

سلطة المصلحة المتعاقدة في صفقات التراضي

تياب نادية

أستاذة مساعدة قسم " أ "

كلية الحقوق، جامعة بجاية

مقدمة

رغم اعتبار المناقصة بأشكالها المختلفة، الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية، فقد لا تصلح هذه الآلية في الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز¹، أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص.

مما يحتم على المصلحة المتعاقدة الخروج عن مبدأ الإرساء الآلي إلى اختيار المتعامل المتعاقد وفقاً لمبدأ المفاضلة، يقوم هذا المبدأ على ترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار المتعامل المتعاقد استناداً لمعايير خاصة بما يجعلها تخرج عن الإطار الضيق المحدد في مبدأ الإرساء الآلي حيث لا تولى فيها الأهمية لعنصر السعر بل تظهر الأهمية فيها لجوانب أخرى تفرضها طبيعة العملية، لذلك فهو يطبق على العمليات المعقدة أو التي تحتل أولوية على

¹ - وبذلك يكون المشرع قد تفادى النتائج السلبية المترتبة على مبدأ الإرساء الآلي خاصة في حالة عدم جدوى المناقصة كآلية يسترشد بها في إبرام الصفقات البالغة الأهمية أو تلك التي يتطلب تنفيذها اللجوء إلى أهل الاختصاص ممن تتوافر فيهم الخبرة العالية.

المستوى الوطني، أو تلك العمليات التي يتطلب إنجازها جانباً إبداعياً كالتصاميم الخاصة بالمنشآت الصعبة.

وفي سبيل ذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يتم في إطار الاستشارة الانتقائية والمسابقة، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج المصلحة المتعاقدة الخروج عن الإجراءات المعروفة في قانون الصفقات العمومية، وإتباع أسلوب أكثر مرونة وذلك نتيجة لوجود بعض الحالات التي تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة ويتمثل هذا الأسلوب في التراضي،

فما مدى حرية المصلحة المتعاقدة في هذا النوع من الصفقات ؟.

باعتبار صفقات التراضي أكثر الصفقات عرضةً للفساد، قد حرص المشرع على اعتباره أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية (مبحث أول)، ورغم تحرر المصلحة المتعاقدة وفقاً لآلية التراضي من القواعد والإجراءات المقررة في قانون الصفقات العمومية وعلى رأسها الدعوة الشكوية للمنافسة، فعليها أن تفرغ تعاقدتها في إطار الحالات التي قررها المشرع (مبحث ثاني).

المبحث الأول: اعتبار التراضي أسلوباً استثنائياً في إبرام الصفقات العمومية
عرف أسلوب التراضي انتشاراً واسعاً في مختلف دول العالم خاصة تلك التي لا تتقيد فيها الإدارة بضوابط معينة، إذ يترك لها قدراً كبيراً من الحرية في اختيار الطرف الآخر¹.

وأمام عدم ثبات اعتبار التراضي قاعدة عامة في الإبرام أو استثناء، الأمر الذي يحتم علينا التطرق لموقف المشرع من خلال مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية (مطلب أول)، ورغم اعتبار التراضي أسلوباً استثنائياً فيكون إعماله وفق قواعد وإجراءات خاصة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مدى اعتبار التراضي أسلوباً استثنائياً في التشريع الجزائري
إبتداءً ينبغي التوضيح أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد فوجود هذا الأخير لازم في كل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام، إذ لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، فالأساس في العقود هو مبدأ الرضائية.

والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن المصلحة المتعاقدة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية المعروفة في المناقصة وتمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد

¹ - صنفت هذه الدول ضمن المجموعة الأولى وتمتاز بوجود موظفين عموميين مختصين يتمتعون بحرية اختيار المتعاقد وقد أعتمد هذا التصنيف في المؤتمر العاشر للعلوم الإدارية في سبتمبر 1956 بمديريد.

أنظر في ذلك د/ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص 30.

بالإجراءات، فتتفاوض مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام.

فالتراضي كأسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية وطريقاً من طرق اختيار المتعامل المتعاقد هو أسلوب معروف في التشريعات المقارنة ففي مصر يعرف بالاتفاق المباشر، أما في فرنسا فقد ظل مصطلح *gré à gré* متداولاً إلى غاية صدور مرسوم 1976/01/21 حيث تم استبداله بمصطلح *les marchés négociés* أي التعاقد بناءً على مفاوضة¹.

وعن موقف المشرع الجزائري فقد ظهر هذا الأسلوب بصفة متأصلة في مختلف التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، إلا أنه فيما يخص استعمال المشرع لمصطلح التراضي -وهو ليس الوحيد في ذلك- ليس في محله، أو بتعبير أدق هو محل نظر، لأن التراضي هو أساس كل العقود سواء كانت تخضع للقانون الخاص أو للقانون العام كما هو الشأن في الصفقة العمومية فمهما اختلفت طريقة إبرامها فيستلزم توافره حتى في الحالات التي تبرم فيها الصفقة تبعا لأسلوب المناقصة أو المزايدة وحتى الاستشارة الانتقائية والمسابقة، فتراضي طرفي الصفقة يتحقق بقبول المصلحة المتعاقدة للعرض الذي توافرت فيه الشروط الضرورية بعد المرور بالإجراءات، في حين ارتباط الإيجاب بالقبول في أسلوب التراضي فيتم بصفة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمترشحين دون الحاجة إلى قطع تلك المراحل المتعددة والمعقدة. ويتحقق

¹ - Mahieddine Mabrouk, Traite de droit administratif Tunisien, Tom1, Tunisie, 1994, P260.

التراضي في الحالتين فبات من الضروري إيجاد مصطلح يتوافق والآليات التي تتم بها هذه الطريقة وبالتالي فإن أنسب مصطلح يوافق هذه الطريقة هو الاتفاق المباشر أو التفاوض¹.

وفيما يخص مدى اعتبار هذا الأسلوب قاعدة أو استثناء فقد سجل استمرار العمل بأسلوب التراضي كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية، إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي رقم 96-54² الذي نص على ضرورة اتخاذ المناقصة كأسلوب عام في التعاقد والتراضي كإجراء استثنائي، كما نص

¹ - نشير إلى أن الاتفاق المباشر هو مصطلح يستعمله المشرع المصري في حين نجد التفاوض مصطلح يستعمله المشرع الفرنسي. ولمزيد من التفصيل أنظر ريم عبيد، طرق إبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، المركز الجامعي تبسة، 2006، ص100.

² - مرسوم تنفيذي رقم 96-54، مؤرخ في 22 يناير سنة 1996، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 91-434، المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 6، الصادرة في 24 يناير 1996.

إذ سجل استخدام إجراء التراضي على إطلاقه في إبرام صفقات حزب جبهة التحرير الوطني وتم تحليل ذلك من إعلانات طلب العروض المنشورة في الصحافة الوطنية والمتعلقة بصفقات أبرمت باسم الولاية ولحساب حزب جبهة التحرير الوطني الخاصة بأشغال مرتبطة بمقرات الحزب فصفقاته كانت تبرم فعلا وفق إجراء التراضي ولا تخضع لنصوص الإبرام الأخرى ولمزيد من التفصيل أنظر:

CHERIF Bennadji, L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse doctorat d'Etat, Université d'Alger, 1991, P 236.

على وجوب الاستشارة في مادة مستقلة وهي المادة 39 التي جاء فيها "اللجوء إلى التراضي لا يعفي المصلحة المتعاقدة من القيام بشكليات الاستشارة مقدماً".
ليتم إلغاء هذه الأحكام كلها بأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹ ليحافظ هو الآخر على نفس المدلول وذلك في نص المادة 27 منه التي تنص على أن التراضي "إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة...".

أما فيما يخص مدى اعتبار هذا الأسلوب قاعدة أو استثناء، فقد جاء نص المادة 25 واضحاً وصريحاً يجعل التراضي أسلوباً استثنائياً إذ تنص "تبرم الصفقات العمومية تبعاً لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو وفقاً لإجراء التراضي".

وعليه فالتراضي إحدى طرق اختيار المتعامل المتعاقد، وهو إجراء استثنائي بموجبه تقوم المصلحة المتعاقدة باختيار المتعاقد معها متحررة من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب المناقصة بأشكالها المختلفة ولعل هذه الخاصية هو ما جعل التشريعات المقارنة تولي عناية بالغة إلى ضبط حالات اللجوء إلى هذا الأسلوب وتقرير شروط إعماله.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 الصادرة في 7 أكتوبر 2010، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-98، مؤرخ في 1 مارس سنة 2011، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 6 مارس 2011، كما عدل وتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-222، مؤرخ في 16 يونيو سنة 2011، ج ر عدد 34، الصادرة بتاريخ 19 يونيو 2011.

المطلب الثاني: قواعد أعمال التراضي

إذا كانت المناقصة بأشكالها المختلفة، يهيمن عليها مبدأ الآلية كما أن إجراءاتها مضبوطة بقواعد يتعين على المصالح المتعاقدة مراعاتها، فلا يعني ذلك أن المصلحة المتعاقدة تقوم بإبرام صفقات التراضي بالطريقة التي تحلو لها، وبناءً على ذلك وبعد تفحصنا لما هو معمول به في الميدان العملي وبتصفحنا لبعض الأنظمة المقارنة لاسيما التنظيم القانوني المصري وكذا الفرنسي يمكننا إجمال أهم المراحل والإجراءات التي تمر بها عملية إبرام صفقات التراضي مجسدة في مرحلة الدعوة إلى التعاقد (فرع أول) ومن خلالها تقوم المصلحة المتعاقدة باستدعاء المتعاملين الذين ترغب في التعامل معهم، وبما أن هذا الأسلوب التعاقدي الاستثنائي يتميز بمروره بمرحلة أساسية هي مرحلة المباحثات والمناقشات والمفاوضات التي تجريها المصلحة المتعاقدة مع أصحاب العروض، فإننا سنتناول مرحلة أخرى وهي مرحلة المفاوضات (فرع ثان)، يلي المرحلتين السابقتين بداية الخطوات الفعلية لمرحلة التعاقد وإبرام الصفقة (فرع ثالث).

الفرع الأول: الدعوة إلى التعاقد

رغم أن أسلوب التراضي بشكليته لم يضبط ولم يضع له قانون إجراءات محددة وهذا راجع إلى أن هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد، إلا أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها أعمال هذا الأسلوب إلا بضوابط محددة.

وعليه فإن دعوة المتعاملين للتعاقد تعد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها، فتقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد.

وهو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقاً لمبدأ حرية المنافسة وذلك للحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة، إلا أن لجوء المصلحة المتعاقدة لهذه الإجراءات لا يكون إلا بعد تأكدها من توافر شرطين وهما:

➤ **الشرط الأول:** يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن قيمة الصفقة المزمع عقدها يفوق السقف المالي الذي حدد بـ 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات المقدمة لصالح المصلحة المتعاقدة، لأنه إذا كانت قيمة الصفقة تقل أو تساوي هذه المبالغ فإن الأمر لا يقتضي وجوباً إبرام صفقة استناداً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهذا تطبيقاً لنص المادة 6 من ذات المرسوم¹.

¹ - الجدير بالإشارة أن العتبة المالية للصفقات العمومية حددت في المرسوم التنفيذي 91-434 في مادته 6 بـ 2.000.000 دج، ليتم رفع العتبة المالية للصفقة إلى 3.000.000 دج بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-198 ولما صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-87 حددت قيمة الصفقة في المادة 6 منه بـ 4.000.000 دج وهي العتبة المالية التي حافظ عليها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بموجب المادة 5 عدلت هذه المادة بموجب المرسوم الرئاسي 03-301 وتم رفع العتبة المالية إلى 6.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال والتوريدات، و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات، ليقوم برفع العتبة المالية في المرسوم الرئاسي 08-338 بـ 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4.000.000 دج بالنسبة لصفقات الدراسات، وهكذا يلاحظ أن العتبة المالية في تزايد مستمر فكل تعديل يمس تنظيم الصفقات العمومية إلا ومس العتبة المالية برفعها إن هذا الأمر يعاب على المشرع ...=الجزائري فهذه الأموال التي يقوم برفعها أليست أموال عمومية، فكل عقد يقل عن العتبة يتم إخراجه عن أحكام قانون الصفقات

➤ **الشرط الثاني:** سبقت الإشارة إلى أن أسلوب التراضي بشكلية (البسيط أو بعد الاستشارة) قد حدد قانون الصفقات حالات اللجوء إليه على سبيل الحصر، حرصاً من المشرع على عدم التوسع في إعمنه وهذا حفاظ على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب.

وبعد أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معاً تقوم بتوجيه دعوة للتعاقد إلى المهتمين والمختصين في موضوع العقد، إذ تلزم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد¹ قد يتم باستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالاتصال مباشرةً بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم. ما دامت المصلحة المتعاقدة معفاة من إجراء المنافسة فلها الحرية في اعتماد أية وسيلة تراها مناسبة لدعوة المتعاملين وجلب العروض لمنح الصفقة لأفضل المتعاملين من الناحية المالية والفنية والتحقق من مطابقتها للمواصفات المطلوبة².

ويستتبع ذلك إخراجه من مجال الرقابة، وفي ذلك خطر كبير على الأموال المتعاقدة بها التي تبقى أموالاً عمومية لذا يتعين صيانتها والحفاظ عليها بإدخالها ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية.

¹ - وليام أوري، فن التفاوض، ترجمة الدكتور نفين عزاب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص 164.

أنظر أيضاً سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 51.

² - قد يكون ذلك سبباً في تعسف المصلحة المتعاقدة، بحيث يقتصر توجيه الدعوة للتعاقد على بعض المترشحين دون غيرهم وغالباً ما يكون بناءً على اعتبارات ذاتية وشخصية

الفرع الثاني: التفاوض

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، تقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض. فالتفاوض إجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه¹ دون أن يؤثر هذا النزول على تمتعها بصفتها السلطوية أو في محتويات الصفقة من خلال ما تفرضه من بنود غير مألوفة في دفتر الشروط الخاص بالصفقة².

واعترافاً بأهمية المفاوضات في عمليات إبرام صفقات التراضي، أشار المشرع في القانون الجديد الخاص بالصفقات العمومية إلى هذا الإجراء في نص المادة 44 منه التي جاء فيها "...وفيما يخص العروض التي تكون مطابقة لمقتضيات دفتر الشروط، فإن لجنة تقييم العروض يمكنها أن تطلب، بواسطة المصلحة المتعاقدة، كتابياً، من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفاصيل بشأن عروضهم. كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم....".

تتناهى مع اعتبارات المصلحة العامة بهدف تحقيق أغراض خاصة وهذا التصرف من شأنه خلق وضعية احتكارية لبعض المتعاملين المتعاقدين.

¹ - محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 36.

² - ريم عبيد، مرجع سابق، ص 114.

يفهم من نص المادة ضمناً إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التفاوض للحصول على توضيحات أو تفاصيل بشأن عروض الذين تمت استشارتهم كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم¹.

كما نجد النظام الفرنسي في مجمله يجعل المفاوضة كمرحلة أساسية في مجال التعاقد إذ يطلق عليها "les marches négociés" ويعني التعاقد بناءً على مفاوضة، وقد سار على هذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في عدة أحكام له، ونورد في هذا المقام الحكم الصادر في 10/03/1943 في قضية "sieur Danto" ويستفاد من أحكام هذا الحكم أن التفاوض إحدى المراحل التي يمر بها التعاقد بأسلوب التراضي وانتهى هذا الحكم برفض طلب المدعي القاضي بإلغاء المفاوضات². كما أن النظام المصري لا يختلف عن نظيره الفرنسي في تقريره لمرحلة المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر فالمادة 44 فقرة 03 من اللائحة التنفيذية أشارت إلى ضرورة مرور

¹ - على عكس الأمر رقم 67-90 الذي أشار عند تعريفه لأسلوب التراضي لهذه المرحلة المهمة وهو ما نصت عليه أحكام المادة 1/60 إذ تنص "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع مقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقة لمن تختار منهم" ويقصد بالتشاور هنا التفاوض والتساوم حول بنود الصفقة.

² - كما أقر مجلس الدولة في حكم آخر بتاريخ 23/05/1997 في قضية: Commune de Fontenany Fleury وانتهى المجلس في قضاءه بوجوب إجراء مفاوضات مسبقة بشأن شروط التعاقد كمرحلة أساسية قبل كل التعاقد، ولمزيد من التفصيل فالحكم مشار إليه في مرجع د/محمد أحمد عبد النعيم، مرجع سابق، ص 167.

التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر بمرحلة المناقشات والمفاوضات، وعلى كل فالغاية من التفاوض هو تحقيق الأهداف الآتية:

♦ رفع اللبس

فالتفاوض ضروري لطرح الأسئلة بين الطرفين لرفع اللبس والغموض عن جوانب أساسية في الصفقة، وذلك تجنباً للتأويلات وما يتبعها من أخطاء في التقييم والاختيار.

♦ معرفة صاحب العرض

كما أن التفاوض يسمح للمصلحة المتعاقدة تكوين فكرة مبدئية عن الطرف الآخر من خلال الجلوس معه في مفاوضات حتى تتمكن من تحديد قدراته الفنية والتجارية وحتى المالية، لأن قدرات المتعامل المتعاقد تعد من أهم المعايير التي يركز عليها حسن الاختيار خاصة وأن عامل الزمن قد لا يكون في صالح المصلحة المتعاقدة كما هو الوضع في حالة الاستعجال أو الضرورة.

♦ تهيئة الاختيار

مهما كانت العروض غاية في الدقة والوضوح، فقد تختلف في بعض الأجزاء وقد تتقارب في جوانبها الأخرى، بما يجعل المصلحة المتعاقدة في حيرة لذلك فمن أهداف المفاوضات توضيح الرؤية لتهيئة الاختيار.

وحتى يتم تحقيق هذه الأهداف يجب أن يتم التفاوض وفق خطة محكمة

مسبقاً تقوم على الشكل الآتي:

- برمجة جدول المحادثات سواء من ناحية الزمن أو المحتوى وذلك حسب الأولويات وتخصيص فترات للتفكير والتشاور.
- تخصيص جلسات منفصلة للأخصائيين لدراسة المعطيات الفنية.

■ كتابة المحاضر أثناء الجلسات ولو كانت نتائجها مؤقتة.

■ احترام السرية التامة اتجاه المتنافسين قصد تحقيق المساواة بينهم.

وتجد المفاوضات مجالها الخصب في الصفقات التي يكون أحد أطرافها متعامل متعاقد أجنبي للفصل في المسائل المتعلقة بالسعر، وحالات المراجعة، وكيفيات الدفع والجزء المتعلق بالعملة الوطنية والأجنبية، وكذا آجال التنفيذ، ويبقى أهم البنود تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، لأن المتعاملين الأجانب عادة ما يرفضون الخضوع للقضاء الجزائري ويفضلون اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الثالث: مرحلة التعاقد

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة المفاوضات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة وبطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد.

تجدر الإشارة في هذا المقام أن المصلحة المتعاقدة وإن كانت لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بأن تضع نصب أعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها خاصة وأن المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أفاد في المادة 42 منه على أنه "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعزل اختيارها عند كل رقابة تمارسها سلطة مختصة".

ومن ثم وجب على المصلحة المتعاقدة التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وعليه فطبيعة صفقات التراضي ووقف ما هو معمول به في التشريعات المقارنة وكما هو وارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، تفرض مراعاة المراحل السابقة للوصول إلى الاختيار السليم والصحيح للمتعامل المتعاقد رغم عدم تقييدها بالإجراءات الشكلية المعروفة في أسلوب المناقصة.

المبحث الثاني: تكريس الطابع الاستثنائي للتراضي بتحديد مجالات إعماله

سبق القول أن المصلحة المتعاقدة وفقا لهذا الأسلوب تتحرر من القواعد والإجراءات المعقدة المقررة في أسلوب المناقصة، فتتجاوز مع من تراه قادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازه وفقا لما تمليه عليها مقتضيات الصالح العام، أي أنها تختار مباشرة الطرف الذي ستتعاقد معه¹ في إطار ما يسمى بالتراضي البسيط (مطلب أول)، إلا أنه إذا تعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية بالغة وترى المصلحة المتعاقدة أن أسلوب المناقصة لا يصلح ولن يجدي نفعا فبإمكانها اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة (مطلب ثان).

رغم أن التراضي أسلوب معروف في النظام القانوني للصفقات العمومية منذ صدور أمر رقم 67-90 إلا أنه لم يفصل في أشكال التراضي إلا بعد صدور مرسوم رقم 84-51² وعلى إثره تم تقسيم التراضي إلى بسيط

¹ - عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، مصر 2003، ص 12.

² - مرسوم رقم 84-51، مؤرخ في 25 فبراير سنة 1984 يعدل ويتمم المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل سنة 1982 الذي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج ر عدد 9 الصادرة في 28 فبراير 1984.

والآخر بعد الاستشارة وذلك في نص المادة 4 منه التي نصت على "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أي شكليات أخرى"، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع في أحكام المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 التي جاء فيها "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة....".

المطلب الأول: حالات التراضي البسيط

يعد التراضي البسيط إحدى أشكال أسلوب التراضي، يجعل المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس إذ تقوم مباشرة باختيار المتعامل المتعاقد بعد أن تتفاوض معه¹.

وبصدور المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أزيل كل الغموض الذي شاب هذا النوع من التراضي وذلك من خلال توضيح أدق جوانبه بدءًا من جعله إجراءً استثنائيًا إذ نصت المادة 27 فقرة 2 على "إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم".

¹ - CHERIF Bennadji, "Marchés publics et corruption en Algérie" Revue d'études et de critique social, № 25, Ben aknoun, Alger, 2008, P140.

يتضح لكل من يطلع على أحكام هذا النص إعادة وتأكيد من المشرع على الطابع الاستثنائي للتراضي البسيط رغم أنه قد سبق وجعل من التراضي قاعدة استثنائية في الإبرام في نص المادة 25 فهذه الإعادة لم تكن لرغبة المشرع في التكرار وإنما أراد التأكيد على أن التراضي في صورته البسيطة أيضا يعد استثناء على استثنائية التراضي بصفة عامة، بما يؤدي إلى تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في اعتماده فهذا الأمر يدل على تفتن المشرع للخطورة الناتجة عن هذا الإجراء وما يتمخض عنه من نتائج سلبية أثرت وستؤثر على المال العام وكذا حظوظ المتعاملين المتنافسين الراغبين في التعاقد.

وما يزيد في الثناء على المشرع هو إفراجه للتراضي البسيط حالات حصرية تختلف عن حالات التراضي بعد الاستشارة وقد تم ذكرها ضمن أحكام المادة 43 من ذات المرسوم، إذ تميزت بصيغتها القطعية في تحديد الحالات فنصت الفقرة الأولى منها على "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..." وتتمثل تلك الحالات في:

الفرع الأول: الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية وقد عرفت المادة 3 فقرة ج من الأمر رقم 03-

03 المتعلق بالمنافسة¹ المقصود بالاحتكار بأنه "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مماليها"، فالاحتكار هو الحالة التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يشغل السوق أو قطاع نشاط معين ويسمى هذا النوع بالاحتكار الفعلي، كما يقصد به تواجد بعض السلع لدى المحتكر من الناحية الواقعية بحيث لا يوجد له منافس.

كما نصت نفس الفقرة من جهة أخرى "...أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة"، وهنا تجد المصلحة المتعاقدة نفسها أمام متعاقد ينفرد بالطريقة التكنولوجية سواء الأجهزة التي تستعملها والتي اختارتها في وقت سابق مما يضطرها مرة أخرى للتعاقد معه من جديد²، وعندما تواجه المصلحة المتعاقدة هذه الحالة فما فائدة الإعلان أو الخضوع لإجراءات المناقصة، وهناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد ويلبي الخدمة؟!.

الفرع الثاني: حالة الاستعجال الملح

¹ - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2003، ج ر عدد 36، الصادرة في 2 جويلية 2008.

² - سهام بن دعاس، مرجع سابق، ص 45.

وهي حالة تبرر وتسمح للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة بطريق

التراضي البسيط واللجوء لهذه الحالة قيده المشرع بشروط وهي:

➤ أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار وعلى المصلحة المتعاقدة تبيان حالة الضرورة والاستعجال، وتقديم التبرير الكافي وهو ما عبر عنه المشرع بالاستعجال الملح "المعلل" خاصة وأن قانون الصفقات العمومية لم يحدد ولم يضبط حالات الاستعجال الملح، فقد وردت بصيغة عامة وهذا من شأنه أن يفتح المجال واسعا أمام التحايل لذا كان على المشرع أن يتجنب ذلك بضبط حالات الاستعجال الملح وتحديدتها حصرا من أجل الحفاظ على الطابع الاستثنائي لهذا الأسلوب¹.

➤ أن يتجسد ذلك الخطر في الميدان، والوقاية منه لا تتكيف وأجال المناقصة التي تتميز بإجراءاتها الشكلية الطويلة والمعقدة مما يؤثر سلبا أو يزيد في النتائج السلبية التي يتعرض لها الملك أو الاستثمار.

➤ ألا يكون من الممكن تنبؤ وتوقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال لأنه لو حدث عكس ذلك لكان لازما على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة للتقليل من آثاره بما يحافظ على سلامة العين المهددة.

➤ ألا يكون نتيجة مناورات للماطلة وهو الشرط الذي استحدثه المشرع بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ومفاده تماطل المصلحة

¹ - تطبيقاً لهذه الحالة قرر مجلس الوزراء المنعقد يوم 2003/12/28 اعتماد صيغة التراضي طبقاً للمادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 وهذا لتحقيق البرنامج الذي يهدف إلى إنجاز 20 ألف سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي الجزائر وبومرداس.

المتعاقدة إلى أن يتعرض الملك أو الاستثمار إلى خطر داهم وهذا للجوء إلى المتعاقد الذي ترغب فيه لتحقيق مصالح شخصية، وبمفهوم المخالفة أن يكون نتيجة لقوة قاهرة وبذلك يقطع كل سبيل للاحتيال¹.

وبانتفاء إحدى هذه الشروط تزول حالة الاستعجال الملح التي تجيز للمصلحة المتعاقدة إبرام الصفقة وفقا لإجراء التراضي البسيط، وعند كل رقابة تمارس على الصفقة فالمصلحة المتعاقدة ملزمة بتقديم التبريرات اللازمة وكل ما يثبت تحقق هذه الشروط.

الفرع الثالث: حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية

هذه الحالة ليست منفردة أو مستقلة عن الحالة السابقة لأنها تدخل ضمن حالة الاستعجال، غير أن موضوع العقد يتعلق بالتمويل وهي الوضعية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ماسة وسريعة لخدمة ما يتوقف عليها نشاطها. ولو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية بما تستلزمه من نشر وآجال وإجراءات لتوقفت الحركة وفي ذلك إضرارًا بها وللاقتصاد الوطني، لذا وجب تمكينها من التعاقد بأسلوب التراضي البسيط²، وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 تم ضبط هذه الحالة بشرطين وهو الأمر الذي لم يتم اعتماده في النصوص التي سبقت المرسوم وتتمثل هذه الشروط في:

¹ - ريم عبيد، مرجع سابق، ص 111.

² - د/ عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 113.

➤ عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة.

➤ أن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

وتتحقق هذه الحالة في ظل الكوارث الطبيعية التي تفرض على الدولة بمختلف أجهزتها السرعة في اتخاذ القرارات من أجل تغطية حاجات المنكوبين التي تبرز دفعة واحدة وتتعلق بمطالب متعددة في آن واحد¹ مما يحتم ويسمح في نفس الوقت للمصلحة المتعاقدة اللجوء مباشرة لممون أو مجموعة ممونين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكينها من أداء نشاطها والتكفل بأعباء الخدمة العامة.

الفرع الرابع: حالة مشروع ذي أهمية وطنية

مما لا شك فيه أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثراً إيجابياً يمس كل إقليم الدولة، طالما وصفته المادة 43 بأن له أهمية وطنية، ومن المؤكد أيضاً أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد ستكون ضخمة جداً وليس أدل على درجة أهمية المشروع من خضوع قرار إبرام الصفقة المحتواة لهذا النوع من المشاريع للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء أي أن تقدير مدى أهمية وأولوية المشروع على المستوى الوطني يرجع إلى السلطة التقديرية للجهة المركزية التي تضم مختلف القطاعات المستفيدة من تنفيذ المشروع².

¹ - كما حدث في زلزال بومرداس 2003.

² - د/ محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 112.

وهنا تقل مسؤولية المصلحة المتعاقدة لتتوزع بين مختلف الجهات الوزارية التي يهملها تنفيذ العملية، وبالتالي فإن المسؤولية هنا تلقى على عاتق مجلس الوزراء صاحب القرار النهائي في إجازة إتمام الصفقة.

كما أن إبرام صفقة متضمنة لمشروع بهذه الأهمية وفقاً لطريقة المناقصة التي تعرف بشكلياتها المعقدة أو حتى عن طريق المسابقة أو الاستشارة الانتقائية قد لا يحقق ذات النتائج المتوخاة خاصة إذا لم تتمكن هذه الأساليب من رصد المتطلبات الأساسية كالسعر، آجال الإنجاز، اليد العاملة وخاصة المؤهلات التقنية العالية وضرورة مراعاة التأثيرات الجانبية للمشروع خاصة على البيئة، كما أن إتمام إبرام هذه الصفقة يتم عادة على يد متعاملين أجانب نظراً للمؤهلات التقنية والتجارية والمالية التي يتمتعون بها.

تعد هذه الحالة من بين المستجدات التي حملها المرسوم الرئاسي رقم 250-02 وبعد إلغائه جاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليؤكد نفس الاتجاه بجعل الحالة من حالات التراضي البسيط وقد جاءت نتيجة الواقع العملي الذي عرفه مجال الصفقات العمومية، فقد كانت الصفقة الواحدة يستمر تنفيذها أكثر من 10 سنوات دون أن تكتمل خاصة المشاريع ذات الأهمية البالغة مما أدى إلى تدهور النمو الاقتصادي للبلاد.

الفرع الخامس: عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً القيام بمهمة الخدمة العمومية

هذه الحالة استحدثت بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وما يعاب على المشرع أن الأمر يتعلق بالتراضي البسيط ومن المفروض أن يكون أكثر دقة وحذر، فما طبيعة المؤسسة التي يمنح لها النص التشريعي أو

التنظيمي صلاحية القيام بمهمة الخدمة العمومية ؟ فهل هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو اقتصادي أو تجاري أو صناعي ما دام قد أقر بأحققتها في إبرام الصفقات العمومية بصريح نص المادة 2 من ذات المرسوم، وعلى أي أساس يمنح لها هذا الحق ؟ وهل يعني ذلك أن كل صفقاتها تتم عن طريق التراضي البسيط ؟، خاصة وأن المشرع كان صريحاً عندما نص أن قائمة المؤسسات المعنية ستحدد بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني، فالقرار المشترك يخص تحديد المؤسسات المعنية وليس الحالات التي يجوز فيها لجوء هذه المؤسسات إلى أسلوب التراضي البسيط.

الفرع السادس: عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية

هذه الحالة هي الأخرى من الحالات التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وهي لا تقل غموضاً عن التي سبقتها، ونظراً لأهميتها يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية إلى موافقة مسبقة من مجلس الوزراء لذا كان يتعين على المشرع توضيح هذه الحالة خاصة وأننا أمام حالة من حالات التراضي البسيط.

وما تجدر الإشارة إليه أنه عندما يتعلق الأمر "بمشروع ذي أهمية وطنية" أو "بترقية الأداة الوطنية العمومية" يمكن أن تخصص الصفقة إلى متعامل أجنبي في إطار الصفقة الدولية بالكيفية المنصوص عليها في أحكام المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236¹.

¹ - أنظر المادة 27 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

لكن نص المادة 27 فقرة 2 قد كان محل تعديل بموجب أحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-222 -السالف الذكر- فلم تعد الصفقات المبرمة وفقاً لإجراء التراضي البسيط تتم عن طريق الصفقات الدولية أو بتعبير أدق عندما تكون المصالح المتعاقدة أمام إحدى حالات التراضي البسيط يجب أن لا يكون ذلك في إطار صفقة دولية ويعود سبب ذلك في نظرنا إلى أن التراضي البسيط عندما يتم في شكل صفقة دولية يكون مجالاً خصباً للفساد والدليل على ذلك أن فضائح سوناپراك كانت بسبب صفقات التراضي التي تمت مع متعاملين أجانب، في حين تخضع الصفقات المبرمة وفق إجراء التراضي بعد الاستشارة لأحكام المادة 24 لكن المشرع استثنى صراحة تلك الصفقات التي تبرمها المؤسسات السيادية في الدولة فصفقاتها سواء تمت في شكل التراضي البسيط أو بعد الاستشارة فلا تخضع أبداً لأحكام المادة 24.

وفي الأخير نشيد بموقف المشرع الحكيم في تحديده لحالات خاصة يلجأ فيها إلى التراضي البسيط، فالمصلحة المتعاقدة مقيدة بالحالات الواردة في نص المادة 43 على سبيل الحصر، إذ لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة، كما فرض قيود صارمة تحد من التلاعب والعمليات المشبوهة، وأكثر من ذلك فإن المتمعن فيها يجدها تتلاءم وطبيعة التراضي البسيط الذي لا يتطلب إجراء المنافسة.

المطلب الثاني: حالات التراضي بعد الاستشارة

يعد هذا الأسلوب شكلاً آخر من أشكال التراضي المنصوص عليها في

المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

فكثيراً ما تقتضي الاعتبارات الفنية والاقتصادية والاجتماعية المتعلقة بتنفيذ الصفقة العمومية اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة، الأمر الذي يستلزم إجراء استشارات أولية لدى الجهات المختصة.

كان المشرع الجزائري ومنذ صدور أول قانون للصفقات العمومية يؤكد على ضرورة اللجوء إلى الاستشارة المسبقة¹.

وجاء المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ليؤكد نفس الاتجاه في نص المادة 27 التي تنص "...أو شكل التراضي بعد الاستشارة وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة".

وعليه فالتراضي بعد الاستشارة يعد أسلوباً تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإبرام إحدى صفقاتها وذلك بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين مدعويين خصيصاً فتقوم بعرض موضوع الصفقة المزمع إبرامها على كافة الجهات والمؤسسات المتخصصة بواسطة الوسائل المكتوبة المختلفة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعتمدة في المناقصة.

على أن أهم الأهداف التي تحققها الاستشارة في طريقة التراضي أنها تمكن المصلحة المتعاقدة التأكد من القدرات التقنية والتجارية والمالية للأطراف المدعوة، بما يضمن لها حسن تنفيذ الصفقة خاصة إذا تعلق الأمر بالمتعاملين الأجانب، وقد أجاز لها المشرع أن تسلك السبل القانونية للتأكد من قدراتهم وذلك بالاستعانة بالبطاقات الوطنية والقطاعية الموجودة على مستوى كل مصلحة متعاقدة.

¹ - أنظر المادة 60 من الأمر رقم 67-90.

وقد حدد المشرع الجزائري حالات التراضي بعد الاستشارة بصفة حصرية في نص المادة 44 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 وتتمثل في الحالات الآتية:

الفرع الأول: عندما يتضح أن الدعوة للمنافسة غير مجدية

فعدم جدوى الدعوة للمنافسة إن كانت تصح في المرسوم الرئاسي رقم 82-145 لسبب وحيد هو اعتماده لطريقة الدعوة للمنافسة في إبرام الصفقات العمومية، فإن الأمر لا يستقيم بالنسبة لمرسوم رقم 91-434 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 02-250 وحتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 08-338 ولا حتى في ظل آخر قانون للصفقات العمومية فكان على المشرع أن يتدارك ذلك بتصحيح العبارة بما يتلاءم والتعديلات التي أدخلت على طرق الإبرام ويعيد صياغة الفقرة بالشكل التالي "في حالة عدم جدوى المناقصة" وليس المنافسة.

أما عن حالات عدم الجدوى فيعتبر المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أكثر النصوص وضوحاً إذ تناول حالات عدم الجدوى بصفة دقيقة متمثلة في حالة تسلم عرض واحد فقط، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.

فوصول عرض واحد لا يمكن أن يحقق مبدأ المنافسة وطالما كان التنافس من المبادئ الأساسية التي تحكم كيفية المناقصة، فإن تحقيقه يفرض على الأقل وجود متعهدين اثنين أو أكثر هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فوجود عرض واحد لن يقدم بالضرورة أفضل الشروط التي يتطلبها تنفيذ الصفقة، فإطلاع المصلحة المتعاقدة عليه بمفرده لن

يمكنها من إجراء المفاضلة بين العروض المقدمة لاستخلاص المعايير الأساسية التي يتم على أساسها منح الصفقة.

كما أن حالة عدم الجدوى قد تظهر عند تقييم العروض في المرحلة الأولى المتعلقة بالتقييم التقني ويتحصل عرض واحد على النقطة المؤهلة للمرحلة الموالية وهي حالة استحدثها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 وهو مصاب في ذلك ليتم التأكيد عليها في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

ورغبة من المشرع في القضاء على كل أشكال الفساد، قام بتأطير هذا الإجراء فلم يعتبر إلغاء أي إجراء عند إبرام الصفقات العمومية أو عندما تكون مبالغ العروض مفرطة حالات لعدم الجدوى، وإنما يتعين على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالات إعادة الإجراء من جديد باستعمال نفس دفتر شروط المناقصة باستثناء

- كفالة التعهد.

- كيفية الإبرام.

- إلزامية نشر إعلان المنافسة.

ويجب أن تشير رسالة الاستشارة إلى التعديلات السالفة الذكر، كما يجب أن تستشير المصلحة المتعاقدة زيادةً على ثلاثة متعاملين اقتصاديين مؤهلين على الأقل، جميع المتعهدين الذين استجابوا للمناقصة ما عدا في حالة الاستثناء المبرر وفي هذه الحالة لا يمكن تكوين تجمع مؤسسات إلا من المؤسسات التي تمت استشارتها.

ونظرًا لأهمية الإعلان عن عدم الجدوى في إتمام مسار عملية الإبرام، تدارك المشرع في قانون الصفقات العمومية الجديد النقائص المسجلة في التنظيمات السابقة فقام بتحديد حالات لعدم جدوى المنافسة أو بصفة دقيقة "حالات لعدم جدوى المناقصة" سدًا لكل التأويلات التي قد تتخذها المصلحة المتعاقدة قصد التغيير في مسار عملية الإبرام لإتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة واختيار المتعامل الذي ترغب فيه، خاصة وأن هذه الحالة تعرف تطبيقات مختلفة على المستوى العملي.

الفرع الثاني: حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة

فالتبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة إلا أن المشرع لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها لكي يتسنى لنا فهم الغرض من عدم إخضاعها لأسلوب المناقصة.

كما أن مصطلح "الخاصة" أضفى عليها نوعا من الغموض فيمكن أن يكون قصد المشرع صفقات الدولة التي تكتسي طابعا سريا في إبرامها وتنفيذها، ولها علاقة بأسرار الدولة وتمس بالسيادة الوطنية كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، وهذا بحكم طبيعتها المهمة التي لا تتوافق وأسلوب المناقصة.

وقد أشارت المادة 44 إلى أن تحديد قائمة الخدمات واللوازم سيتم بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني ليتم إلغاء سلطة المؤسسة الوطنية السيادية المعنية المستحدثة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 08-338.

ومن ثم فإن أعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة في هذه الحالة مقيد بالعودة إلى القائمة المحددة والمعدة مسبقاً، إذ لا يجوز للمصلحة المتعاقدة التعاقد في لوازيم وخدمات أخرى لم تحددها هذه القائمة وقد تم أيضاً إخضاع الدراسات لهذه القائمة وهو وجه آخر من أوجه تقييد المصلحة المتعاقدة عند إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

قد استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 338-08 وقد تم الإبقاء عليها في ظل القانون الجديد للصفقات العمومية، تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة يتم تحديد طبيعتها بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المعني ليتم أيضاً إلغاء سلطة المؤسسة الوطنية السيادية المعنية التي استحدثها المرسوم الرئاسي رقم 338-08.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصوداً من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص الأمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى وعملية النشر عن طريق المناقصة.

لتضاف حالات أخرى للتراضي بعد الاستشارة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 338-08 ليُعيد المشرع تنظيمها في المرسوم الرئاسي

رقم 10-236 وتعلق بالعمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية.

ما يعاب على المشرع أننا أمام حالات التراضي بعد الاستشارة أي أمام اختيار للمتعامل المتعاقد دون تلك الإجراءات الشكلية المعقدة، فعدم تحديد المشرع لطبيعة العمليات السابقة سيؤدي لا محالة إلى توسيع مجال أعمال هذا النوع من التراضي فما الفائدة إذن من تحديد حالات التراضي؟!.

كما أصبح التراضي بعد الاستشارة سبباً لتخليص الدولة من ديونها، وذلك بتحويل تلك الديون إلى مشاريع تنموية، كما يمكن منح الصفقة بالتراضي بعد الاستشارة بناءً على هبة لتقتصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني فقط بالنسبة للحالة الأولى أو البلد المقدم للأموال في الحالات الأخرى.

على أن لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الاستشارة في لحالات السابقة¹ يتم على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في لاستشارة لتأشيرة لجنة الصفقات المختصة.

وإذا تم استلام عرض واحد فقط، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني عرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة يتعين إعادة الإجراء.

ويجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر ويمكن للمتعهد ذي تمت استشارته وعارض اختيار المصلحة المتعاقدة أن يرفع طعنًا وفق روط محددة¹

- ما عدا الحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 10-23 المتعلقة بحالات عدم الجدوى.

خاتمة

وهكذا تخضع عملية إبرام الصفقات العمومية إلى نظام قانوني متميز يختلف عما هو مألوف في روابط القانون الخاص المعروفة بطابعها المرن والمتحرر تطبيقاً لمبدأ هام مفاده "العقد شريعة المتعاقدين"، في حين تتسم طرق إبرام الصفقات العمومية بطابعها الإجرائي الخاص والمعقد. وقد اعتمد المشرع الجزائري في كل النصوص المنظمة للصفقات العمومية تحديد آليات إبرامها تحقيقاً للمصلحة العامة مستهدفاً بذلك تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة وهذا ما تجسده على وجه الخصوص مختلف المبادئ التي تحكم طرق إبرام الصفقات العمومية، وكذا تدخله بتحديد مجالات أعمال كل آلية من آليات التعاقد وكل إخلال بتلك القواعد والمبادئ التي تقوم عليها طرق الإبرام تعرض مرتكبها للمتابعة الجزائية.

أما التراضي فهو الآخر أسلوب من أساليب إبرام الصفقات العمومية، يتميز بالسرعة في تلبية الاحتياجات لغياب الإجراءات الشكلية المعقدة، بما يسمح للمصلحة المتعاقدة إنجاز مشاريعها في أقرب الآجال مقارنة بأسلوب المناقصة لاسيما في الحالات المستعجلة.

وبإعفاء المصلحة المتعاقدة من الإجراءات الشكلية المعقدة لا يعني ذلك أبداً إمكانية إعمال التراضي في الحالات التي تحلو لها، فالتراضي أسلوب استثنائي في إبرام الصفقات وما يؤكد هذا الطابع أن كل تعديل يمس قانون الصفقات العمومية إلا وأضاف المشرع من خلاله حالة من حالات التراضي

1- أنظر المادة 114 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 السالف الذكر.

سواءاً في صورته البسيطة أو بعد الاستشارة، ولم تتوقف جهود المشرع عند هذا الحد إذ تدخل لضبط قواعد خاصة عند إعمال هذا الأسلوب وبذلك تنقيد سلطة المصلحة المتعاقدة حتى في صفقات التراضي رغبةً من المشرع في الحفاظ على المال العام وترشيد النفقات العمومية.