

كلية الحقوق والعلوم السياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون إداري

رقم:

إعداد الطالب(ة):

(1) بلهادي طارق

(2) زوزو زهير

يوم: 11 جوان 2024

إجراء التفاوض كأسلوب لإبرام الصفقات
العمومية دراسة على ضوء القانون 12-23

لجنة المناقشة:

الدكتور حسان عبد الرزاق	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
الدكتور غلابي بوزيد	أستاذ محاضر	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
الدكتور باهي هشام	أستاذ ممتحن	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023 - 2024

شكر و عرفان

يقول رسول الله صلى الله عليه و سلم: « من لم يشكر الناس لم يشكر الله »

الشكر الجزيل و الحمد لله العلي القدير الذي وفقنا و أعاننا على إتمام هذا العمل المتواضع

و الذي نأمل أن يجعله سبحانه و تعالى خالصا لوجهه الكريم

يشرفنا أن نتوجه بالشكر و العرفان إلى

كل من ساهم في هذا العمل من قريب أو بعيد

و نتقدم بخالص الشكر و بالغ التقدير للأستاذ المشرف " غلابي بوزيد " الذي

لم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته و آرائه القيمة طيلة فترة إعداد هذه المذكرة

و على كل ما بذله من جهد. كما نخص بالشكر و التقدير أعضاء لجنة المناقشة

الموقرة كل باسمه لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

إلى كل من ساعدنا و شجعنا على المضي قدما لإتمام هذا العمل من قريب أو

من بعيد، لكل هؤلاء جزيل الشكر و الفضل و العرفان.

الإهداء

إلى من أوصاني بهما القرآن الكريم إلى أعلى ما أمك في هذه الدنيا، إلى من كان
شمعة تنير دربي، إلى من كانا يسقياني بدعاء وعطاء، إلى من علمتني أن الأعمال الكبيرة
لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار إلى أمي الغالية رحمة الله عليها

وأسكنها الله فسيح جناته.

إلى من علمني الإعتماد على النفس وعلمي معنى التحدي والنجاح، إلى من علمني
أن الوصول إلى الأهداف يكون بالثقة بالنفس وحب التعلم، إلى أبي العزيز حفظه الله.

إلى زوجتي وأولادي الأعزاء الذين كانوا سندي ودعمي في كل

خطوة خطوتها إلى الأمام.

إلى كل أساتذتي الكرام بجامعة محمد خيضر بسكرة ، إلى كل أساتذة مكتبة كلية الحقوق

و العلوم السياسية خاصة الأخ ميلود و كمال

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع.

طارق بلهادي

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل عائلتي الكريمة حفظها الله، إلى من أوصاني بهما القرآن الكريم إلى أعلى ما أملك في هذه الدنيا، إلى من كانت شمعة تنير دربي، إلى من كانت تسقيني بالدعاء و العطاء ، إلى أمي الغالية ، إلى من علمني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار إلى أبي رحمه الله و أسكنه فسيح جناته.

إلى كل من كان سندي ودعمني في هذه الحياة ، إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد إلى كل أساتذتي الكرام بجامعة محمد خيضر بسكرة ، إلى كل أساتذة مكتبة كلية الحقوق و العلوم السياسية خاصة الأخ ميلود و كمال

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع .

زوزو زهير

مقدمة

إن الصفقات العمومية هي المجال الأمثل في إنفاق المال العام لاستغلال وتسيير الأموال العامة حتى يضمن عدم إنحرافها، وتحقيق النفع العام واشباع الحاجات العامة في الظروف العادية وغير العادية، وكذا الدفع بعجلة الإقتصاد في الدولة نحو الأمام ومن ثم تجسيد أهداف الإنعاش الإقتصادي. و تراعي الإدارة في اختيار المتعاقد معها اعتباران أساسيان يتمثلان في ضرورة المحافظة على المال العام وبالتالي إختيار المتعاقد الذي يقدم أحسن عرض مالي، وتقديم المصلحة الفنية للإدارة وبالتالي إختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة، وهما اعتباران متناقضان بالنظر إلى أنه غالبا ما يكون أكفأ العروض أكثرها تكلفة مالية، لذا فإن التوفيق ما بين هذين المعيارين يستدعي إتباع كفاءات وإجراءات في إختيار المتعاقد مع الإدارة بطريقة تسمح بالحفاظ على المال العام، دون المساس بالمصلحة المالية للإدارة. وهو ما عمل القانون على تكريسه منذ بداية تنظيم العقود و القوانين الإدارية ، و قد جعل المشرع الجزائري الصفقات العمومية الوسيلة المشروعة والإطار القانوني الذي يسمح للسلطة العامة بإنجاز العمليات المالية المرتبطة بالمرافق العامة وتنفيذ سياستها العامة من خلال تجسيد برامج التنمية ومختلف الإستثمارات العمومية، فوضع بين أيدينا القانون الذي يرسم ويضبط طريق إبرام الصفقة العمومية .

وباعتبار الصفقات العمومية من أهم أنواع العقود الإدارية التي تعتمد عليها أغلب الدول ومنها الجزائر في إنجاز مشاريعها وتلبية حاجاتها، ونظرا لأهميتها الكبرى في الحياة الإقتصادية في الجزائر، فقد عرف نظامها القانوني منذ الإستقلال تطورات عدة تماشيا مع النظام الإقتصادي والسياسي المتبع، والتي أجبرت المشرع على مواكبتها للحفاظ على أموال الخزينة العامة، حيث عمل على إحداث إصلاحات وتعديلات قانونية تواكب وتساير مختلف المعطيات المستجدة، بدءًا من مرحلة النظام الإشتراكي وصولا إلى مرحلة الإنتقال إلى النظام الرأسمالي، فقام بإصدار العديد من النصوص القانونية والتنظيمية التي تنظم مجال الصفقات العمومية منذ الإستقلال إلى غاية التعديل الدستوري لعام 2020 والمتضمن نقل إختصاص الصفقات العمومية من التنظيم إلى التشريع، فصدر القانون رقم: 12-23 الساري المفعول المؤرخ في 05 أوت 2023 يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية ، المنظم للصفقات العمومية¹، الذي جاء لتدارك النقائص والتقليل منها ولسد الثغرات التي كانت تشوب النصوص القانونية السابقة

¹ القانون 12-23 المؤرخ في 05 أوت 2023 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 51، صادر في 19 محرم عام 1445 هـ الموافق 6 غشت سنة 2023 م

وإعادة تنظيم الصفقات العمومية بما يتماشى والتطورات الاقتصادية التي عاشتها البلاد وأهم ما جاء فيه تغيير مصطلح التراضي إلى التفاوض، تطبيقاً لأحكام المادة 139 فقرة 10 من الدستور التي تنص على مجال الصفقات العمومية ضمن الميادين التي يشرع فيها البرلمان ، وبذلك أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة لتنظيم الصفقات العمومية، برزت أكثر في تأطير طرق وأساليب إبرامها وفق مقتضيات المصلحة العامة وحماية المال العام من الفساد والإختلاسات، بشكل يضمن توجيه الصفقة العمومية إلى المسار الذي يجسد شفافيته ويكرس ترشيد استعمال أموال الخزينة العامة، عن طريق إقرار ضمانات تكفل حسن استغلاله وتؤمن نجاعة توظيفه في مجال الصفقات العمومية الذي يعد الطريق الأكثر استهلاكاً له. ومن هذا المنطلق حدد المشرع الجزائري أساليب وآليات إبرام الصفقة العمومية التي تمر بمراحل هامة وحاسمة، وألزم المصلحة المتعاقدة باتباع أسلوب الإبرام الملائم بكل صفقة عمومية فجعل إجراء طلب العروض هو الأصل في إبرام الصفقات العمومية الذي يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض ، وجعل إجراء التفاوض الإستثناء وهو الأسلوب الذي جاء استجابة لبعض الحالات الإستثنائية التي لا يمكن تطبيق عليها الإجراءات المعمول بها في طلب العروض، وبالتالي خصها المشرع الجزائري بإجراءات خاصة كونها حالات تتطلب تطبيق إجراءات أكثر مرونة. فتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى القاعدة العامة المتمثلة في طلب العروض متى تحققت شروطها وحالاتها المنصوص عليها، وتلجأ إلى أسلوب التفاوض إستثناءاً وفق الحالات المكرسة بنص القانون. لقد حاول المشرع الجزائري ضبط أسلوب التفاوض بشكل تخضع فيه المصلحة المتعاقدة لأحكام قانونية متميزة تنقيد فيها بمجموعة من الشروط والضوابط يفرضها عليها القانون في كل مراحل إبرام الصفقة العمومية ضماناً للشفافية في إنفاق المال العام وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذه المذكرة.

أهمية موضوع الدراسة:

تجلت أهمية بحثنا في هذا الموضوع في توضيح مختلف النصوص القانونية الخاصة بإجراء التفاوض في الصفقات العمومية في شكله التفاوض المباشر والتفاوض بعد الإستشارة مع تزايد الإهتمام بهذا الإجراء في الآونة الأخيرة كونه إستثناء يسهل عمل المصلحة المتعاقدة ، ويسهل للمتعامل الإقتصادي الذي تتوفر فيه الشروط القانونية الحصول على الصفقة. كما أن دراستنا تسلط الضوء على إبراز الإجراءات و فعاليتها في حماية الصفقات العمومية وتقديرها، خاصة حالات اللجوء إلى أسلوب التفاوض في شكله التفاوض المباشر والتفاوض بعد الإستشارة والإجراءات الخاصة بكل واحد منهما ، ودور المشرع الجزائري في التصدي على الفساد في إبرام الصفقات العمومية.

أسباب إختيار الموضوع:

* الرغبة في البحث في طرق إبرام الصفقات العمومية وعلى وجه التحديد إجراء التفاوض خاصة مع التطورات الحاصلة في العالم، والجزائر كغيرها من الدول سباقة لمواكبة كل ما هو جديد في قوانين الصفقات العمومية للحفاظ على المال العام، وقد أبرزنا في هذه الدراسة أهم المستجدات التي نص عليها المشرع الجزائري في مجال إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض.

* صدور القانون 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المؤرخ في 5 أوت سنة 2023 م والذي تناول مفهوم التفاوض في إبرام الصفقات العمومية وحالات اللجوء إليه.

* حداثة الموضوع و قلة الدراسات المتخصصة في هذا الجانب القانوني خاصة وأن أغلب الدراسات لم تركز على إجراءات الإبرام عن طريق التفاوض بطريقة مفصلة بل إكتفت أغلبها بطرح سريع لتلك الإجراءات دون التوسع والتطرق لإجراءات كل شكل على حدى دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع.

أهداف موضوع الدراسة:

أردنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على:

* الإطار المفاهيمي لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية.

* إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض.

صعوبات الدراسة:

* قلة المراجع و المصادر في مجال التعاقد عن طريق التفاوض في الصفقات العمومية، فأغلبها تركز على أسلوب الإبرام عن طريق طلب العروض واعطائه حيزا كبيرا مقارنة بأسلوب التفاوض الذي يعد الطريق الإستثنائي في إبرام الصفقات العمومية.

* التعديلات المتتالية لقانون الصفقات العمومية، التي كان اخرها صدور القانون 12-23 الذي أستبدل فيه مصطلح التراضي بالتفاوض و بالتالي أغلب المراجع و الدراسات السابقة تناولت موضوع التراضي.

إشكالية موضوع الدراسة:

إن التفاوض في الصفقات العمومية يعد الأسلوب الأمثل نظرا لما يميزه من سرعة ومرونة في التنفيذ، وهذا ما يجعلنا نتساءل:- ماهو مفهوم التفاوض و ما هي أشكاله و كيف تتم إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريقه ؟

المنهج المتبع للدراسة:

لدراسة هذا الموضوع اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي، الذي يمكننا من استعراض المفاهيم القانونية والإدارية المتعلقة بموضوع الدراسة، بالإضافة إلى تحميل الوقائع عن طريق القيام بدراسة تحليلية للنصوص المنظمة لإجراء التفاوض في تنظيم الصفقات العمومية، وشرح مضمون النصوص القانونية والربط بينها، وذلك لتبيان مدى تمكن أو اخفاق المشرع في سن وتقنين النصوص القانونية المحددة لأسلوب التفاوض وأشكاله واجراءات إبرامه.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا البحث إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية، أما الفصل الثاني فخصصناه إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض.

كما إعتدنا على أسلوب المقارنة من خلال الإشارة إلى إجراء التفاوض في بعض التشريعات وأجراء مقارنة بين النصوص الحالية والنصوص السابقة.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا البحث إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول للإطار المفاهيمي لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية، أما الفصل الثاني فخصصناه إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لإجراء

التفاوض في الصفقات العمومية

إن طلب العروض هو الأصل في إبرام الصفقات العمومية ،وبما أن الإدارة تقوم باختيار المتعامل الإقتصادي معها في ظروف وحالات محددة دون اللجوء إلى الإجراءات المعتادة ،ولذلك جعل المشرع الجزائري التعاقد عن طريق التفاوض أسلوبا إستثنائيا في مجال إبرام الصفقات العمومية ، لذلك حدد المشرع الجزائري أسلوب إبرامها بضوابط دقيقة وواضحة واجراءات محددة للجوء إلى التعاقد بهذا الأسلوب، وهذا حماية للمصلحة العامة وضمانا للتسيير الأمثل للمال العام.

ولدراسة إجراء التفاوض في الصفقات العمومية بشكل مفصل ودقيق قمنا بتقسيم الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان: الإطار المفاهيمي لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية إلى مبحثين: المبحث الأول بعنوان ماهية إجراء التفاوض في إبرام الصفقات العمومية، والمبحث الثاني تحت عنوان: أنواع التفاوض في الصفقات العمومية.

المبحث الأول: ماهية إجراء التفاوض في إبرام الصفقات العمومية.

إن التفاوض هو ذلك الإجراء الذي يهدف لتخصيص الصفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية و الموضوعية، و هو ما يهدف إليه المشرع في القانون 23-12 وبالتالي فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباع مراحل وإجراءات خاصة بهذا الأسلوب حسب كل حالة، وفي هذه الدراسة نتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم إجراء التفاوض في الصفقات العمومية، و في المطلب الثاني إلى التكريس القانوني لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية.

المطلب الأول: مفهوم إجراء التفاوض في الصفقات العمومية.

يتحدد مفهوم إجراء التفاوض ب:

- إعطاء تعريف دقيق له وهذا موضح في الفرع الأول.
- البحث في خصائصه التي تميزه وتعطيه طابعا خاصا به و هذا موضح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف إجراء التفاوض في الصفقات العمومية.

نستهل تعريفنا للتفاوض بتعريفه لغويا، ثم فقها ، وبعدها تعريفه من الناحية القضائية.

التعريف اللغوي للتفاوض.

إن مصطلح التفاوض مشتق من الفعل فاوض أي استقر رأيهم على التفاوض لحل نزاعهم (التداول، التشاور، التباحث....) فالتفاوض يعني تبادل الرأي مع ذوي الشأن فيه بغية الوصول الى تسوية و اتفاق .

التعريف الفقهي للتفاوض.

إستعمل الفقهاء تعريف التفاوض بلفظ التراضي في نفس معنى التعريف اللغوي للتفاوض، حينما يتفق العاقدان على إنشاء العقد دون إكراه أو نحوه.

لقوله سبحانه و تعالى في الاية 29 سورة النساء: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾، أي عن رضا منكم.

وقد تعددت التعاريف الفقهية الخاصة بالتفاوض إلا أنها تصب في معنى واحد فكلها تتفق على إعتبار التفاوض أسلوباً استثنائياً لإبرام الصفقة العمومية، تتحرر فيه المصلحة المتعاقدة من كل الشكليات المتبعة في القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية المتمثلة في طلب العروض.

التعريف القضائي للتفاوض.

حرص المشرع الجزائري على تعريف إجراء التفاوض في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية، وبالتالي فالقضاء الإداري وهو بصدد الفصل في منازعات الصفقات العمومية قد يعطي تفسيراً أو تحليلاً لهذا التعريف، وهذا ما لم نجده من خلال مختلف المراجع المعتمدة في دراستنا هذه وهذا نظراً لحدثة مصطلح التفاوض.

التعريف التشريعي للتفاوض.

إن التفاوض في الصفقات العمومية يختلف عن الرضا كركن من أركان العقد، حيث التفاوض هو تطابق الإرادتين أي الإيجاب والقبول الذي لا يقوم أي عقد بدونه سواء في القانون الخاص أو العام، وقد جاء في المادة 59 من القانون المدني¹ على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، ولكي يكون التفاوض صحيحاً يجب أن يكون:

* صادر من أشخاص يتمتعون بالأهلية الكاملة طبقاً للمادة 40 من القانون المدني التي تنص على "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة" أي أن يكونوا أشخاصاً أهلاً للتعاقد طبقاً لنص المادة 78 من هذا القانون.

* أن تكون إرادتهما خالية من عيوب الإرادة (الغلط، التدليس، الإستغلال والإكراه)².

و التفاوض في مجال الصفقات العمومية هو أسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية وبالتالي يجب أن نفرق بين الرضا في القانون المدني و التفاوض في الصفقات العمومية مادام النص القانوني قد أعطى تعريف ومواصفات لكل مصطلح.

¹ : أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة

الرسمية العدد 78، صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

² : المواد من 81 إلى 89، المرجع نفسه.

تعريف التفاوض في القانون المقارن.

تعد مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، من أهم المراحل وأخطرها، بحيث لها أهمية كبيرة من الناحية القانونية و العلمية ، إلا أن التشريع الجزائري ومعظم التشريعات المقارنة لم تنظم هذه المرحلة السابقة على العقد بنصوص قانونية خاصة، وتترتب على عاتق أطراف التفاوض التزامات تسبق مرحلة التعاقد وجب على الأطراف احترامها والإلتزام بها وهي التزامات يفرضها القانون بهدف التوصل من خلالها الى تحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم قبل الإتفاق النهائي على العقد المزمع إبرامه ولعل أهم هذه الإلتزامات هي الإلتزام بالتفاوض بحسن نية والإلتزام بالإعلام والإلتزام بالمحافظة على الأسرار، ويترتب على الإخلال بهذه الإلتزامات قيام المسؤولية المدنية¹.

تعريف التفاوض في القانون الجزائري.

إن مصطلح التفاوض مصطلح حديث التداول في الصفقات العمومية، فقد ورد في القانون 12-23 المؤرخ في 05 أوت 2023 المنظم للصفقات العمومية، وكان يطلق عليه سابقا التراضي أم المحتوى فبقي تقريبا نفس ما نص عليه المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث نصت المادة 39 على أنه "تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي".

وبعد صدور القانون 12-23 جاء تعريف التفاوض في المادة 40 على أنه تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية الى المنافسة .

ويمكن أن يكتسي إجراء التفاوض المباشر أو التفاوض بعد الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة ،يسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار و شروط تنفيذ الصفقة العمومية .

إجراء التفاوض المباشر هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لايمكن إعتماها إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 41 من هذا القانون .

من خلال المادة يلاحظ أن التفاوض كما يطلق عليه سابقا التراضي هو إجراء تخصيص لمعامل متعاقد واحد، وأساس التخصيص هو حق الاختيار الذي تحضي به الإدارة المتعاقدة

¹ محمد جيلالي، أحكام في العقود المدنية، جامعة ابن خلدون تيارت ، أطروحة دكتوراه <http://dspace.univ-tiaret.dz:8080/jspui/handle/123456789/483>

في انتقاء متعامل معين بعد مناقشة بنود التعامل دون إتباع الإجراءات الشكلية للمنافسة، الذي يمكن أن تكون فيه منافسة ولو محدودة التي لا تصل إلى تلك الموجودة في إجراء طلب العروض¹.

ومنه فإن المادة سألقة الذكر إكتفت بتعريف التفاوض على أنه إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الإشارة إلى أن السبب في اللجوء إلى هذا الأسلوب من طرف المصلحة المتعاقدة إنما يعود إلى توافر إحدى حالات التفاوض، إذ كان من الأحسن أن يشار في هذا القانون إلى عبارة حالات التفاوض، وذكر المواد المتعلقة بهذه الحالات حتى تصبح استثناء عن القاعدة العامة لإبرام طلب العروض، لأن هذا التعريف إهتم أكثر بإعفاء المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية ونعني بذلك الإعلان والإشهار دون الإشارة لحالات التفاوض (التراضي سابقا) في إبرام الصفقة العمومية².

تشابه التعريف في المرسوم الساري العمل مع ما جاء في المرسوم 02-250 وتطابقة مع التعريف الوارد في المرسوم 10-236، حيث أن هذا التعريف الأخير هو الأكثر دقة من بين التعاريف السابقة، حيث يري عمار بوضياف أن القصد من إطلاق تسمية التفاوض (التراضي) كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، هو ان الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية السابقة الذكر في طلب العروض بأشكالها المختلفة، ويمكنها مباشرة إختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الاجراءات، فلها الحرية في إختيار المتعامل في طلب العروض أين تفقد نسبيا هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والإجرائية³.

ونجد ناصر لباد أخذ مأخذ الفقيه عبد العزيز عبد المنعم خليفه في تعريفه للتفاوض (للتراضي) حيث أطلق عليه مصطلح الإتفاق المباشر واعتبره من أكثر الأساليب مرونة لأنه يترك للإدارة العمومية الحرية التامة في إختيار الشخص الذي سيتعاقد معه⁴.

1 : ضريفي نادية ولجلط فواز، "إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟ وفق أحكام لمرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة صوت القانون، العدد الثاني، جامعة الجيلالي بونعامة، الجزائر، نوفمبر 2019، ص 221.

2 : لميز أمينة ولعرج سمير، "التراضي كأسلوب في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الحوار الفكري، العدد الخامس عشر، جامعة أحمد د ارية، أدرار، جوان 2018، ص 537.

3 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 162 .

4 عبد اللطيف قديش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 197.

كما يرى عمار عوابدى أن التفاوض (التراضي) هو الأسلوب الإستثنائي في التعاقد، الذي تقوم به السلطة المختصة دون التقييد بشكليات طلب العروض، وذلك في إطار المنافسة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد مع الإحتفاض بالحرية الكاملة في إختيار المتعامل المناسب بشرط الإلتزام بالقواعد المنظمة لهذا الإجراء¹.

الفرع الثاني: خصائص إجراء التفاوض في الصفقات العمومية.

بما أن إجراء التفاوض في الصفقات العمومية هو تخصيص صفقة لمعامل إقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة وهذا ماجعله يتميز بالخصائص التالية:

أولاً: الإستثناء :

إن التفاوض ذو طابع إستثنائي حيث يكون للمصلحة المتعاقدة حق إختيار المتعاقد معها دون اللجوء إلى الإشهار، فالتفاوض يعفي الإدارة من الدعوة الشكلية إلى المنافسة²، ويعتبر هذا الإجراء الطريق الإستثنائي في إبرام الصفقات العمومية على إعتبار أن طلب العروض يعتبر الأصل في إختيار المتعامل الإقتصادي فهو يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة العمومية دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية³.

إعتمد المشرع الجزائري بعد خمس سنوات من الإستقلال قانون الصفقات العمومية في شكل أمر يحمل رقم 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967، و الذي يعد أول قانون للصفقات العمومية في عهد الدولة الجزائرية المستقلة، فقد كرس هذا القانون الثلاثية الشائعة في إبرام الصفقات العمومية وهي: المناقصة، طلب العروض، التراضي⁴، وقد تطرق إليها في الفصل الرابع تحت عنوان إجراء إبرام الصفقات، وقد تم تخصيص القسم الثالث منه لإجراء التراضي

¹ محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 74.

² المادة 40 من القانون 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023.

³ المادة 38 من القانون 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023.

⁴ قدوج حمامة، عملية إبرام العقود الادارية في نطاق صفقات المتعاقد العمومي في الجزائر، تحليل و مقارنة، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة دون ذكر سنة المناقشة، جامعة الجزائر، بن عكنون، ص 39.

بعنوان صفقات التراضي، وما يلاحظ عليه هو أنه خصص له مادتين هما 60 و61 على عكس إجراء المناقصة التي خصص لها 7 مواد و إجراء طلب العروض¹18 مادة. ومن هنا يتضح أن النصوص القانونية لم تعطي لإجراء التراضي حقه وقد نصت المادة 60 من نفس الأمر على أنه تسمى صفقات بالتراضي تلك تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم وتنظم المنافسة إذا أمكنت بجميع الوسائل الخاصة بها².

وعلى ذلك يتضح أن المشرع استهدف من خلال ضبط القواعد القانونية المنظمة لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية تكريس مبادئ الحكومة ضمانا لحماية المال العام³، خاصة وأنه يقوم على تحرير المصلحة المتعاقدة من القواعد الاجرائية والشكليات التي تحكم أسلوب طلب العروض⁴، المتمثلة في الإعلان عن طلب العروض، مرحلة تقديم العروض، مرحلة دراسة العروض، مرحلة إرساء طلب العروض⁵، ومرحلة اعتماد إرساء طلب العروض مع الحالات المسببة للاستعجال⁶ وفقا للمرسوم الرئاسي 23-12، حيث جعل من إجراءات التفاوض إجراءات إستثنائية تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة حسب ما نصت عليه المادتين 40 و41 من القانون الساري المفعول.

بالإضافة إلى ذلك فإن طلب العروض يقوم على مجموعة من المبادئ تتمثل أساسا في حرية الوصول للطلبات العمومية، المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، التي تعد ضمانات أساسية للمترشحين والمتعهدين على التسيير الأحسن لعملية إبرام الصفقة العمومية⁷.

¹ سحنون سمية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 2012، 2013/01، ص28

² المادة 60 الأمر رقم 90/67 يتضمن قانون الصفقات العمومية.

³ : حمادي نوال، "حوكمة صفقات التراضي في إطار الاستراتيجية الوطنية للوقاية من ظاهرة الفساد ومكافحته"، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، العدد الأول، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، جويلية 2019، ص 175.

⁴ : حليمي منال ومحمد بن محمد، "صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة"، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد الثالث عشر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جوان 2015، ص 175.

⁵ المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁶ المادة 41 من القانون -12 المؤرخ في 05 أوت 2023.

⁷ : بوخالفة عياد، خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 31.

ثانيا: المرونة و السرعة.

1- المرونة:

إن التفاوض يتميز بمرونة الدعوة فيه إلى التعاقد وببساطة الإجراءات خلافا لأسلوب طلب العروض، الذي تكون فيه الإجراءات معقدة وبصفة القاعدة العامة¹ لإبرام الصفقات العمومية تجد المصلحة المتعاقدة نفسها مقيدة بإجراءات و شكليات محددة لتكون في وضعية مشروعة، و تتصف دعوتها للمتعاملين الاقتصاديين معها بطابع غير من حيث تنقيد بالإشهار الذي فرضه المشرع عليها كطريقة مادية تعكس بها دعوتها للتعاقد وحدد لها بياناته الجوهرية ووعاء نشره بأصله واستثنائه، ضابطا إياها بذلك الشكل ليؤمن أداء المناقصة لوظيفتها وفق مبادئ شفافية الصفقة.

وبالتالي يختلف الوضع تماما في أسلوب التفاوض بالمقارنة مع أسلوب طلب العروض، باعتباره أسلوب إبرام تتحرر الإدارة بموجبه من الخضوع للقواعد الإجرائية أي إجراءات المناقصة، ويمكنها مباشرة اختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات، الأمر الذي يجعلها تقوم بإجراء التفاوض مع المتعامل الإقتصادي القادر والمؤهل ، ومنه تبرز مرونة الدعوة للتعاقد في أسلوب التفاوض مقارنة بالمناقصة².

إن خاصية المرونة في التفاوض عند التعاقد تجعل من هذا الأسلوب في إبرام الصفقات أكثر سهولة وسلاسة و أكثر حرية للمصلحة المتعاقدة ، باعتبار المصلحة المتعاقدة تتعاقد مع المتعامل القادر والمؤهل تقنيا ومهنيا وماليا للقيام بالعملية التي ترغب في إنجازها، دون التقيد بشكليات أو إجراءات معقدة وطويلة، إذ يكفي في شكله البسيط فقط توجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد أما في شكله الثاني المتمثل في التفاوض بعد الإستشارة وهو التراضي بعد الإستشارة سابقا فيعطي للمصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في إختيار الطريقة التي توجه بها الإستشارة للمتعاملين الإقتصاديين لدعوتهم للتفاوض معها وهي ليست مقيدة في ذلك إلا بضابط الكتابة³.

¹ المادة 37 من القانون -12 المؤرخ في 05 أوت 2023 .

² حميمي منال ومحمد بن محمد، مرجع سابق، ص 175.

³ : حمادي نوال، مرجع سابق، ص 280.

2- السرعة :

يقوم أسلوب التفاوض على السرعة في التعاقد بين المصلحة المتعاقدة و المرشحين لأن هذه الأخيرة قد تيقنت من أنه لا سبيل إلى تنفيذ مشروع ما إلا باتباع هذا الأسلوب حتى تتمكن من تحقيق المتطلبات الأساسية المرتبطة به ما يحقق المصلحة المرجوة منه معتمدة في ذلك على أسلوب التفاوض من أجل تقريب وجهات النظر بينها وبين المرشحين حتى يحصل كل طرف على مبتغاه¹

و تتجلى سرعة التفاوض في إنجاز موضوع الصفقة العمومية في سرعة إنتقال المعلومة من خلال سرعة الإتصال مع المتعاملين الإقتصاديين، وهذا قد يكون عن طريق إتفاق أو جلسة عمل أو مكالمة هاتفية، و يكون هذا الأسلوب لا قيد فيه للمصلحة المتعاقدة بالإجراءات التي يتطلبها طلب العروض، وكذلك يجوز نشر المعلومات حول الصفقات العمومية عن طريق البوابة الإلكترونية².

إلا أنه إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية بالغة وترى المصلحة المتعاقدة المعنية أن أسلوب التفاوض مع متعاقد وحيد و غير ذي فائدة ولا يؤدي إلى تحقيق الغرض من العمل المطلوب أدائه على أكمل وجه فلها أن تلجأ إلى توسيع دائرة التفاوض لتشمل أكثر من مرشح وحيد ممن لهم الخبرة و الدراية بالجوانب العملية التي تخص الصفقة، وبالتالي فقد أجاز لها المشرع إختيار الوسيلة الملائمة لإستشارة المتعاملين دون أن تقيدها بشكليات معينة³.

¹ محمد مسن، العقد و إستراتيجية المشاريع في البلدان النامية، المطبعة العربية ، غرداية الجزائر.

² : قرار مؤرخ في 13 محرم عام 1435 الموافق 17 نوفمبر سنة 2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 21، صادر في 9 جمادىالثانية عام 1435 الموافق 9 أبريل سنة 2014.

³ حمادي نوال، مرجع سابق، ص 280.

ثالثا: محدد الحالات.

وهي الميزة الثالثة التي تميز أسلوب إجراء التفاوض، وتتمثل في تحديد حالات التفاوض من خلال المراسيم و القوانين التي واضب المشرع الجزائري على تحيينها باستمرار لتواكب التطورات الإقتصادية و السياسية الحاصلة، والتي بدورها نظمت مجال أسلوب التفاوض في إبرام الصفقات العمومية، حيث نص على الحالات الواجب أن تتوفر لإجراء أسلوب التفاوض، وفي حال عدم توفر هذه الشروط لا نستطيع اللجوء الى هذا الإجراء كأسلوب في إبرام الصفقات العمومية. و على المصلحة المتعاقدة في حال تحقق هذه الشروط اللجوء إلى أسلوب التفاوض لإبرام صفقاتها وبالتالي يكون التفاوض معرفا بحالاته حصرا ولا يمكن أن يجد إعمالا لو خارج هذه الحالات.

وبالتالي فإجراء التفاوض مقيد على عكس أسلوب طلب العروض الذي يترك قدرا كبيرا من الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد، وفي هذا الصدد نجد أن المادة 76 من المرسوم الرئاسي 15-247 تنص على أنه "تختص المصلحة المتعاقدة باختيار المتعامل المتعاقد" وهو ما يجسد الحرية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة عن طريق ترك حرية لاختيار المتعاقد معها من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة وسير المرافق العامة.

المطلب الثاني: إجراء التفاوض قبل و بعد صدور القانون 23-12.

المشرع الجزائري كغيره من المشرعين أعطى أهمية بالغة لموضوع التعديل و كان في كل مرة يعدل قانون الصفقات لملائمة التغيرات التي تعرفها البلاد منذ الإستقلال، إلى صدور التعديل الأخير في 6 غشت 2023 وسنتطرق إلى إجراء التفاوض قبل صدور القانون 23-12¹ (الفرع الأول) ثم إجراء التفاوض في القانون الساري المفعول (الفرع لثاني).

الفرع الأول: إجراء التفاوض قبل صدور القانون 23-12 .

تناولت جميع القوانين المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية أسلوب التفاوض بإسم التراضي في ظل التطورات التي شهدتها الجزائر في كل مرحلة مرت بها، نفضلها من خلال معالجة إجراء التفاوض الذي جاء سابقا بإسم التراضي في الأمر رقم 90/67 (أولا) ،بعدها في المرسوم رقم 82-145 (ثانيا) ،ثم في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 (ثالثا) ، والرسوم الرئاسي رقم 02-250 (رابعا)، والرسوم الرئاسي رقم 10-236 (خامسا) ، وأخيرا المرسوم الرئاسي رقم 15-247 (سادسا) كآلاتي:

أولا: إجراء التفاوض (التراضي سابقا) في الأمر رقم 67-90 .

يعتبر الأمر رقم 90/67 أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال وقد أورد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 60 من نفس الأمر في فقرتها الأولى الذي عرف التفاوض التراضي سابقا بقوله "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، ومنح الصفقة لمن تختاره منهم"². وعلاوة على الحالات المنصوص عليها في المادة 192 من الأمر رقم 67-24 المؤرخ في 7 شوال عام 1386 الموافق لـ 8 يناير 1967 والمتضمن القانون البلدي فإنه يجوز للهيئات المشار إليها في المادة 191 من الأمر المذكور أن تتعاقد بالتراضي وضمن الشروط المحددة في هذا القسم"³.

¹ قانون رقم 23-12 مؤرخ في 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر عدد 45 صادر في 06 غشت 2023.

² المادة 60 من الأمر 67-90 المؤرخ بتاريخ 09 ربيع الأول 1387 هـ الموافق لـ 17 جوان 1967 ،يتضمن قانون الصفقات العمومية ، صادر بالجريدة الرسمية عدد 52 بتاريخ 19 ربيع الأول 1387 هـ الموافق لـ 27 جوان 1967.

³ : المادة 60 من الأمر رقم 67-90، مرجع سابق.

ثانيا: إجراء التفاوض (التراضي) في المرسوم رقم 82-145¹.

عرف هذا المرسوم أسلوب التفاوض (التراضي) في المادة 27 كما يلي "التراضي هو إجراء يخصص الصفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ولا تستبعد فيه الإستشارة." ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع إتخذ نفس مفهوم التراضي في المادة 60 من الأمر رقم 90/67 التي أشارت إلى أن الإدارة عند قيامها بإجراء التراضي تنظم عند الإمكان المنافسة بوسائلها الخاصة، فمن جهة حرر المصالح المتعاقدة من إجراءات المناقصة دون أن يعفيها من إتباع إجراءات المنافسة، والأمر نفسه بالنسبة للمادة 27 من هذا المرسوم رقم 82-145 ،

وقد تم التنازل على بعض الحرية التي كانت ممنوحة للإدارة في ظل الأمر رقم 90/67، حيث تم التخلي عن مصطلح بحرية، وكذا عبارة لمن تختاره منهم و تم إدراج مصطلح الإستشارة، تتمثل في اللجوء إلى الاستشارة ولو وفق نمط خاص².

وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض (التراضي) حين لا يمكن توفير الخدمات إلا من متعامل معين بسبب الرابطة التكنولوجية المباشرة الموجودة من قبل³.

وبصدور التعديل لسنة 1984⁴ نجده قد نص في المادة 27 من المرسوم رقم 82-145 على "يمكن أن يكتسي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، وتتم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الشكليات الأخرى"، وعلى ذلك فقد أضاف هذا التعديل تحديدا خاصا بأشكال التراضي .

¹ : مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرما المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، صادر في 19 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 13 أبريل سنة 1982.

² : لكصاسي سيد أحمد، "الت ارضي كإجراء إستثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة النمو الإقتصادي وريادة الأعمال، عدد 2، جامعة أدرار، الجزائر، أوت 2019، ص 73.

³ : المادة 44 من المرسوم رقم 82-145، مرجع سابق.

⁴ مرسوم رقم 84-51 مؤرخ في 23 جمادى الأولى عام 1404 الموافق 25 فبراير سنة 1984 ، يعدل و يتم المرسوم رقم 82-145 ،جريدة رسمية عدد 9 ،صادر في 26 جمادى الأولى عام 1404 الموافق 28 فبراير سنة 1984.

ثالثاً: إجراء التفاوض (التراضي) في المرسوم التنفيذي رقم 91-434¹.

نصت المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 على "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، يمكن أن يكتسي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة، وتتم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى".

وهو نفس التعريف في المرسوم رقم 82-145، مع إضافة عبارة "ولا تستبعد فيه الإستشارة"²، غير أن المرسوم التنفيذي رقم 91-434 جسد وجوب الاستشارة في مادة مستقلة هي المادة 39 التي جاء فيها "اللجوء إلى التراضي لا يعني المصلحة المتعاقدة من القيام بشكليات الاستشارة مقدماً".

ونسنتج أن هذا المرسوم إستبعد حالة إسناد الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار تنفيذ عقود حكومية مشتركة من حالات اللجوء إلى التفاوض (التراضي).

¹ : مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 9 نوفمبر سنة 1991، يتضمن تنظيم

الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57، صادر في 6 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 13 نوفمبر سنة 1991.

² شريفي الشريف، مرجع سابق، ص 62.

رابعاً: إجراء التفاوض (التراضي) في المرسوم الرئاسي 02-250 .

المرسوم الرئاسي رقم 02-250 منح الأولوية في إبرام الصفقات العمومية لإجراء المناقصة وجعله القاعدة العامة في ذلك، من خلال المادة 20 التي نصت على أنه "تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو بإجراء التراضي" وهو ما يتماشى مع هاته الفترة التي خصصت لها ميزانية معتبرة من أجل تجسيد المشاريع التنموية والنهوض بمختلف القطاعات .

وأشارت المادة 22 من المرسوم الرئاسي 02-250 "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة" .

خامساً: إجراء التفاوض (التراضي) في المرسوم الرئاسي رقم 19-236¹ .

أبقى المشرع الجزائري على التعريف نفسه الوارد في نص المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 دون أي تعديل على مختلف قوانين الصفقات العمومية مع إضافة عبارة واحدة في المادة 27 منه ليصبح تعريف التراضي " إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو بعد الإستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة والملائمة" .

سادساً: إجراء التفاوض (التراضي) في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

عرف التفاوض بإسم التراضي في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وفق المادة 41 منه التي جاء فيها "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة" ، وقد حددت أشكاله وحالاته أو مبررات اللجوء إليه ضمن أحكام المادتين 49 و50 .
ونشير إلى أن هذا المرسوم جاء بعد عدة قوانين وتعديلات في مجال الصفقات العمومية.

¹ : مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، صادر في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010.

الفرع الثاني: إجراء التفاوض في القانون الساري المفعول 23-12 .

إعمالا لنص المادة 139 في فقرتها العاشرة من التعديل الدستوري لعام 2020 والمتضمن نقل اختصاص الصفقات العمومية من التنظيم إلى التشريع، صدر القانون رقم: 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 يحدد القواعد العامة للصفقات العمومية، على خلاف ما كان سائدا قبل ذلك عندما كانت السلطة التنظيمية هي من تتولى بصفة مطلقة تنظيم هذا الاختصاص و يفسر ذلك للعديد من الاعتبارات لهذا جاءت هذه الدراسة لشرح و توضيح هذا القانون مع تسليط الضوء على أهم ما اتصف به هذا القانون بصفة عامة أو خاصة و القيمة التشريعية التي سيضيفها على هذا المجال الهام لإبرام الصفقات العمومية ، لما له من اتصال وثيق بإشباع الحاجات العامة وتحقيق الانعاش الاقتصادي الوطني و ضبط إنفاق المال العام لتحقيق التنمية الاقتصادية.

المبحث الثاني: أنواع إجراء التفاوض في الصفقات العمومية.

إذا كانت الإدارة تفقد حريتها في إبرام العقد وفي إختيار المتعاقد عند العمل بأسلوب المناقصة نظرا للقيود الشكلية و الإجرائية التي تلزم بمراعاتها عند العمل به فإنها تستعيد تلك الحرية من خلال العمل بوسيلة أخرى أكثر مرونة و بأسلوب اخر إستثنائي يعفيها من التقيد بشكليات و إجراءات المناقصة العامة و هو أسلوب التراضي¹ ، التفاوض حاليا وقد خضع لعدة تعديلات و في هذا المبحث سنتطرق لأنواع التفاوض في الصفقات العمومية بدءا ب التفاوض المباشر في المطلب الأول ثم التفاوض بعد الاستشارة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التفاوض المباشر في الصفقات العمومية.

يعد التفاوض المباشر الإستثناء في مجال إبرام الصفقات العمومية، حيث سنتطرق لتعريف إجراء التفاوض المباشر في الصفقات العمومية في الفرع الأول، بعدها نحدد حالات اللجوء إليه في الفرع الثاني .

¹ بوعمران عادل النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ،دراسة تشريعية، فقهية وقضائية ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2010 ص104

الفرع الأول: مفهوم التفاوض المباشر.

التفاوض المباشر أو كما كان يطلق عليه سابقا بالتراضي البسيط نظام يسمح للإدارة بالتفاوض مباشرة مع المتعاقد معها دون اللجوء إلى إجراءات طلب العروض، فهو أسلوب بترك للإدارة الحرية في اللجوء إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد، وقد كان التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية يطلق على التفاوض المباشر تسمية التراضي البسيط إلا أنه بعد صدور القانون رقم 23-12 تغيرت تسمية هذا الإجراء لتصبح التفاوض المباشر، ونرى أن هذه التسمية أصح بالنظر لإجراء التفاوض الذي يطغى على هذا النوع من الإجراء، فالمصلحة المتعاقدة تتفاوض مع المتعامل المتعاقد بغرض التوصل إلى عقد يرضي الطرفين، وقد تطول هذه المرحلة إلى غاية التوصل إلى وضع بنود ترضي الطرفين، في حين أن تسمية التراضي البسيط قد تعكس مفهوما آخر وهو الرضاء بالعقد وقبول إبرامه دون وجود تفاوض بين طرفيه.

عرف المشرع الجزائري إجراء التفاوض بموجب المادة 40 من القانون 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، على أنه: "إجراء تخصيص صفقة لمتعامل إقتصادي واحد، دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، وهونفس التعريف الذي كان وارد ضمن نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فيما يخص التراضي البسيط. من خلال تعريف إجراء التفاوض المباشر نصل إلى القول أن هذا الأسلوب يحقق بساطة الإجراءات والسرعة وربح الوقت عن طريق التفاوض مع شخص بعينه، وبالمقابل يقوم على استبعاد مبدأ المنافسة الأمر الذي يمكن أن يؤثر على مبدأ الشفافية في مثل هاته الصفقات، كما أنه يمس بمبدأ العدالة والمساواة بين المتنافسين، والتقليل من إمكانية الحصول على أحسن العروض .

الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التفاوض المباشر.

عدد المشرع الجزائري الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض المباشر على سبيل الحصر ضمن المادة 41 من القانون 23-12، ويمكن تصنيف هذه

الحالات إلى حالات كانت واردة مسبقا في المرسوم الرئاسي 15-247 وتم الإبقاء عليها ضمن التعديل الجديد.

تتمثل هذه الحالات في :

أولا: حالة الوضعية الإحتكارية لمتعامل.

وهي الحالة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 والمادة 41 من القانون 12-23 التي نصت على " عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية أو لحماية حقوق حصرية أو لإعتبرات تقنية أو لإعتبرات ثقافية وفنية ،وتوضح الخدمات المعنية بالإعتبرات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية".

وقد جاءت هذه الفقرة أكثر تفصيلا و توضيحا من سابقتها في المرسوم الرئاسي لسنة 2010، حيث أورد المشرع الإعتبرات الثقافية والفنية ولم تكن سابقا مشمولة بالنص .

والطابع الإحتكاري هو الذي يبرر اللجوء إلى التفاوض المباشر إعتبارا أن الخدمة التي تطلبها الإدارة المتعاقدة لا يلبىها إلى مؤسسة احتكارية واحدة، فلهاذا نشدد على المصلحة المتعاقدة ونلزمها بالإجراءات الشكلية وتتحمل إجراءات طلب العروض، في حين هناك متعهد واحد يلبي الخدمة المطلوبة، أو يتوفر على القدرات التقنية التي تشترطها المصلحة المتعاقدة¹.

ففي بعض الأحيان لا يمكن أن ننفذ بعض الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد وهذا راجع لسببين هما:

¹ : عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة ، مرجع سابق، ص223.

1- إحتكار متعامل إقتصادي للتقنية أو الطريقة بشكل لا يمتلكه متعامل آخر.

في البداية نعرف الإحتكار و نطلق عليه أيضا الهيمنة كما جاء في المادة الثالثة 03 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة¹ بأنها "هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطييا إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو مموليتها" ومنه فإن هذه الحالة تحدد لنا أنه قد يكون هناك متعامل إقتصادي يقوم ب نشاطات بصفة منفردة إلى حد معين لا يمكن للمتعاملين الآخرين القيام بها، نظرا للطابع الإحتكاري الذي يميزه، وهذا يعني أنه في أسلوب التفاوض إذا كان متعامل ما يملك احتكار التقنية أو الطريقة بشكل لا يمتلكه متعامل آخر، يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة إلى هذا المتعامل المحتكر كونه الوحيد الذي يلبي شروط الخدمة.

2- وجود حقوق حصرية أو إعتبرات تقنية أو لوجود إعتبرات ثقافية وفنية ومالية.

يمكن أن يكون لمعامل ما حقوق حصرية في سوق معينة ولا يوجد منافس له ، بمعنى أن المتعامل الإقتصادي يحصل على رخصة أو إمتياز حصري من المصلحة المتعاقدة لتمويل سوق معينة²، في هذه الحالة تكون هيمنتته للسوق قانونية و بالتالي فالمصلحة المتعاقدة تلجأ مباشرة إليه لعلمها مسبقا أنه صاحب هذه الحقوق، وأنه المتعامل الوحيد القادر على هذه الخدمات وبالتالي فالمصلحة تتوجه للتعاقد معه مباشرة دون لترخيصها من المشرع دون الإلتزام بالدعوة الشكلية للمنافسة.

و يمكن أيضا اللجوء إلى التفاوض المباشر في حالة إفراد المتعامل بالإعتبرات و المعايير التقنية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، لأنه لا فائدة في هذه الحالة من إجراءات الإعلان والدعوة للمنافسة مادام هناك متعامل واحد فقط يلبي شروط التعاقد لتفرد بالمواصفات التقنية اللازمة التي تشترطها المصلحة المتعاقدة، و نكون أمام هذه الحالة إذا تم التعاقد مع شخص على تجهيزات ذات تعقيدات كبيرة واشترطت عليه الصيانة على أساس أنه الوحيد الذي يتعامل

¹ : أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، صادر في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو سنة 2003، معدل ومتمم.

² إسماعيل بن عمار، قانون الصفقات العمومية، دار النبع الصافي، بومرداس، 2016، ص 34.

مع هذا النوع من التجهيزات، فهنا يكون أسلوب التفاوض هو الأنسب ربما للوقت والمصاريف الناجمة عن إجراءات الدعوة الشكلية للمنافسة¹.

خصص القانون 12-23 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لأول مرة هذه الحالة في نص المادة 43 التي جاء فيها "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين و المتعهدين التقنية و المهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية"² وبالتالي فاللجوء إلى متعامل وحيد أصبح مبررا و قانونيا وأحسن المشرع خصص وحدد الخدمات المعنية بالإعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وأسند الأمر لأهل الإختصاص الفني والمالي ما يساهم في الحصر الدقيق لهذه الخدمات.

وبالتالي فتطرق المشرع للإعتبارات التقنية و المهنية والمالية يفتح الباب للمنافسة ، ويجعل المتعاقدين يسعون لتطور والتفرد في سوق العمل و بالمقابل يجب ضبط هذا الأسلوب لاستبعاده للمنافسة التي تخالف مبدأ المساواة، وبالتالي فالمشرع الجزائري حرر الإدارة من الخضوع لإجراءات طلب العروض، بل وحتى الإستشارة في هذه الحالة طالما ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط، وتوافرت فيه المواصفات التقنية أو الثقافية أو الفنية المطلوبة، ونتخطى إجراءات الإعلان أو إلزام الإدارة طلب العروض ، لأنه يوجد متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة³.

ثانيا: حالات الإستعجال الملح.

إن الإستعجال في القانون الجزائري هو قضاء إستثنائي يقصد به دفع الخطر الداهم عند توافر الإستعجال الذي يلزم درؤه بسرعة ولا يتوفر هذا في القضاء العادي.

إن في حالات الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذه الحالة لا يكفي أن يكون الخطر محتملا للجوء الى التفاوض، بل يجب أن يكون خطرا محققا و ظاهرا. وقد لفظ الإستعجال في عدة قوانين، ففي نص المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية

¹ : بن دعاس سهام، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص45.

² المادة 43 من القانون 12-23 المؤرخ في 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر. صادر في 06 غشت 2023.

³ : عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص224.

والإدارية¹ نجد "...في جميع أحوال الإستعجال"...، وفي المادة 919 نجد "...متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك"... وحتى المادة 171 مكرر من القانون القديم لم تعرف حالة الإستعجال تاركة المجال للإجتهد القضائي ليحدد مفهوم الإستعجال حالة بحالة². أما في قانون المنافسة فقد عرف الإستعجال عندما تسبب الممارسات المنافية للمنافسة ضررا محدقا حيث لا يمكن إصلاحه³، و يجب علينا عدم الخلط بين الإستعجال و الضرورة فالإستعجال هو الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا و حالة الإستعجال تكون قائمة على كل ما ينتج عن التأخير في الفصل في النزاع ضررا لأحد الأطراف⁴، وقد ربط الكثيرون الإستعجال بالخطر الداهم.

و قد عرف القضاء المصري الاستعجال: "إذا ما لحق بالحق خطر حقيقي يجب منعه بسرعة لا تتوفر في القضاء العادي"⁵، وهذا ما أكدته حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الذي قضى بأنه "مناطق الفصل في الطلب المستعجل يقتضي من المحكمة النظر في توافر عنصر الإستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطالب به، بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها أو الضرر المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه"⁶.

تبنى مجلس الدولة الطابع الجسيم والحال للضرر هو سبيل الكشف الحالي للإستعجال⁷، هذا فالإجتهد القضائي الجزائري يعتبر فكرة الإستعجال من مسائل الواقع تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة.

¹ قانون رقم 08-09 المعدل المتمم 22-18 مؤرخ في 18 صفر عام 1929 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادر في ربيع الثاني عام 1929 الموافق لـ 23 أبريل 2008.

² غني أمينة، الإستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص الإجراءات والتنظيم القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، وهران، 2012، ص 31.

³ المادة 46 من الأمر رقم 03-03، مرجع سابق.

⁴ بلعابد عبد الغني، الدعوى الإستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المؤسسات السياسية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 12.

⁵ زريق برنان، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، ب.د.ن، سوريا، 2017، ص 14.

⁶ بلعابد عبد الغني، مرجع سابق ص 14.

⁷ محمودي فاطمة، "القرارات الفاصلة في الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص 957.

وتتمثل حالة الاستعجال الملح في الوضعية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ملحة و سريعة لخدمة يتوقف عليها نشاطها ولا يمكنها أن تتبع معها إجراءات الإبرام العادية لأن ذلك سيعرقل نشاطها حتما¹ ، إذ يتقرر لها مع هذا الوضع إبرام الصفقة بطريق التفاوض المباشر بشرط عدم توقعها للظروف المسببة للإستعجال و كذا عدم تسببها في تحقق حالة الإستعجال بمناورات للمماطلة من قبلها.

وقد تختلف هذه الاحتياجات في مظهرها الغير متوقع عن الإحتياجات الأخرى ، وقد يدخل ضمن هذه القائمة على سبيل المثال، الأغذية و الأدوية و الوقود ، غير أنه يستشف من هذه المادة ، أن التمويل الدوري من هذه الإحتياجات أو تجديد المخزون منها لا يدخل ضمن هذه الحالات².

ويكون الاستعجال أيضا لضمان توفير حاجات السكان الأساسية إذ في هذه الحالة فإن الإدارة في حاجة لمادة أو منتج معين تسعى ، و بحكم الظروف المستعجلة إيصاله للسكان في وقت قياسي³ ، كأن يتعلق الأمر بفيضانات أو زلازل أو...

- شروط الإستعجال الملح.

نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وفي المادة 41 من القانون 23-12 بقولها "في حالة الإستعجال الملح المعلن بوجود خطر 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 ابرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناوارة للمماطلة من طرفها" وهذه الشروط هي :

¹ المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

² عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 199

³ خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع القبة القديمة ،الجزائر 2011 ص27.

- أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يتعرض له الملك أو الإستثمار و و يجب أن يكون الخطر محققا ظاهرا، أو خطرا محققا¹، وذلك لمواجهة أي خطر يمس ملك المصلحة المتعاقدة أن تتبع إجراءات إبرام الصفقة العادية وتحمل الإجراءات الشكلية في ظل مدهامة ذلك الخطر، فطابع الصفقة وموضوعها يأبى التكيف مع الإجراءات الطويلة والعادية، لذا تعين تطبيق الإستثناء بدل القاعدة².

وأن لا يكون الخطر محتملا للجوء إلى التفاوض .

- أن يتجسد الخطر في الميدان فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التفاوض المباشر إذا كان الخطر موجودا لكنه غير محقق في الميدان ،و للمصلحة المتعاقدة حق تقدير وجود الخطر، وبالتالي فهي ملزمة بتبرير اختيارها للتفاوض عند مختلف أنواع الرقابة الممارسة عليها³، في ظل البحث عن الشروط الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، إختيار كيفية الإبرام⁴.

- عدم إمكانية تكيف الخطر مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية فإذا كان بوسع المصلحة المتعاقدة البدء في الإجراءات والإنتهاء منها دون تحققه على أرض الواقع فهي ملزمة بالدعوة إلى المنافسة واحترام إجراءاته.

- عدم توقع المصلحة المتعاقدة للظروف المسببة لحالة الإستعجال أي أن تكون الحالة و الطارئ المسبب للإستعجال غير متوقع و بصورة مفاجئة، وهذا لضبط الإدارة للعمل في مجال التعاقد بالقاعدة العامة ألا وهي طلب العروض⁵.

¹ : خرشي النوي، تسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص166.

² : عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص225.

³ المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁴ : المادة 59 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

⁵ : عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص225.

- ألا يكون اللجوء إليه نتيجة مناورات للمماطلة من طرف الإدارة و لكي لا يكون تحقيق لمصالح خاصة تؤثر على نزاهة التعاقد، وبالتالي ينتفي معها عنصر الإحتيال وتوجيه مسار الصفقة¹.

ثالثا: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية.

نصت عليها الفقرة 4 من المادة 41 بقولها "في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها".
قد بين المشرع في المادة أعلاه أنه في حالة إستعجالية رخص تمويل السكان بالمواد ذات الإستهلاك الواسع الضرورية والتي يجب إيصالها للسكان ولا تتحمل التأخير مثل الكوارث الطبيعية كالزلازل و الفياضانات أو في حالات طارئة أخرى ، فتلجأ المصلحة المتعاقدة لممول أو مجموعة من الممولين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بغرض التكفل بأعباء الخدمة العامة².

والمشرع قد إشتراط أيضا أن تكون الظروف التي استوجبت هذا الإستعجال غير متوقعة من الإدارة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، وذلك لسد الباب على كل وضعية مشبوهة أو إبرام صفقة بطرق احتيالية واستغلال الأحكام الإستثنائية³.

¹ : عبيد ريم، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2006، ص 111.

² : عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 198.

³ : المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

رابعاً: حالة تعلق الأمر بمشروع ذو أولوية وأهمية وطنية طابعا إستراتيجيا.

نصت الفقرة 5 من المادة 41 من القانون 23-12 التي جاء فيها "عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الإستعمال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.00 دج ، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

بما أن الدعوة إلى المنافسة والإجراءات المتبعة فيها لا تؤدي سوى إضاعة الوقت والجهد¹، وبما أن المشرع جعل من المشاريع ذات الأولوية تكتسي طابعا إستراتيجيا ، وحاول قدر الإمكان حماية هاته المشاريع من مختلف التلاعبات في مجال الصفقات العمومية من خلال تقييد دور المصلحة المتعاقدة في هذا المجال من خلال إشتراط الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.00 دج ، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر، ورغم ذلك تبقى هذه الحالة غامضة².

خامساً: حالة ترقية الإنتاج أو الأداة الوطنية للإنتاج.

تضمنت الفقرة 6 من نص المادة 41 التي جاء فيها "عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج. وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الإستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.00 دج ، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

¹ عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 228.

² حمادي نوال، مرجع سابق، ص 288.

إن المشرع في هذه الحالة إشتراط الموافقة المسبقة من مجلس من الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.00 دج ، والى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السابق، وبذلك فهي تشترك مع حالة إكتساء المشروع ذو الأولوية والأهمية الوطنية طابعا استعجاليا من حيث الإجراءات.

سادسا: حالة منح مؤسسة عمومية بنص تشريعي أو تنظيمي حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

تضمنت الفقرة 7 من المادة 41 القانون 23-12 مايلى "بالنسبة للصفقات العمومية المبرمة من طرف المصالح المتعاقدة مع مؤسسة عمومية مذكورة في المادة 9 (المطة الأخيرة) من هذا القانون، عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي لهذه المؤسسة حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطاتها مع الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام المذكورة في المادة 9 من هذا القانون" .

سابعا: حالة ترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في مجال الرقمنة والابتكار
(المستحدثة بموجب القانون 23-12)

تضمنت الفقرة 2 من المادة 41 مايلى "عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة ، كما هي معرفة بموجب التشريع و التنظيم المعمول بهما، مقدمة الخدمات في مجال الرقمنة و الابتكار، بشرط أن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة" نظرا للدور الذي تلعبه المؤسسات الناشئة في تجسيد الاستراتيجية الوطنية للتحويل الرقمي، فقد منح المشرع للمؤسسة الناشئة مركزا خاصا في التعامل معها، حيث سمح المشرع للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى إجراء التفاوض المباشر عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة، كما هي معرفة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، شرط أن تكون مقدمة للخدمات في مجال الرقمنة والابتكار، وأن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة لكي تتمكن المصلحة المتعاقدة من اللجوء إلى التفاوض المباشر في إبرام الصفقة العمومية مع المؤسسة الناشئة، لابد أن تتأكد من أن هذه المؤسسة حاملة لعلامة مؤسسة ناشئة، وهي علامة تمنح لمدة أربعة (04) سنوات من طرف اللجنة الوطنية لمنح علامة مؤسسة ناشئة، للمؤسسة التي تتوفر على الشروط التالية:

- يجب ألا يتجاوز عمر المؤسسة 8 سنوات .

- يجب أن يعتمد نموذج أعمال المؤسسة على منتجات أو خدمات أو نموذج أعمال أو أي فكرة مبتكرة.

- يجب ألا يتجاوز رقم الأعمال السنوي المبلغ الذي تحدده اللجنة الوطنية .

- أن يكون رأسمال الشركة مملوكا بنسبة 50% على الأقل من قبل أشخاص طبيعيين أو

صناديق إستثمار معتمدة أو من طرف مؤسسات أخرى حاصلة على علامة مؤسسة ناشئة.

- يجب أن تكون إمكانيات نمو المؤسسة كبيرة بمافيه الكفاية.

- يجب أن لا يتجاوز عدد العمال 250 عامل¹ .

تحصل المؤسسة على علامة مؤسسة ناشئة بعد أن تقوم بتقديم طلب عبر البوابة الإلكترونية

الوطنية للمؤسسات الناشئة مرفقا بالوثائق الثبوتية وتنشر قرارات منح علامة مؤسسة ناشئة في

البوابة الإلكترونية الوطنية للمؤسسات الناشئة² وهذا النشر سيسهل على المصلحة المتعاقدة

التأكد من حصول المؤسسة على علامة مؤسسة ناشئة.

ثامنا: حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية والكوارث التكنولوجية أو الطبيعية

تضمنت الفقرة 3 من المادة 41 مايلي". أو في حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية

والكوارث التكنولوجية أو الطبيعية..." لم تكن حاله الطوارئ المرتبطه بالأزمات الصحيه

والكوارث التكنولوجيه او طبيعيه وارده ضمن الحالات التي تسمح للمصلحه المتعاقده باللجوء

الى اضراب الصفقات العموميه بموجب اجراء التراضي البسيط حيث كانت فقره الثانيه من

الماده 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تنص في فقرتها الثانيه على "حاله الإستعجال

الملح المعل بوجود خطر يهدد استثمارا او ملكا للمصلحه المتعاقده او الامن العمومي او

بخطر داهم يتعرض له ملك او استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكيف مع اجال

اجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن بوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف

المسببه لحاله الاستعجال وان لا تكون نتيجة لمناورات للمماطله من طرفها ،وبصدور القانون

12-23 تم الإبقاء على حاله السالفة الذكر في فقره السابقه ،مع إضافه حاله الطوارئ

المرتبطه بالأزمات الصحيه والكوارث التكنولوجيه أو الطبيعيه في محتوى نفس الفقره ، فالمشرع

¹ أنظر المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 20-254 مؤرخ في 15 سبتمبر سنة 2020، يتضمن إنشاء لجنة وطنية لمنح علامة

ناشئة، ومشروع مبتكر ، وحاضنة أعمال ، و تحديد مهامها و تشكيلتها و سيرها ، صادر في 21 سبتمبر 2020 .

² المادة 15 من مرسوم تنفيذي رقم 20-254 مرجع سابق.

أصبح يأخذ بعين الاعتبار هذه الحالة للسماح للمصلحة المتعاقده بالتعاقد عن طريقه التفاوض المباشر.

يعود سبب إضافه المشرع لحالة الطوارئ المرتبطه بالأزمات الصحيه ضمن الحالات التي يجوز فيها للمصلحة المتعاقده التعاقد عن طريق التفاوض المباشر إلى التجربة التي مرت بها الجزائر على غرار باقي دول العالم خلال فترة إنتشار وباء كورونا ، وما خلقتة الأزمه على مستوى كل المجالات، مم استدعى أخذ الظروف المحيطة بها بعين الاعتبار عند إبرام الصفقات العموميه خلال الفترات المشابهه بها والتي قد تمر بها البلاد في أي وقت دون سابق إنذار.

المطلب الثاني: التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية.

سنتعرض في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم التفاوض بعد الإستشارة في الفرع الأول ثم نتطرق إلى حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم التفاوض بعد الإستشارة.

هو شكل من أشكال التفاوض المنصوص عليه في نص المادة 40 من القانون 12-23 المؤرخ في 05 غشت 2023 وجاء فيها " إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة ويمكن أن يكتسي إجراء التفاوض شكل التفاوض المباشر أو التفاوض بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة يسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار و شروط تنفيذ الصفقة العمومية"

لم يعرف المشرع الجزائري التفاوض بعد الإستشارة بنص قانوني واكتفى بذكر الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض بعد الإستشارة.

يمكن أن نعرف إجراء التفاوض بعد الإستشارة بأنه : الإجراء الذي تبرم بموجبه المصلحة المتعاقدة الصفقة بعد إستشارة مسبقة تسمح بدراسة وضعية السوق و إمكانيات المتعاملين الإقتصاديين المتقدمين لها.

و يفهم من مصطلح الاستشارة أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بإتباع إجراءات سابقة على تعاقدها في إبرام الصفقات العمومية، وتحتل هذه الإجراءات مكانا وسطا بين طلب العروض والتفاوض المباشر، فالمصلحة المتعاقدة في هذه الحالة لا هي مقيدة وملزمة مثل ما هو عليه الحال في إجراء طب العروض، ولا هي تتمتع بذلك القدر من الحرية النسبية عند إبرام صفقات عن طريق التفاوض المباشر¹.

لم يكن لفظ التفاوض بعد الإستشارة واردا في المراسيم والقوانين السابقة، وكان يعرف بالتراضي بعد الإستشارة وهذا في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247 " ...ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة... "وتقابلها المادة 40 من القانون المعدل 12-23 التي نصت على " ...ويمكن أن يكتسي التفاوض شكل التفاوض

¹: لكصا سي سيد أحمد، مرجع سابق، ص 76.

المباشر أو شكل التفاوض بعد الإستشارة، وتتظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

يتضح من نص المادة 40 أعلاه أن المشرع لم يقدم تعريفا لإجراء التفاوض بعد الإستشارة واكتفى بجعله شكلا من أشكال التفاوض، وجعل تنظيم هذه الإستشارة يكون بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الدعوة الشكلية للمنافسة، بل من خلال اللجوء إلى الاستشارة المسبقة والتي تتم بكافة الوسائل المكتوبة وبدون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار. مما سبق يمكن القول أن التفاوض إجراء إستثنائي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة بإختيار المتعاقد معها، متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب طلب العروض بأشكاله المختلفة، أي هو ذلك الإجراء الهادف إلى تخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة¹.

وهذا الشكل من التعاقد يمكن المصلحة المتعاقدة من حصر إستشاراتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين²، و يسهل ويبسط الإجراءات مقارنة مع طلب العروض إذ تجد الإدارة في هذه الطريقة الحرية والمرونة الكافية في إختيار المتعاقد معها، فإذا كانت الإدارة المتعاقدة في التفاوض المباشر تلجأ لإبرام الصفقات عن طريقه فإنها في هذا الأسلوب يجب عليها استنفاد إجراءات الاستشارة³، لكنه بالرغم من ذلك فهذه الصيغة توسع من السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة كون المتعاملين المتعاقدين معروفين مسبقا مما قد يؤدي إلى تعسف المصلحة المتعاقدة بإستشارة متعاملين دون غيرهم استنادا إلى إعتبرات ذاتية، الأمر الذي يمس بمبدأ نزاهة المنافسة⁴.

1 : فاضل إلهام، تكريس مبدأ الإشهار في مجال الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، الملتقى الوطني حول: الإطار القانوني لعقود الإشهار التجاري و آثارها على الاقتصاد الوطني والمستهلك، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمية، يوم 5 ديسمبر 2018، ص7.

2 : المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع سابق.

3 : خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015، ص110.

4 : تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص102.

الفرع الثاني: حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة.

حدد المرسوم القانون 12-23 المؤرخ في 05 أوت 2023 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام في نص المادة 42 خمس حالات تتمثل في :

أولاً: عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.

جاء في نص الفقرة الأولى من نص المادة 42 من القانون 12-23 "عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية"، فتنحصر هذه الحالة عندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب طلب العروض بإعتباره الأصل، وفي حالة عدم جدوى هذا الأسلوب للمرة الثانية فإنه يمكنها التحول من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التفاوض بعد الاستشارة.

*في حالة عدم إستلام أي عرض من أي متعامل، فيتوجب على المصلحة المتعاقدة إعادة العملية من جديد وهي ملزمة بالإعلان للمرة الثانية بنفس الكيفية السابقة، وفي هذه الحالة عدم إستلام أي عرض يمكنها اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة¹.

*في حالة إعلان المصلحة المتعاقدة أن العروض المقدمة لا تطابق موضوع الصفقة أو محتوى دفتر الشروط بعد تقييم العروض أي أن تقدم العديد من العروض لكنها إما أنها غير مطابقة لموضوع التعاقد أو غير مستوفاة للشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط، فلا تقبل المصلحة أي منها لعدم المطابقة.

*في حالة عدم إمكانية إيجاد التمويل اللازم للحاجات ففي هذه الحالة لها إلغاء طلب العروض بناء على فكرة الصالح العام، ولها ذلك في أي مرحلة من مراحل الإبرام ولو كانت أمام منح مؤقت للصفقة دون حق المطالبة بالتعويض من قبل المتعهدين الذين قدموا عروضهم².

وأجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة استعمال نفس دفتر شروط طلب العروض باستثناء³:

-كفالة التعهد

-كيفية الإبرام

-الإلزامية نشر الإعلان في طلب العروض

1 : المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع سابق.

2 : المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

3 :وهيبة لعلي ، التراضي كوسيلة التعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر، تخصص قانون إداري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015 ، ص 23.

ثانيا: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض.

نصت الفقرة 2 من نص المادة 42 على "في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات." فهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة اللجوء لأسلوب التفاوض بعد الإستشارة، وترجع هذه الخصوصية إما لموضوعها وإما لعدم تحقق عنصر المنافسة فيها بالشكل الكافي¹.

ومن خلال المادة أعلاه في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض، لقد وردت في هذه الحالة بشكل عام ومطلق، وهنا إذا لجأت الإدارة المعنية لأسلوب التفاوض بعد الإستشارة بعنوان توافر هذه الحالة، وقع عليها عبء الإبتعاد عن طلب العروض و إبراز خصوصية صفقة الدراسات و اللوازم و الخدمات، ونشير هنا أن هذه الحالة لا تخص عقد الأشغال نظرا لاكتفاء النص بصفقة الدراسات واقتناء اللوازم و الخدمات فلا تنطبق على غيرها، ويعتبر هذا الإجراء إجراء مبهما، يقيد سلطة الإدارة عن طريق ترك تحديد قائمة الخدمات و اللوازم للوزير المكلف بالمالية.

¹: بورعدة حورية" طرق ومراحل إبرام الصفقات العمومية بناء على المرسوم الرئاسي 15-247"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد الخامس، جامعة تلمنراست، الجزائر، جوان 2019، ص 108.

ثالثا: في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة.

نصت الفقرة 3 من نص المادة 42 على " في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة "

بالنسبة لصفقات الأشغال التابعة لمؤسسات وطنية سيادية قد ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة دون تحديد و ضبط¹.

إلا أنه يمكن القول أن اعتبار هذه الحالة من حالات التفاوض بعد الإستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة و السرية، إذ تخص الأمن و الدفاع الوطني . فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى و عملية النشر عن طريق طلب العروض² .

ومن هنا نستنتج أن هذه الحالة تتعلق فقط بعقد الأشغال العامة دون سواها، وهو من العقود التي تتحمل عنصر الزمن، والتي تفرض الطابع السري نظرا لتعلقها و اتصالها بالقطاع السياسي فهذا يتوجب يتوجب اتخاذ شكل و أسلوب بعد الإستشارة³

ونجد أنه لم يكن هناك داعي لهذا التحديد الذي يضع المؤسسات السيادية للدولة عرضة للنقد والشبهات.

رابعا: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم اجال طلب عروض جديد.

نصت الفقرة 4 من نص المادة 42 على " في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع اجال طلب عروض جديد " هذه الحالة تكون الصفقات التي تم التعاقد بشأن موضوعها عن طريق طلب العروض بإعتباره ، ولسبب ما تم فسخ التعاقد إما لتقصير من المتعاقد أو لأسباب قد تتعلق بالمصلحة العامة، فإذا تم فسخها بعد أن أبرمت في بادئ الأمر عن طريق طلب العروض فإنه في الحالة الثانية إذا لم تكن طبيعتها تتلاءم

¹ محمد شريط، مرجع سابق، ص 174 .

² نادية تياب ، مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون إداري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013 ، ص 114 .

³ عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية ، المرجع السابق، ص 23.

وطلب العروض خاصة فيما يتعلق بالإجراءات التي تحكم التعاقد، من خلاله يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى أسلوب التفاوض بعد الإستشارة.

و قد ذكرنا سابقا أن اللجوء للتفاوض بعد الاستشارة يكون بعد الفسخ وهنا نتساءل هل تشكل حالة الفسخ من جانب واحد، دون خطأ من المتعامل المتعاقد كأساس للجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة، ثغرة تخول المصلحة المتعاقدة التهرب من إجراء طلب العروض والمساس بمبدأ المنافسة؟

يزداد هذا التساؤل إلحاحا إذا نظرنا إلى السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة لتقرير أن طبيعة الصفقة لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد¹.

خامسا: حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أوهبات.

نصت الفقرة 5 من نص المادة 42 على " في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أوهبات عندما تنص إتفاقات التمويل السالفة الذكر على ذلك. و في هذه الحالة ، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحصر الإستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط في الحالة الأولى، أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى "

فبالنسبة للعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون حكومي و علاقات ثنائية بين دولتين عندما يتعلق الأمر بتمويلات و إمتيازات وتحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات، فهني تلتزم الإدارة المتعاقدة بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للعرض و تتجلى المحكمة في ذكر هذه الحالات من حالات اللجوء إلى التفاوض(التراضي) في تكريس واحترام التزامات الدولة ذات الطابع الخارجي².

¹ : بوزيد بن محمود، مرجع سابق، ص198.

² :المادة 51 ، الفقرة 5 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، المرجع السابق .

خلاصة الفصل

الملاحظ في هذا الفصل أن المشرع الجزائري أتى بمختلف التعديلات بحيث دقق بكل كلمة موجّهة للمصلحة المتعاقدة و حرص على تحديد الإطار القانوني لإجراء التفاوض وهذا ب : تعريفه وتحديد أشكاله وحالات اللجوء إليه، فجعله ذلك الأسلوب الإستثنائي الذي يخصص صفقة لمعامل إقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، وبالتالي تحرير المصلحة المتعاقدة من الإجراءات والقيود الشكلية المتبعة في إجراء طلب العروض دون أن يترك لها الحرية المطلقة في ذلك، فهي مقيدة بنص القانون.

ولاحظنا أيضا في هذا الفصل أن المشرع الجزائري أعطى أهمية كبيرة لإجراء التفاوض منذ صدور أول قانون ينظم الصفقات العمومية إلى غاية صدور القانون 23-12 الساري المفعول المنظم للصفقات العمومية، حيث توالى التعديلات والتحيينات قصد حماية المال العام من الفساد عن طريق هذا الإجراء باعتبار أن مجال الصفقات هو مجال خصب للكثير من التلاعبات.

كما نظم المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقات العمومية وطورها لتواكب التطورات و التغييرات و حتى الأزمات عبر الجزائر و العالم .

و وفق كل ذلك حددت أشكال التفاوض في شكلين هما : التفاوض المباشر الذي تنعدم فيه المنافسة تماما، والتفاوض بعد الإستشارة الذي يقوم على حد أدنى من المنافسة ، ونص على الحالات التي تلجأ فيها الإدارة العامة إلى كل شكل من الشكلين المذكورين.

الفصل الثاني

إجراءات إبرام الصفقات

العمومية عن طريق التفاوض

لم يتطرق القانون رقم 23-12 للإجراءات اللازمة في حالة إبرام صفقة عمومية بأسلوب التفاوض بشكله التفاوض المباشر والتفاوض بعد الإستشارة بصورة محددة، و إنما نص على الإجراءات الواجب إتباعها بصورة عامة في جميع أساليب إبرام الصفقات العمومية و عليه سنتطرق لتلك الإجراءات وفق المرسوم الرئاسي 15-247 الذي يوضح أن المصلحة المتعاقدة في حالة إبرامها لصفقة عمومية عن طريق أسلوب التفاوض تتبع إجراءات غير تلك المتبعة في القاعدة العامة فوق أسلوب طلب العروض ، وقد نظم المشرع هذه الإجراءات حسب كل شكل فذكر إجراءات التفاوض المباشر (التراضي البسيط) في نص المادة 50 من المرسوم السابق الذكر، في حين إجراءات التفاوض بعد الإستشارة (التراضي بعد الإستشارة) في المادة 52 منه . و بناء على ذلك خصصنا هذا الفصل لمعالجة إجراءات التفاوض المباشر في المبحث الأول وإجراءات التفاوض بعد الإستشارة في المبحث الثاني.

المبحث الأول : إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر.

على الرغم من أن المشرع الجزائري أعفى المصلحة المتعاقدة من أهم قيد وهو الإعلان عن الصفقة في إجراء التفاوض المباشر¹، إلا أنه قيدها من جهة أخرى وذلك بالنص على إجراءات شكلية محددة.

المطلب الأول : شروط إجراء التفاوض المباشر في الصفقات العمومية.

حددت المادة 16 من القانون رقم 12-23 بصفة عامة أحد شروط إجراء التفاوض المباشر والمتمثل في تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة (الفرع الأول)، ثم نصت المادة 43 من نفس القانون الشرط الثاني و هو التأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي لإختيار أفضل عرض (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة .

تم النص على هذا الإجراء في الفقرة الأولى من المادة 50 من المرسوم الرئاسي 15-247 كما يلي : يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار إجراء التفاوض المباشر أن :
تحدد حاجاتها في ظل إحترام أحكام المادة 27 إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم²

و نص كذلك القانون 12-23 لذلك في الفقرة الأولى من المادة 16 على : تحدد حاجات المصلحة المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا³ .

بالنظر إلى الفقرات السابقة، نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة بتحديد حاجاتها مسبقا ، حيث يحرص المشرع من خلال نص هذه المواد على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون الخصائص التقنية عاملا يمس بمبدأ المساواة بين المرشحين بهدف إبعاد

¹ المادة 61 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، المرجع السابق

² المادة 50 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام²
المرجع السابق .

³ المادة 16 من القانون 12-23 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

بعض المواد أو المنتجات وإقصائها من المنافسة كما لا يمكن تحديد العلامة أو النوع أو المصدر أو منتج محدد كما يمثله هذا الإجراء¹.

وتتمثل أهمية هذه المرحلة في :

- التأكد من وجود الغطاء المالي لتنفيذ الخدمات محل الصفقة.
- ضمان أعمال مبدأ المنافسة وهو ما ينعكس إيجابا على جودة تقديم الخدمة العمومية والحفاظ على المال العام بإعتباره المقصد الأساسي لتنظيم الصفقات العمومية.
- تحديد صيغة الإبرام وإجراءات الإبرام المناسبة، وتجنب إبرام صفقات الشكلية وضبط الحاجات العمومية²
- ضبط المبلغ الإجمالي للحاجات يؤدي الى تحديد حدود إختصاص لجان الصفقات (لجنة الصفقات المختصة)³.

لذلك سنفصل ضوابط وخطوات تحديد الحاجات العامة من قبل المصلحة المتعاقدة(أولا) ثم ضمانات تلبية وتحقيق الحاجات العامة في الصفقة العمومية (ثانيا).

أولا : خطوات تحديد الحاجات العامة من قبل المصلحة المتعاقدة .

تعتبر الصفقة العمومية أساس تنفيذ سياسة الدولة في مجالات عدة كونها تسعى لتحقيق الصالح العام⁴، خاصة ونحن نعلم أن المرافق العامة تلعب دورا هاما داخل المجتمع لذا يتعين على المشرع وبغرض تحقيق المقصد العام وضع الآليات القانونية التي تضمن أداء الخدمة العامة وعلى هذا تحدد المصلحة المتعاقدة حاجاتها في ظل إحترام أحكام المادة 27 إلا في الحالات الإستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم 5، و تحدد الاحتياجات التي

¹- هناد آية ، زغدودي صفاء ، أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة مقدمة ¹

لإستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية ، تخصص منازعات إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، الجزائر ، 2018 ، ص 105 .

²زناتي مصطفى ، "ضبط و تحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة و ترشيد الطلب العمومي)"، مجلة البحوثالسياسية و الإدارية ، عدد 12 ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2018 ، ص 42 .

³المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق.

⁴ بوشعاب سعادو ، الصفقات العمومية كرافعة للتنمية ، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية و السياسية و الإقتصادية ، ألمانيا ، 2017 ، ص 15 .

يجب تلبيتها مسبقاً من قبل الأطراف المتعاقدة قبل البدء في أي إجراء لإبرام الصفقة العامة. ويتم تحديد مبلغ هذه الاحتياجات استناداً إلى تقدير إداري صادق وعقلاني. كما يجب إعداد الاحتياجات بدقة من حيث طبيعتها ومداهما، استناداً إلى مواصفات تقنية مفصلة تعتمد على معايير أو متطلبات وظيفية يجب تحقيقها.

يجب على المشرع أن بتقديم النص الخاص بكيفية تقييم وتقديم بدائل المواصفات التقنية في دفتر الشروط. يجب أن يتم تقييم جميع البدائل التقنية بدقة، دون إلزام المتعهدين الذين يقترحون بدائل للمواصفات التقنية بتقديم عرض أصلي يستند إلى المواصفات التقنية المحددة في دفتر الشروط. يمكن للجهة المتعاقدة إدراج أسعار اختيارية في دفتر الشروط، ولكن يجب عليها تقييم هذه الأسعار واتخاذ قرار بشأن اختيارها قبل منح العقد.

وعند قيام المصلحة المتعاقدة بضبط المبلغ الإجمالي الأخذ بعين الاعتبار مايلي :

- القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال فيما يخص صفقات الأشغال .
- تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات .
- في حالة تخصيص الحاجات لأبد من الأخذ بعين الاعتبار المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة بغض النظر عن إمكان المصلحة المتعاقدة إطلاق إجراء واحد لكل الحصص أو إجراء لكل حصة¹

- وفي حالة حاجات جديدة يمكن للمصلحة المتعاقدة إما إبرام ملحق واما إطلاق إجراء جديد .
و أكد نص المادة 27 من هذا المرسوم الرئاسي على منع تجزئة الحاجات بهدف تفادي الإجراءات الواجب إتباعها .

مما سبق يمكن القول أن ضوابط وخطوات تحديد الحاجات العمومية تشمل الخطوات التالية:
مرحلة حصر وتعيين الحاجات.

يعتبر الإحصاء حجر الزاوية في تحديد الحاجيات العمومية، ويقوم على مجموعة من العناصر أهمها إجمال الحاجيات المعبر عنها للسنوات الماضية، تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها والنقائص المسجلة، الأخذ في الحسبان التطور الإقتصادي والاجتماعي للمجتمع وضبط مخطط

¹ المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق.

التنمية، وتضمن هذه المرحلة دقة التقدير الإداري للمشروع وقيمه المالية مما يجعل سعر الصفقة دقيقا ، كما يقلل من تعديلها اثناء التنفيذ عن طريق الملحق¹

إن توثيق الحاجات في دفتر الشروط الخاص بالصفقة أمر مهم. ولكن قبل ذلك، يجب أن يتم إجراء خطوة هامة تتمثل في تحديد الاحتياجات قبل التوثيق، وتتضمن هذه الخطوة تحديد الاحتياجات التي تم التعبير عنها في المسودات السابقة في هذه المرحلة يتم تحديد حدود اختصاص لجان الصفقات التي تحدد المبلغ الإجمالي للحاجات، مع مراعاة العوامل اللازمة:

- القيمة الاجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال فيما يخص صفقات الأشغال .

- تجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات .

تقوم مرحلة الإحصاء على مجموعة من العناصر هي :

-إجمال الحاجات المعبر عنها للسنوات الماضية.

- تقييم الأهداف التي تم التوصل إليها من خلال تلك الحاجيات وتسجيل النقائص المسجلة على كل عملية من تلك العمليات .

- الأخذ بعين الاعتبار التطور الحاصل إقتصاديا واجتماعيا للمجتمع وهذا من خلال وجود فارق زمني بين الحاجيات التي لبيت مسبقا و التي ستليها في المستقبل .

- يجب أن يكون هذا التحديد للحاجيات متماشيا مع مخطط التنمية التي ترسمها لدولة أو الجماعات المحلية² ثم تأتي عملية تحليل المعطيات المتحصل عليها والخيارات المتاحة والعوائق المحتملة لتأتي عملية الضبط وفيها تكون الإدارة قد حددت برنامجا بدقة من حيث الأهداف ، الصلاحيات ، الجدول الزمني للأشغال ، الميزانية، وضع آليات تنفيذ ، تحديد أنواع الرقابة والصعوبات المحتملة.

وأخيراً ، يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تركز بدقة على ضبط الحاجات. يجب أن توضح بوضوح تام البرنامج الذي تعزم تنفيذه والأهداف التي تسعى لتحقيقها. يجب أن تحدد الصلاحيات التي ستمارسها لتلبية الحاجات المحددة، وتحدد الجدول الزمني لتنفيذ البرنامج. يجب أن تضبط آلية التنفيذ، مثل العلاقات مع المتعاملين الإقتصاديين، والأدوات التي

¹ - زناتي مصطفى ، مرجع سابق ، ص 43 .

² عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، التعاقد عن طريق التراضي في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر، 2021 ص 105

ستستخدمها لتلبية حاجاتها. يجب أن تحدد حدود اختصاص اللجان المكلفة بمراقبة الصفقات العمومية.

2- مرحلة تقسيم الحاجات .

تعد عملية تقسيم الصفقة الى عدة حصص وتهدف إلى تنظيم عدة عروض منافسة لإجراء شامل حيث يكون لكل حصة غلافها المالي وتنفذ من طرف الفائز بها ، ويتجلى هذا الإجراء بكثرة في الأعمال العامة نظرًا للوقت الذي تستغرقه والتحكم في توجيهها ورقابتها. ويجب أن يكون هذا الإجراء اختياريًا وليس إجباريًا. ويجب أن يتضمن النص في دفتر الشروط تحديدًا وفقًا لنص المادة 31 من هذا المرسوم.

عند التحديد النهائي لحدود الاختصاص في حالة التخصيص، يجب أخذ بعين الاعتبار المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة، بغض النظر عن إمكانية تنفيذ إجراء واحد لكل الحصاص أو إجراء لكل حصة منفصلة. وتلك هي الإجراءات التي يجب اتباعها من قبل لجان الصفقات والإجراءات.

3- إمكانية تنسيق و تجميع الصفقات العمومية .

جسدتها المادة 36 من هذا المرسوم التي أجازت إمكانية قيام المصالح المتعاقدة بتنسيق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها ، و تكلف واحدة منها بصفتها مصلحة متعاقدة

منسقة بالتوقيع على الصفقة و تبليغها ،فتكون وفقا لذلك كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء الذي يعنيها من الصفقة.

نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد الهيئات التي يسمح لها بعملية تنسيق الطلبات العمومية على سبيل الحصر على عكس المشرع الفرنسي¹، وهذا ما يسمح للمؤسسات العمومية ذات طابع التجاري والصناعي لتنسيق وتجميع طلباتها مع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري على الرغم من تميز طلباتها وخضوعها لنظام قانوني مختلط ، لم يتم تحديد المصلحة المتعاقدة المسؤولة عن استلام العروض ودراستها وإرسال الصفقة، وهذا يتعارض مع القانون الفرنسي الذي ينص على أن المصالح التي تنسق عملية إبرام الصفقات أو الاتفاقيات يمكن

¹ - خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مرجع سابق ، ص 27.

² - زناتي مصطفى سابق ، ص 45.

³ - بوالكور عبد الغني و منيغر سناء ، مرجع سابق ، ص 174.

أن تقرر لجنة المناقصات المختصة بهذه العملية، وهي لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

ثانياً: ضمانات تلبية الحاجات العامة في الصفقات العمومية.

مسؤولية المصلحة المتعاقدة هي الحفاظ على المال العام وتوجيهه لتلبية الاحتياجات العامة. ويتم ذلك من خلال اتخاذ عدة إجراءات قبل بدء تنفيذ الصفقة :

1- الدراسات السابقة للمشروع.

تعتبر الدراسة الاستشارية هي العملية التي تقوم بها الإدارة قبل تنفيذ أي مشروع، وتهدف إلى تقدير الاحتياجات المطلوبة بدقة، وذلك لاتخاذ القرار النهائي بتنفيذ المشروع بصورة سليمة وخالية من الأخطاء. وتتمثل هذه الدراسة في تكليف مكتب دراسات مختص بإعداد صفقة دراسات وفق إطار قانوني تعاقدي، تحدد فيها المخططات المطلوبة بوضوح.

وتتمثل الدراسات السابقة للمشروع التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة في :

أ- **الدراسات الإقتصادية** : هي دراسة شاملة تهدف إلى تحديد جدوى المشروع من النواحي القانونية والتسويقية والإنتاجية والمالية والاجتماعية، بهدف تحقيق أهداف معينة. وتساعد هذه الدراسة في اتخاذ قرار بإنشاء المشروع أو عدمه، أي قبول أو رفض فكرة المشروع.

ب- **دراسات الملاءمة** : تهدف هذه الدراسة إلى قياس أهمية وفعالية المشروع المقترح، خاصة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية. وتساعد في تحديد نقاط القوة والضعف في تنفيذه، بالإضافة إلى تحديد أهداف التنمية وتلبية الاحتياجات العامة، ومدى استجابة المشروع وتوافقه مع خطط التنمية ومتطلبات المجتمع. وبناءً على ذلك، يمكن مناقشة البدائل الممكنة التي يمكن أن تحقق الأهداف المرجوة من المشروع الذي يحقق متطلبات التنمية¹.

ج- **دراسات التأثير على البيئة** : تلك الدراسات التي تجرى قبل مباشرة مشروع الصفقة العمومية من أجل معرفة مدى تأثير هذا الأخير على البيئة حيث تم النص على هذه الدراسة

1 - زناتي مصطفى ، مرجع سابق ، ص46.

في القانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة¹ ، حيث نصت المادة 15 منه على : " تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز على البيئة مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة لا سيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجية وكذلك على إطار ونوعية المعيشة.

وتتمثل أهداف إعداد دراسات تأثير على البيئة في تحديد وتقييم الآثار المباشرة أو الغير مباشرة والتحقق من التكفل بالتعليمات المتعلقة بحماية البيئة في إطار المشروع المعني².

وعلى الرغم من أهمية البعد البيئي في مجال الصفقات العمومية، إلا أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يشمل عقوبة إدارية وجزائية في حالة عدم احترام البيئة في الصفقات العمومية. وتتمحور دراسة التأثير على البيئة حول تحليل ودراسة موقع تنفيذ المشروع وتقييم آثاره على البيئة، وذلك بهدف توفير التمويل اللازم لتعويض هذا الضرر.

د- الدراسات المرتبطة بصفقات الأشغال: تركز الدراسة المسبقة لصفقة الأشغال على كل من الدراسة الجيوتقنية التي تسمح بتحليل الخصائص الميكانيكية للأرضية المراد إنجاز المشروع عليها وتوجهه لإختيار الأرضية المناسبة، إذ تنصب على إستكشاف موقع المشروع ودراسة التربة والصخور والمياه الجوفية من خلال تحليل المعطيات المتعلقة بها لمعرفة مدى قدرة التربة على تحمل البنائات التي ستبنى عليها³.

¹ قانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003 ، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، جريدة رسمية عدد 43 صادر في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو 2003.

² المادة 2 ، المصدر نفسه

³ زناتي مصطفى ، مرجع سابق ، ص 47.

2- تسجيل المشروع لدى الجهة المختصة .

نصت المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 98-272 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز¹ المعدلة والمتممة بالمادة 7 من المرسوم رقم 09-148 على أنه بعد إكمال نضج المشروع يجب أن يشمل الملف التقني للمشروع المطلوب تسجيله إجبارياً بالإضافة إلى الوثائق المذكورة في المادة 6 عرض تقرير يتضمن أسباب تقديم المشروع أو البرامج :

أ- بالنسبة للبرامج المركزية : يتولى الوزير في كل قطاع وزاري أو المسؤول عن الإدارة المختصة أو المؤسسة المشغلة مالياً تسجيل وإعادة تقسيم أو غلق أو تعديل المشاريع. بالإضافة إلى ذلك، يحق للوزير المكلف بالمالية اتخاذ هذا الإجراء بالنسبة للإدارات المتخصصة والمؤسسات المستقلة مالياً.

ب- بالنسبة للبرامج الغير ممرضة: بالنسبة لصفقات الهيئات الغير الممرضة والتي تكون مسجلة باسم الوالي تناولت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 98-277 أنه لا تفرد بعنوان البرامج القطاعية غير الممرضة إلا المشاريع التي بلغت الإكمال الكافي الذي يسمح بالإنطلاق في إنجازها خلال السنة، ونفس الشيء بالنسبة للبلدية حيث يسهر الوالي حسب الطرق القانونية على تبليغ عملية تجهيز التنمية للبلدية أو تعديلها ، وتبلغ مخططات التنمية البلدية بصورة شاملة بموجب مقرر ، بمعنى أي نفقة يمكن أن ترصد لأي صفقة أو مشروع يجب أن يحدد أولاً في البرامج القطاعية سواء كانت ولائية أو بلدية ولا يمكن لهذه المصالح الإقدام على أي عملية إلا بالرجوع إلى المخططات التي أشرف على توزيعها الوالي بعد المقرر الصادر عن وزير المالية 1 .

ج- بالنسبة لبرنامج البلديات للتنمية : تمويل هذا النوع يتم على حساب ميزانية التجهيز للدولة بهدف تخفيف الأعباء المالية على خزينة البلدية، ويتم توفير التمويل من خلال تخصيص مبلغ إجمالي من قبل وزير المالية لكل ولاية عبر رخصة برنامج محددة.

3- ضرورة التوافر الإعتماد المالي للصفقة العمومية .

يجب على الجهات المتعاقدة التأكد من توفر الاعتماد المالي الكافي قبل بدء إجراءات إبرام الصفقة العامة. يتمثل هذا الاعتماد في تخصيص مبلغ محدد لتغطية تكاليف تنفيذ الصفقة

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 98 - 227 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1419 الموافق 13 يوليو سنة 1998 ، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز ، جريدة رسمية عدد 51 ، صادر في 21 ربيع الأول عام 1419 الموافق 15 يوليو سنة 1998.

من الميزانية معلوم المقدار ومحدد بدقة ومدرج للإنفاق تحت الباب أو المحور الذي يتعلق به تنفيذه من أبواب أو محاور الميزانية، وهو أيضا عبارة عن إذن بالصرف المالي تصدره الجهة الإدارية المختصة في حدود صلاحياتها القانونية، حيث أنه لا يجوز مباشرة أي إجراء من إجراءات التعاقد إلا بعد الحصول على إذن مسبق بذلك من الجهات المالية والإدارية المختصة¹

الفرع الثاني : التأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي لإختيار أفضل عرض .

تم النص على هذا الإجراء في الفقرة الأولى من المادة 43 من القانون 12-23 : يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين و المتعهدين التقنية و المهنية و المالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية². كما نصت الفقرة الثانية من المادة 50 للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 كمايلي " أن تتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي كما هي محددة في المادة 54 من هذا المرسوم " .

و بالرجوع إلى المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجدها نصت على ما يلي "يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المرشحين التقنية و المهنية و المالية قبل القيام بتقسيم العروض التقنية " .

يجب أن يستند تقسيم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية ، لها علاقة بموضوع الصفقة و متناسبة مع مداها³.

عند تحليل المادة 43 من القانون 12-23 و المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجد أن المشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة أن :

أولا : فحص الكفاءات التقنية والمهنية للمرشحين والمتعهدين .

يجب على الجهة المتعاقدة التحقق من قدرات المشاركين من خلال الاعتماد على معلومات مراجعهم المهنية في مجال الصفقات العمومية أو القطاع الخاص، بالإضافة إلى معلومات عن فروع النشاط والإمكانات البشرية والمادية للمؤسسة ومجالات العمل الجغرافية.

يجب أن يتم مراقبة شرط وجود هذا النوع من المراجع المهنية بحيث لا يتم تفضيل المؤسسات التي تمتلك مراجع مهنية داخلية بشكل تعسفي، أي التي لها علاقات مستمرة و قديمة مع

¹ عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، مرجع سابق ، ص 97 .

² المادة 43 من القانون 12-23 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

³ المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

المصلحة المتعاقدة التي قامت بالإستشارة ، و هذا الإشتراط من شأنه بطريقة غير مباشرة حماية المتعاملين الإقتصاديين المتواجدين في السوق ، و منع دخول متنافسين جدد إذ لا يجب أن يشكل إشتراط شهادة التأهيل وسيلة للمصلحة المتعاقدة لتخصيص الصفقة لمتعانلين معينين لأنها قد تشجع إستدامة بعض المؤسسات و بعض تقنيات الإنتاج في السوق¹ .

ثانيا : التأكد من القدرات المالية للمرشحين و المتعهدين .

هذا ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون 12-23 و التي تنص على "يمكن كل متعهد أو مرشح يتقدم بمفرده أو في إطار تجمع ، الإستعانة بقدرات مؤسسات أخرى"². و يكون الأخذ في الحسبان لقدرات مؤسسات أخرى مشروطا بوجود علاقة قانونية بينها تتمثل في المناولة أو التعاقد المشترك أو في إطار قانون أساسي (فرع أو شركة أم في نفس مجمع الشركات) ، و بإلزامية مشاركتها في إجراء إبرام الصفقة العمومية³ .

لهذا يجب على المصلحة المتعاقدة في إجراء التفاوض المباشر التأكد من أن المؤسسة التي تقوم بتنفيذ الصفقة تتمتع بقدرات مالية كافي ، و يمكن إثبات ذلك عن طريق التصريح البنكي الجداول و التصريح المتعلق برقم الأعمال ، و هذه الأخيرة يمكن أن تطرح بعض المشاكل إذ يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تشترط بطريقة مباشرة أو غير مباشرة رقم أعمال أدنى وقد يكون مرتفعا نسبيا بالنسبة للمرشحين ، و هذا ما يحد من المنافسة رغم كونه مبررا بأهمية الصفقة لأن حالات اللجوء إلى صفقات التفاوض المباشر محددة قانونا لأهميتها و خصوصيتها⁴.

و بالتالي يجب أن تستند المصلحة المتعاقدة لإختيار أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إلى عدة معايير أو معيار الجودة و السعر⁵.

¹ هاجر بوضياف ، مبدأ المساواة في الصفقات العمومية ، مذكرة لنيل الماستر ، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2015 ، ص 29-30

² المادة 43 من القانون 12-23 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

³ المادة 57 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق.

⁴ هناد آية ، زغدودي صفاء ، المرجع السابق ، ص 108 .

⁵ المادة 53 من القانون 12-23 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

المطلب الثاني : تنظيم إجراءات التعاقد عن طريق التفاوض المباشر في الصفقات العمومية .

نتطرق لإجراءات الدعوة للتعاقد و التي خصصنا لها الفرع الأول ثم إجراء التفاوض الذي في الفرع الثاني .

الفرع الأول : إجراء الدعوة للتعاقد عن طريق التفاوض المباشر في الصفقة العمومية

يشمل إجراء الدعوة للتعاقد عن طريق التفاوض المباشر الإجراءات التالية :

أولا : حالات إصدار الرخصة من الجهات المختصة .

تكون في حالة مشروع ذي أولوية و أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا ، أو في حالة تعلق الأمر بترقية الإنتاج¹، ففي هذه الحالة يكون على المصلحة المتعاقدة و قبل الشروع في دعوة أي متعامل للتعاقد الحصول أولا على رخصة بالتعاقد من الجهات المختصة حسب مبلغ الصفقة كما يلي :

- في حال تجاوزت قيمة الصفقة المزمع إبرامها عشرة ملايين دينار جزائري أو تساويها، يتطلب الحصول على موافقة من مجلس الوزراء.

- إذا كان المبلغ يقل عن عشرة ملايين دينار جزائري ، فإنه يشترط الحصول على موافقة مجلس الحكومة².

ثانيا : حالات الدعوة للتعاقد عن طريق التفاوض المباشر .

لم يتم تحديد إجراءات محددة للتفاوض المباشر في القانون الساري المفعول، مما يمنح الأطراف المتعاقدة حرية أكبر مقارنة بالتفاوض بعد الاستشارة. ومع ذلك، فيما يتعلق بالحالات المتعلقة بالاحتكار وحق الحصري في تقديم الخدمة العامة، يجب على الجهة المتعاقدة اللجوء مباشرة إلى المتعامل الوحيد، ولا يتبقى لها سوى إمكانية التفاوض حول بنود العقد والمساومة على السعر. أما في الحالات الأخرى، فلا يمكن تطبيق هذا الأسلوب إلا بدعوة المتعاملين لتقديم عروض للتعاقد.

¹ المادة 41 الفقرة 5 من القانون 23-12 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، المرجع السابق .

² المادة 41 الفقرة 6 ، المرجع نفسه .

إن دعوة المتعاملين للتعاقد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة إحترامها فتقوم بإستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد و هو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال طلب العروض .
و تطبيقاً لمبدأ حرية المنافسة و ذلك للحصول على عدد من العارضين أو المرشحين حتى تتعدد فرص الإنتقاء لدى المصلحة المتعاقدة¹.

ولجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء لا يكون إلا بعد تأكدها من توفر شرطين هما :
- على المصلحة المتعاقدة التأكد من أن قيمة الصفقة المزمع عقدها تفوق السقف المالي الذي حدد بإثني عشر مليون دينار جزائري (12.000.000.00 دج) بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم وستة ملايين دينار (6.000.000.00 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات فلو كانت قيمة الصفقة تقل أو تساوي هذين المبلغين فإن الأمر لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة².

- التقيد بحالات اللجوء إلى التفاوض المباشر المنصوص عليها في المادة 41 من القانون الساري المفعول .

تأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معا تقوم بتوجيه دعوة إلى المختصين في موضوع الصفقة، إذ تلزم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد ، وقد يتم بإستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالإتصال المباشر بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم بمعنى مراسلة المتعاملين بأي وسيلة إتصال إنطلاقاً من البطاقة التقنية التي تملكها المصلحة المتعاقدة التي تقوم بتحيينها دورياً³ ، أو يمكنها الاعتماد على المتعهدين الذين تعاقدت معهم سابقاً وتعرف قدراتهم جيداً. يجب عليها أن تتأكد من تعاقد مع متعامل قادر على تنفيذ الصفقة المقترحة والذي يمتلك رأس المال اللازم، لا ينبغي أن تتعاقد مع متعامل تشك في قدرته على إنجاز المشروع.

أما بالنسبة للإستدعاء فهي حرة في إستعمال أي وسيلة تواصل قصد إبلاغ المتعهدين من الحضور و تقديم تعهدات ، و من ثم تحديد تاريخ التفاوض.

¹ تياب نادية ، إستثنائية التراضي آلية للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية ، دراسة تحليلية ناقدة ، المجلة العربية للأبحاث و الدراسات في العلوم الإنسانية و الإجتماعية ، العدد الثالث ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2020 ، ص 840.

² تياب نادية ، المرجع نفسه ، ص 841 .

³ المادة 45 من القانون 23-12 ، مرجع سابق .

و بالتالي المصلحة المتعاقدة معفاة من إجراء المنافسة على النحو المتعارف عليه في إجراء طلب العروض لمنح الصفقة لأفضل المتعاملين من الناحية المالية و الفنية¹ .
قد يؤدي ذلك إلى تحيز المصلحة المتعاقدة وإظهارها بوضوح كشكل من أشكال الفساد، عندما يتم دعوة بعض المترشحين للتعاقد دون غيرهم، وعادة ما يكون ذلك بناءً على معايير شخصية وذاتية تتعارض مع المصلحة العامة.

و نشير إلى أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بالالتزام ببعض الاعتبارات المحددة لضمان تحقيق الغرض المقصود من هذه الصفقات. تتمثل هذه الاعتبارات في:

- تسليط الضوء على أهمية المنتج الوطني.
- إذا تبين أن بعض أفعال المتعهد المعني تشكل تعسفًا يمكن أن يؤدي إلى الهيمنة على السوق وتشويه المنافسة في القطاع المعني، فإن العرض المقبول سيتم رفضه.
- رفض العرض إذا كان السعر منخفضًا بشكل غير عادي و لم يقدم المعني مبررًا مقبولاً²

الفرع الثاني : إجراء المفاوضات في أسلوب التفاوض المباشر في الصفقة العمومية .

إجراء المفاوضات في أسلوب التفاوض المباشر يعد من أهم الخطوات التي تسبق التعاقد واعتماد الصفقة العمومية :

1- المسؤول عن التفاوض .

تعد المفاوضات الميزة الأساسية لأسلوب التفاوض على إعتبار أن القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية يمنع فيها التفاوض³، وهي مرحلة مهمة لإختيار العرض الذي يستجيب لمتطلبات المصلحة المتعاقدة.

بعد جمع المصلحة المتعاقدة العروض التي دعت أصحابها لتقديمها، تبدأ في إجراء مفاوضات مباشرة معهم.

¹تياب نادية ، إستثنائية التراضي آلية للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 841 .

²عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، مرجع سابق ، ص 103 .

³المادة 54 من القانون 23-12 ، مرجع سابق .

تسهر لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة بالتفاوض. تتأكد من ضرورة ضمان إمكانية تتبع اطوار المفاوضات في محضر كوسيلة إثبات عند كل رقابة. ومع ذلك، لم توضح اللجنة كيفية عمل هذه الكوسيلة، مما تسبب في غموض في هذه النقطة.

التفاوض هو إجراء يقوم به الطرف الراغب في التعاقد مع المصلحة المتعاقدة، وذلك للتحضير لإبرام العقد أو حل نقطة خلافية تتعلق بأحد بنود العقد أو تنفيذه. ومع ذلك، فإن هذا الإجراء لا يؤثر على سلطة المصلحة المتعاقدة أو على محتوى الصفقة، حيث يمكنها فرض بنود غير مألوفة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة.

2- أهداف التفاوض.

لتنحصر المصلحة المتعاقدة على توضيحات أو معلومات إضافية حول العروض التي تمت دعوتها للتعاقد معها ويهدف التفاوض إلى :

أ- رفع اللبس : أهمية التفاوض تكمن في إزالة اللبس والغموض حول جوانب أساسية في الصفقة العامة، وذلك لتجنب التأويلات والأخطاء في عملية التقييم والاختيار.

ب- معرفة صاحب العرض : يمكن للمصلحة المتعاقدة التفاوض لتكوين فكرة مبدئية عن الشريك المحتمل، وذلك لتقييم قدراته الفنية والتجارية والمالية. فقد تكون قدرات الشريك المحتمل هي المعيار الأساسي لاتخاذ القرار الصحيح، خاصة في حالات الضرورة أو الاستعجال حيث قد لا يكون الوقت في صالح الطرف المتعاقد.

ج- التمهيد للاختيار الأنسب : فمهما كانت العروض غاية في الدقة والوضوح فقد تختلف في بعض الأجزاء وقد تتقارب في جوانب أخرى ، ما يجعل المصلحة المتعاقدة في حيرة، لذلك فمن أهداف المفاوضات توضيح الرؤية.

وتحقيقاً لهذه الأهداف يجب أن يتم التفاوض وفق خطوات محكمة على الشكل التالي - تخصيص جلسات منفصلة للمختصين لدراسة المعطيات الفنية.

- كتابة المحاضر أثناء الجلسات ولو كانت نتائجها مؤقتة.

- إحترام السرية التامة إتجاه المتنافسين قصد تحقيق المساواة بينهم¹.

¹ - تياب نادية ، إستثنائية التراضي آلية للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 841 .

3- المبادئ التي يجب أن يقوم عليه التفاوض.

أ- مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.

فلا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتعسف أو أن تميل لمتعامل دون الآخر ، بل عليها التركيز على تحقيق المصلحة العامة، مما يتطلب المساواة في معاملة المترشحين

ب- مبدأ عدم المساس بالعرض .

ويقصد به عدم تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط.

ج- مبدأ سرية العروض.

فيجب على المصلحة المتعاقدة الإلتزام بعدم التصريح و إعلام المترشحين بمعلومات تؤدي إلى

كشف عروض المترشحين الآخرين

د- مبدأ شفافية الإجراءات.

فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بإعلام المترشحين عند اللجوء إلى التفاوض بالشروط التي تنظمه

كشكل التفاوض وكذا مدة التفاوض وشروطه ، كما أنها ملزمة بتتبع مجمل المفاوضات مع

المترشحين.

4- العناصر القابلة للتفاوض.

تفاوض المصلحة المتعاقدة على كل شروط تنفيذ الصفقة :

- التفاوض على السعر (سعر التخزين، سعر الضمان ، سعر الصيانة أو سعر النقل ...).

- الكمية والنوعية.

- الأجل .

- ضمان أحسن تنفيذ للصفقة.

عند الإنتهاء من التفاوض يجب على المشاركين التوقيع على محضر الجلسة¹.

¹ المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق .

الفرع الثالث : إجراء التعاقد عن طريق التفاوض المباشر في الصفقة العمومية .

بعد قيام المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين الإقتصاديين للتعاقد و إنتقاء أفضلها في مرحلة المفاوضات تسند الصفقة العمومية و بطريق مباشر للمتعامل القادر على إنجاز موضوعها¹.

و في هذه المرحلة تكون المصلحة المتعاقدة مجبرة على وضع نصب أعينها المصلحة العامة عند إختيار المتعاقد معها²، و تقوم بإسناد الصفقة مباشرة للمتعامل الذي اختارته و تفاوضت معه على جميع شروط العقد ، و عند المنح النهائي للصفقة يقوم المتعامل المختار بالتوقيع عليها .

و المصلحة المتعاقدة ملزمة بالتصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بانتظام و إطراد من خلال مراعاة المراحل الضرورية للوصول إلى الإختيار السليم و الصحيح للمتعامل المتعاقد و تحصين المصالح المتعاقدة من الفساد³ .

المطلب الثالث : تقدير إجراءات التفاوض المباشر في الصفقات العمومية .

بعد أن تناولنا إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر نأتي الآن لتقدير هذه الإجراءات بالتطرق لمزاياها (الفرع الأول) و عيوبها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : مزايا إجراءات التفاوض المباشر .

تتمثل أهم مزايا إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طرق التفاوض المباشر في ربح الوقت و السرعة في تنفيذ الصفقة العمومية (أولا) و حماية المصلحة العامة عند تعيين حالات التفاوض المباشر (ثانيا).

أولا : ربح الوقت و السرعة في تنفيذ الصفقة العمومية .

إن إجراء التفاوض المباشر يحقق ربح الوقت كون المصلحة المتعاقدة على علم مسبق بالوضع المالية والاقتصادية للمتعامل الراغبة في التعاقد معه كما أن تعاقد المصلحة

¹ تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، المرجع السابق ، ص 104 .

² مانع عبد اللطيف ، طرق إبرام الصفقات العمومية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2008 ، ص 90 .

³ تياب نادية ، مرجع سابق ، ص 104 .

المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد وفقه يكون على أساس الإئتمان الذي يضمنه حسن تنفيذ المتعامل الإقتصادي لالتزاماته التعاقدية القبلية مع المصلحة المتعاقدة¹ تقوم المصلحة المتعاقدة في هذا النوع بدعوة المتعاملين للتعاقد من خلال استدعائهم، وهذا يعتبر بديلاً لطلبات العروض المعقدة التي تتطلب وقتاً طويلاً للإجراءات، ولها بنص القانون اللجوء إلى التفاوض للحصول على توضيحات أو تفاصيل بشأن عروض الذين تم دعوتهم إلى التعاقد، لتقوم بإسناد الصفقة مباشرة للمتعامل الذي إختارته وبالتالي قلة الإجراءات وسهولة إبرام الصفقة².

تظهر هذه الخاصية بشكل كبير أيضاً في حالة الاستعجال الملح المبرر بوجود خطر عاجل يتعرض له ملك أو استثمار لا يمكن تداركه من خلال إجراءات طلب العروض. وذلك بسبب طول هذه الإجراءات والوضعية الاحتكارية، حيث يبرر الاحتكار اللجوء إلى التفاوض المباشر. وبالتالي يعتبر أن الخدمة التي تحتاجها الجهة المتعاقدة لا يمكن تلبيتها إلا من قبل متعامل اقتصادي يحتل وضعية احتكارية، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما حرر الجهة المتعاقدة من الالتزام بإجراءات طلب العروض وحتى الاستشارة في هذه الحالة، طالما ثبت وجود متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية.

ثانياً: حماية المصلحة العامة عن طريق تعيين حالات التفاوض المباشر .

تم تعيين حالات التفاوض المباشر من قبل المشرع بهدف حماية المصلحة العامة وتحقيق النفع العام. على سبيل المثال، في حالة المشاريع ذات الأهمية الوطنية والتي تتطلب إجراءات سريعة، يُسمح للجهة المتعاقدة باللجوء إلى التفاوض المباشر. وذلك نظراً لأهمية تلك المشاريع وضرورة إنجازها بسرعة، حيث يعتبر التفاوض المباشر الأسلوب الأنسب لتحقيق الغرض المرجو. وفي حالة الحاجة الماسة لتأمين سير الاقتصاد أو تلبية احتياجات السكان الأساسية، يُسمح أيضاً بالتفاوض المباشر كوسيلة لتوفير الوقت وضمان الحصول على المستلزمات بسرعة.

¹ حلبي منال و محمد بن محمد ، مرجع سابق ، ص 177.

² حلبي منال و محمد بن محمد ، مرجع السابق ، ص 178

الفرع الثاني : عيوب إجراءات التفاوض المباشر في الصفقات العمومية.

تتمثل أهم عيوب إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر في الغياب الكلي لمبدأ المنافسة (أولا) و غياب مبدأ الشفافية والنزاهة (ثانيا).

أولا : الغياب الكلي لمبدأ المنافسة.

إن فكرة إختيار أفضل العارضين لا يمكن أن تتم إلا وفق إدراج قاعدة هامة ألا وهي الدعوة إلى المنافسة، التي أعتمدت في قوانين الصفقات العمومية تماشيا مع التوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد¹، وهذا ما لا يقوم عليه إجراء التفاوض مباشر. ويتجلى هذا العيب بشكل كبير عندما يتم منح بعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري الأولوية في مجال التعاقد وفقاً لنص تشريعي أو تنظيمي. فهذا النص يضمن لهذه المؤسسات تقديم خدمة عمومية في مجال محدد ويمنحها الحق في التفاوض المباشر عند إبرام الصفقات العمومية.

ومما لا شك فيه أن إعطاء أولوية لبعض المؤسسات العمومية والترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التفاوض المباشر حتى ولو كان مصدره نصا تشريعياً أو تنظيمياً سيخل بمبدأ المساواة في معاملة المرشحين²، وبالتالي التعدي على مبدأ المنافسة الذي يقوم على حرية الوصول إلى الطلبات .

وجب عدم الاعتراف بطابع مميز يشبه الامتياز في التشريع الجزائري، لأن الأمر يتعلق بحرية الاستثمار والتجارة. يجب ترك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتثبت وجودها من خلال المنافسة، بدلاً من منح مؤسسة معينة امتيازاً وأولوية وحق حصري. يمكن أن تؤدي صفقات التفاوض المباشر إلى الفساد إذا انحرفت المصلحة المتعاقدة عن الإجراءات ولم تهدف إلى المصلحة العامة. بعض الموظفين يعتمدون على آلية التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العامة ومنحها لأشخاص لا يستحقونها مقابل مادي، وهذا يدل على الفكر الاستغلالي الذي يجب مكافحته.

¹ - بحري إسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009 ، ص 11.

² ظريفي نادية، مرجع سابق ، ص 226.

ثانيا : إجراءات غير مبنية على مبدأ الشفافية والنزاهة .

هذا الإجراء يسمح للجهة المتعاقدة بالتلاعب بالنص القانوني من خلال تحديد الصفقة العمومية لصالح متعامل معين، خاصة مع ترك القانون حرية للإدارة لتسهيل عملية الاختيار للمصالح المتعاقدة، مما يؤدي إلى غياب مبدأ الشفافية. ويتضح هذا العيب في عدم وضوح الضوابط القانونية المحددة للتفاوض المباشر، خاصة في الحالات التي تكون غامضة ويمكن استغلالها لتوجيه الممارسات المشبوهة والتلاعب في الصفقة المراد إبرامها.

فإنعدام مبدأ المنافسة الذي يتطلب الشفافية في تقديم العطاءات قد يؤدي إلى وقوع جريمة من جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية والمنصوص عليها في المن المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 تحت عنوان مكافحة الفساد¹، و المعاقب عليها في القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته² ، الذي أكد مبدأ الشفافية والمنافسة والعلانية في الصفقات العمومية في نص المادة 9، كما تطرق إلى الإمتيازات الغير المبررة في مجال الصفقات العمومية 26، و الرشوة في الصفقات العمومية في نص المادة 27.

لكن رغم هذه الإحاطة القانونية الخاصة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر إلا أن الواقع مازال يؤكد قصورها عن ضمان الشفافية والنزاهة في منح الكثير من الصفقات .

المبحث الثاني:إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الإستشارة.

تتميز الإجراءات المتبعة في هذا الأسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية بإجراءات مختلفة و متميزة عن غيرها ، لذلك خصصنا المطلب الأول لمعالجة الإجراءات السابقة على منح الصفقة العمومية ، و المطلب الثاني خصصناه لدراسة إجراء منح الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التفاوض بعد الإستشارة.

¹ المواد من 88 إلى 94 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق .

² قانون رقم 06-01 مؤرخ في 21 محرم عام عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 ، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، صادر في 8 صفر عام 1427 الموافق 8 مارس سنة 2006 .

المطلب الأول : الإجراءات السابقة على إجراء منح الصفقة العمومية .

إن إجراء إبرام الصفقات بواسطة التفاوض بعد الإستشارة إجراء مقيد بالإستشارة حيث توجه المصلحة المتعاقدة إستشارة مسبقة قبل التعاقد نظرا للحالات المنصوص عليها في المادة 42 من القانون 23-12¹.

و بالرجوع للمرسوم الرئاسي 15-247 في مادته 52 ، نصت الفقرات الثلاث الأولى على إجراءات إبرام الصفقة العمومية في حالة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة (التفاوض بعد الإستشارة) عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية ، بينما نصت الفقرتين 4 و5 من نفس المادة²، على إجراءات الإبرام في الحالات المذكورة آنفا ، في حين نصت الفقرات المتبقية على أحكام مشتركة بين جميع حالات التراضي بعد الإستشارة ، تتميز في مجملها بالضبابية و الغموض و محدودية التنافس و سعة السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة المتعاقدة .

و عليه فرق المشرع في نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 فيما يخص إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي بعد الإستشارة بين الحالة الأولى المتمثلة في عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية و الحالات الأخرى مقارنة بما كان عليه الوضع من قبل كما يلي :

الفرع الأول : الإجراءات الخاصة بحالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية .

تتمثل الإجراءات الخاصة بحالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية بمناسبة التعاقد عن طريق الإستشارة في إعلان حالة عدم الجدوى (أولا) ، توجيه رسالة الإستشارة (ثانيا) إستعمال نفس دفتر الشروط (ثالثا) ، تقليص العروض (رابعا) ، فصلها فيما يلي :

أولا : إعلان حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية .

فبموجب الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون رقم 23-12، و قبلها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 خاصة في مادته 48 ، لا يمكن للإدارة اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة في حالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الأولى ، بل يجب عليها أن تعيد الإجراء بإستثناء حالة إتباعها أسلوب المسابقة.

¹ أنظر المادة 42 من القانون 23-12 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مصدر سابق .

² المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مصدر سابق .

حيث يتم إعلان عدم جدوى المسابقة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 40 من المرسوم الرئاسي، في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة¹ و عليه فعندما تقوم الإدارة المتعاقدة باللجوء أسلوب طلب العروض لإبرام صفقاتها ، و في حالة عدم جدوى هذا الطلب للمرة الثانية فإنه يمكنها الإنتقال من أسلوب طلب العروض إلى أسلوب التفاوض بعد الإستشارة ، ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

و حدد هذا المرسوم حالات إعلان عدم جدوى طلب العروض و حصرها فيما يلي :

- عندما لا يتم إستلام أي عرض .
- عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط .

- عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات².

بينما كانت حالات عدم الجدوى في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 الملغى محصورة في نص المادة 44 و تتمثل في :

- عندما يتم إستلام عرض واحد فقط .
- عندما لا يتم إستلام أي عرض .
- عندما يتم التأهيل التقني الأولي لعرض واحد فقط .
- عندما لا يتم تأهيل أي عرض بعد تقييم العروض .
و الجدير بالذكر هنا من ناحية الصياغة أن المشرع في المادة 44 أعلاه ، قد جمع بين حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة و أحكامها بشكل أدى إلى وقوع الكثير من اللبس و الغموض و الخلط .

حاول المشرع المحافظة على وضوح التصنيف في المرسوم الرئاسي لسنة 2015 بأن أفرد لحالات التراضي بعد الإستشارة نص المادة 51 منه ، و لأحكامها و إجراءاتها نص المادة 52 منه³، بينما تطرق في القانون رقم 23-12 في نص المادة 42 لحالاتها فقط .

¹ المادة 42 من القانون 23-12 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية ، مرجع سابق .

² المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

³ بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 199.

ثانيا : توجيه رسالة الإستشارة .

من الناحية الإجرائية تأكد أن رسالة الإستشارة تعد أول إجراء تتبعه المصلحة المتعاقدة عندما يعلن عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية، و لا يوجد توضيح للمدة الفاصلة بين الإجراءين حيث أشار المرسوم الرئاسي لسنة 2015 إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض عن تلك المقررة في طلب العروض¹.

فالإستشارة إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة بدعوة المتعهدين الراغبين في الظفر بالصفقة إلى تقديم عروضهم من أجل تقييمها و إختيار أحسنها من حيث المزايا الإقتصادية وفق معايير تضعها المصلحة المتعاقدة قبل الإعلان عن هذه الإستشارة .

1- عند توجيه رسالة الإستشارة إلى المؤسسات التي شاركت في طلب العروض.

أكد تنظيم الصفقات أن رسالة الإستشارة توجه إلى المؤسسات التي شاركت في طلب العروض² ، دون أن يوضح محتويات هذه الرسالة و قد كان من الأولى أن يتم التنصيص على الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن تتضمنها الإستشارة ، فمثال من الضروري ذكر نية المصلحة المتعاقدة في إستخدام أسلوب التفاوض بعد الإستشارة تعميقا للشفافية ، و دعما للمنافسة و تمكينا للمرشحين من اللجوء إلى حق الطعن فيما بعد .

و على العموم فقد أوضح المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الوثائق التي يتكون منها ملف الإستشارة الذي يوضع تحت تصرف المتعهدين لتمكينهم من تقديم عروض مقبولة ، و الذي لا بد أن يشمل المعلومات الضرورية التالية :

- الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات بما في ذلك المواصفات التقنية و إثبات المطابقة ، و المقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات ، و كذلك التصاميم و الرسوم و التعليمات الضرورية إن إقتضى الأمر ذلك .
- الشروط ذات الطابع الإقتصادي و التقني ، و الضمانات المالية حسب الحالة .
- المعلومات أو الوثائق التكميلية المطلوبة من المتعهدين .
- اللغة أو اللغات الواجب إستعمالها في تقديم التعهدات و الوثائق التي تصاحبها .
- كفايات التسديد و عملة العرض إذا إقتضى الأمر³.

¹ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، الطبعة الخامسة ، مرجع سابق، 301 .

² المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

³ المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

- يجب أن تتوافر جميع الشروط والمتطلبات الأخرى التي تحددها الجهة المتعاقدة والتي يجب أن تتماشى معها الصفقة.

- الأجل الممنوح لتحضير العروض .

-أجل صلاحية العروض أو الاسعار .

- تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض والشكلية الحجية المعتمدة فيه .

- تاريخ وساعة فتح الأظرفة.

-العنوان الدقيق حيث يجب أن تودع التعهدات

2- عند توجيه رسالة الإستشارة إلى مؤسسات لم تشارك في طلب العروض.

ألزم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المصلحة المتعاقدة بإستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض غير المجدي ، ونظرا لمخاطر نشوء إحتكارات القلة في حالة الصفقات المتكررة في ظل مشاركة عدد محدود من المتعاملين الاقتصاديين ، وما يمكن أن يترتب عن ذلك من فساد وتواطؤ¹، نص المشرع على أنه في حالة إذا ما قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض ، فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الإستشارة توزيعا للمنافسة²، ويدخل هذا ضمن حالات الإقتضاء في اللجوء الى النشر ، بينما وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي لسنة 2010 نجده كان يوجب على المصلحة المتعاقدة إستشارة زيادة على ثلاثة متعاملين مؤهلين على الأقل³، و تعد إلزامية نشر الإعلان عن الإستشارة في حالة توسيعها إلى متعاملين لم يشاركوا في طلب العروض غير المجدي إجراء جديدا لم يكن منصوصا عليه في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 .

ثالثا : إستعمال نفس دفتر الشروط .

دفتر الشروط هو تلك الوثيقة التي تتضمن مجموعة البنود المتعلقة بموضوع الإستشارة و الأسس المعتمدة لإختيار المتعامل المتعاقد ، و كيفية التنقيط في العرض التقني و الماليو

¹ بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 200.

² المادة 52 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق

³ المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ، مرجع سابق .

تحديد الحاجيات و كمياتها¹، فهو جوهر الدعوة لتقديم العطاءات ، و تبعا لذلك فدفاتر الشروط المحينة دوريا توضح الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقات العمومية²، و تشمل على الخصوص دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات و دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات و دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية³.

عند استشارة المصلحة المتعاقدة للمؤسسات المشاركة في طلب العروض، وفي حال قررت توسيع الاستشارة لتشمل مؤسسات لم تشارك في طلب العروض، يتم استخدام نفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض، دون إعادة دراسة لجنة الصفقات المختصة. و إذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض أحكام دفاتر الشروط التي تمس المنافسة فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة و إطلاق طلب عروض جديد⁴ و ذلك في حالة ما إذا كان بإمكان الإدارة التهرب من صيغة طلب العروض ، و ذلك بإدراج شروط إقصائية أو تعجيزية و بعد عدم جدوى الطلب المرة الثانية تغير الشروط لصالح من تريد.

رابعا : تقليص مدة تحضير العروض .

أجاز المشرع للمصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض و هو ترخيص منطقي كون المؤسسات المشاركة على علم بتفاصيل المشروع و محتوياته و ذلك لأجل الإسراع في الإنجاز⁵

الفرع الثاني : الإجراءات الخاصة بالمجالات الأخرى للتراضي بعد الإستشارة .

و هي الحالات المنصوص عليها في الفقرة من 2 إلى 5 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي سبقت الإشارة إليها و تتمثل في :

¹ حمودي محمد بن هاشمي ، "الإستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام"، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات ، العدد الثاني ، جامعة غرداية ، الجزائر ، 2016 ، ص 54 .

² Michel Roux , Appels d'offres , Quatrieme Edition, Editions Eyrolles , Paris , 2015 , p28

³ المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

⁴ عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، مرجع سابق ، ص 68 .

⁵ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، الطبعة الخامسة ، مرجع سابق ، ص، 311.

- حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض .

- حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة .

- حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ و كانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد .

- حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار إتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الإمازية و تحويل الديون إلى مشاريع و تنمية أو هبات¹.
و تتمثل هذه الإجراءات في إستشارة المتعاملين برسالة إستشارة (أولا) ، تحديد المصلحة المتعاقدة بيانات و موضوع الإستشارة على أساس دفتر الشروط (ثانيا) .
أولا : إستشارة المتعاملين برسالة إستشارة.

لم يحدد المشرع الحد الأدنى من المتعاملين الإقتصاديين الذين يجب على الإدارة إستشارتهم كما لم يشر إلى مبادئ الصفقات خصوصا مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية²، و هو ما يعد تضييقا لمبدأ المنافسة و إكتفى المشرع بإحالة المصلحة المتعاقدة إلى بطاقتها ، حيث تمسك بطاقة وطنية للمتعاملين الإقتصاديين و بطاقيات قطاعية و بطاقة على مستوى كل مصلحة متعاقدة و تحين بانتظام ، و يحدد محتواها و شروط تحيينها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية وفق نص المادة 45 من القانون 12-23.

و بالتالي فالمصلحة المتعاقدة تملك السلطة التقديرية في تعيين الحد الأدنى من المتعاملين الذين ستستشيرهم نظرا لسكوت المشرع عن تحديد الحد الأدنى من المتعاملين الذين يجب إستشارتهم ما أمكن ذلك ، كما أنه ليس هناك ما يمنعها من أن تحد من عددهم ، ذلك ما يهدد بالإنقاص من مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية خصوصا إذا لم تعتمد المصلحة المتعاقدة معايير موضوعية و غير تمييزية لتقليص عدد المتعاملين³ .

¹ سليمي الصادق ، بركان عبد الحكيم ، التراضي كأسلوب للتعاقد الإداري ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة العربي التبسي ، تبسة ، الجزائر ، 2020، ص 29 .

² المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

³ بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 201.

و بالرجوع للمرسوم الرئاسي لسنة 2010 نجده في نص المادة 44 كان يوجب على المصلحة المتعاقدة إستشارة زيادة على ثلاثة (03) متعاملين إقتصاديين مؤهلين على الأقل جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة .

ثانيا : تحديد المصلحة المتعاقدة بيانات و موضوع الإستشارة على أساس دفتر الشروط . و يخضع هذا الدفتر قبل الشروع في العجاء لتأشيرة لجنة الصفقات العمومية المختصة و هو ما قد يعني إضفاء نوع من الشفافية و عدم المساس بالمنافسة ، مادامت اللجنة المختصة ستتأكد من عدم مخالفة المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية و المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم قبل منح التأشيرة¹، حيث تنص المادة 195 من هذا المرسوم على " .. يمكن للجنة أن تمنح التأشيرة أو ترفضها و في حالة الرفض يجب أن يكون هذا الرفض معللا ... " و على العموم يجب أن يكون نظام تقييم العروض التقنية مهما يكن إجراء الإبرام المختار متلائما مع طبيعة كل مشروع و تعقيده وأهميته² .

و نشير إلى أنه في حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ لعدم إنطلاق المتعامل في الأشغال أو لتقديمه بعد إمضاء الصفقة معلومات زائفة ، يكون دفتر الشروط قد أعد مسبقا و بالتالي كان من الأولى إستخدام رسالة الإستشارة على أساس هذا الدفتر دون إخضاعه من جديد لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة ربعا للوقت خصوصا و أن طبيعة الصفقة لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد³.

الفرع الثالث : الإجراءات المشتركة بين حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة.

رغم أن المشرع لم يحدد الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة في حالة اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة سواء في القانون 23-12 ، إلا انه و بإستقراء نص المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتبين انه ينبغي بعد تلقي العروض القيام بمايلي :

- 1- أن تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بفتح العروض و تقييمها .
و يتم ذلك وفق المراحل التالية :

¹ المرجع نفسه ، ص 202.

² المادة 79 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ،، مرجع سابق .

³ بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 202.

أ- فتح العروض .

يتم فتح الأظرفة من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض طبقا لنص المادة 48 من القانون 12-23 الساري المفعول ، هذه اللجنة منصوص عليها في المادة 96 من ذات القانون ، حيث تحدث المصلحة المتعاقدة في إطار الرقابة الداخلية من نفس القانون لجنة دائمة واحدة أكثر تكلفة بفتح الأظرفة و تحليل العروض و البدائل و الأسعار الإختيارية عند الإقتضاء ، تدعى في صلب النص " لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض " ، و تتشكل هذه اللجنة من موظفين مؤهلين تابعين للمصلحة المتعاقدة يختارون لكفاءتهم¹.

حيث تقوم بتسجيل العروض في دفتر خاص و تعد قائمة العروض المستلمة حسب ترتيب وصولها مع بيان المبالغ المقترحة و إعداد وصف الوثائق التي يتكون منها العرض كما تقوم بتحرير محضر بعدم جدوى العملية عند الإقتضاء²، كما لها أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابيا من المتعاملين الإقتصاديين الذين تمت إستشارتهم تقديم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم ، و لم توضح قوانين الصفقات العمومية طريقة طلب هذه التوضيحات و الرد عليها من طرف المتعامل المتعاقد و الآجال المتعلقة بذلك .

و يوافق فتح الأظرفة تاريخ و آخر ساعة لإيداع العروض و تاريخ و ساعة فتح أظرفة العروض التقنية و المالية آخر يوم من الأجل المحدد لتحضير العروض ، و يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشح و العروض التقنية و المالية في جلسة علنية خلال نفس الجلسة في تاريخ و ساعة فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض المالية و التقنية و تدعو المصلحة المتعاقدة كل المتعهدين لحضور جلسة فتح الأظرفة حسب الحالة في إعلان المنافسة أو عن طريق رسالة موجهة للمتعهدين³.

تسجل لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض أشغالها المتعلقة بفتح الأظرفة و تقييم العروض في سجلين خاصين يرقمهما الأمر بالصرف و يؤشر عليهما بالحروف الأولى⁴.

¹ المادة 96 من القانون 12-23 ، مرجع سابق .

² عمار بوضياف ، مرجع سابق ، ص 287.

³ هزيل جلول ، " المنح المؤقت : جوانبه القانونية و دوره في إضفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية " ، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد ، العدد الثاني ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2016ص

⁴ المادة 162 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

و بهذه الصفة تقوم لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض بالمهام التالية :

- إثبات صحة تسجيل العروض .
- إعداد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم
- توضيح محتوى و مبالغ المقترحات و التخفيضات المحتملة .
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض
- توقع بالأحرف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة غير المطلوبة لإكمالها.
- تحرر المحضر أثناء إنعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين ، و الذي يجب أن يتضمن التحفضات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة .
- تدعو المرشحين أو المتعهدين عند الإقتضاء كتابيا عن طريق المصلحة المتعاقدة إلى إستكمال عروضهم التقنية تحت طائلة رفض عروضهم بالوثائق الناقصة أو غير الكاملة المطلوبة في أجل أقصاه عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ فتح الأظرفة .
- ترجع عن طريق المصلحة المتعاقدة الأظرفة غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الإقتصايين عند الإقتضاء .
- ب - عملية تقييم العروض.

يتم تقييم العروض من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض على مرحلتين :

- 1- التقييم التقني للعروض : تعمل على تحليل العروض و تقييمها وفقا للمعايير المنصوص عليها في دفتر الشروط حيث تقوم بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامة الدنيا للتأهيل التقني¹ و تعتمد اللجنة في ترتيب العروض على معايير محددة في دفتر الشروط منها :
- مستوى التأهيل كشرط إقصائي .
- المنهجية المقترحة للإنجاز .
- الجدول الزمني للإنجاز مع تحديد المدة الزمنية .
- مستوى تأهيل الإطارات و خبراتهم .
- حيازة العتاد و التجهيزات الضرورية لإنجاز المشروع .
- القدرة المالية.

¹ المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

- الضمانات التقنية .

خبرة المتعهد في الميدان .

2-التقييم المالي للعروض.

يتم على أساس تقييم إداري تعدده المصلحة المتعاقدة مسبقا حيث يتم إختيار المتعامل المتعاقد إما :

- الأقل ثمنا من بين العروض المالية للمرشحين المختارين عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى معيار السعر¹.

- الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية ، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض إلى عدة معايير أهمها معيار السعر .

- الذي تحصل على أعلى نقطة إستناد إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر إذا كان الإختيار قائما على الجانب التقني للخدمات².

للمصلحة المتعاقدة إقتراح رفض العرض المقبول إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل في وضعية هيمنة على السوق أو قد تسبب في إختلال المنافسة بأي طريقة كانت . كما أن من الصلاحيات المخولة لها أنها ترد عند الإقتضاء عن طريق المصلحة المتعاقدة الأضرفة المالية التي تتعلق بالعروض التقنية التي تم إقصائها إلى أصحابها دون فتحها³.

2-إمكانية قيام المصلحة المتعاقدة بالتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة.

نص المشرع على إمكانية تفوض المصلحة المتعاقدة حول شروط تنفيذ الصفقة ، معنى ذلك أن التفاوض ليس إلزاميا بل هو إمكانية متروكة لتقدير المصلحة المتعاقدة⁴، المادة 52 247 ، في حين كان نص المادة 44 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 لا يعترف للمصلحة المتعاقدة في حالة التراضي بعد الإستشارة إلا بإمكانية طلب توضيحات وتفاصيل بشأن العروض بما يشبه الإعتراف الضمني المحتشم بالتفاوض بينما في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 حاول المشرع أن يخرج الأمر للعلن بنصه في المادة 52 على أن يجري التفاوض من

¹ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الأول ، الطبع الخامسة ، مرجع سابق ، ص 290

² المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، مرجع سابق .

³ هزيل جلول ، مرجع سابق ، ص 9 .

⁴ المادة 52 من المرسوم رقم 15-247 ، مرجع سابق.

طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة بدون أن يوضح تشكيلة اللجنة وهل يمكن أن يكون ضمن عضويتها أعضاء لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض ومتى تبدأ عملها، ومدة التفاوض ، حيث يجب أن تكون المفاوضات في أجر معقول خصوصا إذا نصدفتر الشروط على أجل محدد لصلاحيه العروض ، وكذلك إذا كان الأمر يتعلق بصفقة كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلائم مع آجال طلب عروض جديد.

لم يشر المشرع أيضًا إلى أي متطلبات خاصة تتعلق بتنظيم إجراءات التفاوض، أي إشارات محددة حول سير التفاوض، على الرغم من أهميتها وحول حدود التفاوض، ومع ذلك شرط أن تتم المفاوضات وفقًا للمبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم. وهذا يعني أن المفاوضات لا يمكن أن تؤدي إلى التأثير على شروط المنافسة، بل يجب أن تتم وفقًا لمبادئ المساواة والشفافية. فالمشرع لم يوضح طبيعة المفاوضات التي تتم بعد معرفة العروض المتوافقة مع المتطلبات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، هل تكون المفاوضات علنية أم سرية، متتابعة أم في نفس الوقت.

كما لم ينص على إمكانية تبادل الوثائق والمستندات بين المصلحة المتعاقدة والمتعهدين خلال المفاوضات ، وما يرتبط بها من وجوب الحفاظ على السرية ، و ما تقتضيه من واجب معاملة المتعهدين على قدم المساواة ، و عدم تقديم المعلومات على أساس تمييزي أو على نحو آخر يعطي بعض المتعهدين ميزة أخرى على غيرهم¹.

كما أنه من الصعب تحقيق المساواة في المعاملة عند استخدام المفاوضات المتتابعة ، مما يجعل المتعاملين أمام مفاوضات غير مؤطرة شكليا يحيطها الكثير من الغموض و الإلتباس و تختلف من إدارة إلى أخرى وهو ما يفتح باب الفساد الذي تسعى مختلف النصوص الصادرة تباعا للوقاية منه و مكافحته تعزيزا آليات حماية المال العام قبل و أثناء و بعد إبرام الصفقة² ، ذلك ما يجعلنا ندعو إلى سد هذا الفراغ القانوني و إستكمال مقتضيات المفاوضات بإجراءات أكثر وضوحا تحقيقا لمبدأ الشفافية³.

¹ بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 203

² خضري حمزة ، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر ، مجلة المفكر، العدد الثالث عشر ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2018، ص 198.

³ بوزيد بن محمود ، مرجع سابق ، ص 204.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تسهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر، و لا يمكنها بعد أن تنهي لجنة المفاوضات أعمالها أن تخصص الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها¹.

أضاف المشرع زيادة على عملية التفاوض لها، وذلك لتمكينها من التحقق من قدرات المتعاملين وضمان اختيارها الصحيح. كما أذن لها باستخدام جميع الوسائل القانونية في ذلك، و لاسيما الإستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى للتأكد من القدرات المهنية و المالية للمتعاملين، و لدى الهيئات و الإدارات المكلفة بمهمة المرفق العمومي، و كذا البنوك الممثلات الجزائرية في الخارج.

المطلب الثاني : إجراء منح الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التفاوض بعدالإستشارة.

يعتمد المنح المؤقت للصفقة العمومية على مجموعة من الضوابط مثله مثل تلك المتبعة في المنح النهائي وإعتماد الصفقة العمومية. لذلك، سنتناول أولاً إعلان المنح المؤقتة للصفقة العمومية (الفرع الأول)، ثم سننتقل إلى إعلان المنح النهائي للصفقة العمومية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية .

يقوم إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية على مجموعة من الضوابط (أولاً) يترتب عنها آثار قانونية (ثانياً) وفق مايلي :

أولاً : ضوابط المنح المؤقت للصفقة العمومية .

في هذه المرحلة يبرز دور لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض في تقييم العروض الحاسم في إختيار المتعامل المتعاقد معه وفق المعايير التي تم التطرق إليها علناً في الإختيار في حدود المرشحين المقبولين من طرف اللجنة، وبعد إتمام اللجنة لعملية فحص كل التعهدات و تقييمها يتم إرساء الصفقة و منحها مؤقتاً للمتعامل المتعاقد معه المقبول من طرف لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض و يتم التصريح به في جلسة علنية².

و إنطلاقاً من ذلك يعد المنح المؤقت إجراءً إعلامياً بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين و الجمهور بإختيارها المؤقت و غير النهائي لمتعاقد نظراً لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص

¹ المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق .

² هزيل جلول، مرجع سابق، ص 9.

العرض المالي و التقني، بحيث لا يصبح إلتزام الإدارة نهائيا إلا بعد تصديق السلطة المختصة على قرار لجنة تقييم العروض¹.

و أكد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على أنه من الضروري أن يدرج في إعلان المنح المؤقت للصفقة السعر و آجال الإنجاز و كل العناصر التي سمحت بإختيار حائز الصفقة العمومية ، كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في هذا الإعلان المرشحين الراغبين في الإطلاع على النتائج لتقييم ترشيحاتهم التقنية و المالية للإلتصال مصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام إبتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم كتابيا².

نص المشرع الجزائري تنظيما لأحكام المنح المؤقت وتحديدًا للآثار المترتبة عنها. ونص على ضرورة إدراج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي تم نشر إعلان طلب العروض فيها، إذا كان ذلك ممكناً:

- إسم المؤسسة .
- النقطة التقنية .
- مبلغ العرض (السعر) .
- آجال التنفيذ أو آجال الإنجاز .

و للسماح للمتعهدين بممارسة حقهم في الطعن لدى لجنة الصفقات العمومية المختصة أن تبلغ المصلحة المتعاقدة في إعلان المنح المؤقت للصفقة :

- طريقة المنح و كل العناصر التي سمحت بإختيار حائز الصفقة العمومية³.
- ثانيا : الآثار القانونية الناتجة لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية .
- 1- حق الطعن في قرار المنح المؤقت أمام لجنة الصفقات العمومية .

ضرورة إرفاق الإعلان بدعوة المترشحين للإطلاع على نتائج تقييم عروضهم في غضون ثلاثة (03) أيام إبتداء من تاريخ نشر الإعلان و إمكانية تقديم طعون نتائج التقييم خلال عشرة (10) أيام من الإعلان من المنح ، و ذلك حماية لمبدأ الشفافية المنصوص عليه ضمن هذا المرسوم .

¹ عريض صليحة ، خدنة سعيدة ، مرجع سابق ، ص 77.

² المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

³ المادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

- أن تشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن و رقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة¹.

و ما يلاحظ على نص المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 أنها وسعت من مجالات الطعن في القرارات الإدارية في مجال الصفقة العمومية لتشمل زيادة على الطعن في قرار المنح المؤقت إمكانية الطعن في قرار المنح المؤقت ، و كذا قرار عدم الجدوى و قرار إلغاء الإجراء في إطار طلب العروض دون الإشارة إلى إمكانية الطعن في قرار الإقصاء².

و يرفع هذا الطعن أما لجنة الصفقات المختصة في أجل عشرة (10) أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة ، في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى ، و إذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي³.

عند تسليط الضوء على الأثر القانوني للمادة المذكورة يتمثل في إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية، حيث يتمكن كل متعهد يرغب في ذلك من ممارسة حق الطعن. فالإدارة لم تبرم الصفقة بعد ولم توقع عليها، ولكن الهدف من الإعلان المؤقت هو إعلان الفائز في الصفقة وتزويد كل متعهد بجميع التفاصيل المتعلقة بالتقييم، بهدف تمكينه من ممارسة حقه في الطعن.

و تتمثل شروط الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية في :

- لا يمكن لغير المتعهد الذي قدم اقتراحاً للمصلحة المتعاقدة بشأن موضوع الصفقة اللجوء إلى هذا الطريق، أما المتنافسون الذين لم يقدموا عروضاً فليس لهم الحق في الطعن، حتى لو كان سبب تخلفهم يعود إلى المصلحة المتعاقدة. على سبيل المثال، إذا رفض أعوان المصلحة المتعاقدة استلام العرض أو منعوا المتنافس من الحصول على الوثائق اللازمة للمنافسة، أو حتى إذا لم تحترم المصلحة المتعاقدة الأجل المحددة لتقديم العروض.

ففي هذه الحالات يكون للمتنافسين اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية .

¹ المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

² هزيل جلول ، مرجع سابق ، ص 15.

³ المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

- يجب أن ترفع الطعون بصفة فردية و لا مجال لقبولها جماعية ، لأن المشرع إستعمل صيغة المفرد عندما نص " يمكن للمتعهد" معناها أن الطعون ترفع فردية ، و لا مجال لقبول الطعون الجماعية¹ .

2- حق الطعن في قرار المنح المؤقت أمام القضاء الإداري .

إن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نص على إختصاص القضاء الإداري عامة²، بينما المادة 09 من القانون العضوي رقم 01-98³، فتجعل من مجلس الدولة درجة التقاضي الأولى و الأخيرة فيما يتعلق بدعاوى الإلغاء الصادر عن الدولة أي عن السلطات الإدارية المركزية التي تعمل بإسم و لحساب الدولة و هي رئيس الجمهورية ، رئيس الحكومة و الوزراء و بعض المصالح الخارجية التابعة لهم مباشرة .

يجب أن يرفع الطعن خلال أربعة (04) أشهر المقررة بنص المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و التي تسري من تاريخ نشر القرار في الجرائد ، أو تعليقه أو تبليغه فالأصل أن العلم بقرار المنح المؤقت يكون بنفس الطريقة التي تم بها العلم بطرح المصلحة المتعاقدة للصفقة .

الفرع الثاني : إعلان المنح النهائي للصفقة العمومية .

إن هته المرحلة تؤدي إلى اختيار مقدم عرض معين بناءً على توافر عطائه أو عرضه وفقاً لمجموعة من الشروط والمواصفات، وهذا يدفع المصلحة المتعاقدة لاختياره فوق العروض الأخرى.

أكد القانون 12-23 على غرار المرسوم الرئاسي 15-247 على مبدأ المنح المؤقت و ذلك تكريساً لمبدأ الشفافية ، عند التعامل في مجال الصفقات العمومية ، فهذا المبدأ يحقق العقلانية من خلال إنتقاء المتعامل الأكثر قدرة من الجانب المالي و التقني .
إعترف المشرع الجزائري في المادة 52 من القانون رقم 12-23 بحق الإدارة في إختيار المتعامل المتعاقد معها مثلما نصت على ذلك مسبقاً المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247 وفقاً للمعايير المعلن عنها ووفق الشروط المحددة في دفتر الشروط ، و ينتج عن نشر

¹ هزيل جلول ، مرجع سابق ، ص 15 .

² المادة 800 من القانون رقم 08-09 ، مرجع سابق.

³ قانون عضوي رقم 01-98 مؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998 ، يتعلق بإختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله ، جريدة رسمية عدد 37 ، صادر في 6 صفر عام 1419 الموافق أول يونيو سنة 1998 ، معدل و متمم.

الإعلان المؤقت للصفقة نشوء حق المتعاملين الذين تمت استشارتهم و عارضوا إختيار المصلحة المتعاقدة في أن يحتجوا على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء لدى لجنة الصفقات المختصة¹.

كما جاء في المادة في 54 من القانون 12-23 لتركز على بعض المعايير كالضمانات التقنية و المالية ، السعر النوعي و آجال التنفيذ و شروط التمويل ، و كذلك نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 78 من المرسوم حيث حاول المشرع تقييد الإدارة بمجموعة من المعايير مختلفة في طبيعتها لإختيار المتعامل المتعاقد ، و من هنا جاءت المادة 78 مكملة للمواد 53 و ما يليها من قانون الصفقات العمومية و التي شدد من خلالها على ضرورة إسناد الصفقة العمومية للأقدر على التنفيذ مع الأخذ بعين الإعتبار القدرات المالية و التقنية و التجارية لتتوج هذه الخطوات في آخر المطاف بإرسال الصفقة و إعتماد العرض الأكثر ملائمة مع متطلبات الحاجيات العمومية .

بعد نهاية فترة الطعون المحددة بموجب قانون الصفقات العمومية يقدم مشروع الصفقة إلى لجنة الصفقات العمومية المختصة للدراسة و منح التأشير بموجب الرقابة الخارجة للصفقات العمومية لتصبح سارية المفعول بعد المصادقة عليها من طرف الهيئات المختصة . كما يمكن للمصلحة المتعاقدة بعد منح الصفقة و بعد موافقة حائز الصفقة العمومية ، أن تضبط الصفقة و تحسن عرضه ، غير أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال لهذه العملية أن تعيد النظر في شروط المنافسة².

¹ المادة 52 من القانون 12-23 ، مرجع سابق.

² المادة 80 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، مرجع سابق.

المطلب الثالث : تقدير إجراءات التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية .

بعد أن رأينا إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الإستشارة نعرض لتقدير هذه الإجراءات بالتطرق لمزاياها (الفرع الأول) وعيوبها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مزايا إجراءات التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية.

تقوم إجراءات التفاوض بعد الإستشارة على مبدأ المنافسة (أولا) كما أنها إجراءات تمكن من الوصول إلى أحسن عرض (ثانيا) وهذا كالتالي :

أولا : إجراءات مبنية على مبدأ المنافسة .

كما رأينا سابقا فإجراء التفاوض بعد الإستشارة يقوم على مبدأ المنافسة، ولو أنها ليست مطلقة والمشرع ضبط هذا الأسلوب الإستثنائي بوضع قواعد قانونية إستهدفت من خلالها تأمين ضمانات لحماية المال العام المستعمل في صفقات التفاوض وفق نسق خاص¹، بعد تقييم العروض تقوم المصلحة المتعاقدة بإجراء نوع من التمييز بين المشاركين ، ولذلك فإن قانون الصفقات العمومية يتطلب من السلطة المتعاقدة تحديد معايير إرساء الصفقة منذ البداية بحيث يقوم كل مشارك بإعداد عرضه وفقاً لذلك ، وإحترام مبدأ المساواة في تقييم العروض كما نصت عليه المادة 5 من قانون الصفقات العمومية الساري المفعول يستوجب منع كل تغيير لمعايير المنح المحددة منذ البداية، ومنه يتم رفض كل عرض لا يوافق هذه المعايير.

تتمتع لجنة تقييم العروض بحرية التفاوض مع المتعاملين الاقتصاديين الذين تم استشارتهم وطلب توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم المتوافقة مع متطلبات دفتر الشروط. يتم اختيار أفضل عرض من حيث السعر والجودة وجدول زمنية التنفيذ في إطار عملية التفاوض بعد الاستشارة ، ولها الحرية في التفاوض حول السعر، الكمية، الجودة والأجل ، لكن لا يجب أن يغير من الخصوصيات الأساسية للصفقة، الموضوع ومعايير الاختيار².

ثانيا : إجراءات توصل المصلحة المتعاقدة إلى أفضل عرض .

لا يتميز أسلوب التفاوض بعد الإستشارة بتعقيد الإجراءات وطول مددها حيث أن هذا الأسلوب حتى وإن كان الإستثناء لإبرام صفقة عمومية ، وحتى وإن كان يحتوي على قدر

¹ محمد بن محمد ، صفقات التراضي في الجزائر : أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد الثالث عشر ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر، 2015، ص 174 .

² سحنون سمية، مرجع سابق، ص20.

محدود من المنافسة ، في بعض الأحيان يكون الحد من عدد المنافسين هو الطريق المثلى لضمان تنافسية فعالة، حيث قد لا يكون المتعاملون مستعدين للمشاركة إلا إذا كانت فرصهم في الفوز بالعقد النهائي معقولة.

إن استخدام التفاوض بعد الاستشارة نادر وغير متكرر بشكل عام، يمكن استثناء حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية. وتُعتبر هذه الحالة مهمة ومحظى بعناية من قبل المشرع، حيث يُلزم الطرف المستفيد بنشر إعلان الاستشارة في حالة إجراء استشارة لم تشمل بعض المؤسسات المشتركة في طلب العروض، مما يعزز المنافسة ويحقق أقصى استفادة.

إن أسلوب التفاوض بعد الإستشارة وإن كان لا يعفي المصلحة المتعاقدة كلية من القيود الشكلية إلا أنه يمكنها من إختيار المتعاقد بحرية إذا توافرت حالاته ، فهو يوجه إلى مجموعة من الأشخاص وفيه تتمكن المصلحة المتعاقدة من حصر إستشاراتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين ، وعلى ذلك وجب ان تكون المؤسسات مؤهلة للغرض المطلوب إنجازها¹.

الفرع الثاني : عيوب إجراءات التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية.

أهم عيوب إجراءات التفاوض بعد الإستشارة أنها إجراءات لا تحقق مبدأ المساواة بين المتعاملين كما أنها إجراءات غامضة .

أولا : إجراءات غير متوافقة مع مبدأ المساواة.

الجهة المتعاقدة لديها السلطة التقديرية في تحديد الحد الأدنى لعدد المتعاملين الغنقصاديين الذين يجب استشارتهم، نظراً لعدم وجود توضيح من قبل المشرع بشأن تحديد هذا الحد الأدنى. ولا يوجد أي عوائق تمنع الجهة من تقليص عددهم، إلا أن ذلك قد يؤثر على مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العامة، خصوصا إذا لم تعتمد المصلحة المتعاقدة على معايير موضوعية وغير تمييزية لتقليص عدد المتعاملين .

إذن هذا الأسلوب يؤدي غالبا إلى إبعاد بعض المرشحين وبالتالي التعدي على مبدأ المساواة بين المترشحين الراغبين في التعاقد مع الإدارة العامة.

¹ ازرايب نبيل ، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2018 ، ص 55.

ثانيا : إجراءات غير شفافة وتفتقد إلى النزاهة .

يمكن أن تصبح مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد مكانًا للتحايل والإحتيال عندما يتم إختيار المستفيد من الصفقة بطريقة غير قانونية، عن طريق عدم احترام معايير الاختيار المعلنة منذ البداية أو السماح للمرشحين غير المؤهلين بالمشاركة. بالإضافة إلى ذلك ، يُمكن للجهة المتعاقدة أن تستعين بمؤسسات لم تشارك في طلب العروض، مما يفتح الباب أمامها للتعاقد مع المتعاقد المفضل لها عن طريق التلاعب بالقانون.

ويتحقق ذلك أيضا إذا كانت معايير الإختيار إنتقائية بشكل مفرط ، كأن تحدد خصائص معينة لا يمكن توافرها إلا لدى بعض المرشحين .

كل هذه المناورات هدفها إقصاء عدد كبير من المرشحين ، ومنه ففي حالة عدم الحصول على أية عروض ، تسمح الجهة المتعاقدة للعودة إلى المفاوضات لإتمام الصفقة، من خلال إجراء مفاوضات بعد استشارة. كذلك اللجوء إلى إجراء التراضي بدعوى أن المشروع يتطلب مهارة خاصة أو التحديد التعسفي للمبلغ الأقصى للصفقة لتتمكن من إعلان عدم الجدوى¹.

خلاصة الفصل .

نستخلص من المعلومات السابقة أن الصفقات العمومية يتم إبرامها إستثناءا إما عن طريق التفاوض المباشر أو التفاوض بعد الاستشارة. تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هاتين الطريقتين كوسيلة للتخلص من القيود القانونية المفروضة عليها في اختيار المتعاقد حيث تتقدم بطلبات للحصول على العروض على الرغم من أنها تمتلك حرية اختيار المتعاقد دون تلك القيود. ومع ذلك، لم يكن القانون يتيح لها الحرية الكاملة في اتباع إجراءات التفاوض، حيث حدد التشريع إجراءات صفقات العمومية التي تبرم عن طريق التفاوض بهدف تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على المال العام.

¹ سحنون سمية ، مرجع سابق ، ص89.

الختمة

من خلال دراستنا لموضوع التفاوض في إبرام الصفقات العمومية تبين لنا بأن الدولة بوصفها صاحبة سلطة عامة ما جعلها سيدة قراراتها لا سيما ما تعلق منها بإدارة شؤونها العامة حيث أنها تعتمد في تسييرها الإداري على إمتياز السلطة العامة ، الذي يخولها تصرفات بإرادتها المنفردة ، هذه التصرفات التي يأتي في مقدمتها القرار الإداري الذي تعبر من خلاله على إرادتها ، فهي تستخدم في مجمل تصرفاتها دون إستثناء .

والقرار الإداري ليس بالتصرف الوحيد الذي تقوم به الإدارة في تسيير شؤونها إذ بإمكانها اللجوء للتعاقد بنوعيه ، سواء العقد الإداري أو المدني ، الأول تستعمل فيه سلطتها العامة من خلال تضمينه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص ، وكما تطبق عليه أحكام القانون العام أما الثاني فتلجأ له إذا ما نزلت إلى مرتبة الأفراد ، وتنظمه أحكام القانون الخاص .

و من بين العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة نجد الصفقات العمومية والتي تمثل شريان حياة الدولة ، حيث تمارس من خلالها وظيفتها في تسيير وتطوير المرفق العام للنهوض بإقتصادها وسد حاجيات أفرادها ، ونظرا للأهمية البالغة لهذه العقود وما تشكله من خطورة على المال العام ، فإن المشرع الجزائري خصص لها منظومة قانونية أهمها المراسيم الرئاسية المتلاحقة ، ثم أخيرا القانون 23-12 الصادر في سنة 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية و يقر أسلوب التفاوض نظرا لما يكتسبه من أهمية بالغة كأسلوب متميز في مجال الصفقات العمومية على الصعيد القانوني .

فضلا على أنه يمثل إستثناءا عن القاعدة العامة في مجال الصفقات العمومية (طلب العروض) أين تكون الإدارة مقيدة بضوابط وإجراءات ملزمة لها عند إبرام كل صفقة عمومية وهذه القيود تسقط في أسلوب التفاوض بنوعيه (التفاوض المباشر والتفاوض بعد الإستشارة) لكن بنسب متفاوتة ، فالأول يجعلها تتصرف بأكثر حرية بعيدا عن أي قواعد إجرائية تقيد تصرفاتها ، أما الثاني فتكون الإدارة مقيدة فيه بإجراءات معينة .

لكن اللجوء إلى هذا الإستثناء بنوعيه سيشكل خطرا على المال العام وكذا حقوق المتعاقدين إذا ما كان عشوائيا ، بلا ضوابط قانونية تحكمه وتحدد شروطه وكيفيات اللجوء إليه وهو ما كرسه المشرع ضمن العديد من النصوص القانونية ، حفاظا على نجاعة هذا الأسلوب على الرغم من أنه يرفع العديد من القيود الملزمة للإدارة .

من هذا المنطلق إستخلصنا جملة من النتائج والتي نوجزها على النحو التالي :

- يعد أسلوب التفاوض أسلوب استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات محددة لا يمكن اللجوء فيها لأسلوب طلب العروض نظرا لخصوصيته المتمثلة في صفة المتعامل ، و طبيعة الصفقة ، والاستعجال.

- لأسلوب التفاوض في إبرام الصفقات العمومية شكلين التفاوض المباشر والذي يتم اللجوء إليه في حالات محددة طبقا لقانون الصفقات العمومية ، إلا أنها صورة يشوبها عيب إنعدام الشفافية - أما الصورة الثانية هي التفاوض بعد الإستشارة وهي الصورة التي تمنح قدرا من المنافسة بين مجموعة من الأشخاص إلا أن ما يعاب على هذا الشكل ، هو أنه يتم الدعوى فيه إلى المنافسة دون إلزامية إتباع شكله معينة.

- غياب ضوابط تحد طريقة إبرام الصفقة عمومية وفقا للأسلوب التفاوض مما يؤدي لإختيار المتعامل المتعاقد بناء على أسس ذاتية وإعتبارات شخصية، وهو ما يفتح باب التحايل والتلاعب في عملية إبرام الصفقة العمومية .

- تقوم إجراءات أسلوب التفاوض على مراعاة جملة من المعايير المتمثلة في وجود عارض واحد والمصلحة المتعاقدة، بالإضافة إلى المعيار المالي، و بهذا يقوم التفاوض كأسلوب أو كإجراء في إبرام الصفقات العمومية .

- إختلاف صورة أو أشكال التفاوض في إبرام الصفقات العمومية يترتب عليه عدة آثار سواء بالنسبة للإدارة كمصلحة متعاقدة التي لها الحق في فرض رقبتها ونمیزها بحق التعديل الإفرادي والفسخ وتوضع الجزاءات المالية في حالة وقوع أي ظرف يستدعي الفسخ أو التعديل وأي خلل يستلزم توقيع جزاء مالي ، وإلتزامها في إحترام بنود الصفقة وفرض الرقابة والإشراف .

- أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للتسوية الودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية المبرمة عن طريق التفاوض ، حيث يتم اللجوء إلى التسوية الودية في أي مرحلة من مراحل العقد ، سواء عند الإبرام أو بمناسبة تنفيذ الصفقة العمومية .

- نظم المشرع الجزائري الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التفاوض ضمن نصوص وتنظيمات خاصة ، كما حدد لها آجالها الخاصة لإيداع الطعون أمام اللجان المختصة عند الإقتضاء فيما يخص مرحلة الإبرام .

- وضع المشرع فيما يخص التسوية الودية الخاصة بتنفيذ الصفقات العمومية عن طريق التفاوض مرحلتين لهذه التسوية ، الأولى تكون التسوية بمبادرة من المصلحة المتعاقدة أما الثانية فتتمثل في عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية .

- عند إستحالة فض النزاع القائم بين طرفي الصفقة العمومية عن طريق الحلول الودية يكون السبيل الوحيد أمام طرفي العلاقة التعاقدية هو اللجوء إلى القضاء الإداري ، بصفته جهة مختصة طبقا لما جاء في فحوى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر.

-القرآن الكريم:

1- سورة النساء الآية 29

- النصوص القانونية.

أ- النصوص التشريعية.

1- القانون رقم 12-23 مؤرخ في 18 محرم عام 1445 الموافق 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 51، صادرة في 19 محرم عام 1445 الموافق 6 غشت سنة 2023 م.

2- قانون عضوي رقم 01-98 مؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998، يتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، جريدة رسمية عدد 37، صادر في 6 صفر عام 1419 الموافق أول يونيو سنة 1998.

3- قانون رقم 10-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، جريدة رسمية عدد 43 صادر في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو 2003.

4- قانون رقم 01-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14، صادر في 8 صفر عام 1427 الموافق 08 مارس سنة 2006.

5- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1929 الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادر في ربيع الثاني عام 1929 الموافق لـ 23 أبريل 2008.

6- قانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، صادر في 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 7 مارس سنة 2016.

ب- الأوامر.

1- أمر رقم 90-67 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1387 الموافق 17 يونيو سنة 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، صادر في 19 ربيع الأول عام 1387 الموافق 27 يونيو سنة 1967.

2- أمر رقم 32-69 مؤرخ في 6 ربيع الأول عام 1389 الموافق 22 مايو سنة 1969، تتم بموجبه المادتان 129 و144 من الأمر 90-67، جريدة رسمية عدد 46، صادر في 11 ربيع الأول عام 1389 الموافق 27 مايو سنة 1969.

3- أمر رقم 12-72 مؤرخ في 4 ربيع الأول عام 1392 الموافق 18 أبريل سنة 1972، يتضمن تنظيم الأمر رقم 90-67، جريدة رسمية عدد 32، صادر في 7 ربيع الأول عام 1392 الموافق 21 أبريل سنة 1972.

4- أمر رقم 09-74 مؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق 30 يناير سنة 174، يتضمن مراجعة قانون الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 13، صادر في 19 محرم عام 1394 الموافق 12 فبراير سنة 1974.

5- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

6- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43، صادر في 20 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 20 يوليو سنة 2003، معدل ومتمم.

- النصوص التنظيمية.

أ- المراسيم الرئاسية.

1- مرسوم رقم 82-145 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 10 أبريل سنة 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15، صادر في 19 جمادى الثانية عام 1402 الموافق 13 أبريل سنة 1982.

2- مرسوم رقم 84-51 مؤرخ في 23 جمادى الأولى عام 1404 الموافق 25 فبراير سنة 1984، يعدل ويتمم المرسوم رقم 82-145، جريدة رسمية عدد 9، صادر في 26 جمادى الأولى عام 1404 الموافق 28 فبراير سنة 1984.

3- مرسوم رئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 24 يوليو سنة 2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 52، صادر في 17 جمادى الأولى عام 1423 الموافق 28 يوليو سنة 2002.

4- مرسوم رئاسي رقم 03-301 مؤرخ في 14 رجب عام 1424 الموافق 11 سبتمبر سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 17 رجب عام 1424 الموافق 14 سبتمبر 2003.

5- مرسوم رئاسي رقم 08-338 مؤرخ في 26 شوال عام 1429 الموافق 26 أكتوبر سنة 2008، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، جريدة رسمية عدد 62، صادر في 11 ذو القعدة عام 1429 الموافق 9 نوفمبر سنة 2008.

6- مرسوم رئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 58، صادر في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010.

7- مرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1432 الموافق أول مارس سنة 2011، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، جريدة رسمية عدد 14، صادر في أول ربيع الثاني عام 1432 الموافق 6 مارس 2011.

8- مرسوم رئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 14 رجب عام 1432 الموافق 16 يونيو سنة 2011، يعدل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، جريدة رسمية عدد 34، صادر في 17 رجب عام 1432 الموافق 19 يونيو سنة 2011.

9- مرسوم رئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 24 صفر عام 1433 الموافق 18 يناير سنة 2012، يعدل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، جريدة رسمية عدد 04، صادر في 2 ربيع الأول عام 1433 الموافق 26 يناير سنة 2012.

10- مرسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير سنة 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، جريدة رسمية عدد 02، صادر في أول ربيع الأول عام 1434 الموافق 13 يناير سنة 2013.

11- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، صادر في 6 ذو الحجة عام 1436 الموافق 20 سبتمبر 2013.

ب- المراسيم التنفيذية.

1- مرسوم تنفيذي رقم 91-434 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 9 نوفمبر سنة 1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 57، صادر في 6 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 13 نوفمبر سنة 1991.

2- مرسوم تنفيذي رقم 98-277 مؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1419 الموافق 13 يوليو سنة 1998، يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، جريدة رسمية عدد 51، صادر في 21 ربيع الأول عام 1419 الموافق 15 يوليو سنة 1998.

ج-القرارات.

1-قرار مؤرخ في 23 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 28 مارس سنة 2011، يحدد محتوى بطاقيات المتعاملين الإقتصاديين وشروط تحيينها، جريدة رسمية عدد 24، صادر في 16 جمادى الأول عام 1432 الموافق 20 أبريل 2011.

ثانيا المراجع العامة.

- الكتب.

1- ازرايب نبيل، سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية وفق التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.

2-إسماعيل بن عمار، قانون الصفقات العمومية، دار النبع الصافي، بومرداس، 2016.

3-الجبوري محمد خلف، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

4-الحلو ماجد راغب، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

5-الكشور محمد، نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مكتبة الملك فهد الوطنية، المغرب، 1993.

6-بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

7-بعلي محمد الصغير، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.

8-بوشعاب سعادو، الصفقات العمومية كرافعة للتنمية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، ألمانيا، 2017.

9-بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013.

- 10-بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2011.
- 11-بوضياف عمار، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 12-بوعمران عادل النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية، فقهية وقضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010.
- 13-خرشي النوى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 14-زريق برهان، الدعوى المستعجلة في القضاء الإداري، ب.د.ن، سوريا، 2017.
- 15-سردوك هيبية، المناقصة العامة كطريق للتعاقد الإداري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 16-شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 17-عوابدي عمار، القانون الإداري: النشاط الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 18-قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- الرسائل والمذكرات الجامعية.**
- أ- الرسائل.**
- 1- تياب نادية ، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2013.
- 2- حليمي منال ، تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، تخصص تحولات الدولة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2017.
- 3- خضري حمزة ، آليات حماية المال عام في إطار الصفقات العمومية ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2014-2015.
- ب- المذكرات .**
- 1-بالعابد عبد الغني ، الدعوة الإستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص المؤسسات السياسية والإدارية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر، 2008.
- 2-بحري إسماعيل ، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2009.
- 3-بن دعاس سهام ، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، الجزائر ، 2005.

4-بوخالفة عياد ،خصوصيات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، تخصص قانون المنازعات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2018.

5-خالدي مجيدة، القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون الإدارة المحلية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2011/2012

6-سحنون سمية ، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر 1 ، الجزائر ، 2013.

7-سليمي الصادق ، بركان عبد الحكيم ، التراضي كأسلوب للتعاقد الإداري ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة العربي التبسي ، تبسة ، الجزائر ، 2020.

8-عبيد ريم ، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، الجزائر ، 2006.

9-عريض صليحة ، خذنة سعيدة ، التعاقد عن طريق التراضي في الصفقات العمومية مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحي ، جيجل ، الجزائر ، 2021.

10-غني أمينة ، الإستعجال في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، التخصص الإجراءات والتنظيم القضائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2011/2012.

11-مانع عبد اللطيف ، طرق إبرام الصفقات العمومية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008 .

12-نادية تياب ، مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون إداري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013.

13-هناد آية ، زغدودي صفاء ، أساليب إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247 ، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر في العلوم القانونية ، تخصص منازعات إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ، الجزائر ، 2018.

- المقالات و المداخلات .

أ- المقالات .

1-الليل أحمد "التعاقد الإداري بأسلوب التراضي في قانون الصفقات العمومية الجزائري " مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانيه والإجتماعية ، العدد الرابع ، جامعه أحمد دراية ، أدرار، 2010.

2-بورعدة حورية ، " طرق ومراحل إبرام الصفقات العمومية بناء على المرسوم الرئاسي 15-247 " ، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية و الإقتصادية ، العدد الخامس ، جامعة تمنراست ، الجزائر ، جوان 2019.

3-بوزيد بن محمود ، "تقدير مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية المبرمة بأسلوب التراضي بعد الإستشارة" ، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية ، العدد السادس ، جامعة برج بوعريريج ، الجزائر ، 2018.

- 4-بولكور عبد الغني وسناء منيغر ، "ضبط وتحديد الحاجات بمناسبة إبرام الصفقات العمومية"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية ، العدد الثالث ، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2017.
- 5-تياب نادية، "إستثنائية التراضي آلية للوقاية من الفساد في مجال الصفقات العمومية: دراسه تحليلية ناقدة " ، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والإجتماعية العدد الثالث ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2020.
- 6-حليمي منال وبن محمد محمد "صفقات التراضي في الجزائر: أسلوب إبرام خاص بضوابط قانونية غامضة " ، مجلة دفاتر السياسية والقانون ، العدد الثالث عشر ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2015.
- 7-حمادي نوال، " حوكمة صفقات التراضي في إطار الإستراتيجية الوطنية للوقاية من ظاهرة الفساد ومكافحته "، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي ، العدد الأول ، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية ، جويلية ، 2019.
- 8-حمودي محمد بن هاشمي ، "الإستشارة كآلية لإبرام الطلبات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247" المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام" مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد الثاني ، جامعة غرداية ، الجزائر، 2016.
- 9-خضري حمزة ، "الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر " ، مجلة المفكر العدد الثالث عشر ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2018.
- 10-زناتي مصطفى ، "ضبط وتحديد الحاجات قبل إبرام الصفقة العمومية (حجر الزاوية في عقلنة و ترشيد الطلب العمومي) " ، مجلة البحوث السياسية والإدارية ، العدد الثاني عشر ، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، 2018.
- 11-شريف الشريف ، " الصفقة العمومية بناء على إجراء التراضي: قراءة في تقنين الصفقات العمومية " ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، جوان 2016.
- 12-ضريفي نادية و لجلط فواز ، "لإبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي و مبدأ المنافسة أي جديد ؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 " ، مجلة صوت القانون ، العدد الثاني ، جامعة الجيلالي بونعامة ، الجزائر ، نوفمبر 2019 .
- 13-قديان سليم ، "مراحل وإجراءات إبرام الصفقات العمومية " ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد السابع ، جامعة البليدة 2 ، الجزائر، 2018.
- 14-لكصاسي سيد أحمد، " التراضي كإجراء إستثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة النمو الإقتصادي وريادة الأعمال ، العدد الثاني ، جامعة أدرار، الجزائر أوت 2019.
- 15-لميز أمينة و لعرج سمير ، التراضي كأسلوب في إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247" ، مجلة الحوار الفكري ، العدد الخامس عشر ، جامعة أحمد دراية أدرار ، جوان 2018.
- 16-محمود فاطمة، "القرارات الفاصلة في الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عن مجلس المنافسة" ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد التاسع ، جامعة محمد بوضياف،المسيلة، 2018.

17-هزيل جلول ، "المنح المؤقت: جوانبه القانونية ودوره في إطفاء الشفافية في منح الصفقات العمومية " ، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد ، العدد الثاني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2016.

ب- المداخلات .

1-فاضل إلهام ، تكريس مبدأ الإشهار في مجال الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247 ، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لعقود الإشهار التجاري وآثارها على الإقتصاد الوطني والمستهلك ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة يوم 5 ديسمبر 2018.

2-مزواغي جيلالي ، إجراءات إبرام الصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الملتقى الوطني الأول حول: الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، المركز الجامعي غليزان، الجزائر، أيام 17 و 18 جوان 2019.

- القواميس .

1- أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ،، عالم الكتاب ، القاهرة ، 2008.

2-ابن منظور ، لسان العرب ،، دار المعارف ، القاهرة ، مصر ، 1119.

-المواقع الإلكترونية.

1-جيلالي محمد ، أحكام في العقود المدنية ،جامعة ابن خلدون تيارت،، متاح على الموقع الرسمي للجامعة على الرابط التالي:

<http://dspace.univ-tiaret.dz:8080/jspui/handle/123456789/483>

2- طبي عبد الرشيد ، " القوة القاهرة و أثرها على التشريع و القضاء " ، 2021 ، تاريخ الإطلاع 14 أبريل 2024 ، الساعة 12:22 ، متاح على الموقع الرسمي للمحكمة العليا على الرابط التالي:

<http://www.coursupreme.dz/content>.

ثانيا : قائمة المصادر و المراجع باللغة الفرنسية .

1- Ouvrages.

1- Benjamin Matinez et fabien Serr, Exécution des marchés publics, Edition le moniteur, paris, 2013.

2-Michel Roux, Appels d'offres, Quatrième Edition, Editions Eyrolles, Paris, 2015.

الفهرس

الصفحة	العنوان	الرقم
/	مقدمة	01
5	الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لإجراء التفاوض في الصفقات العمومية	02
6	المبحث الأول : ماهية إجراء التفاوض في إبرام الصفقات العمومية	03
6	المطلب الأول : مفهوم إجراء التفاوض في الصفقات العمومية	04
6	الفرع الأول : تعريف إجراء التفاوض في الصفقات العمومية	05
11	الفرع الثاني : خصائص إجراء التفاوض في الصفقات العمومية	06
16	المطلب الثاني : إجراء التفاوض قبل و بعد صدور القانون 12-23	07
16	الفرع الأول : إجراء التفاوض قبل صدور القانون 12-23	08
20	الفرع الثاني : إجراء التفاوض في القانون الساري المفعول 12-23	09
20	المبحث الثاني : أنواع إجراء التفاوض في الصفقات العمومية	10
20	المطلب الأول : التفاوض المباشر في الصفقات العمومية	11
21	الفرع الأول : مفهوم التفاوض المباشر	12
21	الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى التفاوض المباشر	13
33	المطلب الثاني : التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية	14
33	الفرع الأول : مفهوم التفاوض بعد الإستشارة	15
35	الفرع الثاني : حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة	16
40	الفصل الثاني : إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض	17
42	المبحث الأول : إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض المباشر	18
42	المطلب الأول : شروط إجراء التفاوض المباشر في الصفقات العمومية	19
42	الفرع الأول : تحديد حاجات المصلحة المتعاقدة	20
50	الفرع الثاني : التأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي لإختيار أفضل عرض	21
52	المطلب الثاني : تنظيم إجراءات التعاقد عن طريق التفاوض المباشر في الصفقات العمومية	22

52	الفرع الأول : إجراء الدعوة للتعاقد عن طريق التفاوض المباشر في الصفقة العمومية	23
54	الفرع الثاني : إجراء المفاوضات في أسلوب التفاوض المباشر في الصفقة العمومية	24
57	الفرع الثالث : إجراء التعاقد عن طريق التفاوض المباشر في الصفقة العمومية	25
57	المطلب الثالث : تقدير إجراءات التفاوض المباشر في الصفقات العمومية	26
57	الفرع الأول : مزايا إجراءات التفاوض المباشر	27
59	الفرع الثاني : عيوب إجراءات التفاوض المباشر في الصفقات العمومية	28
60	المبحث الثاني: إجراءات إبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الإستشارة	29
61	المطلب الأول : الإجراءات السابقة على إجراء منح الصفقة العمومية	30
61	الفرع الأول : الإجراءات الخاصة بحالة عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية	31
65	الفرع الثاني : الإجراءات الخاصة بالمجالات الأخرى للتراضي بعد الإستشارة	32
67	الفرع الثالث : الإجراءات المشتركة بين حالات اللجوء إلى التفاوض بعد الإستشارة	34
72	المطلب الثاني : إجراء منح الصفقة العمومية المبرمة عن طريق التفاوض بعد الإستشارة	35
72	الفرع الأول : إعلان المنح المؤقت للصفقة العمومية	36
75	الفرع الثاني : إعلان المنح النهائي للصفقة العمومية	37
77	المطلب الثالث : تقدير إجراءات التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية	38
77	الفرع الأول : مزايا إجراءات التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية	39
78	الفرع الثاني : عيوب إجراءات التفاوض بعد الإستشارة في الصفقات العمومية.	40
80	خاتمة	41
84	قائمة المصادر و المراجع	42
92	الفهرس	43

الملخص :

هذه الدراسة جاءت لتوضيح التفاوض كوسيلة لإبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، الذي أولى أهمية كبيرة لهذه الطريقة في مختلف قوانين الصفقات العمومية، حيث يعتبر القاعدة الإستثنائية في مجال التعاقد بالنسبة للإدارة العمومية، وكرس أحكاما خاصة حيث تتوقف صحته على توافر الشروط الحصرية المطلوبة قانونا. كما جاءت لتسلط الضوء على أهم التدابير الخاصة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة كورونا، التي نظمها المشرع بموجب القانون 12-23 ضمانا للسير الحسن لإجراءات إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية. الكلمات المفتاحية: التفاوض المباشر، التفاوض بعد الإستشارة، حالات التفاوض. ترجمة الملخص إلى اللغة الإنجليزية.

Abstract in English: This study came to clarify negotiation as a means of concluding public contracts in Algerian legislation, which gave great importance to this method in the various laws of public contracts, as it is considered the exceptional rule in the field of contracting for public administration, and has devoted special provisions where its validity depends on the availability of exclusive conditions. Legally required. It also came to highlight the most important special measures for the procedures for concluding public contracts in light of the Corona pandemic, which the legislator organized under Law 23- 12 to ensure the good conduct of the procedures for concluding and implementing public contracts. Keywords: direct negotiation, negotiation after consultation, negotiation cases. Corona pandemic.