

التفاوض عند إبرام العقود الإدارية: القاعدة والاستثناءات
"دراسة مقارنة لأحكام التفاوض عند إبرام العقود المدنية ومدى انطباقها على
العقود الإدارية في فرنسا ومصر والجزائر"

Negotiation when making administrative contracts:

A rule and exceptions

"A comparative study on the provisions of negotiation when making
civil contracts and its applicability on administrative contracts in
France, Egypt and Algeria"

تاريخ النشر: 2021/01/31	تاريخ القبول: 2020/07/08	تاريخ الإرسال: 2020/02/23
-------------------------	--------------------------	---------------------------

أ.د. تشوار جيلالي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
tchouardjilali@yahoo.fr

*ط.د. صادقي عباس
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
abbes_sadeki@yahoo.com
عضو المخبر المتوسطي للدراسات القانونية -
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

ملخص:

من المستقر عليه في فقه القانون الإداري أن الإدارة المتعاقدة تستقل مسبقا بوضع شروط التعاقد، حيث تظهر عند إبرامها للعقود الإدارية بمظهر السلطة العامة، التي تتبوأ مكانة أعلى من مكانة الراغب في التعاقد معها، وما على الأخير إلا أن يقبل بكل الشروط أو يحجم عن إيجاب الدعوة التي تعلن عنها الإدارة. إلا أن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات، حيث تنعقد مجموعة من العقود الإدارية عن طريق التفاوض، وفقا لتقنيات متقاربة مع الأحكام المقررة للتفاوض في العقود المدنية.
الكلمات المفتاحية: تفاوض؛ إبرام؛ عقد إداري؛ عقد مدني؛ دعوة للتعاقد.

*المؤلف المرسل: صادقي عباس

Abstract:

It is recognized in administrative law that the contracting administration is previously independent since it unilaterally fixes the conditions of the contract, and, therefore, it appears, when the administrative contract is concluded, as a public authority enabling it to have a privileged place than that of the person wishing to contract with it. Hence, the latter must choose between accepting the said clauses or refusing the appeal by the administration. However, this rule suffers from a few exceptions where several administrative contracts can only be concluded through negotiation, and this, in accordance with techniques which combine with the provisions of civil contracts in matters of negotiation.

Keywords Negotiation; conclusion; administrative contract; civil contract; call to contract.

مقدمة:

لقد عرفت نظرية العقد في القانون المدني تغييرات مهمة، إن لم تكن جذرية، خاصة فيما يتعلق بتقنيات التعاقد والمساواة بين المتعاقدين. أو بتعبير آخر فإن نظرية العقد تشهد بشكل متتابع تراجعاً ملحوظاً للحرية التعاقدية، حيث أدى تدخل المشرع المستمر لدواعي الحفاظ على النظام العام، ثم لحماية الطرف الضعيف في العقد¹... إلى تقييد حرية التعاقد وإخضاع العقد لقواعد القانون² عوض القواعد الاتفاقية التعاقدية التي تشكل على أساس التفاوض الحريين الطرفين. وبهذا الصدد يرى البعض بأن " نمو الفن التعاقدية يتلاءم مع الرغبة في أن يحل محل القانون المفروض قانون تفاوضي، شريطة أن يكون ذلك التفاوض مبنياً على حسن النية ومحققاً لمصالح الأطراف"³. لكن وبعد "اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية أصبح أحد العاقدين يستقل غالباً بوضع شروط التعاقد مقدماً وبشكل لا يسمح بوجود المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور الأخير إما على قبول الصفقة كلها برمتها وإما أن يرفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها"⁴.

ويقصد بالتفاوض "مناقشة أو تبادل الآراء بين عدة أطراف للتوصل إلى اتفاق. وهذا يعني من الناحية النظرية تنازلات متبادلة بين الطرفين...⁵. ولا يدخل في مفهوم التفاوض "الأعمال التي يقوم بها أحد الطرفين دون أن تتصل بعلم الطرف الآخر، حتى لو تعلقت بالعقد المراد إبرامه... ويعود السبب في ذلك هو أن العقد وليد الإرادة المشتركة للطرفين، فينبغي أن تهدف المفاوضات إلى رسم تصور مشترك لعناصره، حتى يأتي معبرا عن إرادتهما معا، وليس إرادة أحدهما فقط"⁶. وعرف العقد غير المتوازن بأنه "عقد يوجي بأن فيه أولوية لطرف على طرف آخر، والدلائل فيه تشير على أنه لم يتم تفاوضه بحرية تامة أو أن أحد الطرفين فيه لم يتوفر لديه خيار حقيقي في بنوده"⁷

وعلى الرغم من عدم اشتراط التفاوض لإسباغ وصف العقد على التصرف القانوني⁸. إلا أن تطور وتشابك العلاقات التعاقدية أظهر أن التفاوض ليس مجرد مرحلة سابقة على التعاقد، وإنما هو نظام قانوني قائم بذاته، له قواعده وأثاره⁹. وتتجلى أهميته بصفة خاصة في بعض العقود، كعقود التجارة الدولية، حيث يوصف بأنه "أخطر وأهم مرحلة في حياة العقد التجاري الدولي، ذلك أن إفرازات هذه المرحلة هي التي تنبني عليها العملية التعاقدية ويتحدد فيها مضمون ومصير العقد النهائي... ويتم فيها مناقشة العروض والعروض المضادة والمقترحات والبدائل والأسعار ومواعيد وشروط التسليم..."¹⁰. وإذا كان التفاوض في السابق يتم بالالتقاء والتواصل الشخصي المباشر بين الراغبين في التعاقد، فإنه يتم الآن أيضا باستعمال وسائل التواصل الإلكتروني والتقنيات الحديثة¹¹، وقد يتم إبرام عقد أولي بين الطرفين يهدف إلى تنظيم التفاوض بشأن عقد أو عقود أخرى مستقبلية¹²...

وباعتبار أن عقود القانون الخاص ينظمها القانون المدني، وتسعى أطرافها لتحقيق المصالح الخاصة المتبادلة، بل والمتعارضة... فهي تختلف في كثير من أحكامها عن العقود الإدارية، وهي التي يكون أحد طرفيها إدارة عامة، وتبرم وفقا لقواعد القانون العام، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، ويكون فيها المتعاقد متضافرا ومتعاوننا مع الإدارة... وإذا كان الفرق واضح بهذا المعنى بين هذين النوعين من العقود، فإنه من الجدير بالبحث التطرق لمبدأ التفاوض وتطبيقاته وأحكامه في كل نوع منهما.

وعلى ذلك يُطرح التساؤل: ما مدى جواز اللجوء للتفاوض عند إبرام العقد الإداري وما هي الأحكام التي تنظمه مقارنة بالتفاوض في عقود القانون الخاص، في كل من فرنسا ومصر والجزائر؟

وستتم محاولة الإجابة على هذه الإشكالية وعلى التساؤلات المتفرعة منها، باتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، من خلال التطرق بالتحليل والمقارنة لنقطتين أساسيتين، حيث يتم التطرق بداية إلى إبرام العقود الإدارية بين الإذعان والتفاوض (أولاً)، ثم إلى مجال التفاوض وأثاره بين عقود القانون الخاص والعقود الإدارية (ثانياً).

أولاً: إبرام العقود الإدارية بين الإذعان والتفاوض

عادة ما تُقابل فكرة التفاوض بين طرفي العقد بفكرة مضادة لها، وهي إذعان أحدهما للآخر، فما هي تطبيقات الفكرتين في العقود المدنية والعقود الإدارية؟

أ- التفاوض والإذعان عند إبرام العقود المدنية والإدارية

نص القانون المدني الفرنسي¹³ على أن العقد الرضائي هو الذي يمكن التفاوض بشأنه بين الطرفين، أما عقد "الالتصاق" "Le contrat d'adhésion" فهو الذي يحتوي على مجموعة من الشروط غير القابلة للنقاش ومحددة مسبقاً من أحد الطرفين¹⁴. أما التشريعين المصري¹⁵ والجزائري¹⁶ فقد نصّا على أن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مُقرّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها"¹⁷. وعلى هذا الأساس يتم التمييز في العقود المدنية بين العقود الرضائية التي تتكون بتلاقي إرادات الأطراف والتفاوض بشأن شروط التعاقد، وبين عقود الإذعان التي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع بنودها دون مشاركة أو مفاوضة الطرف الآخر الذي لا يكون أمامه إلا قبول العقد أو رفضه. وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذه العقود، فاعتبرها البعض عقود حقيقية، ونفى عنها البعض الآخر هذا الوصف¹⁸.

وبالمقابل، فقد نوقشت فكرة الإذعان عند البحث في مركز كلا المتعاقدين في العقود الإدارية، وقد انتقد البعض تعريب مصطلح "contrat d'adhésion" على أنه عقد الإذعان، بل رجّحوا معناه الأصلي في اللغة الفرنسية وهو عقد الانضمام، حيث اعتبروا بأن "فكرة الانضمام التي ذهب إليها الفقه الفرنسي أكثر دقة من فكرة الإذعان"¹⁹، لما

للاذعان من دلالة على التفاوت في القوة بين أطراف العقد، والحقيقة خلاف ذلك...
فعقود الإنضمام تؤمن للعقد أهم ركن، ألا وهو الرضى، إذ بدونه لا نكون أمام صيغة
العقد بمفهومه القانوني، أما إذا أطلقنا عليه مصطلح الإذعان، بدلا من مصطلح
الانضمام، فذلك دلالة على وجود الإذعان في العقد، وهذا يناقض الأساس القانوني
لمفهوم العقد المتمثل بالرضى...²⁰

هذا، وقد كان للقضاء الإداري دور كبير بهذا الصدد، فقد قضت المحكمة الإدارية
العليا²¹ في مصر بما يلي: "يكون لفكرة الإذعان في العقود الإدارية معنى يختلف تماما عنه
في العقود المدنية، وهو معنى خاص يقوم على أن العقود الإدارية-من حيث الشكل- تأخذ
شكل عقود الإذعان عندما تنفرد جهة الإدارة بوضع شروطها سلفا، وبدون أن يناقشها
عند وضعها المتعاقد المنتظر، وعلى أن الإذعان فيها لا يعني إلا تدعيم مركز الجهة الإدارية
المتعاقدة وإلزام المتعاقد معها بأن يقبل خضوعه لقانونها، وهذا بالبداية مشروط باحترام
قاعدة حسن النية التي تلتزم بها الجهة الإدارية، كما يلتزم بها المتعاقد معها، وأن الشروط
التي تنفرد بوضعها الجهة الإدارية ليست إلا مرادفاً أن للعقد طبيعة إدارية"

ويستخلص مما سبق، أن التفاوض في العقود المدنية ليس ركنا من أركان
العقد²²، ولكنه مرحلة مهمة سابقة على التعاقد وممهدة له، وأن أهميته ووجوده يتفاوت
من عقد إلى آخر، كما ينعدم تماما في عقود الإذعان، وكل ذلك في إطار قاعدة الرضائية
التي تحكم العقود المدنية، فالأمر بيد الأطراف يمارسون التفاوض أو يبرمون العقد
مباشرة... أما العقود الإدارية فأحكامها مختلفة، فهي وإن كانت شريعة المتعاقدين، وملزمة
للجانبيين، وتبني بتوافر الرضا والمحل والسبب... إلا أن مراحل إبرامها -ومنها جواز
التفاوض قبل العقد- محكومة بالقوانين والنظم، وإرادة الإدارة في كل ذلك ليست حرة
مختارة ولكنها مقيدة ومحددة.

ب- الإذعان كقاعدة عامة عند إبرام العقود الإدارية

تتقارب التشريعات المقارنة في وضعها للقاعدة العامة عند إبرام العقد الإداري،
حيث يتم أعمال قاعدة المناقصة أو طلب العروض في عقود الشراء، والمزايدة في عقود
البيع. وذلك تحقيقا لمبدأ المنافسة، والتي تعني " فتح المجال أمام عدة متنافسين
اقتصاديين لتقديم نفس المنتج أو نفس الخدمة للإدارة المتعاقدة، وهي عكس الاحتكار"²³.

ومن غير اليسير الجمع بين مبدأ المنافسة ومبدأ التفاوض، ففي حين تقتضي المنافسة " concurrence " السماح لكل من تتوافر فيه الشروط بأن يقدم عرضا للإدارة، يراعي فيه ما هو محدد في إعلان الدعوة للتعاقد، فيسعى لتوفير كل الشروط ويقدم عرضه أملا بأن يكون أنسب العروض وأكثرها تحقيقا للحاجات المعلن عنها، فيتم بناء على ذلك قبوله أو قبول العرض الأولي منه في تحقيق تلك الغايات.

أما التفاوض " négociation " فيقتضي بأن يتم التعامل مع عارض أو عارضين محددين، وأن تناقش عروضهم على نحو مخصوص حتى تكون ملائمة لما تطلبه المصلحة المتعاقدة، فالطرفان يشتركان في التفاوض على العرض ودراسته من جميع الوجوه حتى يكون مقبولا من كليهما²⁴.

وبذكر النصوص القانونية الناظمة لمبادئ إبرام العقود العامة، يتضح الفرق بين أسلوب التفاوض ومقتضياته، وبين قاعدة المنافسة على نحو أدق، فقد نص القانون الفرنسي²⁵ على أن تراعى في عقود الشراء والبيع التي تبرمها الجهات الإدارية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية واحترام مبدأ المنافسة وشفافية الإجراءات²⁶. ونصت المادة السادسة من قانون تعاقدات الجهات العامة في مصر²⁷ على أن " تخضع طرق التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص". كما نصت المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية في الجزائر²⁸ على أنه "الضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"

وعليه، فمن غير المقبول تحيز الإدارة إلى عارض معين، أو منتج محدد... ولا أن تتصرف بحرية تامة كالخواص في تلبية حاجياتها، فمن حق كل من تتوافر فيه الشروط التعاقد مع الإدارة وليس لها استبعاده، ومن واجبها أعمال المساواة بين الراغبين في التعاقد، فلا تساهم في تحسين أو تفضيل عرض على آخر، ولا تتدخل في بلورة العروض وتحضيرها تطبيقا لمبدأ الحياد...

هذا ويرى البعض²⁹ عند التطرق "للإجراء التفاوضي الإداري" بأن مبادئ "الشرعية والشفافية والمساءلة" هي التي تقيد الإدارة العامة عند التعاقد، على خلاف قيم "النتائج المحققة والفاعلية والكفاءة والمشاركة العامة" التي تتيح لها مرونة أكبر في إتباع الأساليب التعاقدية التفاوضية، فكل تغليب لأحد هاتين المجموعتين ينعكس مباشرة على ما يمكن للإدارة أن تقوم به عند التعاقد.

ويمكن القول مما سبق أن القاعد العامة في إبرام العقود الإدارية هي استبعاد تقنية التفاوض، لتعارضها الواضح مع المبادئ القانونية التي تضمنتها تشريعات التعاقدات العامة. فقد نص القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بالتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، على مجمل الأحكام المتعلقة بعقود الهيئات الإدارية، وجعل من أسلوب " المناقصة العامة" قاعدة عامة في إبرام عقود الشراء والحصول على الخدمات. كما أجاز إبرامها وفق لصور (الممارسة العامة، الممارسة المحدودة، المناقصة ذات المرحلتين، المناقصة المحلية والاتفاق المباشر) شرط صدور قرار مسبب يبرر اللجوء إلى إحدى هذه الأساليب من قبل السلطة المختصة.³⁰

أما عمليات البيع فالأصل "أن تتم عن طريق مزايده علنية عامة أو مزايده بالمظاريف المغلقة"، ويجوز استثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة إجراء هذا التعاقد عن طريق (المزايده المحدودة، المزايده المحلية، أو الاتفاق المباشر). كما يُمنع تحويل أسلوب التعاقد "بعد بدء الإجراءات" إلى أسلوب آخر.

وفي الجزائر، بيّنت المواد من 39 إلى 52 من م.ر.ر 15-247 كيفية إبرام الصفقات العمومية. ونصت المادة 39 على أن: "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي". و" طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء"³¹.

ج- الاستثناءات التي تجيز التفاوض عند إبرام العقود الإدارية

لقد أجازت التشريعات اعتماد تقنية التفاوض عند إبرام بعض العقود الإدارية، وفقا لشروط وضوابط محددة، ونصت صراحة على اعتماده في طرق الإبرام الاستثنائية، أو التي تبررها الضرورة أو حاجة المرفق العام أو طبيعة الخدمة المطلوبة.

حيث يمكن أن تبرم العقود الإدارية بإعمال التفاوض بعد الدعوة لمنافسة، ولا يمنح العقد إلا بعد التفاوض مع العارضين أو العارض المقبول مبدئيا، كما قد تبرم هذه العقود وفقا لأسلوب الاتفاق المباشر الذي يعرف بأنه "تقنية استثنائية لتبادل الإيجاب والقبول في العقود الإدارية، يحق فيه للإدارة أن تلجأ إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه، للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد"³²، وقد أطلقت عليه بعض التشريعات أسلوب "التراضي"، ولا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات معينة يحددها القانون.

أ- جواز التفاوض عند إبرام العقود الإدارية في القانون الفرنسي

يشار إلى أن القانون الفرنسي المطبق حاليا على تعاقدات الهيئات العامة "قانون الطلب العمومي" والذي دخل حيز التطبيق يوم 1-4-2019، يفرق بين السلطات المتعاقدة والكيانات المتعاقدة. ويقصد بالسلطات المتعاقدة (Les pouvoirs adjudicateurs) ثلاث فئات من الأشخاص: الأشخاص الاعتباريون الذين يحكمهم القانون العام، والأشخاص الاعتباريون في القانون الخاص الذين يتابعون مهمة المصلحة العامة ويتم تمويلهم بشكل رئيسي من الأموال العامة، والأشخاص الاعتباريين في القانون الخاص ذوي الشخصية الاعتبارية التي تشكلها السلطات المتعاقدة بغرض القيام بأنشطة معينة بشكل مشترك. وقد حددت المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية هذه السلطات المتعاقدة، وهي: الدولة ومؤسساتها العامة "غير ذات الطابع التجاري والصناعي (L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial) والسلطات المحلية والمؤسسات المحلية (Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux). وقد أجاز لها القانون منح العقد بعد التفاوض³³ في بعض الحالات المحددة حصرا³⁴ والمقيدة بضرورات تحقيق "مبدأ كفاءة المشتريات العامة، الذي يستلزم إجراء التفاوض في حالات معينة"³⁵، منها:

-عندما لا يمكن تلبية الحاجة إلا بالتعاقد الفوري.

-عندما تكون هناك حاجة إلى الأعمال أو اللوازم أو الخدمات الجديدة أو المحسنة أو المبتكرة،

-عندما يتضمن العقد خدمات تصميم.

-عندما يكون منح العقد متوقف على ضرورة التفاوض مع العارضين بسبب طبيعة موضوعه أو خصوصيته...

-عندما تكون السلطة المتعاقدة غير قادرة على تحديد المواصفات الفنية بدقة كافية بالرجوع إلى معيار أو تقييم فني أو مواصفات تقنية مشتركة أو مرجع فني...

-عندما يتعلق الأمر بالعروض غير المقبولة أو غير النظامية، التي قد تقرر الجهة المتعاقدة التفاوض مع أصحابها بشرط عدم تعديل الحاجات المعلن عنها بصفة كلية...

أما الكيانات المتعاقدة (Les entités adjudicatrices)، فهي هيئات تستفيد من حقوق حصرية وتشرف على بعض المؤسسات العامة والشبكات وتمارس نشاطا قد يؤثر على بقية المتعاملين الاقتصاديين...³⁶، وقد حددتها المادة 135 من قانون الصفقات العمومية (المُلغى)، وتظم جل هيئات تشغيل شبكات الكهرباء والغاز ومعالجة المياه وشبكات النقل وشبكات استغلال المناطق الجغرافية لأغراض التنقيب...³⁷. وقد أجاز لها القانون أن "تمنح عقودها بكل حرية وفقا للإجراءات التفاوضية"³⁸

كما أجاز القانون استثناء أن تمنح السلطات المتعاقدة والكيانات المتعاقدة عقودا بصفة مباشرة، دون اللجوء إلى إجراء الإشهار أو التنافس، إذا ارتبط ذلك بأغراض البحث أو التجريب أو الدراسة أو التطوير، دون هدف الربح أو بغرض تغطية تكاليف البحث والتطوير³⁹. كما أجاز فقط للكيانات المتعاقدة شراء اللوازم عن طريق الاستفادة من فرصة انخفاض أسعارها في مدة قصيرة لا تسمح بإعداد الإجراءات العادية، وحيث يكون سعر تلك المنتجات أقل بكثير من أسعارها في الظروف أو في الأسواق العادية...⁴⁰

II- جواز التعاقد عند إبرام العقود الإدارية في القانون المصري

لم ترد في قانون تعاقدات الجهات العامة أي عبارة صريحة توجي بجواز التفاوض عند إبرام عقود الشراء أو البيع... وإنما تضمنت بعض المواد ما يوحي بجواز التفاوض، كما في حالة المناقصة على مرحلتين، التي يتم فيها في المرحلة الأولى إيداع العروض والمقترحات التقنية والفنية ثم المرحلة الثانية التي يسمح فيها لمن قُبل عرضه التقني بإيداع عرض مالي، حيث نص القانون على أنه "... ويجوز للجهة الإدارية الدخول في مناقشات فنية خلال المرحلة الأولى مع أي من أصحاب العروض المستجيبة للحد الأدنى من المتطلبات الأساسية ... للوصول إلى إطار أعمال ومتطلبات فنية مدققة..."⁴¹

كما يتضح ضمناً جواز اللجوء إلى التفاوض في حالات أخرى، كما لو اقترن العطاء بتحفظ معين أبداه صاحب العرض المقبول والأقل سعراً، وهذا الحكم هو تقرير لاجتهاد المحكمة الإدارية العليا⁴² التي قضت بما يلي: "الشارع رأى رغبة منه في تمكين الإدارة من الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة - إجازة المفاوضة، بعد فتح المظاريف، مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترناً بتحفظ أو تحفظات، وكانت القيمة الرقمية لأقل عطاء غير المقترن بشيء من ذلك تزيد كثيراً على العطاء المقترن بتحفظات؛ ذلك لكي ينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يوفق بين عطائه وشروط المناقصة قدر الاستطاعة، ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترن بأي تحفظ، فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه؛ ذلك لأن صاحب أقل عطاء - ما لم يستبعد - هو في الأصل، صاحب الحق في إرساء المناقصة عليه إذا كان عطاؤه مناسباً، ولأن تعديل عطائه إلى ما هو أقل أو إلى ما يجعله متمشياً مع مواصفات المناقصة وشروطها لا ضير منه على أي من أصحاب العطاءات الأخرى، ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة بالنسبة إليهم، سواء كيف هذا الإجراء بأنه تصفية لإجراءات المناقصة، أو بأنه ممارسة على أساس ما تمخضت عنه المناقصة، ومرجع الأمر في هذا إلى لجنة البت في العطاءات، باعتبارها أقدر من أية هيئة أخرى على الاضطلاع بهذه المهمة؛ وهي تتولى إجراءات المناقصة وتبت فيها. ولا يجوز بعد البت في طلبات الاستبعاد إرساء المناقصة إلا على صاحب أقل عطاء بالوضع المتقدم، أي سواء كان مستوفياً لجميع المواصفات والشروط، أو كانت المفاوضة قد أسفرت عن صيرورته أصلح العطاءات..."

فحتى في طرق التعاقد الاستثنائية كالاتفاق المباشر مثلا، أورد القانون مهام لجنة الاتفاق المباشر التي تتولى دراسة العروض وتقييمها... "وذلك من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض أسعار"⁴³

III- جواز التفاوض في القانون الجزائري

أجاز قانون الصفقات العمومية التفاوض في بعض الحالات المحددة، ونص على ذلك صراحة عند اللجوء إلى صيغة التراضي بعد الاستشارة، ونص عليه ضمنا عند إجازته لعقد الاجتماعات بين العارضين والمصلحة المتعاقدة في حالات اللجوء لطلب العروض المحدود على مرحلتين.

1- التراضي بعد الاستشارة

يمكن اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية (سواء كان طلب العروض مفتوح أو محدود)، بحيث لا يقدم أي عرض، أو يقدم عرض واحد أو أكثر وبعد تقييمها لا يتم تأهيل أي منها. كما يمكن اللجوء إلى هذه الصيغة من صيغ إبرام الصفقات العمومية ابتداء، وذلك في حالات ذكرتها المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247⁴⁴.

2- تنظيم اجتماعات مع المتعاملين الاقتصاديين

خروجا على ما هو مقرر بشأن " انفراد " المصلحة المتعاقدة بتحديد شروط التعاقد مسبقا، أجاز القانون⁴⁵ عقد اجتماعات موسعة يحضرها أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وخبراء معينون خصيصا، وذلك في حالة اختيارها إجراء طلب العروض المحدود على مرحلتين، حيث تم تمكينها عند قيامها بتقييم العرض التقني الأولي - بالإضافة إلى إمكانية طلب التوضيحات والتفصيلات المكتوبة من المتعهدين-عقد اجتماعات معهم، غايتها التعرف على وجه الدقة على محتويات عروضهم ومقترحاتهم. على أن تحاط هذه العملية بالقيدين المذكورين في النص، أولهما ضرورة توقيع المحضر المثبت لوقائع ومواضيع الاجتماع من قبل جميع الأعضاء الحاضرين، وثانيهما عدم تعديل التوضيحات المقدمة للعروض بصفة أساسية⁴⁶.

يتوقف إبرام بعض العقود على التفاوض مع الفائز أو العارض أو مؤفر الخدمة أو المنتج... وفي هذه الحالات قد يكون التفاوض مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والطرف المعني كما في حالة التراضي البسيط⁴⁷، أن يتم التوجه مباشرة صوب مؤفر المنتج أو خدمة أو مؤرد معين... ويتم

التفاوض وإبرام العقد معه. أو التفاوض بعد تقييم العروض وإعلان الفائز، كما في حالة المسابقة⁴⁸.

ثانيا : مجال التفاوض وأثاره بين عقود القانون الخاص والعقود الإدارية

حتى تظهر الفروقات بين أحكام التفاوض في كل من العقدين المدني والإداري، لا بد من معرفة المجالات المسموح فيها التفاوض، وكذا أثاره، في كل عقد من هذين العقدين.

أ- مجال التفاوض

تشمل المفاوضات في نطاق العلاقات التعاقدية الخاصة كل العناصر الجوهرية للعقد، وهي تختلف من عقد لآخر، ففي عقد البيع تضم العناصر الجوهرية تحديد وصف المبيع وتحديد الثمن وشروط التسليم ... وفي عقد الإيجار تضم بدل الإيجار ومدته والالتزامات الأساسية للمؤجر والمستأجر... وبصفة عامة، تعتبر عناصر جوهرية "المسائل التي لا يقوم العقد إلا بتحديدتها"، وفي المقابل، فإن العناصر الثانوية هي التي لا يمنع عدم تحديدها من قيام العقد⁴⁹. ولا يحد من إرادة الأطراف في تضمين عقودهم لأي شرط أو حكم طالما أنه لا يخالف القواعد القانونية الأمرة والنظام العام والآداب العامة.

أما مجال التفاوض في نطاق العقود الإدارية، فلا يظهر أنه يمثل الاتساع المُشار إليه، فإذا كان الاعتماد عليه يبقى في إطار الاستثناء، فإنه يترتب على ذلك عدم الخروج على ما يقرره الاستثناء ويسمح به، ويبقى نطاقه مقصورا على المجالات المسموح بها قانونا. بالإضافة إلى أن بعض الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية لا يُتصور أن تكون محلا للمفاوضة، خاصة عندما يتعلق الأمر بسلطات الإدارة كسلطة تعديل العقد أو إنهاؤه بإرادتها المنفردة. أو حق مراقبة أداء وتنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد المتراخي عن تنفيذ التزاماته... فهي سلطات أصيلة تتعلق بطبيعة العقد الإداري كوسيلة

لإدارة وتسيير المرفق العام وخدمة مصالح الجمهور، وهي مقررة لصالح الإدارة ولو لم ينص عليها العقد.

وقد حددت التشريعات المطبقة على تعاقدات الجهات الإدارية الحالات التي يجوز فيها التفاوض قبل إبرام العقد، كما حددت أغراضه ومداه. فبالنسبة لقانون الطلب العمومي الفرنسي -عند بيانه للحالات التي يمكن فيها للسلطات المتعاقدة إجراء التفاوض قبل إبرام العقد- ذكر بأنه "لا يمكن التفاوض بشأن الحد الأدنى للمعايير والشروط الأساسية المذكورة في إعلان الدعوة للمناقصة أو المنافسة"، كما "لا يمكن التفاوض بشأن معايير منح العقد أو معيار الاختيار المحقق لأفضل فائدة اقتصادية للسلطة المتعاقدة"، وعليه فإذا كان المعيار الأساسي لتقييم العروض هو معيار السعر أو التكلفة فلا مجال للتفاوض بشأن الأسعار والتكاليف التي يقدمها العارضون، وإذا كان المعيار الأساسي هو معيار الجودة والخصائص التقنية والجمالية والوظيفية... فلا يمكن التفاوض بشأنه.

ومن العقود التي أجاز القانون الفرنسي إجراء التفاوض قبل إبرامها عقود الامتياز، وقد حدد مجالات استبعاد التفاوض على النحو المشار إليه أنفاً، فقد نصت المادة 46 من الأمر الصادر في 29-1-2016 على أنه: "يجوز لسلطات التراخيص تنظيم مفاوضات بحرية مع واحد أو أكثر من مقدمي العروض، بموجب الشروط التي تحددها اللوائح. لا يمكن للتفاوض أن يتصل بموضوع الامتياز أو معايير المنح أو الحد الأدنى من الشروط والخصائص المشار إليها في وثائق الاستشارة"⁵⁰

أما في قانون الصفقات العمومية في الجزائر، فإن الملاحظ من النصوص التي أجازت التفاوض في الحالات المشار إليها، ومن الظروف المصاحبة لوجوده، أن الغرض الأساس منه في الحالات التي يكون فيها بعد إجراء الدعوة للمنافسة كحالة "المسابقة" مثلاً، هو تحقيق المصلحة المالية للإدارة المتعاقدة، فقد أكدت مسبقاً من نوعية الخدمة أو التصميم... وقد أكدت عند تقييم العروض بالفعل من قدرات المتنافس الفائز، ولم يبق لها إلا المفاوضة على السعر ومحاولة تخفيضه...

أما التفاوض في حالات التراضي البسيط "والتي لا تكون فيها مرحلة لتقييم العروض" فالغرض منه -بالإضافة لتحقيق المصالح المالية للإدارة- هو سرعة الحصول على المنتج أو الخدمة موضوع العقد، بالكمية أو بالكيفية المطلوبة، فالحالات الستة التي

ذكرتها المادة 49 من قانون الصفقات العمومية منها ثلاث حالات تتعلق بالسرعة والاستعجال، وحالتي احتكار مورد أو صانع محدد لموضوع الخدمة أو لحق أدائها، وحالة ترقية المنتج الوطني.

كما أن كل حالات التراضي بعد الاستشارة لا يُتصور فيها التفاوض حول جودة المنتج أو الخدمة، فهي متعلقة بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة، والتي تُعرف بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات، وصفقات المؤسسات العمومية السيادية في الدولة، والصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد "وهي حالة استعجال أيضا"، والصفقات المرتبطة بالعمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي ...

ب- أثار التفاوض

على خلاف النظرية التقليدية التي ضلت تعتبر التفاوض غير مرتب لأي أثر، فإن إعادة تنظيمه كمرحلة مستقلة عن العقد وسابقة عليه، نتج عنه ترتيب بعض الآثار القانونية الهامة بين المتفاوضين، إلا أن هذه الآثار تختلف بحسب طبيعة العقد.

أ- أثار التفاوض في العقود المدنية

في العقود المدنية كان إبرام العقد هو الواقعة القانونية التي تربط بين طرفيه، وعندئذٍ فقط يبدأ البحث في المسؤولية العقدية. وقبل ذلك يعتبر المتفاوضين من "الغير"، إلا أن تطور التقنية التعاقدية وتزايد الاعتماد عليها في إبرام العقود، أدى إلى "تجديد" النظر فيما يمكن أن يترتب من حقوق والتزامات بين الأطراف المتفاوضة، حيث يقتضي مبدأ حسن النية تبادل الثقة المطلوبة، وعدم إفشاء الأسرار أو إخفاء الحقائق الجوهرية... بين المتعاقدين. وفي كل الحالات "فالمدة السابقة على تكوين العقد لا يتحقق فيها إلا مسؤولية تقصيرية، كما هو الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه"⁵¹. هذا ومسؤولية التفاوض تجسدت في بعض النقاط أهمها:

1- الالتزام بالإعلام:

إذا كان من واجب المتفاوض أن يجتهد بنفسه في معرفة موضوع العقد والتأكد من الشروط والأحكام الواردة فيه، فإن تطور نظرية العقود أدى للقول بوجود الإعلام بالحقائق والمعلومات الضرورية المتعلقة بالعقد بين المتفاوضين، وهي تشمل "العناصر الجوهرية التي تدفع بالتفاوض لإبرام العقد".

ويختلف الفقه في أساس هذا الالتزام، فرده البعض إلى الاعتبار الأخلاقي وإلى مبدأ حسن النية⁵²، فيما اعتبره جانب آخر "تكميل" للنقص الوارد على نظرية عيوب الإرادة، التي لا تعتبر سكوت المتفاوض أو المتعاقد سببا في مطالبته بالتعويض من قبل الطرف المضرور من جراء الكتمان... إلا أن البعض الآخر يرد أساس الالتزام بالإعلام إلى ما يعرف "بالإرادة غير المتكافئة" والتي تؤدي إلى انعدام التوازن بين الطرفين، حيث يمكن لأحدهما الاطلاع على المعلومات والحقائق والشروط التي لا يعرفها الطرف الآخر... وتفاديا لانعدام التوازن يقع التزام على الطرف المطلع بإعلام الطرف الآخر، ليس بكل الحقائق والمعلومات التفصيلية... ولكن بالقدر الذي تستتير فيه إرادة المتعاقد بصدد المسائل الجوهرية التي يتوقف إبرام العقد على معرفتها بشكل واضح⁵³.

لكن، وعلى الرغم من الفروق الظاهرة بين الإخلال بالالتزام بالإعلام وعيب التدليس⁵⁴ الذي قد يفسد إرادة المتعاقد، يظهر لنا بأن المسألتين على اتصال وثيق، خاصة في ظل التطبيقات الحديثة لنظرية التدليس، فقد نص القانون المدني الفرنسي على التدليس أو الخداع "Le dol" كعيب من عيوب الإرادة، يتحقق عندما يستخدم الطرف الآخر طرق احتيالية لدفع المتعاقد للموافقة على العقد، أو عندما يخفي معلومات أو حقائق معينة لتحقيق ذلك الغرض، ولا يعتبر تدليسا إخفاء المتعاقد لحقيقة أو قيمة "المنفعة" التي يحصل عليها من وراء التعاقد⁵⁵. كما نص القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري على جواز إبطال العقد للتدليس إذا بلغ من الجسامه الحد الذي لولاه لما أبرم الطرف الآخر العقد، ويحتج بالتدليس إذا وقع بتحايل أو "بالسكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس..."⁵⁶.

وبناء على ما سبق، يتجه البعض إلى ترتيب المسؤولية عن السكوت المتعمد أو الإخلال بالالتزام بالإعلام. حيث يجوز لمن تضرر منه مطالبة الطرف الآخر بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية إذا تم اكتشافه بعد إبرام العقد، وعلى أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان أثناء المفاوضات، على اعتبار الأخيرة "وقائع قانونية يترتب عنها التزامات خلال مرحلة ما قبل التعاقد، وهدفها بذل جهد وعناية لوصول إلى اتفاق نهائي"⁵⁷

2- الالتزام بعدم قطع التفاوض دون سبب وجيه

(عدم التعسف في استعمال حق قطع التفاوض)

يقتضي مبدأ حسن النية استقرار العلاقات التعاقدية، ويمتد أثر هذا المبدأ على المفاوضات الممهدة للعقد، بحيث يعمل الطرفان على التفاوض بنية إبرام عقد في المستقبل، إذا تم بينهما تطابق حول النقاط الأساسية محل التعاقد، وعليه لا يتوقع المتفاوض حسن النية إلا استمرار المفاوضات خاصة إذا كانت محققة للهدف من إجرائها "وهو سيرها في التقريب بين وجهات النظر". وعلى الرغم من ذلك قد يعتمد أحد الطرفين لقطع التفاوض أو الانسحاب منه بإرادته المنفردة. فما الذي يترتب على ذلك؟

يجيب الأستاذ السهوري عن مثل هذا الفرض بقوله "والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد. ولا مسؤولية على من عدل، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدي. وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً. لذلك لا يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهي عمل مادي لا عمل قانوني. على أن العدول عن المفاوضات قد يترتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه. ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ. والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر من العدول، فإذا اثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب، وأنبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة، كان له الحق في المطالبة بتعويض"⁵⁸.

3- الالتزام بعدم إفشاء أسرار المتفاوض الآخر

يستمد هذا الالتزام بوجه عام مما تفرضه الاعتبارات الأخلاقية في مجال العقود، ويكون واجب الاحترام قبل وبعد العقد، فقد يحصل "كما إذا دخل شخص في خدمة مصنع واطلع على أسرارها ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول"⁵⁹. وهكذا ينبغي أن تكون العلاقات التعاقدية محاطة بالسرية اللازمة عندما يتعلق الأمر بالمميزات والقدرات التقنية التنافسية...

II- آثار التفاوض في العقود الإدارية

من أهم نقاط الاختلاف بين العقدين المدني والإداري، تلك المتعلقة بالالتزامات المتبادلة بين الطرفين في المرحلة السابقة على إبرام العقد، ومنها آثار التفاوض، والالتزامات التي يرتبها، فإذا كانت على النحو المشار إليه في العقد المدني، فإنها في العقد الإداري على غير تلك الصورة. حيث أقرت التشريعات "بسلطة" الإدارة في إلغاء الإجراءات السابقة على التعاقد، بما في ذلك المفاوضات أو الإجراءات التمهيديّة... في مقابل إلزام العارض بما جاء في عرضه طيلة مدة صلاحية العروض، في حين اختلفت في الحقوق التي يرتبها هذا الإلغاء على النحو التالي:

1- قطع المفاوضات أو إنهاؤها من قبل الإدارة المتفاوضة

لقد أجاز قانون الطلب العمومي⁶⁰ لهيئات المتعاقدة، إعلان التخلي عن إجراءات التعاقد "في أي وقت". على أن تبلغ مقدمي العروض بهذا القرار، في أسرع وقت، مع بيان الأسباب التي دفعتها لذلك⁶¹.

ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي - في إطار تحقيق المصلحة العامة- بحق الإدارة في عدم توقيع العقد مع صاحب العرض الفائز، فقد "أقرباً أن الشركة الفائزة ليس لها الحق في طلب توقيع العقد إذا كانت إجراءات الإدارة قانونية"⁶². بل ذهبت بعض الأحكام إلى الاعتراف بأن إلغاء إجراءات التعاقد قد يكون محققاً للمصلحة العامة، كما في الحالات التي قد ينسحب فيها العارض المؤهل للفوز بالعقد ويكون العرض المسحوب والعارض الموالى يختلفان لحد بعيد في المعايير الاقتصادية وفي تحقيق أغراض الجهة المتعاقدة...⁶³

وفي مصر فقد أقر الفقه والقضاء " بأن إرساء المناقصة لا يعني إلزام الإدارة بإبرام العقد مع من رسي عليه العطاء "64، وقد أجاز قانون تعاقدات الجهات العامة إلغاء المناقصة أو المزايدة أو الممارسة... قبل البت فيها بقرار مسبب. ولم يأتي في أحكامه ما يتعلق بإمكانية الإلغاء بعد البت للمصلحة العامة أو لتقدير الإدارة، بل تم تنظيم تلك الحالات وفقا لنتائج تقييم العروض وعدم الإمكان منح العقد لأي عارض⁶⁵. أما القضاء الإداري فقد أقر بسلطة الإدارة في إلغاء إجراءات التعاقد سواء قبل البت أو بعده، فقد أقرت المحكمة الإدارية العليا بأن " ... قرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس لخطوة الأخيرة في التعاقد، بل ليس إلا إجراء تمهيديا في عملية العقد الإداري المركبة، ثم يأتي بعد ذلك دور الجهة المختصة بإبرام العقد، فإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذي عينته لجنة البت واختصاصها في هذه الحالة اختصاص مقيد، حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غير هذا المتناقص... إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية في حق هذه الجهة في عدم إتمام العقد وفي العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة... "66.

أما في الجزائر، فإن المرسوم الرئاسي رقم 15-247، أجاز صراحة للمصلحة المتعاقدة إلغاء أي إجراء من إجراءات الإبرام، والرجوع عن المنح المؤقت للصفقة وإلغائه إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة، ودون أن يترتب على ذلك الحق في أي تعويض⁶⁷.

ومما تجدر ملاحظته بصدد سلطات الإدارة في قطع أو إنهاء إجراءات التعاقد، أنه وإن كان أصحاب العروض غير المختارة لا يمكنهم المطالبة بأي تعويض، وأصحاب كل العروض كذلك في حالة إلغاء الإجراء في مواجهتهم جميعا، أمرٌ يمكن التسليم به بوجه عام، فإن حرمان الفائز بالعقد من إتمام عملية التعاقد، وحرمانه أيضا من أي تعويض، لا يعد أمرا مقبولا، على الرغم من التسليم بسلطات الإدارة وبمركزها المتميز في مواجهة المتعاقد معها في العقود الإدارية. حيث يرى البعض أنه وبعد كل "الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة" التي يتكبدها مقدم العرض، وإعلان منحه العقد مؤقتا، وقيام الأمل لديه بالفوز بالصفقة وإتمام عملية التعاقد، بعد كل ذلك " لا يمكنه المطالبة بأي تعويض " عن القرارات التي تجعل من كل الجهود التي قام بها كأن لم تكن، وفي مقابل ذلك لا يجوز له أن يتنازل عن عرضه طيلة مدة صلاحية العروض، التي تمتد بالنسبة إليه لشهر

إضافي، على النحو السابق بيانه، وإلا تعرض للإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، وهنا يبدو أحد أهم مظاهر انعدام التوازن بين المتعامل الاقتصادي والمصلحة المتعاقدة في مرحلة إبرام العقود الإدارية⁶⁸.

لذلك اتجه جانب من الفقه إلى "عدم التسليم بهذا المنطق (سلطة الإدارة في عدم اتمام إجراءات التعاقد بصفة عامة) والقول بضرورة انعقاد العقد بمجرد صدور قرار الترسية، فهو يجب أن يمثل قبول الجهة الإدارية للإيجاب الذي يتمثل في تقديم العطاء، وفي هذه الحال إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية، فإن ذلك- لا يمنع في نظر هذا الرأي- من انعقاد العقد، وإنما يعتبر نفاذه موقوفا لحين تحقق الشرط الواقف وهو ضرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى، وهذا الرأي يحقق هدفين أولهما إثارة مسؤولية الإدارة العقدية إن هي نكصت على أعقابها ولم تقبل سريان العقد في غير الحالات التي حددها القانون، أما الهدف الثاني فيتمثل في تقييد سلطة الاعتماد المختصة في رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون"⁶⁹

كما يشار إلى أنه وعلى الرغم مما أجازته التشريعات بشأن سلطة الإدارة في إنهاء التفاوض أو عدم اعتماد نتائجه أو إلغاء الإجراءات السابقة على إبرام العقد... فإن ذلك لا ينفي أبدا قيام مسؤوليتها عن القرارات التي تصدرها إذا سببت ضررا للمتفاوض، كأن فوتت عليه فرصة للربح بصفقة أخرى، أو أفضت إلى إفشاء أسرارها التي أطلع عليها الإدارة بحسن نية منه... ففي مثل هذه الحالات تطبق القواعد العامة للمسؤولية طبقا للمبدأ القائل "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁷⁰.

مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي وفي قراره الصادر بتاريخ 2016-12-09 قد اعتبر بأن "قطع الإدارة للمفاوضات -إذا استندت على دواعي المصلحة العامة- لا يمكن أن يكون سببا لتعويض المتفاوض عما فاتته من فائدة... ولو أن الأخير كان قد قدم تنازلات غير متكافئة أثناء مرحلة المفاوضات ضنا منه أن العقد سيتم إبرامه..."⁷¹ وهو ما ينبئ عن التدقيق القضائي بصدد دعاوى الطرف المتضرر من قطع الإدارة للتفاوض، بحيث أن إثبات التفاوض بحسن النية قد لا يعد كافيا لإثبات الضرر، إذا عُلِمَ بأن الأخير قد قدم تنازلات غير مبررة أو بالغ في التنازل غير المبرر لفائدة الإدارة...

2- قطع المفاوضات أو إنهاؤها من قبل المتفاوض مع الإدارة

ويجب التمييز في هذه الحالة بين فرضين، الفرض الأول هو أن يكون التفاوض جزء من عملية تقييم العروض، بحيث تجمع عملية التعاقد بين صيغة المناقصة وصيغة التفاوض مع أصحاب العروض، والمبدأ العام الذي أقرته التشريعات هو أن "يظل مقدم العطاء ملتزماً بعطائه من وقت تصديره وحتى البت النهائي فيه". وعليه لا يمكنه قطع المفاوضات أو الانسحاب منها طيلة تلك المدة، وفي حال صدر منه هذا السلوك يمكن أن تسلط عليه العقوبات المقررة لذلك، فقد نص قانون تعاقدات الهيئات الإدارية في مصر على أنه " وإذا انسحب مقدم العطاء قبل الميعاد المحدد لجلسة فتح المظاريف الفنية يصبح التأمين المؤقت المؤدى حقا للجهة الإدارية دون الحاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر..."⁷². كما نص قانون الصفقات العمومية في الجزائر على أن "يقصى بشكل، مؤقت أو نهائي، من المشاركة في الصفقات العمومية المتعاملون الاقتصاديون... الذين رفضوا استكمال عروضهم أو تنازلوا عن تنفيذ صفقة عمومية قبل نفاذ آجال صلاحية العروض..."⁷³

أما الفرض الثاني لقطع أو إنهاء المفاوضات من قبل المتفاوض مع الإدارة، فيتحقق في حالة الاعتماد كلياً على تقنية التفاوض، كما في حالة الاتفاق المباشر أو التراضي البسيط... حيث تتجه الإدارة مباشرة إلى متعامل محدد تبرم معه العقد مباشرة، أو بعد إجراءات تفاوضية إذا اقتضى الأمر ذلك... وفي هذه الحالة الأخيرة قد يقطع المتعامل أو ينهي التفاوض من جانب واحد، وفي هذا الفرض لا يمكن تطبيق "شروط الالتزام بعرضه طيلة مدة صلاحية العروض" لأنه لم يقدم عرضاً للإدارة بل الأخيرة هي التي تدعوه للتفاوض المباشر، وعليه لا يمكن تحميله بأي التزام إلا بما ألزم به نفسه، كأن يقدم للإدارة وعداً بالتعاقد أو تظهر نيته خلال التفاوض بأنه سيرم العقد إذا اتفق مع الإدارة على بنود معينة⁷⁴...

الخاتمة:

إن تتبّع أحكام التفاوض يُظهر مدى تحول النظرية العامة للعقد في القانون المدني، والاتجاه شيئاً فشيئاً نحو وضع نظام قانوني يُنظَرُ فيه للمفاوضات كمرحلة سابقة ومستقلة عن العقد، تكتسي طابع الأعمال القانونية التي يترتب عليها أثر مباشر على حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة، والتخلي عن وصفه "بالعمل المادي" غير المرتب لأي أثر. حيث اتجهت التشريعات لفرض "الالتزام بالإعلام وبعدم قطع المفاوضات أو إنهائها دون مبرر، وبعدم إفشاء الأسرار" بين كلا المتفاوضين. ورتبت على الإخلال بهذه الالتزامات حق الضرر في المطالبة بالتعويض أو بفسخ العقد إذا كان قد أبرم فعلاً... وفي نفس الوقت انحسر مبدأ الرضائية الذي يحكم العقود المدنية وقل دور التفاوض في تقرير البنود التعاقدية في مقابل توسع التشريع في وضعها بدواعي حماية المصلحة العامة وضرورات النظام العام. وذلك على الرغم من التثبيت التشريعي بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" وفتح المجال للتفاوض بينهما فيما يشاءان من شروط وأحكام غير مخالفة للنظام العام.

أما في العقود الإدارية فقد أكدت التشريعات-معززة بأحكام القضاء الإداري وبأراء الفقه-على أن القاعدة في إبرامها هي أعمال مبدأ المنافسة بكافة تطبيقاته، ففي المزايدة القاعدة هي التنافس بين المتزايدين، وفي المناقصة هي التنافس بين المتناقصين... ودور الإدارة عندئذ محكوم بمبدأ الحياد الذي يفرض عليها المساواة في معاملة الراغبين في التعاقد والشفافية فيما يتاح لهم من معلومات، ودورها يتوقف عند بيان ووصف ما تطلبه من خدمات أو أشغال أو لوازم... لتترك المجال للمنافسة بين المؤهلين، حيث يقرر لهم جميعاً "ممارسة حقهم في حرية الوصول للطلبات العمومية" وتنافسهم المشروع في تلبية ما تطلبه الإدارة، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة المالية والاقتصادية، مع الحفاظ على حرية المنافسة وتفعيلها.

إلا أن التشريعات ونظراً للحالات غير القليلة التي "تعجز" فيها الإدارة عن ضبط تصورهما للحاجة التي تريدها على نحو دقيق، أو لاضطرارها للحصول على خدمة معقدة، أو استعجالية لم تتحسب لها من قبل، أو عند تلقيها عرضاً يساهم في تحقيق أهدافها الأساسية دون أن تطلب هي ذلك... ففي هذه الحالات أجازت تلك التشريعات استثناء أن تتبع الإدارة أسلوب المساهمة في تكوين العروض وبلورتها بالاشتراك مع الراغبين في

التعاقد، متجاوزة حدود الحياد الذي يقيدتها عادة، لتدخل في مفاوضات ومساومات وأخذ ورد... سواء بصفة مباشرة، كما هو الحال في الاتفاق المباشر، أو بعد تلقيها للعروض إذا جمع إجراء الإبرام بين المنافسة والتفاوض... وفي كلتا الحالتين تتقيد الإدارة عند تفاوضها بالحد الأدنى من معايير الاختيار، وشفافية الإجراءات، وعدم توسيع التفاوض لسلطات الإدارة... ولكل ما تنص عليه التشريعات والتنظيمات من قيود...

وبناء على ما سبق، يمكن ذكر النتائج التالية:

- 1- أن القاعدة العامة في إبرام العقود المدنية هي الرضائية، ومن مستلزماتها جواز التفاوض الحريين الطرفين، في حدود ما تفرضه التشريعات لحماية النظام العام، وإعمالا للمساواة بين الأطراف. أما الاستثناء فهو إذعان وخضوع أحد المتعاقدين لشروط وإملاءات الطرف الأخر والقبول بها دون مناقشة.
- 2- أن القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية هي قاعدة المنافسة، سواء في عمليات البيع أو الشراء العامين، فالمزايدة والمناقصة بصورهما المختلفة، هما طريقتا الإبرام، أما الاستثناء فهو جواز التفاوض سواء كان التقنية الأصلية كما في عقود التراضي البسيط أو الاتفاق المباشر... وسواءً كان تقنية مكملة لتقنية المنافسة كما في حالة التراضي بعد الاستشارة...
- 3- إن حدود التفاوض في العقد المدني محددة بما تفرضه القوانين خاصة المتعلقة بحماية حقوق المتفاوضين وصيانة النظام العام، أما في العقود الإدارية فالتفاوض أضيق نطاقا من ذلك، فهو مقيد بالقوانين والتنظيمات واللوائح الإدارية المختلفة، وإن لم تُستظهر أثناء مرحلة التفاوض، خاصة عندما يتعلق الأمر بسلطات الإدارة أو بامتيازاتها غير القابلة للتنازل، وإلا لم يكن هناك محل لتسمية العقد بالعقد الإداري.
- 4- إن آثار التفاوض في العقود المدنية آخذة في التبلور من خلال إلزام المتفاوضين بالالتزام بالإعلام وحفظ الأسرار وعدم التعسف في قطع المفاوضات، وهذه الالتزامات-باستثناء حفظ أسرار المتفاوض-لا تجد ما يماثلها في نطاق العقود الإدارية، حيث أقرت التشريعات بحق الإدارة في إنهاء التفاوض متى رأت بأنه محقق لمصلحتها العامة، كما أن التزامها بإعلام المتفاوض ينحصر فيما تذكره دفاتر

الشروط، والتي تحيل على نصوص كثيرة قد يستعصي على المتفاوض الإحاطة بها⁷⁵، على الرغم من أنها قوانين لا يمكنه الاعتذار بجهلها. بالإضافة إلى مسلك القضاء الإداري الذي لا يسلم بسهولة بما يدعيه المتفاوض مع الإدارة من لحوق الضرر به نتيجة قطعها للتفاوض أو لأي إجراء آخر سابق على التعاقد.

5- إن انعدام التوازن بين ما تحوزه الإدارة من صلاحيات، وما يقابله من خلو يد المتفاوض معها من أي ضمانات، تعكس بصورة قاتمة تخلف العدالة في العقود الإدارية قبل إبرامها، وهو ما يدفع لإعادة النظر في هذا الوضع، من خلال سن نص تشريعي صريح يضمن له الحق في التعويض العادل على ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، في إطار إعادة التوازن بين سلطات الإدارة ما قبل التعاقدية وضمنات المتفاوض معها.

الهوامش:

¹ زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص. 98.

² كما هو الحال في عقود الاستهلاك، ينظر: بخيت عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، العدد 20، جوان 2018، ص. 112.

³ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص. 10.

⁴ نفس المرجع، ص. 26.

⁵ "La négociation est une discussion ou un échange entrepris entre plusieurs parties en vue de trouver un accord. Elle implique en théorie des concessions réciproques. Dans la passation des contrats de la commande publique, la négociation doit permettre à l'administration de faire évoluer l'offre du candidat dans un sens plus favorable à ses intérêts. En retour, l'administration peut accorder quelques concessions à son cocontractant sur des points du contrat qui ne lui semblent pas favorables ... "

Daniel Tasciyan, *La négociation dans la passation des marchés publics et concessions*,

<https://www.village-justice.com/articles/negotiation-dans-passation-des-contrats-commande-publique,23110.html>

⁶ بن أحمد الحاج، القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة طاهري مولاي سعيدة، العدد الثاني، جوان 2015، شعبان 1436، ص. 15.

⁷ يُنظر: العقد غير المتوازن (ADHESION CONTRACT) بشارة فهدود وليد، معجم إنجليزي-عربي للمصطلحات وللمفردات القانونية المستعملة في محاكم الولايات المتحدة الأمريكية، مكتب الشرق الأوسط للخدمات، ط2، 2011، ص. 19.

- ⁸ في هذا المعنى، يُنظر: جاك غستان، المطول في القانون المدني - تكوين العقد- ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط2، 2008، ص. 189.
- ⁹ زمام جمعة، المرجع السابق، ص. 54.
- ¹⁰ بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة 1، 2016-2017، ص. 2.
- ¹¹ الأنباري وعود كاتب، المفاوضات العقدية عبر الأنترنت، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009، ص. 201.
- ¹² بوطباله معمر، المرجع السابق، ص. 3.

¹³Loi 21-03-1804. Disponible sur le site : (10-10-2019À l'heure 10:00)
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=84AE8F434740e=20191022>

¹⁴ تنص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties."

¹⁵ القانون رقم 131 لسنة 1948، الصادر في 9 رمضان سنة 1368 الموافق 16 يوليو 1948، المتضمن القانون المدني المصري. متاح على موقع الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، وزارة التجارة والصناعة، مصر (تاريخ الاطلاع 2019-10-10 الساعة 11:00)
<http://alamiria.laa-eg.com/NewTash/TashSrch>

¹⁶الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج، عدد 1975/78 مؤرخة في 30-9-1978. المعدل والمتمم.

¹⁷ تنص المادة 100 من القانون المدني المصري على أن "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها". وتنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أن "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"

¹⁸ في ذكر جانب من هذه الآراء، ينظر: نخلة مورييس، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص. 180. فيلالي علي، المرجع السابق، ص. 60. محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص. 26.

¹⁹ قبان علي عبد الأمير، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص. 164-163.

²⁰ قبان علي عبد الأمير، المرجع السابق، ص. 164-163.

²¹ حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 30-06-1957، القضية رقم 983 لسنة 9 قضائية. مذكور لدى: سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1991، ص. 42-43.

²² *"Le contrat d'adhésion est bien de nature contractuelle, car il s'agit de l'acceptation d'une offre. En effet, que le consentement soit nécessaire à la conclusion du contrat ne fait pas l'objet de débat, seulement la manière dont ce consentement apparaît peut différer. L'absence d'une négociation préalable et libre dans le contrat d'adhésion ne signifie pas forcément une atteinte de la liberté contractuelle. Par ce fait, elle bouscule le principe de liberté contractuelle, d'un contractant au bénéfice de l'autre, vu que ce dernier fixe lui-*

même de façon unilatérale le contenu du contrat. Ainsi apparaît la nouvelle classification du Code civil français, qui pour certains auteurs « est ...la plus importante de la réforme », qui tend à renforcer cette réalité. Elle permet de distinguer entre le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion, par le fait que l'un est négocié alors que l'autre ne l'est pas... " Mona JAMAL, Le contrat d'adhésion : étude comparée des droits français et koweïtien, Thèse de doctorat en droit privé, ÉCOLE DOCTORALE Droit, science politique et histoire (101) [Centre de droit privé Fondamental (CDPF) – EA 1351], Université de Strasbourg, 2018, p. 46.

²³ عباسي سهام، نظام المنافسة في إطار الصفقات العمومية دراسة صفقات المؤسسات الصناعية والتجارية نموذجاً، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات المنتدى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 12 ماي 1945 سكيكدة، المنعقد يومي 11 و12 مارس 2012، ص. 3.

²⁴ *"La personne publique doit, à ce titre, maîtriser les canons de la négociation afin d'encourager les candidats à améliorer leurs offres sur tel ou tel aspect, mais sans enfreindre l'obligation de confidentialité qui leur est par ailleurs applicable – la conduite des négociations ne devant pas aboutir à la divulgation d'éléments couverts par le secret en matière industrielle et commerciale et caractérisant l'offre de l'un des candidats." Jean- EUDES & Martin-LAVIGNE, Négociation des concessions et délégations : attention aux embûches !, Disponible sur le lien (30-12-2019 heure 10:30) <https://www.lagazettedescommunes.com/554380/negociation-des-concessions-et-delegations-attention-aux-embuches/>*

²⁵ بدافع توحيد النصوص القانونية المطبقة على تعاقدات الهيئات العامة في فرنسا، وتنسيقها ضمن تقنين موحد، كانت هناك ثلاثة محاولات سابقة؛ الأولى سنة 1997، والثانية سنة 2004، والثالثة سنة 2009، وكانت المحاولة الرابعة سنة 2018 وقد نتج عنها ضم 30 نصاً قانونياً وفق نص قانوني واحد، وهو قانون الطلب العمومي (CCP). (تاريخ الاطلاع 2019-10-20 الساعة 22:00) متاح على الرابط: <http://www.marche-public.fr/Code-commande-publique-ccp.htm>

²⁶ تنص المادة L3 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Les acheteurs et les autorités concédant es respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics"

²⁷ قانون رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، مؤرخ في 23 محرم 1440 هـ الموافق 3 أكتوبر 2018 م. الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد 39 مكرر (د) في 3 أكتوبر 2018 م.

²⁸ المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج، عدد 50/2015، مؤرخة في 20-09-2015.

²⁹ *Pierre-Hugues Vallée, Le problème de la qualification juridique de l'action administrative négociée : un défi aux catégories classiques du droit ?, Revue Les*

Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval, Volume 49, numéro 2, juin 2008, p. 188.

³⁰ وقد نصت عليها المادة 7 من القانون المذكور تحت عنوان "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد".

³¹ المادة 40 من م.ر.ر. 15-247.

³² نوح مهند مختار، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص. 792.
³³ " *Les contrats librement négocié peuvent être directement passés entre l'administration et son cocontractant, sans procédure préalable démise en concurrence. S'agissant des marchés publics, le recours à la négociation directe n'est autorisé qu'en deçà d'un montant inférieur à un seuil fixé par les textes ou lorsque les procédures de mise en concurrence se sont révélées infructueuses*" Martine LOMPARD & Gilles DUMONT, *Droit administratif, DALLOZ, Paris, 2004, p. 232.*

³⁴ نصت عليها المادة 3-2124 R2 من قانون الطلب العمومي. وقد تمت صياغة مطلع النص كالتالي:

"*Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants...*"

³⁵ في هذا المعنى، وفي دور النظام التفاوضي في تحقيق كفاءة نظام المشتريات العامة، ينظر:

Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004. France, p. 558.*

³⁶ " *La notion de « pouvoir adjudicateur » et « d'entité adjudicatrice » désigne tous les acheteurs publics ou privés, soumis aux règles de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont soumis aux règles de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 pour la passation des contrats de concession. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont désormais soumis aux règles des deux ordonnances pour la passation de leurs marchés et contrats de concession. Les pouvoirs adjudicateurs, dans les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, recouvrent trois catégories de personnes : les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics et les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun. Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux, des entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et des organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques lorsqu'ils bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.. " *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices,**

[Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, Direction des Affaires Juridiques, France, Disponible sur le site : \(25-10-2019 À l'heure 18:00\) https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016](https://www.economie.gouv.fr/daj/pouvoirs-adjudicateurs-et-entites-adjudicatrices-2016)

³⁷ نصت عليها المادة 135 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2006 (المُلغى)

³⁸ تنص المادة 4-R2124 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure avec négociation"

³⁹ تنص المادة 10-R2122 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Un pouvoir adjudicateur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement."

⁴⁰ تنص المادة 11-R2122 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"Une entité adjudicatrice peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables :

1° A des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;
2° Ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché"

⁴¹ الفقرة الثانية من المادة 85 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

⁴² حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 9-5-1959، الطعن رقم 0288، لسنة 04، المكتب الفني، مجلس الدولة، ص. 1252.

⁴³ المادة 30 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

⁴⁴ تنص المادة 51 من م.ر.ر. 15-247 على أن: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في الحالات الآتية:

1-عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية،2-في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض. وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات،3-في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة،4-في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد،5-في حالة العمليات المنجزة، في إطار استراتيجية التعاون الحكومي ..."

⁴⁵ تنص المادة 46 من م.ر.ر. 15-247 على أنه: "ويمكن تنظيم اجتماعات لتوضيح الجوانب التقنية لعروض المرشحين، عند الضرورة، من طرف المصلحة المتعاقدة، بحضور أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض الموسعة، عند الاقتضاء، إلى خبراء يتم تعيينهم خصيصاً لهذا الغرض. ويجب أن تحرر محاضر لهذه الاجتماعات يوقعها جميع الأعضاء الحاضرين. يجب ألا تؤدي طلبات تقديم التوضيحات والتفصيلات إلى تعديل العروض بصفة أساسية. تكون الأجوبة المكتوبة للمرشحين على طلبات

التوضيحات أو التفصيلات ومحتوى محاضر الاجتماعات جزأ لا يتجرأ من عروضهم. ولا يجوز الكشف عن أي معلومة تتعلق بمحتوى عرض..."

⁴⁶ إن أسلوب عقد الاجتماعات المباشرة مع المتعاملين الاقتصاديين، يحقق فيما يظهر عدة مزايا، حيث يقرب بين الإدارة والراغبين في التعاقد معها من جهة، وبينها وبين الخبراء والمختصين في المجال المعني، من جهة أخرى، كما يمكن اعتباره وسيلة تواصل تحل محل المراسلات والخطابات وتبادل المعلومات بالطرق الإدارية الروتينية.

⁴⁷ تنص المادة 49 من م.ر.ر. 15-247 على أنه: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط: 1-عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية... 2-في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة... 3-في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية... 4-عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا... 5-عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و / أو الأداة الوطنية للإنتاج..."

⁶-عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية..."

⁴⁸ تنص المادة 74 من م.ر.ر. 15-247 على أن: " المسابقة هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد أخذ رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج صاحب المشروع قصد انجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة. وتمنح الصفقة بعد المفاوضات للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية..."

⁴⁹ في هذا المعنى: بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص. 17.

50 " Les autorités concédant es peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation"

⁵¹ السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، "مصادر الالتزام: العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون"، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952، ص. 629.

⁵² بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كألية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2017-2018، ص. 90.

⁵³ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص. 17-19.

⁵⁴ في معنى "الكتمان التدليسي" ينظر: بن سالم المختار، 2018، المرجع السابق، ص. 101-103.

⁵⁵ نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1137 منه على ما يلي:

" Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation."

⁵⁶ المادتان 125 و 126 من القانون المدني المصري، وتقابلهما المادتان 86 و 87 من القانون المدني الجزائري.

⁵⁷ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص. 21.

⁵⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 180.

⁵⁹ نفس المرجع، ص. 629.

⁶⁰ تنص المادتين 1-2185 / 2-2185 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

"L'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite". "Lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé."

⁶¹ وهي الأحكام التي كان ينص عليها قانون الصفقات العمومية لسنة 2006 (الملغى)، في المواد من 59 إلى 67 و87. والمدرجة حاليا في المادتين المشار إليهما، في قانون الطلب العمومي.

62 *"... Cons. que, si la société requérante soutient que la décision attaquée aurait violé le secret des offres, elle n'établit ni même n'allègue que le contenu de son offre ait été porté à la connaissance de ses concurrents ni que le centre hospitalier ait utilisé des éléments de son offre pour établir le dossier du nouvel appel d'offres qu'il a lancé par la suite ; Cons. qu'il résulte de ce qui précède que la Compagnie générale de constructions téléphoniques n'est pas fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du directeur général du centre hospitalier régional de Rennes du 29 mai 1978, dont elle a été informée par lettre du 30 mai 1978, déclarant infructueux l'appel d'offres ouvert le 31 mars 1977 ; que d'autre part ses conclusions dirigées contre la délibération du conseil d'administration de l'hôpital du 14 novembre 1977 décidant de renvoyer le dossier à la commission d'appel d'offres et contre l'avis rendu le 8 mai 1978 par lequel cette dernière préconisait de déclarer l'appel d'offres infructueux, qui ne constituaient que des mesures préparatoires à la décision attaquée du directeur de l'hôpital du 30 mai 1978 insusceptibles de recours contentieux, ne sont par suite pas recevables ; annulation du jugement ; rejet de la demande et du surplus des conclusions ... "* Conseil d'Etat, 5 / 3 SSR, du 10 octobre 1984, 16234, publié au recueil Lebon Disponible sur le site:(4 -11-2019 À l'heure 22:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007692784&fastReqId=589974249&fastPos=1>

63 *"... Considérant, d'autre part, qu'il n'est pas contesté qu'à la suite du retrait de son offre par la société " Les cars de la vallée " pour les motifs précédemment rappelés, le département du Rhône, au lieu de s'adresser au candidat dont l'offre avait été classée immédiatement après la sienne, selon la procédure prévue au paragraphe III de l'article 46 du code des marchés publics, a déclaré la procédure sans suite pour des raisons d'intérêt général, comme le permet le paragraphe IV de l'article 59 de ce code ; qu'il a ensuite retenu, au terme d'une seconde procédure de mise en concurrence et pour un montant de 678 029 euros HT l'offre du groupement Autocars Gaillard/Cars Faure qui avait été classé second lors de la précédente mise en concurrence ; qu'en évaluant le montant de son préjudice sur la base de la différence entre le montant de l'offre de ce groupement lors de la première mise en concurrence, 673 546,12 euros HT, et le montant de celle de la société " Les cars de la vallée ", 533 955,66 euros HT, le*

département du Rhône, comme l'ont relevé les premiers juges, ne peut être regardé comme ayant surestimé le montant de son préjudice ; que, dès lors, la société requérante n'est pas fondée à contester le bien-fondé et le montant du titre émis à son encontre ... "CAA(La cour administrative d'appel) de LYON, 4ème chambre - formation à 3, 25/02/2016, 14LY03280, Inédit au recueil Lebon Disponible sur le site:(3-11-2019 À l'heure 19:00)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000032150917&fastReqId=517675799&fastPos=1>

⁶⁴ راضي مازن ليلو، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص. 83.

⁶⁵ المادتين 37 و38 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

⁶⁶ حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 13-2-1960، الطعن رقم 313، لسنة 4 ق. مذکور لدى نصار جابر جاد، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص. 26.

⁶⁷ تنص المادة 73 من م.ر.ر 15-247 على أنه: " عندما يتعلق الأمر بالصالح العام، يمكن المصلحة المتعاقدة، أثناء كل مراحل إبرام الصفقة العمومية، إعلان إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولا يمكن المتعهدين أن يطلبوا أي تعويض في حال عدم اختيار عروضهم أو في حال إلغاء الإجراء و / أو المنح المؤقت للصفقة العمومية "

⁶⁸ في هذا المعنى راجع: نصار جابر جاد، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2006، ص 58 – 68.

⁶⁹ نصار جابر جاد، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص. 27.

⁷⁰ تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري. وتنص المادة 163 من القانون المدني المصري على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض"

71 " ... Considérant que si la rupture unilatérale, par la personne publique, pour un motif d'intérêt général, des négociations préalables à la passation d'un contrat n'est pas de nature à engager sa responsabilité pour faute, cette responsabilité peut, toutefois, être mise en cause lorsque la personne publique, au cours des négociations, a incité son partenaire à engager des dépenses en lui donnant, à tort, l'assurance qu'un tel contrat serait signé, sous réserve que ce dernier n'ait pu légitimement ignorer le risque auquel il s'exposait ; qu'en revanche, alors même qu'une telle assurance aurait été donnée, elle ne peut créer aucun droit à la conclusion du contrat ; que la perte du bénéfice que le partenaire pressenti escomptait de l'opération ne saurait, dans cette hypothèse, constituer un préjudice indemnifiable ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de l'octroi à la société Foncière Europe d'une somme de 300 000 euros au titre de son manque à gagner, chef de préjudice non indemnifiable, et de ce que, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier, le montant de 450 000 euros prévu au titre des pertes subies n'est pas sous-évalué, la transaction approuvée par les délibérations contestées, qui prévoit le versement d'une somme de 750 000 euros à la société, doit être regardée comme comportant, dans son ensemble, des concessions manifestement disproportionnées et donc comme constitutive d'une libéralité de la part de la communauté d'agglomération " Pôle Azur Provence " et de la commune de

*Grasse ; que, par suite, la société Foncière Europe n'est pas fondée à se plaindre de ce que le tribunal administratif de Nice a annulé les délibérations des 19 et 26 juin 2009 de la communauté d'agglomération " Pôle Azur Provence " et de la commune de Grasse... ". Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/12/2016, 391840. Disponible sur le lien (07-12-2019 L'heure 16:00):
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000033581177>*

⁷² المادة 22 من القانون 182 لسنة 2018 المتعلق بتعاقدات الجهات العامة.

⁷³ المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

⁷⁴ تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري عل أنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافره، قام الحكم مقام العقد". وتقابلها المادة 102 من القانون المدني المصري، مع زيادة " ... قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد".

⁷⁵ وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بما يلي: " إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد عليها إنما تُخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض. فإن أقبِلوا -حال قيامها- على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام، وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزءا لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام. ولما كان العقد المحرر مع المدعى عليه لم ينص على استبعاد أحكام لائحة المناقصات والمزايدات أو لائحة المخازن والمشتريات فإنه يتعين تطبيق نصوص هذه اللوائح". حكم المحكمة الإدارية العليا، صادر بتاريخ 06-01-1968، الطعن رقم 0858 سنة 10 قضائية، ج 13، المكتب الفني، مجلس الدولة، مصر، ص. 369.