

جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التخصص : قانون عام للأعمال
إعداد: بوشريط شفيقة وفاء-عبادي لامية
العنوان:

التراضي في الصفقات العمومية في ظل
المرسوم الرئاسي 247/15

لجنة المناقشة

الأستاذ: سويقات أحمد.....رئيسا

الأستاذ: بوطيب بالناصر.....مشرفا ومقررا

الأستاذ: زكريا قشار.....مناقش

الموسم الجامعي : 2018/2017



شكر وتقدير

كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء فإن لم

تستطع فلا تبغضهم "

بعد الرحلة و بحمد و اجتهاد تكللته بإنجاز هذا البحث ، نحمد الله عز وجل على
الذمة

التي أنعمنا بها علينا فهو العليّ القدير ، كما لا يسعنا إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر
و التقدير الدكتور " بوطيب بوناصر " لما قدمه لنا من جهد و نصح و معرفة طيلة
إنجاز هذا البحث

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون لإنجاز هذا
البحث ، ونخص بالذكر أساتذتنا الكرام الذين أشرّفوا على تكوين الدفعة
القانون العام للأعمال و الأبحاث القائمين على عمادة وإدارة كلية الحقوق

بجامعة ورقلة كما لا ننسى أن نتقدم بأرقى وأتمن عبارات

الشكر و العرفان إلى القائمين على الجامعة ورقلة وعلى رأسهم

رئيس الجامعة ومهافظ المكتبة و الكل العاملين بها

الى الذين كانوا عوننا لنا في بحثنا هذا ونور يضيء الظلمة التي كانت تقف

أحيانا في طريقنا.

إلى من زرعوا التفاؤل في دربنا وقدموا لنا المساعدات و التسهيلات

و المعلومات، فلمن منا كل الشكر والتقدير.

إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات
إلا بشكرك.. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برويتك
" الله جلا جلاله "

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة. إلى نبي الرحمة ونور العالمين
" سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم "

إلى من كلفه الله بالصيبة والوفاء .. إلى من علمني عطاء بدون انتظار إلى من
أحمل اسمه بكل افتخار أرجو من الله أن يمدني في عمرك لتري ثمارا قد حان
قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أمتدي بها اليوم وفي الغد
وإلى الأبد ..

والدي العزيز

إلى ملائكتي في الحياة .. إلى معني الحب وإلى معني الحنان وتفاني .. إلى
بسمه الحياة و سر الوجود إلى من كان دعائهما سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي
إلى أختي الحبايب

أمي الحبيبة

إلى إخوتي وأخواتي ، إلى من تعلموا إخاء وتميزوا بالوفاء و العطاء إلى يذابح
الصدق الصافي إلى من معهم سعدي ، وبرفتهم في دروب الحياة الحلوة و
الحزينة سرهم إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير إلى من عرض
حبهم أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم أصدقائي

إلى زوجي ورفيق دربي في هذه الحياة ، إلى من أرى التفاؤل بعينه ومساعدة
في ضمته .. في نهاية مشوارتي أريد أن أشكرك على موافقتك النبيلة إلى من
تطلعته لنجاحي بنضرات الأمل زوجي العزيز محمد قمر الزمان

وفاء

إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات
إلا بشكرك.. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا تطيب الجنة إلا برويتك
" الله جلا جلاله "

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة..إلى نبي الرحمة ونور العالمين
"سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم"

إلى من كلفه الله بالمهابة والوقار ..إلى من علمني عطاء بدون إنتظار إلى
من أحمل اسمه بكل افتخار أرجو من الله ان يمدا في عمرك لتري ثمارا قد حان
قطافها بعد طول إنتظار وستبقى كليماتك نجوم أميدي بها اليوم وفي الغد
وإلى الأبد ..

والدي العزيز

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معني الحب وإلى معني الحنان وتفاني ..إلى
بسمة الحياة و سر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي
إلى أختي الحبايب
أمي الحبيبة

إلى إخوتي و أخواتي ، إلى من تملوا بإخاء وتميزوا بالوفاء و العطاء إلى يذابح
الصدق الصافي إلى من معهم سعدي ، وبرفتهم في دروب الحياة الحلوة و
الحزينة سررت إلى من كانوا معي على طريق النجاح و الخير الى من عرضت
حينئذ أجدهم و علموني أن لا أضيعهم أصدقائي

إلى زوجي ورفيق دربي في هذه الحياة ، إلى من أرى التفاؤل بعينه وسعادة
في ضمته.. في نهاية مشوارتي أريد أن أشكرك على موافقتك النبيلة إلى من
تطلعته لنجاحي بنضراته الأمل زوجي العزيز عبادي بو بكر.

مقدمة

مقدمة:

تعتبر الصفقات العمومية الأداة الفاعلة، والتي يمكن من خلالها تسيير الأموال العامة بشكل أمثل من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية، وهذا من خلال البرامج التنموية للدولة. لذا فهي تخضع بذلك إلى نظام قانوني متميزا يختلف عما هو مألوف في روابط القانون الخاص. حين تتسم طرق إبرامها بصفة خاصة وبإجراءات في غاية من التعقيد، حيث يأتي طلب العروض كقاعدة أصلية في إبرام الصفقات العمومية، بينما أسلوب التراضي يراد به إجراء إستثنائي يستطاع اللجوء إليه من خلال حالات معينة و محددة في القانون.

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة للصفقات العمومية، الذي يعد عقد ذو طابع خاص ومتميز بنظامه القانوني، نظرا لخضوعه لطرق خاصة عند إبرامه وتنفيذه، ولرقابة متنوعة ترشيدا للنفقات العامة وحماية للمال العام. وتعد الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات، ولأهميته الكبيرة حضي عقد الصفقات العمومية باهتمام المشرع الجزائري منذ الاستقلال، بدءا بإصداره أول نص قانوني ينظم الصفقات العمومية ويتعلق الأمر بالقرار الوزاري المؤرخ في 1964.11.21 والمتعلق بدفاتر الشروط الإدارية العامة التي تصدرها وزارة تشييد البناء والأشغال العمومية والري والذي مازال ساري المفعول إلى يومنا هذا، ثم صدر أول قانون للصفقات العمومية بموجب الأمر 90/67 المؤرخ في 17 جوان 1967، الذي جاء تماشيا مع النظام الاشتراكي الذي إنتهجه الجزائر بعد استقلال، ثم تلاه صدور المرسوم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الذي تميز بأنه ترك للمصالح المتعاقدة الحرية المطلقة في اختيار طريقة إبرام الصفقات العمومية، إما بالتراضي أو بالمناقصة. أما بعد تغير الوجهة الإقتصادية والسياسية للدولة في مطلع التسعينات بتخليها عن نظام الإقتصاد الموجه وتبنيها لنظام إقتصاد السوق إستلزم الأمر إعادة النظر في نظام الصفقات العمومية فصدر المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 والمتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، ونظرا لهذه النقائص التي كانت تشوب هذا المرسوم بعد أكثر من عشر 10 سنوات من العمل به من جهة، وتماشيا مع تطور المرحلة الإقتصادية الجديدة القائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الإقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الإقتصاد الوطني من جهة أخرى.

بعد ذلك صدر بعدها المرسوم الرئاسي 250/02 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وجاء تكريس مبدأ المساواة والشفافية في إبرام الصفقات العمومية إذ يحتوي على 153 مادة تشتمل على مجمل الإجراءات الواجب إتباعها في إبرام وتنفيذ الصفقة العمومية، وصولا للمرسوم رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل

والمتمم، والذي أُلغي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كان آخر المراسيم، و قد جاء في إطار الإصلاحات التي إنتهجتها الدولة لحماية المال العام و عقلنة التصرف فيه.

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة نظرا لأهميتها البالغة، فهي الشريان الذي يدعم عملية التنمية المحلية والتطور الإقتصادي الوطني وكذلك نظرا للمبالغ الطائلة المسخرة لتنفيذها أولى لها المشرع إهتماما خاصا بمجموعة من المنظومة القانونية التي يتم تحيينها وفقا للتطورات الإقتصادية. تبرم وفق طريقة طلب العروض كأصل في إبرام الصفقات العمومية أو التراضي كإستثناء.

عرف طلب العروض على أنه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إستنادا إلى معايير إختيار موضوعية، تعد قبل إنطلاق الإجراء، فالمشرع قام بإستبدال المناقصة المذكورة في المادة 26 من المرسوم الرئاسي 236/10 بعبارة طلب العروض حيث إعتد على عبارة طلب العروض في المرسوم 247/15 لإبرام الصفقات العمومية سوف نتعرض إلى إجراءات طلب العروض إن الصفقة العمومية في الجزائر تمر بمرحلة طويلة إلى غاية تجسيدها ودخولها حيز التنفيذ وهذا طبقا لتنظيم الصفقات العمومية، بحيث يجب على المصلحة المتعاقدة إتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية المعقدة.

فالمشرع الجزائري حرص في هذا المرسوم ومن خلال مواده أن يدفع المصلحة المتعاقدة إلى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال للمال العام، وكذلك يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات وهي مبادئ تم ذكرها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15.

بالرجوع إلى ما سبق ذكره سالفنا حول إجراءات التراضي على أنه يمنح الحرية للإدارة في إختيار المتعاقد معها، ويتسم بإجراءات بسيطة. هذا لا يعفي المصلحة المتعاقدة من إتباع نظام قانوني في حال لجوءها لهذا الإجراء. فاسلوب التراضي يجعل الإدارة مبدئيا في وضع مريح، ويوفر عليها الجهد والوقت فإبرام عقودها وإنجاز مشاريعها لذلك أعتبر إستثناء عن طلب العروض الذي إعتبره المشرع الأصل فإبرام الصفقات، والقاعدة أن الإستثناء يجب أن يقدر بقدره ، فلا يجوز القياس عليه ولا التوسع في تفسيره كما يجب أن يكون هناك المبرر الكافي للجوء إليه، وهو

ما سنحاول التعرض له في هذا البحث من خلال دراسة مفهوم التراضي بنوعيه ودراسة حالات اللجوء إليه .
لدراسة كل موضوع معين بذاته لا بد من وجود أسباب لإختيار الموضوع، و منها :

أولاً: الأسباب الذاتية

*التخصص الدراسي الجامعي في مجال قانون الأعمال

*يعتبر الدافع الشخصي سبب من أسباب إختياري لهذا الموضوع أنه موضوع عملي تطبيقي أكثر من نظري، بحيث فيه نوع من الحيوية و التشويق أين يستطيع الباحث في مجال الصفقات العمومية الإلمام بموضوع الصفقات العمومية ووضع لمستته الشخصية.

ثانياً: الأسباب الموضوعية

*أهمية الصفقات العمومية:

*محاولة الضبط الدقيق التي يتم فيها إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي، والحالات التي تستدعي اللجوء إليها، التعرف على طبيعة السلطة التي تمتع بها المصلحة المتعاقدة أثناء الإبرام فيما إذا كانت مطلقة أو مقيدة.

*ندرة الدراسات السابقة و المتخصصة في موضوع التعاقد وفق آلية التراضي في الصفقات العمومية الإستثنائية

كما أن أهمية الموضوع تكمن في إعتبار الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أهم أنواع العقود الإدارية لا سيما عملية إبرامهما التي أولها المشرع أهمية كبيرة، وهذا من أجل ضمان سيرورة مرافق الدولة بانتظام واضطراد والحفاظ على المال العام، والحيلولة دون حدوث إتفاقات غير مشروعة بين المتعاقدين أنفسهم من جهة وبين المترشحين والإدارة معهم من جهة أخرى.

الهدف من دراسة هذا الموضوع هو الإلمام بالنظام القانوني للصفقات العمومية على ضوء المرسوم الرئاسي 247/15 ، وذلك بتحديد أهم المستجدات التي جاء بها المرسوم فيما يخص التراضي في إبرام الصفقات العمومية و حالاته ، كما تهدف هذه الدراسة إلى شرح بعض النصوص القانونية وذلك بالرجوع إلى الدراسات و المؤلفات المرتبطة بالموضوع محل الدراسة، كما تهدف إلى إثراء المكتبة القانونية في مجال الصفقات العمومية نظرا لنقص البحوث التي تعني بشرح موضوع طرق إبرام الصفقات العمومية بوجه خاص

إن طبيعة موضوع البحث تقتضي استخدام مناهج معينة وهذا حسب أهمية الإستخدام، فالمنهج الغالب هو المنهج التحليلي نظر للموضوع الذي يتناول شرح مضمون المرسوم الرئاسي 247/15 من خلال التوقف في الأحكام التي أتى بها وكذا إعتداد منهج المقارنة من خلال تبيان نقاط التحول والأحكام الجديدة في مجال الصفقات العمومية ومقارنته بالتنظيمات السابقة المنظمة للصفقات العمومية. وعليه نطرح الإشكال التالي:

ما هي الطبيعة القانونية للتراضي في الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247/15؟

مما لاشك فيه خلو أي موضوع بحث من الصعوبات والمشاكل التي تعترض طريق إعدادده. وبالخوض في غمار البحث في هذا الموضوع فقد إعتزتنا مجموعة من العوائق جعلت موضوع البحث يتسم بنوع من الصعوبة ويمكن إجمال هذه العوائق في النقاط الآتية:

— بما أن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 247/15 والتعديلات التي جاء بها في هذا المجال موضوع جديد نسبيا فقد أدى إلى قلة المراجع المتخصصة.

— أن المراجع التي كانت بحوزتنا والمتعلقة بميدان الصفقات العمومية كلها تقريبا تعرضت للمفاهيم العامة للصفقة وفق مراسيم ملغاة. غير أنه و محاولة منا للإجابة على إشكالية الموضوع ومن أجل بلوغ الهدف من الدراسة تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى : التراضي البسيط في الصفقات العمومية ،نعالج فيه مفهوم التراضي البسيط، أما المبحث الثاني تناولنا فيه حالات التراضي البسيط ،و التراضي بعد الاستشارة في الفصل الثاني فتطرقنا من خلاله إلى مفهوم التراضي بعد الإستشارة ، و بعدها تطرقنا إلى دراسة حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة.

الفصل الأول

التراضي البسيط

إبرام الصفقات العمومية تفرض الإستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول السير الجيد للأموال العمومية والحفاظ على مصالح الطرفين وتحقيق المساواة بضمان وإتاحة المنافسة على مستوى واسع من أجل الحصول على الصفقة، وعليه فإن موضوع إجراءات ، و طرق الإبرام تستمد أهميتها من المكانة التي تحتلها الصفقات العمومية في إجراءات يفرضها المشرع من أجل تقييد سلطة المصلحة المتعاقدة في إختيار المتعامل المتعاقد معها، من خلال إعتماها لمعايير معينة تحدد مسبقا في دفتر الشروط الصفقة. وتلعب آلية الإبرام دورا هاما في ترشيد النفقات العامة بحيث يتم الإعتماد على المعيار المالي للصفقات ذات الطابع التكراري لذا نجدها مرحلة حاسمة لا بد من خضوعها لآلية إبرام معينة سواء تمت بإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في المناقصة المسماة بطلب العروض في ظل المرسوم الرئاسي الجديد رقم 247/15 بتغييره للتسمية والإجراءات في أشكاله أو تمت وفق إجراءات بسيطة ومباشرة كما هو الحال في أسلوب التراضي والذي إستبقى عليه المشرع من حيث التسمية كما كان الأمر موجود في المراسيم السابقة وبتعديله لإجراءات أشكاله، ومرحلة الإبرام الصفقة مقترنة بمجموعة من إجراءات ومعايير يستوجب على المصالح المتعاقدة إتباعها لحسن إختيار المتعاقد معه بتكريس المبادئ المقررة لقانون الصفقات العمومية.

لقد جعل المشرع التراضي طريقا إستثنائيا عند إبرام الصفقة العمومية، و عرفه بأنه الاجراء الذي تخصص بموجبه الصفقة لمتعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، لأن إجراء طلب العروض يقيد بمقتضاه جهة الإدارة بجملة من الإجراءات تؤدي في مجملها لتقييد حرية المصالح المتعاقدة ، لأسباب موضوعية يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية وإبعادها على المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض على آخر وكذلك إضفاء مبدأ العلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية. كما أنه يمر عن طريق إجراءات معقدة و طويلة المدى ، مما يجعل الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف. كما أن بعض الحالات لا تستدعي كل الإجراءات، لهذا تم الترخيص للإدارة إمكانية التعاقد بأسلوب التراضي.

غير أنه ولأسباب موضوعية يتعين الإعتراف لجهة الإدارة بإختيار المتعاقد معها في ظروف وحالات محددة ومبينة في النص دون الحاجة لإجراءات الإشهار والنشر ودون أدنى داع الإعلام الغير وهو ما يطلق عليه تسمية التراضي في إبرام الصفقات العمومية، الذي زاد مجال التعاقد عن طريقه في فرنسا في السنوات الأخيرة حيث صرح رئيس مجلس المنافسة الفرنسي أن حجم الصفقات العمومية التي تم إبرامها بطريق التراضي سنة 2003 وصل إلى ثلاثون في المائة.

إذا كان مفهوم التراضي وجب أن يتحقق دائما في كافة العقود، غير أنه في الصفقة يفقدها لأهم المبادئ التي تبني عليها الصفقات، و هو مبدأ الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات أو حتى مبدأ المساواة بين المتنافسين وذلك من خلال تفضيل البعض بغية حصولهم على أحسن العروض. ناهيك عن إنتفاء الشروط الضرورية للحصول على الصفقة دون المرور بالإجراءات التي سبق وأن حددها المشرع. كل هذا يدفعنا إلى التساؤل حول ماهية أسلوب التراضي كإجراء إستثنائي لإبرام الصفقات العمومية؟

وماهي أهم حالات اللجوء إليه؟ للإجابة على هذه التساؤلات، قسمنا دراستنا في هذا الفصل، حيث سنتعرض بالتفصيل في المبحث الأول: إلى (مفهوم التراضي بصفة عامة، و تعريف البسيط و حالات اللجوء إليه) أما في الفصل الثاني نتطرق إلى (مفهوم التراضي بعد الإستشارة وحالات اللجوء إليه).

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتراضي

التراضي هو ذلك الإجراء الذي يهدف لتخصيص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية و الموضوعية⁽¹⁾، وهو نفس الشيء الذي يهدف إليه المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 مؤكدا بصفة صريحة أن التراضي إجراء إستثنائي وليس أصل عام وذلك في نص المادة 39 من هذا المرسوم بقوله " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي. و يسمى أسلوب التراضي حسب المشرع المصري هو (الاتفاق المباشر) أي أسلوب تقوم الإدارة بالتعاقد مباشرة مع شخص معين أو شركة معينة بغير مرور بمثل إجراءات إختيار المتعاقد معها بطريقي المناقصة و الممارسة، متمتعة في ذلك إذن بجزية كبيرة في إختيار المتعاقدين معها لا يقيدتها في ذلك سوى إعتبرات الصالح العام.⁽²⁾ و بذلك يعتبر أكثر مرونة لأنه يترك للإدارة حرية أكبر في إختيار الشخص الذي تتعاقد معه .

كان يطلق عليه مصطلح الممارسة، ويقصد بالممارسة: أن تلجأ الإدارة إلى طريق آخر في إبرام عقودها هو طريق الممارسة³، ويتميز هذا الأسلوب بإختصار الإجراءات الطويلة التي تستغرقها غالبا المناقصة.⁽⁴⁾ كما يطلق على التراضي في التشريع اللبناني الإتفاق المباشر، فالإتفاق المباشر يفيد تبادل الإيجاب والقبول بين السلطة المختصة والشخص المتعاقد دون المرور بالإجراءات التي يقرها القانون بالنسبة للطرق الأخرى، ونصت المادة 07 من قانون المناقصات والمزايدات في مصر لسنة 1998 على أنه: " يجوز في الحالات العاجلة التي لا تتحمل إتباع إجراءات المناقصة، أن يتم التعاقد عن طريق (الاتفاق المباشر)⁽⁵⁾

أما في فرنسا فقد ظل مصطلح التراضي «gré a gré» متداولاً إلى غاية صدور المرسوم 1976/01/21 بحيث تم إستبداله بمصطلح «les marche négocie» أي التعاقد بناء على التفاوض⁽⁶⁾، ففي هذه الحالة الإدارة مثل فرد عادي تناقش (تفاوض) بكل حرية وتختار من تريد. وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التراضي

(1) لعلى وهيبة : التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 7.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط : العقد الإداري (مقومات، الإجراءات ، الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 206-207.

(3) جابر جاد نصار: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 22 شارع عبد القادر، ص 213.

(4) مازن ليلو راضي: العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 77.

(5) ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 108.

(6) -DVILLER Jacqueline Morand, Cours de droit administratif, 6ème édition, Montchrestien, Paris, 1999, p. 407

كمصطلح قانوني وذلك عبر مختلف القوانين وعليه سوف نتطرق إلى تعريف التراضي في (المطلب الأول) ثم إلى الحالات الخاصة بالتراضي كقاعدة إستثنائية (المطلب الثاني) حالات اللجوء إلى التراضي البسيط.

المطلب الأول: تعريف التراضي في ظل القانون الجزائري

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 بحيث لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا، و قد عرف قانون الصفقات العمومية سلسلة متتالية من التعديلات على مدار عدة سنوات وذلك حرصا من المشرع لإضفاء بعض المرونة عليه وإكسابه شفافية أكبر من جهة، وحماية المال العام من كل تلاعب وتحايل من جهة أخرى، فتنوعت القوانين المنظمة لتنظيم الصفقات العمومية وكيفية إبرامها، وخاصة أسلوب التراضي⁽¹⁾ حيث عرف المشرع الجزائري التراضي في عدة تعاريف سنتعرض إلى تعريفه (التراضي) من خلال مسار تنظيم الصفقات العمومية منذ الإستقلال إلى يومنا هذا.

أولا: تعريف التراضي حسب ما جاء في ظل أمر 90/67

يعتبر الأمر 90/67 أول تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الإستقلال، لقد أورد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 60 من نفس الأمر في فقرتها الأولى تعريفا لأسلوب التراضي على أنه: " تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنحهم الصفقة لمن تختاره منهم."⁽²⁾

وبإستقراءنا لما ورد في نص هذه المادة، نجد أن المشرع الجزائري قد منح قدرا من الحرية للإدارة عند تبنيها لإختيار أسلوب التراضي وذلك من أجل إختيار الطرف المتعاقد معها ودليل ذلك وجود عبارة ".... بحرية.... لمن تختاره منهم"، وهذا بناء على المفاوضات التي تتم بينها وعدد من المقاولين أو الموردين، إثنين فأكثر من المتنافسين من أجل تخصيص الصفقة لمن يعرض بينهم أفضل الشروط التي تطلبها الإدارة تحقيقا للأهداف المسطرة لإنجاز مشروع ما، رغم ذلك فإن هذا التعريف كان عرضة للنقد من جانب بعض الباحثين خاصة في صياغة عبارة "تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المتعاملين و الموردين..." والتي تفيد لأول وهلة أن التنافس يكون بين الإدارة والمقاولين أو

(1) ملوك نسيم، وازيدان حسين: إجراءات إبرام الصفقات العمومية ضمانا للشفافية أم حواجز تقييدية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون الأعمال، بجاية، 2016/2015، ص54.

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

الموردين، في حين أن التنافس يقع بين المرشحين الذين تقرر التشاور معهم كأطراف متعاقدة مع الإدارة التي تختار في الأخير واحد منهم للتعاقد معه⁽¹⁾. كما أن الفقرة 02 من نفس المادة تقول "تنظم المنافسة - إذا أمكنت - بجميع الوسائل الخاصة بها" تبين أن اللجوء للمنافسة غير إلزامي، أي أن إقامة التنافس يخضع للسلطة التقديرية للإدارة، حيث يجوز لها عدم إقامته، وعليه يكون قد خالف الفقرة الأولى من نفس المادة التي جعلت من المنافسة مبدأ في إجراء التراضي، وهذا يعكس عدم تمكن المشرع من وضع تعريف دقيق لإجراء التراضي، وكأن لإجراء التراضي شكلين: إجراء التراضي باللجوء للمنافسة، وإجراء التراضي دون إقامة المنافسة.

فبالنسبة للشكل الأول، تنظم المنافسة عن طريق الإستشارة التي تعتبر شكلا من أشكال المنافسة، لكن هذه الإستشارة تكون سطحية أو مختصرة ولا تحتوي إلا على الحد الأدنى من الشكلية، أما الشكل الثاني، فإن غياب المنافسة مبرر بعدة إعتبارات تلمسها من خلال بعض حالات اللجوء لإجراء التراضي، السرية، الإستعجال، أهمية الطرف المتعاقد... وبالتالي يمكن أن نتصور بكل سهولة الخطورة التي تترتب عن هذا الإجراء، وتنفهم ضرورة تحديد حالات اللجوء إليه⁽²⁾.

ما يجدر الإشارة إليه هو أنه ليس كل المترشحين معينين بالمشاركة في عملية التشاور، فالمادة 60 من القانون 90/67 تنص على أن الإدارة العمومية لها الإستقلالية التامة والحرية المطلقة في التشاور مع المقاولين أو الموردين الذين تراهم مناسبين ويمكن لها أن تمنح الصفقة لمن تراه مناسبا أكثر.

وأشار هذا القانون إلى أن البلدية تخضع إلى نصوص هذا القانون فيما يخص تطبيق كيفية التراضي وذلك في المادة 60 الفقرة 03 والتي تقضي على ما يلي: "علاوة على الحالات المنصوص عليها في المادة 192 من الأمر 24/67 المؤرخ في 08 جانفي 1967 والمتضمن القانون البلدي فإنه يجوز للهيئات المشار إليها في المادة 191 من الأمر المذكور، أن تتعاقد بالتراضي وضمن الشروط المحددة في هذا القسم."

وفي الأخير تجدر بنا الإشارة أن القانون 90/67 ينص على حتمية إبرام صفقة في حالة كل طلب أو عقد تبرمه الإدارة تساوي قيمته أو يزيد على (20.000.00 دج) عشرون ألف دينار جزائري دج ويعني هذا خضوعها لنصوص قانون الصفقات العمومية وعكس ذلك أن الأشغال بناء على مذكرات وشراء بناء على فواتير والتي لا يتجاوز قيمتها (20.000.00 د.ج) لا تخضع لنصوص هذا القانون، و لا تعتبر في أي حال من الأحوال

(1) سحنون سومية: إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، 2013، ص 27.

(2) بن شعبان عبد الرزاق: طرق إختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة. ص 70.

صفقات عمومية لأنها لا تخضع لشروط الإبرام أي القواعد التي تحدد كفاءات إبرام الصفقات العمومية. ويرى الأستاذ م. دراكو أنها عقود إدارية⁽¹⁾.

ثانيا: تعريف التراضي حسب ما جاء في المرسوم 145/82

تنص المادة 27⁽²⁾ من القانون رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر، عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982 (الملغي) التراضي هو: "إجراء يخص الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى للمنافسة، ولا تستبعد فيه الاستشارة"⁽³⁾

نجد أن المشرع الجزائري قد حافظ على تطبيق مبدأ المنافسة في أسلوب التراضي وإن كان لم يعلن على ذلك صراحة، أي بدون أن يتحقق الأمر بصفة شكلية أي لا يتبع فيه ذات الإجراءات والوسائل المقررة في طريقة المناقصة وإنما يتم الأمر وفقا لآليات أخرى كالرسائل المكتوبة التي تحقق الدعوة للتنافس بين المرشحين. وإن كان البعض يعاب على المشرع أنه قد جمع بين تقيضين في تعريفه للتراضي في هذا المرسوم مما وقع في خلط حيث إستعمل عبارة (عدم الدعوة الشكلية للتنافس) وفي نفس الوقت عبارة (عدم إستبعاد الاستشارة) أي أنه تم من خلال هاتين العبارتين الواردتين في نفس المادة إقصاء المنافسة من جهة، و عدم إستبعاد الإستشارة عن التراضي من جهة أخرى مع العلم أن الإستشارة تعد إجراء من إجراءات المنافسة⁽⁴⁾.

نفس الأمر ينطبق على نص المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم: 145/ 82 حيث عند إستقراءنا لهاته المادة نجد أن المشرع الجزائري قد ساوى في البداية بين طريقة الدعوة للمنافسة والتراضي، وهذا من خلال قوله بأنه: " يبرم المتعامل العمومي صفقاته تبعا للإجراء الخاص بالتراضي أو الإجراء الخاص بالمنافسة". ويمكن الدلالة على الأمر من خلال إستعمال المشرع أداة (أو) للفصل بين العبارتين أن المتعامل العمومي وفقا لهذا النص يتمتع بحرية كاملة في إختيار إحدى الطريقتين⁵.

(1) كاملي مختار: إبرام الصفقات العمومية و نظام مراقبتها في الجزائر، ملخص لمذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في علوم التسيير، فرع عقود و مالية، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، قسم علوم التسيير، 2009/2008، ص 57.

(2) أنظر المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 98/11، المؤرخ في 26 ربيع الأول 1432 الموافق 1 مارس 2011، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10/ 236، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 1 ربيع الثاني 1432 الموافق 6 مارس 2011.

(3) لعللي وهيبية : مرجع سابق، ص 12.

(4) قدوج حمامة : عملية إبرام العقود الإدارية في نطاق صفقات المتعامل العمومي في الجزائر، ط3، الجزائر، 2008، ص 76.

(5) جدي وفاء، ملخص جامعة سيدي بلعباس.

ثالثا: تعريف التراضي في المرسوم التنفيذي 434/91

لقد نص هذا المرسوم 434/91 على التراضي في المادة 22 منه، وعرفه في المادة 23 منه والتي تقضي بما يلي: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظيم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى..."⁽¹⁾.

ما يلاحظ على هذا القانون في نصوص الإبرام أنه قد ابتدأ كصفات الإبرام بالتراضي كما فعل قانون 145/82 مخالفا الأمر 90/67 الذي جعل التراضي كآخر كيفية لإبرام الصفقات العمومية.

وما يستخلص من تعريف المادة 23 أن المنافسة إلزامية في طريقة التراضي، فقط شكلية المنافسة المنصوص عليها في هذا القانون هي المستبعدة في هذه الكيفية، وتمثل شكلية المنافسة في إشهار الصفقة بالطرق المحددة قانونيا، كما تبين الفقرة الثانية من نفس المادة أن. التنظيم الجزائي قد قسم التراضي إلى شكلين "التراضي البسيط التراضي بعد الإستشارة.

كما نلاحظ أن تعريف المرسوم 145/82 قد تضمن عبارة عدم إستبعاد الإستشارة، غير أن المرسوم التنفيذي 434/91 نص على وجوب الإستشارة في مادة مستقلة منه هي المادة 39⁽²⁾.

رابعا: تعريف التراضي في المرسوم الرئاسي رقم 250/02 والمرسوم الرئاسي رقم 338/08

عرفت المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 التراضي بأنه⁽³⁾: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة..." .

المشرع في هذا التعريف كان أكثر توضيحا للتراضي و إجراءاته على إختلاف التعريفات السابقة، حيث كان أكثر تحكما و توضيحا لأشكال التراضي حيث أشار في المادة 39 منه على طرق التراضي وكيفية تنظيم الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة ، وهو ذات التعريف الوارد كما تقدم في المرسوم رقم 145/82 وفي المرسوم التنفيذي رقم 434/91، والشيء الجديد الذي حملته أحكام المرسوم الرئاسي 250/02⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 91 / 434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991 المتضمن قانونا لصفقات العمومية الجريدة الرسمية عدد 12 لسنة 1994.

⁽²⁾ تنص المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 91/434 المؤرخ في 09 / 11 / 1991 على ما يلي " : اللجوء إلى التراضي لا يعني المصلحة المتعاقدة من القيام بشكليات الاستشارة مقدما".

⁽³⁾ نفس المضمون تناولته المادة 22 من المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 / 10 / 2008، ج ر عدد 62، الصادرة في 2008.

⁽⁴⁾ المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 2002.

خامسا: تعريف التراضي في المرسوم الرئاسي رقم 236/10 :

عرفت المادة 27 من المرسوم الرئاسي 236/10⁽¹⁾ التراضي بقولها: "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة"⁽²⁾...".

وهو التعريف ذاته المتناول في المادة 22 من كل من المرسومين الرئاسيين رقم 250/02، و المرسوم رقم 338/08، كما نلاحظ أنه التعريف نفسه الذي تناولته المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم: 98/11⁽³⁾ المؤرخ في 01/03/2011، وبقي نفس التعريف في المرسوم الرئاسي رقم: 23/12 المؤرخ في 26/01/2012، وكذا المرسوم الرئاسي رقم: 03/13 المؤرخ في 13/01/2013.

سادسا: تعريف التراضي في المرسوم الرئاسي رقم 247/15

عرفت المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 التراضي بأنه: " التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة". و هو نفس الصياغة تقريبا في المرسوم 236/10 حيث إكتفى المشرع بتعريف التراضي في هذا المرسوم الجديد أنه إجراء يتضمن منح صفقة لمعامل متعاقد دون حاجة لإتباع الإجراءات الشكلية، و تحمل عنصر الزمن، بما يتبعه طول ميلاد الصفقة⁽⁴⁾.

نلاحظ من خلال التعاريف القانونية التي مر بها أسلوب التراضي بإعتباره كاستثناء لبرام الصفقة العمومية في التشريع الجزائري، و أيضا التعديلات التي حدثت عموما عبر مختلف القوانين من القانون 90/67 إلى المرسوم الرئاسي 247/15 و هو آخر تعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 2015 .

أن تعريف القانون لأسلوب التراضي في الأمر 90/67 على أنه: " تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنحهم الصفقة لمن تختاره منهم " قد أعطى المشرع الجزائري قد منح قدرًا من الحرية للإدارة عند تبنيتها لإختيار أسلوب التراضي وذلك من أجل إختيار الطرف المتعاقد معها، غير أن مفهوم التراضي حسب قانون 145/82 حصر في " إجراء يخص الصفقة لمعامل

(1) المرسوم الرئاسي رقم 236/10، الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2010 جاء معلنا عن التنظيم العام الجديد للصفقات العمومية، وحمل المرسوم الجديد 181 مادة، ونشر في العدد 58 من الجريدة الرسمية لسنة 2010.

(2) لعللي وهيبية ، مرجع سابق، ص 12.

(3) المرسوم الرئاسي 98/11 المؤرخ في 01 مارس 2011، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة رسمية عدد 14 ، صادرة بتاريخ 06 مارس 2011.

(4) عمار بوضيف، مرجع سابق، ص 221.

متعاقد واحد دون الدعوى للمنافسة، ولا تستبعد فيه الاستشارة " فهذا المفهوم بسيط وغير دقيق، ثم جاء القانون 434/91، الذي عدله وأعطاه شيء من الوضوح حيث حدد وجعل إجراء التراضي شكليين أو نوعين وهما، التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة .

بينما مفهوم التراضي في المراسيم الرئاسية 250/02 و 236/10 والمرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد رسى على تعريف واحد، "إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة". غير أن الجديد الذي حملته أحكام المرسوم الرئاسي 250/02 أنها جاءت أكثر ضبطاً و توضيحاً لأشكال التراضي. غير أنه فيما يخص مدى إعتبار هذا الأسلوب قاعدة عامة أم إستثناء.

لقد سجل إستمرار العمل بأسلوب التراضي كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية إلى غاية المرسوم التنفيذي رقم 90/67 "والذي نص على ضرورة إتخاذ المناقصة كأسلوب عام في التعاقد والتراضي كإجراء إستثنائي ليؤكد هذا الإتجاه في المرسوم الرئاسي 250/02 والذي بدوره حافظ على نفس المدلول، لكنه أدخل عدة تعديلات مست في مجملها صور التراضي من خلال إحاطتها بالعديد من القيود التي تحد من سلطة المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى إحداها.

المطلب الثاني: التراضي أسلوباً إستثنائياً لإبرام الصفقات العمومية

جعل تنظيم الصفقات العمومية أسلوب التراضي إجراء إستثنائياً لإبرام الصفقة كتبعة لعدم تجاوبه مع مبدأ المنافسة، بإعتباره يجرر المصلحة المتعاقدة من تلك القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب طلب العروض⁽¹⁾، إن المشرع في ظل المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، وحيث من منطلق المادة 39 منه إعتبر الأصل العام لإبرام الصفقات العمومية هو طلب العروض في حين المراسيم السابقة له كانت تعتبر المناقصة هي القاعدة العامة التي يرد عليها إستثناء يتمثل في إجراء التراضي⁽²⁾. حين صرحت المادة 39 من نفس المرسوم بوضوح على إستثنائية أسلوب التراضي وذلك بقولها: " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي."⁽³⁾

(1) نادية تياب : مرجع سابق الذكر، ص 170

(2) المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ح رقم 50، المؤرخة في + 20 سبتمبر 2015.

فيما يخص سابقى المرسوم الأخير 247/15 وعند الرجوع للأمر 90/67 نلاحظ أنه إعتبر التراضي كإجراء إستثنائي، في حين إعتبره المرسوم 145/82 القاعدة العامة ونستدل على ذلك من خلال المواد التالية:

تنص المادة 26 من المرسوم الرئاسي 145/82 على ما يلي: " يبرم المتعاقد العمومي صفقاته تبعا لإجراء الخاص بالتراضي أو لإجراء الخاص بالدعوة للمنافسة" فهذه المادة بدأت بإجراء التراضي عند تحديد كفيات إبرام صفقات المتعامل العمومي عكس الأمر 90/67 الذي جعله آخر طرق إبرام الصفقات العمومة تنص المادة 43 من المرسوم الرئاسي 145/ 82 على مايلي "يعد اللجوء إلى التراضي قاعدة عامة عندما تسند الصفقة إلى متعامل عمومي ..."

الفرع الأول: النظام القانوني لأسلوب التراضي

إن المبدأ المكرس في التعاقد بأسلوب التراضي هو حرية الإدارة في إختيار من يتعاقد معها، إلا أن هذه الحرية لا تنفي إخضاع صفقات التراضي لنظام قانوني محدد المعالم والأسس⁽¹⁾ و يتميز هذا الأسلوب باختصار الإجراءات الطويلة المعروفة في طلب العروض، و بالرجوع إلى نص المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية نجد أن إجراء التراضي يتميز بقواعد خاصة مرنة و هذا ما نستشفه من نص المادة "التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة....." ، وبذلك تخالف مبادئ إبرام الصفقات العمومية عن طريق طلب العروض⁽²⁾، ومخالفته لذلك ينطلق من أسس خاصة تعكسه كإستثناء في إبرام الصفقات العمومية بإعتباره يقوم على المرونة والسرعة في التعاقد⁽³⁾.

أولا : الدعوة إلى التعاقد

فالمشرع الجزائري حرص في هذا المرسوم 247/15 ومن خلال موادها أن يدفع المصلحة المتعاقدة إلى ضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال للمال العام، وكذلك يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية

(1) موري سفيان: مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانون الصفقات العمومية و الوقاية من الفساد و مكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012/2011، ص 33.

(2) إستبدال المشرع مطلع "المنافسة" بعبارة "طلب العروض" في المرسوم 247/15.

(3) محمد بن محمد: صفقات التراضي في الجزائر أسلوب خاص بضوابط قانونية غامضة ، دفاثر السياسة و القانون، العدد الثالث عشر ، جوان ص

الوصول للطلبات العمومية، والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات وهي المبادئ التي تم ذكرها في المادة 05 من المرسوم الرئاسي 247/15

تقوم المصلحة المتعاقدة في إجراء التراضي كخطوة أولى بدعوة المتعاملين الإقتصاديين المهتمين والمختصين بالعملية محل الصفقة للتعاقد ويكون هذا بمثابة إعلان لهم، إذ تُوجه لهم خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد في شكل إستدعاء كتابي أو تدعوهم شفاهة عن طريق الإتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق لها التعامل معهم¹، لتشرع بعد جمعها لعروض المتعاملين الذين إستجابوا لدعوتهما إلى المرور لمرحلة ثانية هي

إحترام حالات اللجوء إلى أسلوب التراضي بشكله (البسيط ، بعد الاستشارة) وعدم التوسع في أعماله. بعد ذلك، ستقوم بتوجيه دعوة للتعاقد إلى المهتمين والمختصين في موضوع العقد، بأية وسيلة تراها مناسبة باعتبارها معفاة من إجراء المنافسة وجلب العروض ومنح الصفقة لأفضل المتعاملين من الناحية المالية والفنية والتأكد من مطابقتها للمواصفات المطلوبة

ثانيا: مرحلة التفاوض

التفاوض يكون مع الطرف الراغب في التعاقد مع الإدارة من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه دون أن يؤثر تفاوضها هذا في مركزها العقدي باعتبارها صاحبة سلطة عامة²، وسند هذه النقطة هو نص المادة 50 من المرسوم 247/15 وتحديدا الفقرتين 4 و5⁽³⁾. ويستند التفاض لعدة مبادئ هي:

1- مبدأ عدم المساس بالعرض: يجب أن تؤدي المفاوضات إلى تطوير وتغيير نسبي في المشروع الأولي دون أن يغير الخصوصيات الأساسية للصفقة التي بنيت عليها المنافسة. فمبدأ عدم المساس يجعل تغييره صعبا، بمعنى أنه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض.

2- مبدأ المساواة في معاملة المرشحين: يقضي هذا المبدأ وضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المرشحين دون تمييز:

- شروط الترشح وتقديم العروض، فيجب أن تكون نفسها بالنسبة لكل المرشحين.

(1) نادية تياب ، مرجع سابق الذكر، ص100.

² - Brahim Boulifa , Op cit , p 68.

(3) المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15 ".....- تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 أدناه- تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية."

- الوثائق التي تم إعدادها من طرف الإدارة قبل البدء في التفاوض يجب أن تتيح قيام منافسة حقيقية ومتساوية بين المرشحين. يجب أن تكون هذه الوثائق واضحة لتحقيق فهم متساوي للطلبات المنتظرة فلا يجب أن تعد بطريقة توجه من خلالها المفاوضات إلى عرض معين.
- يجب أن يكون علاج العروض ودراستها موضوعيا، طبقا لمبدأ المساواة في المعاملة.
- على الإدارة السهر على احترام مبدأ عدم التمييز الصريح أو الضمني بين المرشحين.
- تستعلم الإدارة أو المصلحة المتعاقدة عن قدرات المتعهدين ومواصفاتهم المرجعية حتى يكون إختيارهم سديدا⁽¹⁾.

3- مبدأ سرية العروض

لا يجب على الإدارة الإدلاء للمرشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مرشحين آخرين، مثل الأسرار التجارية، براءة الإختراع، المعرفة الفنية، إذ يحضر عليها نشر البيانات التي تخص مختلف المرشحين أثناء المفاوضات.

ثالثا: مرحلة التعاقد

بعد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بجمع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد، ثم إنتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة الإستشارات والمفاوضات والمساومات الدائرة بينها و بين هؤلاء المترشحين فإنها تصل إلى مرحلة إبرام العق ، تقوم بإسناد الصفقة بصفة مباشرة للمتعامل الذي إختارته و تفاوضت معه على جميع شروط العقد، لكن تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من السلطة التقديرية التي منحت للمصلحة المتعاقدة في إختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، إلا أنها ملزمة بالتصرف وفقا لما تلميه المصلحة العامة لضمان سير المرافق العامة بإنظام وإضطراد. فالإدارة في أغلب صفقاتها المبرمة بأسلوب التراضي تتعاقد مع متعاملين متعاقدين لهم قدرات وإمكانات مالية وفنية تعرفت عليها من خلال تعاملها السابق معهم في صفقات أخرى، أو من خلال معرفتها لمواصفاتهم المرجعية ليكون إختيارها لهم إختيارا محكما مستعملة في ذلك بأية وسيلة قانونية ولا سيما لدى مصالح متعاقدة أخرى، وإدارات وهيئات مكلفة بمهمة المرفق العمومي ولدى البنوك والممثلات الجزائرية الموجودة في الخارج⁽¹⁾.

والملاحظ في القانون الجزائري أنه قبل وصول الإدارة لهذه المرحلة أي مرحلة الإبرام النهائي للصفقة فإن التنظيم في المرسوم الرئاسي المنظم للصفقات العمومية 247/15، تكريسا لمبدأ الشفافية والمساواة والموضوعية في إبرام الصفقات العمومية ألزم الإدارة بالإعلان عن المنح المؤقت للصفقة المبرمة بأسلوب التراضي بعد الإستشارة مثلما أوجبه فيطلب غير أن المشرع لم يلزم الإدارة في التراضي البسيط بنشر منح الصفقة لمتعامل ما و دليل قولنا هو خلو المرسوم الجديد محل الدراسة من الإشارة لذلك.

⁽¹⁾ موسى بودهان، قانون الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 16.

⁽¹⁾ المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مرجع سابق.

الفرع الثاني: أثر توسيع نطاق تطبيق التراضي

بعد عرضنا لعوامل نطاق تطبيق التراضي المتمثلة في النظام القانوني لأسلوب التراضي سنتطرق في هذا الفرع إلى آثار توسيع نطاق تطبيق التراضي ألا وهي :

إذا كان التراضي هو إجراء يتم بالمرونة بحيث يترك الحرية للمصلحة المتعاقدة في إختيار من يتعاقد معها، فان هذا ما يمكن أن يكون محل شبهات و مصدر التلاعب بالأموال العمومية، خاصة إذا كان غير مؤطر بصفة جيدة والذي لا يكون إلا برقابة صارمة، بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية نلاحظ أن إجراء التراضي يتسم بالغموض والسبب في ذلك هو تضيق مجال الرقابة الخارجية، فبالرغم أن المشرع الجزائري في القانون 247/15 أتى بجديد فيما يخص تأطير إجراء التراضي مقارنة بقانون الصفقات العمومية و تحديدا المرسوم الرئاسي الملغى 250/02، و236/10 إلا أنه يبقى هناك غموض خاصة فيما يتعلق بتوضيح معمق حول ماهي حالات الإستعجال مثلا وكذلك، عدم وجود أي إعلان عن نتائج التفاوض ومن أجل تدعيم الشفافية، ونزاهة الصفقات العمومية و فعالية الرقابة لحماية المال العام، يستوجب على المصلحة المتعاقدة أن تضع في أيدي لجان الرقابة الخارجية تقرير عن نتائج التفاوض لتمكين هذه الأخيرة من بسط رقابتها بكل فعالية و تمكينها من أي تلاعب في مثل هذه الصفقات⁽¹⁾.

إن حالات التراضي تتعلق بصفقات ذات أموال ضخمة، و هذا ما يفرض التشدد الأكثر في طرق تنفيذها، و لا يجب أن تكون الرغبة في الحصول على مكاسب سياسية دافعا للانحراف بالمبادئ العامة للصفقات العمومية.

ينطوي التراضي على شكلين أسس لهما المرسوم رقم 51/84 "يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتتم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون الشكليات الأخرى" ، وهو ما أكدت عليه المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم : 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

المبحث الثاني: التراضي البسيط Le gré à gré simple :

يشكل التراضي البسيط طرقا إستثنائيا لإبرام الصفقات العمومية حينما تكون مراعاة مبدأ المنافسة غير مجدية و لا طائل من ورائها و غير متعارضة مع مقتضيات المصلحة العامة² و لذا نجد الحالات التي تلجأ فيها الإدارة إليه

(1) إغيل عامر ياسمين، العيافوي ليندة : إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل

شهادة الماستر في الحقوق قانون عام، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق و العلوم سياسية، بجاية، ص32.

(2) محمد الصغير بعلي: القرارات و العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الحجار عنابة 2017. ص223.

مقيدة بشروط و محددة حصريا هذا ما سيتم دراسته بالتفصيل في معرض أفكار هذا المبحث حيث سيوضح في (المطلب الأول) مفهوم التراضي البسيط ، ثم يبين في (المطلب الثاني) حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

المطلب الأول: مفهوم التراضي البسيط

من المتفق عليه بين فقهاء القانون أنه ليس من وظيفة المشرع شرح المصطلحات القانونية التي يضعها و إنما يترك المسألة للفقهاء و رجال القضاء، غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة عندما عرف " الصفقات العمومية" في جميع القوانين المتعلقة بالصفقات العمومية ، و لا شك في أن هذا المسلك الذي إنتهجه يعبر عن أهمية هذا النوع من العقود⁽¹⁾

غير أنه لم يعرف التراضي البسيط بتعريف واضح و إكتفى في الفقرة الثانية من المادة 41 في المرسوم 247/15 بالتأكيد على إستثنائه " إن التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لايمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم. كما نصت المادة 27 المعدلة من خلال المرسوم الرئاسي 98/11 في فقرتها الثانية على أنه : " إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من هذا المرسوم..."

الفرع الأول: التراضي البسيط لغة :

التراضي هو كلمة تطلق على الرضا بين طرفي الشيء كما يراد بها توثيق إرادتين قصد توثيق الإلتزام المتفق عليه في العقد وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة، أو كان ربطا بين كلام شخصين.²

وبالتالي فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، ويبدأ التراضي بالإيجاب وهو التعبير عن إرادة أحد الطرفين الصادرة منه موجهة إلى الطرف الاخر وهذا بقصد إبرام عقد بينهما، ولكي ينتج أثره يجب أن يصل إلى علم الشخص الذي وجه إليه وعند تطابق ايجاب وقبول الشخصين يسمى بتطابق إرادتهما في إنشاء العقد.

(1) خلاف فاتح: محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، أقيمت على طلبة السنة الثالثة حقوق، قسم القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، محمد الصديق بن يحي، جيجل. 2016/2015 ص8.

(2) محمد سلامة مذكور ، الفقه الاسلامي المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ط1، 1954، ص254.

الفرع الثاني: التراضي البسيط اصطلاحاً:

يستخدم عليه في اللغة الفرنسية " le gré a gré simple " وفي البداية ينبغي التوضيح أن التراضي يختلف عن الرضا في التعاقد كركن من أركان العقد. فالرضا لازم لكل العقود سواء كانت بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام. وذلك أنه لا يمكن تصور عقد دون ركن الرضا.

والقصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن الإدارة بموجبه تتحرر نسبياً من الخضوع للقواعد الإجرائية السابقة الذكر أي إجراءات طلب العروض، ويمكنها مباشرة إختيار المتعاقد معها دون التقيد بهذه الإجراءات، فرضاها بارز إنطلاقاً من حريتها في الإختيار خلافاً لطريقة طلب العروض أين تفقد نسبياً هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والاجرائية.⁽¹⁾

كما ذكر المشرع التراضي البسيط في المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، كما تناوله المرسوم 236/10 في المادة 27. إذا فالتراضي البسيط هو قاعدة إستثنائية لإبرام العقود تلجأ إليه الإدارة لإختيار المتعاقدين معها، حيث يتم التفاوض معهم للتعرف على أسعارهم وشروطهم، ففي هذه الحالة تكون الإدارة أمام متعاقد قد يحتل وضعية إحتكارية أو ينفرد بإمتلاك الطريقة التكنولوجية التي إختارها المصلحة المتعاقدة ومثل ذلك التعاقد مع مصالح شركة الكهرباء والغاز أو حالة استعجال ملح ومعلل، ومنه نستنتج أن التراضي البسيط يتم فيه استبعاد الإعلان في الصحف والجرائد اليومية وما يترتب على ذلك من مواعيد وإجراءات قانونية، أي إبرام الصفقة دون إقامة أي منافسة حيث يتم تحرير الإدارة من الخضوع لإجراء طلب العروض بل وحتى الإستشارة إذا ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتكر النشاط وتوافرت فيه المواصفات التقنية المطلوبة من قبل الإدارة المتعاقدة.

يتضح أن التراضي البسيط هو أسلوب من تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإختيار المتعاقد معها بكل حرية، دون التقيد بإجراءات الإعلان ولا حتى إجراء الإستشارة المسبقة، وأن يتم الإتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر. وعلى ضوء ما جاء فيها فانه يتم التفاوض مع شخص بعينه دون غيره ويوفر اللجوء إلى هذه الصيغة بساطة في الإجراءات وبالتالي سرعة في تلبية الحاجات وربحاً للوقت، حيث يظهر من خلال هذا الشكل من التراضي أن المصلحة المتعاقدة تستبعد مبدأ التنافس عند اللجوء إليه ، طالما تقوم مباشرة بإختيار المتعاقد بعد أن تتفاوض معه وهي حرة في هذا الإختيار، لذلك، يشكل أهم وأخطر العيوب التي تكتف هذه الصيغة، إذ يفقدها الشفافية المتوخاة في مثل هذه الإجراءات مع كل ما يمكن أن ينجر على ذلك من مساس بمبدأ العدالة بين المتنافسين، و التقليل من إمكانية الحصول على أحسن العروض المتوفرة في السوق إذن لا وجود لأي نوع من التنافس بين

(1) عمار بوضيف ، مرجع سابق، ص185.

المتعاملين المرشحين، ذلك أن المصلحة المتعاقد وفقا لهذا الأسلوب تتحرر من القواعد والإجراءات المعقدة المقررة في أسلوب المناقصة (طلب العروض حسب المرسوم الجديد) فتتجاوز مع من تراه مناسبا وقادرا على القيام بالعمل الذي ترغب في إنجازها وفقا لما تملئها عليها مقتضيات الصالح العام، أي أنها تختار مباشرة الطرف الذي ستتعاقد معه.

وبالرغم من تشديد المشرع الجزائري على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية إلا أنه أورد إستثناء على القاعدة العامة ذلك بموجب القسم الثاني الذي عنوانه بالإجراءات الخاصة حسب نص المادة (12) منه، الذي كان من المفروض أن يدججه ضمن التراضي دون أن يخصص له قسما خاصا، كما تم توسيع نطاق منح الترخيص فيما يخص حالات الإستعجال الملح، وذلك بإضافة رئيس المجلس الشعبي البلدي، خلافا لما كان عليه المرسوم الرئاسي السابق (الملغى)، وهو ما يعتبر تقييدا بالنسبة للمصلحة المتعاقدة بإلزامها للحصول على ترخيص من رئيس المجلس الشعبي البلدي⁽¹⁾.

و منه التراضي البسيط تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لتحقيق السرعة في تلبية الحاجات و ربحا للوقت⁽²⁾. و قد أوجز المشرع مجموعة من الشروط التي أو ردها التنظيم في حالات الأحتكار و حالات الإستعجال و حالة الأولوية، و هذا ما سنوضحه من خلال هذا المطلب

المطلب الثاني : حالات اللجوء إلى التراضي البسيط

يعتبر طلب العروض بأشكاله المختلفة، الأصل والقاعدة في إبرام الصفقات العمومية، وعلى الرغم من ذلك قد لا تصلح هذه الآلية في الصفقات التي تعتمد على جوانب فنية وتقنية وغيرها من المعايير ذات الطابع المتميز، أو تلك الصفقات التي يتطلب تنفيذها ممن تتوفر لديهم الخبرة والاختصاص، لذلك تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى أساليب تتسم بطابعها الخاص وهو ما يتم في إطار الإستشارة الإنتقائية والمسابقة، إلا أنه في حالات أخرى تحتاج الخروج عن الإجراءات المعروفة في تنظيم الصفقات العمومية وإتباع أسلوب الأكثر مرونة نتيجة وجود حالات تستدعي السرعة لتغطية الحاجات العامة، نصت المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15، على الحالات التي يتم من خلالها اللجوء لإجراء التراضي البسيط ومن خلال صياغة هذه المادة يتبين أن هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر، وهو ما

(1) شبل فريدة، إفيس سميحة: التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص، قانون الجماعات المحلية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بجاية، 2016/2015، ص 21.

(2) لعلى وهيبية : مرجع سابق، ص 18.

أكدته المادة 41 فقرة 02 التي بينت "...إن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 49 من هذا المرسوم ."

- "عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل إقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو الإعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالإعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

- في حالة الإستعجال الملح المعلل بموجب خطر يهدد إستثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان و لا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، في حالة تموين 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.

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا إستراتيجيا، بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

وتحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية⁽¹⁾

1- عندما لا يمكن تنفيذ موضوع العقد إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتكر هذا النشاط أو إنفراد بإمتلاك قدرات تكنولوجية التي إختارتها الإدارة المتعاقدة .

2- في حالات الإستعجال الملح والمعلل بخطر داهم يتعرض له ملك او إستثمار .

(1) المادة : 49 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

3- في حالة تموين مستعجل .

4- في حالة مشروع بأهمية وطنية⁽¹⁾ .

الفرع الأول: في الوضعية الإحتكارية

تم ذكر هذه الحلة في الفقرة الأولى من المادة 49 الفقرة الأولى في المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها " عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو الاعتبارات ثقافية وفنية، وتوضح الخدمات المعنية بالإعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية." جاءت هذه الفقرة أكثر تفصيلا من سابقتها في المرسوم 236/10 و تحديدا المادة 43 من حيث أورد المشرع الإعتبارات الثقافية و الفنية و لم تكن سابقا مشمولة بالنص⁽²⁾

يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم الصفقة بالتراضي البسيط في حالة وجودها أمام متعاقد يحتل وضعية إحتكار وذلك إما بإنفراده بشغل سوق أو قطاع نشاط معين تحت ما يعرف بالإحتكار الفعلي، أو من خلال إنفراده ببعض السلع بحيث لا ينافسها فيها متعامل آخر، أو إنفراده بإمتلاك الطريقة التكنولوجية التي إختارتها المصلحة المتعاقدة لإعتبارات ثقافية و/أو فنية.

إن من حالات التحكم بصفة إحتكارية في الخدمة نجد حالة الإحتكار القانوني التي أوردتها المشرع في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في أحد فقرات المادة 49 وتمثل في قيام منح نص تشريعي أو تنظيمي لمؤسسة حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية.. فتجد المصلحة المتعاقدة نفسها⁽³⁾ مضطر لإقتناء حاجاتها لهذه الخدمة المتوفرة لدى هذه المؤسسة . علما أن التنظيم خص المؤسسات العمومية وحدها بهذا الامتياز ، و بين التنظيم أن قائمة هذه المؤسسات العمومية تحدد بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني⁽⁴⁾ .

نجد ضمن حالات الإحتكار الواقعي، و هو ما لم يتم بنص قانوني و إنما يفرضه واقع السوق بحيث لا تتوفر هذه الخدمة أو الأسلوب المختار من قبل المصلحة المتعاقدة إلا لدى متعامل وحيد .

(1) -عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر ، 2007، ص 138.

(2) عمار بوضياف : شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2017، ص 223. سابق الذكر

(3) المادة 43 امن المرسوم الرئاسي 236 /10.

(4) عطة صفيان، عروج بونس: النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم 247/15، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2015/2016 ص 19.

غير أن الأسلوب المختار من قبل المصلحة المتعاقدة لا يجب أن يكون القصد منه إبعاد إمكانية المنافسة أو تضييقها ، بحصر التفاوض في متعامل وحيد ، إذا يتعين أن يتعلق الأمر بأسلوب تكنولوجي مميز في جوهره ، وبذلك ينتفي إعتبار بعض التفاصيل التقنية غير المهمة في إختيار الأسلوب التكنولوجي

وقد عرفت المادة 05 فقرة 04 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة والإحتكار⁽¹⁾ بقولها : "يقصد بالإحتكار الطبيعي حالات السوق أو النشاط التي تتميز بوجود عون إقتصادي واحد يستغل هذا السوق أو قطاع نشاط معين."

ويسمى هذا النوع بالإحتكار الفعلي ويقصد به تواجد بعض السلع لدى المحتكر من الناحية الواقعية بحيث لا يوجد له منافس. وفي حالة قيام المصلحة المتعاقدة لإعتبارات ثقافية وفنية : تبرر اللجوء لمتعامل متعاقد وحيد فعليها أن توضح الخدمات المعنية بهذه الإعتبارات، بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية وهو الأمر الذي إستحدثه المشرع في أحكام المرسوم الرئاسي رقم : 23/12.

هذه الحالة وفقا للنص هي منطقية لأن طابع الإحتكار هو الذي يبرر اللجوء للتراخي إعتبارا أن الخدمة التي تطلبها الإدارة المتعاقدة لا يلبها إلا مؤسسة إحتكارية واحدة⁽²⁾ فلماذا نشدد على المصلحة، ونلزمها بالإجراءات الشكلية و تتحمل المدة في حين هناك متعهد واحد يلبي الخدمة المطلوبة، أو يتوفر غلى القدرات التقنية التي تشترطها المصلحة المتعاقدة.

و هكذا تفتقد المصلحة المتعاقدة الخيار، لكن عمليا من يثبت أن المصلحة المتعاقدة لم تعتمد الاصطدام بحالة الإحتكار بضبطها لمقاييس ومواصفات تقنية غير موضوعية موجهة لخدمة أحد المتعاملين الإقتصاديين على نحو تجعله المؤهل الوحيد لتنفيذ موضوع الصفقة وبالتالي توفر لنفسها غطاء قانوني تغطي به ممارساتها الغير مشروعة وعدم إلتزامها بمقتضيات شفافية الصّفقة المتمثلة في كل من المنافسة، العلنية، والمساواة.

و كان بنظرنا من الأفضل و الأمر يتعلق بحرية ممارسة التجارة و الصناعة أن لا يعترف المشرع بالطابع المميز والذي يشبه طابع الإمتياز أو ما أسماه المشرع بالحق الحصري . و أن يترك المؤسسات العمومية لتثبت وجودها وسط عالم كله منافسة لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بإمتياز و أولوية و حق حصري. فالتوجه الإقتصادي للدولة. يفرض من حيث الأصل إعطاء أولوية ما مؤسسة على حساب أخرى طالما كانت المؤسسات تنشط في المجال.

⁽¹⁾المادة :05 فقرة 04 من الأمر 06/95، مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995 المتعلق بالمنافسة ، ج.ر.ر.9.

⁽²⁾عمار بوضياف : شرح تنظيم الصفقات العمومية، سابق الذكر 2017، ص 223..

الفرع الثاني: حالات الإستعجال الملح

الإستعجال حالة قانونية عامة، و مكرسة في الكثير من الميادين و المجالات، و ليست متعلقة فقط بالصفقات العمومية، لذلك حول المشرع تقييد هذه الحالة بملة من الشروط .

وردت هذه الحالة في الفقرة 2 من المادة 49 في المرسوم 247/15 كآآتي " - في حالة الإستعجال الملح المعلل بموجب خطر يهدد إستثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان و لا يسعه التكيف مع آجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الإستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها، في حالة تموين 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."

يتحدد مجال تطبيق هذه الفقرة من نص المادة في حالة وجود خطر يهدد إستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال طلب العروض ، وهنا يمكن لمسؤول الهيئة الوطنية المستقلة، أو الوزير أو الوالي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل الشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة. بموجب مقرر معلل ترسل نسخة منه إلى كل من الوزير المكلف بالمالية ومجلس المحاسبة. رغم أن الأصل أنه لا يتم الشروع في تنفيذ الخدمات إلا بعد إبرام الصفقة العمومية.

كما إشتراط المشرع أن لا يكون الخطر بفعل المصلحة المتعاقدة أو نتيجة تماطلها في إتخاذ الإجراءات الكفيلة بدفعه كما يجب أن لا يكون مما يمكن التنبؤ به أو توقعه.

أولا : حالة الاستعجال الملح والمعلل بخطر داهم يتعرض له الملك أو الاستثمار

إن حالة الإستعجال في علم القانون عامة حالة معروفة ومكرسة في كثير من الميادين والمجالات ففي مجال التقاضي هناك أحكام إستعجاليه تختلف عن تلك المعمول بها في الحالات العادية سواء في مجال إجراءات المرافعة وإنعقاد الجلسات، أو فيما تعلق بطبيعة الأحكام وأجال الطعن وغيرها⁽¹⁾

وقد إستعمل المشرع كلمة " داهم" للدلالة على أنه لا يكفي أن يكون الخطر محتملا لتبرير اللجوء إلى صيغة التراضي البسيط ، بل يجب أن يكون الخطر محققا و ظاهرا ، أو مثلما تعبر عنه بعض التنظيمات خطرا محققا.⁽²⁾

(1) عمار بوضياف: المرجع نفسه، ص 197.

(2) خروشي النوي: تسير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2011 ص 166..

إن في حالات الإستعجال الملح المعلل بخطر داهم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى هذه الحالة لا يكفي أن يكون الخطر محتملا للجوء إلى التراضي، بل يجب أن يكون خطرا محققا وظاهرا.

كما أن اللجوء إلى هذه الحالة يجب أن يكون تنفيذ الخدمات بصفة إستعجالية لا تتلاءم طبيعتها مع آجال إجراءات إبرام الصفقات، وقد خول المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء إلى التراضي البسيط بتبرير صريح من المشرع وهذا وفق شروط محددة وهي:

«ألا يكون من الممكن توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال.

«أن الظروف المسببة لحالة الإستعجال لم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرف المصلحة المتعاقدة.

«أن تتم الموافقة المسبقة على اللجوء إلى هذه الطريقة في إبرام الصفقات الإستثنائية أثناء إجتماع الحكومة.

و نلاحظ أن المادة 2/49 من المرسوم الرئاسي 247/15 جاءت أكثر تفصيلا، و ضبطا و دقة في الصياغة، و ثراء في المحتوى مقارنة بالمادة 43 من المرسوم السابق 236/10، حيث قدمت توضيحا نوعيا تمثل في ذكرها لمجال الأمن العمومي، و هو مجال مهم و هذا من أجل مواجهة أي خطر يمس ملك المصلحة المتعاقدة.⁽¹⁾ فلا تستطيع و الخطر يحدق بها أن تتبع إجراءات إبرام الصفقة العادية وفق طلب العروض غير أنه مازال يعاب على المشرع في هذه الحالة، عدم تحديد الجهات المخولة لتحديد الخطر إن كان يهدد الأمن العمومي من عدمه. غير أن الذي يؤخذ عليه، أن المشرع لم يحصر حالات الاستعجال بل تركها عامة وبالتالي فتح المجال واسعا لتقديرها من طرف المصلحة المتعاقدة.

ثانيا : حالة تمويل مستعجل ذي شروط خاصة(حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير

الإقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية)

ورد النص على هذه الحالة في الفقرة 3 من المادة 49 حيث جاء فيها" في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها."⁽²⁾

هذه الحالة مستقلة أو منفردة عن الحالة السابقة لأنها تستوجب شروطا خاصة ، و تطبق في مجال محدد و دقيق، رغم أنها ترتبط بها لتعلقها هي الاخرى بحالة الاستعجال فنحن من حيث الموضوع أمام وضعية تخص سير الإقتصاد الوطني أو توفير حاجات السكان الأساسية ، فكأنما نحن أمام حالة ميدانية تكون فيها المصلحة المتعاقدة

⁽¹⁾ عمار بوضياف : شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/سبتمبر 2015، القسم الأول، الطبعة الخامسة دار جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2017، ص 225.

⁽²⁾ انظر المادة 3/49 من المرسوم 247/15.

في حاجة ماسة و سريعة لأن تتحرك بغرض ضمان حسن سير الاقتصاد الوطني، حسن توفير مستمر لحاجة ما أو مادة معينة للسكان. فلو ألزمت بالخضوع لإجراءات التعاقد العادية. بما تكفله من نشر وآجال وإجراءات لأثر ذلك سلبا على حسن سير الاقتصاد الوطني،⁽¹⁾ فنشهد خلا من حيث توفير الحاجيات العامة، ويترتب على ذلك إضرارا بالسكان.

تمثل هذه الحالة في الوضعية التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة في حاجة ملحة وسريعة لخدمة يتوقف عليها نشاطها ولا يمكنها أن تتبع معها إجراءات الإبرام العادية لأن ذلك سيعرقل نشاطها حتما⁽²⁾، إذ يتقرر لها مع هذا الوضع إبرام الصفقة بطريق التراضي البسيط بشرط عدم توقعها للظروف المسببة للإستعجال وكذا عدم تسببها في تحقق حالة الإستعجال بمناورات للمماطلة من قبلها.

قد تختلف هذه الإحتياجات في مظهرها الغير متوقع عن الإحتياجات الأخرى، وقد يدخل ضمن هذه القائمة على سبيل المثال، الأغذية والأدوية والوقود، غيرأنه يستشف من هذه المادة، أن التمويل الدوري من هذه الإحتياجات أو تجديد المخزون منها لا يدخل ضمن هذه الحالات.⁽³⁾

ثم إن الفقرة المذكورة ذاتها (المادة 49) أضافت عبارة "لضمان توفير حاجات السكان الأساسية..." إذا في هذه الحالة فإن الإدارة في حاجة لمادة أو منتج معين تسعى، وبحكم الظروف المستعجلة إيصاله للسكان في وقت قياسي.⁽⁴⁾ كأن يتعلق الأمر مثلا بفيضانات أو زلزال أصاب منطقة معينة من مناطق الدولة. وغالبا مايؤدي بالإدارة إلى التعامل مع مؤسسة واحدة مباشرة والتي تشكل للإدارة العملية الأكثر استساغة من طرف المصالح الإدارية⁽⁵⁾.

إن الإدارة تحت هذا الظرف أو الوضع تتكفل بتمويل السكان بمواد استهلاكية معينة، فهنا يقتضي الإسراع في إيصال هذه المواد للسكان أن تستعمل الإدارة الأحكام الغير عادية في التعاقد و تلجأ مثلا لممون أو مجموعة مومنين لتزويدها بالمواد والمنتجات محل التعاقد بهدف تمكنها من أداء نشاطها، والتكفل بأعباء الخدمة العامة⁽⁶⁾. وقد تختلف هذه الإحتياجات في مظهرها الغير متوقع عن الإحتياجات الأخرى، حيث يدخل ضمن هذه القائمة على

(1) علاء الدين عشي: مدخل القانون الإداري، دار الهداء للنشر و التوزيع، الجزائر، ص 302

(2) المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق الذكر.

(3) عمار بوضيف: المرجع السابق، ص 199

(4) خرشي النوي: المرجع السابق، ص 169

(5) قدوج حمامة: عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 75.

(6) المادة 43 من المرسوم الرئاسي 10. 236

سبيل المثال، الأغذية والأدوية¹ والوقود، غير أنه يستشف من هذه المادة، أن التمويل الدوري من هذه الاحتياجات أو تجديد المخزون منها لا يدخل ضمن هذه الحالات².

نلاحظ أن المرسوم الجديد 247/15 استمر في فرض شرط "لم تكن متوقعة" أي أن الإدارة المعنية لم تكن لتضع في الحسبان توافر هذه الحالة.

الفرع الثالث: حالة مشروع ذي أهمية وطنية أو عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية.

لا شك أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا إيجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة، فالفقرة 4 تتحدث عن مشروع ذي أهمية وطنية و الفقرة 5 تتحدث عن ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، وهذا بدوره مشروع ذي أهمية وطنية مما يجعله يدخل تحت طي الفقرة 5 .

أولا: حالة مشروع ذي أهمية وطنية

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة الرابعة من المادة 49 للمرسوم الجديد 247/15- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر".

ويرجع وصف المشروع بالأهمية الوطنية إلى امتداد آثاره ونتائجه إلى كل إقليم الدولة، ومن المؤكد أن مشروع بهذا الامتداد سيستهلك أموالا ضخمة جدا لا محالة، لذلك أضاف المرسوم الرئاسي 247/15 شرطا جديدا يرتقن به اللجوء إلى التراضي البسيط يتمثل في شرط تحقق الاستعجال زيادة عن الشرط الذي كان مؤسسا له ضمن المرسوم الرئاسي رقم 236/10 الملغى والمتمثل في شرط:

إخضاع قرار إبرام الصفقة المتعلقة بمشاريع من النوع المذكور للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 دج)، وللموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ المذكور.

(1) مراسلة الوزير الأول بتاريخ 21 ديسمبر 2017 فيما يتعلق بإبرام الصفقات بالتراضي البسيط مع الصيدلية المركزية للمستشفيات .

(2) عمار بوضيف: المرجع السابق، ص 199

من المؤكد أيضا أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا ، و لذا وجب الفرض في عرض المشروع على قمة مجالس السلطة التنفيذية ممثلا في مجلس الوزراء أو إجتماع الحكومة⁽¹⁾. بالرغم من إحاطة هذه الحالة بالشرط المذكور، إلا أنها تبقى هي الأخرى غامضة، فمن الذي يحدد أن المشروع يندرج ضمن المشاريع ذات الأهمية الوطنية وعلى أي أساس يحكم بالأهمية الوطنية للمشروع في ظل غياب أسس ومعايير تحدد بوضوح المعايير التي تعطي المشروع صفة الأهمية الوطنية. وعند مقارنة هذه الفقرة بسابقتها الواردة في المادة 43 من المرسوم 236/10 نجد أن الاضافة الجديدة في المرسوم الجديد 247/15، هو ذكر مبلغ الصفقة والعتبة المالية حيث جاءت عبارة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار أو يقل عنه، كما إستمرت الفقرة في فرص شرط أن الظروف التي دفعت للاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، و لم تكن نتيجة مناورات من جانبها.

ثانيا: عندما يتعلق الامر بترقية الاداة الوطنية العمومية للانتاج:

نص على هذه الحالة المرسوم الرئاسي رقم 247/15: " - عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج و/أو الأداة الوطنية للإنتاج، وفي هذه الحالة، يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000) وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر." هذه الحالة تسمح للمصلحة المتعاقدة بالتعاقد عن طريق التراضي وهذا من أجل ربح الوقت بهدف ترقية لاداة الوطنية العمومية للإنتاج. لقد وردة في الفقرة 5 من المادة سالف الذكر⁽²⁾ غير أنها جاءت بشكل جد مطلق ، و لم يتم فيها توخي الدقة، و الوضوح مما يفسح مجال واسع للتفسير..

والملاحظ أن ما حوته هذه الفقرة لا يختلف عن محتوى الفقرة السابقة التي تتحدث عن مشروع ذي أولوية وطنية فكلاهما يخضع للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000)، وللموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة وللموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ المذكور.

تم تخصيص قسم بأكمله لترقية و الأداة للإنتاج في المرسوم 247/15 مقارنة بالمرسوم الرئاسي 236/10 (1) تمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة دعوة للمنافسة الوطنية متى

(1) عمار بوضيف: مرجع سابق، ص228.

(2) المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق الذكر

كان الإنتاج و الأداة الوطنية قادرة على الإستجابة لحاجيتها وهو مانصت عليه المادة 85 من المرسوم الرئاسي 247/15 على أنه: "عندما يكون الإنتاج والأداة الوطنية قادرة على الإستجابة للحاجات الواجب تلبيتها للمصلحة المتعاقدة فإن، على المصلحة المتعاقدة هذه أن تصدر دعوة للمنافسة الوطنية مع مراعاة حالات الإستثناء المنصوص عليها في أحكام هذا المرسوم"

و أعطى المشرع إمكانية التعاقد بأسلوب التراضي البسيط مع المتعامل الأجنبي إن توافرت هذه الحالة في إطار صفقة دولية وبالكيفية المذكورة في المادة 24 من المرسوم الرئاسي 236/10.⁽²⁾

الفرع الرابع: عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يقضي بمنح صفقة لمؤسسة صناعية أو تجارية حقا حصريا للقيام بمهمة بالخدمة أو عندما تنجز هذه الأخيرة كل نشاطها مع الهيئات والادارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري:

أسس لهذه الحالة في الفقرة 6 من المادة 49 من المرسوم 247/15، ويبدو جليا أن هذه تحمل في مضمونها حالتين مستقلتين، وقد جاءت موضحة للغموض الذي كان يعتري عبارة "المؤسسة العمومية" الواردة في المادة 43 الفقرة 5 من المرسوم 236/10 الملغى⁽³⁾ لتحديد طبيعة المؤسسة بالقول: "مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري"

أراد المشرع من خلال الفقرة أولا إعطاء الأولوية في مجال التعاقد لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ومصدر هذه الأولوية هي نص تشريعي أو نص تنظيمي، فهو من يكفل حصريا لبعض المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و تجاري تقديم خدمة عمومية في مجال محدد، ويعطيها مكنة التعاقد بطريق التراضي حين إبرام الصفقات العمومية .

ومما لا شك فيه أن إعطاء أولوية لبعض المؤسسات العمومية و الترخيص لها بالتعاقد بأسلوب التراضي ، ولو كان مصدره نص تشريعي أو تنظيمي، سيخل من واجهة نظرنا .مبدأ مساواة وهو من المبادئ التي حملها المرسوم الرئاسي الجديد في المادة 5 منه وحافظ عليه وجسده في مواد كثيرة .فيحق لنا التساؤل كيف و الأمر يتعلق بجزية الصناعة و التجارة وهو مبدأ دستوري ثابت بموجب المادة 43 من دستور 2016⁽⁴⁾ أن نسلم بحالة منح مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ما حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية .

(2) مونية جليل : التدبير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، دار بلقيس للنشر دار البيضاء الجزائر 2017 ص 47.

(2) أنظر المادة 27 من المرسوم 236/10 سابق الذكر.

* جاء حكم نص المادة 5/43 عاما بخصوص طبيعة المؤسسة العمومية التي يمنحها القانون حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية .

(4) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 28 نوفمبر 1996، ج ر ج عدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج عدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج رقم 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

غير أنه و بعد انتهاج الجزائر دستوريا أمر حرية ممارسة التجارة كان من الأفضل أن لا يعترف المشرع بطابع مميز يشبه الطابع الإمتيازي أو ما أسماه المشرع بالحق الحصري. وأن يترك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لتثبت وجودها وسط عالم كله منافسة لا أن تحظى فيه مؤسسة بعينها بامتياز، وحق حصري⁽¹⁾، إن المشرع الجزائري بالنص على الأفضلية كمبدأ عام لم يخرج عن ما ذهبت إليه العديد من البلدان في هذا الشأن بل حتى الاتفاقيات الدولية التي تنظم هذا المجال تنص على منح هامش أفضلية للمؤسسات الوطنية، غير انه هامش الأفضلية لت يطبق إلا بمناسبة الصفقات الدولية و/أو الدولية إذ لا مجال لتطبيقه في الصفقات الوطنية .

لقد رفع التنظيم الجديد للصفقات العمومية هامش الأفضلية حيث أصبح 25 % لصالح المؤسسات الوطنية على حساب المؤسسات الأجنبية التي لا تستفيد منه إلا في حالة التجمع مع مؤسسات جزائرية وبقدر نسبة حصص هذه الأخيرة في التجمه يأتي هذا التوجه نتيجة قانون المالية التكميلي لسنة 2009 حيث كانت سياسة الحكومة واضحة في تكريس آداه المنتج المحلي تطبيقا للتعليمات الرئاسية المتعلقة بمكافحة الفساد من جهة ومن جهة ثانية ضغط رؤساء المؤسسات الوطنية الخاصة من اجل الحصول على حصة من البرنامج الحماسي للفترة بين 2010 و2014⁽²⁾ وتمتد هذه الأفضلية لتشمل أيضا إلزام المصالح المتعاقدة في طرح مشاريعها في صيغة مناقصات وطنية متى كان إنتاج لترقية الأداة الوطنية قادر على الإستجابة لحاجياتها وهذا ما نستشفه من نص المادة 83 من المرسوم 247/15 والتي يأتي ضمنها "يمنح هامش الأفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، في ما يخص جميع انواع الصفقات المذكورة في المادة 29 أعلاه .

وتخضع الإستفادة من هذا الهامش في حالة ما إذا كان المتعهد تجمعا يتكون من مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري كما هو محدد في الفقرة السابقة، ومؤسسات اجنبية إلى تبرير الحصص التي تحوزها المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية من حيث الأعمال التي يتعين إنجازها ومبالغها...."وينبغي الاشارة أن الصفة الحصرية المعترف بها لمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ما لا تعني أبدا الصفة الاحتكارية لهذه الاخيرة التي كرستها الفقرة الأولى من المادة 49 و التي تدل على وجود منافس وحيد يحتكر نشاط معين وينفرد به . بينما الصفة الحصرية تعني أن هناك العديد من المؤسسات التي تنشط في مجال واحد ويصدر النص معترفا بمنح إحداها بصفة الحق الحصري للقيام بالخدمة العمومية⁽³⁾.

تأسيسا على ما تقدم نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة لذا وجب التغاضي عن الإجراءات الشكلية لتمكين الإدارة من إختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول ويبقى أنها مقيدة بالحالات الواردة في

(1) عمار بوضياف: مرجع سابق ذكره، ص،230.

(2) -أسامة مهية،المنافسة والشفافية في قانون الصفقات العمومية،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،قسم الحقوق،جامعة محمد بوضياف،المسيلة، 2014/2015، ص 66.

(3) عمار بوضياف: مرجع نفسه،ص230.

نص المادة 49 من المرسوم الرئاسي على سبيل الحصر حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة وأخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة.

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد وسع من حالات تطبيق التراضي البسيط في إبرام الصفقات العمومية من 04 حالات أوردتها المادة 37 من المرسوم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والملغى بموجب المرسوم 236/10 حيث نصت على "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط....."، ونستنتج أن المشرع إستبقى على نفس الحالات المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 236/10 الملغى حسب المادة 43 التي تنص أيضا على 6 حالات مع بعض التغييرات في صياغة البعض منها (حالة 4 و5)¹. غير أنه أحدث تعديلات في المرسوم الرئاسي 247/15 حيث تم حذف الحالات المذكورة في المادة 43 من مرسوم 236/10، المعدلة بموجب المادة 06 من المرسوم 23/12⁽²⁾.

تقوم المصلحة المتعاقدة في إجراء التراضي كخطوة أولى بدعوة المتعاملين الاقتصاديين المهتمين والمختصين بالعملية محل الصفقة للتعاقد ويكون هذا بمثابة إعلان لهم، إذ توجه لهم خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد في شكل إستدعاء كتابي أو تدعوهم شفاهة عن طريق الإتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق لها التعامل معهم⁽³⁾، لتشرع بعد جمعها لعروض المتعاملين الذين إستجابوا لدعوتهما، في التفاوض مع الطرف الراغب في التعاقد معها من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه دون أن يؤثر تفاوضها هذا في مركزها العقدي باعتبارها صاحبة سلطة عامة، وفي الأخير تُسند الصفقة بعد تجميعها للعروض والتفاوض مع أصحابها وإنتقاء أفضلها للمتعامل الذي إختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد مباشرة لتدخل معه بعد ذلك في علاقة تعاقدية رسمية تحكمها الشروط التي إتفقت معه عليها في المرحلة التفاوضية ورسمتها في العقد⁽⁴⁾.

* تم التعديل للحالتين الحالة الرابعة والحالة الخامسة وذلك بتقييد آخر يتمثل في المعيار المالي، وذلك بخضوعه لموافقة مسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق 10 000.000.000 ملايين دج وإلى الموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة أقل عن المبلغ السالف الذكر.

⁽²⁾ اليوم الدراسي حول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: المنعقد بقاعة المحاضرات بقر ولاية بومرداس بتاريخ الأربعاء 10/02/2016 لفائدة مسيري الجماعات المحلية لولاية بومرداس .

⁽³⁾ نادية تياب ، مرجع سابق الذكر، ص100.

⁽⁴⁾ حللمي منال: تنظيم الصفقات العمومية وضمانات حفظ المال العام في الجزائر ، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة دكتوراه،الطور الثالث

ميدان الحقوق والعلوم السياسية ، تخصص محولات الدولة،2016/2015.ص50.

المطلب الثالث: طرق إبرام عقد التراضي البسيط

يتميز أسلوب التراضي عن أسلوب طلب العروض أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد، و طبقا للمادة 65 من المرسوم الرئاسي 247/15 يقوم على الاشهار الصحفي ونشر إجباريا في النشرة الرسمية للصفقات العمومية وهذا على سبيل الإلزام في كل أشكال طلب العروض. و هذا حسب نص المادة "يجر إعلان طلب العروض باللغة العربية، و بلغة أجنبية واحدة على الأقل. كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي و على الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني....." غير أنه يمكن في أسلوب التراضي أن تلجأ الإدارة المختصة لإختيار التعاقد معها دون حاجة اللجوء للإشهار

إذن من حيث الأصل أسلوب التراضي يعفي الإدارة من أهم قيد اللازمة في التعاقد حسب طلب العروض و هو قيد الإعلان أو الإشهار، و لا يعفيها من القيود الشكلية. حيث قيدت المصلحة المتعاقدة بحالات اللجوء إلى التراضي البسيط، و التي أوردتها المشرع حالة بحالة في المادة 49 من المرسوم الرئاسي لسنة 2015 على انه " تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط ...". فلا تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تختار المتعامل المتعاقد معها مباشرة و دون اللجوء للإشهار خارج الحالات الحصرية للتراضي البسيط.⁽¹⁾

الإختلاف الموجود بين هذا الإجراء وطلب العروض هو عدم الإشهار بواسطة الوسائل المحددة قانونا، سبق الإشارة إلى أن الإدارة تستطيع اللجوء إلى التعاقد عن طريق إجراء التراضي مباشرة في إختيارها للمتعاقد معها، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين في إختيارهم لمن يتعاقدون معهم، وتكون لها الحرية في التفاوض معهم والمساومة دون قيد أو شرط وذلك في الحالات المحددة قانونا، كحالة الإستعجال أو عندما يكون هناك إحتكار لخدمة من شخص معين، أو في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجيات السكان الأساسية. وقد أورد المشرع الجزائري إجراءات التراضي البسيط في المادة 50 منه⁽²⁾، والتي نصت على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة في إطار التراضي البسيط أن:

أولا: تحدد حاجاتها في ظل إحترام أحكام المادة 27 إلا في الحالات الإستثنائية المنصوص عليها في هذا المرسوم، وتحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية، ويحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة إستنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني.

(1) أعمار بوضيف: مرجع سابق، ص305.

(2) انظر المادة 50 من المرسوم الرئاسي 247/15.

ثانيا :على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المتعامل الإقتصادي، وهو ما أشارت إليه المادة 54⁽¹⁾ من المرسوم محل الدراسة، بحيث يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من قدرات المترشحين والمتعهدين التقنية والمهنية والمالية قبل القيام بتقييم العروض التقنية .يمكن القول أن هذه الحالة تعد من صميم توسيع لسلطات المصلحة المتعاقدة في تحديد المتعامل المتعاقد معها .

ثالثا :على المصلحة المتعاقدة أن تختار عرض المتعامل الذي يقدم أفضل المزايا من الناحية الإقتصادية والتي بينها المادة 72 من ذات المرسوم بحيث تقوم طبقا لدفتر الشروط بانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية المتمثل في العرض

- تنظم المفاوضات حسب الشروط المنصوص عليها في الفقرة 6 من المادة 52 والتي جاء فيها "تستشير المصلحة المتعاقدة المؤسسات التي شاركت في طلاب العروض برسالة إستشارة، وبنفس دفتر شروط، بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. ويمكن المصلحة المتعاقدة تقليص مدة تحضير العروض ولا يخضع دفتر الشروط لدراسة لجنة الصفقات العمومية

وإذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض فإنه يجب عليها نشر الإعلان ان الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط باستثناء الاحكام الخاصة بطلب العروض.

وإذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض الأحكام دفتر الشروط التي تنص شروط المنافسة ، فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة وإطلاق طلب عروض جديد تحدد قائمة الدراسات ولوازم والخدمات الخاصة و الأشغال المذكورة في المظتين 2 و 3 من المادة 51، بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية لدولة أو مسؤول الهيئة العمومية او الوزير المعني ، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة

يتم لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإستشارة في الحالات المنصوص عليها في المطات 2 و3 و4 و5 من المادة 51 أعلاه ، برسالة إستشارة على أساس دفتر شروط يخضع، قبل الشروع في الإجراء ،للتأشيرة لجنة الصفقات المختصة و فيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة و التي تكون مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية و المالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فإنه يمكن للجنة فتح الأظرفة وتقييم

(1) علي معطي الله: تقنين الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر 2016.ص34.

العروض⁽¹⁾ أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابيا من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت إستشارتهم ، توضيحات او تفصيلات بشأن عروضهم كما يمكنها أن تطلب منهم إستكمال عروضهم ، ويمكن المصلحة المتعاقدة ان تتفوضة حول شروط تنفيذ الصفقة وتجري المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل الإحترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم ويجب علة المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان امكانية تتبع اطوار المفاوضات محضر

عندما ترجع المصلحة المتعاقدة مباشرة لتراضي بعد إستشارة ولا تستلم أي عرض أو انهو لا يمكن ، بعد تقييم العروض المستلمة اختيار أي عرض، تعلن عدم جدوى الإجراءات.

يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة موضوع نشر حسب الشروط المحددة في المادة 65 من هذا المرسوم.....⁽²⁾

-تؤسس المفاوضات المتعلقة بالعرض المالي على أسعار مرجعية.

إن المنطق يفترض أن يفهم من التراضي البسيط إبرام الصفقة من دون أي منافسة، وإذا كانت الحالات التي تستدعي اللجوء إلى كيفية التراضي محددة في نص المادة 49 من المرسوم 247/15 فإن للمصلحة المتعاقدة السلطة التقديرية الواسعة في توسيع مفهوم هذه الحالات ومن هنا تظهر وبوضوح فكرة أن القانون ماهو إلا مرآة عاكسة للحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لأية دولة

نشير في الأخير أن التراضي البسيط لا تلتزم الإدارة فيه بنشر إعلان منح الصفقة لمعامل ما لأن المرسوم 247/15 لم يتطرق لذلك ربما هذا راجعا للطابع الخاص لأسلوب التراضي البسيط. ثم أن اسمه يدل عليه فهو تراضي بسيط و البساطة يعني عدم التقيد بإجراءات محددة على الوجه الغالب⁽³⁾.

⁽¹⁾تم دمج اللجنتين المنصوص عليهما في المرسوم الرئاسي 236/10 في لجنة واحدة لفتح الاظرفة وتقييم العروض، وهذا لتقليص من اجال دراسة العروض و الذي يؤدي الى الاسراع في الاجراءات

⁽²⁾ أنظر المادة 52 من المرسوم 247/15 سابق الذكر.

⁽³⁾ عمار بوضياف : مرجع سابق، ص318.

خلاصة الفصل

لقد جعل المشرع التراضي طريقاً إستثنائياً لإبرام الصفقة العمومية، و عرفه بأنه الإجراء الذي تخصص بموجبه الصفقة لمتعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة، لأن إجراء طلب العروض يقيد بمقتضاه جهة الإدارة بجملة من الإجراءات تؤدي في مجملها لتقييد حرية المصالح المتعاقدة، لأسباب موضوعية يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية وإبعاها على المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض على آخر وكذلك إضفاء مبدأ العلانية والشفافية في إبرام الصفقات العمومية. كما أنه يمر عن طريق إجراءات معقدة و طويلة المدى، مما يجعل الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف يتضح أن التراضي البسيط هو أسلوب مرن تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لإختيار المتعاقد معها بكل حرية و هو يعفيها من أهم قيد لازم في التعاقد حسب طلب العروض و هو قيد الإعلان أو الإشهار، و لا يعفيها من القيود الشكلية. حيث قيدت المصلحة المتعاقدة بحالات اللجوء إلى التراضي البسيط، تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لتحقيق السرعة في تلبية الحاجات و ربحاً للوقت و هذا ما جعل البعض يفضل تسميته بالإتفاق المباشر لدلالة المصطلح على عملية الإتفاق المباشر للوصول إلى العملية التعاقدية وكذا تفادي الخلط بين التراضي والرضا الذي هو ركن في كل العقود أو لإفتراض وجود الخصومة بين الأطراف ويعتبر التراضي حلالاً لها وهو ما لا يتفق و توظيف المصطلح في مجال الصفقات العمومية

إذن فأسلوب التراضي البسيط جاء للتخفيف من حدة تقييد حرية الإدارة في التعاقد إلا أن المشرع بتحديدته الدقيق هذا للحالات اللجوء إليه جعلها أكثر تقييداً، وقد أوجز المشرع مجموعة من الشروط التي أوردتها التنظيم في حالات الإحتكار وحالات الإستعجال وحالة الأولوية، وهي ظروف وحالات بالشروط الواردة في أسلوب طلب العروض.

الفصل الثاني

التراضي بعد الإستشارة

تختلط المفاهيم على الكثير منا في تحديد المعنى الصحيح لعبارة التراضي بعد الإستشارة ففي حين تفهم هذه العبارة على أن كلمة " بعد " تفيد المرحلية أي أنه بعد عدم جدوى طلب العروض تتم الإستشارة بعد عدم جدوى الإستشارة يتم اللجوء إلى التراضي .ويرى بعض الآخر أن التراضي بعد الإستشارة هو ثمرة من ثمار التراضي بعد الإستشارة أي أنه بعد أن تتم دعوة المتعاهدين للمشاركة في الإستشارة و يتم إختيار المتعهد بطريقة التراضي بعد الإستشارة. ومن أجل الإجابة عن هذا اللبس في هذا الفصل تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين في المبحث الأول إلى: مفهوم التراضي بعد الإستشارة في الصفقات العمومية وحالات اللجوء إليه، أما المبحث الثاني تناولنا فيه إجات إبرام الصفقات بالتراضي بعد الإستشارة.

المبحث الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة Le gré à gré après

Consultation

التراضي بعد الإستشارة هو الصورة الثانية لأسلوب التراضي، وذلك وفقا للمادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15 التي جاء فيها:⁽¹⁾

" ... أو شكل التراضي بعد الإستشارة وتنظم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة". هذا ما سيتم دراسته بالتفصيل في معرض أفكار هذا المبحث حيث سنتطرق في (المطلب الأول) مفهوم التراضي بعد الإستشارة ثم يبين في (المطلب الثاني) حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة.

المطلب الأول: تعريف التراضي بعد الإستشارة

التراضي بعد الإستشارة إجراء يستخدم في حالات إستثنائية محددة بنص قانوني فإنه من المنطقي أن يكون هذا الإجراء وسيلة للتخفيف من الإجراءات المقيدة للإدارة في الكيفيات الأخرى التي تستوجب شكلية معقدة ومدة طويلة لاتتناسب مع بعض الظروف والحالات وهذا بإجراء الإستشارة كشكل من أشكال المنافسة فقط دون اللجوء للإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار وهنا الإستشارة لاتكون إلا بالنسبة للمؤسسات المؤهلة أوالمعمدة والتي تستجيب لشروط هدف الصفقة من الموارد البشرية أوالمادية ، ويعد التراضي بعد الإستشارة أسلوب يقوم على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافسة بين مترشحين تدعوهم خصيصا للتنافس، حيث تعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب بواسطة الوسائل المكتوبة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية لطلب العروض و هذا ما نحاول توضيحه من خلال المطلب الأول:(تعريف التراضي بعد الإستشارة)، كما أن حالات لجوء المصلحة المتعاقدة للتراضي بعد الإستشارة رهنهته المادة 51 من المرسوم

⁽¹⁾ أنظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق الذكر.

الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام بضرورة تواجدها في إحدى الحالات التي سنتطرق لها بالتفصيل من خلال المطلب الثاني (حالات التراضي بعد الاستشارة.)

يعتبر التراضي بعد الإستشارة صيغة تدخل ضمن الصيغ التفاوضية، غير أنها تختلف من صيغة التراضي البسيط في كونها تضمن قدرا ولو قليلا من المنافسة التي تنعدم في التراضي البسيط ففي حين يتم التفاوض بعنوان التراضي البسيط مع شخص بعينه دون غيره، فإن التفاوض بعنوان التراضي بعد الاستشارة يتوجه إلى مجموعة أشخاص وفيه تتمكن المصلحة المتعاقدة من حصر إستشاراتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقة المتعاملين التي نصت عليها المادة 58 من المرسوم 247/15 سواء شاركوا في طلب العروض أو لم يشاركوا⁽¹⁾ مع مراعاة بعض الأحكام الشكلية إذا تم إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض. كما يمكن أن تتم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة في حال تم إستدعاء نفس المؤسسات المشاركة في طلب العروض. حيث أن المادة 61 من المرسوم الرئاسي 247/15 ألزمت المصلحة المتعاقدة بالإشهار كإجراء شكلي عند الإقتضاء ويكون هذا في حال ما إذا إستشارت المصلحة المتعاقدة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 52 من نفس المرسوم 247/15. بقولها "....و إذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض فإنه يجب عليها نشر الاعلان عن الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم ، وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط بإستثناء الحكام الخاصة بطلب العروض".

تعريف التراضي بعد الإستشارة اصطلاحا :

أسلوب التراضي بعد الإستشارة يعرف على أنه الاجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب إستشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة مخصصة ومهيأة لذلك دون الشكليات الأخرى، ومنه فإن التراضي بعد الإستشارة يخرج عن كونه أسلوب من حيث تبرز القيود الشكلية التي تلزم المصلحة المتعاقدة باتباعها، حتى و لو تعلق الأمر بالإستثناء لا بالقاعدة⁽²⁾.

يرتكز التراضي بعد الاستشارة على إبرام المصلحة المتعاقدة لصفقاتها بإقامة المنافسة بين عدة مترشحين تختارهم وتدعوهم خصيصا للتنافس⁽³⁾، إذ تقوم بعرض موضوع الصفقة على المؤسسات ذات التخصص المطلوب

(1) المادة 58 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق الذكر.

(2) عمار بوضيف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2017، ص 223. سابق الذكر.

(3) مولود ولد يوسف، حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية الجزائر، يومي 20 - 21 ماي 2013، ص 13.

بواسطة الوسائل المكتوبة التي تراها ملائمة دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للمنافسة، وقد رهن تنظيم الصفقات العمومية اللجوء لهذا الشكل من أشكال الإبرام بتحقيق الحالات المحددة قانوناً. و التي ستنتظر لها بالفصيل

المطلب الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

- 1- حالة الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية .
- 2- حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة.
- 3- حالة صفقة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.
- 4- العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية.
- 5- الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

الفرع الأول : حالة عدم الجدوى

يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة في حالة تحقق عدم جدوى طلب العروض⁽¹⁾ للمرة الثانية وذلك إذا لم تستلم أي عرض، أو لم يتم التأهيل التقني لأي عرض بعد عملية تقييم العروض، أو عدم إمكانية ضمان تمويل الحاجات². حسب نص المادة 40 من المرسوم الرئسي 247/15 "ويعلن عن عدم جدوى إجراء طلب العروض عندما لا يتم إستلام أي عرض...."

بهذا يكون قد إستثنى المرسوم الرئسي رقم 247/15 حالة إستلام المصلحة المتعاقدة لعرض وحيد، وكذا حالة تأهيل تقني لعرض وحيد ضمن حالات تحقق عدم جدوى المنافسة بخلاف المرسوم الرئسي رقم 236/10 الذي أدرج كل من الحالتين كشكل من أشكال عدم الجدوى التي تتطلب إجراء المنافسة للمرة الثانية.

فالوضع إذن يتمثل في أن المصلحة المتعاقدة لجأت أولاً لتطبيق القاعدة العامة وهي طلب العروض وإتبعته الاجراءات، غير أن أحد من المعارضين لم يتقدم. أي أننا أمام صفر عرض. وجب في مثل هذه الحالة الإعلان عن عدم الجدوى، ونكرر العملية مرة الثانية فإن تأكد ذات الوضع وجب الإعلان عن عدم الجدوى للمرة الثانية وهذا لتبرير اللجوء لحالة التراضي بعد الاستشارة⁽³⁾ يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة ، حيث أضافة الفقرة "عندما لا يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولحتوي دفتر الشروط"

(1) إستثنى المرسوم الرئسي رقم 247/15 حالة استلام المصلحة المتعاقدة لعرض وحيد، وكذا حالة تأهيل تقني لعرض وحيد ضمن حالات تحقق عدم جدوى المنافسة بخلاف المرسوم الرئسي رقم 236/10 الذي أدرج كل من الحالتين كشكل من أشكال عدم الجدوى التي تتطلب إجراء المنافسة للمرة الثانية.

(2) المادة 40 من المرسوم الرئسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق الذكر.

(3) المادة 40 المرسوم 247/15.

وهي حالة مبررة أيضا فالادارة المتعاقدة إتبتعت الإجراءات وأعلنت عن الصفقة وتلقت العروض غير أنها ليست مطابقة لمضمون دفتر الشروط ومتطلباته لذا وجب الترخيص لها بعتماد أسلوب التراضي بعد الإستشارة* .

كما أضافت حالة أخرى : عندما لايمكن ضمان تمويل الحاجات "وردة هذه العبارة بالمطلق وكان المصلحة المتعاقدة تعيش وضعت تمويل الحاجات.

نخلص إلى أنه تم تقليص حالات "عدم الجدوى"¹ لإجراءات التراضي بعد الإستشارة في المرسوم الجديد إلى حالتين "02" عوض عن أربعة "04" حالات المذكورة في تعديلات مرسوم 23/12 "طبقا للمادة 51 من المرسوم 247/15.

الفرع الثاني: الصفقات ذات الطبيعة الخاصة أو التابعة لهيئات سيادية

تضع خصوصية بعض صفقات الدراسات واللوازم والخدمات المصلحة المتعاقدة أمام ضرورة اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة

أولا : حالة صفقات الدراسات و اللوازم و خدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض
يشار بخصوص هذه الحالة إلى أن المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 فقد حاول توضيح خصوصية الدراسات، واللوازم والخدمات من خلال ربطها بموضوعها، أو بضعف مستوى المنافسة فيها، أو بالطابع السري للخدمات التي تتضمنها حيث وردة الحالة في الفقرة 2 من المادة 51 فجاء فيها "تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإستشارة في الحالات الآتية ...

في حالة صفقات الدراسات واللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الي طلب عروض وتحديد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوي المنافسة أو بالطابع السري للخدمات "وهنا إذا لجأت الادارة المعنية لأسلوب التراضي بعد الإستشارة بعنوان توافر هذه الحالة وقع عليها عبء تبرير الابتعاد عن أسلوب طلب العروض، وإبراز خصوصية صفقة الدراسات واللوازم والخدمات. فلا تنطبق على غيرها⁽¹⁾ ونشير هنا أن هذه الحالة لا تخص عقد الاشغال نظرا لإكتفاء النص بصفقة الدراسات وإقتناء اللوازم والخدمات فلا تنطبق على غيرها.

* نصت المادة 82 في فقرتها الخامسة على أنه: في حالات إعلان عدم جدوى و الغاء إجراء إبرم الصفقة أو إلغاء منحه المؤقت ، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلمه برسالة موصة عليها مع وصل إستلام المرشحين او المتعهدين بقراراتها ودعوة اولئك الراغبين منهم في اطلاع على مبررات قراراتها، الاتصال بمصالحها في أجل اقصاه ثلاثة (3) أيام، ابتداء من تاريخ استلام الرسالة المذكورة اعلاه ، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا .وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الاجراء من جديد ، توضح في اعلان المنافسة او رسالة استشارة ، حسب الحالة ، اذا كان الامر يتعلق باطلاق للاجراء، بعد الغاء الاجراء او بعد اعلان عدم جدواه .ويرفع الطعن في اجل عشرة (10) ايام ابتداء من تاريخ استلام رسالة اعلام المرشحين او المتعهدين .

ويبدو من خلال قراءة أولية لما ورد في الفقرة أعلاه أمن هذه الحالة تعطي للإدارة قدرا من الحرية والسلطة التقديرية في اختيار المتعاقد معها مباشرة ودون اللجوء لإجراءات الإشهار. غير أنه قيدها بالطابع الخصوصي للصفقة من ذلك مثلا طابعها السري(1).

ثانيا: حالة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة

جاء ذكر هذه الحالة في الفقرة الثالثة بقولها "في حالات صفقات الأشغال العمومية التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة" يتعلق الأمر حصرا بعقد الأشغال العامة دون سواها من الصفقات، وهو من العقود التي تتحمل عنصر الزمن، ومن عقود العلنا والوضوح والإشهار كقائده عامة لا وجود للسرية و التراضي غير انه لاتصاله بقطاع سيادي فرص الامر طابع السرية واتخذ شكل التراضي بعد الاستشارة .

ورد ذكر هذه الحالة بصفة مطلقة ودون تحديد و ضبط. فهل قصد بها المشروع إعفاء مؤسسة الدفاع مثلا التابعة لقطاع المالية أو الخارجية أو العدل من إبرام الصفقات عن طريق المناقصة والإكتفاء بطريقة التراضي بعد الاستشارة؟

إن الإجابة عن السؤال تظل في غاية من الغموض إلى غاية صدور القرار الوزاري عن وزير المالية ووزير المالية الموعود به في الفقرة الأخيرة من المادة 51(2)

الفرع الثالث: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب

عروض جديدة.

ورد ذكر هذه الحالة في الفقرة 4 من المرسوم الرئاسي 247/15، و هي لم تتواجد ضمن حالات التراضي بعد الإستشارة في نص المادة 44 من المرسوم الرئاسي الذي سبقه 236/10، المؤرخ في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم. وهي من مستحدثات المرسوم الرئاسي الجديد لسنة 2015. في هذه الحالة تلجأ المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي بعد الإستشارة لإختيار المتعامل المتعاقد أثناء إبرامها لصفقات دراسات أو لوازم أو خدمات مثلا كانت ممنوحة سابقا على أساس تطبيق أسلوب طلب العروض إلا أنها فسخت، وطبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة، يمنح المشرع للمصلحة المتعاقدة سلطة فسخ الصفقة، و هذا في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية تجاهها، وبالتالي يمكن أن يترتب عن إستغلالها لهذه الصلاحية تعطل تنفيذ المشروع في الأجل المحدد له، فيتقرر لها بناء على ذلك اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة لتتدارك التأخر الذي وقعت فيه خاصة وأنه يتميز بإجراءات إبرام مرنة مقارنة بالإجراءات التي يتطلبها إبرام الصفقة بطريق طلب العروض.

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق ص 234

(2) عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية، 2017 مرجع سابق ص 234

لذا ونظرا لهذه الدواعي الموضوعية رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة التعاقد بالتراضي بعد الإستشارة، و لها أن تبرر ذلك عند ممارسة أي رقابة عليها من قبل الجهات المخولة قانونا. فثبتت حالة الفسخ أولا، و تثبت وضعية أو حالة عدم تحمل المشروع لآجال جديدة ثانيا.

الفرع الرابع: العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية:

الحالة موضوع الفقرة 5 من المادة 51 في المرسوم 247/15 في هذه الحالة يتعين قصر مجال الإستشارة على مؤسسات الدولة المعنية وفي حالة إبرام إتفاقات مضمونها تحويل ديون الى مشاريع واستثمارات بناء على موافقة الدولتين هنا في هذه الحالة تلزم الادارة المتعاقدة بحصر الاستشارة على مؤسسات البلد المقدم للقرض⁽¹⁾

يلاحظ على إجراء التراضي بعد الإستشارة أن بعض الفقه قد إعتبره تراضي زائف، بسبب أن الإستشارة تمثل أحد أشكال إقامة المنافسة ، فهو شكل من أشكال طلب العروض التي يحتوي على الإستشارة الإنتقائية.⁽²⁾

لقد وسع المشرع في اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة وتلك بإضافة حالة خامسة عندما يتعلق الأمر بالعمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثانية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وقد نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على إمكانية حصر إستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الإتفاقية الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى وتحدد كفيات تطبيق أحكام هذه المادة عند الحاجة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية

بناء على ما تم التطرق إليه قله في حالة إعلان عن عدم جدوى تقوم المصلحة المتعاقدة بإعلان طلب العروض للمرة الثانية مع إتباع نفس الإجراءات وإذا تم الإعلان عن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية تلجا المصلحة المتعاقدة إلى التراضي بعد الإستشارة حسب المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15، أما في حالات عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء المنح المؤقت يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصي عليها مع وصل إستلام المتعهدين بقراراتها كما لها إستشارة المؤسسات التي شاركت في طلب العروض مع إستعمال نفس دفتر الشروط حسب المادة 52 من نفس المرسوم .

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتقليص مدة العروض في حالة ما إذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض فإنه يستلزم الإشهار الصحفي حسب المواد 52 و 61 كما تضيف المادة أعلاه أنه في حالة إستلام عرض أو عدة عروض مؤهلين تقوم المصلحة المتعاقدة بتقديم العروض المالية، أما إذا نتج

(1) عمار بوضيف: مرجع نفسه ، ص 236.

(2) أبرمت الجزائر في هذا الإطار عد د من الإتفاقيات الدولية قصد تمويل عدة مشاريع تنموية نذكر منها على سبل المثال ما يلي:

- المرسوم الرئاسي 237/03 المؤرخ في 29 يونيو 2003 يتضمن الموافقة على إتفاق القرض الموقع بالجزائر بين الدولة الجزائرية والصندوق السعودي للتنمية لتمويل مشروع إنجاز مركزين للتكوين المهن بالجزائر العاصمة وتجهيزهما . ج . ر . 40.

العكس، في حالة عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط أو في حالة عدم إستلام أي تأهيل تقني تعلن عن عدم جدوى الإستشارة.

والملاحظ أن المشرع أتى بمختلف التعديلات، بحيث دقق في كل كلمة وجهها للمصلحة المتعاقدة باعتبار أن هذه الكيفية قد جاءت للتخفيف من حدة تقييد حرية الإدارة في التعاقد، ونضيف كذلك أن المرسوم الرئاسي الجديد لم يحدد عدد المتعاملين الاقتصاديين أي أن العدد مجهول بعدما كان في المرسوم الملغي في الفقرة 05 من المادة 44 أنه يجب إستشارة ثلاثة متعاملين إقتصاديين مؤهلين على الأقل.

وفي نفس المرسوم نجد أن المشرع إكتفى بذكر أربعة حالات مقارنة بالمرسوم الجديد، ونفس الشيء بالنسبة للفقرة 04 من المادة 52 بحيث نصت على ما لم يتم التطرق إليه في المرسوم الملغي⁽¹⁾ و أول ما نلاحظه أيضا في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 أنه تم رفع من المبلغ الأدنى للجوء إلى الإستشارة وهي شكلية لإبرام العقود، بحيث نص في المادة 21 من المرسوم السالف الذكر لا تكون محل إستشارة وجوباء الطلبات التي تقل مجموع مبالغها، حسب طبيعتها أشغالا أو لوازم أو دراسات أو خدمات من خلال نفس السنة المالية، عن مليون دينار جزائري (1.000.000.00 دج) فيما يخص الأشغال أو اللوازم، وعن خمسمائة ألف دينار (500.000.00 دج)، فيما يخص الدراسات أو الخدمات، وتحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة، مع مراعاة ما نصت عليه المادة 13 من نفس المرسوم التي حددت الحد الأدنى لإبرام الصفقة.

وبالتالي فالتراضي بعد الإستشارة هو شكل من أشكال المنافسة ويقصد به الإجراء الذي تبرم به الصفقات بعد عدم جدوى طلب العروض، وفيه تتمكن الإدارة من حصر إستشاراتها في قائمة مؤسسات مستخرجة من بطاقةية المتعاملين التي نصت عليها المادة 58 من المرسوم 247/15 سواء شاركوا في طلب العروض أو لم يشاركوا مع مراعاة بعض الأحكام الشكلية إذا تم استشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض. كما يمكن ان تتم هذه الإستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات اخرى في حال تم استدعاء نفس المؤسسات المشاركة في طلب العروض.

المبحث الثاني: إجراءات إبرام التراضي بعد الإستشارة :

إبرام الصفقة بواسطة التراضي بعد الإستشارة مقيد بإجراء الإستشارة، حيث توجه المصلحة المتعاقدة إستشارة مسبقة قبل التعاقد نظرا للحالات المنصوص عليها في المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15 التي تبين ما يلي :

(1) المادة 5/44 من مرسوم الرئاسي 236/10.

المطلب الأول: إجراءات الإبرام محل الأستشارة

عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية :بمعنى أن المصلحة المتعاقدة معفية من اللجوء الإجراءات الشكلية التي يتطلبها هذا ومن جهة أخرى فإنه لا يتم اللجوء الى التراضي بعدالإستشارة إلا بعد إعادة إجراء طلب العروض للمرة الثانية

في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض وتحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة والأشغال بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية.

في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة إقتصرت هذه الحالة على الصفقات المنصبة على تنفيذ أشغال تابعة للمؤسسات العمومية ذات البعد الوطني والسيادي⁽¹⁾

إذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط باستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. وإذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض الأحكام ي دفتر الشروط التي تمس المنافسة فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة وإطلاق طلب عروض جديد.

وفيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة والتي تكون مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط فإنه يمكن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابيا من المتعاملين الإقتصديين الذين تمت استشارتهم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم. كما يمكنها أن تطلب منهم استكمال عروضهم ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة وتجري المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل احترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم. ويجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

إبرام الصفقة بواسطة التراضي بعد الإستشارة تبرز به القيود الشكلية في الإجراءات التي تلزم المصلحة المتعاقدة بإتباعها، حتى ، و لو تعلق الأمر بالإستثناء لا القاعدة، و طبقا للأحكام الواردة في المرسوم 247/15 الإدارة إلى التراضي بعد الإستشارة حسب المادة 51 منه في حالات محددة ، و تتمثل القيود في:

أولا : عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

نصت المادة 52 الفقرة 7 منها على أنه " عندما تلجأ المصلحة المتعاقدة مباشرة إلى إجراء التراضي بعد الإستشارة، فإنها تعلن عن عدم جدوى هذا الإجراء في الحالات التالية :

(1) شبل فريدة ، إيفيس سميحة ، التعديلات الجديدة التي اتى بها المرسوم الرئاسي 247/15 ،مرجع سابق، ص 22.

1- عندما لا تستلم أي عرض

2- عندما لا يمكن بعد تقييم العروض المستلمة إختيار أي عرض.

و هي حالة تضمنت قيودا شكلية توجب على المصلحة المتعاقدة إثبات وضعية و حالة عدم تطابق العروض المقدمة مع محتوى دفتر الشروط، وهذا بموجب مستندات و سجلات رسمية و توقيع لأعضاء لجنة فتح الأظرفة و تقييم العروض⁽¹⁾

الرخص الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في حالة التراضي بعد الإستشارة

في حالة إتباع المصلحة المتعاقدة لهذا السبب يمكنها قانونا أن:

أ- أن تقلص من مدة تحضير العروض : إعترفت المادة 52 من المرسوم الرئاسي لسنة 2015 للمصلحة المتعاقدة بحقها في تقليص مدة العروض دون أن يمس ذلك بمبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية ، حيث لا ضرر إن تم إختصار الآجال.

ب- أن تحتفظ بنفس دفتر الشروط:

دفتر الشروط تم إعداده في بداية الأمر بمناسبة طلب عروض، فإذا سلكت المصلحة المتعاقدة هذا الأسلوب من أساليب التعاقد و ثبت عدم عدم جدوى هذا الأسلوب بالكيفيات و الشروط المطلوبة قانونا يمكنها حينئذ أن تلجأ لطريق التراضي بعد الإستشارة و تحتفظ بنفس دفتر الشروط بإستثناء الأحكام الواردة فيه ، و التي تخص طلب العروض، وهذا ما نستشفه من أحكام الفقرة 2 من المادة 52 التي تعترف للمصلحة المتعاقدة إستعمال نفس دفتر الشروط مستبعدة الأحكام المتعلقة بطلب العروض ضمن ذات الدفتر ، هذا قد يكون صالحا وممكنا بالنسبة لبعض الصفقات العمومية غير ان لأسلوب التعاقد عن طريق التراضي مقتضياته و احكامه، لذا لم يكن المشرع متشددا و إجاز للمصلحة المتعاقدة تعديل دفتر الشروط وعندئذ تعين عليها إحالة الأمر على لجنة الصفقات العمومية المعنية لدراسته والصادقة عليه ومباشرة إجراءات إعلان طلب عروض جديد وهو ما فرضته وقضت به الفقرة 3 من نفس المادة.

⁽¹⁾ عمار بوضيف ، 2017، مرجع سابق ص310.

حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض: تستوجب هذه الحالة مراعاة المصلحة المتعاقدة لإجراءين جوهريين :

أ- وجوب إعداد مشروع دفتر شروط و إحالته على لجنة الصفقات المعنية: في هذه الحالة إذا لجأت الإدارة المعنية لأسلوب التراضي بعد الإستشارة بعنوان هذه الحالة وقع عليها عبء تحضير مشروع دفتر الشروط وعرضه طبقا لمقتضيات المرسوم الرئاسي 247/15 على لجنة الصفقات العمومية المعنية⁽¹⁾

ب- وجوب تحرير وتوجيه رسالة إستشارة من جانب المصلحة المتعاقدة :

ألزمت الفقرة 5 من المادة 52 المصلحة المتعاقدة بتحرير وتوجيه رسالة إستشارة على أساس دفتر الشروط تم إعداده أساسا لهذه الطريقة فالإدارة ليست أمام دفتر شروط يتعلق بطلب عروض سابق كما هو الحال بالنسبة الوضعية الأولى للفقرات 1 و 2 و 3 من المادة 52 ، بل هي بصدد حالة اخرى ودفتر شروط خاص يتعلق بحالة تراضي لا طلب عروض

حالة الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة :

تستوجب هذه الحالة مراعاة المصلحة المتعاقدة لإجراءين جوهريين :

أ- وجوب إعداد مشروع دفتر شروط و إحالته على لجنة الصفقات المعنية: إذا لجأت الإدارة المعنية لأسلوب التراضي بعد الإستشارة بعنوان توافر هذه الحالة وقع عليها عبء تحضير مشروع دفتر الشروط وعرضه طبقا لمقتضيات المرسوم الرئاسي 247/15 على لجنة الصفقات العمومية المعنية⁽²⁾

ب- وجوب تحرير وتوجيه رسالة إستشارة من جانب المصلحة المتعاقدة :ألزمت الفقرة 5 من المادة 52 المصلحة المتعاقدة بتحرير وتوجيه رسالة إستشارة على أساس دفتر الشروط تم إعداده أساسا لهذه الطريقة فالإدارة ليست أمام دفتر شروط يتعلق بطلب عروض سابق كما هو الحال بالنسبة الوضعية الأولى للفقرات 1 و 2 و 3 من المادة 52 ، بل هي بصدد حالة اخرى ودفتر شروط خاص يتعلق بحالة تراضي لا طلب عروض

(1) عمار بوضيف، مرجع نفسه، ص 310-313 .

(2) عمار بوضيف، مرجع نفسه، ص 310-313 .

خامسا: حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة.

هي حالة موضوعية تبرر اللجوء للتعاقد بطريقة التراضي طالما مرت المصلحة المتعاقدة بصدد صفقة، وإقتناء لوازم أو أشغال أو خدمات مثلا بمرحلة طلب عروض، تطبيقا للقاعدة العامة. و تم إختيار العارض طبقا للأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي. وتم تويج الصفقة من قبل السلطة المؤهلة. بدأت مرحلة التنفيذ، غير أنه نتيجة أسباب موضوعية حدث الفسخ، تعذر إجراء عملية إشهار جديدة بحكم أن المشرع المراد إجازه لا يتحمل آجال طلب العروض الجديد، و لهذه الدواعي رخص المشرع للمصلحة المتعاقدة التعاقد بطريق التراضي بعد الإستشارة. ولها أن تبرر ذلك عند ممارسة أي رقابة عليها من قبل الجهات المخولة قانونا .

المطلب الثاني إجراء الإعلان عن المنح المؤقت في أسلوب التراضي بعد الإستشارة

يعد المنح المؤقت من أهم الآليات التي تركز مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، لم يقصر المشرع في المرسوم الرئاسي 247/15 المنح المؤقت بل مده أيضا لأسلوب التراضي بعد الإستشارة.⁽¹⁾

نص تنظيم الصفقات العمومية من خلال المادة 61 على هذا الإجراء، حيث نصت على ما يلي: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاما في الحالات الآتية..... التراضي بعد الإستشارة، عند الاقتضاء. "المشرع الجزائري

لم يقصر المنح المؤقت على أسلوب طلب العروض، بل مده أيضا لأسلوب التراضي بعد الإستشارة، فطالما كنا أمام منافسة ولو محدودة وهي ضمان حقوق المتعهدين وتمكينهم من ممارسة حق الطعن، وحتى يتحقق ذلك على الإدارة المعنية أولا نشر إعلان المنح المؤقت.

إذا قررت المصلحة المتعاقدة إستشارة مؤسسات لم تشارك في طلب العروض فإنه يجب عليها نشر الإعلان عن الإستشارة حسب الأشكال المنصوص عليها في هذا المرسوم. وتستعمل المصلحة المتعاقدة نفس دفتر الشروط بإستثناء الأحكام الخاصة بطلب العروض. وإذا تحتم على المصلحة المتعاقدة تعديل بعض الأحكام ي دفتر الشروط التي تمس المنافسة فإنه يجب عليها تقديمه لدراسة لجنة الصفقات العمومية المختصة وإطلاق طلب عروض جديد. وفيما يخص العروض التي تستجيب لحاجات المصالح المتعاقدة والتي تكون مطابقة بصفة جوهرية للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط فإنه يمكن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض أن تطلب بواسطة المصلحة المتعاقدة كتابيا من المتعاملين الإقتصاديين الذين تمت إستشارتهم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم.

(1) نبيل أزراب: مرجع سابق الذكر، ص58.

كما يمكنها أن تطلب منهم إستكمال عروضهم ويمكن المصلحة المتعاقدة أن تتفاوض حول شروط تنفيذ الصفقة وتجرى المفاوضات من طرف لجنة تعيينها وترأسها المصلحة المتعاقدة في ظل احترام الأحكام المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم. ويجب على المصلحة المتعاقدة السهر على ضمان إمكانية تتبع أطوار المفاوضات في محضر.

خلاصة الفصل

الملاحظ في هذا الفصل أن المشرع أتى بمختلف التعديلات بحيث دقق بكل كلمة موجهة للمصلحة المتعاقدة بإعتبار أن التراضي بعد الإستشارة قد جاء للتخفيف من حدة تقييد حرية الإدارة في التعاقد، و بعد تعداد حالات التراضي بعد الإستشارة، تجدر الإشارة إلى أنه ماعدا الحالة الأولى، تكون المصلحة المتعاقدة مضطرة إلى إعداد دفتر شروط قبل الشروع في الاستشارة وعليها إحالته للجنة الصفقات للتأشير عليه، وإذا ما إستلمت عرضا واحدا فقط، أو لم تستلم أي عرض، أو تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة يتعين عليها الإعلان عن عدم جدوى إجراء التراضي بعد الاستشارة.

كما يجب أن يكون المنح المؤقت للصفقة عن طريق التراضي بعد الإستشارة محل نشر كالتزام أُلزم به تنظيم الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة⁽¹⁾ محاولا إستغلاله كإحدى آليات تكريس الشفافية في إبرام الصفقات بهذا الشكل من أشكال الإبرام، وذلك ضمانا لحق المتعهدين الآخرين في الطعن في إختيار المصلحة المتعاقدة إذا ما تبين لهم عدم مشروعيتها.

أما فيما يخص تعديل حالات اللجوء إلى التراضي بعد الإستشارة تم إضافة حالة واحدة في المرسوم الرئاسي الجديد وهي عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

(1) المادة 8/52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سابق الذكر.

الخاتمة

خاتمة

نرى أن المرسوم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أعاد النظر في أساليب إختيار المتعامل المتعاقد، حيث تخلى على نظام المناقصة نهائيا وإستبدله بنظام طلب العروض حسب المادة 39، التي نصت على أن الصفقات العمومية تبرم وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي، على أنه في حالة اللجوء إلى طلب العروض فإنه يتم حسب أشكال متعددة هي طلب العروض المفتوح، و طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا وطلب العروض المحدود، والمساابقة، وألغى المزايدة، في حين يتم اللجوء إلى التراضي في الحالات المحددة حصرا في المادتين 49 و50، لكن دون أن يحدث أثرا إيجابيا على المستوى التطبيقي لعملية الإبرام ودون أن يكون لتعديلاته أثر على مستوى تأمين جودة مجال الصفقات العمومية والرفع من مردوديته بما يخدم التنمية والإقتصاد على حد سواء، فكل ما عكسه في الحقيقة هو حزمة من الإجراءات تعدل وتغير دون مرجعية واضحة، والمفارقة في الأمر أن كثيراً من التعديلات التي يدخلها على الإطار الإجرائي للصفقة العمومية تؤثر سلبا على مبادئ إبرام هذه الأخيرة عوضا من تعزيز مساحات تكريسها وضمان إتزام الأطراف الفاعلين في الميدان بها، مجسدا بهذا مظهرا يعكس إختلال الأسس التي ينطلق منها في ضبط الأطر الإجرائية الناضجة لعملية الإبرام ويثير تساؤلا حول مدى أخذه بعين الإعتبار للطابع الإقتصادي للصفقة العمومية الذي يحتم عليه تبني رؤية تشريعية إستراتيجية في تنظيم هذه الأخيرة تقوم على التحليل والتخطيط وتهدف لضمان التّجاعة بدلا من تنظيمها وفق معطيات عرضية وتوجهات سياسية.

نستنتج من خلال ما سبق ذكره أن لجوء المصلحة المتعاقدة لأسلوب التراضي يمكنها من إنجاز المشاريع في وقت قصير مقارنة بأسلوب المناقصة، وذلك راجع لتمييز أسلوب التراضي بالسرعة والبساطة في عملية الإبرام. ومع ذلك يسجل على هذا الأسلوب السلبيات التالي:

- غياب ضوابط تحدد طريقة الإبرام وفقا لهذا الأسلوب مما يؤدي إلى إختيار المتعامل المتعاقد بناء على أسس ومعايير ذاتية واعتبارات شخصية وهو ما يفتح الباب أمام التحايل والتلاعب في عملية التعاقد. زيادة على أن أسلوب التراضي يحد كثيرا من المنافسة خاصة التراضي البسيط، وهو ما يجرم المصالح المتعاقدة من الحصول على أكبر عدد من العروض والمقارنة بينها واختيار أفضلها. فضلا على أن نطاق ومجال الرقابة القبليّة على الصفقات العمومية يضيق عندلجوء المصالح المتعاقدة إلى أسلوب التراضي.

-إعتماد المشرع على أسلوب العمومية في إقرار مكنة اللجوء إلى التراضي البسيط كوسيلة لإبرام الصفقة العمومية في حال الاستعجال دون تحديد معالمه ولو بالتقريب يمنح للمصلحة المتعاقدة فرصة القيام ببعض المناورات والممارسات

الغير مشروعة للوقوع قصدا في وضع الاستعجال، وهو ما أثر عمليا على نجاعة وإنجاز المشاريع العمومية نظرا لمرونة الطريقة التي أبرمت بها الصفقة وسهولة التلاعب تحت لوائها.

-غموض التمويلات الامتيازية التي تسمح للمصالح المتعاقدة باللجوء إلى إبرام الصفقة العمومية عن طريق التراضي بعد الإستشارة، حيث لم تبين المادة المقصود بها ولا الكيفية التي تحول بها الديون إلى مشاريع عمومية أو هبات وهو ما يفتح المجال أمام المصلحة المتعاقدة للإقدام على إبرام صفقات ضخمة بأسلوب مرن (التراضي بعد الإستشارة) نظير رشاوى أو عمولات والنتيجة في الأخير تبديد وإختلاس المال العام لقضاء مصالح خاصة.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج ج رقم 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

ثانياً: المراجع القانونية

1- النصوص التشريعية الأوامر:

2. الأمر 90/67، 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.

2- المراسيم الرئاسية:

3. المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن صفقات المتعامل العمومي، ج ر، عدد 15، صادر في 13 أبريل 1982 (ملغى).

4. المرسوم رقم 51/84، المؤرخ في 25 فبراير 1984، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل سنة 1982، المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي (ملغى)، ج ر ج ج عدد 9، المؤرخة في 28 فبراير 1984.

5. المرسوم تنفيذي رقم 434/91 مؤرخ في 09 نوفمبر 1991، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 178/94 مؤرخ في 20 يونيو 1994، ج ر، عدد 12، لسنة 1994، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 54-56 مؤرخ في 22 يناير 1996، ج ر، عدد 57، لسنة 1996، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 87-98 مؤرخ في 07 مارس 1998، ج ر، عدد 13، لسنة 1998. (ملغى)

6. المرسوم الرئاسي رقم 250/02، المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 52، المؤرخة في 28 جويلية 2002.

7. المرسوم الرئاسي رقم 338-08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج رقم 62، المؤرخة في 9 نوفمبر 2008.

8. المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ج ج عدد 58، المؤرخة في 7 أكتوبر 2010.
9. المرسوم الرئاسي رقم 11 - 98، المؤرخ في 26 ربيع الأول 1432 الموافق 1 مارس 2011، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 1 ربيع الثاني 1432 الموافق ل 6 مارس 2011
10. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج رقم 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- 3- المؤلفات:**
11. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 22 شارع عبد القادر.
12. خرشي النوي: تسيير المشاريع في اطار تنظيم الصفقات العمومية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة القديمة، الجزائر، 2011.
13. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة مصر، 1991.
14. علاء الدين عشي: مدخل القانون الإداري، دار الهداء للنشر و التوزيع، الجزائر.
15. علي معطى الله: تقنين الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام. دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر 2016.
16. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، الطبعة الثانية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2009
17. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
18. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، موسى بودهان، تقنين الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2010.
19. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 2 نظرية الدعوى الإدارية، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
20. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

21. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
22. محمد الصغير بعلی: القرارات و العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الحجار عنابة 2017. ص 223
23. محمد سلامة مذكور، الفقه الاسلامي المدخل والأموال والحقوق والعقود، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ط1، 1954.
24. محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الإداري (مقومات، الإجراءات ، الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
25. مونية جليل: التدبير الجديدة لتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، دار بلقيس للنشر دار البيضاء الجزائر. 2017.
26. قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2008.
- 4-رسائل الدكتوراه**
27. تياب نادية، مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.
28. حلومي منال: تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة دكتوراه، الطور الثالث ميدان الحقوق والعلوم السياسية، تخصص تحولات الدولة، 2016/2015. ورقة.
29. عائشة خلدون: أساليب التعاقد الاداري في مجال الصفقات العمومية(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم في القانون العام، جامعة الجزائر 1.
30. عباس زاوي، الفساد الإداري في مجال الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم ، تخصص القانون الجنائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012-2013.
- 5-مذكرات الماجستير**
31. خلاف صليحة : مبدأ المساواة في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون الادارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، أم البواقي، 2012/2013.

32. ربيحة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، 2013-2014.
33. رضا شلال، تنفيذ التفقات العامة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2003-2004.
34. سحنون سومية، إجراء التراضي في قانون الصفقات العمومية بالجزائر، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، 2013.
35. كاملي مختار: إبرام الصفقات العمومية و نظام مراقبتها في الجزائر، ملخص لمذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في علوم التسيير، فرع نقود ومالية، جامعة الجزائر كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم التسيير، 2008/2009.
36. موري سفيان، مدى فعالية أساليب رقابة الصفقات العمومية على ضوء قانون الصفقات العمومية و الوقاية من الفساد و مكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011./2012.

6-مذكرات الماستر

37. أسامة مهية، المنافسة والشفافية في قانون الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014/2015.
38. إغيل عامر ياسمين، العيفاوي ليندة: إبرام الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق قانون عام، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق و العلوم سياسية.
39. بن شعبان عبد الرزاق، طرق إختيار المتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة.

40. شبل فريدة، إفيس سميحة، التعديلات الجديدة التي أتى بها المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص، قانون الجماعات المحلية، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بجاية، 2016/2015.
41. عطة سفيان، عروج يونس: النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم 247/15، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2016/2015.
42. لعلي وهيبية، التراضي كوسيلة للتعاقد الإداري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
43. ملوك نسيم، وزيدان حسين: إجراءات إبرام الصفقات العمومية ضمانا للشفافية أم حواجز تقييدية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون الأعمال، بجاية، 2016/2015
44. مولود ولد يوسف، حول التسيير الجيد للأموال العمومية على ضوء طرق وإجراءات إبرام الصفقات العمومية، الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية الجزائر، 2013.
- 7-المجلات:**
45. محمد بن محمد :صفقات التراضي في الجزائر أسلوب خاص بضوابط قانونية غامضة ، دفاتر السياسة والقانون، العدد الثالث عشر ، جوان.
- 8-المحاضرات:**
46. خلاف فاتح: محاضرات في قانون الصفقات العمومية ، ألقيت على طلبة السنة الثالثة حقوق، قسم القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2016/2015.
47. جدي وفاء، ملخص جامعة سيدي بلعباس.
- المراجع باللغة الفرنسية:**

48. Brahim Boulifa , **Op cit** , p 68.

49. DVILLER Jacqueline Morand, Cours de droit administratif, 6ème édition, Montchrestien, Paris, 1999, p. 407

الفهرس

الرقم	العنوان	الصفحة
01	التشكرات	
02	الاهداء	
03	مقدمة	أ
04	الفصل الأول : التراضي البسيط	06
05	المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للتراضي	08
06	المطلب الأول : تعريف التراضي في ظل القانون الجزائري	09
07	المطلب الثاني: التراضي أسلوبا إستثنائيا لإبرام الصفقات العمومية	14
08	الفرع الأول: النظام القانوني لأسلوب التراضي	15
09	الفرع الثاني: أثر توسيع نطاق تطبيق التراضي	18
10	المبحث الثاني: التراضي البسيط Le gré à gré simple	19
11	المطلب الأول: مفهوم التراضي البسيط	19
12	الفرع الأول: التراضي البسيط لغة	19
13	الفرع الثاني: التراضي البسيط إصطلاحا	20
14	المطلب الثاني : حالات اللجوء إلى التراضي البسيط	21
15	الفرع الأول : في الوضعية الإحتكارية	23
16	الفرع الثاني : حالات الإستعجال الملح	25
17	الفرع الثالث: حالة مشروع ذي أهمية وطنية أو عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية.	28
18	الفرع الرابع: عندما يتعلق الأمر بنص تشريعي أو تنظيمي يقضي بمنح صفقة لمؤسسة صناعية أو تجارية حقا حصريا للقيام بمهمة بالخدمة أو عندما تنجز هذه الأخيرة كل نشاطها مع الهيئات و الادارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري	30
19	المطلب الثالث: طرق إبرام عقد التراضي البسيط	33

36	خلاصة الفصل	20
38	الفصل الثاني التراضي بعد الاستشارة	21
38	المبحث الأول: مفهوم التراضي بعد الاستشارة Le gré à gré après Consultation	22
38	المطلب الأول: تعريف التراضي بعد الاستشارة	23
40	المطلب الثاني: حالات اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة	24
40	الفرع الأول : حالة عدم الجدوى	25
41	الفرع الثاني : الصفقات ذات الطبيعة الخاصة أو التابعة لهيئات سيادية	26
42	الفرع الثالث : حالة الصفقات الممنوحة التي كانت محل فسخ، وكانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديدة.	27
43	الفرع الرابع : العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية التعاون الحكومي أو في إطار الاتفاقات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الإمتيازية	28
44	المبحث الثاني: إجراءات إبرام التراضي بعد الاستشارة	29
45	المطلب الأول الإجراءات الإبرام محل الاستشارة	30
48	المطلب الثاني إجراء الإعلان عن المنح المؤقت في أسلوب التراضي بعد الإستشارة	31
50	خلاصة الفصل	32
51	خاتمة	33
54	قائمة المصادر و المراجع	34
	الملاحق	35

ملخص الدراسة :

يهتم هذا البحث بدراسة التراضي كوسيلة لإبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري حيث أولى المشرع أهمية كبيرة لهذه الطريقة في مختلف قوانين الصفقات العمومية ويعتبر القاعدة الاستثنائية في مجال التعاقد بالنسبة للإدارة العمومية وقد أُلزم المشرع المصالح المتعاقدة بحالات اللجوء إليه حصرا بإتباع إجراءات محددة أثناء إبرام الصفقة العمومية والمنصوص عليها في المرسوم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: التراضي تبسيط، التراضي بعد الإستشارة، حالات التراضي، طلب العروض الصفقات.

Résumé:

-cette recherche s'intéresse à l'étude de la conciliation comme moyen de conclure des transactions publiques dans la législation algérienne : le législateur attache une grande importance à cette méthode dans diverses transactions publiques et est considérée comme la règle exceptionnelle dans le domaine de l'administration publique, comme indique dans le décret 247-15.

Mot-clé : la conciliation simple, conciliation après conseil, cas de conciliation.

Abstract:

this research is concerned with the study of conciliation as a means of concluding public transactions in Algerian legislation: the legislator attaches great importance to this method in various public transactions and is regarded as the exceptional rule in the field of public administration, as stated in Decree 247-15.

Key words: compromise, Simple compromise, compromise after the consultaion, Compromise cases, To conclude, Request Offers, Exception, contracting parts.