

المحاضرة الثامنة :

كما نص المشرع الجزائري دائما ومن خلال المرسوم الرئاسي السابق الذكر رقم 15-247 ، انه لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته في حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة ، إلا بعد انقضاء اجل الثلاثين (30) يوما ، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجل المحددة ، لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة وتبليغ قرارها . وتجتمع ، في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري¹.

* نتائج الطعن في المنح المؤقت

وبعد دراسة الطعون يترتب على ذلك نتيجتين وهما :

النتيجة الأولى : قبول طعن المتعامل الاقتصادي وهنا يتم تبليغ الطاعن والمصلحة المتعاقدة، ويتعين على هذه الأخيرة اتخاذ قرار إلغاء المنح المؤقت وإصدار إعلان منح مؤقت للصفقة للمتعهد الذي يستحقها .

النتيجة الثانية : رفض طعن المتعامل الاقتصادي ، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة الإعلان عن المنح النهائي للصفقة للمتعامل الاقتصادي المتعهد الذي منحت له الصفقة مؤقتا

وبالتالي يتم في هذه الحالة الإعلان عن المنح النهائي للصفقة في الجرائد التي تم فيها نشر الإعلان عن طلب العروض وإعلان المنح المؤقت ، الأمر الذي يمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام عقد الصفقة العمومية مع المتعامل الاقتصادي الحائز على الصفقة بصورة نهائية ، ويتم ذلك من خلال تحرير عقد إداري يوقع عليه أطرافه ، شريطة أن يتضمن جميع البيانات التي نص عليها المشرع ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر .

* الجهة المختصة بإبرام الصفقة :

وهنا نقول انه لا تصح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المذكورة في المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر ، وذلك حسب الحالة كما يلي :

- مسؤول الهيئة العمومية ،

- الوزير ،

- الوالي

- رئيس المجلس الشعبي البلدي ،

- المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية².

* البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الصفقة

- راجع في هذا نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المرجع السابق 1.
2-

ولقد أشارت المادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السابق الذكر إلى مجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الصفقة ، حيث تنقسم هذه البيانات إلى بيانات إلزامية (إجبارية) وأخرى تكميلية.

1 - البيانات الإلزامية (الإجبارية) : وهي تلك البيانات التي لا تخلو منها أي صفقة عمومية وهي: التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة ، هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفتهم ، موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفًا دقيقًا ، المبلغ المفصل والموزع بالعملية الصعبة والدينار الجزائري ، حسب الحالة ، شروط التسديد ، أجل تنفيذ الصفقة ، بنك محل الوفاء شروط فسخ الصفقة ، تاريخ توقيع الصفقة ومكانه ،

2 – البيانات التكميلية

وهي بيانات ليست ضرورية في كل الصفقات العمومية ، بل هي بيانات اختيارية يترك حرية تدوينها للأطراف المتعاقدة وهي : كيفية إبرام الصفقة ، الإشارة إلى دفاتر البنود الإدارية العامة ودفاتر التعليمات التقنية المشتركة المطبقة على الصفقات التي تشكل جزءًا لا يتجزأ منها ، شروط عمل المناولين واعتمادهم ، إن وجدوا ، بند التحيين ومراجعة الأسعار ، بند الرهن الحيازي ، إن كان مطلوبًا ، نسب العقوبات المالية ، وكيفيات حسابها ، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الإعفاء منها ، كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة ، شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ ، النص في عقود المساعدة التقنية على أنماط مناصب العمل ، وقائمة المستخدمين الأجانب ومستوى تأهيلهم ، وكذا نسب الأجور والمنافع الأخرى والتي تمنح لهم ، شروط استلام الصفقة القانون المطبق وشروط تسوية الخلافات ، بنود السرية والكتمان ، بنود التأمينات ، بنود العمل التي تتضمن احترام قانون العمل ، البنود المتعلقة بحماية البيئة والتنمية المستدامة ، البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية ، وبالإدماج المهني للأشخاص المحرومين من سوق الشغل والمعوقين³.

ثانيا / طريقة التراضي كاستثناء في إبرام الصفقات العمومية :

عرف من المرسوم الرئاسي 15-247 إجراء التراضي على أن: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...".

ما يمكن ملاحظته على هذا على هذا النص، أن المشرع أكد وبصورة صريحة على أن أسلوب التراضي استثناء وليس أصلاً أو قاعدة عامة في إبرام الصفقة العمومية.⁴ حيث بموجبه تتحرر الإدارة (المصالح المتعاقدة) من الإجراءات الصارمة التي تحكم طلب العروض بكافة أشكاله ، لاسيما من ناحية تحررها من شرط إعلان الصفقة.⁵

كما حدد لنا هذا المرسوم شكلين للتراضي (1) واللذان يجريان وفق إجراءات حددتها مواد هذا المرسوم (2)

1 – أشكال التراضي :

حدد المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر على أن للتراضي شكلين كما يلي: "...ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة..."

من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع الجزائري ومن خلال هذا المرسوم قد ميز بين نوعين من التراض وهما :

أ – **التراضي البسط** : وقد تناولته المادة 41 من نفس المرسوم على أن : " إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم ."

***حالات التراضي البسيط** : حددت المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 السابق الذكر الحالات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة إلى إبرام الصفقة العمومية عن طريق أسلوب التراضي والتي هي كما سبق وان ذكرنا حالة استثنائية على القاعدة العامة (إجراء طلب العروض) . وتمثل هذه الحالات في :

" 1 – عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية ، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية ، وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية ،

2- في حالة الاستعجال الملح المعطل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمارا قد تجسد في الميدان ، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، بشرط انه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال ، وان لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها ،

3 - في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية ، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها ،

4 – عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية أو ذي 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) ، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر ،

5 – 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) ، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة اذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر ،

6 - 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 .
ففي جميع هذه الحالات تكون للمصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار المتعاقد معها ، كما لها الحرية في التفاوض والمساومة دون التقيد بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق إجراء طلب العروض .

إلا أن المشرع الجزائري ومن خلال المرسوم 15-247 السابق الذكر قيد حرية المصلحة المتعاقدة أكثر من خلال جملة من الشروط حين لجوئها إلى هذا النوع من أنواع إبرام الصفقات العمومية إلا وهو التراضي البسيط ، و لربما يرجع السبب في ذلك إلى عدم المساس بمبادئ التي تحكم الصفقات العمومية والتي منها مبدأ المنافسة ومبدأ الشفافية بين المتعاملين . وتتمحور هذه الضوابط أو الشروط في :

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

- تتأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي ، كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم ،
- تختار متعاملا اقتصاديا يقدم عرضا له مزايا من الناحية الاقتصادية ، كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم ،

- تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 أدناه ،
- تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية .⁶

لقد فرضت الضرورة توافر الحالات السابقة ، مما يستوجب التفاوض عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول⁷
ب - التراضي بعد الاستشارة :

قد تفرض الاعتبارات الفنية والاقتصادية على الإدارة المختصة بإبرام الصفقة العمومية إجراء استشاريا قبل اختيار المتعامل المتعاقد بغرض تفادي المخاطر والسلبيات التي تعترض المشروع .⁸

وعليه فإن إجراء التراضي بعد الاستشارة هو النوع المناسب لمثل هذه الاعتبارات ، إلا أن المشرع الجزائري و من خلال التنظيمات التي نظمت قانون الصفقات العمومية المتعاقبة لم يعرف لنا هذا الإجراء ، مكتفيا بتحديد الحالات التي يتم اللجوء إليه فيها، والتي تتمحور في :

- 1- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية ،
- 2- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض . وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها او بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات ،
- 3- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة ،
- 4- في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسح ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع أجال طلب عروض جديد ،

5 - في حالة العمليات المنجزة ، في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي ، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات ،

6.-

7.-

8.-

عندما تنص اتفاقات التمويل المذكورة على ذلك . وفي هذه الحالة ، يمكن المصلحة المتعاقدة أن تحصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى .⁹

إن أهم ما يميز إجراء التراضي بعد الاستشارة انه قصير الأجل ، وتحضيره ليس فيه مشقة للإدارة لكن يحمل في طياته عيوباً ، اذ يقصي مرشحين أقل شهرة والقادرين على تنفيذ المشروع في ظروف جيدة وفي زمن معقول .

كما انه قد يشوب مبدأ شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة التعسف ، مما يجعل خطر تعطيل مبادئ الشفافية والمساواة في التعامل مع المترشحين ، ولاستبعاد هذا الخطر لا يمكن للمصلحة المتعاقدة إبرام صفقة تفاوضية الا في الحالات المذكورة حصراً في تنظيم الصفقات العمومية .

ومرد ذلك ، إن الصفقات العمومية تعد الوسيلة القانونية التي أتاحتها المشرع للإدارة لانجاز المشاريع العامة وتسيير المال العام ، لذا كان لزاماً عليها البحث عن أنجع الطرق المتاحة لضمان نجاعة مشاريعها والحفاظ على المال العام ، ولا يتأتى ذلك إلا بتحري الدقة الموضوعية في اختيار المتعامل المتعاقد المناسب لانجاز الصفقة ، ولتحقيق ذلك ترك المشرع للمصلحة المتعاقدة الحرية في اختيار الأنسب أخذاً بعين الاعتبار سيرة المتعامل المتعاقد ، خبرته في انجاز المشاريع المراد القيام بها ، وكذا معاملاته السابقة معها او مع مصالح أخرى لتقدير مدى جديته في التعاقد .¹⁰

ورغم الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في اختيار الطرف المتعامل معها ، إلا أن المرسوم 15-247 قد قيد في المادتين 59 ، 60 هذه الحرية ، حيث نصت على ما يلي : " يحدد البحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها ، اختيار كيفية إبرام الصفقات .

ويدخل هذا الاختيار ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة التي تتصرف طبقاً لإحكام هذا المرسوم . " أما المادة 60 فقد نصت على انه : " يجب على المصلحة المتعاقدة ان تعلق اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة . " وعليه فان المصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم الأسباب التي أدت لاختيار أسلوب التراضي هذا دون سواه .

كما أن تعليق المصلحة المتعاقدة لاختيارها لا يكون أمام الجهات المختصة فحسب ، بل يتعداه ليصل إلى الجهات القضائية المختصة . بالنسبة للقضاء الإداري باعتباره الجهة المختصة بفض النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية ، تلتزم الإدارة بتوضيح جميع المعايير التي بنت على أساسها عملية الاختيار تفادياً لصدور أحكام من شأنها تعطيل المشاريع العامة أو تلتزم بدفع تعويضات مالية نتيجة أخطائها ، أما بالنسب للقضاء الجزائي باعتباره الجهة المختصة بالنظر في المخالفات المرتكبة في إطار الصفقات العمومية التي يجرمها كل من قانون العقوبات وكذا قانون مكافحة الفساد ، فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير قانونية الإجراءات التي تمت بموجبها الصفقة وتعليل اختيارها للمتعامل المتعاقد ، حتى لا يقع مسؤولها تحت طائلة الجرائم التي نص عليها القانون الجزائي ، على أن يبقى للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحال يستوجب إبرام الصفقة وفقاً لهذا الإجراء أم لا ، ويتبين له ذلك من خلال الملف المطروح أمامه والظروف التي أبرمت في

ظلها الصفة¹¹، آخذا بعين الاعتبار انه إجراء استثنائي ، كما يؤخذ أيضا في الاعتبار اختيار هذا الإجراء وبالرغم مما يوفره من حرية المفاضلة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي إلا انه ينطوي أحيانا على تعسف المصلحة المتعاقدة في عملية الاختيار أو يؤدي اختيارها إلى المساس بمبادئ حرية الوصول إلى للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.¹²

وأخيرا تتحرر المصلحة المتعاقدة عند اختارها للمتعاقد الاقتصادي معها بشكل التراضي من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على شكل طلب العروض ، ولعل هذه الخاصية التي يمتاز بها جعلت التشريعات المقارنة لا تولي عناية بالغة لضبط إجراءاته ، ومراحل المتمثلة في ثلاث مراحل : دعوة للتعاقد فالتفاوض ثم التعاقد .

11. -

12. -