

الصفقة العمومية بناء على إجراء التراضي

—قراءة في تقنين الصفقات العمومية—

د. شريفي الشريف

بالمركز الجامعي النعامة

Résumé :

Législateur nécessaire dans le cadre des marchés publics comme un contrat administrative les techniques et des modes où l'autorité de l'administration des termes de discrétion et de liberté contractuelle estimée variable, et aussi de la nature du contrat est soumis et de son impact sur les finances publiques et l'économie nationale, et donc nécessaire au législateur de suivre une certaine manière de passation, qui est l'appel d'offre la règle générale dans le choix de contractant à la gestion et à la passation de ce contrat et en conformité avec le décret présidentiel 15/247 contenant la légalisation des transactions publiques et exception donne l'administration une marge de liberté d'être libre à partir des règles du contrat et que la procédure gré a gré.

مقدمة:

تخضع العقود الإدارية كأصل عام، في طريقة إبرامها إلى إجراءات تتفاوت فيها سلطة الإدارة التقديرية والحرية التعاقدية، كما تخضع الإدارة لطبيعة العقد المبرم وما مدى تأثيره على المال العام والاقتصاد، وبذلك يلزم المشرع إتباع طريقة معينة للإبرام والتي تعتبر طلب العروض القاعدة العامة في مجال اختيار المتعاقد مع الإدارة وإبرام العقد وهذا طبقاً للمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تقنين الصفقات العمومية، لكن بعض العقود تجبر المشرع على وضع طرق أخرى غير طلب العروض، وهذا انطلاقاً من أسباب موضوعية تجعل من اللازم الاعتراف للإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات معينة في القانون، دون الحاجة إلى إتباع إجراءات طلب العروض بمختلف أنواعها والمحددة في تقنين الصفقات العمومية الجديد، بما تفرضه من علانية تكفل المساواة بين العارضين وتحقيق وصول العديد من العروض، وهذا الأسلوب هو إجراء التراضي الذي تلجأ له المصلحة المتعاقدة في حالات معينة وفق شروط معينة يتعين توافرها لأن الإدارة ملزمة بتبرير الإجراء الذي تبنته لإبرام العقد أو الصفقة العمومية.

والإشكال الذي نطرحه: ما هو إجراء التراضي وكيف يتم اختيار المتعاقد بناء عليه؟ وللإجابة على هذا الإشكال نتبع الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية إجراء التراضي

والمبحث الثاني: استعمال التفاوض في اختيار المتعاقد

المبحث الأول: ماهية إجراء التراضي

في هذا المبحث نتطرق إلى مفهوم التراضي وحالات اللجوء إليه والاعتماد.

المطلب الأول: مفهوم التراضي

نتعرض في هذا المطلب لمفهوم التراضي كأسلوب من أساليب التعاقد

الفرع الأول: تعريف التراضي

تعتبر الصفقة بالتراضي- والتي تسمى أيضاً بالاتفاق المباشر- وسيلة أكثر مرونة لأنها تترك للإدارة حرية تامة، فيمكن لها أن تتصرف كالأفراد وتحدد بحرية الشخص الذي تتعاقد معه، وهذه العقود هي الأكثر استعمالاً في الوقت الراهن، بعكس ما يدعوتقنين الصفقات للاعتقاد به، حيث يعتبر المناقصة الوسيلة الرئيسية للتعاقد.

غير أن الصفقات بالتراضي تستدعي مراقبة صارمة لأن حرية التعامل بين عالم الأعمال والعالم الإداري تتحقق أحياناً على حساب المصلحة العامة.

ونشير إلى أنه حتى ولو استعملت السلطات الإدارية أسلوب التراضي، فإن عليها احترام بعض القواعد المشتركة لمختلف أشكال الصفقات، وترد هذه القواعد في وثائق خطية أو في دفاتر شروط ذات أنواع ثلاثة⁽¹⁾:

- دفاتر البنود الإدارية العامة الذي يتضمن القواعد القانونية القابلة للتطبيق في كل الصفقات التي تريد الإدارة إجراؤها.
- دفاتر التعليمات (الشروط) المشتركة الذي يحدد القواعد التقنية القابلة للتطبيق في فئة معينة من الصفقات.
- دفاتر التعليمات (الشروط) الخاصة الذي يحدد البنود الخاصة بكل صفقة أو عقد⁽²⁾.

ومن جهته أورد المشرع الجزائري في التقنيات الخاصة بالصفقات التي أصدرها منذ الاستقلال لأورد هذا الإجراء، وفيما يلي نورد التعريفات التي جاءت بها التقنيات:

أولاً: التراضي في التقنيات السابقة للصفقات العمومية

1- التراضي في الأمر 90/67 المؤرخ في 1967/06/17⁽³⁾

عرف المشرع التراضي في المادة 60 من هذا الأمر بأنه: «تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقة لمن يختار منهم» كما أسلفنا فإن هذا الأسلوب يمنح الإدارة قدراً واسعاً من الحرية في اختيار المتعاقد معها، إذ تضمن هذا النص عبارة «بحرية» لكن نجد أن هذا النص -كما يرى بعض الباحثين- أنه تضمن خطأً في الصياغة إذ أنه في تعريفه للتراضي تضمن هذا التعريف كلمة «تنافس» فيها الإدارة بحرية مع المتعاملين والموردين «وهذا يدل على أن الإدارة طرف في التنافس وليست هي من يختار المتعاقد معها⁽⁴⁾».

ولعل المشرع هنا، كان يقصد «... تتناقش فيها الإدارة بحرية مع المقاولين...» فكلمة تتناقش توضح بجلاء بأن إجراء التراضي فيه نقاش بين المرشحين والإدارة المتعاقدة للوصول إلى اختيار العرض المناسب.

2: التراضي في المرسوم 145/82

عُرفَ التراضي في هذا المرسوم بأنه « إجراء يخصص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة إلى الشكليات للمنافسة ولا يستبعد فيه الاستشارة».

فانطلاقاً من تعريف التراضي في الأمر 90/67 والرسوم 145/82 نجد أن هذا التعريف الأخير جاء أكثر دقة خاصة، وأنه أعلن صراحة على تحرير جهة الإدارة من الخضوع للدعوة الشكليات للمنافسة⁽⁵⁾، إلا أن هذا الإعفاء لا يمنع الإدارة من القيام بالاستشارة، لكن هذا في نظر بعض الباحثين يعد تناقضاً، فمن جهة يحرر الإدارة من الشكليات ومن جهة أخرى يفرض عليها الاستشارة.

ويرى الأستاذ «بن ناجي شريف» أن الاستشارة المسبقة المرتبطة بإجراء التراضي تضع صعوبات عديدة للمتعامل العمومي حيث كانت أجهزة الرقابة الخارجية للصفقات العمومية تطلب من المتعامل العمومي الذي يلجأ إلى كيفية التراضي تبرير اختياره على أساس الاستشارة المسبقة⁽⁶⁾.

3: التراضي في المرسوم التنفيذي 434/91

عرف هذا المرسوم التنفيذي التراضي بأنه: « إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة »⁽⁷⁾، وهو تقريبا نفس التعريف السابق الذي ورد في المرسوم 145/82 المادة 27 منه؛ غير أننا لا نجد الإضافة التي أضافها تعريف التراضي في المرسوم الأخير وهي « ولا يستبعد فيه الاستشارة ». ولكن إذا تفحصنا المرسوم التنفيذي 434/91 نجده قد نص في مادة أخرى على وجوب قيام الإدارة بالاستشارة عند استعمالها للتراضي كطريقة من طرق إبرام العقود والصفقات العمومية، لا يعفيها من القيام بشكليات الاستشارة مقدما⁽⁸⁾.

ثانيا: التراضي في المرسوم الرئاسي 247/15

تشابه تعريف التراضي في التقنينات السابقة للمرسوم الرئاسي 247/15⁽⁹⁾. فالمادة 22 من المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى عرفت التراضي بأنه: « إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ».

والمرسوم الرئاسي 236/10 في المادة 27 أعطى نفس الوارد في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهو: « إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو بعد الاستشارة، تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة...»، والذي نلاحظه أن التعريف جاء مضبوطا أكثر وأكثر توظيفا لأشكال التراضي⁽¹⁰⁾، فالتراضي إذاً، إجراء تقوم المصلحة المتعاقدة من خلاله باختيار، وذلك بالتفاوض مباشرة معه أسعاره وشروطه قصد التعاقد معه.

وعلى هذا الأساس، يمنح إجراء التراضي للإدارة حرية في اختيار من يتعاقد معها، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل هناك شروط تنظيمية يتعين على الإدارة التقيد بها، من أجل ضمان جو من الشفافية وحرية المنافسة تضمن نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي .

نتطرق إلى حالات اللجوء إلى التراضي في القانون الفرنسي ثم القانون الجزائري.

الفرع الأول: في القانون الفرنسي

إذا ما تحدثنا على تقنية التراضي في فرنسا نجد أن هذه التسمية كانت تطلق على العقود التفاوضية les marchés négociée وهذا مع صدور الأمر 1836 و 1837 والمرسوم 1882 والتي حددت الطبيعة الإستثنائية والضيقة لهذه التقنية القائمة على التفاوض.

لكن مع صدور المرسوم 1942/04/06 تغيرت إلى تسمية أخرى وهي الاتفاق المباشر l'entente directe وقد ألزم هذا المرسوم الإدارة إذا ما لجأت إلى هذا الإجراء، القيام به في جو من العلانية والمنافسة ودون إلزامها بإجراءات المناقصة .

ثم جاء المرسوم 1976/01/21 وأطلق عليها تسمية le marchés négociée وهي التسمية التي بقيت سارية إلى يومنا هذا⁽¹²⁾.

أما بخصوص حالات اللجوء إلى العقد التفاوضي، فقد عرف تقنين الصفقات 2004 إجراء التفاوض بأنه (هو إجراء بموجبه يقوم الشخص العام باختيار المترشح للصفقة بعد استشارات المترشحين والتفاوض معهم على شروط الصفقة)⁽¹³⁾، ولقد حددت حالات اللجوء إلى التراضي أو العقد التفاوضي كالآتي:

1-يرخص القانون للإدارة باللجوء إلى تقنية التفاوض إذا كانت الإشغال والتوريدات أو الخدمات واجبة التنفيذ على أساس تجاري أو أبحاث أو اختبارات.

2-يسمح للإدارة بأن تلجأ إلى التقنية التفاوضية، بالنسبة للأداءات التي كانت محلا للمناقصة أو طلب عروض، ولكن لم يقدم فيها أي عرض أو قدمت فيها عروض غير مقبولة.⁽¹⁴⁾ ويمكن أن تبرر الإدارة لجوءها إلى هذا الإجراء بانعدام المصلحة في إعادة إجراء قد يعتريه الإخفاق أو الفشل مرة ثانية.

وحتى لا تبالغ الإدارة في سلطتها التقديرية وتلجأ إلى هذا الإجراء أوجب عليها القانون أن تدعو نصف المتنافسين الذين تقدموا إلى المنافسة الأولى على الأقل إلى المنافسة الثانية التي تقوم على أساس التراضي أو التقنية التفاوضية، وأن يتم ذلك بشكل مكتوب، كما اشترط الفقه الفرنسي والقضاء شروطا ثلاثة للجوء إلى التراضي :

3- أن تكون المناقصة أو طلب العرض - الذي قررت الإدارة عدم جدواه - قد تم في شكل مطابق للقانون، أي أنه مشروع.

4- يتعين على الإدارة أن لا تعدل في الشروط التي تمت بموجبها المناقصة أو طلب العروض الفاشل. فإذا كانت التغييرات جوهرية فإنها قد تفضي إلى تغيير في ملامح العروض أو التعهدات المطلوبة التي طرحت في المرة الأولى.

5-يجب أن لا يتضمن دفتر الشروط للمناقصة أو طلب العروض الفاشل على شرط يلزم اللجوء إلى المناقصة أو طلب العروض مرة أخرى.

6-تلجأ الإدارة إلى التراضي أو التقنية التفاوضية نتيجة السرعة المترتبة عن رفض المتعهد تنفيذ التزاماته المسندة إليه بموجب إجراء سابق، فإذا أخل المتعاقد بالتزاماته المترتبة عن العقد الإداري، فإن من شأن هذا أن يؤدي إلى عرقلة حسن سير المرفق العام، وهنا يتعين على الإدارة إن تفسخ العقد بعد أن تعلن أن المتعاقد معها قد أخل بالتزامه ورفض تنفيذه، وبالتالي تلجأ الإدارة إلى إتمام تنفيذ العقد على كاهل المتعاقد مسؤوليته ودون اللجوء إلى القضاء⁽¹⁵⁾.

7-ويلجأ إلى التقنية التفاوضية في حالة الاستعجال، وفي هذه الحالة يتعين على المصلحة المتعاقدة التقيد بأمرين:

أ-أن يكون هذا الاستعجال قسريا وأن ينجم عن ظروف غير متوقعة أدت إليه.

ب- أنه لا يمكن بسبب هذه الظروف احترام المدد التي نص عليها تقنين الصفقات العمومية كمدة الإعلان في المناقصات وطلب العروض.

ويمكن للإدارة - كما يرى بعض الفقه - اللجوء إلى التراضي في كل مرة ترى فيها أن الإجراءات المطلوبة من إشغال أو خدمات ضرورية لتأمين وحماية الأمن العام أو السلامة أو الصحة العامة من خطرو شيك الوقوع يهدا، ويعتبر تقدير حالة الاستعجال القهرية مسألة ملائمة تستقل جهة الإدارة في تقديرها.

وفي قرار لمجلس الدولة الفرنسي صدر في 18/02/1983، اعتبر أن العقد المبرم بناء على التقنية التفاوضية مشروعاً إذا استند على حالة استعجال التي استوجبها إنجاز الجزء الفرنسي من نفق سريع.⁽¹⁶⁾

وهذه في الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى إجراء التراضي أو التقنية التفاوضية مع مراعاة واجبات الشفافية والمنافسة⁽¹⁷⁾.

أما الحالات التي يلجأ فيها إلى التفاوض دون منافسة، وفي هذه الحالات تكون للإدارة أن تتعاقد مع أحد العارضين مباشرة دون أن تلتزم باستدعاء عارضين آخرين لخلق جو المنافسة والتفاوض معهم، والسبب في ذلك أن هناك ظروف واقعية لا تسمح بوجود جو تنافسي أصلاً، إذ توجد في بعض الأحيان علاقة خاصة تربط بين الأداء المطلوب من طرف الإدارة من جهة، والمتعهد الذي يمكن أن ينفذ هذه الأداءات من جهة أخرى، وهذه العلاقة الخاصة تنتج عندما توجد أداءات معينة ذات مميزات خاصة لا يمكن أن يتخذ إلا من جانب متعهدين بالذات.

وبما أن للإدارة سلطة تقديرية واسعة من أجل تحديد العلاقة الخاصة بين المتعهد والأداء المطلوب، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد بسط رقابته على الظروف التي تثيرها الإدارة كأسباب لقرارها الالتجاء إلى التراضي كأسلوب للتعاقد في هذه الحالة، فقد قرر مجلس الدولة أن اللجوء إلى تنفيذ المفاوض إلى أشغال مشابهة لا يصلح سنداً للإدعاء بأنه الوحيد القادر على أداء الأشغال المطلوبة.

وتتحقق هذه الحالات عندما لا يمكن إشباع حاجيات الإدارة إلا عن طريق أداء يستلزم براءة الاختراع معينة وإجازة un brevet d'invention أو إجازة licence، أو حقوق حصر droit exécutifs وكانت هذه البراءة أو هذه الحقوق حصرياً في يد مقاول أو مورد واحد وهذا⁽¹⁸⁾.

وعليه، إذا قررت الإدارة التعاقد مع مالك البراءة أو الحق الحصري أو الإجازة وبطريقة التفاوض، فيجب أن يشار ضمن وثائق العقد إلى براءة الاختراع أو الحق الحصري أو الإجازة ورقم البراءة، وتحقق العلاقة بين الأداءات المطلوبة واحد المتعهدين عندما لا يمكن إشباع حاجيات الإدارة إلا عن طريق أداء محدود الذي لا يمكن أن يعهد بتنفيذه إلا لمتعهد معين، وذلك بسبب ضرورات تقنية معينة، أو لوجود استثمارات سابقة وهامة.

ونظراً لما تمنحه هذه الحالة من سلطة تقديرية واسعة، في اعتبار الأداءات المطلوبة تتمتع بخصوصيات فنية معينة لا يمكن تنفيذها إلا من متعهد معين. ومجلس الدولة الفرنسي وضع معياراً للتمييز بين الأداءات التي تحمل الخصائص الفنية التي تبرر اللجوء إلى التراضي (التقنية التفاوضية) وهذا المعيار يقوم على المنافسة الاقتصادية، وعليه فإن الأداء يتميز بالخصوصية الفنية، إذا انطوى على صعوبات فنية لا يمكن معها أن يعهد بتنفيذه زمن محدد إلا إلى متعهدين محددين.

أما بخصوص الاستثمارات المنفذة مسبقاً، فإنه يفترض وجود أداءات أصلية - عقد أصلي - متعلقة بمشروع محدد تم تنفيذه انطلاقاً من عقد سابق ولكن مع بقاء أداءات أخرى تكميلية تتعلق بنفس المشروع، فبالنسبة لهذه الحالة أتاح المشرع للإدارة أن تتعاقد مع المتعهد

الأول الذي نفذ الأداء الأصلي من أجل إتمام تنفيذ الإجراءات التكميلية⁽¹⁹⁾ التي تتعلق بالمشروع ذاته، وذلك بغية ضمان التجانس بين إجراءات المشروع الواحد، ولذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي معياراً مفاده: «الاتصال وعدم القابلية

للانفصال بين الأداءات السابقة والأداءات التكميلية». وزيادة على ذلك وجوب تنفيذ الإجراءات اللاحقة على أساس المعطيات التقنية نفسها للأداءات المنفذة ابتداءً.

وهذه الحالات عموماً معروفة في التقنين القديم، مخصصة للصفقات المتعلقة بميدان الدفاع الوطني، وطبقاً للمادة 35 تسمح بالتفاوض (التراضي) بالنسبة لصفقات التوريد والخدمات وحالات الاستعجال القصوى⁽²⁰⁾

الفرع الثاني: في القانون الجزائري

وبالنسبة للحالات التي أقرها القانون الجزائري والتي بموجبها يتسنى للإدارة أن تلجأ إلى التراضي، فإنه يجب تتبع مسار النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية. فإذا أمعنا النظر في الأمر 90/67 الملغى نجد أن هناك ست حالات يجوز بموجبها للإدارة أن تلجأ إلى التراضي وهي:

- 1- عندما لا يمكن الحصول على الخدمات إلا من مقاول أو مورد فريد حائز لامتياز احتكار أو مالك براءة اختراع.
 - 2- عن الأشغال أو التوريدات أو الخدمات التي عرضت على المنافسة ولم يقدم في شأنها أي عرض، أو قدمت عروض لا يمكن قبولها.
 - 3- في حالات الاستعجال القصوى عندما يكون هناك خطروشيك الوقوع من شأنه الإضرار بأموال مستثمره في مشروع قائم، ولا يمكن أن يتحمل المهل الخاصة بالالتجاء إلى المنافسة.
 - 4- عن خدمات النقل التي يعهد بها إلى المقاولين العموميين للنقل وعن استئجار السفن والتأمينات على أنواع الشحن التابعة له.
 - 5- عن كل الأشغال أو التوريدات أو الخدمات عندما تستلزم الظروف تنفيذها بصورة سرية.
 - 6- إذا كانت ظروف تسيير وحدات القطاع العام المرتبة في أصناف لها أولوية من طرف الهيئة المركزية للتخطيط تتطلب توزيعاً مسبقاً للتوصيات العمومية⁽²¹⁾.
- وما يلاحظ على التراضي في هذا القانون، أن للإدارة حرية تامة في اختيار المتعاقد معها من خلال المقاولين الذين تقرر التشاور معهم طبقاً للمادة 60 إذا أرادت أن تنظم المنافسة فهي حرة في أن تختار إجراء آخر لإبرام الصفقة أو العقد.
- وفي هذا الإجراء نجد أن هامش الحرية محصور في الحالات الست التي أوردها المشرع في المادة 61.
- إن للإدارة - وفي إطار الحالات المنصوص عليها في المادة 61 - سلطة تقديرية واسعة في تقدير أسس وشروط اللجوء إلى التراضي، واستخدامه وهذا نظراً لمرونة بعض الحالات التي تسمح للإدارة أن تقدرها بشكل واسع يسمح لها باستخدام التراضي كطريقة لإبرام العقد الإداري⁽²²⁾، كما أن هذا القانون لم يحدد وبوضوح نوعي التراضي (البسيط وبعد الاستشارة) بل تحدث وبشكل مجمل عن حالات اللجوء إلى التراضي.

أما في المرسوم الرئاسي 236/10 فقد حدد حالات لإجراء التراضي⁽²³⁾ وهي:

1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يمثل وضعية احتكارية. أو يتفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.

2- في حالات الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

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

4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

5- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

6- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج وفي هذه الحالة يتعين أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.

بالإضافة إلى الحالات السابقة التي نصت عليها المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم والمتعلقة بالتراضي البسيط، هناك حالات أخرى خاصة بالتراضي بعد الاستشارة وهي:

7- عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية، وهذا إذا استلم عرض واحد فقط أو تم التأهيل الأولي لعرض تقني واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.

8- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة.

9- في حالة صفقات الأشغال والدراسات التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة.

10- في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإيمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل على ذلك⁽²⁴⁾.

من خلال استقراء المادتين 43، 44 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم نجد أنه وسع في الحالات التي تستدعي اللجوء إلى إجراء التراضي كطريقة من طرق اختيار المتعاقد مع الإدارة.

كما أنه اعتبر إجراء التراضي بنوعية (البسيط وبعد الاستشارة) إجراءً استثنائياً، وأن الأصل في اختيار المتعاقد مع الإدارة هو المناقصة العامة⁽²⁵⁾، كما نجد أن المشرع الفرعي قد أخضع بعض حالات التراضي إلى موافقة هيئة عليا، ممثلة في مجلس الوزراء، كما هو الشأن بالنسبة للمشاريع ذات الأولوية والأهمية الوطنية وترقية الأداة الوطنية العمومية

للإنتاج.

واشارت المادة 49 من المرسوم 247/1/15 إلى حالات التراضي البسيط مع بعض التعديلات التي يتطلبها ضمان نجاعة الصفقات لتمييز عن الحالات الواردة في تقنين الصفقات السابق وكذلك الأمر بالنسبة للتراضي بعد الاستشارة الوارد في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15. ولإجراءات الاستشارة المحددة في المادة 52.

فحالات التراضي البسيط هي:

1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية. أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية أو فنية وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

2- في حالات الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال وإجراءات الصفقة العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

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

4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية، يكتسي طابعاً استعجالياً وبشرط أن هذه الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

6- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

والمنظم ألزم الإدارة عند لجوئها للتراضي البسيط أن تحدد احتياجاتها قبل الشروع في الإجراء لإبرام الصفقة وأن يحدد سعر الصفقة بتقدير صادق وعقلاني طبقاً لما جاء في المادة 27 من هذا التقنين إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في هذا المرسوم، بالإضافة إلى التأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي طبقاً لما جاء في المادة 54 من هذا التقنين واختيار متعاقد له مزايا اقتصادية كما هو مبين في المادة 72 من هذا التقنين، إلى جانب تنظيم مفاوضات حسب الشروط المبينة في تقنين

الصفقات العمومية.(26)

أما الحالات المتعلقة بالتراضي بعد الاستشارة فهي:

-عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

- في حالة صفقات الأشغال والدراسات التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة .

-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض.

-في حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات عندما تنص اتفاقات التمويل على ذلك.

وبناء على ما سبق، نجد أن المنظم في المرسوم الرئاسي 247 /15 أضاف حالات لكلا نوعي التراضي وهذا من أجل توضيح الحالات، كما اعتمد على ضبط صياغة بعض الحالات الموجودة في المرسوم الرئاسي 236/10. حتى يتسنى فهمها، إلى جانب وضع الإجراء الخاص بسير التراضي في المرسوم الرئاسي 247/15 وهي إضافة لم تكن موجودة تقنيات الصفقات العمومية السابقة.

المبحث الثاني: استعمال التفاوض لتحديد المتعاقد في إجراء التراضي

نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم التفاوض ودوره في شكلي التراضي.

المطلب الأول : مفهوم المفاوضة

ترتبط فكرة العقد -كما قدمنا- ارتباطا وثيقا بفكرة المنافسة التي تركز عليها النظم الاقتصادية المعاصرة، ومن هنا كانت المساومة بين الأطراف الساعية إلى التعاقد نقطة الانطلاق في البحث عن عناصر الاتفاق على عقد من العقود(27).

الفرع الأول: تعريف المفاوضة

ويراد بالمفاوضات في المجال الدولي الالتقاء والمناقشة وتبادل وجهات النظر بين أطراف العقد الدولي، أو من يمثلهم أو رجال الأعمال الذين يتم تفويضهم للقيام بالتعهدات الدولية الهامة، إلى حين الوصول إلى توفيق تام بينهما وإبرام التصرف الذي يرضيهم.

أما المفاوضة على المستوى الداخلي، فهي التفاهم والأخذ والعطاء بهدف الوصول إلى اتفاق مع الآخرين الذين تجمعنا بهم المصالح بينما تتعارض بعض مصالحنا الأخرى.إذاً فالتفاوض لا يعني فقط تلك العملية الرسمية التي يجلس فيها

المتفاوضون حول مائدة لمناقشة موضوع متنازع عليه.

كما تعني المفاوضة أيضا: «أنها عملية تتم بين طرفين أو أكثر تحاول حسم نزاع ما حول موضوع معين أو شيء معين»⁽²⁸⁾. وعليه، فالمفاوضة آلية مهمة تهدف إلى التقليل من شدة الاختلاف بين الأطراف وتقليص مجال النزاع بينهم، وبذلك فهي تقنية تسهم في طرح ومناقشة العمليات وإنجاحها. وهي في العقد تقوم على جوهر أساسي هو المساومة، باعتبارها سلسلة متواصلة ومتبادلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها، يحاول كل منهما من خلالها اقتراح صياغة لعناصر العرض المختلفة تكون ضامنة لمصالحه وتكون في الوقت نفسه مقبولة من الطرف الآخر⁽²⁹⁾.

ولعل المفاوضة في مجال العقود الإدارية تعتبر من الأمور المنطقية، لأن العقد ينجم عن إرادة مشتركة لطرفيه، مما يسمح بإتاحة مجال للتنافس والتفاوض بقصد الوصول لأفضل العروض التي تهدف إلى مصلحة الإدارة دون نسيان مصلحة المتعاقد معها. وبالتالي فالمفاوضة العقدية إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن إبرام العقد، أو تسوية نقطة خلافية بينهما بشروط العقد أو تنفيذه.

الفرع الثاني: الغاية من التفاوض

لكل طرف في المفاوضة غاية يبتغيها من اللجوء إلى هذا الأسلوب أو المنهج، وهدف يصبو إليه من ورائها، والغاية الرئيسية من المفاوضة تسوية نقطة الاختلاف بين المتفاوضين والوصول إلى حل للمشكلة القائمة⁽³⁰⁾. فالإدارة تسعى أثناء المفاوضات العقدية – وكذلك المتعاقد معها – إلى كل ما من شأنه أن يحقق مصلحتهما.

فمصلحة المرفق وسيره بشكل منتظم هو ما ترنوا إليه الإدارة، وتهدف إلى تحقيقه من خلال المفاوضات للحصول على أفضل العروض، وضمان تسيير المشروع من طرف المقاول أو المورد الذي يحظى بكفاءة وملاءة مالية، تضمن إنجاز وتنفيذه المشروع بشكل أحسن وفي المدة المتفق عليها⁽³¹⁾.

ويهدف المتعاقد مع الإدارة -والذي يتفاوض معها – إلى الحصول على أكبر قدر من التسهيلات إلى جانب ثمن العقد الذي يعتبر الحق الأساسي للمتعاقد والذي يكون في الغالب الدافع إلى التعاقد، وهو من الناحية الاقتصادية يمثل التوازن في المبادلات لأنه يعبر عن قيمة شيء ما أو خدمة ما هي موضوع العقد الذي يتم بشأنه التفاوض⁽³²⁾، ومن جانب آخر يسعى الطرفان إلى تحديد شروط العقد.

المطلب الثاني: دور التفاوض في شكلي التراضي

نتكلم في هذا المطلب عن التفاوض في التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة وإجراءاته

الفرع الأول: في التراضي البسيط

لم يعرف تقنين الصفقات العمومية التراضي البسيط بل أشار إليه فقط: « تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط : »

إن المشرع الفرعي من خلال هذه الفقرة من المادة 43 المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 23/12 والمرسوم الرئاسي 03/13 (الملغى)، حرص على جعل التراضي البسيط القاعدة في مجال إبرام الصفقة بالتراضي، بما يعني أنه كفل للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها، دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان، بل ودون إلزامها حتى باللجوء للاستشارة، أما التراضي بعد الاستشارة فهو استثناء على هذه القاعدة⁽³³⁾.

أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي 247/15 فإنه جعل التراضي البسيط قاعدة استثنائية لا يمكن اللجوء إليها إلا في الحالات المحددة في المادة 49 وهي حالات على سبيل الحصر.

وبالنسبة للحالات التي يتم فيها اللجوء إلى التراضي البسيط وهي:

1- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية. أو لجمالية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية أو فنية وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

2- في حالات الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال وإجراءات الصفقة العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

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

4- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية، يكتسي طابعا استعجاليا وبشرط أن هذه الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

6- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

إن المشرع الفرعي الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15، وضح بشكل كبير حالات اللجوء إلى التراضي البسيط، وهذا عكس الأمر 90/67 (الملغى) الذي لم يذكر هذا النوع من التراضي بل اكتفى بالتراضي دون الدعوى للمنافسة وهو في الحالة المقترنة بالسرية والاستعجال أو أهمية الطرف المتعاقد⁽³⁴⁾.

بينما الحالات الأخرى، والخاصة بالأشغال والتوريدات أو الخدمات التي عرضت على المنافسة ولم يقدم بشأنها أي عرض أو قدمت عروض لا يمكن قبولها.

وعن خدمات النقل التي يعهد بها إلى المقاولين العموميين للنقل عن طريق استئجار السفن، والتأمينات عن أنواع الشحن التابعة لها. فهذه الحالات قابلة لإقامة المنافسة ويمكن اعتبارها تراض بعد الاستشارة.

كما أن الحالات الموجودة في المرسوم الرئاسي 247/15 أكثر اتساعا، وأنه أضافت حالات عديدة⁽³⁵⁾ لم يذكرها الأمر 90/67 ذكرناها سالفا.

وبخصوص التفاوض، فإن إجراء التراضي يقوم على التفاوض أو التشاور حيث عرف الأمر 90/67 التراضي بقوله: « تسمى الصفقة بالتراضي تلك التي تتنافس⁽³⁶⁾ فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقات لمن تختار منهم » فالإدارة عندما تدعو المتعهدين إلى التنافس فإنها تقوم بالتفاوض معهم على موضوع العقد وكيفية تنفيذه، والشروط التي يجب أن ينفذ فيها العقد، وضمن العقد لأن الأساس الذي تسعى إليه الإدارة هو تحقيق إنجاز المشروع بأقل تكلفة مع عدم إهمال حسن التنفيذ، وعليه فهي تختار العرض الأفضل سواء من حيث السعر ومن حيث الجوانب الفنية والتقنية، لأن الإدارة في إجراء التراضي يجب عليها أن تحترم بعض القواعد المشتركة لمختلف أشكال الصفقات، وتورد هذه الوثائق في دفاتر الشروط: كدفتر البنود الإدارية العامة الذي يتضمن القواعد القانونية القابلة للتطبيق في كل الصفقات التي تجريها الإدارة، ودفتر الأعمال المشتركة الذي يحدد القواعد التقنية القابلة للتطبيق في فئة معينة من الصفقات، ودفتر الشروط الخاصة الذي يحدد البنود الخاصة بكل صفقة⁽³⁷⁾.

كما أن الإدارة المتعاقدة ملزمة بتبرير اللجوء إلى إجراء التراضي البسيط، لأنه إجراء استثنائي، وأن الإدارة تبرم عقودها - كقاعدة عامة - طبقا لأسلوب طلب العروض⁽³⁸⁾، وهناك حالات لا يمكن أن تلجأ فيها الإدارة إلى إجراء التراضي البسيط إلا بعد الموافقة المسبقة من بعض الجهات ومنها:

-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، يكتسي طابعا استعجاليا وبشرط أن هذه الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

-عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء. إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار جزائري وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

الفرع الثاني: في التراضي بعد الاستشارة

لم يعرف المشرع التراضي بعد الاستشارة، وإذا رجعنا إلى تقنين الصفقات العمومية نجده حدد حالات التراضي بعد إجراء الاستشارة فقط.

والتراضي بشكل عام، والتراضي بعد الاستشارة بالخصوص» هو أجر استثنائي لا يمكن أن يلجأ إليه إلا في حالات معينة حددها القانون»، ومن ثم فإن استخدام هذا الأسلوب دون توافر أسبابه التي حصرتها المشرع من شأنه أن يجعل العقد المبرم باطلا، وقد خول المشرع إمكانية تقدير الأحوال التي يجوز فيها اللجوء إلى تقنية التعاقد بالتراضي للآمر بالصرف (الوزير، الوالي، رئيس البلدية، المدير... إلخ)؛ والحالات التي تستدعي اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة هي:

- عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

- في حالة صفقات الأشغال والدراسات التابعة مباشرة للمؤسسات السيادية في الدولة.

- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض.

- في 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 اتفاقات التمويل على ذلك.

وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرات 2، 3، 4، 5 في المادة 44 تلجأ الإدارة إلى التراضي بعد الاستشارة على أساس دفتر شروط مؤثر من لجنة الصفقات قبل اللجوء للاستشارة⁽³⁹⁾.

الفرع الثالث: إجراءات التراضي بعد الاستشارة

وبالرجوع إلى تقنين الصفقات العمومية 247/15 نجد أن المشرع الفرعي قد نص على إجراءات التراضي بعد الاستشارة وخصص لها مادة⁽⁴⁰⁾ وهذا ما لم يوضحه في المرسوم الرئاسي 236/10 بل ذكره بشكل غير مستقل في إطار الحديث عن التراضي بعد الاستشارة.

ففي إجراء التراضي بعد الاستشارة يتعين على المصلحة المتعاقدة استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، وهنا يجوز لها تقليص مدة تحضير العروض، كما لا يخص دفتر الشروط السالف الذكر لتأشير لجنة الصفقات.

وإذا ما قررت استشارة مؤسسات أخرى لم تشارك في طلب العروض فيجب الإعلان حسب الأشكال التي نص عليها تقنين الصفقات وبنفس دفتر الشروط ماعدا الأحكام الخاصة بطلب العروض.

وتقوم الإدارة بطلب عروض جديد إذا اضطرت إلى تعديل بنود دفتر الشروط المتعلقة بالمنافسة وهنا يتعين عليها عرضه على اللجنة الصفقات لدراسته والتأشير عليه.

وتحدد القائمة بالنسبة للصفقات اللوازم والدراسات المحددة في المطة 2 و3 من المادة 51 من قبل سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد اخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات وهذا حسب الحالة. وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات المحدد في المطة 2 و3 و4 و5 من المادة 51 بموجب رسالة استشارة طبقا لدفتر شروط مؤشر عليه من قبل لجنة الصفقات المختصة قبل الشروع في الإجراء. ويمكن للجنة فتح الاظرية و تقييم العروض بالنسبة للعروض التي تستجيب لمتطلبات المصلحة المتعاقدة والمطابقة للشروط التقنية والمالية المحددة في دفتر الشروط، ان تطلب كتابيا بواسطة المصلحة المتعاقدة من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم تفصيلات وتوضيحات تتعلق بعروضهم ودعوتهم إلى استكمال عروضهم ، كما يجوز للمصلحة المتعاقدة التفاوض معهم حول شروط تنفيذ. ويجدر هنا التنبيه أن من يقوم بالتفاوض ليس لجنة تقييم العروض بل هي لجنة خاصة تشكلها المصلحة المتعاقدة لهذا الغرض وتتولى رئاستها طبقا لما جاء في المادة 5 من تقنين الصفقات ويتعين على المصلحة المتعاقدة ضمان تدوين أطوار التفاوض في محضر⁽⁴¹⁾.

وتعلن المصلحة المتعاقدة عن عدم الجدوى في التراضي بعد الاستشارة إذا لم تتلق أي عرض أو إذا اتضح انه لا يمكن اختيار أي عرض بعد تقييم العروض المقدمة.

ويقع لزاما على المصلحة المتعاقدة نشر المنح المؤقت حسب الشروط المحددة في تقنين الصفقات⁽⁴²⁾ وتتم مراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم بالنسبة للخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابعا سريا. ⁽⁴³⁾ ويضمن حق الطعن للمتعاملين للذين تمت استشارتهم وعارضوا المنح المؤقت ويقدم هذا الطعن إلى لجنة الصفقات المختصة خلال اجل عشرة أيام من تاريخ إعلان المنح وإذا تزامن اليوم الأخير للطعن مع يوم عطلة يمدد الأجل إلى اليوم الموالي⁽⁴⁴⁾.

وإذا استشارة المصلحة المتعاقدة المتعاملين الاقتصاديين مباشرة فانه يجب عليها الرجوع لبطاقيتها المعدة طبقا لما جاء فاء في تقنين الصفقات العمومية⁽⁴⁵⁾.

إن فكرة التفاوض التنافسي فكرة يقوم عليه التراضي بعد الاستشارة، وهي فكرة منطقية لأنها تعني في النهاية أن المفاوضات قد تسفر إلى إيجاد جملة من التصورات التي تشكل بدورها شروطاً مثالية لتنفيذ العقد. وفي هذا الصدد يقول الدكتور مهند مختار نوح: « فإن المتنافس الذي يقترب عرضه واقترحاته أكثر من غيره من التصورات هو الذي يجب أن يسند العقد إليه، وهذه الفكرة تتشابه مع «الإيجاب المشترك» الذي يتبلور ويتكون من جملة الإيجابيات والإيجابيات المضادة والتي تؤدي في الأخير إلى إعطاء تصورا أفضل للمعطيات التي يمكن تنفيذ العقد بناء عليها. وفكرة الإيجاب المشترك معروفة في إطار التفاوض على إبرام عقود القانون الخاص، ويمكننا أن نستعين بها عند اللجوء إلى التفاوض لإبرام عقد الصفقات العمومية على الخصوص والعقود الإدارية بصفة عامة»⁽⁴⁶⁾.

خاتمة:

ولقد وفق المشرع الفرعي الجزائري عندما نص صراحة على التفاوض كوسيلة مهمة في إجراء التراضي بشكل عام للوصول الى عروض جيدة تضمن الجودة والكفاءة التقنية والمقدرة المالية من المتعامل المتعاقد الذي تختاره الإدارة وفق حاجاتها والإمكانيات المالية المرصودة للصفقة المبرمة بهذا الإجراء.

ولعل ما يجب التنويه له أن المشرع الفرعي قد أصاب عندما وضع الخطوات المتعلقة بإجراء التراضي وكيفية التفاوض، ومن المهم بمكان أن تعهد عملية التفاوض إلى جهة مستقلة تؤسسها الإدارة لهذا الغرض بعيدا عن لجنتي فحص العروض وتقييم العروض، ولأنها عملية مهمة تستوجب نوعا من الحيطة تضمن المساواة بين المتنافسين المتقدمين لإجراء التراضي وبالأخص التراضي بعد الاستشارة، ومن هنا نطالب المشرع الفرعي إصدار تنظيم خاص ينظم لجنة التفاوض التي تتولى المفاوضات مع المتعهدين تحت إشراف المصلحة المتعاقدة وهذا حتى يتسنى الوقوف بشكل مفصل على مهام هذه اللجنة وصلاحياتها وطبيعة القانونية للمحضر الذي تعده وتقدمه للمصلحة المتعاقدة.

ومما يجدر التنويه له أيضا اشتراط الإعلان في إجراء التراضي بعد الاستشارة طبقا لما جاء في تقنين الصفقات وهذا من شأنه ان يكرس مزيدا من الشفافية وهو أمر لم يعهد بالنسبة للتراضي بعد الاستشارة في التقنينات السابقة والمتعلقة بالصفقات العمومية

الهوامش

- 1 - المادة 10 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى).
- 2 - ا. احمد محيو: المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص 370.
- 3 - الأمر 90/67 الملغى المؤرخ في 17/6/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى)، ج ر 52 لسنة 1967.
- 4 - ا. قدوج حمامة : عمليات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 57.
- 5 - المادة 27 من المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/4/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (الملغى)، ج ر العدد 15 لسنة 1982.
- 6 - Bennadji chérif : l'évolution de la réglementation des marchés publics en droit algérien op.cit. p.587.
- 7 - المادة 23 من المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 09/11/1991 ج ر 57 لسنة 1991 المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى).
- 8 - المادة 39 المرسوم التنفيذي 434/91.
- 9 - المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تقنين الصفقات العمومية، ج ر العدد 50 لسنة 2015.
- 10 - د/عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 135، وأنظر أيضا أ. قدوج حمامة: عمليات إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 149. وأنظر أيضا د/ محمودي مسعود: أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية. د.م. ط، الجزائر، 2009. ص 91.
- 11 - د/عليوات ياقوته: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري على الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2009، ص 131.
- 12 - مهند مختارنوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص 781.
- 13 - Art, 34, le code des marchés publics 2004..
- 14 - Christophe Lajoye :Droit des Marchés Publics, Berti édit, Alger 2007 , P.103 .
- 14 - P.schultz:Eléments du droit des marchés publics, L, G , D , j, 2 éditions Paris. P, 112.

- 15 - ومن الحالات التي نص القانون المدني أنه يجوز فسخ العقد بها دون اللجوء إلى القضاء:
- حالة اتفاق الطرفين على استبعاد اللجوء إلى القضاء.
- وحالة بيع المنقولات فيعتبر العقد مفسوخا إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن المادة 392 م.ج.
- حالة العقود التي تكون فيها علاقة شخصية بين أطرافها كعقد العمل.
- وفي الحالات التي يترتب على الإخلال بالالتزام وقوع ضرر يصعب تعويضه أو تداركه، فإن العقد يفسخ بقوة القانون ودون اللجوء إلى القضاء. أنظر د/محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 355، 356.
- 16 -Ce,18-02-1983 Société français du tunnel routier du Fejus et entreprise Borie.
-أشار إليه، د/مهند مختارنوح: المرجع السابق، ص 776.
- 17 -Art.35 de code de marché publics Française de 2004.
- 18 -سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود أو الإدارية، ..، دار الفكر العربي، مصر، طبعة 2005، ص 305
- 19 -Art,35, de code des marchés publics français de 2004.
-Christophe,Lajoye: Droit des Marchés Publics ,opcit, P ,116.
-P.Schultz:Elements des Marches Publics, op. cit , P, 115-
-P. Schultz: Eléments des Marches Publics, op cit ,p ,115 -
- 20
- 21 -المادة 60-61 من قانون 90/67 المتعلق بالصفقات العمومية.
- 22 -ا.قدوج حمامة: عمليات إبرام الصفقات العمومية، المرجع السابق ص 55. ويرى الأستاذ أحمد محيو: "إن إجراء التراضي، ونظرا لأن المشرع أعطى للإدارة حرية اللجوء إليه في ظل قانون 90/67 فإن الإدارة كانت تستعمل هذه الطريقة بصفة مكثفة، لأنها تمنح للإدارة أكثر مرونة وتترك لها حرية تامة في تحديد الشخص الذي ستتعاقد معه وهذه العقود أكثر استعمالا في الوقت الراهن..." للمزيد أنظر د/أحمد محيو: المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص، 370.
- 23 -المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10 (الملغى). وهذه الحالات التي وردت في هذه المادة خاصة بالتراضي البسيط وهو شكل من أشكال التراضي.
- 24 - راجع المادة 44 من تقنين الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 236/10 (الملغى)، هذه الحالات هي خاصة بالتراضي بعد الاستشارة.
- 25 -الفقرة 05 و 07 من المادة 43 من المرسوم الرئاسي 236/10 (الملغى) المتضمن نظام الصفقات العمومية.
- 26 -المادة 50 المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تقنين الصفقات العمومية.

- 27 -د/محمودي مسعود: المرجع نفسه، ص 93.
- 28 - د/ محمد احمد عبد النعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص36.
- 29 -د/مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2001، لبنان . ص 30.
- 30 -د/محمد أحمد عبد النعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 41.
- 31 -د/مهند مختار ونوح : الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق ، ص 792.
- 32 -Vincent Jiménez : Leprix dans les contrats internationaux ,Thèse pour le doctorat en droit international , université de Nice Sophia Antipolis ,2000,p13.
- 33 -د/عمار بوضياف:الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 136.
- 34 - المادة 60 من قانون 90/67 الخاص بالصفقات (الملغى).
- 35 - المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 الخاص بالصفقات .
- 36 - لم يوفق المشرع الجزائري عندما استعمل كلمة تتنافس عند تعريفه للتراضي بموجب الأمر 90/67 (الملغى)، لأن الإدارة لا تتنافس مع المقاولين والموردين، بل كان يتعين عليه استعمال كلمة "تتناقش".
- 37 -د/أحمد محيو:المؤسسات الإدارية ، المرجع السابق . ص 371.
- 38 -المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات
- 39 - المادة 51 من تقنين الصفقات .
- 40 - المادة 52.
- 41 - المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15/247.
- 42 - جاء في المادة 65مايلي: (يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي اعلن فيها طلب العروض...)
- 43 - المادة 52.
- 44 - المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15/247.
- 45 - طبقا للمادة 58 .
- 46 -د/مهند مختار ونوح:الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص806.

المصادر والمراجع:

- الأمر 90/67 (الملغى) المؤرخ في 17/6/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج 52 لسنة 1967
- المرسوم 145/82 (الملغى) المؤرخ في 10/4/1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (الملغى)، ج ر العدد 15 لسنة 1982.
- المرسوم التنفيذي 434/91 (الملغى) المؤرخ في 09/11/1991 ج 57 لسنة 1991 المتعلق بالصفقات العمومية
- المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم المتعلق بالصفقات العمومية.
- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تقنين الصفقات العمومية، ج ر العدد 50 لسنة 2015.
- الكتب:
- د/أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، د م ج، الجزائر، 1992.
- د/سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، طبعة 2005
- د/عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى 2007.
- أ/قدوج حمادة: عمليات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د م ج، الجزائر الطبعة الثالثة، 2008.
- د/محمودي مسعود: أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية. د.م. ط، الجزائر، 2009.
- د/مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- د/محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، دار الهدى الجزائر، الطبعة الرابعة 2008.
- د/ محمد احمد عبد النعيم: مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- د/مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2001، لبنان.
- د/محمود عاطف البنا: العقود الإداري، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، 2007.
- Patrick Schultze :élément de droit des marches publics L, G , D , j, 2 éditions Paris .
- Christophe Lajoy :Droit des marchés publics ,Berti édit ,Alger 2007.

الاطروحات:

- د/عليوات ياقوته: تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري على الصفقات العمومية في الجزائر، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2009.

Thèses :

- Bennadji chérif : l'évolution de la réglementation des marchés publics en droit algérien.
- Vincent Jiménez : Leprix dans les contrats internationaux ,Thèse pour le doctorat en droit international , université de Nice Sophia Antipolis ,2000.