

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

♦ مدين أمال

ملخص:

إن أهمية الصفقات العمومية وحجم النفقات العامة المخصصة لها يبرر حرص المشرع على إحاطتها بأشكال وإجراءات قانونية جد معقدة ومتطلبة للوقت، إلا أن المصلحة العامة أحيانا تقتضي السرعة والبساطة وهو ما تكفله طريقة التعاقد بالتراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة.

لذلك فمن المفيد الإبقاء على التعاقد بالتراضي كطريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في حالات محددة حصرا وتقييد حرية الإدارة التعاقدية بإجراءات تضمن جدية المصلحة المتعاقدة وعدم حيادها عن المصلحة العامة، وإخضاع العقود المبرمة وفق هذا الطريق لرقابة إدارية قانونية ومالية لاحقة صارمة.

الكلمات المفتاحية: صفقات عمومية، تعاقد بالتراضي، إجراءات.

Résumé :

L'importance des marchés publics et la consistance des dépenses publiques qui leur sont allouées expliquent pourquoi le législateur tient tant à les sécuriser par des formalités et des procédures juridiques très diverses et complexes, lesquelles nécessitent beaucoup de temps. Or, Il demeure non pas moins que l'intérêt général exige parfois de la rapidité et de la simplicité et c'est justement ce que procure le contrat de gré à gré dans ses deux formes : le gré à gré simple et le gré à gré après consultation.

Pour cela, il est utile de considérer la procédure de gré à gré comme une règle exceptionnelle pour la passation des marchés publics dans des cas exclusivement limités. Il faut aussi limiter la liberté contractuelle de l'administration par des procédures à même de garantir le sérieux du service contracté et le respect de l'intérêt

♦ أستاذة مساعدة (ب)، بالمركز الجامعي لعين تموشنت.

général et enfin soumettre les contrats conclus selon cette procédure à un strict suivi administratif, juridique et financier.

Mots clés : Marchés publics, contrats gré à gré, procédures.

Abstract:

The importance of public contracts and the amount of their substantial allotted expenditures account for the legislator's insistence on securing them by legal forms and complex time-demanding formalities. Nonetheless, the general interest sometimes requires speed and simplified procedures, which are precisely afforded by the two types of mutual- agreement contracts: the simple contract and the consultancy contract.

For this reason, it is useful to keep the mutual-agreement contracts as an exceptional way to conclude public contracts in exclusively specific cases; limit the administration's freedom in contracting and make it comply with restricted formalities that would ensure the seriousness of the contracted service with consideration to the general interest. In addition, such contracts should be submitted to strict administrative, legal, and financial monitoring.

Key words: Public contracts, mutual-agreement contracts, procedure.

مقدمة:

إن الصفقات العمومية باعتبارها وسيلة الدولة لتنفيذ مخططاتها التنموية وبرامجها الاقتصادية والاجتماعية تكلف خزانة الدولة اعتمادات مالية ضخمة، لذا أخضع المشرع إبرامها لإجراءات خاصة ورقابة صارمة بهدف ترشيد الإنفاق العام والحد من هدر النفقات العامة قدر الإمكان، ووسيلته في ذلك هي المنافسة النزيهة من خلال إجراء المناقصة الذي يدفع الراغبين في التعاقد مع الإدارة إلى تقديم أفضل الخدمات بأفضل الأثمان من جهة،

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

ويلزم الإدارة بالمقارنة بين العروض المقدمة بحيادية وموضوعية تضمن تلبية احتياجاتها على أكمل وجه من جهة أخرى.

إن صيغة المناقصة رغم مزاياها إلا أنها تتطلب وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة قد تحول في كثير من الأحيان دون تحقيق المصلحة العامة المرجوة من التعاقد، وهو ما جعل المشرع يقرر صيغة أخرى لإبرام الصفقات هي صيغة التعاقد المباشر أو التعاقد بالتراضي بنوعيه البسيط وبعد الاستشارة، لما يوفره من بساطة في الإجراءات وسرعة في تلبية الحاجات وريح للوقت كونه يقوم على الاتصال المباشر بمتعاقدين وحيد، غير أنه في الوقت نفسه يفقد الصفقة الشفافية المتوخاة فيها لأن فيه مساساً بمبدأ المساواة بين المتنافسين، كما يقلل من إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق، وهو ما يدعو للتساؤل عن مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي بدل المناقصة؟ والقيود المفروضة على هذا الطريق للتعاقد؟

للإجابة على هذين الإشكاليين تقسم هذه الدراسة إلى مطلبين: الأول بعنوان مفهوم التعاقد بالتراضي، والثاني موسوم بالتعاقد بالتراضي بين الحرية والتقييد.

المطلب الأول: مفهوم التعاقد بالتراضي

تتعدد المصطلحات المستعملة في النصوص المنظمة للصفقات العمومية في الأنظمة القانونية المختلفة معبرة عن نفس طريقة التعاقد أحياناً وعن طرائق مختلفة أحياناً أخرى، فيوجد في هذا المجال مثلاً: العقد المفاوض، أو التعاقد بالتفاوض أو عقود المفاوضة، الاتفاق المباشر، الممارسة، الشراء عن طريق الكشف والفواتير، الشراء المباشر، التعاقد بالتراضي وهي كلها مسميات تتفق في خاصية واحدة هي كونها طرق استثنائية لإبرام

أ. مدين أمال

الصفقات العمومية توجد إلى جانب إجراء المناقصة أو المزايدة تتمتع فيها الإدارة بحرية أكبر في اختيار المتعاقد معها.¹

أما المشرع الجزائري فقد استعمل في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية مصطلح التراضي على غرار المشرع اللبناني الذي سماه الاتفاق بالتراضي، فما المقصود بإجراء التراضي وما هي أنواعه؟

الفرع الأول: تعريف التراضي

بداية لا بد من الإشارة إلى أن التراضي في هذا الإطار يختلف عن ركن التراضي أو الرضا في التعاقد كأحد الأركان الضرورية سواء في العقود الإدارية أو الخاصة، بل المقصود هو طريق من التعاقد في الصفقات العمومية التي يبرز فيها رضا الإدارة بشكل واضح وجلي بسبب تمكينها من اختيار المتعاقد معها دون التقيد بإجراءات معقدة كما هو الحال في المناقصة والمزايدة.²

وما يؤخذ على هذه التسمية أن التراضي هو أساس كل العقود أي كانت طريقة التعاقد ولا شك في وجوده حتى عندما يبرم العقد بطريق المناقصة و المزايدة، ويفضل استعمال مصطلح الاتفاق المباشر الذي يفيد تبادل الإيجاب والقبول بين البائع والمشتري مباشرة دون المرور بالإجراءات التي يقررها القانون بالنسبة لطرق التعاقد الأخرى، فهو أقرب لتبيان المضمون أو على أقل استعمال التعاقد بمجرد التراضي.³

¹ مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.1، س.2005، ص.768.

² عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط.1، س.2007، ص.132.

³ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص.109.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

وعموماً يمكن الحديث عن التعريفات الفقهية للتراضي (أولاً) وتعريفاته التشريعية (ثانياً).

أولاً. - التعريفات الفقهية للتعاقد بالتراضي

الاتفاق بالتراضي هو عقد خاص تجربيه الإدارة مع من تختاره من العارضين أو الموردين دونما حاجة إلى عرض الصفقة على العموم أو على فئة محصورة من العارضين ودونما حاجة إلى الاستحصال على عدد من العروض لاختيار الأفضل من بينها، ففي هذا النوع من التعاقد لا يكون من حيث المبدأ - سوى عرض واحد من عارض واحد تختاره الإدارة¹، أو هو إجراء يجيز القانون للإدارة أن تتعاقد بناء عليه في الحالات العاجلة التي لا تحتل تأخيراً مع من تشاء من الموردين أو المقاولين فيما لا تزيد قيمته عن حدود معينة دون التقيد بإجراءات المناقصات التي تشمل توجيه الدعوة لتقديم العروض².

أو هو أسلوب للتعاقد الإداري تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد بأسلوب المناقصة أو المزايدة، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمتنافسين في العمل موضوع الاتفاق المباشر الطعن على ما اتخذته الإدارة من إجراءات خلال المراحل السابقة على إتمام العقد طالما أن هذه الإجراءات هي مجرد قواعد مصلحية داخلية وضعت لصالح الإدارة فقط³، فبموجب هذه الطريقة يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعهد

¹ عبد اللطيف قطيس، الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً واجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط.2، 2013، ص.197.

² محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي التعاقد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، س.2011، ص.108.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، ص.181.

أ. مدين أمال

معها بواسطة الاختيار المباشر، ولا تنقيد الإدارة بإجراءات التعاقد بالمناقصات ولا المزايدات وبذلك هي تتجنب مشاكل آلية الإرساء في المناقصات وتعطيها مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال صلاحياتها التقديرية في اختيار من يتعاقد معها على أساس الثقة والأمانة¹.

وفي تعريف مبسط للاتفاق المباشر هو طريق استثنائي للتعاقد بموجبه تتوجه الإدارة مباشرة إلى من ترغب في التعاقد معه وتختاره بحريتها دون اتباع أي إجراءات مسبقة².

ثانياً. - التعريف التشريعي للتعاقد بالتراضي

تعرض المشرع الجزائري لتعريف التعاقد بالتراضي في النصوص المتعاقبة المنظمة للصفقات العمومية، حيث عرفه في الأمر رقم 67-90 بالنص: "تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقات لمن تختاره منهم"³ وأخذ على هذا التعريف ركافة الأسلوب حيث أن صياغة المادة توحي بأن الإدارة تتنافس مع الموردين في حين الواقع أن الإدارة هي التي تختار المتعاقد معها من بين المتعاملين المتنافسين، كما يتضح أن المشرع في هذه المادة أكد على ضرورة توافر مبدأ المنافسة حتى في التعاقد بالتراضي وهو ما يستفاد من خلال تعدد المتعاملين الذين تتم استشارتهم⁴.

أما مرسوم 1982 فقد عرف التراضي بالنص: "هو إجراء يخصص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة ولا يستبعد فيه الاستشارة"⁵. وقد ذهب بعض

¹ محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط.1، 2010، ص.99.

² شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، ط.1، س.20، ص.153.

³ م.60 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 7 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

⁴ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.133.

⁵ م.27 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

الباحثين إلى أن هذه المادة تحمل تناقضا لذاتها فهي من جهة تحرر الإدارة من الخضوع للإجراءات الشكلية ومن جهة أخرى فرضت عليها الاستشارة، لكن يذهب آخرون إلى أن تحرير الإدارة من الإجراءات الشكلية لا يمنع تقييد إرادتها نسبيا من خلال إلزامها باللجوء للاستشارة ولو وفق نمط أقل تعقيدا من إجراءات الدعوة للمنافسة¹.

أما المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فقد عرف التراضي بالنص: " هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة"²، وحافظ المشرع على نفس التعريف في كل من مرسوم 2002³ ومرسوم 2010، هو تعريف تلافى كل الانتقادات السابقة.⁴

الفرع الثاني: أشكال التراضي

أشار المشرع الجزائري في مرسوم 1982 إلى إمكانية الاستشارة في التراضي لكنه لم يفصل ذلك، غير أنه بموجب مرسوم لاحق فصل في التراضي وقسمه إلى شكلين هما: التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة⁵ وأكد على موقفه في مرسوم 1991 بالنص: " يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة..." وكذلك

¹ عما ر بوضياف، مرجع سابق، ص. 134.

² م" 23 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى.

³ م. 22 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 أوت 2002 المتضمن قانون الصفقات العمومية الملغى.

⁴ لمعلومات أوفى حول التعريفات المتعاقبة للتراضي، قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، د.م.ج، الجزائر، س. 2004.

⁵ المرسوم رقم 84-151 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 82-145.

في مرسومي 2002 و 2010. يلتقي شكلا التراضي في كونهما صيغ تفاوضية موجهة إلى شخص أو مجموعة أشخاص معروفين بذواتهم مع عدم اشتراط أي شكلية معينة للاتصال بالمتنافسين لدى القيام بكل من الإجراءات الاتصال بكل الوسائل المكتوبة¹، فما الفرق بين الصيغتين؟

أولاً. - التراضي البسيط

يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة الإجراءات وبالتالي سرعة في تلبية الحاجات وريح للوقت². ففي التراضي البسيط تكون للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان بل ودون إلزامها حتى باللجوء للاستشارة³، وعليه يفهم أن التراضي البسيط هو إبرام الصفقة بدون إقامة أية منافسة، غير أن البعض فسّر عبارة "دون الدعوة الشكلية للمنافسة" على أنها لا تهدف إلى الإعفاء التام من إقامة المنافسة بل فقط الإعفاء من الإجراءات الشكلية للمنافسة أي الإشهار، وبالتالي ضرورة تحقق مبدأ المنافسة حتى في التراضي البسيط⁴، وهذا في محاولة للتخفيف من حدة العيوب التي تكتنف التراضي البسيط كونه يفقد لصفة الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات، وهو ما ينجر عنه المساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين والتقليل من إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق⁵. لكن هذا الطرح غير صحيح لأن في التراضي البسيط ينعدم مبدأ المنافسة كلياً بسبب اللجوء مباشرة لمتعاقد واحد دون غيره وإبرام الصفقة معه.

¹ خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص.165.

² خرشي النوي، مرجع سابق، ص.165.

³ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.136.

⁴ قدوج حمامة، مرجع سابق، ص.117.

⁵ خرشي النوي، مرجع سابق، ص.165.

هو إبرام الصفقة بإقامة المنافسة عن طريق الاستشارة المسبقة التي تتم بكافة الوسائل المكتوبة ودون اللجوء للإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار¹.

يختلف التراضي بعد الاستشارة عن التراضي البسيط في كونه يتضمن قدراً ولو ضئيلاً من المنافسة التي تتعدى نهائياً في التراضي البسيط، ففي حين يتم التفاوض في التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص يتم اختيارهم من بطاقة المتعاملين يفترض أن يكونوا مؤهلين للغرض المطلوب إنجازه، وبالتالي تقع هذه الصيغة في موقف وسط بين صيغ المناقصات المعقدة وبين التراضي البسيط، كونها تكفل حداً أدنى من المنافسة من جهة وتوفر بساطة في الإجراءات من جهة أخرى. غير أن ما يؤخذ على هذه الصيغة هو محدودية المنافسة التي تضمنها لأن المؤسسات التي تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة تكون معروفة مسبقاً بذواتها، كما أن دعوة هذه المؤسسات للمنافسة لا يلزم فيها اتباع شكلية معينة غير الكتابة².

إن التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أو التراضي يعطي للإدارة حرية واسعة في التعاقد مع من تريد، فهي تتمتع بحرية قريبة من التي يتمتع بها الأفراد في القانون الخاص بسبب عدم وجود القواعد الإجرائية التي تحكم الصور الأخرى للتعاقد³، غير أنه لا حرية من غير مخاطر وتزداد حدة هذه المخاطر متى كانت أموال الخزينة العامة التي هي في الأصل ضماناً لرفاهية الشعب على المحك وعرضة للسلب والنهب والهدر تحت عنوان الصفقات العمومية، وإذا كان من غير الممكن تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في أسلوب التعاقد بالتراضي، فهل هناك مجال لتقييد حريتها في اللجوء إلى هذا الطريق للتعاقد؟

¹ قدوج حمامة، مرجع سابق، ص. 117.

² خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 170.

³ محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص. 104.

المطلب الثاني: التعاقد بالتراضي بين الحرية والتقييد

إذا كان من غير الممكن تصور استغناء الأفراد العاديين عن العلاقات التعاقدية فإن الأمر سيان بالنسبة لأشخاص القانون العام التي لا يمكنها توفير احتياجاتها ولا خدمة الجمهور والنهوض بأعباء السلطة العامة بغير طريق التعاقد¹، والعقد في كلتي الحاليتين هو عمل قانوني مبني على ثلاثة أركان هي الرضا والمحل والسبب، وتعد الرضائية جوهره². وإذا كان من المسلم به أن العقود المدنية تقوم كلها على مبدأ الحرية التعاقدية التي تكفل للفرد اختيار موضوع العقد والطرف المتعاقد بحرية تامة دون قيد أو شرط إلا ما تعلق بالنظام العام، فهل يسري مبدأ الحرية التعاقدية في العقود الإدارية وبالتالي يخول الإدارة اختيار طريق التعاقد والمتعاقد معها بحرية تامة؟ أم أن خصوصية العقد الإداري خففت من حدة المبدأ وبالتالي تتيح الفرصة لتقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها؟

الفرع الأول: مبدأ حرية الإدارة في التعاقد

إن الحرية التعاقدية تتشكل جوهرياً من مقولة أن تكوين العقد يجب أن يترك بشكل كامل لإرادة أطرافه، وهذه الحرية يجب أن تكون حاضرة في كل لحظة وفي كل مرحلة من هذا التكوين ويتجلى ذلك خصوصاً من حيث حرية التعاقد من عدمه، حرية اختيار المتعاقد والتفاوض معه وحرية تحديد محتوى العقد³.

يشكل مبدأ حرية التعاقد أحد المبادئ الأساسية التي تسود العلاقات التعاقدية في مجال القانون الخاص يعود إلى فكرة الإرادة الفردية باعتبارها صاحبة السلطان الأكبر في

¹ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.6.

² علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بنان، ط.1، 2011، ص.69.

³ مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص.33.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

إنشاء العقود، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على إطلاقه وبكل محاوره على العقود الإدارية التي تدخل في إطار القانون العام وتستهدف الإدارة من ورائها تحقيق المصالح الجماعية باعتبارها طرف يمثل المجموع، فالإدارة لا تمثل ذاتها ولا تسعى إلى تحقيق مصالح خاصة، لذلك فإنه بخلاف ما هو عليه الحال في العقود الخاصة من اعتبار حرية التعاقد أصلاً عاماً، فإن الأصل في العقود الإدارية هو تقييد الإدارة بضوابط المشروعية الإدارية وتمتعها بسلطة تقديرية وليس بالحرية لتمكينها من الحركة والتصرف لمواجهة الواقع والتغيرات ضمن الضوابط التشريعية والقضائية¹.

ذلك أنه إذا كانت الحرية التعاقدية في علاقات القانون الخاص مسلم بها فقها وقضاء وتشريعاً فإن الحرية التعاقدية للأشخاص العامة لم تكن إلى اليوم محل إقرار تشريعي ولا محل إجماع فقهي وقضائي، فبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي اعترف بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة باعتبارها من المبادئ العامة للقانون، إلا أنه قرن هذه الحرية في معظم الأحيان بالنصوص القانونية والتنظيمية، أي أنها تتحقق في غياب نص يمنع أو يحظر التعاقد فقط، لأن الحرية التعاقدية لا تلبس ثوب الحق والسلطة والمكنة كما هي عليه في القانون الخاص بل هي لا تعدو كونها هامشاً من التقدير والملائمة يخول للشخص العام في معرض ممارسته لاختصاصه.

وبالتالي فهي مجرد حرية إدارية مخولة بموجب النصوص التشريعية محكومة بالغائية والموضوعية بخلاف الحرية التعاقدية الحقيقية التي تعتبر حقاً دستورياً لا يمنح وإنما يحمى ويضمن ويحدد مضمونها ومداهَا وغاياتها ذاتياً وليس موضوعياً². وعليه، فإن الحرية التعاقدية للإدارة لا تتعلق في الحقيقة إلا بالإمكانات الممنوحة للسلطات المختصة ضمن

¹ شريف يوسف خاطر، مرجع سابق، ص.5.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص.33 وما بعدها.

أ. مدين أمال

الشخص العام في تقرير التعاقد، وفي اختيار المتعاقد وتحديد شروط التعاقد على أساس السلطة التقديرية ذات هامش واسع وليس على أساس الحرية الحقيقية.

وعلى الرغم من ذلك يذهب البعض إلى أن المبدأ العام في فرنسا رغم كثرة التشريعات التي تنظم تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة لا يزال هو حرية الإدارة في التعاقد إذا لم يوجد نص يلزم الإدارة بالتعاقد عن طريق المناقصة، وكذلك الحال في مصر حيث لا تلتزم الإدارة باللجوء إلى المناقصة أو المزايدة إلا إذا وجد نص تشريعي يلزمها بذلك وفي حالات محددة¹، لكن الواقع هو عكس ذلك تماما فالمتفق عليه أن التعاقد بالتراضي هو الاستثناء على الأصل وهو المناقصة أو المزايدة.

والنتيجة أن مبدأ حرية الإدارة في التعاقد لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يشكل سندا للجوء الإدارة إلى التعاقد بالتراضي بدل المناقصة أو المزايدة لأن هذه الحرية محدودة بالنصوص التشريعية والرقابة القضائية.

الفرع الثاني: القيود التشريعية الواردة على حرية التعاقد بالتراضي

إن الحرية التعاقدية للأشخاص العامة هي ذات طابع نسبي فهي تختلف ضيقا واتساعا بالنظر إلى مدى اختصاصات وسلطات الشخص العام المتعاقد وكذلك باختلاف الأزمان والعقود لأن هذه الحرية مرتبطة بالدرجة الأولى بالنصوص القانونية التي اعترفت للشخص العام بحق التعاقد²، لذلك فهذه الحرية مقيدة بالنصوص التشريعية من جهة وبالرقابة القضائية من جهة أخرى.

أولا. - القيود التشريعية الواردة على حرية التعاقد بالتراضي

¹ علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص. 117 وما بعدها.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 38.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

من خلال استقراء نصوص قانون الصفقات العمومية يمكن استنتاج أنه رغم اعترافه بالتراضي كطريق لإبرام الصفقات العمومية إلا أنه أخضع لعدد القيود الموضوعية والإجرائية.

آ. - التراضي هو استثناء على القاعدة

بخلاف ما كان يذهب إليه البعض في ظل قانوني الصفقات العمومية لسنتي 1982 و1991 من اعتبار التراضي هو الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية على أساس ذكره قبل طريقة المناقصة في سرد المشرع لطرق إبرام الصفقات وكذا تمكين المتعامل العمومي من اللجوء إليه كلما رأى أنه أكثر نفعا ومبررات أخرى، بعكس ما كان عليه الحال في قانون 1967 الذي اعتبر التراضي إجراء استثنائيا. فصل المشرع الجزائري في هذا الخلاف بداية من قانون 2002 وأكد عليه في قانون 2010 حيث اعتبر التراضي الطريق الاستثنائي لإبرام الصفقات العمومية إلى جانب الطريق الأصلي وهو المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة¹.

إذن أقر المشرع صراحة أن المناقصة هي القاعدة والتراضي هو الاستثناء لكنه لم يتدخل صراحة لإلزام الإدارة المتعاقدة باللجوء إلى صيغة من صيغ الإبرام دون أخرى وترك الاختيار في ذلك للمصلحة المتعاقدة لا لشيء إلا لأن إلزام المصلحة المتعاقدة بصيغة معينة يصعب من أدائها لمهامها لأنه إذا كانت صيغة معينة ملائمة لوضع ما فقد لا تكون كذلك في وضع آخر بسبب تعدد المتغيرات التي تحدد الصيغة الأمثل والتي قد تتعلق بطبيعة

¹ م. 20 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، وم. 25 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمنان قانون الصفقات العمومية السابق والحالي.

أ. مدين أمال

المصلحة المتعاقدة وأحوالها المالية، أو طبيعة موضوع الصفقة أو السلعة أو الخدمة المراد اقتناؤها وغيرها من الظروف والأحوال¹.

وعلى الرغم من كون التراضي هو الاستثناء إلا أن الواقع أثبت في كل من فرنسا وبعض الدول العربية أن الإدارة كانت تتوسع في استعمال الاستثناء بدل القاعدة حتى أن الإحصاءات الحديثة تشير إلى أن أكثر من نصف الصفقات تبرم في فرنسا على أساس الاتفاق المباشر² مما أدى للخروج عن المعادلة التي تربط القاعدة بالاستثناء بشكل يقلبها كلياً ليصبح الاتفاق بالتراضي هو القاعدة والمناقصة هي الاستثناء مع ما تتطوي عليه هذه الممارسة من مخاطر تعود على خزينة الدولة والمال العام بأفدح الأضرار³. إلا أنه من بين المبادئ المستقرة فقها وقضاء في القانون الإداري ضرورة تسبب الإدارة لقراراتها متى لجأت إلى تطبيق الاستثناء بدل القاعدة، وعليه فالمنطق القانوني السليم يفرض ضرورة تبرير الإدارة لاختيارها طريق التراضي بدل المناقصة، لكن المشرع قد توسع أكثر في تطبيق هذا المبدأ حيث ألزم الإدارة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة مهما كانت الصيغة المتبعة في التعاقد⁴، وهو ما يمثل ضماناً للحد من سلطة الإدارة في اختيار التعاقد بالتراضي وقيداً عليها.

ب.- ضرورة تحقيق المصلحة العامة والخاصة

إن المصلحة العامة هي الهدف المباشر وغير المباشر لكل الأعمال الإدارية المادية والقانونية المنفردة والرضائية، وإلى جانبها يمكن أن توجد مصالح أو أهداف خاصة لا بد أن تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال تصرفاتها بما فيها الصفقات العمومية التي يجب أن

¹ خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 163.

² مهند مختار نوح، مرجع سابق، ص. 771.

³ عبد اللطيف قطيس، مرجع سابق، ص. 198.

⁴ م. 42 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم المتضمن قانون الصفقات العمومية.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

تسعى المصلحة المتعاقدة من خلالها إلى الإشباع الأمثل لاحتياجاتها بأفضل الأثمان وأعلى معايير الجودة والنوعية، ولأن اختيار صيغة التعاقد يدخل ضمن اختصاصات الإدارة المتعاقدة دون غيرها فإن المشرع قد قيد هذه الصلاحية بضرورة البحث عن الشروط الأكثر ملاءمة لتحقيق الأهداف المسطرة الملقة على عاتق المصلحة المتعاقدة في إطار مهامها بصريح نص المادة 41 من قانون الصفقات العمومية ويؤكد هذا الطرح ما ذهب إليه المشرع في معرض نصه على تأهيل المرشحين من ضرورة تخصيص الصفقة للمؤسسة التي يعتقد أنها قادرة على تنفيذها مهما كانت كيفية الإبرام المقررة وكذا إلزامه المصلحة المتعاقدة بالتأكد من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية والمالية والتجارية بموجب المادتين 35 و36 من قانون الصفقات العمومية¹، وكذا ما نصت عليه المادة 44 من ضرورة سهر الإدارة على أن يكون العرض المختار مستجيباً لمتطلبات النوعية والآجال والسعر.

ت.- تحديد حالات اللجوء إلى التراضي

نصت الفقرة الثانية من المادة 27 من قانون الصفقات العمومية على: "التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 43" وهو ما أكدته هذه الأخيرة بالنص: "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..." وهو ما يدل على أن حالات التراضي البسيط هي واردة على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها وهذه الحالات هي:

- حالة البدء في التنفيذ بسبب خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي.

- ضرورة تنفيذ خدمات بصفة استعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات الصفقات.

¹ خرشي النوي، مرجع سابق، ص. 164.

أ. مدين أمال

- حالة احتكار الخدمة من طرف متعامل واحد.

- حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات.

- حالة التموين المستعجل المخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية.

- الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية.

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج.

وقد قيد المشرع كل الحالات الاستعجال بعدم إمكانية توقع الظروف الاستعجالية من طرف المصلحة المتعاقدة وأن لا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها، لضمان جدية هذه الظروف.

أما التراضي بعد الاستشارة فقد حددت حالاته بموجب المادة 44 من قانون الصفقات العمومية ويمكن إجمالها في:

- عندما تكون الدعوة للمنافسة غير مجدية بسبب استلام أو تأهيل عرض واحد أو عدم استلام أو تأهيل أي عرض.

- صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

-صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.

-صفقات الدراسات واللوازم والخدمات التي كانت محل منح ثم تم فسخها وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال مناقصة جديدة.

-حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، عندما تنص هذه الاتفاقات على ذلك.

الملاحظ أن الحالات المذكورة لا يمكن تقديرها موضوعيا وتجريديا وبالتالي للإدارة السلطة الواسعة في تقدير عناصر استخدام هذه الصيغة، فبعض شروط الاستخدام تبدو مشددة إلا أن البعض الآخر هي مرنة بدرجة تسمح للإدارة بإعطائها تفسيراً موسعاً يسمح لها بالتوسع في استخدام طريقة التراضي¹، رغم أن الواقع أن معظم هذه الشروط قليلاً ما تتحقق إذا عملت الإدارة بأبسط مبادئ التنبؤ والاحتياط والبرمجة المبنية على دقة الجرد وحسن تسيير المخزون وقامت بأدنى أعمال مراقبة وفحص المنشآت والمخزونات وحسن تسييرها².

ث. - القيود الإجرائية والشكلية للتعاقد بالتراضي

بالرغم من أن إجراء التراضي يفترض فيه أن يعفي الإدارة من الأشكال والإجراءات المعقدة لإبرام الصفقات إلا أن هذا ليس مطلقاً ولا كلياً، فقد أخضع اللجوء إلى التراضي البسيط في تنفيذ الخدمات الاستعجالية للموافقة المسبقة في اجتماع الحكومة، كما فرض ضرورة أن تكون الخدمات موضوع التراضي البسيط بسبب عدم إمكانية تنفيذ الصفقة إلا من طرف متعامل واحد نتيجة لاعتبارات فنية أو ثقافية واردة ضمن القائمة التي يتم تحديدها

¹قدوج حمامة، مرجع سابق، ص.55.

² خرشي النوي، مرجع سابق، ص.169.

أ. مدين أمال

بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وكذلك الحال بالنسبة للصفقات مع المؤسسات العمومية التي تملك حقا حصريا للقيام بالخدمة العمومية والتي يجب أن تكون واردة ضمن القائمة التي تحدد بقرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني. وأخضع الصفقات المتعلقة بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية وكذا تلك المتعلقة بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج إلى الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء متى كانت قيمتها تساوي أو تفوق عشرة ملايين دينار وللموافقة المسبقة في مجلس الحكومة متى كانت قيمتها أقل من ذلك.

أما فيما يتعلق بحالات التراضي بعد الاستشارة فقد أكد القانون على شرط الكتابة في الاستشارة وإضافة لذلك اشترط في حالة عدم الجدوى أن تتم الاستشارة بنفس عناصر دفتر الشروط المعد بصدد المناقصة، كما أوجب استشارة ثلاثة متعاملين مؤهلين على الأقل فضلا عن استشارة جميع المتعهدين الذين قدموا عروضاً في ظل المناقصة التي أعلن عن عدم جدواها.

وفرض القانون أيضا أن تكون الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي تستلزم طبيعتها اللجوء على المناقصة وكذا الأشغال التابعة للمؤسسات الوطنية السيادية محل تحديد في قائمة توضع بموجب قرار مشترك بين مسؤول المؤسسة الوطنية ذات السيادة أو الوزير المعني والوزير المكلف بالمالية. كما اشترط أن يكون لجوء الإدارة المتعاقدة إلى كل حالات التراضي بعد الاستشارة باستثناء حالة عدم الجدوى على أساس دفتر شروط يخضع قبل الشروع في الاستشارة لتأشير لجنة الصفقات المختصة¹.

ثانيا. - الرقابة القضائية قيد على حرية الإدارة في التعاقد بالتراضي

¹ خريشي النوي، مرجع سابق، ص. 174.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

تشمل الرقابة في هذا الإطار التأكد من أن لجوء الإدارة إلى التعاقد بالتراضي كان بقرار مسبب في الحالات وضمن الحدود ووفق الأشكال والإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، وكذا التحقق من أن التراضي يحقق الأهداف المسطرة من الإدارة المتعاقدة، والبحث ما إذا كانت الإدارة قد تأكدت من قدرة المتعامل المتعاقد على تنفيذ الصفقة على أكمل وجه بما يحقق المصلحة العامة والأهداف الخاصة.

وفي صدد رقابتها على هذه النقطة قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد قراراتها: "أولا الأصل في التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر هو حرية الإدارة في اختيار من يتعاقد معها وإن كانت هذه الحرية لا ينفني معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين.

وقد التقى الفقه والقضاء الإداري على أنه مهما بلغت دقة النظام المقرر لإحدى طرق التعاقد فإنه ليس ثمة أسلوب واحد تلتزم به جهة الإدارة لاختيار متعاقد معين وعلى هذا الأساس تتميز طرق التعاقد عن طريق الممارسة عن طريق التعاقد عن طريق المناقصات العامة. وإذ أنه من المسلم في مجال التفسير أن نصوص التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ بل يتعين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بعضها بعضا على النحو الذي يحقق أعمال جميع النصوص لا إهمال البعض منها".

وعليه، فإن إخضاع طريق الممارسة والتعاقد بالاتفاق المباشر لبعض الاشتراطات العامة المتعلقة بالمناقصات ليس الغرض منه تحويل الممارسة أو الاتفاق المباشر إلى مناقصة وإنما الهدف هو اتباع هذه الاشتراطات ضمانا لجدية العطاءات وتنفيذا للعقد على أحسن وجه بما لا يتعارض مع حرية الإدارة في اختيار المتعاقد التي تتمتع بها في هذه الطرق¹.

¹ محمد بن سعيد بن حمد المعمري، مرجع سابق، ص 206 وما بعدها.

أ. مدين أمال

في إطار تعليقهم على هذا القرار ذهب بعض الفقه إلى القول أنه طالما أن المشرع أخضع عقودا بعينها لتنظيمات خاصة فإن الإدارة تكون حرة في اختيار طريقة التعاقد فيما عداها وبالتالي فإن هذه التنظيمات تلزم الإدارة في مجال تطبيقها فحسب أما خارجه فتسترد الإدارة حريتها كاملة، لكن هذه الحرية تخضع لقيدين كبيرين:

الأول هو قيد عام ملزم للإدارة في كافة تصرفاتها وهو عدم تعسف الإدارة وانحرافها لأن سلطات الإدارة التقديرية ليست لا تحكمية ولا تعسفية وبالتالي فإن للإدارة اختيار المتعاقد معها في حدود الصالح العام وهي في ذلك تخضع للرقابة الإدارية والقضائية.

والثاني هو الرقابة الذاتية التي تفرضها الإدارة مختارة على نفسها، ذلك أن عدم تنظيم طريقة معينة للتعاقد بالنسبة لجميع العقود لا يمنع الإدارة من أن تلجأ مختارة إلى الطرق التي نظمها المشرع مثل المناقصة أو المزايدة لتضمن الوصول إلى أفضل الشروط المالية أو الفنية، وهذا معناه أن الإدارة تلتزم باحترام الإجراءات المحددة للطريقة التي تتبعها مع بقاء حريتها النهائية في اختيار المتعاقد من بين الذين تسفر عنهم المناقصة أو المزايدة، فالإدارة تكون مقيدة في الإجراءات وحررة في الاختيار¹.

خاتمة:

إذن إن أهمية الصفقات العمومية وحجم النفقات العامة المخصصة لها برر ولا شك البحث في مدى حرية الإدارة في اللجوء التعاقد بالتراضي بدل المناقصة على الرغم من أنه يهدر كل الضمانات التي حرص المشرع على وضعها لضمان حماية المال العام لأنه في الواقع بخصوصيته يكون الوسيلة الوحيدة لتحقيق المصلحة العامة في بعض الأحيان، والنتيجة

¹ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص.313 وما بعدها.

مدى حرية الإدارة في اللجوء إلى التعاقد بالتراضي

التي يمكن الخلوص إليها أنه لا بد من الإبقاء على التراضي كطريق استثنائي لإبرام الصفقات العمومية في حالات محددة حصرا وبإجراءات تضمن جدية المصلحة المتعاقدة وعدم حيادها عن هدفها الأسمى وهو المصلحة العامة، وإخضاع الصفقات المبرمة وفقا لهذه الصيغة لرقابة إدارية قانونية ومالية لاحقة صارمة، والاعتراف للقاضي الإداري بسلطات واسعة تخوله فرض رقابته الموضوعية والحيادية على هذه الصفقات باعتباره الحامي الأخير للمال العام بعد استنفاد كل وسائل الحماية الأخرى.