استمارة المشاركة

الاسم: قدور

اللقب: ضريف

المؤهل العلمي: دكتوراه علوم

التخصص: قانون عام

الرتبة العلمية: أستاذ محاضر ب

المؤسسة: كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

الهاتف: 0553343278

البريد الالكتروني kadourdrif@gmail.com

محور المداخلة: هو المحور الأول الموسوم بالمستحدث في طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية

عنوان المداخلة: أسلوب التراضي كطريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومي في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15

ملخص المداخلة: برزت عناية المنظم الجزائري بالصفقات العمومية من خلال التشدد في إجراءات وآجال إبرامها، حيث اختار أسلوب المناقصة التي تستهدف الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية وجعله القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، غير أنه مكن في الوقت ذاته وفي حالات وشروط محددة المصلحة المتعاقدة من اختيار نموذج استثنائي لإبرامها، المتمثل في أسلوب التراضي، الذي حاول من خلاله المشرع الجزائري إعطاء المصلحة المتعاقدة نوع من الحرية في اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، وذلك بوجوب التغاضي عن الإجراءات الشكلية والآجال الطويلة التي تتطلبها عمليات التعاقد عن طريق طلب العروض.

من هنا جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على الأحكام التي يقوم عليها هذا الأسلوب، وذلك من خلال مقدمة أبرزت فيها أساس المشكلة ومنهجية البحث، ومطلب أول تناولت فيه مفهوم وأشكال التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية، ومطلب ثان خصصته لتناول حالات وشروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذا الأسلوب وإجراءاته وانتهت الدراسة بخاتمة احتوت على مجموعة من النتائج والتوصيات.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، المصلحة المتعاقدة، التراضي، الاستشارة، طلب العروض.

Résumé :

L'attention du législateur algérien à bien émergé concernant les marchés publics notamment par durcissement aux procédures et durée dés marchés ; ou il a choisi la méthode de l'appel d'offre « l'adjudication » pour avoir plusieurs offres des fournisseurs concurrents et ce pour sélectionner l'offre le mieux disant qui sera la règle générale au conclusion des marchés publics , et a titre exceptionnel le législateur a autorisé dans des conditions précises d'aller vers le marchés de gré a gré à travers lequel le législateur a essayé d'octroyer certain liberté a l'administration « l'adjudicateur » de choisir le soumissionnaire , et éviter les formalités et les procédures exigés aux mode d'appel d'offre.

A cet effet, et dans ce contexte on a voulu étudier les conditions qui dirige ce genre de marchés, la ou j'ai posé la problématique et la méthodologie de recherche a l introduction, et j'ai abordé le concept et le marché de gré a gré comme mode exceptionnel dans les marchés publics, aussi les conditions et les cas ou l'adjudicateur peu procède a ce genre de marché , l'étude a conclu des résultats et recommandations

مقدمة:

تشكل الصفقات العمومية بالنسبة للاقتصاد الوطني الإطار الأمثل لتسيير واستغلال الأموال العامة إذ بمقتضاها تتمكن المصلحة المتعاقدة من إنجاز طلبات عمومية لمختلف المجالات من أشغال ولوازم وخدمات ودراسات والتي تحتاجها عند قيامها بوظائفها الأساسية بغية تحقيق المصلحة العامة[1]، لذلك كانت لعملية إنجاز الصفقات العمومية مساهمات مهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال تنفيذ البرامج والمخططات التنموية المحلية والوطنية وتوفير الطلبات العامة التي تحتاجها مختلف المرافق العمومية لتمكينها من تجسيد فكرة استمرارية سير المرفق بانتظام واطراد.

ومادام أن تنفيذ الصفقات العمومية يحتاج من المصلحة المتعاقدة إلى ضخ موارد مالية ضخمة تنفق كلها من الخزينة العامة للدولة، فإن الأمر يتطلب تحقيق الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة بين جميع المتعاملين الاقتصاديين حتى يتم ترشيد هذه الأموال والقضاء على الفساد الذي قد يعتريها في أي جانب من الجوانب المتعلقة بالمصلحة العامة.

على هذا الأساس أولى المنظم الجزائري اهتماما كبيرا وعناية خاصة بقضية إبرام الصفقات العمومية برزت من خلال تشديد الإجراءات القانونية المحددة لها بموجب قانون تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي يتم تحيينها من حين لآخر حتى تواكب التطورات الاقتصادية الحاصلة كان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الساري المفعول الذي بين وحدد القواعد الجوهرية والإجراءات التفصيلية والشروط الضرورية التي يجب مراعاتها عند إبرام الصفقات العمومية سواء تعلق الأمر بانجاز الأشغال أو الخدمات أو الدراسات[2]، أو كيفية اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة، وكذا المبادئ التي تحكم عملية ضبط أسعار تلك الصفقات، بالإضافة إلى تحديد القواعد الخاصة بالرقابة سواء قبل أو أثناء أو بعد إبرام الصفقة .

غير أن ما يهمنا من كل هذه الإجراءات هو الطرق التي تتم بها عملية إبرام الصفقة العمومية لتجسيد الحماية الوقائية للمال العام وتحقيق الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة بين المتعاملين الاقتصاديين[3].

في هذا الجانب يمكن القول أن المشرع الجزائري وكقاعدة عامة اختار أسلوب طلب العروض الذي استهدف من خلاله الحصول على عدة عروض من متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، غير أنه مكن في الوقت ذاته المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى أسلوب التراضي الذي بمقتضاه يتم تخصيص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون المرور على الدعوة الشكلية للمنافسة وهو ما يشكل استثناءا وخروجا على القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية كضرورة تفرضها الاستجابة لبعض الحالات الاستثنائية ذات الخصوصية المميزة.

من هنا تبرز الإشكالية التي نحاول تلمس إجابتها من خلال هذه الدراسة في السؤال التالي: **ما مدى كفاية أسلوب التراضي في تحقيق حماية فعلية للمال العام عند إبرام الصفقات العمومية ؟**

وسوف نحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال التطرق إلى مفهوم وأشكال التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية مطلب أول وإلى حالات وشروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذا الأسلوب وإجراءاته مطلب ثان

المطلب الأول: مفهوم وأشكال التراضي كأسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية

إذا كانت الصفقات العمومية تعتبر من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ممثلة في مختلف المؤسسات و الإدارات المحلية والمركزية نظرا لكونها الوسيلة الأساسية والجوهرية في تحريك وتطوير الاقتصاد الوطني وتحقيق التنمية الشاملة فإن الأصل في إبرامها– كما رأينا - هو إتباع المصلحة المتعاقدة لطريق العروض الذي يفتح مجال التنافس واسعا بين عدة

متعاملين اقتصاديين بغية الحصول على أفضل العروض إلا أنه في اختيار المصلحة المتعاقدة لطريق التراضي يعد بمثابة أسلوبا استثنائيا تلجأ إليه هذه الأخيرة لإبرام البعض من الصفقات العمومية بغية التخلص من تعقيدات المرور على الدعوة الشكلية للمنافسة بين عدة متعاملين اقتصاديين في تنقية واختيار أفضل العروض.

على هذا الأساس خص المنظم الجزائري هذا الطريق الاستثنائي بضوابط خاصة وحصر تطبيقه في حالات محددة على المصلحة المتعاقدة مراعاتها لاعتبار تصرفها صحيحا ومشروعا، وبالتالي فإن الأمر يتطلب منا البحث في تحديد مفهوم هذا الأسلوب (فرع أول) ثم تحديد أشكاله (فرع ثان)

الفرع الأول: مفهوم أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية: سوف نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية أولا ثم نتطرق إلى مظاهر خصوصية هذا الطريق الاستثنائي ثانيا.

أولا: تعريف أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية: إذا كان أسلوب طلب العروض الذي يكفل حق المشاركة فيه لكل المتعاملين الاقتصاديين، يعتبر القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية أين قيد المنظم بمقتضاه المصلحة المتعاقدة بجملة من الإجراءات تؤدي في معظمها إلى حرمانها من الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد معها بغية إبعادها عن كل المعاملات والتصرفات المشبوهة التي تستنزف الخزينة العامة وضمان إضفاء مبدأ العلنية والشفافية على جميع معاملات المصلحة المتعاقدة لمنع محاباتها لبعض المتعاملين على حساب المصلحة العامة .

غير أنه ولأسباب موضوعية وفي حالات استثنائية سمح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب التراضي لتمكينها من حرية واسعة في اختيار المتعاقد معها[4]، على هذا الأساس يعرف أسلوب التراضي المعبر عنه باللغة الفرنسية *Gré a gré* والذي يختلف عن الرضا الذي يعتبر أحد الأركان التي يقوم عليها العقد[5] بأنه ذلك الأسلوب الذي يسمح للمصلحة المتعاقدة ضمن الشروط والضوابط القانونية بالتفاوض مع المؤسسات أو الموردين الذين ترى فائدة مجدية في التفاوض معهم بدون إجراء دعوة للمنافسة بينهم، وبالتالي يستفيد من الصفقة المترشح الذي تراه المصلحة المتعاقدة كفؤا وأهلا لذلك، ومن ثم يعتبر أسلوب التراضي أسلوبا مرنا يحرر المصلحة المتعاقدة من الشكليات المعقدة المتعاقبة أثناء الدعوة للتعاقد وهو ما يفتح لها سبيل التفاوض مع من تراه قادرا ومؤهلا للقيام بالعملية التي ترغب فيها[6].

وإذا كان أسلوب التراضي يحرر المصلحة المتعاقدة من جل القيود التي يفرضها عليها أسلوب طلب العروض فإن ذلك لا يبيح للمتعاملين المتنافسين حول التعاقد الطعن على ما اتخذته الإدارة من إجراءات خلال المراحل السابقة على إتمام العقد طالما أن هذه الإجراءات هي مجرد قواعد مصلحية داخلية وضعت لتحقيق مصلحة الإدارة المتعاقدة فقط[7]، وهو ما جعل هذا الأسلوب يعرف انتشارا واسعا في دول العالم الثالث التي لا تتبع مبادئ الشفافية والنزاهة في إبرام صفقاتها.

على هذا الأساس يختلف التراضي عن المناقصة التي تقوم أساسا على مبدأ المنافسة بين عدة متعاملين، ومن ثم يعتبر أسلوب التراضي إجراء خصوصي لإبرام الصفقات العمومية يتضمن تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون إتباع الإجراءات الطويلة التي تمر بها الدعوة الشكلية للمنافسة، على هذا الأساس جاء في تعريف المشرع الجزائري لهذا الأسلوب بموجب الفقرة الأولى من المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر ما يلي: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...."

كما أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة ما يلي: " ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة..."

أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فبينت بأن هذا الأسلوب يعد أسلوبا استثنائيا[8] لا يمكن اللجوء إليه إلا في حالات محددة على سبيل الحصر بقولها " إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم."

ثانيا: مظاهر خصوصية أسلوب التراضي لإبرام الصفقة العمومية: تبرز مظاهر خصوصية أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية مقارنة بالقاعدة العامة المتمثلة في أسلوب المناقصة من جهة أولى من خلال المرونة التي تجدها المصلحة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها إذ تم تحريرها من مختلف القواعد الإجرائية والشكليات، فالمصلحة المتعاقدة ليست مجبرة على إعلان رغبتها في التعاقد مع متعاملين اقتصاديين مادام أن المتعامل الذي سوف تتعاقد معه معروف ومحدد بالحالة التي دفعتها لاختيار أسلوب التراضي في إبرام الصفقة كما سنرى فيما سيأتي من هذه الدراسة، أما في أسلوب التراضي بعد الاستشارة فإن الإجراءات تمر بسلسلة بسيطة و غير معقدة بحكم أن المشرع مكن المصلحة المتعاقدة من سلطة تقديرية واسعة في استشارة المتعاملين دون أن يقيدها بشكليات معينة[9].

كما أن هناك حالة ثانية تبرز من خلالها خصوصية أسلوب التراضي ألا وهي عدم قدرته على تأمين مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية التي جاء نظامها القانوني بغية تحقيقها في الواقع العلي مادام أن المصلحة المتعاقدة بمقتضى هذا الأسلوب بإمكانها اختيار المتعامل الاقتصادي الذي تتعاقد معه بكل حرية.

كما تبرز خصوصية أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية أخيرا من خلال قيام المشرع بتحديد مجالات إعماله على سبيل الحصر، بمقتضاها يكون التراضي معروفا بحالاته المحددة حصرا ولا يمكن أن يجد إعمالا له خارج هذه الحالات والتي سوف نعود إلى ذكرها فيما تبقى من هذه الدراسة.

الفرع الثاني: أشكال التراضي: يتخذ التراضي الذي يعد طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية حتى لا تستغله المصلحة المتعاقدة للتخلص من الإجراءات المعقدة والطويلة المطلوبة في المناقصة شكلين اثنين هما : التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة هذا ما بينته الفقرة الثانية من المادة 41 المذكورة أعلاه ولسوف نفصل هذين الشكلين كما يلي:

أولا: التراضي البسيط: إذا كان أسلوب التراضي في حد ذاته يعد خروجا على القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية فإن أسلوب التراضي البسيط يعتبر استثناء على الاستثناء لأنه بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقة العمومية مع متعامل وحيد بمجرد حصول تطابق بين إرادتهما على محل الصفقة وفقا لدفتر شروط معد مسبقا من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك دون اللجوء إلى أي نوع من أنواع الإشهار أو الدعوة للمنافسة التي تستغل وقتا طويلا لتحقيقها، وهذا لا يعني بتاتا إهمال الإدارة في التقيد بالحالات المنصوص عليها قانونا عند اللجوء إلى هذا الأسلوب.

مما سبق فإن أهم ما يميز التراضي البسيط أنه يقوم على تفاوض المصلحة المتعاقدة مع شخص بعينه، الأمر الذي يوفر لها - كما قلنا - بساطة وسهولة الإجراءات وبالتالي السرعة في تلبية الحاجيات والمتطلبات العامة[10].

ثانيا: أسلوب التراضي بعد الاستشارة: يختلف التراضي بعد الاستشارة عن التراضي البسيط في كونه يضمن قدرا ولو كان ضئيلا من المنافسة بين عدة متعاملين والتي تنعدم نهائيا في التراضي البسيط، لذلك يمكن تعريف هذا النوع من التراضي بأنه أسلوب تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتها عن طريق إقامة نوع من المنافسة بين عدة مرشحين مدعوين خصيصا بواسطة وسائل مكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المطلوبة في طلب العروض[11]، وبمعنى آخر فإن أسلوب التراضي بعد الاستشارة يعرف على أنه إجراء مبسط يمكن من خلاله للمصلحة المتعاقدة أن تختار المتعاقد الذي تمنح إليه الصفقة على أساس دفتر الشروط، وذلك بعد الاستشارة مع عدة مرشحين وبعد التفاوض معهم بشأن شروط الصفقة[12].

والمشرع الجزائري سمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة في حالات معينة سوف نأتي على ذكرها لاحقا.

المطلب الثاني: حالات وشروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي لإبرام الصفقة العمومية: سوف نبدأ بتفصيل الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي لإبرام الصفقة العمومية (فرع أول)، ثم نتطرق إلى شروط اللجوء إلى هذا الأسلوب (فرع ثاني).

الفرع الأول: حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي لإبرام الصفقة العمومية: تختلف هذه الحالات من أسلوب التراضي البسيط إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة

أولا – حالات اللجوء إلى التراضي البسيط: من خلال تصفح نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر تتضح لنا الحالات التي يسمح فيها المشرع للمصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط عوض إتباعها للإجراءات الشاقة المحددة في طلب العروض، تشمل هذه الحالات الحصرية حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر داهم أو دون وجوده ولكنه معلل بضرورة توفير الحاجيات الضرورية للسكان أو بمشروع ذي الأولوية والأهمية الوطنية وحالة الوضعية الاحتكارية المجسدة في متعامل وحيد منفرد بتقديم الخدمات أو له الحق الحصري بموجب نص تشريعي أو تنظيمي للقيام بالخدمة العمومية بمفرده، فضلا عن حالة ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج. كل هذه الحالات سوف نقوم بتفصيلها تبعا كما يلي:

01 - حالة الاستعجال الملح: قيدت الفقرات الثانية، الثالثة والرابعة من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر المصلحة المتعاقدة عند لجوئها إلى أسلوب التراضي البسيط لإبرام الصفقة العمومية بضرورة وجود حالة استعجال ملح تستدعي التخلي على الإجراءات العادية وإتباع إجراءات استثنائية، وتقترن حالة الاستعجال هذه بضرورة وجود خطر داهم يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، كما يمكن أن تقترن حالة الاستعجال ثانيا بالتموين المخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، إضافة إلى إمكانية اقترانها بضرورة تجسيد مشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، ويشترط لاستناد المصلحة المتعاقدة على حالة الاستعجال المقترنة بوجود خطر داهم ولجوئها إلى الأسلوب الاستثنائي في إبرام الصفقة العمومية توفر جملة من الشروط الموضوعية تتمثل فيما يلي:

- عدم قدرة الخطر الداهم التكيف مع الآجال الطويلة والإجراءات المشددة لإبرام الصفقات العمومية، وهنا ينبغي التأكيد على أنه يشترط في الخطر أن يكون داهم بمعنى أنه لا يكفي أن يكون محتملا لتبرير اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط في إبرام الصفقة العمومية، بل يجب أن يكون الخطر محققا وظاهرا[13].
- عدم قدرة المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال
- أن لا تكون حالة الاستعجال مبنية على مناورات قامت بها المصلحة المتعاقدة بغية التهرب من الإجراءات المشددة التي يتطلبها أسلوب المناقصة.

أما حالة الاستعجال التي لا تقترن بوجود خطر داهم وإنما تقترن بضرورة توفير الحاجيات الضرورية للسكان فإنه يشترط لإعمالها توفر شرطين أساسيين هما:

- عدم توقع المصلحة المتعاقدة للظروف التي استوجبت حالة الاستعجال.
- أن لا تكون حالة الاستعجال مبنية على مناورات قامت بها المصلحة المتعاقدة للمماطلة والتهرب من الإجراءات المشددة التي يتطلبها أسلوب المناقصة.

أما حالة الاستعجال المقترنة بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية فيشترط لاستناد المصلحة المتعاقدة عليها في تخليها على أسلوب المناقصة ولجوئها إلى أسلوب التراضي البسيط كذلك الشروط التالية:

- أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال وساهمت فيه لم تكن متوقعة من طرف المصلحة المتعاقدة.
- أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال وساهمت فيه لم تكن نتيجة مناورة ومماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.
- ضرورة وجود موافقة مسبقة من قبل مجلس الوزراء على طريقة إبرام الصفقة بالأسلوب الاستثنائي إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

02 - حالات احتكار الخدمة من طرف متعامل وحيد وحالة الحق الحصري: سمحت الفقرة الأولى والفقرة السادسة من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر المصلحة المتعاقدة بلجوئها إلى أسلوب التراضي البسيط لإبرام الصفقة العمومية من جهة أخرى عندما يتعلق الأمر بوجود متعامل وحيد محتكر للخدمة أو في حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي حصريا للقيام بالخدمة العمومية، ففيما يخص حالات الوضعية الاحتكارية التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا من طرف متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية لخدمات معينة، واحتكاره للخدمة فرضته اعتبارات متعددة سواء كانت تقنية أو ثقافية أو فنية على أن توضح الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية[14]، وقد أحسن المشرع الجزائري فعلا عندما قام بتخليص الإدارة من الإجراءات المشددة التي يتطلبها أسلوب المناقصة طالما وجود متعاقد وحيد يحتكر النشاط المراد القيام به وتوافرت فيه المواصفات التقنية والفنية المطلوبة[15].

أما فيما يخص حالة الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية والذي كفله نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري فإن المصلحة المتعاقدة مسموح لها باللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط لإبرام الصفقات مع هذه المؤسسات العمومية طالما أنه لا بديل لديها للتعاقد مع مؤسسات أو هيئات أخرى، غير أن هذه الحالة تثير العديد من الإشكاليات تتعلق بطبيعة المؤسسة التي يمنح لها النص التشريعي والتنظيمي حقا حصريا للقيام بالخدمة العمومية وما هو المعيار المعتمد عليه في ذلك[16]؟

03 – عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج الوطني أو ترقية الأداة الخاصة بترقية الإنتاج الوطني: وهي الحالة التي أشارت إليها الفقرة الخامسة من المادة 49 المذكورة أعلاه، وحتى تلجأ المصلحة المتعاقدة بمقتضى هذه الحالة إلى الأسلوب الاستثنائي المتمثل في أسلوب التراضي البسيط في إبرام الصفقات العمومية لابد من توفر شرط أساسي يتمثل في الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

ثانيا – حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة: حدد المشرع الجزائري حالات التراضي بعد الاستشارة على سبيل الحصر بموجب المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر ويمكن تلخيص هذه الحالات في النقاط التالية:

01 – عندما يتضح للمرة الثانية بأن الدعوة للمنافسة غير مجدية: يعتبر عدم جدوى المنافسة أحد أهم المبررات والأسباب التي يمكن للمصلحة المتعاقدة الاستناد عليها في لجوئها إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة عوض إتباعها للإجراءات المشددة المطلوبة في المناقصة، وبدورها كانت تستند عدم جدوى المنافسة قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر على مجموعة من الحالات منها: حالة عدم استلام أي عرض وحالة استلام عرض واحد، التأهيل التقني لعرض واحد والحالة التي لم يتم تأهيل فيها أي عرض بعد القيام بتقييم جميع العروض المستلمة.

02 – عند إبرام صفقات ذات طبيعة خاصة: هناك بعض الصفقات جعلها المشرع ذات طبيعة خاصة سواء من حيث عدم تلائمها مع الآجال الطويلة للمناقصة أو من حيث عدم تلائمها حتى مع إجراء مناقصة جديدة أو بسبب تعلقها بالمؤسسات السيادية للدولة ومن ثم فإن هذه الطبيعة الخاصة هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة عوض اللجوء إلى أسلوب طلب العروض المعروف بإجراءاته المشددة وآجاله الطويلة.

ففيما يخص الحالات التي تشملها الصفقات التي لا تتلائم طبيعتها مع المناقصة فإنها تتعلق بتلك الصفقات التي يكون موضوعها الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تتحدد خصوصيتها إما بضعف مستوى المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين وإما بتلك التي يغلب عليها الطابع السري للخدمات[17]، إلا أن المشرع لم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات لكي يتسنى لنا فهم الغرض من عدم إخضاعها لأسلوب طلب العروض[18].

أما فيما يخص الحالات التي لا تتلائم طبيعتها مع إجراء مناقصة جديدة فهي تشمل تلك الصفقات التي منحت في السابق لمتعامل اقتصادي ثم كانت محل فسخ لسبب من الأسباب[19].

أما فيما يخص حالة الصفقات التي يكون موضوعها الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة فإن المشرع سمح للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة عوض إتباع إجراءات المناقصة، شريطة أن يتم تحديد قائمة هذه الأشغال بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة[20]، وكان دافع المشرع الجزائري في اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة هو تعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية لأنها تخص الأمن والدفاع الوطني، حيث يتميز هذا النوع من الصفقات بطابع السرية التي لا تتلائم طبيعتها مع طابع النشر والإعلان المعروف في طلب العروض[21].

03 – عند إبرام صفقات لمشاريع منجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي وفي إطار الاتفاقيات الثنائية: أجاز المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة في جميع الحالات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وذلك عندما تنص اتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى[22]، غير أن التساؤل الذي يطرح هنا يكمن في الاعتبارات التي استند عليها المشرع الجزائري في إخراج هذه الحالات من الخضوع للقاعدة العامة في إبرام الصفقات المتعلقة بها؟ وهل أن مبرر الاعتبارات السيادية كان كافيا في إخراجها ما دام أنه لا تظهر أية خصوصية تستدعي خرق مبدأ المساواة والشفافية بين المتعاملين الاقتصاديين في منح مثل هذه الصفقات؟[23].

الفرع الثاني: شروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي لإبرام الصفقة العمومية: سوف نخصص هذا الفرع للتطرق إلى الشروط المطلوبة عند لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي البسيط في إبرام صفقاتها أولا وإلى شروط لجوئها إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة ثانيا.

أولا: شروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي البسيط: ألزم المنظم الجزائري المصلحة المتعاقدة عند اختيارها الطريق الاستثنائي في إبرام صفقاتها - إضافة إلى تحقق جملة من الحالات التي ذكرناها سابقا – بجملة من الشروط عليها التقيد بها في جميع معاملاتها المبنية على التراضي تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- تحديد حاجيات ومتطلبات المصلحة المتعاقدة مسبقا وهذا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة، وذلك في ظل التقيد بأحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر.
- ضرورة تأكد المصلحة المتعاقدة من القدرات المادية والتقنية والمهنية التي يحوزها المتعامل الأقتصادي المراد التعاقد معه، ومن ثم عليها اختيار المتعامل الاقتصادي الذي يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية.
- يتم تنظيم مفاوضات المصلحة المتعاقدة مع المتعامل الاقتصادي وفقا للشروط المحددة في الفقرة 6 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر، ويشترط كذلك أن تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية[24].

ثانيا: شروط لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة: ينبغي للمصلحة المتعاقدة في حالة لجوئها إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة أن تتقيد بجملة من الشروط ذكرتها المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- على المصلحة المتعاقدة استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، غي أنه لا يجب على المصلحة المتعاقدة إخضاع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية هذا في حالة استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض.
- أما إذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال التي ينص عليها المرسوم المتعلق بالصفقات وتفويضات المرفق العام وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، وفي حالة ما إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفتر الشروط التي تخص شروط المنافسة، فإنه يجب عليها في هذه الحالة تقديمه إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة لدراسته وإطلاق طلب عروض جديد[25].
- يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة عندما يتعلق الأمر بصفقات ذات الخصوصية السرية والاستعجالية وتلك التابعة مباشرة إلى المؤسسات العمومية السيادية أو المبرمة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي برسالة استشارة على أساس دفتر شروط يخضع – قبل الشروع في الإجراء – لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة[26].

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة التي تطرقت إلى مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بالتراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية تبين لنا بأن المنظم الجزائري قد حاول من خلال هذا الأسلوب إعطاء المصلحة المتعاقدة نوع من الحرية في اختيار المتعامل الاقتصادي المتعاقد معها، وذلك بوجوب التغاضي عن الإجراءات الشكلية والآجال الطويلة التي تتطلبها عمليات التعاقد عن طريق طلب العروض، كل هذا كان من أجل تمكينها من دفع عجلة التنمية وتوفير الحماية اللازمة للصفقات العمومية من مختلف درجات ومستويات الفساد ومن مختلف أشكال التلاعب بالأموال العامة، لاسيما وأن الصفقات العمومية تعتبر من أهم أعمال الدولة التي تتطلب تسخير ميزانية ضخمة لإنجازها.

وتماشيا مع هذه الحرية ومع الطابع الاستثنائي لأسلوب التراضي حصر المشرع الجزائري الحالات الخاصة التي يسمح فيها للمصلحة المتعاقدة اختيار هذا الطريق لإبرام صفقاتها بحيث لا يمكن الخروج عنها والاستناد إلى غيرها بما يكفل عدم إفراطها في توظيفه من جهة ولضمان حسن ترشيد فعالية النفقات العمومية وفقا لمبادئ الشرعية والنجاعة والشفافية من جهة أخرى.

غير أنه ومع وجاهة الأحكام القانونية التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في ضبط نموذج التراضي بشكليه - البسيط وبعد الاستشارة - ضبطا صحيحا وسليما عن طريق حصر حالاته وتحديد شروطه إلا أن المنظم الجزائري لم يحطه بالعناية الكافية التي تجعله ضامنا حقيقيا لحماية المال العام من شتى أنواع الفساد، مادام أنه لم يستطع إبعاد كل اللبس والغموض عن الضوابط القانونية التي تؤطره، وهو ما قد يعطي المصلحة المتعاقدة فرصة ذهبية لاستغلال هذا الأسلوب لإبرام صفقات مشبوهة تكون مبنية على محاباة متعاملين اقتصاديين لا تتوفر فيهم معايير اختيار مناسبة، الأمر الذي قد ينجر عنه إهدار المال العام وإسرافه بطريقة بعيدة عن العقلانية وحسن ترشيد النفقات العامة، إضافة إلى عدم القدرة على الإيفاء بالالتزامات التعاقدية في الآجال المحددة، الأمر الذي يجعل عملية إبرام الصفقات العامة قد لا تستجيب للحاجيات والمتطلبات التي يحتاجها سير المرفق العمومي نتيجة النقص في الدعوة للمنافسة وعدم نشر الإعلان بالكيفية اللازمة وهو ما يحرم المصلحة المتعاقدة من الحصول على أفضل العروض وأحسنها لاسيما من حيث السعر والجودة.

على هذا الأساس ينبغي على المنظم الجزائري ضبط حالات وشروط التراضي ضبطا ينفي عنها كل اللبس و الغموض وذلك من خلال توضيح النقاط التالية:

- إعطاء الأهمية اللازمة لمسألة الإشهار فيما يخص الصفقات التي تبرم بإتباع نموذج التراضي، إذ أن إهمال هذا الجانب يشكل غطاءا قانونيا للمصلحة المتعاقدة قد تستغله لإبرام صفقات مطعون في شرعيتها وفي شفافيتها، ومن ثم فإنه ينبغي على المنظم الجزائري إعادة النظر في مسألة إشهار كل الصفقات بما فيها تلك المبرمة بطريق التراضي بالشكل الذي يلزم المصلحة المتعاقدة بإجراء إعلان شامل وواسع لها ليكون هناك نوع من المصداقية.

- ضرورة إعطاء تفسير جلي للمقصود بمصطلحي الاستعجال والخطر الداهم الذين يخولان للمصلحة المتعاقدة تحاشي اللجوء إلى أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها واللجوء إلى الأسلوب الاستثنائي (التراضي)، حيث باستطاعة المصلحة المتعاقدة إعطاء مفهوم واسع لهذين المصطلحين في أي صفقة تريد بمقتضاها الخروج على القاعدة العامة في إبرامها.

- ضرورة توضيح أكثر للحالات التي تبرم فيها الصفقات التي تمتاز بالسرية وتلك التي تتعلق بحالة الأشغال التابعة لهيئات سيادية فهي حالات غامضة جاءت بصفة مطلقة ودون تحديد أو ضبط.

الهوامش

[1] - عرفت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 منشور في الجريدة الرسمية، الصادرة في 20 سبتمبر 2015، العدد رقم 50، الصفقات العمومية بأنها **" عقد مكتوب في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجيات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات"**

[2] - أحمد دغيش، الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، محاضرة ألقيت بمناسبة الملتقى .....ص 2.

[3] - تأكيدا لهذه المبادئ نصت المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي سبقت الإشارة إليه على ما يلي " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.

[4] - جاء في نص المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الذي سبقت الإشارة إليه على ما يلي " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي."

[5] - يعتبر الرضا في التعاقد أحد الأركان الضرورية سواء في العقود الإدارية أو العقود الخاصة، إذ يصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا بتخلفه.

[6] - بن محمد محمد وحليمي منال، صفقات التراضي في الجزائر – أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة -، دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 175.

[7] - مدين أمال، مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي، دون تاريخ ولا مكان نشر، ص 36.

[8] - يمكن أن نشير إلى نقطة أساسية تتمثل في أن أسلوب التراضي تحول إلى قاعدة استثنائية في إبرام الصفقات العمومية ابتداء من سنة 1996 فقط وذلك نتيجة دخول الدولة الجزائرية مرحلة اقتصاد السوق وما نتج عنه من ضرورة فتح الصفقات العمومية تدريجيا للمنافسة. وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر بالخصوص – بن محمود بوزيد، تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السابع، العدد السادس، 2018، ص.

[9] - بن محمد محمد وحليمي منال، المرجع السابق، ص 176

[10] - تبون عبد الكريم، الحماية الجنائية للمال العام في مجال الصفقات العمومية – دراسة مقارنة – أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 71.

[11] - زواوي الكاهنة، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون 247/15، مجلة الشريعة والإقتصاد، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017، ص 44.

[12] - تبون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 75.

[13] - تبون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 73.

[14] - زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 42.

[15] - تبون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 75.

[16] - بن محمد محمد وحليمي منال، المرجع السابق، ص 185.

[17] - تبون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 75.

[18] - زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 45.

[19] - أنظر المطة 4 من نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم رقم 247/15 السالف الذكر

[20] - أنظر المطة 3 من نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم رقم 247/15 السالف الذكر.

[21] - زواوي الكاهنة، المرجع السابق، ص 46.

[22] - أنظر المطة 5 من نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم رقم 247/15 السالف الذكر.

[23] - بن محمد محمد وحليمي منال، المرجع السابق، ص 186.

[24] - أنظر المادة رقم 50 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر

[25] - أنظر الفقرة الأولى والثانية والثالثة من المادة رقم 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر

[26] - أنظر الفقرة الخامسة من المادة رقم 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 السالف الذكر