إدارية ومكتوبة ومعدة مقدما تشتمل على شروط العقود الإدارية، بشروط الإبرام والانعقاد وشروط للتنفيذ**".[2]

أما الأستاذ ناصر لباد فعرف دفتر الشروط بأنه: "**دفتر يحتوي على التزامات كل من الطرفين وحقوق كل منهما، وهو يعتبر نصوص لائحة، محددة بقرار إداري غير قابل للمناقشة ودفتر الشروط هو من وسائل القانون العام**".

[1]– سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص341.

[2]– عمار عوابدي، **القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 215 .

ويعرف الدكتور عمار بوضياف دفتر الشروط بأنه: "**وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة وتحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها، وكيفية اختيار المتعاقد معها.**"[1]

والمصلحة المتعاقدة حين تتولى إعداد دفتر الشروط في كل صفقة تستغل خبرتها الداخلية المؤهلة، وتجند كل إطاراتها المعنيين من أجل الوصول إلى إعداد دفتر شروط يحقق الأهداف المسطرة.

كما يعرفها أيضا محمد الصغير بعلي بأنها: "**عبارة عن وثائق تتضمن مجموعة من القواعد والأحكام التي تضعها الإدارة مسبقا بإرادتها المنفردة، بما لها من امتيازات السلطة العامة، حتى تنطبق على عقودها الإدارية وصفقاتها العمومية، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة**".[2] من خلال التعاريف السابقة يتضح لنا أن دفاتر الشروط المحينة دوريا الهدف منها تبيان الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقة، حيث ميز المشرع بين ثلاثة أنواع على النحو التالي:

الفرع الأول: دفاتر البنود الإدارية العامة

وهي البنود المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي، وتعرف دفاتر البنود الإدارية العامة، بأنها جزء أساسي من العقود الإدارية لأنها تتضمن الشروط التي تطبق على كل الصفقات العمومية التي تبرمها وزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح المختصة، بحيث تقوم بإعدادها مسبقا دون استشارة الأفراد أو المؤسسات، مثل دفتر شروط الإدارة لوزارة الأشغال العامة التي تطبق على كل عقود الأشغال الموافقة عليها بموجب مرسوم تنفيذي،[3] وهي تتضمن قواعد لائحية عامة ومجردة.[4]

---

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 150 .

[2]– محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 48.

[3]– المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى في المادة 09 منه كان يكتفي بالموافقة بقرار وزاري مشترك، أما المرسوم الرئاسي 236/10 في المادة 10 منه اشترطت الموافقة بموجب مرسوم تنفيذي.

[4]– أحلام بدرة، **دفتر الشروط**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012–2013، ص28.

ولقد صدر قرار بتاريخ21 نوفمبر1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ونشر في العدد06 من الجريدة الرسمية لسنة 1965[1]، وتضمن هذا الدفتر أحكاما مختلفة تتعلق بالصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو تصنيف الصفقات، أو الآجال، أو شروط المشاركة في المناقصات والوثائق المطلوبة وأحكام المناقصة والمزايدة، كما تضمن الدفتر أحكاما تنظيمية تتعلق بطريقة التراضي، وأخرى تتعلق بالضمانات، وتنفيذ الأشغال وسلطات المصلحة المتعاقدة في مجال التنفيذ، وبصفة عامة يعد هذا القرار بمثابة خريطة طريق شاملة وكاملة في مجال صفقات الأشغال.

الفرع الثاني: دفاتر التعليمات المشتركة

وهي التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات، الموافق عليها بقرار من الوزير المعني، ويجب أن لا تخالف هذه الشروط في مضمونها أحكام دفاتر شروط البنود الإدارية العامة.[2]

لكن الشروط التقنية في الصفقة العمومية هي نظريا على نوعين، شروط تقنية خاصة، وشروط تقنية عامة، ففي غياب دفتر الشروط المشتركة المصادق عليه بقرار من الوزير المعني، فإن الشروط التقنية الخاصة بالصفقة تكون عموما في ملحق تقني لدفتر التعليمات الخاصة، مثل الكشوف الوصفية، نقاط الحساب، الوثائق البيانية ... الخ.[3]

الفرع الثالث: دفاتر التعليمات الخاصة

وهي دفاتر توضع خصيصا لكل صفقة يراد إبرامها، وتتضمن الشروط التي تضمن عقد بعينه أو محدد بذاته، أو تتعلق بكل حالة عقدية على حدا، ويتمثل دورها في إكمال ما لم يحض به دفتر البنود الإدارية العامة، وهي التي تحدد وتكمل الشروط التي لا يمكن تحديدها في النوعين

[1]- الجريدة الرسمية عدد 06، المؤرخة في 19 يناير 1965.

[2]– هيبة سردوك، مرجع سابق، ص 141.

[3]– أحلام بدرة، مرجع سابق، ص30.

السابقين من الدفاتر، بالنسبة للصفقة موضوع الإبرام، وهي غالبا ما تتضمن موضوع المناقصة، تعليمات العارضين، مبلغ كفالة التعهد، وغيرها من الشروط التي تضعها الإدارة حسب طبيعة كل صفقة تريد إبرامها.

وتجدر الإشارة إلى أن مشاريع دفاتر الشروط، تخضع لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة من أجل دراستها خلال خمسة وأربعين يوم، طبقا للمادة 132 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، فإذا اقتنعت به اللجنة تصدر مقرر (تأشيرة) ، والملاحظ أن هذه المادة لم تشر إلى المصادقة الضمنية لمشروع دفتر الشروط في حالة تجاوز الأجل دون صدور التأشيرة، هذا من جهة ومن جهة أخرى، نجد أن تنظيم الصفقات العمومية قد ساوى بين تأشيرة مشروع دفتر الشروط وتأشيرة مشروع الصفقة من حيث صلاحيتها، حيث نصت المادة 132 منه على أن تأشيرة مشروع دفتر الشروط تكون صالحة لمدة 03 ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ توقيعها،[1] وإذا انقضى هذا الأجل ولم يتم الشروع في تنفيذ الصفقة يعرض دفتر الشروط من جديد على لجنة الصفقات المختصة، وهذا تماما ما يطبق على تأشيرة مشروع الصفقة.

المطلب الثالث: الإجراءات المتعلقة بالإعلان

تقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن المناقصة، حيث يتم توجيه الدعوة لكافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة، كما يعتبر الإعلان إجراء ضروري يمكن المتعهدين والمرشحين على الاطلاع على كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة.[2]

وقد نصت الماد 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، على أن **يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في:**

[1]– أنظر المادة 132من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2] – خرشي النوي، مرجع سابق، ص204.

- **المناقصة المفتوحة.**
- **المناقصة المحدودة.**
- **الاستشارة الانتقائية.**
- **المسابقة.**
- **المزايدة.**

يتم نشر الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي bomop المحدثة بموجب المرسوم رقم 116/84، ويتم المرور عمليا عن طريق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار anep المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية باللغة العربية وباللغة الأجنبية وفي جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني وذلك بصفة وجوبيه،[1] كما ألزمت المادة 49 من المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم، على ضرورة نشر الإعلان المتعلق بالمناقصة ضمن جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني، وأن يتم تحرير الإعلان باللغة الوطنية أو بلغة أجنبية واحدة على الأقل.[2]

كما ينشر إعلان المنح المؤقت للصفقة، التي تنشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة.

ويتضمن الإعلان بيانات إلزامية، حددها المشرع وضبطها في أحكام المادة 46 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، وتتمثل هذه البيانات الإلزامية فيما يلي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة، وعنوانها، ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية المناقصة.

---

[1]– أنظر المرسوم رقم 116/84، المؤرخ في 12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 20، المؤرخة في 20 مايو 1984.

[2]– يتجه محمد بعلي الصغير إلى ضرورة قصر هذا الشرط على المناقصات الدولية فقط حماية وحفاظا ودعما للثوابت الوطنية المكرسة في دستور 1996 ضمن نص المادة03 منه، أنظر في ذلك محمد بعلي الصغير، مرجع سابق، ص41.

- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة.
- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها.
- مدة صلاحية العروض.
- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر.
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة "لا يفتح" ومراجع المناقصة.
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

هذه البيانات المدرجة في إعلان أي مناقصة تمنح المرشحين والعارضين الاطلاع على الجهة المعنية، موضوع الخدمة، نوع المناقصة، مجال المشاركة وأجالها، والوثائق المطلوبة وبالتالي تجسيدا لمبدأ الشفافية والمساواة أمام المتنافسين.[1]

أما بالنسبة لمناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات الأشغال أو اللوازم والدراسات أو الخدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) أو يقل عنها، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) أو يقل عنها، أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات الأتية:

*نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.

*إلصاق الإعلان للمناقصة بالمقرات المعنية:

- للولاية.
- لكافة بلديات الولاية.

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص156-157.

- لغرف التجارة والصناعة والحرف والفلاحة.
- للمديرية التقنية المعنية في الولاية[1].

كما حرص المشرع على النشر الالكتروني نظرا لأهميته من الناحية العلمية، في أحكام المادة 174و173 من المرسوم الرئاسي 10/ 236 المعدل والمتمم، فنصت المادة 173 على أن: "**تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية.**

ونصت المادة 174 أنه: "**يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية على الدعوة للمنافسة بالطريقة الالكترونية**، هذا إن دل على شيء، إنما يدل على أن المشرع يساير التطور العلمي الحديث لاعتبار أن النشر الالكتروني عن طريق الانترنت يعتبر الوسيلة الأكثر استخداما في الوقت الراهن.

المطلب الرابع: الإجراءات المتعلقة بفتح العروض وتقييمها

بعد الإعلان عن المناقصة تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف مؤسسة أو مرشح كل الوثائق والمعلومات الضرورية واللازمة من أجل إعداد عرض مقبول، وهذا ما نصت عليه المادة 48 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه: "**تحتوي الوثائق المتعلقة بالمناقصة أو عند الاقتضاء بالتراضي بعد الاستشارة التي توضع تحت تصرف المرشحين على جميع المعلومات الضرورية التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة..**".

يجب أن تقدم العروض خلال المدة المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة، ويبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات العمومية.[2]

[1]–المادة 49 من المرسوم الرئاسي 236/10، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]– قدوج حمامة، مرجع سابق، ص21.

أما عن أجال تحضير العروض، فإن المشرع في الصفقات العمومية لم يضع أجل معين لإيداع العروض، وإنما ترك المجال في ذلك للمصلحة المتعاقدة صاحبة السلطة التقديرية، حيث تنص المادة 50 من نفس المرسوم على أن:" **يحدد أجل تحضير العروض تبعا لعناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة المعتزم طرحها والمدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض وإيصال التعهدات**".

ويوافق أخر يوم وأخر ساعة لإيداع العروض ويوم وساعة فتح الأظرفة التقنية والمالية، أخر يوم من مدة تحضير العروض، وإذا صادف هذا اليوم يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، فإن مدة تحضير العروض تمدد إلى غاية يوم العمل الموالي،[1]ويجب أن تشمل التعهدات على عرض تقني وعرض مالي يوضعان في ظرف تكتب عليه عبارة لا يفتح، ورقم المناقصة، وموضوعها.[2]

وتتولى مهمة فتح الأظرفة لجنة تنشا لهذا الغرض، تستمد صلاحيتها من تسميتها،[3] حيث نص المشرع في المادة 12 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، على أحداث لجنة دائمة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة، ذلك إن إنشاء مثل هذه اللجنة يعد من الأمور الضرورية ولزاما على كل الهيئات المخولة لها إبرام الصفقات العمومية، ويحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها،[4] وتتمثل مهمة لجنة فتح الأظرفة في دورين أساسين هما كالتالي:[5]

الدور الإعدادي: فهي تعد لمرحلة لاحقة لها وهي مرحلة تقييم العروض حيث تقوم بـ:

- إثبات صحة تسجيل العروض على سجل خاص.

---

[1]– المادة 50 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]– المادة 51 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

[3]– تياب نادية، مرجع سابق، ص118.

[4]– المادة 121 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[5]– المادة 122 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

- إعداد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها مع توضيح مضمونها ومبالغ المقترحات.
- تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على كل وثائق الاظرفة المفتوحة.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من طرف أعضاء اللجنة.
- دعوة المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة باستثناء التصريح بالاكتتاب كفالة التعهد، عندما يكون منصوصا عليها والعرض التقني بحصر المعني، في أجل أقصاه 10، أيام تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض.
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين عند الاقتضاء.
- كما تحرر عند الاقتضاء محضر بعدم جدوى يرفقه الأعضاء عندما يتم استلام عرض واحد أوفي حالة عدم استلام أي عرض.[1]

الدور الاستشاري: ويتمثل في تحرير محضر تبدي فيه تحفظاتها وملاحظاتها سواء تعلق الأمر بالعروض ذاتها أو ما تعلق بأصحابها.[2]

وتكون اجتماعات لجنة فتح الأظرفة صحيحة مهما كان عدد أعضائها الحاضرين،[3] وبعد الانتهاء من فتح الأظرفة، تقوم اللجنة بتحرير محضر يتضمن كل ما يحتوي عليه كل عرض (مالي وتقني) وتسلمه إلى مسؤول المصلحة المتعاقدة والذي يسلمه بدوره إلى لجنة تقييم العروض، وهذا من أجل تقييم العروض وترتيبها حسب أهميتها، لتأتي مهمة هذه الأخيرة والتي تعتبر مهمة

[1]– المادة 122 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]– تياب نادية، مرجع سابق، ص 123.

[3]– المادة 124 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

في غاية الخطورة، إذ على أساسها تتم معرفة اختيار المتعامل المتعاقد، وهذا بناءا على ما ورد من شروط سبق إعلانها عن طريق دفتر الشروط.

حيث نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، على أنه: "**تحدث لجنة تقييم العروض لدى كل مصلحة**"، وهذا من أجل تحليل وتقييم كل العروض المقدمة وصولا لأحسن العارضين لمنحه الصفقة، ويتولى مسؤول المصلحة المتعاقدة تعيين أعضائها– من غير لجنة فتح الأظرفة– ولتنافي العضوية في اللجنتين معا، والذي يتم اختيارهم من الأشخاص المؤهلين من ذوي الكفاءة والخبرة، وتقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، وتعمل على تحليل العروض الباقية على مرحلتين:

المرحلة الأولى: يتم خلالها إجراء دراسة تقييمية للعروض التقنية وفقا لجدول تنقيط تضعه المصلحة المتعاقدة مسبقا في دفتر الشروط الخاص بكل مناقصة، إذ تضع جملة من المعايير، وتخصص لكل معيار منها نقطة معينة، لتتمكن من خلالها تقييم القدرة التقنية للمتعهد التي تختلف باختلاف موضوع الصفقة المزمع إبرامها، وعلى أساسها يتم حساب مجموع النقاط المحصل عليها في كل عرض تقني لكل متعهد ويتم بعدها الترتيب التقني للعروض وتحديد نقطة دنيا للتأهيل التقني، وعادة لا تقل عن نصف مجموع النقاط المخصصة للعرض التقني، ويتم بعدها إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.[1]

المرحلة الثانية: وتتم فيها دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين مؤقتا في النواحي المالية ليتم التدقيق والتحقق في العناصر الأتية:

- وجود كل الأسعار الوحدوية في جدول الأسعار بالأرقام وبالحروف.
- مطابقة الأسعار الوحدوية في جدول الأسعار بالأرقام والحروف، والأخذ بعين الاعتبار عند عدم المطابقة بينهما بالسعر الوارد بالأحرف.

[1] – المادة 4/125 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- الحساب الأفقي والعمودي للبيان الكمي والتقديري، ومقارنة مختلف المبالغ الواردة في العرض.[1]

ولأجل اختيار أحسن متعامل متعاقد، يتم دراسة عروضهم المالية بالنظر إلى رأس مال المتعهد، وسمعته المالية المتمثلة في المراجع المالية وأعماله السابقة، وكذلك سمعته لدى البنوك للقيام طبقا لدفتر الشروط، بانتقاء إما العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، أو أحسن عرض اقتصادي إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنيا حسب شكل المناقصة.[2]

ويمكن للجنة تقييم العروض تقديم اقتراح لرفض العرض المقبول، إذا أثبت أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المتعاقد على السوق، وتسبب في اختلال المنافسة في قطاع ما بأي طريقة كانت، مع تبيان في هذه الحالة حق رفض العرض من هذا النوع، وفي حالة تنازل المتعامل الاقتصادي للصفقة التي منحت له بدون عذر مقبول، يمكن للجنة مواصلة تقييم العروض الباقية، وذلك انطلاقا من مرحلة تقييم العروض المالية، ومراعاة مبدأ حرية المنافسة ومتطلبات السعر والجودة والآجال، ومهما يكن فإن اختيار المتعامل المتعاقد يجب أن يستجيب إلى الأهداف التي عددها التنظيم، وأن تراعي لجنة تقييم العروض في اختيار المتعامل المتعاقد المعايير الأتية:

- المؤهلات التي يحوزها العارض.
- القدرات البشرية والتقنية لإنجاز المشروع.
- أجال الإنجاز والتنفيذ.
- المبالغ المتعلقة بالصفقة.
- طرق التسديد التي يقترحها العارض.
- ضمانات التنفيذ المالية البنكية.
- نوعية السلعة أو الأداء وأساليب الانجاز.

---

[1]– تياب نادية، مرجع سابق، ص 126 .

[2]– بحري إسماعيل، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، 2009، بدون ص.

- الاندماج في الاقتضاء الوطني للمنتوج المقترح .[1]

بعد انتهاء وإتمام إجراءات فحص العروض المالية والتقنية وانتقائها واختيار أفضل متعهد تصدر المصلحة المتعاقدة قرار المنح المؤقت للمتعهد التي رست عليه، في انتظار إتمام إجراءات التصديق والاعتماد.

المطلب الخامس: الإجراءات المتعلقة بالمنح المؤقت وإرساء الصفقة

تأتي هذه المرحلة بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من قدرات المتعاقد، الذي يتوافر عرضه على الشروط والمواصفات المطلوبة لإبرام الصفقات العمومية، وعليه يتم منح الصفقة للمتعامل المتعاقد صاحب أفضل عرض فنيا وماليا.[2]

كما أقر المشرع سلطة المصلحة المتعاقدة وحقها في اختيار المتعامل المتعاقد، وذلك لجملة من المعايير المعلن عنها في دفتر الشروط.

وحتى لا تحيد المصلحة المتعاقدة عن الإطار القانوني، فتميز بين العارضين أو تفضل أحدهم على الأخر، نصت المادة 56 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، على إلزامية المصلحة المتعاقدة إعلام المتنافسين بواسطة دفتر الشروط الخاصة بمعايير الاختيار وقيمة كل معيار حتى يتمكن كل متنافس علمه بمعايير التقييم، فيكفي مجرد الاطلاع على دفتر الشروط الخاصة لمعرفة المقاييس التي سيتم على إثرها انتقاء المتعامل المتعاقد أو العرض المختار.

وتكريسا لمبدأ العلانية والشفافية، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة، مع تحديد كل من السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة,[3] فإجراء المنح المؤقت على الرغم

---

[1]– خرشي النوي، مرجع سابق، ص380.

[2]–عمار بوضياف، مرجع سابق، ص176.

[3]– ناصر لباد، مرجع سابق، ص280.

من أنه يطيل بعض الشيء في إجراءات إبرام الصفقة، إلا أنه يضفي شفافية أكثر من خلال الإعلان عن الفائز المؤقت للصفقة، مع ذكر معايير الانتقاء وما يقابلها من تنقيط، كما يحمي حق المتعاملين وذلك بالاتصال بالمصلحة المتعاقدة في أجل أقصاه ثلاثة 03 أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة[1]، وحق الطعن خلال 10 عشرة أيام أمام لجنة الصفقات المعنية، وإذا صادف اليوم الأخير– اليوم العاشر– من نشر هذا الإعلان عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد الأجل لأول يوم عمل موالي، وتصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل 15 خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة 10 أيام، ويبلغ القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.[2]

ولا يمكن أن تعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته، إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين يوما من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغه.

ورغم الطابع الحاسم لمرحلة المنح المؤقت إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة، بل لا بد من اعتماد الصفقة ومباشرة إجراءات التعاقد لإضفاء الطابع النهائي والرسمي على الصفقة، حيث نصت المادة 08 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، معلنة أن الصفقات العمومية لا تكون صحيحة ونهائية، إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة وهي:

-الوزير فيما يخص لصفقات الدولة.

-مسئول الهيئة الوطنية المستقلة.

-الوالي فيما يخص صفقات الولاية.

-رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية.

-المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري.

---

[1]– المادة 125 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]– المادة 114 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

-المدير العام أو مدير المؤسسة فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

-مدير مركز البحث والتنمية.

-مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتقني.

-مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

-مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

ويمكن كل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.[1]

ويجب أن تشير كل صفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما، وأن تتضمن على الخصوص البيانات الأتية:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة.
- هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفتهم.
- موضوع الصفقة محددا وموصوفا وصفا دقيقا.
- المبلغ المفصل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة.
- شروط التسديد.
- أجل تنفيذ الصفقة.
- بنك محل الوفاء.
- شروط فسخ الصفقة.
- تاريخ توقيع الصفقة ومكانه.

ويجب أن تحتوي فضلا عن ذلك، البيانات التكميلية الأتية:

- كيفية إبرام الصفقة.

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 191.

- الإشارة إلى دفاتر البنود العامة ودفاتر التعليمات المشركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزءا لا يتجزأ منها.

- شروط عمل المتعاملين القانونيين واعتمادهم إن وجدوا.
- بند مراجعة الأسعار.
- بند الرهن الحيازي إن كان مطلوبا.
- نسب العقوبات المالية وكيفية حسابها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء عنها.
- كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة.
- شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ.
- النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم، وكذلك نسب الأجور والمنافع الأخرى التي تمنح لهم.
- شروط استلام الصفقة.
- القانون المطبق وشرط تسوية الخلافات.
- بنود العمل التي تضمن احترام قانون العمل.
- البنود المتعلقة بحماية البيئة.
- البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية.[1]

بعد التأشير على الصفقة العمومية من طرف اللجنة المختصة، توقعها المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد ويعطى له أمر ببداية تنفيذ الأشغال، وفي حالة رفض التأشيرة على الصفقة يجب أن يكون هذا الرفض معللا، ويكون في حالة مخالفة التشريع أو التنظيم المعمول به في مجال الصفقات العمومية، ويمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة، وغير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة.

وبعد إتمام هذه الإجراءات تدخل الصفقة مرحلتها النهائية، وتعرف بعد توقيعها واعتمادها مرحلة التنفيذ.

[1]– المادة 62 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما سبق بيانه، نخلص إلى أن اختيار المتعامل المتعاقد عن طريق أسلوب المناقصة، يشكل عنصرا أساسيا في تجسيد المشاريع التنموية والاقتصادية، حيث يأخذ هذا التعاقد شكل الإبرام، والاتفاق مع أطراف متعددة محلية ووطنية وأجنبية، والتي تحكمها قواعد قانونية منظمة، حيث يتجلى ذلك من خلال قانون الصفقات العمومية المنظم لهذا النوع من التعاقد الإداري، الذي أخضع فيه المشرع المصلحة المتعاقدة عند اختيار المتعامل المتعاقد إلى مجموعة من المبادئ المبنية على أسس المنافسة الحرة والشفافية والمساواة بين المرشحين، كما أكد على إتباع مجموعة من المراحل والإجراءات الإلزامية، وهذا بدءا من الحصول على رخصة البرنامج وإعداد دفتر الشروط، مرورا إلى الإعلان عن الصفقة واستدراج العروض، وصولا إلى فتح الأظرفة و تقييمها إنتهاءا عند إبرام الصفقة، إما مع المتعهد الذي قدم أقل العروض من الناحية المالية، أو مع المتعهد الذي قدم أحسن العروض من جميع النواحي التقنية.

ولكن رغم مرور عملية اختيار المتعامل المتعاقد بهذه الإجراءات المعقدة، إلا أنه قد تتخللها بعض العيوب، سواء من حيث الأسلوب المتبع في إبرامها أو من حيث عدم احترام بعض الإجراءات الإلزامية.

الفصل الثاني

التعاقد عن طريق التراضي وسندات الطلب

تعتبر المناقصة بأشكالها المختلفة الأصل والقاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية واختيارها للمتعامل المتعاقد، وذلك لكونها تكفل حق المشاركة لكل العارضين وإضفاء مبدأ المنافسة والشفافية والعلانية في ابرم الصفقات العمومية.

واستثناءا، أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة واختيار المتعاقد عن طريق أسلوب التراضي وسندات الطلب، وذلك لأسباب موضوعية وحالات محددة ومبينة في النص دون الحاجة للإجراءات المعقدة، وسنتطرق في هذا الفصل إلى التعاقد عن طريق التراضي في المبحث الأول والتعاقد عن طريق سندات الطلب في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التعاقد عن طريق أسلوب التراضي

من خلال ما تم دراسته من أحكام المناقصة، يتبين لنا أن المشرع جعل أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة بما يكفل حق المشاركة لكل العارضين، كما ألزم الإدارة من جهة بجملة من الإجراءات سبق بيانها، والتي تؤدي في مجملها لفقد الإدارة حريتها في اختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية، غير أنه ولأسباب موضوعية أخرى يتعين الاعتراف لجهة الإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات استثنائية مبينة في النص دون الحاجة إلى اللجوء لإجراءات الإشهار والنشر وكل ما يتعلق بالإجراءات الطويلة للمناقصة، وهوما يطلق عليه بأسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية.[1]

ومصطلح التراضي هنا هو مصطلح فرنسي، تم استبداله بمصطلح "**التعاقد بناءا على مفاوضه**"، Les marches négocies،[2] ويختلف التراضي عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فوجود هذا الأخير ملزم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون العام أو أطراف القانون الخاص، فلا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة للتعاقد في القانون العام، أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية السابقة الذكر أي إجراءات المناقصة، حيث يمكن مباشرة اختيار المتعاقد معها دون التقييد بهذه الإجراءات، وسوف نعرج على أسلوب التراضي مفهومه وبيان حالاته، من خلال مسار تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا مبينا أهم التعديلات التي وردت على طريقة التراضي.[3]

---

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص192 .

[2]– زواوي عباس، مرجع سابق، ص102.

[3]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص193 .

المطلب الأول: التراضي في ظل الأمر رقم 90/67

تم النص على إجراء التراضي في القسم الثالث تحت عنوان: صفقات التراضي، من الفصل الرابع المعنون بإجراءات إبرام الصفقات بموجب المواد 60-61.

عندما نقارن عدد المواد المكونة للأمر 90/67 المعدل والمتمم التّي عددها 167مادة نلاحظ، أن المشرع خصص لإجراء المناقصة L'adjudication 07 مواد من المادة 32 الى41 وإجراء طلب العروض L'appel d'offres خصص له 18 مادة من المادة 42 إلى 59 وإجراء التراضي Le gré à gré خصص له مادتين 60 و61، فالمشرع لم يوازن في الفصل الثالث بين الإجراءات، حيث لم يعط إجراء التراضي حقه.

الفرع الأول: تعريف إجراء التراضي

لقد عرف المشرع الجزائري التراضي في المادة 60 من الأمر 90/67 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بقوله: "**تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين، الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقة لمن تختاره منهم، وتنظم المنافسة- إذا أمكنت- بجميع الوسائل الخاصة بها.**"[1]

ما نلمسه من هذه المادة أن الميزة التي يختص بها إجراء التراضي هي التفاوض بين الإدارة والمشاركين، إذ أن لها الحرية في التشاور والتفاوض مع الموردين والمقاولين الذين تراهم مناسبين، دون أي قيد أو شرط، ومنه إمكانية إقصاء الموردين الذين لا ترغب في التشاور معهم، وهذا ما يشكل مساسا بمبدأ المساواة بين المرشحين.

إن إجراء التراضي يقترب كثيرا من إجراءات إبرام الصفقات المستعملة من طرف الخواص، لأنه يتميز بالتفاوض غير الشكلي،[2] بل أكثر من ذلك يتميز بالمرونة واللّجوء الاختياري إلى نشر الإعلان.

---

[1]- المادة 60 من الأمر 90/67، مرجع سابق.

[2]- Ali BENCHENEB, **Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie**. Office des publications universitaires, Place centrale de Ben Aknoun (Alger) 1984. Page 73.

ومن جهة أخرى، فإن اختيار المتعامل المتعاقد يعتبر من الصلاحيات المطلقة للإدارة، فطبقا لهذه المادة للإدارة الحرية في منح الصفقة بناء على معايير واعتبارات تحددها دون أن يناقش قرارها.

من خلال المادة 60 أيضا، أخضع المشرّع إجراء التّراضي لمبدأ المنافسة، هذا المبدأ الذي يعتبر عموما مصدر لكل ضمانات التفاوض، هدفه الوحيد هو المصلحة العامة فلا يخضع لأي معيار من المعايير.

وقد أقتصر المشرّع على ذكر إمكانية تنظيمها فقط (أي المنافسة) دون تحديد حالات اللّجوء إليها.

إن طريقة صياغة المادة 60 فقرة 02 "**تنظم المنافسة – إذا أمكنت – بجميع الوسائل الخاصة بها** " تبين أن اللّجوء للمنافسة غير إلزامي، أي أن إقامة التنافس يخضع للسلطة التقديرية للإدارة، حيث يجوز لها عدم إقامته، وعليه يكون قد خالف الفقرة الأولى من نفس المادة التي جعلت من المنافسة مبدأ في إجراء التراضي، وهذا يعكس عدم تمكن المشرّع من وضع تعريف دقيق لإجراء التراضي، وكأن لإجراء التراضي شكلين:

إجراء التراضي باللجوء للمنافسة، وإجراء التراضي دون إقامة المنافسة.

فبالنسبة للشكل الأول، تنظم المنافسة عن طريق الاستشارة التي تعتبر شكلا من أشكال المنافسة، لكن هذه الاستشارة تكون سطحية أو مختصرة ولا تحتوي إلا على الحد الأدنى من الشكلية،[1] أما الشكل الثاني، فإن غياب المنافسة مبرر بعدة اعتبارات نلمسها من خلال بعض حالات اللّجوء لإجراء التراضي، السرية، الاستعجال، أهمية الطرف المتعاقد ...وبالتالي يمكن أن نتصور بكل سهولة الخطورة التي تترتب عن هذا الإجراء، ونتفهّم ضرورة تحديد حالات اللجوء إليه.[2]

[1]- André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Devolvé. **Traité des contrats administratifs**.2eme Ed. Paris : Laibrairie Générale de droit et de jurisprudence. Tome n°1.1983 page .648

[2]– في القانون الفرنسي هناك نوعان من إجراء التراضي، عن طريق المنافسة، والثاني بدون منافسة.

إن إجراء التراضي في هذه المرحلة يعتبر قاعدة استثنائية، بالرغم من عدم ذكر ذلك صراحة إلا أنه يستفاد ضمنيا، وذلك من خلال تقييد الإدارة بحالات محددة يتم من خلالها اللّجوء إليه نظمها كل من الأمر 90/67 في المادة 61، وقانون البلدية 24/67 بموجب نص المادة 192منه، طبقا لمقتضى نص المادة 60 فقرة03 من الامر 90/67.

إذ نصت المادة 60 فقرة03 "**وعلاوة على الحالات المنصوص عليها في المادة 192من الأمر رقم 24/67....والمتضمن القانون البلدي فأنه يجوز للهيئات المشار إليها في المادة 191 من الأمر المذكور أن تتعاقد بالتراضي وضمن الشروط المحددة في هذا القسم**، وبالرجوع إلى نص المادة 192 من الأمر 24/67 المتضمن القانون البلدي، نجدها أكدت ذلك:" **بالرغم من جميع الاستثناءات المخالفة للأحكام الجاري بها العمل يجوز عقد الصفقات بدون مناقصة في الحالات التالية**[1]"...

الفرع الثاني: حالات اللجوء لإجراء التراضي

حدد الأمر 90/67 ست حالات فقط تمكنه من اللجوء لإجراء التراضي، تعتبر حالات قصوى، عكس المرسوم 256/56 الموافق13 مارس 1956 الذي كان مقيد بإحدى عشر مادة وهي:

1- عندما لا يمكن الحصول على الخدمات، إلا من مقاول أو مورد فريد حائز على امتياز الاحتكار، أومن مالك براءة اختراع.[2]

2- عن الأشغال أو التوريدات أو الخدمات، التي عرضت على المنافسة، ولم يقدم في شأنها أي عرض، أو قدمت عروض لا يمكن قبولها.[3]

3- في حالات الاستعجال القاهرة، عندما يكون هناك خطر وشيك الوقوع من شأنه أن

[1]- الجريدة الرسمية عدد06، المؤرخة في 18 يناير 1967، المتضمن قانون البلدية.

[2]- المادة 61 الفقرة الأولى من الامر 90/67، مرجع سابق.

[3]- المادة 61 الفقرة الثانية من الأمر 90/67، مرجع نفسه.

يضر بأموال مستثمرة في مشروع قائم بعد، ولا يمكن أن يتحمل المهل الخاصة بالالتجاء للمنافسة.[1]

4- عن خدمات النقل التي يعهد بها إلى المقاولين العموميين للنقل عن استئجار السفن، والتأمينات عن أنواع الشحن التابعة لها.[2]

5- عن كلّ الأشغال أو التوريدات أو الخدمات عندما تستلزم الظروف تنفيذها بصورة سرية.[3]

6- إذا كانت ظروف تسيير وحدات القطاع العام المرتبة في أصناف لها الأولوية من طرف الهيئة المركزية للتخطيط تتطلب توزيعا مسبقا للتوصيات العمومية.[4]"

ويلاحظ أن المادة 61 من الأمر 90/67 التي حددت حالات التجاء الإدارة إلى إجراء التراضي، استعملت صيغة جوازية، فجاء فيها "**:يجوز إبرام الصفقات بالتراضي في الحالات التالية**".... وتقابلها باللغة الفرنسية:

« Il peut être passer des marchés de gré à gré dans les cas suivants»

يتبين أن الإدارة لها الحرية في اختيار إجراء التراضي، إذا توفرت إحدى الحالات السابقة، كما يمكنها اللّجوء إلى إجراء أخر، وذلك من خلال عبارة" **يجوز** "لأنه لو كانت ملزمة بذلك لتم استعمال عبارة " **يجب** " مثلا.

ويلاحظ كذلك أن المادة السابقة ذكرت حالات التجاء الإدارة إلى إجراء التراضي، على سبيل الحصر، ويرى الأستاذ علي بن اشنب في كتابه المعنون:

Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie.[5]

[1]- المادة 61 الفقرة الثالثة من الأمر 90/67، مرجع سابق.

[2]- المادة 61 الفقرة الرابعة من الأمر 90/67، مرجع نفسه.

[3]- المادة 61 الفقرة الخامسة من الأمر 90/67، مرجع نفسه.

[4]- المادة 61 الفقرة السادسة من الأمر 90/67، مرجع نفسه.

[5] - «On devine suffisamment، sans devoir insister، les risques que présente une telle procédure et l'on comprend que son emploi ne soit fait que dans des situations particulières qu'énumère limitativement le législateur. »

أن الإدارة تفقد حريتها في هذا الإجراء، فلا تستطيع اللجوء إلى أسلوب التراضي، إلا إذا توفرت الحالات المنصوص عليها في المادة61 نظرا للنتائج الخطرة التي يمكن أن تترتب عن هذا الإجراء، لأنه لو اعتبرنا أن هذه الحالات واردة على سبيل المثال لاتسعت حرية الإدارة في اللّجوء لإجراء التراضي بإضافة حالات أخرى، وهذا ما يمس بالمبدأ العام وهو النداء إلى المنافسة، ومنه عدم المساواة بين المرشحين الذي يعتبر التزاما على عاتق الإدارة، وما يجب التنبيه إليه هو أن المادة 61 سالفة الذكر لم تتم صياغتها بنفس طريقة صياغة المادة 34 فقرة 2 من المرسوم رقم 256/56 المتضمن الشروط العامة لإبرام الصفقات والتي جاء فيها ما يلي: [1]

« La procédure des marchés de gré à gré ne peut être utilisée que dans les cas prévus aux articles 35 et 36 ci-après. »

هنا نلاحظ الفرق، فطريقة صياغة المادة 34 تبين بوضوح أن الحالات مذكورة على سبيل الحصر، وكان من المستحسن أن تكون صياغة المادة 61 مثلا: " **لا يجب على الإدارة إبرام الصفقات بالتراضي إلا في الحالات الآتية فقط**"...

كما نلاحظ أن الحالات المذكورة في المادة 61 تتميز بالتنوع والاحتكار، عدم الحصول على أي عرض، السرية، الاستعجال، طبيعة بعض الخدمات...[2]، بالرغم من أن الحالات السابقة محددة على سبيل الحصر، فإن الواقع العملي سجل العديد من التجاوزات التي تخرق هذه القاعدة، فإجراء المزايدة يعتبر نادر الاستعمال رغم إلزاميته، حيث يقتصر اللجوء إليه عند اقتناء اللوازم العادية، ولكن حتى في هذه الحالة تفضل الإدارة اللجوء إلى المورد مباشرة وإبرام الصفقة معه، وفي صفقات الأشغال أو التوريد الأكثر تعقيدا وتطورا، تفضل الإدارة أيضا اللّجوء إلى إجراء التراضي، وصحيح أن القطاع الاشتراكي من شأنه أن يتوسع واللجوء للمؤسسات العمومية يجب أن يشجّع، لكن لا يجب أن ننسى أن قانون

[1]– Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 portant les condition générales de passation des marchés modifié par le décret n°59-167 du 7 janvier 1959 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat

[2]– قدوج حمامة، **عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر–تحليل ومقارنة**– بحث لنيل درجة الماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة، ص66 .

الصفقات العمومية نص على المنافسة كقاعدة عامة، ويجب على الإدارة أن تبرر اتفاقاتها المباشرة مع المتعاقدين معها."

إن الغطاء القانوني الذي تتمسك أو تختبئ وراءه الإدارة منصوص عليه بموجب المادة61 الفقرة 03،[1] حيث تستعمل بصفة تعسفية هذه الإمكانية، فحالات القوة القاهرة تشكل في مواجهة مؤسسات الرقابة حجة من الصعب التغلّب عليها.

وتعمد الإدارة إلى استعمال حيلة أخرى من شأنها إفشال المنافسة، من أجل الوصول إلى إبرام صفقة عن طريق إجراء التّراضي، فيكفي إدراج إعلان عن المنافسة في الجريدة الرسمية مع تحديد أجل إيداع العروض، وكما نعلم أن نشر هذه الجريدة يكون دائما متأخر ومنه الأجل المفتوح أمام المؤسسات لتقديم العروض يكون قصيرا جدا، حينئذ يمكن للإدارة إعلان أن المناقصة غير مجدية.

إن هذه الممارسة تم التنديد بها من طرف مؤسسات الرقابة التي اشترطت إلزامية نشر الإعلان في جريدة يومية حتى يتم تحقيق أكبر قدر من المنافسة.[2]

ونلمس أيضا التجاوز من خلال النصوص التي تحكم إبرام صفقات حزب جبهة التّحرير الوطني، فقد أ كدت الدارسة التي قام بها الأستاذ الدكتور بن ناجي الشريف في رسالته على أن صفقات الحزب لم تخضع لكل النصوص الواردة في قانون الصفقات90/67 إذ سجّل استخدام إجراء التّراضي على إطلاقه في إبرام صفقات حزب جبهة التحرير الوطني، وتم تأكيده من خلال تحليل بعض النصوص وبدارسة بعض إعلانات طلب العروض المنشورة في الصحافة الوطنية والمتعلقة بصفقات باسم الولاية ولحساب الحزب

[1]– تنص المادة 61 فقرة 03" في حالات الاستعجال القاهرة عندما يكون هناك خطر وشيك الوقوع من شانه أن يضر بأموال مستثمرة في مشروع قائم بعد، ولا يمكن أن يتحمل المهل الخاصة بالالتجاء إلى المنافسة".

[2]– DJAOUI Mohamed. **Le code des marches publics est –il adapté aux taches actuelles de l'administration**, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit public. Université d'Alger Mars 1976. Page 39-40.

والخاصة بأشغال مرتبطة بمقراته، وعليه فإن صفقاته تبرم وفقا لإجراء التراضي فتخضع في هذا المجال لقانون الصفقات العمومية ولا تخضع لنصوص الإبرام الأخرى.

إن أهم ما يمكن استنتاجه من هذا المرسوم هو استبعاد صفقات حزب جبهة التحرير الوطني من الخضوع لقانون الصفقات العمومية، لتختزله في طريقة التراضي التي تعد القاعدة العامة في الإبرام بالنسبة لهذا الحزب دون أن تخضع للرقابة، وهذا يرجع للمكانة التي يحتلها الحزب في النظام السياسي والاقتصادي للدولة خاصة وأن تلك المرحلة عملت على تمجيد الحزب الواحد.[1]

المطلب الثاني: التراضي طبقا للمرسوم 145/82

لقد رأينا سابقا أن الميزة الأساسية للقانون الأول المنظم للصفقات العمومية الصادر بموجب الأمر 90/67 هي أنه يطبق على صفقات الإدارة العمومية وعلى صفقات التجهيزات أو الاستثمار للمؤسسات العمومية،[2] وهذه الميزة تمّ رفضها من قبل مسيري المؤسسات العمومية لأن قانون الصفقات، حسب رأيهم لا يتلاءم مع طبيعة نشاطهم الذي يتطلّب التمتع بالحرية في إبرام العقود، هذا ما دفعهم للمطالبة بوضع قانون صفقات يطبق على الإدارة العمومية، وأخر يخص المؤسسات العمومية " ازدواجية قانون الصفقات.

وبعد عدة جولات ومفاوضات، قامت السلطة السياسية الممثلة في الوزير الأول بالفصل في الأمر عن طريق صدور قرار تحكيمي يقضي بتكريس مبدأ وحدة قانون الصفقات العمومية،[3] وبموجبه صدر القانون الثاني المنظّم للصفقات العمومية المتمثّل في المرسوم 145/82 الموافق لـ 10 أفريل 1982 لينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل

---

[1]– ريم عبيد، **طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المؤسسات الإدارية والدستورية، جامعة تبسه، 2004–2005، ص142–143.

[2]– Pr. BENNADJI Cherif, **La corruption dans les marchés publics.** La revue NAQD n°25. Année 2008. Pages 138-139.

[3]- شريف بن ناجي، المرجع نفسه، ص139.

العمومي، والمطبق على مجمل صفقات القطاع العام بشقيه الإداري والاقتصادي، وهو في حقيقة الأمر القانون الذي تم وضعه واقتراحه من طرف مسيري المؤسسات العمومية.[1]

ومقارنة بالأمر 90/67 نلاحظ أن المصطلحات الرسمية عرفت تغييرا، فقد تم استبدال "**الصفقات العمومية** " الموروثة من النظام القانوني الفرنسي ب"**صفقات المتعامل العمومي**". هذا التغيير اصطحبه تعديل كبير في القواعد الموضوعية المطبقة في إبرام الصفقات، كالإبرام، التنفيذ، الرقابة...، حيث نص المشرّع على كيفيات إبرام صفقات المتعامل العمومي في القسم الأول من الباب الثالث المعنون " بإجراءات اختيار المتعاقد"،[2] وهنا تستوقفنا الملاحظة التي قدمها الأستاذ الدكتور شريف بن ناجي في مرجعه تطور النظام القانوني للصفقات العمومية في الصفحتين 586 و587 المتعلقة بعبارة "**الكيفيات**" و "**الإجراءات**"، فالمشرع تناول الكيفيات والإجراءات في الباب الثالث، فميز بينهما حيث نص على الأولى في القسم الأول وعلى الثانية في القسم الثالث، لكن بالرجوع إلى القسم الأول المكون من09 مواد (26-34) استعمل المشرع في مواده عبارة (**إجراء**)، على العكس من ذلك فإنه في القسم الثالث المكون من 11 مادة (41-51) استعمل في مواده عبارة (**كيفية الإبرام**) حيث أعتبر الأستاذ الدكتور بن ناجي ذلك خلطا في المصطلحات.

ومن خلال المرسوم 145/82المعدل والمتمم، تم تعزيز مكانة إجراء التّراضي بشكل كبير ضمن إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ونلمس ذلك في المادة 26 التي تنص على أنه:"**يبرم المتعامل العمومي صفقاته طبقا للإجراء الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوة للمنافسة**" .

وباستقرائنا لنص المادة، نلاحظ أن إجراء التراضي وضع في نفس المستوى مع إجراء الدعوة للمنافسة، أي أن المشرّع ساوى بين الإجرائين.

---

[1]- شريف بن ناجي، مرجع سابق، ص140.

[2]- الجريدة الرسمية عدد15، المؤرخة في 13 ابريل 1982، مرجع سابق.

فالإدارة مبدئيا لها الحرية الكاملة في اختيار أي من الإجرائين، لأنه تم استعمال" **أو** " التي تعتبر أداة اختيار، والأكثر من ذلك فإن المشرّع بدأ بالنص على إجراء التّراضي ثم الدعوة للمنافسة، لذا يمكن القول بأن إجراء التراضي يعتبر القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية شأنه شأن الدعوة للمنافسة، بل كأن المشرع يعطيه الأولوية في إبرام العقود، وهذه الوضعية دامت 14 سنة، بدء من 1982 إلى1996.

وقد تم تأكيد هذه الفكرة في المادة 43 التي نصت على أنه " **:يعد اللجوء إلى التراضي قاعدة عندما تسند الصفقة لأي متعامل عمومي**". ويرجع السبب في ذلك – أي اعتبار التراضي قاعدة عامة – إلى أن المرسوم 145/82 يعتبر في حقيقة الأمر مشروع القانون الذي تم إعداده من طرف المؤسسات العمومية لتنظيم صفقاتها، إذ كانت تطالب بمبدأ الحرية التعاقدية كونها تعتبر الصفقة العمومية عملا أساسيا للتسيير، ولتحقيق الفعالية يتوجب وجود حرية في التسيير وإقصاء الرقابة التي تعتبر حجر الأساس في قانون صفقات الإدارة العمومية.[1]

الفرع الأول: تعريف إجراء التراضي

تنصّ المادة 27 من المرسوم 145/82 "**التراضي هو إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، ولا تستبعد فيه الاستشارة**".

إن القراءة الأولية للمادة تظهر وجود تناقض في الصياغة، فمن جهة يعرف المشرّع التراضي بأنه إجراء يتم دون الدّعوة للمنافسة، ومن جهة أخرى لا يستبعد الاستشارة التي تعتبر أسلوبا في إقامة المنافسة، لكن بعد التمعن في النص نفهم أن المشرّع حافظ على تطبيق مبدأ المنافسة في إجراء التراضي على أن لا تتم بصفة شكلية، حيث لم يستبعد المنافسة كليا، فمجرد النص على الاستشارة يعني وجود المنافسة، ولكن هذه المنافسة تعتبر

[1] –Cherif BENNADJI,opcit. n°25.p141.

مرنة ومخففة مقارنة مع إجراء الدعوة للمنافسة الذي يتطلب نشرالإعلان، وقد تكون عن طريق وسائل تضمن قدرا من المنافسة كالرسائل المكتوبة، ووسائل الاتصال الأخرى...

غير أن فكرة الاستشارة المرتبطة بالتراضي شكلت صعوبات كثيرة للمتعامل العمومي، إذ كانت أجهزة الرقابة الخارجية للصفقات العمومية تطلب من المتعامل العمومي حين لجوئه لهذا الإجراء تبرير اختياره، بالرغم من عدم تبيان كيفية إجراء هذه الاستشارة.

الفرع الثاني: حالات اللّجوء لإجراء التراضي

إن مقارنة المرسوم 145/82 بالأمر 90/67 يبرز بعض الخلافات المتمثلة فيما يلي:

*طبقا للمادة 41 من المرسوم145/82[1] ، يعد اختيار كيفية إبرام الصفقات من صلاحيات المتعامل العمومي، فله حرية كبيرة في اختيار الإجراء الذي يراه مناسبا بشرط تبرير اختياره عند كل رقابة تمارسها السلطة المختصة،[2] وهذا الشرط لا نجده في الأمر 90/67 .

*نصت المادة 44 من المرسوم 145/82على الحالات التي يلجأ فيها المتعامل العمومي إلى إجراء التراضي، فمن خلال صياغة المادة، نلاحظ أن للمتعامل العمومي سلطة تقديرية واسعة في اللّجوء لهذا الإجراء، كلما رأى أن ذلك يشكل نفعا أكثر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تم تقييد هذه الحرية بإلزام الإدارة اللجوء لإجراء التراضي في ست حالات وهي لا تختلف عن الحالات الواردة في المادة 61 من الأمر 90/67 سالفة الذكر مع إضافة حالة جديدة، هذا التضييق جاء لتعزيز وضعية إجراء التراضي.

وبعد التمعن في طريقة صياغة نص المادة 44 الفقرة الاولى، نلاحظ أن الحالات لم تذكر على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال حيث: "**يلجأ المتعامل العمومي إلى التراضي كلما رأى هذه الكيفية في الإبرام أكثر نفعا، لا سيما في الحالات الآتية ...**"

---

[1]– المادة: 41 يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملائمة للتحقيق الأهداف المسندة للمتعامل العمومي في إطار مهمته، اختيار كيفية ابرم الصفقات .

[2]– المادة :42 يجب على المتعامل العمومي أن يعلل اختياره أثناء كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة.

بمعنى أنه إذا رأى المتعامل العمومي أن اللّجوء لإجراء التراضي يكون أكثر نفعا في حالة معينة لم يتم النصّ عليها في المادة 44، يمكنه اللّجوء إليه.

فلوكان المشرع يقصد اللجوء لإجراء التراضي حصريا في هذه الحالات، لكان يستحسن صياغة المادة بطريقة أخرى مثلا: "**يلجأ المتعامل العمومي إلى التراضي كلما رأى هذه الكيفية في الإبرام أكثر نفعا وذلك في الحالات التالية فقط**"....

* مقارنة بالمادة 61 من الأمر 90/67 التي نصت على ست حالات، نجد أن المادة 44 من المرسوم145/82 أضافت حالة جديدة يمكن فيها اللّجوء لإجراء التراضي، والمتمثّلة في إسناد الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة.

الفرع الثالث: التّعديل الحاصل بموجب المرسوم 51/84 [1]

صدر المرسوم رقم 51/84 الموافق ل 25 فيفري 1984 المعدل والمتمم للمرسوم 145/82المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث عدلت المادة الثانية من المرسوم51/84 المقطع الثاني من المادة 27 من المرسوم 145/82:..... "**ولا تستبعد فيه الاستشارة** " كالآتي "**:يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الشكليات الأخرى**".

من خلال المادة 02 سالفة الذكر، يتبين أن المشرّع الجزائري لأول مرة ميز في إجراء التّراضي بين شكلين، التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة.

مع العلم أن المشرع أبقى المادة 27 من المرسوم 145/82 الفقرة الأولى دون تعديل " **التراضي هو إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة**" من قراءة هاتين الفقرتين، منطقيا يفهم من التراضي البسيط أنه إبرام الصفقة دون اللّجوء إلى

[1]– المرسوم رقم 51/84، الموافق25 فبراير1984، يعدل ويتمم المرسوم 145/82، المؤرخ في10 أبريل1982، الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد09، المؤرخة في 28 فبراير1984.

إقامة المنافسة[1]، بينما التراضي بعد الاستشارة، عرفه وبين أنه يتم باللّجوء إلى إقامة المنافسة من خلال اشتراط الاستشارة، التي بين أنها تتم بكل الوسائل المكتوبة دون الشكليات الأخرى المعقّدة التي قد نجدها في طلب العروض كالإشهار، لأن الاستشارة تعتبر شكلا من أشكال المنافسة ومنه الاستشارة المشترطة هنا مخففة.

لكن إذا فهمنا أن التراضي البسيط يتم دون اللجوء إلى إقامة المنافسة، فهذا يتعارض مع مضمون الفقرة الأولى من المادة 27 التي لم تعدل وجاء فيها... " **دون الدعوة الشكلية للمنافسة** "... وتبين أن إجراء التراضي – مجملا دون تحديد شكل معين من شكليه– يتوفر على المنافسة، أي غير معفى من إقامة المنافسة، وإنما الإعفاء يخص الإجراءات الشكلية للمنافسة أي الإشهار، لهذا كان على المشرع صياغة المادة 27 الفقرة الأولى بطريقة تبين أن اللّجوء للمنافسة غير الشكلية لا يضم التراضي البسيط، أي تحديد شكل التراضي المقصود دون ذكر"**التراضي**" عموما الذي من شأنه أن يضم الاثنين، البسيط وبعد الاستشارة.

إن الملاحظات السابقة تفرض علينا طرح التساؤل التالي، فإذا كان التراضي بشكليه يخضع للمنافسة، فما هو الفرق بينهما؟

رغم هذا التعديل الحاصل بموجب المرسوم 51/84،[2] إلا أنه لم يغير من وضعية إجراء التراضي، إذ بقي يعتبر قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية إلى جانب الدعوة للمنافسة.

أن المرسوم 51/84 المعدل والمتمم، نص على شكلين للتراضي، التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، إلاّ أنه لم يعط الأول حقّه، بل اقتصر على ذكره دون تعريفه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تم تعديل المادة 27 دون المادة 44 التي بقيت على حالها، فلم يبين المشرّع الحالات التي يتم اللّجوء فيها لكلا الإجرائين، والسؤال الذي نطرحه، أي شكل

---

[1]–يقابله في التشريع الفرنسي صفقة التفاوض دون الدعوة للمنافسة Le marché négocié sans mise en concurrence

[2]–الجريدة الرسمية، عدد 09، المؤرخة في 28 فيفري 1984.

من أشكال التّراضي يتم اللجوء إليه في حالة تحقّق حالة من حالات المادة 44، هل التراضي البسيط؟ أم التراضي بعد الاستشارة؟

على غرار القوانين المنظّمة للصّفقات العمومية السابقة الأمر 90/67 والمرسوم145/82 المعدل والمتمم، لم يبين المشرع الجزائري كيفية سير إجراء التّراضي، أي كيفية التّفاوض مع المرشحين، وحتى في القوانين اللاّحقة، وإنما ترك ذلك للواقع العملي ولحرية الإدارة كما تم توضيحه سابقا.

المطلب الثالث: التراضي في المرسوم التنفيذي 434/91

إن صدور هذا القانون جاء بعد ثلاث سنوات من صدور القوانين الشهيرة لسنة 1988المتعلّقة باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية، ومنه عدم إلزامية خضوعها لقانون الصفقات العمومية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه تم صدوره في شكل مرسوم تنفيذي رقم 434/91 الموافق لـ 09 نوفمبر 1991،[2] أهم ما جاء فيه الرجوع إلى الاصطلاح الكلاسيكي "**الصفقات العمومية**" بدلا من اصطلاح "**صفقات المتعامل العمومي**".

الفرع الأول: حالات اللجوء لإجراء التراضي

الملاحظ أن القواعد الموضوعية للمرسوم التنفيذي 434/91 قريبة جدا من المرسوم 145/82 فيما يتعلّق بالّتراضي فكلا القانونين متطابقين باستثناء نقطتين:

– نص المرسوم التنفيذي 434/91 في المادة 40 على 5 حالات للجوء لإجراء التراضي بينما المرسوم 145/82 نص على ست حالات.

– تنص المادة 39 على أن لجوء الإدارة للتراضي لا يعفيها من القيام بشكليات الاستشارة لكن لم يبين هل هذا يخص كلا من التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة؟ أم يقتصر على أحدهما؟

[1]– القانون التوجيهي رقم 01/88 المتعلق بالشركات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي 1988 نص في مادته 59 بإقصاء صفقات هذه الشركات من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية.

[2]– الجريدة الرسمية عدد 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991.

على العموم احتفظ إجراء التراضي بمكانته كقاعدة عامة في ظل هذا المرسوم التنفيذي 434/91 إلى غاية سنة 1996.

بموجب صدور المرسوم التنفيذي54/96 الموافق لـ 22 جانفي 1996 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 434/91 الموافق ل 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، تراجع إجراء التراضي من مكانته كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية إلى وضعيته الابتدائية كإجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في ظل الأمر 90/67، حيث من بين التعديلات التي طرأت على المرسوم التنفيذي 434/91 فيما يخص إجراءات التراضي، مانصتّ عليه المادة22 من المرسوم التنفيذي 54/96 على أنه " **تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو إجراء التراضي**".

إن هذه المادة تؤكد أنه بموجب هذا التعديل عاد إجراء التراضي إلى الوضعية التّي كان عليها من قبل، وهي أنه إجراء استثنائي.

كما عدّلت المادة من 24 من المرسوم التنفيذي 54/96 المادة 23 من المرسوم التنفيذي434/91، وذلك بإضافة فقرة ثالثة لها "..**وإجراء التراضي البسيط هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود، لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المحددة في المادة 40 من هذا المرسوم**".[1]

من خلال هذه الفقرة أزال المشرّع الغموض الذي كان يحيط بالتراضي البسيط، حيث بين أنه قاعدة استثنائية لإبرام العقود، لأن المنافسة منعدمة فيه، لكن لم ينص على ذلك صراحة، وإنما يستنتج من مضمون الفقرة، عكس المشرّع الفرنسي الذي بين ذلك صراحة، وهذا ما يعكس خطورته المتمثّلة في عدم احترام الإدارة لمبدأ المساواة بين المرشحين والمنافسة بينهم.

1- المادة 24 من المرسوم التنفيذي 54/96 المعدل والمتمم، المؤرخ في 22 يناير1996، الجريدة الرسمية عدد06، المؤرخة في 24 يناير 1996.

لكن المشرّع تفطّن لذلك، حيث منع الإدارة من اللّجوء إليه إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 40 المذكورة على سبيل الحصر.. "**:لا يمكن اعتمادها بالخصوص إلا في الحالات المحددة في المادة 40 من هذا المرسوم**[1]".

إذن لا يحقّ للإدارة اللّجوء للتراضي البسيط خارج هذه الحالات، فحريتها مقيدة وليس لها سلطة تقديرية واسعة.

لكن وبالرجوع إلى المادة 40 المعدّلة " **:تلجأ المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط ...(الباقي بدون تغيير)**، نلاحظ أن المشرّع أبقى على صياغة المادة 40 على مثل ما كانت عليه في المرسوم 145/82 والمرسوم التنفيذي 434/91 المعدل والمتمم، وقد بين سابقا أن صياغة المادة لا تبرز أن الحالات مذكورة على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، كونها تعطي للإدارة الحرية في اختيار اللّجوء للإجراء من عدمه، "**يلجأ ...إلى التراضي كلما رأى هذه الكيفية في الإبرام أكثر نفعا** ..."، فكان يجدر بالمشرّع إعادة صياغتها لتتماشى ومضمون المادة 24 فقرة03.

أما بالنسبة لإجراء التراضي بعد الاستشارة، فإن المشرّع لم ينص على حالات اللّجوء إليه كما هو الحال بالنسبة للتراضي البسيط.

المطلب الرابع: التراضي قي المرسوم الرئاسي250/02

نظرا لسد النقائص والثغرات الموجودة في المنظومة السابقة المتمثّلة في المرسوم التنفيذي434/91 المعدل والمتمم، تبنى المشرع قانونا جديدا ينظم الصفقات العمومية وهو المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، حيث أدخل عدة تعديلات وتغييرات على مستويات عديدة مست أحكام وإجراءات تنظيم الصفقات العمومية، حيث كان من بين الأهداف التّي يسعى إلي تحقيقها المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم هي:

- توسيع مجالات الرقابة على الصّفقات العمومية.

[1]– المادة 40 من المرسوم التنفيذي 54/96 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

- إضفاء الشفافية والمساواة في مجال المنافسة على الصفقات العمومية.
- ضمان نجاعة الإنفاق العمومي.
- حماية المتعامل المتعاقد.

إن أهم مستجدات المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، التي تخص حالات اللجوء لإجراء التراضي المنصوص عليها في المادتين37 و38، فعكس المرسوم التنفيذي54/96 [1] أين تم النص على حالات اللجوء لإجراء التراضي البسيط دون التراضي بعد الاستشارة،[2] فإن المرسوم 250/02 المعدل والمتمم، فرق بين الشكلين، وبين حالات اللّجوء لكل منهما على حدا.

الفرع الأول: حالات اللجوء للتراضي

سنتطرق للاختلاف الوارد في الحالات الموافقة لكل شكل من أشكال التراضي.

أولا: حالات اللّجوء للتراضي البسيط

تنصّ المادة 37 من المرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمتمم، على الحالات التي يتم من خلالها اللّجوء لإجراء التراضي البسيط، ومن خلال صياغة هذه المادة يتبين أن هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر، وهو ما أكدته المادة 22 فقرة 03 التي بينت "...**إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية....لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة37** ."

إن هذه المادة نصت على 04 حالات مقارنة مع المادة 40 من المرسوم التنفيذي 54/96 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 434/91 التي نصت على 05 حالات، حيث لم يتم النص على الحالة المتعلّقة بعدم جدوى المناقصة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ومقارنة بالمادة 40 سابقة الذكر، فإن المادة 37 قيدت من حرية المصلحة المتعاقدة في

[1]- الجريدة الرسمية عدد06، المؤرخة في 22 يناير 1996.

[2]- المادة 40 من المرسوم التنفيذي434/91 المعدلة: "تلجا المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط كلما ترى إن هذه الكيفية في الإبرام أكثر نفعا لاسيما في الحالات التالية....

اللّجوء للتراضي البسيط، فالحالات جاءت بمفهوم ضيق، أي أن الإدارة لا تتمتّع بالسلطة التّقديرية الواسعة في تقدير مدى توفّر الحالات كما كانت عليه في المرسوم التنفيذي54/96 والتي سنتطرق إليها كما يلي:

– بالنسبة لحالة الاستعجال الملح المعلّل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار[1]، كان يمكن للإدارة في المادة 40، وبمجرد تقدير توّفر حالة الاستعجال، اللجوء إلى التراضي البسيط، ومنه إمكانية تعسفها في استعمال سلطتها، غير أنه بموجب التّعديل تم تضييق هذا المجال فتحّقق الاستعجال لا يكفي للجوء للتراضي، وإنما يشترط عدم إمكانية المصلحة المتعاقدة التنبؤ بالظّروف المسببة لهذا الاستعجال، وأن لا يكون لها يد في تحققه، أي ناتج عن ممارسات احتيالية، بالإضافة إلى إلزامية تبرير خيارها عند كل رقابة.

– صياغة المادة 40 في حد ذاتها كانت توحي بالحرية الكبيرة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة المتمثّلة في إمكانية اللجوء للتراضي البسيط، كلما رأت ذلك أكثر نفعا التي نصت على أنه: "**تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط، كلما ترى أن هذه الكيفية أكثر نفعا...**"وهو الشيء الذي ألغي في المرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمتمم.

– المطّة الثالثة المتعلقة بالتّموين المستعجل المخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية[2]، جاءت صياغتها عامة، فأصبحت بذلك تقبل التفسير الواسع، حيث لم يبين المشرّع درجة الاستعجال التّي تستوجب لتحقّق الحالة، ومنه إمكانية تعسف المصلحة المتعاقدة في تقدير توفرها.

ونظرا لأهمية هذا الإجراء من جهة، وخطورته من جهة أخرى كونه قاعدة استثنائية، كما أنه قد يمسّ بالمبادئ العامة للصفقات العمومية، أخضعه المشرّع إلى وجوب الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

ثانيا: حالات اللجوء للتراضي بعد الاستشارة

[1]– المادة 37 فقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، ج ر عدد52، لسنة 2002.

[2]– المادة 37 فقرة الثالثة من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

نصت المادة 38 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، على الحالات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء فيها للتراضي بعد الاستشارة، والمتمثّلة في حالتين:

-عدم جدوى الدعوة للمنافسة[1]، والتّي تعتبر الحالة التّي كانت موجودة في المادة 40 التي تم إلغاؤها.

-بالنسبة لصفقات الدارسات واللّوازم والخدمات الخاصة، التي لا تستلزم طبيعتها اللّجوء إلى مناقصة[2].

الحالة الأولى المتمثلة في " عدم الجدوى " جاءت بصياغة موسعة، فالمشرع لم يبين متى تعتبر المنافسة غير مجدية، هل عند عدم تسلّم أي عرض؟ أم عند تسلم عروض غير مطابقة لدفتر شروط المناقصة؟ هذا ما قد يجعل السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة واسعة في تقرير تحقّق هذه الحالة، ومنه المساس بمبدأ المساواة بين المرشحين.

وبالنسبة للحالة الثّانية، بين المشرّع أنه سيتم تحديد قائمة الدارسات، الخدمات واللّوازم التي لا تحتاج بحكم طبيعتها اللجوء للمنافسة عن طريق قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني، الشيء الذي لم يتم إلى غاية إلغاء هذا المرسوم الرئاسي بموجب المرسوم الرئاسي الأخير 236/10 المعدل والمتمم .

من جهة أخرى، نلاحظ أن صياغة المادة 38 عكس المادة 37 لا تدل على أن هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر.

[1]- المادة 38 الفقرة الأولى من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[2]- المادة 38 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

الفرع الثاني: أهم التعديلات الواردة على المرسوم الرئاسي 250/02

طرأ على المرسوم 250/02 تعديلان، الأول بموجب المرسوم الرئاسي301/03 الموافق11سبتمبر2003[1]،والثاني بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 الموافق 26 أكتوبر2008 [2]، وسنتطرق إلى النقاط التي تخص إجراء التراضي التي شملها التعديل.

أولا: المرسوم الرئاسي 301/03

الأحكام التي تخصّ إجراء التّراضي التي شملها التعديل، تقتصر على شكل التراضي بعد الاستشارة، حيث تم تعديل المادة 05 من المرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمتمم، من خلال المادة 02 من المرسوم الرئاسي 301/03، حيث اشترط المشرّع الجزائري بموجبها على الإدارات إلزامية اللّجوء إلى الاستشارة لانتقاء أحسن عرض، فيما يخص الطّلبات التي يقل مبلغها عن العتبة القانونية المخصصة للصفقات العمومية.

ولفهم هذا التغيير، يجدر التّذكير بالقاعدة التي تحكم الصفقات العمومية، والمتمثلة في أن كل الطّلبات التي يفوق مبلغها العتبة القانونية يستوجب إبرام صفقة عمومية، ومنه الخضوع لقانون الصفقات العمومية، أما إذا كان مبلغها يساوي أو يقل عن العتبة المحددة فسنكون إما أمام شراء بناءا على فواتير أو أشغال بناء على مذكرات.

والواقع العملي في الجزائر، أوجد تسمية غريبة هي "**الاتفاقية** التي تمثّل الطّلبات التّي يقل مبلغها أو يساوي العتبة المحددة قانونا للصفقات العمومية.

والهدف من تعديل 2003، هو إخضاع هذه الاتفاقات إلى الاستشارة، ومنه يمكن القول أن هذا التّعديل من شأنه توسيع مجال إجراء التراضي بعد الاستشارة المنصوص عليه

[1]- الجريدة الرسمية عدد 55، المؤرخة في 14 سبتمبر 2003.

[2]- الجريدة الرسمية عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر 2008.

في المادة 22 من المرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمتمم، على كل الطّلبات العمومية التي يقل مبلغها عن العتبة المحددة قانونا.[1]

إذن ابتداء من سنة 2003، لم يعد هناك وجود للشراء بناء على فواتير أو أشغال بناء على مذ كرات (الاتفاقات)، وإنما التراضي بعد الاستشارة فقط، أي أن توسيع مجال التّراضي بعد الاستشارة من شأنه تضييق مجال الاتفاقات التي كانت تلجأ إليها الإدارة سابقا للتهرب من قيود قانون الصّفقات العمومية.

وعندما نتمعن في إجراء التراضي بعد الاستشارة، يتبين لنا أننا أمام تراضي زائف لأن الاستشارة تعتبر شكلا من أشكال إقامة المنافسة، ومنه فإن التّساؤل الذي يطرح، هل يمكن اعتبار التراضي بعد الاستشارة شكلا من أشكال المناقصة؟ كون هذه الأخيرة تتضمن الاستشارة الانتقائية من بين أشكالها؟

هذا يقودنا إلى التأكيد على أنه لا يوجد اختلاف من حيث الطّبيعة بين التّراضي بعد الاستشارة والمناقصة، وإنما اختلاف من حيث الدرجة.[2]

بالإضافة إلى تعديل المادة 38 من المرسوم250/02المعدل والمتمم، التي شملت حالة جديدة يمكن اللّجوء من خلالها لإجراء التراضي بعد الاستشارة، والمتمثّلة في العمليات المنجزة في إطار الاتفاقات الثّنائية المتعلّقة بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، شرط أن تنصّ اتفاقات التّمويل على ذلك.

ثانيا: المرسوم الرئاسي08 /338

اقتصر المرسوم الرئاسي338/08 في تعديله المتعلق بإجراء التراضي، على التراضي بعد الاستشارة أيضا، حيث تمت إضافة حالة جديدة للحالات المنصوص عليها في المادة 38من المرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمتمم، والتي تنص على أنه:

"....**بالنسبة لصفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية.**

[1]– بن ناجي الشريف، مرجع سابق، ص148.

[2]– بن ناجي الشريف، مرجع نفسه، ص 149.

تحدد قائمة هذه الدارسات واللوازم والخدمات والأشغال بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني أو سلطة المؤسسة الوطنية السيادية المعنية[1]"..

من جهة أخرى إذا تمعننا في صياغة المادة 38، وبالضبط الحالة الأولى المتمثلة في عدم جدوى المنافسة، نلاحظ أن المشرّع تمم هذه الحالة، وذلك بالتّحديد الدقيق لمقصود عدم الجدوى، الشيء الذي لم يكن في المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم، واعتبر ثغرة لأنه جعل للإدارة الحرية في تقدير تحقّق هذه الحالة، ومنه المساس بمبدأ حرية المنافسة.

لكن الصياغة التي استعملها المشرّع في ذلك لم تكن صائبة، فصياغة النص باللّغة العربية..." :**عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية، أو عند عدم تسلم أي عرض أو إذا كانت العروض المستلمة بعد تقييمها، غير مطابقة لدفتر شروط المناقصة، أو لعدم بلوغها حد التأهيل الأولي** "... إن المشرّع في هذه الحالة بين متى تعتبر المنافسة غير مجدية، لكنه استعمل في الصياغة " **أو** "التي تعتبر أداة اختيار، فكان يستحسن لولم يوظّف هذه الأداة، لان ما يأتي بعدها يبين متى تتحقّق حالة عدم الجدوى وليس الخيار، في حين جاء النص باللّغة الفرنسية أكثر وضوحا.

ومنه تتحقّق عدم الجدوى بتوفر إحدى الحالات الثلاث:

1- عدم تسلّم أي عرض.

2-عدم مطابقة العروض المستلمة لدفتر شروط المناقصة.

3-عدم بلوغ العروض حد التأهيل الأولي.

إن الجديد الذي ورد في المرسوم الرئاسي338/08 مس جميع الصفقات العمومية بما فيها صفقات التراضي، والمتمثّل في المادة 02 مكرر، التي اشترطت إلزامية مراعاة الصّفقات العمومية لمبادئ المنافسة الحرة المتمثلة في حرية الوصول للطّلبات العمومية،

[1]- الجريدة الرسمية عدد47، قرار وزاري مشترك، الموافق أول غشت 2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لاستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، أي تم إدراج المنافسة صراحة في قانون الصفقات العمومية.

المطلب الخامس: التراضي في ظل المرسوم الرئاسي236/10

إن صدور المرسوم الرئاسي236/10 الموافق ل07 أكتوبر 2010 [1] المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، يمثّل إعادة صياغة للمرة الخامسة لمنظومة الصفقات العمومية منذ الاستقلال، متأثرا بالاتجاهات العالمية والمعايير الدولية من جهة، والأزمة الاقتصادية من جهة أخرى، فأدمج في مقتضياته القضايا الحساسة مثل :الفساد، تدابير تثبيت الاقتصاد الوطني كهامش الأفضلية، إلزامية الاستثمار بالنسبة للصفقات الدولية في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون,.....[2]، بالإضافة إلى التعديلات التي مست إجراء التراضي.

حيث نجد أن المشرع عرف التراضي في المادة 27 منه بأنه "**إجراء تخصيص لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة..**[3]" ، وهو نفس التعريف إلا أنه جاء أكثر توضيحا وأكثر تخصيصا لفكرة التراضي، حيث وسع في توضيح الإجراءات المختلفة للتراضي وأشكاله، وكذا إحالة المادة 27 منه إلى المواد24 و43 والحالات التي يجب اللجوء إليها في التراضي بشكليه، وذلك بإضافة فقرة ثالثة تنص على أنه... :**يخضع تخصيص صفقة وفقا لإجراء التراضي بعد الاستشارة أو التراضي البسيط، في الحالات المنصوص عليها في المطتين الرابعة والسادسة من المادة 43 أدناه، إلى أحكام المادة24 من هذا المرسوم**".

فالمادة 24 المذكورة أعلاه، تتعلّق بالصفقات الدولية، حيث أصبح يشترط على المتعهد الأجنبي الذي يريد المشاركة في إبرام الصفقات العمومية، أن يتضمن عرضه التزاما

[1]– الجريدة الرسمية عدد58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010 .

[2]– المادة 23 و24 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[3]– المادة 27 المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم، مرجع نفسه.

بالاستثمار في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون وإلا رفض عرضه.

وبالنسبة لنموذج الالتزام بالاستثمار، تم تحديده بموجب قرار وزير المالية الصادر في 28 مارس 2011[1].

الفرع الأول: حالات اللّجوء لإجراء التراضي

أولا: التراضي البسيط

بالإضافة إلى الحالات السابقة، أضافت المادة 43 حالتين جديدتين يمكن من خلالها اللّجوء لإجراء التراضي البسيط[2] وهي:

– في حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة الوطنية، تحدد قائمة هذه المؤسسات بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني.

– عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

وبالنسبة للحالة الثالثة المتعلّقة بالتّموين المستعجل، تم تكملتها وذلك باشتراط ألاّ تكون الظّروف التي استوجبت الاستعجال متوقّعة من طرف المصلحة المتعاقدة، أو نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وبهذا يتم تقييد حرية الإدارة في اللّجوء لهذه الحالة.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

إن المادة 44 والتي تنص عن التراضي بعد الاستشارة، فإنها أدخلت تغييرا ملحوظا على هذا الإجراء يتمثل فيما يلي:[3]

[1]– الجريدة الرسمية عدد24، المؤرخة في 20 افريل 2011.

[2]– المادة 43 من المرسوم 236/10 المعدلة والمتممة بالمرسوم 23/12 المؤرخ في18 جانفي 2012.

[3]– المادة 44 من المرسوم 236/10 المعدلة والمتممة بالمرسوم 23/12، مرجع نفسه.

–بالنسبة للمطة الأولى المتعلّقة بحالة عدم جدوى المنافسة، يوجد اختلاف مقارنة بالمرسوم الرئاسي250/02 المعدل والمتمم، فعوضا عن ذكر ثلاث حالات تتحقق من خلالها حالة عدم الجدوى، ذكرت حالتان هما:

*استلام عرض واحد.

*التّأهيل الأولي التّقني لعرض واحد فقط.

وبينت نفس المادة، أنه في حالة إلغاء الإجراء أو عندما تكون المبالغ مفرطة، لا يمثل ذلك حالات لعدم الجدوى وعلى المصلحة المتعاقدة إعادة الإجراء.

– كما بينت أنه في حالة تحقّق عدم الجدوى، تستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر شروط المناقصة[1]، باستثناء:

*كفالة التعهد.

*كيفية الإبرام.

*إلزامية نشر إعلان المنافسة.

أي أنها غير ملزمة بنشر الإعلان عن إجراء التراضي، وهذا يمس بمبدأ حرية المنافسة في الصّفقات العمومية الذي نصت عليه المادة 03 من هذا المرسوم.

– توضيح كيفية إقامة الاستشارة، الشيء الذي لم يتم النص عليه في أي قانون من قوانين الصفقات العمومية السابقة حيث:

* تتم الاستشارة عن طريق إرسال المصلحة المتعاقدة لرسالة استشارة للمتعهدين، لكن لم يتم النص في المادة 44 على ما يجب أن تحتويه هذه الرسالة من بيانات، غير أنه بالرجوع للمادتين47 و48 نجد أنه تم تحديد الوثائق المتعلقة بالتراضي بعد الاستشارة التي توضع تحت تصرف المرشحين وتحتوي على جميع المعلومات الضرورية، التي تمكنهم من تقديم تعهدات مقبولة، هذا ما يضمن منافسة عادلة بينهم.

[1]–عمار بوضياف، مرجع سابق، ص201.

* فرضت المادة 44 على المصلحة المتعاقدة، استشارة كل المتعهّدين الذين استجابوا للمناقصة، بالإضافة إلى03 متعاملين اقتصاديين مؤهلين على الأقل، إلاّ في حالة الاستثناء المبرر، لكن لم يبين المشرّع متى يكون الاستثناء مبررا، الأمر الذي يبقي للإدارة الحرية في استشارة من تريد إذا أثبتت أنها أمام حالة استثناء مبرر[1].

* وفي مجال الرقابة، نصّت المادة أيضا على إلزامية خضوع دفتر الشروط قبل الشروع في الاستشارة لرقابة لجنة الصفقات المختصة، للحصول على التأشيرة كي تتمكن المصلحة المتعاقدة من اللجوء للتراضي بعد الاستشارة، هذا ما وضحته المادة05 من المرسوم 118/11 المتضمّن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات:[2]..." **وبهذه الصفة، تكلف اللجنة في حدود اختصاصاتها، على الخصوص بما يأتي- .... :الدراسة والمداولة والفصل في جميع مشاريع دفاتر شروط المناقصات والتراضي بعد الاستشارة، ومشاريع الصفقات والملاحق** ،"....

* ونصت أيضا على إمكانية مطالبة لجنة تقييم العروض من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم كتابيا، بتقديم توضيحات أو تفصيلات تتعلّق بعروضهم أو استكمالها، وذلك بالنسبة للعروض المطابقة لدفتر الشروط.

* إلزامية نشر المنح المؤقت للصفقة في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 148-136-146-147 من المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أوفي الصحافة، هذا ما يتماشى مع مبدأ الشفافية في الإجراءات، الشيء الذي لم يكن موجودا في القوانين السابقة.

* إمكانية الطعن، إذ يحق للمتعهد الذي عارض اختيار المصلحة المتعاقدة، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل10 أيام من تاريخ نشر المنح المؤقت للصفقة، التي

---

[1]- سحنون سمية، **إجراءات التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، فرع قانون أعمال، 2012-2013، ص66.

[2]- الجريدة الرسمية عدد 16، المؤرخة في13 مارس2011.

تصدر رأيا في أجل15 يوما، ابتداء من انقضاء أجل10 أيام، ويبلغ للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.[1]

الفرع الثاني: التعديل الوارد بموجب المرسوم الرئاسي 98/11

نظرا للضجة الكبيرة التي أحدثها المرسوم الرئاسي 236/10 بموجب الأحكام الجديدة التي جاء بها، خاصة الالتزام بالاستثمار في إطار شراكة بالنسبة للمتعاملين الأجانب، هامش الأفضلية...، والصعوبات التي واجهت تطبيقها، تم تعديل وتتمّة بعض أحكامه بموجب المرسوم الرئاسي98/11 الموافق ل01 مارس2011،[2] وتضمن هذا الأخير04 مواد، وقد شمل التعديل نقطتين:

أولا: المادة 24 المتعلقة بالالتزام بالاستثمار

أن المادة02 من المرسوم الرئاسي98/11 عدلت وتممت المادة24 من المرسوم الرئاسي236/10، فكانت المادة24 تنص على إلزامية نص دفاتر الصفقات الدولية على إلزامية الاستثمار في إطار شراكة بالنسبة للمتعاملين الأجانب، بالنسبة لكل أنواع الصفقات العمومية دون أي شرط، وذلك تحت طائلة رفض العرض، بالإضافة إلى عقوبات مالية والمنع من المشاركة في الصفقات العمومية، في حالة الإخلال بهذا الالتزام.

غير أنه بموجب المادة02 من المرسوم الرئاسي 98/11، تم إرساء نوع من المرونة في تطبيق الالتزام بالاستثمار، وذلك بترك حرية اختيار المشاريع الخاضعة لإلزامية الاستثمار وطبيعة الاستثمار حسب الحالة، إمّا للسلطة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلّة أو الوزير المعني أو مجلس مساهمات الدولة، وذلك بموجب مقرر، فلم يعد الالتزام بالاستثمار يطبق بشكل ألي في الصفقات الدولية، وإنما مرتبطا بشروط.

[1]- المادة 114 من المرسوم الرئاسي236/10 المعدلة والمتممة بالمرسوم 23/13، مرجع سابق.

[2]- المرسوم الرئاسي 98/11 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

ثانيا: المادة 27 المتعلقة بإجراء التراضي

كما سبق التطرق له فإن المادة27 من المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم، أضافت فقرة ثالثة نصت من خلالها على أن صفقات التراضي تخضع لالتزام الاستثمار المنصوص عليه في المادة 24 بالنسبة للمتعهّدين الأجانب في الصفقات الدولية مهما كان شكله، أي التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط بالنسبة لحالتي، مشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وإذا تعلّق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

والمادة03 من المرسوم الرئاسي 98/11 عدلت المادة 27 الفقرة الثالثة، وذلك بعدم إخضاع صفقات التراضي البسيط لأحكام المادة24 من المرسوم الرئاسي236/10المعدل والمتمم، أي عدم تطبيق فكرة الالتزام بالاستثمار بالنسبة للصفقات الدولية المبرمة عن طريق إجراء التّراضي البسيط مع المتعهد الأجنبي.

ويمكن القول أن هذا التّعديل كان في محلّه، لأن حالات التّراضي البسيط خاصة واستثنائية نظر لطبيعة المتعهد في حد ذاته وإما لطبيعة الصفقة، ومنه ونظرا لعدم التكافؤ بين الطّرفين وحاجة المصلحة المتعاقدة الملحة لتنفيذ بعض المشاريع المهمة، التي لا يمكنها تحقيقها إلاّ على يد متعامل أجنبي، فإنه لم تكن لها القدرة على فرض شروطها ومنه اشتراط الالتزام بالاستثمار، الذي أصبح لا محل له في هذه الحالة، كونها من بحاجة إليه وليس العكس(مثلا حاله متعهد يحتلّ وضعية احتكارية أو يمتلك الطّريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة).[1]

أما فيما يخصّ التّراضي بعد الاستشارة، فيبقى خاضعا لأحكام المادة 24 من هذا المرسوم الرئاسي باستثناء الصفقات الخاصة بالمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

حيث حدد القرار الوزاري المشترك الصادر في01 أوت2011،[2] قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، وتم النص عليها في المادة

[1]– سحنون سمية، مرجع سابق، ص68.

[2]– الجريدة الرسمية عدد47، المؤرخة في 21 أوت 2011.

44 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، باعتبارها حالة من حالات اللجوء لإجراء التراضي بعد الاستشارة، وتنص المادة 02 من هذا القرار على أنه " **:تحدد قائمة صفقات الخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، كما يأتي:**

–**طبع وإنجاز سجلات الحالة المدنية** "..... وتم تحديد قائمة مطبوعات وسجلات الحالة المدنية المعنية في ملحق هذا القرار.

الفرع الثالث: التعديل الحاصل بموجب المرسوم الرئاسي 23/12

نظرا للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، أصبحت المنظومة القانونية للصفقات العمومية تتغير باستمرار، فتم تعديل المرسوم الرئاسي236/10 للمرة الثالثة بموجب المرسوم الرئاسي 23/12،[1] الذي شمل عدة مواد، وهوما اعتبرته الأستاذة عكرون غير مفهوم وغير طبيعي، وأضافت أيضا أن 35 % من نصوص قانون الصفقات العمومية تم تعديلها في2012،[2] ومن بين هذه التعديلات التي طرأت خاصة على التراضي هي:

أولا : التراضي البسيط

إن المادة 06 من المرسوم الرئاسي23/12 عدلت وتممت أحكام عدة مواد من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، من بينها المادة 43 المتعلقة بالتراضي البسيط .

فبعد أن كانت المادة 43 تحتوي على 06 حالات حصرية يمكن من خلالها اللّجوء إلى إجراء التّراضي البسيط المذكورة سابقا، تم إضافة حالات جديدة بموجب المادة 06 التي سنذكرها بنوع من التفصيل كما يلي:

1– عندما تنفّذ الخدمات في إطار أحكام المادة 07 من هذا المرسوم، بمعنى أنه يمكن الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام صفقة عن طريق إجراء التراضي البسيط، وذلك في حالة وجود خطر يهدد استثمار أو ملك المصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي بشرط أن يرخص

[1]– الجريدة الرسمية عدد04، المؤرخة في 26 يناير 2012.

[2]- Selon Mme AKROUN, Journal El Moudjahid.

ذلك حسب الحالة إما الهيئة الوطنية، أو الوزير أو الوالي المعني بموجب مقرر معلّل،[1] وأن يتم إعداد صفقة تسوية خلال 06 أشهر ابتداء من تاريخ التّوقيع على المقرر.

2- في حالة تنفيذ خدمات بصفة إستعجالية، لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصّفقات العمومية، بشرط ألاّ يكون للمصلحة المتعاقدة أي دخل في ذلك، أي عدم إمكانية توقّعها للظّروف المسببة للاستعجال أو أن يكون هذا الأخير ناتجا عن مناورات من طرفها، وبعد الحصول على الموافقة المسبقة في اجتماع الحكومة[2].

وبالرغم من أن المشرّع قيد نوعا ما حرية المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة، إلاّ أنه لم يبين نوع الخدمات التي لا تتلاءم طبيعتها مع أجال إجراءات إبرام الصفقات من جهة، ومن جهة أخرى، أستعمل المشرّع عبارة" **أجال إجراءات إبرام الصفقات** "مع العلم أنه يوجد نوعان من إجراءات إبرام الصفقات العمومية، المناقصة كقاعدة عامة والتراضي, فماذا يقصد المشرّع بصيغة الجمع؟ المناقصة أم إجراء أخر؟ إذ المتعارف عليه هو أن المناقصة هي التّي تحتوي على أجال طويلة مقارنة بالتراضي.

3- فيما يخص الحالة المتعلّقة بعدم إمكانية تنفيذ الخدمات إلاّ على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطّريقة التّكنولوجية التّي اختارتها المصلحة المتعاقدة، تمّت إضافة الاعتبارات الفنية و/أو الثقافية، لكنه لم يبين ما هي؟ وإنما نص على أن الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات تحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلّف بالمالية الذي لم يصدر لحد الساعة[3].

4- وفي حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن

---

[1]- الفقرة الأولى من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع سابق.

[2]- الفقرة الثانية من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع نفسه.

[3]- الفقرة الثالثة من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع نفسه.

في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسبقة لحالات الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات المماطلة من طرفها.[1]

إن الاستعجال الذي يبرر اللجوء إلى التراضي البسيط لم يعد في ظل أحكام المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم، يقتصر على وجود خطر يهدد ملك أو استثمار، فعندما يتحتم تنفيذ خدمات بصفة استعجاليه لا تتلاءم طبيعتها مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، فبإمكان المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بتبرير صريح من المشرع وفق الشروط التالية:

- ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال.
- ألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة.
- أن تتم الموافقة أثناء اجتماع الحكومة.

ولكن رغم تحديد المشرع لهذه الشروط، لم يحدد طبيعة الخدمات التي تسمح وتبرر المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط.[2]

5- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

فهذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة عن الحالة السابقة لأنها تدخل ضمن حالة الاستعجال، غير أن موضوع العقد يتعلق بالتموين وهي الوضعية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ماسة وسريعة لخدمة ما يتوقف عليها نشاطها، فلو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية وما ستلزمه من نشر وأجال وإجراءات لتوقفت الحركة وفي ذلك

[1]- الفقرة الرابعة من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع سابق.

[2]- نادية تياب، مرجع سابق، ص108 .

إضرارا للاقتصاد الوطني، وهو الأمر الذي يمكن المصلحة المتعاقدة اللجوء لأسلوب التراضي البسيط، كحالة تفشي حالة وباء مفاجئ مما يقتضي اقتناء لقاحات غير موجودة، ولم يكن ممكنا ولا ملائما تخزينها مسبقا، وكذا التموين بالقمح لفساد مفاجئ لمخزونه الاحتياطي فسادا لم يكن للمصلحة المتعاقدة يدا فيه، كما لم يكن في وسعها تفاديه، أو تعطيل المصافي الوطنية المنتجة للوقود، وغير ذلك مما لا يمكن التنبؤ به .[1]

6- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقة إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000) دج والموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.[2]

ذلك أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا، لذا فرض المشرع الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، ولا شك أن هذا الترخيص بالتعاقد للموافقة المسبقة من جانب مجلس الوزراء، حتى يضفي عليه الشرعية على إبرام هذه الصفقة ويبعدها عن شبهة المعاملة والفساد المالي، ذلك إن إبرام مثل هذه الصفقات يتم عادة على يد متعاملين أجانب نظرا للمؤهلات التقنية والتجارية والمالية التي يتمتعون بها.[3]

وتبقى مسالة الأولوية والأهمية الوطنية، مصطلحات فضفاضة تحتمل الكثير من التأويل، إذ ما هي المعايير التي يحكم على أساسها بتوفر هذه الأولية والأهمية الوطنية؟

---

[1]-خرشي النوي، مرجع سابق، ص167.

[2]- الفقرة السادسة من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع سابق.

[3]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص199.

7- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، وتحدد قائمة المؤسسات المعنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.[1]

ومما لاشك فيه أن إعطاء الأولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي، ولوكان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي ولو كانت المؤسسة مدرجة ضمن القائمة المحددة في القرار الوزاري الموعود بإصداره، فهو أمر خطير على مبدأ المساواة، الذي اعتبره المشرع من المبادئ الهامة التي تقوم عليها إبرام الصفقات العمومية بصريح المادة 03 من تنظيم الصفقات العمومية، ولعل التفسير الوحيد لهذه الحالة هو رغبة المشرع لتمكين مؤسسات عمومية تتولى بعض قطاعات الإنتاج حيازة بعض الصفقات ذات الحجم والأثر المالي الهامين لمحاولة إخراج هذه المؤسسات مما تتخبط فيه من مشاكل مالية عسيرة، لم تنفع معها عمليات التطهير المالي المتتالية نتيجة عدم تطوير أساليب التسيير فيها، واختصار مشاكلها دوما في مسألة تراكم الديون ومنافسة المنتوج الخارجي.[2]

ويبقى أنه من الضروري انتظار صدور القرار الوزاري عن وزير المالية والوزير المعني لمعرفة كيفية تطبيق هذه الفقرة.

8- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات العمومية والى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10.000.000.000) دج، وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.[3]

---

[1]- الفقرة السابعة من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع سابق.

[2]- خرشي النوي، مرجع سابق، ص169.

[3]- الفقرة الثامنة من المادة 43 المعدلة بالمرسوم 23/12، مرجع سابق.

وتحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، وهذه الحالة من الحالات التي جاء بها المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم، وهي لا تقل غموضا عن سابقتها، مما يفسح المجال واسعا من للتفسير، واشترطت الفقرة 06 من المادة 43 الحصول على إذن مسبق من مجلس الوزراء، وهي تشبه الفقرة 04، والمتعلقة بمشروع ذي أهمية وطنية من حيث الإجراءات، فكلاهما يخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء بعد إعداد تقرير مفصل من قبل الوزير المعني ويدعم بتقرير وزير المالية، وبالتالي من الصعب جدا التمييز بين الفقرتين04-06 في انتظار صدور النصوص التطبيقية التي تحدد كيفيات تطبيق هذه الأحكام.[1]

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

المادة 44 من المرسوم الرئاسي236/10 المعدل والمتمم، المحددة للحالات التّي يمكن من خلالها اللّجوء لإجراء التّراضي بعد الاستشارة، شملها تعديل بعض أحكامها بموجب المادة 06 من المرسوم الرئاسي23/12 المعدل والمتمم، نذكرها كما يلي:

1- بالنسبة للحالة المتعلقة بعدم جدوى الدعوة للمنافسة، في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، تم النص على حالتين فقط تتحقّق من خلالهما حالة عدم الجدوى، في حالة استلام عرض واحد فقط، إذا تم التأهيل التّقني لعرض واحد فقط.

وبعد التعديل، تم إضافة حالتين جديدتين لتحقق حالة عدم الجدوى، حالة عدم استلام أي عرض، عدم التّأهيل الأولي التّقني لأي عرض.

ومن جهة أخرى تبين أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة في حالة تحقّق إحدى الحالات الأربع لعدم جدوى الدعوة للمنافسة، إما أن تعيد إجراء المناقصة أو أن تلجأ لإجراء التّراضي بعد الاستشارة،[2] الشيء الذي لم يكن موجودا من قبل.

---

[1]- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص200.

[2]- الفقرة الثانية من المادة 44 المعدلة والمتممة بالمرسوم 23/12، مرجع سابق.

أما فيما يخص كيفية الاستشارة، تم النص في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، على أن المصلحة المتعاقدة ملزمة باستشارة 03 متعاملين اقتصاديين على الأقل بالإضافة إلى كل المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، إلا في حالة الاستثناء المبرر، لكن المشرّع لم يوضح المقصود بهذا الاستثناء ومتى يعتبر مبررا، غير أنه بموجب التعديل أزال بعض الغموض، وذلك بتبيان أن الاستثناء يجب أن يكون مبررا قانونا، بمعنى أن الإدارة لا تتمتّع بالسلطة التقديرية في إعطاء التبرير الذي تراه مناسبا وإنما يجب أن يكون قانونيا.

2- وطبقا لنص المادة 44 فقرة 06 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، صدر قرار وزاري مشترك في 02أوت2011، يحدد قائمة الدراسات واللّوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال التي لا تحتاج طبيعتها اللّجوء للمناقصة[1]، ولم يتم نشره في الجريدة الرسمية إلا بعد مرور 6 أشهر الشيء الذي أثار تساؤلات الكثيرين.

3- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة[2].

4- كما تمت إضافة حالة جديدة، تتمثّل في صفقات الدارسات أو اللّوازم أو الخدمات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال مناقصة جديدة[3].

5-في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية، وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعنى فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى[4].

---

[1]- الجريدة الرسمية عدد06، المؤرخة في 12 فبراير 2012، ص42-43.

[2]- الفقرة السادسة من المادة 44 المعدلة والمتممة بالمرسوم الرئاسي 23/12، مرجع سابق.

[3]- الفقرة الثامنة من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 23/12، مرجع نفسه.

[4]- الفقرة التاسعة من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 23/12، مرجع نفسه.

وتمّ تحديد متى تتحقّق حالة عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة، الشيء لم يكن موجودا في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، ويتحقّق ذلك في نفس حالات عدم جدوى الدعوة للمنافسة وهي استلام عرض واحد فقط، عدم استلام أي عرض، التّأهيل الأولي التّقني لعرض واحد فقط، عدم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض المستلمة.

كما بينت المادة أيضا، أنه بإمكان المصلحة المتعاقدة مواصلة إجراء تقييم العرض الوحيد في حالة إعادة إجراء المناقصة أو التراضي بعد الاستشارة، بسبب الاستلام أو التّأهيل التقني الأولي لعرض واحد، بشرط السهر على أن يكون العرض المختار مستجيبا لمتطلّبات النوعية والأجال والسعر، الشيء الذي لم يكن منصوصا عليه في المرسوم الرئاسي 236/10 قبل التعديل.

وأخير أصبح بإمكان المصلحة المتعاقدة، الأخذ بعين الاعتبار خصوصية بعض الصفقات، وذلك بتكييف محتوى الملف الإداري المطلوب من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.[1]

الفرع الرابع: إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي

يمكن أسلوب التراضي للمصلحة المتعاقدة من اختيار المتعامل المتعاقد معها دون حاجة إلى اللجوء للإشهار، وهذا ما يميز أسلوب التراضي عن المناقصة، كما أشارت المادة 45 والتي تقوم على الإشهار الصحفي ...إلخ، فأسلوب التراضي يعفي المصلحة المتعاقدة من حيث الأصل من أهم قيد من قيود التعاقد، ألا وهو قيد الإعلان أو الإشهار الصحفي ولا يعفيها كليا من القيود الشكلية، بل قد يلقى على عاتقها إتباع إجراءات شكلية بسيطة، كما هو الحال في التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط، فإذا كنا أمام مشروع ذي أولوية وطنية موضوع الفقرة 04 من المادة43، فرغم أن الأمر يتعلق بحالة تراضي بسيط، إلا أن الإدارة

[1]– الفقرة الأخيرة من المادة 44 المعدلة والمتممة بالمرسوم الرئاسي 23/12، مرجع سابق.

تلزم بإتباع إجراءات استصدار الرقم من مجلس الوزراء ولا تستطيع التعاقد دون الحصول على الرخصة [1].

وعلى العموم تملك المصالح المتعاقدة حرية اختيار المتعاقد معها إذا توافرت أحد حالات التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة، الواردة على سبيل الحصر في المادة 43 و 44 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم بالمرسوم 23/12 والمرسوم 03/13 ويقع على عاتقها عبئ إثبات توافر أحد حالات التراضي، وهذه الحالات لا تقبل القياس.

وألزم المشرع الإدارة في المادة 42 المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها الجهات المعنية، ويقتضي أسلوب التراضي بعد الاستشارة خاصة دخول الإدارة في بعض الحالات في مرحلة مفاوضات مع أكثر من عارض حتى تبرر اختيارها عند ممارسة الرقابة، وهذا بإسناد الصفقة للمتعامل الأقدر مع مراعاة المعيار المالي.[2]

وتجدر الإشارة أن حالات التراضي وإن قسمت إلى قسمين، كما بينا سابقا التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة، فإن حرية المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد لا نجدها بنسق واحد، فالإدارة تملك حرية بشكل أوسع في التراضي البسيط بمختلف حالاته الواردة في المادة 43، حيث لا تلزم فيه بإتباع شكليات ولو كانت بسيطة، بينما هي مقيدة بإجراء الاستشارة بالنسبة للتراضي بعد الاستشارة، فتوجه خطابها الرسمي لمجموعة متعاملين وتدعوهم لتقديم عروضهم والمشاركة في المنافسة، والتي يمكن أن نطلق عليها أنها محدودة أو ضيقة النطاق، وتحفظ مجموع مراسلات الإدارة في ملف الصفقة.

ومن بين أهم القيود التي فرضها المشرع في باب التراضي، أنه أوجب الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في أسلوب التراضي بعد الاستشارة، وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة 44 فقرة ما قبل الأخيرة في المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، حينما تقيد

[1]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص203.

[2]– عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص204

الإدارة بهذا الإجراء، فالمشرع هنا أصاب عندما مدد إعلان المنح المؤقت من أسلوب المناقصة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، وهذا كله ضمانا لحقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن، وحتى يتحقق ذلك وجب على المصالح المتعاقدة نشر إعلان المنح المؤقت أو عدم الجدوى حسب التعديلات الواردة في المرسوم الرئاسي23/11 والمرسوم الرئاسي03/13، حيث أضاف المشرع إلى المادة 44[1]في الفقرات الأخيرة منها أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة114 [2] من هذا المرسوم الرئاسي، وفي حالة الصفقات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تم استشارتهم، وهنا يتضح أن المشرع قيد المصالح المتعاقدة بقيود شكلية ولا موفية في حالات التراضي، وذلك من أجل تكريس مبدأ الشفافية والنزاهة في إبرام الصفقات العمومية، والتي أكدتها المادة 03 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم.

[1]– المادة 44 عدلت بالمرسوم الرئاسي 23/12 والمرسوم الرئاسي 03/13، الجريدة الرسمية عدد04.

[2]– المادة 114 عدلت بالمرسوم الرئاسي 03/13 المؤرخ في 2013/01/13، الجريدة الرسمية عدد02، المؤرخة في 13 يناير 2013.

المبحث الثاني: التعاقد عن طريق سندات الطلب

تعفى المصالح المتعاقدة التي تخضع في إبرام عقودها إلى تنظيم الصفقات العمومية من الإجراءات التي تضبط عملية إبرام الصفقات عندما يتعلق الأمر بالتعاقد عن طريق سندات الطلب، أين تملك المصالح المتعاقدة حرية التعاقد دون الخضوع إلى الإجراءات الخاصة، وذلك بإصدار أوامر الشراء أو التكليف بالأعمال مباشرة في إطار ما يسمى بطريقة التكليف المباشر، على أنه يتعين التقيد بالضوابط الخاصة لهذا الأسلوب المنصوص عليه في تنظيم الصفقات العمومية وبعض النصوص الخاصة، لاسيما المرسوم الرئاسي 468/05 المؤرخ في 2005/12/10 المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك[1].

وعليه سنتطرق في هذا المبحث لمختلف الأحكام القانونية المنظمة للتعاقد عن طريق سندات الطلب، حيث سنتناول مفهومه في المطلب الأول، وخصائصه في المطلب الثاني، وإجراءاته في المطلب الثالث.

المطلب الأول: مفهوم التعاقد عن طريق سندات الطلب

يقصد بالتعاقد عن طريق سندات الطلب تحرر المصالح المتعاقدة من إجراءات إبرام الصفقات العمومية، حيث تتعاقد مع المتعاملين مباشرة، فتحدد المتعامل المتعاقد انطلاقا من السلطة التقديرية التي تتمتع بها باعتبارها سلطة عامة، حيث نصت المادة 06 فقرة 15 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم، على التعاقد بواسطة الطلبيات عندما اعتبرت أنه لا تكون محل استشارة وجوبا، لاسيما في حالة الاستعجال طلبات الخدمات التي تقل مبالغها خلال نفس السنة المالية عن خمسمائة ألف (500000.00) **دج**، فيما يخص

[1]– الجريدة الرسمية عدد 80، المؤرخة في 2005/12/11.

الأشغال أو اللوازم، وعن مائتي ألف (200000.00) **دج**، فيما يخص الدراسات أو الخدمات.

إلا أن منح المصلحة المتعاقدة حرية التعاقد عن طريق سندات الطلب، قيد بقيدين أساسيين ورد في المادة 06 الفقرة 15 والفقرة 16 من تنظيم الصفقات العمومية، يتعلق القيد الأول بمنع تجزئة الطلبات بهدف تفادي الاستشارة، في حين يتمثل القيد الثاني في اشتراط حالة الاستعجال، ذلك أن المشرع أورد في المادة 06 فقرة 15عبارة "**لاسيما حالة الاستعجال**"، ومن ثم يمكن القول أنه لا يمكن للمصالح المتعاقدة بناءا على حرفية النص التعاقد عن طريق سندات الطلب، ما لم تتوفر حالة الاستعجال التي يقع تحديدها تحت مسؤولية الأمر بالصرف وتحت رقابة المراقب المالي والمحاسب العمومي.

طرح الفقه إشكالية طبيعة العقود التي تبرم عن طريق سندات الطلب، بين اعتبارها من العقود الإدارية أومن عقود القانون الخاص، ورغم تباين الأراء الفقهية بشأن هذه الإشكالية إلا أن الراجح فقها هو أن العقود التي تبرم عن طريق الطلبيات، لا تعتبر من العقود الإدارية تطبيقا لقاعدة (ليس كل عقد إداري صفقة عمومية) والتي ترقى بمفهوم مخالفتها أنه ليست كل صفقة عمومية عقد إداري.[1]

زيادة على أن قوام وأساس العقود الإدارية، هو توافر العقد الإداري على شروط غير مألوفة وغير معروفة في عقود القانون الخاص، وهذا ما تفتقر إليه العقود التي تبرم عن طريق سندات الطلب، ويمكن أيضا نفي صفة العقد الإداري عن الطلبيات على أساس أن هذه الأخيرة لا تبرم وفق دفاتر الشروط، التي تعتبر من أهم المعايير المميزة للعقد الإداري عن العقد المدني.

[1]– قدوج حمامة، مرجع سابق، ص 58.

المطلب الثاني: خصائص التعاقد عن طريق سندات الطلب

يتميز الطلب عن طريق سندات الطلب بخاصيتين أساسيتين، تتمثل الخاصية الأولى في أنه يرتبط باقتناء اللوازم وتقديم الخدمات والقيام بالأشغال ذات الطابع التكراري، في حين تتمثل الخاصية الثانية في أنه مقيد بعتبة مالية ومدة محددة قانونا.

أولا: ارتباط التعاقد عن طريق سندات الطلب بالعمليات ذات الطابع التكراري

حيث أن هذا الأسلوب يتلاءم مع إنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات الطابع التكراري، لذلك يتلازم اللجوء إليه خاصة في المقتنيات التي يقوم بها الأشخاص العموميين الخاضعين لتنظيم الصفقات العمومية، والتي تتميز بعنصر الاعتياد ولا تقتضي التحكم في التقنيات المعقدة، لذلك يعتبر هذا العنصر هو المعيار المميز للتعاقد عن طريق سندات وطرق التعاقد الأخرى.[1]

ثانيا: العتبة المالية

قيد المشرع المصالح المتعاقدة في اللجوء إلى أسلوب سندات الطلب، بضرورة عدم تجاوز قيمة العقد العتبة المالية التي يحددها القانون، والمتمثلة في خمسمائة ألف (500000.00) دج، فيما يخص الأشغال واللوازم ومائتان ألف (200000.00) دج، فيما يخص الدراسات أو الخدمات، إن هذا التقييد يهدف إلى إضفاء نوع من المرونة على التعاملات التعاقدية التي تبرمها الإدارة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالعمليات البسيطة التي لا تقل قيمتها المالية إلى الحد المذكور أعلاه، إلا أنه وبالمقابل نجد أن المشرع قد اشترط حتى عند التعاقد إلى التقليل إلى اللجوء إلى هذه الطريقة، وذلك لتحقيق الرشاد في تسيير النفقات العمومية.

[1] – خرشي النوي، مرجع سابق، ص154.

ثالثا: المدة

يضمن هذا الأسلوب للمصلحة المتعاقدة أن تمدد العمل بصفقة لسنوات عدة متتالية بمعنى، أن صلاحية صفقة طلبية تمتد إلى أكثر من سنة، وقد تصل كحد أقصى إلى خمس سنوات، ويتم مد العمل بصفقة الطلبية لكل سنة موالية بالتعبير الصريح من قبل المصلحة المتعاقدة، إذ لا يكفي التعبير الضمني الذي كان مرخصا به في ظل 145/82 قبل أن يلغيه المرسوم 434/91 مشترطا التعبير الصريح، ويؤيده في ذلك المرسوم الرئاسي الذي تلاه 250/02 ويكرس ذلك المرسوم الساري به العمل حاليا.[1]

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

المطلب الثالث: إجراءات التعاقد عن طريق سندات الطلب

تتبع المصالح المتعاقدة إجراءات محددة عن التعاقد بأسلوب سندات الطلب، نوجزها في ثلاثة إجراءات وهي:

أولا: تحديد الحاجيات المطلوب تلبيتها أو الأشغال المراد انجازها، حيث يتولى المصلحة المتعاقدة القيام بعملية التحليل تطبيقا لما نصت عليه المادة 11 من تنظيم الصفقات العمومية التي جاء فيها ما يلي: "**تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها قبل الشروع في أي إجراء**"

[1]– خرشي النوي، مرجع سابق، ص154

وستند في عملية التحديد على الفواتير الشكلية، التي يقدمها المتعامل المتعاقد الذي رشحته الإدارة للقيام بالعملية موضوع سند الطلب في حالة الأشغال ولكشف كمي وتقديري عندما يتعلق الأمر بعمليات الدراسات أو الخدمات بعدها، مباشرة تباشر المصالح المتعاقدة تحضير سند الطلب وقرار الالتزام بالنفقات الذي يرسل إلى المراقب المالي، مرفقا بكل الوثائق الثبوتية لاسيما المتعلقة بقيمة المشتريات المراد اقتناءها أو الأشغال المراد إنجازها وذلك تطبيقا لما ورد في المادة08 من المرسوم التنفيذي رقم 414/92 المؤرخ في 1992/11/14[1] المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم374/09 المؤرخ في 2009/11/16[2]، حيث يتولى المراقب المالي قبل أن يمنح التأشيرة لسند الطلب مراقبة مدى مطابقة العملية للنصوص الشرعية والتنظيمية ذات الصلة بالموضوع، لاسيما في المسائل المتعلقة بصفة الأمر بالصرف وتوافر الاعتمادات المالية والتخصيص القانوني للنفقة ومطابقة مبلغ الالتزام للعناصر المبينة في الوثيقة.

المرحلة الأخيرة من التعاقد عن طريق سندات الطلب هي مرحلة التنفيذ، ذلك أنه وبعد الحصول على التأشيرة من مصالح المراقب المالي، تسلم المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد سند الطلب بعد أن يؤشر بالاستلام، ليتولى بعدها تنفيذ الخدمات محل الفاتورة الشكلية في الأجال المتفق عليها، فيسلم المشتريات أو ينجز الدراسات ويسلم الفاتورة النهائية التي يجب أن تتوافر فيها البيانات المنصوص عليها في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 468/05 المؤرخ في 2005/12/10[3] المتعلق بتحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية والتي قسمها المشرع إلى بيانات تتعلق بالبائع وأخرى تتعلق بالمشتري

كما يلي:

[1]– الجريدة الرسمية عدد82، المؤرخة في 15 نوفمبر 1992.

[2]– الجريدة الرسمية عدد67، المؤرخة في 19 نوفمبر 2009.

[3]– الجريدة الرسمية عدد80، المؤرخة في 11 ديسمبر 2005.

1. بيانات تتعلق بالبائع:

- اسم الشخص الطبيعي ولقبه.
- تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري.
- العنوان ورقما الهاتف والفاكس وكذا العنوان الالكتروني عند الاقتضاء.
- الشكل القانوني للعون الاقتصادي وطبيعة النشاط.
- رأسمال الشركة عند الاقتضاء.
- رقم السجل التجاري.
- طريقة الدفع وتاريخ تسديد الفاتورة.
- تاريخ تحرير الفاتورة ورقم تسلسلها.
- تسمية السلع المبيعة وكميتها أو تأدية الخدمات المنجزة.
- سعر الوحدة دون الرسوم للسلع المبيعة أو تأدية الخدمات المنجزة.
- السعر الإجمالي دون احتساب الرسوم للسلع المبيعة أو تأدية الخدمات المنجزة.
- طبيعة الرسوم أو الحقوق أو المساهمات ونسبها المستحقة , حسب طبيعة السلع المبيعة أو تأدية الخدمات المنجزة , ولا يذكر الرسم على القيمة المضافة إذا كان المشتري معفى منه.
- السعر الإجمالي مع احتساب كل الرسوم محرر بالأرقام والأحرف.

2. بيانات تتعلق بالمشتري:

- اسم الشخص الطبيعي ولقبه.
- تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري.
- الشكل القانوني وطبيعة النشاط.
- العنوان ورقما الهاتف والفاكس وكذا العنوان الالكتروني عند الاقتضاء.
- رقم السجل التجاري.
- رقم التعريف الإحصائي.
- يجب أن تحتوي الفاتورة على اسم المشتري ولقبه وعنوانه إذا كان مستهلكا.

خلاصة الفصل الثاني:

ومن خلال ما سبق عرضه فان اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد بواسطة أسلوب التراضي وكذا التعاقد عن طريق سندات الطلب، يتيح لها إنجاز المشاريع وتلبية الطلبات في وقت قصير مقارنة بأسلوب المناقصة، لما يمتاز به من السرعة، كما أحسن المشرع عند إدراجه كإجراء استثنائي لأسلوب المناقصة، لا يمكن اللجوء إليه إلا في الحالات المنصوص عليها.

إلا أن إتباع هذا الأسلوب في التعاقد يحد كثيرا من المنافسة، لا سيما في التراضي البسيط وسندات الطلب، وكذا غياب ضوابط تحدد طريقة الإبرام وفقا لهذا الأسلوب، مما يؤدي إلى اختيار المتعامل المتعاقد بناءا على أسس ذاتية واعتبارات شخصية، وهو ما يفتح الباب أمام التحايل والتلاعب في عملية التعاقد.

ومع ذلك لا يمكن لهذه النقائص أن تقلل أهمية ذلك على أساس أنه كثيرا ما يعتبر هو الأسلوب الملائم والأنجح لإتمام عملية التعاقد، لاسيما في الحالات التي تتم بطابع الاستعجال ولعل هذا هو سبب اعتبار المشرع هذا الأسلوب طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية.

الخاتمة

الخاتمـــــــــة:

يمكن القول من خلال الدراسة السابقة أن التنظيم القانوني للصفقات العمومية قد أحاطها المشرع فعلا بنوع من الاهتمام، فقد حدد طرق إبرام الصفقات العمومية، وحصرها في الأسلوبين السابقين توخيا منه لاختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد الكفء الذي يؤدي الخدمة العامة بأقل التكاليف وأحسن الفنيات والأساليب، حفاظ على المال العام من التبديد وسوء الاستغلال.

وإذا كانت أشكال التعاقد عن طريق المناقصة حددها المشرع حصرا في قانون الصفقات العمومية، فإنه بالنسبة لإجراء التراضي فرغم تحديد حالاته، إلا أن هذا التحديد قد يكون وسيلة لمنح السلطة التقديرية للإدارة لإبرام صفقات دون إتباع مختلف الإجراءات والشروع مباشرة في اختيار المتعامل الذي تتوفر فيه إحدى الحالات المنصوص عليها في القانون، وهذا ما قد يؤدي إلى تحايل الإدارة وإبرامها صفقات مشبوهة، كحالة الاستعجال فهذه الفكرة مرنة قد تقوم جهة الإدارة بالتعاقد عن طريق التراضي تحت غطاء حالة الاستعجال، رغم أنه عمليا يصعب تحديد وقياس مدى وجود الاستعجال أو عدم وجوده.

رغم تبيان المشرع لمختلف إجراءات إبرام الصفقات العمومية بنوع من التفصيل، بداية بالإجراءات السابقة على الدعوة للمنافسة مرورا بالإجراءات المتعلقة بالإعلان إلى إجراء اعتماد الصفقة والمصادقة عليها.

إضافة إلى إلزام المشرع أطراف العقد سواء متعامل متعاقد أو مصلحة متعاقدة، على الحرص على المبادئ التي تحكم الصفقات العمومي، والتي جاءت في المادة 03 من المرسوم الرئاسي236/10، والتي تعبر على مدى نزاهة وشفافية وعلانية العملية التعاقدية من خلال مشاركة المتنافسين المتعهدين لجان الرقابة الداخلية، وحضورهم لفتح الأظرفة في جلسات علنية، بما يسمح بأبعاد الشبهة وسوء الضن بالإدارة العمومية.

إلا أن الواقع العملي أثبت عدم فعالية هذه الإجراءات، وعدم كفايتها لما يلاحظ من تجاوزات أثناء إبرام الصفقات العمومية، بسبب عدم تطبيق النصوص القانونية، وكذا استغلال الفراغات الموجودة في النصوص القانونية لإبرام صفقات غير مشروعة.

وما يبرر عدم كفاية هذه الكيفية أيضا، التعديلات المستمرة لقانون الصفقات العمومية والذي يتم تعديل أحكامه تقريبا في كل مرة، ما يثبت أن هذه القوانين تتخللها ثغرات ونقائص حالت دون تحقيق الفعالية المرجوة، بسبب التجاوزات التي يقوم بها بعض الإداريين أثناء إبرامهم لهذه الصفقات، ما يجعل المشرع الجزائري يحاول في كل مرة إيجاد أحكام فعالة للقضاء على هذه التجاوزات.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

النصوص التنظيمية والتشريعية:

1- دستور 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم96/438، مؤرخ في07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد76، المؤرخة في08 ديسمبر 1996.

القوانين:

1- القانون رقم 01/88، المؤرخ في12 يناير1988، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية عدد 02، المؤرخة في 13 جانفي1988.

2- القانون رقم 01/06، المؤرخ في20 فبراير2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخة في 08 مارس2006.

3- الأمر رقم 90/67، المؤرخ في17 يوليو1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخة في27 جوان1967.

4- الامر رقم 03/03، المؤرخ في19 يوليو2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43، المعدل والمتمم بالقانون 12/08، المؤرخ في 25 يونيو2008.

5- المرسوم رقم 145/82، المؤرخ في10أبريل1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 13 أبريل1982.

6- المرسوم 51/84، المؤرخ في25 فيفري 1984، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد09، المؤرخة في 28 فيفري1984.

7- المرسوم رقم 116/84، المؤرخ في12 مايو1984، يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد20، المؤرخة في 15 مايو1984.

8- المرسوم التنفيذي434/91، المؤرخ في09 نوفمبر1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57، المؤرخة في 13 نوفمبر1991.

9- المرسوم التنفيذي 54/96، المؤرخ في22 يناير1996، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 06، المؤرخة في 24يناير 1996.

10- المرسوم الرئاسي 250/02، المؤرخ في 24 يوليو2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخة في 28 يوليو2002.

11- المرسوم الرئاسي301/03، المؤرخ في11 سبتمبر2003، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 55، المؤرخة في 14 سبتمبر2003.

12- المرسوم الرئاسي338/08، المؤرخ في26 أكتوبر2008، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 62، المؤرخة في 09 نوفمبر2008.

13- المرسوم الرئاسي36/10، المؤرخ في07 أكتوبر2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58، المؤرخة في07 أكتوبر2010.

14- المرسوم الرئاسي98/11، المؤرخ في01 مارس2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 14، المؤرخة في06 مارس2010.

15- المرسوم الرئاسي118/11، المتضمن الموافقة على النظام الداخلي النموذجي للجنة الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 16، المؤرخة في 13 مارس2011.

16- المرسوم الرئاسي23/12، المؤرخ في18جانفي2012، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد04، المؤرخة في 26 جانفي2012.

17- المرسوم الرئاسي03/13، المؤرخ في13يناير2013، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد02، المؤرخة في13 يناير2013.

القرارات:

1- قرار وزاري مشترك، الموافق أول غشت2011، يحدد قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لاستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة، الجريدة الرسمية عدد47، المؤرخة في21 غشت2011.

2- قرار مؤرخ في 28مارس 2011، يحدد نماذج رسالة العرض و التصريح بالاكتتاب و النزاهة، الجريدة الرسمية عدد24، المؤرخة في 20 أفريل2011.

3- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية عدد06، المؤرخة في 19 يناير 1965.

الكتب باللغة العربية:

أ- الكتب المتخصصة:

1- بعلي محمد الصغير، **القانون الإداري**، التنظيم الإداري، دار العلوم، عنابة، 2002.

2- خرشي النوي، **تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية**، الطبعة الأولى دار الخلدونية، ط2011، الجزائر.

3- زين بدر فراح، **الأحكام العامة للتعاقد وفق القانون رقم 1998/89 بشان تنظيم المناقصات والمزايدات (دراسة تحليلية)**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001.

4- عبد الفتاح صبري أبو الليل، **أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1994.

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الإعلام، التبعية في ضوء أحكام مجلس الدولة لأحكام المناقصات والمزايدات، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

6- عزت عبد القادر، **المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989**، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.

7- عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، سنة 2014.

8- عمار عوابدي، **القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

9- قدوج حمامة، **عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري**، ديان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2008.

10- محمد الصغير بعلي، **العقود الإدارية**، دار العلوم، الجزائر، 2005.

11- محمود خلف الجبوري، **النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999.

12- هيبة سردوك، **المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري**، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، الطبعة الأولى 2009.

ب- الكتب العامة:

1- خالد خليل الطاهر، **القانون الإداري**، الكتاب الثاني (المرفق العام - الضبط الإداري - القرار الإداري - العقود الإدارية - الأموال العامة)، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، عمان، 1998.

2- محمد سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

3- عبد الحميد الشواربي، **العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.

4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة في العقود الإدارية (الإبرام - التنفيذ - الآثار-الانقضاء في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لأحدث تعديلات المناقصات والمزايدات)** المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008.

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الإعلام، التبعية في ضوء أحكام مجلس الدولة لأحكام المناقصات والمزايدات، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

6- محمد سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة 2008.

7- محمد عاطف البناء، **العقود الإدارية**، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.

8- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري(المقومات، الإجراءات، الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2006.

9- ناصر لباد، **الوجيز في القانون الإداري**، دار المجدد للنشر و التوزيع، الطبعة الرابعة، 2010.

10- نواف كنعان، **القانون الإداري، الكتاب الثاني (الوظيفة العامة - القرارات الإدارية - العقود الإدارية - الأموال العامة)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، عمان، 2007.

الرسائل والمذكرات:

أ- الرسائل :

1- تياب نادية، **أليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، التخصص قانون، 2013.

2- خضري حمزة، **أليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عام، 2014-2015.

3- زواوي عباس، **الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، 2012-2013.

4- بحري إسماعيل، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، 2009.

5- خضري حمزة، **منازعات الصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة محمد خيضر بسكرة 2004-2005.

6- ريم عبيد، **طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المؤسسات الإدارية والدستورية، جامعة تبسه، 2004-2005.

7- سحنون سمية، **إجراءات التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، فرع قانون أعمال، 2012-2013.

8- شروقي محترف، **الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد**، مذكرة تخرج مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

9- علاق عبد الوهاب، **الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2004-2005.

10- قدوج حمامة، **عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر-تحليل ومقارنة**- بحث لنيل درجة الماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة.

ب- المذكرات:

1- أحلام بدرة، **دفتر الشروط**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012-2013.

2- بركة أم الخير، **الفساد في الصفقات العمومية**، مذكرة لاستكمال شهادة ماستر اكاديمي، 2014.

3- خليفة دمبري، **أليات تطبيق مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية**، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، 2013-2014.

4- وانيس أحلام، **المنافسة في ميدان الصفقات العمومية**، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، 2013-2014.

المقالات و الدراسات:

1- الزين عزري، **الأعمال الإدارية ومنازعاتها (محاضرات ألقيت على السنة الرابعة ليسانس وأولى ماستر)**، مطبوعات مخبر الاجتهاد القضائي، بسكرة 2010.

2- حسن عبد الرحيم السيد، **الشفافية في القواعد وإجراءات التعاقد الحكومي**، دولة قطر، دراسة مقارنة مع القانون النموذجي للمشتريات الحكومية، يوليو 2009.

المراجع باللغة الأجنبية:

1-BENNADJI Cherif, **Marches Publics et Corruption en Algérie,** Revue d'études et de critique Social, N25, Alger, 2008.

2-Ali BENCHENEB, **Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie**. Office des publications universitaires, Place centrale de Ben Aknoun (Alger) 1984, P 73.

3-André de Laubadère, **Franck Moderne , Pierre Devolvé. Traité des contrats administratifs.2eme** Ed. Paris : Laibrairie Générale de droit et de jurisprudence. Tome n°1,1983, p 648.

4-DJAOUI Mohamed**. Le code des marches publics est –il adapté aux taches actuelles de l'administration**, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit public , Université d'Alger, Mars 1976, P 39-40.

فهرس المحتويات

الفهرس

المحتويات **الصفحة**

شكر

إهداء

مقدمة

الفصل التمهيدي

ماهية الصفقات العمومية

المبحث الأول: ماهية الصفقات العمومية..... 05

المطلب الأول: تعريف الصفقات العمومية..... 05

الفرع الأول: الصفقات العمومية عقود مكتوبة..... 06

الفرع الثانـي: الصفقة العمومية تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها..... 08

الفرع الثالث: الصفقة العمومية تبرم لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الدراسات أو الخدمات..... 09

الفرع الـرابع: تتضمن الصفقات العمومية شروطا غير مألوفة في القانون الخاص... 10

المطلب الثانـي: تطور قانون الصفقات العمومية في الجزائر 11

الفرع الأول: مرحلة الأمر 90/67 المؤرخ في 17 يوليو 1967..... 12

الفرع الثاني: مرحلة المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 ابريل 1982..... 13

الفرع الثالث: مرحلة المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991..... 15

الفرع الرابع: مرحلة المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24 جويلية 2002..... 16

الفرع الخامس: مرحلة المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 16

المطلب الثالث: أنواع الصفقات العمومية..... 17

الفرع الأول: صفقات الأشغال..... 18

الفرع الثاني: عقود اقتناء اللوازم (عقود التوريد)..... 20
الفرع الثالث: صفقة الدراسات..... 22
الفرع الرابع: صفقات الخدمات 23

الفصـــل الأول

التعاقد عن طريق المناقصة

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للمناقصات العمومية 27
المطلب الأول: مفهوم المناقصة العمومية..... 27
الفرع الأول: تعريف المناقصة في الأمر (90/67)..... 27
الفرع الثاني: تعريف المناقصة في المرسوم رقم (145/82)..... 28
الفرع الثالث: تعريف المناقصة في المرسوم التنفيذي (434/91)..... 30
الفرع الرابع: تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي(250/02)..... 30
الفرع الخامس: تعريف المناقصة في المرسوم الرئاسي(236/10)..... 31
المطلب الثاني: أنواع المناقصات العمومية..... 32
الفرع الأول: المناقصة المفتوحة..... 33
الفرع الثاني: المناقصة المحدودة..... 34
الفرع الثالث: الاستشارة الانتقائية..... 34
الفرع الرابع: المزايدة..... 37
الفرع الخامس: المسابقة..... 39
المطلب الثاني: المبادئ التي يقوم عليها المناقصة..... 41
الفرع الأول: مبدأ المنافسة..... 41
الفرع الثاني: مبدأ المساواة..... 43
الفرع الثالث: مبدأ الشفافية..... 44
المبحث الثاني: إجراءات المناقصة..... 49

المطلب الأول: الإجراءات السابقة على الدعوة للمنافسة..... 49
المطلب الثاني: إعداد دفتر الشروط..... 50
المطلب الثالث: الإجراءات المتعلقة بالإعلان..... 53
المطلب الرابع: الإجراءات المتعلقة بفتح العروض وتقييمها..... 56
المطلب الخامس: الإجراءات المتعلقة بالمنح المؤقت وإرساء الصفقة..... 61
خلاصة الفصل الأول..... 65

الفصل الثاني

التعاقد عن طريق التراضي وسندات الطلب

المبحث الأول: التعاقد عن طريق أسلوب التراضي..... 68
المطلب الأول: التراضي في ظل الأمر رقم90/67..... 69
الفرع الأول: تعريف التراضي..... 69
الفرع الثاني: حالات اللجوء لإجراء التراضي..... 71
المطلب الثاني: التراضي طبقا للمرسوم 145/82 75
الفرع الأول: تعريف إجراء التراضي..... 77
الفرع الثاني: حالات اللّجوء لإجراء التراضي..... 78
الفرع الثالث: التعديل الحاصل بموجب المرسوم 51/84..... 79
المطلب الثالث: التراضي في المرسوم التنفيذي 434/91 81
الفرع الأول: حالات اللجوء لإجراء التراضي..... 81
المطلب الرابع: التراضي في المرسوم الرئاسي250/02..... 83
الفرع الأول: حالات اللجوء للتراضي 84
الفرع الثاني: أهم التعديلات الواردة على المرسوم الرئاسي 250/02 87
المطلب الخامس: التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 236/10..... 90
الفرع الأول: حالات اللّجوء لإجراء التراضي..... 91

الفرع الثاني: التعديل الوارد بموجب المرسوم الرئاسي 98/11..... 94
الفرع الثالث: التعديل الحاصل بموجب المرسوم الرئاسي 23/12 96
الفرع الرابع: إجراءات إبرام الصفقة بطريق التراضي..... 103
المبحث الثاني: التعاقد عن طريق سندات الطلب..... 106
المطلب الأول: مفهوم التعاقد عن طريق سندات الطلب..... 106
المطلب الثاني: خصائص التعاقد عن طريق سندات الطلب..... 108
المطلب الثالث: إجراءات التعاقد عن طريق سندات الطلب..... 109
خلاصة الفصل الثاني..... 112
الخاتمة..... 114
قائمة المراجع..... 116

ملخص:

ألزم المشرع المصالح المتعاقدة بإتباع طرق محددة لإبرام الصفقات العمومية عند اختيار المتعامل المتعاقد وفقا لأسلوبين أو طريقتين، وتتمثل في التعاقد عن طريق أسلوب المناقصة كقاعدة عامة، وذلك بتضمينها مجموعة من الإجراءات المعقدة والطويلة، كما أجاز اللجوء إلى أسلوب التراضي وسندات الطلب، كإجراء استثنائي وفق حالات محددة ومنصوص عليها في تنظيم الصفقات العمومية.

إن الإجراءات التي تضمنها هذا القانون في مراحل معينة، بدءا من الإجراءات السابقة على الدعوة للمنافسة وإعداد دفتر الشروط ثم مرحلة الإعلان لتأتي مرحلة الفتح والتقييم وتنتهي بمرحلة المنح المؤقت وإرساء الصفقة، تعتبر أفضل وسيلة لتجسيد وتكريس مبدأ الشفافية والمساواة في هدا المجال، كل هذا بهدف ترشيد النفقات العمومية، وحماية المال العام الذي تنجز به المشاريع محل الصفقات المبرمة.

Résumé :

Le législateur a obligé les services contractants de suivre des procédés biens déterminés pour conclure des marchés publics lors du choix du négociant contractant suivant deux méthodes ou procédés ; ils consistent en établissant un contrat par le biais du procédé de l'appel d'offre comme base générale en comportant un ensemble de procédures complexes et assez longues. Il a permis aussi le recours au procédé du compromis et des titres de réquisition comme procédé secondaire selon des cas précis et stipulés dans l'organisation des marchés publics

Les procédés que comporte cette loi dans des phases précises à commencer par les précédents procédés en invitant à la concurrence et la préparation du cahier de charge puis la phase de publication pour que vienne la phase d'ouverture et d'évaluation et finir par la suite par la phase de l'octroi temporaire et l'établissement du marché, sont considérés comme le meilleur moyen pour concrétiser et sanctifier le principe de la transparence et l'égalité dans ce domaine, tout cela dans le but de rationaliser les dépenses publiques et la protection des fonds publics par lesquels se réalisent les projets sujets des marchés conclus .