

التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم
الرئاسي 247/15

د. ط. د. لميز أمينة

إشراف: أ.د. لعرج سمير

جامعة أحمد بوقرة- بومرداس

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم الأحكام المتعلقة بطرق إبرام الصفقات
لعمومية اهتماما كبير، ويظهر ذلك من خلال النصوص القانونية المتعاقبة
الصدور في مجال الصفقات العمومية، لاسيما المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق
بالصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، حيث أولى المناقصة (طلب
العروض) بمختلف أشكالها أهمية بالغة باعتبارها القاعدة العامة في إبرام الصفقات
العمومية، وفقا لإجراءات و شكليات محددة ومفصلة، وفي مقابل ذلك اعترف
أيضا للمصلحة المتعاقدة في حالات وظروف محددة، بالحق في اختيار المتعاقد
الذي تتعاقد معه بأسلوب إبرام استثنائي يتمثل في التراضي، هذا الأخير الذي
يخرج عن التوجهات والمبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية، ويجريها من كل
الشكليات والقواعد الإجرائية المألوفة في أسلوب طلب العروض.

Résumé :

Le législateur algérien a traité avec beaucoup de rigueur des dispositions relatives à la passation des marchés et ce à travers les différents textes juridiques, notamment le décret présidentiel n° 15-247 relatif aux marchés publics et à la délégation de service public en donnant à la procédure de l'appel d'offres, sous ses différentes formes et en tant que règle générale de passation une importance particulière en matière de forme et de procédures bien détaillées. En

revanche, le législateur a reconnu, dans des cas et des conditions bien précises, le droit au service contractant de recourir, dans le choix de son partenaire cocontractant, au procédé exceptionnel qui est celui du gré à gré. Ce procédé de choix libère le service contractant des contraintes de formalités et de procédures usitées dans le mode de l'appel d'offres.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، طلب العروض، التراضي البسيط، التراضي بعد الإستشارة، الطابع الإستعجالي.

مقدمة

تعتبر الصفقة العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة العامة، بهدف تحقيق نشاطاتها وإشباع حاجات الجمهور في إطار الخدمة العمومية، لذا فإن الصفقة العمومية تعكس الاستغلال الأمثل والتسيير الجيد للمال العام، حيث تحتل الصفقات العمومية مكانة مهمة في مجال المعاملات الاقتصادية، ولهذا خصص لها المشرع نظام قانوني خاص بها ينظمها من جميع الجوانب، فأولها الاهتمام الكبير والتنظيم المفصل منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، فصدرت عدة قوانين وتعديلات في هذا الشأن، وذلك نظراً لكونها تتعلق بالاقتصاد الوطني والمال العام فهي عرضة للتعديلات لما قد يطرأ على الحياة الاقتصادية من مستجدات، كان آخرها المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام.

تعد مرحلة إبرام الصفقات العمومية مرحلة حاسمة لا بد من خضوعها لآليات إبرام معينة، كما كان الحال في أسلوب المناقصة التي كانت تعد القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية حسب المرسوم الرئاسي رقم 236/10¹ الملغى.

أما بعد صدور المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15² أصبح طلب العروض هو القاعدة العامة، وفي مقابل هذا الإجراء احتفظ كل من المرسوم الرئاسي 236/10 و المرسوم الرئاسي 247/15 بإجراء التراضي، كطريق إستثنائي في إبرام الصفقة العمومية³، الذي يتميز بإجراءاته البسيطة والمباشرة متحررا من القيود الإجرائية المعمول بها في القاعدة العامة، إذ يعد الأسلوب الأكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه، فأسلوب التراضي يعني الإدارة من أهم قيد من القيود ألا وهو الإعلان والإشهار (الدعوة للمنافسة).

تتجلى أهداف هذه الدراسة في :

- محاولة تسليط الضوء على أهم التعديلات التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- إبراز أهمية التراضي بنوعيه البسيط والتراضي بعد الاستشارة كإجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية.
- محاولة الربط بين النصوص القانونية والممارسة الميدانية.

¹ - المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر 2010 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58.

² - مرسوم رئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادر في 20 سبتمبر 2015.

³ - المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 تنص على انه "تبرم الصفقات العمومية وفق الإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أووفق إجراء التراضي".

- الوصول إلى تقييم مدى فعالية هذا الإجراء (التراضي) في إبرام الصفقة العمومية وما مدى توفّق المشرع في تنظيم الأحكام القانونية المتعلقة بهذا الإجراء الاستثنائي في إبرام الصفقة العمومية

ولأن دراستنا ستكون حول التراضي كإجراء استثنائي في إبرام الصفقة العمومية فإننا نطرح الإشكالية التالية: إذا كان إجراء التراضي أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة (الإدارة) في حالات محددة تتسم بالطابع الإستعجالي، كيف نظم المرسوم الرئاسي 247/15 الأحكام المتعلقة بضبط هذا الإجراء مقارنة بإجراء طلب العروض من أجل تحقيق الموازنة بين تلبية الحاجيات المستعجلة للمصلحة المتعاقدة وحفظ المال العام من جهة، وضمان مصلحة وحقوق المتعامل المتعاقد معها من جهة أخرى؟

للإجابة على هذه الإشكالية نعتمد على المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية التي سنتخذها كأساس لدراسة هذا الموضوع، حتى لا تكون الدراسة مجرد سرد للنصوص والمواد القانونية، وإنما لتحليلها وتطبيقها ميدانيا من طرف الجهات المختصة (المصلحة المتعاقدة، والمتعامل المتعاقد معها).

وعليه قسمنا هذه الدراسة إلى المبحثين التاليين:

نوضح من خلالهما مفهوم التراضي بنوعيه وتحديد حالاته موضحين بذلك خصوصيته الاستثنائية (المبحث الأول) ثم نتطرق إلى الأحكام والإجراءات المتبعة من قبل الإدارة و المتعامل المتعاقد معها عند إبرام الصفقات العمومية وفق هذا الإجراء (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أحكام التراضي على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15

أعتبر المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لطرق وإجراءات إبرام الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،

أسلوب طلب العروض¹ هو القاعدة العامة و الأصل في إبرام الصفقة العمومية، غير انه ولأسباب موضوعية و على سبيل الاستثناء اعترف للإدارة بحق اختيار المتعامل المتعاقد معها في حالات وظروف محددة ومبيّنة في النص دون الحاجة للإجراءات الشكلية المعقدة والمعتمدة في إجراء طلب العروض وذلك ما أكدته المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 فإنه: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي". وعليه فإن المشرع قد اعتبر التراضي إجراء استثنائيا على القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية ، بموجبه تحرر المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الصارمة التي تحكم طلب العروض بكافة أنواعها، خاصة من ناحية تحررها من شرط إعلان الصفقة وإشهارها، الأمر الذي يوجب علينا تبيان المقصود بالتراضي (المطلب الأول) من جهة وتحديد أنواعه وحالاته من جهة أخرى(المطلب الثاني) موضحين بذلك الأحكام الجديدة التي جاء بها مرسوم 247 /15 السالف الذكر.

المطلب الأول: العمل بأسلوب التراضي في عقود الصفقات العمومية

في البداية ينبغي الإشارة إلى أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد، فالرضا يجب في كل العقود سواء تعلق الأمر بأطراف القانون الخاص او بأطراف القانون العام إذ انه لا يمكن تصور عقد دون رضا.² أما التراضي في إبرام الصفقات العمومية فهو أسلوب استثنائي في الإبرام وليس ركن من أركان التعاقد كما هو الحال بالنسبة للرضا.

¹ - وفقا للمادة 40 فقرة 1، من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر، فان طلب العروض"هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء.....".

² -انظر المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

أولاً: تعريف التراضي من الناحية الفقهية:

رغم تعددت التعاريف الفقهية المتعلقة بالتراضي إلا أنها كلها تصب في معنى واحد في كونه إجراء استثنائي في إبرام الصفقة العمومية، وتحرر المصلحة المتعاقدة من كل الشكليات المعتمدة في القاعدة العامة للإبرام الصفقة المتمثلة في طلب العروض. فحسب الدكتور عمار بوضياف فإن سبب إطلاق تسمية التراضي كطريقة للتعاقد في مجال القانون العام، هو أن الإدارة تتحرر بواسطته من الخضوع للقواعد المطبقة على إجراء طلب العروض بأشكاله المختلفة، فرضاها واضح انطلاقاً من حررتها في اختيار المتعاقد معها، خلافاً لطلب العروض أين تفقد هذه الحرية نسبياً.¹

فالتراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في الجزائر هو أسلوب يخرج عن التوجهات والمبادئ العامة في إبرام الصفقات العمومية، وقد سمح هذا الخروج بإمكانية إضفاء الخصوصية عليه، وهذه الخصوصية تمتد لتشمل جملة الضوابط التي تتحكم في هذا الأسلوب، بداية من التعريف إلى غاية إجراءات اعتماده والعمل به.

ثانياً: التراضي من الناحية القانونية

عرف المرسوم الرئاسي 247/15 السابق الذكر في المادة 41 منه على أنّ "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظّم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

- من خلال المادة يلاحظ أنّ التراضي هو إجراء تخصيص لمعامل متعاقد واحد، وأساس التخصيص هو حق الاختيار الذي تحضي به الإدارة المتعاقدة في انتقاء

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، جسر للنشر و التوزيع، القسم الأول، الطبعة الخامسة، 2017.

متعامل معها بعد مناقشة بنود التعامل دون إتباع الإجراءات الشكلية للمنافسة، الأمر الذي يجعل هذا الأسلوب يتسم بالمرونة والسرعة في إبرام الصفقة العمومية.

- يتبين أيضا من خلال نص المادة أن هذا المرسوم إكتفى بتعريف التراضي على أنه إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الإشارة إلى أن السبب في اللجوء إلى هذا الأسلوب من طرف المصلحة المتعاقدة إنما يعود إلى توافر إحدى حالات التراضي، إذ كان من الأحسن في نظرنا أن يشار في هذا المرسوم إلى عبارة حالات التراضي، وذكر المواد المتعلقة بهذه الحالات حتى يصبح استثناء عن القاعدة العامة للإبرام (طلب العروض)، لأنّ هذا التعريف إهتم أكثر بإعفاء المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية دون الإشارة لحالات التراضي في إبرام الصفقة العمومية.

- يظهر من خلال نص المادة أنّها لم تبين من الذي يوكل له القيام بهذا الإجراء، بمعنى كان من الأفضل أن تنص المادة على أن التراضي هو إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة... إلى آخر المادة وفي هذه النقطة يرى الأستاذ "النوي خرشى" أنّه من الأحسن ألا يتخذ هذا الإجراء من طرف مسؤول المصلحة المتعاقدة لوحده، بل كان من المجدي الأخذ بكل الاحتياطات والأخذ بمبدأ الاحتراز ولا يترك هذا القرار بيد شخص واحد ويتخذ من طرف لجنة تفاوض ينشئها مسؤول المصلحة المتعاقدة حتى وإن لم يتم تكوينها إلا من معيّنه لا غير حفاظا على مثل هذا القرار وعلى المال العام¹ لكن نحن نعلم إن تشكيلة او إنشاء لجنة معينة، وفي أي مجال معين يتطلب العديد من الإجراءات، الأمر الذي يؤدي تعطيل إجراء التراضي الذي يتطلب السرعة والاستعجال، وحتى ولو افترضنا أن هذه اللجنة تم تشكيلها وإنشاءها من قبل فالأمر أيضا يؤدي إلى ضرورة دعوة أعضاء هذه اللجنة للانعقاد وعقد جلسات وغيرها من

¹ - الأستاذ النوي خرشى، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية و نقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، 2018، عين مليلة الجزائر، ص 153.

الإجراءات فهذا لا شك انه يؤدي إلى إطالة مدة التعاقد عن طريق التراضي الذي تكون حالاته مستعجلة وملحة .

نشير إلى أنّ نص المادة ذكر نوعين اثنين للتراضي وهما: التراضي البسيط، والتراضي بعد الإستشارة كما سيتم بيانه من خلال المطلب التالي:

المطلب الثاني: الحالات الحصرية للتعاقد بأسلوب التراضي

أشرنا سابقا أنّ المظهر المميز لأسلوب التراضي هو أنّ المصلحة المتعاقدة معفاة من الخضوع للإجراءات الطويلة التي تفرضها طريقة طلب العروض في إختيار المتعامل المتعاقد معها، وذلك ما وضحه نص المادة 41 السالفة الذكر بحيث قسمت التراضي إلى شكلين اثنين، ومن أجل حماية المال العام وخلق بيئة اقتصادية آمنة قوامها مبادئ الحكم الراشد، جعلت المشرع يكرس قواعد خاصة بغرض تقييد المصالح المتعاقدة عند إعمالها لأسلوب التراضي، حيث تدخل المشرع من خلال هذا المرسوم لتحديد نطاق العمل بأسلوب التراضي في مجال الصفقات العمومية دون أن يترك أمر تقديرها للمصالح المتعاقدة، فحدّد ذلك النطاق حصرا بما أصرّح عليه بالتراضي البسيط (أولا) والتراضي بعد الاستشارة متى ثبتت الجدوى منه (ثانيا).

أولا: التراضي البسيط:

يعتبر إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية في إبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات المحددة في المادة 49 من المرسوم 247/15، ولا يلزم المصلحة المتعاقدة إتباع إجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة، وتمنح الصفقة للمتعامل بعد قناعة وتقدير مؤهلاته وقدراته، والتفاوض حول الأسعار ومواعيد التنفيذ والضمانات وغيرها من العناصر الجوهرية¹، وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 يكون المشرع قد

¹-BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption en Algérie, Revue D'études et de Critique Social, N° 25, Alger, 2008 , p.140.

حسم وأكد نقطة قانونية ذات أهمية بالغة وهي الطابع الاستثنائي والنطاق الحصري لأسلوب التراضي البسيط وذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 41¹، كما انه تم إضافة مادة في المرسوم 247/15 تحدد الشروط الواجب التقيدها بها في إطار إجراء التراضي البسيط²، وتم تحديد الحالات الحصرية لأسلوب التراضي البسيط في المادة 49 كما أشرنا سابقا وستة حالات تتمثل في مايلي:

1/ حالة المتعامل المحتكر الوحيد: وردت أحكام هذه الحالة في المادة 1/49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ويتعلق الأمر بتواجد المصلحة المتعاقدة في وضعية تحتم عليها التعاقد مع متعامل اقتصادي يحتل وضعية إحتكارية في السوق، تكسبه مركز قوة من الناحية الاقتصادية³. أو تتعاقد لاعتبارات تقنية وفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

هذه الفقرة جاءت أكثر تفصيلا و توضيحا من نص المادة 43 في المرسوم الرئاسي السابق لسنة 2010 حيث أورد المشرع الإعتبارات الثقافية والفنية ولم يتم النص عليها في المرسوم السابق لسنة 2010.

و الواضح أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي على اعتبار أن الخدمة لا يليها إلا مؤسسة احتكارية واحدة، وبالتالي لا داعي أن تلجأ الإدارة إلى الإعلان والخضوع لإجراءات الشكلية في حين أن هناك متعهد واحد يتوفر على القدرات الفنية التي تشترطها المصلحة، وبهذا يكون المشرع قد أحسن عند تحريره للإدارة من الخضوع إلى إجراءات طلب العروض بل وحتى تحرير الإدارة من الاستشارة طالما أن هناك محتكر وحيد يستجيب لشروط التعاقد و يليي الخدمة المطلوبة.

¹ - تنص المادة 41/فقرة 2 على: "أنّ إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم." بينما المادة 39 وردت غير دقيقة وحاسمة بحيث ذكر التراضي دون الحسم في طبيعته القانونية فيما إذا كان مبدأ أو استثناء.

² - راجع المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15.

³ - أنظر المادة 3 من الأمر رقم 03/03 يتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

2/ حالة الاستعجال الملح والمعلّل: جاء في الفقرة 2 من المادة 49 انه في حالة الاستعجال الملح والمعلّل بوجود خطر يهدد ملك أو استثمار المصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، أو خطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، وأن تداركه لا ينسجم مع المواعيد والإجراءات المقررة في المناقصات، نظرا لطول المواعيد في هذه الأخيرة ، وتعقيد إجراءاتها، ولهذا يسمح للإدارة باللجوء لأسلوب التراضي البسيط .

كما أنّه وطبقا للفقرة 2 من المادة 49 من نفس المرسوم الرئاسي يشترط لصحة التعاقد وفقا لهذه الحالة أن تبرر المصلحة المتعاقدة حالة الضرورة والاستعجال تبريرا كافيا ومثبتا لعنصرين قانونيين مألوفين في القواعد العامة وهما:

- ألا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، ويفسر ذلك باستحالة التوقع حتى ولو بذلت المصلحة قصار جهدها وإمكاناتها، لأنّ إمكانية التوقع تفسر إمكانية اتخاذ التدابير الوقائية لمواجهة الخطر الداهم وتأمين الملك المهدد من كل الأخطار.

- ألا تكون الظروف المسببة لحالة الاستعجال نتيجة مناورات قادتها المصلحة المتعاقدة من أجل المماطلة إلى أن يتعرض الملك أو الإستثمار للخطر مما يدفعها للتعاقد بدافع المحاباة أو تحقيق مصلحة شخصية.

3/ حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة: ورد النص على هذه الحالة في الفقرة الثالثة من المادة 49¹، يتضح من نص المادة أن هذه الحالة هي حالة خاصة ومختلفة عن سابقتها لأنّها تستوجب بعض الشروط الخاصة وتطبق في مجال محدد ودقيق، فهي تخص مجال في غاية الحساسية وهو مجال التمويل، ويتعلق الأمر بمواد أو منتجات

¹ - المادة 49 فقرة 3 "...في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها..."

يطلبها الأفراد وهو ما تم التعبير عنه "بتوفير حاجات أساسية للسكان" فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تتطلب من الإدارة السرعة، والاستعجال بغرض ضمان حسن التوزيع وحسن التموين لتوفير حاجة السكان، كالقمح أو أي مادة أولية وأساسية، أو كأن يتعلق الأمر بزلزال أو فيضانات¹ أصابت منطقة معينة وفي هذه الحالة الإدارة لا يمكنها إتباع إجراءات طلب العروض بمختلف أنواعه لأن ذلك يعرقل رد الفعل المستعجل الذي يجب أن تقوم به المصلحة المتعاقدة لمواجهة الحالة الاستعجالية، ولصحة هذه الحالة أقرت الفقرة 3 من المادة 49 نفس الشروط السارية على حالة الاستعجال الملح والمعلل، بحيث استعملت عبارة "غير متوقعة" واستعملت عبارة "مناورات" حتى لا تستغل المصلحة المتعاقدة (الإدارة) الأحكام الاستثنائية.

4/ حالة مشروع استعجالي ذي أولوية وأهمية وطنية²: تناول المشرع هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 49³ من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، واشترط للتعاقد بأسلوب التراضي وفقا لهذه الحالة أن يكون تنفيذ المشروع ذو طابع استعجالي حفاظا على المصلحة العمومية، ولضمان الحياد والشفافية يشترط ألا يكون للمصلحة

¹ - تطبيقا لهذه الحالة قرّر مجلس الوزراء المنعقد يوم 2003/12/28 اعتماد صيغة التراضي طبقا للمادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 وذلك في إطار البرنامج الوطني الذي يهدف إلى إنجاز 20.000 (عشرين ألف) سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر بومرداس.

² - استحدثت هذه الحالة لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى، وأكد عليها المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 الذي استحدث الإجراءات المتعلقة بطلب الترخيص من مجلس الوزراء أو مجلس الحكومة حسب القيمة المالية للمشروع، والهدف من هذا الإجراء هو إدراج ضابط من ضوابط الحوكمة وهو تفعيل عنصر المسؤولية وتوزيعها بين كل الجهات التي يهملها تنفيذ المشروع.

³ - الفقرة 4 من المادة 49 تنص على انه "...عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر،..."

المتعاقد يد لإحداث هذه الحالة أو توقع حدوثها، ثم لا بد من الحصول على موافقة مجلس الوزراء إذا كانت قيمة الصفقة تتجاوز 10 ملايين دينار، وموافقة مجلس الحكومة إذا كان المبلغ أقل، وعند ربط هذه الفقرة بمثلتها في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 الواردة في المادة 43 نجد أن الإضافة المقدمة في مرسوم 247/15 هو ذكر مبلغ الصفقة والعتبة المالية حيث جاءت عبارة " يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار أو يقل عنه "، وهذا ما لم يتم ذكره في المادة 43 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 المعدل و المتمم.

5/ عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج : ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 5 من المادة 49¹ من خلال هذه الفقرة يتضح انه إذا تعلق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية وفي حال توفر الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة المتمثلة في تحقيق الحد أو المبلغ المالي، وتمت الموافقة من الجهات المخول لها ذلك المبينة أعلاه(في الحالة الرابعة) فإن المصلحة المتعاقد تلجأ مباشرة إلى إجراء التراضي وذلك من أجل تمكنها من إبرام الصفقة في وقت قصير ويسير وهذه الحالة تشبه الحالة المذكورة في الفقرة 4 من نفس المادة والتي تشترط هي الأخرى الموافقة المسبقة بعد إعداد تقرير مفصل من طرف الوزير المعني وهذا راجع لأهمية هذا النوع من الصفقات وتعلقها بترقية الأداة الوطنية والمشاريع ذات الأهمية الوطنية.

يبرز الهدف واضحا من هذه الطريقة لأنّ الأمر يتعلق بعصرنة وتحسين وسائل الإنتاج داخل الجزائر من أجل الرفع من مستوى الأداء للمؤسسات الوطنية.

¹ - المادة 49 فقرة 5 " ...عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات العمومية إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار-10.000.000.000، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر..."

6/ حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية: طبقا للفقرة 6 من المادة 49 فان للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقات وفقا لأسلوب التراضي مع مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذا وجد نص قانوني أو تنظيمي يخول لها حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو إذا سبق أن أنجزت هذه المؤسسات كل نشاطاتها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. هذه المادة مقارنة بمثلتها في المادة 43 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 حددت نوع المؤسسة العمومية بعبارة "مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري" على عكس الفقرة 5 من المادة 43 التي اكتفت بعبارة المؤسسة العمومية، من خلال هذه الفقرة المشرع أعطى أولوية لهذه المؤسسات ومصدر هذه الأولوية هو النص التشريعي أو التنظيمي في مجال محدد، لكن الشيء الملاحظ أن هذه الفقرة تخل بمبدأ المساواة الذي نصت عليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 و جسدته مواد كثيرة كما أنها تمس بالمبدأ الدستوري الذي ينص على حرية الاستثمار والتجارة في المادة 43 منه التي تنص على أنّ "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون...".¹، وحسب الدكتور عمار بوضيف فانه يرى انه كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن لا يمنح هذه المؤسسات طابع امتيازي أو حق حصري بل كان عليه أن يترك هذه المؤسسات أن تثبت وجودها وسط عالم كله منافسة وحرية في الوصول إلى الصفقة لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بامتياز أو حق حصري وأولوية،² وهو ما يفرضه حقيقة التوجه الاقتصادي الحر للدولة.

نشير إلى أن هذه الفقرة لا تشبه بتاتا الفقرة الأولى من نفس المادة السالفة الذكر المتعلقة بالاحتكار وإنما الفرق يكمن في كون أنه في الفقرة الأولى لا يوجد

¹ - راجع المادة 43 من التعديل الدستوري 2016.

² - الدكتور عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 231.

سوى متعامل أو متعهد وحيد في وضعية الهيمنة، أمّا الفقرة السادسة فإن المؤسسات الصناعية و التجارية عديدة وتعمل في نفس المجال لكن الصنفقة تخصص لإحدهما دون الأخرى بموجب نص تشريعي أو تنظيمي بصفة الحق الحصري.

ومن خلال استقراء المادة 49 من المرسوم 247/15 نجد أن المشرع قد حدد هذه الحالات على سبيل الحصر وذلك بذكره لكلمة "فقط" مما يدل على تأطير وتحديد هذه الحالات بدقة ووضوح، ومن ثم لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى طريق التراضي البسيط لإبرام الصفقات العمومية، وحرية اختيار المتعامل المتعاقد إلا في هذه الحالات لا غير .

أما شروط التراضي البسيط طبقاً لمبدأ الشفافية والمساواة بين المتعاملين الاقتصاديين، فقد تحددت كما أسلفنا الذكر في المادة 50 من المرسوم 247/15 وتمثل في:

- تحديد الحاجيات من قبل المصلحة المتعاقدة في ظل احترام المادة 27 من هذا المرسوم إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

- يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي، التقنية والمهنية والمالية كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم¹ التي تقابلها المادة 36 من المرسوم الرئاسي 236/10 حيث تم إضافة الفقرة 2 إلى المادة 54 التي أكدت على مبدأ المساواة في معاملة المرشحين وعدم التمييز بينهم وشفافية الإجراءات لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال العقلاني للمال العم، وهذا ما سيؤدي إلى تكريس قيم الشفافية وتعزيز المنافسة في مجال الصفقات العمومية.

¹ - المادة 54 من المرسوم 15 الرئاسي/247 تنص على انه "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية. يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصنفقة ومتناسبة مع مداها".

- يجب أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم (مثل اختيار العرض الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين الذين تم إختيارهم...).

- يجب أن تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة 52 من نفس المرسوم، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات¹، وهنا يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

- يجب أن تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية. ما يلاحظ من خلال المادة 50 أنها وضعت الضوابط والشروط الواجب احترامها من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط.

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة:

التراضي بعد الاستشارة هو أسلوب يقوم على أبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافسة بين المرشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للمناقصة، يتحدد أساسها القانوني بمضمون المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي نصت على: "... يكتسي التراضي... أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

¹ - انظر المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

لا تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة إلا في الحالات المحددة حصراً في المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 بحيث لا يجوز تجاوزها أو القياس عليها، أو محاولة الربط بينها وبين حالات قريبة ومشابهة لها معمول بها في أسلوب التراضي البسيط، وتتمثل هذه الحالات في:

1/ عندما يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: تم النص على هذه الحالة في الفقرة الأولى¹ من المادة 51 من المرسوم 247/15 تقابلها المادة 44 من المرسوم 236/10، لكن السؤال الذي يطرح متى نكون أمام حالة عدم جدوى طلب العروض؟ هذا التساؤل أجابت عليه المادة 52 من نفس المرسوم 247/15 في الفقرة السابعة (7)، حيث انه يعلن عن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ومحتوى دفتر الشروط، أي لا تتمكن المصلحة المتعاقدة من اختيار أي عرض فتعلن عدم جدوى الإجراء، هذا ونشير إلى أن حالات عدم الجدوى في المادة 44 من المرسوم 236/10 كانت أربع حالات أما في المادة 52 من مرسوم 247/15 تقلصت إلى حالتين فقط.

2/ حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تنسجم طبيعتها

مع طلب العروض: حيث تحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات، وردت هذه الحالة في الفقرة

¹ -المادة 51 فقرة 1 تنص على انه " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي، بعد الاستشارة، في الحالات الآتية: 1- عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية..."

الثانية(2)¹ من المادة 51 وهنا إذا لجأت الإدارة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة وقع عليها عبء إثبات وتبرير عدم لجوئها إلى طلب العروض. ونشير إلى أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال وإنما فقط الدراسات واقتناء اللوازم والخدمات، كما أن المصلحة المتعاقدة لها كل الحرية في اختيار المتعاقد معها دون اللجوء إلى الإشهار و المنافسة وغيرها من الإجراءات لكنها مقيدة بالطابع الخصوصي للصفقة كالتابع السري مثلا. إلا أن الغموض الذي يكتنف هذه الفقرة هي عبارة "ضعف المنافسة" أي أن لجنة فتح وتقييم العروض بعد تقييمها للعروض وصلت إلى نتيجة ضعف المنافسة وهنا يطرح السؤال ما هو الفرق بينها وبين عدم جدوى طلب العروض، "لأن هذه الأخيرة حسب الدكتور عمار بوضياف يمكن أن ينجر عنها استخلاص نتيجة الضعف بعد التقييم من طرف اللجنة أمّا عبارة الطابع السري فيمكن استيعابها وتبريرها نظرا لخصوصية بعض القطاعات والخدمات."²

3/ حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في

الدولة: على أن يتم تحديد قائمة هذه الأشغال بموجب قرار مشترك بين سلطة المؤسسة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية وذلك ما أكدته الفقرة الثالثة (3)³ من المادة 51 السابقة الذكر هذه الفقرة جاءت مطلقة دون تحديد أو ضبط مما يدعوا للتساؤل هل مثلا قطاع الدفاع أو قطاع العدل، لا يمكنهما إجراء طلب العروض في إبرام الصفقة وتكتفيا فقط بالتراضي بعد الاستشارة؟ يبقى هذا

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 51 على انه "... في حالة الصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض. وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات..."

² - الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 234.

³ - تنص الفقرة الثالثة من المادة 51 على انه "... في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة..."

السؤال مطروح إلى غاية صدور القرار الوزاري عن وزير المالية كما تم ذكره في الفقرة الأخيرة من المادة 51.

4/ حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم

مع أجل طلب عروض جديد: وردت هذه الحالة في الفقرة الرابعة (4)¹ من المادة 51 وهي فقرة جديدة لم تكن موجودة ضمن المرسوم الرئاسي 236/10 في نص المادة 44 منه وهي من مستجدات المرسوم الرئاسي الساري المفعول، وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة تلجأ لإجراء طلب العروض أولاً سواء تعلق الأمر بصفقات الدراسات أو اقتناء اللوازم أو الخدمات أو الأشغال وأنه تم اختيار العارض لكنه ولأسباب موضوعية تم الفسخ، وإذا كان المشروع لا يتحمل إجراءات جديدة والإشهار مرة أخرى² بالكيفية المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي فإنه تم الترخيص لها بالتعاقد عن طريق التراضي بعد الاستشارة.

5/ حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، والعلاقات

الثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع

تنموية أو هبات: تم النص على هذه الحالة في الفقرة الخامسة (5)³ من المادة 51

¹ - تنص الفقرة الرابعة من المادة 51 على انه "...في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجل طلب عروض جديدة..."

² - مثال كان يتم إنجاز ثانوية وتم تحديد الأجل لإنجازها داخل المتعامل المتعاقد بالتزاماته، وتم فسخ الصفقة وفق الإجراءات المطلوبة و لم يتم إكمال البناء أو التجهيز والسنة الدراسية على وشك الانطلاق، والمصلحة المتعاقدة لا بد أن تلتزم مع سلطات المتابعة والإشراف، في هذه الحالة يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة بسبب عدم قابلية المشروع وتحمله لإجراءات طلب عروض جديد.

³ - تنص الفقرة الخامسة من المادة 51 على انه " حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقيات التمويل على ذلك،..."

و قد وردت حرفيا في المرسوم الرئاسي 236/10 في الفقرة 4 من المادة 44 منه، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الأحوال الأخرى.

من خلال هذه المادة نصل إلى أنّ أسلوب التراضي بعد الاستشارة ينطوي على عدّة مزايا محققة لفائدة المصلحة المتعاقدة من حيث تمكينها من الإطلاع والتأكد من القدرات والمؤهلات التقنية والمالية لكل الأطراف المدعوة للتنافس وطنية وأجنبية في حدود ما يتطلبه تنفيذ الصفقة، وقد مكّنها المشرع من بعض الوسائل المادية التي تسهل مهمتها خصوصا استعانتها بالبطاقات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة.

المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية بأسلوب التراضي

سبق بيانه أنّ أسلوب التراضي يتميز بالمرونة التي تغطي كل مراحل إبرام الصفقة بالتراضي بدءا بمرحلة الدعوة إلى غاية التعاقد، التي مفادها هو تحرير الإدارة المتعاقدة من القواعد الإجرائية التي تتم بها طلب العروض الذي يقوم على الإشهار في الصحف والنشر إجباريا في النشرة الرسمية للصفقات العمومية على سبيل الإلزام في كافة أشكال طلب العروض¹، وتمكينها (المصلحة المتعاقدة) من اختيار المتعاقد معها على أساس التفاوض العادل الذي يسمح لها باختيار المتعاقد الذي يتوفر على المؤهلات الجديرة بإنجاز العملية وتحقيق المصلحة العمومية من دون أية دعوة شكلية للمنافسة إذا تعلق الأمر بالتراضي البسيط (المطلب الأول)، وفي أسلوب التراضي بعد الاستشارة تبرز المرونة من خلال ما أتاحه القانون للمصلحة المتعاقدة من سلطات

¹ - انظر المادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 الساري المفعول.

لتنظيم الاستشارة للمتعاملين الإقتصاديين الذين ترغب التفاوض معهم بكل الوسائل المكتوبة الملائمة¹ (المطلب الثاني)، كما سيأتي تفصيله.

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة في إبرام الصفقة بأسلوب التراضي البسيط

الأصل أن المصلحة المتعاقدة تتحرر من كل القيود الشكلية الواجب توافرها في طلب العروض عند إبرامها لعقد الصفقة بطريق التراضي.

لذلك قبل أن نفصل في كل حالة لوحدها لا بد من الإشارة إلى أن هناك مرحلة جد مهمة تسبق مرحلة التعاقد تتمثل في مرحلة التفاوض² كمرحلة حاسمة في إطار التعاقد بأسلوب التراضي في نصوص المرسوم الرئاسي رقم 15-247³، وفي تعريفه لأسلوب التراضي في المادة 1/41 من نفس المرسوم استبعد الدعوة الشكلية للمنافسة، وألزم المصلحة المتعاقدة صراحة وبموجب الفقرة 4 من المادة 50 بتنظيم المفاوضات وفقا للشروط الواردة في المادة 56 من نفس المرسوم.

➤ و بالرجوع إلى التعاقد بطريق التراضي البسيط فإنه في حالة صفقة تتعلق بمشروع ذي أهمية وطنية كما سبق ذكره في الفقرة 4 من المادة 49، او عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج التي ورد ذكرها في الفقرة 5 من

¹ - تنص المادة 41 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 في آخر الفقرة الأولى على: "...وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة."

² - وفقا للمرسوم الرئاسي 247/15، تعد المفاوضات مرحلة جوهرية في عملية إبرام الصفقة بأسلوب التراضي، تبرز أهميته بالنسبة للمصلحة المتعاقدة من حيث انه أسلوب في وتقني للتعاقد، وحسم كل المسائل العالقة به، بدليل أنّ الفقرة 6 من المادة 52 من نفس المرسوم أوضحت حق المصلحة المتعاقدة في طلب توضيحات، أو تفصيلات حول عروض المتعاملين الإقتصاديين، كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم، ولها أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة.

³ - نشير إلى أن هذا التفاوض تم استبعاده صراحة في أسلوب طلب العروض أو المناقصات حسب نص المادة 40/فقرة 1 من المرسوم 247/15

المادة 49 وجب عرض الصفقة على قمة مجالس السلطة التنفيذية ممثلاً في مجلس الوزراء أو إجتماع الحكومة حسب مبلغ الصفقة المشار إليه في هذه المادة، وذلك يستلزم تحضير الملف بكل الوثائق والمعطيات وإحالاته من طرف الوزير المعني للأمانة العامة للحكومة من أجل التنسيق و الجدولة، حيث أن كل منهما يخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء او مجلس الحكومة بعد إعداد تقرير مفصل من قبل الوزير المعني بالصفقة.

➤ كذلك عند الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية عند عدم إستلام أي عرض أو عدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة أم محتوى دفتر الشروط ففي هذه الحالة فان الإدارة قبل أن تلجأ للتراضي فإنه لا بد أولاً أن تكون المصلحة المتعاقدة قد اتبعت كل إجراءات طلب العروض في مرحلة أولى أي أنها طبقت القاعدة العامة واتبعت الإجراءات لكن لم يتقدم أي عارض فيعلن عن عدم الجدوى، و تكرر العملية للمرة الثانية فإن تأكد ذات الوضع لجأت المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط و هو نفس الشيء إذا تعلق الأمر بعدم المطابقة لموضوع الصفقة أو محتوى دفتر الشروط.¹

هذه هي الحالات التي نص المرسوم الرئاسي 247/15 على الإجراءات الواجب إتباعها عند لجوء المصلحة المتعاقدة إليها عن طريق التراضي البسيط أما الحالات الأخرى فان الإدارة معفاة من هذه الإجراءات الشكلية ما عدا الحالة المذكورة في الفقرة 6 من المادة 49 منها تكون بموجب نص تشريعي او تنظيمي و

¹ - انظر المادتين 51 فقرة الاولى، و المادة 40 الفقرة الثانية من المرسوم الرئاسي 247/15.

هذا النص هو الذي يحدد الإجراءات الواجب إتباعها من طرف الإدارة أو المتعامل المتعاقد معها.

تجدر الإشارة إلى انه يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من القدرات الاقتصادية¹ للمتعامل الاقتصادي معها كما هو محدد في المادة 54² من هذا المرسوم.

المطلب الثاني: إجراءات التراضي بعد الإستشارة عند إبرام الصفقة
تنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على انه: "... يكتسي التراضي... أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

من خلال المادة نستخلص أن المصلحة المتعاقدة عند لجوئها للتراضي بعد الإستشارة فان هذه الأخيرة (الإستشارة)

➤ لا بد أن تكون مكتوبة دون الاهتمام بالوسيلة المعتمدة في الكتابة، ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو ما مدى نطاق هذه الاستشارة بمعنى آخر هل هذه الاستشارة تخص المعهدين والمؤسسات المشاركة والمتنافسة أم أنها تتجاوز هذا النطاق؟

حقيقة هذا السؤال أجابت عنه المادة 52 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث أنّها حددت نطاق الاستشارة كأصل عام في المؤسسات المشاركة و المتنافسة في طلب العروض على اعتبار أنّها الأدرى بالمشروع المراد الوصول له من قبل المصلحة المتعاقدة،

¹ - تنص المادة 50/فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على: " يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط، أن... تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم.

² - انظر المادة 54 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

فهم بذلك حسب الدكتور عمار بوضياف يكونون قد عبّروا عن اهتمامهم بالمشروع من خلال العروض المقدمة من طرفهم، وهو ما يعبر عن الجدية لذلك وجب أن تحظى قبل غيرها بالرعاية والاهتمام¹.

كما أشارت المادة نفسها في الفقرة 2 منها أن نطاق هذه الاستشارة لا ينحصر في هذه المؤسسات المشاركة فقط، وإنما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تستشير مؤسسات غير مشاركة في طلب العروض وبالتالي فهذه الفقرة تكون قد رخصت للمصلحة المتعاقدة باستشارة مؤسسات أخرى غير مشاركة في العرض الأول المعلن عنه، لكن الإدارة مقيدة بشرط الإعلان عن هذه الاستشارة بالكيفية نفسها في طلب العروض وهو قيد شكلي ويخدم الأحكام العامة للتعاقد المتعلقة بالمنافسة، (مبدأ الشفافية وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية، ومبدأ المساواة)² المنصوص عليها في نص المادة 5 من المرسوم 247/15 السالف الذكر. وأكدته المادة 9 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته المعدل و المتمم سنة 2010³.

- تجدر الإشارة أيضا أنّ المصلحة المتعاقدة تمنح لها بعض الرخص في حالة التراضي بعد الاستشارة تتمثل أساسا في:

أ/تقليص مدة تحضير العروض دون أن تمس بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وذلك من أجل الإسراع في إنجاز المشاريع العامة خدمة للأفراد .

¹-الدكتور عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 310.

²- لتفصيل أكثر حول هذه الأحكام المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 راجع كل من: - عباسي سهام، نظام المنافسة في إطار قانون الصفقات العمومية، الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة و ضبط السوق، جامعة قلمة، كلية الحقوق و العلوم السياسية 17/16 مارس 2015 ص 5 و ما يليها. - الكراتي بسام ، مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية¹،مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، 2007، ص 7.

³- القانون 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05/10 المؤرخ في 26 غشت 2010، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2010.

ب/ أن تحتفظ بنفس دفتر الشروط فهو الدليل العام للصفقة كما أنه الوثيقة التي تتضمن سائر المعلومات بخصوص الصفقة المراد إبرامها حيث يعتبر المخطط الأولي لإجراء الصفقة، يتم من خلاله تحديد الشروط التعاقدية الواجب الإلتزام بها، سواء من طرف الإدارة أو المتعامل الاقتصادي، فإذا ما تم تحديد الشروط والكيفية بدقة، فإن الصفقة العمومية ستكون ناجحة وفعالة، تحقق الطلب العمومي المرجو من المصلحة المتعاقدة في الآجال المتفق عليها.¹ وذلك من أجل أن لا تحيل المصلحة المتعاقدة دفتر الشروط من جديد على لجنة الصفقات العمومية، وما يكلف ذلك من وقت وإجراءات. كما نشير أيضا أن هذا المرسوم قد أجاز للإدارة إمكانية تعديل دفتر الشروط وإحالة ذلك على لجنة الصفقات العمومية المعنية من أجل دراسته والموافقة عليه.

➤ كما أنه من بين الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المصلحة المتعاقدة في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض هو أن تتبع إجراءات هامين:

أ/ وجوب إعداد مشروع دفتر الشروط وإحالته على لجنة الصفقات المعنية عند توفر هذه الحالة ولجوتها للتراضي بعد الاستشارة.

ب/ وجوب تحرير و توجيه رسالة استشارة من طرف المصلحة المتعاقدة وفقا للفقرة 5 من المادة 52 على أساس دفتر الشروط الذي اعدّ أساسا لهذه الطريقة أي التراضي لا طلب العروض.

¹ - هشام بلهامل، دور دفاتر الشروط في تكريس معايير المنافسة، الملتقى الوطني حول ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة احمد بوقرة، كلية الحقوق بودواو، بومرداس، يوم 21/20 نوفمبر 2017، ص1.

وهي نفس الإجراءات الواجب إتباعها من طرف المصلحة المتعاقدة إذا ما لجأت للتراضي بعد الاستشارة في حالة صفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية، وكذا بالنسبة للصفقات المتعلقة بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون حكومي وعلاقات ثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، وكذلك الصفقات تتبع نفس الإجراءات في الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع أجال طلب عروض جديدة هذه الأخيرة التي كانت من مستجدات المرسوم الرئاسي 247/15 الساري المفعول إلا أن الإجراءات المتبعة خلالها لا تختلف عن سابقتها وذلك وفقا للفقرة 5 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 247/15.

➤ وجوب الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة في أسلوب التراضي بعد الاستشارة: إذ يعد الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة من أهم الآليات التي تكرس مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، فالمرسوم الرئاسي 247/15 لم يقصر المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض وإنما امتد ليشمل أيضا أسلوب التراضي بعد الاستشارة لأنه بما أننا أمام منافسة ولو كانت محدودة وضيقة فانه وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن، لذلك وجب على المصلحة المتعاقدة نشر إعلان المنح المؤقت حسب ما تضمنته الفقرة 8 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي الجديد التي تحيلنا إلى نص المادة 65 وما فرضته من نشر في جريدتين يوميتين وطنيتين باللغة العربية واللغة الأجنبية، والنشر في نشرة الصفقات العمومية. وللإشارة فأن هذا الإجراء غير مبرمج فيما يتعلق بصفقات التراضي البسيط لأنه إجراء بسيط يعني عدم التقيد بإجراءات محددة غالبا.

هذا فيما يتعلق بإجراءات التراضي بنوعيه في إبرام الصفقات العمومية فرغم أن هذا الأسلوب لا يتطلب إجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في أسلوب طلب العروض إلا أنه لا يمكن أن يترك للمصلحة المتعاقدة الحرية المطلقة في إبرام الصفقات وفقا لهذا الأسلوب الاستثنائي، بل يجب عليها إتباع الإجراءات والتقيد بالحالات المنصوص عليها في هذا المرسوم، وذلك من أجل حماية المال العام ومن أجل الوقاية من الفساد والعمل على مكافحته.

خاتمة

التراضي أو الإتفاق المباشر بنوعيه البسيط أو بعد الإستشارة هو أسلوب استثنائي تستخدمه الإدارة في حالات معينة ومحددة بموجب القانون، وغالبا ما يتعلق الأمر باحتياجات عاجلة تريد الإدارة أن تتعاقد عليها، وعليه فإن الإدارة تتحرر من الإجراءات الصارمة التي تحكم أسلوب طلب العروض، لذلك جاء المرسوم الرئاسي رقم 247/15 لتنظيم الصفقات العمومية بالعديد من المستجدات من أجل تفاعلي النقائص التي كانت محل انتقاد للمرسوم الرئاسي 236/10، ومنها ما تعلق بإجراء التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، حيث:

- تم تحديد حالات التراضي البسيط بدقة ووضوح.
- إضافة مادة جديدة تبين الشروط الواجب التقيد بها في إجراء التراضي البسيط المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15.
- إضافة حالة واحدة في إجراء التراضي بعد الإستشارة وهي "عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية".
- إضافة إلى ذلك تم تقليص حالات عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة في المرسوم 247/15 إلى حالتين عوض 4 حالات المذكورة في القانون 23/12.

- كما تم حذف الفقرة الخاصة بوجوب استشارة ثلاث متعهدين على الأقل المذكورة في المادة 44 من المرسوم 236/10.
وبهذا فإن المرسوم الرئاسي 247/15 قد عرف نقلة نوعية جاءت متماشية مع المستجدات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية الراهنة خاصة فيما يتعلق بالأزمة المالية وانتهاج سياسة التقشف من أجل الاستغلال الحسن للمال العام وتحسين مناخ الأعمال من أجل الوصول إلى ترشيد الصفقات العمومية.

قائمة المصادر والمراجع

1/ النصوص القانونية:

- 1/ القانون 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05/10 المؤرخ في 26 غشت 2010، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2010.
- 2/ المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 10 أكتوبر 2010 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر، العدد 58.
- 3/ مرسوم رئاسي رقم 247/15 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 الصادر في 20 سبتمبر 2015.
- القانون 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، المعدل و المتمم بموجب الأمر 05/10 المؤرخ في 26 غشت 2010، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2010.

2/ الكتب:

- 1/ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، جسور للنشر و التوزيع، القسم الأول، الطبعة الخامسة، 2017.
- 2/ الأستاذ النوي حرشي، الصفقات العمومية، دراسة تحليلية و نقدية و تكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2018.

3/ المقالات بالعربية والفرنسية:

1/ الكراتي بسام، مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية¹، مجلة دراسات، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، 2007.

2/ BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption en Algérie, Revue D'études et de Critique Social, N° 25, Alger, 2008 .

4/ الملتقيات:

1/ عباسي سهام، نظام المنافسة في إطار قانون الصفقات العمومية، الملتقى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة و ضبط السوق، جامعة قالم، كلية الحقوق و العلوم السياسية 17/16 مارس 2015 .

2/ هشام بلهامل، دور دفاتر الشروط في تكريس معايير المنافسة، الملتقى الوطني حول ترشيد النفقات العمومية ورهانات النهوض بالاقتصاد الوطني من خلال تنظيم الصفقات العمومية، جامعة احمد بوقرة، كلية الحقوق بودواو، بومرداس، يوم 21/20 نوفمبر 2017