

الإطار القانوني للإيجاب والقبول في الصفقات العمومية

The legal framework for the acceptance and affirmation of public deals

تاريخ الاستلام : 2020/02/20؛ تاريخ القبول : 2020/07/29

ملخص

يتبين أن التعديل الجديد في مجال الصفقات العمومية وتعويضات المرفق العام عرف نقلة نوعية معتبرة، بتكريسه لقيم الشفافية وتعزيز آليات المنافسة بمبادئ أخرى كعدم التمييز والمساواة والنزاهة وطرق الطعن كدعامات لدولة القانون، والحق تحقيقاً لمناخ استثماري عادل وهذا لا يتأتى إلا من خلال التطبيق الصارم للقوانين على جميع المستويات هذا ضمناً لنجاعة الطلب العمومي.

حيث لا يمكن الحديث عن وجود إيجاب وقبول في العقد الإداري، إلا إذا كان الشخص العام متمتعاً بحرية تعاقدية تسمح له بالخوض في العلاقات التعاقدية التي تقوم على التوازن الدقيق بين المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة، والمصلحة الخاصة التي يمثلها الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة. وعليه يقوم الإطار الإجرائي للإيجاب والقبول في العقد الإداري على مفهومين أساسيين هما المنافسة الحرة، التي هي أساس الحرية الاقتصادية، والمساواة بين الأفراد وتكافؤ الفرص فيما بينهم، ومبدأ العلانية الذي يعد الوسيلة القانونية التي تؤدي إلى وضع مبدأ المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي.

الكلمات المفتاحية: الإيجاب والقبول في الصفقات العمومية؛ طرق إبرام الصفقات العمومية؛ مبدأ المنافسة؛ الحرية التعاقدية؛ مبدأ العلنية.

فريال كريكو

كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري
قسنطينة 1، الجزائر.

Abstract

It appears that the new amendment in the area of public deals and public utility delegations has marked a significant paradigm shift, through devoting it to the values of transparency and the promotion of competition mechanisms with other principles of non-discrimination, equality, integrity and methods of appeal as pillars of the state of law and right, in order to achieve a fair investment climate which will not be realized only by the strict application of the laws on all the levels to ensure the efficacy of public demand .

As it is not possible to talk about the presence of acceptance and affirmation in the administrative contract unless the public person has contractual freedom that allows him to enter into contractual relations based on the delicate balance between common interest represented by the administration and the other interest represented by the other chambers contracted with the administration. Therefore, the procedural framework for affirmation and acceptance in the administrative contract is based on two fundamental concepts (the deal) and they are: the free competition, which is the basis of economic freedom, and the equivalence between individuals and equal opportunities between them. In addition to the standard of openness, which is the legal way that leads to putting the principle of free competition into practice.

Keywords: The acceptance and affirmation in public deals; Ways of concluding public deals; Principle of competition ;Contractual Freedom ;Principle of Publicity .

Résumé

Il apparaît que le nouvel amendement dans le domaine des marchés publics et des délégations d'utilité publique a marqué un changement de paradigme significatif, en le consacrant aux valeurs de transparence et de promotion des mécanismes de concurrence avec d'autres principes de non-discrimination, d'égalité, d'intégrité et de méthodes d'appel en tant que piliers de l'état de droit et des lois, afin de parvenir à un climat d'investissement équitable qui ne sera pas réalisé uniquement par l'application stricte des lois à tous les niveaux pour assurer l'efficacité de la demande publique.

Comme il n'est pas possible de parler de la présence d'acceptation et d'affirmation dans le contrat administratif à moins que la personne publique ne dispose d'une liberté contractuelle lui permettant de nouer des relations contractuelles fondées sur le fragile équilibre entre l'intérêt commun représenté par l'administration et l'autre intérêt représenté par les autres chambres contractées avec l'administration. Par conséquent, le cadre procédural d'affirmation et d'acceptation dans le contrat administratif repose sur deux concepts fondamentaux (l'accord) et ce sont: la libre concurrence, qui est la base de la liberté économique, et l'équivalence entre les individus et l'égalité des chances entre eux. En plus de la norme d'ouverture, qui est la voie légale qui conduit à la mise en pratique du principe de libre concurrence.

Mots clés: L'acceptation et l'affirmation dans les marchés publics; ;Façons de conclure des marchés publics;Principe de compétition;Liberté contractuelle;Principe de Publicité .

* Corresponding author, e-mail: krikouferiel@gmail.com

مقدمة:

مفهومه ومدى شموله:
يتكون الإطار القانوني للإيجاب والقبول في العقد الإداري عامة من كل الآليات والتقنيات التي يرسمها المشرع للدلالة والتعبير عن إرادة المتعاقدين (الإدارة بمفهومها الواسع ومتعاقدتها) بشتى الوسائل المسموحة قانونا وهذا للخروج بالتصرف القانوني إلى الواقع العملي تحقيقا أولا لمبدأ الرضائية الذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال الإطار المحدد مسبقا من طرف المشرع، وهذه الطرق والإجراءات تنظم شروط اختيار الشخص المتعاقد مع الإدارة ما يحقق تبادل الإيجاب والقبول بينهما الذي يتجلى ويظهر من خلال العقد الإداري عامة ومبدأ الشفافية للوصول بالصفقة إلى مبتغاهما الأول والأخير وهو خدمة مصلحة الجمهور فما هو إذن الإطار القانوني للإيجاب والقبول في الصفقة العمومية.

المبحث الأول: قواعد إبرام الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 247/15:

لقد صدر المرسوم الرئاسي 247/15 بتاريخ 26 سبتمبر 2015 معلنا عن تنظيم جديد لصفقات العمومية وحمل هذا الأخير 220 مادة ونشر في العدد 50 من الجريدة الرسمية لسنة 2015 حيث ألغي المرسوم 236/10⁽¹⁾ المتعلقة بالصفقات العمومية وتضمن خمسة أبواب وما يهمننا في مقالنا هو الفصل الثالث من الباب الأول والمعنون بإبرام الصفقات العمومية والذي جاء فيه كليات الإبرام من خلال المواد 39 إلى 52 منه كما تضمن القسم الثالث إجراءات الإبرام ابتداء من المادة 59 إلى 74 من هذا التنظيم الذي يعتبر نقلة نوعية رسخت من خلاله قدم الشفافية وعزز الآليات المنافسة والمساواة وطرق الطعن كدعامة لدولة الحق والقانون وتم التأكيد على نزع الصفة المادية في مجال الصفقات العمومية للوصول إلى الغاية المرجوة من هذا الإصلاح وهي السماح للمصالح المتعاقدة لتلبية حاجياتها في شفافية وفعالية في إطار احترام النجاعة المتعلقة بالتنمية المستدامة والتي تتجلى خاصة في كليات إبرام الصفقات العمومية، في ظل احترام مبدأ المنافسة الشريفة طبقا للمعايير الدولية.

المطلب الأول: كليات إبرام الصفقات العمومية:

أوضح المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 وتحديد الفصل الثالث طرق إبرام الصفقات العمومية، حيث أفرد لها مجموعة من الأحكام واجبة التطبيق على كل الجهات الإدارية المعنية بالخضوع لهذا المرسوم وجاء القسم الأول بعنوان كليات إبرام الصفقات العمومية حيث حددت المادة 39 طريقتين لإبرام الصفقات العمومية وهما:

الفرع الأول: إجراء طلب العروض:

عرف المشرع إجراء طلب العروض في المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15/247⁽²⁾ كالآتي:

- طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين⁽³⁾ مع تخصص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء.

- أما عن الحالات عدم جدوى إجراء طلب العروض فتتلخص فيما يلي:
- عندما لا يتم استلام أي عرض
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقسيم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط.
- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجيات (الحاجات) ويعتبر طلب العروض⁽⁴⁾ هو الإطار الإجرائي لتبادل الإيجاب والقبول في الصفقة العمومية التي يقوم على مبادئ المنافسة المفتوحة والعلانية.

الفرع الثاني: أشكال طلب القروض:

إن للصفقات العمومية صلة وطيدة بالخرزينة العمومية وبمخططات التنمية وتكريسا لميكانيزمات التنظيم والنجاعة الاقتصادية، كان لا بد على المشرع من إيجاد وتحديد طرق خاصة لإبرام الصفقات العمومية مع إبرام كلا الطرفين باتباع هذه الطرق مع فسح المجال للإدارة باختيار الأسلوب والنمط الذي يليق بها حسب ظروف كل عملية تعاقدية لما يسمح به القانون.

- حيث تنص المادة 44 من المرسوم 247/15⁽⁵⁾ على أربعة أشكال لطلب العروض المفتوح Appel d'offres ouvert
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا appel d'offres ouvert avec exigence de capacités minimales
- طلب العروض المحدود Appel d'offre restreint
- المسابقة Concours
- كما تجدر الإشارة أن المرسوم 247/15 وإن اعتمد طلب العروض بدلا من المناقصة، فإنه سبقه في ذلك المرسوم 145-82⁽⁶⁾ الذي تبنى مصطلحا دقيقا هو الدعوة للمنافسة وهو ما أشارت إليه المواد 26 وما يليها.
- وهكذا فلا تتم الصفقات العمومية في الجزائر طبقا للقاعدة العامة خفية، وبطريقة سرية ومستترة، ولا تتم برغبة حرة منفردة في جهة الإدارة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها، كيف شاءت ومتى شاءت، بل تنسم وفق مناقشة شريفة ونزيهة، وشفافية وإعلان ووضوح تام بدءا بالرغبة في التعاقد عبر إعلان منشور يتضمن سائر البيانات المحددة تنظيما، ويتم التنافس من خلال شروط معلنة، وزمن واضح لتقديم العروض، ومعايير موضوعية للانتقاء وزمن محدد لدراسة العروض ثم مرحلة الإعلان ويمثل العرض تعبير المتعهد العارض عن إرادته وحرية في الاشتراك بطلب العروض عن طريق معايير المفاضلة بين العارضين التي لم تعد تؤسس اليوم على الجانب المالي فقط لوحده، بل على الجوانب الموضوعية والتقنية، وهو ما كرسته نصوص عديدة تتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في المرحلة السابقة لسنة 2015⁽⁷⁾ هذا باستثناء مرحلة الأمر 67-90 والذي جعل المناقصة تقوم على أساس المعيار المالي دون سواه.

- هكذا صدر المرسوم 247/15 الذي اعتمد مصطلح طلب العروض بدل المناقصة واعتراف للإدارة سلطة التقدير والاختيار والجمع بين أكثر من معيار بحثا عن النصوص الأفضل من حيث الزوايا الاقتصادية، استنادا لمعايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء.

- هكذا فإن العرض عمل إرادي ويتمتع بذات الخصائص التي يتمتع بها الإيجاب بالمفهوم المدني⁽⁸⁾ فهو يتسم بالأولية Initial لأن ولادة العرض قد تكون بداية للتعبير في شبكة العلاقات والمعاملات القانونية ولكن ليس بين الأفراد كما هو الحال في الإيجاب بالمفهوم المدني إنما في العلاقات بين الأفراد وهو يتسم أيضا بالطبيعة الانفرادية (Unilateral) لأنه تخرج إلى حيز الوجود القانوني بعد أن يدرس

العارض مركزه القانوني و الإقتصادي، فيقرر أن يتقدم إلى الإدارة بهذا العرض وفقا لشروط التعاقدية المطروحة، وفقا لما تمليه عليه رؤيته الذاتية التي يمكن أن تنجم عن علاقته مع الإدارة⁽⁹⁾.

- ولكن الإيجاب بالمفهوم المدني لا يتقيد بطريقة معينة ومن تم فإنه يمكن أن يكون شفاهيا، أو مكتوبا، صريحا أو ضمنيا فإن العرض لا يكون كذلك لأنه يخضع إلى حملة من الشكليات لا يستقيم وجوده القانوني بدونها، هذا ما يسود في نطاق العقد الإداري، ونطاق العقود التي تيرمها الإدارة عموما⁽¹⁰⁾ وبعد الإعلان عن نتائج التقدير والدراسة، وفسح مجال الطعون تأتي مرحلة دراسة الطعون من قبل هيئة جماعية تقدم النتيجة ثم توقيع الصفقة في المرحلة النهائية، وهي إجراءات تتطلب فترة طويلة لضمان شفافية ومصادقية الصفقة ورجوعا لنص المادة 42 من المرسوم 247/15 السالف الذكر نجد أنه يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا وهذا ما ينتج عنه أن طلب العروض يمكن أن يضم الوطنيين والأجانب.

المطلب الثاني: إجراء التراضي:

يتضح من خلال الرسوم 247/15⁽¹¹⁾ أن المشرع الجزائري جعل أسلوب طلب العروض هو القاعدة العامة ضمنا لحق المشاركة العادلة لكل العارضين وبما يضمن مبادئ الصفقة العمومية وأهدافها المسطرة لها ضمنا وتحقيقا للمصلحة العامة، إلا أن المشرع ولأسباب موضوعية ومنطقية سمح للإدارة اللجوء إلى أسلوب التراضي في التعاقد أو في إبرام الصفقات وهو أسلوب قديم من أساليب التعاقد، وهكذا سوف أقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: تعريف التراضي:

عرفت المادة 41 من المرسوم 247/15 بأن " التراضي هو 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 الملثمة"

- وفي الحقيقة أن ركن التراضي هو عنصر لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص، أو أطراف القانون العام، لذلك و أنه لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا⁽¹²⁾ ويذهب الفقه العربي ومن بينهم سليمان الطماوي بأن العقد الإداري يبرم على أساس توافق إرادتين في سبيل إحداث أثر قانوني كما يسلم بأن مبدأ التراضي في العقد الإداري متطابق مع التراضي في العقد المدني⁽¹³⁾.

- أما بالنسبة للفقهاء فيلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي، ولا سيما في أحكامه الحديثة يقرر أن الإطار الإجرائي الذي يبرم العقد الإداري في نطاقه يشكل عملية مركبة l'opération complexe تقود بدورها إلى تكوين التعبير عن إرادة الإدارة⁽¹⁴⁾.

- وفي الحقيقة أن ظهور فكرة إجراء التراضي في التعاقد في مجال الصفقات العمومية عامة كان نتيجة لتوجيه سهم النقد الشديد إلى المناقصة بأشكالها كتقنية لتبادل الإيجاب والقبول، وقد يتمثل هذا النقد فيما يلي:

1- لقد ثبت أن المناقصة لا تتلاءم مع المصلحة التقنية للإدارة تلك المصلحة التي تقتض أن اختيارا المتعاقد يكون قائما على أساس السعر الذي يقدمه المتعاقد للإدارة،

بمعنى أن اعتبار المتعاقد معاوناً للإدارة في تسيير المرفق العام، لا يمكن أن ينسجم مع تقنية المناقصة وتلقائيتها⁽¹⁵⁾.

2- إذا كانت المناقصة تلبى المصالح المالية للإدارة بسبب قيامها على آلية تؤدي إلى اصطفاء الأسعار الموجودة في السوق، إلا أن الواقع العملي قد كشف النقاب عما هو عكس ذلك، لأن المناقصة وفقاً لموجباتها القانونية يجمع كل المعنيين بموضوعها، وهؤلاء المعنيون غالباً ما يشكلون كتلاً يتبادلون فيه الأدوار، بحيث يجري ضبط أسعار العروض، كما يضمن إرساء المناقصة على أحد العارضين، ودون شك، أن مثل هذا النوع من السلوك من شأنه التشكيك في مصداقية المنافسة التي تشكل الجوهر الذي حرص المشرع على مراعاته للوصول إلى أفضل الأسعار⁽¹⁶⁾.

- وفي الحقيقة أن هذه الانتقادات وغيرها كانت محل رد في جانب آخر من الفقه على أساس أنه يمكن للإدارة أن توفر جانب العامل التقني في متعاقدتها عن طريق اللجوء إلى المناقصة المقيدة، وبالنسبة للتخفيضات المبالغ فيها فإنه يمكن ضبطها عن طريق وضع حد أعلى للتخفيض بحيث يجب اعتبار المناقصة فاشلة إذا كان العرض ذو السعر الأقل أدنى منه، وبالنسبة لانعكاس التخفيض على نوعية الأداء، فإنه يمكن للإدارة أن تتوقع ذلك عن طريق سلطتها في مراقبة تنفيذ الأداء من جهة، وسلطتها في ترتيب جزاءات تعاقدية من جهة أخرى.

الفرع الثاني: أشكال التراضي وحالاته:

كرس المشرع أسلوب التراضي⁽¹⁷⁾ معترفاً للمصلحة المتعاقدة بقدم اتباعها وتقيدها بالإجراءات الشكلية المتعلقة بطلب العروض غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالف الذكر نجد أن المشرع قسم التراضي إلى شكلين هما التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

- أولاً: إجراء التراضي البسيط:

نصت المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ستة حالات لإمكانية اللجوء إلى هذا الإجراء وهي:

1- حالة المتعامل المحتكر الوحيد:

هذا باعتبار أن الخدمة التي تتطلبها الإدارة المتعاقدة لا يلبئها إلا مؤسسة احتكارية واحدة.

2- حالة الاستعجال الملح:

وهذا طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة وهو الاستعجال الملح المعطل لوجود خطر يهدد استثمار أو ملكاً للمصلحة العامة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

3- حالة تموين مستعجل ذو شروط خاصة:

ورد النص على هذه الحالة في الفقرة 3 من المادة 49 حيث جاء فيها في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة.

4- حالة المشروع ذو أهمية وطنية:

ولكن يشترط أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات العمومية إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

5- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية 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 وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

6- عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي:

تقضي بمنح صفقة لمؤسسة صناعية وتجارية حصريا للقيام بالخدمة أو عندما تنجز هذه الأخيرة كل نشاطها مع الهيئات الإدارية العمومية ذات الطابع الإداري.

- ثانيا: إجراء التراضي بعد الاستشارة:

ونصت على هذا الإجراء المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15 وذلك ضمن 5 حالات:

1- عندما تعين عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية حيث أن المصلحة المتعاقدة لجأت أولا إلى تطبيق القاعدة العامة وهي طلب العروض واتبعت الإجراءات، غير أن أحدا من العارضين لم يتقدم، وجب في مثل هذه الحالة الإعلان عن عدم الجدوى وتكرار العملية للمرة الثانية لتبرير اللجوء إلى حالة التراضي البسيط موضوع الفقرة الأولى من المادة 50 من المرسوم 247/15⁽¹⁸⁾

2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض: وهنا وقع على الإدارة عبء تبرير الابتعاد عن أسلوب طلب العروض وإبراز خصوصية صفقة الدراسة واللوازم والخدمات.

3- صفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية: فهذه الحالة تتعلق حصريا بعقد الأشغال العامة دون سواه من الصفقات، وهو من العقود التي تتضمن عنصر الزمن، وقد ورد ذكر هذه الحالة بصفقة مطلقة بدون تحديد وضبط.

4- الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسح وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة:

وتعتبر هذه الحالة من مستجدات المرسوم 247/15⁽¹⁹⁾ وهي حالة موضوعية تبرر اللجوء للتعاقد بطريق التراضي.

5- حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية تعاون حكومي وعلاقات ثنائية بين دولتين:

تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات وفي هذه الحالة يتعين قصر مجال الاستشارة على مؤسسات الدولة المعنية، وفي حالة إبرام اتفاقات مضمونها تحويل ديون إلى مشاريع واستثمارات بناء على موافقة الدولتين، هنا وفي هذه الحالة تلزم الإدارة المتعاقدة بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض وهي حالة معقولة ادراجها في حالات التراضي. وذلك من أجل تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي.

المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية:

تمر الصفقة العمومية بمراحل طويلة خاصة عندما تبرم طبقا للقاعدة العامة في شكل طلب عروض فتأخذ فترة طويلة حتى تظهر لحيز الوجود.

- حرص المشرع من خلال مواد كثيرة وردت في المرسوم الرئاسي 247/15 (المشار إليه سابقا) أن يدفع الإدارة المتعاقدة على تجسيد نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمحافظة على مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية،

وتحقيق المساواة بين العارضين، وشفافية المعاملة العقدية، وهي مبادئ ورد ذكرها في المادة 05 من المرسوم الجديد.

- وعلى الرغم من هذه التطورات الهامة على مستوى التقنيات الإجرائية للإيجاب والقبول في العقود الإدارية عامة والصفقة العمومية خاصة إلا أن جميع هذه التقنيات الإجرائية قد بقيت محكومة بمبدئي العلانية والمنافسة الحرة الكاملة، بل إن جانب العلانية والمنافسة أكثر بروزا في نطاق التقنيات الإجرائية الجديدة وذلك لتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في الانتقاء.

المطلب الأول: إجراءات طلب العروض:

طلب العروض l'appel d'offres، هو تقنية لتبادل الإيجاب والقبول في نطاق إبرام عقد إداري، تستند على المنافسة والعلانية وتعطي للإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية، لأن الإرساء فيها يتم بناء على عدد من المعايير لا يخضع لحصر على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط.

الفرع الأول: مفهومه:

إن مصطلح طلب العروض كان غامضا على الدوام لدى الفقه العربي الذي تناوله فقد ترجم مفهوم l'appel d'offres إلى مصطلح الدعوة إلى التعاقد (20) وهذه الترجمة محل نظر لأن كل إجراء لإبرام العقود أيا كان يقوم على العلانية وهذه العلانية كما هو مستقر عليه ليست إلا دعوة للتعاقد وبالتالي فإن كل هذه الإجراءات تنطوي على دعوة للتعاقد، ومن ثم فإن ترجمة l'appel d'offres إلى مصطلح الدعوة إلى التعاقد إنما ينطوي على نوع من الفقه أن تقنية طلب العروض ليست إلا صورة من الصور الجديدة للمناقصة، وأطلق عليها تسمية الممارسة عن طريق المناقصة العامة l'appel d'offres par l'adjudication publique) علما أن هذا المصطلح لم يتم تبديله لا قانونا ولا قضاء ولا فقها في فرنسا منذ ظهور مصطلح l'appel d'offres وحتى يومنا هذا، كما أن تقنية المناقصة ظلت مستقلة تماما عن تقنية الممارسة في فرنسا عبر كل التشريعات التي تعاقبت وقتنت الأحكام المتعلقة بتقنيات التعاقد.

- لقد رأى بعض الفقه العربي (21) الذي تناول مفهوم طلب العروض، أن الإدارة تتمتع بحرية شبه مطلقة في اختيار من تتعاقد معه، عندما يلجأ إلى هذا الأسلوب ولا يخضع القضاء الإداري الفرنسي هذا الاختيار لرقابته إلا في حالة الانحراف في السلطة، وفي الحقيقة إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في انتقاء متعاقدتها إذا ما لجأت إلى أسلوب طلب العروض، إلا أن هذه السلطة لا تكون شبه مطلقة لأنها تمارس بناء على معايير محددة مسبقا، ومعلنا عنها ولا يمكن للإدارة أن تحيد عنها أبدا عند تقييمها للعروض، كما أن رقابة القضاء على القرارات المتخذة في هذا الشأن لا تقتصر على تجاوز السلطة، وإنما تمتد إلى ما هو أبعد من ذلك (22).

الفرع الثاني: الموجبات القانونية لطلب العروض:

إذا كان طلب العروض إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض في متعهدين متنافسين فإن وجود التنافس يقضي إعلام الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع جميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم، وتمكينهم من المعلومات الكافية والمتعلقة بالصفقة وكذلك تمكينهم من حق الطعن، وإذا كان المشرع قد حول جهة الإدارة إبرام العقود بالاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية، فإنه من جهة أخرى قيدها بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد والمتمثلة في مبدأ العلانية والشفافية، والاستعمال الحسن للمال العام، ومبدأ المساواة بين المتنافسين (23) وهو ما ركزت عليه المادة 9 من القانون 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وكذلك المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15.

الفرع الثالث: أشكال طلب العروض:

لقد نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ما يلي: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:

- طلب العروض المفتوح
 - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا
 - طلب العروض المحدود
 - المسابقة
 - التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء
- من النص أعلاه يتضح أن المشرع فرض اللجوء إلى الإشهار بنشر إعلان طلب العروض بأشكاله المختلفة، وهذا حتى يفتح فرصة المنافسة أمام جميع العارضين ويجسد مبدءا علنية وشفافية الصفقة، وكذلك مبدءا المساواة بين المتنافسين، هذه المبادئ التي تم تكريسها في المنظومة القانونية الجزائرية
- ونظرا لأهمية الإعلان كون أن طلب العروض لا يتم إلا به، وكون أن التعاقد لا يتم كقاعدة عامة إلا باتباع أسلوب طلب العروض، بما يؤدي إلى نتيجة ألا تعاقد كأصل عام دون إعلان. فقد فصل المرسوم الرئاسي 275/15 في قواعد الإعلان خاصة بموجب أحكام المادتين 62 و65 منه.

الفرع الرابع: مراحل الصفقة العمومية:

تمر الصفقة العمومية عامة بمراحل طويلة يمكن إجمالها فيما يلي:

- **أولا: المرحلة الإعدادية وتحضير الغلاف المالي:**
تحتاج الصفقة إلى غلاف مالي تدفعه الإدارة للمتعاقد معها حيث يرصد الغلاف المالي لصفقة على حساب الاعتماد المالي للدولة وأحيانا أخرى يقيد ويحسب في ميزانية الإدارة المعنية أو ما يسمى بميزانية القطاع.
- **ثانيا: المرحلة التنفيذية وظهور الصفقة للعلن:**
ويدخل في هذه المرحلة إعداد دفتر الشروط وأنواعه، أما الجديد في المرسوم الرئاسي 247/15 أنه طبقا للمادة 10 من المرسوم المذكور أعلاه أن الأحكام المتعلقة بدفتر الشروط وردت تحت عنوان "أحكام تمهيدية" تضمنت تباعا مجموعة موضوعات كتعريف الصفقة وأنواعها وغيرها. وذكر في آخر الباب ودون عنوان منفصل ومستقل نص المادة 10 التي تضمنت أحكام دفاتر الشروط، بينما أفرد المرسوم الرئاسي الجديد لسنة 2015 لدفاتر الشروط عنوانا مستقلا ومميزا ودالا تضمنه الباب الأول، الأحكام التمهيدية، القسم الثالث دفاتر الشروط. إذن من حيث العناوين خصها التنظيم الجديد بعنوان مستقل.

- **ثالثا: مرحلة الإعلان في الجرائد ونشرة الصفقات العمومية:**

حيث ان المشرع قيد الإدارة بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد والتمثلة في مبدءا العلانية والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية، ومبدءا حرية المنافسة الشريفة، الاستعمال الحسن للمال العام، ومبدءا المساواة بين المتنافسين⁽²⁴⁾.
حيث يتجلى تبادل الإيجاب والقبول بناء على تقنية طلب العروض في البحث في نقد تقديم العروض، والنتائج الناجمة عن ذلك أيضا في تشكيل اللجان والاختصاصات المنوطة بها.

- **رابعا: مرحلة إيداع العروض:**

وذلك طبقا للمادة 66 من المرسوم 247/15 وذكرت أيضا المادة 67 مشتملات كل ملف وعرضت الأول تقني والثاني مالي⁽²⁵⁾ كما حددت المادة 66⁽²⁶⁾ آخر أجل لإيداع العروض وذكرت أحكام القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية احتساب الأجال ومن أين تبدأ ويوم انقضاء الأجل.

- **خامسا: مرحلة فتح الأظرفة وتقييم العروض:**
أسندت نصوص تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية مهمة فتح الأظرفة وفحص العروض أو العطاءات إلى لجنة موحدة أطلق عليها بلجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض وذلك طبقا لأحكام المواد 71، 160، 162، 71 من المرسوم 247/15
- **سادسا: مرحلة التقييم:**
وذلك طبقا لأحكام المادة 72 التي حددت المهام التي يجب أن تمارس من قبل لجنة الفتح والتقييم كما ذكرت المادة 76 من المرسوم 247/15 معايير التقييم.
- **سابعا: مرحلة الإعلان عن المنح المؤقت واعتماد الصفقة:**
تعتبر مرحلة إرساء الصفقة مرحلة حاسمة ينجم عنها اختيار عارض بالنظر لتوافر عطائه أو عرضه على مجموعة من الشروط والمواصفات وفقا لمعايير محددة وحسب طبيعة وموضوع كل صفقة عمومية.
أما مرحلة اعتماد الصفقة فرغم الطابع الحاسم لمرحلة إرساء الصفقة ومرحلة المنح المؤقت السابق بيانها، إلا أنها لا تعد المرحلة الأخيرة، بل لابد من اعتماد النتيجة رسميا ومباشرة إجراءات التعاقد مع المرشح الفائز بالصفقة لإضفاء الطابع النهائي والرسمي عليها والإعلان عن إتمام إجراءاتها
حيث تقتضي هذه المرحلة التقاء الإيجاب بالقبول وإبرام العقد حيث تقوم السلطة الإدارية المختصة بالموازنة بين مختلف العروض مستندة إلى المعايير المختلفة المعلن عنها، وعند قيامها بهذه المهمة فإنها لا يمكن أن تتفاوض البتة مع العارضين ولا أن تتصل بهم بأي شكل كان، وذلك حفاظا على المساواة بين المتنافسين وحتى لا يكون التقييم خاضعا لمؤثرات أخرى غير متعلقة بالمعايير المعتمدة للتقييم إلا أن المشرع الفرنسي قد وضع استثناء على ذلك، حيث أعطى للشخص المسؤول عن العقد وللجنة المناقصة وطلب العروض الحق في الاتصال والنقاش مع العارضين لأجل تقديم توضيحات عن عروضهم، أو إكمال ما بدا فيها من نقص⁽²⁷⁾.

المطلب الثاني: أسلوب التراضي:

إذا كان الأصل في غالبية العقود الإدارية أن القانون يرسم طريقا محددا لتبادل الإيجاب والقبول، بتفاوت في معطياته، وفي مدى مساحة السلطة التقديرية والحرية التعاقدية التي تمنحها لهذه الأخيرة وذلك نظرا إلى طبيعة هذا النوع من العقود الإدارية ومدى تأثيرها على الأموال العامة، والاقتصاد العام، فإنه في أسلوب التراضي يمكن أن تلجأ الإدارة المختصة لاختيار المتعاقد معها دون حاجة إلى اللجوء للإشهار فأسلوب التراضي يعفي الإدارة من حيث الأصل من أهم قيد من قيود التعاقد ألا وهو قيد الإعلان أو الإشهار، ولا يعفيها كليا من القيود الشكلية، بل قد يلقي على عاتقها اتباع إجراءات شكلية بسيطة كما هو الحال في التراضي بعد الاستشارة بل وحق التراضي البسيط.

الفرع الأول: أسلوب التراضي البسيط:

ونصت المادة 49⁽²⁸⁾ من المرسوم الرئاسي لسنة 2015 على أنه "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."
غير أن إطلاق يد الغدارة في اختيار المتعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار فرض من جهة أخرى تقيدها بحالات اللجوء للتراضي البسيط والتي أوردتها المرسوم الرئاسي حالة بحالة فلا تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تختار المتعامل مباشرة ودون اللجوء للإشهار خارج الحالات الحصرية للتراضي وهي:

- 1- حالة المشروع ذي أهمية وطنية
- 2- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج

3- عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يقضي بمنح صفقة لمؤسسة صناعية وتجارية حصريا للقيام بالخدمة، أو عندما تنجز هذه الأخيرة كل نشاطها مع الهيئات الإدارية العمومية ذات الطابع الإداري.

الفرع الثاني: أسلوب التراضي بعد الاستشارة:

في حالة التراضي بعد الاستشارة بالذات تبرز القيود الشكلية التي تلزم المصلحة المتعاقدة باتباعها، حتى ولو تعلق الأمر بالاستثناء للقاعدة، وطبقا للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي الجديد تلجأ الغدارة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة حسب المادة 5⁽²⁹⁾ منه في الحالات التالية:

- 1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية
 - 2- عندما تتبع المصلحة المتعاقدة إجراءات طلب العروض في مرحلة أولى
 - 3- الرخص الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في حالة التراضي بعد الاستشارة
- وفي حال اتباع المصلحة المتعاقدة لهذا الأسلوب يمكنها قانونا:
- أن تقلص من مدة تحضير العروض طبقا لأحكام المادة 52 من المرسوم

247/15

- أن تحتفظ بنفس دفتر الشروط
- 4- حالة صفقات الدراسات والوظائف والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض: تستوجب هذه الحالة مراعاة المصلحة المتعاقدة لإجراءين جوهريين هما:

- أ- وجوب إعداد دفتر شروط وإحالته على لجنة الصفقات المعنية
- ب- وجوب تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة بالنسبة لصفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية:
- 5- وتستوجب هذه الحالة مراعاة المصلحة المتعاقدة للإجراءين جوهريين:
- أ- وجوب إعداد مشروع دفتر شروط وإحالته على لجنة الصفقات المعنية
- ب- وجوب تحرير وتوجيه رسالة استشارة من جانب المصلحة المتعاقدة
- 6- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة

- 7- حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية تعاون حكومي وعلاقات ثنائية بين دولتين تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات⁽³⁰⁾.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم في هذا المقال نستنتج أن الإيجاب في نطاق طلب العروض يصدر ضمن قالب شكلي ينص عليه القانون هو العرض الذي يعد تعبيراً عن إرادة العارض في التعاقد مع الإدارة وفقاً للشروط التي وصفتها هذه الأخيرة وبعدها تأتي مرحلة الأرساء وتوقيع العقد باعتبارهما يجسدان قبول الإدارة بعد فحصها للعروض المقدمة والتأكد من مطابقتها للموجبات القانونية المطلوبة ومن ثم تفاضل بينهما في سبيل الوصول إلى العرض الأفضل الذي يجب أن يتم التعاقد مع صاحبه.

إلا أن هذه الخطوة لا تكون كافية للتعبير الكامل عن إرادة الإدارة الموضوعية، بل لابد من تتبع بخطوة أخرى هي صدور قرار نهائي بالتعاقد، أضف إلى أنه لا يمكن أن نجد إرادة إدارية كاملة الموضوعية، وخالية من العيوب إلا عن طريق إيجاد وسائل من شأنها أن تدعم من شفافية حركة الإيجاب والقبول في العقود الإدارية

المراجع المعتمد عليها:

- 1- المادة 59 وما بعدها من القانون المدني الجزائريصدر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.
- 2- المادة 4 من المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر العدد 50
- 3- المادة 44 من المرسوم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر العدد 50
- 4- المادة 49 من المرسوم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر العدد 50
- 5- المادة 51 من المرسوم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر العدد 50
- 6- المادة 66 من المرسوم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر العدد 50
- 7- المرسوم 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 58 المؤرخة في 7 أكتوبر 2010 (الملغى)
- 8- المرسوم 82-145 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 10 أبريل 1982، ج ر بتاريخ 23 أبريل 1982 العدد 15.
- 9- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 496
- 10- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة 1991، ص 401
- 11- جابر جاد نصار، المناقصات العامة، المرجع السابق، ص 180.
- 12- عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 108.
- 13- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1993، ص 172
- 14- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1998، ص 57
- 15- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، 2017، ص 305 وما يليها.
- 16- AUBERT J.C, Notions et rôles de l'offre et l'acceptation dans la formation du contrat LGDT,paris,1970 p 16.
- 17- CE 18-11-1991 le chaton/c/commune de guidel,D,1992 p 187.
- 18- Flamme MA Traite des marches publics,T1,P 181.
- 19-l'aubadère- delvolve et moderne, traité des contrats administratifs, op cit p 656
- 20- Philippe Shmidt, Laure Thierry, le point sur les marchés a procédure adaptée, p 105.

الهوامش:

- (1) المرسوم 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر عدد 58 المؤرخة في 7 أكتوبر 2010 (الملغى)
- (2) م 4 من المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ج ر العدد 50
- (3) لقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة منذ زمن طويل حيث قرر: (... إن القضاء يعترف للمتنافسين بمخاصمة مشروعية الإجراء و ذلك إذا لم يوضع كل المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوب استيفاؤها...) حكمه في قضية caillet بتاريخ 12/3/1890

- والمجموعة ص 321، منقول عن مرجع مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 496
- (4) المناقصة سابقا
- (5) م 44 من المرسوم 15/247 مرجع سابق
- (6) مرسوم 82-145 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 10 أبريل 1982، ج ر بتاريخ 23 أبريل 1982 العدد 15.
- (7) مرسوم 247/15 مرجع سابق
- (8) مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2005، ص 609
- 9) AUBERT J.C, Notions et rôles de l'offre et l'acceptation dans la formation du contrat LGDT,paris,1970 p 16.
- (10) مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص 610
- (11) الرسوم 247/15 ، مرجع سابق
- (12) م 59 وما بعدها من القانون المدني الجزائري
- (13) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 401
- 14) CE 18-11-1991 le chaton/c/commune de guidel,D,1992 p 187.
منقول عن مرجع مهند مختار، المرجع السابق، ص 220
- 15) Flamme MA Traite des marches publics,T1,P 181.
- 16) l'aubadère- delvolveet moderne, traité des contrats administratifs, op cit p 656
- 17) la dispense de mise en concurrence, une possibilité confinée sans le contexte de généralisation de principes jurisprudentiels qui la sous-tendent et de multiplication des textes qui l'imposent, la mise en concurrence et une exigence qui ne peut être écartée que si elle est incompatible avec l'objectif poursuivi par l'achat de telles situations sont nécessairement exceptionnelles et devants pouvoir être sérieusement justifiées par l'acheteur Philippe Shmidt, Laure Thierry, le point sur les marchésa procédure adaptée, p 105.
- (18) م 52، 51، 40 من المرسوم 247/15، مرجع سابق.
- (19) حيث لم تكن هذه الحالة موجودة ضمن مرسوم 236/10 الملغى
- (20) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 32.
- (21) جابر جاد نصار، المناقصات العامة، المرجع السابق، ص 180.
- (22) عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 108.
- (23) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1993، ص 172
- (24) عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 172.
- (25) أنظر في تعريف العطاءات محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1998، ص 57
- (26) م 66 من المرسوم 247/15، مرجع سابق
- (27) مهند مختار، المرجع السابق، ص 758
- (28) م 49 من المرسوم 247/15 مرجع سابق
- (29) م 51 من المرسوم 247/15 مرجع سابق
- (30) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، 2017، ص 305 وما يليها.