

إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247

جبابلة عمار (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "ب" ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر.
البريد الإلكتروني: amermoi@hotmail.fr

الملخص:

عند استقراء المواد المتعلقة بطرق إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247 ، نجد أنّ هذا الأخير قد جاء بتغييرات جذرية عما كان سائدا في المرسوم الرئاسي 10-236 فيما يتعلق بطرق الإبرام، فضلا عن تغيير تسمية المناقصة إلى طلب العروض، فقد استحدث هذا المرسوم بعض الأشكال في إبرامها كطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، وفي المقابل ألغى بعض الأشكال التي كانت سائدة في المرسوم الرئاسي الملغى، كالمزايدة التي تكون فيها الإدارة غالبا في وضع المشتري و تمنح فيها الصفقة للمتعاقد الذي يقدم أقل ثمن.

الكلمات المفتاحية:

الصفقات العمومية، طرق الإبرام، طلب العروض، المرسوم الرئاسي 15-247، الاستشارة الانتقائية.

تاريخ إرسال المقال: 2018/11/06، تاريخ قبول المقال: 2018/11/28، تاريخ نشر المقال: 2018/12/27.

لتهميش المقال: جبابلة عمار " إبرام الصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018، ص ص. 173-186.

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

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: جبابلة عمار ، amermoi@hotmail.fr

Convening of Public Procurements in the 15-247 Presidential Decree

Summary:

Reference to the articles on contracting methods of public procurements in the 15-247 presidential decree, we find that the latter is adopted radical changes from what prevailed in the presidential decree 10-236 concerning contracting methods. In addition to the change of the name of the tenders, it has introduced some format to contracting methods the public procurements such as the open tender with requirement for minimum capacity. In contrast, it cancelled some formats prevailing in the repealed Presidential Decree, such as awarding where the administration is often the buyer and to award the procurement to the bidder who offers the least expensive mode.

Keywords:

Public procurements; contracting methods; invitation to tenders; the Presidential Decree 15-247; sleeve consultation.

Les modes de passation des marchés publics en vertu du décret présidentiel 15-247

Résumé :

A la lecture des articles du décret présidentiel n° 15-247 sur les modes de passation des marchés publics, ceux-ci ont subi des modifications radicales par rapport à ceux du décret présidentiel n° 10-236 portant les modalités de conclusion du contrat. En plus, du changement du nom de l'appel d'offres, il a créé certains formats de la passation de du marché public tel que l'appel d'offre ouvert avec une exigence de capacités minimale. En revanche, il a annulé certains formats qui prévalaient dans le décret présidentiel abrogé, tels que l'adjudication ou l'administration est en position d'acheteur et attribuer le marché au soumissionnaire qui propose le moins disant.

Mots clés:

Marchés publics, les modes de passation, appel d'offre, décret présidentiel 15-247, consultation sélective.

مقدمة

إن تنظيم الصفقات العمومية يعتبر من أكثر المواضيع ارتباطا بالواقع السياسي و الاقتصادي لأي بلد، و الجزائر مثل غيرها من البلدان تحاول دائما إرساء قوانينها الخاصة بتنظيم هذا المجال، فمنذ استقلالها وسدًا منها للفراغ القانوني ، قرّرت بموجب المرسوم رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 الاستمرار بالعمل بالتشريع الفرنسي إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ليعرف بعدها قانون الصفقات العمومية في الجزائر تطورات جد هامة، حيث كان أول قانون صدر لتنظيم الأحكام العامة والخاصة المتعلقة بمجال الصفقات العمومية ، هو الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يوليو 1967، لتتوالى بعد ذلك العديد من المراسيم المعدلة و المتممة وكذا المراسيم الملغية لها، إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 ديسمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي ألغى المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 و المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل و المتمم .

وتعتبر الصفقة العمومية من أهم العقود الإدارية، باعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية و المحلية، وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب بالنظر لهذه الزاوية أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة، وهذا ما كرّسه المشرع من خلال مختلف التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية وآخرها المرسوم الرئاسي 15-247، الذي عرف الصفقة العمومية بموجب المادة 2 منه بما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات."

ولما كانت الصفقات العمومية وثيقة الصلة بالخزينة العامة والمال العام، وجب تحديد طرق إبرامها وهو ما فعله المشرع الجزائري دائما في مختلف التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية ، وكذلك في المرسوم الرئاسي 15-247، الذي نص على صيغتين لإبرام الصفقات العمومية هما: صيغة المناقصة (التي أصبحت تسمى في هذا المرسوم ب: طلب العروض) وصيغة التراضي.

وعليه سوف نحاول في هذا المقال الإجابة على الإشكالية التالية: إلى أي مدى أغرقت في القصور أو الفعالية أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 في مجال إبرام الصفقات العمومية؟
وذلك وفق الخطة التالية:

المطلب الأول: طلب العروض (كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 15-247)

المطلب الثاني: التراضي (كاستثناء لإبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247)

وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

المطلب الأول: طلب العروض

وهي التسمية الجديدة التي قدمها المشرع لما كان يعرف سابقا في المرسوم الرئاسي 10-236 وكذا المراسيم المعدلة والمتممة له بالمناقصة. ولقد أولى المرسوم الرئاسي 15-247 أسلوب أو طريقة طلب العروض أهمية خاصة، بحيث جعلها هي القاعدة العامة في مجال التعاقد وأن أسلوب التراضي هو الاستثناء.

الفرع الأول: تعريف طلب العروض

تعرفه المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنه: "إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، واستنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعدّ قبل إطلاق الإجراء".
والملاحظة التي يمكن أن نسجلها على هذا التعريف لطلب العروض، أنه أشمل وأدق من التعريف السابق الذي قدمه المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى لما كان يسمى سابقا بالمناقصة، الذي عرفها بأنها: "إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض¹."

فهنا يظهر واضحا أفضلية التعريف الذي جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 للاعتبارات التالية:

- أن هذا التعريف يعكس التسمية الجديدة ويتناسب معها وهي طلب العروض، وقد أحسن التنظيم الفعل لما استبدل مصطلح المناقصة بمصطلح طلب العروض
- أنه حاول من خلال صياغة هذا التعريف، وبشكل أوسع وأعمق، تكريس المبادئ العامة للصفقات العمومية والمتمثلة في: العلنية و حرية التنافس والمساواة، الأمر الذي يتجلى خصوصا في عبارة دون مفاوضات.
- أن التعريف ارتكز على ضرورة اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعهد الذي يقدم أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية، أي أفضل عرض من الناحية المالية و التقنية ، وذلك من خلال الموازنة بين السعر و الجودة، الأمر الذي لم يتحقق في أسلوب المناقصة على الأقل من الناحية العملية، رغم أن المرسوم الرئاسي 10-236 كان يركز على منحها للمتعامل الذي يقدم أفضل عرض، بشكل أصبحت فيه الجودة عبارة عن الحد الأدنى المطلوب للتأهيل التقني، وهو ما لا يتماشى مع عبارة أفضل عرض، والمثال التالي قد يوضح هذه الفكرة بشكل أفضل:

¹ - انظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي، 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58، الملغى بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، 20 سبتمبر 2015.

أبرمت صفقة لاقتناء مجموعة من الشاحنات، أين تم التأهيل التقني لثلاثة متعاملين اقتصاديين، يتوفر فيهم الحد الأدنى المطلوب للتأهيل التقني في دفتر الشروط، وهو 50 نقطة. حيث كانت علامات المتعاملين المتأهلين الثلاث على النحو التالي: المتعامل (أ): 60 ن، المتعامل (ب): 51 ن، المتعامل (ج): 70 ن. ثم انتقلنا إلى العرض المالي، فكان المتعامل (ب) هو الذي قدّم أقل ثمنا، خلافا للمتعاملين الآخرين (أ) و (ج)، فمنحت الصفقة للمتعامل (ب) لتقديمه العرض الأقل ثمنا، رغم أنّ عرضه التقني أقل من المتعاملين (أ) و (ج).

وهنا نجد أنّه من الناحية العملية هناك تفضيل للعرض المالي على حساب العرض التقني، الذي أصبح يساوي حسب هذا المثال الحد الأدنى المطلوب للتأهيل التقني. وعليه فالعبرة في الاختيار يجب ألا تنصب على الجانب المالي فقط أي الأقل سعرا، بل لابد من مراعاة نوعية العمل محل طلب العروض وجودته¹، للحصول على أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية على النحو الوارد في المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الثاني: أشكال طلب العروض

لقد أبقى المرسوم الرئاسي 15-247 على كل أشكال ما كان يسمى سابقا بالمناقصة، لتصبح بالتالي أشكالاً لطلب العروض مع تغيير طفيف في التسميات، باستثناء المزايدة التي على خلاف باقي الأشكال تم إلغاؤها دون تغيير في التسمية أو تعويضها بإجراء بديل، ما جعلنا نتساءل عن سبب هذا الإلغاء ومدى فعاليته؟ وهل أصاب التنظيم الجديد أم أخطأ في القيام بهذا الإلغاء؟ هي أسئلة قد لا تتأتى الإجابة عنها إلا إذا عرفنا المزايدة، وهو ما سنقوم به فيما يلي:

إنّ **المزايدة**: هي الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري².

الملاحظ على هذا التعريف أنّ هناك تعارض بين المناقصة والمزايدة سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية، فمن **الناحية الموضوعية**: المناقصة تمنح فيها الصفقة للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض في حين أنّ المزايدة تمنح للذي يقدم أقل ثمن، إضافة إلى أنّ المناقصة تخص المواطنين و الأجانب أما المزايدة فتخص الوطنيين فقط.

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر 2007، ص 126

² - انظر المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236، السالف الذكر.

أما من الناحية الشكلية: فيظهر التعارض من حيث التسمية بين المناقصة وهي الصيغة العامة وشكل من أشكالها وهي المزايدة هذا من جهة، كما أنّ تسمية المزايدة مع منحها للمتعامل الذي يقدم أقل ثمن لا يستقيم¹.

إنّ كل هذه التناقضات قد تتيح جدلاً للمرسوم الرئاسي 10-236 إلغاء المزايدة من بين أشكال المناقصة، إلا أنّه لم يفعل على خلاف المرسوم الرئاسي 15-247 الذي ألغاه، رغم زوال بعض العوارض الشكلية التي تطرحها تسمية المناقصة بعد استبدالها بتسمية طلب العروض في هذا المرسوم، أما من الناحية الموضوعية فإنّ رسو المزايدة على أقل ثمن له ما يبرره، لأنّ المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة قد تكون في وضع المشتري، أما إذا كانت الإدارة في وضع البائع فهنا نكون أمام ما يعرف بالبيع في المزاد العلني، وهو عقد تحكمه أحكام القانون المدني في حين أنّ المزايدة عقد إداري، لهذا نرى أنّ إلغاء التنظيم الجديد للمزايدة قد يرجع إلى أنّ نتائج المزايدة يمكن تحقيقها عن طريق المناقصة، لأنّه من الناحية العملية هناك تفضيل للعرض المالي على حساب العرض التقني، على النحو السابق بيانه في المثال أعلاه. وعلى العموم سوف نحاول فيما يلي دراسة الأشكال المتبقية لطلب العروض، الذي قد يكون إما وطنياً أو دولياً ويتم حسب الأشكال التالية:

طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود (الاستشارة الانتقائية)، المسابقة.

أولاً- طلب العروض المفتوح

هو الإجراء الذي يمكن من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهداً². ولقد أبقى هذا التعريف على ما كان سائداً في تعريف المناقصة المفتوحة ولم يغير شيئاً عدا التسمية، وأبقى على العبارة مرشح مؤهل التي جاء بها المرسوم الرئاسي 10-236، وهو ما يعني أنّ الترشح إلى طلب العروض المفتوح وكما كان الشأن في المناقصة المفتوحة، يجب أن يستجيب للشروط و الكيفيات التي حددتها المصلحة المتعاقدة خلال الإعلان على الصفة، كاشتراط إرفاق ملف العرض بنسخة من السجل التجاري أو نسخة من جدول الضرائب³.

يضمن هذا الشكل من أشكال طلب العروض بسبب عدم محدوديته أكبر قدر من المشاركة، ويضمن بالتالي أوسع ما يمكن توفيره من درجات الاحترام للمبادئ العامة المتعلقة بالشفافية والمساواة وحرية التنافس.

¹ - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 181،182.

² - انظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2014، ص 133.

ثانياً - طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

هذه التسمية تم استحداثها بموجب المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 ، ويقصد بهذا الشكل من أشكال طلب العروض وفق هذا المرسوم ، بأنه إجراء لا يسمح فيه بتقديم التعهد إلا للمتشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة، التي تحددها المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى ما يقتضيه تنفيذ الصفقة و خصوصياتها (طبيعية، تعقيد، وأهمية المشروع)¹.

والملاحظة التي يمكن أن نسجلها على هذا التعريف لطلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا ، أنه يكاد ينطبق تماما على المناقصة المحدودة في المرسوم الرئاسي الملغى 10-236، غير أن التسمية الجديدة يظهر عليها بعض التناقض، فكيف يكون طلب العروض مفتوحا وفي نفس الوقت يشترط قدرات دنيا.

ولكن على العموم فإنّ هذا النوع من أشكال طلب العروض، وإن كان يضمن حصر المشاركة فيمن تتوفر فيهم درجات محددة من الكفاءة والتخصص أو التأهيل دون غيرهم، وبالتالي تقلل من عبء المقارنات التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في حالة طلب العروض المفتوح، إلا أنه من يتطلب من جهة أخرى معرفة دقيقة بالسوق وبمواصفات الخدمة المطلوبة، ذلك أنّ وضع شروط يعني التخصيص والتخصيص يتطلب معرفة دقيقة بالحاجة، من حيث طبيعتها وخصائصها ومدى توفر المنافسة بشأنها².

ثالثاً - طلب العروض المحدود (الاستشارة الانتقائية)

ويقصد بهذا الشكل ما كان يعرف سابقا بالاستشارة الانتقائية. وهو ما يفهم من نص المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي جاء فيها أنّ: "طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد" أي أنّ طلب العروض المحدود هو إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعويون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي.

وإن كان هذا التعريف لطلب العروض المحدود ينطبق على تعريف الاستشارة الانتقائية ، الذي كان في المرسوم الرئاسي الملغى 10-236 بل هو نفسه لولا تغيير التسمية وطريقة صياغة التعريف. إلا أنّ المرسوم الرئاسي الجديد قد غير جذريا في الإجراءات التي يتطلبها ما يعرف سابقا بالاستشارة الانتقائية، وجاء بإجراءات جديدة يتطلبها طلب العروض المحدود (الاستشارة الانتقائية بمفهوم المرسوم الرئاسي 10-236).

ومن هنا فإنّ الصفقة إذا أبرمت بطريقة الاستشارة الانتقائية، فإنه يجب القيام بالانتقاء الأولي الذي من خلاله تتولى الإدارة الاتصال بمجموعة العارضين ممن تختارهم ، وتقدر فيهم خبرتهم ومهاراتهم وإمكاناتهم وتطلب منهم تقديم عروضهم للمشاركة في استشارة انتقائية، ومن الأمور التي أضافها المرسوم الرئاسي 15-

¹ - انظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - خروشي النوي، المرجع السابق، ص 178.

247 في هذا الشأن أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد الانتقاء الأولي لخمسة (5) منهم، وقد كان يشترط المرسوم الرئاسي الملغى ثلاثة (3) على الأقل¹، وبالتالي فإن رفع العدد إلى خمسة يعدّ شيئاً إيجابياً ، ويجسد مبدأ حرية المنافسة باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقة العمومية².

وعليه بعد القيام بالانتقاء الأولي بهدف وضع بين يدي المصلحة المتعاقدة قائمة صالحة لمدة ثلاث سنوات، تضم متعاملين اقتصاديين تتوفر فيهم الشروط المؤهلة للمشاركة في استشارة انتقائية.

لهذا فإن الاستشارة الانتقائية تتم وفق ما استحدثت في المرسوم الرئاسي 15-247 بموجب المادة 45 منه، على مرحلتين:

أ- على مرحلة واحدة: عندما تتعلق الاستشارة الانتقائية بمواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس أو نجاعة يتعيّن بلوغها أو متطلبات وظيفية.

ب- على مرحلتين: عندما تتعلق الاستشارة الانتقائية ببرنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفة دراسات.

ففي هذه الحالة يطلب من المرشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي بموجب رسالة استشارة، إلى تقديم عرض تقني أولي دون عرض مالي وهذه المرحلة الأولى، بعدها يتم تقييم هذه العروض واستبعاد العروض غير المطابقة للبرنامج الوظيفي أو المواصفات التقنية المنصوص عليها في دفتر الشروط. وهو ما يسمح ببقاء العروض المطابقة فقط³.

بعدها وفي المرحلة الثانية يطلب من أصحاب العروض المطابقة، تقديم عروضهم التقنية النهائية إضافة إلى عروضهم المالية ، أين يتم فتحها وتقييمها بنفس الإجراءات المعروفة في فتح وتقييم طلب العروض.

رابعا-المسابقة

عرّفتها 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 أعدّه صاحب المشروع، قصد انجاز عملية تشمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة".

الملاحظة الأولية على هذا التعريف أنه لم يأتي بجديد فيما يتعلق بتعريف المسابقة عما كان سائداً في المرسوم الرئاسي الملغى، سوى أنه أكد على بعض الأمور التي جاء بها المرسوم الرئاسي الملغى 10-236،

¹ انظر المادة 31 و32 من المرسوم الرئاسي 10-236.

² انظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ انظر المادة 46 من المرسوم الرئاسي 15-247.

عن طريق ذكرها في فحوى التعريف كلجنة التحكيم ونظرا لأهمية هذه اللجنة في إجراء المسابقة، ولأنّ هذه الأخيرة قد جاء بها المرسوم الرئاسي 10-236 ولم تكن موجودة فيما سبقه من التنظيمات، فإننا نثمن البقاء عليه وذكره في متن التعريف الخاص بالمسابقة من طرف المرسوم الرئاسي 15-247.

وعلى العموم ما يؤخذ على هذا التعريف أنه استعمل مصطلح "رجال الفن"، ما يفهم منه أنّ الأشخاص الطبيعية دون سواهم هم المعنيون بالترشح للمسابقة¹، وهو ما يتعارض على سبيل المثال مع مقتضيات المادة 37 التي تنص على أنه: "يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤقت لمؤسسات...".

فما دامت المسابقة هي شكل من أشكال طلب العروض ، فلماذا تم استبعاد الأشخاص الاعتبارية من المشاركة في المسابقة ما دام هذا الأمر مسموحا به في طلب العروض، ولو سلمنا أنّ هناك استثناء يتعلق بالمسابقة في هذا الخصوص فكيف يمكن تبرير هذا الاستثناء، لهذا فإننا نشاطر الأستاذ الدكتور عمار بوضياف فيما ذهب إليه عندما فضل الصيغة التالية: "المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة....."².

المطلب الثاني: التراضي

لقد أبقى المرسوم الرئاسي 15-247 على ما كان سائدا في المرسوم الرئاسي الملغى فيما يتعلق بصيغة التراضي، إذ احتفظ بهذه التسمية كما أنّه لم يورد كبير تعديل فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة بهذه الصيغة. ويتشابه شكلا التراضي (البسيط والتراضي بعد الاستشارة) في كونهما من صيغ تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معروفين بذواتهم دون الدعوة الشكلية للمنافسة³. وقد عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 التراضي بأنّه: "إجراء تخصيص الصفة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة.

يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة..."، إنّ المادة أعلاه قد بيّنت لنا حقيقة معنى إجراء التراضي، كما حددت لنا صوره وهما التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة، وقد اكتفى التنظيم في هذه المسألة بحصر الحالات التي يلجأ فيها للتراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة. وهو ما سنتطرق فيما يلي:

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 96.

² - المرجع نفسه، ص 96.

³ - خريشي النوي، المرجع السابق، ص 165.

الفرع الأول: التراضي البسيط

إنّ المصلحة المتعاقدة بإتباعها لهذا الإجراء في إبرام الصفقة العمومية ، تجد نفسها في حرية تامة في التعاقد مع شخص محدد بذاته، دون الإجراءات و الشكليات التي يتطلبها طلب العروض، وهو يجعل هذه الصيغة تنقصر إلى المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الصفقة العمومية، الأمر الذي قد يتسبب في عدم الوصول حقيقة إلى أفضل العروض المتوفرة في السوق.

لهذا ونظرا لخطورة إجراء التراضي البسيط فقد حصره التنظيم في حالات ضيقة ، ولا تحدث إلا نادرا والتي يمكن إيجازها في: حالات الاحتكار وحالات الاستعجال وحالة الأولوية الوطنية.

وقد وردت في المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 وهي:

أولا: حالة الاستعجال

وفق ما ورد في المادة 49 في الفقرتين 2 و 3 منها، يمكن التمييز بين حالتين:

أ- **حالة الاستعجال الملح:** إنّ الاستعجال الملح يكون معلا بخطر بوجود خطر داهم 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 بوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.

ب- **حالة التموين المستعجل:** وهو مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أنّ الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، وتجد هذه الحالة من الاستعجال تطبيقا بارزا لها في ظل الكوارث الطبيعية مثلا، أين يفرض على الدولة السرعة من أجل تغطية حاجات المنكوبين، مما يجعلها مضطرة إلى اللجوء لممّون واحد أو مجموعة ممّونين من أجل تزويدها بالمواد و المنتجات على نحو يؤمّن لها أداء مهامها و التكفل بأعباء الخدمة العامة.

ثانيا: حالة الاحتكار

وهي حالة أخرى نصت عليها المادة 49 كذلك، حيث يمكن من خلالها اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط، وتظهر هذه الحالة عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة إلا من طرف متعامل وحيد يتحكم بصفة احتكارية في الخدمة، أو بصورة حصرية في الأسلوب التكنولوجي المختار من طرف المصلحة المتعاقدة أو لاعتبارات فنية أو ثقافية ، وتوضح الخدمات المعنية باعتبارات الثقافية أو الفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

ومن حالات التحكم بصفة احتكارية في الخدمة، نجد حالة الاحتكار القانوني التي أوردها المادة 49 الفقرة 6، وتتمثل في قيام منح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة حق حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية ،

فتجد المصلحة المتعاقد نفسها مضطرة لاقتناء حاجاتها من هذه الخدمة لدى هذه المؤسسة، علما أنّ التنظيم خصّ المؤسسات العمومية وحدها، وبين أنّ قائمة هذه المؤسسات تحدد بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني.

ونجد ضمن هذه الحالات الاحتكار الواقعي، وهو ما لا يتم بنص قانوني إنّما يفرضه واقع السوق، حيث لا تتوفر هذه الخدمة أو الأسلوب المختار من قبل المصلحة المتعاقدة إلا لدى متعامل وحيد.

ثالثا: حالة مشروع ذو أولوية وأهمية وطنية

هذه الحالة تسمح باللجوء إلى صيغة التراضي البسيط بعد أخذ الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يفوق أو يساوي 10 ملايين دج، ولموافقة مجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن هذا المبلغ¹، ولاشك أنّ سبب إحاطة هذا المشروع بهذا الإجراء الرقابي، يرجع أساسا إلى الأثر الذي يترتب على هذا المشروع والذي يعود على كامل إقليم الدولة، إضافة أعبائه المالية التي تكون بالتأكيد ضخمة جدا، وهو ما من شأنه أن يضفي شرعية أكبر على الصفقة العمومية ويبعدها عن شبهة الفساد المالي، ولكن لا يكفي أن يكون المشروع ذو أولوية و أهمية وطنية حتى يتم اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط، بل يجب أن يكتسي طابعا استعجاليا، وأنّ ظروف هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات ومماثلة من طرفها.

رابعا: حالة عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج

إنّ الحكمة من إدراج هذه الحالة هو تمكين الإدارة المعنية من إبرام الصفقة في زمن قصير ودون الدعوة الشكلية للمنافسة، من أجل تحقيق هدف أساسي ووحيد هو ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، فإذا لم تتعلق الصفقة بهذا الأمر فهنا يجب الرجوع إلى القاعدة العامة أي إلى صيغة طلب العروض، وقد اشترط المرسوم الرئاسي 15-247 في هذه الحالة أيضا الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يفوق أو يساوي 10 ملايين دج وإلى موافقة مجلس الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة أقل من ذلك²، مما جعلها تتشابه مع حالة المشروع ذو الأولوية والأهمية الوطنية، فكلاهما يخضع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء أو مجلس الحكومة حسب القيمة المالية للصفقة، فضلا عن صعوبة التمييز بينهما لأنّ ترقية الأداة الوطنية للإنتاج تعتبر من صميم المشاريع ذات الأولوية و الأهمية الوطنية.

¹ - انظر المادة 49 فقرة 4 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - انظر المادة 49 فقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الثاني: التراضي بعد الاستشارة

يعتبر التراضي بعد الاستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف عن صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة، التي تتعدم نهائيا في التراضي البسيط. ففي حين يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، فإنّ التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص¹.

يمكن اللجوء إلى صيغة التراضي بعد الاستشارة في الحالات التي حددها التنظيم في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247، وهي: حالة عدم الجدوى طلب العروض للمرة الثانية، وحالة بعض الصفقات ذات الطبيعة الخاصة، وحالة صفقات الإشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة، و الحالة المتعلقة بالعمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي. وهو ما سنبيّنه فيما يلي:

أولا: حالة عدم الجدوى للمرة الثانية

لقد اعتبر المرسوم الرئاسي 15-247 عدم استلام أي عرض، أو عندما لا يتم الاعلان بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات، فإذا تمت نفس النتائج بعد إعادة طلب العروض من جديد، نكون عندئذ أمام حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية²، وتبعاً لاستحداث هذا الحكم، فلا يسمح للجوء لصيغة التراضي بعد الاستشارة عند الاعلان عن عدم جدوى المناقصة، إلا بعد إعادة الإجراء للمرة الثانية.

ثانيا: حالة بعض أنواع الصفقات ذات الطبيعة الخاصة أو التابعة لهيئة سيادية

أ- في حالة صفقات الدراسات واللوامز والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.
ب- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة.
ج- في حالة صفقات الدراسات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت بطبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب العروض الجديد.

الملاحظة التي يمكن أن نسجلها على هذه الحالات في مجموعها أنها تتميز بالغموض، ففي حالة صفقات الدراسات و اللوامز والخدمات الخاصة التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء الى طلب عروض، يتبادر إلينا

¹ - خرشي النوي، المرجع السابق، ص 170.

² - تعتبر حالة عدم الجدوى من الأمور التي أحدث عليها المرسوم الرئاسي 15-247 تعديلا جذريا، إذ كانت هذه الحالة في المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى تنطبق باستلام عرض واحد فقط، أو بتأهيل عرض تقني واحد فقط في حين أصبح لدينا بموجب المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247 ما يسمى بحالة عدم الجدوى للمرة الثانية، انظر الصفحة 8 من هذا المقال.

تساؤل حول ماهية الطبيعة الخاصة التي لا تستلزم اللجوء إلى طلب العروض؟ وعلى أي أساس تقاس خصوصية الدراسات و اللوازم و الخدمات¹.

كما أنه في حالة المؤسسات العمومية السيادية في الدولة، يطرح تساؤل حول المقصود بهذا النوع من المؤسسات فهي غير محددة في الجزائر²، ودليل ذلك أن الفقرة 4 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 نصت على أن قائمة الصفقات التي تدخل في إطار الحالتين "أ"، "ب" أعلاه تحدد بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.

وفي هذا الإطار يمكن ألا يعكس المقرر أو القرار الوزاري أيا كان، خصوصا في حالة صفقات الدراسات و اللوازم والخدمات الخاصة، من خلال القائمة الخدمات واللوازم التي وضعها، الخصوصية اللازمة التي تعفي المصلحة المتعاقدة من اللجوء لصيغة طلب العروض، فعلى سبيل المثال: هناك قرار وزاري مشترك بين وزير السياحة و الوزير المكلف بالمالية المحدد لقائمة الخدمات و اللوازم موضوع الصفقات بالتراضي، بعد الاستشارة لتنظيم التظاهرات و المهرجانات السياحية³، وبالرجوع لهذه القائمة وجدنا أن هناك بعض الخدمات "كجهو الاستقبال" مثلا لا يتوفر على الخصوصية التي تبرر عدم اللجوء إلى طلب عروض سواء كان مفتوحا أو مع اشتراط قدرات دنيا.

ثالثا: حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي

تخص هذه العمليات المشاريع المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي ، أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات ،عندما تنص اتفاقات التمويل هذه على ذلك،وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني بالحالات الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى، و يتم تحديد كيفية القيام بالصفقة التي تتعلق بمثل هذه العمليات عند الحاجة ، عن طريق التنظيم بموجب قرار صادر من وزير المالية⁴.

¹ - بن محمد محمد، حليمي منال ، " صفقات التراضي في الجزائر أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة "، دفاتر السياسة و القانون، العدد الثالث عشر، جوان 2015، ص 185،186.

² - المرجع نفسه، ص 186.

³ - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 جانفي 2007، يحدد قائمة الخدمات واللوازم موضوع الصفقات بالتراضي بعد الاستشارة لتنظيم التظاهرات والمهرجانات السياحية.

⁴ - انظر المادة 51 الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247

خاتمة

وفي الأخير ومن خلال دراستنا لموضوع إبرام الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247 ، يمكن القول أنّ هذا الأخير قد جاء بتعديلات في هذا المجال، تتجلى في تغيير مصطلح المناقصة بمصطلح طلب العروض، الأمر الذي نثّمته نظرا لتماشي وتناسب هذا المصطلح مع الصفقة العمومية أفضل من المناقصة، كما أنّ إعادة صياغة بعض التعريفات كتعريف طلب العروض و المسابقة، بشكل يساهم أكثر في تكريس المبادئ الأساسية للصفقة العمومية، فضلا عن تغيير إجراءات إبرام الاستشارة الانتقائية، وكذا حالة عدم الجدوى للمرة الثانية تعتبر من الأمور الإيجابية التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247، أما فيما يخص أسلوب التراضي كإجراء استثنائي، فإنّ التنظيم الجديد لم ينظمه بشكل أفضل عما كان عليه في المرسوم الرئاسي 10-236، أين لاحظنا أنّه لم يكن هناك كبير تعديل فيما يتعلق بأسلوب التراضي خلافا لأسلوب طلب العروض، خصوصا أنّه لم يرفع الغموض الذي كان ولا يزال يعتري حالات اللجوء إلى صيغة التراضي، وهو ما قد يفتح المجال لممارسات غير مشروعة و تلاعبات بالمال العام، في ظل تحرير المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية التي تطلبها صيغة طلب العروض، وعليه يجب على المشرع مواصلة سد مثل هذه الثغرات ، خصوصا فيما يتعلق بضبط صيغة التراضي بشكل أفضل مما هي عليه، بوضع معايير لحالاتها وتوضيح إجراءاتها، كما يجب من جهة أخرى على كل المعنيين بمجال الصفقات العمومية من المتعاملين الاقتصاديين والمصالح المتعاقدة والهيئات الرقابية عليها، إدراك أنّ الصفقة العمومية في طلب العروض تمنح للمتعاقد الذي يقدم أفضل عرض من ناحية المزايا الاقتصادية، أي أفضل عرض من الناحية المالية والتقنية بالموازنة بين السعر والجودة، وليس كما هو شائع في الممارسة العملية تفضيل الناحية المالية فقط بغض النظر عن الجودة، فهذا الأمر مفاسده كبيرة على المال العام، ناهيك أنّ النص القانوني واضح في عبارة أحسن عرض من الناحية الاقتصادية، وهي عبارة لا تعني أبدا أحسن عرض من الناحية المالية.