

النظام القانوني للتراضي البسيط في إطار الوقاية من انتشار وباء كوفيد-19

قراءة تحليلية للمرسوم الرئاسي 20-237

The legal system for simple consent in the context of preventing the spread of the Covid-19 epidemic

Analytical reading of Presidential Decree 20-237

أحمد فنيديس

مخبر الدراسات القانونية البيئية – جامعة 8 ماي 1945 قالمة (الجزائر)،

fnides.ahmed@univ-guelma.dz

تاريخ النشر: 2022/12/28

تاريخ القبول: 2022/06/03

تاريخ الاستلام: 2022/02/01

ملخص:

لقد أقر المشرع مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، غير أن المصلحة المتعاقدة قد تجد نفسها أمام الاستحالة الموضوعية للجوء إليه، فتلجأ إلى إجراء التراضي الذي يعتبر طريقاً استثنائياً عن القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية وهي طلب العروض، يتم اللجوء إليه في حالات محددة، وهذا يعبر عن ليونة هذا المبدأ ومسايرته لأحكام متنوعة. ويعتبر إجراء التراضي البسيط ضرورياً، خاصة في حالة وضعية الاستعجال الملح، المتعلق بانتشار وباء كوفيد-19، كون أنها إذا لم تبرم عقداً في وقت سريع سيتفشى الوباء، مما استلزم تدعيم هذا الإجراء بجملة من التدابير المكيفة، والمتمثلة خصوصاً في تنفيذ الصفقة وتسويتها مالياً قبل إبرامها.

كلمات مفتاحية: التراضي البسيط، الاستعجال الملح، الظروف الاستثنائية، الصفقات العمومية، المنافسة.

Abstract:

The legislator has approved the principle of competition in concluding public deals, which is embodied through the request for bids. However, the contracting interest may find itself facing the objective impossibility of resorting to it, so it resorts to a simple consensual procedure, and this reflects the softness of this principle and its compliance with various provisions.

The simple consensual procedure is necessary, especially in the case of urgent urgency related to the spread of the Covid-19 epidemic, which was supported by a number of adapted measures, especially the implementation of the deal and its financial settlement before its conclusion.

Keywords: Simple consent; urgent urgency; exceptional circumstances; public deals; the competition.

تعتبر الصفقات العمومية عقوداً إدارية، تبرم بين المصالح المتعاقدة ومتعاملين اقتصاديين، وفقاً للتشريع المعمول به، وهي أداة يتم بواسطتها إنجاز الأشغال العمومية، وتسليم التوريدات لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، وإنجاز الدراسات، والقيام بالخدمات التي تقتضيها المصلحة العمومية، وتحتملها متطلبات التنمية وطنياً ومحلياً.

لقد تشدد المشرع في التذكير بأهم مبادئ الصفقات العمومية، مركزاً على مبدأ الشفافية في الإجراءات، ومؤكداً على ضرورة وضع معايير موضوعية ودقيقة لانتقاء المتعامل الاقتصادي عند إبرام كل صفقة، تحقق مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، وفتح باب المنافسة واسعاً أما المتعاملين الاقتصاديين، وهذا تجسيدا لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

إن مبدأ المنافسة لا يلقي دوماً تطبيقاً كاملاً، فقد ميز القانون بين فئتين من الإجراءات، الأولى تضم إجراءات شكلية وتنافسية، ويتعلق الأمر بطلب العروض، والثانية تضم إجراءات غير شكلية مرخصة وتتمثل في الاتفاق المباشر، والذي يمنح في الواقع حرية أكبر في الاستشارة والاختيار بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، مع التدرج من الحرية التامة إلى الحرية الخاضعة للإشراف، وهذا يعبر عن ليونة هذا المبدأ ومسايرته لأحكام متنوعة.

حيث أنه وبظهور وباء كوفيد-19 وانتشاره في مختلف دول العالم ومن بينها الجزائر، سارعت هذه الأخيرة إلى سن تدابير استثنائية للوقاية من هذا الوباء ومكافحته، تهدف إلى الحد بصفة استثنائية من الاحتكاك الجسدي بين المواطنين في الفضاءات العمومية وفي أماكن العمل، ومن بينها التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على التدابير والآليات التي وضعها المشرع لحماية المال العام والتي من شأنها تضيق العمل بالتراضي البسيط حتى في الظروف الاستثنائية لأنه في الأساس استثناء عن القاعدة العامة، غير أنه في ظل جائحة كوفيد-19 أجاز المشرع الجزائري إمكانية اللجوء إليه ودون شروط، وهذا للتكفل باحتياجات المواطنين في مجال الرعاية الصحية بصفة شاملة ومنسجمة ومستمرة.

وعليه، فالإشكالية المطروحة هي: هل يمكن لإجراء التراضي البسيط المرتبط بالاستعجال الملح لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في المجال الصحي مع ضمان حماية المال العام؟ .

للإجابة على هذه الإشكالية وجب اتباع المنهج الوصفي لأنه يمكن من وصف وتحليل العناصر المدروسة، للوصول إلى الغاية المتبغاة من الدراسة، مستعينا بآليات التحليل والنقد والتقويم. وهذا من خلال تقسيم الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: مبررات ونطاق اللجوء للتراضي البسيط في الظروف الاستثنائية

المبحث الثاني: الآثار القانونية للتراضي البسيط في الظروف الاستثنائية

المبحث الأول: مبررات ونطاق اللجوء للتراضي البسيط في الظروف الاستثنائية

لقد كرست اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مقومات مبدأ المنافسة في مادة الصفقات العمومية، حيث ألزمت كل دولة طرف أن تقوم بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم اشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير موضوعية في اتخاذ القرارات.¹

ويمنح قانون المنافسة لهذا المبدأ وظيفة الحفاظ على شروط المنافسة في مختلف الصفقات العمومية من الإعلان حتى المنح النهائي،² في حين أن قانون الصفقات العمومية له هدف دقيق، وهو تنظيم أحسن لإبرام الصفقات العمومية لصالح المصلحة المتعاقدة،³ والتي تقوم قبل الإعلان عن الطلب العمومي بإعداد الشروط التي ترم وتنفذ وفقها الصفقة العمومية،⁴ لذا يجب عليها إعداد دفتر الشروط بدقة تحقيقاً لمبدأ شفافية الإجراءات، ويتم إعداده حتى بالنسبة لصفقات التراضي.⁵

إن الإجراءات والتدابير القانونية التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 لإبرام الصفقات العمومية في الحالات العادية تتسم بالتنوع والكثرة، وطول الآجال، وبالتالي فهي لا تتلاءم وحالة الطوارئ الصحية، وأهداف السلطات العمومية المتوخاة في هذه المرحلة، التي تتطلب نوعاً من الفعالية والنجاعة في إبرام الصفقات العمومية، لذلك اتخذت الدولة جملة من التدابير الاستثنائية والمؤقتة لمواجهة وباء كوفيد-19، من خلال اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام صفقاتها العمومية.

وهنا سيتم التعرف أولاً على المبررات التي جعلت الدولة تخرج عن القواعد العامة لإبرام صفقاتها وثانياً على نطاق هذا النوع من الإجراءات.

المطلب الأول: مبررات اللجوء للتراضي البسيط في الظروف الاستثنائية

في بعض الحالات قد تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام الاستحالة الموضوعية للجوء إلى المنافسة، وهنا تجعل الأنظمة الخاصة المصلحة المتعاقدة أمام التزام ببذل عناية فحسب، على عكس الأنظمة العامة التي تفرض عليها اللجوء إلى

¹ - المادة 9 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31/10/2003، بموجب القرار A/RES/58/4.

² - المادة 02 من الأمر رقم 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل والمنتم بالقانون

³ - المادة 02 من الأمر رقم 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل والمنتم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، الجريدة الرسمية، العدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2008 والقانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 45 الصادرة بتاريخ 08 أوت 2010.

⁴ - Benletaief Mustafa، les marchés publics et la concurrence, *actualités juridiques tunisiennes*, n° 07, TUNISIE, 1993, p 111 .

⁵ - المادة 9 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14 الصادرة في 8 مارس 2006.

⁶ - مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 51.

المنافسة،¹ أين تفتح الإدارة - في إجراء التراضي البسيط - باب التفاوض مع المتعامل الاقتصادي قبل منح الصفقة، وبالتالي تبقى هذه الصفقة قريبة من العقود الخاصة.²

ففي الظروف الاستثنائية التي مرت بها دول العالم عامة والجزائر خاصة خلال السنتين الماضيتين، جعلت الحكومة تفكر مليا في إيجاد حلول وسبل قانونية للتأقلم مع أي أزمة أو كارثة كما هو الحال في وضع فيروس كورونا المستجد، ومنعا لأي انسداد أو توقف للمؤسسات خاصة الصحية، التي يترتب عن توقفها المساس بحقوق المواطن في الرعاية الصحية الذي كرسه الدستور، كان لابد عليها من وضع حلول استثنائية تتلاءم مع الظروف الاستثنائية الذي تعيشه.

وعليه، يمكن اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط وذلك بتوفر حالة الظروف الاستثنائية، وبهدف إشباع الحاجات العامة للحفاظ على الصحة العامة.

الفرع الأول: توفر حالة الظروف الاستثنائية

أن الطريقة المعتادة لإبرام الصفقات العمومية والمتمثلة في طلب العروض لا تتلاءم مع الظروف الاستثنائية، فعلى الرغم من أنها الأنسب لتكريس المبادئ والضمانات القانونية لحماية المال العام وإشباع الحاجات العامة ومكافحة الفساد، كمبدئي النزاهة والشفافية، وحرية المنافسة، إلا أنها في الظروف الاستثنائية تأتي بنتيجة عكسية وسلبية، نظرا لتعقيد وطول إجراءاتها مقارنة بإجراء التراضي البسيط، والذي يعد الخيار الأنسب في هذه الظروف الاستثنائية.

لقد حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام³ الحالات التي يمكن من خلالها اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط والتي يغلب عليها غياب مبدأ المنافسة وأهمها حالة الاستعجال الملح، غير أن هذا الاستعجال في حالة الأزمة الصحية يكون كافيا دون سلطة تقديرية للمصلحة المتعاقدة.

أولا: حالة الاستعجال الملح

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط إذا كانت في وضعية الاستعجال الملح، والتي تنطبق شروطها على جائحة كوفيد-19، هذا الإجراء يقر بشرعية بعض الاتفاقات المخلة بالمنافسة، إذا أدت إلى التحكم في الوضعية

¹ - بسام الكراي، مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافس، تونس، عدد خاص، 2007، ص 10.

² - بن سعادة زيان، التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021، ص 292.

³ - المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50 المؤرخة في 20 / 09 / 2015

الاستثنائية، وهنا تتفق المصلحة المتعاقدة التي يعينها موضوع الصفقة العمومية مع متعاقد معين بذاته ومباشرة من دون المرور ببلجنة، كما في حالة طلب العروض، فهي تتمتع بحرية اختيار المتعاقد معها، وتحلل من جميع القيود التي وردت في طلب العروض، لكن هذا التحرر ليس مطلقاً.¹

لقد حدد المشرع جملة من الشروط يجب على المصلحة المتعاقدة مراعاتها عند إعمال إجراء التراضي البسيط، وذلك بأن تحدد حاجاتها مسبقاً قبل الشروع في إبرام الصفقة وبدقة، ويحدد مبلغ حاجاتها اسناداً إلى تقرير إداري صادق وعقلاني، وأن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي التقنية والمهنية والمالية، وأن تختار متعاملاً اقتصادياً يقدم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية.²

ثانياً: تقدير توفر حالة الاستعجال

من الواضح أن المشرع الجزائري لم يترك مسألة تقدير توفر حالة الاستعجال من عدمها للمصلحة المتعاقدة، بل اعتبر وجود الدولة في الأزمة الصحية (وباء كوفيد-19) وحده كافياً للجوء لهذا النوع من الإجراءات في الطلبات العمومية،³ غير أن هذا لا يعني العبثية في إبرام الصفقة العمومية، والمساس بالمصلحة العامة، بل يجب على المصلحة المتعاقدة أن تسطر حاجتها الواجب تليتها قبل إبرام الصفقة، وأن تختار المتعامل دون تحيز أو تمييز.⁴

وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى هذا الاستثناء يجب أن يكون تفسيره ضيقاً، وأن يكون مبرراً بعناية، وأن يقتصر على الخدمات الضرورية لمواجهة حالة الاستعجال.⁵

الفرع الثاني: إشباع الحاجات العامة للحفاظ على الصحة العامة (المعدات الطبية)

أن اللجوء الكلي ودون شروط للتراضي البسيط منوط ومرتب بالظروف الاستثنائية التي تخرج عن إرادة المصلحة المتعاقدة (جائحة كوفيد 19)، ومن الطبيعي أن تنتهي هذه الإمكانية بانتهاء تلك الظروف، ويعود العمل بإجراءات إبرام الصفقات العمومية وفقاً للظروف العادية.

¹ - حمد محمد حمد الشلماوي، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 73.

² - المادة 50 فقرة 1، 2، 3 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ - المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 2020/08/31 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقة العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 51 المؤرخة في 2020/08/31.

⁴ - بن سعادة زيان، مرجع سبق ذكره، ص 294.

⁵ - موساوي مليكة، مقتضيات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد-19، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد-19، جويلية 2020، ص 86.

ويهدف التراضي البسيط - كـتدبير للوقاية من جائحة كوفيد-19 ومكافحته- إلى توفير المستلزمات الطبية، بقصد الحفاظ على الصحة العامة.

أولاً: توفير المستلزمات الطبية

نظراً للتداعيات الصحية لوباء كورونا في الجزائر والاحصائيات المخيفة اليومية التي تبين عدد الإصابات وعدد الوفيات، وجدت الجزائر نفسها على غرار دول العالم بحاجة ماسة لمعدات طبية، كالتموين بالكمادات لحماية التنفس، والأقنعة المضادة للعدوى، وأدوات التعقيم والمطهرات والأدوية الضرورية للعلاج والمواد الضرورية للتحاليل وكشف وجود الوباء،¹

ثانياً: الحفاظ على الصحة العامة

كانت الرغبة في الاحتياجات العامة الصحية المبرر الأساسي لإصدار المرسوم الرئاسي الاستثنائي 20-237، حتى تتمكن من انقاذ ما يمكن إنقاذه، خاصة وأن الإحصائيات في فترة من الفترات وصلت إلى حد 900 إصابة في اليوم²، لدرجة فرض الحجر الصحي الكلي على بعض الولايات والحجر الجزئي على غالبية ولايات الوطن.³

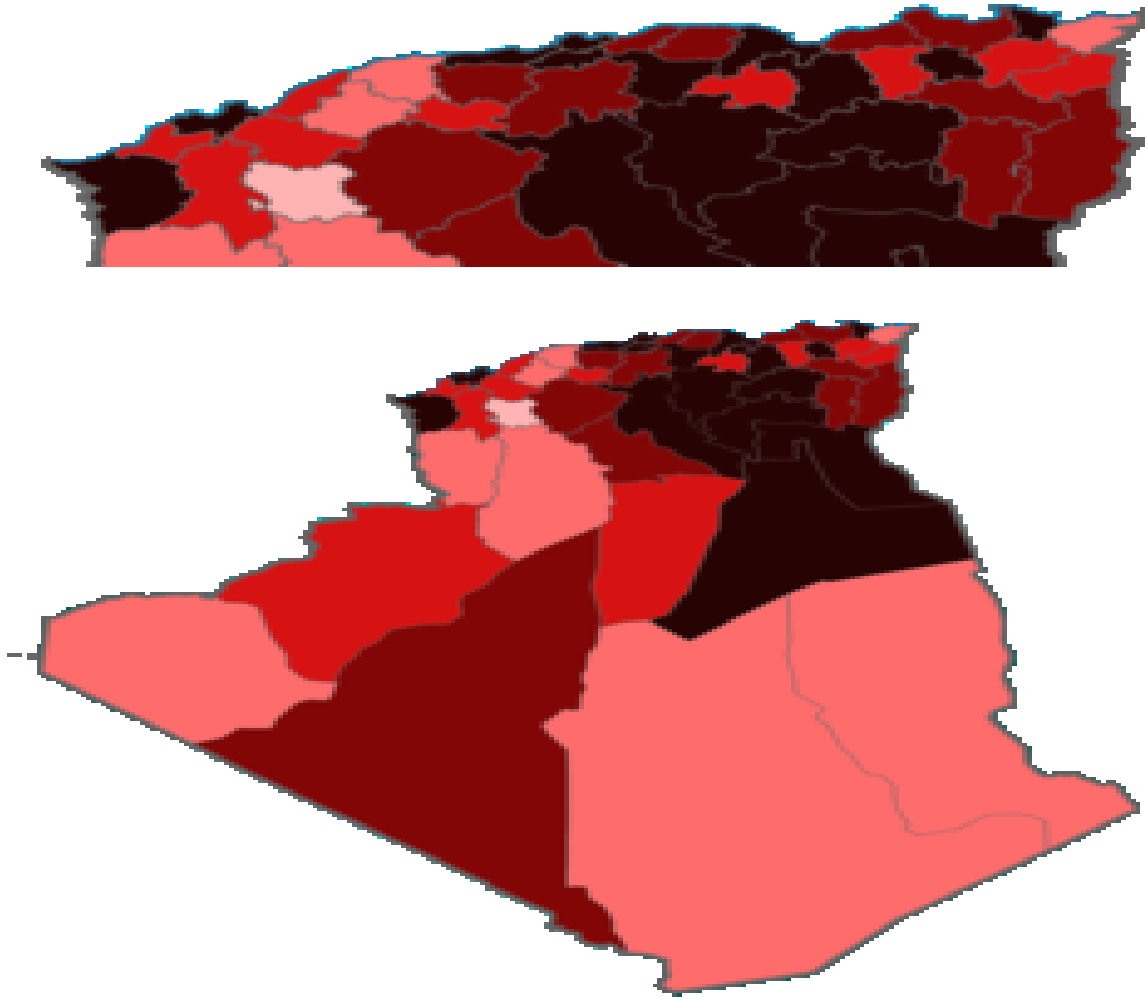
والخريطة أدناه توضح تطور الوباء في الجزائر خلال سنة 2020.

¹ - نفس المرجع ونفس الصفحة

² - الموقع الرسمي لوزارة الصحة:

covid19.sante.gov.dz le 14/11/2021 à 18h.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24 مارس 2020 والمحدد للتدابير التكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 16 المؤرخة في 24 مارس 2020، والمرسوم التنفيذي رقم 20-72 المؤرخ في 28 مارس 2020 والمتضمن تمديد إجراء الحجر الجزئي المنزلي إلى بعض الولايات، الجريدة الرسمية رقم 17 المؤرخة في 28 مارس 2020، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 20-92 المؤرخ في 5 أبريل 2020، الجريدة الرسمية، العدد 20 المؤرخة في 5 أبريل 2020.



الحالات المؤكدة حسب الولاية



المصدر: الموقع الرسمي للخريطة الوبائية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات في الجزائر:

<https://covid19.sante.gov.dz/carte> le 14/11/2021 à 18h

المطلب الثاني: نطاق التراضي البسيط في الظروف الاستثنائية

إن مجابهة وباء عالمي كوفيد-19 يتطلب تضافر الجهود الوطنية والدولية، فعلي الصعيد الوطني لم يكون المرسوم الرئاسي 20-273 السبيل الوحيد الذي انتهجته الجزائر لتوفير المعدات الطبية الضرورية بل اتخذت الى جانبه تدابير أخرى

استثنائية لتسهيل تموين السوق الوطنية بالمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية وأجهزة الكشف عن الوباء بموجب المرسوم التنفيذي 20-109 المؤرخ في 5 ماي 2020¹، فالطبع الاستثنائي الاستعجالي كان المبرر الشرعي لتصرفات الإدارة العامة، وعلى الرغم من ذلك ينبغي التعامل معه ضمن حدود معينة تكفل عدم خرق مبدأ المشروعية والشرعية، وهذا ما يتم توضيحه في الفروع أدناه:

الفرع الأول: النطاق الشخصي (المصالح المتعاقدة في مجال الأدوية والمعدات الطبية وكل ما له علاقة بالصحة العامة)

إن اللجوء لآلية التراضي البسيط لا يكون إلا للمصالح المتعاقدة التي لها علاقة بمجال الصحة مع المتعاملين الاقتصاديين في نفس المجال، فالهدف في النهاية هو الحفاظ على الصحة العامة، من خلال توفير متطلبات الوقاية من الوباء، ومتطلبات العلاج.

أولاً: المصالح المتعاقدة في مجال متطلبات الوقاية من الوباء

يحق للمصالح المتعاقدة المختصة في توفير متطلبات الوقاية من وباء كوفيد-19 أن تهرم صفقاتها عن طريق إجراء التراضي البسيط ولكن لما هو ضروري فقط للتمكن من مواجهة هذا الوباء²، هذه تشمل الأقنعة، القفازات الطبية، المعقمات، الكحول، كواشف الفيروس، اللقاحات... الخ.

ثانياً: المصالح المتعاقدة في مجال متطلبات العلاج من المرض

تتمثل في المصالح المتعاقدة المختصة في توفير أجهزة وعقاقير علاج المرضى المصابين بوباء كوفيد-19، اين توجه صفقاتها نحو توفير محطات ومكتثات وقارورات الأوكسجين، أسرة الاستعجال، والأدوية المخصصة لعلاج هذا الوباء.

الفرع الثاني: النطاق الموضوعي (فقط الصفقات التي تدخل في الوقاية ومكافحة الوباء والتي تأخذ الطابع الاستعجالي)

يخص النطاق الموضوعي الصفقات التي تدخل في الوقاية ومكافحة الوباء، والتي تأخذ طابعاً استعجالياً.

أولاً: الصفقات التي تدخل في الوقاية ومكافحة وباء كوفيد-19

¹ - المريدة الرسمية، العدد 27 مؤرخة في 6 ماي 2020.

² - المادة 02 فقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237

تشمل غالبيتها عقود التوريد، لتموين الصيدلية المركزية بالمواد الصيدلانية الضرورية لمكافحة الوباء، ويمكن أن تشمل عقود الأشغال العامة إذا كان لها علاقة بمكافحة الوباء كمشاريع انجاز مستشفيات ميدانية.

ثانيا: أن تأخذ طابعا استعجاليا

أي أن تكون ضرورية لمواجهة انتشار فيروس كورونا ومكافحته، أين يجب على هيئات الرقابة القبلية إعطاء أولوية وعناية خاصتين في معالجة المعجل بها.¹

المبحث الثاني: الآثار القانونية للتراضي البسيط في الظروف الاستثنائية

لمواجهة الآثار السلبية لجائحة كوفيد-19 كان لزاما على الدولة الجزائرية العمل على ملاءمة تشريعاتها وتنظيماتها للحفاظ على استمرارية سير مرافقها العمومية لتلبية حاجياتها وحاجيات مواطنيها، غير أن سير المرافق العمومية يتطلب إبرام صفقات عمومية بين الإدارة العامة والمتعاملين الاقتصاديين.

ونظرا للوضعية الاستثنائية التي تمر بها الجزائر بسبب تفشي جائحة كوفيد-19 سارع المشرع إلى وضع تدابير خاصة مكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية، للحد من انتشار تلك الجائحة، وتكريسا لحق الرعاية الصحية الوارد بالمادة 63 من التعديل الدستوري لسنة 2020² والتي نصت على: " تسهر الدولة على تمكين المواطن من:

- الرعاية الصحية، لاسيما للأشخاص المعوزين والوقاية من الأمراض المعدية والوبائية ومكافحتها".

هذه التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد-19 هي تدابير استثنائية واستعجالية ومؤقتة، تم جميع القطاعات الحيوية، وتهدف إلى المحافظة على استمرارية المرافق العمومية الصحية، وتتمثل أولا في تنفيذ الخدمات المتفق عليها وتسويتها ماليا قبل إبرام الصفقة العمومية، وثانيا في إعطاء هيئات الرقابة القبلية الأولوية والعناية لمعالجة الصفقات المتعلقة بالوقاية من انتشار وباء كوفيد-19 ومكافحته.

المطلب الأول: تنفيذ الخدمات المتفق عليها وتسويتها ماليا قبل إبرام الصفقة العمومية

¹ - المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 20-237.

² - المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء 2020/11/1، الجريدة الرسمية، العدد 82، المؤرخة في 2020/12/30.

من أهم التدابير التي جاء بها المرسوم الرئاسي 20-237¹ المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار جائحة كوفيد-19 تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، والتسوية المالية لها قبل إبرام الصفقة العمومية.

الفرع الأول: تنفيذ الخدمات المتفق عليها قبل إبرام الصفقة العمومية

لقد أكدت المادة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إلزامية أن تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات،² أي يجب أن تبرم الصفقة العمومية وفق الطرق والإجراءات التنظيمية، مراعية لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية (حياد الإدارة)، المساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات (العلانية)،³ قبل البدء في عملية التنفيذ، واستثناء أجاز ذلك المرسوم الرئاسي الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية وذلك في حالة الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري لمواجهة تلك الظروف.⁴

كما وأنه وفي إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، أجازت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 20-237 لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أن يرخص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، وذلك بموجب مقرر معلل.

غير أنه وتبريرا للإجراءات الخاصة المتخذة يجب على المصلحة المتعاقدة أن ترسل نسخة من المقرر المعلل إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية.⁵

وفي هذا السياق وجب أولا توضيح مجال الترخيص بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، ثم هدفه.

أولا: مجال الترخيص بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 31/08/2020 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقة العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 51 المؤرخة في 31/08/2020.

² - المادة 3 من المرسوم الرئاسي 15-247

³ - المادة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247

⁴ - المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁵ - المادة 4 من المرسوم الرئاسي 20-237.

لقد قص المشرع الترخيص على مجال الخدمات فقط، وأيضاً على ما هو ضروري للوقاية من انتشار وباء كوفيد-19 ومكافحته، وهنا يثبت الاتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي عن طريق تبادل الرسائل في حالة هذا الاستعجال الملح.¹

لقد اعتبر المشرع الوضعية الوبائية التي سببها فيروس كورونا ظرف استثنائي، لا يمكن معه انتهاج الإجراءات القانونية المقررة في الحالات العادية، لأنها ستصبح عائقاً أمام الوقاية من الوباء ومكافحته، وعلى هذا الأساس منحت الإدارة العامة إجراءات مكيفة، تمكنها من مواجهة الظروف الاستثنائية، من خلال الإسراع في اتخاذ ما يجب لاحتواء الوباء ومكافحته.²

ثانياً: هدف الترخيص بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية

يعد هذا الترخيص استثنائي لمواجهة الآثار السلبية التي خلفتها جائحة كوفيد-19 على مجال إبرام الصفقات العمومية، لتسهيل إبرامها وجعلها تسير هذه المرحلة وفق مقتضيات الحالة الصحية الصعبة التي تعيشها البلاد والعالم.³

الفرع الثاني: التسوية المالية للخدمات المنفذة قبل إبرام صفقة التسوية

للدولة دور هام في التصدي لجائحة كوفيد-19 وذلك عبر إقرار استراتيجية عمل لمجابهتها، وتوفير الموارد المالية، وأن تنفيذ تلك الاستراتيجية وتعبئة الموارد يقابلها التعهد بنفقات هامة موجهة أساساً إلى القطاع الصحي، وتقتضي مجابهة جائحة كوفيد-19 والوقاية من انتشارها إنجاز هذه النفقات بالمرونة والسرية المطلوبة، وهذا يطرح صعوبة التقيد ببعض الإجراءات القانونية المنظمة للصفقات العمومية ولقواعد تنفيذ النفقات والتي تتسم بطول الإجراءات ولا تستجيب لمتطلبات إدارة الأزمات، من يضطر الدولة إلى استعمال إجراءات استثنائية لا تضمن شفافية الطلب العمومي.⁴

وهنا وجب التطرق أولاً إلى وقت التسوية المالية للخدمات المنفذة، ثم إلى هدف التسوية المالية للصفقة قبل إبرامها.

¹ - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 20-237.

² - برباوي رقية، أثار جائحة كورونا على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 03 خاص 2020، ص 219.

³ - بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة (كوفيد - 19) قراءة في المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 2020/08/31، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 3 (خاص)، 2020، ص 198.

⁴ - المنظمة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبية، جائحة كوفيد-19: أي دور للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبية

أولاً: وقت التسوية المالية للخدمات المنفذة

أجاز المشرع التسوية المالية للخدمات المنفذة بصفة استثنائية، قبل إبرام صفقة التسوية، وبعد المصادقة على الخدمة المؤداة من قبل الأمر بالصرف المختص،¹ وذلك للتخفيف من آثار جائحة كوفيد-19 الاقتصادية على أطراف الصفقة العمومية وخاصة بالنسبة للمتعاقل الاقتصادي المتعاقل مع الإدارة العامة.²

ثانياً: هدف التسوية المالية للصفقة العمومية قبل إبرامها

الهدف من وراء هذا الإجراء هو ضمان التسوية المالية للمتعاقلين الاقتصاديين في هذه الظروف الاستثنائية التي تستلزم الإسراع في تنفيذ بعض الخدمات الاستعجالية التي تقتضيها الظروف الصحية الراهنة،³ أي تحفيز المتعاقل الاقتصادي على التسريع في وتيرة إمداد الإدارة العامة باللوازم الضرورية الاستعجالية المتعلقة بالصحة العمومية.⁴

المطلب الثاني: إعطاء هيئات الرقابة القبلية الأولوية والعناية لمعالجة الصفقات المتعلقة

لقد ألزم المشرع هيئات الرقابة بإعطاء الأولوية والعناية اللازمة لمعالجة الملفات المعجل بها في إطار الوقاية من انتشار وباء كوفيد-19 ومكافحته،⁵ هذه الأولوية والعناية الخاصة تندرج في إطار تسهيل مهمة الإدارات العمومية في مجال إبرام الصفقات العمومية، وإدارة التعامل معها بصفة سلسة وسريعة، وتلبية الطلبات العمومية في أجال مقبولة في ظل هذه الظروف الاستثنائية.⁶

ويكون هذا من خلال أولاً السماح للمصلحة المتعاقدة بالقيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة بمقرر معلل مع نفس المتعاقل المتعاقل، وثانياً بإبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية في إطار الخدمات المنفذة.

الفرع الأول: السماح للمصلحة المتعاقدة بالقيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة بمقرر معلل مع

نفس المتعاقل المتعاقل

منح المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية القيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة مع نفس المتعاقل المتعاقل، غير أنه اشترط أن تتم العملية بموجب مقرر أو مقررات معللة.

¹ - المادة 5 من المرسوم الرئاسي 20-237.

² - براوي رقية، مرجع سبق ذكره، ص 220.

³ - بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 199.

⁴ - سعادة بن زيان، التراضي لإجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 302.

⁵ - المادة 8 من المرسوم الرئاسي 20-237.

⁶ - بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 201.

أولاً: السماح للمصلحة المتعاقدة بالقيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة مع نفس المتعامل المتعاقد

لقد أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة القيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة مع نفس المتعامل المتعاقد،¹ هذا الترخيص الاستثنائي إنما هو إقرار ضمني من المشرع بأن الحالة الصحية التي تعيشها الجزائر تدخل في حالة الظروف الاستثنائية المبررة التي تتطلب اتخاذ إجراءات خاصة مستعجلة لتلبية الطلبات العمومية.²

ثانياً: أن تتم العملية بموجب مقرر أو مقررات معللة

لقد اشترط المشرع أن تتم العملية بموجب مقرر أو مقررات معللة، وفي هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن ترسل نسخة من المقرر المعلل إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية،³ وذلك لتبرير الإجراءات الخاصة المتخذة.⁴

الفرع الثاني: إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية في إطار الخدمات المنفذة

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية بصفة استثنائية في حالة عدم تمكنها من إبرام صفقة تدرج فيها الخدمات المنفذة سابقاً، وهذا ما نص عليه المرسوم الرئاسي 15-247 ضمن الإجراءات المتخذة في حالة الاستعجال الملح، أين يثبت اتفاق الطرفين عن طريق تبادل الرسائل.⁵

لقد أجاز المرسوم الرئاسي 20-237 الشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، وفي إطار الخدمات المنفذة تبرم صفقة عمومية على سبيل التسوية ومهما يكن من أمر،⁶

هذه الصفقة تبرم في أجال محددة، ويمكن أن تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية.

أولاً: أجال إبرام صفقة التسوية

لقد أجاز المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم،⁷ وفي حالة الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار،¹ كما

¹ - المادة 3 من المرسوم الرئاسي 20-237.

² - بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 199.

³ - المادة 3 و 4 من المرسوم الرئاسي 20-237.

⁴ - بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، مرجع سبق ذكره، ص 201.

⁵ - المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁶ - المادة 6 من المرسوم الرئاسي 20-237.

⁷ - المادة 12 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

أجاز ذلك بموجب المرسوم الرئاسي 20-237 والذي أدرج الخدمات المنفذة في إطار الوقاية من انتشار وباء كوفيد-19 ضمن حالات الاستعجال الملح والتي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار.²

تبرم الصفقة العمومية على سبيل التسوية في أجل عشرة (10) أشهر ابتداء من تاريخ توقيع المقرر المعلن المتعلق بالترخيص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية، أو المتعلق بالقيام بعدة طلبات من نفس الطبيعة مع نفس المتعامل الاقتصادي.³

لقد مدد المرسوم الرئاسي 20-237 أجل إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية تماشياً والظروف الصحية الاستثنائية التي يمر بها البلاد، خلافاً للأجل التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247، والتي تتمثل في ستة (06) أشهر في حالات الاستعجال الملح⁴ وثلاثة (03) أشهر في حالة الصفقات التي تتطلب السرعة.⁵

إن المبرر في تمديد الأجل في حالة الخدمات المنفذة في إطار الوقاية من وباء كوفيد-19 يعود ربما إلى أن المشرع لم يرغب في التضيق على المصلحة المتعاقدة في ظل الظروف الاستثنائية المرتبطة بالجائحة.

ثانياً: إمكانية عرض صفقة التسوية على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية

إن إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، تماشياً والظروف الصحية الاستثنائية التي تمر بها البلاد، أو في حالات الاستعجال الملح، أوفي حالة الصفقات التي تتطلب السرعة، وعندما يتجاوز مبلغ الخدمات المبالغ المذكورة في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يجب أن تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية لدراستها.⁶

الخاتمة:

أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط لإبرام صفقات عمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء كوفيد-19 ومكافحته ضمن جملة من تدابير خاصة، مكيفة، استثنائية، استعجالية، مؤقتة، تم

¹ - المادة 23 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - المادة 06 من من المرسوم الرئاسي 20-237.

³ - المادة 6 فقرة 1 من المرسوم الرئاسي 20-237.

⁴ - المادة 12 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁵ - المادة 23 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁶ - المادة 6 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي 20-237.

جميع القطاعات الحيوية، وتهدف إلى المحافظة على استمرارية المرافق العمومية الصحية، وتتمثل في تنفيذ الخدمات الضرورية والتسوية المالية لها قبل إبرام الصفقة، ثم إبرام صفقة على سبيل التسوية في أجل ممددة عن تلك في حالة الاستعجال الملح أو في حالة الصفقات التي تتطلب السرعة.

وتوصلنا إلى أن التدبير المكيفة للوقاية من وباء كوفيد-19 ومكافحته التي جاء بها المشرع، لا تضمن شفافية المعلومة المالية المرتبطة بعمليات الانفاق الهامة المنجزة لمواجهة الوباء، إلا إذا ضمنتها هيئات رقابية مستقلة، تتحكم في الانحرافات المحتملة.

وفي ختام هذا البحث نقدم جملة من النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج

- إذا كان مبلغ الصفقة لا يتجاوز المبالغ المحدد في المادة 13 من المرسوم الرئاسي 15-247 لا تعرض على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية، وفي ذلك تسريع لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة، وتخفيف وطأة الجائحة على أطراف الصفقة، غير أنه قد يكون في ذلك مساس بالمال العام.

- التدابير المكيفة التي جاء بها المشرع لا تضمن في كل الحالات الشفافية وتنطوي على مخاطر مرتبطة بسوء استعمال المال العام وإمكانية تفشي بعض مظاهر الفساد.

- الترخيص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات بموجب مقرر من رئيس المصلحة المتعاقدة، والتسوية المالية لها قبل إبرام الصفقة من طرف ذات المسؤول وفي ذلك حصر التدابير في يد شخص واحد يمس بشفافية الصفقة.

ثانياً: التوصيات

- مهما يكن مبلغ الصفقة يجب عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية حماية للمال العام.

- للتحكم في تلك التدابير المكيفة وجب على أنظمة الرقابة المكلفة بالسهر على مجابهة الوباء أن تلعب دوراً هاماً في هذه المرحلة.

- نقترح على المشرع تشكيل لجنة من اهل الاختصاص لتحديد الخدمات الضرورية التي يشرع في تنفيذها قبل إبرام الصفقة العمومية وكذا التسوية المالية لها.

قائمة المصادر والمراجع:

-اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 31/10/2003، بموجب القرار A/RES/58/4.

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/UNCAC.pdf> le 14/11/2021 à 18h

-الأمر رقم 03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية، العدد 43 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، الجريدة الرسمية، العدد 36 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2008 والقانون 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 45 الصادرة بتاريخ 08 أوت 2010.

-حمد محمد حمد الشلماوي، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

-مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية، موفم للنشر، الجزائر، 2018.

-برباوي رقية، أثار جائحة كورونا على إجراءات إبرام الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، المجلد 05، العدد 03 (خاص) 2020، ص 219.

-بركات رياض، مسيكة محمد الصغير، التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة (كوفيد - 19) قراءة في المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 31/08/2020، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد بشار، الجزائر، المجلد 5، العدد 3 (خاص)، 2020، ص 198.

-بسام الكراي، مبدأ اللجوء إلى المنافسة في إبرام الصفقات العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافس، تونس، عدد خاص، 2007.

-بن سعادة زيان، التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021.

-موساوي مليكة، مقتضيات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد-19، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد-19، جويلية 2020، ص 86.

-المنظمة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبية، جائحة كوفيد-19: أي دور للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبية

www.arabosai.org/upload/1601318453.pdf le 14/11/2021 à 18h

- الموقع الرسمي للخريطة الوبائية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات في الجزائر:

covid19.sante.gov.dz le 14 /11/2021 à 18H

-المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية ، العدد 52 المؤرخة في 20 / 09 / 2015

-المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24 مارس 2020 والمحدد للتدابير التكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، الجريدة الرسمية ، رقم 16 المؤرخة في 24 مارس 2020.

-المرسوم التنفيذي رقم 20-72 المؤرخ في 28 مارس 2020 والمتضمن تمديد إجراء الحجر الجزئي المنزلي إلى بعض الولايات، الجريدة الرسمية ، العدد 17 المؤرخة في 28 مارس 2020، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 20-92 المؤرخ في 5 أبريل 2020، الجريدة الرسمية ، العدد 20 المؤرخة في 5 أبريل 2020.

-المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 2020/08/31 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقة العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا(كوفيد-19) ومكافحته، الجريدة الرسمية ، العدد 51 المؤرخة في 2020/08/31.

-المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء 2020/11/1، الجريدة الرسمية ، العدد 82، المؤرخة في 2020/12/30.

-المرسوم الرئاسي رقم 21-72 المؤرخ في 2021/02/16 يتم المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 2020/08/31 الذي يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقة العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا(كوفيد-19) ومكافحته، الجريدة الرسمية ، العدد 12 المؤرخة في 2021/02/17.

-القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14 الصادرة في 8 مارس 2006.

-Benletaief Mustafa, les marchés publics et la concurrence, **actualités juridiques tunisiennes**, n° 07, Tunisie, 1993.