



جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

إجراء التفاوض اللاتنافسي في الصفقات العمومية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: القانون الإداري

تحت إشراف الأستاذ:

- بن بدرة عفيف

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالبة:

- حمادي حبيبة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

حميدة فتح الدين محمد

الأستاذ

مشرفا مقرا

بن بدرة عفيف

الأستاذ

مناقشا

بافضل محمد بلخير

الأستاذ

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت في : 2024/ 06 / 27



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس - سطيف



كلية الحقوق والعلوم السياسية
مصلحة الترتيبات
الرقم:م.ت/

تصريح شرقي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: حمادي حديرة الصفة:

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 27 158119 والصادرة بتاريخ: 2015/04/05

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: القانون العام

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

إجراء المقارنات اللا تنافسي في الصفقات العمومية

أصيح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

امضاء المعني

Ham



* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوفاية من السرقة العلمية ومكافحتها

كلمة شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني وسدد خطاي في إنجاز هذا العمل

أتقدم بالشكر الجزيل إلى من ساعدتني في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد خاصة

عائلتي التي قدمت لي الدعم طيلة مشواري الدراسي

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي الدكتور بن بكرة عفيف الذي رافقني في عملي هذا

وأفادني بنصائحه وتوجيهاته في جميع محطات إنجازي لهذه المذكرة

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة

إهداء

إلى من وهبتي العطاء والحنان وكانت سندا لي في الشدائد وبسمتي وتوفيقي في الحياة

"أمي الحنونة" حماك الله لي وجزاك الله خير الدارين وأطال الله في عمرك.

إلى مدرستي الأولى في الحياة ومن وهبني كل ما يملك "أبي الغالي" أطال الله في عمرك.

إلى "زوجي الكريم" الذي دعمني ورفع من معنوياتي وإلى عائلته الكريمة

إلى أخي العزيز وأخواتي وزوج أختي الذين شجعوني طيلة مشواري الدراسي

إلى أبناء أختي "عماد الدين وأشواق"

مقدمة

تعتبر الصفقات العمومية أداة إستراتيجية مهمة لتنفيذ العمليات المالية المتعلقة بالمرافق العامة، والتي تلعب دورا حيويا في تعزيز تدفق الأموال العامة ودعم الاقتصاد الجزائري من خلال زيادة النفقات العمومية وتنشيط العجلة الاقتصادية. ويعد نظام الصفقات وسيلة فعالة لاستغلال وإدارة الأموال العامة بكفاءة.

شهدت الصفقات العمومية في الجزائر على مراحل طويلة منذ 1967 إلى 2015 تعديلات كثيرة بظهور تنظيمات وإلغاء أخرى حيث تم تسجيل كثرة التدخلات والنصوص المتعاقبة في كل مرة ويرجع السبب الرئيسي في هذه السيولة من النصوص إلى الصلة والتلازم الوثيقين بين مجالات الصفقات العمومية وبين مستوى التضخم والحركة المالية ووضعية الخزينة العامة، لذلك فقد كان اعتماد آلية التنظيم مثلما هو الحال في المرسوم 15-247 هي الأنسب وذلك للأسباب الآتية:

- سهولة ظهور التنظيم في شكل مرسوم رئاسي.
- سهولة ومرونة تعديل بعض مواده أو إلغاء أخرى.

عملا بنص المادة 139 في فقرتها العاشرة من التعديل الدستوري لعام 2020 والمتضمن نقل اختصاص الصفقات العمومية من التنظيم إلى التشريع، صدر القانون رقم: 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، وهو قانون يعزز الشفافية وتسهيل الولوج للطلبات العمومية ويعزز الرقابة أيضا ويندرج القانون في إطار مخطط لإصلاح المالية العمومية ويهدف لترقية الشفافية لتسيير الأموال العمومية وتقديم الحسابات.

حيث حظيت الصفقات العمومية كأسلوب من أساليب تعاقد الإدارة باهتمام كبير من قبل أغلب التشريعات، والتي حرصت على تنظيمها وتحديد أبرز مراحلها وتطبيق أهم مبادئها. ومن بين الأساليب التي تعتمد عليها الإدارة في إبرام صفقاتها أسلوب التراضي ويسمى هذا الأسلوب أيضا باسم الاتفاق المباشر، فهو أسلوب أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في اختيار الشخص الذي تتعاقد معه.

و بما أن الصفقات العمومية وجه من أوجه الإنفاق العام، أو الأداة الرئيسية لإنفاق الدولة، ونظرا للأموال الضخمة التي تنفقها في هذا المجال كان من الضروري على الدولة إحاطتها بعدة أنواع من

الرقابة التي تلازم مختلف مراحلها وذلك قبل إبرام الصفقة ودخولها حيز التنفيذ أو بعد التنفيذ . والغرض الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد.

أسباب دراسة الموضوع

من أسباب دراسة هذا الموضوع هو الرغبة في بحث في مجال الصفقات العمومية بصفة عامة يعتبر من المواضيع المهمة نظرا لكون هذا القطاع يرتبط بالمال العام وهو ما منحنا الدافع والعزيمة للبحث في طريقة استثنائية من طرق إبرام الصفقات العمومية والتي تتمثل في إجراء التراضي. وللاطلاع أكثر وكذا التعرف على مختلف الرقابات التي تمارس على الصفقات العمومية ومحاولة معرفة الدور الذي تلعبه لتحقيق مخططات وأهداف الدولة، وحماية المال العام والوقاية من الفساد.

أهمية دراسة الموضوع

تهدف دراستنا إلى تسليط الضوء على إجراء التراضي كقاعدة استثنائية لإبرام العقود في الصفقات العمومية دون الدعوة الشكلية للمنافسة (التفاوض اللاتنافسي)، وكذلك الرغبة في الاطلاع والتعرف على مختلف الرقابات التي تمارس على الصفقات العمومية ومحاولة معرفة الدور الذي تلعبه لتحقيق مخططات وأهداف الدولة، وحماية المال العام والوقاية من الفساد.

أهداف دراسة الموضوع

يتمثل الهدف الأساسي من هذه الدراسة في جعل هذه المذكرة بمثابة إضافة حقيقية في مجال البحث العلمي من خلال إبراز أهم المستجدات التي نص عليها المشرع الجزائري في مجال الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي كإجراء استثنائي.

المنهج المتبع

نظرا لما تقتضيه طبيعة دراسة الموضوع استعنا في هذه الدراسة بعدة مناهج بدءا بالمنهج التحليلي نظرا لطبيعة الموضوع الذي يجب فيه تحليل النصوص القانونية التي جاءت في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والقانون الجديد رقم 12-23 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذا تم استخدام المنهج الوصفي الذي

يقتضي سرد المعارف النظرية وتوضيح المفاهيم المستتبطة وكذا التعاريف، مع استدلالنا بالنصوص القانونية أحيانا والآراء الفقهية، كما اعتمدنا المنهج المقارن الذي يقف على مقارنة النصوص القانونية الجديدة المتعلقة بالمرسوم الرئاسي المستحدث 247/15 بالنصوص القانونية المعتمدة سابقا، وذلك من أجل فهم الترابط والتسلسل بين النصوص القانونية المنظمة لمجال الصفقات ومدى تجسيدها في أرض الواقع.

الإشكالية

ومن خلال هذا المنظور المبدئي، يمكننا صياغة الإشكالية الرئيسية لموضوع دراستنا كالتالي:

ما مدى جواز اللجوء للتفاوض عند إبرام العقد الإداري وما الأحكام التي تنظمه؟

بناء على ما سبق بيانه وللإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم موضوعنا محل الدراسة إلى فصلين حيث قمنا في الفصل الأول بالتطرق إلى القواعد العامة للتفاوض حول الصفقة العمومية حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم عملية التفاوض في الشريعة العامة، وفي المبحث الثاني إلى إجراء التفاوض الرضائي في الصفقة العمومي، أما الفصل الثاني سنتناول فيه إجراء إبرام الصفقة ومراقبتها من دون فتحها على المنافسة، في المبحث الأول سنتطرق إلى الصفقة العمومية بالتراضي ومن دون فتحها على المنافسة، وفي المبحث الثاني إلى مراقبة الصفقة العمومية اللاتنافسية.

الفصل الأول

القواعد العامة للتفاوض

حول الصفقة العمومية

تمهيد:

باعتبار 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 والتطرق لمبدأ التفاوض وتطبيقاته.

ولدراسة إجراء التفاوض اللاتنافسي في الصفقات العمومية بشكل مفصل ودقيق قمنا بتقسيم الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان: القواعد العامة للتفاوض حول الصفقة العمومية إلى مبحثين: المبحث الأول بعنوان مفهوم عملية التفاوض في الشريعة العامة، والمبحث الثاني تحت عنوان: إجراء التفاوض الرضائي في قانون الصفقة العمومية.

المبحث الأول: مفهوم عملية التفاوض في الشريعة العامة

يعتبر التفاوض أحد أهم الأدوات الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف من أجل تحديد الالتزامات المترتبة خلال مرحلة التفاوض، تحديداً دقيقاً يستجيب لمتطلبات العملية التفاوضية، وتتعدد استخدامات عقود التفاوض في مجال عقود التجارة، في صور وأشكال مختلفة وذلك بحسب حاجة الأطراف.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم عقد التفاوض، وفي المطلب الثاني أركانه.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض

يقتضي تحديد مفهوم عقد التفاوض ببيان مضمونه، من خلال تعريفه، وبيان الطبيعة القانونية له واستخلاص خصائصه.

الفرع الأول: تعريف التفاوض

ويسميه البعض باتفاق المبدأ *L'accord de principe*، وهي التسمية الشائعة له والحكمة من هذا المصطلح، يكشف على أن هذا العقد ينظم من حيث المبدأ انعقاد عقد محتمل، غير أن هذه التسمية قد تتسع في بعض الحالات حيث لا يقتصر على مجرد اعتبار اتفاق لتنظيم المفاوضات، وإنما قد يشكل في حالات أخرى، اتفاقاً مرحلياً يتخلل المفاوضات، ويهدف إلى صياغة المسائل التي توصلت الأطراف للاتفاق عليها.

ويعتبر عقد التفاوض من العقود غير المسماة، التي لم يتناولها المشرع لا بالتعريف ولا بالتنظيم، الأمر الذي دفع بالفقه إلى محاولة تعريف عقد التفاوض وتحديد أحكامه العامة، اعتماداً على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد التفاوض على أنه (عقد يلتزم بمقتضاه الطرفان ببدء عملية التفاوض أو متابعتها أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل)، في حين ذهب جانب آخر من الفقه، إلى القول أن عقد التفاوض (هو عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه، وعناصره الأساسية أو الثانوية).¹

¹ بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون عام، جامعة الإخوة - منتوري - قسنطينة، 2016-2017، ص 25.

فالإدارة تعمل على الحصول على أحسن عرض من حيث السعر والجودة والأجل أي تخفيض السعر ورفع الجودة، أما المترشح فيعمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على الأرباح. ولتحقيق ذلك وجب على كل طرف إتباع سياسة معينة خاصة المصلحة المتعاقدة، فلا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع بحرية في تنظيمه ولكن دون أن تكون هذه الحرية مطلقة، فعليها احترام بعض المبادئ المتعلقة بالتفاوض والمتمثلة في:

- مبدأ عدم المساس بالعرض: بمعنى انه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض .
- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين: وذلك بوضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المترشحين دون تمييز.
- مبدأ سرية العروض: فلا يجب على الإدارة الإداء للمترشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مترشحين آخرين مثل: الأسرار التجارية، براءة الاختراع، الخ ..
- مبدأ شفافية الإجراءات: فعلى الإدارة بمجرد اللجوء للتفاوض إعلام المترشحين بذلك وبالشروط التي تنظمها مثل شكل التفاوض، مدة التفاوض، شروط التفاوض ..
- مبدأ تتبع الإجراءات: حيث يستلزم التفاوض إمكانية تتبع مجمل المفاوضات مع المترشحين¹.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التفاوض

عقد التفاوض لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط والأركان المقررة لإبرام العقد بوجه عام وهي: الرضا، السبب، المحل، لكن الإشكال يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لعقد التفاوض ومدى ما يتمتع به من ذاتية واستقلال في ظل ارتباطه بإنشاء عقد آخر، ووقوعه في مرحلة التفاوض السابقة على مرحلة إبرام العقد، وهنا ينبغي حصر النقاش في التفرقة بين ما إذا كان عقد التفاوض قد تم في إطار اتفاق مبدئي مستقل لا يحتوي عقد آخر، أم أنه ولد في صورة شرط أو تحفظ يتضمنه عقد آخر قائم².

وتبدو أهمية هذه التفرقة في مجال الإثبات، إذ سهل إثبات الاتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا لشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة وقد يتحقق الإثبات الكتابي للالتزام بالتفاوض من الرسائل المتبادلة بين الأطراف خلال فترة المفاوضات.

¹ دراجي سيهام، قاضي اسمهان، إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص: إدارة ومالية، جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة، 2016، ص 35.

² غرابيية، تقنيات التفاوض في العقود الدولية، المحاضرة رقم 06: ماهية عقد التفاوض، 2023، ص 01.

ففي حالة وروده في صورة شرط يتضمنه عقد آخر قائم، لا تثير المسألة صعوبة تذكر، بحيث يعتبر اتفاق التفاوض جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به، ولا يتمتع بأي وجود ذاتي مستقل عنه، باعتباره شرطا فيه، ولأنه يشكل في هذه الحالة اتفاقا على التفاوض، بشأن تنفيذ هذا العقد وليس إبرامه وبالتالي يضاف الالتزام بالتفاوض إلى سائر الالتزامات المرتبة على هذا العقد، وينصب الحديث إذاً حول القيمة القانونية لهذا الالتزام.

بينما تنشأ الصعوبة إذا تم الاتفاق على التفاوض استقلالا، أي يقصد إبرام عقد مستقل، ليس بتنفيذ عقد قائم، وهو ما يشير إليه الفقه والقضاء في فرنسا باستخدام مصطلح الاتفاق المبدئي، وقد ذكرنا أن محكمة النقض الفرنسية، وفقا لما جرى عليه قضاؤها منذ حكم 1958/03/24 ترى في هذا الاتفاق رابطة عقدية، كما يتقيد به الأطراف حيث أنشؤوا بمقتضاه وتمهيدا لإبرام العقد النهائي، التزاما بالاستمرار في التفاوض¹.

الفرع الثالث: خصائص عقد التفاوض

لما كان عقد التفاوض ينصب على عملية التفاوض التي هي مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي، يجري خلالها التحضير و التمهيد إبرام العقد المنشود، و تنتهي هذه المرحلة بمجرد صدور الإيجاب، أي أنها مرحلة مؤقتة و نتائجها احتمالية، بحيث قد تؤدي إلى إبرام العقد النهائي، كما قد تفشل المفاوضات، و من ثم فإن عقد التفاوض يصطبغ بخصائص هذه المرحلة، فهو عقد تحضيري و مؤقت، و يغلب عليه طابع عدم اليقين، كما أنه يترتب التزامات خاصة.

أولاً: عقد التفاوض هو عقد تمهيدي

بمقتضى عقد التفاوض تبدأ مسيرة المفاوضات والتي تمهد لإبرام العقد النهائي ويتم تنظيم علاقات طرفي المفاوضات على نحو معين يقود إلى إبرام العقد النهائي.

إن عقد التفاوض بهذا المفهوم لا يكون مقصدا بذاته، وإنما الهدف منه هو التحضير والتمهيد للعقد المراد إبرامه، من وراء التفاوض عليه على نحو سليم، يقود إلى إتمام العقد المنشود، ويترتب عن اتفاق التفاوض عدم إلزام الطرفين بإبرام العقد النهائي، و إنما يلزمهما فقط بالتفاوض، من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

¹ محمد عبود، الطبيعة القانونية للاتفاقيات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وأثارها، مذكرة ماجستير، تخصص: قانون أعمال، جامعة سعد دحلب البليدة، 2007، ص64.

وهذا الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول لأي من طرفيه حقا ذا طبيعة مالية تعاقدية متعلقة بالعقد النهائي، فلا يرتب للشخص حقا عينيا يحد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض، كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع، بل إن الالتزام الذي يولده عقد التفاوض هو التفاوض ومواصلته، وفقا لمقتضيات حسن النية و شرف التعامل¹.

ثانيا: إنه عقد مؤقت

يتميز عقد التفاوض بأن له طابعا مؤقتا، وسبب ذلك أن المفاوضات ليست المقصد الحقيقي للأطراف الراغبة في التعاقد، وإنما هي مرحلة أو أداة للوصول إلى الاتفاق النهائي، ومن ثم فإن عقد التفاوض يتميز بطابعه المؤقت، بحكم أنه يعكس مرحلة معينة تنتهي لحظة إبرام العقد النهائي، وهذا الأخير هو الغاية النهائية والأخيرة للعملية التفاوضية، وعليه فإن العقد النهائي يحل محل جميع العقود التي تبرم خلال مرحلة التفاوض على العقد، وعلى ذلك فإن عقد التفاوض ينتهي بانتهاء المفاوضات ولا تكون له أهمية بعد ذلك، إلا في حالة الاعتماد عليه كأداة لتفسير إرادة الأطراف أو في حالة ترتيب المسؤولية العقدية، لأي من أطرافه بسبب الإخلال بالالتزامات المترتبة عنه.

ثالثا: عقد يغلب عليه طابع عدم اليقين

تتسم المفاوضات بطابعها الاحتمالي، ذلك أن المتفاوض لا يعلم عند دخوله في المفاوضات أن العقد النهائي سيبرم، أو أن المفاوضات ستؤول إلى الفشل، ومن ثم فإن عقد التفاوض يغلب عليه طابع عدم اليقين، لأنه ينصب على العملية التفاوضية ذاتها. وعليه يذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن العقود التحضيرية أو عقود التفاوض بصفة عامة، لا تعد عقودا تامة بالمعنى الدقيق للكلمة (Ils ne sont pas complètement des contrats)، فهي تعد فقط انعكاسا لإرادة الأفراد الغير واضحة، والتي تتجه صوب إبرام عقد مازال لم يكتمل بشأنه التصور في الاتفاق على بعض الجوانب الهامة، و من ثم فإن العقد النهائي لا يمكن الجزم بأنه سيبرم أم لا، فهو عقد يغلب عليه الطابع الاحتمالي².

رابعا: أنه عقد رضائي

مؤدى ذلك أن عقد التفاوض يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فيما يتعلق بموضوع التفاوض، ويترتب عن عقد التفاوض الدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد نهائي، لا يحتاج

¹ بوظبالة معمر، المرجع السابق، ص 26.

² نفس المرجع، ص 27.

إلى إفراغه في شكل معين ، ويظل عقد التفاوض عقدا رضائيا حتى ولو كان العقد النهائي المقصود، عقدا شكليا يحتاج إلى التسجيل و التوثيق، ما لم يتفق الطرفان أو ينص القانون على خلاف ذلك.

لذلك يكفي في عقد التفاوض، اقتران الإيجاب بالقبول لينشأ العقد.¹

خامسا: أن عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة

إن عقد التفاوض هو عقد حقيقي، تتوفر فيه الأركان الأساسية لقيامه، وهي توافق الإرادتين ووجود محل، وهو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، فضلا عن وجود دافع أو باعث إلى التعاقد، وهو إبرام العقد النهائي.

وعليه، فإن عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة، تتمثل أساسا في الالتزام بالدخول في المفاوضات الاستمرار فيها، غير أنه لا يلزم الأطراف بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وإنما يلزمهم فقط ببذل العناية من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، ومن ثم فهو لا يرتب التزاما بتحقيق نتيجة، كما أن العقد النهائي لا يبرم بمجرد إظهار أحد طرفي التفاوض رغبته في التعاقد، بل يستوجب وجود تراضي جديد على عناصر وشروط العقد النهائي، كما أن انسحاب أحد أطراف التفاوض من المفاوضات، لا يخول للقاضي الحكم بانعقاد العقد النهائي، بل يرتب فقط مسؤولية من انسحب من المفاوضات، إذا كان هذا الانسحاب لا يستند إلى سبب جدي أو موضوعي.²

المطلب الثاني: أركان وصور عقد التفاوض

إن عقد التفاوض كغيره من العقود الأخرى، لا بد أن تتوفر فيه أركان وهي الرضا، والمحل والسبب، بالإضافة إلى صوره وكذلك شروط صحته، وهي خلو الإرادة من عيوب الرضا فضلا عن الأهلية، حتى يكتمل البناء القانوني لعقد التفاوض ولا يتهدده البطلان.

الفرع الأول: أركان العقد:

التفاوض على العقد عموما هو تصرف إرادي يتم دائما برضى الطرفين و بالاتفاق المشترك سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا أو مكتوبا أو شفويا، كما يجب أن يكون عقد التفاوض ممكنا ومعينا، أو قابلا

¹ بوظبالة معمر، المرجع السابق، ص 28.

² نفس المرجع، ص 28.

للتعيين، كما يشترط أن يكون مشروعاً، فضلاً عن توافر الباعث أو الدافع إلى التعاقد وإلا كان عقد التفاوض باطلاً.

أولاً: ركن الرضا

أ- تعريف الرضا:

الرضا هو ركن جوهري في العقد ذلك أن العقد يستمد منه قوامه،¹ ويتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، بغرض إحداث أثر قانوني، وهو ترتيب التزامات معينة ويتكون التراضي طبقاً للقواعد العامة من الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو التعبير عن إرادة الشخص الذي يوجه العرض الأول للتعاقد، والذي يجب أن يكون جازماً و باتاً و نهائياً، ومتى اقترن بإرادة مقابلة، وهي القبول انعقد العقد.

وقد تناول المشرع الجزائري ركن التراضي، حينما نصت المادة 59 من القانون المدني، على أنه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)، وتضيف المادة 60 من القانون المدني، عند تناولها طرق التعبير عن الإرادة بقولها: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداوله كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته، على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً).

وعليه يمكن القول بأن عقد التفاوض يتم بمجرد تبادل إيجاب و قبول متطابقين، وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوة إلى الطرف الآخر للدخول في التفاوض، وهي تعد بمثابة إيجاب بالتفاوض وتتضمن اقتراحاً للتعاقد، وعندما تصادف هذه الدعوة قبولا من الطرف الآخر، ينعقد عقد التفاوض.

وأيضاً يشترط في الإيجاب بالتفاوض أن يكون جازماً و حاسماً، صادراً عن نية قاطعة ونهائية، يعكس عزمًا نهائياً على التفاوض، كما يجب أن يكون القبول بالإيجاب غير مقترن بأي قيد أو شرط.²

يعد الرضا شرطاً لازماً في الصفقة العمومية على غرار كل العقود، إذ تتم الصفقة العمومية كأى عقد آخر باقتران إرادتين، يعبر عنهما بالإيجاب والقبول، فأرادة المتعهد تمثل إيجاباً وإرادة المصلحة المتعاقدة تمثل قبولا، تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات متبادلة في ذمة الطرفين.¹

¹ معمري صونية، وعراب نورة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق عبد الرحمان ميرة بجاية 2017 .8

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 30.

فإذا كان الرضا غير مستقل وواضح، أو إذا كان مشوباً بعييب من عيوب الرضا، فإن العقد يكون باطلاً، وذلك كتعويض للإرادة وحماية لحرية الإرادة.

بحيث يقول الفقيه François Terre بهذا الصدد: "لقد تم اعتبار أن تلاقي إرادتي الأطراف الحرة والواضحة تؤدي مبدئياً إلى نتائج صحيحة ... ولكن نذهب أبعد من ذلك إذا ما اعتقدنا أن الذين حرروا تقنين المدني اعتبروا، عن طريق سبب واحد الناتج عن حرية الاتفاق بين الإرادتين، بأن العقد كان صحيحاً بالنسبة لمن كانوا أطرافاً فيه، وأنه مفيد بالنسبة للمجتمع.²

ب- عيوب الرضا:

عيب الرضا هو اختلال في رضا العاقد ناشئ عن بعض عوامل مراقبة لانعقاد العقد تخلت بسلامة اختياره لولا تأثيرها في نفسه لما أقدم العاقد على العقد، وهذه العوامل التي تورث عيب الرضا هي: الغلط والتدليس، والإكراه، والغبن.

1- الغلط:

الغلط هو فهم الأشياء على غير حقيقتها أو توهم غير الواقع³، ويشترط في الغلط الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذي وقع فيه وقت إبرام العقد أن يكون جوهرياً وقد عرفت المادة 82 من القانون المدني الجزائري الغلط الجوهري بقولها: (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ من الجسامه بحيث يتمتع معه المتفاوض عن إبرام العقد لو لم يقع في غلط و يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص ما وقع في صفة بالشيء يراها المتعاقدين جوهرياً و يجب اعتبارها كذلك نظراً للظروف التي أبرم فيها العقد و لحسن النية التي يجب أن تسود التعامل أن تقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته أو كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد).⁴

بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري، يلاحظ أن الغلط في صفة الشيء أكثر شيوعاً من الغلط في ذات المتعاقد.

يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطالب بإبطال العقد ، على أن لا يتعارض طلب

¹ إيرين نوال، ركن الرضا في الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، 01، المركز الجامعي تيبازة، 2022، 251.

² بن بكرة عفيف، حق المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، 2016-2017، 40.

³ إيرين نوال، نفس المرجع، ص 253.

⁴ بوطباله معمر، المرجع السابق، ص 33.

الإبطال مع حسن النية (المادة 85 من القانون المدني الجزائري). وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في ذات الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يبينه.

من أمثلة التطبيقات القضائية لإبطال الصفقة بسبب الغلط في صفة المتعاقد، حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Demegure) الصادر في 1956/04/26، حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة.¹

2- التندليس:

يعرف التندليس على أساس أنه استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد و حتى يستطيع المدلس عليه طلب إبطال العقد بسبب وقوعه في التندليس لابد أن يكون هذا الأخير قد بلغ من الجسامة بحيث لو علم به المدنس عليه لما أقدم على إبرامه وهذا ما ذهبت إليه المادة 86 من القانون المدني الجزائري حينما نصت (يجوز إبطال العقد للتندليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد) ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة (يعتبر تندليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).²

3- الإكراه:

يعرف الإكراه قانونا هو ضغط يمارسه شخص آخر بوسيلة ترهبه، فتحملة على تنفيذ ما يطلب منه، مثلا إبرام العقد. والإكراه بهذا المعنى لا يعدم الإرادة، وإنما يعيب الرضا. فإرادة المكره موجودة ولكنها فاسدة وذلك لأنها ليست حرة في مجال الاختيار، وإنما هي واقعة بين شرين فاخترت الأهون بينهما، لذلك فإن العقد المكره عليه يعد قابلا للإبطال لا باطلا، وذلك لأن الإرادة فيه معيبة وليست معدومة³، وقد نصت على ذلك المادة 85 من القانون المدني الجزائري (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الآخر الذي يدعيها أن خطرا محدقا به يهدده هو أو أحد أقاربه في نفس الجسم أو الشرف أو المال...)⁴.

و من ثم فإن للإكراه عنصران لا يقوم بدونهما يتمثلان فيما يلي:

¹ إيرابن نوال، المرجع السابق، ص 254.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 33.

³ عصام هزيمة، البيئة القانونية للأعمال، العقد كمصدر من مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 03.

⁴ بوطبالة معمر، نفس المرجع، ص 33.

- الأول مادي و يتمثل في الوسائل المستخدمة في الإكراه و التي من شأنها تهديد الطرف المكره.
- أما الثاني فهو معنوي و يتمثل في الرهبة المتولدة عن الوسائل المادية المستعملة والتي تأثر في نفس المتعاقد المكره دافعة إياه إلى التعاقد.¹

4- الغبن:

الغبن هو الضرر المالي الذي يصيب أحد المتعاقدين بسبب عدم تعادل قيمة الأدعين، كسواء مبيع بثمان مرتفع جدا... أي أنه عدم التوازن بين الأخذ والعطاء، فهو اختلال بالمعادلة الاقتصادية... والغبن بهذا المعنى ليس عيبا من عيوب الإرادة، وإنما هو عيب يصيب العقد ذاته، ويتمثل بعدم التكافؤ بين التزامات كل من المتعاقدين وهو اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه.

فهو الخسارة التي تلحق بأحد طرفي العقد فهو بذلك يعتبر المظهر المادي للاستغلال،² والقضاء الإداري في هذا الصدد يميل دائما إلى استقرار العقود الإدارية أكثر مما يميل إلى اعتبار هذا العيب من عيوب الإرادة، بحيث يمكن القول أنه ما لم تطرأ تغيير في الاتجاه القضائي الإداري مستقبلا فإن هذا العيب لا يعتبر سببا من أسباب بطلان العقود الإدارية.³

ثانيا: ركن المحل

حتى يكتمل البناء القانوني لعقد التفاوض كما هو الشأن بالنسبة للعقود الأخرى، لا بد أن يكون له محل، ومحل عقد التفاوض هو سعي الأطراف المتفاوضة إلى إبرام العقد النهائي.

وعليه، وطبقا للقواعد العامة، لا بد أن يكون المحل ممكنا أي أن لا يكون العقد المراد إبرامه مستحيلا في ذاته، كأن يكون العقد النهائي المراد إبرامه بيعا، وكان الشيء المبيع غير موجود في الحال، أو في المستقبل، أو أن يكون الشيء المبيع قد هلك قبل الاتفاق على التفاوض، وفي هذه الحالة يقع عقد التفاوض باطلا، و ذلك لعدم وجود المحل و هذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيه على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا).

ويشترط أيضا في المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وذلك بأن تحدد الأطراف طبيعته على الأقل، كأن

¹ مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص 142.

² <https://www.tribunal-dz.com>

³ مانع عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 142.

يكون عقد بيع أو عقد إيجار، وإلا كان العقد باطلا لعدم تعيين المحل، وهذا ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري، على أنه (إذا كان محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره، وإلا كان العقد باطلا...).

كما يشترط في العقد النهائي باعتباره المحل الذي تنصب عليه العملية التفاوضية أن يكون مشروعاً، أي ألا يخالف النظام العام والآداب العامة، حتى لا يكون عقد التفاوض باطلاً بسبب عدم مشروعية محله، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري، على أنه (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام، والآداب العامة كان العقد باطلاً).¹

ثالثاً: ركن السبب

طبقاً للقواعد العامة، فإن السبب يعني الباعث أو الدافع إلى التعاقد، بمعنى الهدف الذي يراد تحقيقه من قبل الأطراف من خلال الدخول في العملية التعاقدية، ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً و يفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، ومن ثم فإنه حتى يقوم عقد التفاوض لا بد أن ينبني على سبب أو باعث يدفع الأطراف إلى التفاوض، والسبب في عقد التفاوض هو إتمام العقد النهائي المزمع إبرامه.

وإذا كان الباعث أو الدافع إلى التفاوض هو إبرام العقد النهائي، فإن هذا السبب لا بد أن يكون مشروعاً، وإلا كان عقد التفاوض باطلاً وذلك لعدم مشروعية السبب، وهذا ما قضت به المادة 98 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقع الدليل على غير ذلك).²

خلاصة ما تقدم أن عقد التفاوض هو عقد حقيقي، تتوفر فيه جميع الأركان وشروط الصحة التي ينبغي أن تتوفر في أي عقد آخر، طبقاً لما تقضي به القواعد العامة وهي الرضى والمحل والسبب، ويرتب هذا العقد التزامات خاصة تتمخض عن إرادة الأطراف المتفاوضة من أجل تنظيم المسلك الإجرائي للعملية التفاوضية وذلك بهدف إضفاء الأمان على المفاوضات، لتلافي المخاطر والعقبات التي قد تعترض طريق نجاحها كما أن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض، يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، ومن ثم فإن الأطراف المتفاوضة تتمكن من إقصاء قواعد المسؤولية التقصيرية، من نطاق التفاوض نظراً لأنها لا تحقق لهم الأمان الكافي.

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 31.

² بوطبالة معمر، نفس المرجع، ص 32.

فضلا عن ذلك، فإن عقد التفاوض يعتبر وسيلة هامة من وسائل الإثبات، إذ أنه يلعب دورا في حالة اللجوء إلى دعوى المسؤولية إذ يعد وسيلة إثبات مضمونة لا سيما إذا كان مكتوبا حيث يعتبر دليل يثبت الطرف المدعي من خلاله مخالفة الطرف الآخر للالتزامات التي رتبها عقد التفاوض والتي أدى الإخلال بها إلى قطع المفاوضات¹.

الفرع الثاني: صور عقد التفاوض

يتخذ عقد التفاوض صوراً تستجيب لرغبة الأطراف بالاستمرار في التعاون بعد انقضاء العقد المبرم، حيث يتضمن هذا الأخير شرط التفاوض من أجل تجديد العقد، لاستمرار التعامل بين الطرفين، كما قد يتضمن العقد النهائي شرطا يقضي بالتصدي للظروف الطارئة التي قد تطرأ أثناء عملية تنفيذ العقد من أجل رفع المشقة عن المدين، الذي لا يستطيع تحمل الأعباء المستجدة، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، كما قد يتضمن العقد كذلك شرطا يقضي بالالتزام بالتفاوض، من أجل التسوية الودية للمنازعات التي قد تنشور بين الطرفين، بسبب تنفيذ العقد قبل عرض النزاع على القضاء أو التحكيم.

أولاً: شرط التفاوض من أجل تجديد العقد

إذا حقق العقد الغاية الاقتصادية التي أبرم من أجلها بالنسبة لطرفيه، فإن ذلك يحفز ويدفع الطرفين إلى السعي من أجل استمرار العلاقة التعاقدية، لمدة زمنية أخرى عن طريق تجديد العقد وفقا لشروط جديدة، ويحدث ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للعقود محددة المدة، حيث يبحث طرفا العقد إمكانية تجديد هذا النوع من العقود، عن طريق إدراج شرط في العقد يقضي بذلك.

ويلعب هذا الشرط دورا أساسيا في الحفاظ على مصير العقد، وذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض، لاختيار طريقة معينة من شأنها إبقاء العقد مستمرا، ولاسيما إذا كانت هذه العلاقة قد حققت نجاحا بين الطرفين في السابق.²

ثانياً: شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد

وهو الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد، ويلتزمان بمقتضاه بالتفاوض من أجل تعديل شروط العقد، في حالة حدوث ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، ويعرف هذا

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 29.

² بوطبالة معمر، نفس المرجع، ص 32.

الشرط تحت مسميات عديدة hardship وهو مصطلح إنجليزي، أو الظرف الطارئ clause d'imprévision، أو شرط المراجعة clause de révision، أو شرط العدالة والإنصاف clause d'équité، ويتم استخدام هذه المسميات للتعبير عن حالة من المشقة، أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغير الظروف التي أبرم على أساسها، و يقضي شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد من الأطراف، إعادة التفاوض لمواجهة الظروف التي أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد، من خلال مناقشة الالتزامات التي يرتبها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب، والعدل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف، الذي يواجه مشقة في تنفيذ التزاماته.¹

وتعد العقود الزمنية أو المستمرة المجال الخصب الذي يطبق فيه شرط إعادة التفاوض، بغرض تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، لأن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يمر العقد بمراحل زمنية متعاقبة كعقود نقل التكنولوجيا مثلا أو عقود التوريد ... إلخ.²

والملاحظ أن شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي، لا يطبق على العقود الاحتمالية التي تحدث بطبيعتها الكسب والخسارة الجسيمة، وتقوم على المخاطرة فلا يمكن للمتعاقد الذي يصاب بخسارة من جراء تنفيذه للعقد طلب تعديله، استنادا إلى تغير الظروف، لأنه كان عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات.³

ثالثا: شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع

أحيانا تتضمن بعض العقود والاتفاقات ذات التنفيذ المستمر (أي التي تمتد تنفيذها على فترة زمنية طويلة) شرطا يلزم أطرافها بالتفاوض حول مواضيع محددة، ويهدف هذا الشرط إلى إلزام طرفا العقد بالتفاوض إذا ما نشأ بينهما نزاع أثناء تنفيذ العقد، وذلك بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم.

تظهر أهمية شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاعات في أن:

- إرادة الأطراف تتجه غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى القضاء الوطني، ويعود ذلك إلى التخوف

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 35.

² غرايبيبة، المرجع السابق، ص 05.

³ بوطبالة معمر، نفس المرجع، ص 36.

من التعصب الذي قد يسيطر على القضاء الوطني، فضلا عن التخوف من أمر القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات الواجب إتباعها أمام المحاكم واللغة المستعملة، كل هذه الأمور وغيرها، تدفع الأطراف إلى تضمين العقد شرط التسوية الودية، كونه الحل الأنسب بالنسبة للجميع.

- لا لهذا الشرط أهمية أيضا تظهر في القوانين التي لا تسمح للقاضي بتعديل شروط العقد بهدف إعادة التوازن للعقد المبرم بين الطرفين.¹

الأصل أن يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع صريحا، وقد يرد ضمنا كأن ينص أحد بنود العقد على تعهد الطرفين بحل كل نزاع ينشأ عن العقد عن طريق التحكيم، إن لم تتجح المفاوضات في حله وحسمه، أو أن ينص أحد بنود العقد على أن (كل نزاع ينشأ عن هذا العقد ولا يتوصل الطرفان إلى تسويته وديا يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم).

قد يحدد شرط التسوية الودية للمنازعات مدة محددة للتفاوض ويلزم الطرفين بعدم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، إلا بعد انقضائها، من ذلك النص على أن (تحال إلى المحكمة.... كل المنازعات المتعلقة بتفسير هذا العقد أو تنفيذه، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل لها، خلال مدة لا تقل على شهرين).

وإذا تم الاتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع فإن ذلك لا يمنع أيا من الطرفين من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مباشرة، ولكن القضاء إذا نظر في الدعوى كان له أن يعتبر عدول أحد الطرفين عن التفاوض خطأ عقديا يستوجب التعويض، ويكون للقاضي أو هيئة التحكيم أن تتخذ عدول أو تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه وسوء نيته، ويعتبر الطرف الذي لم ينفذ التزامه بالتفاوض مخلا بالتزام عقدي وهو التعهد بالتفاوض، بغرض التوصل إلى حل ودي للنزاع القائم، الذي يعترض سبيل العقد وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية .

وما يشار إليه في هذا السياق أن شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع لا يلزم الطرفين بالتوصل إلى حل للنزاع القائم، لكن يلزمهما فقط بالتفاوض بحسن نية بغرض إيجاد حل للنزاع بالطرق الودية.²

¹ غرابيية، المرجع السابق، ص 06.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 38.

الفرع الثالث: شروط صحة عقد التفاوض

بالرجوع إلى القواعد العامة، فإن شروط صحة العقد هي شروط صحة التراضي، وهي الأهلية وسلامة الإرادة من عيوب الرضا.

أولاً: الأهلية

المراد بالأهلية، هي أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده إلى وفاته، وأهلية الأداء مناطها التمييز وحتى يقوم عقد التفاوض صحيحاً، لا بد أن تتوفر في المتفاوض أهلية الأداء بحكم أن الشخص عندما يريد الدخول في المفاوضات، فإن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني وهو نية الالتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن نية، وما يتفرع عنها من التزامات ومن ثم يجب أن يكون المتفاوض أهلاً لمباشرة هذه التصرفات، فضلاً عن ذلك، فإذا كان الهدف من عقد التفاوض هو إبرام العقد النهائي، فإن هذا الأخير سيقع باطلاً لانعدام الأهلية، أو قابلاً للإبطال لنقص أهلية المتفاوض، فلا جدوى من التفاوض على العقد، إذا كان سيؤدي ذلك في نهاية المطاف إلى إبطال العقد النهائي.¹

ثانياً: ألا تكون إرادة المتفاوض مشوبة بعيب من عيوب الرضا

ويشترط أيضاً لصحة العقد عموماً، ألا تكون إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا، وهي الغلط والتدليس والإكراه، ومن ثم إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بأحد هذه العيوب، كان التصرف الصادر عنها صحيحاً، و لكن يتهدده البطلان.

من خلال القيام بالتفاوض تهدف المصلحة المتعاقدة إلى إزالة الغموض عن الصفقة وهذا لتجنب التأويلات وما يتبعها من أخطاء في التقييم والاختيار، كما أن من خلاله تستطيع أخذ فكرة عامة عن المتعاقد معها لتحديد قدراته الفنية والمالية لأن هذه القدرات تعد من أهم المعايير التي يركز عليها حسن الاختيار خاصة وأن عامل الزمن قد لا يكون في صالح المصلحة المتعاقدة كما هو الوضع في حالة الاستعجال أو الضرورة.²

ومن أبرز عيوب الرضا في الواقع العملي في مجال إبرام عقود التجارة، هو التدليس بطريق الكتمان

¹ بوطباله معمر، المرجع السابق، ص 35.

² شيبوب صباح، عبيدي سعد سناء، طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 15-247، مذكرة مقدمة لنيل متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، شعبة حقوق تخصص: قانون عام اقتصادي، جامعة ورقلة، 2018-2019، ص 54.

الذي يرتب البطلان، إذا قام أحد المتفاوضين خلال عملية التفاوض بإخفاء معلومات، أو بيانات مؤثرة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه من قبل المتفاوض الآخر، مما يحول دون أن يكون رضاه سليماً ومنتوراً، و من تم فإن كتمان المتعاقد صاحب المعلومات بما كان يجب عليه أن يفضي به إلى الطرف الآخر، يعد في حد ذاته نوعاً من التدليس.

إن إعلام المتفاوض الآخر، والذي سيتم التفصيل فيه عند الكلام عن الالتزام بالإعلام، أصبح من أهم الالتزامات التي فرضتها التطورات، لاسيما في مجال عقود نقل التكنولوجيا الحديثة، إذ غالباً ما يتم هذا النوع من العقود بين طرف محترف مالك للتكنولوجيا، وطرف غير محترف مستورد للتكنولوجيا.

حاصل ما تقدم، فإن المفاوضات باعتبارها ساحة للتعاون، والأخذ والعطاء، تستلزم بالضرورة وجود إرادتين حرتين لا تخضعان إلى أي إجبار أو إكراه، وذلك تأسيساً على مبدأ حرية التعاقد الذي يقتضي حرية التفاوض، فإذا كانت إرادة أحد الطرفين المتفاوضين مشوبة بعيب من عيوب الرضا، سواء تعلق الأمر بالتدليس أو الإكراه...، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى انحراف العملية التفاوضية عن الغرض المتوخى منها، ويفتح المجال أمام المنازعات والتي لا تخدم بأي حال من الأحوال، استمرار التعاون واستقرار المعاملات¹.

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 33.

المبحث الثاني: إجراء التفاوض الرضائي في الصفقة العمومية

من أجل التمييز بين ركن الرضا والتراضي في إبرام الصفقات العمومية، يجب أولاً أن نعرف التراضي، كأسلوب لإبرام الصفقات العمومية تشريعاً وفقها، وإعمالاً لمبدأ لا اجتهاد مع صراحة النص، ونظراً لغياب الاجتهادات القضائية في مجال تعريف التراضي، فلا يتصور وجود تعريف قضائي، مخالف لما هو وارد في النص القانوني حيث تلجأ المصلحة المتعاقدة في بعض الأحيان إلى التعاقد عن طريق التراضي لإبرام الصفقة العمومية، وفق ما تم النص عليه في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وبالتالي فهي ملزمة باتباع المراحل والإجراءات الخاصة بهذا الأسلوب حسب كل حالة، وفي هذا المبحث نتطرق إلى إجراء التفاوض الرضائي في الصفقة العمومية مفهوم التراضي في الصفقة العمومية (المطلب الأول)، ثم إلى أشكال التراضي كأسلوب في الصفقة العمومية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التراضي في الصفقة العمومية

يتحدد مفهوم التراضي بإعطاء تعريف دقيق له (الفرع الأول) وكذا من خلال البحث في خصائصه التي تميزه وتعطيه طابعاً خاصاً به (الفرع الثاني)، وتمييز شرط الرضاء عن أسلوب التراضي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التراضي في الصفقة العمومية

أولاً: التعريف اللغوي للتراضي

اشتق التراضي من المصدر رضي، وفي لسان العرب الرضا مقصور ضد السخط. فقيل: رضي، يرضى، رضا ورضاً ورضواناً، ونظره بشكران ورجحان، ومرضاة فهو راضي من قوم رضا، ورضي من قوم أرضياء ورضاة، وقوله تعالى "رضي الله عنهم ورضوا عنه" وتأويله أن الله تعالى رضي عنهم ورضوا عنه¹ وما جازاهم به.

أيضاً يقال: تراضى، يتراضى، تراض، تراضياً، فهو متراض، تراضى الرجلان أي توافقاً أرضى كل منهما الآخر، بالتراضي بالاتفاق الودي دون تدخل القضاء أي قبلاً الأمر اختياراً.¹

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة، التعاقد عن طريق التراضي في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص محمد الصديق بن يحي جيجل 2020-2021. 7

ثانيا: التعريف الفقهي للتراضي

رغم تعدد التعاريف الفقهية المتعلقة بالتراضي إلا أنها كلها تصب في معنى واحد في كونه إجراء استثنائي في إبرام الصفقة العمومية، وتحرر المصلحة المتعاقدة من كل الشكليات المعتمدة في القاعدة العامة لإبرام الصفقة المتمثلة في طلب العروض.¹

فحسب خالد خليفة يعرف التراضي أو ما يسمى الاتفاق المباشر بأنه ذلك النظام الذي يسمح للإدارة بأن تتفق مباشرة مع المتعاقد معها دون الالتجاء إلى طريقة ووسيلة المناقصات.²

فهو يقوم على التفاوض شأنه شأن الممارسة ولكن وجه الاختلاف بينهما يتمثل في قيام الإدارة بالتفاوض في نطاق الممارسة بنوعيتها بعد استثناء إجراءات العلانية وفي جو تسوده روح المنافسة في حين أن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة، إذ يترك للإدارة الحرية في أن تلجأ إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد.³

وعرفه الدكتور "عمار بوضياف" يقول أن سبب إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية المطبقة على إجراء طلب العروض بأشكاله المختلفة. ويمكنها مباشرة اختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات، فرضاها بارز انطلاقا من حريتها في الاختيار خلافا لطلب العروض أين تفقد نسبيا هذه الحرية.⁴

وأياضا "عمار عوابدي" على أنه ذلك الأسلوب الاستثنائي في التعاقد الذي تقوم به السلطة المختصة دون التقيد بشكليات طلب العروض، وذلك في إطار المنافسة المفتوحة مع المرشحين لمتعاقد مع الاحتفاظ بالحرية الكاملة في اختيار المتعامل المناسب، بشرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الإجراء.⁵

-وكذلك عرفه الأستاذ "محمد الصغير بعلي" عرف التراضي بقوله "التراضي هو الطريق الاستثنائي

¹ صيقع أمينة، إبرام الصفقات العمومية بالتراضي في إطار ولاء كورونا، مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص قانون إداري، جامعة العربي التبسي - تبسة، 2020-2021، ص 15.

² خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 12.

³ لكصاسي سيد أحمد، ء إستثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجز Journal of Economic Growth and Entrepreneurship Spatial and entrepreneurial development studies laboratory 02 2019 72.

⁴ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، الطبعة السادسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2021، ص 256.

⁵ عمار عوابدي، القانون الإداري: النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 205.

لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة".¹

ثالثاً: التعريف التشريعي للتراضي

سوف نتطرق في هذا العنصر إلى التعريف في القانون المقارن و أيضاً إلى تعريف المشرع الجزائري للتراضي.

1- تعريف التراضي في القانون المقارن:

يطلق على هذا الأسلوب تسمية "التعاقد بالتراضي" في سوريا، وقد ورد هذا المصطلح لأول مرة في سوريا في القرار رقم 124 المؤرخ في 15 فيفري 1922 المتعلق بالتعليمات الخاصة بالمناقصات والمقاولات. وبأخذ التعاقد بالتراضي الطابع الاستثنائي حيث لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات معينة حددها القانون، واستخدامه دون توافر أسبابه التي حصرها القانون من شأنه أن يجعل العقد المبرم باطلاً، وقد حددت الفقرة "أ" من نص المادة 39 من قانون العقود رقم 15 لعام 2004 الحالات التي يجوز فيها التعاقد بالتراضي وهي (11) حالة.

وفي التشريع اللبناني يطلق على التراضي مصطلح "الاتفاق المباشر"، هذا الأخير يفيد تبادل الإيجاب والقبول بين السلطة المختصة والشخص المتعاقد دون المرور بالإجراءات التي يقرها القانون بالنسبة للطرق الأخرى.

ونصت المادة 07 من قانون المناقصات والمزايدات في مصر لسنة 1998 على أنه "يجوز في الحالات العاجلة التي لا تتحمل إتباع إجراءات المناقصة، يتم التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر".²

إذا ما تحدثنا على تقنية التراضي في فرنسا نجد أن هذه التسمية كانت تطلق على العقود التفاوضية

"Les marchés négociés" وهذا مع صدور الأمر 1836 و 1837 والمرسوم 1882 والتي حددت الطبيعة الاستثنائية والضيقة لهذه التقنية القائمة على التفاوض، كما نص القانون المدني الفرنسي على أن العقد الرضائي هو الذي يمكن التفاوض بشأنه بين الطرفين.³

¹ محمد الصغير، الع دارية، دار الع والتوزيع، الجزائر، 2005 33.

² عريض صليحة، خدنة سعيدة، 10.

³ صادقي عباس، تشوار جيلالي، التفاوض عند إبرام العقود الإدارية: "

العقود المدنية ومدى انطباقها على العقود الإدارية في فرنسا ومصر والجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، 05 02 لأبو بكر بلقايد 2021 408.

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

ثم جاء المرسوم 1976/01/21 وأطلق عليها تسمية "le marché négocié" وهي التسمية التي بقيت سارية إلى يومنا هذا.

وقد عرف تقنين الصفقات لسنة 2004 إجراء التفاوض بأنه "إجراء بموجبه يقوم الشخص العام باختيار المترشح للصفقة بعد استشارات المترشحين والتفاوض معهم على شروط الصفقة"، ولقد حددت حالات اللجوء إلى التراضي أو العقد التفاوضي إلى (07) حالات.¹

2- تعريف التراضي في القانون الجزائري:

نص قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري الجديد على أن التراضي هو: إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة، وهو يختلف عن بعض التعريفات التي أوردتها بعض القوانين السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية من ذلك:²

أ- تعريف التراضي في ظل الأمر 90/67:

لقد تناول المشرع الجزائري كيفية التراضي لأول مرة في المادة 60 من الأمر رقم 67-90 المنظم للصفقات العمومية، فقد نصت هذه المادة على ما يلي: "تسمى صفقات التراضي تلك التي تتفاوض فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، وتمنح الصفقات لمن تختار منهم"، أما المادة 61 من نفس الأمر فقد تعرضت لذكر الحالات التي تجيز للإدارة اللجوء إلى التراضي.³

ب- تعريف التراضي في ظل المرسوم 145/82:

عرفته المادة 27 بأنه: إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ولا يستبعد فيها الاستشارة.

ومن خلال هذا التعريف، يلاحظ أنه تم التنازل نوعا ما عن الحرية التي كانت ممنوحة للإدارة في

¹ شريفي الشريف، الصفقة العمومية بناء على إجراء التراضي - قراءة في تقنين الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المركز الجامعي النعامة، 2016، 62.

² خالد خليفة

13.

³ لكصاسي سيد أحمد،

73.

ظل الأمر 90/67، إذ تم التخلي عن مصطلح بحرية، وكذا عبارة لمن تختاره منهم كما تم إدراج مصطلح الاستشارة في هذا التعريف ولو كانت صفقة ستبرم وفق إجراء التراضي.¹

ويرى البعض أن هذه المادة حملت تناقضا صارخا يكمن في إقصاء المنافسة من إجراء التراضي وفي نفس الوقت عدم استبعاد الاستشارة عن هذا الإجراء.

في حين يرى البعض الآخر أن تحرر الإدارة من الإجراءات الشكلية لا يمنع من إضفاء قيود على إرادتها تتمثل في اللجوء إلى الاستشارة ولو وفق نمط خاص.

وفي رأي غالبية الباحثين في مجال الصفقات العمومية أن محاولة تقييد الإدارة خلال هذه الفترة عند إبرام صفقاتها بأسلوب التراضي نابع من أن التراضي أصبح يأخذ حيزا مهما في إبرام الصفقات العمومية في تلك الفترة.

وما يؤكد ذلك نص المادة 26 من المرسوم 145/82 التي نصت على أنه: يبرم المتعاقد صفقاته تبعا للإجراء الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوة إلى المنافسة.

فهنا نلاحظ أنه تم إعطاء الأولوية لطريقة التراضي، إذ ورد التراضي في نص المادة 26 كإجراء لإبرام الصفقات العمومية أولا خلافا لما كان عليه الحال في ظل الأمر 90/67 الذي نص في المادة 03 على ما يلي: " تبرم الصفقات العمومية بصفة عامة بعد نداء إلى المنافسة ".

ويعود ذلك التفضيل إلى كثرة وتنوع الحاجات التي يقع على الإدارة إشباعها في مقابل العدد الضعيف من المؤسسات التي تتقدم لإشباع هذه الحاجات، مما يعيق غالبا إجراء المنافسة الحقيقية.²

ج- تعريف التراضي في ظل المرسوم التنفيذي 434/91:

نصت المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 434-91 على " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة".

يمكن أن يكتسي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكلية أخرى.

¹ خالد خليفة

² لكصاسي سيد أحمد،

13.

73.

وهو تقريبا التعريف نفسه الوارد في المرسوم رقم 82-145، وكل ما في الأمر أن هذا الأخير أضاف عبارة "ولا تستبعد فيه الاستشارة"، غير أن المرسوم التنفيذي رقم 91-434 جسد وجوب الاستشارة في مادة مستقلة هي المادة 39 التي جاء فيها "للجوء إلى التراضي لا يعني المصلحة المتعاقدة من القيام بشكليات الاستشارة مقدما."

كما حدد هذا المرسوم حالات لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذا الأسلوب والتمثلة فيما يلي:

- حين لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد له وضعية احتكارية أو صفة الامتياز.
- عندما تكون الدعوة للمنافسة غير مجدية.
- في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم تجسد في الميدان.
- في حالة تموين مستعجل مخصص لحماية سير الاقتصاد أو توفير احتياجات السكان الأساسية.
- حين لا يمكن توفير الخدمات إلا من متعامل معين بسبب الرابطة التكنولوجية المباشرة الموجودة من قبل.

- والملاحظ أن هذا المرسوم استبعد حالة إسناد الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة من حالات اللجوء إلى التراضي¹.

د- تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 250/02:

من خلال نص المادة 20 منه نلاحظ أنه تم الإبقاء على أسبقية إبرام الصفقات العمومية عن طريق المناقصة التي أن تعتبر القاعدة العامة في ذلك، من خلال نصها على ما يلي: تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو بإجراء التراضي.

وهو ما يتماشى مع هذه الفترة التي خصصت لها ميزانية معتبرة من أجل تجسيد المشاريع التنموية والنهوض بمختلف القطاعات هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أصبحت الدولة الجزائرية في ظل هذه الفترة تبحث عن الجودة والنوعية في مختلف الطلبات العمومية، وهذه النوعية والجودة لا تتحقق إلا من خلال منافسة بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين والمنافسة بالمعنى الحقيقي لا يمكن تكريسها إلا من خلال المناقصة².

وبالفعل، فإن هذه المرحلة شهدت ارتفاعا ملحوظا للصفقات العمومية المبرمة وفقا لإجراء المناقصة

.23

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة،

.74

² لكصاسي سيد أحمد

مقارنة بإبرامها وفقا لإجراء التراضي.

فبخصوص إبرام الصفقات عن طريق المناقصة تجد أن نسبتها بلغت

- ج) 46 % من مجموع الصفقات المبرمة على المستوى المركزي .
- ج) 60 % على المستوى الولائي.
- ج) 64 % على المستوى البلدي.

في حين احتل التراضي المرتبة الثانية ب:

- ج) 11 % على المستوى المركزي.
- ج) 10 % على المستوى الولائي.
- ج) 19 % على المستوى البلدي.¹

هـ - تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 236/10:

عرفت المادة 27 منه التراضي بأنه :

"إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة، وهو نفس التعريف الذي أورده المرسوم الرئاسي السابق 02-250 مع إدخال بعض التعديلات على تعريف التراضي منها: - تم حذف عبارة دون شكليات أخرى".²

و - تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 247/15:

ورد إجراء التراضي في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الباب الأول تحت عنوان "أحكام تطبيق على الصفقات العمومية"، وجاء الفصل الثالث تحت عنوان "إبرام الصفقات العمومية، القسم الأول تحت عنوان "كيفية إبرام الصفقات العمومية" في المواد 39، 41، 49، 50، 51، 52، حيث نصت المادة 39 على أنه "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".

¹ خالد خليفة، المرجع السابق 16.
² 16.

وطبقا لنص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الساري المفعول يعرف التراضي على أنه "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة.

ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.

إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم.¹

من خلال المادة يلاحظ أن التراضي هو إجراء تخصيص لمتعامل متعاقد واحد، وأساس التخصيص هو حق الاختيار الذي تحضى به الإدارة المتعاقدة في انتقاء متعامل معها بعد مناقشة بنود التعامل دون إتباع الإجراءات الشكلية للمنافسة .

والملاحظ أن نص المادة أعلاه أشارت إلى تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة وهو التعريف الذي ينطبق على شكل التراضي البسيط لأن المنافسة منعقدة فيه خلافا للتراضي بعد الاستشارة الذي يمكن أن تكون فيه منافسة ولو محدودة التي لا تصل إلى تلك الموجودة في إجراء طلب العروض.

كما يتبين أيضا من خلال نص المادة أن هذا المرسوم اكتفى بتعريف التراضي على أنه إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الإشارة إلى أن السبب في اللجوء إلى هذا الأسلوب من طرف المصلحة المتعاقدة إنما يعود إلى توافر إحدى حالات التراضي، إذ كان من الأحسن أن يشار في هذا المرسوم إلى عبارة حالات التراضي، وذكر المواد المتعلقة بهذه الحالات حتى يصبح استثناء عن القاعدة العامة لإبرام (طلب العروض)، لأن هذا التعريف اهتم أكثر بإعفاء المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية ونعني بذلك الإعلان والإشهار دون الإشارة لحالات التراضي في إبرام الصفقة العمومية².

ز - تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي رقم 20-237:

في مجال الصفقات العمومية أصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي رقم 20-237 يحدد التدابير

¹ 41 247-15 02 1436 16 2015 يتضمن تنظيم
² عريض صليحة، خدنة سعيدة،
 50 جريدة رسمية عدد 13.
 6 1436 20 2015.

الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا، الذي نص على إمكانية اللجوء إلى التراضي البسيط على وجه التحديد في إطار التدابير الوقائية الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من فيروس كورونا.¹

ح- تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي رقم 20-237:

عرف المشرع إجراء التفاوض بموجب المادة 40 من قانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنه: " إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة"، وهو نفس التعريف الذي ورد ضمن نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.²

الفرع الثاني: خصائص التراضي في الصفقة العمومية

يقوم أسلوب التراضي على خصائص تجعل منه أسلوبا متفردا في إبرام الصفقة العمومية، فهو إجراء ذو طابع استثنائي (أولا)، وإجراء يتسم بالمرونة والسرعة (ثانيا)، و إجراء محدد الحالات (ثالثا).

:

يتميز أسلوب التراضي بطابعه الاستثنائي حيث يكون للمصلحة المتعاقدة حق اختيار المتعاقد معها دون اللجوء للإشهار، فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من أهم قيد من قيود الإعلان والإشهار، ويعتبر هذا الإجراء الطريق الاستثنائي في إبرام الصفقات العمومية على اعتبار أن طلب العروض يعتبر أهم طريق لاختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على أساس أنه القاعدة العامة والأصل.

اعتمد المشرع الجزائري أسلوب طلب العروض في أول قانون للصفقات العمومية بعد الاستقلال حيث نصت المادة 42 من الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات العمومية على أنه "يجب على الإدارات أن تلجأ إلى طلب العروض عندما تستلزم الخدمات المقررة من مقدمي العروض مؤهلات تقنية وإمكانيات مالية كافية، تطبق علاوة على طرق إبرام الصفقات العمومية المنصوص عليها في الفصل الثالث من الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 18 يناير 1967 والمتضمن قانون البلدية إجراء طلب العروض من قبل الجماعات

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة، نفس المرجع، ص 34.

² فارح عائشة، أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية: دراسة في ضوء القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مجلة القانون العام الجزائري المقارن، المجلد 09، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2024، ص 99.

المحلية ضمن الشروط المنصوص عليه".¹

وعلى ذلك يتضح أن المشرع استهدف من خلال ضبط القواعد القانونية المنظمة لإجراء التراضي في الصفقات العمومية تكريس مبادئ الحوكمة ضمانا لحماية المال العام، خاصة وأنه يقوم على تحرير المصلحة المتعاقدة من القواعد الإجرائية والشكليات التي تحكم أسلوب طلب العروض، المتمثلة في الإعلان عن طلب العروض، مرحلة تقديم العروض، مرحلة دراسة العروض، مرحلة إرساء طلب العروض، ومرحلة اعتماد إرساء طلب العروض وفقا لنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث جعل من إجراءات التراضي إجراءات استثنائية تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة حسب ما نصت عليها المادتين 49 و 51 من المرسوم الرئاسي الساري المفعول.²

بالإضافة إلى ذلك فإن طلب العروض يقوم على مجموعة من المبادئ تتمثل أساسا في حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، التي تعد ضمانات أساسية للمرشحين والمتعهدين على التسيير الأحسن لعملية إبرام الصفقة العمومية.³

ثانيا: التراضي إجراء يتسم بالمرونة والسرعة

اعتبرت صفقات التراضي الأكثر مرونة لأنها تترك الإدارة الحرية التامة في تحديد الشخص الذي ستتعاقد معه، وتنعكس هذه المرونة من خلال:

1- مرونة الدعوة إلى التعاقد و بساطة إجراءاته:

بخلاف أسلوب طلب العروض الذي تتسم فيه الدعوة إلى التعاقد بطابع معقد وغير مرن، فيوصفه قاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام حتمية التقيد بإجراءات متلاحقة وإبرام صفقاتها وفق شكليات محددة لتكون في وضعية مشروعة، لذلك تتسم دعوتها للمتعاملين الاقتصاديين للتعاقد معها بطابع معقد غير مرن حيث تفتقد فيه لسلطة تقدير واختيار الطريقة التي تعلن بها رغبتها في إبرام صفقة للمتعاملين الاقتصاديين باعتبارها مقيدة بالإشهار الصحفي الذي فرضه المشرع عليها كطريقة مادية تعكس بها دعوتها للتعاقد وحدد ليا بياناته الجوهرية ووعاء نشره بأصله واستثنائه، واضعا إياها في

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة،

13.

² 50 49

³ عباد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تد المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018 31.

إطار ضيق معقد استهدف ضبطه بذلك الشكل ليؤمن أداء المناقصة لوظيفتها كوسيلة مرتكز عليها لتكريس مبادئ شفافية الصفقة .

وبالمقابل يختلف الوضع تماما في أسلوب التراضي عن أسلوب المناقصة، باعتباره أسلوب إبرام يقوم أساسا على تحرير المصلحة المتعاقدة من القواعد الإجرائية المعروفة في المناقصة وتمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد بشكليات أو إجراءات محددة، الأمر الذي يفتح لها سبيل التفاوض مع من تراه قادرا ومؤهلا للقيام بالعملية التي ترغب في إنجازها، ومن هنا تبرز مرونة الدعوة لمتعاقد في أسلوب التراضي مقارنة بالمناقصة.

كما تتعكس مرونة أسلوب التراضي من خلال مرونة الدعوة للتعاقد ففي إطاره يكون الوضع أكثر سلاسة في أسلوب التراضي، باعتبار المصلحة المتعاقدة تتعاقد مع من تراه قادرا ومؤهلا تقنيا ومهنيا وماليا للقيام بالعملية التي ترغب في إنجازها، دون التقيد بشكليات أو إجراءات معقدة وطويلة، إذ يكفي في شكله البسيط فقط توجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد أما في شكله الثاني المتمثل في التراضي بعد الاستشارة فيعطي للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في اختيار الطريقة التي توجه بها الاستشارة للمتعاملين الاقتصاديين لدعوتهم للتفاوض معها وهي ليست مقيدة في ذلك إلا بضابط الكتابة.¹

2- السرعة في صفقات التراضي:

تتوقف خاصية السرعة في إنجاز موضوع الصفقة العمومية على مجموعة من العوامل تتمثل أساسا في سرعة انتقال المعلومة من خلال سرعة الاتصال مع المتعامل أو المتعاملين الاقتصاديين، كون هذا الأسلوب لا تتقيد فيه المصلحة المتعاقدة بالإجراءات التي يتطلبها طلب العروض، وكذلك جواز نشر المعلومات حول الصفقات العمومية عن طريق البوابة الإلكترونية.²

كما أن المصلحة المتعاقدة ليست مجبرة على إعلان رغبتها في التعاقد للمتعاملين الاقتصاديين عن

¹ عريض صليحة، خذنة سعيدة، 15.
² 13 1435 17 2013 يحدد محتوى البوابة الإلكترونية صفقات العمومية وكيفيات
 تسيرها وكيفيات ومات بالطريقة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 21 9 جمادى الثانية عام 1435 9
 أبريل سنة 2014.

طريق التراضي البسيط لأن المتعامل الذي ستتعاقد معه معروف وتحدده الحالة التي قررت لها الحق في اللجوء للتراضي، أما في أسلوب التراضي بعد الاستشارة فقد أجاز لها المشرع اختيار الوسيلة الملائمة لاستشارة المتعاملين دون أن تقيدها بشكليات معينة.¹

ثالثا: التراضي إجراء محدد الحالات

وهي الخاصية الثالثة التي تعكس الطابع الخاص لإجراء التراضي وتتمثل في تحديد المشرع لمجال إعمال هذا الأسلوب في إبرام الصفقة العمومية، حيث نص على الحالات التي يجب على المصلحة في حال تحققها اللجوء إلى أسلوب التراضي لإبرام صفقاتها وبالتالي يكون التراضي معرفا بحالاته حصرا لا يمكن أن يجد إعمالا له خارج هذه الحالات.

وهذا التحديد جاء بالنظر إلى التطورات والمستجدات التي طرأت على مختلف جوانب الحياة الاقتصادية وكذا السياسية التي دفعت بالمشرع إلى التحيين المستمر للنصوص القانونية التي تنظم أحكام أسلوب التراضي.

فالجوء لهذا الإجراء مقيد بصفة شديدة، إذ أن المصلحة المتعاقدة لا تتمتع بالحرية الكاملة في اختيار هذا الإجراء، وهذا التحديد للحالات الذي يكون فيه اللجوء لإجراء التراضي يمثل ضمانا للمرشحين أو الراغبين في التعاقد، إذ يحميهم من تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال حريتها في اختيار إجراء إبرام الصفقة العمومية.²

على عكس أسلوب طلب العروض الذي يترك قدرا كبيرا من الحرية للإدارة في اختيار التعاقد، وفي هذا الصدد نجد أن المادة 76 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على أنه "تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد" وهو ما يجسد الحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة عن طريق ترك حرية لاختيار التعاقد معها من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة وسير المرافق العامة.

فكل هذه الخصائص المجتمعة في إجراء التراضي هي التي ميزته عن إجراء طلب العروض وأعطته مكانته في مجال إبرام الصفقات العمومية وجعلته أسلوبا ذو طابع خاص له إطاره القانوني وإجراءاته.³

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة، 16.

² سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون

14 2013-2012 01

³ عريض صليحة، خدنة سعيدة، 13

الفرع الثالث: تمييز شرط الرضاء عن أسلوب التراضي

يتضح التمييز بين شرط الرضاء وأسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية من خلال تعريف

كل منهما، فعند تحليلنا لتعريف شرط الرضاء، بأنه تطابق إرادة طرفي العقد، وتعريف أسلوب التراضي في إبرام الصفقات العمومية بأنه أسلوب يتميز بعدم العشوائية في اختيار المتعاقد مع المصالح المتعاقدة يتبين لنا ما يلي:

- شرط الرضاء من بين الشروط التعاقدية التي يقوم عليها أي عقد وغيابه بغياب العقد أما التراضي فهو مجرد إجراء يمكن الاعتماد عليه ويمكن التخلي عنه.
- شرط الرضاء يتكون من عنصرين هو الإيجاب والقبول وهما العنصران اللذان يجب أن يتوفرا بين طرفي أي عقد، أما أسلوب التراضي فهو عبارة عن سلسلة من الإجراءات، لمنح صفقة عمومية لمعامل اقتصادي متعاقد مع المصالح المتعاقدة.
- من خلال النقاط سالفة الذكر، يمكن الوصول إلى نتيجة رئيسية، وهي أن شرط الرضاء لا يمكن أن نتصور غيابه في أي عقد، وأسلوب التراضي في إبرام العقود الإدارية هو الأسلوب الأقرب لأساليب إبرام عقود القانون الخاص لأنه لا يتصور أن يختار الشخص الخاص شخصا عشوائيا يتعاقد معه، كون العقود المبرمة بين الخواص تبرم على أساس قدر كبير من الثقة بين طرفي العقد، وهذا ما يحدث عندما تتعاقد المصالح المتعاقدة بأسلوب التراضي.¹

المطلب الثاني: أشكال التراضي كأسلوب لإبرام الصفقة العمومية

يعتبر أسلوب التراضي هو المجال الذي تتمتع فيه المصلحة المتعاقدة بقدر وافر من الحرية التي تتجسد أساسا في انتهاجها لسياسة التفاوض مع المرشحين الذين تختارهم مبدئيا، ولما كان هذا الأسلوب هو الاستثناء الذي يرد على القاعدة العامة، فقد حدد المشرع الجزائري الأشكال التي يمكن أن ترد على التراضي ووضع لهما إجراءات وحالات للرجوع إليهما كما وقد أوردها على سبيل الحصر. وعليه تم تقسيم المطلب إلى فرعين، يتضمن الفرع الأول التراضي البسيط في الصفقة، وفي الفرع الثاني التراضي بعد الاستشارة.

العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثالث

1

الفرع الأول: التراضي البسيط في الصفقة العمومية

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى التعريف التراضي البسيط وشروطه إضافة إلى الحالات التي تستوجب اللجوء إلى التراضي البسيط.

أولاً: تعريف التراضي البسيط

يستخدم عليه باللغة الفرنسية " le gré a gré simple " هو أحد أشكال التراضي حيث يعد طريقاً استثنائياً لإبرام الصفقات العمومية حينما تكون مراعاة مبدأ المنافسة غير مجدية ولا طائل من ورائها وغير متعارضة مع مقتضيات المصلحة العامة، فهو أسلوب يجعل المصلحة المتعاقدة تقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه، دون اللجوء إلى أي شكل من أشكال المنافسة، ويعتبر هذا الإجراء من أخطر الأساليب لأنه قد يخل بمبادئ المنافسة والشفافية، تلجأ فيه الإدارة لاختيار المتعاقدين معها عن طريق التفاوض معهم للتعرف على أسعارهم وشروطهم.¹

ويتم التراضي البسيط وفق نسق تنظيمي دقيق، كما يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط بعينه دون غيره، ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة الإجراءات وبالتالي سرعة تلبية الحاجات وريح الوقت، وتستدعي هذه الصيغة رقابة أكبر وأخلاقيات أعمق.²

ويلاحظ أنه في حالة التراضي البسيط تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد مباشرة مما يوحي بتحررها من بعض الإجراءات المتبعة. ولكن هذا ليس معناه أن الإدارة تتصرف كما تشاء في هذا النوع من صيغ الإبرام إذ ينبغي أن تبرر سبب لجوئها إلى إبرام صفقاتها العمومية عن طريق التراضي البسيط.³

وقد استعمل المشرع الجزائري تسمية التراضي البسيط الأول مرة بموجب المرسوم رقم 51-84 في نص المادة 2 التي عدلت المادة 27 من المرسوم رقم 82-145.

وبالرجوع إلى نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي نصت في الفقرة الثانية على "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم"، نجد المشرع الجزائري قد اكتفى بالتأكيد على استثنائية التراضي البسيط دون إعطاء تعريف واضح له، فقد حسم

¹ عريض صليحة، خدنة سعيدة، 44.

² لكصاسي سيد أحمد، 76.

³ خالد خليفة 17.

وأكد على الطابع الاستثنائي والنطاق الحصري لأسلوب التراضي البسيط، وهو ما ورد في الفقرة 2 من نص المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

ويترتب على هذا الإجراء استبعاد الإعلان في الصحف والجرائد اليومية وما يتصل بذلك من مواعيد وإجراءات قانونية، أي إبرام الصفقة دون إقامة أي منافسة حيث تتحرر الإدارة من الخضوع لإجراء طلب العروض بل وحتى الاستشارة إذا ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه المواصفات التقنية المطلوبة من قبل الإدارة المتعاقدة.

بعد صدور القانون رقم 23-12 تغيرت تسمية هذا الإجراء لتصبح التفاوض المباشر، ونرى أن هذه التسمية أصح بالنظر لإجراء التفاوض الذي يطغى على هذا النوع من الإجراء، فالمصلحة المتعاقدة تتفاوض مع المتعامل المتعاقد بغرض التوصل إلى عقد يرضي الطرفين وقد تطول هذه المرحلة إلى غاية التوصل إلى وضع بنود ترضي الطرفين، في حين أن تسمية التراضي البسيط قد تعكس مفهوم آخر وهو الرضاء بالعقد وقبول إبرامه دون وجود تفاوض بين طرفيه.¹

من خلال تعريف إجراء التراضي البسيط نصل إلى القول أن هذا الأسلوب يحقق بساطة الإجراءات والسرعة وريح الوقت عن طريق التفاوض مع شخص بعينه، وبالمقابل يقوم على استبعاد مبدأ المنافسة الأمر الذي يمكن أن يؤثر على مبدأ الشفافية في مثل هاته الصفقات، كما أنه يمس بمبدأ العدالة والمساواة بين المتنافسين، والتقليل من إمكانية الحصول على أحسن العروض.²

ثانياً: شروط التراضي البسيط

لقد حدد المشرع الجزائري الشروط الواجب احترامها من طرف المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط من خلال المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام و نصت هذه المادة على مايلي: " يجب على المصلحة المتعاقدة، في إطار إجراء التراضي البسيط، أن:

-تحدد حاجاتها، في ظل احترام أحكام المادة 27 من هذا المرسوم، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم،³

¹ فارح عائشة، المرجع السابق، ص 99.

² عريض صليحة، خدنة سعيدة،

45.

³ 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

50

- كما تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم والتي تنص على ما يلي: "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية. يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها".¹
 - يجب أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم (مثل اختيار العرض الأقل ثمنا بين العروض المالية للمرشحين الذين تم اختيارهم...)².
 - يجب أن تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من نفس المرسوم، من خلال إجراء المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة، في ظل احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وهنا يجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.
 - يجب أن تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.³
- ما يمكن قوله، أن مظاهر الجانب الإجرائي ومظاهر جوهر التراضي البسيط، يفرض على المصلحة المتعاقدة الخضوع لهذه الإجراءات القانونية بناء على نصوص قانونية آمرة، مما ينطوي على انعدام واضح لدور المصلحة المتعاقدة في وضع أو تحديد حالات التراضي البسيط، مما يمكن القول معه، إن مختلف التحديدات التي فرضتها المادة 49 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تجد أساسها في مقتضيات النظام العام.⁴

ثالثا: الحالات التي تستوجب اللجوء إلى التراضي البسيط

أ- الحالات الواردة في المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

حدت المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 على سبيل الحصر الحالات التي يمكن من خلالها للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط وينبغي الإشارة إلى أن هذه المادة عندما أوردت حالات

¹ ضريفي نادية، لجلط فواز الصفقات العمومية بأسلوب التراضي و مبدأ المنافسة أي جديد؟؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247-15 02 جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019 227.
² لميز أمينة، التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء ا 247/15 545.

³ صيق أمينة، نفس المرجع، ص 24.

⁴ سفير حاجة كحلة ن الصفقات العمومية أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام تيارت 2020-2021 54.

اللجوء إلى التراضي البسيط استخدمت كلمة فقط أي إن هذه الحالات محددة تحديدا دقيقا وذلك لغياب المنافسة في مثل هذا الإجراء.¹

واستنادا إلى نص المادة 49 دائما، فإن حالات اللجوء إلى التراضي البسيط هي 06 حالات فقط تتمثل فيما يلي:

1- حالة المتعامل المحتكر الوحيد:

وردت هذه الحالة في الفقرة 01 من المادة المذكورة أعلاه حيث نصت على: " عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعيا احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية. وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية"².

الحقيقة أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي اعتبارا أن الخدمة التي تطلبها الإدارة المتعاقدة لا يليها إلا مؤسسة احتكارية واحدة ، تنفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، أو استئثار المتعامل الاقتصادي بأداء الخدمات ذات المواصفات الفنية والثقافية التي تريدها المصلحة المتعاقدة³.

2- حالة الاستعجال الملح:

جاء في الفقرة 2 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 أنه: " في حالة الاستعجال الملح المعل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها "⁴.

قد استعمل المشرع كلمة داهم للدلالة على أنه لا يكفي أن يكون الخطر محتملا لتبرير اللجوء إلى صفة التراضي البسيط، بل يجب أن يكون الخطر محققا وظاهرا، أو مثلما تعبر عنه بعض التنظيمات خطرا محققا.

¹ لكصاسي سيد أحمد،
² 01 49
77
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع
³ هناد آية
أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم 247-15
شهادة ماستر في العلوم القانونية تخصص: منازعات إدارية 08 1945 2018-2017 88
⁴ 03 49
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع

وكذا الحال في مجال التعاقد قد تكون المصلحة المتعاقدة في وضعية استعجال كون أنها إذا لم تدخل في رباط عقدي في وقت سريع، فإنه سينجم عن ذلك ضياع مالها واستثمارها، وهو ما يعني بالنتيجة عدم صلاحية أسلوب طلب العروض كآلية التعاقد، ويبقى أن الإدارة هي من ستكون في وضعية المدعي بتوافر هذه الحالة وعليها يقع عبء إثباتها، لذلك جاء في المادة عبارة " الملح المعطل".¹

3- في حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة:

لا تطبق المنافسة في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، ومعنى ذلك أن المصلحة المتعاقدة من حيث الموضوع أمام وضعية تخص مجالاً في غاية من الأهمية هو مجال التمويل ويتعلق بمواد أو منتجات يطلبها الأفراد، فكأنما المصلحة المتعاقدة أمام حالة ميدانية تكون فيها في حاجة ماسة وسريعة لأن تتحرك بغرض ضمان حسن تمويل وتوفير جيد ومستمر ومنتظم لحاجة ما أو مادة معينة للسكان، كما لو تعلق الأمر بمادة القمح أو الزيت أو الحليب أو أي مادة ذات الاستهلاك الواسع، فلو تم إلزام المصلحة المتعاقدة بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تكفله من نشر وأجال وإجراءات لأثر ذلك سلباً على السوق فشهد خلافاً من حيث توفير الحاجات العامة وفي ذلك إضرار بالسكان لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط.

ومثال هذه الحالة أي حالة التمويل المستعجل كأن يتعلق الأمر بزلزال أو فيضانات أصابت منطقة معينة من مناطق الدولة. وأن الإدارة تحت هذا الظرف أو الوضع تكلفت بتمويل السكان بمواد استهلاكية معينة. فهنا يقتضي الإسراع في إيصال هذه المواد للسكان أن تستعمل الإدارة الأحكام الغير العادية في التعاقد وتلجأ مثلاً لممون أو مجموعة من الممولين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة.²

ومع ذلك ينبغي الاعتراف أن المشرع قيد المصلحة المتعاقدة بشرطين نصت عليهما الفقرة 03 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث نصت صفته الفقرة على: "في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجيات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها"، وهما شرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، وشرط أن لا تكون هذه الحالة نتيجة

.89

1 هناد آية

.262

2عمار بوضياف

للمماثلة من طرفها، أي أن المصلحة المتعاقدة لم تكن أبدا لتضع في الحسبان توافر هذه الحالة، ويبدو أن المشرع أوجب هذه الشروط لسد الباب على كل وضعية مشبوهة وإبرام صفقة بطرق احتيالية واستغلال الأحكام الاستثنائية.¹

4- حالة مشروع ذي أهمية وطنية:

وردت هذه الحالة في الفقرة 4 من المادة 49 السالفة الذكر، حيث جاء فيها ما يلي: " عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماثلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى 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".²

بالنسبة لهذا النوع من الصفقات العمومية لا يمكن تصور استحالة الإشهار فيه وإقامة المنافسة، إلا إذا كان يتعلق بصفقات تقتضي السرية أو تتعلق بإنجاز منشآت عسكرية ذات أهمية وطنية تكتسي طابعا استعجاليا، وإذا كان المشرع الجزائري يقصد بهذا النوع من الصفقات التي تقتضي السرية، لماذا لم يصرح باستحالة إقامة الإشهار بسبب السرية؟ وللإجابة عن هذا التساؤل لاحظنا أن المشرع الجزائري استدرك الأمر بإخضاع التراضي البسيط لموافقة مجلس الوزراء أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة في حدود مبلغ الصفقة المذكور، وبالتالي قد قيد للإدارة العامة في استخدام هذا الشكل من التراضي.³

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

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 05 من المادة 49 حيث جاء فيها: "عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى 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".⁴

223. المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع 15-247

¹ ضريفي نادية، لجلط فواز
² 49 04

92. المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع 15-247

³ هناد آية
⁴ 49 05

إن الحكمة من إدراج هذه الحالة هو تمكين الإدارة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، ووردت العبارة بشكل جد مطلق ولم يتم فيها توخي الدقة والوضوح مما يفسح المجال الواسع للتفسير¹.

واشترطت الفقرة المذكورة الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء أو اجتماع مجلس الحكومة حسب الحد المالي للصفقة المبين أعلاه، وهذه الحالة تشبه من حيث الإجراءات الحالة المنصوص عليها في الفقرة 04 من ذات المادة المتعلقة بمشروع ذي أولوية وطنية، فكلاهما يخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء أو مجلس الحكومة بعد إعداد تقرير مفصل من قبل الوزير المعني².

6- حالة تنفيذ خدمة عمومية من قبل مؤسسة عمومية وطنية:

وردت هذه الحالة في الفقرة 06 من المادة 49 المذكورة أعلاه حيث نصت على: " عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تتجزأ هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

تحدد كليات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية³. فيما يخص إعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ومصدر هذه الأولوية هو نص تشريعي، أو نص تنظيمي فهو يكفل لبعض المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية، تقديم خدمة عمومية في مجال محدد ويعطيها مكنة التعاقد بطريق التراضي حين إبرام الصفقات العمومية. ومما لا شك فيه أن إعطاء أولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي البسيط حتى ولو كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي سيخل بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين، وبالتالي انتفاء المنافسة.

وينبغي الإشارة أن الصفة الحصرية المعترف بها لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لا تعني أبداً الصفة الاحتكارية هذه الأخيرة التي كرستها الفقرة 01 من المادة 49 والتي تدل على وجود متنافس وحيد يحتكر نشاطاً معيناً وينفرد به، بينما الصفة الحصرية تعني أن هناك العديد من المؤسسات التي تنشط في مجال واحد ويصدر النص معترفاً بمنح أحدها بصفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية⁴.

¹ هناد آية
² عمار بوضياف
³ 49 06
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع
⁴ ضريفي نادية، لجلط فواز
265
226

ب- الحالات المستحدثة بموجب القانون رقم 12-23:

استحدث القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية حالتين جديدتين تسمحان للإدارة باللجوء إلى التفاوض المباشر في إبرام الصفقة العمومية، ويتعلق الأمر بالصفقات المبرمة مع المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في مجال الرقمنة.

نظرا للدور الذي تلعبه المؤسسات الناشئة في تجسيد الإستراتيجية الوطنية للتحويل الرقمي، فقد منح المشرع للمؤسسة الناشئة مركزا خاصا في التعامل معها، حيث سمح المشرع للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى إجراء التفاوض المباشر عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، كما هي معرفة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، شرط أن تكون مقدمة للخدمات في مجال الرقمنة والابتكار، وأن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة، ولا بد أن تتأكد من أن هذه المؤسسة حاملة لعلامة مؤسسة ناشئة، وهي علامة تمنح لمدة 04 سنوات من طرف اللجنة الوطنية لمنح علامة "مؤسسة ناشئة" وفق شروط قانونية.¹

الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة في الصفقة العمومية

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التراضي بعد الاستشارة في الصفقات العمومية أولا ثم الحالات المبررة للجوء للتراضي بعد الاستشارة ثانيا.

أولا: تعريف التراضي بعد الاستشارة

لم يحدد المشرع مفهوما دقيقا لإجراء التراضي بعد الاستشارة، بل اكتفى بالتلميح إليه بهذه الصياغة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تنص على ما يلي:

"... ويمكن أن يكتسي التراضي ... أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة...".²

غير أنه يمكن القول بأنه " ذلك الإجراء الذي ترم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد استشارة مسبقة حول أوضاع السوق وحالة المتعاملين الاقتصاديين والتي تتم بكل الطرق المكتوبة الملائمة ومن دون الشكليات الأخرى".³

¹ فارح عائشة، المرجع السابق، ص 103.

² عياد بوخالفة 36.

³ فاطيمة عاشور طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانات قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية مجلة الدراسات القانونية- مخبر السيادة ، جامعة المدية، 2012 103.

ويمكن 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 ويعد تقييمها لا يتم تأهيل أي منها. كما يمكن اللجوء إلى هذه الصيغة من صيغ إبرام الصفقات العمومية ابتداءً، وذلك في حالات ذكرتها المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247.¹

بما أن التراضي بعد الاستشارة هو إجراء استثنائي لإبرام الصفقات العمومية وإجراء يسمح للإدارة باختيار الطرق للمتعاقد إذا توافرت فيه الشروط المحددة، غير أنه يختلف عن التراضي البسيط، لأن هذا الأخير يتم بالتفاوض مع شخص بعينه دون غيره، إلا أن المتفاوض هنا بعنوان التراضي بعد الاستشارة يكون مع مجموعة من الأشخاص، وتكون فيه المنافسة محدودة لأن المؤسسات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة هي مؤسسات معروفة.²

ثانياً: الحالات المبررة للجوء للتراضي بعد الاستشارة

لقد نصت المادة 51 من المرسوم الرئاسي 51-247 على الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة، والملاحظ أن المشرع قد أتى بمختلف التعديلات، بحيث دقق في كل كلمة وجهها للمصلحة المتعاقدة باعتبار أن هذه الكيفية قد جاءت للتخفيف من حدة تقييد حرية الإدارة في التعاقد³، وتتمثل حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة في النقاط التالية:

1- عندما يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية:

- حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية: ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض في الحالات الآتية:
- عندما لا يتم استلام أي عرض، في هذه الحالة لم يتقدم أي متعامل من أجل الترشح لطلب العروض.
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة، ويفترض في هذه الحالة مثلاً إقصاء العروض التي لم تحترم دفتر الشروط وجاءت غير مطابقة له.
- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، بحيث أن المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لا تتوفر على الاعتمادات المالية اللازمة لدفع المقابل المالي لتنفيذ الصفقة، كأن يكون العرض المختار مؤقتاً فيه بالنسبة

¹ 415.

² 96.

³ 97.

¹

² هناد آية

³ هناد آية

إلى مرجع أسعار، الذي كان يسمى في ظل القانون السابق التقدير الإداري l'estimation administrative.

- ففي حالة ما إذا قامت المصلحة المتعاقدة بإعلان طلب العروض، وأعلنت فيما بعد عن عدم الجدوى، ثم قامت مرة أخرى بإعلان طلب العروض وكانت النتيجة هي عدم الجدوى يمكن لها في هذه الحالة أن تلجأ إلى التراضي بعد الاستشارة¹.

2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض:

لقد وردت هذه الحالة في المادة 51 فقرة 2 والتي جاء فيها: " في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض. وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات²."

هنا إذا لجأت الإدارة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة وقع عليها عبء إثبات وتبرير عدم لجوئها إلى طلب العروض.

ونشير إلى أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال وإنما فقط الدراسات و اقتناء اللوازم والخدمات، كما أن المصلحة المتعاقدة لها كل الحرية في اختيار المتعاقد معها دون اللجوء إلى الإشهار و المنافسة وغيرها من الإجراءات لكنها مقيدة بالطابع الخصوصي للصفقة كالتابع السري مثال. إلا أن الغموض الذي يكتنف هذه الفقرة هي عبارة "ضعف المنافسة."

أي أن لجنة فتح وتقييم العروض بعد تقييمها للعروض وصلت إلى نتيجة ضعف المنافسة وهنا يطرح السؤال: ما هو الفرق بينها وبين عدم جدوى طلب العروض، "لأن هذه الأخيرة حسب الدكتور عمار بوضياف يمكن أن ينجر عنها استخلاص نتيجة الضعف بعد التقييم من طرف اللجنة أما التابع السري فيمكن استيعابها وتبريرها نظرا عبارة لخصوصية بعض القطاعات والخدمات"³.

3- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة:

حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة ويلاحظ هنا أن قانون الصفقات العمومية الجديد يسمح فقط بإبرام صفقات الأشغال وفق هذا الإجراء دون غيرها من الصفقات،

¹ لكصاسي سيد أحمد،
² 51 02
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع

79.

³ صيف أمينة، المرجع السابق، ص 33.

ولعل ذلك يرجع إلى أهمية هذا النوع من الصفقات في الحفاظ على أسرار الدولة بحيث يمنح للمصلحة المتعاقدة حرية استشارة من تتوفر فيهم الثقة من المتعاملين الاقتصاديين لاسيما المؤسسات الوطنية¹.

إلا أنه يمكن القول أن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية، إذ تخص الأمن والدفاع الوطني. فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر عن طريق طلب العروض².

4- حالة الصفقات الممنوحة والتي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجل طلب عروض جديد:

هي حالة جديدة أضافها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ويقصد بها أنه بعد أن تم إجراء طلب العروض ومنح الصفقة وقع فسخها، حيث يستوجب على المصلحة المتعاقدة إعادة الإجراء إلا أن موضوع الصفقة لا يتلاءم مع إعادة إجراء طلب العروض من جديد وذلك نظرا للأجل الطويلة والإجراءات المعقدة التي يأخذها هذا الإجراء وبالتالي تلجأ المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي بعد الاستشارة³.

5- حالة العمليات الخاصة بإستراتيجية التعاون الحكومي وعالقات ثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات:

نلاحظ أن المشرع قد وسع في اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، وذلك بإضافة حالة خامسة، حيث تم النص عليها في الفقرة 5 من المادة 51 من المرسوم الرئاسي 51-247 حيث جاء فيها: " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجي التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص اتفاقيات التمويل المذكورة على ذلك، وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"⁴.
في هذه الحالة يتعين قصر مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية وفي حالة إبرام اتفاقيات مضمونها تحويل الديون إلى مشاريع واستثمارات بناء على اتفاق الدولتين هنا وفي هذه الحالة تلزم الإدارة

¹ لكصاسي سيد أحمد،

79.

² هناد آية

99.

³ شقطني سهام، مطبوعة بيداغوجية حول مقياس الأعمال والتصرفات الاتفاقية، جامعة عنابة، الجزائر، 2022-2023 46.

⁴ 51 05 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع

المتعاقد بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض، وتتجلى الحكمة في ذكر هذه الحالة من حالات اللجوء للتراضي في تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي وهي حالة معقولة ومبرر إدراجها في حالات التراضي.¹

هذه هي حالات التراضي بعد الاستشارة التي جاء بها المشرع الجزائري، علما أن هذا الأخير قد أُلزم المصلحة المتعاقدة بالإشهار الصحفي بالنسبة للتراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء، شأنه شأن طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، والمسابقة، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247، كما أنه لم يحدد كيفية الإعلان عنها، بل تركها لصاحب المشروع للاتصال بالعارضين بجميع الوسائل المكتوبة والملائمة من أجل تحفيزهم للمشاركة، شرط أن تكون كتابيا.

الفصل الثاني

إجراءات إبرام الصفقة ومراقبتها

من دون فتحها على المنافسة

تمهيد:

الأصل في إبرام الصفقات العمومية هو طلب العروض، غير أنه ولأسباب موضوعية اعترف المشرع الجزائري للإدارة باختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص دون اللجوء إلى إجراءات الإشهار والنشر المعمول بها في القاعدة، وبذلك جعل المشرع أسلوب التعاقد عن طريق التراضي أسلوبا استثنائيا في مجال إبرام الصفقات العمومية إلى جانب القاعدة العامة، كونه الطريق الملائم لبعض عقود الإدارة العامة التي حدد المشرع شكل إبرامها وفق ضوابط دقيقة وواضحة وإجراءات محددة للجوء إلى التعاقد بهذا الأسلوب، إبعادا للاتفاقات المسبقة وحماية لمصلحة الجهة المتعاقدة من جهة، وضمانا للالتزام بمجموع هذه الضوابط والإجراءات المحددة قانونا لحماية للمصلحة العامة وضمانا لحسن تسيير المال العام من جهة أخرى.

تبقى هذه الإجراءات بلا فعالية ولا تأثير إذا لم يضع في مقابلها نظام وجيه و صارم لمراقبة المصالح المتعاقدة لمدى التزامها بهذه الإجراءات والأساليب. وفي هذا الصدد فقد قام قانون الصفقات العمومية بوضع نظام وقائي لمراقبة عملية إبرام الصفقات العمومية قبل إتمام إجراءات التعاقد بصفة نهائية، و يتمثل هذا النظام في الرقابة الإدارية إلى جانب هذا النظام يوجد النظام القضائي.

ولدراسة هذا الفصل الذي جاء تحت عنوان: إجراءات إبرام الصفقة من دون فتحها على المنافسة ومراقبتها قمنا بتقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول بعنوان الصفقة العمومية بالتراضي ومن دون فتحها على المنافسة، والمبحث الثاني تحت عنوان: مراقبة الصفقة العمومية اللاتنافسية.

المبحث الأول: الصفقة العمومية بالتراضي ومن دون فتحها على المنافسة

تفحص الإجراءات التي يقوم عليها أسلوب طلب العروض، يلاحظ وجود إجراءات كثيرة و معقدة يستغرق أعمالها وقتا كثيرا، إلا أن خاصية تعقيد و طول الإجراءات لا تجد تطبيقا لها في أسلوب التراضي، ومن هنا تبرز مرونة الدعوة للتعاقد في إجراء التراضي، فالمصلحة المتعاقدة ليست مجبرة على إعلان رغبتها في التعاقد للمتعاملين الاقتصاديين عن طريق التراضي البسيط، لأن المتعامل الذي ستتعاقد معه معروف وتحدده الحالة التي قررت اللجوء فيها إلى التراضي البسيط، أما في أسلوب التراضي بعد الاستشارة فإنها تمر بإجراءات سلسلة غير معقدة حيث أجاز لها اختيار الوسيلة الملائمة لاستشارة المتعاملين دون أن يقيدتها بشكليات معينة .

ومن خلال هذا المنطلق، سنتناول في هذا المبحث الإجراءات الواجب إتباعها بالتفصيل في كل من التراضي البسيط، والتراضي بعد الاستشارة، حيث أن المشرع خص لكل منهما إجراءات وجب على المصلحة المتعاقدة إتباعها وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول: الدعوة إلى التعاقد مع متعامل اقتصادي (التراضي البسيط)

على الرغم من أن المشرع الجزائري أعفى المصلحة المتعاقدة من أهم قيد وهو الإعلان عن الصفقة في إجراء التراضي البسيط ، إلا أنه قيدها من جهة أخرى وذلك بالنص على إجراءات شكلية جاءت بها المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

قبل التطرق لإجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي البسيط لابد لنا فهم إجراء طلب العروض أولا، وانطلاقا من ذلك خصصنا هذا المطلب لمعالجة طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقة العمومية في الفرع الأول وإجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي البسيط في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقة العمومية

لما كانت القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية تستلزم تعبير الإدارة عن إرادتها بأساليب محددة وإجراءات معينة لاختيار المتعامل المتعاقد، فإن طلب العروض يعد القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، لذلك أولاه المشرع أهمية خاصة في مختلف تنظيم الصفقات العمومية، بدءا من الأمر 67-90 إلى غاية المرسوم الرئاسي 15-247، حيث خصص له دون غيره كما معتبرا من المواد عملا على التوفيق بين الاعتبارين المالي و الفني.¹

ويعتبر طلب العروض من الأساليب المستحدثة التي خصها المشرع الجزائري بقواعد وإجراءات خاصة تهدف إلى تحقيق المنافسة، التي تختلف درجتها في أشكال طلب العروض من شكل إلى آخر.

وبحكم الأهمية التي يكتسبها أسلوب طلب العروض، قد قسمنا هذا الفرع إلى مفهوم أسلوب طلب العروض أولا والإجراءات المتبعة في عملية إبرام الصفقة العمومية وفق أسلوب طلب العروض ثانيا.

أولاً: مفهوم أسلوب طلب العروض

سنتناول تعريف إجراء طلب العروض ومن ثم تحديد أشكاله.

أ- تعريف إجراء طلب العروض:

عرف المشرع الجزائري إجراء طلب العروض على أنه: " 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، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء. ويعلن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات"¹.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى تفصيلاً أدق لإجراءات طلب العروض بتحديد الدقيق لمعايير اختيار موضوعية للمتعاقد، وهذا ما يكرس مبدأ المنافسة والمساواة².

ب- أشكال طلب العروض:

لقد أصبح أسلوب طلب العروض أسلوباً مفضلاً عالمياً في الوقت الراهن نظراً لما يتصف به من مميزات إيجابيته عن باقي الأساليب، غير أن الجزائر لم تتوصل فعلياً إلى اعتماد هذا الأسلوب إلا بعد صراعات طويلة في قوانينها المتعلقة بالصفات العمومية. ولطلب العروض أربعة أشكال حددها المشرع من خلال نص المادة 42 من قانون 247/15، يمكن أن يكون طلب العروض وطنياً أو دولياً ويتخذ الأشكال التالية:

¹ 40 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق. 247-15

² ضيف حبيبة، مداني عبير، حماية مبدأى المنافسة والإشهار في مجال الصفقات العمومية بواسطة الدعوى المستعجل متطلبات شهادة الماستر أكاديمي : 2020-2019 31.

1- طلب العروض المفتوح:

يعرف عن طلب العروض المفتوح، بأنه أسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية، فهو يتشبه بكثير مع المناقصة التي تكون فيها الدعوى مفتوحة للجميع، فلم يأتي المشرع بالجديد في فحو هذا الأسلوب. فهو عبارة عن إجراء يفتح المجال أمام أكبر عدد غير محدود من المنافسين، الذين تتوفر فيهم الشروط الأساسية التي تبنى عليها الصفقة العمومية، بالإضافة إلى ذلك التأهيل والكفاءة بتقديم العروض بعد الإعلان على الصفقة العمومية¹، هذا ما تشير إليه المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تنص على ما يلي: "طلب العروض المفتوح هو إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً"².

من هنا يمكن أن نستخلص، أن هذا الأسلوب هو الأبسط والعادي، في مجال إبرام الصفقات العمومية، لأن المصلحة المتعاقدة، لا تقيد هذا الأسلوب بشروط، بل الشرط المطلوب فيها هو التأهيل، يسمح لها باختيار أحسن العروض، من بين أكبر عدد من العروض المفتوحة المقبولة.³

2- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:

هذا المصطلح أيضا انفرد به المرسوم الرئاسي الجديد ولأول مرة، فلم تشر القوانين المنظمة للصفقات العمومية السابقة الذكر، و لقد عرفت المادة 44 هذه الطريقة في الفقرة الأولى بأنها " إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء، بتقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي من طرف المصلحة المتعاقدة"⁴.

كما حددت الفقرة الثانية من المادة 44 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر طبيعة الشروط المفروضة من قبل المصلحة المتعاقدة وصنفتها إلى القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة وتكون متناسبة مع طبيعة وأهمية المشروع وهي كالاتي:

- قدرات تقنية:

وتتعلق طبعاً بالوسائل التي بحوزة المترشح والتي ستخصص لتنفيذ موضوع الصفقة فلا يمكن السماح لكل مترشح من تقديم عرضه إلا من استجاب للشروط التقنية المحددة في الإعلان.

- قدرات مالية:

قد تفرض الإدارة على المترشح وسائل مادية وبشرية يستوجبها المشرع أو معدل رقم أعمال لمدة 03 سنوات الأخيرة.

32.	1 عياد بوخالفة
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.	2 43
32.	3 عياد بوخالفة
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع	4 44 01

- قدرات مهنية:

قد تفرض الإدارة المعنية مثلا شهادات تأهيل من نوع معين أو شهادات أخرى، أو قد تفرض سجل تجاري في النشاط محل المنافسة، وقد تفرض شهادات حسن الإنجاز في المشاريع المماثلة للمشروع محل العرض أو محل المنافسة¹.

ولا شك أن أسلوب التعاقد بطريق طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا في العارض أن المرشح يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات محل طلب العروض، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتها أيضا أن تقدر ما تراه صالحا لها من شروط خاصة وتعلن عبر إعلان طلب العروض ما تطلبه وتشرطه في المتعاقد معها من شروط تقنية ومهنية².

3- طلب العروض المحدود:

تعرفه المادة 45 بأنه: "إجراء لاستشارة انتقائية يكون المترشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمترشحين الذين ستم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي بخمسة منهم.

وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة و/أو ذات الأهمية الخاصة"³.

يتجلى هذا التضييق من خلال القواعد الإجرائية الخاصة بطلب العروض المحدود والتي تمر على مرحلتين:

- الانتقاء الأولي كمرحلة أولى:

يظهر تضييق المنافسة في هذه المرحلة من خلال حصرها فقط في المتعهدين الذين تم انتقاؤهم الأولي حسب الفقرة 4 من المادة 45، حيث يتم فيها دعوة المترشحين بموجب رسالة إلى تقديم عرض تقني أولي دون العرض المالي.

يجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود على مرحلة واحدة عندما يتم الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة وفقا لمقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها، أو متطلبات وظيفية حين يكون طلب

.22

1 هناد آية

.235

2 عمار بوضياف

المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع

3 45 01

العروض المحدود على مرحلة واحدة يكون العرض المقدم من قبل المتنافسين مشتملا لملف الانتقاء الأولي وملف العرض النهائي.

- الاستشارة الانتقائية كمرحلة ثانية:

حسب الفقرة 2 من المادة 45 أعطى المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة حق إمكانية تحديد العدد الأقصى من المترشحين الذي ستنتم دعوتهم لتقديم تعهد بعد انتقاء أولي بخمسة منهم.¹

4- المسابقة:

عرفت المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنها "إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصففة لأحد الفائزين بالمسابقة.

وتمنح الصففة بعد المفاوضات، للفائز بالمسابقة الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية.²

من خلال استقرائنا لنص المادة يمكن القول أن المسابقة إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين لأنه يركز على الجانب الفني، وتلجأ الإدارة إلى المسابقة إذا تعلق الأمر بمجال تهيئة الإقليم والتعمير والهندسة المعمارية والهندسة أو معالجة المعلومات.

ونلاحظ أن المشرع قد ضيق من المجالات التي تلجأ فيها الإدارة إلى المسابقة، نظرا لخطورة هذا الإجراء ويجب أن يشمل دفتر شروط المسابقة على برنامج المشروع، ونظام المسابقة.³

ثانيا: الإجراءات المتبعة في أسلوب طلب العروض

يمر أسلوب طلب العروض بأشكاله، عبر إجراءات طويلة ومعقدة من بداية الإبرام إلى غاية تنفيذها، وفقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بحيث أخضع المشرع الجزائري المصلحة المتعاقدة، بأن تراعي باحترام المبادئ الأساسية، التي تبنى عليها الصفقات العمومية، من مساواة والشفافية، وذلك بإتباع مجموعة من الإجراءات تتمثل فيما يلي:

¹ ضيف حبيب، مداني عبير، 34.
² 47
³ فاطيمة عاشور 100.

أ- الإعلان عن الصفقة:

حرص المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 15-247، على شفافية الإجراءات أثناء إبرام الصفقات، يظهر هذا في إلزامية المصلحة المتعاقدة، يبدأ العملية باللجوء إلى المنافسة عن طريق الصحافة، للإعلان المباشر للعامة للصفقة سواء الوطنية أو الدولية، بحيث تقوم الإدارة المتعاقدة على إفصاح نيتها في التعاقد، من أجل الحصول على أحسن عرض. يتم هذا في مختلف الوسائل الإعلامية المخولة قانوناً،¹ وهذا ما أشارت إليه المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، التي تنص على مايلي:

"يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزامياً في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة....²

انطلاقاً من هذه المادة، يكون الإعلان عن الصفقات العمومية، عن طريق الإشهار الصحفي، أو الإعلان على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي، بحيث ينشر في الجريدة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، على الأقل في جريدتين عمومية أو خاصة. وأيضاً بالوسائل الإعلامية الإلكترونية³، هذا ما تشير إليه الفقرة الأولى من المادة 204 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تنص على مايلي:

" توضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية..."⁴

إن هذه الوسيلة المستحدثة، ربما استمدها من المشرع الجزائري من قانون الصفقات الفرنسي. يكون هذا إجبارياً لجميع أشكال طلب العروض دون استثناء كما يتم نشر إعلان الصفقات المتعلقة بالبلدية والولاية والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها ، والتي تتضمن صفقات أشغال عمومية أو صفقة اللوازم ودراسات أو الخدمات التي يساوي مبلغها مائة مليون (100.000.000 دج)، أو يقل عنها خمسين مليون دينار (50.000.000 دج)، أو يقل عنها، يجب أن تكون محل إشهار محلي، حسب الكيفيات الآتية:

38.	عياد بوخالفة	1
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.	61	2
39.	عياد بوخالفة	3
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع	01	204
		4

- نشر إعلان طلب العروض، في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- إصاق إعلان طلب العروض، بالمقرات المعنية في الولاية وكافة البلديات والغرف التجارية، والصناعة التقليدية والحرف والفلاحة، وفي المديرية التقنية المعنية في الولاية.
- كما يتم أيضا نشر المنح المؤقت للصفقة، في نفس الجرائد، التي تم الإعلان عنها.¹

تقديم العروض:

بعد إظهار المصلحة المتعاقدة نيتها، في إبرام الصفقة العمومية، ويتبين هذا جليا في الإعلان وإشهار العملية، في مختلف القنوات والأماكن المخصصة، التي يسمح بها القانون لإعلام الجمهور بالعملية وهذا من أجل فتح المجال التنافسي، بين المتعاملين الاقتصاديين لتقديم عروضهم، تأتي مرحلة تقديم العروض كخطوة ثانية بعد الإعلان عن طلب العروض، بحيث يقوم المترشحين بتقديم ملفات الترشح لدى المكتب الخاص بطلب العروض، حسب الآجال والشروط، التي وضعتها، المصلحة المتعاقدة لهذا الغرض.

يتم تسجيل العروض، في سجل خاص بالصفقات العمومية، مع إحاطة مضمون العروض بسرية تامة، مرفوقين بكل الوثائق المتعلقة بالعرض التقني والمالي. وفي هذا المجال فإن أهم التعديلات التي أتت بها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، بخصوص الوثائق المرفقة لملف الترشح هو تبسيطه للعملية. بحيث قلص من الوثائق المطلوبة، واستبدالها بتصريح الترشيح فقط، والباقية تقدم بعد من طرف الحائز على الصفقة². هذا ما صرحت به المادة 69 من نفس المرسوم الرئاسي، التي تنص على مايلي:

" لا تطلب الوثائق التي تبرر المعلومات التي يحتويها التصريح بالترشيح إلا من الحائز على الصفقة العمومية الذي يجب عليه تقديمها في اجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ إخطاره وعلى أي حال قبل نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة..."³.

ب- تقييم العروض:

عندما ينتهي الآجال المحدد من طرف المصلحة المتعاقدة، لتقديم العروض المتعلقة بمحل الصفقة، تأتي مباشرة مرحلة الفوز وتقييم العروض، لانتقاء واختيار أحسن عرض من بين العروض المقدمة من طرف المترشحين. تقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بدور فعال في موضوع إبرام الصفقات العمومية، بحيث

¹ عياد بوخالفة 39.

² 40.

³ 69 01 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع

أسندت لها مهامات واختصاصات واسعة، تستهلها بالفحص الأولي لملفات المترشحين وترتيب العروض من حيث المعيار التقني والمالي لجميع العروض، ثم تقوم بإقصاء وإبعاد العروض الناقصة الغير مستوفاة للشروط اللازمة والغير مطابقة لدفتر الشروط، وإقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا، في المرحلة الثانية. تتحمل هذه اللجنة مسؤولية على النتائج، التي تفرزها عملية تقييم العروض إداريا وقضائيا.

يتم فتح الأطراف في جلسة علانية، يحضر فيه جميع المترشحين، الذين يتم إعلامهم مسبقا. وفي الأخير تقوم اللجنة المكلفة بالعملية باختيار وانتقاء المتعامل المتعاقد معها¹، هذا ما تبينه المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بالصفقات العمومية، التي تنص على مايلي:

" تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد، مع مراعاة تطبيق أحكام الفصل الخامس من هذا المرسوم المتعلق برقابة الصفقات".²

يتم اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، من بين العروض التي تم قبولها من طرف الإدارة.

ج- إرساء طلب العروض:

يتم إرساء الصفقة عن طريق المنح المؤقت، وإعلانه في الجرائد، التي تم الإعلان فيها عن الصفقة. يجب أن يتضمن الإعلان عن المنح المؤقت نتائج تقييم العروض التقنية والمالية، لحائز الصفقة مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي عند الاقتضاء، ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة، وأجال الطعن في المنح المؤقت للصفقة. لضمان أكثر شفافية، فكل المترشحين والمتعهدين، الحق في الإطلاع على نتائج تقييمهم، في مدة لا تتجاوز 3 أيام من إعلان عن المنح المؤقت للصفقة العمومية. ولها أيضا الحق في الطعن، أمام لجنة الصفقات المختصة قانونا. هذا ما أشارت إليه المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

د- اعتماد إرساء طلب العروض:

تتمثل هذه المرحلة آخر محطة، في إجراءات إبرام الصفقات العمومية. بحيث تمنح فيها الصفقة رسميا للمتعامل الاقتصادي، الذي استوفى جميع الشروط المتعلقة بالعملية التنافسية. يتم هذا بعد التصديق من طرف الجهة المختصة على الصفقة، وبالتالي تدخل الصفقة العمومية حيز تنفيذ.³

.41

¹ عياد بوخالفة

247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

76

.41

³ عياد بوخالفة

الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي البسيط

على الرغم من أن المشرع الجزائري أعفى المصلحة المتعاقدة من أهم قيد وهو الإعلان عن الصفقة في إجراءات التراضي البسيط، إلا أنه قيدها من جهة أخرى بإجراءات شكلية جاءت بها المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أولاً: تحديد المصلحة المتعاقدة لحاجاتها مسبقاً

تم النص على هذا الإجراء في الفقرة الأولى من المادة 50 كما يلي: " يجب على المصلحة المتعاقدة، في إطار إجراء التراضي البسيط، أن :

تحدد حاجاتها، في ظل احترام أحكام المادة 27 أعلاه، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم".¹

بالنظر إلى هذه الفقرة نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها مسبقاً قبل اتخاذ أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، في ظل احترام أحكام المادة 27 المشار إليها مسبقاً في أسلوب طلب العروض، حيث يحرص المشرع من خلال نص المادة 27 على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون الخصائص التقنية عاملاً يمس مبدأ المساواة بين المرشحين بهدف إبعاد بعض المواد أو المنتجات وإقصائها من المنافسة، كما لا يمكن تحديد العلامة أو النوع أو المصدر أو منتج محدد كما يمثلها هذا الإجراء.

كما أن تحديد الاحتياجات يتطلب عملية حصر دقيقة ومدروسة الاحتياجات المراد تلبيتها، ويتمثل أهم عنصر في عملية لإعداد الصفقة العمومية في إطار إجراء التراضي البسيط، ضرورة أن يكون موضوع الصفقة محددًا بدقة وعناية سواء تعلق بنوع الخدمات المطلوبة أو المواصفات المتعلقة بها و المقاييس التي يجب أن تتوفر في الخدمات أو المنتجات.²

ثانياً: التأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي

تم النص على هذا الإجراء في الفقرة الثانية من المادة 50 كما يلي: " أن تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي، كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم".³

1 50 01 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،ال .
106.
2 50 02 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،المرجع السابق.
3 50 02

وبالرجوع إلى المادة 54 نجد نصت على ما يلي:

" يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقسيم العروض التقنية.

يجب أن يستند تقسيم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها عاقلة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها.¹

عند تحليل المادة 54 نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة أن:

أ- تتحقق من القدرات التقنية والمهنية للمرشحين والمتعهدين:

على المصلحة المتعاقدة التأكد من القدرات التقنية للمشاركين وذلك بالاعتماد على المعلومات المتعلقة بمراجعهم المهنية في مجال الصفقات العمومية أو في القطاع الخاص، والمعلومات المتعلقة بفروع النشاط والإمكانات البشرية والمادية للمؤسسة ومجالات العمل الجغرافي.

إن اشتراط هذا النوع من المراجع المهنية يجب أن يكون مراقبا كي لا يتم بشكل تعسفي تفضيل المؤسسات التي تتوفر على مراجع مهنية داخلية، أي التي لها علاقات مستمرة و قديمة مع المصلحة المتعاقدة التي قامت بالاستشارة، وهذا الاشتراط من شأنه بطريقة غير مباشرة حماية المتعاملين الاقتصاديين المتواجدين في السوق، ومنع دخول متنافسين جدد إذ لا يجب أن يشكل اشتراط شهادة التأهيل وسيلة للمصلحة المتعاقدة لتخصيص الصفقة لمتعاملين معينين، لأنها قد تشجع استدامة بعض المؤسسات وبعض تقنيات الإنتاج في السوق.²

ب- لتتحقق من القدرات المالية للمرشحين والمتعهدين:

وهذا ما جاء في المادة 57 و التي تنص على:

" كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في تجمع، يجوز له أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى، حسب الشروط المذكورة في هذه المادة.

ويكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينها تتمثل في

15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

المناولة أو التعاقد المشترك أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أم في نفس مجمع الشركات)، وبالإلزامية مشاركتها في إجراء إبرام الصفقة العمومية.¹

من خلال نص المادة، ما يمكن فهمه أنه يجب على المصلحة المتعاقدة في إجراء التراضي البسيط التأكد من أن المؤسسة التي تقوم بتنفيذ الصفقة تتمتع بقدرات مالية كافية، ويمكن إثبات ذلك عن طريق التصريح البنكي، الجداول والتصريح المتعلق برقم الأعمال، وهذه الأخيرة يمكن أن تطرح بعض المشاكل، إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تشترط بطريقة مباشرة أو غير مباشرة رقم أعمال أدنى وقد يكون مرتفعا نسبيا بالنسبة للمرشحين، وهذا ما يحد من المنافسة رغم كونه مبررا بأهمية الصفقة لأن حالات اللجوء إلى صفقات التراضي البسيط محددة قانونا لأهميتها وخصوصيتها.²

ثالثا: أن تختار متعامل اقتصادي

يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية تم النص على هذا الإجراء في الفقرة الثالثة من المادة 50 كما يلي:

" أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم."³

لقد تطرقنا إلى أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية في الشق الخاص بطلب العروض، ومنه فإن ما ينطبق على طلب العروض في هذا الإجراء ينطبق أيضا على إجراء التراضي البسيط.

رابعا: تنظيم المفاوضات

تم النص على هذا الإجراء في الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة 50 كما يلي: " تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة.

- تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية."⁴

ما يفهم من نص المادة أن المشرع قيد التراضي البسيط بالتفاوض، لذا فإن المفاوضات التي تقوم بها

1	57	01	247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.
2	هناد آية		.108
3	57	03	247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.
4	57	04	247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي مع المرشحين الراغبين في الحصول على الصفقة، عكس طلب العروض الذي يكون التفاوض فيه محظورا، باستثناء إمكانية مطالبة المصلحة المتعاقدة المرشحين بتقديم توضيحات أو معلومات لإكمال عروضهم، وهذا ما أكدت عليه المادة 80 من هذا المرسوم و التي نصت على ما يلي:

"لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في إجراء طلب العروض، ويسمح بالتفاوض في الحالات المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم فقط.

غير أنه، يمكن للمصلحة المتعاقدة، السماح بمقارنة العروض، أن تطلب من المتعهدين كتابيا توضيح و تفصيل فحوى عروضهم.¹

المطلب الثاني: التعاقد مع متعامل اقتصادي سابق (بعد الاستشارة)

جاء المرسوم 15-247 المتضمن الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بإجراءات محددة على سبيل الحصر في مجال إبرام الصفقات عن طريق التراضي بعد الاستشارة و تحديدا في المادة 52 منه.

الفرع الأول: استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة والغير مشاركة في طلب العروض

حددت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 نطاق الاستشارة وحصرته كأصل عام بالنسبة للمؤسسات المشاركة في طلب العروض أي كل المؤسسات المشاركة في طلب العروض أي كل المؤسسات المتنافسة، وهذا من منطلق أنهم أعلم بالمشروع من غيرها، ولم يعفي المشرع المصلحة المتعاقدة من استشارة مؤسسات أخرى ليست مشاركة في طلب العروض إلا أنه وضع بعض القيود وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولا: استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة في طلب العروض

حيث جاء في نص المادة 52 فقرة 01 ما يلي: "تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض...".²

أ- تقليص مدة تحضير العروض:

اعترفت المادة 52 من المرسوم الرئاسي الجديد للمصلحة المتعاقدة بحقها في تقليص مدة العروض

دون أن يمس ذلك بمبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية المكرس بموجب المادة 03 من المرسوم نفسه.

¹ 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق. 01 80

² 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق. 01 52

وهذا من منطلق أن جميع العارضين في حالة التصريح بعدم جدوى طلب العروض على علم بكل تفاصيل المشروع ومحتوياته، وسبق لهم الاطلاع على دفتر الشروط والموافقة عليه، فلا ضرر إن تم اختصار الأجل بل هو أمر مطلوب في مثل هذه الحالات من وجهة نظرنا للمسارعة في إنجاز المشاريع العامة وخدمة الأفراد.¹

وبهذا الترخيص نجد أن المشرع يحاول تبسيط الإجراءات وريح الوقت.

ب- الاحتفاظ بدفتر الشروط:

في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأخير لا يخضع لدراسة لجنة الصفقات العمومية.²

ثانيا: استشارة المؤسسات التي لم تشارك في طلب العروض

حيث جاء في نص المادة 52 فقرة 02 من نفس المرسوم الرئاسي ما يلي:

"إذا قررت المصلحة المتعاقدة استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الاستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض³."

ما يمكن فهمه من هذه المادة أن المصلحة المتعاقدة عندما تقرر استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض يتوجب عليها الإعلان عن هذه الاستشارة وذلك حسب المادة 52 و 61 من هذا المرسوم.

أ- تقليص مدة تحصيل العروض:

فيما يخص تقليص مدة التحضير الخاصة بالمؤسسات الغير مشاركة في العرض لا تتال نفس الحظ الممنوح للمؤسسات المشاركة في العرض الأول.

ب- إمكانية الاحتفاظ بنفس دفتر الشروط:

نجد أن نص المادة 52 فقرة 02 منه تنص على أن المصلحة المتعاقدة عندما تقرر القيام باستشارة

¹ عمار بوضياف

311.

247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

01 52

247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نفس المرجع.

02 52

مؤسسات أخرى غير مشاركة في طلب العروض يمكنها أن تحتفظ بنفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض لكن نجد المشرع قد وضع قيد متمثل في إلزامية نشر الإعلان عن الاستشارة وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا المرسوم.¹

*الاستثناءات الواردة على الحالتين:

مما لا شك فيه أن الأحكام الواردة في دفتر الشروط كوثيقة مرجعية تتعلق بالصفقة تختلف في أسلوب طلب العروض عن أسلوب التراضي.

غير أن أسلوب التعاقد عن طريق التراضي له مقتضيات وأحكام خاصة به، فالمشرع لم يكن متشددا وأجاز للمصلحة المتعاقدة تعديل دفتر الشروط وهنا يتوجب عليها إحالة الأمر على لجنة الصفقات العمومية المعنية للدراسة والمصادقة عليه ومباشرة إجراءات إعلان طلب عروض جديد. وهذا ما فرضت وقضت به الفقرة 03 من نفس المادة، والتي تقضي بحتمية تعديل أحكام دفتر الشروط التي تمس بشروط المنافسة.²

الفرع الثاني: تحديد المصلحة المتعاقدة ببيانات وموضوع الاستشارة على أساس دفتر الشروط

يخضع هذا الدفتر قبل الشروع في الإجراء لتأشير لجنة الصفقات العمومية المختصة، وهو ما قد يعني إضفاء نوع من الشفافية وعدم المساس بالمنافسة، ما دامت اللجنة المختصة ستتأكد من عدم مخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية والمنصوص عليها في المادة من 05 هذا المرسوم قبل منح التأشير، حيث تنص المادة 195 من هذا المرسوم على "...يمكن للجنة أن تمنح التأشير أو ترفضها وفي حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللا..."، و على العموم يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية مهما يكن إجراء الإبرام المختار متلائما مع طبيعة كل مشروع وتعقيده وأهميته.

ونشير إلى أنه في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ لعدم انطلاق المتعامل في الأشغال أو لتقدمه بعد إمضاء الصفقة معلومات زائفة، يكون دفتر الشروط قد أعد مسبقا، وبالتالي كان من الأولى استخدام رسالة الاستشارة على أساس هذا الدفتر دون إخضاعه من جديد لتأشير لجنة الصفقات المختصة ربحا للوقت خصوصا وأن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.³

¹ عمار بوضياف

² هناد آية

³ عريض صليحة، خدنة سعيدة،

.311

.116

.71

أولاً: تحديد المصلحة المتعاقدة بيانات حول الصفقة العمومية

جاء في الفقرة الرابعة من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تنص على مايلي: "تحدد قائمة الدراسات والخدمات الخاصة والأشغال المذكورة في المظتين 2 و3 من المادة 51، بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد اخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات، حسب الحالة".¹

في حالة إتباع المصلحة المتعاقدة أسلوب التراضي بعد الاستشارة يقع عليها عبئ إعداد دفتر شروط جديد وإحالة الدفتر على لجنة الصفقات المختصة للتأشير. ويكون هذا في إطار الصفقات التالية:

أ- صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض:

وردت هذه الحالة في المادة 51 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247²، وقد سبق التطرق إليها في حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

ب- صفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية:

حيث جاء ذكر هذه الحالة في الفقرة 03 من المادة 51³، وقد سبق التطرق إليها أيضا في حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

ج- الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض الجديدة:

بحيث ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 04 من المادة 51⁴، والتي وقد قمنا بشرحها بالتفصيل في حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، غير أنه يمكن تدعيمها بمثال: إذا تصورنا وجود مشروع معين وليكن تجهيز مجموعة مخابر بأجهزة علمية مخصصة لأعمال التكوين والبحث على مستوى الجامعة، حيث تم تحديد آجال لتسليم التجهيزات، إلا أن المتعامل أخل بالتزاماته، وتم بعد مرحلة إجرائية فسخ الصفقة من جانب واحد، وذلك بسبب أن التجهيزات لم يتم استلامها، والسنة الجامعية على وشك الانطلاق.

فالإدارة المعنية صاحبة المشروع وقع عليها التزام مع سلطات المتابعة والإشراف بتوفير الهياكل

15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.	02	51	1
15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.	04	52	2
15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، نفس المرجع.	03	51	3
15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.	04	51	4

البيداغوجية والعلمية من أجل ضمان تكوين جيد، هنا يمكن اللجوء للتراضي بعد الاستشارة بسبب عدم قابلية المشروع و تحمله لإجراءات طلب عروض جديد.¹

ثانيا: تحديد المصلحة المتعاقدة موضوع الاستشارة على أساس دفتر الشروط

جاء ذكر هذه الحالة في الفقرة 05 من المادة 52 من نفس المرسوم.

ففي هذه الحالات المذكورة يستوجب على المصلحة المتعاقدة مراعاة إجراءين جوهريين هما:

أ- وجوب إعداد دفتر الشروط وإحالاته على لجنة الصفقات المعنية:

إذا لجأت المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي بعد الاستشارة بعنوان توافر هذه الحالات المذكورة سابقا، وقع عليها عبئ تحضير مشروع دفتر الشروط وعرضه طبقا لمقتضيات الفقرة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 على لجنة الصفقات العمومية المعنية.²

ب- وجوب تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة:

بحيث ألزمت الفقرة 05 من المادة 52 المصلحة المتعاقدة بتحرير وتوجيه رسالة استشارة على أساس دفتر الشروط تم إعداده أساسا لهذه الطريقة.

فنحن لسنا أمام دفتر شروط يتعلق بطلب عروض سابقة كما هو الحال بالنسبة للوضعية الأولى محل الفقرات 1، 2، 3 من المادة 52 فنكون هنا بصدد حالة أخرى ودفتر شروط خاص ومعين ويتعلق بحالة تراضي لا طلب عروض.³

الفرع الثالث: قواعد فتح الأظرفة في أسلوب التراضي بعد الاستشارة

يمكن اللجوء إلى صيغة التراضي بعد الاستشارة في الحالات التي ذكرتها المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، ويتبين لنا في هذا النوع من الاستشارة تكون مرحلة فتح الأظرفة بهذا الصدد على مرحلة واحدة، أي كانت الصيغة المتبعة في استشارة المتعاملين الاقتصاديين، مع ملاحظة إمكانية تفاوض المصلحة المتعاقدة مع عارض أو أكثر بعد عملية فتح وتقييم العروض.

¹ هناد آية

117.

المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق

2 52 05

³ بوضياف، المرجع السابق، ص 314.

وبعد الفراغ من عملية فتح الأظرفة على النحو المبين، تعمل لجنة فتح الأظرفة بتقييم العروض على البدء في تحليل ووزن العروض وفقا لقواعد محددة.¹

الفرع الرابع: حالة إعلان عدم جدوى الإجراء

تم النص على هذه الحالة في الفقرة السابعة من المادة 52 كما يلي: " عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة التراضي بعد الاستشارة ولا تستلم أي عرض أو أنه لا يمكن بعد تقييم العروض المستلمة، اختيار أي عرض، تعلن عدم جدوى الإجراء".²

يعتبر الإعلان عن عدم جدوى الإجراء قيد من القيود التي فرضها المشرع على المصلحة المتعاقدة للجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

حيث أنه إذا أرادت المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة يجب أن يتم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، باعتبار أن عدم جدوى طلب العروض حالة من حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

الفرع الخامس: حالة المنح المؤقت للصفقة

إن مبدأ الشفافية، يعتبر من المبادئ الأساسية التي كرسها المرسوم الرئاسي 15-247، ولعل إجراء المنح المؤقت هو آلية من آليات تحقيق هذه الشفافية. من خلال انتقاء المتعامل الأكثر قدرة (ماليا وتقنيا)، وذلك من خلال نشر منح الصفقة المؤقت للاطلاع عليه من قبل باقي المتعهدين، ولقد تعرضنا للمنح المؤقت في أسلوب طلب العروض، ليأتي المشرع ويؤكد عليه أثناء إبرام الصفقة بأسلوب التراضي بعد الاستشارة، حيث نصت الفقرة 08 من المادة 52 على أنه: " يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 65 من هذا المرسوم.

وفي حالة الخدمات التي تنفذ في الخارج أو تلك التي تكتسي طابع سرية، يعوض إعلان المنح المؤقت للصفقة بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.³

بالنظر إلى نص المادة نجد أن المشرع الجزائري أحالنا إلى المادة 65 التي تخص إجراءات المنح

1	هناد آية	
2	52	07
3	52	08

المؤقت لأسلوب طلب العروض الذي تطرقنا إليه سابقاً، وأضاف المشرع استثناء في حالة الخدمات التي تنفذ خارج البلاد أو التي تكتسي طابعاً سرياً، بعوض إعلان بالمنح المؤقت بمراسلة المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم.

ويمكن للمتعهد الذي تمت استشارته وعارض اختيار المصلحة المتعاقدة أن يرفع طعناً حسب الشروط المحددة في المادة 52، الفقرة 09 من المرسوم 15-247.¹

تجدر الإشارة أن لإعلان طلب المنح المؤقت للصفقة العمومية آثار قانونية، وهذا ما أكدته عليه المادة 82 من المرسوم 15-247 " :زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغاءه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة، أن يرفع طعناً لدى لجنة الصفقات المختصة."²

ويلاحظ بدءاً من نص المادة 82 أنها وسعت من مجالات الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقة العمومية ليشمل إجراء التراضي بعد الاستشارة.³

يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة في المواد 184.173 أدناه، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي.⁴

من المادة المذكورة يبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك، هنا لم تبرم الصفقة ولم توقع بعد، بل غاية ما في الأمر أنها أعلنت بصفقة مؤقتة عن الفائز في الصفقة، وزودت كل متعهد عن طريق الإعلان بكل العناصر المتعلقة بالتقييم، لغرض تمكينه من ممارسة حقه في الطعن، ويشمل هذا بالطبع حالة التراضي بعد الاستشارة.⁵

1 52 09 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

2 82 01 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

121.

3 82 02 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

122.

4 82 02 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

5 82 02 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

هذه هي إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق أسلوب التراضي، وتجدر الإشارة أنه ورغم الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في اختيار الطرف المتعامل معها، إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 قد قيد في المادة 60 هذه الحرية، حيث نصت على ما يلي: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تغل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة"¹، لذلك فإن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم الأسباب التي أدت لاختيار أسلوب التراضي هذا دون سواه²، مما يثير التساؤل التالي: كيف تبرر المصلحة المتعاقدة عملية اختيارها؟

تتم عملية تبرير الاختيار عمليا عن طريق إعداد المصلحة المتعاقدة ملفا كاملا يخص الصفقة بجميع الإجراءات المتخذة بشأنها من يوم الإعلان عنها إلى غاية المنح المؤقت، مرفوقا بوثيقة تسمى: بطاقة التقديم، تتضمن ملخصا عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، تبرر من خلالها عملية الاختيار بعد ترتيب المترشحين كل حسب إمكانياته وعدد النقاط المحصل عليها، ويرسل الملف إلى اللجنة المختصة الوطنية أو الولائية أو البلدية للصفقات العمومية للتأشير عليه.

إن تغليل المصلحة المتعاقدة لاختيارها لا يكون أمام السلطات الإدارية المختصة فحسب، بل يتعداه ليصل إلى الجهات القضائية، حيث يبقى للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحال يستوجب إبرام الصفقة وفقا لهذا الإجراء أم لا، ويتبين له ذلك من خلال الملف المطروح أمامه و الظروف التي أبرمت في ظلها الصفقة، آخذا بعين الاعتبار أنه إجراء استثنائي، ومنه لم يقيد المشرع المصلحة المتعاقدة بأي إجراء أثناء لجوئها لطريقة التراضي عدا تبريرها للحالة الداعية للجوء إليه.³

المبحث الثاني: مراقبة الصفقة العمومية اللاتنافسية

لقد قام المشرع الجزائري بوضع نظام من أجل مراقبة الصفقة العمومية ويتمثل هذا النظام في الرقابة الإدارية وهو يعتمد أساسا على الرقابة الذاتية، بمعنى أن الإدارة تراقب نفسها بنفسها، وهذا عن طريق إما الرقابة الداخلية أو رقابة الوصاية أو الرقابة الخارجية، غير أن النوع الأخير يعتبر أهم أنواع الرقابة الإدارية قيمة و فعالية، وهي تمارس عن طريق لجان متخصصة في مراقبة عملية إبرام الصفقات العمومية.

1-15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

60

² مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 66.

³ هناد آية 122.

وإلى جانب هذا النظام يوجد النظام القضائي، والذي يتمثل أساسا في القضاء الإداري الذي يتصدى لعملية إبرام الصفقات العمومية عن طريق رفع الطعون القضائية من طرف المتعهدين اللذين لم يحصلوا على الصفقة واللذين يدعون عدم احترام إجراءات إبرام الصفقات العمومية من طرف المصلحة المتعاقدة ويطعنون في صحة القرارات الإدارية المفضية لإبرام الصفقات العمومية.

ومن خلال ما سبق سنقسم هذا المبحث إلى شقين، يتعرض الشق الأول للرقابة الإدارية على عدم تنافسية الصفقة العمومية بينما يتعرض الشق الثاني للرقابة القضائية على عدم تنافسية الصفقات العمومية.

المطلب الأول: الرقابة الإدارية على عدم تنافسية الصفقة العمومية

لقد أخضع المشرع الجزائري الصفقات العمومية لرقابة وفقا لما نص عليها القانون رقم 12-23 في الفقرة الأولى من المادة 94 بقولها: "تخضع الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة للرقابة المنصوص عليها في هذا القانون"¹، ويمكن اعتبار هذه الرقابة رقابة إدارية نظرا لأن الجهات المكلفة بها هي جهات إدارية وليست قضائية، كما يمكن تسميتها بالرقابة الذاتية نظرا لأن الإدارة هنا تراقب نفسها بنفسها، كما تعتبر الرقابة الإدارية وسيلة طعن أخيرة ضد الصفقات العمومية يلجأ إليها المتعهدون أمام الإدارة قبل توجيههم إلى القضاء.

ولتوضيح عملية الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية بشكل أدق، نتطرق لمفهومها والآثار المترتبة عنها، ثم نتعرض للهيئات المكلفة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية نظرا لأنها أهم أنواع الرقابة الإدارية من جهة، ومن جهة أخرى لكونها محل اهتمام المتعهدين اللذين يلجؤون بطعونهم إليها.

الفرع الأول: مفهوم الرقابة الإدارية على عملية إبرام الصفقات العمومية

سننتقل في هذا الفرع إلى التعريف بالرقابة الإدارية وبعدها سنتناول أنواعها.

أولا: تعريف الرقابة الإدارية

تعرف الرقابة الإدارية على أنها الوظيفة الإدارية التي تقوم على المتابعة المستمرة للأعمال في أي مؤسسة لتحقيق النتائج المرجوة من المؤسسة الإدارية التي خطط لها مسبقا وتقوم في معالجة الأخطاء إن وجدت في حال تطبيق الخطط.

¹ 94 01 12-23 18 1445 05 2023 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51 19 1445 06 2023.

كما يعرفها هنري فايول: " الرقابة هي التحقق إذا كان كل شيء يحدث طبقا للخطة الموضوعية والتعليمات الصادرة، وأن غرضها هو الإشارة إلى نقاط الضعف والأخطاء بقصد معالجتها ومنع تكرار حدوثها وهي تنطبق على كل شيء معدات، أفراد، أفعال".

ويقصد بالرقابة الإدارية من الجانب الإداري الرقابة الصادرة عن الجهات الإدارية التي تكون الجهاز التنفيذي والإداري للدولة، وينصرف مفهوم الرقابة الإدارية ليشمل المرافق العامة المركزية، وكذلك المرافق العامة اللامركزية، بهدف ضمان احترام قانون المصلحة العامة.

أما فيما يخص الرقابة الإدارية في مجال الصفقات العمومية فنعني بها قيام الإدارة لمتابعة ومراقبة سير الإجراءات وكيفية إبرام الصفقات العمومية إلى غاية تنفيذها وذلك باستخدام عدة أنواع من الرقابات بهدف التحقق من مدى مشروعية الصفقات وعدم مخالفتها للقوانين والنظم المعمول بها.¹

ثانيا: أنواع الرقابة الإدارية

لقد نصت المادة 94 في الفقرة 2 من القانون رقم 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية على أنواع الرقابة الإدارية المفروضة على الصفقات العمومية بقولها: "تمارس على كل الصفقات العمومية مهما كان نوعها، في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية"²، وكذلك نصت المادة 156 في الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنواع الرقابة بقولها: "تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات العمومية في شكل رقابة داخلية ورقابة خارجية ورقابة الوصاية"³، ومن ثم فإن الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية قسم إلى ثلاث أنواع: الرقابة الداخلية، والرقابة الخارجية، رقابة الوصاية.

أ- الرقابة الداخلية:

تعرف الرقابة الداخلية بأنها رقابة ذاتية تمارسها السلطة الإدارية على نفسها عبر أجهزة منبثقة عنها، وذلك لمنع الانحراف وتحديد أسبابه وسبل معالجته، وقد نظم المشرع الرقابة الداخلية بموجب المواد 162/159 من المرسوم الرئاسي 15/247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،⁴

¹ حجاج حنان، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة العقيد أحمد دراية - 2018-2027 06.

² 94 02 12-23 لقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

³ 156 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

⁴ هشام محمد عمرة، علوية كامل، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإدارية والمالية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 01 01 2017 76.

وبالعودة للمادة 159 من المرسوم 247/15 فإنها تنص على أن "تمارس الرقابة الداخلية في مفهوم هذا المرسوم، وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية، دون المساس بالأحكام المطبقة على الرقابة الداخلية. ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة على الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابة والإجراءات اللازمة لتتسق عمليات الرقابة وفعاليتها.."¹، ومن خلال مضمون المادة يتضح أن الرقابة الداخلية تكون وفقا لمعايير ومقاييس يتم تحديدها مسبقا في إطار تنظيم الصفقات العمومية، بحيث تلتزم كل هيئة بالمهام الموكلة لها دون أن تتجاوز السلطات الممنوحة لها وغاية ذلك بالطبع هي التنمية الشاملة وتفعيل دور الرقابة.

ومما يميز القانون الجديد للصفقات العمومية عن القوانين السابقة في إطار الرقابة الداخلية على الصفقات دمجها للجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض لتصبح لجنة واحدة (المادة 160)، ويهدف المشرع من خلال نظام تعدد اللجان لمعالجة مشكلة تراكم الملفات على مستوى لجنة تقييم العروض والتي عرفتها المصالح المتعاقدة لاسيما المركزية منها والتي تبرم مئات الصفقات سنويا أثناء سريان قانون الصفقات الملغى 236/10، ومن ثم فإن القانون الجديد يسمح بإحداث أكثر من لجنة على مستوى المصلحة المتعاقدة الواحدة لضمان السرعة والفعالية في عمل اللجنة.²

1- لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

لقد خصص المشرع الجزائري المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لتنظيم الرقابة الداخلية على الصفقات العمومية، ولعل أهم ما تميز به القانون الجديد هو إحداث لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض بدل نظام اللجنتين الذي كان معتمدا في كل قوانين الصفقات العمومية السابقة التي كانت تنص على إحداث لجنتين هما لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.³

تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة ويختارون لكفاءتهم، حسب نص المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247، ومسؤول المصلحة المتعاقدة هو من يملك صلاحية تحديد تشكيلة لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وذلك بموجب مقرر و هذا ما نصت عليه المادة 162.⁴

ويتضح لنا أن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ليست لجنة عارضة أو مؤقتة، تكلف بمهمة ثم تزول وتحل بل هي لجنة قارة و ثابتة أو دائمة كما وصفها النص. ودائمة اللجنة لا يعني بحال من الأحوال

159-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

.76

² هشام محمد عمرة، عليوة كامل،

³ .38

⁴ .39

تضمنها لقائمة محددة غير قابلة للتعديل، بل يجوز إدخال تعديلات عليها من حيث التشكيلة بين الفترة والأخرى بموجب مقرر موقع من مسؤول المصلحة المتعاقدة¹.

2- مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض:

تتجلى مهام اللجنة في مرحلتين، وذلك عند فتح الأظرفة كمرحلة أولى وتقييم العروض كمرحلة ثانية.

2-1- مهام اللجنة في مرحلة فتح الأظرفة:

حددت المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مهام لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض فيما يلي:

- تثبت صحة تسجيل العروض، عن طريق التوثيق والتسجيل وذلك عن طريق مسك سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف و يؤشر عليهما. فالسجلات في أي تنظيم إداري عبارة عن أدوات حفظ، وأداة إثبات، تستعمل عند ممارسة كل رقابة².
- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة.
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض.
- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب استكمال.
- تحرر المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة.
- تدعو المرشحين أو المتعهدين عند الاقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى استكمال عروضهم التقنية الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة، باستثناء المذكرة التقنية التبريرية، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة، ومهما يكن من أمر تستثنى من طلب الاستكمال كل الوثائق الصادرة عن المتعهد والمتعلقة بتقييم العروض.
- تقترح على المصلحة المتعاقدة، عند الاقتضاء، في المحضر، إعلان عدم جدوى الإجراء حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من هذا المرسوم.
- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين، عند الاقتضاء³.

¹ 323.

¹ عمار بوضياف

² 326.

247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

³ 71

تحرر لجنة فتح الأظرفة، عند الاقتضاء محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون حسب الحالات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي الساري المفعول كما يلي:

- في حالة طلب العروض المحدودة و المسابقة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتوفر على خمسة (05) مرشحين على الأقل يتم انتقائهم الأولي¹.
- في حالة التراضي بعد الاستشارة، إذا لم يتم استلام أي عرض، أو إذا لم يمكن اختيار أي عرض، بعد تقييم العروض المستلمة².

2-2- مهام لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض خلال مرحلة تقييم العروض:

تبرز أهمية الدور الرقابي للجنة في هذه المرحلة من خلال تقييمها للعروض وانتقاء أفضلها، لذلك فقد أسند لها المشرع وفقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام القيام بـ:

- إقصاء الترشيحات والعروض غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط طبقا لأحكام هذا المرسوم، و/أو لموضوع الصفقة، وفي حالة الإجراءات التي لا تحتوي على مرحلة انتقاء أولي، لا تفتح أظرفة العروض التقنية والمالية والخدمات، عند الاقتضاء، المتعلقة بالترشيحات المقصاة.
- تعمل على تحليل العروض الباقية في مرحلتين، على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وتقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العالمية الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.
- وتقوم في مرحلة ثانية بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم تأهيلهم الأولي تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم.
- تقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية المتمثل في العرض:

1/ الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى معيار السعر فقط.

2/ الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة، يستند تقييم العروض إلى عدة معايير من بينها معيار السعر.

1 45 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام،
2 52 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المرجع السابق.

3/ الذي تحصل على أعلى نقطة استنادا إلى ترجيح 2 عدة معايير من بينها معيار السعر إذا كان الاختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

- تقترح على المصلحة المتعاقدة، رفض العرض المقبول، إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد تتسبب في اختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت و يجب أن يبين هذا الحكم في دفتر الشروط.

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقد الاقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحدا أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار، تطلب منه عن طريق المصلحة المتعاقدة كتابيا، التبريرات و التوضيحات التي تراها ملائمة. وبعد التحقق من التبريرات المقدمة، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض إذا أقرت أن جواب المتعهد غير مبرر من الناحية الاقتصادية. وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل.¹

- إذا أقرت أن العرض المالي للمتعاقد الاقتصادي المختار مؤقتا، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار، تقترح على المصلحة المتعاقدة أن ترفض هذا العرض، وترفض المصلحة المتعاقدة هذا العرض بمقرر معلل. وترد عند الاقتضاء، عن طريق المصلحة المتعاقدة، الأطراف المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصاؤها إلى أصحابها دون فتحها.

وفي حالة طلب العروض المحدود، يتم انتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى ترجيح عدة معايير.

وفي حالة إجراء المسابقة، تقترح لجنة فتح الأطراف و تقييم العروض على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين، وتدرس عروضهم المالية، فيما بعد، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى ترجيح عدة معايير.²

رغم أن المشرع الجزائري شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، إلا أنه أورد استثناء على هذه القاعدة والذي نصت عليه المادة 12 من المرسوم 15-247 القسم الثاني المتضمن الإجراءات الخاصة في حالة الاستعجال الملح، بحيث سمح المشرع بأن تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العموم وأعطى المشرع الحق في إصدار قرار التنفيذ المستعجل لمسؤول الهيئة العمومية، أو الوزير المعني على أن يكون هذا القرار معلل، و ترسل نسخة من هذه الرخصة إلى مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية.

1 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

72 1

2 247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

72 2

ومهما يكن من أمر، فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر، وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية.¹

ب- الرقابة الخارجية:

تعتبر الرقابة الخارجية أهم أنواع الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية فصلاحيات هيئاتها واسعة مقارنة بلجنة فتح الأطراف ولجنة تقييم العروض، فإذا كانتا هاتين الأخيرتين لا تملكان رأي ملزم للمصلحة المتعاقدة نظرا لأن رأيهما استشاري فقط يمكن لمسئول المصلحة المتعاقدة مخالفته، فإن رأي هيئات الرقابة الخارجية ملزم للإدارة المتعاقدة، لأن هذه الأخيرة لا يمكنها إبرام صفقة أو تنفيذها إلا بعد حصولها على التأشيرة من طرف لجان الصفقات العمومية المذكورة سابقا.²

ولقد خصص المشرع الجزائري المواد 162 إلى 190 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للرقابة الخارجية³، حيث يهدف هذا النوع من الرقابة حسب المادة 163 في التحقق من مطابقة الصفقات العمومية على هيئات الرقابة الخارجية القبلية والبعديّة للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، إضافة للتأكد من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية. وعليه سنتناول الهيئات المكلفة بالرقابة الخارجية القبلية والهيئات المكلفة بالرقابة الخارجية البعديّة للصفقات العمومية كما يلي⁴:

1- الرقابة الخارجية القبلية على الصفقات العمومية:

إن أول شكل تتخذه الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية هو شكل الرقابة القبلية، حيث يعد هذا الشكل نشاطاً تقييماً رقابياً تضطلع به جهات متخصصة قبل دخول الصفقة حيز التنفيذ، وذلك لمنع حدوث الأخطاء أو التجاوزات التي تمس مشروعية الصفقات العمومية، فعلى كل إدارة الخضوع لفحص صارم على الصفقات التي تبرمها قبل تنفيذها.

وبالرجوع لقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15/247 فقد قسم اللجان المكلفة بالرقابة الخارجية القبلية إلى قسمين يتعلق القسم الأول بلجان الصفقات للمصالح المتعاقدة والقسم الثاني باللجنة القطاعية للصفقات العمومية، وهنا يلاحظ إلغاء المشرع للجان الوطنية للصفقات العمومية وهي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال واللجنة الوطنية لصفقات اللوازم واللجنة الوطنية لصفقات الخدمات

¹ قداش سمية الرقابة على الصفقات العمومية في ظل المرسوم 247/15 سنكتمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية تخصص: منازعات إدارية 8 1954 2018-2017 20.

² مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 98.

³ خضري حمزة، محاضرة تحت عنوان الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، جامعة المسيلة، بدون سنة نشر، ص 04.

⁴ هشام محمد عمرة، عليوة كامل، 79.

والدراسات، كما ألغي العمل بنظام اللجان الوزارية التي نص عليها القانون 236/10 الملغى، وذلك من أجل القضاء على مركزية الرقابة على الصفقات العمومية من جهة والتخفيف من حدة بيروقراطية الإجراءات من جهة أخرى¹.

1-1- لجان الصفقات العمومية للمصالح المتعاقدة:

تتمثل هذه اللجان حسب الترتيب في القانون الجديد في اللجنة الجهوية للصفقات، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، اللجنة الولائية للصفقات، اللجنة البلدية للصفقات، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، والتي خصص المشرع المواد من 170-178 من القانون الجديد لبيان اختصاصها وتشكيلها².

1-2- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية:

لقد كرس المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر إصلاحات مهمة تتعلق بالرقابة الإدارية الخارجية على الصفقات العمومية، ويتجلى ذلك على وجه الخصوص من خلال إدماج اللجنة الوزارية للصفقات في اللجنة القطاعية للصفقات وإلغاء اللجان الوطنية وتحويل صلاحياتها إلى اللجان القطاعية التي تنصب على مستوى كل وزارة، الأمر الذي سيساهم في تقليص المدة الطويلة التي كانت تستغرقها دراسة ملفات مشاريع دفاتر الشروط والصفقات العمومية، وتقادي الأخطاء عند إنجازها³.

وتتشكل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية من:

- الوزير المعني أو ممثله، رئيسا، ممثل الوزير المعني، نائب رئيس، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلان (2) عن القطاع المعني، ممثلان (2) عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة⁴.

من خلال المادة 180 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فإنه يمكن تحديد اختصاصات اللجنة القطاعية وذلك في مجال التنظيم، وكذا في مجال الرقابة.

2- الرقابة الخارجية البعدية على الصفقات العمومية (الرقابة المالية اللاحقة):

أصبحت الكثير من الدول تفضل في الآونة الأخيرة تفضل الرقابة الخارجية البعدية عن الرقابة القبلية، لأنها ترى فيها الرقابة الديناميكية التي لا تعطل وتيرة إنجاز المشاريع، ومن جهة أخرى تنسجم

¹ هشام محمد عمرة، عليوة كامل، 80.

² 46.

³ 51.

⁴ 185 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

ومنظومتها القانونية المتناسقة، فضلاً عن امتلاكها لقدرات التسيير، وحيازتها أجهزة رقابية شعبية وإعلامية متمرسة وهيئات قضائية مستقلة، وتباشر هذه الرقابة بعد تنفيذ التصرفات المالية واتخاذ القرار بصرف النفقات وتحصيل الإيرادات، فهي رقابة ردعية، وتمارس هذه الرقابة في الجزائر من طرف الأعوان الماليين (رقابة المراقب المالي، رقابة المحاسب العمومي)، والمفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة.

ج- الرقابة الوصائية:

تعرف الوصاية الإدارية على أنها مجموعة من السلطات التي يقرها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالها، وذلك لغرض حماية المصلحة العامة، وسلطة الوصاية محددة ومضبوطة بالقانون، فلا يمكن ممارستها إلا وفق الأشكال التي يحددها القانون.

وما يهم في هذا المقام هو استكمال وتفعيل أنظمة الرقابة في مجال الصفقات العمومية، والغاية من الرقابة الوصائية يتمثل أساساً في التأكد من ملائمة الصفقات العمومية لأهداف فعالية والاقتصاد وكذلك لبرامج وأولويات القطاع، وعن كيفية ممارسة هذه الرقابة عملياً يكون بمراقبة شروط الصحة والنزاهة التي تم فيها تحضير أو إبرام لصفقة العمومية، حيث تستند هذه الرقابة إلى مفتشية تتشأ خصيصاً بهدف تقييم ورقابة نشاطات الهيئات والأجهزة الموضوعة تحت الوصاية حيث تتأكد من تطبيق التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية.¹

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى خصائص وأساليب الرقابة الوصائية ومدى فعاليتها ثم سنتناول رقابة الوالي على الصفقات العمومية التابعة للبلدية كنموذج للرقابة الوصائية.

1-1- خصائص وأساليب الرقابة الوصائية:

خص المشرع الرقابة الوصائية بمادة وحيدة أين نص فيها أن الهدف منها هو التحقق من مطابقة

الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية و الاقتصاد.²

بهذا تتمحور دراستنا حول خصائص الرقابة الوصائية وأساليبها.

1-1- خصائص الرقابة الوصائية:

تتميز الرقابة الوصائية بمجموعة من الخصائص التالية:

- إن هذه الرقابة تكون على سبيل الحصر بمعنى وجود نص قانوني ينص عليها، فالقاعدة العامة " لا رقابة دون وجود نص قانوني " لذلك لا بد أن تحكم هذه القوانين الرقابة الوصائية لتفادي التعسف في استعمال

¹ قداش سمية
² 164
69.
247-15 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

السلطة وانحراف الجهة الوصية في استخدام الصلاحيات من أجل أغراض أخرى، لذلك حرص المشرع في قانون الرقابة أن تمارس في الحدود القانونية التي رسمها المشرع.

- إن نظام الوصاية القانونية أداة قانونية بموجبها تضمن وحدة الدولة وذلك بإقامة علاقة قانونية دائمة ومستمرة بين الأجهزة المستقلة والسلطة المركزية، فالرقابة الوصائية هي رقابة الدولة المشروعة على الوحدات اللامركزية لضمان عدم انحراف هذه الأخيرة مع ضرورة احترام السلطة للحدود المبينة قانوناً وذلك كي لا يؤثر على استقلالية الهيئات المحلية وعليه فإن الرقابة الوصائية هي فكرة قانونية تنظيمية بحتة.

- إن الرقابة الوصائية ذلك طبيعة إدارية أي أنها تمارس من طرف الجهات الإدارية عبر قرارات إدارية كما أن قراراتها تكون خاضعة للرقابة القضائية عن طريق دعاوى الإلغاء المختلفة للرقابة الوصائية هي رقابة ذات طابع إداري محض.

- إنها رقابة بعدية تتم بين شخصين معنويين مستقلين وهما السلطة المركزية و اللامركزية.¹

- من هذه المعطيات تهدف الرقابة الوصائية إلى إلزام الهيئات اللامركزية على الوفاء بالتزاماتها وتعهداتها المالية مع الغير، وتنفيذ عقودها المدنية والإدارية واحترام أحكامها وشروطها، كما تهدف رقابة السلطة الوصائية قيام إدارة حسنة وفعالة تتولي تصريف الشؤون المحلية على أكمل وأفضل وجه كما تسعى للحفاظ على الكيان السياسي والوحدة الدستورية وبقاء الدولة موحدة تحت نظام واحد، وأن هذا التقسيم لدواعي تنظيمية لتخفيف الضغط وتجسيد مبدأ مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم عن طريق المجالس المنتخبة المحلية، و أن هذه الوصاية ما هي إلا ضمان لمشروعية أعمالهم ضمن الحدود القانونية.²

1-2- أساليب الرقابة الوصائية:

بالعودة إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أن المشرع خصها بمادة وحيدة وهي المادة 164، أين نص فيها أن يكون الهدف منها هو التحقق من مطابقة الصفقات لأهداف الفعالية والاقتصاد ولكن بالرغم من هذا فيجب تجاهل الرقابة التي تكون قبل تنفيذ الصفقة البدء وأثناء وبعد تنفيذ الصفقة.

2- رقابة الوالي على الصفقات العمومية التابعة للبلدية فنموذج للرقابة الوصائية:

يمارس الوالي باعتباره جهة وصية الرقابة على أعمال البلدية وتصرفاتها وذلك طبقاً لقانون البلدية حيث أن بعض مداوات المجلس الشعبي البلدي لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي وبالرجوع إلى قائمة المداوات المعنية بهذا إجراء نجد من بينها المداوات المتعلقة بالميزانيات والحسابات، و بما أن

¹70.

²فدأش سمية

.71

المداولات المتعلقة بالصفقات العمومية تندرج ضمن هذه الفئة فإنها تكون نافذة إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوالي.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الرقابة الإدارية

إن الآثار المترتبة عن الرقابة الإدارية المفروضة على الصفقات العمومية تختلف بحسب أنواع هذه الرقابة الإدارية، حيث تأتي الرقابة الداخلية في المرتبة الأخيرة من حيث قوة الآثار المترتبة عنها لأن القرارات الصادرة عن لجنتي فتح الأظرفة وتقييم العروض لا تملك أية قوة إلزامية في مواجهة المصلحة المتعاقدة نظرا لأن مهمتها تقتصر على مساعدة المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية، ثم تأتي بعدها رقابة الوصاية، لأن هذه الرقابة ناقصة من حيث الآثار المترتبة عنها كونها تنحصر في مراقبة مدى مطابقة أهداف الصفقة المبرمة للبرامج المسطرة من طرف السلطة الوصية ولا تتعداها إلى حماية مصالح المتعهدين الطاعنين في صحة عملية إبرام الصفقة، و بالتالي فإن آثار هذه الرقابة تهمل جانبا مهما من عملية إبرام الصفقات العمومية والمتعلق بسلامة الإجراءات والقرارات الإدارية التي تدخل في تكوينها، ويبقى لنا في الأخير الرقابة الخارجية والتي تعتبر أهم أنواع الرقابة الإدارية على عملية إبرام الصفقات العمومية¹ وهذا ما جاء في المادة 98 في الفقرة الأولى والتي تنص على مايلي: " تمارس الرقابة الخارجية القبلية للصفقات العمومية، في حدود مستويات اختصاص لجان الصفقات العمومية.

لجنة الصفقات العمومية هي مركز اتخاذ القرار بخصوص مراقبة الصفقات العمومية المندرجة ضمن اختصاصها. وبهذه الصفة، يمكنها منح التأشير أو رفضها. وفي حالة الرفض، يجب أن يكون الرفض معللا.²

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الآثار المترتبة عن الرقابة الخارجية للصفقات العمومية تتمثل في منح التأشير أو رفض منحها، وهذه التأشير إلزامية على المصلحة المتعاقدة فبدونها لا يمكن للمصلحة المتعاقدة البدء في تنفيذ مشروع الصفقة العمومية.³

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على عدم تنافسية الصفقات العمومية

لقد رأينا فيما سبق أن عملية إبرام الصفقات العمومية تمر بمجموعة من الإجراءات والمراحل، كما

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 99.

² المادة 98 من المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ عام 1430 الموافق 16 نوفمبر سنة 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1413 الموافق 14 نوفمبر سنة 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها، جريدة رسمية عدد 67، صادر في 2 ذو الحجة عام 1430 الموافق 19 نوفمبر سنة 2009.

³ مانع عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 100.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحترم الإلتزامات التي قررها قانون الصفقات العمومية، ولكن في حالة مخالفة الإدارة المتعاقدة لهذه القواعد ما هو الجزاء المترتب عن ذلك وكيف السبيل إلى المطالبة به ؟

ففي حالة عدم رضا المتعهد الذي يزعم بأن المصلحة المتعاقدة قد قامت بمخالفات قانونية أدت إلى حرمانه من التعاقد معها عن القرارات التي توصلت إليها لجان الصفقات العمومية المختصة يمكنه اللجوء إلى القضاء الإداري الذي يقع عليه عبء الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، من هنا يتدخل القضاء الإداري ليفحص مدى احترام المصلحة المتعاقدة لمبدأ المشروعية، بمعنى مدى التزامها عند إبرام الصفقات العمومية بالإجراءات والأشكال التي يتطلبها القانون في هذه الخصوص.

و الرقابة القضائية بالمعنى السابق قد تكون سابقة على إبرام الصفقات العمومية وقد تكون لاحقة على إبرامها، ففي الحالة الأولى يتدخل القضاء الإداري لمراقبة القرارات والإجراءات الإدارية التي قامت بها المصلحة المتعاقدة قبل إبرام الصفقة العمومية بصفة نهائية، أما في الحالة الثانية فيراقب القضاء الإداري مدى سلامة الصفقة العمومية من العيوب، وهذا بعد إبرامها بصفة نهائية¹.

الفرع الأول: الرقابة القضائية السابقة على إبرام الصفقة العمومية

إن عملية إبرام الصفقة العمومية تتم بمجموعة من القرارات الإدارية الصادرة من طرف المصلحة المتعاقدة، هذه القرارات قد تكون مشروعة وسليمة من الناحية القانونية، إلا أن البعض منها ولعله الحاسم في تقرير مصير الصفقة إلى من تؤول قد يكون غير مشروع ويشوبه أحد عيوب القرار الإداري المعروفة ، ومن أجل الحفاظ على سلامة وصحة الصفقة العمومية من العيوب ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري والتي تسمح للمتضرر من القرار الإداري بالطعن ضده بصفة مستقلة عن الصفقة العمومية أمام جهات القضاء الإداري.

ونظرا لأهمية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، سنتطرق لمفهومها وتطورها وشروط تطبيقها، وبعد ذلك نتعرض لآثار بطلان القرارات الإدارية السابقة على إبرام الصفقة.

أولا: إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية

إن إلغاء القرارات الإدارية التي تدخل في إطار عملية إبرام الصفقة العمومية تتطلب منا أولا التطرق لمفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية ثم بعد ذلك نتعرض لشروط قبول دعوى إلغاء هذه القرارات.

¹ مانع عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 121.

أ- مفهوم نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري:

تعرف القرارات القابلة للانفصال على أنها قرارات إدارية تكون جزءا من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة إلا أن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد، كما تعتبر القرارات القابلة للانفصال تصرفات قانونية صادرة من طرف الإدارة في إطار عملية مركبة مع إمكانية إلغائها على أساس أنها قرارات قائمة بذاتها دون أن يؤثر ذلك على كيان العملية ذاتها أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها. إن المستفيد الأول من نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال هو الطرف الغير المتعاقد معه، لأنه لا يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد ومن تم فتح له مجال قضاء الإلغاء، أما المتعاقد معه فيمكنه اللجوء إلى قاضي العقد.¹

ب- شروط قبول دعوى الإلغاء:

من أجل قبول إلغاء قرار إداري منفصل عن الصفة العمومية لا بد أن تتوافر في دعوى الإلغاء شروط معينة، تتمثل هذه الشروط في الشروط الموضوعية والشروط الشكلية.

1- الشروط الشكلية:

وتتمثل هذه الشروط في ضرورة أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري، وشرط التظلم الإداري السابق، وشرط رفع دعوى الإلغاء في الميعاد القانوني، وشرط توفر الصفة والمصلحة في رافع الدعوى، وأخيرا شرط انتفاء الدعوى الموازية، وستعرض فيما يلي لشرح كل شرط بنوع من التفصيل.

1-1- شرط أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري:

من خصائص دعوى الإلغاء أنها دعوى القانون العام الأصلية والوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة قضائيا، أن دعوى الإلغاء هي الدعوى الإدارية المرتبطة بالقرارات الإدارية ومن ثم كان شرط أن تنصب دعوى الإلغاء على قرار إداري بالمعنى القانوني للقرارات الإدارية.

فالقرار الإداري الذي يجب أن تنصب عليه دعوى الإلغاء هو القرار الإداري بالمفهوم والمضمون القانوني للقرار الإداري وليس بالمفهوم والمضمون العلمي والمادي والفني للقرارات الإدارية والقرار الإداري بالمفهوم والمضمون القانوني هو ذلك العمل القانوني الصادر من السلطات الإدارية المختصة في الدولة وبإرادتها المنفردة والملزمة.

حيث أن المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه: " يحدد آجال الطعن

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 123.

أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي التنظيمي".

ولقد عرفه الدكتور هنا: "عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثار قانونية بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه".¹

1-2- شرط التظلم الإداري السابق:

يعتبر التظلم الإداري وسيلة من وسائل تحريك عملية الرقابة الإدارية الذاتية ووسيلة من وسائل "حل المنازعات الإدارية وديا" وللتظلم الإداري أربعة أنواع، فقد يكون ولائيا أمام نفس الجهة التي أصدرت القرار الإداري، وقد يكون رئاسيا أمام السلطة التي ترأس من أصدر القرار الإداري، وقد يكون أمام السلطات المركزية الوصية المختصة بالرقابة الإدارية على السلطة التي أصدرت القرار الإداري، وقد يكون التظلم الإداري أمام لجنة إدارية وهو ما يعرف بالتظلم الإداري الشبه القضائي، والنوع الأخير من التظلم الإداري هو الذي يعيننا في مجال دراسة عملية إبرام الصفقات العمومية، فهذا التظلم يكون في شكل شكوى أو طعن أمام لجان الصفقات العمومية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو هل أن هذا التظلم الإداري وجوبي أم إختياري؟²

من خلال المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص على ما يلي:

(زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة...) يتبين لنا أن التظلم الإداري في مجال المنازعات الإدارية المتعلقة بعملية إبرام الصفقات العمومية هو إختياري وليس إلزامي بدليل كلمة "يمكن".³

1-3- شرط الميعاد في دعوى الإلغاء:

إن ميعاد رفع دعوى الإلغاء في النظام القضائي الجزائري هو أربعة أشهر بالنسبة للدعاوى التي ترفع أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية ضد القرارات الإدارية اللامركزية، وهذا طبقا للمادتين 07 و 169

¹ محمد الأمين عزوي، إبراهيم فنيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون إداري، جامعة غرداية، 2019-2020، ص 38.

² مانع عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 129.

³ 82 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرجع السابق.

مكرر من قانون الإجراءات المدنية، وتحسب هذه المدة ابتداءً من تاريخ تبليغ القرار المطعون فيه، أما بالنسبة لدعوى الإلغاء المرفوعة أمام مجلس الدولة ضد القرارات الإدارية المركزية فميعاد رفعها شهرين ابتداءً من رد الإدارة على التظلم الإداري الإلزامي ضد القرار المطعون فيه، أما في حالة سكوتها عن هذا التظلم فتحسب ابتداءً من تاريخ انتهاء مدة 03 أشهر المخصصة لرد الإدارة عن التظلم المرفوع، و هذا طبقاً للمادتين 279 و 280 قانون الإجراءات المدنية.

1-4- شرط المصلحة في دعوى الإلغاء:

إن شرط المصلحة في دعوى الإلغاء يتسم بنوع من المرونة والإلتساع تسهيلاً وتشجيعاً من أجل تطبيقها من طرف الأفراد، وهذا حماية لفكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية وتأكيداً وحماية لمصالح وحقوق الأفراد في مواجهة القرارات الإدارية، ويكون شرط المصلحة متوفراً في دعوى الإلغاء إذا كانت المصلحة شخصية ومباشرة وقائمة وحالة وقت رفع هذه الدعوى، وتكون المصلحة شخصية ومباشرة إذا مس القرار الإداري الغير المشروع بمركز قانوني ذاتي وخاص لرافع دعوى الإلغاء، بينما تكون المصلحة قائمة وحالة إذا كان اعتداء القرار الإداري الغير المشروع على المركز القانوني قد وقع ومازال قائماً وقت رفع دعوى الإلغاء.¹

2- الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في أسباب وحالات الحكم بإلغاء القرارات الإدارية الغير المشروعة، وهي ما يطلق عليها اسم عيوب القرار الإداري، وفي حقيقة الأمر فإن هذه الشروط لا تعتبر شروطاً لرفع دعوى الإلغاء وإنما هي شروط لقبول دعوى الإلغاء، وهي تتمثل فيما يلي:

1-2- عيب عدم الاختصاص في القرار الإداري:

يعرف الاختصاص على أنه صلاحية جهة قضائية بالنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانوناً، ويعتبر أهم الشروط لقبول الدعوى الإدارية فلا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص لأنه من النظام العام.² وركن الاختصاص في القرار الإداري يتكون من أربعة عناصر يجب احترامها مجتمعة وإلا أصيب القرار الإداري بعيب عدم الاختصاص، وتتمثل هذه العناصر في العنصر الشخصي، العنصر الموضوعي، العنصر المكاني، العنصر الزمني.³

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 130.

² ولادي سولافة، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، التخصص: قانون إداري، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2022-2023، ص 57.

³ مانع عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 132.

2-2- عيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري:

إن هذا الركن ينقسم إلى قسمين هما:

يتمثل القسم الأول في الشكليات الواجب توفرها في القرار الإداري ككتابته في وثيقة معينة وتسببه والتوقيع عليه وتاريخ صدوره وتبليغ المخاطبين به، وهذه الشكليات قد تكون جوهرية أو ثانوية ومعيار التمييز بينهما هو مدى تدخل المشرع والنص على إلزاميتها وكذا قيمة المصلحة التي تحميها هذه الشكلية، وبطبيعة الحال فإن الشكليات الثانوية لا تؤدي إلى إلغاء القرار الإداري وإنما يكفي فقط تصحيحها.

أما القسم الثاني فيتمثل في الإجراءات التي تسبق صدور القرار الإداري كالإجراء الاستشاري وإجراء احترام مواعيد إصداره، واحترام نظام المداولات، وإجراء التحقيق قبل إصدار القرار الإداري الخ¹.

2-3- عيب مخالفة القانون في القرار الإداري:

إن هذا العيب له صورتان، فقد تكون مخالفة القانون في القرار الإداري مباشرة، وذلك عندما يصدر قرار إداري وهو يخالف في الآثار القانونية المتولدة عنه أي في محله لقاعدة من قواعد القانون العام، سواء كانت هذه القاعدة دستورية أو تشريعية أو معاهدة دولية، وقد تكون مخالفة القانون في القرارات الإدارية بصفة غير مباشرة عن طريق الخطأ في تفسير أو تطبيق القانون، ومن تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي للصورة الثانية حالة أن تصدر السلطة الإدارية قرار إداري تطبيقاً لنص قانوني غير النص القانوني الواجب التطبيق، وأن تغفل عند اتخاذها لقرار إداري نصوص قانونية موجودة ونافذة، أو أن تصدر قرار إداري بخصوص حالات وأوضاع لا يشملها النص القانوني المعني².

2-4- عيب الانحراف في استعمال السلطة في القرار الإداري:

يشترط لصحة القرار الإداري أن يهدف إلى تحقيق غاية مشروعة، والتي تأخذ في الواقع صورتين رئيسيتين هما: المصلحة العامة و قاعدة تخصيص الأهداف.

2-5- عيب السبب:

يعرف السبب بأنه الحالة الواقعية (المادية) أو القانونية السابقة على القرار الإداري والدافعة إلى إصداره من طرف الإدارة، وهو مبرر وسند خارجي لاتخاذ، ولهذا يجب أن يكون السبب قائماً وموجوداً وقت اتخاذ القرار الإداري وأن يكون مشروعاً، ولقد حدد القضاء و الفقه الإداري صور على النحو التالي

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 132.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية و القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007،

ص 187.

-انعدام الوجود المادي للواقعة.

-الخطأ في الوصف والتكييف القانونيين للواقعة.

-عدم تناسب مضمون القرار الإداري مع الوقائع التي استند عليها، وهو ما يعرف برقابة الملائمة، حيث وسع القضاء الإداري الفرنسي رقابته لتطال جوانب الملائمة لاسيما في مجال التأديب الإداري والقرارات الإدارية ذات العلاقة بالحريات العامة كما هو الشأن في الضبط الإداري .

ثانيا: آثار بطلان القرارات الإدارية السابقة على إبرام الصفقات العمومية

لقد درسنا فيما سبق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقات العمومية وأوضحنا أنه يمكن الطعن فيها بصفة مستقلة عن الصفة، وما يهمننا في هذا الموضوع القرارات الإدارية التي تصاحب مراحل الإعلان عن الصفة وتنتهي بإبرامها، وقد ابتدع القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية لتدارك ما شاب إجراءات إبرام الصفة من عيوب، وهذا بهدف حماية الصفة ذاتها من البطلان، ولكن الإشكال المطروح في هذا الصدد هو أنه في حالة إلغاء هذه القرارات ما هي الآثار المترتبة عنها؟، فهل يؤدي إلغائها إلى إبطال الصفة؟، وهل يمكن للمدعي الاستفادة من التعويض وعلى أي أساس؟

ففيما يخص القسم الأول من الإشكالية، فإن إلغاء القرارات الإدارية السابقة على إبرام الصفقات العمومية لا يؤدي كله إلى إبطال الصفة، وإنما هناك ثلاث حالات فقط يؤدي فيها إلغاء هذه القرارات إلى إبطال الصفة وهي تتمثل فيما يلي:¹

أ- إذا أبرمت الصفة العمومية بواسطة سلطة غير مختصة:

فإذا أبرمت الصفة العمومية بواسطة موظف غير مختص فإنها تكون غير مشروعة، وهذا ما يشكل ركن الخطأ في جانب المصلحة المتعاقدة يستوجب مسؤوليتها إذا ما ألحق ضرر بالمتعاقدين معها من جراء إبطال الصفة، وهذا نظرا لأنها تعتبر صحيحة في نظره طالما أنه حسن النية وذلك لجهله أن الموظف الذي وقع الصفة لم يكن له الاختصاص في ذلك.

ب- في حالة تخلف الإذن بالتعاقد:

قد يستلزم المشرع قبل إبرام بعض الصفقات العمومية صدور إذن أو تصريح بالتعاقد من جهة معينة، وفي هذه الحالة يحظر على المصلحة المتعاقدة السير في إجراءات التعاقد قبل الحصول هذا الإذن، وإذا كان الإذن المالي ليس شرطا لسلامة الصفة التي تظل قائمة ومنتجة لأثارها القانونية اتجاه المصلحة المتعاقدة رغم تخلفه، إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للإذن بالتعاقد كونه يكون ضروريا لقيام الرابطة العقدية في

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 132.

حالة اشتراطه، فإذا تخلف فلا وجود للصفقة التي تصبح باطلة بطلانا مطلقا، وهذه الخاصية التي يتمتع بها الإذن بالتعاقد إنما تعود لتعلقه بالقواعد العامة كونه يقوم على أسباب جوهرية تتعلق بالمصلحة العامة.

ج- خطأ المصلحة المتعاقدة في اختيار وسيلة التعاقد :

إن القاعدة العامة في قانون الصفقات العمومية الجزائري هي أن تتم عملية الإبرام وفق أسلوب طلب العروض كقاعدة عامة، وأن لا يتم اللجوء إلى أسلوب التراضي أو المناقصة إلا في الحالات المحددة حصرا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247، ومن ثم فإنه لا يجوز للمصلحة المتعاقدة الخروج عن هذه القواعد وإلا اعتبر عملها غير مشروع يوجب إبطال الصفقة، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي.¹

الفرع الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على إبرام الصفقات العمومية

بعد أن تعرضنا للرقابة القضائية السابقة على إبرام الصفقات العمومية والمتعلقة بكل القرارات والإجراءات الإدارية التي تسبق إبرام الصفقة العمومية بصفة نهائية، نتطرق للرقابة القضائية المفروضة على الصفقة العمومية بذاتها بعد أن يتم التوقيع عليها من طرف المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها، وهنا سنتعرض لمدى سلامتها من العيوب التي يمكن أن تتخللها، ثم نتطرق بعد ذلك إلى مدى تأثير هذه العيوب عليها.

أولا: مدى سلامة الصفقات العمومية من العيوب

حتى تكون الصفقة العمومية سليمة من الناحية القانونية يجب أن تكون بمنأى عن العيوب التي تفسد العقد الإداري بصفة عامة، وهي تتشابه إلى حد ما مع العيوب التي يمكن أن تؤدي إلى إبطال العقد المدني، وعلى العموم فقد تم تقسيم هذه العيوب إلى نوعين، عيوب خارجية (أهلية أطراف العقد، قواعد الشكل والإجراءات، عيوب الإرادة) وعيوب داخلية (العيوب المتعلقة بمحل العقد، العيوب المتعلقة بالسبب).

ثانيا: الجزاء المترتب على عيوب الصفقات العمومية

من المقرر أن العقد الذي يبرم دون استثناء أركانه للشروط التي يتطلبها القانون يقع باطلا، وهذا الجزاء مقرر لكافة العقود سواء كانت مدنية أو إدارية، ويعرف القانون الخاص ثلاث مراتب من البطلان، وهي الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي، غير أنه في القانون العام وقع خلاف حول مراتب هذا البطلان.²

أ- أحكام البطلان:

لقد أخذ الفقه الإداري أيضا بالتقسيم الثلاثي لمراتب البطلان، والمتمثلة في الانعدام والبطلان المطلق

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 134.

² نفس المرجع، ص 146.

والبطلان النسبي ، ومن ثم وجب علينا التمييز بينهم على النحو التالي:

1- الانعدام والبطلان المطلق :

يقوم هذا التقسيم في القانون الخاص على أساس أن للعقد ثلاثة أركان (الرضا-المحل-السبب)، فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً أما إذا اختل شرط من شروط المحل أو السبب فإن العقد يكون باطلاً بطلاقاً مطلقاً، غير أن كثيراً من الفقه ينتقد هذا التقسيم وينكر وجوده على أساس أنهما متشابهان، حيث أن كلاهما لا ينتجان أي أثر قانوني ولا تلحقهما أي إجازة ولا يرد عليهما التقادم.

2- البطلان المطلق والبطلان النسبي:

إن القانون الإداري يعرف كمنظيره القانون الخاص التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي غير أن مجال البطلان المطلق في العقود الإدارية أوسع منه بالنسبة إلى مجاله في عقود القانون الخاص. وهذا لأن القواعد المقررة بالنسبة إلى إبرام العقود الإدارية تتعلق بالصالح العام و من ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق.

وبصفة عامة فإن التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أكثر وضوحاً في مبادئه ونتائجها المترتبة عليه بالمقارنة مع الانعدام والبطلان المطلق بالنسبة للعقود الإدارية، وأساس التفرقة بين نوعي البطلان هو النظر إلى المصلحة المراد حمايتها، فإذا كانت الحماية مقررة للمصلحة العامة فإن البطلان الذي يلحق العقد هو البطلان المطلق، في حين أنه إذا كانت المصلحة المراد حمايتها تتعلق بأحد المتعاقدين فإن البطلان يكون نسبياً، وفي هذه الحالة فإن الطرف الذي تقررت له الحماية هو الذي يطلب الحكم ببطلان العقد على خلاف الحالة الأولى التي يحق فيها لكلا طرفي العقد طلب الحكم بالبطلان¹.

ب- آثار البطلان في الصفقات العمومية:

وآثار البطلان المتمثل في عدم ترتيب الصفقة لآثارها كلية وزوالها بأثر رجعي لا يثير صعوبة إذا لم تكن الالتزامات الناشئة عنها قد نفذت بعد، لأن دور البطلان هنا يصبح مانعاً يحول دون تحقق آثار الصفقة بحيث لا يمكن المطالبة بتنفيذها، أما إذا كان التنفيذ قد وقع كله أو بعضه فإن تحقيق أثر البطلان يتعد نتيجة لظهور مراكز واقعية نتيجة هذا التنفيذ ولاتساع دائرة المستفيدين من هذه المراكز الواقعية، وإرجاع المتعاقدين إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد في هذه الحالة يتم بإيجاد التزام على عاتق المستفيد المباشر بإرجاع كل ما حصل عليه من فائدة من الصفقة الباطلة، وفي مقابل هذا الالتزام يلتزم مصدر التصرف الباطل برد مقابل هذه الفائدة التي حصل عليها².

¹ مانع عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 134.

² نفس المرجع، ص 148.

الخاتمة

لقد وفق المشرع الجزائري عندما نص صراحة على أن التفاوض يلعب دورا حيويا في عملية التراضي، حيث يساعد في الحصول على عروض جيدة تضمن الجودة والكفاءة التقنية والمقدرة المالية، ويعتبر اختيار المتعامل المتعاقد بعناية وفق احتياجات الإدارة والإمكانيات المالية المتاحة أمرا حيويا لنجاح الصفقة. ولعل ما يجب التنويه له أن المشرع قد وضح بشكل جيد الخطوات المتعلقة بعملية التراضي وأهمية تعيين جهة مستقلة لعملية التفاوض. هذا ما يعزز الحيادية والمساواة بين المنافسين ويضمن عملية تراض عادلة وشفافة.

يسمح باللجوء إلى التفاوض المباشر في حالات معينة مثل عدم منافسة بسبب وجود متعامل وحيد، أو في حالات الاستعجال التي لا يمكن تأجيلها وتتطلب سرعة في اتخاذ القرارات دون طول الإجراءات اللازمة لتقديم العروض، بما في ذلك الحالات التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية التي تهدف الدولة إلى تحقيقها من خلال انتهاج سياسة تحفيز الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، وترقية المؤسسات الناشئة في مجال الرقمنة والابتكار. حيث منحت الدولة بموجب قانون الصفقات العمومية رقم 12-23 لهذين الصنفين من المتعاملين معاملة مختلفة عن تلك المتعلقة بباقي المتعاملين الاقتصاديين.

قد تنجم منازعات أثناء إبرام الصفقات العمومية بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، يكون سبب هذه المنازعات إخلال المصلحة المتعاقدة بإحدى التزاماتها، حيث حاول المشرع الجزائري ضبط تسوية هذه المنازعات وإعطائها الحلول اللازمة سواء إداريا أو قضائيا، حتى لا يكون هناك تعسف أو تعدي على حقوق أحدهما على الآخر.

من خلال ما تقدم سابقا توصلنا إلى النتائج التالية:

- ✓ إن تنظيم الصفقات العمومية في القانون الجزائري لم يكن مستقرا وعرف عدة تعديلات كان آخرها صدور القانون رقم 12-23 المؤرخ في 05 غشت سنة 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، حيث وضع هذا القانون المبادئ التي تحكم إبرام وإجراءات الصفقات العمومية.
- ✓ ترجع إضافة القانون رقم 12-23 لحالة ترقية المؤسسة الناشئة في مجال الابتكار والرقمنة ضمن الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية إلى السياسة التي تنتهجها الدولة حاليا والتي تقوم على جعل توفير بيئة ملائمة لدعم المؤسسات الناشئة لاسيما في مجال الرقمنة والابتكار باعتبار هذه المؤسسات أحد المحركات الرئيسية للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة لما تقدمه من ابتكارات وحلول معتمدة في مجال الرقمنة والابتكار.

✓ إذا تعلق الأمر في إبرام الصفقة العمومة بترقية الإنتاج الوطني و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، أو تعلق بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في مجال الرقمنة والابتكار، فإنه لا مجال للحديث عن مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، فالأولوية تعود إلى ترقية الإنتاج الوطني والمؤسسات الناشئة في مجال الرقمنة والابتكار.

✓ إن مراجعة المشرع لتنظيم الصفقات من فترة لأخرى قد يعرب عن محاولة لسد الثغرات والنقائص التي تصطدم بها اللجان الرقابية أثناء ممارستها لعملها الرقابي، وقد يكون ذلك إدراكا منها لتفادي استغلال الوظيفة للنفوذ والتلاعب بالمال العام.

✓ المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية تتبع إجراءات معينة حسب القانون، حيث تخضع للإجراءات العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.

✓ تجسيد تكامل وتناسق بين جهات الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية يعتبر أمرا حيويا لتفادي مشكلة تنازع الاختصاص بينهما، يمكن لهذا التنسيق الفعال أن يضمن تعاوننا سلسا بين الجهات المختلفة وتحقيق الهدف المشترك في ضمان شفافية ونزاهة في الصفقات العمومية.

بناء على النتائج التي تم تقديمها سابقا والتي وصلنا إليها بعد هذه الدراسة، يمكننا تقديم بعض التوصيات التالية:

✓ تعزيز الرقابة الوصائية على الصفقات العمومية يعتبر أمرا ضروريا لضمان شفافية ونزاهة في عمليات إبرام الصفقات العمومية، حيث يمكن أن يسهم تحسين القوانين وتفصيلها في هذا الصدد في تعزيز فعالية الرقابة وضمان احترام القوانين واللوائح المعمول بها.

✓ يجب على المشرع الجزائري أن يقوم بتمكين القضاة من تطوير مهارتهم في مجال إبرام الصفقات العمومية، حيث يمكن لهم من خلال ذلك اكتشاف التلاعبات التي تحدث والتصدي لها بفعالية، وهذا يمكن أن يساهم في تحسين النظام القضائي وضمان تنفيذ القوانين.

✓ تعزيز التعاون والتنسيق بين الهيئات المكلفة بالرقابة وهذا لتحسين عمليات الرقابة من خلال التنسيق وتبادل المعلومات بين الجهات المعنية من أجل ضمان تحقيق أهدافها بشكل أفضل وأكثر شمولاً.

✓ تعزيز التدريب وتطوير المهارات للعاملين لضمان التعامل الفعال مع الصفقات العمومية.

✓ وضع آليات لتشجيع الإبلاغ عن المخالفات التي تقع على الصفقات العمومية ومكافأة الشفافية والنزاهة في العمل.

قائمة المصادر والمراجع

الكتب والمؤلفات:

- 1- عمار عوابدي، القانون الإداري: النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
- 2- بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم لمنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 3- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية و القرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007.
- 4- خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.
- 5- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، الطبعة السادسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2021.

الرسائل العلمية:

- 1- بن بكرة عفيف، حق المؤسسة في المنافسة المشروعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016-2017.
- 2- بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون عام، جامعة الإخوة - منتوري- قسنطينة ، 2016-2017.
- 3- سفير حاجة كحلة، بطلان الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون عام، جامعة ابن خلدون تيارت، 2020-2021.
- 4- محمد عبدو، الطبيعة القانونية للاتفاقيات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وآثارها، مذكرة ماجستير، تخصص: قانون أعمال، جامعة سعد دحلب البليدة، 2007.
- 5- مانع عبد الحفيظ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008.

- 6- سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 01، 2012-2013.
- 7- عياد بوخالفة، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
- 8- دراجي سيهام، قاضي اسمهان، إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص: إدارة ومالية، جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة ، 2016.
- 9- معمري صونية، وعراب نورة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2017.
- 10- حجاج حنان، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال، جامعة العقيد أحمد دراية - أدرار، 2017-2018.
- 11- قداش سمية، بورصاص مروة، الرقابة على الصفقات العمومية في ظل المرسوم 247/15، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية تخصص: منازعات إدارية، جامعة 8 ماي 1954 قالمة، 2017-2018.
- 12- هناد آية، زغدودي صفاء، أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247-15، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية تخصص: منازعات إدارية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2017-2018.
- 13- شيبوب صباح، عبيدي سعد سناء، طرق إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم رقم 247-16، مذكرة مقدمة لنيل متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، شعبة حقوق تخصص: قانون عام اقتصادي، جامعة ورقلة، 2018-2019.
- 14- ضيف حبيبة، مداني عبير، حماية مبدأي المنافسة والإشهار في مجال الصفقات العمومية بواسطة الدعوى المستعجلة، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي، التخصص: قانون عام اقتصادي، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2019-2020.

- 15- محمد الأمين عزوي، إبراهيم فنيش، القرارات الإدارية القابلة للانفصال، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات لنيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق تخصص قانون إداري، جامعة غرداية، 2020-2019.
- 16- عريض صليحة، خدنة سعيدة، التعاقد عن طريق التراضي في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2021-2020.
- 17- صيقع أمينة، إبرام الصفقات العمومية بالتراضي في إطار وباء كورونا، مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص قانون إداري، جامعة العربي التبسي - تبسة، 2021-2020.
- 18- ولادي سولافة، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، التخصص: قانون إداري، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2023-2022.

القوانين والنصوص:

- 1- القانون رقم 23-12 مؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق 05 غشت 2023 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51، صادر في 19 محرم عام 1445 الموافق 06 غشت 2023.

المراسيم:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، صادر في 6 ذو الحجة عام 1436 الموافق 20 سبتمبر سنة 2015.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 09-374 المؤرخ عام 1430 الموافق 16 نوفمبر سنة 2009، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1413 الموافق 14 نوفمبر سنة 1992 والمتعلق بالرقابة السابقة للصفقات التي يلتزم بها، جريدة رسمية عدد 67، صادر في 2 ذو الحجة عام 1430 الموافق 19 نوفمبر سنة 2009.

3- قرار مؤرخ في 13 محرم عام 1435 الموافق 17 نوفمبر سنة 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 21، صادر في 9 جمادى الثانية عام 1435 الموافق 9 أبريل سنة 2014.

المجلات والمقالات:

1- فاطيمة عاشور، طرق إبرام الصفقات العمومية ضمانا قانونية لتحقيق مبدأ المنافسة والشفافية، مجلة الدراسات القانونية- مخبر السيادة و العولمة، المجلد الرابع، العدد الأول، جامعة المدية، 2012.

2- شريفي الشريف، الصفقة العمومية بناء على إجراء التراضي - قراءة في تقنين الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، المركز الجامعي النعامة، 2016.

3- لكصاسي سيد أحمد، التراضي كإجراء إستثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، Journal of Economic Growth and Entrepreneurship Spatial and entrepreneurial development studies laboratory، العدد 02، الجزائر، 2019.

4- ضريفي نادية، لجلط فواز، إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي و مبدأ المنافسة أي جديد؟؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 02، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019.

5- صادقي عباس، تشوار جيلالي، التفاوض عند إبرام العقود الإدارية: القاعدة والاستثناءات "دراسة مقارنة لأحكام التفاوض عند إبرام العقود المدنية ومدى انطباقها على العقود الإدارية في فرنسا ومصر والجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2021.

6- لميز أمينة، التراضي كأسلوب استثنائي في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15، مجلة الحوار الفكري، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، بدون سنة نشر.

7- مرابط عبد الرزاق، شرط الرضاء والتراضي في الصفقات العمومية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثالث عشر، جامعة باجي مختار عنابة ، بدون سنة نشر.

- 8- إبراين نوال، ركن الرضا في الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 14، العدد 01، المركز الجامعي تيبازة، 2022.
- 9- هشام محمد عمرة، عليوة كامل، الرقابة الإدارية على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإدارية والمالية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، 2017.
- 10- فارح عائشة، أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية: دراسة في ضوء القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، مجلة القانون العام الجزائري المقارن، المجلد 09، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2024.

المطبوعات:

- 1- شقطي سهام، مطبوعة بيداغوجية حول مقياس الأعمال والتصرفات الاتفاقية، جامعة عنابة، الجزائر، 2022-2023.
- 2- عصام هزيمة، البيئة القانونية للأعمال، العقد كمصدر من مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- 3- غرابيية، تقنيات التفاوض في العقود الدولية، المحاضرة رقم 06: ماهية عقد التفاوض، 2023.
- 4- خضري حمزة، محاضرة تحت عنوان الرقابة على الصفقات العمومية في ضوء القانون الجديد، جامعة المسيلة، بدون سنة نشر.

المواقع الإلكترونية:

1- <https://www.tribunaldz.com>

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

01.....	مقدمة.....
05.....	الفصل الأول: القواعد العامة للتفاوض حول الصفقة العمومية.....
07.....	المبحث الأول: مفهوم عملية التفاوض في الشريعة العامة.....
07.....	المطلب الأول: مفهوم التفاوض.....
07.....	الفرع الأول: تعريف التفاوض.....
08.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التفاوض.....
09.....	الفرع الثالث: خصائص عقد التفاوض.....
11.....	المطلب الثاني: أركان وصور عقد التفاوض.....
11.....	الفرع الأول: أركان العقد.....
17.....	الفرع الثاني: صور عقد التفاوض.....
20.....	الفرع الثالث: شروط صحة عقد التفاوض.....
22.....	المبحث الثاني: إجراء التفاوض الرضائي في الصفقة العمومية.....
22.....	المطلب الأول: مفهوم التراضي في الصفقة العمومية.....
22.....	الفرع الأول: تعريف التراضي في الصفقة العمومية.....
30.....	الفرع الثاني: خصائص التراضي في الصفقة العمومية.....
34.....	الفرع الثالث: تمييز شرط الرضاء عن أسلوب التراضي.....
34.....	المطلب الثاني: أشكال التراضي كأسلوب لإبرام الصفقة العمومية.....
35.....	الفرع الأول: التراضي البسيط في الصفقة العمومية.....
42.....	الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة في الصفقة العمومية.....

47.....	الفصل الثاني: إجراءات إبرام الصفقة ومراقبتها من دون فتحها على المنافسة.....
49.....	المبحث الأول: الصفقة العمومية بالتراضي ومن دون فتحها على المنافسة.....
49.....	المطلب الأول: الدعوة إلى التعاقد مع متعامل اقتصادي (التراضي البسيط).....
49.....	الفرع الأول: طلب العروض القاعدة العامة في إبرام الصفقة العمومية.....
57.....	الفرع الثاني: إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي البسيط.....
60.....	المطلب الثاني: التعاقد مع متعامل اقتصادي (التراضي بعد الاستشارة).....
60.....	الفرع الأول: استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة والغير مشاركة في طلب العروض.....
62.....	الفرع الثاني: تحديد المصلحة المتعاقدة بيانات وموضوع الاستشارة على أساس دفتر الشروط.....
64.....	الفرع الثالث: قواعد فتح الأظرفة في أسلوب التراضي بعد الاستشارة.....
65.....	الفرع الرابع: حالة إعلان عدم جدوى الإجراء.....
65.....	الفرع الخامس: حالة المنح المؤقت للصفقة.....
67.....	المبحث الثاني: مراقبة الصفقة العمومية اللاتنافسية.....
68.....	المطلب الأول: الرقابة الإدارية على عدم تنافسية الصفقة العمومية.....
68.....	الفرع الأول: مفهوم الرقابة الإدارية على عملية إبرام الصفقات العمومية.....
78.....	الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الرقابة الإدارية.....
78.....	المطلب الثاني: الرقابة الإدارية على عدم تنافسية الصفقة العمومية.....
79.....	الفرع الأول: الرقابة القضائية السابقة على إبرام الصفقة العمومية.....
85.....	الفرع الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على إبرام الصفقات العمومية.....
87.....	الخاتمة.....
90.....	قائمة المراجع.....
96.....	الفهرس.....

ملخص مذكرة الماستر

يعتبر التراضي إجراء استثنائي في عقود الصفقات العمومية، يختلف هذا الإجراء عن طلب العروض الذي يعتبر القاعدة العامة في عقد الصفقات العمومية، وهو نهج يستخدم في التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية.

عرف التراضي أو الاتفاق المباشر على أنه إجراء يتيح تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الحاجة إلى المنافسة حيث يسمح للإدارة التفاوض مباشرة مع المتعاقد دون اللجوء إلى طريقة المناقصات، ويمكن أن يتخذ الاتفاق شكل التراضي بعد الاستشارة والتراضي البسيط. يحدد المشرع حالات اللجوء إلى التراضي بشكل محدد، سواء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ومنها حالات مستحدثة بموجب القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد المتعلقة بالصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية:

- 1/ التفاوض
- 2/ التراضي
- 3/ التراضي البسيط
- 4/ التراضي بعد الاستشارة
- 5/ الصفقات العمومية
- 6/ الرقابة

Abstract of Master's Thesis

Consensus is considered an exceptional measure in public deals contracts. This procedure differs from the request for offers, which is considered the general rule in public deals contracts.

Consensual or direct agreement is defined as the procedure of allocating the deal to one contracting client without the need for negotiation, as it allows the administration to negotiate directly with the contractor without resorting to the tender method, and the agreement can take the form of compromise after consultation or simple compromise. The project specifies the cases of resorting to simple consent in a specific way, whether in Presidential Decree No. 15-247 including the organization of public deals and public authorizations facilities, including new cases under Law 23-12 specifying the rules related to public deals.

Keywords:

- 1/ Negotiation
- 2/ consensus
- 3/ simple consensus
- 4/ consensus after consultation
- 5/ public deals
- 6/ censorship