

حوكمة صفقات التراضي في إطار الإستراتيجية الوطنية للوقاية من ظاهرة الفساد ومكافحته

حمادي نوال (1)

(1) أستاذة مساعدة قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضوة
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، 06000،
بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: noual.hamadi@yahoo.fr

الملخص:

يُعدّ الخضوع لمبادئ الحوكمة في صفقات التراضي من أهمّ ضمانات حُسن إستعمال المال العام ونجاح الإستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته. لكن المصلحة المتعاقدة قد تلجأ إلى خرق قواعد المنافسة والشفافية أثناء إبرام صفقات التراضي نظرا لتمتعها بحرية أوسع في التعاقد، مما يجعلها مشوبة باللامشروعية الصارخة.

الكلمات المفتاحية:

صفقات التراضي، مبادئ الحوكمة، الفساد، اللامشروعية

تاريخ إرسال المقال: 2018/04/16، تاريخ قبول المقال: 2019/02/24، تاريخ نشر المقال: 2019/07/31.

لتهميش المقال: حمادي نوال، "حوكمة صفقات التراضي في إطار الإستراتيجية الوطنية للوقاية من ظاهرة الفساد ومكافحته"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، 2019، ص ص. 277-291.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: حمادي نوال ، noual.hamadi@yahoo.fr

The governance of consensual transactions as part of the national strategy of prevention and the fight against corruption

Summary:

The respect of the principles of governance in consensual transactions is one of the most important guarantees in the use of public funds and the success of the national strategy of prevention and fight against corruption. However, the contracting authority may infringe the rules of competition and transparency when concluding consensual transactions, since it enjoys greater freedom of contract, which makes it manifestly illegitimate.

Keywords:

Consensual Transactions, Principles of Governance, Corruption, Illegality.

La gouvernance des transactions consensuelles dans le cadre de la stratégie nationale de prévention et la lutte contre la corruption

Résumé:

Le respect des principes de gouvernance dans les transactions consensuelles est l'une des garanties les plus importantes dans l'utilisation des fonds publics et du succès de la stratégie nationale de prévention et de lutte contre la corruption. Cependant, le pouvoir adjudicateur peut enfreindre les règles de concurrence et de transparence lors de la conclusion d'opérations consensuelles, car il jouit d'une plus grande liberté contractuelle, qui le rend manifestement illégitime.

Mot clés:

Transactions consensuelles, principes de la gouvernance, corruption, illégalité.

مقدمة

تفرض الإستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية تكريس المشرع لمبادئ الحوكمة كضرورة يُحَقَّقُ بها العديد من المقاصد أبرزها حماية المال العام، وذلك من خلال إرساء القواعد الضامنة للشفافية والنزاهة في تعاملات الإدارة والمساواة بين جميع المتعاملين الإقتصاديين. تلك القواعد هي التي تتأسس عليها حماية تنظيم الصفقات العمومية من كل أشكال الفساد، إذ أنّ تحديد القواعد شرط للشفافية، وتطبيقها بدون تحايل يُؤدّي إلى إقتصاد في الوقت والجهد والمال، وهو ما يعني حوكمة جيّدة وفسادا أقل. ورغم أنّ تطبيق هذه المبادئ يظهر أكثر وضوحا وسلاسة في أسلوب طلب العروض بإعتباره القاعدة العامة في التعاقد، إلا أنّ الحاجة إلى تطبيقها في أسلوب التراضي يظهر أكثر إلحاحا وصعوبة بإعتباره أسلوبا إستثنائيا لإبرام الصفقات، يأتي إختياره من قبل المصلحة المتعاقدة كضرورة تفرضها الإستجابة لبعض الحالات الإستثنائية ذات الخصوصية المميّزة واقعا أو قانونيا. هذا من جهة، ومن جهة أخرى تُعتبر صفقات التراضي من أكثر الصفقات عُرضة للفساد ممّا يتناقض وصورة المشروعية التي رسمها لها المشرع. كنتيجة لذلك، حاول المشرع ضبط أسلوب التراضي بقواعد قانونية إستهدفت من خلالها تكريس مبادئ الحوكمة لتأمين ضمانات حماية المال العام الموظّف في صفقات التراضي، وفق نسق خاص يعكس فلسفته كأسلوب إبرام إستثنائي مرن، يتماشى والسرعة التي تستدعيها تغطية بعض الحاجات، وتكريسا لمقتضيات الحوكمة. لذلك نتساءل في هذا البحث عن مدى وضوح وفعالية الضوابط القانونية التي نظم بها المشرع صفقات التراضي، بما يكفي لتكريس مبادئ الحوكمة ودفع شبهة الفساد؟

المبحث الأول: إخضاع أسلوب التراضي لمبادئ إبرام مُتميّزة تماشيا مع مقتضيات الحوكمة

شكل التراضي كأسلوب إستثنائي لإبرام الصفقات العمومية قياسا على مجموعة من المظاهر، أسلوب إبرام مُتميّز المبادئ تعكس دورها في تأمين الحماية اللاّزمة للمال العام وتجسيد مبادئ الحوكمة. تتمثل هذه الأخيرة أساسا في مبدأ المرونة والسرعة في التعاقد في إطاره ربحا للوقت والمال "المطلب الأول"، إلى جانب مبدأ الشفافية في الإجراءات؛ بإعتبار أنّ توقّر الشفافية في عملية إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي يُعدّ معيارا لقياس مؤشرات الحوكمة "المطلب الثاني".

المطلب الأول: المرونة والسرعة في أسلوب التراضي وتجاوبها مع أسس الحوكمة

أول مظهر يعكس حوكمة أسلوب التراضي مقارنة بالإطار العام لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، هو تميّزه بالمرونة والسرعة في إطاره؛ إذ يقوم أساسا على تحرير المصلحة المتعاقدة من الخضوع للقواعد الإجرائية والشكليات المُعقّدة التي تحكم طريقة طلب العروض "الفرع الأول". هذا إلى جانب خاصية السرعة التي تفرضها تلبية بعض الحاجات في صفقات التراضي "الفرع الثاني".

الفرع الأول: مرونة أسلوب التراضي إستجابة لمتطلبات الحوكمة

أُعْتُبرت صفقات التراضي الأكثر مرونة لأنها تترك للإدارة الحرية التامة في تحديد الشخص الذي ستتعاقد معه، وتتعاكس هذه المرونة أساسا من خلال مرونة الدعوة إلى التعاقد في إطاره وكذا إجراءاته.

أولاً- مرونة الدعوة إلى التعاقد

بخلاف أسلوب طلب العروض الذي تتسم الدعوة إلى التعاقد فيه بطابع مُعقّد غير مرّن، يكون الوضع أكثر سلاسة ومرونة في أسلوب التراضي، بإعتبار أنّ المصلحة المتعاقدة تتعاقد مع من تراه قادرا ومؤهّلا تقنيا ومهنيا وماليا للقيام بالعملية التي ترغب في إنجازها، دون التقيّد بشكليات أو إجراءات مُعقّدة وطويلة. حيث يُعني شكله البسيط المصلحة المتعاقدة من أيّ دعوة شكلية إلى المنافسة، إذ يكفي فقط توجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد بواسطة إستدعاء كتابي أو شفهي، بالإتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم.

أمّا شكله الثاني المتمثّل في التراضي بعد الإستشارة، فيُعطي للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في إختيار الطريقة التي تُوجّه بها الإستشارة للمتعاملين الإقتصاديّين لدعوتهم للتفاوض معها، وهي ليست مُقيّدة في ذلك إلا بضابط الكتابة.

ثانيا- مرونة إجراءات التعاقد

يتّضح وفقا للأسس القانونية التي أطّرت أسلوب التراضي أنّ خاصية طول الإجراءات وتعقيدها لا تجد تطبيقا لها في أسلوب التراضي؛ فالمصلحة المتعاقدة ليست مُجبرة على إعلان رغبتها في التعاقد للمتعاملين الإقتصاديّين عن طريق التراضي البسيط، لأنّ التعامل الذي ستتعاقد معه معروف وتُحدّده الحالة التي قرّرت لها الحق في اللجوء للتراضي. أمّا في أسلوب التراضي بعد الإستشارة فقد أجاز لها المشرع إختيار الوسيلة الملائمة لإستشارة المتعاملين دون أن يُقيّدها بشكليات وإجراءات مُعيّنة.

الفرع الثاني: السرعة في صفقات التراضي تجسيدا لمقتضيات الحوكمة

يعتبر عامل السرعة في إنجاز مختلف المشاريع من صميم المعايير التي تُحدّد مدى فعالية نظام الصفقات العمومية وتكريسه لمبادئ الحوكمة. وتتوقّف خاصية السرعة في إنجاز موضوع الصفقة العمومية على مجموعة من العوامل أهمّها: توفّر وانتقال المعلومة، سرعة الإجراءات الرقابية، سرعة تسديد المستحقات المالية... فالإلى أي مدى تمّ تطبيق هذه العوامل في صفقات التراضي؟

أولاً- سرعة إنتقال المعلومة

إنّ نظام الإشهار مازال كلاسيكيا يعتمد على نظام الإشهار عن طريق الجريدة والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وكلاهما تُعتبر قناة بطيئة في نشر المعلومة، كما أنّها غير مُتاحة لجميع المتعاملين، إذ من المستحيل أن يتصفّح المتعامل- يومياً- كل الجرائد الوطنية والجهوية والمحلية بحثاً عن إعلان عن إستشارة في مجال تخصّصه. فهذه الطريقة تُؤدي دوماً إلى تأخّر منح الصفقة، وكذلك في أحيان كثيرة إلى عدم جدوى العملية بسبب عدم تلقّي أيّ عرض يُذكر أو أنّه لا يُمكن بعد تقييم العروض المستلمة إختيار أيّ عرض.

غير أنّ هذا العائق يختفي تماماً لو كانت الإدارات العمومية تنشر المعلومات حول الصفقات عن طريق مواقعها الإلكترونية، كما هو معمول به في العديد من الدول -ومن بينها تونس والمغرب- وذلك من خلال ما يُعرف ببوابة الصفقات العمومية. فرغم صدور النص القانوني المتضمن إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر سنة 2010 ثمّ التأكيد على ذلك في 2015، وكذا صدور القرار الوزاري المتضمّن محتوى هذه البوابة وكيفية سيرها، إلّا أنّ طريقة تسيير الصفقات العمومية مازالت تتمّ بطرق بدائية تقليدية جدّاً، تُميّزها ضبابية المعلومة وصعوبة الوصول إليها.

ليبقى الهاجس الأكبر هو كيفية تفعيل هذه الآلية في الممارسات الواقعية، خاصة وأنّ المشرّع إكتفى بالنص على إمكانية اللجوء إليها دون إلزام المعنيين بذلك، ممّا جعل المصالح المتعاقدة تتحاشى العمل بها وتعتبرها قيّداً إضافياً، لذلك كان على المشرّع إجبار الإدارة على التّعامل بها، خاصة إذا علمنا أنّ بناء إدارة إلكترونية فعلية ليس بالأمر الهين، بل تواجهه العديد من المشاكل.

ثانياً- سرعة الإجراءات الرقابية

تتطلب حوكمة صفقات التراضي المتابعة والرقابة على جميع الأعمال التي قد تُهدّد نزاهة وشفافية الصفقة، إذ لا يمكن أن يقوم حكم راشد بدون رقابة مُحكمة تضمن تحقيق الأهداف التّتموية للصفقة، بإبرامها في أسرع وقت وبأحسن جودة وبأقلّ تكلفة.

بالعودة إلى واقع الرقابة في مجال الصفقات العمومية، نجد أنّه من بين أهمّ العراقيل التي تشكو منها المصالح المتعاقدة، هو طول فترة التّأشير على دفاتر الشروط والصفقات عند عرضها على لجان رقابة

الصفقات المختصة. يُضاف إلى تلك المدة التَّأخَّر في التَّأشير على الصفقات العمومية من طرف المراقب المالي (CF)، والتي بدونها لا تُعتبر الصفقة مُبرمة بصفة رسمية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تُصدر أمراً للطرف الثاني بالإنطلاق في الأشغال "أمر بالخدمة".

ثالثاً- سرعة تسديد المستحقات المالية: وهو ما أكّدت عليه المادة 123/فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث يُحدّد السَّعر ويكون ثابتاً في صفقات التَّراضي البسيط. كما تناولت المادة 96 كفاءات دفع المستحقات المالية للمتعاقد "بالسَّعر الإجمالي والجزافي، بناء على قائمة سعر الوحدة، بناء على التَّفقات المراقبة، بسعر مختلط".

نصت المادة 108 على كفاءات دفع المستحقات المالية للمتعاقد، ويكون ذلك على شكل تسبيقات و/أو الدفع على الحساب، وبالتَّسويات على رصيد الحساب.

عرّفت المادة 109 كلا من هذه الأساليب الثلاثة، في حين فصلت المواد من 110 إلى 123 على التَّسب والأحكام المختلفة لكل أسلوب منها.

لكن، رغم أن القانون واضح وصارم في مسألة تسديد المستحقات؛ حيث يمكن للمقاولة تقديم وضعيات الأشغال شهرياً إلى المصلحة المتعاقدة، وعلى أساسها يتم تسديد قيمة الأشغال المُنجزة خلال الشهر، إلا أنَّ واقع القطاع يُثبت أنَّ المقاولات تُعاني من الناحية المالية جرّاء التَّأخَّر المستمر في تسديد الإدارات العمومية للمستحقات المالية للمتعاملين المتعاقدين وتراكم هذه التَّأخَّرات، ما يُؤدّي بدوره إلى الوقوع في ضائقة مالية، وبالتالي تُجبر المقاولات إمّا على توقيف الأشغال أو فسخ الصفقة أو الدخول في نزاع مع الإدارة، أو في أحسن الأحوال إلى تخفيض وتيرة الإنجاز، وفي النهاية -وكنتيجة حتمية - يعرف المشروع تأخراً كبيراً في الإنجاز.

المطلب الثاني: شفافية الإجراءات في صفقات التراضي معياراً لقياس مؤشرات الحوكمة

يظهر تكريس الشفافية في صفقات التراضي من خلال تبنيّ المشرع لإجراءات واضحة ومُحدّدة في إختيار المتعامل المتعاقد، خاصة وأنّ المصلحة المتعاقدة مُلزّمة في كل صفقة عمومية بتبرير عملية إختيارها للمتعاقد المتعاقد معها. وبالعودة إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أنّ المشرع ولأول مرة قد حاول ضبط أسلوب التراضي خاصة في شكله البسيط، حيث وضع له إجراءات مُحدّدة وواضحة تضبط الكيفية التي يتجسّد بها والمراحل التي يمر بها تجسيدا لمقتضيات الحوكمة في هذا الأسلوب الذي يسهل التلاعب به وإبرام صفقات مشبوهة في إطاره "الفرع الأول".

بالمقابل، فالغموض بقي يكتنف بعض إجراءات التراضي بعد الإستشارة، الأمر الذي أتاح للمصلحة المتعاقدة ممارسة سلطة تقديرية واسعة في تحديد الأطر التي تُبرم بها صفقاتها دون وجود ضوابط دقيقة تؤمّن مشروعية ذلك "الفرع الثاني".

الفرع الأول: تحديد إجراءات التراضي البسيط تجسيداً لمبادئ الحوكمة

تكريساً لمقتضيات الحوكمة في صفقات التراضي البسيط، خصّص المشرع ولأول مرة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مادة تتعلق بالإجراءات الواجب إتباعها من قبل المصلحة المتعاقدة، والتي جعلت من عملية التعاقد بطريق التراضي البسيط يمرّ بالمراحل الآتية:

أولاً- تحديد الحاجيات

يرتبط ضمان النّجاعة في الصفقات العمومية والوصول إلى أهداف الفعالية وترشيد النفقات ، بالتّحديد الدقيق والمسبق لإحتياجات المصالح المتعاقدة. حيث تُحدّد الإدارة أولاً، برنامجها بوضوح ودقّة مع مراعاة القيمة الإجمالية لأشغال نفس العملية فيما يخصّ صفقات الأشغال، وتجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات. وقد وضع المشرع في سبيل تحقيق ذلك، معيار المواصفات التّقنية كأساس لتحديد الحاجات العامة.

ثانياً- الدعوة إلى التعاقد

بعد تحديد المصلحة المتعاقدة لحاجاتها تُباشِر إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط عن طريق دعوة المتعامل للتعاقد معها، حيث تقوم بداية بتوجيه الدعوة لمن تراه قادراً على إنجاز العملية التي تُريد تنفيذها، بإرسال خطاب له يشمل العناصر الأساسية للتعاقد بواسطة إستدعاء كتابي أو شفهي عن طريق الإتّصال مباشرة بالمتعامل، الذي سبق وأن تعاملت معه.

وقبل توجيه الدعوة إلى المتعامل، يتعيّن على المصلحة المتعاقدة أن تتأكّد من قدراته التّقنية والمهنية والمالية ، بالإعتماد على المعطيات المُسجّلة بالبطاقيات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، والخاصة بكل المتعاملين المتعاقدين معها، بما يسمح لها من تقييمه بشكل صحيح وفعال.

إنّ عدم وجود شكلية المنافسة في صفقات التراضي البسيط ، لا يُنقص من نيّة المشرع في تجسيد قواعد الشفافية وتكريس مبادئ الحوكمة في الصفقة؛ فطبيعة صفقات التراضي البسيط تتنافى ووجود شكلية المنافسة ، وليس وجود المنافسة بحدّ ذاتها التي تبقى قائمة من خلال تحريّ المصلحة المتعاقدة عن قدرات المتعاملين المسجّلين في البطاقات الموجودة لديها، وإختيارها للمتعامل الكفاء تقنياً ومهنيًا ومالياً من بين باقي المتعاملين.

ثالثاً- التفاوض

بخلاف النصوص السابقة، إعترف المشرع صراحة بوجود مُفاوضات في عملية إبرام صفقات التراضي بنوعيه، حيث أكّد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الساري المفعول في المادة 05/50 منه على وجوب تنظيم المفاوضات في التراضي البسيط بحسب الشروط المنصوص عليها في المادة 06/52. وبالرجوع إلى هذه

المادة، نجدها تُتيح للمصلحة المتعاقدة في إطار التراضي بعد الإستشارة، إمكانية طلب توضيحات أو تفاصيل بشأن العروض الذين تمت إستشارتهم، فيكون بذلك قد حذو المشرع الفرنسي الذي يعترف في مجمله بالمفاوضة كمرحلة أساسية في مجال التعاقد، إذ يطلق عليها les marchés négociés ويعني التعاقد بناء على مُفاوضة.

ولتكريس شفافية إجراءات الصفقة -المُبرمة بأسلوب التراضي- في هذه المرحلة، يجب أن يتمّ التفاوض وفق حُطّة مُحكمة، تقوم وفق إجراءات سلسلة تتماشى وخصوصية صفقات التراضي والتي تتمثل في مايلي :

- أن تُجرى المفاوضات من طرف لجنة تُعيّنها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل إحترام المبادئ الأساسية لنجاعة الصفقة،

- أن يتمّ تخصيص جلسات مُفصلة للإختصاصيين في هذا النوع من الصفقات لدراسة المعطيات الفنيّة، - السهر على ضمان إمكانية تتبّع أطوار المفاوضات في محضر، كأن يتمّ كتابة المحاضر أثناء الجلسات ولو كانت نتائجها مؤقتة،

- إحترام السريّة التامة إتجاه المُتفاوضين قصد تحقيق المساواة بينهم،

- تأسيس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

رابعاً - مرحلة التعاقد

تقوم المصلحة المتعاقدة في هذه المرحلة، بإسناد الصفقة وبطريق مباشر للمتعاقد الذي إختارته بعد التأكّد من قدراته والتفاوض معه على جميع شروط العقد. وحتى لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في إختيار المتعاقد معها من خلال تغليبها للمصلحة العامة في دعوتها للمتعاقد، ومفاوضتها له وفي إختيارها لعرضه. يجب أن يستند تقييم الترشيحات، إلى معايير غير تمييزية تُمكنها من إختيار متعاقد إقتصادي يُقدّم عرضاً له مزايا إقتصادية، وهذا بعد ترجيح عدّة معايير "تقنية_ مهنية" من بينها معيار السّعر.

في هذا الصّدد، إعتبر القضاء الفرنسي أنّ رقابته على تطبيق مبدأ حرية المنافسة، لا تتوقّف عند حدّ التأكّد من إختيار المتعاقد وفق معايير تمّ الإعلان عنها مُسبقاً، بل تصل رقابته إلى حد الرّقابة على مدى توفيق المصلحة المتعاقدة في إختيار المعيار الذي تمّ على أساسه إرساء الصفقة. مُؤكّداً على أنّ إختيارها للمتعاقد على أساس معيار السّعر كمعيار وحيد، ينبغي أن يكون مُبرّراً بموضوع الصفقة.

الفرع الثاني: غموض إجراءات التراضي بعد الإستشارة تقييداً لمقتضيات الحوكمة

يظهر إجراء التراضي بعد الإستشارة منقوصاً من حيث الضوابط المُحدّدة لإجراءاته، وطالما أنّ تحديد القواعد شرط للشفافية، فإنّ غموض بعض إجراءات التراضي بعد الإستشارة يُعدّ تقييداً لمقتضيات الحوكمة في هذا الأسلوب.

أولاً- عدم التّحديد الدّقيق للإجراءات

تناولت المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 شروط وكيفيات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة بطريقة غامضة، حيث عنت بضبط حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، نشر الإعلان عن الإستشارة، التأكيد على إلزامية دفاتر الشروط في الحالات الثانية الثالثة والرابعة والخامسة للتراضي بعد الإستشارة ، ولزوم إخضاعه لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة، إضافة لإتاحتها إمكانية طلب المصلحة المتعاقدة لتوضيحات من المتعاملين تخصّ عروضهم أو مُطالبتهم بإستكمالها.

هذه الإجراءات كلّها تُؤكّد على تجسيد قواعد الشفافية في صفقات التراضي بعد الإستشارة تطبيقاً لما جاء في نص المادة 5 من هذا المرسوم. مع ذلك تبقى الكثير من المسائل في هذا الخصوص غامضة يتقدّمها كيفية إجراء الإستشارة مع المتعاملين الإقتصاديين وطريقة الإعلان عنها، المدّة التي تُتيحها لهم لتحضير عروضهم، ضوابط إختيار المتعامل الفائز بالصفقة، وغيرها من المسائل المبهمة، والتي تلعب دورها دوراً مهمّاً في التّجسيد الفعلي لمبادئ الحوكمة وبالتالي نجاعة الصفقة العمومية.

فكس المادة 50 الخاصة بإجراءات التراضي البسيط، فإنّ المادة 52 لم تضع صورة واضحة عن الإجراءات التي يتمّ بها التراضي بعد الإستشارة، بل كلّ ما جاءت به أحكام جزئية تخصّ بعض الحالات وأحكام عامة موجودة حتّى في أسلوب طلب العروض، وبالتالي هي لم تقدّم ضوابط خاصّة تُوطّر عملية إبرام الصفقات بطريق التراضي بعد الإستشارة، ممّا يُبقي هذا الأسلوب بعيداً عن التكريس الفعلي لمقتضيات الحكم الراشد القائم على الوضوح والدقة والشفافية.

ثانياً- إجراء المنح المؤقت وحق الطعن فيه تكريس للشفافية

يعتبر مبدأ الشفافية من المبادئ الأساسية التي حاول المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تكريسها في صفقات التراضي من أجل الإستعمال الأحسن للمال العام. ولعلّ إجراء المنح المؤقت هو آلية من آليات تحقيق هذه الشفافية في إنتقاء المتعامل الأكثر قدرة وكفاءة، وذلك من خلال إلزام المصالح المتعاقدة بنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة المبرمة بطريق التراضي ، بعد الإستشارة للإطلاع عليه من طرف باقي المتعهدين وتمكينهم إذا إقتضى الأمر الطعن فيه أمام الجهات المختصة "الإدارية والقضائية"، لاسيما بسبب الإخلال بالتزامات الإشهار أو الإعلان عن الإستشارة، التي تخضع لها عمليات إبرام الصفقات العمومية بطريق التراضي بعد الإستشارة. فطالما كُنّا أمام منافسة ولو محدودة، وجب ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حقّ الطعن عند معرفة إختيار المصلحة المتعاقدة. كما أنّه إذا نتج عن الإستشارة عدم إستلام المصلحة المتعاقدة لأيّ عرض، أو عدم مطابقة أيّ عرض لدفتر الشّروط، يتعيّن عليها الإعلان عن عدم جدوى إجراء التراضي بعد الإستشارة.

المبحث الثاني: تحديد حالات مشروعية صفقات التراضي وإحتكامها لمبادئ الحوكمة

إعتبر المشرع أنّ حصر التراضي في الطابع الإستثنائي يُشكّل ضمانا كافيا لحماية المال العام الموظف في صفقات التراضي، الأمر الذي جعل من هذه الأخيرة تظهر فقيرة من حيث المواد القانونية المُحدّدة لحالاتها، على نحو جعل من التراضي الغطاء القانوني الأمثل لإرتكاب التّجاوزات والتّلاعب بالمال العام، وبالتالي الإبتعاد عن تكريس أسس الحوكمة في هذا الأسلوب.

غير أنّه إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لحالات التراضي البسيط "الفرع الأول"، فإنّ الأمر يختلف تماما عندما يتعلق الأمر بحالات التراضي بعد الإستشارة، حيث إستطاع المشرع تدارك الغموض والنقائص التي كانت تعترى بعض هذه الحالات في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الساري المفعول "الفرع الثاني".

الفرع الأول: غموض بعض حالات التراضي البسيط إستبعاد لمبادئ الحوكمة

يعتبر التراضي البسيط الإستثناء المقرّر على الإستثناء في طرق إبرام الصفقات العمومية، كونه يُحرّر المصلحة المتعاقدة من الدعوة الشكلية للمنافسة، من خلال قيامها بإبرام الصفقة مع المتعامل الإقتصادي لمجرد تطابق إرادتيهما على محلّها وفي إحدى الحالات المقررة حصرا في القانون. وبالرجوع إلى هذه الحالات، نجد أنّ بعضها جاءت غامضة وعامة تُتيح العديد من الثّغرات لإستغلالها غير المشروع، ممّا يتنافى وحوكمة أسلوب التراضي البسيط، وهو ما سيبيّن في ما يلي:

أولا- حالة إحتكار المتعامل للعمليات موضوع الصفقة

تتحقق هذه الحالة بوجود المتعامل الإقتصادي في وضعية إحتكارية، أو إنفراده بإمتلاك الطريقة التكنولوجية التي إختارها المصلحة المتعاقدة، أو من خلال إستنثاره بأداء الخدمات ذات المواصفات الفنيّة والثّقافية التي تُريدها المصلحة المتعاقدة، وهي الصورة التي أسّس لها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مع إشتراطه توضيح هذه الإعتبارات بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

تبدو هذه الحالة ظاهريا منطقية، فبتحقّق حالة الإحتكار تقنّد المصلحة المتعاقدة الخيار، لكن من يُثبت أنّ المصلحة المتعاقدة لم تتعمّد الإصطدام بحالة الإحتكار بضبطها لمقاييس ومواصفات تقنية غير موضوعية، مُوجّهة لخدمة أحد المتعاملين الإقتصاديين على نحو تجعله المؤهل الوحيد لتنفيذ موضوع الصفقة، وبالتالي تُوفّر لنفسها غطاء قانونيا تُغطّي به تلاعبها بالصفقة وعدم إلتزامها بمقتضيات الشّفافيّة المتمثّلة في كل من المنافسة، العلنية، والمساواة، والتي تعكس كلها الوضوح في تحقّق هذه الحالة والإبتعاد عن الصّبابية التي يشوبها.

ثانيا-حالة الإستعجال المُلحّ المُعلّل، والتموين المُستعجل

قيّدت المادة 49 فقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، لجوء المصلحة المتعاقدة للتراضي البسيط تحت حالة الإستعجال المُلحّ المُعلّل بوجود خطر يُهدّد /أو داهم يتعرّض له ملك أو إستثمار للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي لا يمكن تداركه بلجوء الإدارة لطرق الإبرام العادية. كما وسّع المرسوم نفسه من حالة الإستعجال في الفقرة 3 من المادة السابقة وضمّنها أيضا حالة التّموين المُستعجل المُخصّص لضمان توفير حاجات السكّان الأساسية والتي لا تتلاءم طبيعتها مع آجال الإبرام العادية وإجراءاته الطويلة. يمكن للمصلحة المتعاقدة أيضا إبرام صفقات دولية بأسلوب التراضي البسيط في حالة عملية إستيراد المنتجات والخدمات ، التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في إتخاذ القرار بحكم طبيعتها والتقلّبات السريعة في أسعارها ومدى توقّرها.

لكن بالعودة إلى الممارسات الميدانية، نجدتها تُثبت أنّ حالة الإستعجال المُلحّ هو الأكثر إستغلالا لتبرير اللّجوء غير المشروع للتراضي وذلك لورودها بصيغة عامة غير مضبوطة الحالات، الأمر الذي يُتيح للمصلحة المتعاقدة تمييع مصطلح "الإستعجال المُلحّ" وإتخاذها مُبرّرا في حالات لا يُتوقّر فيها الإستعجال. بل أحيانا يتحقّق الإستعجال المُلحّ نتيجة لمماظلة من قبلها فتُبرم الصفقة بالتراضي البسيط، خارقة بذلك شروط اللجوء للتراضي البسيط بمُبرّر الإستعجال المُلحّ، بل قد تتماهى في تضخيم أرقام المُتطلّبات الحقيقية للعملية المُراد إنجازها مُستغلّة بذلك الظرف والإطار.

فالمشروع لم يحدد حالات الإستعجال المُلحّ، ولا قائمة المنتجات والخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة السرعة في إتخاذ القرار، لذا كان عليه تجنب ذلك بضبط حالات الإستعجال المُلحّ وتحديد قائمة المنتجات والخدمات حصرا من أجل الحفاظ على الطابع الإستثنائي لهذا الأسلوب.

هناك إشكال آخر يتعلّق بالخدمات المُنفّذة في إطار أحكام المادة 12 التي عدّتها المادة 49 كواحدة من حالات التراضي البسيط، الأمر الذي خلق غموضا في ما يخصّ هذه الحالة، فلماذا أُدخلت المادة 12 في حالات التراضي البسيط، مادامت تُرخص للجهات المعنية في حالة وجود خطر يُهدّد إستثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي الشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة على أن يتمّ إبرام صفقة تسوية لاحقا ولا تتحدّث عن إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط؟

ثالثا-حالة مشروع ذو أهمية وطنية يكتسي طابعا إستعجاليا

قيّد المشروع اللّجوء إلى هذه الحالة بالإلزام المصلحة المتعاقدة بإخضاع قرار إبرام الصفقة المتعلقة بمشاريع ذي أولوية وأهمية وطنية للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء ، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ المذكور.

رغم ذلك، تبقى هذه الحالة غامضة، فمن الذي يُحدّد أنّ المشروع يندرج ضمن المشاريع ذات الأهمية الوطنية، وعلى أيّ أساس يُحكم بالأهمية الوطنية للمشروع في ظلّ غياب أسس ومعايير تُحدّد بوضوح العناصر التي تُعطي المشروع صفة الأهمية الوطنية.

رابعاً- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج

بُغية ترقية الإنتاج الوطني وأدواته، إستحدث المشرع هذه الحالة ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وأكد عليها في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الساري المفعول، حيث أقرّ بموجبها للمصلحة المتعاقدة إمكانية التعاقد بأسلوب التراضي البسيط.

ونظراً لأهميتها، تُلزم المصلحة المتعاقدة بالموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، وللموافقة المسبقة لمجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ المذكور.

خامساً- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية

تقتضي هذه الحالة منح إحدى المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية وإبرام صفقة بطريق التراضي البسيط معها، بالرغم من عدم إحتلالها لوضعية إحتكارية ووجود العديد من المؤسسات النشطة في نفس مجال المؤسسة العمومية المختارة. وتعزيزاً لآلية الوقاية من الفساد في هذا النوع من الصفقات، فقد حدد المشرع بدقّة الشروط أو الحالات التي تلجأ فيها المؤسسة العمومية الصناعية والتجارية لإبرام صفقاتها بطريق التراضي البسيط والمتمثلة في:

- إذا سمح لها نص تشريعي أو تنظيمي القيام بذلك.

- عندما تُنجز هذه المؤسسة "ذات الطابع الصناعي والتجاري"، كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

الفرع الثاني: تحديد حالات التراضي بعد الإستشارة تماشياً مع مقتضيات الحوكمة

يقوم أسلوب التراضي بعد الإستشارة على إبرام المصلحة المتعاقدة لإحدى صفقاتها بإقامة المنافسة بين مترشّحين تدعوهم خصيصاً للتنافس، حيث تعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصّص المطلوب اعتماداً على المعطيات المسجّلة بالبطاقيات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة، بما يُمكنها من التّعرف بصورة مبدئية على المترشّحين المؤهلين مبدئياً إلى عملية الإنقاء.

لجوء المصلحة المتعاقدة للتراضي بعد الإستشارة رهنته المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بضرورة تواجدها في إحدى الحالات التالية :

أولاً-عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

تلجأ المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة إلى التّعاقد عن طريق أسلوب التّراضي بعد الإستشارة مع التخفيف في الإجراءات. وتكريساً للشفافية، قد تستشير المؤسسات التي شاركت في طلب العروض الأول برسالة إستشارة وبنفس دفتر الشّروط، بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. وفي هذه الحالة لا يُعتبر العقد قد أبرم بعد طلب العرض الثاني بل بعد إستشارة، تلتزم المصلحة بنتائجها وتُبرم العقد على أساسها.

ثانياً-حالة صفقات الدراسات واللّوازم والخدمات الخاصة

تُحتم طبيعة وخصوصية صفقات الدراسات واللّوازم والخدمات الخاصة على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة. وقد أكدّ المشرع على أنّ خصوصية هذه الصفقات تُحدّد بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة فيها، أو بالطابع السّري للخدمات كصفقات الأسلحة ولوازم الدّفاع الوطني والأمن، وهذا بحكم أهميّة موضوعها وسريتها التي لا تتوافق وطرق الإبرام العادية. في حين ترك تحديد قائمة الصفقات التي تدخل ضمن هذه المعايير إلى قرار يصدر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.

ثالثاً-حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة

أسّس لهذه الحالة المرسوم الرئاسي رقم 08-338، وأكدّ عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247. بحيث يتم تحديد طبيعة المؤسسات العمومية السيادية في الدولة بموجب قرار وزاري مُشترك بين سلطة المؤسسة العمومية ذات السيادة أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني حسب الحالة والوزير المكلف بالمالية.

رابعاً- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محلّ فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة

يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التّراضي بعد الإستشارة أيضاً في حالة صفقات الدراسات أو اللوازم أو الخدمات التي تمّ صدور قرار المنح بشأنها، لكن تمّ فسخها لسبب من الأسباب وكانت طبيعتها لا تتلاءم وآجال إجراء طلب عروض جديدة.

خامسا - حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار إتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات

نظرا لخصوصيتها تمّ إعتبارها حالة من الحالات التي تُبيح للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة. والذي بموجبها تستطيع الدولة التخلّص من ديونها عن طريق تحويل تلك الديون إلى مشاريع تنموية، كما يُمكن منح الصفقة بالتراضي بعد الإستشارة بناء على هبة.

تطبيقا لذلك، يُمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى. وتكمن الحكمة من إدراج هذه الحالة ضمن حالات التراضي بعد الإستشارة في ضرورة إحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي.

تبقى إذن المصلحة المتعاقدة حتى في حالات أسلوب التراضي بعد الإستشارة، مُقيّدة ببعض الإجراءات الشكلية التي تضمن الحفاظ على مبادئ المنافسة ولو بصورة جزئية. ذلك أنّ حرية المنافسة في هذا المجال لا تبرز في الفئات المحصورة والمحدّدة للترشّح بقدر ما تبرز في خلق جوّ المنافسة وحمايته عبر إجراءات معلومة للجميع. حيث أنّه ما عدا الحالة الأولى، تكون المصلحة المتعاقدة مُضطرّة إلى إعداد دفتر شروط جديد قبل الشروع في الإستشارة، ولزوم إخضاعه لتأشيرة لجنة الصفقات المُختصة. وينطبق على هذا النوع من الإستشارات، ما ينطبق على طلب العروض في مواضيع الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة وقبول الطعون وآجال ذلك. فطالما كُنّا أمام منافسة ولو محدودة، وجب ضمان حقوق المتعهّدين وتمكينهم من ممارسة حقّ الطعن عند معرفة إختيار المصلحة المتعاقدة. كما أنّه إذا نتج عن الإستشارة عدم إستلام المصلحة المتعاقدة لأيّ عرض، أو عدم مطابقة أيّ عرض لدفتر الشروط، يتعيّن عليها الإعلان عن عدم جدوى إجراء التراضي بعد الإستشارة.

خاتمة

إنطلاقا مما سبق، يظهر لنا أنّ تأمين الحماية للمال العام الموظّف في صفقات التراضي وتجسيد حوكمتها، لا يتحقّق بإعطائه طابعا إستثنائيا وتكريس إستثنائيته بحصر مجال إعماله، بل يجب أن تُحدّد إجراءاته بدقّة وتُفْرغ حالاته من أيّة ثغرة وغموض، ويُراعى في تأطيره طابعه الخاص ذو المنطلقات المُتميّزة. ورغم أنّ هذه الطريقة جاءت للتخفيف من حدّة تقييد الإدارة ومنحها هامش من الحرية في التعاقد، والإختصار بالإجراءات الطويلة التي تستغرقها عادة طريقة طلب العروض، إلا أنّ المشرع لم يُؤمّن ضمانات كافية تُؤهل صيغة التراضي لأن يكون ضمن أبرز مؤمّنات المال العام، حيث لم يتمّ تعميم مقتضيات الحوكمة على جميع إجراءات صفقات التراضي من جهة، وغموض الإطار الموضوعي للتراضي البسيط من جهة أخرى.

لذلك يكون على المشرع إعادة النظر في الطريقة التي نَظَّم بها أسلوب التراضي بشكل يُؤمّن التّطبيق المشروع لها ، خاصة إذا كان هذا الغموض يُوقّر ثغرات جاهزة للإستغلال في إرتكاب مُمارسات غير مشروعة يكون ضحيّتها المال العام وينسف فيها كل إعتبار للصّالح العام.

كما أنّ فعالية النص القانوني لا تُقاس بعدد مواده ولا يمكن أن تضمن من تلاحق تعديلاته، بل تُقاس بعدم قابلية التّلاعب بأحكامه سواء من طرف واضعيه أو من طرف المخاطبين به. فضلا عن هذا لا بد أن يكون تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بمجمله مُنطلقا من الواقع، ويستفيد من الممارسات الميدانية في وضع ضمانات لحماية المال العام على نحو يجعل من أسسها القانونية قوية مُستقلة تُروّض الإرادة السياسية، تُدخل المجتمع المدني ضمن مُرتكزات الحماية، وتُلقي على عاتق الرقابة بمضامينها المختلفة تكليف الحراسة، وهي كلّها عوامل تُشكّل التّكريس الفعلي لحوكمة صفقات التراضي.