

تاريخ القبول: 2018/03/14

تاريخ الإرسال: 2017/04/27

تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية

المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة

Estimating the principle of competition in public transactions Concluded with the amicable agreement after consultation

بوزيد بن محمود Bouzid Benmahmoud

Bouzid9@yahoo.fr

جامعة برج بوعرييج

الملخص:

إذا كانت المنافسة تظهر بوضوح في طلب العروض الذي يعد القاعدة العامة، لإبرام الصفقات العمومية، فإن اختيار الإدارة بما لها من سلطة تقديرية لأسلوب التراضي لإبرام صفقاتها يثير العديد من الإشكالات المرتبطة بمدى إعمال مبدأ المنافسة. ونظراً لأن هذا المبدأ يكاد يختفي في التراضي البسيط، فسنحاول في هذه الدراسة البحث في مدى إعماله عند اعتماد الإدارة على التراضي بعد الاستشارة في إبرام صفقاتها، وذلك في إطار مرسوم الصفقات العمومية رقم: 15-247.

الكلمات المفتاحية: المنافسة؛ الصفقات العمومية؛ التراضي بعد الاستشارة.

Astract

While competition occurs clearly in the calls for tenders - which is considered as a general rule for the execution of public transactions - the administration choice -having discretion power - of amicable agreement to execute its transactions raises many problems associated with the realization , of the competition principle.

Because the principle of competition almost disappears in a simple amicable agreement, we'll try -in this research work- to investigate the realization of the afore mentioned principle when the administration adopted the amicable agreement after consultation procedure to execute its transactions.

Keywords: The competition; The public transactions; The amicable agreement after consultation.

المقدمة:

يقترن مبدأ اللجوء إلى المنافسة بمجال الصفقات العمومية اقترانا واضحا، إذ يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، باعتبار أن المنافسة تمكن الإدارة من استخدام الموارد العمومية استخداما رشيدا وعقلانيا، بما تمنحه من تنوع في العروض، مما يضيف على طلباتها قدرا من الشفافية والنزاهة، لذلك أولى المشرع الجزائري لموضوع المنافسة في الصفقات العمومية اهتماما خاصا، حيث نص في المادة الثانية من الأمر رقم: 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم⁽¹⁾ على أن أحكامه تطبق على الصفقات العمومية بدءا من نشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة. عرف قانون المنافسة المذكور آخر تعديل له سنة 2010⁽²⁾، إلا أن المادة الثانية منه اكتفت بالنص على تطبيق أحكامه على المناقصات كقاعدة عامة لإبرام الصفقات مغلقة أو مستثنية إجراء التراضي، بينما في المرسوم الرئاسي 02-250⁽³⁾ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية تم إدراج ما نصه: (ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات)، وذلك في المادة الثانية من المرسوم المذكور بعد تعديله سنة 2008 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 08-338⁽⁴⁾، وهو ما احتفظ به المشرع في نص المادة 03 من المرسوم الرئاسي 10-236⁽⁵⁾، ونص المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247⁽⁶⁾، ذلك ما يعني أن المبادئ المذكورة ضرورية في حالة استعمال الإدارة المناقصة كأسلوب لإبرام صفقاتها، وأيضا في حالة لجوئها إلى التراضي، ويشير مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية إلى إتاحة عنصر المنافسة الحرة والتامة.

الجدير بالملاحظة، أن المرسوم الجديد تخلى عن مصطلح "المناقصة" وأبدله بمصطلح "طلب العروض" كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية، وهو ما يدعو إلى ضرورة إعادة النظر في صياغة المادة 02 من قانون المنافسة بإدخال صيغة "طلب العروض" بدلا من "المناقصة" درء للتناقض.

ويختلف نطاق مبدأ اللجوء إلى المنافسة في مجال الصفقات العمومية ضيقا واتساعا بحسب كيفية إبرام الصفقة، إذ تقتض القاعدة العامة في إبرام الصفقات على المصلحة المتعاقدة التزاما بتحقيق نتيجة متمثلة في اللجوء إلى المنافسة، فيما تجعل القاعدة الخاصة المصلحة المتعاقدة أمام التزام ببذل عناية فحسب⁽⁷⁾.

وعلى كل حال فإن المشرع الجزائري أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية في اختيار كيفية إبرام الصفقات التي تحقق البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة في إطار مهمتها، فهي إما أن تختار القاعدة العامة لإبرام الصفقات "طلب العروض أو المناقصة سابقا"، وإما أن تعتمد إلى القاعدة الخاصة "التراضي" على أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة⁽⁸⁾،

يعد التراضي إجراء خصوصيا لإبرام الصفقات العمومية يتضمن تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة تبعا لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 سالف الذكر، الذي جعل التراضي نوعين: التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة، فإذا كان مبدأ المنافسة لا يكاد يظهر في التراضي البسيط، فما مدى إعمال هذا المبدأ في التراضي بعد الاستشارة في إطار أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 المنظم للصفقات العمومية؟

محاولة للإجابة عن هذا التساؤل تم تقسيم هذا البحث إلى محورين:

المحور الأول حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

المحور الثاني إجراءات إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة.

1 - حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة:

نص المشرع الجزائري على أسلوب التراضي بعد الاستشارة كإجراء لإبرام الصفقات العمومية لأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم: 84-51⁽⁹⁾ المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 82-145⁽¹⁰⁾ المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، حيث ميز هذا الإجراء عن إجراء التراضي البسيط إذ نصت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 82-145 بعد تعديلها على أنه (يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الشكليات الأخرى).

لكن المشرع لم يميز بين حالات التراضي البسيط وحالات التراضي بعد الاستشارة، كما اعتبر التراضي بصورة عامة قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية إلى جانب الدعوة إلى المنافسة.

نشير إلى أنه ابتداء من سنة 1996 أصبح التراضي قاعدة استثنائية لإبرام الصفقات العمومية نتيجة دخول الجزائر مرحلة اقتصاد السوق، وما تبع ذلك من ضرورة فتح الصفقات العمومية تدريجيا للمنافسة، إذ نص على ذلك صراحة المرسوم الرئاسي رقم: 96-54 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم: 91-434⁽¹¹⁾ المتضمن الصفقات العمومية، رغم ذلك لم يحدد هذا المرسوم حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة لإبرام الصفقات العمومية.

استمر الغموض بخصوص تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 سالف الذكر الذي نص في المادة 38 منه على حالتين يمكن فيهما للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إجراء التراضي بعد الاستشارة، وهما حالة عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة، وحالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة، أضاف بعد ذلك المشرع الجزائري حالات أخرى بموجب تعديلين طرأ على المرسوم الرئاسي رقم: 02-250، الأول المرسوم الرئاسي 03-301⁽¹²⁾ المؤرخ في: 11/09/2003، والثاني المرسوم الرئاسي رقم: 08-338 المؤرخ في: 26/10/2008.

حدد المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 سالف الذكر في المادة 44 منه خمس (05) حالات تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، غير أنه لم يحددها على سبيل الحصر، وهو أيضا ما احتفظ به المرسوم الرئاسي الجديد رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مع تغيير طفيف في الصياغة، وتبدو الحالات المذكورة في المادة 51 من هذا المرسوم في مجملها غامضة وتحتوي ثغرات قد تسمح بالالتفاف على مبدأ المنافسة.

الحالة الأولى: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

عندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها، وفي حالة عدم جدوى هذا الطلب للمرة الثانية فإنه يمكنها المرور من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة، ذلك ما نصت عليه المطة الأولى من المادة 51 من المرسوم 15-247. وتبعا للفقرة 02 من نص المادة 40 من هذا المرسوم فإنه يعلن عن عدم جدوى طلب العروض في ثلاث (03) حالات:

عندما لا يتم استلام أي عرض.

عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.

عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.

بينما كانت حالات عدم الجدوى في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 (الملغى)

محددة بنص المادة 44 في:

- عندما يتم استلام عرض واحد فقط.

- عندما لا يتم استلام أي عرض.

- عندما يتم التأهيل التقني الأولي لعرض واحد فقط.

- عندما لا يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض.

بالإضافة إلى ما سبق وبمقابل توسيعه لحالات عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة، يمنح

المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 (الملغى) للمصلحة المتعاقدة عند إعلان عدم جدوى

مناقصة للمرة الأولى حرية الاختيار بين إجراء المناقصة من جديد، أو اللجوء إلى

التراضي بعد الاستشارة، مع السماح في الحالتين بتقييم العرض الوحيد في حاله تأهيله

تقنيا، وهو ما يعبر عن عدم استقرار التنظيم المذكور في توحيد حالات عدم الجدوى

بعكس تنظيم الصفقات الجديد.

من الجدير بالذكر أنه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 لا يمكن للإدارة

اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى، بل

يجب عليها أن تعيد الإجراء، باستثناء حالة إتباعها بداية لأسلوب المسابقة، حيث نصت

المادة 48 في فقرتها 07 على أن يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من نفس المرسوم، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

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

تتعلق هذه الحالة بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة دون الأشغال، وقد أراد المشرع في تنظيم الصفقات الجديد أن يكون أكثر تحديدا لهذه، إذ ربط خصوصية الصفقات المذكورة بموضوعها، أو بضعف مستوى المشاركة، أو بالطابع السري للخدمات، لكن هذا الأمر قد يفتح الباب أمام المصالح المتعاقدة للتملص من أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة لإبرام صفقاتها من خلال ادعائها ضعف مستوى المنافسة حول موضوع الصفقة، ومن ثم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة والمساس بمبدأ المنافسة.

حاول المشرع أن يقلل من هذا الإشكال بإسناد صلاحية تحديد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة إلى مسؤول الهيئة العمومية بعد أخذ رأي لجنة الصفقات المختصة، غير أنه لم يوضح إجراءات تحديد هذه القائمة ومواعيدها، وكان من الأحسن لو ترك أمر تحديد هذه القائمة إلى مسؤول الهيئة المستقلة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية كما كان معمولا به قبل إلغاء المرسوم الرئاسي رقم: 10-236(13).

الحالة الثالثة: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.

ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد أو ضبط(14)، وإذا كانت الحالة السابقة لم تنص على صفقات الأشغال، فإن هذه الحالة مرتبطة بصفقات الأشغال فقط وتظل غامضة إلى غاية قيام سلطة الهيئة العمومية السيادية في الدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة، بإصدار مقرر يتضمن قائمة الأشغال التابعة مباشرة

للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، ذلك ما نصت عليه المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

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

يلاحظ بداية، تخلي المشرع عن استثناء صفقات الأشغال من هذه الحالة، والتي كانت مستثناة في نص المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم: 236/10، حيث كان الأمر بتعلق بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات فقط، كما يلاحظ أن المشرع قد جاء بصيغة الفسخ في الحالة المذكورة عامة، فلم يفرق بين الفسخ من جانب واحد والفسخ التعاقدية، والفسخ الجزئي والفسخ الكلي.

والسؤال الذي يطرح هنا، ألا تشكل حالة الفسخ من جانب واحد، دون خطأ من المتعامل المتعاقد كأساس للجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، ثغرة تخول المصلحة المتعاقدة التهرب من إجراء طلب العروض والمساس بمبدأ المنافسة؟

يزداد هذا التساؤل إلحاحاً إذا نظرنا إلى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة لتقرير أن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

الحالة الخامسة: حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أوهبات.

تعد هذه الحالة من الحالات التي يمكن أن تلجأ فيها المصالح الوطنية المتعاقدة الخاضعة لقانون الصفقات العمومية إلى إبرام صفقاتها بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، إذ يملّي العمل بهذه الحالة ضرورة احترام المصالح المذكورة لالتزامات الدولة ذات الطابع الخارجي⁽¹⁵⁾، وبالتالي لهذه المصالح أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة انجاز عمليات في إطار التعاون الحكومي، وفي البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

يستخلص مما سبق ذكره غموض حالات اللجوء إلى الاستشارة، وإمكانية الالتفاف على مبدأ المنافسة، سواء في إطار المرسوم الرئاسي الملغى رقم: 10-236 أو في إطار المرسوم الرئاسي الجديد رقم: 15-247.

II المحور الثاني: إجراءات إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة

نصت الفقرات الثلاث الأولى من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 على إجراءات إبرام الصفقة العمومية في حالة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، بينما نصت الفقرتين 04 و 05 من نفس المادة، على إجراءات الإبرام في الحالات الأخرى المذكورة آنفاً، في حين نصت الفقرات المتبقية على أحكام مشتركة بين جميع حالات التراضي بعد الاستشارة، تتميز في مجملها بالضبابية والغموض ومحدودية التنافس وسعة السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة المتعاقدة.

أولاً- الإجراءات الخاصة والمشاركة السابقة لمنح الصفقة:

01- الإجراءات الخاصة بحالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

يلاحظ من ناحية الصياغة أن المشرع في المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، قد جمع بين حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وأحكامها وإجراءاتها بشكل أدى إلى وقوع الكثير من اللبس والغموض والخلط، بينما حاول المشرع المحافظة على وضوح التصنيف في المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 بأن أفرد لحالات التراضي بعد الاستشارة نص المادة 51 منه، ولأحكامها وإجراءاتها نص المادة 52 منه، غير أنه أدخل في نص المادة 52 بالتسلسل المطلوب في الصياغة، حيث بدأ نص المادة مباشرة بصيغة (تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة) دون توضيح الحالة التي يتعلق بها هذا الحكم أو الإجراء، وكان من الأولى أن تكون الصياغة كالتالي (يتم اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالة المنصوص عليها في المطة 01 من المادة 51 أعلاه برسالة استشارة..).

ومن الناحية الإجرائية أكد تنظيم الصفقات الجديد أن رسالة الاستشارة تعد أول إجراء تتبعه المصلحة المتعاقدة عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، لكنه لم يوضح المدة الفاصلة بين الإجراءين مشيراً فقط إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض عن تلك المقررة في طلب العروض.

أكد تنظيم الصفقات أيضا أن رسالة الاستشارة توجه إلى المؤسسات التي شاركت في طلب العروض، دون أن يوضح محتويات هذه الرسالة، وقد كان من الأولى أن يتم التنصيص على الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تتضمنها الاستشارة، فمثلا من الضروري ذكر نية المصلحة المتعاقدة في استخدام أسلوب التراضي بعد الاستشارة تعميقا للشفافية، ودعما للمنافسة، وتمكينا للمرشحين من اللجوء إلى حق الطعن فيما بعد.

وعلى العموم، فقد أوضحت المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 الوثائق التي يتكون منها ملف الاستشارة الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين لتمكينهم من تقديم عروض مقبولة.

يلاحظ أن المشرع في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 كان يوجب على المصلحة المتعاقدة استشارة زيادة على ثلاث (03) متعاملين مؤهلين على الأقل، جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة، بينما اكتفى المرسوم الجديد بإلزام المصلحة المتعاقدة باستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض غير المجدي، ونظرا لمخاطر نشوء احتكارات القلة في حالة الصفقات المتكررة في ظل مشاركة عدد محدود من المتعاملين الاقتصاديين، وما يمكن أن يترتب عن ذلك من فساد وتواطئ، فقد نص تنظيم الصفقات على أنه في حالة إذا ما قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة توسيعا للمنافسة، ويدخل هذا ضمن حالات الاقتضاء في اللجوء إلى النشر المنصوص عليه في المادة 61 (التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء).

تعد إلزامية نشر الإعلان عن الاستشارة في حالة توسيعها إلى متعاملين لم يشاركوا في طلب العروض غير المجدي إجراء جديدا لم يكن منصوصا عليه في المرسوم 10-236، وهو إجراء معمول به في القانون المقارن، كما في فرنسا بالنسبة لصفقات التراضي التي تحتوي على قدر من المنافسة⁽¹⁶⁾.

وجدير بالذكر، أنه في حالة استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات التي شاركت في طلب العروض، وفي حالة ما إذا قررت توسيع الاستشارة لتشمل مؤسسات لم تشارك في

طلب العروض يتم استعمال نفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض دون إخضاعه لدراسة لجنة الصفقات المختصة من جديد.

ونظرا لأن الإدارة يمكنها التهريب من صيغة طلب العروض، وذلك بإدراج شروط اقصائية أو تعجيزية، وبعد عدم جدوى الطلب للمرة الثانية تغيير الشروط لصالح من تريد، فقد تدخل المشرع وأوجب على المصلحة المتعاقدة إذا قررت تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تمس بشروط المنافسة ضرورة تقديم الدفتر لدراسة لجنة الصفقات المختصة وإطلاق طلب عروض جديد.

02- الإجراءات الخاصة بالمجالات الأخرى للتراضي بعد الاستشارة:

في الحالات الأخرى للتراضي بعد الاستشارة المنصوص عليها في الفقرات من 02 إلى 05 من نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة متى توافرت إحدى حالاته المذكورة آنفا برسالة استشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة بما في ذلك الوسائل الالكترونية.

لم يحدد تنظيم الصفقات العمومية الحد الأدنى من المتعاملين الاقتصاديين الذين يجب على الإدارة استشارتهم، كما لم يشر إلى نص المادة 05 المتعلق بمبادئ الصفقات خصوصا "مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية"، وهو ما يعد تضييقا لمبدأ المنافسة، وقد اكتفى المشرع بإحالة المصلحة المتعاقدة إلى بطاقتها المعدة طبقا لأحكام المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، والتي توجب على كل مصلحة متعاقدة إمساك بطاقة للمتعاملين الاقتصاديين وتحيينها بانتظام، على أن يحدد محتوى هذه البطاقات وشروط تحيينها بموجب قرار من وزير المالية.

وبالتالي، فالمصلحة المتعاقدة تملك السلطة التقديرية في تعيين الحد الأدنى من المتعاملين الذين ستستشيرهم، كما أنه ليس هناك ما يمنعها من أن تحد من عددهم، ذلك ما يهدد بالانتقاص من مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية. خصوصا، إذا لم تعتمد المصلحة المتعاقدة معايير موضوعية وغير تمييزية لتقليص عدد المتعاملين. وأمام عدم تحديد تنظيم الصفقات الجديد لحد أدنى من المتعاملين الذين يجب استشارتهم ما أمكن ذلك، بخلاف ما كان معمولا به في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 الذي كان

يوجب على المصلحة المتعاقدة استشارة زيادة على ثلاثة (03) متعاملين اقتصاديين مؤهلين على الأقل، جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة⁽¹⁷⁾.

تحدد المصلحة المتعاقدة بيانات وموضوع الاستشارة على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الإجراء لتأشيرة لجنة الصفقات العمومية المختصة، وهو ما قد يعني إضفاء نوع من الشفافية وعدم المساس بالمنافسة، ما دامت اللجنة المختصة ستأكد من عدم مخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 قبل منح التأشيرة⁽¹⁸⁾، وفي كل الأحوال يجب أن يكون نظام التقييم الذي يحدده دفتر الشروط متلائماً مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته⁽¹⁹⁾.

الغريب في الأمر، أنه في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ لعدم انطلاق المتعامل في الأشغال أو لتقديمه بعد إمضاء الصفقة معلومات زائفة، يكون دفتر الشروط قد أعد مسبقاً، وبالتالي، كان من الأولى استخدام رسالة الاستشارة على أساس هذا الدفتر دون إخضاعه من جديد لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة ربها للوقت خصوصاً وأن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

03- الإجراءات المشتركة بين حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة:

رغم أن المشرع لم يحدد الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في حالة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة بصفة منفصلة، إلا أنه وباستقراء نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي ذاته، يتبين أنه ينبغي بعد تلقي العروض أن تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بفتح العروض وتقييمها، ولها أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابياً من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم. ولم يوضح نص المادة أعلاه، طريقة طلب هذه التوضيحات والرد عليها من طرف المتعامل المتعاقد والآجال المتعلقة بذلك.

وأضاف النص المذكور، أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة، معنى ذلك أن التفاوض ليس إلزامياً بل هو إمكانية متروكة لتقدير المصلحة المتعاقدة.

في حين، كان نص المادة 44 من المرسوم 10-236 (الملغى) لا يعترف للمصلحة المتعاقدة في حالة التراضي بعد الاستشارة إلا بإمكانية طلب توضيحات أو تفاصيل بشأن العروض بما يشبه الاعتراف الضمني المحتشم بالتفاوض.

بينما في المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، حاول المشرع أن يخرج الأمر للعلن؛ إذ نص على أن يجري التفاوض من طرف لجنة تعينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، بدون أن يوضح تشكيلة اللجنة، وهل يمكن أن يكون ضمن عضويتها أعضاء لجنة فتح الأطراف وتقييم العروض؟ ومتى تبدأ عملها؟ ومدة التفاوض؟ حيث يجب أن تكون المفاوضات في أجل معقول، خصوصا، إذا نص دفتر الشروط على أجل محدد لصلاحيّة العروض، وكذلك إذا كان الأمر يتعلق بصفقة كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

لم ينص أيضا المشرع، على مقتضيات خاصة تتعلق بتنظيم الإجراءات التفاوضية، ولم يقدم أي إشارات محددة حول مجريات التفاوض رغم أهميتها، وحول حدود التفاوض؛ إلا أنه اشترط أن تتم المفاوضات في ظل احترام المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، ومعنى ذلك، أن المفاوضات لا يمكن أن تؤدي إلى المساس بشروط التنافس، بل يجب أن تتم في ظل مبادئ المساواة والشفافية.

لم يوضح المشرع طبيعة المفاوضات التي تتم بعد معرفة العروض التي تكون مطابقة للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، هل تكون مفاوضات علنية أم سرية، متتابعة أم متزامنة؟

كما لم ينص على إمكانية تبادل الوثائق والمستندات بين المصلحة المتعاقدة والمتعهدين خلال المفاوضات، وما يرتبط بها من وجوب الحفاظ على السرية، وما تقتضيه من واجب معاملة المتعهدين على قدم المساواة، وعدم تقديم المعلومات على أساس تمييزي أو على نحو آخر يعطي بعض المتعهدين ميزة أخرى على غيرهم. مع الإشارة إلى أنه من الصعب الامتثال إلى مبادئ المساواة في المعاملة إذا استخدمت المفاوضات المتتابعة⁽²⁰⁾، مما يجعل المتعاملين أمام مفاوضات غير مؤطرة شكليا يحيطها الكثير من الغموض والالتباس، وتختلف من إدارة إلى أخرى، وهو ما يفتح باب

الفساد، ذلك ما يجعلنا ندعو إلى سد هذا الفراغ القانوني واستكمال مقتضيات المفاوضات بإجراءات أكثر وضوحا تحقيقا للأمن القانوني المطلوب وللمزيد من الشفافية. يجب على المصلحة المتعاقدة أن تسهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر، ولا يمكنها بعد أن تنتهي لجنة المفاوضات أعمالها أن تخصص الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها⁽²¹⁾، وقد أعطاه المشرع زيادة على التفاوض، مكنة التحقق من قدرات المتعاملين حتى يكون اختيارها سديدا. وأجاز لها في ذلك استعمال كل وسيلة قانونية، ولا سميا الاستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى للتأكد من القدرات المهنية والمالية للمتعاملين⁽²²⁾، ولدى الهيئات والإدارات المكلفة بمهمة المرفق العمومي، وكذا البنوك والممثلات الجزائرية في الخارج.

ثانيا-المنح المؤقت للصفقة وآثاره:

نصت المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 في فقرتها الثامنة، على إلزامية نشر المنح المؤقت لصفقة التراضي بعد الاستشارة حسب الشروط المحددة في نص المادة 65 من نفس المرسوم، أي تماما مثل ما هو معمول به في حالة المنح المؤقت لصفقة طلب العروض، يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان الاستشارة في حالة ما تم نشره عندما يكون ذلك ممكنا، أو في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وذلك تعميقا للشفافية ما قبل التعاقدية، وتمكينا للمرشحين من حق الطعن⁽²³⁾.

أكد المرسوم الرئاسي المذكور، على أنه من الضروري أن يدرج في إعلان المنح المؤقت للصفقة السعر وأجال الإنجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة العمومية. كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في هذا الإعلان المرشحين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية للاتصال مصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا.

يمكن للمصلحة المتعاقدة، بعد منح الصفقة وبعد موافقة حائز الصفقة العمومية، أن تضبط الصفقة وتحسن عرضه. غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال لهذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة⁽²⁴⁾.

ينتج عن نشر الإعلان المؤقت للصفقة نشوء حق المتعاملين الذين تمت استشارتهم وعارضوا اختيار المصلحة المتعاقدة في أن يحتجوا على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء لدى لجنة الصفقات المختصة حسب الشروط المحددة في نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247.

النتائج والتوصيات:

يتضح مما سبق، أن أسلوب التراضي بعد الاستشارة حتى وإن لم يمثل القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية، وحتى وإن كان يحتوي على قدر محدود من المنافسة، فإن الحد من عدد المنافسين، أحيانا، هو خير سبيل لضمان تنافس فعال، باعتبار أن المتعاملين في بعض الحالات لن تواتيهم الرغبة في المشاركة ما لم يخلصوا إلى أن فرصتهم بالفوز بالعقد النهائي معقولة.

ورغم أن حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة محدودة ولا تتكرر كثيرا، فإنه يمكن استثناء حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، هذه الحالة التي أولاهها المشرع اهتماما معتبرا؛ حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان الاستشارة في حالة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض تعميقا للتنافس وتحقيقا لأفضل مردود.

ويتبين، أيضا، من التحليل السابق السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاها المشرع للمصلحة المتعاقدة في التعامل بأسلوب التراضي بعد الاستشارة بإجراءات ومواعيد يكتنفها الغموض، خصوصا، ما تعلق برسالة الاستشارة، والتفاوض واللجنة المكلفة بذلك، بشكل قد يعصف بجميع مبادئ الصفقات.

ولذلك، فإنه من الضروري الحرص على تحسين صياغة المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 بشكل يضمن:

- توضيح الإجراءات والمواعيد المرتبطة بالتراضي بعد الاستشارة بشكل أكثر وضوحا، في إطار المبادئ الكبرى المنصوص عليها في نص المادة 05 من نفس المرسوم.

- استكمال مقتضيات المفاوضات بإجراءات أكثر وضوحا تحقيقا للأمن القانوني المطلوب وللمزيد من الشفافية.
- عدم استخدام المفاوضات إلا عندما تكون فوائدها كافية، باعتبارها تنطوي عادة على إجراءات تستغرق وقتا طويلا وقد تؤدي إلى معاملات تمييزية.
- الهوامش والمراجع المعتمدة**

- (1)- أمر رقم: 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة، (ج.ر.ج.ج، رقم: 43 الصادرة بتاريخ: 20 جويلية 2003).
- (2)- قانون رقم: 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 يتم الأمر رقم: 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، (ج.ر.ج.ج، رقم: 46، الصادرة بتاريخ: 18 أوت 2010).
- (3)- المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، بتاريخ: 28 جويلية 2002، (ج.ر.ج.ج، رقم: 52، الصادرة بتاريخ: 28 جويلية 2002).
- (4)- مرسوم رئاسي رقم: 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج.ر.ج.ج، رقم: 62، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 2008).
- (5)- مرسوم رئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج.ر.ج.ج، رقم: 58، الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010).
- (6) مرسوم رئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، (ج.ر.ج.ج، رقم: 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015).
- (7)- بسام الكراي، مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق صفاقس تونس، عدد خاص، 2007، ص. 13.
- (8)- راجع: المادة 59 من المرسوم 15-247 سالف الذكر.

- (9)- مرسوم رقم: 84-51 المؤرخ في 25 فيفري 1984 المعدل والمتمم للمرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، (ج.ر.ج.ج، رقم: 09، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1984).
- (10)- مرسوم الرئاسي رقم: 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، (ج.ر.ج.ج، رقم: 15، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 1982).
- (11)- مرسوم تنفيذي رقم: 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج.ر.ج.ج، رقم: 57، الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1991).
- (12)- مرسوم رئاسي رقم: 03-301 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، (ج.ر.ج.ج، رقم: 55، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 2003).
- (13)- مثلا صدر قرار وزاري مشترك في 2011/08/02 يحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال التي لا تحتاج طبيعتها للجوء للمناقصة، راجع: (ج.ر.ج.ج، رقم: 06، الصادرة بتاريخ 12 فيفري 2012).
- (14)- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. 202.
- (15)- المرجع نفسه، ص. 203.
- (16)- سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 14 و 15.
- (17)- الفقرة 4 من المادة 44 من المرسوم الرئاسي 10-236، سالف الذكر.
- (18)- راجع: المادة 195 من المرسوم الرئاسي، 15-247، سالف الذكر.
- (19)- راجع: المادة 79 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

- (20) - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تقييم العطاءات والمقارنة بينها واستخدام الاشتراء لتعزيز السياسات الصناعية والاجتماعية والبيئية، الدورة 15، 06-02 فيفري 2009، ص.2. (A/CN.9/WG.I/XV/CRP)
- (21) - راجع: المادة 53 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.
- (22) - سحنون سمية، مرجع سابق، ص. 19.
- (23) - المرجع نفسه، ص. 16.
- (24) - راجع: المادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.