

أسلوب التراضي في ابرام الصفقات العمومية في الجزائر دراسة مقارنة مع قانون
اليونيسترال النموذجي الدولي للاشتراء العمومي
The Consensual Method in concluding public procurement in Algeria
A comparative study with the International and the Representative Unistral
Law of Public Procurement

حملة عبد الرحمان* طالب دكتوراه
جامعة تبسة - الجزائر
hamlaabderrahmane@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2022/04/16	تاريخ القبول: 2021/08/17	تاريخ الارسال: 2020/09/29
-------------------------	--------------------------	---------------------------

ملخص:

يعد أسلوب التراضي في ابرام الصفقات العمومية المجال الخصب الذي تنمو فيه مظاهر الفساد والتبذير بالرغم من أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات نص على ان اللجوء الى هذا الاسلوب يكون استثناء وفي حالات محددة بموجب النص. وعلى اعتبار ان قانون الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 صدر في مرحلة أقل ما يقال عنها أن الفساد فيها توضع له نصوص لتكريسه وحمايته. الأمر الذي يجعلنا نطرح التساؤل حول مدى جدية الشروط والحالات التي تستدعي اللجوء لأسلوب التراضي؟

وهو ما يستدعي ضرورة البحث حول حالات وشروط أسلوب التراضي في ابرام الصفقات العمومية حسب ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري مقارنة بما جاء به القانون النموذجي الدولي للاشتراء العمومي الصادر عن لجنة قانون التجارة الدولي للأمم المتحدة (اليونيسترال).

الكلمات المفتاحية: التراضي؛ الصفقات العمومية؛ الشفافية؛ العقود الادارية

***المؤلف المرسل:** حملة عبد الرحمان

Abstract:

The Consensual Method in concluding Public Procurement is a fertile field that can grow manifestations of corruption and waste of growth. Like other legislations, the Algerian Legislator stipulates that: Resorting to this method is an exception, and used in specific cases according to the legal text. Considering that the Public Procurement Law promulgated by Presidential Decree No. 15-247 was issued at a stage that is said to be the least that corruption is established and protected by legal texts. This makes us ask the question about the seriousness of these conditions and situations that require resorting to the Consensual Method? It necessitates the exigency of researching about the cases and the terms of consensual method in concluding public procurement, as it is stipulated in Presidential Decree No. 15-247 that is containing the regulation of Algerian Public Procurement, compared to what the International Model Law on Public Procurement issued by the United Nations International Trade Law Committee (Unistral) stated.

مقدمة:

لا يبني اقتصاد أي دولة ولا يكون قويا اذا هي لم تحافظ على المال العام من كل مظاهر التبذير والإسراف من خلال وضع ضوابط وأطر محددة في عملية انفاقه وترشيد هذا الانفاق بما يعود بالنفع على الاقتصاد في الدولة، ولأن العقود الادارية هي الوسيلة الاكثر استعمالا من طرف الادارة العامة في تنفيذ المشاريع العامة ، هذه المشاريع التي ترصد لها الدولة سنويا مبالغ مالية ضخمة لتنفيذها في اطار مخططاتها السنوية لإعمال سياساتها الاقتصادية الامر الذي يلزم الدولة بوضع اسس ومبادئ واجراءات، احترامها وتطبيقها بإخلاص يؤدي حتما إلى الوصول إلى تحقيق المشروع لأكبر فائدة ممكنة بأقل التكاليف .

من أهم المبادئ التي تهدف إلى تحقيق المسعى السابق ذكره والذي يمكن تلخيصه في مصطلح "نجاعة الطلبات العمومية" نجد مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والشفافية والمساواة¹، حيث يقتضي اعمال هذه المبادئ في الصفقات العمومية أن يتم

اتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من المتنافسين للمشاركة في عملية التنافس للضفر بالصفقة العمومية أو حتى بالمرفق العام المراد تفويضه، إذا تعلق الأمر بعقد من عقود تفويضات المرفق العام التي يشترط القانون فيها أيضا أن تتم مع مراعاة هذه المبادئ². وبالنسبة للصفقات العمومية في الجزائر والتي وضع لها المشرع طريقتين لإبرامها هما إجراء طلب العروض والذي يشكل القاعدة العامة وإجراء التراضي الذي يشكل الاستثناء، نجد أنه من المسلم به أنه لا يمكن أن تتحقق نجاعة الطلبات العمومية إلا إذا تمت الصفقة عن طريق إجراء طلب العروض وخاصة طلب العروض المفتوح الذي يتيح لجميع المتعاملين امكانية الوصول إلى الطلب العمومي حيث كان يفترض بالمشرع أن يجعل هذا الاجراء وحده -طلب العروض المفتوح - هو القاعدة العامة وليس طلب العروض بجميع أنواعه.

يعتبر المشرع الجزائري أن التراضي هو الاستثناء من القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض وعرفه المشرع الجزائري بأنه إجراء يتم من خلاله تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة وللتراضي شكلين فيما أن يكون في شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة³.

و لتوضيح هذا الأسلوب يمكن طرح الاشكالية المتمثلة في: هل راع المشرع الجزائري في تنظيمه للتعاقد بأسلوب التراضي فحوى نص القانون الدولي النموذجي للاشتراء العمومي المنبثق عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونيسترال) ؟ وللإجابة على هذه الإشكالية نحاول التطرق لأسلوب التراضي وشروطه ومدى تأثيره على مبدأ الشفافية والمنافسة في عنصرين وفقا للخطة الآتية :

أولا: التراضي البسيط

ثانيا: التراضي بعد الاستشارة

أولا: التراضي البسيط

ولتوضيح أسلوب التراضي البسيط كاستثناء من القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض لابد من تحديد مفهومه ثم شروطه والاجراءات الخاصة به والمتمثلة في التزامات المصلحة المتعاقدة.

1: مفهوم التراضي البسيط

نتطرق في هذا العنصر إلى تعريف التراضي البسيط ونظرا للإجراءات الخاصة به والمختلفة عن اجراءات طلب العروض نتطرق لمسألة التكييف القانوني له ثم موقف قانون اليونيسترال النموذجي الدولي للاشتراء العمومي من مسألة الاشهار في أسلوب التراضي البسيط.

أ- تعريف التراضي البسيط :

ينطبق تعريفه على تعريف التراضي عموما الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 41 من المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية بالقول أن التراضي هو اجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويقابل التراضي البسيط في القانون النموذجي الدولي للاشتراء العمومي أسلوب الاشتراء من مصدر واحد، حيث نص هذا الاخير على أنه يجوز للجهة المشتريّة أن تقوم بالاشتراء من مصدر واحد.⁴

ب - التكييف القانوني لأسلوب التراضي البسيط

وبالرجوع الى مسألة التكييف القانوني لأسلوب التراضي البسيط نجد أن المشرع يعفي الادارة من اجراءات الاستشارة إذا ابرمت الصفقة بأسلوب التراضي البسيط وكان مبلغها المالي أقل من العتبة اللازمة لإبرام صفقة عمومية أي الصفقات التي تخضع للإجراءات المكيفة⁵. فلماذا اذن أعفى المشرع الجزائري أسلوب التراضي البسيط من اجراءات الاستشارة ولم يعف عنه من اجراءات الصفقة العمومية رغم أنه ضمنا لا يعتمد أسلوب الصفقة العمومية في ابرامه.

ونظرا لأن التراضي البسيط أسلوب تكاد تنعدم فيه كل اجراءات الصفقة العمومية الضامنة للشفافية، لأن هذا الاسلوب حتى وان اعتبرناه صفقة بالمفهوم اللغوي للكلمة فلا يمكن اعتباره كذلك بالمفهوم الاجرائي الموضح في تنظيم الصفقات العمومية، والمشرع الجزائري رغم أنه ينص في المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن الصفقات العمومية تبرم استثناء بأسلوب التراضي وبالتالي ومن خلال هذه المادة نعتبر أن اسلوب التراضي البسيط شكل من أشكال ابرام الصفقة العامة. إلا أنه ذكر في الفقرة الثانية من المادة 41 عبارة العقود ولم يذكر عبارة الصفقة وكأنه بذلك يخرج اسلوب التراضي البسيط من اعتباره صفقة عمومية عندما نص على أن: " اجراء التراضي

البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها الا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم". وهو ما يجعلنا نعتبر أن المشرع الجزائري يقر ضمناً أن أسلوب التراضي عبارة عن عقد اداري وليس صفقة عمومية لما في هذا الاسلوب من وئد لكل مظاهر الشفافية والمنافسة الحرة بسبب الظروف الاستثنائية التي دفعت اليه. والدليل على انه لا مجال لإعمال مبدأ الشفافية في أسلوب التراضي البسيط أن المشرع الجزائري لم يلزم جهة الادارة بضرورة اعلان الصفقة عن طريق الاشهار الصحفي ولا عن طريق أية وسيلة أخرى في حالة التعاقد بأسلوب التراضي البسيط، حيث جعلت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 الاشهار الصحفي إلزامياً في جميع الاساليب الاخرى⁶ ماعدا أسلوب التراضي البسيط لانعدام الحاجة اليه.

ج - موقف قانون اليونيسترال النموذجي من مسألة الاشهار في أسلوب التراضي البسيط :

وفي مسألة الاشهار الصحفي لم يعف قانون اليونيسترال النموذجي أسلوب الاشتراء من مصدر واحد - والذي هو نفسه أسلوب التراضي البسيط عندنا في الجزائر- من الاشهار. من خلال نصه في الفقرة 5 من المادة 34 منه على وجوب نشر اشعار بالاشتراء قبل الالتماس المباشر وفقاً لأحكام الفقرات 1 و3 و4. حيث تنص الفقرة رقم 4 المذكورة على الاشتراء من مصدر واحد⁷.

كما ذكرت ذات المادة من القانون النموذجي استثناء يتمثل في أن شرط الاعلان لا يطبق في حالة ما إذا كان الشراء من مصدر واحد دفعت اليه الحاجة القصوى إلى الشيء موضوع الاشتراء من جراء وقوع حدث كارثي⁸، وهي الحالة الوحيدة التي يمكن فيها الشراء دون شرط الاعلان. وبالتالي فالإعلان لازماً حسب قانون اليونيسترال النموذجي في بقية الحالات التي تدفع إلى اللجوء الى أسلوب الاشتراء من مصدر واحد والتي منها مثلاً إذا كان الشيء موضوع الاشتراء متاحاً لدى مورد أو مقاول معين أو عندما تكون لمقاول أو مورد معين حقوق حصرية فيما يخص الشيء موضوع الاشتراء. وأيضاً عندما تريد جهة الادارة أن تشتري امدادات اضافية لسلع اشترتها سابقاً من مقاول معين، فقبل أن تتخذ القرار بأنه لا بد من الشراء من نفس المصدر لمراعاة ضرورة التوافق بين السلع أو المعدات أو لمراعاة التكنولوجيا، لا بد من نشر اعلان بالاشتراء وبعد ذلك تتخذ قرارها بالشراء من ذات المصدر.

كما أن الفقرة (5هـ) من المادة 30 من قانون اليونيسترال النموذجي التي تحدد شروط الاشتراء من مصدر واحد تنص على أنه يجب أن يكون اختيار هذا الأسلوب عقب نشر الأشعار العلني و إتاحة فرصة كافية لإبداء التعليقات، أما المشرع الجزائري فلم يشترط الاعلان عن الصفقة اطلاقا في حالة اختيار الادارة للتعاقد بأسلوب التراضي البسيط وهو ما يعد خرقا واضح لمبدأ الشفافية، لأن الادارة المتعاقدة يجب أن تبني اختيارها لأسلوب التعاقد بالتراضي البسيط بعد الاعلان عن الصفقة وليس قبله. خاصة في الحالات التي لا يتوفر فيها عنصر الاستعجال الملح أو الخطر الذي يهدد المصلحة المتعاقدة، ففي بعض الاحيان لا تستطيع الادارة أن تعرف أن هناك وضعية احتكارية لمتعامل اقتصادي وحيد الا بعد الاعلان وبعد عدم تقديم عروض وبالتالي الاولى هو إتاحة الفرصة من خلال الاعلان عن الصفقة اعمالا لمبدأ الشفافية ثم بعد ذلك تقرر الادارة اتباعها لأسلوب التراضي البسيط.

2: شروط التراضي البسيط والتزامات المصلحة المتعاقدة

نتطرق لشروط التراضي البسيط والتي تعتبر الحالات أو الاستثناءات التي يمكن فيها للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ فيها للتعاقد بأسلوب التراضي البسيط في العنصر الأول ثم التزامات المصلحة المتعاقدة أثناء التعاقد بأسلوب التراضي البسيط في العنصر الثاني:

أ - شروط التراضي البسيط:

اعتبارا بأن التراضي البسيط استثناء من القاعدة العامة في التعاقد ولأن الاستثناء لا يكون الا بنص فإن المشرع الجزائري حدد شروط اللجوء إلى هذا الأسلوب على سبيل الحصر والحصر يبدو في ظاهر النص من خلال ترقيم الفقرات في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 ولكن في الواقع كل حالة تتضمن مجموعة من الحالات الغامضة والمهمة من خلال عباراتها الفضفاضة التي تعطي سلطة واسعة للإدارة المتعاقدة في تقدير الحاجات وتكييفها لجعلها توافق هذه الشروط وفيما يلي نتطرق إلى هذه الحالات تباعا.

الحالة الاولى: الوضعية الاحتكارية: وتكون عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات الا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية. فهذه الفقرة وحدها تتضمن عدة حالات يمكن استغلالها للجوء الى اسلوب التراضي البسيط وهذه الحالات هي:

- وجود متعامل اقتصادي وحيد
- وجود أكثر من متعامل اقتصادي ولكن منهم واحد فقط لديه حقوق حصرية ولم يوضح المشرع ماهي الحقوق الحصرية، وإذا كان الحق الحصري هو الذي يمنحه نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية ذات طابع تجاري و صناعي للقيام بمهمة الخدمة العمومية وبالتالي نصبح أمام نفس الشرط المنصوص عليه في الفقرة رقم 06 وبالتالي ما الحاجة لإعادة ذكره في الفقرة رقم واحد.
- وجود اعتبارات تقنية يتمتع بها متعامل اقتصادي وحيد دون غيره. ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو كيف للإدارة أن تعرف أن المواصفات ذات الاعتبار التقنية التي حددتها في الخدمة محل الصفقة العمومية تتوفر فقط في متعامل وحيد دون غيره، دون اللجوء إلى الدعوى العادية للتعاقد لعدد معين من المتعاملين ؟
- وجود اعتبارات ثقافية وفنية وحسن فعل المشرع في هذه الحالة عندما نص على ضرورة أن يتم تحديد الاعتبار الثقافية والفنية بموجب قرار وزاري مشترك بين وزيري الثقافة والمالية. والخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية التي يمكن أن تكون موضوع صفقات بالتراضي البسيط هي الخدمات التي لا يمكن أن يقوم بها الا فنانون مبدعون اختيروا لشخصهم أو الخدمات المتعلقة باقتناء الممتلكات الثقافية المنقولة كما هو محدد في التشريع المعمول به باستثناء الممتلكات الأثرية.⁹
- الحالة الثانية: حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الامن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال اجراءات ابرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وهذه هي الحالة الاكثر منطقية في الدفع إلى التعاقد بأسلوب التراضي البسيط بسبب طابع الاستعجال لأن الظرف القائم في هذه الحالة يفرض حتى الشروع في تنفيذ الخدمات الضرورية قبل ابرام الصفقة وهوما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 12 من المرسوم الرئاسي 15-247 تحت عنوان اجراءات في حالة الاستعجال الملح.
- الحالة الثالثة: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الاساسية بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من

المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وهو أيضا شرط لازم أيضا لا بد من ادراجه ضمن شروط التعاقد بأسلوب التراضي البسيط لكي يتيح للمؤسسات المعنية اتخاذ التدابير اللازمة خاصة في حالات الندرة للمواد الغذائية الأساسية بسبب اضطرابات السوق والاحتكار وغيرها الأمر الذي ينتج عنه ربما اضطرابات أو فوضى داخل السكان ومن ثم لا بد من التحرك المستعجل لحل الأزمة ولا يوجد أسلوب أفضل من التراضي البسيط لتوفير الحاجيات بأكبر سرعة ممكنة وهو إجراء لا يتم اللجوء إليه الا نادرا وفي الغالب من طرف الحكومة مباشرة.

الحالة الرابعة: عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة لمناورات للمماطلة من طرفها. وهي الحالة التي غالبا ما تتعلق بالمشاريع السيادية التي تكون الدولة طرفا فيها حيث يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء أو أثناء اجتماع الحكومة حسب القيمة المالية للمشروع.¹⁰

الحالة الخامسة: عندما يتعلق الأمر بترقية الانتاج و/أو الاداة الوطنية للإنتاج : والمشاريع المتعلقة بترقية الانتاج بالتأكيد ستكون في مجال معين دون المجالات الأخرى وبالتالي ما المشكلة في أن تتم بموجب صفقات عادية أي عن طريق طلب عروض ومهما يكن المشروع الذي ستعمل بموجبه الدولة على ترقية الانتاج او الاداة الوطنية للإنتاج فهو لا يمنع من ابرامه في شكل طلب العروض، وحتى وان كان طلب العروض المحدود فهو أفضل من أسلوب التراضي البسيط ، وحتى وان ألزم المشرع أن يخضع اللجوء في هذه الحالة إلى التراضي البسيط بعد الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء او مجلس الحكومة حسب القيمة المالية للمشروع فإن هذه الاجراءات وان كانت تضمن مراعاة المصلحة العامة للدولة ولكنها لا تمنع من اعتماد أسلوب يضمن الشفافية والاختيار الأمثل من خلال اتاحة الفرصة للتنافس بين متعاملين اقتصاديين سواء من داخل الوطن أو من خارجه.

الحالة السادسة: عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والادارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري.

وفي هذه الحالة نلاحظ أن الحق الحصري للقيام بمهمة الخدمة العمومية يمنح فقط للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ولا يمنح للخوادم، إلا أن ذلك أيضا فيه خرق لمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية وهذا الشرط قد يكون مقبولا في الخدمات العمومية ذات الطابع السري والتي لها علاقة بالأمن الوطني كالأنشطة العسكرية مثلا ويمكن الاستغناء عنه في الخدمات الأخرى وإتاحة الفرصة للخوادم للمنافسة فيها.

ب-التزامات المصلحة المتعاقدة أثناء التعاقد بأسلوب التراضي البسيط

وعلى خلاف التنظيمات السابقة للصفقات العمومية جاء المشرع بالمادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 حاول من خلالها أن يضع ضوابط أكثر لأسلوب التراضي البسيط عندما ألزم المصلحة المتعاقدة أن تحترم بعض الاجراءات وهي بصدد التعاقد بأسلوب التراضي البسيط وتتمثل هذه الاجراءات فيما يلي:

ب 1 تحديد الحاجات: وذلك بأن تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة بالإضافة إلى تحديد مبلغ الحاجيات استنادا إلى تقدير عقلائي وصادق. كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحدد هذه الحاجات من حيث طبيعتها ومداهما استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على اساس مقاييس ونجاعة يتعين بلوغها وهذا وفقا للمادة 27 التي أحالت عليها الفقرة الاولى من المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247. وخيرا فعل المشرع هنا عندما نص على ضرورة تحديد الحاجيات بدقة ولكن نحن نعلم أن أحد أبرز شروط التراضي البسيط هو عنصر الاستعجال فهل سيكون للمصلحة المتعاقدة الوقت الكافي في هذه الحالة لتحديد الحاجات ومبلغها بالدقة التي يطلبها القانون أم أن هذا سيكون من الحالات الاستثنائية التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة 50 .

ب 2 التأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي : فمن الضروري أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من قدرات المتعامل الاقتصادي التقنية والمهنية والمالية قبل تقييم عرضه وهذا أيضا عنصر لم يضاف شيئا لإجراء التراضي البسيط لأن المصلحة المتعاقدة أصلا اختارت المتعامل الاقتصادي بسبب قدراته على الانجاز وإلا لما كانت اختارته وهذه الفقرة تؤكد لنا أن المشرع يدرك جيدا أن أسلوب التراضي عموما والتراضي البسيط خاصة هو المنفذ للفساد في الصفقات العمومية لأنه يعلم أن جهة الادارة أو بعبارة أدق

القائمين على الإدارة قد يختارون متعامل اقتصادي لأغراض أخرى وهو ما يجعل شرط القدرات المالية والمهنية والتقنية مغيب.

ب 3 كما ألزم أيضا المشرع في ذات المادة 50 جهة الإدارة أن تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية، وهذا أيضا أمر صعب التحقق في ظل غياب المنافسة بين مجموعة من المتعاملين الاقتصاديين، وفي ظل قناعة المتعامل المتعاقد أنه الوحيد في الخدمات وليس له منافس وهو ما أدى بالمشرع إلى الاعتراف صراحة بضرورة اجراء مفاوضات مع المتعامل الذي وقع عليه الاختيار بعد تقديمه لعرضه من أجل ارجاعه إلى الحد المعقول خاصة في جانبه المالي الذي يبني أساسا على أسعار مرجعية يتم تحديدها مسبقا من طرف الإدارة.

ب 4 اجراء المفاوضات : وتمثل المفاوضات التي تجريها الإدارة مع المتعامل المتعاقد أهم الاجراءات التي جاء بها المشرع في المرسوم الرئاسي 15-247 حيث اعترف صراحة بالمفاوضات وخاصة حول سعر الصفقة الذي تتم فيه المفاوضات بناء على أسعار مرجعية تحددها الإدارة كما أشرنا سابقا، ويعد هذا الاجراء مهم جدا للحفاظ على المال العام لأنه يلزم الإدارة بتحديد السعر مسبقا عن طريق البطاقات التقنية والكشوف الكمية والتقديرية وذلك أثناء تحديد حاجاتها وأن تلزم المتعامل الاقتصادي أن يجعل عرضه في الإطار المحدد له . ولكن المشكل يبقى مطروح في مسألة تحديد سعر الصفقة الذي دائما ما يكون إما مبالغ فيه وهو ما يعد تبديد للمال العام أو أن يكون قليل جدا مما يؤدي إلى عجز المشروع وتوقف الانجاز بسبب عدم كفاية المبالغ المالية المرصودة الامر الذي يؤدي فيما بعد إلى اعادة التقييم وما ينجر عنها من تضييع للوقت والمال.¹¹

صحيح أن المادة 50 حددت الإطار العام للمصلحة المتعاقدة أثناء ابرام الصفقة بالتراضي البسيط ولكنها لم تضع الإطار الاجرائي الدقيق الذي يضمن السير الحسن للعملية وبالتالي المصلحة المتعاقدة لا تلام في اتخاذها لنظام اجرائي وفق سلطتها التقديرية تنظم على ضوءه مراحل ابرامها لصفقاتها بالتراضي البسيط مادام النص القانوني لم يوضح نظاما اجرائيا يتجسد وفقه التراضي البسيط. لكن مالذي يضمن مشروعية ابرام المصلحة المتعاقدة للصفقة مادام النص حررها من اجراءات تقن عملية الابرام بطريق التراضي البسيط ، ما الذي يضمن مراعاة المصلحة المتعاقدة للمصلحة العامة في دعوتها للمتعاقد ومفاوضاتها له وفي اختيارها لعرضه؟ كل هذه

تساؤلات لا يجيب عليها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ولا المراسيم التي سبقته لأنه ترك للمصلحة المتعاقدة اختيار الاجراءات التي تبرم بها صفقاتها بالتراضي البسيط.¹² وهو ما يفسر الاقبال الكبير على هذا الاجراء خاصة من طرف البلديات ففي تقرير صادر عن البنك العالمي حول الصفقات العمومية في الجزائر لسنة 2003 أوضح أن نسبة لجوء البلديات مثلا لأسلوب التراضي هي ما يقارب 20% من مجموع الأشكال الاخرى لإبرام الصفقات العمومية وهي نسبة مرتفعة مقارنة بالشروط التي تقيد حرية الادارة في اللجوء الى التراضي.¹³

ثانيا : التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة النوع الثاني من أنواع التراضي في ابرام الصفقات العمومية وهو أكثر تطبيقا لمبدأي المنافسة والشفافية من التراضي البسيط لما فيه من اجراءات أخف حدة من اجراءات التعاقد المباشر بأسلوب التراضي البسيط ولتبسيط التراضي بعد الاستشارة نتطرق أولا إلى مفهومه ثم شروطه وفي العنصرين المواليين.

1: مفهوم التراضي بعد الاستشارة

لم يعرف المشرع الجزائري التراضي بعد الاستشارة وإذا رجعنا إلى تقنين الصفقات العمومية نجده يكتفي بتحديد حالات التراضي بعد اجراء الاستشارة فقط¹⁴، وهو أسلوب يقوم على ابرام المصلحة المتعاقدة للصفقة بإقامة المنافسة بين مترشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الاجراءات الشكلية لطلب العروض¹⁵.

ففي اجراء التراضي بعد الاستشارة يتعين على المصلحة المتعاقدة استشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض برسالة استشارة وبنفس دفتر الشروط باستثناء الاحكام الخاصة بطلب العروض، وهنا يجوز لها تقليص مدة تحضير العروض كما لا يخضع دفتر الشروط السالف الذكر لتأشير لجنة الصفقات .

وإذا ما قررت استشارة مؤسسات أخرى لم تشارك في طلب العروض فيجب الاعلان حسب الأشكال التي نص عليها تقنين الصفقات وبنفس دفتر الشروط ماعدا الأحكام الخاصة بطلب العروض، وتقوم الادارة بطلب عروض جديد إذا اضطرت إلى تعديل بنود

دفتر الشروط المتعلقة بالمنافسة، وهنا يتعين عليها عرضه على لجنة الصفقات لدراسته والتأشير عليه¹⁶.

ويشبه أسلوب التراضي بعد الاستشارة ما جاء به قانون اليونيسترال النموذجي الدولي للاشتراء العمومي والمتمثل في الصفقات التي تبرم بواسطة المناقصة على مرحلتين، وأيضا في الصفقات التي تبرم بواسطة طلب الاقتراحات المقترن بحوار¹⁷. غير أن هذه الأشكال التي جاء بها القانون النموذجي الدولي للاشتراء العمومي لا تشترط نفس الحالات التي نص عليها تقنين الصفقات العمومية الجزائري على غرار اعلان عدم جدوى للمرة الثانية وغيرها من الشروط مضمون نص المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 والتي تعتبر في أغلبها شروط شكلية تتعلق اما بعدم تمكن المصلحة المتعاقدة من ابرام الصفقة أو بنوع الجهة المسؤولة عن ابرام الصفقة. في حين ركز القانون النموذجي الدولي أكثر على الجوانب التقنية للشئ محل التعاقد الأمر الذي يمكن المصلحة المتعاقدة من فحص الجوانب التقنية للعروض، واجراء مناقشات اختيارية بشأنها، بالإضافة إلى ضمان تطبيق أعلى درجات الموضوعية والتنافس.

2: شروط التراضي بعد الاستشارة

وحدد المشرع أيضا حالات معينة على سبيل الحصر يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ لأسلوب التراضي بعد الاستشارة بسببها وتمثل هذه الحالات حسب المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 في ما يلي:

أ- حالة اعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية ولم تذكر المادة 51 الحالات التي يعلن فيها عدم جدوى طلب العروض ولكن بالرجوع للمادة 40 فقرة 02 نجدها بينت حالات عدم الجدوى وهي عندما لا يتم استلام أي عرض أو عندما لا يتم الاعلان بعد عملية التقييم للعروض عن مطابقة أي عرض لموضوع ولمحتوى دفتر الشروط ، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات أي إذا لم تتأكد المصلحة المتعاقدة من القدرات المالية والمهنية لصاحب العرض.

لكن ذلك يجب ألا يكون على حساب مبدأ الشفافية، لأن الاكتفاء بعرض واحد فقط من شأنه أن يخل بالمنافسة في حين لو تم اعلان عدم جدوى واعيد الاعلان عن الصفقة من جديد قد يسمح بدخول عارضين جدد، الامر الذي يجنبنا سلبيات العرض

الوحيد خاصة منها تضخيم الاسعار نتيجة ربما العلم المسبق بعد وجود منافسة من متعاملين آخرين وتصبح الادارة مجبرة بقبول العرض رغم ذلك. كما أن من سلبيات العرض الوحيد في اسلوب طلب العروض أنه يجعل الادارة وكأنها أمام أسلوب التراضي البسيط لكن مع حرمان الادارة من سلطتها في اجراء مفاوضات لان الاجراءات هنا تتعلق بطلب العروض. وكان على المشرع الابقاء على شرط عرضين فما موق أو على الأقل في حالة قبول العرض الوحيد السماح للإدارة بإجراء مفاوضات في حالة رفع الاسعار، وهذا غالبا ما يكون في الصفقات التي يختص بإنجازها عدد قليل من المتعاملين حيث عادة ما يتم تقسيم السوق من أجل رفع الاسعار والقضاء على مبدأ المنافسة.

ونصت المادة 52 على أن تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض وي طرح السؤال هنا عن فائدة استشارة المصلحة المتعاقدة لهذه المؤسسات في حالة اعلان عدم جدوى الاجراء بسبب عدم مطابقة عروضهم لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط أو في حالة عدم ضمان قدرتهم على تمويل الحاجات. وبالتالي في هذه الحالات لا بد من استشارة مؤسسات أخرى لم تشارك في طلب العروض أو أن تعمل المصلحة المتعاقدة على تغيير دفتر الشروط وهو ما تم النص عليه بموجب المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ب - حالة الصفقات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض ويتعلق الامر هنا بصفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة، وتحدد خصوصية هذه الصفقات إما بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات . وكمثال على ذلك ما حددته المادة 2 من القرار الوزاري المشترك الصادر عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية التي نصت على أن " تحدد صفقات الخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء على مناقصة كما يلي : طبع وانجاز وثائق الحالة المدنية ويتعلق الامر هنا بجميع الوثائق والسجلات الخاصة بالحالة المدنية التي تم تحديدها بملحق تابع لهذا القرار الوزاري المشترك.¹⁸

وفعلا هذا النوع من الصفقات لا يمكن فيها اللجوء إلى طلب العروض لانها تتعلق بمنتجات موجهة خصيصا للحالة المدنية على مستوى البلديات وبالتالي لا بد من

استشارة مجموعة من المؤسسات المعنية بهذا النشاط حول عملية الطبع ومواصفات هذه الوثائق والسعر ثم بعد ذلك يتم الاختيار و ابرام العقد بالتراضي.

ج - صفقات الاشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة: وبما أن هذه الحالة نصت على صفقات الاشغال عموما دون تحديد نوع معين من الاشغال وبالتالي يدخل تحت هذه الحالة كل صفقات الاشغال التابعة للمؤسسات العمومية السيادية دون استثناء حتى لو تعلق الامر بمشاريع تهيئة وترميم لمباني عادية تابعة لهذه المؤسسات . والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل افترض المشرع النزاهة والشفافية إلى هذا الحد الذي يجعله يسمح لها بإبرام جميع الصفقات المتعلقة بالأشغال بواسطة التراضي بعد الاستشارة أو التراضي البسيط ودون الحاجة إلى اللجوء إلى طلب العروض.

وما يعاب على المشرع أنه في هذه الحالة قام بتحديد الصفقات التي تبرم عن طريق التراضي بعد الاستشارة وفقا لمعيار عضوي وليس موضوعي وهو ما يتنافى مع مبدأ الشفافية ومع ما جاء به قانون اليونيسترال النموذجي الذي نص على حالات تعاقد مشابهة لأسلوب التراضي بعد الاستشارة وهي حالات التفاوض التنافسي وطلب الاقتراحات المقترن بمفاوضات متعاقبة وأيضا المناقصة على مرحلتين، فهي كلها من أشكال التعاقد التي نص عليها القانون النموذجي الدولي بحيث تتم بموجبها اجراء استشارات للمؤسسات قبل ابرام العقد، ولكل شكل من هذه الأشكال شروط معينة حددها القانون النموذجي وكل هذه الشروط تم تحديدها وفقا لمعايير موضوعية تتعلق بالظروف المحيطة بعملية الاشتراء وليس بسبب تبعية الصفقة إلى مؤسسة معينة دون غيرها أي وفقا للمعيار العضوي.

ومن الشروط التي أدرجها قانون اليونيسترال النموذجي والتي تكون سببا لابرام الصفقة بهذه الطرق نجد مثلا شرط حماية مصالح الامن الوطني الاساسية للدولة. وربما هو الشرط الوحيد الذي يمكن أن يتذرع به المشرع الجزائري لكي يسمح للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة بأن لا تلجأ لأسلوب طلب العروض في صفقات الاشغال وتلجأ إلى أسلوب التراضي. وهذا السبب وإن كان معقول ومنطقي في العديد من صفقات الاشغال التابعة لهذه المؤسسات ولكن ليس كل صفقات الاشغال يمكن أن يتم التذرع فيها بهذا السبب لأنه لا يعقل أن تحتج به هذه المؤسسات دائما.

ويبقى السؤال مطروح حول السبب الذي جعل المشرع يسمح للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة ابرام جميع صفقات الاشغال التابعة لها بأسلوب التراضي ؟
د - حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد: ومراعاة لمبدأ الشفافية يجب أن تدرس كل ادارة قامت بفسخ الصفقة، فيما إذا كانت طبيعتها تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد أم لا، والأرجح أن كل إدارة تكون لديها صفقة كانت محل فسخ ستحتج بهذا السبب وتذهب مباشرة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة بحجة أن الأجال لا تسمح. والمشكلة قد لا تثار إذا وافق المتعامل الجديد الذي تختاره الادارة بأن يتم الانجاز بنفس الكيفيات والأسعار في الصفقة الأولى التي تم فسخها.

وحالات الفسخ المذكورة في القسم العاشر من المرسوم الرئاسي 15-247 حيث حدد هذا القسم حالات الفسخ وشروطه حيث قد يكون بسبب تقصير المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته في الأجال المحددة، أو أن تفسخ الادارة بمبرر المصلحة العامة حتى من دون خطأ من المتعامل المتعاقد وهنا يكون الفسخ من جانب واحد، كما قد يكون الفسخ مبررا بظروف خارجة عن ارادة المتعامل المتعاقد وفي هذه الحالة يكون الفسخ تعاقدي أي باتفاق الطرفين .

ومهما كانت حالات الفسخ يبقى على جهات الرقابة أن تراقب مدى تلائم طبيعة الصفقة وظروفها مع آجال طلب عروض جديد مراعاة لمبدأ الشفافية ولإعطاء نوع من التنافس الجديد خاصة إن كان تنفيذ الصفقة قبل الفسخ في جزء صغير منه فقط أو إن لم يبدأ التنفيذ أصلا.

وذكر قانون اليونيسترال النموذجي هذه الحالة في الصفقات التي تبرم بواسطة المناقصة على مرحلتين، وأيضا في الصفقات التي تبرم بواسطة طلب الاقتراحات المقترن بحوار¹⁹ ، وهي أيضا حالات تشكل استثناء على القاعدة العامة المتمثلة في المناقصة المفتوحة وهو ما يجعل هذه الحالة معقولة كشرط للجوء الادارة إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة بدل طلب العروض.

الأشكال والجدول:(يوضع العنوان فوق الشكل أو الجدول. ويوضع المصدر تحت

(الشكل أو الجدول)

الخاتمة:

يتضح من دراسة أسلوب التراضي في ابرام الصفقات العمومية بعض النتائج التي لا بد من الإشارة إليها ومنها :

غرض الصفقة العمومية يتنافى ومفهوم أسلوب التراضي لأن غرض الصفقة العمومية هو الوصول إلى انجاز المشروع بأقل تكلفة ممكنة دون أن ننسى مراعاة الجانب الفني والجودة في الانجاز ولاشك أن تحقيق الشرط المتمثل في قلة التكاليف لا يتحقق إلا في ظل منافسة حقيقية تتاح من خلالها الفرصة لأكبر عدد ممكن من العروض ليختار أفضلها، في حين تغيب هذه الامكانية في التعاقد بأسلوب التراضي وخاصة التراضي البسيط، وهو ما يخرج هذا الاسلوب في التعاقد من دائرة الصفقات العمومية إلى دائرة العقود الادارية وهو الأمر الذي أدى بالمشرع إلى جعله استثناء لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات محددة بموجب النص القانوني.

قانون اليونيسترال النموذجي الدولي للاشتراء العمومي أيضا نص على أسلوب التراضي في ابرام الصفقات العمومية وسماها إشتراء من مصدر واحد بالنسبة للتراضي البسيط، والمناقصة على مرحلتين، وطلب اقتراح المقترن بحوار التي تشبه التراضي بعد الاستشارة في قانونا.

ومن بين التوصيات التي يمكن الإشارة إليها في هذا الصدد:

ضرورة ضبط الحالات التي يمكن اللجوء فيها للتراضي سواء البسيط أو بعد الاستشارة بدقة أكبر حتى لا يتم التوسع في اتباع تفسير هذه الحالات والتحجج بها أثناء التعاقد وتشديد الرقابة في حالة العمل بهذا الاسلوب.

اخضاع صفقات الاشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة للقواعد العامة في الصفقات العمومية والغاء النص على إبرامها بأسلوب التراضي، إلا في حالات محددة مثل الصفقات الاخرى لتجنب ظاهرة الفساد الملاحظ في المرحلة الماضية والذي كان معظمه بسبب هذا الاسلوب.

ضرورة الأخذ بالكثير من القواعد الجيدة التي جاء بها القانون النموذجي الدولي للاشتراء العمومي والتي تجسد مبادئ الصفقات العمومية بشكل أكبر والتي منها على سبيل المثال: اعتبار أسلوب المناقصة المفتوحة دون غيره هو القاعدة العامة في التعاقد والاساليب الأخرى الباقية كلها استثناء. على عكس المشرع الجزائري الذي يعتبر

المناقصة بشكل عام (طلب العروض) هو القاعدة العامة وبذلك يدرج الانواع الأخرى من طلب العروض ولا يقتصر على طلب العروض المفتوح فقط. كما أن قانون اليونيسترال يلزم الجهة المشتريّة نشر اعلان الصفقة حتى في حالة التعاقد بأسلوب الإشتراء من مصدر واحد في حين لا يلزم المشرع الجزائري الاشهار في التراضي البسيط مما يستدعي ضرورة إعادة النظر في هذا الجانب خاصة في الحالات التي لا تحمل طابع الاستعجال الملح.

الهوامش:

- ¹ المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 مؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- ² المادة 209 من الرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق ذكره.
- ³ أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق ذكره
- ⁴ الفقرة 5 من المادة 30 من قانون الاونيسترال النموذجي الدولي للاشتراء العمومي السابق ذكره.
- ⁵ جعلت هذه المادة الاشهار الصحفي الزاميا في حالة طلب العروض المفتوح وحالة طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وطلب العروض المحدود والمسابقة وحالة التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء دون ذكر التراضي البسيط.
- ⁶ المادة 15 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي نصت على " تعفى الصفقات العمومية المبرمة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 49 من هذا المرسوم من الاستشارة " والمادة 49 تنص على الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى اسلوب التراضي البسيط.
- ⁷ ويقصد بالالتماس المباشر توجيه دعوى مباشرة للمتعامل لتقديم عرضه.
- ⁸ الفقرة رقم 6 من المادة 34 من القانون النموذجي للاشتراء العمومي.
- ⁹ انظر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 30 جوان 2014 يحدد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات بالتراضي البسيط.
- ¹⁰ الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار ، والموافقة المسبقة اثناء اجتماع الحكومة اذا كان مبلغ الصفقة يقل عن مبلغ عشرة ملايين دينار. المادة 49 الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.
- ¹¹ قدرت القيمة الاجمالية لعمليات اعادة تقييم المشاريع خلال نحو 18 سنة أي ما بين 2000 و2018 بنحو 60 مليار دولار نتيجة عدم احترام آجال الانجاز وعدم التحكم في المشاريع فضلا عن العجز في التنسيق بين مختلف القطاعات تضاف إليها آليات منح الصفقات العمومية إلى أساس قاعدة الاقل عرضا لتعاد بعده مراجعة قيمة المشاريع بالتوقيع على ملاحق تضخم القيمة النهائية للمشروع ، ويعكس ذلك آخر إعلان لوزير النقل والاشغال العمومية عبد الغني زعلان بإعادة تقييم مشاريع قطاعه لا سيما النقل بقيمة 250 مليار دينار أو ما يعادل 2,2 مليار دولار. جريدة الخبر العدد 9042 بتاريخ: الخميس 8 نوفمبر 2018 . وكشف مشروع ميزانية الدولة لسنة 2019 عن عمليات اعادة تقييم مست مجمل القطاعات فاقت ما يعادل 4,2 مليار دولار.
- ¹² بن محمد محمد، صفقات التراضي في الجزائر، اسلوب ابرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث عشر، جوان 2015 ، ص 182. جامعة ورقلة.

¹³ عيسى مزوار، اصلاح قانون الصفقات العمومية الجزائري ، الافاق والحدود ، مذكرة ماجستير ، المركز الجامعي معسكر ، 2007، ص 154.

¹⁴ - شريفي الشريف، الصفقة العمومية بناء على اجراء التراضي . قراءة في تقنين الصفقات العمومية . مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، جوان 2016 ، جامعة المسيلة ، ص72
¹⁵ بن محمد محمد ، المرجع السابق ص 184.

¹⁶ المرجع نفسه. ص 73

¹⁷ قرار وزاري مشترك صادر عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية ووزارة المالية مؤرخ في 01 أوت 2011 يحدد قائمة صفقات الخدمات الخاصة التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء إلى مناقصة .
¹⁸ المواد 149، 151، 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق
¹⁹ المادة 30 من قانون اليونيسترال النموذجي الدولي للاشتراء العمومي، مرجع سابق.