

أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية: دراسة في ضوء القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية

Direct Negotiation Approach in Public Procurement: A Study in Light of Law No. 23-12 Establishing General Rules Regarding Public Procurement"

فارج عائشة *

جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر 1، الجزائر

a.fareh@univ-alger.dz

- تاريخ الإرسال: 2023/09/05 - تاريخ القبول: 2024/04/14 - تاريخ النشر: 2024/04/28

الملخص: التفاوض المباشر أو كما كان يطلق عليه في التنظيم السابق للصفقات العمومية "التراضي البسيط" أسلوب استثنائي لإبرام الصفقات العمومية يغيب فيه عنصر الدعوة الشكلية للمنافسة، لذلك جعل المشرع حالات اللجوء إليه محدّدة على سبيل الحصر، هذه الحالات منها ما كان واردا في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام، ومنها حالات مستحدثة بموجب القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

الكلمات المفتاحية: إبرام، صفقة، عمومية، تفاوض، مباشر، منافسة.

Abstract: "Direct negotiation" or it was formerly known in the previous public procurement regulations as "simple consensus", is an exceptional approach to conducting public procurement. It involves the absence of a formal competitive bidding process. Consequently, the legislator has defined specific cases where this method can be employed. These cases include those previously outlined in Presidential Decree No. 15-247, which governs public procurement and delegates authority to the general facility. Furthermore, there are newly introduced cases under Law No. 23-12, which establishes the general rules pertaining to public procurement.

Keywords: public, procurement, direct, negotiation, competition.

مقدمة:

تراعي الإدارة في اختيار المتعاقد معها اعتباران أساسيان يتمثلان في ضرورة المحافظة على المال العام وبالتالي اختيار المتعاقد الذي يقدم أحسن عرض مالي، وتقديم المصلحة الفنية للإدارة وبالتالي اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة، وهما اعتباران متناقضان بالنظر إلى أنه غالباً ما يكون أكفأ العروض أكثرها تكلفة مالية، لذا فإن التوفيق ما بين هذين المعيارين يستدعي إتباع كفاءات وإجراءات في اختيار المتعاقد مع الإدارة بطريقة تسمح بالحفاظ على المال العام، دون المساس بالمصلحة المالية للإدارة. وهو ما عمل القانون على تكريسه منذ بداية تنظيم العقود الإدارية في فرنسا التي تعتبر مهداً لنشأة وتطور قواعد القانون الإداري.

بدأ تنظيم العقود الإدارية في فرنسا بصدور مرسوم 18 يوليو سنة 1964 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الذي حدّد طرق إبرام عقود الإدارة، وقد كان يطبق آنذاك على جميع العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت خاضعة للقانون الخاص أم القانون العام، مع التمييز بين العقود الصغيرة « Les petits contrats courants » وهي العقود التي لا تزيد قيمتها عن 180 ألف فرنك فرنسي¹ وتبرم بدون شكلية محددة، والعقود ذات الأهمية الكبيرة « Marchés publics » وهي عقود تشمل بصفة أساسية عقود الأشغال العامة، والتوريد، والخدمات، والعقود الصناعية، و تزيد قيمتها عن قيمة العقود الصغيرة.

حدّد النظام الفرنسي السالف الذكر ثلاث طرق لإبرام العقود الإدارية الكبيرة تتمثل في أسلوب المناقصات والمزايدات بصورها المختلفة، وأسلوب الدعوة إلى التعاقد « L'appel d'offre »، وأسلوب التفاوض المباشر « La négociation directe » الذي كان يطلق عليه حتى سنة 1986 تسمية التراضي البسيط « Gré à gré ». ومع مرور الوقت تراجع أسلوب المناقصات والمزايدات بطريقته التقليدية في فرنسا، وبقي العمل بكل من أسلوب الدعوة إلى التعاقد، وأسلوب التفاوض المباشر.

أما في القانون الجزائري فإنّ تنظيم الصفقات العمومية لم يكن مستقراً وعرف عدّة تعديلات كان آخرها صدور القانون رقم 12-23 المؤرخ في 5 غشت سنة 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية²، حيث وضع هذا القانون المبادئ التي تحكم إبرام وإجراءات الصفقات العمومية.

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 136.

² قانون رقم 12-23 مؤرخ في 5 غشت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، ج.ر. عدد 45، صادر في 6 غشت سنة 2023.

أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية: دراسة في ضوء القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية

فبعد أن كان مجال الصفقات العمومية لوقت طويل من اختصاص التنظيم، انتقل إلى اختصاص التشريع تطبيقاً لأحكام المادة 139 فقرة 10 من الدستور³ التي تنص على مجال الصفقات العمومية ضمن الميادين التي يشرع فيها البرلمان. أضف إلى ذلك أن النص على القواعد العامة التي تحكم الصفقات العمومية ضمن نص تشريعي بدلاً من نص تنظيمي يساهم في استقرار هذه القواعد، وانسجامها مع القواعد التي تحكم مختلف المجالات المرتبطة بها، كقانون المنافسة وقانون الاستثمار والمحاسبة العمومية.

جاء القانون رقم 23-12 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية بالعديد من المفاهيم التي منها ما لم يكن مكرساً في النصوص التنظيمية السابقة، ومنها ما كان مكرساً لكن بتسمية وتنظيم مختلفين، كما هو الأمر بالنسبة لإجراء التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية، والذي كان منظماً في إطار المرسوم الرئاسي رقم 15-247⁴ والنصوص السابقة له تحت تسمية التراضي البسيط « Gré à gré » في إبرام الصفقات العمومية، ليصبح تحت مسمى التفاوض المباشر « La négociation directe » في إطار القانون الجديد، ليحذو بذلك المشرع الجزائري حذو القانون الفرنسي الذي يطلق على مثل هذا الإجراء بالتفاوض المباشر، فهل يتعلّق بتغيير التسمية من تراضي إلى تفاوض مباشر فقط، أم أنّ المشرّع أتى بأحكام جديدة تتعلّق بهذا النوع من الإجراءات في إبرام الصفقات العمومية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال مقالنا هذا في محورين: المحور الأول نتناول فيه مفهوم التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية، وفي المحور الثاني نتناول حالات اللجوء إلى التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية.

1- مفهوم التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية :

التفاوض المباشر إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية، كان يطلق عليه في ظل التنظيمات السابقة للصفقات العمومية بالتراضي البسيط، لتغيير التسمية إلى التفاوض المباشر بموجب القانون 23-12 الساري المفعول، وهي تسمية تتوافق مع هذا الإجراء باعتباره يقوم على أساس التفاوض بين الأطراف، وهو ما سيتضح من خلال تفصيلنا في تعريف التفاوض المباشر (1-1)، وتمييزه عن التفاوض بعد الاستشارة (1-2).

³ مرسوم رئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بالتعديل الدستوري، ج.ر. عدد 82، صادر في 30 ديسمبر سنة 2020.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر. عدد 50، صادر في 20 سبتمبر سنة 2015.

1.1- تعريف التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية:

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 يترك للإدارة الحرية في اللجوء إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد⁵، وقد كان التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية يطلق على التفاوض المباشر تسمية التراضي البسيط، إلا أنه بعد صدور القانون رقم 12-23 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.

عرّف المشرع الجزائري إجراء التفاوض بموجب المادة 40 من القانون 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، على أنه: " إجراء تخصيص صفقة لمعامل اقتصادي واحد، دون الدعوة الشككية إلى المنافسة"، وهو نفس التعريف الذي كان واردا ضمن نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فيما يخص التراضي البسيط.

2.1- التمييز بين التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة في إبرام الصفقات العمومية:

ميّز المشرع الجزائري ضمن المادة 37 من القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، بين كيفيتين في إبرام الصفقات العمومية، تقوم الكيفية الأولى التي تشكل القاعدة العامة، على إجراء طلب العروض، أما الكيفية الثانية فتتمثل في إجراء التفاوض، الذي يشكل الاستثناء. وقد ميز المشرع في إجراء التفاوض بين كل من التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة، إذ جعل لكل شكل من أشكال التفاوض حالات خاصة به، مما يعني أن الإجراءان على الرغم من أنهما يشتركان من حيث كونهما كيفيتان استثنائيتان لإبرام الصفقات العمومية، إلا أن هناك نقاط اختلاف تفرق بينهما.

يشترك كل من التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة في إجراء دعوة المصلحة المتعاقدة للمتعهّد لفتح باب التفاوض معها قبل منح الصفقة له، وذلك عكس أسلوب طلب العروض الذي لا يسمح فيه بأي تفاوض مع المتعهدين قبل منح الصفقة وموافقة حائزها، وذلك عملا بأحكام المادة 45 من القانون 12-23. فالتفاوض مسموح به قبل منح الصفقة في حالة إبرامها عن طريق التفاوض المباشر

⁵ لكصايسي يسد أحمد، " التراضي كإجراء استثنائي لعقد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري"، مجلة النمو الاقتصادي والمقاولاتية، المجلد 2، العدد 03، 2019، ص. 72.

أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية: دراسة في ضوء القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية

والتفاوض بعد الاستشارة، في حين أنه بالنسبة للصفقة المبرمة عن طريق طلب العروض يكون ممكناً فقط بعد منح الصفقة وموافقة الحائز لها، ولا يمس التفاوض في هذه الحالة شروط المنافسة ولكنه يكون بغرض ضبط الصفقة وتحسين عرض المتعامل مع المصلحة المتعاقدة لاسيما من ناحية السعر والآجال.

أما فيما يخص نقاط الاختلاف بين التفاوض المباشر والتفاوض بعد الاستشارة، فيمكن في انعدام وانتفاء إجراء المنافسة والإعلان في التفاوض المباشر⁶، بينما لا يخلو التفاوض بعد الاستشارة من إجراء المنافسة في اختيار المتعاقد معها، ولكنه ليس بدرجة المنافسة المكرسة في إبرام الصفقات عن طريق طلب العروض، فعلى الرغم من أن المشرع نص صراحة على انعدام الدعوة الشكلية في إجراء التفاوض⁷، إلا أن هذا الوصف ينطبق على نوع واحد من إجراء التفاوض وهو التفاوض المباشر، فالدعوة إلى المنافسة تتعدى كلية في التفاوض المباشر بينما تكون موجودة لكن بصفة محدودة في التفاوض بعد الاستشارة ولا ترقى إلى المنافسة المكرسة في إجراء طلب العروض⁸، فتتقي المنافسة في جميع حالات التفاوض المباشر المذكورة على سبيل الحصر ضمن المادة 41 من القانون 12-23، بينما تضيق فقط بالنسبة للحالات الخاصة باللجوء إلى التفاوض بعد الاستشارة، ففي التفاوض بعد الاستشارة الذي يتم اللجوء إليه في حالة الإعلان عن عدم جدوى إجراء طلب العروض للمرة الثانية، فإن المصلحة المتعاقدة قامت بإجراء طلب العروض في مرحلة أولى، وكرست مبدأ المنافسة، لكن نظراً لعدم استلام أي عرض أو لعدم مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، لم يعد هناك جدوى من الاستمرار في باقي الإجراءات المتعلقة بطلب العروض، وعليه يتم اللجوء في مرحلة ثانية مباشرة إلى التفاوض بعد الاستشارة في إبرام الصفقة.

كما أن المصلحة المتعاقدة تلتزم في التفاوض بعد الاستشارة بإعداد دفتر الشروط قبل الشروع في الاستشارة، على خلاف التفاوض المباشر الذي يكون باستدعاء المتعامل الذي تنوي التعاقد معه مباشرة للتفاوض، دون أن تكون المصلحة المتعاقدة ملزمة بوضع دفتر شروط.

كرّس المشرع كذلك مبدأ شفافية الإجراء بالنسبة لحالة التفاوض بعد الاستشارة، حيث جعل اللجوء إلى الإشهار إلزامياً عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعن طريق الصحافة المكتوبة

⁶ بن زيان سعادة، "التراضي إجراء استثنائي في إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص. 291.

⁷ أنظر المادة 40 فقرة أولى من القانون رقم 12-23، مرجع سابق.

⁸ ضريفي نادية، لجلط فواز، "إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 02، نوفمبر 2019، ص. 221.

والصحافة الالكترونية المعتمدة، بالنسبة لإبرام الصفقات العمومية عن طريق التفاوض بعد الاستشارة أو عن طريق طلب العروض⁹، مستثنيا بذلك أسلوب التفاوض المباشر من هذا الإجراء.

2 - حالات اللجوء إلى إجراء التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية

يستعمل أسلوب التفاوض المباشر غالبا، إذا تعلّق الأمر بعقود تخص احتياجات لا يمكن إشباعها إلا بواسطة براءة اختراع معينة أو بواسطة أشياء محل احتكار أو أن يتعلق الأمر بمنقولات موجودة عند حائز وحيد¹⁰، وقد عدد المشرع الجزائري الحالات التي تلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض المباشر على سبيل الحصر ضمن المادة 41 من القانون 12-23، ويمكن تصنيف هذه الحالات إلى حالات كانت واردة مسبقا في المرسوم الرئاسي 15-247 وتم الإبقاء عليها ضمن القانون الجديد (2-1)، وحالات تمّ استحداثها بموجب القانون الجديد 18-04 (2-2).

2-1- حالات التفاوض المباشر الواردة سابقا ضمن المرسوم التنفيذي 15-247 في إطار

التراضي البسيط

أبقى المشرع الجزائري على مجموع الحالات الواردة ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي تسمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى التفاوض المباشر، وهي حالات تنتقي فيها المنافسة أصلا، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أ- وجود متعامل وحيد يلبي احتياجات المصلحة المتعاقدة: أي أنّ العمليات المطلوبة لا يمكن تصور تنفيذها إلا على يد متعامل وحيد، نظرا لكون هذا المتعامل يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية، أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية أو فنية.

وجود المتعامل في هذه الحالة في وضعية احتكارية ليس ناجما بالضرورة عن نص قانوني يمنحه حق الاحتكار، فقد تكون الوضعية الاحتكارية ناجمة عن هيمنة متعامل اقتصادي وحيد يحتكر النشاط دون منافس آخر، فالمتعامل هنا يحتل وضعية احتكارية لكنه لا يملك حقا حصريا معترف به قانونا، وهو ما يميز هذه الحالة عن الحالة الواردة ضمن الفقرة الأخيرة من المادة 41 من القانون رقم 12-23، والتي تخص فقط الصفقات العمومية المبرمة من طرف المصلحة المتعاقدة مع مؤسسة عمومية خاضعة للقواعد التجارية.

⁹ أنظر المادة 46 من القانون رقم 12-23 المؤرخ في 6 غشت سنة 2023، مرجع سابق.

¹⁰ سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص.323.

أسلوب التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية: دراسة في ضوء القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية

أجاز المشرع كذلك للمصلحة المتعاقدة إذا رأت أنّ متعاملا وحيدا يحوز المهارات أو الكفاءات التقنية التي تحتاجها، أن تتفاوض معه مباشرة دون أن تكون مجبرة على اللجوء إلى مرحلة الدعوة إلى التعاقد وتقديم العروض، فأصلا لا يوجد سوى هذا المتعامل الذي يحوز هذه المهارة التقنية التي لا ينافسها فيها شخص آخر، فالاعتبار التقني هنا متعلق بشخص المتعامل، والأمر نفسه بالنسبة للاعتبارات الثقافية والفنية التي أحال المشرع توضيحها إلى قرار مشترك بين الوزير المعني بالثقافة والوزير المكلف بالمالية، وقد صدر في هذا الإطار القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 30 يونيو سنة 2014¹¹، الذي حصر الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/أو الفنية في :

- الخدمات التي لا يمكن أن يقوم بها إلا فنانون مبدعون، اختيروا لشخصهم، وفي هذه الحالة ولكي تبرر المصلحة المتعاقدة لجوئها إلى التفاوض المباشر تحت هذا الاعتبار، فإنه لا يكفي أن يدعي الشخص المتفاوض معها صفة فنان، وإنما لابد له من إثبات هذه الصفة عن طريق حيازته لبطاقة فنان تثبت صفته.
- عمليات اقتناء الممتلكات الثقافية المنقولة كما هي محددة في التشريع المعمول به، باستثناء الممتلكات الأثرية.

ب- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية

منح المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء إلى إجراء التفاوض المباشر في حالة ما إذا تعلّق الأمر بمشروع ذي أولوية وذو أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ولكي لا تتعسف المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى التفاوض المباشر في هذه الحالة، فقد وضع المشرع شروطا لكي تتمكن المصلحة المتعاقدة من إبرام هذه الصفقات عن طريق التفاوض المباشر، حيث اشترط أن لا تكون الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال متوقعة من المصلحة المتعاقدة، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

كما أخضع المشرع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات في هذه الحالة إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

¹¹ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 30 يونيو سنة 2014، يحدد الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية و/أو الفنية التي يمكن أن تكون موضوع الصفقات بالتراضي البسيط، ج.ر. عدد 57، صادر في 28 سبتمبر سنة 2014.

ج- حالة تعلق العمليات بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج

تتقي المنافسة عندما يتعلّق الأمر بترقية الإنتاج والأداة الوطنية للإنتاج¹²، فترقية الإنتاج الوطني و/أو الأداة الوطنية للإنتاج هدف أسمى من أن يتم التخلي عنه لصالح تكريس إجراءات المنافسة في إبرام الصفقة، حيث تمثّل عمليات ترقية المنتج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج أحد الأهداف المنشودة التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من خلال سياستها الاقتصادية، والتي تمثّل إجراءات إبرام الصفقات العمومية إحدى وسائلها، حيث يكفي للمصلحة المتعاقدة أن تثبت علاقة العملية بترقية الإنتاج الوطني والأداة الوطني للإنتاج حتى تعفى من إجراءات إبرام العقود، وتلجأ إلى إجراء التفاوض المباشر في إبرام الصفقة. إلّا أنّه في هذه الحالة يجب أن يخضع إجراء التفاوض المباشر لإبرام الصفقة إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

د- حالة منح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية خاضعة للقواعد التجارية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية

يقصد بمنح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة عمومية خاضعة للقواعد التجارية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، هو تواجد العديد من المؤسسات التي تنشط في نفس المجال، ثمّ يصدر نص قانوني يمنح إحداها صفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية¹³، كما هو الأمر بالنسبة لمعهد باستور الجزائري، والصيدلية المركزية للمستشفيات، التي تملك حقا حصريا في تمويل المؤسسات الاستشفائية بالمنتجات الصيدلانية كاللقاحات والمصل والأدوية¹⁴، وهو ما يميز الحق الحصري عن الاحتكار، كما ذكرناه سالفًا عند تناولنا لحالة وجود متعامل وحيد.

2-2- حالات اللجوء إلى التفاوض المباشر المستحدثة بموجب القانون رقم 12-23

استحدث القانون رقم 12-23 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية حالتين جديدتين تسمحان للإدارة باللجوء إلى التفاوض المباشر في إبرام الصفقة العمومية، ويتعلّق الأمر بالصفقات المبرمة مع المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في مجال الرقمنة، وحالة الطوارئ.

¹² ضريفي نادية، لجلط فواز، مرجع سابق، ص. 225.

¹³ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 31.

¹⁴ بن زيان سعادة، مرجع سابق، ص. 296.

أ- حالة ترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في مجال الرقمنة والابتكار

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 معروفة 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، لا بد 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 مجموع الشروط القانونية التالية:

- "يجب ألا يتجاوز عمر المؤسسة ثماني (08) 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 استثمار معتمدة أو من طرف مؤسسات أخرى حاصلة على علامة "مؤسسة ناشئة"؛
- يجب أن تكون إمكانيات نمو المؤسسة كبيرة بما فيه الكفاية؛
- يجب ألا يتجاوز عدد العمال 250 عامل".¹⁵

تحصل المؤسسة على علامة مؤسسة ناشئة بعد أن تقوم بتقديم طلب عبر البوابة الالكترونية الوطنية للمؤسسات الناشئة مرفقا بالوثائق الثبوتية، وتنتشر قرارات منح علامة "مؤسسة ناشئة" في البوابة الالكترونية الوطنية للمؤسسات الناشئة¹⁶، وهذا النشر يسهل على المصلحة المتعاقدة التأكد من حصول المؤسسة على علامة المؤسسة الناشئة.

¹⁵ أنظر المادة 11 من مرسوم تنفيذي رقم 20-254 مؤرخ في 15 سبتمبر سنة 2020، يتضمن إنشاء لجنة وطنية لمنح علامة "مؤسسة ناشئة"، و "مشروع مبتكر"، و "حاضنة أعمال"، وتحديد مهامها وتشكيلتها وسيرها، ج.ر. عدد 55، صادر في 21 سبتمبر سنة 2020.

¹⁶ المادة 15 من مرسوم تنفيذي رقم 20-254، مرجع سابق.

نظرا لما للابتكار من اعتبار في فعالية ونجاح المؤسسات الناشئة التقنية، بالنظر إلى ما يوفره لها من إمكانية تحقيق التنافسية والتكيف مع متغيرات بيئة الأعمال المتلاحقة، فقد اشترط المشرع في الخدمات محل التعاقد مع المؤسسات الحاملة لعلامة نؤسسة ناشئة، أن تكون مرتبطة بمجال الرقمنة والابتكار، والابتكار كمفهوم هو "تطبيق تبادلات في التكنولوجيا أو توليفات التكنولوجيا التي تؤدي إلى تغييرات في المنتج، أساليب الإنتاج وفي التنظيم، كما يمكن تعريفه على أنه التمسك بالأفكار الإبداعية المتوصل إليها وتحويلها إلى سلعة أو خدمة نافعة، أو طريقة عمل مفيدة"¹⁷. فعنصر الإبداع في الخدمات التي تقدمها المؤسسات الناشئة هو ما دفع بالمصلحة المتعاقدة للتفاوض المباشر معها، فلا حاجة في هذه الحالة للجوء إلى إجراءات طلب العروض.

ب- حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية أو الكوارث التكنولوجية أو الطبيعية

لم تكن حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية والكوارث التكنولوجية أو طبيعية واردة ضمن الحالات التي تسمح للمصلحة المتعاقدة باللجوء إلى إبرام الصفقات العمومية بموجب إجراء التراضي البسيط، حيث كانت الفقرة الثانية من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تنص في فقرتها الثانية على "حالة الاستعجال الملح المعلل 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 إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن بوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة لمناورات للماطلة من طرفها".

وبصدور القانون رقم 23-12 تمّ الإبقاء على الحالة السالفة الذكر في الفقرة السابقة، مع إضافة حالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية والكوارث التكنولوجية أو الطبيعية في محتوى نفس الفقرة، فالمشرع أصبح يأخذ بعين الاعتبار هذه الحالة للسماح للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد عن طريق التفاوض المباشر.

يعود سبب إضافة المشرع لحالة الطوارئ المرتبطة بالأزمات الصحية ضمن الحالات التي يجوز فيها للمصلحة المتعاقدة التعاقد عن طريق التفاوض المباشر، إلى التجربة التي مرّت بها الجزائر على غرار باقي دول العالم خلال فترة انتشار وباء كورونا، وما خلّفته من أزمة على مستوى كل المجالات، ممّا استدعى أخذ الظروف المحيطة بها بعين الاعتبار عند إبرام الصفقات العمومية خلال الفترات المشابهة بها والتي قد تمر بها البلاد في أي وقت دون سابق إنذار.

¹⁷ قريني نور الدين، "دور المؤسسات الناشئة التقنية في تحقيق التحول الرقمي المنشود في الجزائر"، مجلة الإبداع، المجلد 12، العدد الأول، 2022، ص ص 108-125. ص 115.

خاتمة:

نخلص في نهاية مقالنا إلى أن إبرام الصفقات العمومية يتم كأصل عام عن طريق إجراء تقديم العروض، وذلك لما يكرسه هذا الإجراء من مبادئ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين، وشفافية الإجراءات، وهي مبادئ تغيب عند إجراء التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية، مما دفع بالمشعر الجزائري إلى جعل إجراء التفاوض المباشر إجراء استثنائيا، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إليه في حالات معدودة على سبيل الحصر .

لا تقتصر الحالات التي أجاز فيها المشعر اللجوء إلى إجراء التفاوض المباشر لإبرام الصفقات العمومية على الحالات التي تنتفي فيها المنافسة لوجود متعامل وحيد أو حالات الاستعجال الذي لا يحتمل التأخير ولا يتلاءم وطول إجراءات تقديم العروض، وإنما تمتد لتشمل حالات تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية التي تهدف الدولة إلى تحقيقها من خلال انتهاج سياسة تحفيز الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج، وترقية المؤسسات الناشئة في مجال الرقمنة والابتكار. حيث منحت الدولة بموجب قانون الصفقات العمومية لهذين الصنفين من المتعاملين معاملة مختلفة عن تلك المتعلقة بباقي المتعاملين الاقتصاديين، فإذا ما تعلّق الأمر في إبرام الصفقة العمومية بترقية الإنتاج الوطني و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، أو تعلّق بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة في مجال الرقمنة والابتكار، فإنه لا مجال للحديث عن مبدأ المنافسة في الصفقات العمومية، فالأولوية تعود إلى ترقية الإنتاج الوطني والمؤسسات الناشئة في مجال الرقمنة والابتكار.

ترجع إضافة القانون رقم 12-23 لحالة ترقية المؤسسة الناشئة في مجال الابتكار والرقمنة ضمن الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التفاوض المباشر في إبرام الصفقات العمومية إلى السياسة التي تنتهجها الدولة حاليا والتي تقوم على جعل توفير بيئة ملائمة لدعم المؤسسات الناشئة لاسيما في مجال الرقمنة والابتكار باعتبار هذه المؤسسات أحد المحركات الرئيسية للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة لما تقدمه من ابتكارات وحلول معتمدة في مجال التكنولوجيا والرقمنة، إلا أنّ الإشكال الذي يطرحه التعاقد مع هذه الأخيرة عن طريق التفاوض المباشر، هو العدد الكبير لهذا النوع من المؤسسات الناشطة في السوق الوطنية وما يطرحه من إشكالية تكيس حرية المنافسة بينها، كما أنّ حداثة هذه المؤسسات وقلة خبرتها في الميدان قد تطرح إشكالية مدى تمكّنها من الاستجابة لمتطلبات المصلحة المتعاقدة.