

Consent as an exceptional measure to conclude a public deal in Algerian legislation

Laksaci Sid Ahmed

Phd in law, University of Adrar, Algeria.

ARTICLE INFO

Article history:

Received: 22/02/2019

Accepted: 06/03/2019

Online: 30/08/2019

Keywords:

Consensual

Urgency

Negotiation

JEL Code:

ABSTRACT

Consent is an exceptional measure to certify public transaction, where the deal is allocated and granted to a single contracting customer without resorting to the formality of competition; therefore, it is considered a different exception from RFP which is general rule in the certification of public transaction, and this is what we find in previous regulation concerning public transaction. Consent has been defined as the direct agreement as the procedure of allocating a deal to one contractor trader without competitive suit to complete. It is also a system that allows the administration to agree directly with the contractor without resorting to the method of bidding, it can be simple and consensual form after consultation.

التراضي كإجراء إستثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

لكصاسي سيد أحمد

دكتوراه علوم في القانون، جامعة أدرار، الجزائر.

معلومات المقال

تاريخ الاستقبال: 2019/02/22

تاريخ القبول: 2019/03/06

تاريخ النشر: 2019/08/30

الكلمات المفتاحية

الكلمة التراضي

الكلمة الإستعجال

الكلمة التفاوض

JEL Code:

المخلص

يعتبر التراضي الإجراء الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية، حيث يتم تخصيص ومنح الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون اللجوء إلى شكلية المنافسة، وبالتالي فهو يعتبر استثناء يختلف عن طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، وهذا ما نجده في التنظيمات السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية. وقد عرف التراضي أو ما يسمى الاتفاق المباشر على أنه إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، وهو كذلك النظام الذي يسمح للإدارة بأن تتفق مباشرة مع المتعاقد معها دون اللجوء إلى طريقة ووسيلة المناقصات ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط وشكل التراضي بعد الاستشارة.

مقدمة

تعد الصفقات العمومية الأداة الاستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة العامة لإنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز وتسيير وتجهيز المرافق العامة¹، إذ أن الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العمومية من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية، ومنه فنظام الصفقات يُعد الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العمومية.

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 وسيتم التطرق من خلال هذا المقال إلى مفهوم التراضي وأنواعه، وكذا الحديث عن الحالات التي تستوجب اللجوء فيها إلى التراضي، والتغيرات والمستجدات المرتبطة بإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي.

1- مفهوم التراضي وأنواعه.

سنقوم في هذا المطلب بدراسة مفهوم التراضي (1-1) و أنواع التراضي (2-1) كمايلي:

1-1 مفهوم التراضي

يُعرف التراضي أو ما يسمى الاتفاق المباشر بأنه ذلك النظام الذي يسمح للإدارة بأن تتفق مباشرة مع المتعاقد معها دون الالتجاء إلى طريقة ووسيلة المناقصات².

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 العقد³.

وقد نص المشرع الفرنسي على الاتفاق المباشر في المادة 35 من قانون الصفقات العمومية لسنة 2006 ونص قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجزائري الجديد 15-247 وعرف أن التراضي هو: إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة وهو يختلف عن بعض التعريفات التي أوردتها بعض القوانين السابقة المتعلقة بالصفقات العمومية ونتطرق للتعريفات التراضي حسب تسلسل القوانين في مايلي:

¹ مونية جليل، الآليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في إطار التشريع الجزائري، ملتقى وطني، جامعة بومرداس، المداخلة السابعة ص 01.

² عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 209.

³ فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 43.

- تعريف التراضي في ظل الأمر 90/67.¹

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.

- تعريف التراضي في ظل المرسوم 145/82.²

أما في المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية فقد نصت المادة 26 منه على ما يلي: "يبرم المتعاقد العمومي صفقاته تبعاً للإجراء الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوة للمنافسة"، حيث أن المشرع الجزائري في هذه المادة بدأ بذكر إجراء التراضي على خلاف الأمر رقم 67-90، وقد يستخلص من هذا على سبيل الافتراض أنه قد أعاد الاعتبار لإجراء التراضي نظراً لكثرة وتنوع الحاجات التي يجب على الإدارة تحقيقها في مقابل العدد الضعيف من المؤسسات التي تتقدم بعروضها لعقد الصفقة، الأمر الذي يعيق إجراء منافسة حقيقية بين المتقدمين³، وعرفته المادة 27 بأنه: "إجراء يخصص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ولا يستبعد فيها الاستشارة".

ومن خلال هذا التعريف يلاحظ أنه تم التنازل نوعاً ما عن الحرية التي كانت ممنوحة للإدارة في ظل الأمر 90/67، إن تم التخلي عن مصطلح بخرية، وكذا عبارة لمن تختاره منهم كما تم إدراج مصطلح الاستشارة في هذا التعريف ولو كانت صفقة ستبرم وفق إجراء التراضي⁴. ويرى البعض أن هذه المادة حملت تناقضاً صارخاً يكمن في إقصاء المنافسة من إجراء التراضي وفي نفس الوقت عدم استبعاد الاستشارة عن هذا الأجراء⁵. 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 خاص⁶. 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 حيزاً مهماً في إبرام الصفقات العمومية في تلك الفترة. وما يؤكد ذلك نص المادة 26 من المرسوم 145/82 التي نصت على أنه: يبرم المتعاقد صفقاته تبعاً للإجراء الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالدعوة إلى المنافسة.

¹ الأمر 67-90 المؤرخ في 17/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

² المرسوم الرئاسي 82-145، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المرجع السابق.

³ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة 2008، ص 76.

⁴ خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، دار الخلدونية، بدون سنة نشر، ص 13.

⁵ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة 2008، ص 57.

⁶ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص 115.

فهنا نلاحظ أنه تم إعطاء الأولوية لطريقة التراضي، إذ ورد التراضي في نص المادة 26 كإجراء لإبرام الصفقات العمومية أولاً خلافاً 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 غالباً إجراء المنافسة الحقيقية¹.

- تعريف التراضي في ظل المرسوم 434/91².

المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 فقد نص على أسلوب التراضي في المادة 22 منه وعرفه في المادة 23 كما يلي: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل واحد دون الدعوة الشكلية لمنافسة".

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة الاستشارة المسبقة المرتبطة بإجراء التراضي قد شكلت صعوبات عديدة للمتعامل العمومي، فقد تتعرض الإدارة العمومية للمساءلة من طرف أجهزة الرقابة الخارجية وتبرير اختياراتها على أساس هذه الاستشارة، وهذا بالرغم من عدم إلزاميتها في نص المادة 27 من المرسوم 82-145.

وما ينبغي الإشارة إليه أنه بعد تعديل المرسوم 434/91 بموجب المرسوم 54/96 أصبح التراضي يحتل المرتبة الثانية كطريقة لإبرام الصفقات العمومية وذلك من خلال نص المادة 22 التي جاء فيها: تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو إجراء التراضي.

رابعاً: تعريف التراضي في ظل المرسوم 250/02³.

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

وبالفعل، فإن هذه المرحلة شهدت ارتفاعاً ملحوظاً للصفقات العمومية المبرمة وفقاً لإجراء المناقصة مقارنة بإبرامها وفقاً لإجراء التراضي⁴.

¹ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 75.

² المرسوم التنفيذي 434-91 المؤرخ في 09-نوفمبر-1991، ج ر العدد 57 المؤرخة في 13-نوفمبر-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

³ المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المؤرخ في 24-جويلية-2002، ج ر العدد 52 المؤرخة في 28-جويلية-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

⁴ خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

فبخصوص إبرام الصفقات عن طريق المناقصة تجد أن نسبتها بلغت¹.

- 46% من مجموع الصفقات المبرمة على المستوى المركزي.

- 60% على المستوى الولائي.

- 64% على المستوى البلدي.

في حين احتل التراضي المرتبة الثانية بـ:

- 11% على المستوى المركزي.

- 10% على المستوى الولائي.

- 19% على المستوى البلدي.

- تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 10-236.

عرفت المادة 27 منه التراضي بأنه:

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، وهو نفس التعريف الذي أورده المرسوم الرئاسي السابق 02-250 مع إدخال بعض التعديلات على تعريف التراضي منها: -تم حذف عبارة دون شكليات أخرى.

- تعريف التراضي في ظل المرسوم الرئاسي 15-247.

عرّفه فانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد وفقاً لنفس التعريف المذكور أعلاه من خلال نص

مادته 41 "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

والتي تنص " على أن لا تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط إلا في الحالات الآتية فقط:

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية 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.

- في حالة الاستعجال الملح المعطى بوجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو

بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار 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

للماطلة من طرفها، وفي حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، ترى أن الظروف التي

استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.

¹ Rapport analytique sur la passation des marchés en ALGERIE, document de la banque mondiale JUIN 2003.

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة 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، 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، 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 والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

1-2 أنواع التراضي.

ينقسم التراضي إلى نوعين: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة.

- التراضي البسيط :

يتم التراضي البسيط وفق نسق تنظيمي دقيق¹، كما يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط بعينه دون غيره، ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة الإجراءات وبالتالي سرعة تلبية الحاجات وربح الوقت، وتستدعي هذه الصيغة رقابة أكبر وأخلاقيات أعمق²، 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.

- التراضي بعد الاستشارة :

من خلال مصطلح الاستشارة، يتضح أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباع إجراءات سابقة على تعاقدتها في إبرام الصفقات العمومية، وتحتل هذه الإجراءات مكاناً وسطاً بين طلب العروض والتراضي البسيط، فالمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لا هي مقيدة وملزمة مثل ما هو عليه الحال في إجراء طلب العروض، ولا هي تتمتع بذلك القدر من الحرية النسبية عند إبرام صفقات عن طريق التراضي البسيط.

2- الحالات التي تستوجب اللجوء إلى التراضي.

بين قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري الجديد حالات اللجوء إلى التراضي كطريقة لإبرام الصفقات العمومية وهي، حالات اللجوء إلى التراضي البسيط، حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

¹ الصفقات العمومية، مدخل عام وتعريف، المديرية العامة للميزانية D.J.B، دورة تكوينية، الجزائر، 2012، ص 12.

² خرشي النوي، تفسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، 2011، ص 165.

2-1- حالات اللجوء إلى التراضي البسيط.

حدّدت 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 اللجوء إلى التراضي البسيط استخدمت كلمة فقط أي إن هذه الحالات محددة تحديداً دقيقاً وذلك لغياب المنافسة في مثل هذا الإجراء. واستناداً إلى نص المادة 49 دائماً، فإن حالات اللجوء إلى التراضي البسيط هي 06 حالات فقط بينما كانت في ظل المرسوم الرئاسي السابق 10/236 تتمثل في 08 حالات.

حالة الاحتكار: حماية حصريّة، اعتبارات تقنية، اعتبارات ثقافية أو فنية.

يعرف الاحتكار بأنه داخل سوق معينة يوجد عون اقتصادي واحد يقدم خدمة أو يعرض سلعة يواجه بها عدداً من المستعملين أو المستهلكين، فهي عبارة ترتبط بوضعية السوق وليس بصاحب المركز الذي يطلق عليه تسمية محتكر¹، وللاحتكار عدة أنواع أولها، الاحتكار القانوني، وهو الذي يكون مصدره إما التشريع أو التنظيم، إذ أن التشريع يقرّر في أحكامه أن شخصاً عمومياً محدداً يتولى القيام بنشاط معيّن ويستأثر به وحده ولا ينازعه فيه أي شخص آخر، سواء كان عمومياً أم خاصاً، ومن أمثلته الشركة الوطنية للتبغ والكبريت والشركة الوطنية للكهرباء والغاز²، ويكون ذلك لعدة اعتبارات، وللاحتكار القانوني عدة اعتبارات وهي، الاعتبار الجبائية للاحتكار القانوني كما هي الحال لاحتكار التبغ والكبريت من طرف الشركة الوطنية للتبغ والكبريت، والاعتبارات الأمنية للاحتكار القانوني، كما هي الحال لاحتكار المؤسسة العسكرية للمواد المتفجرة³، الاعتبار الخدماتية للاحتكار القانوني، كما هو الحال لاحتكار الغاز والكهرباء من طرف الشركة الوطنية للكهرباء والغاز⁴.

والاحتكار الواقعي، يختلف الاحتكار الواقعي عن الاحتكار القانوني في كون هذا الأخير لا يتم بنص قانوني وإنما يفرضه واقع السوق، بحيث لا تتوفر هذه الخدمة أو الأسلوب المختار من قبل المصلحة المتعاقدة إلا لدى متعامل واحد⁵. وقد يرتبط ذلك بأشخاص معيّنين ينفردون بمؤهلات وتقنيات معينة تفرض على الإدارة اللجوء والتعامل معهم لاعتبارات تقنية تعدها المصلحة الإدارية مسبقاً.

وقد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام الصفقات العمومية وذلك بهدف تقديم خدمات تدخل ضمن الخدمات الثقافية والفنية، ولعلّ هذه الحالة تنطبق على إحياء التظاهرات الثقافية التي تحييها مختلف المؤسسات، وذلك في العديد من المناسبات، وبالتالي فإن الأمر هنا يتطلب إبرام صفقات عمومية عن طريق التراضي البسيط، وذلك مع بعض الفرق الفنية مثلاً.

مع الإشارة إلى أن الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية توضح بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية، وذلك وفق نص المادة 49 المذكورة سابقاً.

¹ بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ظل التشريعين الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 64.

² بن وطاس إيمان، نفس المرجع، ص 65.

³ بن وطاس إيمان، نفس المرجع، ص 66.

⁴ خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 20.

⁵ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 168.

2-2- حالة الاستعجال.

حالة الاستعجال هي تلك الحالة التي تَبَرَّر الخروج عن القواعد العامة الواجب إتباعها في الأحوال العادية¹، أو هي حالة استثنائية تُعفيها من تطبيق الشروط والإجراءات ولا يلجأ إليها إلا في حالة الضرورة²، ومعيّار الاستعجال هو معيار موضوعي تقدّره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء³.

ويشترط في حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة 49 من المرسوم 15-247 السالف الذكر عدم إمكانية توقع المصلحة المتعاقدة الظروف المسبّبة لحالات الاستعجال وألا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.

2-3- حالة التمويل المستعجل.

وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي البسيط وذلك لضمان توفير الحاجيات الأساسية، وقد يدخل ضمن هذه الحاجات على سبيل المثال الأغذية والأدوية والوقود⁴.

كما يشترط في هذه الحالة ما يلي:

- أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقّعة من طرف المصلحة المتعاقدة.
- ألا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها.

2-4- حالة مشروع ذي أهمية وأولوية وطنية يكتسي طابعاً استعجالياً.

كأن يتعلّق الأمر بمشروع بناء السكنات، لاسيما مع البرامج الأخيرة المسطّرة من قبل الدولة في مجال السكن، إذ تعكف الدولة على إنجاز عدد معتبر من السكنات وذلك بغية التخفيف من حدة أزمة السكن في الجزائر التي أصبحت في العديد من الأحيان الشغل الشاغل للمواطنين الجزائريين.

2-5- حالة تعلق الأمر بترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج.

في هذه الحالة تبرم الصفقات العمومية وفق إجراء التراضي البسيط وذلك من أجل دعم المنتج المحلي من جهة، وكذا إنقاذ بعض المؤسسات خاصة التي تعاني عجزاً مالياً في بعض الأحيان من جهة أخرى⁵.
لأنّ في حالة ما إذا تمّ إبرامها وفق إجراء طلب العروض فالأكيد أن هذه المؤسسات لا تستطيع المنافسة مقارنة بالمؤسسات الأخرى للعديد من الأسباب.

¹ هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 517.

² خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 21.

³ حكم المحكمة الإدارية العليا للطعن رقم 813 09 جلسة - السنة 1989 المجموعة 35، نقلاً عن عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 517.

⁴ خرشي النوي، تفسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية مرجع سابق، المرجع السابق، ص 167.

⁵ خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

2-6- حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسات كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري:

وتشبه هذه الحالة نوعاً ما حالة الاحتكار القانوني إذ إن كلاهما تتأثر من خلاله المؤسسة التي يتم منحها حق ممارسة هذا النشاط إذ لا يتم تلبية هذه الخدمات إلا من طرفها.

ومن بين الأمثلة على ذلك منح معهد باستور الجزائري والصيدلية المركزية للمستشفيات حقاً حصرياً لتموين المؤسسات الاستشفائية بالمنتجات الصيدلانية مثل اللقاحات والأموال¹.

3- حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة.

حددت المادة 51 من المرسوم 15-247 حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة وهي:

أ- 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 مبالغاً فيه بالنسبة

إلى مرجع أسعار، الذي كان يسمّى 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 الاستشارة.

ب- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات التي لا تستلزم بطبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، ونجد أن

هذه الفقرة حددت العمليات المدرجة ضمن إجراء التراضي بعد الاستشارة فذكرت جميع العمليات ما عدا عملية إنجاز

الأشغال، وعليه لا يمكن إبرام صفقة أشغال عن طريق التراضي البسيط مباشرة بحجة أنها لا تستلزم اللجوء إلى طلب

العروض.

ج- 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، 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 الوطنية.

د- حالة صفقات الأشغال التي كانت محلّ فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة،

لطالما شكّلت الصفقات محلّ الفسخ إشكالية معقّدة لمسيّري الصفقات العمومية من حيث إعادة الإجراءات الخاصة

بطلب العروض لاستكمال ما لم يتم تنفيذه من قبل المتعامل المتعاقد الذي فسخت معه الإدارة المتعاقدة الصفقة،

فجاءت هذه الحالة لتحلّ الإشكال، بعد أن سمحت للإدارة بإبرام صفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة، مع العلم أنّه

¹ تعليمة رقم 1115 الصادرة بتاريخ 12-07-2011 عن الأمين العام لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات الجزائرية.

في ظل القانون السابق المنظم للصفقات العمومية 236/10 المادة 44 المعدلة بموجب المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 2012/1/18 المتضمن تعديل المرسوم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية كانت صفقة الأشغال هي المستثناة وحدها من إبرام صفقة عن طريق التراضي بعد الاستشارة بسبب فسخ الصفقة بمعنى أنه في ظل القانون السابق 236/10 المنظم للصفقات العمومية كان بإمكان المصلحة المتعاقدة إبرام صفقة عمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة إذا تعلق الأمر بصفقة اللوازم أو صفقة خدمات أو دراسات إذا كانت محل فسخ¹، ولا يمكنها إبرام صفقة أشغال بحجة أنها كانت محل فسخ، لكن في ظل قانون الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام الجزائري الجديد يمكن إبرام صفقة عمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة إذا كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة، لكن هذا يتعلق فقط بصفقة الأشغال، وبمفهوم المخالفة فإنه إذا تعلق الأمر بصفقة لوازم أو صفقة خدمات أو صفقة دراسات فإنه لا يمكن إبرام هذه الصفقات عن طريق التراضي بعد الاستشارة تحت ذريعة أنها كانت محل فسخ وطبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

هـ- حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقية ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، قد تشبه هذه الحالة ما يسمّى في القانون الإداري الوضعي القرض العام.

4- التغييرات والمستجدات المرتبطة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي. تعددت التغييرات الجديدة المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي، سواء تعلق الأمر بالتغييرات والمستجدات المرتبطة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط أو التغييرات والمستجدات المرتبطة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة.

4-1- التغييرات والمستجدات المرتبطة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي البسيط.

وفقاً لنص المادة 12 من القانون 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية فإنه في حالة الاستعجال الملح يمكن لمسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يرخص بموجب مقرر معلّل بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة.

ولكن الجديد بهذا الخصوص هو اقتصار هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط. وكذا إرسال نسخة من المقرر إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام. مع الإشارة إلى أن سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام استحدثت مؤخراً بموجب القانون الجزائري الجديد المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام. كما أدرجت في قانون الصفقات العمومية مادة جديدة بخصوص إجراء إبرام صفقات عمومية عن طريق التراضي البسيط تتمثل في المادة 50 التي نصت على أنه:

يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التراضي البسيط، أن: ✓ تحدّد حاجاتها، في ظل احترام أحكام المادة 27 من هذا المرسوم، إلا في الحالات الاستثنائية المبصرة.

¹ خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 25.

- ✓ تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي، كما هي محدّدة في المادة 54 من هذا المرسوم.
- ✓ تختار متعاملاً اقتصادياً يقدّم عرضاً له مزايا من الناحية الاقتصادية، كما هي محدّدة في المادة 72 من المرسوم.
- ✓ تنظيم مفوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 من المرسوم 15-247.
- ✓ تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

4-2- التغييرات والمستجدات المرتبطة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة.

فرّق القانون الجديد من خلال مادته 52 فيما يخص إجراءات إبرام صفقات عمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة بين الحالة الأولى المتمثلة في عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية والحالات الأخرى مقارنة بما كان عليه الوضع من قبل من حيث:

- ✓ لم يحدد العدد الأدنى للمؤسسات التي ينبغي استشارتها من قبل حيث كانت في ظل القانون السابق محدّدة 03 مؤسسات على الأقل.

✓ أعفى المصلحة المتعاقدة من إخضاع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة إذ تعلق الأمر بالحالة الأولى دائماً، وأوجب ذلك في حالة ما إذا تعلق الأمر بالحالات الأربع.

والنتيجة التي تبين لنا أن عملية إبرام الصفقات العمومية تمر بأسلوبين إلزاميين وهما أسلوب طلب العروض، وأسلوب التراضي مروراً بإعلان الصفقة واستقبال العروض وصولاً إلى فتح العروض وتقييمها وانتهاء باختيار المتعامل الفائز بالصفقة وإبرامها إما مع المتعامل الذي قدم أقل العروض من الناحية المالية أو مع المتعهد الذي قدم أحسن العروض التقنية والمالية، ورغم مرور الصفقات العمومية بهذه المراحل والإجراءات المعقدة إلا أنه قد تخللها بعض العيوب سواء من حيث الأسلوب المتبع في إبرامها أو من حيث عدم احترام بعض الإجراءات الإلزامية.

الخاتمة

بعد دراسة موضوع التراضي كإجراء لإبرام الصفقات العمومية تبين لنا أن هذا النوع من الإبرام يتميز بحساسية كبيرة نظراً لأن الإدارة مجبرة أن تلجأ إليه بعد فشل أسلوب طلب العروض الذي يعتبر الأصل في إبرام الصفقات العمومية طبقاً للمرسوم 15_247 من أجل إنجاز الأشغال والعمليات المعقدة بطريقة تضمن الجودة والتقنية العالية في التنفيذ، وكذلك من حيث أن مجال الصفقات العمومية حافل بالكثير من المخاطر والمشاكل المؤثرة سلباً على ميزانية الدولة نظراً للتلاعبات المالية التي يمكن أن تتخلل عملية إبرام الصفقات العمومية.

فعقد الصفقة العمومية شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، فهو لا يعدو أن يكون توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، فالعقود أيّاً كان نوعها تتفق في جوهرها وأركانها، إلا أن هذا لا يعني التطابق التام بينها، فإن كان المشرع في القوانين المدنية المعاصرة قد أقر مبدأ سلطان الإرادة في عملية إبرام عقود القانون الخاص ضمن مبدأ الحرية المطلقة للأفراد للتعاقد دون التقيد بإجراء شكلي معين إلا ما استثنى بنص صريح، إلا أنه لم يقر بمثل هذه الحرية للإدارة، بل رسم لها طرقاً معينة يجب عليها أن تسلكها أثناء تعاقداتها، وتعد قيداً على حريتها في مجال إبرام الصفقات العمومية، وعليه فإن الرضائية (التراضي) في نطاق الصفقة العمومية لا يمكن أن تمارس إلا ضمن نطاق مُعد

مسبقاً من قبل المشرع حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام سواء من ناحية إبرام العقد ذاته أو من ناحية أساليب اختيار المتعاقد معه أو تنفيذ عقد الصفقة أو نهايتها.

والملاحظ أنه في المرسوم الرئاسي 15_247 تم التفريق من خلال مادته 52 فيما يخص إجراءات إبرام صفقات عمومية عن طريق التراضي بعد الاستشارة، بين الحالة الأولى المتمثلة في عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية والحالات الأخرى مقارنة بما كان عليه الوضع من قبل حيث لم يحدد العدد الأدنى للمؤسسات التي ينبغي استشارتها من قبل حيث كانت في ظل القانون السابق محدّدة بثلاث مؤسسات على الأقل وأعفى المصلحة المتعاقدة من إخضاع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة إذ تعلق الأمر بالحالة الأولى دائماً، وأوجب ذلك في حالة ما إذا تعلق الأمر بالحالات الأربع الأخرى، فضلاً عن وجوب تبرير المصلحة المتعاقدة لكيفية الإبرام المختارة من قبلها، فإنه يقع عليها لدى كل عملية رقابة على الصفقة، لاسيما الرقابة التي تجريها لجنة الصفقات المختصة أن تبرر اختيارها لعدد المتنافسين ولقائمة المتنافسين الذين دعتهم للمشاركة في هذه الاستشارة.

قائمة المراجع

- 1_ بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ظل التشريعين الجزائري والفرنسي، سنة 2012، دار هومة، الجزائر.
 - 2_ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، سنة 2011، دار الخلدونية.
 - 3_ خالد خليفة، طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، بدون سنة نشر، دار الخلدونية.
 - 4_ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، سنة 2009، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر.
 - 5_ عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، سنة 2002 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
 - 6_ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، سنة 2008، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة الجزائر.
 - 7_ هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد، دراسة مقارنة، سنة 2012، دار الجامعة الجديدة، مصر.
- حكم المحكمة الإدارية العليا للطعن رقم 813 09 جلسة - السنة 1989 المجموعة 35، نقلاً عن هاني عبد الرحمان إسماعيل.

الأوامر والمراسيم

- 1_ الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 27/06/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.
- 02_ المرسوم الرئاسي 10 -236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر. عدد 58،
- 03_ المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في أول مارس 2011 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 236 الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2011.
- 04_ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-جويلية-2002، ج ر العدد 52 المؤرخة في 28-جويلية-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- 05_ المرسوم الرئاسي 12-23 بتاريخ 18 يناير 2012 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 10-236.
- 06_ المرسوم الرئاسي 13-03 بتاريخ 13 يناير 2013 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي 10 -236.
- 07 _ المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام.
- 08_ المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09-نوفمبر-1991، ج ر العدد 57 المؤرخة في 13-نوفمبر-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- 09_ تعليمة رقم 1115 الصادرة بتاريخ 12-07-2011 عن الأمين العام لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات الجزائرية. الصفقات العمومية، مدخل عام وتعريف، المديرية العامة للميزانية D.J.B، دورة تكوينية، الجزائر، 2012.

Rapport analytique sur la passation des marchés en ALGERIE, document de la banque mondiale JUIN ¹
2003.

الملتقيات

1_ مونية جليل، الآليات المستحدثة لحماية الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في إطار التشريع الجزائري، ملتقى وطني، جامعة بومرداس، المداخلة السابعة.